

IM Temperatur 3 U 78/16

OLG Rostock, Urteil vom 17.05.2018 - 3 U 78/16

Leitsatz

„1. Die zum Betrieb eines Modegeschäftes vermieteten Räume müssen ein Raumklima und eine Innentemperatur der Mieträume aufweisen, die für den Betrieb eines solchen Geschäftes, in dem Mitarbeiter beschäftigt sind und Kunden Bekleidungsstücke auswählen und anprobieren, sowohl erforderlich als auch üblich sind. Hierzu gehört es, dass Raumtemperaturen von 26 °C nicht überschritten und 20 ° nicht unterschritten werden.

2. Steht fest, dass ein Mangel vorhanden war, der Vermieter behauptet, diesen beseitigt zu haben und der Mieter dies bestreitet, trifft den Vermieter die Vortrags- und Beweislast für die behauptete Beseitigung des Mangels. Der Mieter kann sich auf ein Bestreiten der Mangelbeseitigung beschränken und braucht dieses nur dann substantiieren, wenn auch der Vermieter die Mangelbeseitigung und ihren Erfolg mit Substanz vorträgt.“

OLG Rostock 3. Zivilsenat, Urteil vom 17.05.2018, 3 U 78/16

§ 535 Abs 2 BGB, § 536 Abs 1 BGB

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Rostock vom 16.06.2016 abgeändert und die Klage abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Der Gegenstandswert des Berufungsverfahrens wird auf 189.478,45 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zu weiteren Mietzahlungen.

2

Die Beklagte verband zunächst ein Mietvertrag vom 25/30.09.2003 mit den Eheleuten K. Diese veräußerten das Mietobjekt an die G. Die Klägerin erwarb das Mietobjekt von dieser und setzte aufgrund Eigentumsübergangs zum 01.06.2012 das Mietverhältnis fort. Bei Eintritt der Klägerin betrug die Miete 42.613,90 € monatlich, nach einer Mieterhöhung zum 01.12.2012 insgesamt 45.494,95 € monatlich. Laut Anlage K 3 waren hierin Betriebskostenvorauszahlungen für das Erdgeschoss von 1.764,00 €, für das 1.

Obergeschoss 1.674,00 € und für das 2. Obergeschoss 432,00 € sowie die Umsatzsteuer enthalten.

3

Bereits bei Übernahme des Mietverhältnisses durch die Klägerin am 01.06.2012 minderte die Beklagte die Miete wegen fehlerhafter Funktionsfähigkeit der Be- und Entlüftungsanlage und damit verbundenen Temperaturüber- und -unterschreitungen. Die Klägerin nahm diese Minderungen jedenfalls für die Zeit von Juni bis November 2012 unbeanstandet hin. Die Funktionsfähigkeit der Klimaanlage war bereits Gegenstand in einem Rechtsstreit betreffend Gewährleistungsansprüche aus einem Grundstückskaufvertrag der Eheleute K. mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der G., im Prozess 10 O 209/10 vor dem Landgericht Rostock, welcher durch Vergleich beendet wurde. Gegenstand war u.a. der Ersatz eines Schadens, der der dortigen Klägerin aufgrund einer Mietminderung der Beklagten wegen überhöhter und zu geringer Raumtemperaturen aufgrund einer fehlerhaften Klima-, Heiz- und Be- und Entlüftungsanlage entstanden sei.

4

Die Klägerin führte in der Folgezeit nach Eigentumsübergang Arbeiten zur Herstellung der ordnungsgemäßen Funktion der Klimaanlage aus. Sie hat behauptet, diese Arbeiten seien im November 2012 abgeschlossen worden und die Klimaanlage habe zu dieser Zeit ordnungsgemäß funktioniert. Es seien nur noch Einstellungen vorzunehmen gewesen, die im Februar 2013 erledigt gewesen seien.

5

Die Beklagte zahlte:

6

- 01/2013 22.396,82 €

7

- 02/2013 bis 08/2013 monatlich 35.272,05 €

8

- 09/2013 31.117,59€

9

- 10/2013 16.439,41 €

10

- 11/2013 35.705,32 €

11

- 12/2013 bis 04/2014 monatlich 35.272,54 €

12

Die Nebenkostenabrechnung für 2012 ergab einen Guthabenbetrag von 10.025,21 €.

13

Die Klägerin hat vorgetragen, die Lüftungs- und Klimaanlage funktioniere ordnungsgemäß. Sämtliche Mängel an der Anlage, die der Sachverständige S. im Verfahren 10 O 209/10 aufgezeigt habe, seien beseitigt und seien dies auch bereits im Dezember 2012 gewesen.

14

Die Beklagte hat sich auf eine Minderung wegen fehlender bzw. fehlerhafter Funktionsweise der Be- und Entlüftungsanlagen berufen. Sie hat behauptet, die Mängelbeseitigungsarbeiten an der Lüftungs- und Klimaanlage seien erst im Februar 2013 beendet worden. Bereits im März 2013 sei es wieder zu Ausfällen gekommen.

15

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Sachverständigengutachten des Dipl.-Ing. S. vom 12.02.2015, Ergänzungsgutachten vom 14.07.2015 und 03.12.2015.

16

Mit Urteil vom 16.06.2016 hat das Landgericht Rostock die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 189.478,45 € nebst Zinsen zu zahlen. Wegen der weitergehenden erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen, der Darstellung der gestellten Parteianträge und der Entscheidungsgründe nimmt der Senat auf das angefochtene Urteil Bezug.

17

Die Beklagte begehrt mit ihrer Berufung weiterhin die Abweisung der Klage.

18

Das Landgericht gehe unzutreffend davon aus, dass der Sachverständige überzeugend und nachvollziehbar ausgeführt habe, dass im Rahmen einer Gesamtschau eine Mangelhaftigkeit der Räumlichkeiten nicht angenommen werden könne. Trotz teilweiser Unvollständigkeit seines Gutachtens treffe der Sachverständige diese Feststellung gerade nicht. Die Unvollständigkeit des Sachverständigengutachtens resultiere u.a. daraus, dass dieser eigene Temperaturmessungen in der Mietsache nicht vorgenommen habe. Darüber hinaus habe er auch keine Luftmengenmessungen an den Zu- und Abluftauslässen durchgeführt, sondern lediglich einen theoretischen Wert berechnet, ohne zu prüfen, ob die theoretischen Luftmengen tatsächlich sowohl im Bereich der Zuluft als auch im Bereich der Abluft vorhanden seien.

19

In seinem ersten Ergänzungsgutachten vom 14.07.2015 habe er auf Seite 11 festgestellt, dass pro Verkaufsfläche eine fehlende Kühllastkompensation von ca. 3 kW gegeben sei und sich somit bezogen auf die Verkaufsflächen der Beklagten im Erdgeschoss und im Obergeschoss des in Frage stehenden Gebäudes eine Gesamtfehleistung der Anlage von ca. 10 kW ergebe. Auf Seite 8 seines ersten Ergänzungsgutachtens vom 14.07.2015 habe er ausgeführt, dass die Anlage derzeit nicht in der Lage sei, dauerhaft und ganzjährig die

Raumlufttemperatur von allen Verkaufsbereichen unterhalb von 26 °C zu halten. Auf Seite 6 des ersten Ergänzungsgutachtens habe er dargelegt:

20

"Eindeutig ist jedoch festzustellen, dass die derzeit für die Kompensation der inneren Lasten zur Verfügung stehende Kälteleistung der Deckengeräte nicht ausreichend ist. Zzgl. Personenabwärme (40 Personen a 85 W = 3.400 W) und der Abwärme von technischen Geräten (ca. 2.000 W) sowie der äußeren Kühllast über die Bauhülle fehlen ca. 13 bis 15 kW Kälteleistung bezogen auf den Verkaufsbereich des Gesamtgebäudes. Dabei wurde der Verkaufsbereich Untergeschoss, ... der keine Klimatisierung besitzt, noch nicht einmal mitberücksichtigt."

21

Als Gründe für die Fehlleistung habe der Sachverständige S. zusammenfassend angeführt:

22

1. Eine Kombination von Planungs- und Ausführungsmängeln bei der Erstinstantation unter Missachtung der Raumnutzungsanforderungen;

23

2. eine falsche Einordnung der Außenluftansaugung;

24

3. eine nicht vorhandene Kanaldämmung;

25

4. Fehlende Zentralfühler.

26

Der Sachverständige habe weiter festgestellt, dass die nachgeschalteten Kühlgeräte in den Verkaufsbereichen durch die zu hohe Zulufttemperatur nicht mehr in der Lage seien, die Kältelasten abzuwickeln und das selbst unter Volllast dieser Geräte die Zuluft nicht unter 24 °C bis 25 °C betragen werde. Dieser Zustand werde dauerhaft fortbestehen, da die zentrale Kühleinheit fehle, wodurch eine zu warme Zuluft gefördert werde.

27

Die Ausführungen des Sachverständigen in seinem 2. Ergänzungsgutachten habe das Landgericht offenbar vollständig negiert. Gemäß 1.1.3 der allgemeinen Bestimmungen zum Mietvertrag habe der damalige Vermieter im Rahmen der Planung und Realisierung des Bauvorhabens vorgegeben, dass die Planung für die gesamte Hausversorgung vom Ingenieurbüro I. vorgenommen werde. Die Beklagte habe dem Vermieter u.a. die Elektrolichtpläne für die Mietsache auf Basis des Beleuchtungssystems der Fa. A. übergeben. Diese seien Gegenstand des 2. Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen S. vom 03.12.2015 gewesen. In diesem habe der Sachverständige auf Seite 3 festgestellt, dass die von der Beklagten vorgelegte Beleuchtungsplanung und Berechnung tatsächlich höher

lag, als die von ihm im Rahmen der Augenscheinseinnahme festgestellte Beleuchtung. Er habe also festgestellt, dass die mit dem von der Beklagten installierten Beleuchtungssystem eingebrachte Leistung geringer sei als die ursprünglich geplante.

28

Die Beklagte habe den Dipl. Ing. für Elektrotechnik J. mit der Untersuchung der Räume beauftragt. Dieser habe eigene Messungen der Raumtemperatur vorgenommen und dabei festgestellt, dass eine passive Nachtauskühlung nicht gegeben sei. Die Temperatur sinke auch nachts nicht unter 26 °C. Er habe auch eine Luftmengenmessung zu allen Zu- und Abluftauslässen in der Mietsache durchgeführt. Hierbei habe er festgestellt, dass im Erdgeschoss ein 2, 1-facher und im Obergeschoss ein ca. 1,6-facher stündlicher Luftwechsel erfolge, obwohl, wie bereits der gerichtliche Sachverständige festgestellt habe, gemäß VDI 2082 ein mindestens 4 bis 8-facher Luftwechsel für Verkaufsstätten mit mäßigen Wärmelasten gefordert werde. Es fehlten mindestens 17 kW Kälteleistung. Auch sei die vorhandene Regeltechnik nicht in der Lage, eine Änderung der Luftkonditionen und der Lufttemperaturen vorzunehmen und somit die Aussage des gerichtlichen Sachverständigen, dass die Kälteleistung per Fernbedienung in zwei Stufen geschaltet werden kann, unzutreffend.

29

Der Sachverständige J. habe festgestellt, dass die Feststellung des gerichtlichen Sachverständigen, die Mietsache sei für den vorgesehenen Zweck uneingeschränkt nutzbar, unrichtig sei, da bereits nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen dauerhafte Mängel an der Anlage vorhanden seien, wodurch sie nicht in der Lage sei, den Anforderungen zu genügen und sie deshalb nicht den anerkannten Regeln der Technik entspreche.

30

Die Beklagte verweist auf die hier zu beachtenden Regeln der Arbeitsstättenverordnung.

31

Die Klägerin begehrt die Zurückweisung der Berufung. Sie verteidigt das angefochtene Urteil sowie die gutachterlichen Stellungnahmen des Sachverständigen S. Das Gutachten sei keineswegs unvollständig. Der Sachverständige S. habe möglicherweise nicht selbst eigene Temperaturmessungen oder Luftmengenmessungen durchgeführt. Er habe sich jedoch auf kontinuierliche Messungen berufen können, da er seit längerem die in Rede stehende Klimatisierungs- und Lüftungstechnik begleitet habe. Er habe auch keine theoretischen Werte der Luftmessungen zugrunde gelegt, sondern es seien die entsprechenden Messungen kontinuierlich von der Fa. E. durchgeführt worden.

32

Die Klägerin verweist erstmals in der Berufungsinstanz darauf, dass der Mietvertrag 2003 abgeschlossen und die Räume bereits zum 23.12.2004 übergeben worden seien. Daher könne die Beklagte die Pläne für die Beleuchtung der FA J. aus dem Jahr 2005 der Vermieterin nicht zum Zwecke der Planung übergeben haben.

33

Soweit die Beklagte rüge, dass eine passive Nachtauskühlung nicht stattfindet, habe die Klägerin ihr diese wiederholt angeboten, die Beklagte diese aber aus Wirtschaftlichkeitsgründen abgelehnt.

34

Die Klägerin bestreitet auch, dass die Messergebnisse des Sachverständigen J. zutreffend seien. Dieser habe bei der Messung der Luftgeschwindigkeit mit seit 70 Monaten nicht mehr kalibrierten Messgeräten gearbeitet, üblich seien 12 bis 24 Monate. Auch habe die Beklagte Trockenbauwände, Hängedekorationen und Schienen mit Strahlern eingebaut, die die Luftumwälzung beeinflussen würden.

35

Die Klägerin macht weiterhin geltend, es treffe nicht zu, dass die Beklagte nach Februar 2013 wiederholt Temperaturmängel angezeigt habe, ausgenommen die von der Beklagten vorgelegte Anzeige vom 07.08.2013. Auch habe sie konkrete Temperaturüber- und - unterschreitungen nicht vorgetragen. Die behauptete Temperaturüberschreitung von zwei Wochen im September 2013 bestreitet sie.

36

Wegen des weitergehenden Sachvortrages der Parteien nimmt der Senat auf die von den Parteien zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle und ergänzend auf die Sachverständigengutachten Bezug.

37

Die Klägerin hat nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit Schriftsätzen vom 23.03.2018 und 19.04.2018 weiter vorgetragen. Die Beklagte hat insbesondere mit Schriftsatz vom 12.04.2018 ebenfalls weiter vorgetragen. Wegen des Inhaltes nimmt der Senat auf die vorbezeichneten Schriftsätze Bezug.

II.

38

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

39

Der Klägerin steht ein über die bereits geleisteten Zahlungen hinausgehender Mietzahlungsanspruch aus § 535 Abs. 2 BGB i. V. m. den Regelungen des zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrages für den streitgegenständlichen Zeitraum nicht zu.

1.

40

Zurecht hat die Beklagte eine um 25 % verringerte Nettogrundmiete in dem streitgegenständlichen Zeitraum gezahlt, denn die Miete war gemäß § 536 Abs. 1 BGB in diesem Umfang gemindert.

41

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht (BGH, Urt. v. 05.06.2013, VIII ZR 287/12, MDR 2013,834 = NJW 2013,2417 = WuM 2013, 481 = NZM 2013,575; BGH, Urt. v. 19.12.2012, VIII ZR 152/12, NJW 2013,680; MünchKomm-BGB/Häublein, 7. Aufl., § 536 Rn. 3).

a.

42

Welchen Zustand der Mietsache der Vermieter schuldet, ergibt sich zunächst aus den Abreden der Vertragsparteien im Vertrag selbst (BGH, Urt. v. 07.07.2010, VIII ZR 85/09, WuM 2010, 482 = NZM 2010,618 = NJW 2010,3088; V. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 536 Rn. 1). Eine entsprechende Abrede über das Raumklima und insbesondere die zu erreichenden Raumtemperaturen enthält der Mietvertrag nicht.

43

Haben die Vertragsparteien im Vertrag keine Bestimmungen getroffen, richtet sich die Sollbeschaffenheit der Mietsache nach den für den Vertragszweck erforderlichen Umständen, ggf. dem, was nach der allgemeinen Verkehrsanschauung für die Erfüllung des Vertragszweckes erforderlich ist, welchen Zustand der Mieter also zur Erreichung des Vertragszwecks erwarten kann (BGH, Urt. v. 07.07.2010, VIII ZR 85/09, a.a.O.; MünchKomm-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 Rn. 4; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummietsache, 2015, § 536 Rn. 36; V. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., § 536 Rn. 1). Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Vermieter nämlich verpflichtet, die Mietsache zum vertraglichen Gebrauch zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten, wozu insbesondere ihre Tauglichkeit zum vertraglich vorgesehenen Verwendungszweck gehört (BGH, Urt. v. 05.10.1981, VIII ZR 259/80, NJW 1982, 696; BGH, Urt. v. 01.07.1981, VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405).

44

Hierzu gehört es auch - und dies ist Gegenstand des Streites -, dass in den Mieträumen eine für den Vertragszweck erforderliche Temperatur erreicht werden kann (OLG Düsseldorf,

Beschl. v. 23.12.2010, 24 U 65/10, zitiert nach juris). Vertragszweck ist vorliegend der Betrieb eines Modegeschäftes. Folglich müssen die Mieträume ein Raumklima und eine Innentemperatur der Mieträume aufweisen, die für den Betrieb eines solchen Geschäftes, in dem Mitarbeiter beschäftigt sind und Kunden Bekleidungsstücke auswählen und anprobieren, sowohl erforderlich als auch üblich sind. Werden ein solches Raumklima und entsprechende Temperaturen nicht erreicht, liegt ein Mangel der Mietsache vor.

45

In Rechtsprechung und Literatur wird es unterschiedlich beurteilt, ob sich für Verkaufs- und Büroräume, in denen Arbeitnehmer beschäftigt werden, bereits ein Mangel dadurch herleiten lässt, dass die Richtwerte der Arbeitsstättenverordnung und der sie konkretisierenden Arbeitsstättenrichtlinie Raumtemperatur eine Raumtemperatur von 26 °C - jedenfalls bei bis zu 32 °C Außentemperatur - überschritten werden. Zwar trifft die Arbeitsstättenverordnung unmittelbar nur Regelungen, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten. Gleichwohl wird sie in Rechtsprechung und Literatur teilweise für die Frage herangezogen, wann noch ein dem vertragsgemäßen Gebrauch entsprechendes Raumklima gegeben ist (Senatsurteil v. 29.12.2000, 3 U 83/98, NJW-RR 2001, 802 = NZM 2001, 425; OLG Naumburg, Urt. v. 13.10.2009, 3 U 45/09, NZM 2011,35; KG, Urt. v. 05.03.2012, 8 U 48/11, MDR 2012,756; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 163, 164; abl. V. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., § 536 Rn. 8; zum Meinungsstand auch Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, a.a.O., § 536 Rn. 247). Der BGH (Urt. v. 15.12.2010, XII ZR 132/09, NZM 2011,153) hat dies nicht ausdrücklich entschieden, die Überschreitung von 26 °C aber seiner Entscheidung als Mangel zugrunde gelegt.

46

Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur teilweise ein Rückgriff hierauf auch verneint. Es genüge, wenn den bautechnischen Anforderungen entsprochen werde. Dass sich bei einem nicht baurechtswidrig errichteten Gebäude bei Sonneneinstrahlung eine höhere Raumtemperatur ergebe, sei Bestandteil des allgemeinen Lebensrisikos (OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.12.2009, 9 U 42/09, MDR 2010,564; OLG Frankfurt, Urt. v. 19.01.2007, 2 U 106/06, NZM 2007,330).

47

Der ablehnenden Ansicht ist zuzugeben, dass die Arbeitsschutzverordnung regelt, welche Anforderungen an Räumlichkeiten, in denen die Arbeitnehmer tätig sind, der Arbeitgeber zu schaffen und welche Maßnahmen er zu ergreifen hat, wenn diese Anforderungen nicht (mehr) erfüllt werden. Das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter ist hiervon unmittelbar nicht betroffen, wird insoweit also nicht durch eine Rechtsnorm erfasst. Gleichwohl hat der BGH wiederholt entschieden, dass technische Normen - so etwa DIN oder VDI - die keine Rechtsnormen sind und daher eine unmittelbare Wirkung für das Mietverhältnis nicht

entfalten, für den Fall, dass die Parteien konkrete Vereinbarungen im Vertrag nicht getroffen haben, dasjenige beschreiben, was den vertraglich geschuldeten Zustand der Mietsache bildet (BGH, Urt. v. 05.06.2013, VIII ZR 287/12, a.a.O.; BGH, Urt. v. 07.07.2010, VIII ZR 85/09, a.a.O.; BGH, Urt. v. 06.10.2004, VIII ZR 355/03, NJW 2005,218; BGH, Urt. v. 17.06.2009, VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441). Aus Sicht des Senates lässt sich dieser Gedanke jedenfalls dann, wenn es um die Vermietung von Räumlichkeiten geht, die dazu bestimmt sind, auch Arbeitnehmern zum Aufenthalt zu dienen und die Verpflichtungen des Mieters gegenüber seinen Arbeitnehmern aus der Arbeitsschutzverordnung zu begründen, anwenden.

48

Darüber hinaus darf aber der Betreiber eines Bekleidungsgeschäftes, welches dadurch geprägt ist, dass die Kunden Bekleidungsstücke auswählen und anprobieren, auch erwarten, dass übermäßig warme Temperaturen in den Geschäftsräumen nicht vorherrschen. In einem Bekleidungsgeschäft möchte der Kunde sich in Ruhe umschaun und Sachen, die er zum Kauf in Betracht zieht, auch anprobieren. Für den Kunden ist es jedoch unangenehm, wenn man zu Zeiten, zu denen Außentemperaturen vorliegen, bei denen man noch eine Jacke trägt, in einen völlig überheizten Ladenraum kommt und schon nach kurzem Aufenthalt zu schwitzen beginnt. Dann ist ein anschließendes Anprobieren ebenfalls unangenehm. Ebenso unangenehm ist es, wenn man beim häufigen Wechsel der Probestücke wiederum aufgrund einer überhöhten Raumtemperatur ins Schwitzen kommt. Auch daher hält es der Senat im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung für angemessen, wenn in einem Bekleidungsgeschäft - ausgenommen bei besonders hohen Außentemperaturen - 26 °C nicht überschritten werden. Ebenso darf es aber in den Räumlichkeiten nicht zu kalt sein, sonst beendet der Kunde die Suche nach geeigneten Kleidungsstücken schnell wieder oder scheut vom Anprobieren derselben zurück. Daher sollte in einem Bekleidungsgeschäft auch die für Räume, die zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, allgemein anerkannte Mindesttemperatur von 20 °C (vgl. hierzu Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 535 Rn. 394) nicht unterschritten werden.

b.

49

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB darf die aus dem Mangel folgende Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauches nicht nur unerheblich sein. Bei der Beurteilung dessen ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Allein subjektive Besonderheiten haben außer Betracht zu bleiben.

50

Als unerheblich ist ein Fehler insbesondere dann anzusehen, wenn er leicht erkennbar ist und schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden kann, so dass die Geltendmachung

einer Minderung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (BGH, Urt. v. 30.06.2004, XII ZR 251/02, NJW-RR 2004, 1450 = NZM 2004, 776 = ZMR 2005, 101; BGH, Urt. v. 06.04.2005, XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1 = NJW 2005, 1713 = WuM 2005, 384 = NZM 2005, 455 = GE 2005, 666). Dass dies vorliegend nicht der Fall ist, belegt bereits der Umstand, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin und sodann diese selbst umfangreiche Arbeiten an der Be- und Entlüftungsanlage unter Begleitung durch den Sachverständigen S. hat vornehmen lassen.

51

Unerheblich ist eine Beeinträchtigung auch dann, wenn sich die Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit auf die Gebrauchsfähigkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Zweck nicht auswirkt. Dass dies bei den behaupteten Temperaturverhältnissen nicht der Fall ist, hat der Senat unter II. 1. A. bereits dargelegt.

52

Dementsprechend sieht auch die DIN EN 13779 für Gebäude, die dem Verkauf von Waren dienen, eine Raumtemperatur von 21 °C bis 26 °C vor. Auch dies ist bei der Bestimmung der Soll-Beschaffenheit der Räume zu beachten.

c.

53

Der Senat vermag nicht zu der Überzeugung, die jeden vernünftigen Zweifel schweigen lässt, zu gelangen, dass die Klägerin die unstreitig zunächst gegebenen Temperatur- und Klimaschwankungen in den Mieträumen ganz oder teilweise beseitigt hat. Er hat daher seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, dass in dem streitgegenständlichen Zeitraum noch immer erhebliche Temperaturunter- und -überschreitungen vorlagen, die eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung bewirkten, die eine Minderung von 25 % der Nettokaltmiete, über deren Berechtigung sich aus den Akten zumindest für die Zeit bis November 2012 kein Streit der Parteien ergibt, gerechtfertigt haben.

1)

54

Zwischen den Parteien steht es unstreitig fest, dass die Beklagte bereits gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin erhebliche Temperaturunter- und -überschreitungen geltend gemacht und diese zum Anlass genommen hatte, die Miete entsprechend zu mindern. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin ist der Mängelrüge nicht entgegen getreten und hat die Minderung hingenommen. Sie hat die Minderung der Miete vielmehr zum Gegenstand einer Schadensersatzforderung gegen die Eheleute K. als Verkäufer gemacht und sich veranlasst gesehen, die Be- und Entlüftungsanlage durch den Sachverständigen S. überprüfen zu lassen. In seinem Privatgutachten vom 01.03.2010 hatte der Sachverständige S. sodann auch erhebliche Funktions- und Planungsmängel dieser Anlage festgestellt. Die Klägerin hat

nach ihrem eigenen Vortrag auf Seite 3 der Klagschrift nach Erwerb der Mietsache das Mietverhältnis nach § 566 BGB fortgesetzt und die Zahlung einer geminderten Miete durch die Beklagte zumindest bis November 2012 hingenommen. Sie hat weiter ausgeführt, dass sie Arbeiten an der Be- und Entlüftungsanlage ausführen lassen hat, die bis auf Einstellarbeiten und kleinere Nacharbeiten im November 2012 abgeschlossen gewesen seien. Hieraus kann der Senat ableiten, dass auch die Klägerin die Mängel für gegeben erachtet und die Minderungsquote für gerechtfertigt befunden hatte. Auch der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 12.02.2015 unmissverständlich ausgeführt, dass die Klima- und Lüftungsanlage technische Funktionsdefizite aufgewiesen hatte, die zu Temperaturüber- und -unterschreitungen geführt hatten.

55

Im Ergebnis dieses unstreitigen Vorbringens der Parteien hat der Senat davon auszugehen, dass jedenfalls vor November 2012 erhebliche Temperaturschwankungen aufgetreten waren, die ein Überschreiten einer Temperatur von 26 °C und ein Unterschreiten von 20 °C bewirkten und die Parteien des Mietvertrages jeweils die von der Beklagten vorgenommene Minderung einvernehmlich aufgrund der Gebrauchsbeeinträchtigungen für angemessen erachteten. Dem Vorbringen der Klägerin selbst aus Seite 3 f. der Klagschrift ist lediglich zu entnehmen, dass die Minderung durch die Beklagte wegen der unzureichenden Temperaturen und der hierfür als Ursache erachteten Funktionsfehler der Klima- und Lüftungsanlage erfolgte. Dass weitere Mängel der auch von der Klägerin über sechs Monate beanstandungsfrei hingenommenen Minderung zu Grunde gelegen hätten, trägt die Klägerin nicht vor.

2)

56

Die Klägerin hat diesen Mangel jedoch spätestens ab Februar 2013 für behoben erachtet. Die Beklagte ihrerseits hat hingegen behauptet, dass es weiterhin auch ab März zu Temperaturunter- und -überschreitungen und Lüftungsproblemen gekommen sei.

57

Macht der Mieter eine Minderung unter Berufung auf einen Mangel geltend, hat er in der Regel das Vorliegen des Mangels und die Umstände, aus denen sich der Umfang der Gebrauchstauglichkeit herleiten lässt, vorzutragen und zu beweisen (Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, a.a.O., § 536 Rn. 406, 407; V. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., § 536 Rn. 42; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 536 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 Rn. 45). Anders verhält es sich jedoch dann, wenn es feststeht, dass ein Mangel vorhanden war, der Vermieter behauptet, diesen beseitigt zu haben und der Mieter dies bestreitet. Dann trifft den Vermieter die Vortrags- und Beweislast für die behauptete Beseitigung des Mangels (BGH, Urt. v. 01.03.2000, XII ZR

272/97, NZM 2000, 549 = NJW 2000,2344; OLG Hamm, Urt. v. 28.09.1994, 30 U 45/94, NJW-RR 1995, 525; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.03.2008, 1-24 U 136/07, NJW-RR 2009, 157 = NZM 2009, 435 = ZMR 2008,948 = MDR 2008,1235; MünchKomm/Häublein, a.a.O., § 536 Rn. 45; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 Rn. 493; V. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., § 536 Rn. 42). Der Mieter kann sich auf ein Bestreiten der Mangelbeseitigung beschränken und braucht dieses nur dann substantiieren, wenn auch der Vermieter die Mangelbeseitigung und ihren Erfolg mit Substanz vorträgt. So liegt der Fall hier.

3)

58

Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass und welche anderweitigen Mängel vor Dezember 2012 bestanden hätten, die mit den weiterhin von der Beklagten gerügten Temperaturproblemen nicht übereinstimmen würden. Insoweit verkennt sie die Vortrags- und Beweislast, wenn sie mit Schriftsätzen vom 23.03.2018 lediglich die Identität der Mängel bestreitet und mit Schriftsatz vom 19.04.2018 rügt, die Beklagte habe zur Identität der Mängel nicht vorgetragen. Die Beklagte kann sich vielmehr darauf beschränken, die Beseitigung der Mängel zu bestreiten. Es ist Sache der Klägerin dazu vorzutragen, welche Mängel vor der von ihr behaupteten erfolgreichen Mangelbeseitigung bestanden und dass diese nicht mehr vorhanden sind. Diesen Vortrag leistet die Klägerin aber nicht. Sie behauptet zwar, dass die technischen Funktionsstörungen der Klima- und Lüftungsanlage behoben worden seien. Sie trägt jedoch weder vor noch stellt sie unter Beweis, dass durch die technischen Korrekturen auch die Mängel der Mietsache in Form der Temperaturunter- und Überschreitungen beseitigt worden seien. Dabei verkennt sie auch, dass es nicht Sache der Beklagten war, weitergehende Mängelrügen nach Dezember 2012 oder Februar 2013 vorzutragen, sondern es der Klägerin oblag, die Mängelbeseitigung dazulegen und zu beweisen. Ist ein Mangel erst einmal angezeigt, ist es keineswegs Sache des Mieters, wiederholt auf dessen Fortbestand hinzuweisen.

4)

59

Dass aber die Mangelsymptome der Temperaturunter- und -überschreitungen beseitigt worden sind, hat die Klägerin weder hinreichend vorgetragen noch beweisen können. Die Klägerin beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Beseitigung der Funktionsstörungen der Be- und Entlüftungsanlage vorzutragen, in der sie die Ursache des Mangels gesehen hatte, und beruft sich dabei auf die Feststellung des Sachverständigen S. in seinem Gutachten vom 12.02.2015 auf Seite 4, dass die Klimaanlage im Rahmen ihrer technischen Möglichkeiten ordnungsgemäß und mangelfrei funktioniere und die von ihm im Privatgutachten vom 01.03.2010 aufgeführten Mängel an der Anlage behoben seien. Dies

allein reicht jedoch nicht aus, weil es nicht darauf ankommt, ob die Klägerin die vermutete Ursache der Mängel beseitigt hat, sondern ob die Mängel selbst beseitigt worden sind. Ob die Klägerin hinreichend dazu vorgetragen hat, dass derartige Temperaturschwankungen, die einen Mangel darstellen können, nicht mehr auftreten, kann der Senat dahingestellt lassen. Mit der Behauptung, dass diese noch immer auftreten würden, hat die Beklagte jedenfalls den Vortrag der Klägerin, der Mangel sei beseitigt worden, bestritten.

60

Da die Klägerin die Vortrags- und Beweislast trifft, muss es zur Überzeugung des Gerichtes im Ergebnis der Beweisaufnahme feststehen, dass der unstreitig bestehende Mangel beseitigt worden ist. Die Beweisführung muss entgegen der Ansicht der Klägerin nicht zur Überzeugung des Senates ergeben, dass der Mangel nicht beseitigt wurde, sondern noch immer in unveränderter Intensität fortbesteht. Will die Klägerin die Mangelbeseitigung ganz oder teilweise zu ihren Gunsten geltend machen, obliegt es ihr, die teilweise oder vollständige Beseitigung des Mangels zur Überzeugung des Gerichtes darzutun und zu beweisen.

61

Unter Heranziehung der Gutachten des Sachverständigen S. steht es zur Überzeugung des Senates nicht fest, dass eine Beseitigung der Mängel mit Erfolg stattgefunden hat. Vielmehr bieten diese umfangreichen Anhaltspunkte, die Zweifel an der Beseitigung der Temperaturprobleme wecken. Das aber genügt, um eine erfolgreiche Beweisführung der Klägerin zu verneinen.

62

Der Senat sieht keine Notwendigkeit für eine erneute Einholung eines Sachverständigen-gutachtens. Ausweislich des Beweisbeschlusses vom 05.11.2014 hat auch das Landgericht Rostock zunächst die Beweislast für eine Herbeiführung der Mängelfreiheit bei der Klägerin gesehen und den Beweisbeschluss entsprechend formuliert. Dass es dabei die Beweisfragen auf die Beseitigung der technischen Störungen der Klimaanlage beschränkt hatte, steht einer Verwertung der gutachterlichen Stellungnahmen nicht entgegen. In seinem ersten Gutachten hatte sich der Sachverständige allein auf die Feststellung beschränkt, dass die Anlage entsprechend ihren technischen Möglichkeiten ordnungsgemäß funktioniere. Dieses wenig aussagekräftige Ergebnis war Gegenstand der ersten ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen, und ließ schon für sich genommen erkennen, dass eine befriedigende Lösung nicht erreicht worden sei.

63

Der Senat hat bereits erhebliche Zweifel, ob die Feststellungen des Sachverständigen dessen Schluss stützen können, die Be- und Entlüftungsanlage funktioniere entsprechend ihren technischen Möglichkeiten ordnungsgemäß. Der Sachverständige führt aus, dass der

Ansaugstutzen für die Außenluft auf das Dach ausgerichtet ist und so bereits stets mehr erwärmte Luft ansaugt. Er müsste ins Freie gerichtet werden. Weiter führt er aus, dass die Luftleitungsrohre in den abgehängten Decken nicht isoliert sind, so dass insbesondere durch die von der Beleuchtung erzeugte Wärme die Austauschluft, die die Raumluft kühlen soll, weiter erhitzt wird. Ebenso stellt er fest, dass ein zentrales Kühlgerät auf dem Dach fehlt. Schließlich sind die Deckenkühlgeräte in den einzelnen Räumen zu klein dimensioniert.

64

Das aber braucht der Senat nicht vertiefen, da sich auch im Übrigen aus den Feststellungen des Sachverständigen zur Überzeugung des Senates ergibt, dass höhere Temperaturen als 26 °C jedenfalls nicht ausgeschlossen werden können, auch wenn die Außentemperatur 32 °C nicht übersteigt. So heißt es bereits auf Seite 6 des Gutachtens vom 12.02.2015, verantwortlich für die zeitweiligen Raumtemperaturüberschreitungen sei eine Kombination von Planungsfehlern und Ausführungsfehlern bei der Erstinstallation unter Missachtung der Raumnutzungsanforderungen. Im windstillen Sommer werde aufgrund der Erhitzung der Dachhaut die Ansaugluft in einer Temperatur angesaugt, die mit der vorhandenen Kühltechnik nicht ausreichend heruntergekühlt werden könne. Aufgrund einer Nacherwärmung im Luftkanal trete die Ansaugluft bereits überhitzt in den Raum aus. Auf Seite 8 führt der Sachverständige aus, aufgrund der fehlenden zentralen Kälteeinheit könnten bereits bei Außentemperaturen von 14 °C in den Räumen Temperaturen unter 24 und 25 °C nicht mehr erreicht werden.

65

Auf Seite 3 des ersten Ergänzungsgutachtens vom 14.07.2015 führt der Sachverständige aus, dass ungünstige Witterungsverhältnisse, unter denen nach seinen Ausführungen im Gutachten vom 12.02.2015 26 °C überstiegen werden, Außentemperaturen von 15-17 °C um 16.00 Uhr, dauerhafter Sonnenschein ab 10.00 Uhr, hoher Kundenandrang und volle Beleuchtung des Verkaufsraumes seien. Auf Seite 5 des 1. Ergänzungsgutachtens führt der Sachverständige aus, die Kühlleistung der Kühlendgeräte sei nicht ausreichend. Die Abfuhr der inneren Kühllast müsste über einen erhöhten Luftwechsel erfolgen, was nicht möglich sei. Es könne ein dreifacher Luftwechsel je Stunde erreicht werden, empfohlen sei ein vier- bis achtfacher Luftwechsel je Stunde. Auf Seite 5 stellt der Sachverständige dar, dass in den Geschäftsräumen im ersten Obergeschoss beispielsweise eine Wärmebelastung durch die Beleuchtung anfalle, die etwa doppelt so hoch sei, wie die einer durchschnittlichen Verkaufsstätte. Dies sei bei der Dimensionierung der Kühlanlage nicht berücksichtigt worden. Auf Seite 6 des ersten Ergänzungsgutachtens kommt der Sachverständige zu der Feststellung, dass für den gesamten Verkaufsbereich ohne Berücksichtigung des Kellergeschosses bereits eine Kühlleistung von 13-15 kw fehle. Auf Seite 8 führt er sodann aus, die Anlage sei nicht in der Lage ganzjährig und Dauerhaft eine Raumtemperatur unter

26 °C zu gewährleisten. Dass erhöhte Temperaturen u.a. an warmen Herbst- und Frühlingstagen schon wegen der Bypassschaltung auftreten können, führt der Sachverständige auf Seite 10 des ersten Ergänzungsgutachtens aus. Für jeden Verkaufsbereich ergebe sich eine fehlende Kühllastkompensation von 3 kw.

66

Diese Ausführungen des Sachverständigen lassen den Schluss zu, dass die Raumtemperatur eine Höchsttemperatur von 26 °C übersteigen kann. Allerdings vermag der Senat anhand dieser Angaben nicht festzustellen, dass dies an nur wenigen Tagen im Jahr der Fall sei. Zum einen zeigt der Sachverständige auf, dass derartige Temperaturüberschreitungen bereits bei langer Sonnenscheindauer und auch schon bei Außentemperaturen von mehr als 15 °C auftreten können. Zum anderen kann den Sachverständigendarlegungen entnommen werden, dass maßgeblich nicht allein die Außentemperaturen sind. Auch erhöhte Kundenströme können beispielsweise zu erhöhten Raumtemperaturen führen. Der Mangel der Temperaturüberschreitungen ist folglich nicht beseitigt.

67

Die umfangreiche Beschreibung fortbestehender Planungs- und Installationsfehler lässt es aus Sicht des Senates vielmehr zweifelhaft erscheinen, ob die unter Beaufsichtigung des Sachverständigen S. insbesondere 2012 vorgenommenen Arbeiten an den Be- und Entlüftungsanlage überhaupt zu einer Verbesserung der Temperatur- und Belüftungssituation geführt haben.

68

Das Landgericht hat die vom Sachverständigen dargestellten Unzulänglichkeiten der Anlage umfangreich auf den Seiten 8, 9 seines Urteils dargestellt. Es hat sich mit diesen jedoch nicht auseinander gesetzt. Das Urteil lässt nicht erkennen, wie diese Aspekte in die Überzeugungsbildung des Landgerichtes eingeflossen sind. Es führt vielmehr im Anschluss an die Wiedergabe dieser Unzulänglichkeiten aus:

69

"Der Sachverständige hat indes im Ergebnis für das Gericht überzeugend und nachvollziehbar ausgeführt, dass im Rahmen einer Gesamtschau eine Mangelhaftigkeit der Räumlichkeiten nicht anzunehmen sei. So sind gelegentliche Raumtemperaturüberschreitungen in den Verkaufsräumen bis max. 30 Grad 0 an wenigen Tagen im Hochsommer festzustellen." Das Landgericht setzt sich mit den Darlegungen des Sachverständigen nicht auseinander, sondern übernimmt dessen Zusammenfassung ohne kritische Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens im Einzelnen. Dabei übersieht das Landgericht zudem, dass die von ihm übernommene Folgerung des Sachverständigen eine rechtliche Würdigung ist, deren Beurteilung nicht Gegenstand der gutachterlichen

Stellungnahme ist, sondern vom Gericht selbst zu vollziehen ist. Der Senat vermag eine solche Folgerung in Ansehung der Ausführungen des Sachverständigen jedenfalls nicht mit der Überzeugung zu ziehen, dass die Mängel und ihre Auswirkungen auf die Mietsache ganz oder teilweise beseitigt worden seien. Soweit das Landgericht die übernommene Schlussfolgerung des Sachverständigen darin gestützt sieht, dass die Mieträume erst ab einer Temperatur von 35°C aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr genutzt werden können, kommt es hierauf aus den unter II. 1. A. dargestellten maßgeblichen Erwägungen zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauches gerade nicht an. Maßgeblich ist vielmehr die Überschreitung einer Raumtemperatur vor bereits 26°C.

70

Der Senat hält das Gutachten auch nicht schon deshalb für nicht verwertbar, weil der Sachverständige als Parteigutachter der Rechtsvorgängerin der Klägerin im Verfahren 10 O 209/10 vor dem Landgericht Rostock mit der Sache befasst war. Eine Parteilichkeit zu Gunsten der Klägerin kann in Ansehung der umfassenden Feststellungen zur Funktionsfähigkeit der Anlage, die sich nicht zu Gunsten der Klägerin auswirken, nicht erkannt werden. Auch hat die Klägerin weder in der ersten noch in der zweiten Instanz in angemessener Frist Einwendungen gegen das Gutachten gemäß § 411 Abs. 4 ZPO erhoben. Sie hat die gutachterlichen Stellungnahmen des Sachverständigen S. vielmehr mit ihrer Berufungserwiderung ausdrücklich verteidigt.

5)

71

Die Klägerin hat im Ergebnis aus Sicht des Senates nicht aufgezeigt und unter Beweis gestellt, dass die Gebrauchsbeeinträchtigungen nicht mehr oder zumindest in geringerem Umfang erheblich seien. Hierfür aber trifft sie die Vortrags- und Beweislast (Senatsurteil v. 29.04.2002, 3 U 12/01, NZM 2002, 701; MünchKomm-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 Rn. 45; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 536 Rn. 5). Der Senat hat daher keinen Anlass von einer geringeren Gebrauchsbeeinträchtigung auszugehen, der Anlass bietet, von der einvernehmlich zumindest bis November 2012 praktizierten Minderung abzuweichen. Dass die Klägerin die Minderung in der Zeit von Juni 2012 bis November 2012 für nicht angemessen und gerechtfertigt erachtet hatte, ist nicht ersichtlich. Den Parteien des Mietverhältnisses steht es frei, eine Einigung darüber zu treffen, welche Miete sie als Äquivalent für die geminderte Gebrauchstauglichkeit erachten (KG, Urt. v. 19.05.2005, 8 U 10/05, ZMR 2005, 948; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, a.a.O., § 536 Rn. 369 so wohl auch Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 Rn. 381). Dann aber besteht kein Anlass, die Höhe der Minderung durch das Gericht im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO zu bestimmen.

d.

72

Nicht zu beanstanden ist, dass die Beklagte die Minderungsquote mit 25 % der Nettomiete angegeben hat, obgleich nach der ständigen Rechtsprechung des BGH die Minderung von der Bruttomiete aus erfolgt. Dies betrifft lediglich die Ermittlung der Höhe der Minderung ihrem Betrag nach durch das Gericht. Wie der Mieter die angemessene Miete für die gebrauchsgeminderte Mietsache rechnerisch ermittelt hat, ist hingegen seine Angelegenheit. Er ist bereits nicht verpflichtet, die Berechnung vorzutragen.

e.

73

Die Klägerin kann der Mietminderung nicht entgegenhalten, dass die Beklagte eine umfangreichere Beleuchtung als geplant in die Mieträume eingebaut habe und der Mangel daher der Sphäre der Beklagten zuzuordnen sei.

74

Die Beklagte hat in erster Instanz eine Lichtplanung vorgelegt und vorgetragen, diese sei dem die Errichtung des Gebäudes planenden Architekten für die Planung übergeben worden. Die Klägerin ist diesem Vortrag in erster Instanz nicht entgegen getreten. Hierauf hat das Landgericht das 2. Ergänzungsgutachten eingeholt, in welchem die Frage zu beantworten war, ob diese Planung der tatsächlichen Ausführung entspricht und ob die Be- und Entlüftungsanlage entsprechend dieser Beleuchtungspläne ausgeführt wurde. Der Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, dass die tatsächliche Leistung der Lichtanlage der Beklagten sogar etwas geringer sei, als diejenige, die die Planung ausgewiesen hatte, diese Pläne ganz offensichtlich aber nicht beachtet wurden. Wenn die Planer dies aber nicht berücksichtigt haben, sind die Fehltemperaturen nicht einer abweichenden Installation einer Lichtanlage und der Mangel folglich nicht der Mietersphäre zuzuordnen.

75

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin erstmals behauptet, diese Pläne, die dem Sachverständigen vorgelegt worden seien, seien dem Planungsbüro nicht übergeben worden. Das erstmalige Bestreiten der Vorlage der Planungsunterlagen in der Berufungsinstanz ist gemäß §§ 529 Abs. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen. Es handelt sich um einen neuen Vortrag gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, der - weil streitig - nur gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO zugelassen werden kann. Die diesbezüglichen Voraussetzungen sind nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Nr. 1 und 2 des § 531 Abs. 2 ZPO sind nicht einschlägig. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO lässt einen neuen Vortrag einer Partei im Berufungsrechtszug zu, wenn dies nicht auf Nachlässigkeit beruht. Nachlässigkeit in diesem Sinne ist schon dann anzunehmen, wenn eine Partei unter Verstoß gegen ihre allgemeine Prozessförderungsspflicht in erster Instanz es unterlassen hat, die Tatsachen für eine Anspruchsgrundlage in ihrem wesentlichen Kern vorzutragen. Die Klägerin hat nicht

dargetan, dass ihr neuer Vortrag nicht schon in erster Instanz von ihr hätte vorgebracht werden können. Entsprechend der allgemeinen Prozessförderungspflicht des Zivilprozesses ist die Partei gehalten, ihr günstigen Vortrag in gesammelter Form und zeitnah so bald als möglich in den Rechtsstreit einzuführen, um diesen einer möglichst umfassenden und sachlich richtigen Entscheidung zuzuführen (vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.01.2005, 1 BvR 2653/03, NJW 2005, 1768). Vorliegend wird diese Verpflichtung der Klägerin durch § 411 Abs. 4 ZPO verstärkt.

76

Die Klägerin hätte den Vortrag der Beklagten bereits in erster Instanz und vor Einholung eines weiteren Ergänzungsgutachtens bestreiten können und müssen.

f.

77

Schließlich kann die Klägerin nicht mit Erfolg geltend machen, es handele sich nur um periodisch auftretende Mängelerscheinungen, so dass eine fortdauernde Minderung nicht in Betracht komme. Handelt es sich um nur periodisch auftretende Gebrauchsbeeinträchtigungen, ist eine Minderung auch nur für den Zeitraum der Beeinträchtigung anzuerkennen (BGH, Urt. v. 15.12.2010, XII ZR 132/09, NZM 2011,153; KG, Urt. v. 05.03.2012, 8 U 48/11, MdR 2012,756; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 536 Rn. 33; V. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., § 536 Rn. 8; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 Rn. 353; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, a.a.O., § 536 Rn. 368). Anders als bei typisch periodischen Gebrauchsbeeinträchtigungen, so etwa der mangelnden Heizleistung einer Heizungsanlage, die sich in den Sommermonaten nicht auswirkt, oder der Aufheizung von Räumen nur in den Sommermonaten, können Temperaturüberschreitungen nach den vorskizzierten Feststellungen des Sachverständigen nicht auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt werden. Längere Sonnenscheindauer oder Temperaturen von 15 °C und mehr können nicht nur in den Hochsommermonaten auftreten. Auch größere Kundenströme können jeder Zeit anfallen. Es muss also permanent in Betracht gezogen werden, dass eine 26 °C übersteigende Raumtemperatur erreicht wird. Für die Minderung genügt es in solchen nicht periodischen Fällen, dass eine konkrete Gefahr der Gebrauchsbeeinträchtigung besteht. Hier gebietet sich eine zusammenfassende Betrachtungsweise im Rahmen der Minderungsbestimmung (OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.07.2011, 24 U 186/10, zitiert nach juris). Anlass, die einvernehmliche Minderungsweise zu korrigieren, sieht der Senat daher nicht.

2.

78

Soweit der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 22.02.2018 die Ansicht vertreten hat, dass die Klage bereits deshalb teilweise keine Erfolgsaussicht habe, weil

Betriebskostenvorauszahlungen eingefordert würden, für welche Abrechnungsreife eingetreten sei, hält der Senat hieran nicht mehr fest. Zutreffend verweist die Klägerin darauf, dass die Beklagte in der Klagerwiderung ausgeführt habe, 25 % der Nettomiete gemindert zu haben. Hierin liegt gleichzeitig eine Leistungsbestimmung betreffend die Verrechnung der geleisteten Zahlungen, die im Rahmen der Minderungsberechnung analog § 366 Abs. 1 BGB zulässig ist (vgl. hierzu ausführlich Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 Rn. 381 ff. zur Verrechnung von Betriebskosten im Rahmen einer Saldierung vgl. auch BGH, Urt. v. 21.03.2018, VIII ZR 84/17, zitiert nach juris). Somit waren die erbrachten Zahlungen auch auf die Betriebskostenvorauszahlungen anzurechnen. Diese Leistungsbestimmung findet ihre Bestätigung auch in den Schreiben der Beklagten vom 08.01.2013 und 25.09.2013 sowie in der Berücksichtigung der Vorauszahlungen als geleistet in der Betriebskostenabrechnung.

3.

79

Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Klägerin vom 23.03.2018 und 19.04.2018 bieten keinen Anlass, das Verfahren wieder zu eröffnen.

80

Die Klägerin kann nicht mit Erfolg für sich in Anspruch nehmen, dass die Ansicht, sie treffe für die Beseitigung der unstreitig zunächst gegebenen Mängel die Vortrags- und Beweislast, für sie überraschend sei. Auf eben diese Beweislastverteilung hatte bereits das Landgericht mit Verfügung vom 18.09.2014 (Bl. 54 Bd. 1 d. A.) hingewiesen. Auch im Beweisbeschluss vom 05.11.2014 hat es die Beweislast unmissverständlich bei der Klägerin gesehen.

Insoweit war es vielmehr überraschend, dass das Landgericht in Rahmen der Entscheidungsgründe seines Urteils eine Beweisfälligkeit der Beklagten angenommen hatte.

81

Der Vortrag der Klägerin in den Schriftsätzen vom 23.03.2018 und 19.04.2018 lässt auch nicht erkennen, welchen weitergehenden Vortrag und welche Beweisantritt sie in Ansehung der Rechtsauffassung des Senates geleistet hätte.

82

Ebenso verfängt auch die Rüge nicht, es sei nicht zu erkennen gewesen, dass einzelne Feststellungen des Sachverständigen nicht plausibel sein sollten, welche Folgerungen hieraus auf die Mangelhaftigkeit des Mietobjektes abzuleiten seien und wie demgegenüber eine mangelfreie Kühlanlage hätte ausgestattet sein sollen. Der Senat hat hierzu in der mündlichen Verhandlung vom 22.02.2018 umfangreich ausgeführt. Die Klägerin hat jedoch in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen nichts in der Sache hierzu vorgetragen.

III.

83

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

84

Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in §§ 47,48 GKG.

85

Gründe, die Revision zuzulassen, sieht der Senat nicht.