



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 293/08

vom

30. November 2010

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Milger, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzner

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil der Zivilkammer 63 des Landgerichts Berlin vom 30. September 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 7.240,61 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Beklagten zu 1 bis 4 haben von der Klägerin eine Wohnung in B. gemietet. Die Wohnung wurde aufgrund einer zwischen den Parteien abgeschlossenen Modernisierungsvereinbarung saniert. Die zunächst in Höhe von 618,70 € für die 159 qm große Wohnung vereinbarte Nettokaltmiete sollte nach der Sanierung aufgrund eines erneuten Aufmaßes angepasst werden.
- 2 Nach der erfolgten Sanierung wurde die Wohnung den Beklagten zu 1 bis 4 am 25. Januar 2007 von der Klägerin übergeben. Mit Schreiben vom 27. Februar 2007 teilte die Klägerin mit, dass die neu vermessene Wohnfläche

152 qm betrage und sich die Miete auf 591,24 € zuzüglich je 191,35 € Vorauszahlung für die warmen und kalten Nebenkosten, insgesamt 973,94 €, belaufe. Die Miete für die Monate Februar und März 2007 ging am Montag, dem 5. März 2007, auf dem Konto der Klägerin ein.

3 Mit Schreiben vom 5. März 2007, welches den Beklagten zu 1 bis 4 am gleichen Tag zuging, kündigte die Klägerin das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs mit der Miete für die Monate Januar (anteilig) bis März 2007 fristlos, hilfsweise fristgemäß; später erfolgten weitere Kündigungen, die von der Klägerin mit verschiedenen behaupteten Vertragsverletzungen der Mieter begründet wurden. Die anteilige Miete für den Monat Januar 2007 (219,92 €) wurde von den Beklagten am 24. April 2007 unter dem Vorbehalt der Rückforderung gezahlt.

4 Die Klägerin hat Räumung und Herausgabe der Wohnung begehrt, die Beklagten haben widerklagend Zahlung von 2.195,85 € nebst Zinsen sowie die Feststellung verlangt, dass anstelle der Beklagten zu 2 Frau M. in das Mietverhältnis eingetreten sei, hilfsweise Verurteilung der Klägerin zur Zustimmung zu einer entsprechenden Auswechslung des Vertragspartners bzw. höchst hilfsweise zur Genehmigung der teilweisen Wohnungsüberlassung an Frau M. .

5 Das Amtsgericht hat die Räumungsklage abgewiesen und die Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Widerklage verurteilt, an die Beklagten zu 1 bis 4 einen Betrag von 145,73 € nebst Zinsen zu zahlen sowie dem begehrteten Mieterwechsel zuzustimmen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Klage auf Frau M. (die Beklagte zu 5) erweitert. Das Berufungsgericht hat das Urteil des Amtsgerichts teilweise abgeändert, der Räumungsklage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

I.

6 Der Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten ist stattzugeben, weil die  
Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisi-  
onsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO, § 544 Abs. 6 und 7  
ZPO). Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Beklagten auf rechtliches  
Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Dies  
führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und  
zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, so-  
weit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse, ausge-  
führt:

8 Die Räumungsklage sei begründet; die Beklagten zu 1 bis 4 seien nach  
§ 546 BGB, die Beklagte zu 5 gemäß § 985 BGB zur Rückgabe der Mietsache  
verpflichtet. Die ordentliche Kündigung der Klägerin vom 5. März 2007 habe  
das Mietverhältnis beendet, weil die Beklagten sich mit der Zahlung der Miete  
für die Monate Februar und März 2007 in voller Höhe und für Januar 2007 in  
Höhe von anteilig 219,92 € in Verzug befunden hätten. Zur Minderung der Miete  
seien die Beklagten nicht berechtigt gewesen. Auf eine Minderung wegen des  
Ausfalls der zentralen Heizungsanlage in der Zeit vom 10. bis 13. Februar 2007  
könnten sich die Beklagten gemäß § 536c BGB nicht berufen, da sie eine recht-  
zeitige Mangelanzeige nicht dargetan hätten.

9 Der innerhalb der für die fristlose Kündigung geltenden Schonfrist vorge-  
nommene Ausgleich des Mietrückstands führe für sich genommen nicht zur  
Unwirksamkeit auch der ordentlichen Kündigung, sondern könne nur im Rah-  
men des Verschuldens, das wegen eines finanziellen Engpasses gemindert

sein könne, berücksichtigt werden. Auf einen finanziellen Engpass hätten sich die Beklagten aber nicht berufen.

10            Angesichts der Beendigung des Mietverhältnisses sei auch die Widerklage hinsichtlich der Feststellung des Mieterwechsels und der dazu gestellten Hilfsanträge unbegründet. Auch die auf Rückzahlung angeblich überzahlter Miete gerichtete Widerklage sei unbegründet, da die Beklagten nicht zur Minderung der Miete berechtigt gewesen seien.

11            2. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht bei seiner Annahme, die Beklagten hätten sich bei Zugang der Kündigung vom 5. März 2007 mit der Miete für Januar (anteilig) und der gesamten Miete für Februar und März 2007 in Verzug befunden, entscheidungserhebliches Vorbringen der Beklagten unter Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) außer Acht gelassen hat.

12            a) Die Beklagten haben in der Berufungserwiderung darauf hingewiesen, dass sie die Miete für den Monat März 2007 fristgerecht gezahlt hätten, weil diese erst am Montag, dem 5. März 2007 fällig gewesen sei. Zur Begründung haben die Beklagten ausgeführt, dass nach § 193 BGB eine Frist, deren letzter Tag auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend falle, nicht an diesem Tag, sondern erst am nächsten Werktag ende; § 193 BGB gelte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 1. Februar 2007 - III ZR 159/06, BGHZ 171, 33 Rn. 27 f.) auch für Fristen, nach deren Ende der Verzug beginne. Diesen - zentralen - Punkt des Verteidigungsvorbringens der Beklagten hat das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung übergangen.

13            b) Ebenfalls zu Recht rügt die Nichtzulassungsbeschwerde, dass das Berufungsgericht auch insoweit entscheidungserheblichen Vortrag der Beklagten

übergangen hat, als es eine Minderung der Miete wegen Ausfalls der Heizung und Warmwasserversorgung in der Zeit vom 10. bis 13. Februar 2007 verneint hat.

14            Das Berufungsgericht hat eine Minderung der Miete für diesen Zeitraum mit der Begründung verneint, dass die Beklagten eine rechtzeitige Anzeige der Mängel versäumt hätten und sich deshalb gemäß § 536b BGB nicht auf eine Minderung der Miete berufen könnten. Die Beklagten hatten aber, wie die Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend aufzeigt, mit Schriftsatz vom 14. Juni 2007 unter Beweisantritt vorgetragen, dass der Hausverwaltung der Klägerin der Heizungsausfall durch wiederholte Telefonate am 10., 12. und 13. Februar 2007 mitgeteilt worden war; das Amtsgericht hatte den Vortrag der Beklagten zur rechtzeitigen Mängelanzeige, dem die Klägerin nicht konkret entgegen getreten war, als unstreitig angesehen und eine Mietminderung für den genannten Zeitraum bejaht. Demgegenüber hat das Berufungsgericht - ohne den von den Beklagten angebotenen Beweis zu erheben oder auf den substantiierten Vortrag der Beklagten zur Mängelanzeige auch nur einzugehen - darauf abgestellt, dass eine solche Anzeige unterblieben sei; darin liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten.

15            c) Die Gehörsverletzungen sind auch entscheidungserheblich. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht, hätte es den übergebenen Vortrag berücksichtigt, die ordentliche Kündigung vom 5. März 2007 man-

gels einer Vertragsverletzung von ausreichendem Gewicht als unbegründet angesehen hätte.

Ball

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Dr. Fetzer

Vorinstanzen:

AG Berlin-Lichtenberg, Entscheidung vom 16.08.2007 - 13 C 56/07 -

LG Berlin, Entscheidung vom 30.09.2008 - 63 S 323/07 -