

IM Versicherung 3 U 59/17

Gericht:

Brandenburgisches Oberlandesgericht 3. Zivilsenat

Entscheidungsdatum:

19.02.2019

Aktenzeichen:

3 U 59/17

ECLI:

ECLI:DE:OLG BB:2019:0219.3U59.17.00

Dokumenttyp:

Urteil

Quelle:

Tenor

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 07.04.2017, Az.: 13 O 131/13 abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.681,68 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 10.312,54 € seit dem 19.05.2016 und aus 369,14 € seit dem 26.05.2016 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich der Rechtsstreit in Höhe von 5.479,41 € erledigt hat.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits der ersten Instanz trägt der Kläger 38 % und der Beklagte 62 %. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 30 % und der Beklagte 70 %.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der andere Teil zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

5. Die Revision wird nicht zu gelassen.

6. Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf bis zu 35.000 € festgesetzt. Für die erste Instanz bleibt es bei der Festsetzung durch das Landgericht.

Gründe

I.

1

Der Beklagte mietete mit Vertrag vom 15./18.09.2009 die im Erdgeschoss des Mietobjektes ... in ... belegenen Räume mit einer Fläche von ca. 123 m² zum Betrieb eines Versicherungsbüros von der B... GmbH & Co. ... KG- ... (im Folgenden: Schuldnerin). Über deren Vermögen wurde durch Beschluss vom 18.03.2014 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger hat nach Aufnahme des Rechtsstreits als

Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin mit der Klage zuletzt Restmietforderungen für den Zeitraum April 2012 bis August 2015 und Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2011, 2012 und 2013 in Höhe von insgesamt 17.223,64 € nebst Zinsen von der Beklagten begehrt. Wegen der genauen Zusammensetzung der geltend gemachten Forderung wird auf die Tabelle auf Seite 5 des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

2

In § 22 des zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten geschlossenen Mietvertrages heißt es unter der Überschrift

3

„Aufrechnung, Zurückbehaltung, Mietminderung, Verzug, Schadensersatz“

4

unter Ziffer 1.:

5

„Der Mieter kann gegenüber der Miete oder sonstigen Forderungen des Vermieters weder mit Gegenforderungen aufrechnen, noch ein Mietminderungs- oder Zurückbehaltungsrecht ausüben, es sei denn, dass Forderungen des Mieters vom Vermieter anerkannt oder rechtskräftig festgestellt sind.“

6

Unter Ziffer 4. heißt es weiter:

7

„Minderung der Miete und Schadenersatzansprüche des Mieters wegen vom Vermieter nicht zu vertretender Emissionen oder Störungen der Zugänge des Gebäudes oder wegen Baumaßnahmen Dritter außerhalb des Gebäudes sind ausgeschlossen. Schadenersatz- oder Minderungsansprüche wegen Mängeln der Mietsache oder wegen Störungen im Betrieb des Mietobjektes und seiner technischen Einrichtungen hat der Mieter nur dann, wenn der Vermieter den Mangel oder die Störung vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat oder der Vermieter mit der Mängelbeseitigung vorsätzlich oder grob fahrlässig in Verzug gerät.“

8

Bereits im April 2011 war es in den Gewerberäumen zu einem Wassereintritt gekommen. In diesem Zusammenhang hatte die Schuldnerin dem Beklagten mitgeteilt, dass sie im Hinblick auf diesen Wassereintritt eine Provisionsentschädigung für zwei Arbeitstage in Höhe von 1.043,68 € pro Arbeitstag und eine Mietminderungspauschale in Höhe von 156,32 € für angemessen erachte.

9

Am 09.09.2011 kam es erneut zu einem Wassereintritt in den Büroräumen. In diesem Zusammenhang teilte der mit dem Hausmeisterservice von der Schuldnerin betraute Herr L... in einem Mailschreiben an die mit der Hausverwaltung betraute Firma A... GmbH, hier Herrn A... S..., mit, dass in der Decke des Büros ein Durchfeuchtungsschaden festgestellt worden sei. Bei der Ursachensuche sei festgestellt worden, dass das Wasser durch ein quer an der Rohdecke verlaufendes Regenwasserrohr austrete.

Das Rohr müsse repariert werden. Da eine Reparatur bis dahin nicht erfolgt war, kam es am 21.09.2011 zu einem Rohrbruch, in dessen Verlauf die Gewerberäume mit Fäkalien verunreinigt wurden. Dabei stellte sich heraus, dass statt eines Regenablaufrohres ein Abwasserrohr undicht war.

10

Am 24.07.2012 kam es erneut zu einem Rohrbruch, in dessen Verlauf es wiederum zu einer Verunreinigung der Räume kam. Die Reinigung der Räume wurde am 26.07.2012 durchgeführt.

11

Im Folgenden kam es zu einer E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Beklagten, vertreten durch dessen Tochter A... D..., und der Klägerin, vertreten durch die zu diesem Zeitpunkt beauftragte Hausverwaltung B.... Wegen deren Einzelheiten wird auf die Darstellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

12

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

13

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 17.223,64 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 16.854,50 € seit dem 19.05.2016, aus 369,14 € seit Rechtshängigkeit sowie ausgerechnete Zinsen in Höhe von 3.535,38 € zu zahlen.

14

Der Beklagte hat beantragt,

15

die Klage abzuweisen.

16

Der Beklagte hat behauptet, die Parteien hätten sich im Rahmen einer Besprechung am 30.08.2012 darauf geeinigt, dass die Mietrückstände bis einschließlich September 2012 durch eine Zahlung in Höhe von 3.000 € bei gleichzeitiger Zahlung eines Betrages in Höhe von 1.309,67 € auf die Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung 2010 sowie eines weiteren Betrages in Höhe von 202,00 € abgegolten sein sollten. Der Beklagte hat weiter vorgetragen, ihm sei aus dem Rohrbruch vom 09.09.2011 ein Schaden einschließlich Mietminderung in Höhe von 29.082,86 € entstanden. Die im Erdgeschoss gelegenen Räume hätten 47 Tage nicht zur Durchführung von Kundengesprächen genutzt werden können. Neben einer Mietminderungspauschale von 3.673,52 € für 47 Arbeitstage stehe ihm auch eine Sachschadensforderung in Höhe von insgesamt 10.457,10 € zu. Wegen deren Zusammensetzung im Einzelnen wird auf die Darstellung auf Seite 7 des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Zudem sei ihm durch die Nichtnutzbarkeit der Räume ein Provisionsausfall in Höhe von 12.263,24 € entstanden. Darüber hinaus sei ihm durch den weiteren Wasserschaden vom 24.07.2012 ein Provisionsausfall in Höhe von 2.609,20 € entstanden und stehe ihm ein Mietminderungsanspruch in Höhe von 79,80 € zu.

17

Der Beklagte hat die - hilfsweise - Aufrechnung mit diesen Ansprüchen erklärt. Wegen der Reihenfolge der zur Aufrechnung gestellten Ansprüche wird auf die Seite 8 des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

18

Der Beklagte hat weiter behauptet, Mieten für die Monate Juli und August 2015 seien nicht geschuldet, da das Mietverhältnis wegen eines weiteren Wasserschadens vom 09.04.2015 außerordentlich zum Juni 2015 gekündigt worden sei. Die Nebenkostenabrechnungen für die Abrechnungsjahre 2012 und 2013 habe er erstmals mit Schriftsatz vom 18.05.2016 erhalten, so dass die Geltendmachung verspätet sei. Zudem hat er insoweit die Einrede der Verjährung erhoben.

19

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Geltendmachung der Gegenforderung im Wege der Aufrechnung stünde § 22 Nr. 1 des Mietvertrages entgegen. Die Schuldnerin treffe an dem eingetretenen Wasserschaden auch kein Verschulden. Der Schaden sei nicht vorhersehbar gewesen. Die Schuldnerin hat die Firma H... unmittelbar mit Reparaturmaßnahmen beauftragt. Eine Verschlimmerung des Schadens sei nicht ersichtlich gewesen.

20

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil der Klage in Höhe von 16.239,64 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 15.870,50 € seit dem 19.05.2016, aus 369,14 € seit dem 26.05.2015 sowie ausgerechneten Zinsen in Höhe von 1.352,65 € stattgegeben und festgestellt, dass sich der Rechtsstreit in Höhe von 5.532,91 € erledigt hat.

21

Zur Begründung hat es ausgeführt, unter Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarungen und der geleisteten Zahlungen ergebe sich der ausgeurteilte Betrag, der sich aus offenen Mieten für den Zeitraum April 2012 bis August 2015 sowie aus Nachforderungen aus Nebenkostenabrechnungen ergebe. Wegen der Einzelheiten der Zusammensetzung wird auf Blatt 9, 10 des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Der Verspätungseinwand stehe, ebenso wie der Einwand der Verjährung der Geltendmachung der Nachforderungen aus den Betriebskostenabrechnungen für die Abrechnungsjahre 2012 und 2013 nicht entgegen, da § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auf ein Gewerberaummietverhältnis keine Anwendung finde. Es könne nicht festgestellt werden, dass es zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten eine Abgeltungsvereinbarung gegeben habe. Der Sachvortrag des Beklagten zu einem weiteren Wasserschaden am 09.04.2015, einer darauf gestützten außerordentlichen Kündigung und eines Annahmeverzugs der Beklagten sei unsubstantiiert und nicht weiter beachtlich.

22

Die Forderungen seien auch nicht wegen der zur Aufrechnung gestellten Nebenforderungen erloschen. Die Aufrechnung sei im Hinblick auf die Regelung in § 22 Nr. 1 des Mietvertrages unzulässig. Dieser Regelung stünden keine Bedenken gegenüber, auch soweit es sich um eine Formulklausel handle.

23

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung.

24

Er rügt zunächst, es liege ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör vor, da er keine Gelegenheit gehabt habe, zum erstmalig in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017 angesprochenen Aufrechnungsverbot des § 22 Nr. 1 des Mietvertrages Stellung zu nehmen, auf das sich der Kläger bis zu diesem Termin nicht berufen habe.

25

Zwar enthalte § 22 Nr. 1 ein Aufrechnungsverbot; die Schlussfolgerung, dass damit eine Aufrechnung mit Minderungs- oder Schadenersatzansprüchen unzulässig sei, sei aber falsch. Das Gericht hätte über die Aufrechnung entscheiden müssen, da die rechtskräftige Feststellung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen auch noch in dem Prozess erfolgen könne, in dem über die Aufrechnung gestritten werde. Darüber hinaus sei die Berufung auf das Aufrechnungsverbot auch rechtsmissbräuchlich, da der Kläger bzw. die Schuldnerin sich über mehrere Jahre nicht auf dieses berufen habe.

26

Der mit Schriftsatz vom 19.07.2016 vorgetragene Anspruch auf Erstattung der Mietkaution in Höhe von 2.400 € sei vom erstinstanzlichen Gericht vollkommen übergangen worden. Es hätte entschieden werden müssen, ob ein Verrechnungsanspruch des Beklagten bestehe.

27

Der Vortrag aus dem Schriftsatz vom 19.07.2017 zur fristlosen Kündigung und der Vereinbarung eines Übergabetermins sei zu Unrecht nicht berücksichtigt worden.

28

Es werde dabei verblieben, dass am 30.08.2012 eine Einigung zwischen den Parteien getroffen worden sei.

29

Zur Höhe der zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche, die er weiterhin einschließlich der geltend gemachten Minderung auf einen Betrag von 29.082,86 € beschränkt, wie er mit Schriftsatz vom 09.07.2018 klargestellt hat, hat der Beklagte auf gerichtlichen Hinweis in der Berufungsinstanz ergänzend vorgetragen. Wegen der Einzelheiten des dahingehenden Vortrages wird auf den Schriftsatz vom 09.07.2018 nebst Anlagen Bezug genommen.

30

Der Beklagte beantragt,

31

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

32

Hilfsweise beantragt er für den Fall, dass der Senat das Aufrechnungsverbot für wirksam erachtet,

33

festzustellen, dass die im Schriftsatz vom 05.07.2016 zu Ziffer 3. dargestellten Gegenansprüche des Beklagten in Höhe von insgesamt 16.239,64 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus diesem Betrag von 15.870,50 € seit dem 19.05.2016, aus einem Betrag in Höhe von 369,14 € seit dem 26.05.2016 sowie in Höhe von 1.352,65 € an ausgerechneten Zinsen begründet sind und bestehen.

34

Der Kläger beantragt,

35

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

36

Ferner beantragt er,

37

die hilfsweise erhobene Widerklage abzuweisen.

38

Er trägt vor, er habe bereits in der Replik auf das Aufrechnungsverbot hingewiesen und vorgetragen, dass die Schuldnerin kein Verschulden an dem Wasserschaden treffe. Das Aufrechnungsverbot sei korrekt angewandt worden; die Berufung hierauf sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Der Anspruch auf die Kautionsrückzahlung bestehe nicht, da der Beklagte bereits nicht geltend gemacht habe, aus welchem Recht er diese geltend mache. Eine Kautionsliege nicht vor. Es handele sich auch nicht um eine Saldoklage. Der Vortrag zur fristlosen Kündigung sei nicht einlassungsfähig gewesen, wie das Landgericht zutreffend festgestellt habe. Das Landgericht habe auch zutreffend dargelegt, warum eine Einigung am 30.08.2012 nicht erfolgt sei.

39

Der ergänzende Vortrag zur Höhe des Provisionausfalles sei weiterhin unzureichend, insbesondere bleibe vollständig unberücksichtigt, dass die Provisionen, die als Einnahmen vorgetragen würden, auch und vor allem solche sein dürften, die aus laufenden Verträgen anfielen und unabhängig von der Nutzbarkeit der Räumlichkeiten entstünden. Die einzigen Provisionen, die durch eine vermeintliche Nichtnutzbarkeit der Büroräume entfallen sein könnten, seien diejenigen, die auf Abschlussprovisionen von Verträgen in den Büroräumen beruhten. Dass der Beklagte täglich Abschlussprovisionen von 2.287,02 € in den streitgegenständlichen Räumen generiert habe, sei nicht nachvollziehbar.

40

Soweit der Beklagte Ansprüche aus Schäden ab dem Januar 2012 zur Aufrechnung gestellt habe, fehle es an einer Aufrechnungslage, da ab dem 01.01.2012 die Tochter des Beklagten die Geschäfte übernommen habe.

41

Eine Berechnung des entstandenen Sachschadens sei bereits deshalb nicht möglich, da keine Abgrenzung zwischen dem bereits am 09.09.2011 entstandenen Schaden, an dem die Vermieterin kein Verschulden treffe und dem durch den zweiten Rohrbruch am 21.09.2011 entstandenen Schaden erfolgen könne.

42

Zudem sei der Schaden am Teppich, den Möbeln und der Klimaanlage erst in dem letzten Schriftsatz des Beklagten vom 09.08.2018 nachvollziehbar dargelegt und beziffert worden, so dass dieser verjährt sei. Erst durch die nachvollziehbare Darlegung sei der Anspruch fällig geworden, so dass sich die gegenseitigen Ansprüche nicht in unverjährter Zeit gegenüberstanden hätten.

43

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

II.

44

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Beklagten hat nur zu einem geringen Teil Erfolg.

45

Der Kläger hatte einen Anspruch aus dem zwischenzeitlich beendeten Mietverhältnis in Höhe von 15.686,14 € auf Zahlung offener Mietforderungen und Nebenkostennachzahlungen aus § 535 Satz 2 BGB. Diese sind durch die hilfsweise Aufrechnung des Beklagten in Höhe von 6.071,66 € erloschen.

46

1. Die Feststellungen des Landgerichts zur Höhe der offenen Mietforderung sind von der Berufung nicht konkret angegriffen. Der Beklagte hat keine konkreten Einwendungen hiergegen erhoben, insbesondere nicht dargelegt, inwieweit die detaillierte Berechnung der offenen Forderungen auf den Seiten 9 bis 11 des Urteils fehlerhaft sein soll.

47

2. Die Berufung kann keinen Erfolg haben, soweit der Beklagte sich weiterhin auf eine Einigung vom 30.08.2012 beruft. Es ist zwar offenbar am 30.08.2012 über einen Ausgleich der Mietrückstände gesprochen worden. Das Landgericht hat aber zutreffend erläutert, dass sich aus der eigenen e-mail der Tochter des Beklagten vom 05.09.2012 (Anlage K 5, Blatt 120), ergibt, dass es zu einer abschließenden Einigung in diesem Gespräch noch nicht gekommen ist. Sie schreibt hier: „Ich hoffe,... dass wir nun zu einer endgültigen Einigung kommen können, damit dieser Fall endgültig zu den Akten gelegt werden kann.“. Insofern war auch keine Beweisaufnahme durch die Vernehmung der Zeugin D... erforderlich. Dass sie mit der Formulierung nur zum Ausdruck habe bringen wollen, dass sie noch eine schriftliche Bestätigung über die Einigung gewollt habe, wie der Beklagte behauptet hat und worauf er sich auch in der Berufung beruft, ist als reine Schutzbehauptung zu werten.

48

3. Der im Schriftsatz vom 19.07.2017 vorgetragene Anspruch des Beklagten auf Zahlung einer Kautions bzw. einer dahingehenden Verrechnungsabrede greift schon deshalb nicht, weil der Beklagte an keiner Stelle, weder in der ersten Instanz noch im Berufungsverfahren, vorgetragen hat, dass, wann und in welcher Höhe er eine Kautions geleistet haben will.

49

4. Das Landgericht hat auch zu Recht den Vortrag des Beklagten, dass sich die Schuldnerin mit der Rücknahme der Mietsache seit Juni 2015 Annahmeverzug befunden habe, für unsubstantiiert gehalten und nicht berücksichtigt. Weiterer Vortrag hierzu ist auch in der Berufung nicht erfolgt.

50

5. Die Berufung hat aber teilweise Erfolg, soweit der Beklagte sich auf eine Minderung der Miete beruft.

51

Der Senat folgt der Auffassung des Landgerichts, nach welcher der Geltendmachung der Minderung und der Aufrechnung § 22 Nr. 1 des Mietvertrages entgegenstehe, nicht. § 22 Nr. 1 und § 22 Nr. 4 des Mietvertrages mit der darin enthaltenen Einschränkung des Minderungsrechtes sind unwirksam.

52

a) Die Klausel des § 22 Nr. 1 des Mietvertrages, bei der es sich nach dem äußeren Erscheinungsbild um von der Vermieterin gestellte AGB handelt, verstößt gegen § 307 BGB.

53

aa) Zwar sind Klauseln, die die Aufrechnungsmöglichkeit auf rechtskräftig festgestellte oder unbestrittene Forderungen beschränken, zulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind dagegen Klauseln wie die hier vorliegende, nach denen die Aufrechnung nur mit solchen Forderungen zulässig sein soll, die von dem Verwender anerkannt oder rechtskräftig festgestellt worden, wiederholt für unzulässig erklärt worden, weil sie dahin auszulegen sind, dass die Zulässigkeit der Aufrechnung auch mit unbestrittenen Gegenforderungen von deren Anerkennung durch den Verwender abhängig machen und solche Klauseln es in das Belieben des Verwenders stellen, dem Mieter die Aufrechnung selbst mit unbestrittenen Gegenforderungen zu versagen und dessen Aufrechnungsbefugnis im Ergebnis auf rechtskräftig festgestellte Gegenrechte zu beschränken. Eine derartig empfindliche Verkürzung der Gegenrechte des Beklagten benachteiligt diesen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist gemäß § 307 BGB unwirksam (grundsätzlich: BGH, Urteil vom 27.06.2007, XII ZR 54/05, NJW 2007, 1810 m.w. N.).

54

Dem Beklagten kann das Minderungs- und Aufrechnungsrecht also nicht bereits unter Hinweis auf § 22 Nr. 1 des Mietvertrages verwehrt werden.

55

bb) Auch die Regelung des § 22 Nr. 4 des Mietvertrages ist, soweit sie sich auf die Einschränkung des Minderungsrechtes bezieht, nach § 307 BGB unwirksam. Insoweit kann auf die Entscheidung des BGH vom 12.03.2008, XII ZR 147/05 (NJW 2008, 491; vgl. auch BGH, Urteil vom 23.04.2008, XII ZR 62/06,

NJW 2008, 2479) zurückgegriffen werden. Nach dieser ist eine entsprechende Einschränkung unwirksam, weil sie im Zweifel (zu Lasten der Verwenderin) so auszulegen ist, dass der Mieter bei einem Mangel, den der Mieter nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich zu vertreten hat, umfassend mit seinem Minderungsrecht ausgeschlossen ist, d.h. er nicht nur daran gehindert ist, die Minderung durch sofortigen Abzug von der laufenden Miete vorzunehmen, sondern ihm auch das Recht abgeschnitten wird, den Minderungsbetrag gesondert nach § 812 BGB zurückzuverlangen. Ein vollständiger Ausschluss der Minderung ist aber wegen eines Verstoßes gegen das Äquivalenzprinzip unzulässig.

56
cc) Die Regelung des § 22 Nr. 4 des Mietvertrages ist - unabhängig von der Frage, ob die Regelung, da sie in einem einheitlichen Absatz mit der (unwirksamen) Regelung über Minderungsansprüche enthalten ist, bereits nach dem sogenannten „blue pencil test“ insgesamt unwirksam wäre, auch hinsichtlich der darin enthaltenen Beschränkung des Schadenersatzanspruches auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz unwirksam.

57
Zwar können Parteien grundsätzlich Schadenersatzansprüche aus der verschuldensunabhängigen Haftung nach § 536 a BGB wegen der für das gesetzliche Haftungssystem untypischen Regelung generell auch formularvertraglich begrenzen (Schmidt/Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., § 536, Rn 429 a). Die hier verwendete Klausel betrifft aber die verschuldensabhängige Haftung des Vermieters aus § 536 a Abs. 1, 2. und 3. Alt. BGB. Da sie nicht zwischen Körperschäden und sonstigen Sach- oder Vermögensschäden differenziert, ist sie bereits nach § 309 Nr. 7 a BGB, der gemäß §§ 307, 310 BGB auch für den Verkehr unter Unternehmern gilt, unwirksam, weil sie die Haftung auch hinsichtlich von Körperschäden auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt. Dies ist unzulässig. Vertragsklauseln, die den Vermieter für leichte Fahrlässigkeit freizeichnen und nicht klar zwischen Schäden aus § 309 Nr. 7 a BGB und sonstigen Schäden unterscheiden, sind schon allein deshalb unzulässig (Schmidt/Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. § 536, Rn 431).

58
b) Dies vorangestellt, ergibt sich Folgendes:

59
aa) Aufgrund des Wasserschadens vom 09.09.2011 waren nach dem eigenen Vortrag des Beklagten für einen Zeitraum vom 09.09.2011 bis zum 01.11.2011 50 % des Mietobjektes nicht nutzbar. Dementsprechend ist es angemessen, dem Beklagten für diesen Zeitraum ein Minderungsrecht von 50 % der Bruttomiete einzuräumen. Diese Minderung ist, da die Minderung kraft Gesetzes eintritt, bereits bei der Berechnung der Klageforderung zu berücksichtigen und nicht erst bei der Frage, ob und inwieweit diese durch die Aufrechnung des Beklagten erloschen ist. Es bestand also gegenüber der Aufstellung des Klägers in seinem Schriftsatz vom 18.05.2016 (Bl. 226 der Akte) für den Monat Oktober nur ein Rückstand in Höhe von 50 % der Bruttomiete in Höhe von insgesamt 307,50 € (861,00 € - 553,50 €).

60

Es hätte also ein Betrag von 553,50 € nicht auf die offene Miete für Oktober 2011 verrechnet werden dürfen, sondern auf den ältesten rückständigen Betrag aus der Miete für April 2012. Dieser Betrag dann nicht 681,83 €, wie im Urteil des Landgerichts ausgeführt, sondern 128,33 €.

61

Die zu zahlende Hauptforderung betrug damit insgesamt nur 15.686,14 €.

62

Für den erneuten, nicht bestrittenen Wassereinbruch im Juli 2012 erscheint der vom Beklagten angesetzte Minderungsbetrag von 79,80 € als angemessen, so dass die Miete für den Monat Juli 2012 nur 781,20 € betrug.

63

Es ergibt sich damit ein offener Betrag von insgesamt 15.606,34 €.

64

Ein etwaiger Minderungsbetrag für den Monat September 2011 ist im Ergebnis nicht zu berücksichtigen. Die Miete für den Monat September 2011 ist nicht geltend gemacht, nach dem eigenen Vortrag des Beklagten (Blatt 112 der Akte) aber auch gar nicht gezahlt worden. Der Beklagte beruft sich auch gar nicht darauf, eine etwaig zu viel gezahlte Miete nach § 812 BGB zurückzufordern.

65

bb) Aufgrund der Reduzierung der Hauptforderung ändert sich auch die Zinshöhe bei den ausgerechneten Zinsen. Es sind 205,65 € abzuziehen, so dass 1.147,00 € verbleiben.

66

6. Die Hilfsaufrechnung des Beklagten hat teilweise Erfolg. Die Hauptforderung des Klägers ist in Höhe von 6.071,66 € erloschen.

67

Dem Beklagten stehen aufrechenbare Schadenersatzansprüche gegen den Kläger in dieser Höhe zu.

68

a) Wie dargelegt steht § 22 des Mietvertrages der Aufrechnung nicht entgegen.

69

Auch die vom Kläger erhobene Verjährungseinrede greift nicht durch. Nach § 215 BGB schließt die Verjährung die Aufrechnung dann nicht aus, wenn die - verjährte - Gegenforderung bei Eintritt der Aufrechnungslage noch unverjährt war. Darauf, dass der Anspruch in unverjährter Zeit bereits geltend gemacht und substantiiert dargelegt wurde, kommt es nicht an.

b)

70

Die Schuldnerin hat den Mangel an der Mietsache, d.h. den am 21.09.2011 aufgetretenen Wasserrohrbruch, zu vertreten, so dass der Beklagte aus § 536 a Abs. 1 BGB Schadenersatz verlangen kann.

71

Die Schuldnerin hat es schuldhaft versäumt, den am 13.09.2011 festgestellten Riss an der Abwasserleitung zeitnah zu beseitigen, so dass es zu dem zweiten Rohrbruch am 21.09.2011 gekommen ist, aufgrund dessen die Büroräume mit Fäkalien und Wasser überschwemmt worden sind und nicht mehr nutzbar waren. Hierin ist jedenfalls ein fahrlässiges Verhalten der Vermieterin zu sehen. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass die Schuldnerin alles getan habe, um den Bruch des Abwasserrohres zu vermeiden. Sie hat zwar am 09.09.2011 gleich den Schaden durch eine Fachfirma untersuchen lassen. Es ist auch noch nicht fahrlässig, dass diese erst am 13.09.2011 ein zweites Mal kam und nach einer Öffnung der Decke den genauen Schadenumfang festgestellt hat. Dass die Schuldnerin dann aber nicht sofort den festgestellten Riss am Abwasserrohr hat beseitigen lassen, sondern erst mehr als eine Woche später am 21.09.2011 tätig wurde, nachdem das Rohr schon erneut gebrochen war, entspricht nicht der zu erwartenden Sorgfalt. Die Schuldnerin kann sich nicht pauschal darauf berufen, dass die Firma nicht vorher tätig werden konnte und eine Verschlimmerung nicht zu erwarten war.

72

c) Zur Schadenhöhe gilt Folgendes:

73

aa) Provisionsausfall

74

Der Beklagte hatte zur Berechnung seines durch Ausfälle von Provisionen wegen der Nichtnutzbarkeit des Büros entstandenen Schadens zunächst für 47 Tage einen Ausfall von 12.263 € ermittelt, ausgehend von 50 % des von der Klägerin für einen anderen Schadensfall anerkannten Betrages, d.h. von täglich 360,92 €, und hierzu vorgetragen, es würden nur 50 % angesetzt, da nur 50 % des Büros betroffen seien. Nachdem der Senat darauf hingewiesen hatte, dass dies unzureichend sei und der Schaden nicht mit der Höhe der ausgefallenen Provisionen gleichzusetzen sei, behauptet der Beklagte jetzt, dass, ausgehend von in den Vorjahren erzielten Jahreserlösen, pro Arbeitstag ein Provisionsausfall von 2.287,02 € zu verzeichnen sei, insgesamt also für 47 Arbeitstage ein Ausfall von 107.489,94 €. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Vortrag ist weiterhin unzureichend.

75

Der Beklagte kann als Schadensersatz den ihm durch die Nichtnutzbarkeit des Büros entstandenen entgangenen Gewinn geltend machen (§ 252 BGB). Dieser besteht bei Selbständigen wie dem Beklagten in der konkret festzustellenden Gewinnminderung. Bei Unterbrechungen des Betriebsablaufs besteht der Schaden in den entgangenen Roherlösen abzüglich ersparter Betriebskosten (Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 252, Rn 14). Zwar mindern die §§ 252 Satz 2 BGB, 287 ZPO auch die Darlegungslast, so dass eine volle Substantiierung nicht gefordert werden kann. Vielmehr genügt es, wenn der Geschädigte hinreichende Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO liefert. Steht fest, dass ein der Höhe nach nicht bestimmbarer, aber erheblicher Schaden

entstanden ist, ergibt sich in der Regel aus den Umständen eine hinreichende Grundlage für die Schätzung eines Mindestschadens. Auch die erleichterte Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB und § 287 ZPO lässt jedoch eine völlig abstrakte Berechnung des Erwerbsschadens nicht zu, sondern verlangt die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für die Schadensermittlung (GE 2004, 424, m.w.N.)

76

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat der Beklagte den behaupteten Verdienstaufschaden nicht hinreichend dargetan.

77

Vorliegend ist, selbst wenn man dem Vortrag des Beklagten folgen sollte, dass er keine Betriebskosten erspart hat und seinen Schaden mit den entgangenen Provisionen gleichsetzt, anhand der vorgelegten Unterlagen nicht nachvollziehbar, dass dem Beklagten durch die Nichtnutzbarkeit des Büros in einem Zeitraum von 47 Tagen Erlöse in Höhe von 107.489,94 € entgangen sein sollen. Es ist nicht plausibel dargelegt, dass tatsächlich täglich in den streitgegenständlichen Büroräumen Provisionen in Höhe von 2.287 € generiert wurden und diese nur deshalb in dem betreffenden Jahr nicht erwirtschaftet wurden, weil die Büroräume nicht nutzbar waren. Die Vorlage allein der Jahresabschlüsse für die Jahre vor dem Schadenereignis 2008, 2009 und 2010 reicht hierfür nicht aus. Um überprüfen zu können, in welchem Umfang die Reinerlöse im Jahr des Schadeneintrittes, also 2011, zurückgegangen sind, hätte der Beklagte jedenfalls auch den für das Jahr 2011 erstellten Jahresabschluss, der den jeweiligen Rohgewinn ausweist und der dem Beklagten im Jahr 2018 längst vorliegen muss, einreichen müssen und anhand dieses Abschlusses konkret darlegen müssen, in welcher Höhe ein Rückgang zu verzeichnen ist und aus welchen Gründen dies auf die fehlende Nutzbarkeit der Büroräume zurückzuführen ist. Eine fiktive Berechnung allein anhand der zurückliegenden Jahresabschlüsse ist nicht ausreichend. Der Kläger weist in diesem Zusammenhang zu Recht auch darauf hin, dass bei dieser Berechnung nicht berücksichtigt ist, dass bei Unternehmen der vom Beklagten betriebenen Art ein nicht unerheblicher Teil der Provisionen als Bestandsprovisionen erwirtschaftet wird, die nicht davon abhängen, dass an bestimmten Tagen die Geschäftsräume für Kundengespräche zur Verfügung stehen. Der Beklagte hat selbst eingeräumt, dass die Bestandsprovisionen aus laufenden Verträgen Bestandteil der in den Jahresabschlüssen aufgeführten Rohgewinne sind. Er hat aber nicht nachvollziehbar erläutert, warum und in welchem Umfang auch diese Bestandsprovisionen durch die Nichtnutzbarkeit der Büroräume zurückgegangen sind.

78

Ein Schadenersatzanspruch aus entgangenem Gewinn besteht demnach nicht.

79

bb) Sachschäden

80

Wie dargelegt, besteht ein Schadenersatzanspruch dem Grunde nach für die ab dem 21.09.2011 entstandenen Schäden, die darauf beruhen, dass die Schuldnerin den am 09.09.2011 entstandenen Riss nicht entfernt hat und deshalb das Fäkalienrohr geplatzt ist.

81

Zwar differenziert der Beklagte bei seiner Schadensberechnung nicht danach, welcher Schaden bereits durch den ursprünglichen Wassereintritt am 09.09.2011 entstanden ist und welcher erst nach dem hier maßgeblichen 21.09.2011 durch den Rohrbruch des Fäkalienrohrs aufgetreten ist. Es ist aber unstrittig, dass es, nachdem zuvor nur ein Riss an der Decke und ein Wassereintritt durch die Decke festgestellt worden war, erst am 21.09.2011 zu einem vollständigen Rohrbruch gekommen ist und erst an diesem Tag das Büro vollständig mit Wasser und Fäkalien überschwemmt wurde, so dass der Senat nach diesem Geschehensablauf nicht davon ausgeht, der geltend gemachte Sachschaden - teilweise - bereits durch den ersten Vorfall eingetreten war und Teppich und Möbel schon durch den Wassereintritt durch den Riss an der Decke auf Dauer wertmindernd beeinträchtigt waren. Der Senat ist vielmehr, auch aufgrund der eingereichten Fotografien, davon überzeugt, dass der hier geltend gemachte und auf den Fotografien erkennbare Schaden entscheidend erst durch die Verunreinigung mit Fäkalien entstanden ist, zumal es auch nach den bereits zuvor aufgetretenen reinen Wasserschäden offenbar noch nicht notwendig war, Teppich und Möbel zu ersetzen.

82

Der Schaden an dem Teppich und an den Möbeln und an der Klimaanlage ist daher grundsätzlich ersatzfähig.

83

cc) Teppich

84

Der Teppich hat ausweislich der eingereichten Rechnung, die auch dem streitgegenständlichen Mietobjekt zugeordnet werden kann, im Jahr 2007 7.667,14 € brutto (das sind 6.442,97 € netto) gekostet. Es ist auch davon auszugehen, dass, selbst wenn nur 50 % der Büroräume von dem Schaden betroffen waren, der gesamte Teppich zu ersetzen war, schon um ein einheitliches Bild zu erlangen, so dass, da der Schaden nicht beseitigt wurde (§ 249 Abs. 2 Satz 2 BGB), der Nettobetrag von 6.442,97 € verlangt werden kann. Hiervon ist ein Abzug neu für alt vorzunehmen. Bei einem Teppich kann von einer Lebensdauer von ca. 10 Jahren ausgegangen werden, so dass nur noch 60 % Hälfte ersatzfähig ist, das sind 3.865,78 €.

85

dd) Möbel

86

Der Beklagte hat durch die Vorlage der Fotos auch hinreichend vorgetragen, dass die Hängeelemente und das Highboard unwiderbringlich beschädigt wurden. Es liegt auch eine Rechnung über diese Möbel vor. Dass diese Möbel beschädigt wurden und die Rechnung nicht diese Möbel betreffen, hat

der Kläger nur unsubstantiiert bestritten. Der Beklagte hat allerdings in der Klageerwiderung nur 3 Hängeelemente und das Highboardsystem als beschädigt angegeben, so dass auch nur diese in die Schadenberechnung einzubeziehen sind. Insgesamt ergibt sich eine Summe von 3.151,26 € netto. Auch hiervon ist wiederum ein Abzug neu für alt vorzunehmen. Es erscheint angemessen, hier einen Abzug von 30 % vorzunehmen, so dass 2.205,88 € verbleiben.

87

ee) Konferenztisch

88

Dass es sich bei dem in der Rechnung ausgewiesenen Konferenztisch mit Glasplatte um den auf den Fotos erkennbaren Schreibtisch handelt, ist dagegen nicht hinreichend dargetan. Auf den Fotos sind nur weiße Holzbeine zu erkennen. Zudem hatte der Beklagte für den Schreibtisch zunächst in der e-mail vom 23.09.2011 nur 540 € geltend gemacht und die Vorlage einer entsprechenden Rechnung angekündigt, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass es sich bei dem auf der Rechnung ausgewiesenen Schreibtisch tatsächlich um den bei dem Rohrbruch zerstörten Tisch handelt.

89

ff) Klimaanlage

90

Die Kosten für die Klimaanlage sind ebenfalls nicht erstattungsfähig. Hier ist die Höhe des Schadens nicht hinreichend dargetan. Dass die Klimaanlage einen Neuwert von 1.131,50 € hatte, lässt sich allein durch die Vorlage einer Amazon-Anzeige (Blatt 484 d.A.) nicht nachweisen.

ee)

91

Dem Beklagten stehen also in Höhe von 3.865,78 € und 2.205,88 € aufrechenbare Gegenansprüche zur Verfügung, insgesamt 6.071,66 €.

92

Aufgerechnet werden soll nach der Erklärung des Beklagten zunächst gegen die ältesten Zinsforderungen, das sind die berechneten Zinsen in Höhe von 1.147,00 €, die damit erloschen sind.

93

Es verbleiben 4.924,66 €, die auf die offene Mietforderung von 15.606,34 € anzurechnen sind.

94

Es verbleibt demnach ein Anspruch des Klägers in Höhe von 10.681,68 €.

95

7. Über den Hilfsantrag des Beklagten war nicht zu entscheiden. Der Feststellungsantrag betrifft dieselben Ansprüche, die der Beklagte auch hilfsweise zur Aufrechnung gestellt hat. Dieser Antrag wurde deshalb zulässigerweise nur für den Fall gestellt, dass der Senat (wie das Landgericht) die Aufrechnung für ausgeschlossen halten sollte, weil ein wirksames Aufrechnungsverbot vereinbart wurde. Diese Antragstellung war auch zulässig (vgl. OLG Karlsruhe, Az.17 U 168/04).

96

Da nach Auffassung des Senats das Aufrechnungsverbot nicht greift, ist die Bedingung, von der die Widerklage abhängig gemacht wurde, nicht eingetreten.

97

8. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 808 Nr. 10, 711 ZPO.

98

9. Bei der Festsetzung des Streitwertes war die Hilfsaufrechnung in der Berufungsinstanz werterhöhend zu berücksichtigen (§ 45 Abs. 3 GKG), da über diese bis zur Höhe der Klageforderung eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist. Für die erste Instanz findet keine Erhöhung statt, da das Landgericht aus materiellen Gründen aufgrund des Aufrechnungsverbotes keine Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Forderung getroffen hat.

99

10. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO).