



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 125/11

vom

25. Oktober 2011

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 544 Abs. 7; BGB § 536 Abs. 1

Zu den Substantiierungsanforderungen bei der Geltendmachung von Mängeln am Mietobjekt.

BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - VIII ZR 125/11 - LG Berlin
AG Berlin-Charlottenburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Milger, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzter

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird das Urteil der Zivilkammer 65 des Landgerichts Berlin vom 11. März 2011 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 1. April 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde, an eine andere Kammer des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 9.146,85 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Beklagte ist Mieter einer in einem Mehrfamilienhaus gelegenen Wohnung der Klägerin in Berlin. Die Nettomiete beläuft sich auf 496,11 € im Monat. Zusätzlich monatlicher Vorauszahlungen in Höhe von 131 € auf die Heizkosten und in Höhe von 176 € auf die Betriebskosten ergibt sich eine Bruttomiete von 803,11 € monatlich. Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung

rückständiger Mieten und Nebenkostennachforderungen aus den Betriebs- und Heizkostenabrechnungen für das Jahr 2008 sowie auf Räumung und Herausgabe der Mietwohnung in Anspruch.

2 Der Beklagte zahlte in den Monaten Juli und August 2009 jeweils nur eine um 142,47 € verringerte Miete und behielt auch im September 2009 einen Betrag von 120,47 € ein. Im Zeitraum von Oktober 2009 bis einschließlich Februar 2010 nahm er keine Mietkürzungen vor, wies allerdings mit E-Mail vom 1. Oktober 2009 darauf hin, dass Zahlungen nur unter Vorbehalt erfolgten. Im März 2010 entrichtete der Beklagte keine Miete. Insoweit hat er später die Aufrechnung mit einem Rückzahlungsanspruch wegen Mietminderungen in den Monaten Oktober 2009 bis einschließlich Februar 2010 erklärt. Im April 2010 entrichtete der Beklagte lediglich eine um 124,50 € verringerte Miete; die Miete für den Monat Mai 2010 kürzte er um 294,59 €. Auf die ihm in Rechnung gestellten Nachzahlungsbeträge aus den Heiz- und Betriebskostenabrechnungen für das Jahr 2008 in Höhe von 478,28 € und von 120,43 € erbrachte der Beklagte keine Zahlungen.

3 Die Klägerin kündigte über ihre Hausverwaltung wegen der sich hieraus ergebenden Zahlungsdifferenz von 2.226,32 € das Mietverhältnis mit Schreiben vom 12. Mai 2010 fristlos, hilfsweise ordentlich.

4 Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 1.784,56 € Zug um Zug gegen Beseitigung eines Mangels hinsichtlich der Wasserzähler in Bad und WC verurteilt und die weitergehende Zahlungsklage sowie die Räumungsklage abgewiesen. Auf die beiderseitigen Berufungen der Parteien und unter Berücksichtigung einer in zweiter Instanz erfolgten Klageerweiterung um 967,21 € (Mietrückstände von Juni 2010 bis einschließlich November 2010) hat das Landgericht den Beklagten unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und

unter Abweisung der weitergehenden Klage und Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen zur Zahlung von 2.728,52 € nebst Zinsen sowie zur Räumung und Herausgabe der Wohnung verurteilt. Hinsichtlich eines Betrages von 236,43 € hat es die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt, nachdem die Klägerin in diesem Umfang gegen Rückerstattungsansprüche des Beklagten aus den Heiz- und Betriebskostenabrechnungen für das Jahr 2009 die Aufrechnung erklärt hatte.

- 5 Die Revision hat das Landgericht nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt, das Berufungsgericht habe den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) dadurch verletzt, dass es die Substantiierungsanforderungen an den Vortrag des Beklagten zu den von ihm gerügten Mängeln überspannt und infolgedessen von der gebotenen Beweiserhebung abgesehen habe.

II.

- 6 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig, insbesondere ist der Beschwerdewert nach § 544 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO erreicht. Sie hat auch in der Sache Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung verletzt in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

- 7 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die vom Beklagten geschuldete Miete von 803,11 € monatlich sei wegen der bis zum 4. Oktober 2010 vorhanden gewesenen bedienungsunfreundlichen Anbringung von Wasserzählern in den betroffenen Monaten um 2 %, also um 16,06 €, gemindert. Hinsichtlich der weiteren vom Beklagten gerügten Mängel fehle es - wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt habe - an einem ausreichend substantiierten Sachvortrag zum Vorhandensein von Mängeln oder jedenfalls zu deren Erheblichkeit. Den Beweisanträgen des Beklagten sei daher nicht nachzugehen gewesen.

9 Bei seiner Rüge, der Badewannenabfluss sei offen im Fliesenboden verlegt, weswegen nach Benutzung des Badezimmers unangenehme Fäkalgerüche entstünden, habe der Beklagte bereits einen Zusammenhang zwischen der Verlegung des Badewannenabflusses und dem Entstehen der Gerüche nicht dargelegt. Zudem weise sein Vortrag auch hinsichtlich Zeitpunkt, Häufigkeit und Intensität der beanstandeten Gerüche nicht die erforderliche Substanz auf. Auch sein Sachvortrag zum Vorhandensein eines durchgerosteten und undichten Zuleitungsrohrs zum WC genüge nicht den Substantiierungsanforderungen. Ohne eine konkrete Zustandsbeschreibung könne sich das Gericht kein Bild von einer möglichen Beeinträchtigung des Mieters und der Erheblichkeit des Mangels machen. Dies gelte sowohl für den Umfang des Rostbefalls als auch hinsichtlich der gerügten Undichtigkeit. Der Beklagte hätte im Einzelnen dartun müssen, was mit dem Vortrag "Undichtigkeit des Zuleitungsrohrs" gemeint sei. Auch dem Vorbringen des Beklagten, der Heizkörper in der Küche funktioniere nicht, fehle die notwendige Substanz. Da die Klägerin eine Fehlfunktion bestritten habe, hätte der Beklagte seinen Vortrag insoweit präzisieren müssen. In erster Instanz sei offen geblieben, ob ein Totalausfall des Heizkörpers vorgelegen habe oder nicht; der Beklagte habe es auch versäumt, unter Vorlage eines Protokolls konkret vorzutragen, welche Temperaturen innerhalb welcher Zeiträume hätten erreicht werden können. Der erstmals in der Berufungsinstanz

erfolgte Vortrag, der Heizkörper habe "gänzlich" nicht funktioniert, bleibe nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO unberücksichtigt.

10 Soweit der Beklagte rüge, die Klägerin habe ihn vertragswidrig an der Nutzung des Gartens gehindert, lasse sein Vortrag über die Mitvermietung eines Gartenanteils ebenfalls die notwendige Substanz vermissen. Da eine Mitvermietung des Gartens im schriftlichen Mietvertrag keine Erwähnung gefunden habe und diese Urkunde die Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der darin getroffenen Regelungen begründe, hätte der Beklagte zum einen darzutun müssen, wann und mit wem er eine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen habe, und zum anderen darlegen müssen, weshalb diese Abrede keinen Eingang in die Vertragsurkunde gefunden habe.

11 Der Vortrag des Beklagten, im Winter 2009/2010 sei kein Winterdienst erfolgt, sei nur durch zwei Lichtbilder belegt worden. Diese seien als Momentaufnahmen nicht geeignet, seinen auf drei Monate bezogenen Sachvortrag zu substantiieren. Komme es innerhalb eines solchen Zeitraums in Anbetracht der bekannten Witterungsverhältnisse zu zwei Zeitpunkten zu einer verzögerten Schneeräumung, stelle dies noch keine erhebliche Beeinträchtigung des Mieters dar. Zudem habe die nicht im Mietobjekt ansässige Klägerin unstreitig ein anderes Unternehmen mit der Verrichtung des Winterdienstes betraut. Falls dieses Unternehmen seine Pflichten unzureichend erfüllt haben sollte, wäre der Beklagte daher gehalten gewesen, der Klägerin hiervon rechtzeitig Anzeige zu machen.

12 Der weiter vom Beklagten beschriebene vernachlässigte Zustand des Gartens stelle keine erhebliche Beeinträchtigung des Mietgebrauchs dar. Gleiches gelte für die unstreitig defekte Gartentorbeleuchtung. Die nach dem Vorbringen des Beklagten unterlassene Regenrinnenreinigung lasse ebenfalls kei-

ne erhebliche Beeinträchtigung des Mietgebrauchs erkennen. Der Beklagte habe keinen konkreten Wassereintritt im Bereich der Fenster geschildert, sondern halte einen solchen nur für möglich. Hinsichtlich der aus dem Keller dringenden, von einer defekten Toilette ausgehenden Fäkalgerüche lasse der Vortrag des Beklagten offen, wie lange die Gerüche andauerten und ob auch die vom Beklagten bewohnte Wohnung im ersten Obergeschoss hiervon tangiert worden sei.

13 2. Mit Erfolg macht die Nichtzulassungsbeschwerde geltend, dass das Berufungsgericht den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hat, weil es den von ihm gerügten Zustand des Badezimmerabflusses, des Zuleitungsrohrs zum WC und des Heizkörpers in der Küche, die von ihm beanstandete Verweigerung der Gartenmitbenutzung sowie die behauptete Geruchsbelästigung durch eine defekte Toilette im Keller mit der Begründung unberücksichtigt gelassen hat, ein zur Minderung berechtigender Mangel sei in diesen Fällen nicht substantiiert dargelegt worden. Das Berufungsgericht hat insoweit die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den entscheidungserheblichen Sachvortrag des Beklagten in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben (vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710 unter II 2; vom 2. Juni 2008 - II ZR 121/07, NJW-RR 2008, 1311 Rn. 2; vom 19. Juni 2008 - VII ZR 127/06, NZBau 2008, 644 Rn. 7 f.; vom 20. Mai 2010 - V ZR 201/09, juris Rn. 6)

14 a) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer

Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (vgl. BGH, Urteile vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 a; vom 21. Januar 1999 - VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859 unter II 2 a mwN; Beschlüsse vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02, aaO unter II 2 a; vom 21. Mai 2007 - II ZR 266/04, NJW-RR 2007, 1409 Rn. 8; vom 12. Juni 2008 - V ZR 223/07, juris Rn. 6 f.). Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen (BGH, Urteile vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, aaO mwN; vom 13. Dezember 2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491 unter II 2 a). Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweis erheblichen Streitfragen zu unterbreiten (vgl. BGH, Urteile vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, aaO unter II 1 b; vom 21. Januar 1999 - VII ZR 398/97, aaO unter II 2 b; Beschlüsse vom 21. Mai 2007 - II ZR 266/04, aaO; vom 12. Juni 2008 - V ZR 223/07, aaO Rn. 7).

15 b) Den beschriebenen Anforderungen werden die Mängelrügen des Beklagten hinsichtlich des Badezimmerabflusses, des Zuleitungsrohrs zum WC, des Heizkörpers in der Küche, der verweigerten Gartenmitbenutzung sowie der Geruchsbelästigung durch eine defekte Toilette im Keller gerecht. Die gegenteilige Beurteilung des Berufungsgerichts beruht auf einem gravierenden Fehlverständnis der Substantiierungslast des Beklagten.

16 Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen

bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1991 - XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779 unter 2 c; BGH, Beschluss vom 11. Juni 1997 - XII ZR 254/95, WuM 1997, 488 unter b mwN; jeweils zu § 537 BGB aF). Von ihm ist auch nicht zu fordern, dass er über eine hinreichend genaue Beschreibung der Mangelercheinungen ("Mangelsymptome") hinaus die - ihm häufig nicht bekannte - Ursache dieser Symptome bezeichnet (vgl. BGH, Urteile vom 3. Juli 1997 - VII ZR 210/96, NJW-RR 1997, 1376 unter II 1; vom 3. Dezember 1998 - VII ZR 405/97, NJW 1999, 1330 unter II 1; jeweils zum Beseitigungsverlangen von Baumängeln).

17 Gemessen an diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht die Anforderungen an einen substantiierten und schlüssigen Sachvortrag in mehrfacher Weise überspannt. Es hat abweichend von den beschriebenen Grundsätzen (weiteren) Vortrag des Beklagten zum Umfang und zur Intensität der Gebrauchsbeeinträchtigungen verlangt. Außerdem hat es unter Missachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine konkrete Darlegung der Mängelursachen (Art der Fehlfunktion bei der Heizung; Zusammenhang zwischen Badezimmerabfluss und gerügten Fäkalgerüchen) oder jedenfalls eine detaillierte Beschreibung der Mängel (Umfang der Durchrostung und Undichtigkeit des Zuleitungsrohrs zum WC; Umstände des Vertragsschlusses über ein Recht zur Gartenmitbenutzung) für erforderlich gehalten.

18 aa) Das Berufungsgericht hätte dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Beklagten zu dem offen im Fliesenboden verlegten Badewannenabfluss und dem Entstehen von Fäkalgerüchen bei Benutzung des Badezimmers nachgehen müssen. Der Beklagte hat unter Vorlage eines Lichtbilds dargelegt, der Badewannenabfluss sei offen im Fliesenboden verlegt, weswegen nach Benutzung des Badezimmers unangenehme Fäkalgerüche entstünden. Zum Nachweis dieser Mängelrüge hat er sich auf die Einnahme eines Augenscheins und

auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen. Der Beklagte hat damit ausreichend eine unsachgemäße Installation des Badewannenabflusses und ein damit nach seiner Auffassung verbundenes Auftreten von unangenehmen Gerüchen dargetan. Weitere Einzelheiten, wie etwa die Schilderung der Intensität und der Häufigkeit entstehender Gerüche und die Darlegung eines Zusammenhangs zwischen Geruchsbildung und offener Verlegung des Abflusses, sind von ihm nicht zu fordern. Diese Fragen sind im Rahmen der Beweisaufnahme zu klären.

19 bb) Auch über den vom Beklagten beanstandeten Zustand des Zuleitungsrohrs zum WC, den der Beklagte als "durchgerostet und undicht" beschrieben hat, hätte das Berufungsgericht Beweis erheben müssen. Es hat zu Unrecht konkrete Angaben über den Umfang der Roststelle und darüber vermisst, was mit der behaupteten Undichtigkeit des Zuleitungsrohrs gemeint sei. Wie die Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend anführt, finden die spekulativen Erwägungen des Berufungsgerichts über den Umfang der Korrosion ("kleine oder größere Roststelle") und der Undichtigkeit des Rohrs ("ganz oder teilweise undicht") im Sachvortrag keine Stütze. Nach dem Vorbringen des Beklagten ist das Rohr "durchroestet", weist also nicht nur eine kleinere Roststelle auf, sondern hat seine ursprüngliche Materialfestigkeit eingebüßt. Außerdem ist es "undicht", was bedeutet, dass Wasser austritt. Für seine Behauptungen hat der Beklagte in der Berufungsbegründung rechtzeitig Beweis durch Einnahme eines Augenscheins und Einholung eines Sachverständigengutachtens angetreten. Diese Beweismittel sind nicht nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO in der Berufungsinstanz ausgeschlossen, denn der Beklagte hat nach Zugang des das Vorliegen eines Mangels bestreitenden Schriftsatzes der Klägerin vom 28. Juli 2010 in erster Instanz keine Gelegenheit mehr erhalten, sein Vorbringen unter Beweis zu stellen. Der zu den Mängelrügen des Beklagten Stellung nehmende Schriftsatz der Klägerin vom 28. Juli 2010 wurde dem Beklagtenvertreter erst in der

mündlichen Verhandlung vom 3. August 2010 übergeben; das von ihm hierauf beantragte Schriftsatzrecht (§ 283 ZPO) wurde nicht gewährt.

20 cc) Das unter Beweis gestellte Vorbringen des Beklagten zum Defekt des Heizkörpers in der Küche hat das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerhaft und gehörswidrig zurückgewiesen. Mit seinem Vorbringen, der Heizkörper funktioniere nicht, hat der Beklagte bereits in erster Instanz seiner Darlegungslast genügt. Von ihm war nicht zu fordern, dass er die Art der Fehlfunktion oder gar die erzielten Temperaturen näher darlegt. Die Rüge, der Heizkörper funktioniere nicht, ist bei verständiger Würdigung gleichbedeutend mit der Aussage, das Gerät gebe keine Heizwärme ab. Das Berufungsgericht verkennt die Anforderungen an die Darlegungslast eines Mieters, wenn es zusätzlich Angaben darüber verlangt, ob ein Totalausfall des Heizkörpers vorgelegen habe oder ob und in welchem Umfang und über welchen Zeitraum hinweg die Heizleistung reduziert gewesen sei. Der Beklagte war auch nicht - anders als das Berufungsgericht meint - deswegen gehalten, sein Vorbringen zu ergänzen, weil die Klägerin einen Defekt des Heizkörpers bestritten hat. Denn eine Partei, die ein Recht beansprucht, ist nicht schon deshalb, weil der Gegner ihr Vorbringen bestreitet, gezwungen, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben (BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, aaO unter II 1 a; Beschlüsse vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02, aaO; vom 12. Juni 2008 - V ZR 223/07, aaO Rn. 8).

21 Bei den Angaben in der Berufungsbegründung, der Heizkörper "funktioniere gänzlich nicht" handelt es sich nach alledem nicht um einen neuen Tatsachenvortrag, der nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen wäre, sondern nur um eine jederzeit zulässige Klarstellung (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2006 - VII ZR 279/05, NJW 2007, 1531 Rn. 7

mwN). Das Berufungsgericht hätte daher die angebotenen Beweise (Augenschein bzw. Sachverständigengutachten) erheben müssen.

22 dd) Ebenfalls zu Unrecht hat das Berufungsgericht substantiierten Vortrag des Beklagten zu der von ihm behaupteten mündlichen Abrede über die Nutzung der Gartenfläche vermisst. Dem schriftlichen Mietvertrag vom 26. Februar/1. März 2004, in dem keine Regelung über eine Gartennutzung getroffen worden ist, kommt zwar als eine über ein Rechtsgeschäft errichtete Privaturkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit zu (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2002 - V ZR 143/01, NJW 2002, 3164 unter II 1 a mwN; KG, GE 2002, 930). Dies bedeutet aber nicht, dass sich der Beklagte nicht darauf berufen könnte, er habe mit der ursprünglichen Vermieterin bei Abschluss des Mietvertrages eine mündliche Nebenabrede über die Nutzung der Gartenfläche getroffen.

23 Das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung hat der Beklagte ausreichend dargelegt und unter Beweis gestellt. Er hat vorgetragen, dass ihm - wie allen anderen Mietern auch - bei Vertragsschluss das Recht zur Nutzung der Gartenfläche eingeräumt worden sei, ohne dass dies schriftlich fixiert worden sei, und hat dies in das Wissen der Zeugin P. gestellt, die nach seinem Vorbringen bei den Vertragsverhandlungen zugegen war. Soweit zusätzlich zur Darlegung einer Willensübereinstimmung bei Vertragsschluss (vgl. hierzu BAG, NZA 2005, 1298, 1301) in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine Erklärung dafür gefordert wird, weshalb die Parteien davon abgesehen haben, eine behauptete mündliche Nebenabrede in die Vertragsurkunde aufzunehmen (vgl. KG, aaO mwN), stehen diese Anforderungen in Widerspruch dazu, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der Grad der Wahrscheinlichkeit der Sachverhaltsschilderung für den Umfang der Darlegungslast regelmäßig ohne Bedeutung ist (vgl. BGH, Urteile vom 13. Dezember 2002 - V ZR 359/01, aaO;

vom 12. Juni 2008 - V ZR 223/07, aaO Rn. 7; jeweils mwN). Unabhängig davon genügt das Vorbringen des Beklagten selbst diesen strengen Substantiierungsanforderungen, denn er hat dargetan, dass die ursprüngliche Vermieterin auch mit den übrigen Mietern des Anwesens entsprechende mündliche Nebenabreden über die Gartennutzung getroffen habe. Dieser Vortrag enthält bei vernünftiger Betrachtung die die unterbliebene Aufnahme der Nebenabrede in den Vertragstext erklärende Aussage, das von den Vertragsparteien gewählte Vorgehen habe der üblichen Handhabung entsprochen. Das Berufungsgericht hat somit rechtsfehlerhaft und gehörswidrig von der Vernehmung der Zeugin P. abgesehen.

24 ee) Weiter hat das Berufungsgericht die Substantiierungsanforderungen überspannt, soweit es den Vortrag des Beklagten als unzureichend bewertet hat, aus einer alten, defekten Toilette im Keller mache sich durchdringender Fäkalgeruch im Haus breit. Anders als das Berufungsgericht meint, ist es für einen substantiierten Vortrag nicht erforderlich, dass der Beklagte die Dauer der Gerüche im Einzelnen schildert und zudem darlegt, ob von der Geruchsentwicklung auch die von ihm genutzte Wohnung betroffen war. Durch den beschriebenen und mit Lichtbildern belegten Zustand der Toilette im Keller hat er den in den hiervon ausgehenden Geruchsbeeinträchtigungen liegenden Sachmangel hinreichend dargelegt. Seinem Vortrag ist zu entnehmen, dass der beanstandete Zustand der Toilette erstmals mit E-Mail vom 22. Juni 2009 gerügt worden und im Juli 2010 noch - durch Lichtbilder belegt - vorhanden war. Sein Vorbringen ist auch nicht deswegen unbeachtlich, weil er eine Beeinträchtigung seiner im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung nicht dargetan hat. Denn wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht geltend macht, müssen auch bei der Benutzung des Treppenhauses und des Kellers Fäkalgerüche von Mietern nicht hingenommen werden.

- 25 3. Soweit das Berufungsgericht dagegen den vom Beklagten beschriebenen Zustand des Gartens und das unstreitig defekte Gartentorlicht als unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigungen gewertet hat, lässt dies Rechtsfehler nicht erkennen. Gleiches gilt für die vom Beklagten geschilderten Beeinträchtigungen durch verstopfte Regenrinnen. Die Würdigung des Berufungsgerichts, dass die vom Beklagten befürchtete, sich aber bislang nicht verwirklichte Gefahr von Wassereintritten im Bereich der Fenster keine erhebliche Beeinträchtigung des Mietgebrauchs darstellt, hält sich im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung. Dies gilt auch, wenn man zusätzlich die vom Beklagten gerügte Verschmutzung der angrenzenden Fensterscheiben berücksichtigt. Soweit der Beklagte eine unzureichende Ausführung des an ein Fremdunternehmen übertragenen Winterdiensts im Zeitraum von Dezember 2009 bis Februar 2010 rügt, hat das Berufungsgericht ein Minderungsrecht des Beklagten rechtsfehlerfrei am Unterlassen einer nach § 536c Abs. 1 BGB gebotenen Anzeige dieses Mangels scheitern lassen (vgl. § 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB).
- 26 4. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten zu den unter II. 2 aufgeführten Mängeln der Mietsache zu einer anderen Beurteilung des Falles gekommen wäre, ist das Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.
- 27 Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 12. Mai 2010 der Beklagte für die Monate Juli, August und September 2009 Heizkostenvorauszahlungen in Höhe von jeweils 131 € schuldete, denn die Klägerin hat im Berufungsverfahren die auf den 4. März 2010 datierte Heizkostenabrechnung für das Jahr 2009 vorlegt. War diese Abrechnung dem Beklag-

ten vor der Kündigung zugegangen, sind nur noch die sich aus der Abrechnung ergebenden Beträge maßgebend; ein Anspruch auf Vorauszahlungen besteht dann nicht mehr (vgl. Senatsurteile vom 16. Juni 2010 - VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145 Rn. 22; vom 30. März 2011 - VIII ZR 133/10, NJW 2011, 1957 Rn. 14 für den Fall des Eintritts der Abrechnungsreife).

28 Sollte sich nach Durchführung einer Beweisaufnahme kein höherer Minderungsbetrag als der vom Berufungsgericht bereits berücksichtigte ergeben, wird dieses im Rahmen der Räumungsklage zu prüfen haben, ob der zum Zeitpunkt der Kündigung aufgelaufene Zahlungsrückstand auch angesichts der bestehenden Schätzungsunsicherheiten bei der Bemessung der Minderung für die bedienungsunfreundliche Anbringung von Wasserzählern (das Amtsgericht hat 5 % angesetzt, das Berufungsgericht 2 %), und im Hinblick auf das erst mit Behebung dieses Mangels am 4. Oktober 2010 erloschene Zurückbehaltungsrecht (vgl. auch Senatsurteil vom 3. November 2010 - VIII ZR 330/09, NJW-RR 2011, 447 Rn. 11 f.) des Beklagten als schuldhaft nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu werten ist.

Ball	Dr. Milger	Dr. Achilles
Dr. Schneider	Dr. Fetzer	

Vorinstanzen:

AG Berlin-Charlottenburg, Entscheidung vom 31.08.2010 - 226 C 111/10 -
LG Berlin, Entscheidung vom 11.03.2011 - 65 S 357/10 -