

2 U 34/04

1 O 324/03

Landgericht Limburg a. d. Lahn

Verkündet am 22. Dezember 2004

## OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

...

hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main – 2. Zivilsenat – durch den Richter am Oberlandesgericht ... als Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12.11.2004

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Limburg a. d. Lahn – 1. Zivilkammer – vom 07.01.2004 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert.

Die Zahlungsklage wird abgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszugs haben die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Prozessgebühren der Kläger zu 5% und die Beklagte zu 95% zu tragen. Die übrigen Kosten dieser Instanz wie auch die Kosten des zweiten Rechtszugs haben der Kläger zu 24% und die Beklagte zu 76% zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

**G r ü n d e :**

I.

Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Sie bedürfen keiner Änderungen und Ergänzungen. Es bestehen auch keine konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der vom Landgericht festgestellten Tatsachen begründen und deswegen eine erneute Feststellung gebieten. Das Berufungsgericht hatte sie daher seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit Urteil vom 07.01.2004 hat das Landgericht festgestellt, dass die Hauptsache hinsichtlich des Räumungsanspruchs erledigt sei, und der Zahlungsklage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Entscheidungsgründe des Urteils wird Bezug genommen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag in vollem Umfang weiter.

Sie ist weiterhin der Auffassung, die Kündigung des Klägers sei ungerechtfertigt gewesen, da infolge ihrer Aufrechnung mit Werklohnansprüchen gegen die Mietzinsforderung des Klägers ein zur fristlosen Kündigung berechtigender Mietrückstand nicht mehr bestanden habe. Sie rügt, das Landgericht habe die Regelung in § 6 des Mietvertrags über die Einschränkung des Aufrechnungsrechts zu Unrecht als wirksam erachtet. Es handele sich bei dieser Bestimmung um eine AGB, die der Inhaltskontrolle nicht Stand halte.

§ 6 des Mietvertrags hat folgenden Wortlaut:

„Der Mieter kann gegenüber der Miete mit einer Gegenforderung nur aufrechnen oder ein Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht an der Miete nur ausüben, wenn er dieses mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete dem Vermieter schriftlich angekündigt hat und sich mit seinen Zahlungsverpflichtungen nicht im Rückstand befindet.

Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes oder die Aufrechnung mit anderen als Ersatzforderungen wegen Mängel der Mietsache (§ 536 BGB) ist ausgeschlossen.“

Bezüglich des Zahlungsanspruchs ist die Beklagte auch weiterhin der Auffassung, dass die Anwaltsgebühr für das außergerichtliche Kündigungsschreiben nach § 118 Abs. 2 BRAGO a.F. auf die Prozessgebühr des Räumungsrechtsstreits anzurechnen sei.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Sachvortrags und bestreitet insbesondere, dass es sich bei der Regelung in § 6 des Mietvertrags um eine AGB gehandelt habe; vielmehr, so behauptet er, stelle sie eine Individualvereinbarung dar.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellung der Erledigung der Hauptsache hinsichtlich des Räumungsantrags wendet. Im Übrigen ist sie begründet.

1. **Feststellungsantrag:**

Dem Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache bezüglich des Räumungsanspruchs hat das Landgericht zu Recht stattgegeben. Denn die Räumungsklage war ursprünglich zulässig und auch begründet. Der Kläger war berechtigt, das Mietverhältnis wegen des – unstreitigen – Zahlungsrückstands mit zwei Monatsmieten fristlos zu kündigen (§ 543 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

Durch die von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit Vergütungsansprüchen gegen den Kläger ist die Kündigung nicht nach § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB unwirksam geworden, da die in § 6 Abs. 1 des Mietvertrags enthaltene Aufrechnungsbeschränkung selbst dann wirksam ist, wenn es sich um eine AGB und nicht um eine Individualvereinbarung handelt.

Nach dieser Regelung kann der Mieter mit einer Gegenforderung nur aufrechnen, wenn er dies mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete dem Vermieter schriftlich angekündigt hat. Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht gegeben.

Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Ankündigungsklausel bestehen nicht. Sie hält der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand, da sie den Mieter nicht unangemessen benachteiligt. Sie enthält kein generelles Aufrechnungsverbot, sondern trägt nur dem berechtigten Interesse des Vermieters Rechnung, sich gegen eine überraschende Aufrechnung, das heißt gegen einen ihn unvorbereitet treffenden Ausfall der laufenden Einnahmen aus der Vermietung zu schützen (vgl. BGH WM 88, 508; OLG Hamburg, MDR 98, 243; OLG Hamm, MDR 97, 927).

Die Ankündigungsklausel ist auch nicht wegen ihres Zusammentreffens mit der Mietvorauszahlungsklausel in § 5 Nr. 1 des Mietvertrags unzulässig. Nach altem Recht führte die Kombination der Vorauszahlungsklausel, wonach die Miete in Abweichung von § 551 Abs. 1 BGB a.F. nicht nach Ablauf des jeweiligen Monats, sondern monatlich im Voraus zu entrichten ist, mit der Ankündigungsklausel zwar auf dem Gebiet der Wohnraummiete zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters, da sie zur Einschränkung des Minderungsrechts führt und damit gegen § 537 Abs. 3 BGB a.F. verstieß (BGHZ 127, 245, 252). Bereits nach altem Recht galt dies indessen nicht für die Gewerberaummiete, da der Anwendungsbereich des § 537 Abs. 3 BGB a.F. auf die Wohnraummiete beschränkt war (OLG Hamburg, a.a.O.; Erman/Jendrik, 10. Aufl., § 551 BGB, Rn. 2). Nach neuem Recht, das auf den Streitfall anzuwenden ist, da die Aufrechnung erst nach dem Stichtag 01.01.2003 erklärt worden ist (vgl. Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB), stellt sich diese Frage schon deswegen nicht mehr, weil nach dem nunmehr geltenden § 556 b Abs. 1 BGB die Miete im Voraus zu entrichten ist. Die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB zur Fortgeltung des § 551 BGB a.F. gilt nur für Mietverträge, die am 01.09.2001 bereits bestanden haben, was hier nicht der Fall ist, da das streitgegenständliche Mietverhältnis erst am 18.04.2002 begründet worden ist.

Auch die weitere Bestimmung in § 6 Abs. 1 des Mietvertrags, wonach die Zulässigkeit der Aufrechnung außer davon, dass der Mieter sie mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete angekündigt hat, an die weitere Voraussetzung geknüpft ist, dass der Mieter sich mit seinen Zahlungsverpflichtungen nicht im Rückstand befinde, hält – jedenfalls für den Bereich der gewerblichen Miete – der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Auch insoweit wird der Mieter bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht unangemessen benachteiligt, zumal diese Klausel die Zulässigkeit der Aufrechnung auch in einem solchen Fall nicht generell ausschließt. Dem Mieter bleibt es vielmehr unbenommen, nach Tilgung der bis zum fristgebundenen Zugang der Aufrechnungserklärung aufgelaufenen Rückstände mit seinen Gegenansprüchen jedenfalls für die Zeit danach aufzurechnen und im Übrigen etwaige Minderungsansprüche für die Zeit davor mit der Bereicherungsklage (§ 812 I BGB) geltend zu machen (vgl. hierzu auch KG NZM

2002, 526 unter I A 1a).

Unwirksam als AGB ist indessen die Bestimmung in § 6 des Mietvertrags, wonach die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts oder die Aufrechnung mit anderen als Ersatzforderungen wegen Mängeln der Mietsache ausgeschlossen ist. Unter solche „anderen“ Ersatzforderungen fallen auch die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Werklohnansprüche. Die Beschränkung der Aufrechnung auf „konnexe“ Gegenforderungen verstößt gegen § 309 Nr. 1 BGB, da diese Vorschrift nicht auf die Konnexität der Gegenforderung abstellt, die für die Aufrechnungslage nach § 387 BGB ohnehin nicht vorausgesetzt wird. Insoweit schließt sich der Senat der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur an (vgl. statt aller: OLG Celle WuM 90, 103 unter III B 5; Bub/Treier, 3. Aufl., II 431; Schmidt-Futterer/Langenberg, 8. Aufl., § 556 b BGB, Rn. 33).

Die Unwirksamkeit von § 6 Abs. 2 des Mietvertrags führt indessen nicht auch zur Unwirksamkeit der in § 6 Abs. 1 enthaltenen Klausel.

Zwar darf eine Bestimmung in AGB, die gegen § 307 BGB (§ 9 AGBGB a.F.) nicht im Wege der sogenannten geltungserhaltenden Reduktion auf ihren gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt und damit aufrechterhalten werden (BGHZ 145, 203, 212). Lässt sich eine Formulklausel jedoch nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsgehalt trennen, so ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils rechtlich unbeachtlich (BGH a.a.O.). So liegt der Fall hier.

Die Regelungen in § 6 Abs.1 und 2 des Mietvertrags sind inhaltlich und gegenständlich ohne weiteres teilbar. Der unzulässige Regelungsteil in § 6 Abs. 2 kann durch einfache Streichung dieses Absatzes von der unbedenklichen Regelung in § 6 Abs. 1 gesondert werden. Dieser Teil der Klausel bleibt danach nicht nur nach seinem Wortlaut aus sich heraus verständlich, sondern seinem Regelungsgehalt nach – als unbedenklich einzustufende Einschränkung des Aufrechnungsrechts – auch sinnvoll.

Damit ergibt sich, dass die Kündigung allein schon deswegen, weil die Beklagte dem Kläger die Aufrechnung entgegen der Regelung in § 6 Abs. 1 des Mietvertrags nicht bereits einen Monat vorher angekündigt hat, wirksam geblieben ist, woraus folgt, dass der Räumungsanspruch von Anfang an begründet war und die Hauptsache sich daher durch die Herausgabe des Mietobjekts an den Kläger erledigt hat.

## **2. Zahlungsantrag (696,50 EUR)**

Der Anspruch auf Ersatz der Anwaltskosten für das außergerichtliche Kündigungsschreiben ist indessen unbegründet.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Geschäftsgebühr für die Kündigung des Mietverhältnisses (§ 118 Abs. 1 Nr. 1 der auf den Streitfall noch anzuwendenden BRAGO) nach § 118 Abs. 2 BRAGO auf die Prozessgebühr (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO) des sich anschließenden Räumungsrechtsstreites anzurechnen.

Eine Anrechnung nach § 118 Abs. 2 BRAGO setzt voraus, dass es sich bei dem Rechtsstreit gegenüber der außergerichtlichen Tätigkeit um ein „anschließendes Verfahren“ handelt. Grundsätzlich müssen damit die jeweiligen Gegenstände der außergerichtlichen Tätigkeit des Anwalts und seiner Tätigkeit im Rechtsstreit übereinstimmen. Dies mag bei formaler Betrachtungsweise bei der Kündigung eines Mietverhältnisses und dem nachfolgenden Räumungsrechtsstreit nicht der Fall sein, weil der Ausspruch der Kündigung als solcher nicht Gegenstand des sich dann anschließenden Rechtsstreits ist. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass auch die Kündigung als anspruchsbegründende Voraussetzung für den Herausgabeanspruch Gegenstand des Räumungsprozesses ist. Kündigung und Räumungsklage bilden daher bei wertender Betrachtung eine Einheit, was der Annahme entgegensteht, dass es sich gebührenrechtlich um zwei verschiedene Angelegenheiten handelt.

Etwas anderes mag zwar dann gelten, wenn der Vermieter keine Veranlassung

zu der Annahme hatte, der Mieter werde der Kündigung widersprechen und sich aus für ihn nicht vorhersehbaren Gründen dem Räumungsverlangen widersetzen. Hiervon kann indessen im Streitfall nicht ausgegangen werden. Bereits aus der Formulierung in dem Kündigungsschreiben, worin der Kläger der Beklagten angedroht hatte, nach fruchtlosem Ablauf der im Kündigungsschreiben gesetzten Räumungsfrist „ohne weitere Mitteilung an Sie (die Beklagte) sofort (Unterstreichung nicht im Original) Räumungsklage zu erheben“, ergibt sich, dass der Kläger mit einem Widerstand der Beklagten gegen sein Räumungsbegehren rechnete. In einem solchen Fall bestehen keine Bedenken dagegen, den Räumungsrechtsstreit als ein „anschließendes Verfahren“ im Sinne von § 118 Abs. 2 BRAGO anzusehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Danach waren die Kosten des Verfahrens unter Berücksichtigung der verschiedenen Streitwerte beider Instanzen gemäß dem jeweiligen Obsiegen und Unterliegen der Parteien verhältnismäßig zu teilen.

Der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision war mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.