


**Gericht:** OLG Frankfurt 2. Zivilsenat  
**Entscheidungsdatum:** 18.04.2023  
**Aktenzeichen:** 2 U 43/22  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHE:2023:0418.2U43.22.00  
**Dokumenttyp:** Urteil  
**Quelle:**   
**Norm:** § 536 Abs 2 BGB

---

### **Nackter Vermieter im Hof kein Mietmangel**

#### **Anmerkung**

Zu dieser Entscheidung gibt es eine Pressemitteilung auf der Website des OLG ([www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de](http://www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de)).

Ein Rechtsmittel ist nicht bekannt geworden.

#### Verfahrensgang

vorgehend LG Frankfurt am Main, 12. April 2022, 2-21 O 135/17, Urteil

#### **Tenor**

Auf die Berufung des Klägers und der Beklagten wird das am 12.04.2022 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main, Az.: 2-21 O 135/17, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt an die Klägerin 35.492,66 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

aus 3.250,00 € seit dem 04.02.2019,

aus weiteren 3.250,00 € seit dem 06.04.2019,

aus weiteren 458,23 € seit dem 05.05.2019,

aus weiteren 20.285,44 € seit dem 22.01.2019,

aus weiteren 347,56 € seit dem 05.02.2021,

aus weiteren 347,56 € seit dem 06.03.2021,

aus weiteren 347,56 € seit dem 04.04.2021,

aus weiteren 347,56 € seit dem 07.05.2021,

aus weiteren 1.625,00 € seit dem 06.06.2021

und aus 5.233,75 € € seit dem 16.08.2022

zu zahlen.

Im Übrigen werden die weitergehende Klage abgewiesen und die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben der Kläger 47 %, und die Beklagte 53 % zu tragen. Hiervon ausgenommen sind die Kosten der Säumnis, die die Beklagte zu tragen hat.

Von den Kosten des zweiten Rechtszuges haben der Kläger 23 % und die Beklagte 77 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Kläger darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Gebührenstreitwert für den ersten Rechtszug wird auf 79.035,39 festgesetzt.

Der Gebührenstreitwert für den zweiten Rechtszug wird auf 37.035,03 € festgesetzt. Hierbei entfallen auf den Wert der Berufung der Beklagten 30.258,91 € und den Wert der Berufung des Klägers 6.776,39.

## **Gründe**

### I.

Der Kläger hat mit der vorliegenden Klage Räumung und Herausgabe von Gewerberäumen, Zahlung rückständiger, weil geminderter Miete einschließlich Betriebskostenvorauszahlung geltend gemacht und ist nach Auszug der Beklagten auf die Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung und Zahlung der Miete einschließlich eines Teils der Nebenkostenvorauszahlungen sowie die Bezahlung im Verlaufe des Verfahrens erstellter Nebenkostenabrechnungen übergegangen. Im zweiten Rechtszug sind die Zahlung der Miete sowie mit der Berufung von der Klägerin neu vorlegte Nebenkostenabrechnungen für drei Abrechnungsperioden streitgegenständlich.

1. Der Architekt C erstellte im Auftrag des Klägers unter dem 26.11.2007 Aufmaßpläne für das Gebäude Straße1 ... in Stadt1a im Maßstab 1:100 (Anlage K9, Anlagenband). Die Wohnungen des Hauses auf dem Anwesen werden teilweise zu gewerblichen Zwecken, teilweise zu reinen Wohnzwecken und teilweise zu beiden Zwecken genutzt.

Der Kläger schloss mit der Beklagten, die eine Personalberatungsfirma betreibt und zuvor die Aufmaßpläne des Architekten erhalten hatte, am 11.09.2015 (Anl. K1, Anlagenband), einen Mietvertrag über die Büroetage im 1. Obergeschoss des Gebäudes zur ausschließlichen Nutzung zu Büro Zwecken (Ziff. 2. MV) für die Zeit vom 25.09.2015 bis zum

30.09.2020, welcher sich jeweils um ein Jahr verlängern sollte, wenn er nicht mindestens 6 Monate vor Ablauf gekündigt würde (Ziff. 4.). In Ziff. 1. Abs. 1 S. 2 MV heißt es:

„Die Gesamtfläche von ca. 150 qm setzt sich aus Flur, 6 Räumen, einer Teeküche, je einer Damen- und Herrentoilette und hälftig eingerechnetem Balkon zusammen.“

Ziff. 3. lautet:

„Die Räume werden wie besichtigt vermietet. Der textile Bodenbelag wurde in Abstimmung mit der Mieterin vom Vermieter erneuert. Nach Beendigung des Mietverhältnisses ist die Büroetage in renoviertem Zustand zu hinterlassen (...)“.

Die monatliche Grundmiete betrug nach Ziff. 6. MV 3.250,00 €, die monatliche Betriebskostenvorauszahlung wurde auf 225,00 € festgelegt. MwSt. war nicht geschuldet. Die Gesamtmiete war spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats auf das Konto des Klägers zu überweisen. Als zu zahlende Betriebskosten wurden Grundsteuer, Abfallgebühren, Gebäude-, Glas- und Haftpflichtversicherung, Feuerlöscherverwaltung, Allgemeinstrom, Eingangs-, Treppenhaus- und Treppenfensterreinigung und Gartenbewässerung vereinbart. Bei Bedarf sollte der Vermieter berechtigt sein, Hausmeisterkosten hinzuzunehmen. Der Mietvertrag sah als Abrechnungsschlüssel herfür eine flächenanteilige Umlage vor. Angegeben sind: „148 m<sup>2</sup> ohne Balkon“. Direkt zurechenbare Heizkosten (d.h. Kosten für Gas, Wartung, Strom, Betriebsraumreinigung, Ablesung, Rechnungserstellung) sowie Kosten für Warm-, Kalt- und Abwasser sollten direkt nach Verbrauch abgerechnet werden. Die Betriebskosten sollten jährlich für den Zeitraum vom 1. Oktober bis zum 30. September eines jeden Jahres abgerechnet werden.

2. Mit Schreiben vom 09.06.2016 rügte die Beklagte Mietmängel, insbesondere dass das Mietobjekt nicht entsprechend gepflegt werde und die Müllentsorgung nicht regelmäßig stattfinde. Am 14.09.2016 wurde ein Rohrleck in der Toilette gerügt. Mit Schreiben vom 07.10.2016 monierte die Beklagte, dass Post, Pakete, Mülltüten und Schulranzen im Eingangsbereich des Gebäudes gelagert würden. Mit Schreiben vom 26.10.2016 rügte die Beklagte Geruchsbelästigung und mit Schreiben vom 02.12.2016 Lärm durch Bohr-, Schleifarbeiten und Schritt- bzw. Stampfgeräusche im 2. Obergeschoss.

Nachdem der Beklagte - dies ist auch streitgegenständlich - nicht die gesamte Miete zahlte, mahnte der Kläger die Beklagte mit Schreiben 07.12.2016 im Hinblick auf verspätete Mietzahlungen ab (Anl. K2, Anlagenband) ab. Die Beklagte leistete für Oktober 2016, sowie Februar 2017 und April 2017 keine Miete und Betriebskostenvorauszahlung.

Mit Schreiben vom 06.04.2017 (Anl. K3, Anlagenband) - am gleichen Tage als übergeben quittiert (Anl. K3, Anlagenband) -, sprach der Kläger die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses mit der Begründung aus, die Beklagte befinde sich mit drei Monatsmieten in Verzug, was der Beklagtenvertreter mit Schreiben vom 18.04.2017 (Anl. K4, Anlagenband) mit der Begründung zurückwies, entgegen der vertraglichen Vereinbarung weise die Mietfläche lediglich eine Größe von 131,86 m<sup>2</sup> auf, so dass sich die Miete lediglich auf 3.055,20 € auf Grundlage eines Nettomietzinses von 23,17 €/m<sup>2</sup> belaufe, für den vergangenen Zeitraum deshalb eine Überzahlung von insgesamt 6.716,80 € stattgefunden habe und machte geltend, die Miete sei deshalb und aus anderen Gründen gemindert. Mit Schreiben vom 22.04.2017 (Anl. K5, Anlagenband) wies der Kläger die Mängelrügen der Beklagten zurück. Er verwies darauf, dass berechnete Mängel jeweils beseitigt und

unberechtigte Mängelrügen zurückgewiesen worden seien. Zugleich übermittelte er den Beklagten einen neuen Grundriss (Anl. K5, Anlagenband) mit einer Flächenberechnung des gesamten Gebäudes. Der Beklagtenvertreter vertiefte seinen Rechtsstandpunkt mit Schreiben vom 03.05.2017 (Anl. K6, Anlagenband).

Mit Schreiben vom 11.06.2018 und mit Schreiben vom 19.06.2018 (Anl. B9, Bl. 254 ff. d.A.) sprach der Bevollmächtigte der Beklagten gegenüber dem Kläger persönlich eine Abmahnung aus und forderte ihn unter Fristsetzung auf, zu bestätigen, dass dieser sich zukünftig weder im Garten noch in anderen für die Mandantschaft frei zugänglichen Bereichen oder von den aus den Räumlichkeiten der Mandanten frei einsehbaren Bereichen nackt aufhalte oder die Beklagte in ähnlicher Weise belästige; es handele sich hierbei nicht um eine Einmischung in die Privatsphäre. Zugleich wurde mit ausführlicher Argumentation das Argument des Klägers, er könne sich in seinen Räumlichkeiten und im Garten frei bewegen, zurückgewiesen. Ferner forderte der Beklagtenvertreter für die Zeit vom 01.10.2015 bis 30.09.2016 die Zahlung einer Rückvergütung aus der Nebenkostenvorauszahlung i.H.v. 531,19 €.

Der Kläger errechnete für die Nebenkosten fiktive Betriebskostenguthaben“ die er mit ausstehender Miete verrechnete.

3. Die Beklagte leistete nach den Feststellungen des Landgerichts folgenden Zahlungen;

Feb 17	0,00 €
(Mrz.17	3.475,00 €)
Apr 17	0,00 €
Mai 17	2.444,16 €
Jun 17	
Jul 17	5.804,88 €
Aug 17	
Sep 17	5.804,88 €
Okt 17	
Nov 17	5.804,88 €
Dez 17	
Jan 18	5.804,88 €
Feb 18	0,00 €
Mrz 18	2.902,44 €
Apr 18	0,00 €
Mai 18	2.902,44 €
Jun 18	0,00 €
Jul 18	0,00 €
Aug 18	0,00 €
Sep 18	2.902,44 €
Okt 18	2.902,44 €

Nov 18	2.902,44 €
Dez 18	2.902,44 €
Jan 19	2.902,44 €
Feb 19	2.902,44 €
Mrz 19	2.902,44 €
Apr 19	2.902,44 €
Mai 19	2.902,44 €
Jun 19	0,00 €

Insoweit wird auf die Tabelle im Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO).

Die Beklagte zog am 15.06.2019 aus dem Büro aus. Das Objekt ist mittlerweile neu vermietet.

Mit Schriftsatz vom 30.09.2020 (Bl. 576 ff. d.A., korrigierte Fassung Bl. 589 ff. d.A.) übermittelte die Klägerseite nach einem rechtlichen Hinweis des Landgerichts vom 01.09.2020 (Bl. 562 f. d.A.) auf die eingetretene Abrechnungsreife die Betriebskostenabrechnung für die Zeit vom 01.10.2018 bis 15.06.2019, die mit 70,86 € schloss und mit Schriftsatz vom 28.10.2020 (Bl. 596 ff. d.A.) als Anlage 1 eine Auflistung des Zahlungsrückstandes, die im Schriftsatz auf Seite 2 (Bl. 597 d.A.) näher erläutert wurden.

4. Der Kläger hat im zweiten Rechtszug die Betriebskosten für die Zeit vom 01.10.2016 bis einschließlich 15.06.2019 (Datum des Auszugs) für drei Abrechnungsperioden erneut abgerechnet:

a) Die Betriebskostenabrechnung vom 01.10.2016 bis zum 30.09.2017 schließt mit entstandenen auf die Beklagten umgelegte Kosten i.H.v. 2.396,30 € (Anl. KB1, Bl. 775 d.A.). Vorauszahlungen sind von dem ermittelten Gesamtbetrag nicht abgezogen. Die Rechnung setzt sich zusammen aus Kosten für Grundsteuer, Straßenreinigung, Abfallgebühren, Versicherung für das Gebäude, Glas- und Haftpflicht, Allgemeinstrom, Eingang- und Treppenhausreinigung, Treppenfensterreinigung, Gartenbewässerung sowie der Beklagten konkret zugeordnete Heiz-, Warmwasser und Abwasserkosten gemäß Abrechnung der Firma G, verbunden mit dem Hinweis, dass die in der Abrechnung zu Grunde liegenden Belege auf Wunsch eingesehen werden können. Die nach Flächen umgelegten Kosten werden hier auf Grundlage einer Gesamtfläche von 708 m<sup>2</sup> auf eine Mietfläche von 144 m<sup>2</sup> umgelegt.

b) Die Betriebskostenabrechnung für die Zeit vom 01.10.2017 bis 30.09.2018 enthält die gleichen Kostenarten wie die Abrechnung für das Jahr 2016/2017 und schließt mit einem Gesamtbetrag von 2.414,72 € einschließlich direkt angefallener Verbrauchskosten (s.o.) ohne Abzug von Vorauszahlungen. Die nach Flächen umgelegten Kosten werden hier auf Grundlage einer Gesamtfläche von 708 m<sup>2</sup> auf eine Mietfläche von 146 m<sup>2</sup> umgelegt (Anlage KB 2, Bl. 776 d.A.).

c) Die Betriebskostenabrechnung für die Zeit vom 01.10.2018 bis 15.06.2019 enthält die gleichen Kostenarten wie die für die Abrechnung der Jahre 2016/2017 sowie 2017/2018, einschließlich der oben erläuterten direkten Verbrauchskosten. Sie schließt mit Gesamt-

kosten von insgesamt 1.983,46 €. Vorauszahlungen sind von dem ermittelten Gesamtbetrag nicht abgezogen. Die nach Flächen umgelegten Kosten werden hier auf Grundlage einer Gesamtfläche von 702 m<sup>2</sup> auf eine Mietfläche von 144 m<sup>2</sup> umgelegt, verbunden mit der Bemerkung, dass der Flächenanteil an dem vom Sachverständigen ermittelten Wert angepasst worden sei. Da auf das auf das Erdgeschoss das 2. Obergeschoss der gleiche Sachverhalt zutrefte, sei die Gesamtfläche ebenfalls angepasst und von 708 m<sup>2</sup> auf 702 m<sup>2</sup> reduziert worden (Anlage KB 3, Bl. 777 d.A.).

5. Der Kläger hat seinen Zahlungsanspruch im ersten Rechtszug auf insgesamt 37.035,39 € beziffert und diesen wie folgt errechnet:

	Miete	Nebenkostenvorauszahlung	Summe Miete und NK-Vorauszahlung	von der Beklagten gezahlt	Differenz
Feb 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	0,00 €	3.475,00 €
(Mrz 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	3.475,00 €)	0,00 €
Apr 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	0,00 €	3.475,00 €
Mai 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.444,16 €	1.030,84 €
Gutschrift NK-Abrechnung				347,61 €	-347,61 €
Jun 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €		3.475,00 €
Jul 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	5.804,88 €	-2.329,88 €
Aug 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €		3.475,00 €
Sep 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	5.804,88 €	-2.329,88 €
Okt 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €		3.475,00 €
Nov 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	5.804,88 €	-2.329,88 €
Dez 17	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €		3.475,00 €
Jan 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	5.804,88 €	-2.329,88 €
Feb 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	0,00 €	3.475,00 €
Gutschrift NK-Abrechnung				303,70 €	-303,70 €
Mrz 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Apr 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	0,00 €	3.475,00 €
Mai 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Jun 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	0,00 €	3.475,00 €
Jul 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	0,00 €	3.475,00 €
Aug 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	0,00 €	3.475,00 €
Sep 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Okt 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Nov 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €

Dez 18	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Jan 19	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Gutschrift NK-Abrechnung				285,28 €	-285,28 €
Feb 19	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Mrz 19	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Apr 19	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Mai 19	3.250,00 €	225,00 €	3.475,00 €	2.902,44 €	572,56 €
Jun 19	1.625,00 €	112,50 €	1.737,50 €	0,00 €	1.737,50 €
<b>SUMME</b>	<b>89.375,00 €</b>	<b>6.187,50 €</b>	<b>95.562,50 €</b>	<b>58.527,11 €</b>	<b>37.035,39 €</b>

Insoweit wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S.1 ZPO).

Der Kläger hat behauptet, das Mietobjekt habe sich die ganze Zeit in einem ordnungsgemäßen Zustand befunden. Weder habe es Geruchsbelästigungen gegeben noch eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit durch Lärmeinflüsse. Die von der Beklagten ermittelte Flächenabweichung treffe nicht zu.

Wegen des übrigen Vorbringens des Klägers wird auf den Inhalt der Schriftsätze des Klägers vom 10.05.2017 (Bl. 2 ff. d.A.), 28.07.2017 (Bl. 35 ff. d.A.), 21.12.2017 (Bl. 64 ff. d.A.), 16.04.2018 (Bl. 136 f.), 14.08.2018 (Bl. 240 ff. d.A.), 05.11.2018 (Bl. 308 ff. d.A.), 21.01.2019 (Bl. 347 f. d.A.) 13.02.2019 (Bl. 366 ff. d.A.), 21.05.2019 (Bl. 424 ff. d.A.), 05.07.2019 (Bl. 456 f. d.A.), 27.09.2019 (Bl. 189 ff. d.A.), 26.11.2019 (Bl. 511 f. d.A.), 09.03.2020 (Bl. 533 ff. d.A.), 04.05.2020 (Bl. 547 f. d.A.), 30.09.2020 (Bl. 576 f. d.A.), 28.10.2020 (Bl. 596 ff. d.A.) und 13.01.2021 (Bl. 620 f. d.A.) Bezug genommen.

Ferner wird auf die persönliche Eingabe des Klägers vom 06.07.2019 (Bl. 441 ff. d.A.) Bezug genommen.

Der Kläger hat u.a. ursprünglich beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, die im 1. Obergeschoss des Hauses Straße 1 ... in Stadt 1a gelegenen Räume einschließlich einer Teeküche, einem Flur, 2 Toiletten und einem Balkon sofort zu räumen und an den Kläger herauszugeben;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.475,00 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 04.02.2017, 3.475 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 06.04.2017 und 683,23 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 05.05.2017 zu zahlen;

Der Kläger hat die Zahlungsanträge sodann fortlaufend erweitert (vgl. insoweit Schriftsatz vom 21.01.2019, Bl. 347 d.A.; Schriftsatz vom 13.01.2019, Bl. 366 d.A. und Schriftsatz vom 05.07.2019, Bl. 456 d.A.). Nachdem die Beklagte aus dem Mietobjekt Mitte Juni 2019 ausgezogen war, hat der Kläger hinsichtlich der ursprünglich erhobenen Räu-

mungs- und Herausgabeklage die Erledigung erklärt. Die Beklagte hat der Erledigung nicht zugestimmt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt:

1. Der Klageantrag zu 1.) wird unter Verwahrung der Kostenlast insofern für erledigt erklärt, als dass nur noch die Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung vom 06.04.2017 beantragt wird.

2. Der Klageantrag zu 2.) wird von 33.580,21 € um weitere 3.455,18 € auf nunmehr 37.035,30 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB auf 572,56 € seit dem 06.03.2019, 572,56 € seit dem 04.04.2019, 572,56 € seit dem 07.05.2019 und 1.737,50 € seit dem 06.06.2019 erweitert.

Die Beklagte hat der teilweisen Erledigungserklärung widersprochen und beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, die Fläche der vermieteten Liegenschaft betrage tatsächlich nur 131,86 m<sup>2</sup> und nicht, wie im Mietvertrag niedergelegt, ca. 150,00 m<sup>2</sup>. Über den gesamten Mietzeitraum hinweg sei das Mietobjekt nicht in ordnungsgemäßem Zustand gehalten worden, diverse Gegenstände wie Pakete und andere Gegenstände würden über mehrere Tage hinweg im Treppenhaus gelagert; das Treppenhaus gleiche einem Abstelllager.

Über den gesamten Mietzeitraum hinweg habe es eine erhebliche Geruchsbelästigung gegeben, wenn man das Gebäude betrete; es handele sich um Kochgerüche und um Mordergerüche aus dem Keller.

Vom 01.12.2016 bis zum 28.02.2017 seien aus dem zweiten Obergeschoss des Mietgebäudes erhebliche Bohr-, Schleif- und Trampelgeräusche zu hören gewesen.

Im Zeitraum zwischen dem 20.02.2017 und dem 30.05.2017 haben man wegen der Baustelle vor dem Mietobjekt und die dadurch einhergehenden Beeinträchtigungen nicht arbeiten können. Es sei zu erheblichen Lärm- und Staubbelästigungen gekommen, und zwar in solcher Intensität, dass ein konzentriertes Arbeiten nicht möglich gewesen sei. Nachfolgend sei es auch in der Nachbarschaft an einem anderen Haus zu Baumaßnahmen gekommen, die ebenfalls mit erheblichen Lärm- und Staubbelästigungen einhergegangen seien.

Der Kläger halte sich nackt im Garten auf.

Wegen all dieser Mängel habe der Beklagten ein Minderungsrecht zugestanden, so dass im Ergebnis keine Miete ausstehe.

Gegenüber der im Verlaufe des Verfahrens vor dem Landgericht eingereichten und korrigierten Betriebskostenabrechnung hat die Beklagte die fehlende Prüffähigkeit und formelle Mängel an der Abrechnung gerügt und die in der Abrechnung eingestellte Gesamtfläche von 702 m<sup>2</sup> bestritten.

Wegen des übrigen Vorbringens der Beklagten wird auf den Inhalt der Schriftsätze des Beklagtenvertreters vom 12.07.2017 (Bl. 22 ff. d.A.) nebst Anlagen, vom 08.09.2017 (Bl. 41 ff. d.A.) nebst Anlagen, vom 31.01.2018 (Bl. 72 ff. d.A.), 09.05.2018 (Bl. 141 ff.

d.A.), 30.08.2018 (Bl. 249 ff. d.A.), 31.08.2018 (Bl. 257 ff. d.A.), 12.09.2018 (Bl. 265 f. d.A.), 27.11.2018 (Bl. 346 ff. d.A.), 18.03.2019 (376 ff. d.A.); 29.03.2019 (Bl. 407 ff. d.A.), 17.06.2019 (Bl. 432 ff. d.A.), 30.09.2019 (Bl. 493 f. Akte), 20.02.2020 (Bl. 529 ff. d.A. und 16.11.2020 (Bl. 610 ff. d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat nach einer aufwändigen Beweisaufnahme (Beweisbeschlüsse vom 13.03.2018, Bl. 100 ff. d.A. und 20.10.2019, Bl. 499 d.A.) durch Vernehmung von Zeugen (vgl. Beweisaufnahmetermine vom 12.06.2018, Bl. 178 ff. d.A., 28.09.2018, Bl. 271 f. d.A., und 19.03.2019, Bl. 385 ff. d.A.), der Einnahme richterlichen Augenscheins (Termin vom 20.07.2018, Bl. 202 ff. d.A.) sowie durch Einholung eines schriftlich ergänzten Sachverständigengutachtens (vgl. Gutachten des Sachverständigen Vorname1 X vom 14.08.2019, Bl. 461 ff. d.A.) nebst Ergänzung vom 04.12.2019, Bl. 514a ff. d.A.) durch das am 12.04.2022 verkündete (Bl. 702 d.A.) Urteil (Bl. 703 ff. d.A.), die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 30.258,91 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.250,00 € seit dem 04.02.2019, aus weiteren 3.250,00 € seit dem 06.04.2019, aus weiteren 458,23 € seit dem 05.05.2019, aus weiteren 20.285,44 € seit dem 22.01.2019, aus weiteren 347,56 € seit dem 05.02.2021, aus weiteren 347,56 € seit dem 06.03.2021, aus weiteren 347,56 € seit dem 04.04.2021, aus weiteren 347,56 € seit dem 07.05.2021 und aus weiteren 1.625,00 € verurteilt und hat hierbei eine Kostenquote von 80 % zulasten der Beklagten und 20 % zulasten der Klägerin zugrunde gelegt.

Das Landgericht hat die in Folge der Erledigungserklärung geänderte Klage, wonach die Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung begehrt werde, als unzulässig abgewiesen, die auf Zahlung des ausstehenden Mietzinses gerichtete Klage für begründet erachtet und hieraus einen Anspruch von 30.258,91 € errechnet. Das Vorliegen von Mängeln, die zu einer Minderung der Miete geführt haben könnten, hat das Landgericht unter Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme abgelehnt.

Die Abweichung der tatsächlichen Fläche um mehr als 10 % von der vertraglich vereinbarten Fläche sei nicht bewiesen, weil nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens des Sachverständigen X die Mietfläche 143,55 m<sup>2</sup> und die Abweichung damit lediglich 4,3 % betrage, zumal die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet sei, dass die Mietsache lediglich eine Fläche von 131,86 m<sup>2</sup> aufweise. Eine weitere Beweiserhebung sei nicht veranlasst gewesen.

Das Landgericht hat des Weiteren unter Berücksichtigung seiner Feststellungen im Ortstermin und Vernehmung der Zeugen eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit durch Gerüche in der Mietsache oder im Flur oder Treppenhaus nicht als bewiesen angesehen; soweit Kochgerüche vorhanden gewesen seien sollten, seien diese hinzunehmen, da sich aus dem Mietvertrag ergebe, dass der Kläger als Vermieter der Liegenschaft selbst wohne und im Rahmen dessen Kochgerüche zu den hinzunehmenden Beeinträchtigungen gehörten.

Eine Minderung der Miete durch Bauarbeiten außerhalb des Hauses hat das Landgericht aus Rechtsgründen im Hinblick auf die fehlende Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle abgelehnt.

Die weiteren Angaben im Lärmprotokoll hätten sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme als übertrieben dargestellt, was sowohl für die behaupteten massiven Erschütte-

rungen als auch den Lärm aus dem zweiten Obergeschoss gelte, wobei Geräusche wie Gehen und Haushaltstätigkeiten als gewöhnliche Belästigung hinzunehmen seien.

Über den nackten Kläger als Mangel verhält sich das Urteil nicht.

Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung von Nebenkostenvorauszahlungen und aus den Nebenkostenabrechnungen abgewiesen; jedenfalls sei nach Auszug des Beklagten zum 15.06.2019 die Nebenkosten spätestens mit dem Ablauf des 15.06.2020 Abrechnungsreife eingetreten, so dass der Kläger den Vorauszahlungsbetrag nicht mehr geltend machen konnte, sondern lediglich der Saldo aus der Betriebskostenabrechnung. Die vorgelegten Nebenkostenabrechnungen vom 01.10.2018 bis 15.06.2018 (Bl. 578 ff. d. A.) i.V.m. der Neuberechnung im Schriftsatz vom 18.10.2020 (Bl. 597 d.A.) enthielten keine schlüssige Darstellung der Gesamtkosten, Der Umlageschlüssel sei nicht dargetan oder nachvollziehbar erläutert. Es würden fiktive Vorauszahlungen eingerechnet. Hinsichtlich des Abrechnungszeitraums vom 01.10.2018 bis 15.06.2019 habe der Kläger die Klage im Anschluss nicht auf einen Saldo der Betriebskostenrechnung umgestellt, sondern er betrage weiterhin die Betriebskostenvorauszahlung; er mache demzufolge die Unterdeckung i.H.v. 70,86 € nicht geltend.

Das Landgericht hat die Klageforderung wie folgt errechnet:

	Miete	von der Beklagten gezahlt	Differenz
Feb 17	3.250,00 €	0,00 €	3.250,00 €
Apr 17	3.250,00 €	0,00 €	3.250,00 €
Mai 17	3.250,00 €	2.444,16 €	805,84 €
Gutschrift NK-Abrechnung 2015/2016	-347,61 €		-347,61 €
Jun 17	3.250,00 €		3.250,00 €
Jul 17	3.250,00 €	5.804,88 €	-2.554,88 €
Aug 17	3.250,00 €		3.250,00 €
Sep 17	3.250,00 €	5.804,88 €	-2.554,88 €
Okt 17	3.250,00 €		3.250,00 €
Nov 17	3.250,00 €	5.804,88 €	-2.554,88 €
Dez 17	3.250,00 €		3.250,00 €
Jan 18	3.250,00 €	5.804,88 €	-2.554,88 €
Feb 18	3.250,00 €	0,00 €	3.250,00 €
Gutschrift NK-Abrechnung	-303,70 €	303,70 €	-607,40 €
Mrz 18	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Apr 18	3.250,00 €	0,00 €	3.250,00 €
Mai 18	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Jun 18	3.250,00 €	0,00 €	3.250,00 €
Jul 18	3.250,00 €	0,00 €	3.250,00 €
Aug 18	3.250,00 €	0,00 €	3.250,00 €
Sep 18	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €

Okt 18	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Nov 18	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Dez 18	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Jan 19	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Gutschrift NK-Abrechnung	-285,28 €	285,28 €	-570,56 €
Feb 19	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Mrz 19	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Apr 19	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Mai 19	3.250,00 €	2.902,44 €	347,56 €
Jun 19	1.625,00 €	0,00 €	1.625,00 €
SUMME	88.438,41 €	58.179,50 €	30.258,91 €

Insoweit wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1. S. 1 ZPO).

Gegen das ihr am 22.04.2022 (Bl. 724 d.A.) zugestellte Urteil richtet sich die am 20.05.2022 (Bl. 737 d.A.) eingelegte und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.07.2022 (Bl. 744 d.A.) an diesem Tage begründete (Bl. 745 d.A.) Berufung der Beklagten, mit der sie die Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits und hilfsweise Abänderung des Urteils unter vollständiger Abweisung der Klage weiterverfolgt.

Der Kläger hat seinerseits gegen dieses ihm am 30.04.2022 zugestellte (Bl. 729 d.A.) Urteil am 16.05.2022 (Bl. 731 d.A.) Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 21.07.2022 (Bl. 747 d.A.) an diesem Tage (Bl. 771 d.A.) begründet. Er verfolgt die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von weiteren 6.776,39 € nebst Zinsen weiter. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus den erneut korrigierten Nebenkostenabrechnungen für die Zeit vom 01.10.2016 bis 15.06.201 unter Berücksichtigung der erfolgten Zahlungen auf die Miete und der Berechnung des Landgerichts einschließlich der unbestrittenen Zahlungen der Beklagten. Die Berechnung stellt sich wie folgt dar:

a) Abrechnungszeitraum 01.10.2016 bis 30.09.2017

Grundmiete (12 × 3.250,00 €):	39.000,00 €
Betriebskostenabrechnung	2.396,30 €
Zwischensumme	41.396,30 €
./. Zahlung vor Zahlungsverzug:	17.375,00 €
./. Zahlung gemäß Urteil	14.053,93 €
./. Guthaben Betriebskostenabrechnung 2015/2016	347,91 €
Differenz:	9.619,76 €

b) Abrechnungszeitraum 01.10.2017 bis 30.09.2018

zu leistende Grundmiete 12 × 3250,00 €	39.000,00 €
--	-------------

Betriebskostenabrechnung:	<u>2.414,72 €</u>
Zwischensumme	41.414,72 €
./ . Zahlung gemäß Urteil	<u>20.317,08 €</u>
Differenz:	21.097,64 €

c) Abrechnungszeitraum 01.10.2018 bis 15.06.2019

Grundmiete 8,5 × 3.250,00 €	27.625,00 €
Betriebskostenabrechnung:	<u>1.983,46 €</u>
Zwischensumme	29.608,46 €
./ . Zahlung gemäß Urteil	<u>23.219,52 €</u>
Differenz	6.388,94 €

d) Gesamtberechnung:

01.10.2016 bis 30.09.2017: (= a)	9.619,76 €
01.10.2017 bis 30.09.2018 (= b)	21.097,64 €
01.10.2018 bis 15.06.2019: (= c)	<u>6.388,94 €</u>
Gesamtbegehren:	37.106,34 €
./ . Urteilstenor	<u>30.258,91 €</u>
Differenz	6.847,43 €
Klageverzicht:	<u>71,04 €</u>
Berufungsantrag:	6.776,39 €

In der Sache macht der Kläger geltend, das Landgericht habe die Anforderungen, die der BGH an Betriebskostenabrechnungen stelle, falsch verstanden und fehlinterpretiert. In Fällen, in denen der Mieter in den Abrechnungsjahren nicht die volle Miete entrichtete, könne so abgerechnet werden, dass der Vermieter in den Räumen zu leistende Grundmiete addiere, um das Abrechnungsergebnis der Betriebskostenabrechnung den geleisteten Zahlungen gegenüberstelle und so die im Abrechnungszeitraum zu leistende Nachzahlungsbetrag ermittle. Die Abrechnungen seien formell ordnungsgemäß gewesen.

Im Hinblick auf die Abrechnung für den Zeitraum 2015/2016 sei ein Guthaben von 347,61 € berücksichtigt worden. In der ersten Instanz sei dies nicht relevant gewesen, weil auch die Zahlungen der Beklagten, die sie diesem Abrechnungszeitraum geleistet habe, bevor sie in Zahlungsrückstand geraten sei, nicht berücksichtigt worden seien.

Gegenüber der Berufung der Beklagten verteidigt der Kläger die erstinstanzliche Entscheidung. Das ursprüngliche Räumung und Herausgabebegehren sei zulässig und begründet gewesen, weil sich die Beklagte jedenfalls zum Zeitpunkt der Klageeinreichung mit einer Zahlung von mehr als zwei Monatsmieten in Zahlungsverzug befunden habe. Zunächst habe die Beklagte den Zahlungsrückstand nicht einmal näher begründet, sondern die Bruttomietzahlungen ohne Begründung und Berechnungsnachweis erstmals im Mai 2017 gekürzt und für fünfeinhalb Monate überhaupt nichts gezahlt.

Die Berechtigung zur Minderung habe das Landgericht zu Recht abgelehnt. Die Flächenabweichung sei vom Landgericht zu Recht mit max. 4,3 % errechnet und damit als recht-

lich nicht relevant angesehen worden. Der Gutachter habe keine Normen vermischt, sondern im Hinblick auf die Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche als etablierten Standard für die Mietflächen bezeichnet und erläutert, dass diese von Gutachtern regelmäßig verwendet werde. Die MF/G definiere die Mietfläche von gewerblich vermieteten oder genutzten Gebäuden, wobei die DIN 277-1 die Grundfläche erfasse. Von diesen Flächen lege die MF/G fest, welche der Grundflächen anrechenbar sei. Damit habe der Gutachter nachvollziehbar erläutert, dass das eine auf dem anderen aufbaue. Soweit er in seinem Gutachten von leicht schiefen Wänden in Altbauten (gemeint ist in der Flucht) gesprochen habe, habe er diese Auswirkung im Ergänzungsgutachten auf max. 1 m<sup>2</sup> beziffert. Er habe die Flächenermittlung nicht anders vornehmen können als beschrieben. Er habe in den möblierten Räumen einen höheren Messpunkt als üblich wählen müssen. Dies habe keinen Einfluss auf das Messergebnis gehabt, da die Wände allesamt im Lot stünden. Im Übrigen verwechsle die Beklagte Grundfläche mit Stellfläche. Heizkörper würden immer übermessen, gleich nach welcher Norm. Die Beklagte könne mit ihrer Behauptung, bestellte Möbel wieder abgestellt zu haben, nicht gehört werden. Dies habe der Kläger in seinem Schriftsatz vom 31.12.2017 ausdrücklich bestritten. Kein Schreiner würde sich im Übrigen darauf einlassen, nur aufgrund einer Grundrisszeichnung Möbel auf ein Risiko hin anzufertigen, die hernach nicht eingebaut werden könnten. Bei aufmaßgefertigten Möbeln würden die Örtlichkeiten immer aufgesucht und ausgemessen. Die Behauptung, geringfügige Flächenabweichung habe negative Wirkung auf die Nutzbarkeit der Flächen gehabt, sei falsch und unbeachtlich.

Ferner verteidigt der Kläger die Feststellung des Landgerichts, dass der Beklagten der Beweis nicht gelungen sei, dass die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache durch Gerüche in der Mietsache und Treppenhaus eingeschränkt worden sei. Die Feststellungen des Landgerichts seien zweifelsfrei. Es hätte der Beklagten freigestanden, dass ausgiebige Lüften zu beanstanden oder zu verhindern. Auch die Würdigung der Zeugenaussagen sei rechtsfehlerfrei erfolgt.

Ergänzend behauptet der Kläger im zweiten Rechtszug:

Anlässlich der Vertragsverhandlungen habe die Geschäftsführerin der Beklagten die Frage gestellt, ob das Mietobjekt eine nicht genehmigte und umgewidmete Wohnung sei. Dies habe der Kläger dahingehend beantwortet, dass das Gebäude im Kataster der Stadt Stadt1a als gemischt genutztes Gebäude geführt werde und damit keine Bedenken der Nutzung als Büro bestünden. Im Schriftsatz vom 12.09.2018 sei darüber hinaus auf Vermutungen der Beklagten im Zusammenhang mit den Klingelschildern eingegangen worden. Der Kläger habe auch nicht versäumt, Abwehransprüche gegen die Stadt Stadt1 nachzuweisen. Wie im Schriftsatz vom 12.09.2018 dargestellt, entspreche es ständiger Rechtsprechung, dass der Vermieter in Großstädten auf Straßenbauarbeiten keinen Einfluss habe und diese grundsätzlich keinen zur Mietminderung führenden Mangel der Mietsache darstellten. Es habe keine Abwehransprüche gegen die Stadt gegeben. Die Arbeiten hätten sich überwiegend mit maroden Leitungen beschäftigt, allerdings nicht durchgehend, sondern nur an wenigen Tagen.

Der Kläger und Berufungskläger beantragt,

unter Abänderung des am 12.04.2022 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main, Az. 2-21 O 135/17 die Beklagte zu verurteilen, an den

Kläger weitere 6.776,39 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie beantragt als Berufungsklägerin,

1. unter Aufhebung der Ziff. 2), Ziff. 4 und Ziff. 5.) des angefochtenen Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 12.04.2022, Az. 2-21 O 135/17 den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Frankfurt am Main zurückzuverweisen;

2. im Falle einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts das am 12.04.2022 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main, Az. 2-21 O 135/17, hinsichtlich der Ziff. 2.) 4.) und 5.) abzuändern und die Klage abzuweisen;

3. im Unterliegensfalle die Revision zuzulassen.

Der Kläger beantragt als Berufungsbeklagter,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte wendet sich gegen die Verurteilung zur Zahlung und die sich hieraus ergebenden Folgeentscheidungen aus dem Urteil des Landgerichts.

Das Landgericht habe den Zahlungsanspruch zu Unrecht bejaht und ferner zu Unrecht festgestellt, dass der geltend gemachte Räumungsanspruch bis zur Räumung durch die Beklagte zulässig und begründet gewesen sei. Die Kündigung sei nicht rechtmäßig gewesen. Sie wiederholt und vertieft ihre rechtliche Argumentation und ihre Behauptungen, dass im Hinblick auf die behaupteten Mängel die Miete im geltend gemachten Umfang gemindert gewesen sei.

a) Fehlerhaft habe das Landgericht den Antrag des Klägers so verstanden, dass der Antrag zu 1.) für erledigt erklärt und die Kündigung vom 06.04.2017 wirksam gewesen sei.

Die Beklagte habe sich ohne Berücksichtigung der Nebenkosten nicht in Zahlungsverzug befunden, weil die Feststellungen zum Nichtvorliegen von Mängeln verfahrensfehlerhaft getroffen worden seien. Das Gericht habe selektiv klägerischen Vortrag berücksichtigt und selektiv substantiierten Sachvortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen. Beweise seien falsch und einseitig zulasten der Beklagten gewürdigt worden. Hierin sei eine Gehörsverletzung zu sehen. Das Landgericht habe darüber hinaus den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzt.

b) Die Größe der Mietfläche betrage tatsächlich 131,86 m<sup>2</sup> und nicht, wie vom Landgericht im Anschluss an den Sachverständigen X festgestellt, 143,55 m<sup>2</sup>. Der Sachverständige habe in seinem Hauptgutachten vom 14.08.2019 für die Vermessung die Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für gewerblichen Raum (MF/G) verwendet. Dies sei jedoch lediglich eine Richtlinie eines eingetragenen Vereins und keine gesetzliche Vorgabe. Trotz der Bitte im Schriftsatz vom 30.09.2019 habe der Sachverständige diese Richtlinie weder dem Gericht noch den Parteien vorgelegt. Der Sachverständige sei jedoch

gehalten, seine tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Wertungen dem Gericht ausreichend transparent zu vermitteln und die Arbeitshypothesen über die geschuldete Beschaffenheit zu verdeutlichen. Das Landgericht müsse anschließend selbständig überprüfen, ob das Soll vom Sachverständigen nach richtigen Maßstäben richtig bewertet worden sei. Neben Mitteilung des Regelwerks und der konkreten Fundstelle müsste der Sachverständige dem Gericht den Zugriff auf das Normenwerk ermöglichen. Nur dann könne das Gericht nachvollziehen, ob das Gutachten schlüssig sei. Die Auslegung der herangezogenen Normen und Richtlinien obliege dem Gericht. Gutachten, die ein undifferenziertes Konglomerat von Rechtsansichten, technischen Voraussetzungen und eine undifferenzierte Meinung und nicht näher begründete Bewertungen enthielten, seien unbrauchbar. Das Gericht habe die bemessene Fläche nach MF/G berechnet, während der Sachverständige er sich in seinem Ergänzungsgutachten auf die DIN 277-1 berufe. Damit würden beide Maßstäbe miteinander vermischt, worauf im Schriftsatz vom 20.02.2020 hingewiesen worden sei; diesen Vortrag habe das Gericht unberücksichtigt gelassen.

Der Sachverständige habe auch die schrägen Wände nicht ordnungsgemäß in die Berechnung einbezogen. Ferner habe er angegeben, dass die Bemessung unmittelbar über der Fußbodenleiste zu erfolgen habe, die Messung jedoch auf einer Höhe von ca. 1,5 m vorgenommen. Daher sei die Messung nach den Vorgaben des Sachverständigen falsch. Ferner habe der Sachverständige die Heizkörper übermessen, obwohl nach der zitierten Regelung dies lediglich für die Heizung selbst, nicht für den Heizkörper gelten solle. Damit sei das Gutachten nicht verwertbar.

Selbst bei einer Flächenabweichung von <10 % der vereinbarten Fläche sei dennoch eine Mietminderung gerechtfertigt. Soweit das Landgericht darauf abstelle, dass der BGH erst bei einer Flächenabweichung von über 10 % von einem wesentlichen Mangel ausgehe, habe das Landgericht zwar berücksichtigt, dass auch bei einer geringeren Abweichung ein Mangel vorliegen könne; allerdings habe das Landgericht den Vortrag der Beklagten überhaupt nicht erwähnt und nicht berücksichtigt. Bereits in ihrer Replik vom 08.09.2017 habe sie konkret dargestellt und unter Beweis gestellt, dass auf Grundlage der klägerseits vorgelegten Grundrisse bereits bestellte Möbel den passenden Räumlichkeiten gefunden hätten und nicht hätten abgenommen werden können. Ferner haben sie behauptet, dass sie wegen der geringeren Mietfläche gezwungen gewesen sei, Aktenordner seitlich in die Regale zu stellen, so dass die Ordnerrücken mit der Beschriftung nicht zu sehen gewesen seien; sie nimmt insoweit Bezug auf ihren Vortrag im Schriftsatz vom 08.09.2017. Dieser Vortrag sei von der Klägerseite nicht bestritten worden. Demzufolge seien die aufgrund der zu geringen Mietfläche vorgetragene negativen Auswirkungen auf den Betrieb der Beklagten zu berücksichtigen.

c) Zu Unrecht sei der erstinstanzliche unter Beweis gestellte Vortrag, die Parteien hätten einen Quadratmeterpreis vereinbart, unberücksichtigt geblieben. Bei einer solchen komme es auf das Maß der Abweichung überhaupt nicht an, da eine konkrete Mietgröße nicht nur vereinbart sei, sondern auch die Miethöhe an die Größe gekoppelt sei. Damit sei der vertragliche Mietzahlungsanspruch per se reduziert.

d) Ferner vertieft die Beklagte ihren Vortrag zum Vorliegen von Gerüchen. Entgegen der Bewertung des Landgerichts sei die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache durch verschiedene Gerüche in der Mietsache selbst und im Treppenhaus bewiesen. Soweit sich das Gericht auf das Fehlen von Gerüchen während des Ortstermins berufe, sei dies nicht überraschend, nachdem das Gericht den Termin langfristig angekündigt und mitgeteilt habe, dass die Liegenschaft in Augenschein genommen und stö-

rende Gerüche überprüft würden. Folgerichtig habe der Kläger während eines längeren Zeitraums vor dem Ortstermin das Treppenhaus regelmäßig gelüftet; der Ortstermin habe auch um 9:00 Uhr also frühmorgens stattgefunden. Dass zu diesem Zeitpunkt keine Kochgerüche im Treppenhaus zu riechen gewesen seien, erstaune nicht. Demgegenüber hätten die Zeugen A, B, D und E übereinstimmend bekundet, dass es während der Mittagszeit erheblich nach Essen rieche und der Kläger sämtliche Fenster im Flur verschlossen habe, so dass es der Beklagten nicht möglich gewesen sei, den Flur zu lüften. Damit habe der Klägerin im Ortstermin bewusst eine abweichende Situation geschaffen, um das Gericht zu täuschen. Insofern habe sich das Gericht auch erfolgreich täuschen lassen. Das Landgericht habe das rechtliche Gehör verletzt, indem es sich mit den Aussagen der Zeugen nicht im Einzelnen auseinandergesetzt habe. Schließlich sei das Landgericht sei das Gericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass Kochgerüche hinzunehmen seien. Da das Objekt als Gewerbeobjekt angemietet worden sei müssten höhere Anforderungen gestellt werden. Von den 7 Klingeln seien 5 gewerblicher und 2 privater Natur.

e) Rechtsfehlerhaft gehe das Landgericht davon aus, dass bei Staub- Lärm und Geruchsmissionen aufgrund hoheitlicher Veranlassung ein Anspruch generell ausgeschlossen sei und berufe sich zu Unrecht auf die Fundstelle bei Guhling/Günter. Baumaßnahmen in der Nachbarschaft seien als Mangel zu bewerten, wenn sie die den Mietgebrauch durch Schmutz, Lärm oder optischer Hinsicht beeinträchtigten; allerdings müsse bei der Auslegung § 906 BGB berücksichtigt werden. Voraussetzung sei auch, dass der Vermieter die Emissionen ohne eigene Abwehrmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen müsse. Sei dies streitig, so trage dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast; danach seien von Baustellen stammende Emissionen grundsätzlich als Mangel einzustufen. Der Kläger hätte als Vermieter darlegen und beweisen müssen, dass ihm gegen die Emissionen auf den nachbarlichen Baustellen keine eigenen Abwehr- oder Entschädigungsansprüche nach § 906 BGB zugestanden hätte. Hierzu fehle jedoch Vortrag des Klägers. Es sei nach der Klageerwiderung zwischen den Parteien vielmehr unstreitig, dass Baulärm vorhanden gewesen sei und dass Lärm erheblichen Einfluss auf die Nutzbarkeit der Mieträumlichkeiten gehabt habe. Streitig sei lediglich das Maß der Beeinträchtigung durch diese Lärmbelästigung gewesen. Der Grad der Belästigung ergebe sich aus den im Schriftsatz vom 08.09.2017 auf Seiten 7-11 vorgelegtem Lärmprotokoll. Dieses sei vom Kläger nicht einmal substantiiert bestritten worden; sondern lediglich dahingehend bewertet worden, dass dies nach so langer Zeit nicht mehr überprüfbar sei.

Letztlich habe sich der Baulärm durch die Zeugeneinvernahme bestätigt. Die Bewertung des Landgerichts, die Angaben der Zeugen H seien wenig glaubhaft, könne nicht nachvollzogen werden und sei nicht richtig; hierzu setzt sich die Beklagte ausführlich mit den Bekundungen der Zeugen und der Bewertung des Landgerichts auseinander; insofern wird auf die Seiten 10-12 der Berufungsbegründung vom 20.07.2023 (Bl. 764 ff. d.A.) Bezug genommen.

f) Gleiches gelte auch für den Nachbarlärm aus der darüber liegenden Wohnung, die die Beklagte unter Vorlage des Lärmprotokolls ausführlich dargestellt unter Beweis gestellt habe, wogegen substantiiertes Gegenvortrag des Klägers nicht erfolgt sei. Die Zeugen hätten die im Lärmprotokoll getroffenen Aussagen vollumfänglich bestätigt; wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Seiten 14 f. der Berufungsbegründung vom 20.07.2023 (Bl. 766 f. ff. d.A.) Bezug genommen.

Fehlerhaft habe das Landgericht darüber hinaus den Nachweis als nicht geführt angesehen, dass aus der über der Mietsache liegenden Wohnung herrührende Lärm die Be-

nutzung der Mietsache nicht nur unüblich beeinträchtigt habe. Dies gelte für die rechtliche Bewertung über hinnehmbare Beeinträchtigungen und im Hinblick auf die hierzu aufgrund der erhobenen Beweise getroffenen Feststellungen.

g) Es sei unbestritten geblieben, dass sich der Kläger persönlich aus dem Büro frei einsehbar nackt in den Garten lege. Dies störe den gewerblichen Charakter des Objekts massiv und sei ein Mangel.

h) Schließlich rügt die Beklagte die Auslegung des Landgerichts im Hinblick auf den Zinsantrag der Klägerseite. Er habe lediglich Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinsatz beantragt. Das Landgericht habe hingegen Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten zugesprochen. Eine Auslegung sei nicht geboten. Eine solche sei nur veranlasst, wenn etwas ungenau oder unklar sei. Das Landgericht sei unzulässigerweise über den Antrag des Klägers hinausgegangen.

i) Weiter hat die Beklagte detaillierte Einwände gegen die Betriebskostenabrechnungen der Klägerin erhoben, sich erneut auf Verjährung berufen und im Schriftsatz vom 04.04.2023 (Bl. 845 ff. d.A.) insb. ab S. 3 (Bl. 847 f. d. A.) die Gesamtkosten für Einzelpositionen im Einzelnen und ausdrücklich bestritten (Eingangs- und Treppenhausreinigung, Vorgartenbewässerung, sowie eingehend Plausibilitätseinwände gegen den Flächenschlüssel erhoben.

Wegen des weiteren Vorbringens Parteien im zweiten Rechtszug wird auf den Inhalt der Schriftsätze des Klägersvertreters vom 21.07.2022 (Bl. 771 ff. d.A.) und 04.10.2022 (Bl. 800 d.A.) sowie des Beklagtenvertreters vom 20.07.2022 (Bl. 755 ff. d.A.), 04.04.2023 (Bl. 845 ff. d.A.) und 11.04.2023 (Bl. 850 f. d.A.) Bezug genommen.

Das Gericht hat ergänzend Beweis erhoben durch Einnahme richterlichen Augenscheins. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 28.02.2023 (Bl. 832 ff. d.A.) Bezug genommen.

## II.

Beide Berufungen sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht erhoben und begründet worden (§§ 511, 517, 519 f. ZPO). Die Berufung des Klägers hat wegen des neuen Vortrags im zweiten Rechtszug weit überwiegenden, die Berufung der Beklagten jedoch nur geringfügigen Erfolg.

1. Das Urteil ist nicht, wie die Beklagte mit ihrem Hauptantrag begehrt, aufzuheben und die Sache an das Landgericht zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht ist ungeachtet etwaiger Verfahrensfehler gem. § 538 Abs. 1 ZPO gehalten, die notwendigen Beweise selbst zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden, Es darf gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO das Urteil nur dann aufheben und den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung an das Gericht des ersten Rechtzuges zurückzuverweisen wenn das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet *und* aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist und eine Partei die Zurückverweisung beantragt; andernfalls hat das Berufungsgericht die Sache selbst zu entscheiden (§ 538 Abs. 1 ZPO).

Ein solche aufwändige Beweisaufnahme war ungeachtet der Tatsache, dass sich das Landgericht mit Ausnahme des nackten Klägers auf dem Grundstück mit allen Mänge-

leinwänden der Beklagten auseinandergesetzt und umfangreich Beweis erhoben hat, vorliegend nicht erforderlich. Verfahrensfehlerhaft war insbesondere nicht, eine weitere Beweisaufnahme zu unterlassen, soweit Einwände gegen die Überzeugungsbildung des Landgerichts aufgrund der Beweisaufnahme erhoben wurden.

2. Unerheblich ist die Rüge der Beklagten, dass das Landgericht die einseitige Erledigung falsch behandelt habe. Der Kläger hatte nach Erklärung der Erledigung der Hauptsache, der die Beklagte nicht zugestimmt hatte, keinen Erledigungsfeststellungsantrag gestellt, sondern die Feststellung beantragt, dass die Kündigung wirksam war. Diese Feststellungsklage hat das Landgericht jedoch zu Recht mangels Rechtsschutzbedürfnis für unzulässig angesehen. Die Abweisung dieser Klage ist mit der Berufung des Klägers nicht angegriffen und rechtskräftig. Ein Erledigungsfeststellungsbegehren ist nicht mehr streitgegenständlich. Es fehlt überdies an einer Beschwer der Beklagten.

3. Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung des rückständigen Mietzinses unter Berücksichtigung ihrer Erfüllungshandlungen (§ 362 BGB) verurteilt.

Die Beklagte schuldete gemäß § 535 Abs. 2 BGB die im schriftlichen Vertrag vereinbarte Miete, jedoch keine Betriebskostenvorauszahlung mehr, da zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung und nach dem Auszug der Beklagten am 15.06.2019 nunmehr hinsichtlich der Zeiträume, für welche Mietzahlungen verlangt werden, aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung die Betriebskostenvorauszahlung nicht mehr verlangt werden kann. Vielmehr ist der Vermieter in solchen Fällen gehalten, die angefallenen Betriebskosten abzurechnen. Dies hat der Kläger mit der Berufung, insbesondere den neuen Abrechnungen gemäß KB 1, KB 2 und KB 3 (nochmals) getan. Aus *dieser* Abrechnung schuldet die Beklagte Zahlung von Nebenkosten im ausgeurteilten und noch darzulegenden Umfang.

4. Die Miete ist nicht gem. § 536 Abs. 2 BGB gemindert, weil der Mietsache keine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

Die Parteien haben gemäß § 535 Abs. 2 BGB, wie sich aus dem Wortlaut des Mietvertrages ergibt, eine monatliche Grundmiete von 3.250,00 € vereinbart, als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung der im Hause Straße1 ... in Stadt1 vermieteten Büroetage bestehend aus 6 Räumen, Teeküche, Damen- und Herrentoilette und Balkon. Es heißt zwar hier, die Gesamtfläche betrage „ca. 150 m<sup>2</sup>,“ die dann im Einzelnen aufgelistet wird, wobei auch ein hälftig eingerechneter Balkon erwähnt wird. Hieraus kann entgegen dem im ersten Rechtszug erhobenen und im zweiten Rechtszug wiederholten und vertieften Vorbringen nicht abgeleitet werden, die Parteien hätten eine konkludente Mietflächenvereinbarung getroffen, wie im Schriftsatz vom 08.09.2017 (S. 3, Bl. 43 d.A.) dargelegt.

Eine Zusicherung, auch konkludente Zusicherung ist hierin nicht zu sehen. Eine solche liegt nur vor, wenn der Vermieter dem Mieter gegenüber bei Abschluss des Mietvertrages (oder nach Vertragsschluss im laufenden Mietverhältnis) in vertragsmäßig bindender Weise zu erkennen gegeben hat, dass er die Gewähr für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Mietsache übernehmen, diese Eigenschaften mithin garantieren und damit für alle Folgen ihres Fehlens auch ohne Verschulden eintreten will (Guhling/Günter/Günter, 2. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 320). Die Zusicherung einer Eigenschaft enthält stets auch eine Beschaffenheitsvereinbarung, geht aber über diese hinaus.

Erste Voraussetzung einer Zusicherung ist mithin, dass die Parteien das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Mietsache in vertraglich bindender Weise festlegen. Die Eigenschaften müssen so genau bezeichnet werden, dass Inhalt und Umfang im Einzelnen genau bestimmbar sind. Bloße Beschreibungen oder Anpreisungen des vermieteten Objekts (z. B. Angaben in einem Exposé oder die bloße Angabe der Flächen im Rahmen der Beschreibung des Mietgegenstandes) genügen nicht, wenn und weil sie nicht verbindlicher Vertragsinhalt geworden sind. Ist die beschriebene erste Voraussetzung erfüllt, liegt zwar eine Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf die Mietsache vor mit der Folge, dass eine negative Abweichung von dieser (Soll-)Beschaffenheit einen Sachmangel darstellt und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Gewährleistungsrechte nach §§ 536 ff. BGB auslöst. Da § 536 Abs. 2 BGB bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft auch dann die Rechtsfolgen eines Sachmangels anordnet, wenn keine Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt, sind an die Annahme einer solchen Zusicherung aber hohe Anforderungen zu stellen (Guhling/Günter/Günter, 2. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 325).

Gegen eine Zusicherung spricht vorliegend bereits, dass der Mietpreis nicht verhandelt wurde, wie die Beklagte selbst behauptet. Soweit sich der Kläger nach ihrer Behauptung auf keine Verhandlung eingelassen haben soll, lässt sich aus der Geschichte des Vertragsschlusses nach dem Vortrag beider Parteien keine konkret ausgehandelte Miethöhe oder ein ausgehandelter Quadratmeterpreis feststellen. Zwar ist ein ungefährer Quadratmeterpreis oft Kalkulationsgrundlage für die jeweilige Vorstellung über die Miethöhe. Bereits vor dem Hintergrund, dass der Mietvertrag selbst lediglich eine „ca. Angabe“ enthält und die Wohnung „wie besichtigt“ übernommen wurde, wird jedoch deutlich, dass der Kläger keine Garantie für die insofern auch nicht konkret zugesicherte Flächengröße abgegeben hatte.

Vor diesem Hintergrund ist es unerheblich, dass die Beklagte, wie sie behauptet hat, aus der Übermittlung des Grundrisses gemäß Anl. K5 mit einer zentimetergenauen Angabe der Mietfläche der einzelnen Räume für das vermietete Objekt geschlossen haben will, dass der Kläger für diese Fläche einstehen wollte. Abgesehen davon, dass die Übersendung des Grundrisses, bei dem es sich erkennbar um eine Kopie aus der Planungs- oder Aufmaßzeit aus früherer Zeit gehandelt hatte, lediglich als eine Gefälligkeit des Vermieters anzusehen ist, damit sich der Mieter bei seiner Entscheidung, die Mietvertrag abzuschließen, über der Besichtigung hinaus eine bessere Entscheidungsgrundlage hat, kann aus hieraus keine entsprechende Zusicherung abgeleitet werden. Insbesondere kann hieraus auch vom Standpunkt eines objektiven und redlichen Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) nicht geschlossen werden, als wolle der Vermieter für die Richtigkeit der dort angegebenen Maße einstehen. Dies gilt erst recht, weil die entsprechende Planungszeichnung aus sich selbst heraus nicht für die tatsächliche bauliche Qualität einsteht.

Aber selbst wenn ein durchschnittlicher Erklärungsempfänger wegen der Genauigkeit der Längen- und Breitenangaben in Zentimetern und Millimetern in einer übermittelten Planungszeichnung auf eine gewisse Verbindlichkeit der Größenangaben und hieraus auf die genaue Größe des Mietobjekts selbst schließen wollte, ist spätestens im Zusammenhang mit dem schriftlich abgeschlossenen Mietvertrag, vor allem durch die „ca. Angabe“ klargestellt, dass der Vermieter jedenfalls gerade nicht für die Richtigkeit der Angabe der Mietfläche in m<sup>2</sup> selbst einstehen wollte. Auch sonst lassen sich aus der Vertragsurkunde bei der gebotenen Auslegung unter Hinzuziehung der von der Beklagten dargelegten

Umstände keine Anhaltspunkte entnehmen, dass eine konkrete Flächenmiete vereinbart worden ist. Hierzu fehlt insbesondere die Angabe eines Quadratmeterpreises hinsichtlich der Kalkulation der Miete und der Betriebskosten.

Im Übrigen hat der Kläger im Termin vom 28.02.2023 bei der Besichtigung der einstelle Räumlichkeiten erklärt, dass in einer der beiden Toiletten nachträglich noch eine Wand eingezogen wurde, welche den Grundriss geringfügig verkleinert hat. Diese war bei Erstellung der Planungszeichnung noch nicht vorhanden. Das Gericht konnte sich durch Klopfen überzeugen, dass es sich um eine Gipskartonplatte handelte. Die übrigen Wände bestanden aus Mauerwerk aus der Errichtungszeit, wie die Augenscheinname ergeben hat.

5. Die Miete ist auch nicht gemäß § 536 Abs. 1 BGB gemindert. Nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder entzieht. Für die Zeit, in der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, hat der Mieter nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten (§ 536 Abs. 1 S. 2 BGB). Hierbei bleibt eine unerhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit nach § 536 Abs. 1 S. 3 BGB außer Betracht.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht sich mit der Behauptung der Beklagten auseinandergesetzt, die Wohnung habe eine zu kleine Grundfläche, diese Behauptung als nicht bewiesen angesehen und deshalb eine Herabsetzung der Miete, insbesondere eine Aufhebung der Mietzahlungspflicht verneint. Insoweit beruht die Entscheidung weder auf einer Rechtsverletzung, noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine abweichende Entscheidung. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Konkreter Anhaltspunkt in diesem Sinn ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Solche Anhaltspunkte können sich aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem erstinstanzlichen Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Solche sind nicht erkennbar.

a) Vergleichsmaßstab für die Differenzermittlung ist die vereinbarte Mietfläche. Zur Sollbeschaffenheit wird diese nicht nur durch ausdrückliche Abrede, sondern es ist davon auszugehen, dass die berechtigten Erwartungen des Mieters konkludent zum Vertragsinhalt werden, wenn der Vermieter sie kennen musste (Rechtsgedanke des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB), z.B. weil sie Gegenstand eines von ihm veranlassten Inserates waren und er ihnen nicht entgegentritt. Derartige Angaben im Vorfeld des Vertrages beeinflussen wesentlich den Erwartungshorizont des Mieters, was für den Vermieter erkennbar ist. Eine Klausel, nach der die Flächenangabe „wegen möglicher Messfehler nicht zur Festlegung des Mietgegenstandes“ dient, kann einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht entgegenstehen. Erwartungen können durch AGB nicht zerstört werden.

Bei der Prüfung, inwieweit die Parteien die „Flächenangabe“ als Beschaffenheitsvereinbarung verstanden wissen wollten, ist zu bedenken, dass außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs der auf § 19 WoFG (Gesetz über die soziale Wohnraumförderung v. 13.09.2001, (BGBl. I, S. 2376) beruhenden Wohnflächenverordnung (WoFIV) keine einheitliche, allgemein verbindliche Bestimmung für die Berechnung von Flächen gibt. Ein

völlig eindeutiger Sprachgebrauch für den Begriff „Wohnfläche“ existiert ebenfalls nicht (MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 536 Rn. 17-19). Soweit während des Termins die streitgegenständliche Mietsache mehrfach als „Wohnung“ bezeichnet wurde, wie die Beklagte im Schriftsatz vom 04.04.2023 (Bl. 845 ff. d.A.) hervorhebt, kennzeichnet der verwendete Begriff lediglich den äußeren Charakter des Mietobjekts; es ist nach den konkreten Feststellungen des Senats im Ortstermin gestalterisch eine Wohnung in einem Wohnhaus, in der sich neben gewerblich genutzten Wohnungen auch Wohnräume befinden. Da es auch einen völlig eindeutigen Sprachgebrauch für den Begriff „Mietfläche“ nicht gibt, können die Parteien können daher vertraglich vereinbaren, wie sie die im Vertrag angegebene Fläche verstanden bzw. berechnet wissen wollen, etwa indem die für den preisgebundenen Wohnraum geltenden Vorschriften auch für freifinanzierte herangezogen werden dürfen, so dass im Zweifel auch hier eine Berechnung nach §§ 42 - 44 II. BV bzw. der WoFIV vorzunehmen ist oder etwas ganz anderes. Dabei handelt es sich jeweils um eine ergänzende Vertragsauslegung. Nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV können bspw. Balkone etc. mit der Hälfte der Fläche angesetzt werden, wie die Parteien hier vereinbart haben. Dies spricht für die Anwendung dieser Regeln, wobei zu beachten ist, dass sich die WoFIV im Text sich aber ausdrücklich von gewerblich genutzten Räumen abgrenzt (MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 536 Rn. 17-19).

b) Eine Flächenabweichung, die die Minderung gerechtfertigt hätte, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vorliegend nicht bewiesen. Insbesondere hat die Beklagte ihre Behauptung nicht bewiesen, dass die Mietfläche entgegen der im Mietvertrag erfolgten Ca.-Angabe (150 m<sup>2</sup>) tatsächlich lediglich eine Fläche von 131,86 m<sup>2</sup> aufgewiesen hat. Tatsächlich ergibt sich aus den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des insoweit sachverständig beratenen Landgerichts eine Fläche von 143,43 m<sup>2</sup>. Die insoweit erfolgte Flächenabweichung führt nicht zu einem Mangel der Mietsache, weil insoweit aufgrund der von der Rechtsprechung des BGH angegebenen Grenze von unter 10 % eine unerhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit gemäß § 536 Abs. 1 S. 3 BGB anzunehmen ist.

Liegt keine Zusicherung vor, begründet die zu geringe Fläche dann einen Sachmangel i.S.v. Abs. 1, wenn sie mehr als 10 % beträgt. Bei Vorliegen einer solchen Differenz spricht nach Ansicht des BGH eine tatsächliche Vermutung für eine erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit (vgl. BGH, Urt. v. 24.03.2004, Az.: VIII ZR 295/03, NJW 2004, S. 1947, MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 536, 16 ff.) bzw. kommt auf eine tatsächliche Beeinträchtigung des Gebrauchs gar nicht an, so dass der Beweis des Gegenteils i.d.R. abgeschnitten ist (BGH, Urt. v. 04.05.2005, Az.: XII ZR 254/01, NJW 2005, S. 2152, f. Rn. 11. BGH, Urt. v. 10.03.2010, Az. VIII ZR 144/09, (NJW 2010, 1745, Rn. 11; vgl. auch Kraemer NZM 1999, S. 156ff (161); (MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 536, Rn. 16 ff.). Dies gilt auch dann, wenn die Parteien die Größe mit einer „ca.“-Angabe versehen haben. Bei einer Flächenunterschreitung von 10 % oder weniger ist eine Mietminderung aber nicht ausgeschlossen. Bleibt die Flächenabweichung hinter dieser Grenze zurück, muss der Mieter im jeweiligen Einzelfall konkret darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass durch die Flächenabweichung der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt ist (MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 536, Rn. 16 ff.). Beides ist der Beklagten vorliegend nicht gelungen.

c) Keinesfalls zu beanstanden ist, dass sich das Landgericht bei seiner Beurteilung der Flächengröße auf das Gutachten des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Ingenieurwesen und Vermessung Vorname1 X vom 14.08.2019 gestützt hat.

Der Sachverständige hat Messungen durchgeführt. Hieraus ergibt sich, dass der 1. Flur eine Größe von 10,62 m<sup>2</sup>, der 2. Flur eine solche von 1,72 m<sup>2</sup>, das Büro eine solche von 12,06 m<sup>2</sup>, die Küche eine Fläche von 4,18 m<sup>2</sup>, der Büroraum 05 eine Fläche von 15,08 m<sup>2</sup>, das Büro 06 eine Fläche von 25,48 m<sup>2</sup>, das Büro 07 eine Fläche von 31,52 m<sup>2</sup>, das Büro 08 eine Fläche von 17,79 m<sup>2</sup> und das Büro 10 eine Fläche von 15,51 m<sup>2</sup> aufwies. Der nächste Flur hat eine Größe von 1,11 m<sup>2</sup>, das Damen-WC hat eine Größe von 3,07 m<sup>2</sup> und das Herren-WC hat eine Größe von 4,1 m<sup>2</sup>. Die Summe sämtlicher Flächen der Wohnung selbst beträgt 142,26 m<sup>2</sup>.

Gemäß dem Inhalt des Vertrages ist auch der Balkon einbezogen worden, allerdings nur im Umfang von 50 %. Der Sachverständige hat den Balkon mit 2,58 m<sup>2</sup> angemessen. Hiervon die Hälfte sind 1,29 m<sup>2</sup>; 142,26 m<sup>2</sup> + 1,29 m<sup>2</sup> sind 143,55 m<sup>2</sup>.

Die hiergegen erhobenen Einwände der Beklagten verfangen nicht.

aa) Zunächst ergibt sich aus den Einwänden nicht, dass sich der Sachverständige vermessen haben könnte. Der Sachverständige hat nämlich die Flächen so errechnet, dass er zunächst die Länge einer Wand gemessen hat. Er hat sodann nach den mathematischen Regeln der Ermittlung einer Fläche eines Rechtecks mit einem Winkel von 90° die so gemessene Länge der Wände für jeden Raum multipliziert und hat so die jeweilige Grundfläche des Raumes ermittelt. Gegen diese Bemessung ist nichts einzuwenden. Es handelt sich um einen allgemeinkundigen Grundsatz, dass die Ermittlung der Fläche eines Rechtecks durch die Multiplikation der Seiten ermittelt wird ( $F_{RE} = a \times b$ ). Diese geometrische Regel bedarf keines weiteren Beweises.

Dass dem Sachverständigen bei dem konkreten Ausmessen der jeweiligen Seitenlänge des Rechtecks, hier der jeweiligen Wandlänge, Messfehler unterlaufen sind, etwa indem er das Zentimetermaß falsch angelegt, falsch abgelesen oder falsch eingetragen hat oder untaugliche Messgeräte verwendet hat, ist weder dargetan noch ersichtlich. Insofern durfte das Landgericht unterstellen, dass ein vereidigter Meßingenieur in der Lage ist, ein Zentimetermaß anzulegen oder ein elektronisches digitales Messgerät an eine Wand zu legen und entsprechend richtig zu messen. Durch die Bekundungen der Beteiligten im Ortstermin vom 28.02.2023 wurde klargestellt, dass der Sachverständige ein solches digitales Messgerät verwendet hat. Bei den digitalen Messgeräten ist die Gefahr einer fehlerhaften Bedienung und damit ein Messfehler geringer als bei dem Anlegen eines Zentimetermaßes. Das Gerät arbeitet mit einem Laserstrahl, der ohne Winkelabweichung gerade nach außen vom Gerät abgestrahlt wird, wenn das sich Gerät entsprechend in der waagerechten befindet, bevor die Messung ausgelöst wird. Das Gerät verfügt seinerseits über entsprechende Vorrichtungen, die anzeigen, ob sich das Gerät in der Waagerechten befindet oder nicht. Die Regeln über die Ausbreitung von Licht von einer Lichtquelle sind physikalische Grundgesetze und daher allgemeinkundig. Die Art der Funktionsfähigkeit solcher Messgeräte ist gerichtskundig.

bb) Soweit der Sachverständige auf Messungenauigkeiten hingewiesen hat, weil bei Altbauten die Wände gelegentlich „schief“ sind, also nicht genau in der Flucht laufen, so dass nicht sämtliche Winkel des Raumes genau 90° aufweisen, ist dies unschädlich. Auch wenn die Winkel zwischen zwei Wänden nicht exakt 90° beträgt, sondern teilweise kleiner oder größer sein können, weil damit die exakte mathematische Bedingung für die Ermittlung einer Fläche im rechtwinkligen Viereck (Rechteck) nicht eingehalten werden kann, hat der Sachverständige diesen Aspekt einbezogen. Er hat diese Messungenauig-

keit im Bereich von weniger als 1 m<sup>2</sup> angesiedelt und hat das bei Ermittlung seines Ergebnisses berücksichtigt. Insbesondere hat die Beklagte nicht substantiiert belegen können, dass eine größeren Messabweichung die Gesamtfläche wesentlich kleiner als 143 m<sup>2</sup> dargestellt hätte.

Im Übrigen konnte der Senat bei der in Augenscheinname am 28.02.2023 nicht feststellen, dass es sich bei den Räumen ihrem äußeren Anschein nach nicht um rechtwinklige Räume gehandelt hätte. Der Aspekt ist vom Sachverständigen lediglich vorsorglich vor dem Hintergrund in die Beurteilung eingeflossen, weil dies bei Gebäuden älteren Datums (Gründerzeit bis Jugendstil) wie das des Klägers, in der Regel nicht ausgeschlossen ist und öfter vorkommt.

Schließlich ergibt sich aus der Akte, dass die jeweilige Messung am 24.06.2019 in Anwesenheit sämtlicher Verfahrensbeteiligter (siehe Seite 6 des Gutachtens, Bl. 466 d.A.) durchgeführt wurde. Beanstandungen der Anwesenden hat der Sachverständige nicht dokumentiert. Es gab weder Einwände noch Protest gegen die durchgeführte Messung. Hieraus ist zu entnehmen, dass der Sachverständige tatsächlich jede einzelne Wand jeweils richtig gemessen hat. Der Sachverständige hatte sich darüber hinaus einer Hilfsperson, nämlich des Herrn F von der Y Sachverständigengesellschaft mbH bedient. Ferner ergibt sich aus dem Gutachten, dass die neuen Mieter zum Zeitpunkt gerade erst eingezogen waren, so dass alle Räume gut zugänglich und messbar waren.

cc) Dass der Sachverständige nicht direkt am Boden vermessen hat, ergibt sich daraus, dass die Sockelleisten berücksichtigt werden müssen. Dass der Sachverständige nicht, wie die Beklagte behauptet hat, unmittelbar oberhalb der Sockelleiste gemessen hat, ist unerheblich. Da die Wände lotrecht, d.h. im Winkel zu 90° zum Boden aufgebracht waren, hat jede Linie, die exakt parallel zu der Linie verläuft, die sich unmittelbar oberhalb an der Sockelleiste befindet, die gleiche Länge. Da auch eine Zimmerwand als Rechteck gedacht werden kann gelten die o.a. mathematischen Regeln auch insoweit; dies ist auch der Grund, weshalb die Kubatur bzw. das Volumen eines Quaders, der sich gedanklich auf einer bestimmten Anzahl übereinandergelegte Rechtecke mit einem jeweiligen Winkel aus 90° ergibt aus der Formel  $V_q = a \times b \times h$  errechnet. Hierbei steht h für die Höhe.

Auch die vom Sachverständigen zitierte und von der Beklagten herangezogene Richtlinie, die sie selbst nach ihrem Vorbringen andererseits aber für unverbindlich hält und die eine Messung der jeweiligen Wandlänge genau oberhalb der Sockelleiste vorschlägt, änderte am Ergebnis nichts.

Am Messergebnis würde sich nur etwas ändern, wenn die Wände nicht nur schief, d.h. außerhalb der Flucht liefen, sondern die aufsteigenden Wände im Verhältnis zur Bodenfläche keinen exakten 90°-Winkel aufwiesen, also nicht exakt lotrecht bis zur Decke liefen. Soweit die Wände nicht in der Flucht sind oder in sich nicht gerade, würde sich dies aber nicht oder nur wenig ausmachen, wenn in 1,50 m Höhe gemessen würde oder knapp über der Sockelleiste. Auch dies beträfe Messungenauigkeiten, die im Rahmen der Gesamtmessung der Fläche nicht ins Gewicht fielen; abgesehen davon, dass das Gericht auch bei der in Augenscheinname sowohl der streitgegenständlichen Räumlichkeiten als auch bei der darunterliegenden Wohnung des Klägers nicht den Eindruck gewinnen konnte, dass die Wände nach oben aus der Flucht gelaufen wären und/oder schräg waren. Bei Annahme einer Messungenauigkeit wäre jedenfalls die Behauptung der Be-

klagten gleichfalls nicht bewiesen. Für das Vorliegen eines Mangels ist aber grundsätzlich der Mieter darlegungs- und beweisbelastet.

dd) Ferner beanstandet die Beklagte zu Unrecht, dass der Sachverständige die Mietflächenrichtlinie für Gewerberäume mit der DIN 277-1 verwechselt habe bzw. in seinem Gutachten einmal auf die eine und einmal auf die andere Regel abgestellt habe. Der Gutachter hat in seinem sachverständigen Ergänzungsgutachten nachvollziehbar dargelegt, dass die Richtlinie für Mietflächen für Gewerbe (MF/G) auf Grundlage der DIN 277-1 aufbaue. Die Einwände der Beklagten, die bereits im ersten Rechtszug erhoben worden sind, und deren unterlassene Beachtung sie als verfahrensfehlerhaft rügt, hat der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten berücksichtigt. Ihr Einwand beruht auf einem grundsätzlichen Missverständnis. Die entsprechenden Regeln, die für die Ermittlung einer Fläche herangezogen werden, betreffen nicht den Grundsatz, dass sich die Fläche einer Wohneinheit oder Gewerbeinheit oder eines Gebäudes immer dadurch ermittelt wird, dass die Größe eines einzelnen Raumes ausgemessen und sodann die Gesamtsumme der gemessenen Räume die Gesamtfläche ergibt.

Vorhandene Regeln über die Wohnflächen beziehungsweise Flächenermittlung von Räumen im Gebäude betreffen nämlich nicht die Art der Messung - das sind Fragen von Mathematik und Geometrie - sondern in erster Linie die Frage, *welche* Flächen aus *Rechtsgründen* berücksichtigt werden dürfen und welche nicht, und, falls feststeht, welche Flächen berücksichtigt werden dürfen oder müssen, in welchem Umfang. Aus Rechtsgründen wird bei manchen zu berücksichtigenden Flächen nicht die tatsächlich ausgemessene Grundfläche des Messobjektes einbezogen, sondern etwas weniger, etwa bei Dachschrägen oder bei einer Terrasse oder einem Balkon. In den Raum hineinreichende Objekte werden Rechtsgründen nicht berücksichtigt („übermessen“). Dies gilt auch für zusätzliche Aussparungen bei Fenstern oder Türen.

Außer für den öffentlich geförderten Wohnungsbau existiert indes kein einheitlicher Maßstab für die Wohnflächenermittlung und kein ausschließlicher Rechtsrahmen in Form einer Flächenordnung. Die gängigste Methode ist die Wohnflächenermittlung nach der Wohnflächenverordnung (WoFIV), die sich allerdings auf sozialen Wohnungsbau bezieht, um den es hier nicht geht. Er hätte hier das ermittelte Ergebnis erbracht, weil nur der Balkon Besonderheiten aufwies und ansonsten alle Räume der zu gewerblichen Zwecken genutzten *Wohnung* im ersten Obergeschoss mit ihrer Grundfläche einzubeziehen waren.

Für Wohnraum auf dem freien Markt werden darüber hinaus zwei DIN-Normen herangezogen: die inzwischen veraltete und kaum noch angewendete DIN 283 und die DIN 277. Der Unterschied zwischen all diesen Bewertungsmethoden liegt in der Frage, welche Gebäudeteile zur (Wohn-)fläche gehören sollen und welche nicht. Nach der Wohnflächenverordnung zählen folgende Gebäudeteile zur Wohnfläche: alle bewohnbaren Räume und Nebenräume wie Abstellräume, Speisekammern und Schrankräume, Nicht dazu gehören: Tiefparterre, Dachboden, Heizungsräume, Garagen, Wasch- und Trockenräume.

Neben den Grundflächen ist die Raumhöhe ausschlaggebend. Alle Flächen mit einer Höhe von mindestens zwei Metern werden voll als Wohnfläche angerechnet. Nur zur Hälfte gehen Flächen, auch die unter Treppen, in die Berechnung ein, wenn sie zwischen einem und zwei Metern hoch sind. Areale von Raumteilen unter 1 m Höhe sind nicht als Wohnfläche zu erfassen.

Die DIN-Berechnung dagegen geht von der tatsächlichen, unverminderten Grundfläche aus. Grundlage ist das Außenmaß des Objekts, wobei unter Abzug der Konstruktionsflächen wie Wänden und Pfeilern die Netto-Grundfläche errechnet wird, die sich in Verkehrs-, Funktions- und Nutzfläche unterteilt, sodass sich die zu berücksichtigende Fläche dann aus der Summe der Quadratmeter von Nutz- und Verkehrsfläche, ohne Lagerräume, ergibt. Schrägen werden hier im Gegensatz zur Wohnflächenverordnung voll angerechnet, genauso wie Balkone, Loggien, Terrassen, Dachgärten und ein angeschlossenes Tiefgeschoss. Die Zweite Berechnungsverordnung (II. BV), der Vorgänger der Wohnflächenverordnung, der für ältere Mietverträge gilt, unterscheidet sich von der Wohnflächenverordnung bei der Anrechnung von Wintergärten, der Berücksichtigung des Putzes, von Schornsteinen, Pfeilern und Flächen unter Treppen.

All diese Unterschiede sind jedoch, auf den vorliegenden Fall übertragen, in jeder Hinsicht gleichgültig. Denn vorliegend wurden nur die sich in der Wohnung befindlichen Räume, die allesamt eine erhebliche lichte Höhe hatten, wie zum Zeitpunkt des Ortstermins festgestellt werden konnte, in die Messung einbezogen und der Balkon, der zu Gunsten der Beklagten bereits im Mietvertrag nur hälftig ausgewiesen wird, obwohl dies im Zusammenhang mit Zusammenhang mit der Vermietung zu gewerblichen Zwecken nicht erforderlich gewesen wäre und die Fläche nach der DIN 277 sogar noch erhöht hätte.

dd) Die Anwendung der DIN 277 selbst ist gleichfalls nicht zu beanstanden. Gleichfalls ist ein Fehler bei Anwendung dieser Regel nicht festzustellen.

Bei der DIN 277 handelt sich eine einheitliche Beurteilungs- und Berechnungsgrundlage für die Ermittlung von Grundflächen und Rauminhalten von Bauwerken oder Teilen davon im Hochbau. Sie ist Grundlage für die Ermittlung der Kosten nach DIN 276 (Projektkosten und Honorarberechnung nach HOAI) und damit auch rechtliche Bedeutung. Die Grundflächen von waagerechten Flächen sind nach DIN 277-1 Ermittlungsgrundlagen aus ihren tatsächlichen Maßen, Grundflächen von schrägen Flächen aus ihrer vertikalen Projektion zu ermitteln. Die Grundflächen von waagerechten Flächen sind aus ihren tatsächlichen Maßen, Grundflächen von schrägen Flächen aus ihrer vertikalen Projektion zu ermitteln. Genau das hat der Sachverständige getan. Soweit die Vorschrift darauf verweist, dass man die Fläche eines Rechtecks durch die Multiplikation des Ergebnisses der Messung der Länge ihrer Kanten ermittelt, wird hier lediglich auf den oben erläuterten mathematischen Allgemeinplatz Bezug genommen ( $F_{RE} = a \times b$ , s.o.).

Die „Richtlinie für Mietflächen in gewerblichen Räumen“ (GIF MF/G) der Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung unterteilt hingegen lediglich Flächenarten *innerhalb* der Bruttogesamtfläche, die nach der DIN 277 ermittelt wird, in solche, die nach MF-F<sub>0</sub> nicht zur Mietfläche gehören und solche, die nach MF-G zur Mietfläche gehören. Sie dient damit lediglich als Auslegungshilfe für die die Definition der Mietsache i.S.d. § 535 Abs. 1 S. 1 BGB, um die nicht zur Mietsache gehörenden Teile abzugrenzen und differenziert als weiteren Unterpunkt sodann zwischen exklusiver Nutzung und gemeinsamer Nutzung. Vorliegend wären hier Treppenhaus, Eingangsbereich, Außenbereich usw. betroffen, die - wäre dies nicht im Mietvertrag anderweitig geregelt - der Mietfläche der Beklagten normbezogenen hinzuzurechnen gewesen wären und sie damit wesentlich erhöht hätte.

Die Richtlinie für Mietflächen in gewerblichen Räumen“ (GIF MF/G) begründet also keinen Unterschied zur DIN 277, sondern setzt diese logisch voraus. Eine Differenzierung nach irgendwelchen Richtlinien war im vorliegenden Fall auch nicht erforderlich, weil sämtliche Flächen in der Wohnung lagen und der Kläger selbst Treppenhaus und Eingangsbereich nicht zum Gegenstand der Mietfläche gemacht hat und sie vom Gutachter auch nicht ausgemessen worden sind.

ee) Zu Recht verweist der Kläger schließlich darauf, dass hier die Mietfläche geschuldet wird und nicht Stellfläche, weil er die Mietsache im besichtigten Zustand schuldet (§ 535 Abs. 1 S. 1 BGB i.V. m. § 3 S. 1 MV).

Dass in den Raum hineinreichende Objekte aus Rechtsgründen nicht berücksichtigt und („übermessen“) werden und dies auch für zusätzliche Aussparungen bei Fenstern oder Türen gilt, wurde oben erläutert.

Schließlich wird nach der o. a. DIN unter „Grundfläche im Hochbau“ üblicherweise die Summe der Grundflächen aller Grundrissebenen eines Bauwerkes verstanden wird, die anhand der äußeren Maße der Bauteile einschließlich Bekleidung (z.B. Putz) zu berechnen sind (vgl. DIN 277 Teil 1, Grundflächen und Rauminhalte von Bauwerken im Hochbau, Nr. 2.1 und 3.2.1) und die Grundflächen der Außenmauern somit einschließt (vgl. BGH, Urt. v. 04.10.2000, Az.: XII ZR 44/97, NZM 2001, S. 234 ff., Rn. 35; Lützenkirchen, WuM 2005, S. 89-117).

dd) Ein Mangel besteht aus den Gründen des Vorbringens des Klägers ferner nicht, soweit nach Plan gefertigte Möbel nicht passen. Es handelt sich um das Verwendungsrisiko des Mieters (vgl. hierzu allgemein OLG Frankfurt, Urt. v. 19.03.202, Az.: 2 U 143/20, NZM 2021, S. 395-403, Rn. 37 ff.)

Die Feststellungen des Landgerichts sind nach alledem in jeder Hinsicht richtig (§§ 529 Abs. 1 S. 1 ZPO, 286 ZPO). Eine Minderung wegen Flächenabweichung scheidet aus.

4. Die Miete ist allerdings für die Zeit vom 20.02.2017 bis zum 30.05.2017 um 15 % gemäß § 536 BGB wegen der Beeinträchtigung der Nutzbarkeit der Räumlichkeiten durch Lärm und Staubemissionen im Umfeld der streitgegenständlichen Immobilie des Mietobjekts gemindert.

Die Beeinträchtigungen infolge der Einrichtung der Baustelle begründeten vorliegend einen Mangel der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch einschränkte.

Ob nachteilige Umstände im Umfeld des Mietobjekts einen Mangel der Mietsache begründen können, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere den vertraglichen Vereinbarungen, den Kenntnissen der Vertragsparteien, der Art und Intensität der Beeinträchtigungen sowie deren Üblichkeit im Hinblick auf die Lage des Mietobjekts. Dabei ist eine Risikoverteilung zwischen dem vom Mieter selbst zu tragenden allgemeinen Lebensrisiko und dem speziellen Risiko des Entstehens für Umfeldmängel, soweit es den Vermieter trifft, vorzunehmen. Damit bei Beeinträchtigungen durch äußere Umstände und Einflüsse auf das Mietobjekt, die durch Dritte verursacht sind, eine Ausuferung des Mangelbegriffs vermieden wird, ist Voraussetzung für die Annahme eines Mangels des Mietobjekts eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache erforderlich (vgl. BGH, Urt. v. 16.02.2000, Az.: XII ZR 279/97, NJW 2000,

S. 1714 f.). Dabei ist stets zu beachten, dass das Verwendungs- und Ertragsrisiko des Geschäftsbetriebs grundsätzlich in den Risikobereich des Mieters fällt (OLG Frankfurt, Ur. v. 11.02. 2015, Az.: 2 U 174/14, NZM 2015, S. 542 f., Rn. 19; im Einzelnen zu sogenannten „Umwelt- und Umfeldmängeln“ vgl. auch Horst, MDR 2011, S. 1022 ff.; Fritz, NZM 2008, S. 825 ff.).

Baumaßnahmen in der Nachbarschaft, auch Abrissarbeiten, Straßenbaumaßnahmen, als Mangel zu bewerten, wenn der Mietgebrauch durch Lärm, Schmutz oder in optischer Hinsicht beeinträchtigt wird. Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Auslegung des § 536 BGB allerdings die der Regelung des § 906 BGB zu Grunde liegende Risikoverteilung zu berücksichtigen. Danach sind nachträglich erhöhte Geräuschimmissionen grundsätzlich nicht als Mangel zu bewerten, wenn auch der Vermieter sie ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss“ (sog. „Bolzplatzentscheidung“, BGH, Ur. v. 29.04.2015, Az.: VIII ZR 197/14, BGHZ 205, S. 177 ff.). Die Grundsätze sind allgemein auf andere Störungen zu übertragen (vgl. LG München I, Ur. v. 14.01.2016, Az.: 31 S 20691/14, NZM 2016, S. 237, betr. Immissionen von einer Großbaustelle).

Voraussetzung für den Ausschluss der Minderung ist allerdings, dass auch der Vermieter die Immissionen ohne eigene Abwehrmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss. Ist streitig, ob die Störung unwesentlich oder ortsüblich ist, so trifft den Vermieter die Darlegungs- und Beweislast (LG München I a. a. O.). Dies ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (OLG Frankfurt, Ur. v. 11.02. 2015, 2 U 174/14, NZM 2015, S. 542 f.) Vorliegend handelt es sich, um vom Kläger nicht zu verhindernde Straßenbauarbeiten, die allerdings insgesamt die Nutzqualität der Mietsache eingeschränkt haben. Der Senat orientiert sich hierbei an seiner Rechtsprechung, insbesondere in dem Urteil vom 11.02.2015 (a.a.O.).

In diesem Zusammenhang wurde eine Minderung von 15 % bejaht, wenn im Zuge der Einrichtung einer Großbaustelle in unmittelbarer Nähe des Geschäfts Baucontainer sowie Stahlkonstruktionen zur Stromversorgung aufgestellt werden und der Geschäftsbetrieb durch Baustellenfahrzeuge behindert wird. Das LG Berlin LG Berlin, Ur. v. 13.02.2003, Az.: 67 S 277/02, GE 2003, S. 669 hat eine Minderung von 15% bejaht, wenn an dem vor einem Ladenlokal (Modegeschäft) befindlichen Gehweg unter Einsatz eines Presslufthammers und eines Baggers Reparaturarbeiten durchgeführt werden.

Unter Abwägung sämtlicher genannter Umstände, insbesondere der Innenstadtlage des Objekts und der nur mittelbar wirkenden Beeinträchtigungen, erscheint eine Minderung des Mietzinses um 15 % als angemessen, erforderlich, aber auch ausreichend, um die Beeinträchtigungen auszugleichen. Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass anders als in dem in dem Verfahren 2 U 274/14 entschiedenen Fall eine Zugangsbeeinträchtigung für Laufkundschaft aufgrund des Zuschnitts der Benutzungsart für ein Consulting/Beratungsbüro in einem Wohnhaus vorliegt, nicht ausschlaggebend ist. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Objekt in einer ruhigen Nebenstraße in dem sehr gehobenen Wohngebiet des Frankfurter Westends liegt, die nicht stark vom Publikumsverkehr frequentiert wird und auch nicht durch Verkehrslärm geprägt ist, so dass jedenfalls im Zusammenhang mit dem und das sonstige Umfeld zum Ausdruck kommende besondere Ambiente des Mietortes, die Ruhe und Gediegenheit zum Teil der vertraglichen Beschaffenheit wurde, was auch insbesondere durch die in dieser Lage verbreitenden sehr hohen Mietpreise zum Ausdruck kommt, die vorliegend auch durch den vorliegenden Quadratmeterpreis verwirklicht werden, den Kläger verlangt hat und der, wie von den Par-

teilen vorgetragen, aus seiner Sicht nicht verhandelbar war, als er das Mietverhältnis mit der Beklagten abschloss. Er liegt fast 150 % über dem durchschnittlichen Preis im Gebiet<sup>1</sup>. Damit sind die Lage und die Besonderheit des Ambientes Gegenstand der Gegenleistung des Klägers geworden, weil andernfalls ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung den vereinbarten Mietpreis einer Prüfung der sittenwidrigen Überhöhung gemäß § 138 Abs. 1 BGB ausgesetzt hätte. Dies wirkt sich im Umkehrschluss auf die Erheblichkeitsschwelle für den Baulärm aus.

Soweit im Hinblick auf den Eintritt der Abrechnungsreife hinsichtlich sämtlicher Betriebskostenvorauszahlungen, lediglich noch die Nettomiete in Höhe von 3.250,00 € geschuldet war, bezieht sich die Minderung jetzt hierauf. Dies ist  $(3.250,00 \text{ €} \times 0,15)$  ein Abzug von 487,50 € im Monat. Für den Monat Februar, der lediglich für die Zeit vom 20.02.2017 - 28.02.2017 betroffen war, sind dies 8 Tage von 28 Tagen und damit  $\frac{8}{28}$ , mithin  $(3.250,00 \text{ €} \times 0,15 \times \frac{8}{28} =)$  139,29 €. Insgesamt ist daher von der geschuldeten Grundmiete im Abrechnungszeitraum vom 1.10.2016 bis 30.10.2017, wie sie in der Neuberechnung des Klägers zunächst eingestellt worden sind, ein Abzug von 1.601,79 € vorzunehmen. Berechnung:

Zeitraum	Quote	Minderung
20.02.2017-28-02.2017	15 % v. $\frac{8}{28}$ v. 3.250,00 €	139,29 €
03/2017	15 % v. 3.250,00 €	487,50 €
04/2017	15 % v. 3.250,00 €	487,50 €
05/2017	15 % v. 3.250,00 €	487,50 €
Gesamtabzug		1.601,79 €

5. Soweit die Beklagte gerügt hat, im Verlauf der Gesamtmietzeit sei im Erdgeschossbereich Gerümpel abgestellt worden, hat das Landgericht zu Recht einen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache abgelehnt.

Zwar ist das Verhalten der Mitbewohner ein häufiger Anlass für Beanstandungen. Da die Wohnung neben der Funktion als Unterkunft und Lebensmittelpunkt auch soziale Kontakte, individuelle Erholung und Entspannung ermöglichen soll, sind Konflikte vorprogrammiert. Der Freiraum der Mitbewohner ist daher unter dem Gesichtspunkt der Sozialverträglichkeit zu werten und mit dem Gebot der Rücksichtnahme gegenüber dem Mitbewohner abzuwägen (Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2021, § 536 Rn. 121). Derartige Beeinträchtigungen durch abgestellte Sachen im Flur (Kinderwagen, Schuhe, Ranzen, Tüten oder Ähnliches) gehen nur in Ausnahmefällen über das als sozialadäquate hinzunehmende Maß der Beeinträchtigungen durch einen Mitmieter hinaus. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das Landgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme eine derart massive über das sozialadäquate hinausgehende Beeinträchtigung durch Gerümpel im Flur nicht feststellen konnte und die Tatsache, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um ein reines Gewerbemietobjekt handelt, sondern um ein Wohnhaus, in denen die Einheiten zu reinen Wohnzwecken, gemischten Zwecken und überwiegend gewerblichen Zwecken genutzt werden. Jeder der Einheiten kann vom äußeren Zuschnitt her als Büro oder als Wohnung genutzt werden. Diese gemischte Nutzung war daher Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien und bestimm-

te mithin auch die Gebrauchsüberlassungspflicht des Klägers nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB und damit zugleich den Mangelbegriff des § 536 BGB.

6. Die Miete ist ferner nicht gemäß § 536 BGB im Hinblick auf Geruchsbeeinträchtigungen gemindert.

a) Dies gilt zunächst für die gerügten Küchengerüche.

Vor dem Hintergrund der gemischten Nutzung des Gebäudes ist auch mit sozial adäquaten Verhalten der Mitbewohner zu rechnen. Dazu gehört, dass man sich gelegentlich ein Mittagessen kocht und dass es dann gelegentlich auch riecht. Die mit dem Wohnen verbundenen üblichen Gerüche sind hinzunehmen. Ob dies bei Küchengerüchen auch gilt, auch dann, wenn unübliche Gewürze verwendet werden ist umstritten (verneinend: AG Lünen/Werne, Ur. v. 16.12.1987, Az.: Zw 14 C 182/86, DWW 1988, S. 283 LG Dortmund, Ur. v. 09.05.1988, Az.: 17 S 47/88 zit. n. juris: betr. tamilische Küche; a.A. AG Berlin-Tiergarten, Ur. v. 04.04.1990, Az.: 4 C 550/88, MM 1994, S. 68: Minderung von 7 % bei Beeinträchtigung durch Essensgerüche aus anderen Wohnungen).

Da grundsätzlich Küchengerüche hinzunehmen sind, sofern sie ein sozialverträgliches sozialadäquates, hinzunehmendes Maß nicht *überschreiten* und das Landgericht insoweit keine sicheren Feststellungen hierzu treffen konnte, scheidet die Annahme eines Mangels aus. Insoweit hat das Landgericht weder aufgrund der durchgeführten Zeugenvernehmung noch aufgrund der Inaugenscheinnahme hierzu sichere Feststellungen treffen können (§§ 529 Abs. 1 S. 1, 286 ZPO).

Auch zum Zeitpunkt des Ortstermins durch den Senat vom 28.02.2023, der - die Beklagte hatte gegenüber dem Landgericht die vom Vorsitzenden gewählte Morgenstunde beanstandet - bewusst in die Mittagszeit gelegt wurde, konnte man im Treppenhaus keinen Küchengeruch feststellen.

Dies ist deshalb von Bedeutung, weil offensichtlich bei geschlossener Tür der Wohnungen Essensgerüche nicht nach außen dringen. Essensgerüche gab es in dann in den streitgegenständlichen Mieträumen, die nunmehr dem Nachmieter, einer Firma belegt ist. Während des Ortstermins hatten sich die Verfahrensbeteiligten mit Zustimmung der jetzigen Nutzer in die Wohnung im ersten Stock begeben. Dort roch es leicht nach Essen. Es konnte festgestellt werden, dass sich fast alle Mitarbeiter ein warmes Essen („Food to go“) besorgt oder hatten liefern lassen und an ihrem Arbeitsplatz verzehrten. Dies konnte man riechen, als man die Räumlichkeiten betrat. Es roch etwas nach Pizza und Döner. Im Treppenhaus roch man davon aber nichts.

b) Gleiches gilt für den behaupteten muffigen Geruch im Treppenhaus. Wie der Vorsitzende im ersten Rechtszug roch auch der Richter bei seinem Ortstermin im Berufungsverfahren nichts. Am Tag des Ortstermins war es ein kalter, wenn auch sonniger Tag. Im Treppenhaus waren alle Fenster geschlossen, die Temperaturen im Treppenhaus waren aber so, dass nicht davon ausgegangen werden konnte, dass zuvor längere Zeit die Fenster geöffnet gewesen waren. In diesem Fall wäre das Treppenhaus ausgekühlt gewesen. Auch davon war nichts zu verspüren.

Soweit die Beklagten in der Berufung im Zusammenhang mit den Feststellungen des Landgerichts in seinem Ortstermin bemängelt haben, der Kläger hätte die Beweise durch ausgiebiges Lüften vor dem Arzttermin vereitelt können, handelt es sich durch nichts be-

legte Spekulationen. Der Kläger ist hierzu befragt worden und hat dies zurückgewiesen. Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Klägers sind zu keinem Zeitpunkt aufgekommen.

7. Das Landgericht hat auch zu Recht einen Mangel im Zusammenhang mit der von der Beklagten für die Zeit vom 01.12.2016 bis zum 28.02.2017 bemängelten Bohr- und Schleifgeräuschen aus der Nachbarwohnung als nicht bewiesen angesehen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Störungen durch die Nachbarn es sich durchgängig um notwendige Begleiterscheinungen eines immer stärker technisierten Lebensumfelds und mehr oder minder zwangsläufige Folgen des Zusammenlebens von Menschen auf engem Raum sind. Daher ist einerseits ein gewisses Grundniveau derartiger Belästigungen ebenso sozialadäquat wie unvermeidbar, sodass redliche Vertragsparteien mangels ausdrücklicher gegenteiliger Absprachen eine vollkommene Störungsfreiheit weder erwarten werden noch erwarten dürfen. Dem gegenüber können dieser Erscheinungen ein solches Ausmaß erreichen, etwa bei großem und dauerhaftem Lärm in der Nachbarschaft, der jede konzentrierte Arbeit, Schlaf oder Erholung unmöglich macht, dass der bestimmungsgemäße Gebrauch der Mietsache gravierend eingeschränkt wird (BeckOGK/Bieder, 01.07.2022, BGB § 536 Rn. 55).

Insoweit konnte allerdings das Landgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere der Vernehmung der Zeugen, solche Belästigungen, die über die hinausgingen, die noch als sozialadäquat hinzunehmen und noch nicht als Sachmangel gem. § 536 BGB anzusehen sind (vgl. BGH, Urt. v. 29.02.2012, Az.: VIII ZR 155/11, NZM 2012, 381 Rn. 11; LG Berlin, Urt. v. 05.09.2016, Az.: 67 S 41/16, zit. n. juris) durch die Nachbarwohnung nicht feststellen.

Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die von der Beklagten dokumentierten Ereignisse durch ein hinreichend aussagekräftiges Protokoll vorgelegt worden sind. Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen genügt grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen (es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten (BGH, Urt. v. 29.02.2012, Az.: VIII ZR 155/11, NZM 2012, S. 381, Rn. 17). Hierfür reichte das vorgelegte Protokoll aus.

Dennoch beruht die angefochtene Entscheidung insoweit weder auf einer Rechtsverletzung, noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine abweichende Entscheidung. Anhaltspunkte für verfahrensfehlerhafte Feststellungen sind nicht erkennbar. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden.

Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht für wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Die Vorschrift fordert den Richter hierbei auf, nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden, was bedeutet, dass der Richter lediglich an die Denk-, Natur- und Erfahrungsgesetze gebunden ist, ansonsten aber die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse grundsätzlich ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln nach seiner individuellen Einschätzung bewerten darf. Der Vorgang der Überzeugungsbildung ist nicht von objektiven Kriterien oder Wahrscheinlichkeitsberechnungen abhängig (BGH, Urt. v. 28.03.1989, Az.: VI ZR 323/88, NJW 1989, S. 3161). Er beruht vielmehr auf dem Erfahrungswissen und dem Judiz des erkennenden Richters (vgl. hierzu Zöller/Greger,

ZPO, 34. Aufl. 2022, zu § 286 Rn. 13). Zum anderen ist der Richter verpflichtet, den ihm gewährten Freiraum auch auszuschöpfen (Zöller a.a.O.)

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien ist die Würdigung des Landgerichts überzeugend. Das Berufungsvorbringen deckt insoweit keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten auf.

Aufgabe des Beweises ist, die größtmögliche Übereinstimmung zwischen den vom Gericht beurteilten und dem wahren Sachverhalt zu gewährleisten (Zöller/Greger a.a.O. § 286 Rn. 18). Nach § 286 ZPO muss das Gericht eine persönliche Gewissheit davon gewinnen, dass das zu Beweisende mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, die vernünftige Zweifel ausschließt, so geschehen ist. Diese Gewissheit hat das Landgericht in überprüfbarer und nachvollziehbarer Weise gewonnen und dargelegt, aus welchen Umständen es seine Überzeugung geschöpft hat. Ihm kann insbesondere nicht vorgehalten werden, sich keine sichere Überzeugung von einem Maß der Beeinträchtigung gewonnen zu haben, die nach den oben dargestellten Kriterien eine Überschreitung der Schwelle des sozial adäquaten und damit hinzunehmenden Grad an Beeinträchtigung durch Verhalten von Nachbarn überschreiten. Die in den Entscheidungsgründen herausgearbeiteten Zweifel setzen sich vielmehr mit den von der Rechtsprechung verlangten „validen Realitätskriterien“ (BGH, Urt. v. 30.07.1999, Az.: 1 StR 618/98, BGHSt 45, S. 164 ff BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, Az.: BvR 2045/02, NJW 2003, S. 2444; BGH, Beschl. v. 29.04.2003, Az.: 1 StR 88/03, NStZ-RR 2003, S. 245; OLG Frankfurt, Urt. v. 30.09.2010, Az. 2 U 33/10, n. v.) auseinander. Auf die bei anderen Verfahrensbeteiligten oder dem Berufungsgericht aufkommende Zweifel oder entgegenstehende Gewissheiten oder die von dieser abweichenden Beurteilung der Glaubwürdigkeit der unmittelbar vom Tatsachengericht vernommenen Zeugen kommt es nicht an.

Jedenfalls konnte vom Senat anlässlich des Ortstermins vom 28.02.2023 nicht festgestellt werden, dass das Haus besonders hellhörig war. So wurde die Nutzerin, die die Wohnung oberhalb der streitgegenständlichen Räume nutzt, gebeten, Lärm zu machen. Sie stampfte kraftvoll auf den Boden und machte in ihrer Wohnung Krach. Dies war zwar zu vernehmen, jedoch führte die baulichen Eigenschaften des Gebäudes zu einer Dämpfung dieser Lärmbeeinträchtigung.

Der Kläger hat in diesem Zusammenhang im Ortstermin erläutert, die Geräusche könnten möglicherweise daher gerührt haben, dass die Bewohner der Wohnung oberhalb der streitgegenständlichen Gewerberäume zusammen an einem Tisch gesessen haben und dann ein Schleifgeräusch entstanden sein kann, wenn jemand aufstand, um aufzustehen, den Stuhl zurückgeschoben hat. Er hat in diesem Zusammenhang weiter moniert, dass er darauf nie angesprochen worden sei. Sollte dies der Fall gewesen sein, wäre dies ggf. lästig, aber sozial adäquat gewesen.

8. Die Miete ist auch nicht im Hinblick auf eine nachteilige Einwirkung gemindert, soweit sich der Kläger - was unstrittig ist - nackt im Hof gesonnt hatte. Vorliegend stellte sich der nackte Vermieter im Hof nicht als Mietmangel dar.

Grundsätzlich sind ästhetische oder sittlich als anstößig empfundene Einwirkungen auf ein Grundstück keine, gegebenenfalls einen Abwehranspruch nach § 906 BGB auslösende, ideelle Einwirkung, denen der Eigentümer des Grundstücks mit einem Unterlassungsanspruch begegnen kann und die, falls sie den Tatbestand des § 906 BGB erfüllten,

demzufolge auch als Beeinträchtigung des Gebrauchs der Mietsache im Sinne des § 536 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht kommen.

Die Begrenzung der im § 906 BGB genannten Einwirkungen ist aus den vom Gesetz angeführten Beispielen und aus der Formulierung „ähnliche Einwirkungen“ zu entnehmen. Danach sind unter Einwirkungen zunächst nur sinnlich wahrnehmbare, wenn auch unwägbare Einwirkungen zu verstehen, die entweder auf das Grundstück und die dort befindlichen Sachen schädigend einwirken, oder auf dem Grundstück sich aufhaltende Personen derart belästigen, dass ihr gesundheitliches Wohlbefinden gestört oder ein körperliches Unbehagen bei ihnen hervorgerufen wird (so das Reichsgericht für eine dem Hause der damaligen Klägerin zugewandten Seite eines Umkleideraums in einem Freibad (RG, Urt. v. 08.04.1911, Az.: V 328/10, RGZ 76, S. 130 ff. (131/132))

Von diesem Begriff der Einwirkung geht der Senat mit dem BGH (vgl. BGH, Urt. v. 07.03.1969, V ZR 169/65, BGHZ 51, S. 396-400, Rn. 6) ebenfalls aus. Er entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG, Urt. v. 27.02.1902, Az.: V 403/01, RGZ 50, S. 225 ff. (228); RG, Urt. v. 09.04.1904, Az. V 15/04, RGZ 57, S. 239 f. (240); RG, Urt. v. 08.04.1911, Az.: V 328/10, RGZ 76, S. 130 ff (131/132) und einer in der Literatur verbreiteten Auffassung (vgl. z. B. Staudinger/Seufert, BGB 11. Aufl. § 906 Rn. 12 und Staudinger/Roth, BGB (2022), § 906, Rn. 130), MünchKomm/Brückner, BGB, 8. Aufl. 2020, Rn. 58). Danach liegt in der Regel eine Einwirkung nicht vor.

Auch unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung des BGH zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelten Grundsätze, welches begrenzt ist auf den unantastbaren persönlichen Bereich des Einzelnen, der sich in die Gemeinschaft einzufügen und auf die Rechte und Interessen anderer Rücksicht zu nehmen hat (BGH, Urt. v. 18.03.1959, Az. IV ZR 182/58, BGHZ 30, S. 7 ff, (11)), verletzt ein nur das ästhetische Empfinden eines anderen verletzender Anblick, dessen Darbietung sich nicht gezielt gegen den andern richtet, dessen Persönlichkeitsrecht i.d.R. ebenfalls nicht und führen nicht zu einem Abwehrrecht des Eigentümers (BGH, Urt. v. 15.05.1970, Az.: V ZR 20/68, BGHZ 54, S. 56 ff.). Ebenso wenig sind die Abwehrrechte des Eigentümers durch die Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Weise erweitert worden, dass sie sich auch auf die Unterbindung eines solche Eindrücke verursachenden Verhaltens des Nachbarn erstrecken.

So hatte das Reichsgericht bereits im Jahre 1904 in den *„Belästigungen der Nachbarn durch das unzüchtige Treiben in einem Grundstücke keine Einwirkung im Sinne des § 906 BGB gefunden“* (so wörtlich: RG, Urt. v. 09.04.1904, Az. V 15/04, RGZ 57, S. 239 f. (240))

Ausnahmen sind allerdings bei gezielten Einwirkungen denkbar, die sittenwidrigen und schädigenden Charakter haben. Errichtet jemand bspw. auf seinem Grundstück an der Grenze zum Nachbargrundstück einen Galgen, an dem er eine Puppe mit der Aufschrift „Ich bin ein Drecksack“ befestigt, so kann der Nachbar die Beseitigung dieser Anlage verlangen, wenn der Galgen aus der Sicht eines neutralen Beobachters mit erkennbarer Zielrichtung auf den Nachbarn gerichtet ist (so LG Limburg a. d. Lahn, Urt. v. 19.02.1986, Az. 3 S 262/85, zit. n. juris).

Gilt danach für die ideelle Einwirkung durch einen unbedeckten Nachbarn unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, dass selbst Störungen des sittlichen oder ästhetischen Empfindens keine Einwirkung im Sinne des § 906 BGB sind, damit keinen Unterlassungs-

anspruch beinhalteten und mithin i.d.R. auch keine Beeinträchtigung den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gemäß § 535 Abs. 1 BGB darstellen, kann andererseits das gezielte sittenwidrige Handeln einen Unterlassungsanspruch zur Folge haben (vgl. LG Limburg a. d. Lahn, Urt. v. 19.02.1986, Az. 3 S 262/85, zit. n. juris).

Dennoch sind nach der Rechtsprechung Ausnahmefälle denkbar. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bestimmte Handlungen auch Schutzgesetze verletzen können und damit auch als unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB gelten.

Nach § 118 OWiG handelt, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. So soll nach Auffassung des OLG Karlsruhe (Beschl. v. 04.05.2000, Az. 2 Ss 166/99, NSTZ 2000, S. 309 ff.) derjenige, der sich unbekleidet auf öffentlichen Straßen und in öffentlichen Anlagen, in denen die Begegnung mit nackten Menschen nicht zu erwarten ist, in einer Weise aufhält, dass er anderen Nutzern den Anblick seines nackten Körpers aufdrängt, ordnungswidrig im Sinne dieser Vorschrift handeln. Dies hat der das OLG Karlsruhe aus dem Umstand des geschlechtlichen Schamgefühls abgeleitet, und gemeint, dass hierin „die Scham des Menschen liege, sich die eigene Nacktheit unberufen fremden Blicken auszusetzen und zugleich mit dem Widerstreben einhergehe, mit nackten, fremden Menschen konfrontiert zu werden“ (krit. zu dieser Betrachtung allerdings schon: BGH, Urt. v. 29.05.1951, Az. 2 StR 153/51, BGHSt 1, S. 288 ff., insb. S. 292, Rn. 5). Allerdings seien die Anschauungen darüber, ob das Schamgefühl der Allgemeinheit in diesem Sinne tangiert wäre - so das OLG Karlsruhe - „zeitbedingt und dem Wandel unterworfen“. Die Rechtsprechung habe sich „nicht nach den Auffassungen besonders pruder oder ungewöhnlich großzügiger Kreise zu richten“; die „Streitfrage“ sei „von tiefgreifenden und nachhaltigen Änderungen der sittlichen Wertvorstellungen der Allgemeinheit geprägt“. Sie seien „gegenüber früheren Zeiten durch eine „unbefangene und freiere Auffassung hinsichtlich der Konfrontation mit menschlicher Nacktheit gekennzeichnet“ (OLG Karlsruhe a.a.O.). Das Verwaltungsgericht Karlsruhe (vgl. VG Karlsruhe, Beschl. v. 02.06.2005, Az.: 6 K 1058/05, NJW 2005, S. 3658 f.) hat versammlungsrechtliche Maßnahmen gegen eine öffentliche „Nacktradelaktion“ mit ähnlicher Begründung als gerechtfertigt angesehen.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechungsgrundsätze (vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 22.09.1969, 1 StR 456/68, BGHSt 23, S. 40 ff., Rn. 13; und BGH, Urt. v. 18.11.1952, Az.: 2 StR 139/52, BGHSt 3, 295 ff.) zum Begriff der „unzüchtigen Schriften“ in § 184 StGB a.F. und den Maßstab für die Beurteilung des „Anstößigen“) erweist sich allerdings der sich im Hof nackt sonnende Kläger noch nicht als Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, weil es sich im vorliegenden Fall nicht um eine im Sinne der oben genannten Rechtsprechungsgrundsätze unzulässige, gezielte sittenwidrige Einwirkung auf das Grundstück und damit auf den Mietgegenstand gehandelt hat:

Der Kläger hatte anlässlich des Ortstermins, den die Stelle, an der er sich vollständig unbekleidet auf eine Liege gelegt hatte, im Hof markiert. Von der der Straße Straße1 abgewandten Rückseite des Hauses konnte man allerdings durch einen Blick aus dem Fenster diesen Ort nicht sehen. Von Nebenstraße aus war dieser Ort ebenfalls nicht einzu- sehen, weil ein hölzerner Unterstand dem Liegeplatz Sichtschutz gibt. Man musste das Fenster aufmachen und sich weit aus dem Fenster herausbeugen, um überhaupt eine sich dort befindliche Person und die Stelle in das Blickfeld zu bekommen, die hart an der Hausmauer lag. Hinzukommt, dass bei einem Fenster, das Blickfeld durch ein unter dem

Fenster befindliches Vordach weiter eingeschränkt war. Auch aus den anderen Fenstern von der Rückseite des Hauses, konnte man den Ort nicht sehen.

Damit scheidet ein eine gezielte Einwirkung aus. Eine Beeinträchtigung dadurch, dass man den gegebenenfalls nackt sonnenden Kläger im Hof oder im Garten nur dann sieht, wenn man sich weit aus dem Fenster herausbeugt, ist nicht gegeben und rechtfertigt auch keine Mietminderung.

So weit im Termin streitig geworden ist, ob Kläger sich, falls er sich zum Sonnenbaden in den Hof begeben wollte, zu diesem Zweck unbekleidet und damit ein sich zufällig zu diesem Zeitpunkt auf der Treppe befindlichen Bewohner oder Besucher mit seiner Nacktheit konfrontierend durch das Treppenhaus gelaufen ist, ist dies nicht bewiesen. Der Kläger hat in seiner Anhörung glaubhaft bekundet, dass er, wenn er sich zum Sonnenbad nach draußen habe begeben wollen, hierbei stets einen Bademantel getragen, diesen erst unmittelbar vor der Sonnenleге ausgezogen und sich dann nackt auf die Liege gelegt habe. Oft habe dabei im Bereich der Liege auch noch einen Sonnenschirm gestanden.

Damit ist nicht bewiesen, dass der Kläger, um die Geschäftsführerin der Beklagten mit seiner Nacktheit zu konfrontieren, unbekleidet auf dem Grundstück herumgelaufen ist.

Das Auftreten des Vermieters im Bademantel im Treppenhaus ist dem gegenüber nicht als entsprechende unzulässige und damit einen Mietmangel rechtfertigende Beeinträchtigung zu werten.

Nach alledem schuldet die Beklagten unter Berücksichtigung der Berechnung des Landgerichts unter Berücksichtigung der Minderung und unter Berücksichtigung der Neuberechnung der Klage unter Einbeziehung für den Zeitraum vom 01.10.2017 bis 30.09.2018 und vom 01.10.2018 bis einschließlich Juni 2019 die ungeminderte Miete in Höhe von jeweils 3.250,00 €. Im Übrigen sind bei der Gesamtsaldierung im Hinblick auf die Minderung wegen Baulärms § 1.601,79 € abzuziehen.

10. Dem Kläger steht auch im Hinblick auf die geänderte Abrechnung und der insoweit zulässigen Änderung der Klage im zweiten Rechtszug, ein Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Betriebskosten zu. Auch wenn das Landgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung die Klage im ersten Rechtszug insoweit abgewiesen hat, erweist sich die Klägerin Berufung des Klägers im Hinblick auf den geänderten Vortrag im zweiten Rechtszug nunmehr, allerdings mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 2 ZPO, als überwiegend begründet.

Dem Kläger stehen nunmehr die nicht verbrauchsabhängigen und verbrauchsabhängigen Betriebskosten zu.

a) Der Kläger ist grundsätzlich berechtigt, nach § 556 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 II. Betriebskostenverordnung in Zusammenschau mit § 4 Nr. 2 und 5 des Mietvertrages die Betriebskosten und Heizkosten geltend zu machen. Unter Betriebskosten fallen nach der gesetzlichen Definition des § 556 Abs. 1 S. 2 BGB solche Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes laufend entstehen. Hierzu gehören solche Kosten, die dem Eigentümer durch die Inanspruchnahme von Fremdleistungen erwachsen, was bereits aus § 27 Abs. 2 Zweite Berechnungsverordnung als auch aus dem Volltext zur Anl. 3 zu § 27 Abs. 1 Zweite Berechnungsverordnung folgt (Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, A. Rn. 7). Die Kostenarten sind im vorliegenden Fall im

Einzelnen im Mietvertrag aufgelistet. Auf die Wiedergabe unter I. dieser Entscheidung wird Bezug genommen.

b) Anders als die Beklagte meint, schuldet der Vermieter keine inhaltlich richtige Abrechnung. Der Anspruch des Mieters aus dem Mietvertrag ist nach herrschender Auffassung auf Rechnungslegung i.S.d. § 259 BGB gerichtet. Das bedeutet, der Vermieter schuldet die Vornahme einer geschäftsähnlichen Handlung (umfassend hierzu Jacoby ZMR 2017, 781), im Zuge derer er einen Rechenvorgang dar- und dessen Ergebnis feststellt, bzw. hierüber eine Wissenserklärung abgibt (BGH, Versäumnisurt. v. 20.07.2016, Az.: VIII ZR 263/14, NJW 2016, S. 3231 (3232) BGH, Urt. v. 28.04.2010, Az.: VIII ZR 263/09, NJW 2010, S. 1965 (1966); Blank in Blank/Börstinghaus 6. Aufl. 2020 § 556 Rn. 157; Langenberg: in Schmidt-Futterer 14. Aufl. 2019 § 556 Rn. 325; Lützenkirchen in Lützenkirchen, Mietrecht, Kommentar 2. Aufl. 2015 § 556 Rn. 473; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl. 2020, Rn. 1660). Ihr Ziel besteht darin, dem Mieter durch Erstellung einer formell ordnungsgemäßen Rechnungslegung i.S.d. § 259 BGB die Nachvollziehbarkeit und Prüffähigkeit des Abrechnungsvorganges des Vermieters zu gewähren. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorhandene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich ist (BGH, Beschl. v. 20.04.2017, Az. VIII ZR 237/16, WuM 2017, S. 402). Eine Betriebskostenabrechnung ist daher dann formell ordnungsgemäß, wenn sie eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält (BGH, Urt. v. 19.07.2017, Az.: VIII ZR 3/17, NZM 2017, 732 ff.; BGH, Urt. v. 20.01.2016, Az.: VIII ZR 93/15, NJW 2016, S. 866 f.). Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung folgende Mindestangaben aufzunehmen: Die Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen (BGH, Urt. v. 19.07.2017, Az.: VIII ZR 3/17, NZM 2017, 732 ff (734); OLG Frankfurt am Main, Beschl. vom 14.02, 2018, Az. 2 U 142/17, NZM 2018, 789-794).

Ob die Abrechnung inhaltlich richtig ist, also etwa die angesetzten Kosten zutreffen, die Verteilungsschlüssel den vereinbarten oder gesetzlichen Vorgaben entsprechen oder die geleisteten Vorauszahlungen zutreffend angesetzt wurden, ist hierbei ohne Relevanz. Hat der Vermieter eine prüffähige und damit formell ordnungsgemäße Abrechnung erstellt, hat er seiner vertraglichen Abrechnungspflicht genügt. Ein Anspruch auf Neuabrechnung besteht somit - jedenfalls dem Grunde nach - auch dann nicht, wenn die Abrechnung inhaltlich fehlerhaft ist (OLG Düsseldorf NJIZ 2015, 1753; OLG Frankfurt am Main, Beschl. vom 14.02, 2018, Az. 2 U 142/17, NZM 2018, 789-794, Rn. 25; Blank in Blank/Börstinghaus 6. Aufl. 2020 § 556 Rn. 241; Langenberg in Schmidt-Futterer 14. Aufl. 2019, § 556 Rn. 420).

Der Kläger hat seine Abrechnungspflicht durch Erstellung der klägerseits vorgelegten Abrechnungen für die Abrechnungszeiträume 2016/2017, 2017/2018 und 2018/2019 im zweiten Rechtszug durch die mit der Berufungsbegründung vorlegten Abrechnung genügt (§ 259 BGB).

Die Abrechnungen weisen jeweils konkrete Gesamtkostenpositionen auf, welche in sich verständlich sind, also die Bezugspositionen des Kostenanfalls nachvollziehbar darstellen. Diese werden über einen Flächenschlüssel, der sowohl die Gesamtfläche als auch diejenige Fläche, auf die umgelegt wird, auf die Beklagte verteilt. Von dem so ermittelten Umlageergebnis werden die Vorauszahlungen in den jeweiligen Abrechnungsschrei-

ben jetzt nicht mehr abgezogen. Dass in der vom Landgericht im Ergebnis zunächst zu Recht als unbegründet angesehenen Abrechnung, die im ersten Rechtszug nach Hinweis der Kammer vorgelegt wurden, zwischenzeitlich sog. „Sollvorauszahlungen“ eingestellt wurden, ist für § 259 BGB unschädlich. Zwar ist die Einstellung von Sollvorauszahlungen unzulässig, da der Vermieter die tatsächlichen und nicht die geschuldeten Vorauszahlungen in die Abrechnung einzustellen hat. Hierbei handelt es sich jedoch um einen materiellen und nicht um einen formellen Fehler (OLG Frankfurt am Main, Beschl. vom 14.02.2018, Az. 2 U 142/17, NZM 2018, S. 789-794; LG Bonn, Urt. v. 16.01.2014, Az.: 6 S 43/13, NZM 2014, S. 387 f.).

Nunmehr sind die Vorauszahlungen nicht mehr eingestellt, weil sie nicht erfolgten.

c) Die Beklagte kann auch nicht geltend machen, die Gesamtkosten seien nicht angefallen.

Mit Ausnahme des zulässigen Bestreitens mit Nichtwissen bezüglich der Positionen, bei denen aus bestimmten Gründen das Bestreiten als zulässig zu erachten ist, darf sich der Mieter, der sich mit materiellen Gründen gegen die Abrechnung wendet, grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Angaben des Vermieters in der Abrechnung pauschal zu bestreiten, wie es die Beklagte hier tut. Ausgenommen sind Fälle, in denen schon die allgemeinen Denkgesetze gegen die Richtigkeit der Ansätze sprechen. Ansonsten muss der Mieter für substantiierten Vortrag konkreten Zweifel und Bedenken dadurch zu begegnen versuchen, dass er von seinem weitgehenden Auskunftsrecht Gebrauch macht, d.h. entweder vor- oder außerprozessual nähere Aufklärung verlangt, die Belege einsieht oder im Einzelfall Kopien gegen Kostenerstattung anfordert (Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Kap. J Rn. 48; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2006, Az.: I-100 U 169/05, zit. n. juris; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253). Das Begehren nach näherer Aufklärung ist jedoch erst dann zulässig, wenn eine zuvor durchgeführte Belegeinsicht die aufgeworfenen Fragen nicht beantwortet (BGH, Urteil vom 13.09.2011, Az. VIII ZR 45/11, zitiert nach juris; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253; Langenberg/Zehlein a.a.O.). So ist der Einwand, bestimmte Kosten seien überhaupt nicht angefallen, solange unbeachtlich, wie der Mieter nicht Einsicht genommen und keinen Rechnungsbeleg vorgefunden hat (Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, Kap. J Rn. 49; Amtsgericht Berlin-Neukölln, Urt. v. 23.06.2011, Az.: 7 C 78/11, GE 2011, S. 1089).

Die Anforderungen an einen solchen Vortrag sind umso höher, je plausibler die in der Abrechnung enthaltenen Werte sind. Um zu konkreten Einwänden zu kommen, die sich nicht schon aus der Abrechnung selbst erschließen, muss der Mieter zunächst Einsicht in die Belege nehmen. Erst wenn er danach weiterhin nicht in der Lage sein sollte, die maßgeblichen Tatsachen vorzutragen, während der Vermieter über die entsprechende Kenntnis verfügt und ihm dann noch nähere Angaben zumutbar sind, greifen zu Gunsten des Mieters die Grundsätze über die sekundäre Darlegungslast des Vermieters ein (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Kap. J Rn. 67).

d) Die vorliegenden Abrechnungen sind ferner grundsätzlich inhaltlich zutreffend. Dies gilt hinsichtlich des gebildeten Quotienten, soweit die Eigennutzfläche zugrunde gelegt worden ist, vorbehaltlich der Korrektur des Abrechnungsquotienten die - wie noch aus-

zuführen sein wird - für die Abrechnungszeiträume 2016/2017 und 2017/2018 vorzunehmen sein wird.

Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urt. vom 22.10.2014, Az. VIII ZR 41/14, NZM 2015, S. 40 ff., BGH, Urteil vom 31.05.2017, Az. VIII ZR 181/16, NJW-RR 2017, S. 844 f.) hat der Vermieter, der eine Betriebskostennachforderung erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für die Flächenansätze. Wenn er, wie hier, bestimmte Flächenwerte vorträgt, genügt dies den Anforderungen an eine substantiierte Darlegung (BGH, Urt. vom 22.10.2014, Az. VIII ZR 41/14, NZM 2015, S. 40 ff; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rn. 7039). Der sodann erklärungsbelastete Mieter hat, auf die Behauptungen des Vermieters grundsätzlich ebenfalls substantiiert, d.h. mit näheren positiven Angaben zu erwidern und muss erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen er ausgeht. Dies ist erforderlich, um seinen Vortrag beachtlich zu machen. Mit bloßem Bestreiten darf der Mieter sich nur bei pauschalem Vorbringen des Vermieters begnügen (BGH a.a.O., OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253).

Allerdings setzt die Verpflichtung zu einem substantiierten Gegenvortrag voraus, dass ein solches Vorbringen der erklärungsbelasteten Partei möglich und zumutbar ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die behaupteten Umstände im Wahrnehmungsbereich der Partei verwirklicht haben (BGH, Beschl. v. 25.03.2014, Az. VI ZR 271/13, NJW-RR 2014, S. 830 ff.; BGH, Urt. v. 11.03.2010, Az. IX ZR 104/08, NJW 2010, 1S. 357; BGH, Urt. v. 06.07.2007, Az. V ZR 128/06, zitiert nach juris; BGH, Urt. v. 17.03.1987, Az.: VI ZR 282/85, BGHZ 100, S. 190 ff BGH, Urt. vom 22.10.2014, Az. VIII ZR 41/14, NZM 2015, S. 40 ff.). Vor diesem Hintergrund genügt das einfache Bestreiten der angemieteten Nutzfläche bereits deshalb nicht, weil die Beklagte substantiiert hätte darlegen müssen, dass die vom Kläger angegebene Quadratmeterzahl unrichtig ist (BGH, Urt. vom 22.10.2014, Az. VIII ZR 41/14, NZM 2015, S. 40 ff.). Um die vom Vermieter vorgetragenen m<sup>2</sup>-Zahlen wirksam zu bestreiten, genügt es für den beklagten Mieter, wenn er das Ergebnis einer laienhaften, im Rahmen seiner Möglichkeiten liegenden Vermessung entgegenhält (BGH a.a.O.; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253 ff.).

Der BGH hat deshalb zutreffend entschieden, dass sich dem pauschalen Bestreiten von Flächenangaben dann, wenn sich nicht entnehmen lässt, dass das in einer Betriebskostenabrechnung vorgenommene Verhältnis der Fläche der Mietwohnung, zu übertragen wäre, hier auf die gemietete Nutzfläche zur Gesamtfläche zu seinen Lasten unrichtig ist, wenn nicht deutlich wird, dass das Verhältnis der Fläche der Wohnung zur Gesamtfläche für den Beklagten günstiger ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn das Bestreiten nicht erkennen lässt, ob die angemietete Fläche wesentlich kleiner oder die Gesamtfläche wesentlich größer sein soll als vom Vermieter vorgetragen (so ausdrücklich BGH, Urt. vom 22.10.2014, Az. VIII ZR 41/14, NZM 2015, S. 40 ff., Rn. 21; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253 ff.

Soweit der Beklagte die in die Abrechnung eingestellte *Gesamtfläche* des Gebäudes bzw. der Einheit im Umfang von 702 m<sup>2</sup> bestritten hat, sind allerdings geringere Anforderungen zu stellen. Hier kann der für Wohnraummietrecht zuständigen Senat entschiedenen Fall vom 22.10.2014 (Az. VIII ZR 41/14, NZM 2015, S. 40 ff., Rn. 21) auf die vom Beklagten angemietete Fläche übertragen werden. Dies gilt erst recht, soweit der Kläger nach dem Inhalt des Mietvertrages von einer Gesamtfläche von ca. 708 m<sup>2</sup> ausging und später eine solche von 702 m<sup>2</sup> behauptete und hierbei die Feststellungen im ersten Rechts-

zug im Hinblick auf die streitige Flächenberechnung der angemieteten Räume, Bezug genommen und Abzüge vorgenommen hat. Hinsichtlich der vom Kläger zugrunde gelegten Gesamtfläche, kann der Beklagten hier allerdings eine erweiterte Darlegungslast zugemutet werden, da es sich hierbei um eine - anders als in dem vom Senat entschiedenen Fall OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253 - nicht um einen Sonderzuschnitt, sondern um ein übersichtliches Gebäude mit wenigen Stockwerken handelt, bei dem die Grundflächen der einzelnen Miet-/Wohneinheiten im Prinzip den gleichen Grundriss haben.

Hinzukommt, dass die Flächen des Gebäudes im Zusammenhang mit dem Mietminderungsanspruch eine entscheidende Rolle gespielt haben und bereits vor Vorlage der Abrechnung im zweiten Rechtszug in der ersten Instanz, Aufmaße, Vermessungen, Ortsbegehungen eine Rolle gespielt haben und auch ein Gutachten und zur Gerichtsakte gereicht worden ist. Vor diesem Hintergrund kann die Fläche zu Grunde gelegt werden, weil der Kläger seiner Darlegungslast genügt hat, und die Beklagte durch ihr bloßes Bestreiten, der Fläche von 702 m<sup>2</sup> hier insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen für das Bestreiten von Nebenkostenpositionen, wie sie dargelegt worden sind, ihrer sekundäre Darlegungslast nicht nachgekommen ist.

Ein Indiz für die Richtigkeit der von der Klägerin zuletzt zu Grunde gelegten Gesamtfläche sind auch die vorgelegten Flächenberechnungen des Architekten aus dem Jahre 1997 und die aus der Gerichtsakte zu entnehmenden Plänen, insbesondere der Grundriss der Gewerberäume der Beklagten.

e) Der Kläger ist jedoch nicht berechtigt, hinsichtlich der nicht verbrauchsabhängigen, nach Flächen umzulegenden Betriebskosten für die Einzelabrechnungsjahre unterschiedliche Abrechnungsmaßstäbe zu Grunde zu legen. Da sich der Kläger für die Einzelfläche des Beklagten von 144 m<sup>2</sup> auf die im ersten Rechtszug streitige und einer aufwändigen Beweisaufnahme unterzogenen Flächenberechnung des Sachverständigen beruft, ist diese Fläche auch für *sämtliche* Abrechnungsjahre zu Grunde zu legen, und zwar die der letzten Abrechnung zu Grunde gelegte Gesamtfläche von 702 m<sup>2</sup>. Dies folgt schon aus dem Vortrag der Klägerin, dass sie vor dem Hintergrund der identischen Fläche der Stockwerke eine Anpassung nach den Berechnungen des gerichtlichen Sachverständigen vorgenommen hat; die Zugrundelegung von 702 m<sup>2</sup> folgt schon vor dem Hintergrund der nicht substantiiert bestrittenen Behauptung des Klägers, die Flächen seien im Gebäude gleich. Letzteres ist insofern nachzuvollziehen, als das Gebäude in Form eines Quaders errichtet worden ist, so dass die Richtigkeit der Behauptung, die einzelnen Flächen seien, insofern identisch schon aus den Regeln der Geometrie als allgemeinkundige Tatsache folgt. Von dem Zuschnitt des Gebäudes konnte sich der Senat im Ortstermin vom 28.02.2023 überzeugen.

Vor diesem Hintergrund sind die Abrechnungen für die Abrechnungsjahre 2016/2017 und 2017/2018 auf Grundlage des Umlageschlüssels 702 m<sup>2</sup> zu 144 m<sup>2</sup> proportional anzupassen. Hieraus folgt, dass Ermittlung nach Flächen umgelegten, nicht verbrauchsabhängigen Betriebskosten aus den hier jetzt streitgegenständlichen Abrechnungen, die Summe der angefallenen Gesamtkosten jeweils mit dem Faktor 144/702 zu multiplizieren ist. Der Faktor selbst ist seinerseits ein Quotient mit unterschiedlichem Zähler. Vergleicht man den jeweiligen Abrechnungsquotienten, so ergeben sich unterschiedliche Anteile, wie der nachfolgende Vergleich zeigt:

$$144 \text{ m}^2 / 708 \text{ m}^2 = 0,2033$$

$$146 \text{ m}^2 / 708 \text{ m}^2 = 0,2062$$

$$144 \text{ m}^2 / 702 \text{ m}^2 = 0,2051$$

aa) Die Nebenkostenabrechnung für die Zeit vom 01.10.2016 bis 30.09.2017 vom 22.01.2018 (Anl. KB1, Bl. 775 d.A.) weist nach Flächen umzulegenden Gesamtkosten von 5.446,35 € und bei einem Anteil von 144 m<sup>2</sup> zu 708 m<sup>2</sup> (Faktor 0,2033) auf die Beklagte entfallende Kosten von 1.122,49 € aus. Die sind aber tatsächlich (rechnerisch richtig) lediglich (5.446,35 € × 0,2033 =) 1.107,32 €.

Auf Grundlage des richtigen Umlageschlüssels von 144 m<sup>2</sup>/702 m<sup>2</sup> = 0,2051 reduziert sich der auf die Beklagte entfallende Anteil auf (5.446,35 € × 0,2051 =) auf 1.117,05 € und damit um (1.122,49 € - 1.117,05 € =) 5,44 €. Dieser ist von dem überhöhten Betrag abzuziehen.

Von der unter Berücksichtigung der unstreitigen verbrauchsabhängigen Kosten (1.183,56 € + 90,25 €) ergebenden Gesamtsumme von 2.396,30 € ist die Betriebskostenrechnung daher insgesamt auf (2.396,30 € - 5,44 € =) 2.390,86 € kürzen.

bb) Die Nebenkostenabrechnung für die Zeit vom 01.10.2017 bis zum 30.09.2018 vom 01.12.2018 (Anlage KB 2, Bl. 776 d.A.) weist nach Flächen umzulegenden Gesamtkosten von 5.593,94 € und bei einem Anteil von 146 m<sup>2</sup> zu 708 m<sup>2</sup> (Faktor 0,2062) auf die Beklagte entfallende Kosten von 1.153,47 € aus.

Auf Grundlage des korrigierten Umlageschlüssels von 144 m<sup>2</sup>/702 m<sup>2</sup> = 0,2051 reduziert sich der auf die Beklagte entfallende Anteil von (5.593,94 € × 0,2051 =) auf 1.147,32 € und damit um (1.153,47 € - 1.147,32 € =) 6,15 €.

Von der unter Berücksichtigung verbrauchsabhängigen Kosten (1.166,87 € + 34,38 €) ergebenden Gesamtsumme von 2.414,72 € ist die Betriebskostenrechnung daher insgesamt auf (2.414,72 € - 6,15 € =) 2.408,57 € zu kürzen.

cc) Die Nebenkostenabrechnung für die Zeit 01.10.2018 bis 15.06.2019 vom 13.12.2019 (Anlage K B3, Bl. 777 d.A.) weist nach Flächen umzulegenden Gesamtkosten von 3.954,07 € bei dem nach dem oben dargelegten tatsächlich zu Grunde liegenden von 144 m<sup>2</sup> zu 702 m<sup>2</sup> (Faktor 0,2051) auf die Beklagte entfallende Kosten von 810,99 € auf, die unter Berücksichtigung weiterer verbrauchsabhängiger Kosten (1121,28 € + 51,19 €) sich auf eine Gesamtsumme von Betriebskosten i.H.v. 1.983,46 € addiert, die in vollem Umfang begründet ist. Die Aufrundung des rechnerischen Ergebnisses 3.954,07 € × 0,2051 = 810,9797 € auf 810,99 € ist vertretbar.

dd) Dies ergibt folgende Berechnung

Betriebskosten für die Zeit vom 01.10.2016 bis 30.09.2017 (Anl. KB1, Bl. 775 d.A.):	2.390,86 €
Betriebskosten für die Zeit vom 01.10.2017 bis 30.09.2018 (Anl. KB2, Bl. 776 d.A.):	2.408,57 €
Betriebskosten für die Zeit vom 01.10.2018 bis 15.06.2019 (Anl. KB3, Bl. 777 d.A.):	1.983,46 €

Summe Betriebskosten:

6.787,89 €

f) Erhebliche, insbesondere substantiierte Einwände gegen die Entstehung der Gesamtkosten hat der Beklagte nach wie vor nicht vorgebracht (s.o.), auch nicht in ihrem Schriftsatz nach Schluss der mündlichen Verhandlung.

g) Die verbrauchsabhängigen Kosten sind zwischen den Parteien unstreitig und können, wie erfolgt, in vollem Umfang in die Abrechnung eingestellt werden.

h) Die Betriebskostenforderung des Klägers ist schließlich weder verjährt, noch verwirkt.

Vor Ablauf der Verjährungsfrist kommt eine Verwirkung grundsätzlich nicht in Betracht (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253). Die Heizkostenrechnungen selbst sind nicht verjährt, weil nach Erstellung der Rechnungen die Verjährungsfristen von drei Jahren gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB noch nicht abgelaufen sind. Denn die Verjährungsfrist beginnt für Nachforderungen des Vermieters aus einer Betriebskostenabrechnung nicht schon mit dem Ablauf der Abrechnungsperiode, sondern erst mit dem Zugang der Abrechnung beim Mieter oder dem Zugang der letzten korrigierten Abrechnung (OLG Celle, ZRM 2015, S. 541; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Kap. I, Rn. 32). Sie beginnt ferner nicht vor Fälligkeit des Anspruchs gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB, also der Vorlage einer formell wirksamen Abrechnung.

Eine Verjährung wäre auch dann nicht eingetreten, wenn man entsprechend der Rechtsauffassung von Langenberg/Zehlein davon ausgeht, wonach auch das Abrechnungsrecht des Vermieters, bei dem es sich um einen Anspruch nach § 194 BGB handelt, Gegenstand der Verjährung sein kann (vgl. OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris, Rn. 253).

Da nämlich der Mieter seinerseits das Recht hat, vom Vermieter eine ordnungsgemäße Abrechnung zu verlangen und dieser Anspruch, wie sonstige Ansprüche auch (§ 194 BGB) der Verjährung unterliegt, wäre es sinnwidrig, den Anspruch des Mieters auf entsprechende Abrechnung der Verjährung zu unterwerfen, umgekehrt jedoch das Recht des Vermieters zur Abrechnung nicht. Auf dieser Grundlage gelangen Langenberg/Zehlein zu dem Ergebnis, dass die Verjährung für die Ausübung des Rechts auf Abrechnung wie beim Mieter mit der Abrechnungsreife beginnt (Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Kap. I, Rn. 33 am Ende; so auch OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.01.2019, Az. 2 U 109/17, zit. n. juris)

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs wäre das Recht des Klägers auf Abrechnung der Betriebskosten für das Jahr 2016/2017 mit dem Ablauf des Jahres 2021 verjährt: Da die Parteien die jährliche Abrechnung in den Mietvertrag vereinbart hatten, war der Kläger verpflichtet, über die angefallenen Betriebskosten mit dem Ablauf des Jahres, der auf das Abrechnungsjahr folgt, spätestens abzurechnen. Abrechnungsreife für die Betriebskosten des Jahres 2016/2017 lag daher spätestens Ende 2018 vor. Mit dem Beginn der Abrechnungsreife begann damit auch die nach § 195 BGB maßgebliche Verjährungsfrist von drei Jahren zu laufen. Das Recht des Klägers, die Betriebskosten für des Abrechnungszeitraum 2016/2017 abzurechnen, wäre daher also mit dem Ablauf des Jahres 2021, dem 31.12.2021 verjährt, falls keine Hemmung eingetreten wäre.

Das Recht des Klägers, die Betriebskosten für den Abrechnungszeitraum 2017/2018 abzurechnen, wäre daher also mit dem Ablauf des Jahres 2022, dem 31.12.2022 verjährt, falls keine Hemmung eingetreten wäre.

Das Recht des Klägers, die Betriebskosten für des Abrechnungszeitraum 2018/2019 abzurechnen, wäre daher also mit dem Ablauf des Jahres 2023, dem 31.12.2023 verjährt, falls keine Hemmung eingetreten wäre.

Hinsichtlich der Abrechnungszeiträume 2017/2018 und 2017/2019 liegt seit Zustellung der Berufungsbegründung des Klägervertreters vom 21.07.2022 (Bl. 771 d.A.) gem. § 204 Ziff. 1 BGB Hemmung vor.

Hinsichtlich des Abrechnungszeitraums 2016/2017 ist indes gleichfalls Hemmung eingetreten.

Bereits im Schriftsatz vom 14.08.2018 (Bl. 240 d.A.) - und damit während des laufenden Verfahrens im ersten Rechtszug - wurde die mehrfach geänderte Berechnung der Mietzinsforderung (einschließlich Betriebskostenvorauszahlung) um ein fiktives Guthaben aus der Betriebskostenabrechnung 2016/2017 über 303,70 € reduziert (vgl. auch Zahlungsrückstandsaufstellung Anlage Bl. 244 d.A.). Die Abrechnung lag damit, auch wenn sie zur Neuberechnung der Forderung korrigiert wurde, seinerzeit vor. Die Änderung oder Berichtigung der Betriebskostenabrechnung ändert nichts an der wirksamen Hemmung der Verjährung durch die Abrechnung selbst (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschl. vom 14.02.2018, Az. 2 U 142/17, NZM 2018, 789 ff.).

Verwirkung ist gleichfalls nicht eingetreten. Verwirkung ist ein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB abgeleiteter Rechtsgedanke. Es gilt nach allgemeiner Auffassung als unzulässige Rechtsausübung, wenn ein Vertragspartner erst so spät Ansprüche geltend macht, dass der andere nach dem gesamten Verhalten der Gegenseite darauf vertrauen durfte, es würden keine Forderungen mehr erhoben, und wenn er sich entsprechend hierauf eingerichtet hat. Verwirkung greift mithin nur ein, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich das Zeitmoment und das Umstandsmoment. Hierbei kommt dem Umstandsmoment indes besondere Bedeutung zu.

Die Verwirkung kann den Vermieter von Gewerberäumen betreffen, wenn er erst nach längerer Zeit über die Betriebskosten abgerechnet und eine Nachforderung reklamiert. Der Vermieter von Wohnraum ist bereits nach Ablauf der Frist gemäß § 556 Abs. 3 S. 3 BGB nach entsprechender Zeit mit einer Nachforderung aufgrund einer entsprechenden Abrechnung ausgeschlossen, so dass jener wegen der gesetzlichen Anordnung, die aber auf das Gewerberaummietverhältnis nicht entsprechend angewendet werden kann, ausreichend geschützt ist. Insofern ist die Verwirkungsfrage ausschließlich für den Fall der wesentlich verspäteten Betriebskostenabrechnung zu stellen, wie hier, insbesondere im Falle der Betriebskosten für das Jahr 2016.

Über den bloßen Zeitablauf und die ordnungsgemäße Leistung von Vorauszahlungen hinaus bedarf es jedoch zusätzlicher Gesichtspunkte, um das Umstandsmoment eingreifen zu lassen. Bereits an dieser Voraussetzung fehlt es, weil die Beklagte keine ordnungsgemäßen Betriebskostenvorauszahlungen geleistet hatte und die Zahlungen unregelmäßig waren und sodann eingestellt wurden, und das Thema der Zahlung seit dem Jahre 2017 zwischen den Parteien streitig diskutiert wird.

Zudem kann die Verwirkung lediglich das Abrechnungsrecht des Klägers betreffen, nach Ablauf der Abrechnungsfrist nur die Wirkung der Abrechnungsreife, nicht aber den Ausschluss von Nachforderungen zur Folge haben. Denn der Vermieter ist grundsätzlich berechtigt, auch nach Jahren noch Betriebskostenabrechnungen zu präsentieren und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem der Mieter nicht mehr damit rechnen muss. (vgl. OLG Frankfurt OLG Frankfurt, Urt. v. 10.01.2019, 2 U 109/17, zit. n. juris).

11. Insgesamt errechnet sich eine Forderung zu Gunsten des Klägers in Höhe von 35.492,66 €.

Diese setzt sich zusammen aus den wegen des Eintritts der Abrechnungsreife hinsichtlich sämtlicher Betriebskostenabrechnungen bis zum Ende des Mietverhältnisses geschuldeten Nettomiete (§ 535 Abs., 2 BGB) bzw. Nutzungsentschädigung (§§ 546 Abs. 1, 546a Abs. 1 BGB) pro Abrechnungsjahr (1. Oktober bis 30. September von 12 x 3.250,00 € = 39.000,00 € für die Abrechnungsjahre 2016/2017, und 2017/2018 sowie für den Zeitraum 01.10.2018 bis 15.06.2019, dem Ende des Mietverhältnisses und der Rückgabe der Mietsache, mithin 8,5 x 3.250,00 € = 27.625,00 €. Hinzu kommen die für begründet erachteten Betriebskostenabrechnungen für die Zeit von 01.10.2016 bis 30.09.2017, 01.10.2017 bis 30.09.2017, 01.10.2017 bis 30.09.2018 und 01.10.2018 bis 15.06.2019 i.H.v. 6.787,89 €.

Für den Abrechnungszeitraum vom 01.10.2016 bis zum 30.09.2017 sind von der Jahresmiete der oben errechnete Minderungsbetrag in Höhe von 1.601,79 € abzuziehen.

Dies gilt auch sowie die gem. § 362 BGB. bzw. § 364 BGB vom Kläger angerechneten Zahlungen vor Zahlungsverzug gem. seiner Übersicht in der Berufungsbegründung i.H.v. 17.375,00 €.

Erfüllung ist ebenfalls im Hinblick auf die vom Landgericht festgestellt weiteren Zahlungen in Höhe von 14.053,93 € eingetreten.

Des Weiteren ist eine Restforderung der Klägerin durch die Aufrechnungserklärung gemäß § 389 BGB, in Höhe von 347,91 € erloschen, weil die Klägerin mit ihrer Forderung gegen das Guthaben aus der Abrechnung der Betriebskosten für den Zeitraum 01.10.2015 bis 30.09.2016 aufgerechnet hat.

Für den Abrechnungszeitraum vom 01.10.2017 bis 30.09.2018 sind von der Forderung des Klägers aus Miete und Betriebskostennachforderung die vom Landgericht festgestellten Zahlungen i.H.v. 20.317,08 € (§ 362 BGB) abzuziehen, da insoweit die Forderung der des Klägers erloschen ist.

Für den Abrechnungszeitraum vom 01.10.2018 bis 15.06.2018 sind von der Forderung des Klägers aus Miete und Betriebskostennachforderung die vom Landgericht festgestellten Zahlungen i.H.v. 21.097,08 € (§ 362 BGB) abzuziehen, da insoweit die Forderung der des Klägers erloschen ist.

#### Übersicht:

e) Abrechnungszeitraum 01.10.2016 bis 30.09.2017

Grundmiete (12 x 3250,00 €):	39.000,00 €
------------------------------	-------------

./ Minderung wegen Baulärm	1.601,79 €
Betriebskostenabrechnung	2.390,86 €
Zwischensumme	39.789,07 €
./ Zahlung vor Zahlungsverzug:	17.375,00 €
./ Zahlung gemäß Urteil	14.053,93 €
./ Guthaben Betriebskostenabrechnung 2015/2016	347,91 €
Differenz:	8.012,23 €

f) Abrechnungszeitraum 01.10.2017 bis 30.09.2018

zu leistende Grundmiete 12 × 3250,00 €	39.000,00 €
Betriebskostenabrechnung:	2.408,57 €
Zwischensumme	41.408,57 €
./ Zahlung gemäß Urteil	20.317,08 €
Differenz:	21.091,49€

g) Abrechnungszeitraum 01.10.2018 bis 15.06.2019

Grundmiete 8,5 × 3.250,00 €	27.625,00 €
Betriebskostenabrechnung:	1.983,46 €
Zwischensumme	29.608,46 €
./ Zahlung gemäß Urteil	23.219,52 €
Differenz	6.388,94 €

h) Gesamtberechnung:

01.10.2016 bis 30.09.2017: (= a)	8.012,23 €
01.10.2017 bis 30.09.2018 (= b)	21.091,59 €
01.10.2018 bis 15.06.2019: (= c)	6.388,94 €
Gesamtforderung	35.492,66 €
Gesamtforderung	35.492,66 €
Zuerkannt gemäß Urteilstenor Landgericht	30.258,91 €
Erfolg der Klägerin (Differenz)	5.233,75 €

12. Der Zinsanspruch folgt aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung aus § 286 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB. Soweit sich der Abzug auf den Zeitraum 2017 bezieht, der nicht mehr Gegenstand des Zinstenors war, wirkt sich dieser Umstand auf die Verzugszinsen nicht aus und kann unverändert der Tenorierung des landgerichtlichen Urteils entnommen werden.

Das Landgericht hat auch zu Recht unter Bezugnahme auf den gesetzlichen Zinssatz gem. § 288 Abs. 1 ZPO Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten zugesprochen und den Klageantrag entsprechend ausgelegt.

Auch insoweit hat der ausdrückliche Berufungsangriff keinen Erfolg. Die Formulierung „5% Zinsen über dem Basiszinssatz“ ist zwar falsch, jedoch i.d.R. dahin auszulegen, dass

der jeweilige Antragsteller in Anlehnung an § 288 Abs. 1 BGB eine Verzinsung in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz begehrt (so auch: Staudinger/Feldmann, BGB, (2019) § 288, Rn. 26; Ernst in MünchKomm, BGB, 9. Aufl. 2022, Rn.20; Hager in: Erman BGB, 16. Aufl. 2020, § 288, Rn. 8; Jauernig/Stadler, BGB, 18. Aufl. 2021, § 288 Rn. 5; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 88. Aufl. 2022/23, § 288, Rn. 7; BeckOK BGB/Lorenz, 65. Ed. 01.02.2023, BGB § 288 Rn. 4; vgl. OLG Hamm, Urt. v. 05.04.2005, Az.: 21 U 149/04, NJW 2005, S. 2238: für die Auslegung eines Vergleichs; anderer Ansicht: Hartmann, NJW 2004, S. 1358 ff.; LG Stralsund, Beschl. v. 20.12.2010, Az. 6 O 690/10; LAG Nürnberg, Urt. v. 10.05.2005, Az. 7 Sa 622/04, NZA-RR 2005, S. 492 ff.). Nach der Rechtsprechung des BGH ist der in einem Urteil enthaltene Zinsausspruch „8 % Zinsen über dem Basiszinssatz“ vom Gerichtsvollzieher regelmäßig dahingehend auszulegen, dass Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz tituliert sind (BGH, Beschl. v. 07.02.2013, Az. VII ZB 2/12, NJW-RR 2013, S. 511 f., Rn 12).

Die Ansicht, das Formulierungsversehen sei nicht nur bei der nahliegenden Verwechslung bei Naturalparteien, nicht jedoch im Anwaltsprozess (so LG Stralsund, Beschl. v. 20.12.2010, Az. 6 O 690/10, zit. n. juris) „eindeutig“ und einer Auslegung nicht zulänglich und stelle damit einen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 BGB dar, teilt der Senat nicht. Grundsätzlich hat das Gericht auf sachdienliche Anträge hinzuwirken. Auch unterliegen Prozessklärungen als Willenserklärungen grundsätzlich der Auslegung (BGH, Urt. v. 28.04.2016, Az.: I ZR 254/14, Rn. 27, zit. n. juris; Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 308 Rn.3).

Gegen ein Festhalten am Wortlaut spricht schon § 133 BGB. Danach ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (so ausdrücklich auch: BGH a.a.O., Rn. 27). Zusätzlich ist der Grundsatz zu beachten, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (vgl. BGH, BGH, Urt. v. 28.04.2016, Az.: I ZR 254/14, Rn. 27, zit. n. juris; BGH, Urt. v. 12.12.2014, Az.: V ZR 53/14, NJW-RR 2015, S. 583, Rn. 9). Auch leuchtet die unterschiedliche Behandlung von Rechtsanwälten und Naturalparteien nicht ein (so aber: Hartmann, NJW 2004, S. 1358 ff.). Es trifft zwar zu, dass ein „Klägervertreter nichts weiter zu tun (hat), als die Formulierung des § 288 Abs. 1 S. 2 BGB abzuschreiben“ (so Hartmann a.a.O.). Indes wird eine Vielzahl von Prozessanträgen in Anwaltsprozessen falsch formuliert, wie die verbreitete Formulierung in Berufungsanträgen zeigt, wenn die „Aufhebung“ eines angefochtenen Urteils, anstelle der im Gesetz vorgesehenen „Abänderung“ (§ 520 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ZPO) beantragt wird und vom Gericht stets richtig verstanden wird. Den o.a. Fällen des OLG Hamm (Urt. v. 05.04.2005, Az.: 21 U 149/04, NJW 2005, S. 2238) und des BGH (Beschl. v. 07.02.2013, Az. VII ZB 2/12, NJW-RR 2013, S. 511 f.) lagen Formulierungen von Gerichten zugrunde.

Der Zinsanspruch hinsichtlich der mit der Berufung der geltend gemachten Zusatzforderung (5.233,75 €) folgt im Hinblick auf die spätere Fälligkeit aus § 286 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 1 BGB. Die Berufungsbegründung mit den Anträgen und den Rechnungen wurde am 15.08.2022 (Bl. 265 d.A.) zugestellt. Maßgeblich ist daher der Folgetag (§ 187 BGB). Im Hinblick auf die Formulierung im Berufungsantrag, wonach auch hier „5 Zinsen über dem Basiszinssatz“ beantragt werden“ waren aus den oben dargelegten Gründen auch hier auf Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten zu erkennen.

Die Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB war trotz des Umstandes gerechtfertigt, dass es sich bei den vorliegenden Forderungen auf Zahlung der Miete bzw. Nutzungsentschädi-

gung und Betriebskostennachzahlung um eine Entgeltforderung i. S. d. § 288 Abs. 2 BGB gehandelt hat. Dies folgt aus § 308 Abs. 1 ZPO.

13. Die Kostenentscheidung des ersten Rechtszuges war im Hinblick auf das höhere Obsiegen des unter Berücksichtigung seines gleichzeitigen Teilunterliegens i.H.v. 1.601,79 € abzuändern (§ 92 Abs. 1 ZPO). Der Obsiegensanteil des Klägers beträgt wie zuerkannt, 35.492,66 €.

Im Übrigen verbleibt es bei dem Unterliegensanteil des Klägers im Hinblick auf die nach Erledigung des Räumungsantrages vom Landgericht zutreffend und nicht angefochtenen Abweisung des Antrages auf Feststellung der Begründetheit der Kündigung, die mit dem Jahresmietwert zu bemessen war (§ 42 Abs. 1,2 GKG). Bezogen auf den Gesamtstreitwert im ersten Rechtszug in Höhe von 37.035,39 € + 39.000,00 € = 76.035,39 € unterliegt die Beklagte mit 35.492,66 € und damit zu 47 %. Im Hinblick auf die Kosten der Säumnis gilt der Ausspruch des Landgerichts im Hinblick auf § 340 ZPO.

Die Kostenentscheidung für den zweiten Rechtszug folgt aus § 97 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO sowie aus § 92 Abs. 1 ZPO. Soweit gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels die Partei trifft, die das Rechtsmittel eingelegt hat ist, sind bei einer Abänderung der Entscheidung und insbesondere bei zwei eingelegten zulässigen Berufungen die Kosten entsprechend dem jeweiligen Obsiegen und Unterliegen zu teilen (§ 92 Abs. 1 ZPO), weil der Wert beider Berufungen zusammen zu rechnen ist. Der Gebührenstreitwert für das Berufungsverfahren setzt sich zusammen aus dem Wert der Berufung der Beklagten i.H. v. 30.258,91 € und dem Wert der Berufung des Klägers i.H.v. 6.776,39 € = 37.035,03 €.

Die Beklagte obsiegt insoweit in Höhe von 1.601,79 €, weil ihre Berufung gegen den Antrag auf Zahlung der Miete im zweiten Rechtszug wegen der in dieser Höhe anerkannten und von der Mietforderung abgezogenen Minderung erfolgreich war.

Obwohl die Klägerin rechnerisch wegen der zuerkannten Betriebskosten obsiegt hat - dies hat bei der Kosten Entscheidung für den ersten Rechtszug Berücksichtigung im Hinblick auf § 92 Abs. 1 ZPO gefunden (siehe oben) - findet hinsichtlich ihrer Berufung die Vorschrift des § 97 Abs. 2 ZPO Anwendung. Danach sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens der obsiegenden Partei ganz oder teilweise aufzuerlegen, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie in einem früheren Rechtszug geltend zu machen, imstande war. Der im Rechtsmittelverfahren Obsiegende hat die Kosten dieser Instanz ganz oder teilweise zu tragen, wenn er nur deshalb obsiegt, weil er nunmehr etwas vorbringt, was er schon in der Vorinstanz hätte vortragen können. Das gilt auch, wenn nicht sicher feststeht, dass das Rechtsmittel ohne das neue Vorbringen erfolglos gewesen wäre. Die Partei war im Stande, das neue Vorbringen im früheren Rechtszug geltend zu machen, wenn sie dazu nicht nur in der Lage war, sondern für eine sorgfältige und auf Förderung des Verfahrens i.S.d. § 282 ZPO bedachte Partei auch dazu Anlass bestand (Musiak/Voit/Flockenhaus, 19. Aufl. 2022, ZPO § 97 Rn. 10).

Ein solcher Fall liegt hier vor, weil sich die aus den nunmehr fälligen und überwiegend begründeten Abrechnungen über die Betriebskosten des Klägers ein zusätzlicher Anspruch ergibt und das Landgericht die Klage im Hinblick auf die erheblichen Abrechnungsfehler im ersten Rechtszug zu Recht als (seinerzeit) unbegründet abgewiesen hat und sich die Klageforderung in zuerkannter Höhe nunmehr aus der schlüssigen und be-

gründeten Neuberechnung der Gesamtforderung einschließlich der Betriebskosten ergibt.

Insofern beträgt der Obsiegensanteil der Beklagten 1.601,79 € zzgl. der Kosten der Berufung des Klägers in Höhe im Hinblick auf das Obsiegen mit der eigenen Berufung und die Kostentragungspflicht des Klägers im Hinblick auf die materiell-rechtlich, aber kostenmäßig nicht erfolgreiche Berufung gemäß § 97 Abs. 2 ZPO in Höhe von 6.776,39 € und führt bei einer Obsiegsquote von 8.378,18 € zu einem Kostentragungsanteil des Klägers von 23 % und der Beklagten von 77 % für den zweiten Rechtszug.

14. Entsprechend § 319 ZPO war der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung in der Sache zu berichtigen, soweit eine gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten ausgesprochen wurde. Es handelt sich um einen erkennbaren Formulierungsfehler, weil nur eine Partei, die Gesellschaft mbH, auf Passivseite verklagt war.

15. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit gründet sich in §§ 708 Nr. 10 S. 1, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da der Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 544 Abs. 2 ZPO).

Die Wertfestsetzung für die Gebührenstreitwerte des ersten Rechtszuges unter Berücksichtigung aller Klagerweiterungen und des zweiten Rechtszuges unter Berücksichtigung der Berufung beider Parteien ist in der Darstellung in der Kostenentscheidung erläutert worden.