BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 66/03

Verkündet am:
21. September 2005
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 313, 536 Abs. 2

a) Zur Frage, ob eine Vollvermietung und eine bestimmte Mieterstruktur als zugesichert anzusehen ist, wenn die Parteien einen bestimmten Vermietungszustand in die Präambel des Mietvertrages aufgenommen haben (im Anschluss an Senatsurteil vom 26. Mai 2004 - XII ZR 149/02 - NZM 2004, 618).

b) Zur Anwendbarkeit der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Anmietung einer Teilfläche in einem erst zu erstellenden Zentrum für Handel und Dienstleistungen, wenn dieses nach der Eröffnung nicht in der erwarteten Weise von den Kunden angenommen wird (im Anschluss an Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 und vom 19. Juli 2000 - XII ZR 176/98 - NZM 2000, 1005).

BGH, Urteil vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03 - OLG Rostock
LG Stralsund

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2005 durch die Richter Sprick, Weber-Monecke, Fuchs, Dr. Ahlt und Dose

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 3. Februar 2003 wird auf Kosten der Beklagten, die auch die Kosten der Nebenintervention in der Revisionsinstanz zu tragen hat, zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger fordert als Zwangsverwalter des H. -Centers in S. von der Beklagten rückständige Miete für zwei Objekte für die Zeit von Oktober 1999 bzw. Januar 2001 bis Juli 2001.

2 Mit Vertrag vom 8./9. Oktober 1998 vermietete die damalige Vermieterin der Beklagten Flächen im H. -Center in S. zum Betrieb einer staatlich konzessionierten Spielbank. In der Präambel des Vertrags heißt es:

"Die Vermieterin erstellt ein regionales Objekt für Handel und Dienstleistung, das 'H. -Center' in ... S. , auf dem Grundstück T. -Damm, Ecke B. straße, derzeit leeres Grundstück.

Das Objekt wird eine Gesamtfläche von ca. 28.000 m² haben, wovon im Erdgeschoß und im ersten Obergeschoß jeweils 5.600 m² von Einzelhandel und Entertainment gemischt genutzt werden. Im Erdgeschoß werden folgende Firmen vertreten sein:

R. Verbrauchermarkt, S. Drogeriemarkt, G. Spielotheken AG, E. Autovermietung, R. Zierpflanzen, A. Apotheken, Bistro E. , S. -Back, R. Schuh-Schlüsseldienst und Bank G. .

Weiterhin wird ein Hotel mit 115 Zimmern auf einer Fläche von ca. 5.700 m² auf insgesamt vier Etagen betrieben. Im ersten Obergeschoss wird ein Entertainment-Center entstehen mit einer B. Bowlingbahn, einem Cafe der Firma S. -Back, einer Erlebnisgastronomie der S. Brauerei und einem Spezialitätenrestaurant.

Zum Objekt gehört auch ein eigenes Parkhaus mit 345 Parkplätzen, welches durch die Firma I. B. betrieben wird."

3 Das Mietverhältnis, das am 1. September 1999 beginnen sollte, wurde fest auf zehn Jahre abgeschlossen. Die vereinbarte monatliche Miete betrug 25.500 DM, einschließlich 3.000 DM Nebenkostenvorauszahlungen.

4 Der Vertrag enthält unter anderem folgende weitere Regelungen:

"§ 9 Gewährleistung

9.1 Schadensersatzansprüche der Mieterin einschließlich solcher aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen und unerlaubter Handlung sind ausgeschlossen, es sei denn, sie beruhen:

a) auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Vermieterin oder ihrer Erfüllungsgehilfen;

b) auf der fahrlässigen Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht durch die Vermieterin oder ihrer Erfüllungsgehilfen.

...

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

9.3 Das Recht zur Minderung des Mietzinses gemäß § 537 Abs. 1 BGB ist von einer vorherigen Feststellung durch einen von der IHK zu benennenden öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen abhängig, es sei denn, die Vermieterin stimmt der geltend gemachten Minderung zu."

...

§ 16 Sonstiges

16.1 Die beigefügte Hausordnung ist Bestandteil dieses Vertrages (Anlage 6) . ...

16.5 Dem Vermieter ist während der Mietzeit nicht gestattet, in dem in der Präambel genannten Objekt (H. Center) Sexshops oder andere Mieter zuzulassen, die ein negatives Image aufweisen."

Unter Ziffer 8. der als Anlage 5 zum Mietvertrag Vertragsbestandteil gewordenen Hausordnung ist folgendes geregelt:

"Management

Für alle das Mietverhältnis und den Objektbetrieb betreffende Fragen ist das von dem Vermieter beauftragte Management zuständig."

In der Anlage 1 zum Mietvertrag, Allgemeine Baubeschreibung, heißt es u.a.:

"Lüftung

- Be- und Entlüftung erfolgen unter Beachtung der einschlägigen DIN-Normen, Kühlung erfolgt, soweit erforderlich, über geeignete Systeme (Splitgeräte) ..."

In der ebenfalls als Anlage 1 zum Mietvertrag überschriebenen "Baubeschreibung zum Innenausbau von Spielbank" heißt es unter Ziffer "18. Lüftung":

> "dezentraler Einbau von Kühlung- /Splitgeräte für die Luftbefeuchtung durch den Mieter, Lüftungsgitter Drallauslässe, farbliche Abstimmung mit Mieter oder deren Architekten."

5 Mit Vertrag vom 4./30. April 2000 mietete die Beklagte von der Vermieterin weitere Flächen im H. -Center zum Betrieb eines Bistros. In der Vorbemerkung des Vertrages heißt es unter anderem:

> "Das Raumprogramm sowie die angestrebte Mieterstruktur ist nicht Vertragsgrundlage dieses Mietvertrages und stellt keine zugesicherte Eigenschaft für die vermietete Fläche dar."

6 Die monatliche Miete betrug einschließlich der Nebenkostenvorauszahlung von 800 DM und der Mehrwertsteuer insgesamt 6.728 DM.

7 Da das H. -Center zum 1. September 1999 noch nicht fertig gestellt war, besprachen die Vertragsparteien eine Mietminderung für die Zeit bis einschließlich Dezember 1999. Der Kläger behauptet, man habe sich für Oktober 1999 auf eine geminderte Miete in Höhe von 15.080 DM und für November und Dezember 1999 auf je 23.780 DM geeinigt. Die Beklagte bestreitet eine solche Einigung.

8 Die Beklagte, die Minderung wegen Mängeln des Mietobjekts einwandte, holte im Einvernehmen mit der Vermieterin ein Gutachten des von der IHK öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen M. ein, das dieser unter dem 5. November 1999 erstattete.

9 Unter Berücksichtigung unstreitiger Zahlungen der Beklagten in Höhe von insgesamt 169.140 DM (= 86.479,91 €) fordert der Kläger für die Spielbank von der Beklagten Mietrückstände bis einschließlich Juli 2001.

10 Für das Bistro zahlte die Beklagte die Miete zunächst in vollem Umfang, ab Januar 2001 jedoch lediglich 2.981,20 DM monatlich. Der Kläger verlangt für die Zeit bis Juli 2001 den vollen Unterschiedsbetrag in Höhe von 3.746,80 DM monatlich, insgesamt also 26.227,60 DM (= 13.409,96 €). Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 96.055,18 € nebst gestaffelten Zinsen sowie zur Zahlung weiterer 3.843,69 € (richtig: 3.834,69 € = 7.500 DM) Zug um Zug gegen Erteilung der Nebenkostenabrechnung für die Spielbank für die Jahre 1999 und 2000. Die Berufung der Beklagten blieb im wesentlichen erfolglos. Abgesehen von der Berichtigung des Zug um Zug zu zahlenden Betrags auf 3.834,69 € (= 7.500 DM) setzte das Oberlandesgericht die vorbehaltlose Verurteilung der Beklagten lediglich wegen eines Rechenfehlers bei den Rückständen auf 95.697,27 € herab. Gegen die Verurteilung zur Zahlung dieses Betrages richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

12 Das Oberlandesgericht führt im wesentlichen aus: Die für die Spielbank zu zahlende Miete sei über das von der Vermieterin zugestandene Maß hinaus nicht gemindert. Die Vermieterin habe für den Monat Oktober 1999 ca. 46 % und für die Folgemonate ca. je 8 % der Nettomiete an Minderung zugestanden.

Eine höhere Minderung wegen der unstreitig durchgeführten Bauarbeiten sei nicht anzusetzen. Hierauf habe das Landgericht zutreffend hingewiesen. Dessen Ausführungen habe die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht angegriffen. Die weiter von der Beklagten vorgetragenen Tatsachen zum Zustand des H. -Centers, die weitgehend unstreitig seien, rechtfertigten ebenfalls keine Minderung. Die qualitativen und quantitativen Abweichungen des Vermietungszustands von der in der Präambel des Mietvertrags aufgeführten Mieterstruktur stellten keinen Fehler im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB a.F. dar. Denn das Ausbleiben der Vollvermietung und der Anmietung von Geschäftsräumen durch sämtliche in der Präambel des Mietvertrages aufgeführten Firmen beeinträchtigten die Tauglichkeit der gemieteten Räume zu dem vertraglich vereinbarten Betrieb einer Spielbank nicht unmittelbar. Deshalb sei auch die Vermietung von Gewerbeflächen an die T. AG, die keinen Publikumsverkehr habe, kein Fehler im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB a.F. Das Gleiche gelte für das Fehlen eines Center-Managements. Darüber hinaus habe die Vermieterin die Organisation und Tätigkeit eines Center-Managements nicht geschuldet. Keine Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit des gemieteten Objekts begründeten weiterhin folgende Tatsachen: fehlendes Wegeleitsystem, fortschreitendes Verkommen des Ein- und Ausganges B. straße, unansehnliche Fassade, fehlende Postverteilungs- und Gegensprechanlage, Zustand der Grünflächen, fehlende Dekoration zu bestimmten Feiertagen, keine Werbung, einheitliches Schließsystem, unbewachtes Parkhaus. Hinsichtlich der Postverteilungsanlage, der Gegensprechanlage, der Dekoration zu bestimmten Feiertagen, der Werbung und des Parkhauses liege bereits keine Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand des Mietobjekts vor. Soweit die Beklagte das Vorhandensein eines einheitlichen Schließsystems wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahr als Mangel rüge, lege sie nicht dar, dass das tatsächlich vorhandene Schließsystem von dem vertraglich geschuldeten abweiche. Hinsichtlich

der übrigen gerügten Umstände, die insbesondere den inneren und äußeren Zustand des H. -Centers beträfen, fehle es wiederum am Merkmal der Unmittelbarkeit. Auch der Zustand der Belüftungsanlage führe nicht zu einer Minderung. Für eine wirksame Minderung sei hinsichtlich eines streitigen Mangels erforderlich, dass die in § 9.3 des Vertrages geregelten Voraussetzungen vorlägen. Es müsse also ein die Gebrauchstauglichkeit mindernder Mangel gutachterlich bestätigt sein. Hieran fehle es in Bezug auf die Belüftungsanlage. Der Sachverständige M. habe mit Ausnahme von Zugluftерscheinungen an einem der Spieltische keine Mängel an der Lüftungsanlage festgestellt. Auch sei der Sachverständige entgegen der Behauptung der Beklagten auf das Problem des Ansaugens erwärmter Luft eingegangen. Hinsichtlich der Zugerscheinungen an einem der Spieltische scheide ein Minderungsanspruch aus, weil es sich hierbei lediglich um einen unerheblichen Mangel handele. Das Landgericht habe hierzu zutreffend festgestellt, dass die Beklagte zu einer konkreten Beeinträchtigung des Spielbankbetriebs nichts vortrage. Insoweit habe die Beklagte das landgerichtliche Urteil auch nicht angegriffen. Die Voraussetzungen einer Minderung wegen von der Beklagten behaupteten Stromschwankungen lägen nicht vor. Der Mangel sei streitig. Eine Feststellung des Mangels durch einen Sachverständigen entsprechend § 9.3 des Mietvertrages liege nicht vor. Eine gerichtliche Beweisaufnahme sei nicht durchzuführen. Die Parteien hätten nämlich für das Recht zur Minderung konkret vereinbart, dass ein Sachverständiger den Mangel vorher feststelle. Die Beklagte habe es jedoch unterlassen, auch insoweit einen Sachverständigen zu beauftragen. Auch die mehrfache Einschaltung der Notbeleuchtung rechtfertige keine Minderung. Zwar sei insoweit die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht notwendig, weil die Tatsache selbst unstreitig und die Beauftragung eines Sachverständigen nur bei streitigen Mängeln sinnvoll sei. Das Einschalten der Notbeleuchtung habe den Gebrauch des Mietobjekts jedoch nur in unerheblichem Maße beeinträchtigt,

zumal sich die Notbeleuchtung (grelles Licht) nur fünfmal, verteilt auf mehrere Monate, eingeschaltet habe. Weiter könne die Beklagte keine Minderung im Zusammenhang mit dem zeitweisen Betrieb einer Diskothek im Einkaufszentrum geltend machen. Die von der Beklagten beschriebenen Pöbeleien von Gästen der Diskothek gegenüber Gästen der Spielbank stellten keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Spielbank dar. Im Übrigen fehle auch ein ausreichender Vortrag dafür, dass von einem erheblichen Mangel ausgegangen werden könnte. Gleiches gelte auch für das in der Toilette der Spielbank aufgefundene Drogenbesteck, wobei sogar offen bleibe, ob dieses von einem Gast der Spielbank oder der Diskothek abgelegt worden sei. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe die Klägerin auch keinen Objektschutz geschuldet. Die aufgetretenen Feueralarme sowie das einmalige Einschalten der Sprinkleranlage stelle keine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung dar, zumal die Störungen auf mehrere Monate verteilt gewesen seien.

13 Eine Minderung des Mietzinses für die Spielbank gemäß § 537 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB a.F. wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft komme nicht in Betracht. Die von den Parteien in der Präambel des Vertrages gemachten Angaben stellten keine zusicherungsfähigen Eigenschaften des hier streitigen Mietobjekts dar. Im übrigen habe die Beklagte eine Zusicherung nicht schlüssig behauptet. Hierzu werde auf die zutreffenden Gründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Hervorzuheben sei, dass, wie auch das Landgericht ausgeführt habe, einer Präambel keine Rechtserheblichkeit zukomme. Sie lege lediglich die Zielrichtung des Vertrages dar. Aus der Stellung und der Bezeichnung im Vertrag sei augenscheinlich, dass die Angaben keine rechtliche Bindung entfalten sollten. Umstände, die eine hiervon abweichende Wertung zuließen, seien nicht ersichtlich. Dies gelte auch für die der Beklagten übergebenen Exposés, die inhaltlich der Präambel entsprochen hätten; sie stell-

ten lediglich eine Anpreisung dar und enthielten keine rechtsverbindlichen Erklärungen.

14 Auch für das Bistro sei die Miete nicht herabzusetzen. Das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass eine Minderung nicht aus dem Umstand hergeleitet werden könne, dass der Kläger als Vermieter gegenüber der Beklagten eventuell die Erklärung schulde, auf sein Vermieterpfandrecht zu verzichten. Auch greife die Beklagte das Urteil insoweit nicht an.

15 Schließlich könne eine Herabsetzung der Miete auch nicht auf die Grundsätze des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage gestützt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714) sei für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und Umstände gehe, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollten. Eine solche vertragliche Risikoverteilung schließe für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trage grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko der Mietsache. Dazu gehöre bei der gewerblichen Miete vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Die Parteien könnten allerdings die Risikoverteilung vertraglich ändern. Ob dies der Fall sei, sei durch Auslegung zu ermitteln. Im Ergebnis rechtfertige der Vertragsinhalt jedoch nicht die Annahme, die Parteien hätten eine Verlagerung des unternehmerischen Geschäftsrisikos von dem Mieter auf den Vermieter vereinbart. Dies könne vorliegend jedoch dahinstehen. Denn es fehle bereits an einer solchen erheblichen Störung der möglichen Geschäftsgrundlage, die eine Würdigung als Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage rechtfertige. Vielmehr werde das H. -Center weiterhin von Einzelhandel und Unterhaltungs-

betrieben gemischt genutzt. Dies zeige die gegenwärtig unstrittig vorhandene Belegung einzelner Geschäftsbereiche (erstes Obergeschoss: T. AG, Bowlingbahn, Räume der Beklagten; Erdgeschoss: S. -Drogeriemarkt, Hotel, R. Zierpflanzen, V. Computerladen, T. börse (Tabakwaren), Nagelstudio, Sonnenstudio, RE. , B. & B. sowie eine Spielhalle, die demnächst schließe). Dem stehe nicht entgegen, dass die Klägerin selbst konzeptwidrig Flächen an die T. AG vermietet habe. Hierdurch werde der Gesamtcharakter des Centers nicht aufgehoben oder nachhaltig gestört. Vielmehr sei dadurch lediglich ein Leerstand verhindert worden. Abzustellen sei in diesem Zusammenhang auch darauf, dass es entgegen dem Vortrag der Beklagten nur schwer vorstellbar sei, dass die Spielbank wesentliche Umsätze durch Laufkundschaft erziele. Der Besuch einer Spielbank erfolge in der Regel nicht spontan. Unter diesem Gesichtspunkt könne keine Abhängigkeit der Spielbank von den in der Präambel genannten Unternehmen, mit Ausnahme des - tatsächlich vorhandenen - Hotels, festgestellt werden. Entscheidend bleibe immer der generelle Standort und nicht dessen konkretes Umfeld.

16 Eine Haftung der Vermieterin aus Verschulden bei Vertragsschluss, z.B. weil sie eventuell unter Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht schuldhaft unzutreffende Informationen über die Vermietung des Gesamtobjekts erteilt habe, bedürfe keiner näheren Untersuchung, denn die Beklagte fordere keinen Schadensersatz

II.

17 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung und den Angriffen der Revision stand.

18 1. Die Revision macht zunächst geltend, dass die Nichteinhaltung der zugesagten Mieterstruktur durch die Vermieterin ebenso wie die Vermietung an die T. AG und das Leerstehen sonstiger Flächen einen Fehler der Mietsache im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB a.F. (§ 536 Abs. 1 BGB) darstellten. Denn diese Umstände seien geeignet, Passanten, somit auch potentielle Kunden der Beklagten, überhaupt vom Besuch des Zentrums abzuhalten. Das Ambiente des Einkaufszentrums werde so gestaltet, dass potentiellen Kunden ein Besuch oder der Aufenthalt in dem Center von vornherein verleidet werde. Von ausschlaggebender Bedeutung sei, dass der Charakter, welcher dem Center als Einkaufs- und Unterhaltungszentrum zukommen sollte, nicht gewahrt sei und unter Berücksichtigung der Leerflächen und der weitgehenden Vermietung an T. auch nicht gewahrt werden könne. Damit dringt die Revision nicht durch.

19 Wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, ist unter einem Mangel im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB a.F. die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. So können bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände - etwa die Behinderung des Zugangs zu einem gemieteten Geschäftslokal - einen Fehler des Mietobjekts begründen. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (Senatsurteil vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1715 m.N.).

20 Unter diesen Voraussetzungen liegt ein Mangel der vermieteten Räume nicht vor. Auch wenn man unterstellt, dass das H. -Center seinen Charakter als Einkaufs- und Vergnügungszentrum teilweise verloren hätte, läge nur eine mittelbare Beeinträchtigung der von der Beklagten gemieteten Räume vor. Auf ein Verschulden der Vermieterin kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Die gemieteten Räume können unabhängig vom Zustand des H. -Centers als Spielbank betrieben werden.

21 2. Die Revision macht weiter zu Unrecht geltend, dass die Beklagte den Mietzins unter dem Gesichtspunkt des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 537 Abs. 2 BGB a.F.; jetzt § 536 Abs. 2 BGB) mindern könne.

22 a) Zu Recht rügt allerdings die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts, einer Präambel komme grundsätzlich keine Rechtserheblichkeit zu; sie lege lediglich die Zielrichtung des Vertrages dar und sei deshalb insbesondere für die Auslegung des Vertrages von Bedeutung.

23 Es spricht nämlich nichts dagegen, dass Parteien in der Präambel eines zivilrechtlichen Vertrages verbindliche Zusicherungen abgeben können. Hiervon ist auch der Senat in seinem Urteil vom 26. Mai 2004 (XII ZR 149/02 - NZM 2004, 618) ausgegangen. Die vom Oberlandesgericht zur Unterstützung seiner Rechtsansicht herangezogene Definition (Creifelds, Rechtswörterbuch, 16. Aufl., Stichwort Präambel) bezieht sich auf völkerrechtliche Verträge. Hierfür mögen andere Grundsätze gelten.

24 Allerdings hat das Landgericht, auf dessen Ausführungen das Berufungsgericht ausdrücklich Bezug nimmt, die Präambel des Vertrages unabhängig hiervon dahingehend ausgelegt, dass sie keine Zusicherung im Sinne von § 537 Abs. 2 BGB a.F. enthalte. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

25 Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, auch wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint oder sogar näher liegt. Die tatrichterliche Auslegung kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 2004 aaO). Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen; sie liegen auch nicht vor.

26 Die Revision macht in diesem Zusammenhang geltend, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft den Vortrag der Beklagten übergangen, dass die Präambel auf ihre ausdrückliche Forderung hin in den Mietvertrag aufgenommen worden sei, da ihr Geschäftsführer geäußert habe, er lege Wert auf ein attraktives Entertainment-Center, nur in einem solchen würde sich die Spielbank rentieren, es solle für die Besucher ein Erlebnis sein, das Center zu besuchen, hierfür sei eine Vermietung in gepflegter Atmosphäre Voraussetzung. Ein Rechtsfehler liegt jedoch nicht vor, weil, wie das Landgericht, auf das das Oberlandesgericht verweist, richtig ausführt, von einer Zusicherung nur dann ausgegangen werden kann, wenn der Zusichernde über allgemeine Anpreisungen und Beschreibungen der Mietsache hinaus bindend erklärt, die Gewähr für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zu übernehmen und für alle Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen. Eine solche Erklärung aber hat die Vermieterin auch nach den Behauptungen der Beklagten nicht abgegeben. Das Landgericht konnte daher dem Umstand entscheidende Bedeutung beimessen, dass die detaillierte Gewährleistungsregelung im Vertrag dagegen spreche, dass die

Vermieterin für das Vorhandensein der in der Präambel genannten Umstände rechtsverbindlich einstehen wollte. Deswegen konnte das Oberlandesgericht auch außer Acht lassen, dass in der Präambel des Vertrages über das Bistro ausdrücklich erklärt wurde, dass keine Zusicherungen erfolgen würden. Daraus ist nicht zu schließen, dass für die Spielbank etwas anderes gegolten habe. Letztlich versucht die Revision, ihre Auslegung an die Stelle der des Berufungsgerichts zu setzen. Das ist ihr aber verwehrt (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 2004 aaO).

27 b) Zu Recht ist das Berufungsgericht darüber hinaus davon ausgegangen, dass die in der Präambel des Vertrages gemachten Angaben keine zusicherungsfähigen Eigenschaften des streitigen Mietobjekts darstellen. Als Eigenschaften im Sinne von § 537 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. (§ 536 Abs. 2 BGB) kommen neben der physischen Beschaffenheit die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Mietgegenstands zu seiner Umwelt in Betracht, die für die Brauchbarkeit und den Wert des Mietobjekts von Bedeutung sind. Diese Beziehungen müssen jedoch ihren Grund in der Beschaffenheit des Mietobjekts selbst haben, von ihm ausgehen, ihm auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Mietsache liegen (Senatsurteil vom 16. Februar 2000 aaO, 1715).

28 Nach diesem Maßstab aber scheidet die Vollvermietung des H. -Centers, seine Mieterstruktur und somit sein Charakter eines Einkaufs- und Vergnügungszentrums als zusicherungsfähige Eigenschaft der zum Betrieb einer Spielbank angemieteten Räume aus. Abgesehen davon kann bei dem vom Oberlandesgericht festgestellten Vermietungsumfang entsprechend der in der Präambel angegebenen Mieterstruktur nicht davon gesprochen werden, dass es sich beim H. -Center nicht mehr um ein Einkaufs- und Vergnügungszent-

rum handeln würde. Die Vermietung an die T. AG erfolgte nur, um einen Leerstand zu vermeiden, der der Attraktivität des H. -Centers ebenso geschadet hätte.

29 3. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Miete sei, wenn die Gewährleistungsvorschriften nicht eingreifen sollten, nach den Grundsätzen des Fehlens bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage herabzusetzen.

30 a) Wie der Senat bereits in Bezug auf Einkaufszentren ausgeführt hat, ist für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 BGB) - hier etwa der beiderseitigen Vorstellung und sicheren Erwartung einer positiven Entwicklung des Einkaufszentrums aufgrund der darin vorgesehenen Mieterstruktur und der Vollvermietung - grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters, das dieser nicht nachträglich auf den Vermieter verlagern kann. Diese im Gewerberaummietrecht angelegte Risikoverteilung ändert sich nicht dadurch, dass das vermietete Geschäft in einem Einkaufszentrum liegt und nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter erwartet, die notwendige geschäftsbelebende Funktion des Einkaufszentrums werde verwirklicht werden können. Wie auch in anderen Geschäftslagen fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäftes in

der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei einem erst geplanten Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtprojekts mit entsprechenden negativen Folgen für das Einzelgeschäft. Allein der Umstand, dass auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Projekts ausgeht, verlagert das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für das einzelne gemietete Geschäft in dem Einkaufszentrum nicht von dem Mieter auf den Vermieter. Dieser trägt seinerseits ohnehin das gesamte Vermietungsrisiko und damit die Gefahr, bei einem Scheitern des Projekts seine Investitionen zu verlieren (vgl. insbesondere Senatsurteil vom 19. Juli 2000 - XII ZR 176/98 - NJW-RR 2000, 1535, 1536).

31 Die Parteien können allerdings die Risikoverteilung ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters - ganz oder zum Teil - übernimmt. Das hat das Berufungsgericht hier dahingestellt sein lassen, weil es davon ausgeht, dass jedenfalls keine Störung der Geschäftsgrundlage vorliege.

32 Die Revision ist hingegen der Ansicht, die Vermieterin habe das Geschäftsrisiko der Beklagten übernommen. Denn die Vertragsparteien hätten in der Präambel zum Ausdruck gebracht, dass ihre Willensbildung auf der gemeinsamen Vorstellung beruhe, es seien bereits genügend Mieter für das Betreiben des Einkaufszentrums gewonnen worden, die eine geeignete Mieterstruktur und damit eine Attraktivität des Einkaufs- und Vergnügungszentrums sichern würden, somit auch den funktionierenden Betrieb der Spielbank. Den konkreten Angaben der Vermieterin in der Präambel, die auf Veranlassung der Beklagten erfolgt seien, habe die Beklagte entnehmen können und müssen, dass die Vermieterin auch für die Realisierung des Konzepts ihr gegenüber einstehen wolle. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

33 Es versteht sich von selbst, dass der Erbauer eines Einkaufszentrums von der Realisierbarkeit seines Objekts und einer weitgehenden Vollvermietung ausgeht, da er nur in diesem Falle seine Investitionen nicht verliert. Teilt er diese Überzeugung seinen potentiellen Mietern mit und legt er gleichzeitig den als sicher geglaubten Vermietungszustand dar, so übernimmt er nicht allein deswegen das Geschäftsrisiko des Mieters. Vielmehr bedarf es hierzu einer ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien, die jedoch vorliegend von der Beklagten nicht behauptet wird.

34 b) Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass die Vermieterin das Geschäftsrisiko der Beklagten übernommen hat, ist eine Herabsetzung des Mietzinses nicht gerechtfertigt. Vielmehr führt das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise aus, dass von einem Wegfall oder Fehlen der Geschäftsgrundlage noch nicht gesprochen werden kann, weil das H. -Center in dem hier maßgeblichen Zeitraum im Wesentlichen nach wie vor vom Einzelhandel und von Unterhaltungsbetrieben gemischt genutzt werde. Dies zeigt die unstrittig vorhandene Belegung der Geschäftsflächen. Die konzeptwidrige Vermietung an die T. AG steht dem nicht entgegen, weil dadurch weder der Gesamtcharakter des Centers aufgehoben noch nachhaltig gestört ist. Die genannte Vermietung hat einen Leerstand verhindert, der dem Gesamteindruck mindestens ebenso abträglich gewesen wäre. Auch in diesem Falle wäre die "Mall" eingeschränkt gewesen. Schließlich konnte das Oberlandesgericht auch ohne Rechtsfehler darauf abstellen, dass es nur schwer vorstellbar sei, dass die Spielbank wesentliche Umsätze durch Laufkundschaft erzielt und für ihren Betrieb vor allen anderen das Hotel, das noch besteht, wichtig ist. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 144 ZPO bedurfte es hierzu nicht, zumal die Revision selbst vorträgt, dass sich das Angebot der von der Beklagten betriebenen Spielbank - anders als Spielotheken oder sonstige Vergnügungszentren - besonders an zahlungskräftige Kunden richte, die

auf eine seriöse, diskrete, sichere und niveauvolle Einrichtung "zum Aufenthalt in gehobener Klasse" Wert lege.

35 c) Damit scheidet auch aus, dass die Beklagte eine Anpassung des Mietzinses wegen einer Garantiezusage bzw. einer Garantieerklärung der Vermieterin auf Sicherstellung einer dauerhaften oder jedenfalls langfristigen Vollvermietung verlangen kann (vgl. hierzu Senatsurteil vom 16. Februar 2000 aaO, 1718). Im Übrigen kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte in der Präambel eine Vollvermietung zugesagt oder garantiert hätte.

36 4. Im Gegensatz zur Meinung der Revision kann die Beklagte auch nicht nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (jetzt § 311 Abs. 2 BGB) eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen. Zwar scheitert dies entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht schon daran, dass die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich Schadensersatz verlangt hat. Vielmehr genügte es, dass sie eine Herabsetzung des Mietzinses forderte, was gegebenenfalls auch die Folge eines Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss sein kann (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 64. Aufl. § 311 Rdn. 59 m.N.). Voraussetzung eines solchen Anspruchs wäre jedoch, dass die Vermieterin die Beklagte über die Vollvermietung oder sonstige erhebliche Umstände vorsätzlich oder, im Hinblick auf § 9 Abs. 1 des Mietvertrages, grob fahrlässig falsch unterrichtet hätte. Hierzu fehlt es jedoch an entsprechendem Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen.

37 5. Schließlich hat das Berufungsgericht entgegen den Ausführungen der Revision das Vorliegen der weiter von der Beklagten gerügten Mängel rechtsfehlerfrei verneint:

38 a) Zu Recht hat das Oberlandesgericht das Fehlen eines Center-Managements nicht als Mangel der gemieteten Räume angesehen. Denn es

fehlt an der erforderlichen unmittelbaren Beeinträchtigung ihrer Gebrauchstauglichkeit. Auf die Frage, ob die Vermieterin überhaupt ein Center-Management schuldete, was das Berufungsgericht verneint, kommt es deshalb nicht an.

39 b) Die Revision hat auch nicht aufzuzeigen vermocht, dass die Vermieterin eine Postverteileranlage, eine Gegensprechanlage, eine Dekoration zu bestimmten Feiertagen, eine gemeinsame Werbung sowie die Bewachung des Parkhauses vertraglich schulde. In dem Umstand, dass diese Anlagen bzw. Leistungen fehlen, ist daher schon deswegen kein Fehler nach § 537 Abs. 1 BGB a.F. zu sehen. Das gleiche gilt für das als Mangel bezeichnete einheitliche Schließsystem des Einkaufszentrums. Ebenso wenig hat die Revision aufzuzeigen vermocht, dass es sich bei dem fehlenden Wegeleitsystem, dem fortschreitenden Verkommen des Ein- und Ausganges B. straße und der unansehnlichen Fassade um unmittelbare und nicht nur mittelbare Beeinträchtigungen der gemieteten Räume handelt.

40 c) Zu Recht hat das Oberlandesgericht auch die von der Beklagten beschriebenen Pöbeleien von Besuchern der Diskothek gegenüber Gästen der Spielbank nicht als unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der gemieteten Räume gewertet. Dies gilt entsprechend für das Auffinden von Drogenbesteck in der Toilette der Spielbank.

41 d) Das Berufungsgericht ist auch rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass der Zustand der Belüftungsanlage nicht zu einer Minderung führt.

42 Im Gegensatz zur Auffassung der Revision ist nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht § 9.3 des Mietvertrages dahingehend ausgelegt hat, dass im Streitfall ein die Gebrauchstauglichkeit mindernder Mangel gutachterlich bestätigt sein muss. Die Regelung hat ersichtlich auch den Sinn, weite-

ren Streit zwischen den Vertragsparteien über vom Gutachter nicht geklärte Punkte zu vermeiden. Schon aus diesem Grund verbietet sich die von der Revision vertretene Auslegung der Klausel dahingehend, dass es ausreiche, ein Sachverständigengutachten vorzulegen, welches die Mängel im Großen und Ganzen wiedergebe, es den Parteien dann jedoch unbenommen bleibe, weitere Mängel vorzutragen, die mit den im Gutachten behandelten Komplexen zusammenhingen.

43 Das Berufungsgericht hat im Übrigen das Gutachten zu Recht dahingehend gewürdigt, dass der Sachverständige lediglich im Bereich der Roulettetische an einem Spieltisch eine unzulässig hohe Luftgeschwindigkeit festgestellt hat. Es hat das ihm zukommende Ermessen nicht überschritten, indem es diesen Mangel als unerheblich bewertet hat, zumal die Beklagte nicht dargelegt hat, inwieweit die Gebrauchstauglichkeit der Spielbank durch die Zugluft an dem vom Gutachter genannten Spieltisch eingeschränkt war. Ihre Behauptung, es sei zu krankheitsbedingten Ausfällen von Angestellten gekommen, bezieht sich nicht auf diesen konkreten Mangel, sondern auf die angeblich insgesamt fehlerhafte Belüftung im Ganzen.

44 Im Gegensatz zur Meinung der Revision war das Berufungsgericht auch nicht verpflichtet, gemäß § 144 ZPO ein Gutachten zu erholen, soweit die Beklagte die Richtigkeit des von ihr vorgelegten Gutachtens M. hinsichtlich der Ansaughöhe der Außenluft über dem Bitumendach bestritten hat. Vielmehr ist es nach § 9.3 des Vertrages Sache der Beklagten, die von ihr behaupteten Mängel gutachterlich nachzuweisen. Sie hätte also vom Gutachter eine Berichtigung verlangen oder gegebenenfalls ein neues Gutachten vorlegen müssen.

45 Soweit die Beklagte weitere Mängel der Belüftungsanlage geltend macht (Pfeifgeräusche, nachts unangenehm kalt, Abhängigkeit vom Café U. und

dem Bistro E.), fehlt es an der Feststellung eines Mangels durch einen Sachverständigen gemäß § 9.3 des Mietvertrages. Der Sachverständige hat als einzigen Mangel, worauf das Oberlandesgericht abstellt, eben nur unzulässig hohe Luftgeschwindigkeit an einem der Spieltische festgestellt. Die Revision rügt daher zu Unrecht, dass das Oberlandesgericht insoweit vorgetragene Mängel übergangen habe.

46 e) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiterhin in der Einschaltung der Notbeleuchtung (5 x, verteilt auf mehrere Monate) sowie in den Feueralarmen und dem einmaligen Anspringen der Sprinkleranlage keine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung der gemieteten Räume gesehen. Diese Einschätzung hält sich im Rahmen des Ermessens des Berufungsgerichts.

47 f) Die Revision rügt weiter, dass das Berufungsgericht den wiederholten Ausfall der Rolltreppe und das Fehlen einer dem Missbrauch durch Kinder entgegenwirkenden Abdeckung des Sicherheitsschalters an der Rolltreppe nicht behandelt habe. Dies trifft zwar zu. Ein Mangel liegt jedoch insoweit nicht vor. Denn die Ausfälle der Rolltreppe im Einkaufszentrum sind keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der gemieteten Räume. Weiter rügt die Revision, dass das Fehlen von Feuerschutzmechaniken an den Fenstern sowie der Umstand nicht behandelt sei, dass die Fenster der Spielhalle nur mittels massiver mechanischer Eingriffe geöffnet werden könnten. Diesen Sachverhalt hat das Oberlandesgericht im Tatbestand als streitig angesehen, in den Entscheidungsgründen jedoch nicht explizit behandelt. Aus den Entscheidungsgründen im Ganzen ergibt sich jedoch, dass die Beklagte sich insoweit nicht auf Minderung berufen kann, weil sie entgegen § 9.3 des Mietvertrages insoweit kein Sachverständigengutachten vorgelegt hat. Dies ist nicht zu beanstanden.

48 g) Das Berufungsgericht hat wegen der behaupteten Spannungsschwankungen zu Recht und mit zutreffender Begründung die Voraussetzungen einer Minderung verneint. Denn auch insoweit hat die Beklagte ein Sachverständigengutachten nicht vorgelegt. Dies war auch entgegen der Meinung der Revision nicht etwa deswegen überflüssig, weil im Hinblick auf die Einschaltung der Notbeleuchtungen ein nicht umfassend funktionierendes Elektrosystem unstreitig sei.

49 h) Nicht zu beanstanden ist schließlich die Auffassung des Berufungsgerichts, wegen der Bauarbeiten in den Monaten Oktober bis einschließlich Dezember 1999 sei lediglich die vom Kläger zugestandene Minderung angemessen. Auch dies hält sich im Rahmen der dem Tatrichter eingeräumten Beurteilung.

50 i) Zu Recht hat das Oberlandesgericht in der Vermietung an die T. AG keinen Fehler der Mieträume gesehen. Auch die dadurch verkürzte "Mall" stellt keine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit zum Betrieb einer Spielbank dar. Im Übrigen fehlt ein substantiierter Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen, wann und in welchem Umfang die von der Vermieterin vorgenommenen Bauarbeiten im Zusammenhang mit der Vermietung an die T. AG zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Spielbank geführt haben sollen.

51 k) Zwar rügt die Revision zu Recht, dass das Oberlandesgericht eine Gesamtbetrachtung der Mängel unterlassen habe. Eine solche führt jedoch nicht dazu, dass die vom Berufungsgericht jeweils als unerheblich eingestuften Mängel (mehrfache Einschaltung der Notbeleuchtung, mehrfacher grundloser Feueralarm, erhöhte Luftgeschwindigkeiten über einem Roulettetisch) in ihrer Gesamtheit als erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der gemieteten

Flächen zum vertragsgemäßen Gebrauch zu werten wären. Soweit das Oberlandesgericht im Übrigen das Vorliegen von Mängeln verneint hat, kann auch eine Gesamtbetrachtung nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

52 6. Hinsichtlich des Bistros wird von der Revision zu Recht hingenommen, dass der Beklagten eine Minderung der Miete nicht deswegen zugestanden werden kann, weil der Kläger keinen schriftlichen Verzicht auf sein Vermieterpfandrecht abgibt. Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, das der Beklagten wegen der Nichtabgabe der Erklärung möglicherweise zustehen könnte, hat sie in den Vorinstanzen nicht geltend gemacht. Das Gegenteil folgt, entgegen der Meinung der Revision, nicht schon daraus, dass sie sich auf das Fehlen der

Erklärung berufen hat. Denn die Beklagte wollte die volle Miete nicht erst nach Vorlage der Verzichtserklärung, sondern überhaupt nicht zahlen.

Sprick Weber-Monecke Fuchs

Ahlt Dose

Vorinstanzen:
LG Stralsund, Entscheidung vom 02.05.2002 - 5 O 354/01 -
OLG Rostock, Entscheidung vom 03.02.2003 - 3 U 116/02 -