



# Kammergericht

## Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:  
8 U 95/05  
12 O 615/04 Landgericht Berlin

verkündet am : 31.10.2005  
Hill  
Justizangestellte

In dem Rechtsstreit

Kaufmann A■■■ A■■■ ,  
B■■■■■■■■■■■ , ■■■■ B■■■ ,

Beklagter und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte  
U■ K■■■ und S■■■ K■■■ ,  
K■■■■■■■■■■■ , ■■■■ B■■■ -

gegen

K■■■ B■■■■■ und Partner GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer K■■■ B■■■■■ ,  
A■■■■■■■■■■■ , ■■■■ B■■■ ,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte  
C■■■■■ M■■■ und E■■■ W■■■ ,  
T■■■■■■■ , ■■■■ B■■■ -

hat der 8. Zivilsenat des Kammergerichts auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 2005 durch die Richterin am Kammergericht Spiegel als Einzelrichterin für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 2. Mai 2005 verkündete Urteil der Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin teilweise abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.144,84 € zu zahlen.  
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten und zweiten Instanz tragen der Beklagte zu 21 % und die Klägerin zu 79 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **G r ü n d e**

Die Berufung des Beklagten ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten gemäß § 535 Abs.2 BGB einen Anspruch auf Zahlung restlichen Mietzinses für die Zeit vom 1. bis zum 12. September 2001 in Höhe von 501,69 €

Sie hat ferner gegen den Beklagten gemäß § 284 Abs.2 BGB a.F. i.V.m. § 5 des Mietvertrages einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen auf den Mietzins für die Monate Juni, Juli und August sowie auf den in der Zeit vom 1. bis zum 12. September 2001 angefallenen Mietzins ab dem jeweils 3. Werktag des jeweils betreffenden Monats bis zum 10. September 2004 in Höhe von insgesamt 2.643,15 €

Soweit die Klägerin darüber hinaus gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Mietzins für die Monate Juni, Juli und August sowie teilweise September 2001 in Höhe von insgesamt 7.855,74 € hat, ist dieser Zahlungsanspruch durch die von dem Beklagten mit Schriftsatz vom 6. Juli 2005 hilfsweise erklärte Aufrechnung mit dem Kautionsrückzahlungsanspruch gemäß § 389 BGB erloschen. Soweit die Klägerin

ihrerseits in der Klageschrift vom 30. September 2004 die Aufrechnung des von ihr für die Zeit von Oktober bis Dezember 2001 geltend gemachten Mietzinsanspruches zuzüglich Zinsen mit dem Kautionsrückzahlungsanspruch des Beklagten erklärt hat, geht diese Aufrechnungserklärung – wie noch weiter ausgeführt werden wird - in Ermanglung eines entsprechenden klägerischen Anspruchs ins Leere.

Im Ergebnis zutreffend ist das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung davon ausgegangen, dass der für die Zeit vom 1. Juni bis 12. September 2001 geltend gemachte Mietzinsanspruch nicht gemäß § 536 Abs.1, Abs.3 BGB gemindert ist.

Der Beklagte hat nicht vorgetragen, dass er vor dem 12. September 2001 durch die Demontage der Elektroanlage oder der sicherheitstechnischen Anlage im Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt worden sei. Die Elektroanlage soll laut seinem Vortrag mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2004 Ende Oktober 2001 erfolgt sein. Wann die Demontage der sicherheitstechnischen Anlage erfolgt sein soll, trägt er nicht vor. Das Bau- und Wohnungsaufsichtsamt des Bezirksamtes L■■■■■■ von B■■■■ hat die Nutzung der baulichen Anlage als Großhandels Halle laut Schreiben der T■ vom 11. Januar 2002 am 9. Januar 2002, also außerhalb des hier streitgegenständlichen Zeitraumes untersagt.

Auch von dem Vorliegen eines Rechtsmangels i.S.v. § 536 Abs.3 BGB kann nicht ausgegangen werden.

Der Umstand allein, dass die Klägerin im fraglichen Zeitraum nicht zur Nutzung des Grundstückes berechtigt war, stellt keinen Rechtsmangel i.S.v. § 536 Abs.3 BGB dar.

Grundsätzlich liegt ein zur Minderung berechtigender Rechtsmangel nicht schon dann vor, wenn nur ein Recht eines Dritten auf die vermietete Sache besteht, das zu einer Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauches führen könnte. Ein Rechtsmangel entsteht vielmehr erst dann, wenn der Dritte sein Recht in einer Weise geltend macht, die zu einer Beeinträchtigung des Gebrauchs durch den Mieter führt. Dies setzt voraus, dass der Dritte gegen den Mieter einen ihm zustehenden Herausgabeanspruch geltend macht und Räumung verlangt (BGH, NJW 1996, 46; OLG Hamm, NJW-RR 1987, 1304; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 9. Auflage, 2004, Rdnr. 1238).

Diese Voraussetzung für die Annahme des Vorliegens eines Rechtsmangels liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Der Dritte, nämlich die T■ hat in Ermanglung der Kenntnis

von Namen und Adressen der circa 127 (Bl. 21) Untermieter lediglich durch Rundschreiben ihrer Hausverwaltung Anfang Juni 2001 bekannt werden lassen, dass zwischen ihr, der T■, und der Klägerin kein Mietvertrag bestehe und dass sie die Klägerin aufgefordert habe, bis zum 15. Juni 2001 das Grundstück zu räumen und geräumt herauszugeben. Sie hat in diesem Rundschreiben darauf hingewiesen, dass bestehende Untermietverhältnisse mit der Herausgabe des Grundstücks und dem Auszug der Klägerin keine Grundlage mehr hätten und Untermieter das Grundstück ebenfalls räumen und verlassen müssten.

Mit diesem Rundschreiben hat die T■ die Ausübung ihrer Rechte noch nicht ernstlich in Aussicht gestellt. Sie hat lediglich auf ihr latentes Recht aufmerksam gemacht, ohne dass der nicht namentlich angesprochene Beklagte mit einer konkreten Beeinträchtigung hätte rechnen müssen (vgl. hierzu auch OLG Hamm a.a.O.). Insbesondere musste der Beklagte weder konkret mit einer Räumung rechnen, noch musste er zu diesem Zeitpunkt mit einer doppelten Inanspruchnahme durch die Klägerin und den Eigentümer rechnen. Das Rundschreiben war, da es nicht unmittelbar an den Beklagten adressiert war, weder geeignet, den Beklagten nachweisbar in Verzug zu setzen, noch war es geeignet, ihn nachweisbar bösgläubig zu machen. Wie sich aus den beigezogenen Akten 20 U 47/02 des Kammergerichts, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, ergibt, hat die Klägerin der T■ auch bis einschließlich Dezember 2001 weder Namen noch Adressen der Untermieter mitgeteilt, so dass die T■ tatsächlich keinerlei rechtlichen Maßnahmen gegen die Untermieter und insbesondere gegen den Beklagten einleiten konnte.

Nach der fristlosen Kündigung vom 12. September 2001 hat die Klägerin gegen den Beklagten keine vertraglichen Ansprüche mehr. Die Klägerin kann den für die Zeit nach dem 12. September 2001 geltend gemachten Zahlungsanspruch auch nicht auf § 546 a Abs.1 BGB n.F. oder §§ 280, 286 BGB stützen oder als „Anspruch eigener Art“ geltend machen.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung der ab dem Zeitpunkt der fristlosen Kündigung geltend gemachten Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a Abs.1 BGB n.F., denn bei gleichzeitiger Beendigung des Haupt- und des Untermietverhältnisses hat der Mieter als Untervermieter gegen den Untermieter, der die Mietsache nicht zurückgibt, keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung, da der Mieter seine Nutzungsberechtigung mit Beendigung des Hauptmietverhältnisses verloren hat

(Wolf/Eckert/Ball, a.a.O., Rdnr.1248; BGH a.a.O.). Dabei kann keine Rolle spielen, ob die Klägerin meint, dass sie sich über ihr fehlendes Nutzungsrecht hätte hinwegsetzen können. Entscheidend ist, dass sie keine Nutzungsberechtigung mehr hatte.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Ersatz eines Kündigungsfolgeschadens. Bei dem Anspruch auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens handelt es sich nach der Rechtsprechung des BGH um einen „Anspruch eigener Art“ (Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, IV, Rdnr. 142). Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass der Vermieter nach vorzeitiger – auf das Verhalten des Mieters zurückzuführender - Beendigung des Mietverhältnisses den Mietgegenstand zurückerhält und diesen nicht oder nicht zum selben Mietzins weitervermieten kann (Bub/Treier a.a.O, Rdnr. 142, 142 a). Da der Beklagte den Mietgegenstand nach der fristlosen Kündigung nicht an die Klägerin zurückgegeben hat, kommt ein „Anspruch eigener Art“ nicht in Betracht.

Die Klägerin kann den gegen den Beklagten für die Zeit nach der fristlosen Kündigung geltend gemachten Zahlungsanspruch auch nicht auf §§ 280, 286 BGB stützen. Zwar befand sich der Beklagte nach Zugang der fristlosen Kündigung mit der Herausgabe der Mietsache in Verzug. Der Kläger ist aber mit seiner erstmals in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 29. August 2005 vorgetragene Behauptung, ihm sei ein verzugsbedingter Schaden in der geltend gemachten Höhe entstanden, weil er seinerseits gegenüber der T■ gemäß § 987 BGB zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen verpflichtet sei, gemäß § 531 Abs. 2 Ziffer 3 ZPO ausgeschlossen. Die Klägerin ist bereits durch Urteil des Landgerichts vom 13. Dezember 2001 – 25 O. 443/01 – zur Zahlung von Nutzungsentschädigung verurteilt worden. Sie wäre also ohne weiteres in der Lage gewesen, bereits in erster Instanz entsprechend vorzutragen. Mangels eines entsprechenden klägerischen Vortrages kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Ziffer 3 ZPO vorliegen. Das Landgericht hat weder tatsächliche, noch rechtliche Ausführungen der Klägerin übergegangen (Zöller, ZPO, 25. Auflage, § 531, Rdnr. 27).

Schriftsatznachlass war der Klägerin auf ihren Antrag nicht zu gewähren, da sie in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit hatte, sich zur Frage des § 531 Abs. 2 ZPO zu erklären und dies auch getan hat.

Ebenso verhält es sich hinsichtlich der erstmals mit Schriftsatz vom 29. August 2005 in der Berufungsinstanz vorgetragenen Behauptung der Klägerin, Frau N■■■■ N■■■■ T■ sei bereit gewesen, die streitgegenständliche Mietsache bis zum 31. Dezember 2001 zu den Bedingungen des mit dem Beklagten geschlossenen Mietvertrages anzumieten. Auch mit diesem Vortrag ist die Klägerin gemäß § 531 Abs. 2 Ziffer 3 ZPO ausgeschlossen.

Die von der Klägerin in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 29. August 2005 im Wege der Anschlussberufung erstmals hilfsweise geltend gemachte und auf Freistellung ausgerichtete Klageänderung ist gemäß § 533 ZPO unzulässig. Zum einen hat der Beklagte nicht eingewilligt, § 533 Ziffer 1 ZPO. Zum anderen wäre die Zulassung der hilfsweise geltend gemachten Klageänderung nicht sachdienlich, weil über einen völlig neuen Streitstoff entschieden werden müsste. Darüber hinaus kann die Klägerin die hilfsweise Klageänderung nicht auf Tatsachen stützen, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, § 522 Ziffer 2 ZPO.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Absatz 1 ZPO. Die weiteren prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Absatz 2 Satz 1 ZPO.

Spiegel