



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 129/15

vom

1. März 2016

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 1. März 2016 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles, Dr. Schneider und Kosziol

beschlossen:

Die Anhörungsrüge des Beklagten gegen den Beschluss des Senats vom 8. Dezember 2015 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Rügeverfahrens zu tragen.

Gründe:

- 1 Die gemäß § 321a Abs. 1 und 2 ZPO statthafte und fristgerecht erhobene Anhörungsrüge hat keinen Erfolg. Entgegen der Auffassung des Beklagten hat keine Veranlassung bestanden, sich mit seinem Instanzvorbringen zu befassen, es habe sich bei der mit der Klägerin vereinbarten Miete nicht um eine Kaltmiete nebst Betriebskostenvorauszahlung, sondern um eine einheitliche Warmmiete gehandelt, deren Ansatz zu einem Überschreiten der Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO geführt hätte. Insoweit gilt vielmehr:
- 2 Entscheidend für die Bewertung der Beschwer einer Nichtzulassungsbeschwerde ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, und zwar nach Maßgabe der dem Parteivorbringen zu diesem Zeitpunkt zugrunde liegenden tatsächlichen Angaben zum Wert (BGH, Beschlüsse vom 16. Mai 2013 - VII ZR 253/12, NJW-RR 2013, 1402 Rn. 3; vom 18. Dezember 2014 - III ZR 221/13, juris Rn. 2; jeweils mwN). Hieran anknüpfend ist es dem Beklagten verwehrt, sich im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren

ren auf hiervon abweichende Angaben zu berufen, um darüber die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO zu überschreiten (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Dezember 2014 - III ZR 221/13, aaO; vom 16. Mai 2013 - VII ZR 253/12, aaO; vom 26. November 2009 - III ZR 116/09, NJW 2010, 681 Rn. 5). Auf die Berücksichtigung einer solchen unzulässigen Korrektur der tatsächlichen Angaben zum Wert zielt die Anhörungsgrüde indes ab.

3 Das Berufungsgericht hat im angefochtenen Urteil sowohl unter Bezugnahme auf die Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils als auch anschließend noch einmal eigenständig festgestellt, dass sich die zwischen den Parteien vereinbarte Miete aus einer Grundmiete in Höhe von 405,71 € und einer Nebenkostenvorauszahlung von 112,48 € zusammensetzt. Dieses aus dem Berufungsurteil ersichtliche unstreitige beiderseitige Parteivorbringen im Sinne von § 559 Abs. 1 ZPO zum Inhalt der zwischen den Parteien bestehenden Mietzahlungsvereinbarungen erbringt nach § 314 ZPO den Beweis für das mündliche Parteivorbringen in der Berufungsinstanz, hier also die Vereinbarung nicht einer Warmmiete, sondern einer Kaltmiete zuzüglich abzurechnender Betriebskostenvorauszahlungen.

4 Der Einwand des Beklagten, dies stehe zu seinem aus den Akten ersichtlichen abweichenden Vorbringen im Widerspruch, ist unbeachtlich. Denn er hat es unterlassen, die insoweit auch sein Vorbringen betreffenden und mit der Beweiswirkung des § 314 ZPO ausgestatteten Feststellungen im Berufungsurteil in der erforderlichen Weise durch ein Tatbestandsberichtigungsverfahren nach § 320 ZPO zu beseitigen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2007 - II ZR 334/04, NJW-RR 2007, 1434 Rn. 11; Musielak/Voit/Ball, ZPO, 12. Aufl., § 559 Rn. 16; jeweils mwN). Ohne Erfolg macht der Beklagte darüber hinaus geltend, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts im angefochtenen Urteil im Widerspruch zu den Ausführungen im vorausgegangenen, durch das Senatsurteil

vom 20. Juni 2012 (VIII ZR 268/11, NJW-RR 2012, 977) aufgehobenen Berufungsurteil vom 11. November 2010 stünden; daraus werde zugleich deutlich, dass das Berufungsgericht in Wirklichkeit Feststellungen zur Art der zu zahlenden Miete nicht habe treffen wollen und auch nicht getroffen habe. Das geht schon deshalb fehl, weil durch die kassatorische Wirkung, die der vom Senat erkannten Aufhebung und Zurückverweisung zukommt, das Urteil vom 11. November 2010 rechtlich nicht mehr existent ist. An seine Stelle ist vielmehr das vorliegend mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffene Berufungsurteil vom 21. Mai 2015, und zwar unter Einschluss der darin zweifelsfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen zur unstreitig vereinbarten Art der Mietzahlung, getreten.

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Kosziol

Vorinstanzen:

AG Köln, Entscheidung vom 20.09.2009 - 217 C 160/09 -

LG Köln, Entscheidung vom 21.05.2015 - 1 S 308/09 -