



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

**XII ZR 78/14**

vom

24. Juni 2015

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. Juni 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 6. Juni 2014 insoweit zugelassen, als die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung in der Hauptsache zur Zahlung von mehr als 7.221,16 € nebst Zinsen hieraus sowie gegen die Abweisung der Widerklage in Höhe von 75.517,96 € nebst Zinsen hieraus zurückgewiesen worden ist.

Auf die Revision der Beklagten wird das vorgenannte Urteil im Kostenpunkt und im Umfang der zugelassenen Revision aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 100.803 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Restmiete aus einem Gewerberaummietverhältnis in Anspruch, die Beklagte begehrt widerklagend Schadensersatz.

2 Zwischen den Parteien bestand ein im Jahr 2001 geschlossener Mietvertrag über einen in einem Einkaufszentrum gelegenen Ladenraum zum Betrieb eines Fachgeschäfts für Silberschmuck. Der Vertrag enthielt unter anderem eine Regelung, nach der die Beklagte zur monatlichen Zahlung eines Werbekostenzuschusses verpflichtet sein sollte. Ab März 2010 befand sich auf einem der an das Einkaufszentrum angrenzenden Plätze eine Großbaustelle zur Errichtung einer U-Bahn.

3 Mit ihrer Klage hat die Klägerin Mietrückstände in Höhe von rund 40.000 € geltend gemacht. Die Beklagte hat sich hiergegen unter anderem damit verteidigt, dass die Großbaustelle zu einer erheblichen Staubentwicklung geführt habe, durch die der Mietgebrauch eingeschränkt und die Miete gemindert gewesen sei. Außerdem sei die Vertragsklausel zum Werbekostenzuschuss unwirksam. Schließlich hat die Beklagte unter anderem einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 93.582,25 € geltend gemacht. Dieser Betrag stelle den an ihrer Auslageware durch die Staubentwicklung verursachten Schaden dar, für den die Klägerin aufzukommen habe. Dies hat die Beklagte zum einen damit begründet, dass die Klägerin das Angebot des die Großbaustelle betreibenden Unternehmens, vor die Eingänge des Einkaufszentrums einen so genannten Schmutztunnel mit Filteranlagen zu bauen, nicht angenommen habe. Zum anderen habe sie auch eigene Schutzmaßnahmen unterlassen. Mit einem Teilbetrag dieses Schadensersatzanspruchs in Höhe von

18.064,29 € hat die Beklagte die Aufrechnung gegen die Klageforderung erklärt. Den Restbetrag von 75.517,96 € hat sie neben weiteren Ansprüchen im Wege der Widerklage geltend gemacht.

4 Das Landgericht hat die Klausel zur Zahlung des Werbekostenzuschusses für wirksam erachtet, wegen der Staubentwicklung eine Minderung der Miete um 20 % angenommen und das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs verneint. Es hat der Klage daher in Höhe von 25.285,45 € nebst Zinsen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten - soweit für vorliegendes Verfahren noch von Interesse - zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

## II.

5 Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur teilweisen Aufhebung des angegriffenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

6 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt zu Recht einen entscheidungserheblichen Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG, soweit dieses den Schadensersatzanspruch verneint hat, der auf die Nichtannahme des behaupteten Angebots, Schmutztunnel mit Filteranlagen zu errichten, gestützt ist.

7 a) Die Beklagte hatte behauptet, sie habe in einem während des Berufungsverfahrens erfolgten Telefongespräch mit dem Mitarbeiter J. des die Großbaustelle betreibenden Unternehmens von diesem erfahren, dass das Unternehmen das besagte Angebot der Vermieterin unterbreitet habe. Nach Einver-

nahme dieses Mitarbeiters ist das Oberlandesgericht jedoch zu dem Ergebnis gelangt, der Zeuge habe das behauptete Angebot nicht bestätigt.

8           Darüber hinaus hatte die Beklagte die eigene Mitarbeiterin F. als Zeugin benannt, die das Telefonat mitgehört habe. Diese Zeugin hat das Oberlandesgericht mit der Begründung nicht vernommen, es könne als wahr unterstellt werden, dass sie das Telefonat mitangehört habe. Dass sie einen anderen Inhalt des Telefonats bekunden könne, als ihn der Zeuge ausgesagt habe, sei nicht behauptet. Schließlich hat das Oberlandesgericht auch die Vernehmung der von der Beklagten ebenfalls als Zeugin benannten Amtsvorgängerin C. des einvernommenen Zeugen abgelehnt. Denn dass diese die Vorgängerin gewesen sei, sei unbestritten und nicht entscheidungserheblich.

9           b) Indem das Oberlandesgericht den auf die Vernehmung der beiden Zeuginnen F. und C. gerichteten Beweisanträgen nicht nachgekommen ist, hat es den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

10           aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Zeugin F. sei nur dafür benannt, dass sie selbst das Telefonat mitangehört habe, ist nicht haltbar. Vielmehr ergibt sich aus dem entsprechenden Parteivortrag, dass sie auch den beklagtenseits behaupteten Inhalt des Telefonats - also die Mitteilung des Mitarbeiters J., es habe das behauptete Angebot gegeben - bestätigen sollte. Ihre Benennung war die Reaktion auf die schriftliche Mitteilung des J. an das Gericht, er habe zu dem Beweisthema "Hat die ... angeboten einen Schmutztunnel zu errichten?" keinerlei Kenntnisse, zumal er erst ab dem 15. November 2011 bei dem Unternehmen tätig gewesen sei und die Baumaßnahmen vor dem Einkaufszentrum zu diesem Zeitpunkt schon sehr weit fortgeschritten gewesen seien. Das Telefonat selbst stellte er hingegen nicht in Abrede. Danach ergab der Beweisantrag allein einen Sinn, wenn er sich auf den Inhalt des Gesprächs

bezog und zum Gegenstand hatte, dass der Zeuge J. tatsächlich (also entgegen seinen schriftlichen und ggf. auch späteren mündlichen Angaben) die behaupteten Äußerungen abgegeben hatte.

11 Ohne Erfolg wendet die Klägerin in der Erwiderung zur Nichtzulassungsbeschwerde ein, die Zeugin F. habe ohnehin nur das von der Beklagten Gesprochene, ohne Verletzung der Vertraulichkeit des gesprochenen Worts aber nicht die Aussagen des Zeugen mitanhören können. Das Oberlandesgericht hat die Ablehnung des Beweisantrags nicht darauf gestützt, dass Erkenntnisse der Zeugin F. zum Inhalt des Telefonats auszuschließen wären. Mit Blick darauf, dass gegebenenfalls auch das Mitanhören der Worte nur eines Gesprächspartners Rückschlüsse auf den Gesprächsinhalt zulassen, wäre eine solche Begründung ohnehin kaum tragfähig gewesen.

12 bb) Als ebenso unvertretbar stellt sich dar, dass das Berufungsgericht die Zeugin C. (Amtsvorgängerin des Zeugen J.) nicht vernommen hat. Sie wurde in demselben Schriftsatz wie die Zeugin F. benannt. Schon nach dem dargestellten Ablauf mit der schriftlichen Mitteilung des J. zum Beginn seiner Tätigkeit für das Unternehmen kann keinem Zweifel unterliegen, dass sich die Benennung nicht (nur) auf ihre Eigenschaft als Amtsvorgängerin, sondern auf das behauptete Angebot bezog. Im Übrigen hatte die Beklagtenseite in einem weiteren Schriftsatz - auf den die Nichtzulassungsbeschwerde auch mit Recht verweist - ausgeführt, weil es sich um die Vorgängerin des J. handele, gehe die Beklagte davon aus, "dass ihr das Angebot an die Klägerin aus eigener Kenntnis bekannt" sei.

13 cc) Mit seiner schon nicht den äußeren Wortlaut, keinesfalls aber den Sinn des entsprechenden Beklagtenvorbringens erfassenden Wahrnehmung hat sich das Berufungsgericht in nicht mehr nachvollziehbarer Weise dem we-

sentlichen Kern dieses Vortrags verschlossen und damit gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen (st. Rspr., vgl. nur BGH Beschluss vom 14. Juni 2010 - II ZR 143/09 - ZIP 2010, 1669 Rn. 13 mwN).

- 14 c) Dieser Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass der Beklagten mittels der Aussagen der beiden Zeuginnen der Nachweis ihrer Behauptung gelingt, der Vermieterin sei von dem die Großbaustelle betreibenden Unternehmen die Einrichtung von die Staubeinwirkungen verhindernden Maßnahmen angeboten worden, was die Vermieterin jedoch ausgeschlagen habe. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass bei einer solchen Sachlage ein Schadensersatzanspruch der Beklagten in Betracht käme. Ein solcher könnte nicht nur aus dem vom Oberlandesgericht erwähnten § 280 Abs. 1 BGB, sondern auch aus § 536 a Abs. 1 Alt. 2 BGB folgen, weil die Klägerin dann den Eintritt des Mietmangels - erhebliche Staubbelastung des angemieteten Raums - zu vertreten haben könnte. Wie wohl auch das Oberlandesgericht erkannt hat, käme es in diesem Fall nicht auf einen Verzug der Klägerin mit der Mangelbeseitigung an (§ 536 a Abs. 1 Alt. 3 BGB).

15            2. Soweit sich die Nichtzulassungsbeschwerde dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die Vertragsklausel zum Werbekostenzuschuss für wirksam gehalten und einen auf das klägerische Unterlassen eigener Sicherungsmaßnahmen gegen den Staub gestützten Schadensersatzanspruch verneint hat, ist sie hingegen zurückzuweisen. Die Rechtssache hat insoweit weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer weitergehenden Begründung hierzu sieht der Senat gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO ab.

Dose

Klinkhammer

Günter

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 31.08.2012 - 7 O 72/11 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 06.06.2014 - 10 U 21/12 -