

I-10 U 129/13  
6 O 182/12  
LG Mönchengladbach



Verkündet am 27. März 2014  
Faßbender, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

BEITEN BURKHARDT  
DÜSSELDORF  
27. März 2014  
14:15 Uhr jkm  
EINGEGANGEN

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Rohr und Stahl Kft. (Zweigniederlassung DE), gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer A. Nagy, Gewerbepark Lindach D 3, 84489 Burghausen,

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Kai Sturmfels LL.M.,  
Mörsenbroicher Weg 200, 40470 Düsseldorf -

**g e g e n**

Hermes Direkt GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Jürgen Wolff,  
Flughafenstraße 61, 53842 Troisdorf,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Thomas Herten LL.M., Cecilienallee 7,  
40474 Düsseldorf -

hat der 10. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Treige, den Richter am Oberlandesgericht Geldmacher und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Hoffrichter-Daunicht aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Januar 2014

**für R e c h t erkannt:**

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 19. Juli 2013 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 16.567 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über Basiszins seit dem 18.08.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin  $\frac{1}{4}$  und hat die Beklagte  $\frac{3}{4}$  zu tragen.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung des jeweiligen Prozessgegners durch Sicherheit in Höhe von 125 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht der jeweilige Prozessgegner vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Gründe:****1.**

Die Parteien streiten um Ansprüche aus am 8. Mai 2011 begonnenen und auf den 31.12.2011 befristeten Mietverträgen über sogen. Monteurswohnungen.

Gestützt in erster Linie auf die Behauptung eines entsprechenden Vergleichsschlusses der Parteien im Juli 2011 hat die Klägerin (Vermieterin) weitere Miete für 3 Monate = 90 Tage ab dem 07. Aug. 2011, das ist der Tag, zu dem die Beklagte (Mieterin) die Zahlungen eingestellt hatte, nebst Zinsen geltend gemacht:

11,80 € x 20 Personen x 90 Tage, zuzgl. 7 % USt. = 22 726,80 €.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die tatbestandlichen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Nach Beweisaufnahme über den Vergleichsschluss hat das Landgericht die Beklagte nach Antrag – nur mit Ausnahme eines Teils der Zinsen - verurteilt, da der Vergleichsschluss (= kaufmännisches Bestätigungsschreiben der Klägerin) erwiesen sei (II der Begründung), weshalb aufgrund der Ausgleichsklausel dort die drei Hilfsaufrechnungen der Beklagten entfielen (II, *recte* III der Gründe).

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Das Landgericht habe die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben fehlerhaft angewandt; im Übrigen werde „vollinhaltlich“ auf das erstinstanzliche Vorbringen Bezug genommen. Die Klägerin, die Zurückweisung der Berufung beantragt, verteidigt die angefochtene Entscheidung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben.

Einen Vergleichsvorschlag des Senats hat (nur) die Klägerin abgelehnt und ihren Vortrag zur Weitervermietung der in Rede stehenden Objekte an Dritte im in Rede stehenden Zeitraum ergänzt (SS vom 27.01.2014 unter 2., SS vom 19.02.2014). Die Beklagte hat daraufhin zur Zahl der Monteure, zu Mängeln der vermieteten Unterkünfte sowie zur Anrechnung von Vorteilen aus anderweitiger Vermietung ergänzend vorgetragen (SS vom 19.02.2014).

## 2.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache nur teilweise Erfolg.

Im Einzelnen:

**2.1.** Soweit das LG die umfassende Verurteilung der Beklagten auf die Anwendung der Grundsätze zum sogen. kaufmännischen Bestätigungsschreiben (§ 346 HGB) gestützt hat, vermag der Senat dem nicht zu folgen.

Dass das Fax-Schreiben der Klägerin vom 28.07.2011 nicht ausdrücklich als (kaufmännisches) Bestätigungsschreiben gekennzeichnet war, stünde dem zwar nicht entgegen, da es genügt, dass der Inhalt des Schreibens den Bestätigungswillen des Absenders

erkennen lässt (BGH NJW 1987, 1940 f), was hier noch angenommen werden könnte. Die Regel, derzufolge bei Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ein Vertrag oder eine Abrede entsprechend dem Inhalt des Schreibens als zu Stande gekommen gilt, ist indes nur anwendbar, wo und wenn dem Bestätigungsschreiben entsprechende Vertragsverhandlungen der Beteiligten vorausgegangen waren und zu einem Abschluss geführt hatten. Dies ist vom Absender des Schreibens, der aus dem Schweigen des Geschäftsgegners Rechte herleiten will, darzutun und ggf. zu beweisen (BGH NJW 1990, 386 m.w.Nachw.; NJW-RR 2001, 680). Dieser ihrer Darlegungslast hat die Klägerin indes entgegen der Auffassung des LG nicht genügt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Geschäftsführer der Klägerin jedenfalls die – wie anzunehmen ist: bevollmächtigte - Mitarbeiterin der Beklagten am 28.07.2011, als sie in den Niederlanden mit dem Auto unterwegs war, auf ihrem Mobiltelefon angerufen und zwei alternative Angebote zur gütlichen Beendigung der Mietverträge gemacht. Dass sich die Parteien in jenem Telefonat auf eines von zwei Angeboten des Klägers geeinigt hätten, dass die Mitarbeiterin eines davon angenommen hätte, ist indes nicht schlüssig vorgetragen worden. Damit gab es kein Ergebnis von Verhandlungen, das durch das in Rede stehende Fax-Schreiben hätte im Sinne der Rspr. zum kaufmänn. Bestätigungsschreiben „bestätigt“ und durch das Schweigen (bzw. den nicht hinreichend zeitnahen Widerspruch) der Beklagten als zu Stande gekommen angesehen werden können. Überdies enthält das Schreiben selbst, was aber erforderlich gewesen wäre, gar kein solches Ergebnis, denn es ist dort nur von der Annahme eines nicht genau beschriebenen ersten Lösungsvorschlags (von zweien) die Rede, und außerdem besteht für die - nur vermeintlich - vereinbarte und bestätigte Pauschalabgeltung eine Bedingung („Abstandszahlung sofort in einer Summe“), was einen Vergleichsabschluss, der durch Schweigen verbindlich zu bestätigen gewesen wäre, ohnehin ausschließt.

**2.2.** Es stellt sich also die – nach dem Vortrag der Parteien in erster Instanz zu beantwortende - Frage, ob die Klageforderung ggf. aus den anwendbaren Vorschriften des Mietrechts begründet ist. Dies ist überwiegend der Fall.

2.2.1. Die Parteien haben durch mail-Wechsel und persönliches Gespräch vom 5., 6. und 7. Mai 2011 einen oder mehrere Mietverträge - beginnend mit dem 8. Mai 2011 - über Monteurswohnungen und über einzelne Zimmer in Monteurswohnungen geschlossen (§ 535 Abs. 1 BGB), wobei offen bleiben kann, ob, wie von der Klägerin behauptet,

im Ergebnis vier (und nicht, wie von der Beklagten behauptet, lediglich drei) ganze Wohnungen auch tatsächlich zur Verfügung gestellt wurden, denn die vereinbarte „Monatsmiete“ (vgl. Anl. K 1, Bl. 6 GA) war nicht nach der Wohnung bzw. der absoluten Zahl der Wohnungen bemessen, sondern nach der Zahl der dort unterzubringenden Arbeitskräfte der Beklagten (nämlich 20); sie wurde (zunächst) auch so berechnet von der Beklagten gem. § 535 Abs. 2 BGB beglichen. Dass in diesem Zusammenhang, woraus die Beklagte erstinstanzlich etwas herleiten wollte, u.a. von „Reservierung“ der Wohnungen die Rede war, steht der Tatsache des Abschlusses von Mietverträgen nicht entgegen. Auch bei anderen Mietgegenständen wie etwa Hotelzimmern ist der Wortgebrauch „reservieren“ üblich, wo tatsächlich (Miet-) Verträge abgeschlossen werden.

Es ist weiter davon auszugehen, dass das/die Mietverhältnis/se bis zum 31.12.2011 befristet war/en, denn die Beklagte hat den diesbezüglichen und durch die mails vom 5. und 8. Mai 2011 auch belegten Vortrag der Klägerin einfach nur – und damit nicht ausreichend – bestritten. Dass zwischen den Parteien darüber hinaus ein Recht zur Kündigung jederzeit mit zweiwöchiger Frist mündlich vereinbart worden wäre, hat die insoweit darlegungsbelastete Beklagte schon nicht ausreichend substantiiert dargelegt; das gilt insbesondere mit Blick auf die mail der Klägerin vom 8. Mai 2011, also ganz zu Beginn der Vertragsverhältnisse, in der ein ähnliches Ansinnen der Beklagten (dort mit sogar vierwöchiger Frist) unter „Wichtig“ (im Original fett) ausdrücklich von der Klägerin zurückgewiesen worden war. Hier hätte es sehr präzisen Vortrags dahin, dass dennoch eine Kündigungsvereinbarung wie behauptet getroffen worden ist, bedurft, um Veranlassung zu geben, dem diesbezüglichen erstinstanzlichen Beweisantritt der Beklagten nachzugehen – *quod non*.

Deshalb wären die Mietverhältnisse seitens der Beklagten nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen außerordentlich kündbar gewesen (§ 542 Abs. 2 BGB). Auf etwaige Mängel (also § 543 BGB) ist die Kündigung per mail vom 1.7.2011 nach dem Vortrag der Parteien nicht gestützt worden; zwar können insoweit zum Zeitpunkt der Kündigung objektiv vorhandene Gründe im Prozess noch nachgeschoben werden (vgl. BGH NJW 1987, 432 f; OLG München NJWE MietR 1996, 226 f), aber es kann eine – wie hier – nach ihrer Formulierung als ordentlich erklärte Kündigung (vgl. Anl. K 6) nicht in eine außerordentliche umgedeutet werden (vgl. BGH NJW-RR 1989, 589 f). Auch die Voraussetzungen für eine - erfolgreiche - Anfechtung nach § 123 BGB sind offensicht-

6

lich nicht erfüllt. Die Beklagte legt schon nicht dar, wie und warum sie bei der Annahme eines „tadellosen Zustands“ der vermieteten Wohnungen einem von der Klägerin verursachten Irrtum unterlegen (gewesen) sei. Im Übrigen hätte die Beklagten durch die Übernahme der Wohnungen und die vorbehaltlose Zahlung der Mieten bis einschließlich 07.08.2011 ein (unterstellt:) anfechtbares Rechtsgeschäft bestätigt (§ 144 Abs. 1 BGB). § 580 a Abs. 1 BGB, auf den sich die Beklagte erstinstanzlich berufen hat, ist nicht einschlägig. Nach alledem ist die Klageforderung aus § 535 Abs. 2 BGB dem Grunde nach gegeben, weil die Beklagte sich vertraglich verpflichtet hatte, den Mietzins grundsätzlich bis Ende 2011 zu zahlen.

2.2.2. Keinen Erfolg hat die Berufung wegen der behaupteten Minderung aller Mietzinsansprüche auf Null, schon weil die Beklagte die Räume tatsächlich genutzt hat (§ 536 Abs. 1 S. 1 BGB); in Betracht käme allenfalls eine prozentuale Minderung wegen mangelbedingter Gebrauchsbeeinträchtigung (§ 536 Abs. 1 S. 2 BGB). Das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten ist indes überaus pauschal („Kühlschrank zu klein dimensioniert“ bzw. „unterdimensioniert“, „Leuchten ohne Abdeckung“, „Küchenzeile ... verfügt nicht über ausreichend [sic] Stauraum“, „nur teilweise möbliert“, „ein Fernseher fehlt“ etc.) und sehr häufig an der Grenze zur Unerheblichkeit. Entscheidend ist indes dies: die jetzt behaupteten Mängel wurden/waren der Beklagten spätestens bei der Überlassung der Mietsachen (Besitzeinräumung) bekannt, dass sie (Bekl.) sich hierbei irgendwelche Rechte vorbehalten hätte, hat sie selbst nicht behauptet und dafür gibt es auch sonst keinerlei Anhaltspunkt. Damit sind alle Minderungsrechte gem. § 536 b S. 3 BGB ausgeschlossen.

2.2.3. Soweit die Beklagte geltend gemacht hat, sie sei von ihrer Mietzahlungspflicht befreit bzw. es habe eine Vorteilsausgleichung stattzufinden, weil – wie unstr. ist - die Klägerin nach dem vorzeitigen Auszug der Beklagten im Sommer 2011 drei der in Rede stehenden Unterkünfte an ein anderes – wohl polnisches – Unternehmen weitervermietet habe, dürfte sie sich auf § 537 Abs. 1 S. 2 und/oder Abs. 2 BGB berufen haben. Damit hat die Beklagte – und hat die Berufung – nur zu einem geringen Teil Erfolg.

§ 537 Abs. 2 BGB kann der Beklagten schon nicht zugutekommen, weil der Mieter, der entgegen den – hier unter 2.2.1. dargelegten – vertraglichen Vereinbarungen Mieträume vorzeitig räumt, sich nicht darauf berufen kann, dass aufgrund Weitervermietung der

Vermieter zur Gebrauchsüberlassung an ihn (den Ausgezogenen) nicht mehr in der Lage sei (§ 242 BGB, *Senat* NJW-RR 1991, 1484 f.). Etwas anderes gilt grundsätzlich mit Blick auf § 537 Abs. 1 S. 2 BGB. Hat der Vermieter das Mietobjekt entgeltlich Dritten überlassen, entfällt in Höhe des durch die Weitervermietung tatsächlich erzielten Entgelts der Anspruch auf Mietzahlung gegen den Ausgezogenen (BGH NJW 1981, 43, 45) und kann daher allenfalls noch eine verbleibende Differenz gegenüber dem Letztgenannten geltend gemacht werden (BGH NJW 2000, 1105 f = NZM 2000, 184, 186). Die Darlegungs- und Beweislast für hier erlangte Vorteile trifft allerdings grundsätzlich den (ausgezogenen) Mieter (*Senat* NJW-RR 1991, 1143 f; Pal./Weidenkaff, 71. Aufl., § 537 BGB Rz. 2), während den Vermieter ggf. eine sekundäre Darlegungslast trifft.

Die Klägerin hat aufgrund eines entsprechenden Hinweises des Senats mit Schriftsatz vom 27. Jan. 2014 zugestanden, durch die Weitervermietung der in Rede stehenden Wohnungen im September und/oder Oktober 2011 (2 208, 40 + 708 + 472 =) 3.388,40 € netto = 4 032,20 € brutto erzielt zu haben. Die an sich ebenfalls zugestandenen 1.132,80 € (netto) sind hier nicht zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen, weil insoweit (da Klage gegen Mieterin GSD GmbH) nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin diesen Betrag aus anderweitiger Vermietung erlangt *hat* und er deshalb anzurechnen wäre. Das Vorbringen der Beklagten bis hin zu den SSen vom 29.01. und 19.02.2014 vermag an dieser beschränkten Anrechnung von 4.032,20 € nichts zu ändern. Dass „die“ Wohnungen „bereits im Juli 2011 weitervermietet gewesen“ seien und dies einem Zeugen, der die Schlüssel seitens der Beklagten am 15.07.2011 zurückgab und die Wohnungen noch einmal betreten wollte, was verweigert wurde - hier besteht i.Ü. ein Widerspruch zu dem weiteren Vortrag, dass diesem Zeugen an jenem Tag von einem polnischen Staatsbürger geöffnet worden sei -, erklärt worden sei, besagt ebenso wenig wie die Vorlage eines Stapels von Ausdrucken von unterbelichteten Außenaufnahmen „des [*Singular*] Objekts“ (Anl. B 4) von Ende Juli 2011 etwas dafür, dass „sämtliche“ Wohnungen „in den Monaten Juli und August 2011 weitervermietet“ waren. Der Vortrag, Frau Zavacki habe zu unterschiedlichen Zeitpunkten festgestellt (wie?!), dass „im Ergebnis“ die Wohnungen „durchgängig bis zum 31.12.2011“ vermietet waren, trägt die fehlende Substantiierung ebenso auf der Stirn wie der erstinstanzliche Vortrag (Duplik), die Klägerin habe Zahlungen erhalten, „die mindestens die Höhe erreicht haben, die im Falle einer Vermietung an die Klägerin bis zum 31.12.2011 entstanden wären“. Daher kommen auch eine Wiedereröffnung der

mündlichen Verhandlung und/oder eine Auflage an die Klägerin zu weiterem Vortrag nicht in Betracht.

**2.3.** Von den - bereits erstinstanzlich erklärten und wiederholten – Hilfsaufrechnungen der Beklagten greift lediglich eine durch und diese auch nur zum Teil.

Soweit die Beklagte wohl geltend machen will, ihr stünden (neben den Minderungsrechten als solchen auch noch) Rückforderungsansprüche gem. § 812 BGB aus wegen Minderungsrechten überzahlter Mieten zu, gilt zur fehlenden Berechtigung derartiger Ansprüche das vorstehend unter 2.2.2. Ausgeführte ebenso hier, zumal auch noch § 814 BGB einem solchen Erstattungsverlagen entgegensteht. Was die geltend gemachten/aufgerechneten Selbstvornahmekosten (930,90 €) angeht, hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass insoweit die Voraussetzungen des § 536 a Abs. 2 BGB dafür, den Ersatz von der Klägerin fordern zu können, erfüllt gewesen wären.

Was die geltend gemachte/aufgerechnete Erstattungsforderung wegen der geleisteten Kautionsleistung (Sicherheitsleistung, 3 327,60 €, § 812 BGB) angeht, ist die Beklagte dem Vortrag der Klägerin, sie habe diese Kautionsleistung mit eigenen Schadensersatzansprüchen verrechnet, nicht entgegengetreten. Allerdings hatte die Klägerin vorprozessual - bei der Rückgabe von drei Wohnungen am 15.07. 2011 - ihren diesbezüglichen Schaden selbst mit (lediglich) 1.200 € beziffert (vgl. Anl. K 7, Bl. 75 GA), woran sie sich festhalten lassen muss. Die Aufrechnung der Beklagten mit dieser fälligen Erstattungsforderung hat daher in Höhe von  $[3.327,60 - 1.200 =] 2.127,60$  € Erfolg.

Nach alledem waren das landgerichtliche Urteil lediglich abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit der Klägerin 4.032,20 € gem. § 537 BGB anzurechnen sind und die Beklagte iHv 2.127,60 € mit ihrer Kautionserstattungsforderung hilfsweise die Aufrechnung erklärt hat; wegen  $(22.726,80 - 4.032,20 - 2.127,60 =)$  16.567 € hatte es bei der Verurteilung zu verbleiben.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 1, § 708 Zf. 10, § 711 ZPO.



Streitwert der ersten Instanz: bis 25.000 €

Streitwert der Berufung: bis 40.000 € (§ 45 Abs. 3 GKG, § 322 Abs. 2 ZPO)

**Treige**

**Geldmacher**

**Dr. Hoffrichter-Daunicht**