BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 269/01

Verkündet am:
16. März 2005
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 2005 durch den Richter Sprick als Vorsitzenden, die Richterin Weber-Monecke, die Richter Fuchs und Dr. Ahlt und die Richterin Dr. Vézina

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1 wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 24. September 2001 aufgehoben, soweit darin zum Nachteil des Beklagten zu 1 erkannt ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten zu 1 Miete für die Monate Dezember 1997 bis August 1998 aus einem gewerblichen Mietverhältnis. Der Beklagte zu 1 beruft sich hiergegen auf Minderung, macht die Aufrechnung mit Honorarforderungen aus Architektenverträgen geltend und verlangt im Wege der Widerklage Zahlung von Architektenhonorar. Außerdem verfolgen die Parteien gegenläufige Feststellungsanträge zur Beendigung des Mietverhältnisses.

Der Beklagte zu 1 mietete mit schriftlichem Vertrag vom 12. Februar 1993 von der Klägerin Räume zum Betrieb eines Architektenbüros in B., R.straße 18. Die Räume wurden vom Beklagten zu 1 nach Fertigstellung im November 1993 bezogen. Das Mietverhältnis sollte am 31. Dezember des 15. Jahres nach Bezugsfertigkeit der Räume vorbehaltlich einer Verlängerungsklausel enden. Als Mietzins wurde im Vertrag eine Nettokaltmiete von 17.000 DM zuzüglich Betriebs- und Heizkostenvorschuß sowie Mehrwertsteuer, insgesamt von 21.850 DM monatlich, vereinbart. Die Kaltmiete sollte jeweils zum 1. Januar eines jeden Jahres nach einem bestimmten Lebenshaltungskostenindex angepaßt werden. Nach § 8 des Mietvertrages sollte der Mieter gegen Mietforderungen mit Gegenforderungen nur aufrechnen können, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete schriftlich angezeigt hatte.

Am 19. April 1995 vereinbarten die Parteien wegen der Durchführung von Baumaßnahmen auf dem Nachbargrundstück schriftlich eine Minderung der Nettokaltmiete um 10 %. Damit sollten sämtliche Ansprüche des Beklagten zu 1 wegen der Bauarbeiten abgegolten sein. Die Klägerin verlangte mit Schreiben vom 23. Januar 1997 ab Februar 1997 wieder den vollen Mietzins, weil auf dem Nachbargrundstück keine mietmindernden Arbeiten mehr anfallen würden. Gleichzeitig forderte sie unter Berufung auf die Indexklausel eine Miete von insgesamt 22.763,33 DM monatlich.

Mit Schreiben vom 20. März 1997 räumte die Klägerin dem Beklagten zu 1 erneut eine Mietminderung von 10 % der Nettokaltmiete wegen der Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück ein. Der Beklagte zu 1 zahlte die Miete bis einschließlich November 1997 vorbehaltlos. Ab Dezember 1997 entrichtete er keinen Mietzins mehr.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Klägerin hatte den Beklagten zu 1 im September 1994 beauftragt, für ihr Bauvorhaben R./B.straße zumindest eine Baugenehmigung herbeizuführen. Ob die Beauftragung des Beklagten zu 1 über die Leistungsphase 4 hinausging, ist zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte zu 1 übersandte der Klägerin nach Erteilung der Baugenehmigung eine "Honorar-Teilrechnung" vom 21. November 1997 über 230.983,25 DM. Unter dem 12. März 1998 erstellte der Beklagte zu 1 nach Kündigung des Architektenvertrages eine Schlußrechnung in Höhe von insgesamt 331.640,10 DM, wobei er die Leistungsphasen 1 bis 4 als erbracht und die Leistungsphase 5 als nicht erbracht abrechnete. Zum 22. Oktober 1998 erstellte der Beklagte zu 1 eine weitere Schlußrechnung, in der er unter Abrechnung der Leistungsphasen 1 bis 9 zu einem Honorar von 418.965,50 DM gelangte und die er unter dem 7. März 2001 überarbeitete und dabei einen Betrag von 396.167,50 DM errechnete.

Die Beklagte zu 2, die der Beklagte zu 1 in die gemieteten Geschäftsräume mit aufgenommen hatte, ist von der Klägerin mit Architektenleistungen für das Bauvorhaben R.straße 18 beauftragt worden. Die Beklagte zu 2 hat hierfür der Klägerin unter dem 21. November 1998 zwei Schlußrechnungen über 60.834,29 DM und 158.982,33 DM gestellt.

Mit Schreiben seines anwaltlichen Vertreters vom 25. November 1997 kündigte der Beklagte zu 1 gegenüber der Klägerin an, gegen die ab Januar 1998 fälligen Mieten mit seiner Honorarforderung aufzurechnen. Mit Schreiben vom 30. März 1998 rügte der Beklagte zu 1 zahlreiche angebliche Mängel der Mietsache, die bereits seit fünf Jahren bestünden. Gleichzeitig kündigte er an, daß er, wenn die Mängel nicht beseitigt würden, die Miete um 40 % mindern werde. Am 26. August 1998 erklärte der Beklagte zu 1 schriftlich die Aufrechnung mit seinen Honorarforderungen aus der Schlußrechnung vom 12. März 1998 gegen zukünftig fällig werdende Mieten. Mit Schreiben vom 29. Septem-

ber 1998 kündigte die Klägerin dem Beklagten zu 1 wegen Zahlungsverzugs fristlos und widersprach der Fortsetzung des Mietverhältnisses. Mit Schreiben seines anwaltlichen Vertreters vom 30. September 1998 widersprach der Beklagte zu 1 der Kündigung und erklärte, daß gegen die rückständigen Mietzinsansprüche bereits vor geraumer Zeit die Aufrechnung erklärt worden sei, die wiederholt werde. Aufgerechnet werde mit fälligen Honoraransprüchen des Beklagten zu 1 für das Bauvorhaben R./B.straße, hilfsweise mit abgetretenen Honoraransprüchen aus dem Bauvorhaben R.straße 18. Der Beklagte zu 1 erklärte erneut die Aufrechnung im Schriftsatz vom 23. Oktober 1998. Er kündigte seinerseits das Mietverhältnis mit Schreiben vom 29. Oktober 1998 fristlos, hilfsweise zum 31. März 1999.

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, das vom Beklagten zu 1 gemietete Objekt zu räumen und an die Klägerin herauszugeben. Es hat den Beklagten zu 1 weiterhin antragsgemäß verurteilt, an die Klägerin für Dezember 1997 bis August 1998 die geltend gemachte Miete zuzüglich Nebenkosten in Höhe von insgesamt 188.999,98 DM zu zahlen. Die Widerklage des Beklagten zu 1 auf Zahlung von 136.157,82 DM hat es als unzulässig abgewiesen, weil nicht ersichtlich sei, aus welcher Schlußrechnung der Beklagte zu 1 den Betrag geltend mache. Im übrigen hat es die Widerklage des Beklagten zu 1 auf Feststellung, daß seine Kündigung vom 29. Oktober 1998 das Mietverhältnis beendet habe, als unbegründet abgewiesen, weil das Mietverhältnis durch die Kündigung der Klägerin beendet worden sei. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt. Nachdem die Beklagten die Mieträume zum 31. August 1999 geräumt hatten, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der Räumungsklage übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Kammergericht hat im Wege eines Vorbehalts- und Teilurteils die vom Landgericht der Klägerin zugesprochene Miete um Nebenkosten in Höhe von insgesamt 9.136,60 DM auf 179.863,38 DM reduziert. Es hat die Entscheidung jedoch gemäß § 302

ZPO unter den Vorbehalt der Aufrechnung des Beklagten zu 1 mit seiner Honorarforderung aus der Schlußrechnung vom 22. Oktober 1998 in der überarbeiteten Fassung vom 7. März 2001 sowie der Aufrechnung mit Forderungen aus abgetretenem Recht der Beklagten zu 2 gemäß den Schlußrechnungen der Beklagten zu 2 vom 21. November 1998 gestellt. Die Berufung des Beklagten zu 1 gegen die Abweisung seines Feststellungsantrags hat es zurückgewiesen. Hingegen hat es auf den im Berufungsverfahren erhobenen Antrag der Klägerin festgestellt, daß das streitige Mietverhältnis durch die Kündigung der Klägerin vom 29. September 1998 beendet worden sei. Hinsichtlich des vom Beklagten zu 1 mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruchs hat es den Rechtsstreit als nicht entscheidungsreif angesehen. Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Senat angenommene Revision des Beklagten zu 1, mit der er die Abweisung der Klage und den Erfolg seiner Widerklage auf Feststellung, daß das Mietverhältnis durch seine eigene Kündigung beendet worden sei, zu erreichen sucht.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit darin zum Nachteil des Beklagten zu 1 erkannt ist, und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Mietzinsanspruch der Klägerin bestehe für die geltend gemachte Zeit von Dezember 1997 bis August 1998 unter Berücksichtigung der zugestandenen Minderung von 10 % der Kaltmiete noch in Höhe von 179.863,38 DM. Darüber hinaus sei der Mietzins nicht gemindert. Hinsichtlich der behaupteten Mängel an den Fenstern, an der Dachverglasung sowie wegen Regenwasserschäden, des Zustands der Außenanlage sowie wegen der Beeinträchtigung durch das Baugeschehen am Haus der Klägerin sei eine Minderung analog § 539 BGB a.F. ausgeschlossen, weil der Beklagte zu 1 diese Mängel, wie er selbst vortrage, über fünf Jahre ohne Beanstandung hingenommen habe. Dem Beklagten zu 1 stehe aber auch keine weitere Minderung wegen neuer Mängel zu. Vielmehr gelte, was die durch die Bauarbeiten hervorgerufenen Mängel an den Fenstern betreffe, die Vereinbarung vom 19. April 1995, wonach mit der 10 %-igen Minderung alle durch die Baumaßnahmen erfolgten Beeinträchtigungen abgegolten seien. Soweit der Beklagte zu 1 als Mangel des Mietobjekts Baulärm über April 1997 hinaus geltend mache, sei dieser Mangel zwar durch die genannte Vereinbarung nicht mehr erfaßt. Eine höhere Minderung als 10 %, die die Klägerin insoweit einseitig zugestanden habe, sei daher nicht von vornherein ausgeschlossen. Jedoch fehle es an einem substantiierten Vortrag des Beklagten zu 1 zum Umfang einer weitergehenden Beeinträchtigung.

Die somit berechtigte Mietforderung in Höhe von 179.863,38 DM sei jedenfalls nicht durch die bis zur Kündigung am 29. September 1998 ausgesprochenen Aufrechnungserklärungen des Beklagten zu 1 erloschen:

a) Mit Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 25. November 1997 habe der Beklagte zu 1 die Aufrechnung lediglich ankündigen lassen. Ent-

sprechend § 8 des Mietvertrages hätte sich daher in den Folgemonaten die Aufrechnung vollziehen können. Es fehle jedoch an einer fälligen Gegenforderung. Das folge hinsichtlich der Honorar-Teilrechnung vom 21. November 1997 bereits daraus, daß der Beklagte zu 1 das Honorar nach "unverbindlich geschätzten anrechenbaren Baukosten" berechnet habe, obwohl zu diesem Zeitpunkt die Kostenberechnung vom 18. Juli 1997 bereits vorgelegen habe.

b) Von der im Schreiben vom 26. August 1998 erklärten Aufrechnung seien die hier in Frage stehenden Mietforderungen bis einschließlich August 1998 nicht erfaßt, da sich die dortigen Aufrechnungserklärungen nur auf Mieten bezögen, die nach August 1998 fällig geworden seien. Darüber hinaus fehle es an einer fälligen Gegenforderung des Beklagten zu 1, weil auch die Schlußrechnung vom 12. März 1998 nicht prüffähig gewesen sei. An diesem Ergebnis ändere sich nichts aufgrund des Schreibens vom 30. September 1998, in dem der Beklagte zu 1 die Aufrechnung vom 26. August 1998 lediglich wiederholt habe. Schließlich sei auch die Klageforderung nicht aufgrund der mit Schriftsatz vom 25. Oktober 1998 (richtig: 23. Oktober 1998) erklärten Hilfsaufrechnung aufgrund der Schlußrechnung vom 22. Oktober 1998 erloschen. Denn auch diese Rechnung sei nicht prüffähig.

Der Beklagte zu 1 habe sich daher am 29. September 1998, als die Klägerin die fristlose Kündigung ausgesprochen habe, mit weit mehr als zwei Monatsmieten in Zahlungsverzug befunden. Die Kündigung der Klägerin sei daher gemäß § 554 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB a.F. gerechtfertigt gewesen. Sie sei auch durch die späteren Aufrechnungserklärungen nicht unwirksam geworden. Hingegen sei die Kündigung des Mietverhältnisses durch den Beklagten zu 1 am 29. Oktober 1998 unwirksam, weil zu diesem Zeitpunkt das Mietverhältnis durch die Kündigung der Klägerin bereits beendet gewesen sei.

II.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Zu Unrecht rügt allerdings die Revision als rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht nur die von der Klägerin zugestandene 10 %-ige Minderung der Nettomiete habe durchgreifen lassen.

a) Die Revision wendet sich vergeblich gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene analoge Anwendung des § 539 BGB a.F. Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes am 1. September 2001 verlor der Mieter nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Recht zur Mietminderung wegen eines nach Vertragsabschluß eingetretenen oder ihm bekannt gewordenen Mangels der Mietsache in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F., wenn er - wie hier - die Miete in Kenntnis des Mangels ungekürzt über einen längeren Zeitraum und ohne Vorbehalt weiter bezahlte; dabei konnte eine Frist von sechs Monaten im Regelfall als längerer Zeitraum angesehen werden. Der Verlust des Minderungsrechts galt analog § 539 BGB a.F. auch für die weiteren Mietraten (vgl. Senatsurteil vom 26. Februar 2003 - XII ZR 66/01 - NZM 2003, 355; BGHZ 155, 380, 385 jeweils m.w.N.; kritisch Wichert ZMR 2000, 65). Der Senat hat die gegen diese Rechtsprechung erhobenen Bedenken der Revision geprüft. Sie geben keinen Anlaß, die bisherige Rechtsprechung für die Zeit vor der Mietrechtsreform aufzugeben.

b) Zu Recht ist das Kammergericht weiterhin davon ausgegangen, daß der Beklagte zu 1 den Umfang der behaupteten Beeinträchtigung seines Mietgebrauchs, die von der Bautätigkeit auf dem Nachbargrundstück im Zeitraum vom Dezember 1997 bis August 1998 ausging, nicht substantiiert dargelegt hat. Der Senat hat die hiergegen erhobene Verfahrensrüge des Beklagten zu 1, wo-

nach das Berufungsgericht den Sachvortrag des Beklagten zu 1 nicht hinreichend berücksichtigt habe und die angebotenen Zeugen H. und S. vernehmen und ein Sachverständigengutachten hätte erholen müssen, geprüft und als nicht durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO a.F.).

2. Dagegen rügt die Revision zu Recht, daß die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht seine Auffassung tragen, dem Beklagten zu 1 habe jedenfalls vor der Erstellung seiner korrigierten Honorar-Schlußrechnung vom 7. März 2001 aus dem Bauvorhaben R./B.straße kein fälliger Gegenanspruch zugestanden.

a) Allerdings geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, daß die "Honorar-Teilrechnung" vom 21. November 1997 und die Schlußrechnungen vom 12. März 1998 und vom 22. Oktober 1998 nicht prüffähig und daher auch ursprünglich nicht fällig waren.

Hinsichtlich der "Honorar-Teilrechnung" vom 21. November 1997 über 203.983,25 DM ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts im Revisionsverfahren davon auszugehen, daß es sich um eine Abschlagsrechnung i.S. von § 8 Abs. 2 HOAI handelt. Eine Abschlagsforderung wird aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst fällig, wenn dem Auftraggeber eine prüffähige Abschlagsrechnung zugegangen ist (vgl. BGH Urteil vom 5. November 1998 - VII ZR 191/97 - NJW 1999, 713). Hierzu ist erforderlich, daß der Auftragnehmer den Abschlag mit einer Abschlagsrechnung für erbrachte Leistungen gegenüber dem Auftraggeber nachweist und geltend macht (BGH Urteil vom 5. November 1998 aaO). Einen solchen Nachweis des Abschlags hat jedoch der Beklagte zu 1 mit seiner Rechnung vom 21. November 1997 der Klägerin gegenüber nicht erbracht, da die Rechnung, wie das Kammergericht zu Recht ausführt, die Kostenermittlung entgegen § 10 Abs. 2 Nr. 1

HOAI für die abgerechneten Leistungsphasen 1 bis 4 nicht nach der seit 18. Juli 1997 vorliegenden Kostenberechnung, sondern auf der Grundlage "unverbindlich geschätzter anrechenbarer Baukosten" vornimmt. Dies schließt die Prüffähigkeit der Rechnung aus.

Auch die Schlußrechnungen vom 12. März 1998 und vom 22. Oktober 1998 sind, wie das Kammergericht zu Recht ausführt, schon deswegen nicht prüffähig, weil die Honorare, die für Grundleistungen für Gebäude und Freianlagen geltend gemacht werden, entgegen § 18 HOAI nicht getrennt berechnet wurden.

Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sind außerdem die Ausführungen des Kammergerichts, wonach keinerlei Hinweise dafür bestehen, daß die Klägerin den erforderlichen Kenntnisstand gehabt hätte, um das richtige Honorar selbst ermitteln zu können. Vielmehr entsprachen die Rechnungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht dem Informations- und Kontrollinteresse der Klägerin (vgl. BGH Urteil vom 22. November 2001 - VII ZR 168/00 - NJW 2002, 676).

Allerdings hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02 - NJW-RR 2004, 445, das nach Erlaß des Berufungsurteils ergangen ist, entschieden, daß der Auftraggeber nach Treu und Glauben mit solchen Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Schlußrechnung ausgeschlossen ist, die er nicht spätestens innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Zugang der Rechnung vorgebracht hat. Diese Rechtsprechung ist hinsichtlich der Prüffähigkeit von Abschlagsrechnungen entsprechend anzuwenden (vgl. Sangenstedt NJW 2004, 1990, 1991). Ob die Klägerin rechtzeitig Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Abschlagsrechnung erhoben hat, hat das Berufungsgericht, da ihm das Urteil vom 27. November 2003 aaO bei seiner Ent-

scheidung noch nicht bekannt war, nicht ermittelt. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil des Beklagten zu 1 entschieden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholt.

3. Das Urteil kann nämlich auch nicht mit der Begründung aufrecht erhalten werden, der Beklagte zu 1 habe gegen die streitgegenständlichen Mietzinsforderungen die Aufrechnung nicht erklärt. Vielmehr rügt die Revision zu Recht, daß der Beklagte zu 1 jedenfalls im Schreiben vom 30. September 1998 gegen die rückständigen Mietzinsansprüche mit seinen angeblich fälligen Honoraransprüchen aus dem Bauvorhaben R./B.straße aufgerechnet habe. Die gegenteilige Auffassung des Kammergerichts, wonach der Beklagte zu 1 im Schreiben vom 30. September 1998 seine Aufrechnungserklärung vom 26. August 1998, mit der er gegen Mietzinsansprüche ab September 1998 aufgerechnet habe, lediglich wiederholt habe, widerspricht dem klaren Wortlaut des Schreibens vom 30. September 1998.

Sollte der Beklagte zu 1 spätestens mit dem genannten Schreiben tatsächlich wirksam aufgerechnet haben, so könnte sich, je nachdem in welcher Höhe die Aufrechnung die Klageforderung zum Erlöschen gebracht hat, auch die von der Klägerin im Schreiben vom 29. September 1998 erklärte fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs als unwirksam erweisen.

Das Berufungsgericht wird allerdings zu prüfen haben, ob nicht schon zuvor, nämlich nach Ankündigung der Aufrechnung gemäß § 8 des Mietvertrages im Schreiben vom 25. November 1997, in der Nichtzahlung der Miete eine konkludente Aufrechnungserklärung des Beklagten zu 1 zu sehen ist (vgl. RGRK/Weber BGB 12. Aufl. § 388 Rdn. 2 m.w.N.). In diesem Fall wird allerdings zu berücksichtigen sein, daß mit der Kündigung des Architektenvertrages,

die im März 1998 erfolgt sein soll, eine etwaige Fälligkeit der Abschlagsforderung als solcher entfallen wäre (vgl. KG BauR 1994, 791, 792).

Sprick Richterin am BGH Weber-Monecke ist urlaubsabwesend und gehindert zu unterschreiben. Fuchs

Sprick

Ahlt Vézina