



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 285/21

vom

21. Juni 2022

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 138 Abs. 3

Auch in einem vorausgegangenem Vortrag der Partei kann ein Bestreiten nachfolgender Behauptungen der Gegenseite liegen, wenn jener Vortrag diesen Behauptungen widerspricht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Mai 2001 - VI ZR 55/00, NJW-RR 2001, 1294 unter II 1).

BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VIII ZR 285/21 - LG Berlin
AG Mitte

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. Juni 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Fetzer, den Richter Dr. Schmidt, die Richterinnen Wiegand und Dr. Matussek sowie den Richter Dr. Reichelt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin - Zivilkammer 67 - vom 31. August 2021 aufgehoben.

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

Der Gegenstandswert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 29.308,53 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin begehrt von dem Beklagten nach Kündigung des Mietvertrags die Räumung und Herausgabe einer Wohnung sowie Zahlung rückständiger Miete beziehungsweise Nutzungsentschädigung.
- 2 Die Parteien schlossen am 17. September 2019 einen Mietvertrag über eine Wohnung der Klägerin in Berlin. Der Beklagte schuldet der Klägerin eine monatliche Miete in Höhe von 1.697,71 € brutto (Nettomiete 1.310,77 € zuzüglich Betriebs- und Heizkostenvorauszahlungen in Höhe von insgesamt 386,94 €).

- 3 Mit einem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 5. November 2019 rügte der Beklagte unter anderem den mangelhaften Zustand der Fenster in der Wohnung sowie eine in den Wohnräumen vorhandene Geruchsbelästigung. Er kündigte an, deshalb und wegen weiterer Mängel der Wohnung ab November 2019 bis zu einer Mängelbeseitigung lediglich die hälftige Miete zu zahlen.
- 4 Nachdem der Beklagte auf die Mieten für die Monate November 2019 bis einschließlich Februar 2020 insgesamt lediglich 1.273,88 € gezahlt hatte, kündigte die Klägerin, welche die Voraussetzungen einer Mietminderung als nicht gegeben ansah, am 6. Februar 2020 das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs außerordentlich und hilfsweise ordentlich.
- 5 Mit ihrer Klage hat die Klägerin Räumung und Herausgabe der Wohnung sowie Zahlung rückständiger Miete beziehungsweise Nutzungsentschädigung für die Monate November 2019 bis September 2020 in Höhe von zuletzt insgesamt 13.579,29 € nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat sich auf Minderung und auf ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete für die Zeit ab November 2019 bis zur Beseitigung der Mängel berufen.
- 6 Das Amtsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde, mit der er sein Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt.

II.

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

8 Die Klägerin habe einen Anspruch auf Räumung der vom Beklagten bewohnten Räumlichkeiten sowie auf Zahlung der geltend gemachten Miete beziehungsweise Nutzungsentschädigung nebst Zinsen. Die von der Klägerin wegen Zahlungsverzugs ausgesprochene Kündigung sei nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB wirksam. Der Beklagte sei auch zur Nachzahlung der aufgelaufenen Rückstände verpflichtet. Insbesondere sei er in den Monaten November 2019 bis Februar 2020 nicht wegen angeblicher Mietmängel nur zur Entrichtung einer herabgesetzten Miete verpflichtet gewesen. Das Amtsgericht habe Beweis über die angeblich vorliegenden Mängel nicht erheben müssen.

9 Denn die Klägerin habe die Behauptung des Beklagten, die Fenster seien veraltet, sie ließen sich nicht ordentlich öffnen und schließen mit der Folge, dass Zugluft und Wasser in die Wohnung eindringe, bestritten. Der Beklagte habe sodann den Vortrag der Klägerin, wonach es sich um Kastendoppelfenster handele, welche sich bei der Wohnungsübergabe in einem ordentlichen und mangelfreien Zustand befunden hätten sowie geöffnet und geschlossen worden seien, nicht mehr bestritten. Dieser gelte damit gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als fortan zugestanden.

10 Die Klägerin habe auch die weitere Behauptung des Beklagten, die Raumluft sei schlecht, die Geruchsbelästigung könne selbst durch ständiges Lüften nicht behoben werden, bestritten und als unsubstantiiert gerügt. Zu ihrer Erklä-

rung, bei Übergabe der Wohnung sei ein derartiger Mangel nicht vorhanden gewesen, habe der Beklagte seinerseits nicht weiter vorgetragen, so dass auch diese Behauptung der Klägerin gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gelte.

III.

11 Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg (§ 544 Abs. 9 ZPO), weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Denn es hat bezogen auf den Vortrag des Beklagten zum Vorhandensein von Mängeln der Mietsache die Vorschrift des § 138 Abs. 3 ZPO in offenkundig fehlerhafter Weise angewendet und es in der Folge versäumt, die von dem Beklagten für seine Behauptungen angebotenen Beweise zu erheben.

12 1. Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das entscheidende Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (st. Rspr.; vgl. etwa BVerfG, NVwZ-RR 2021, 131 Rn. 26; Senatsbeschlüsse vom 12. Oktober 2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 55 Rn. 14; vom 14. Dezember 2021 - VIII ZR 386/20, juris Rn. 13). Als grundrechtsgleiches Recht soll es sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in der unterlassenen Kenntnisnahme und der Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. In diesem Sinne gebietet Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung auch die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (st. Rspr.; vgl. hierzu etwa

BVerfG, Beschluss vom 25. März 2020 - 2 BvR 113/20, juris Rn. 45; Senatsbeschlüsse vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 11; vom 14. Dezember 2021 - VIII ZR 386/20, aaO; jeweils mwN).

13 Dies gilt auch dann, wenn die Nichtberücksichtigung des betreffenden Sachvortrags sowie eines damit zusammenhängenden Beweisangebots darauf beruht, dass das Gericht die Vorschrift des § 138 Abs. 3 ZPO zu den Folgen der Erklärungslast der Parteien gemäß § 138 Abs. 2 ZPO in offenkundig fehlerhafter Weise gehandhabt hat (vgl. BVerfG, NJW 1992, 679, 680). Da nach § 138 Abs. 3 ZPO Tatsachen, die nicht ausdrücklich oder konkludent bestritten werden, vom Gericht als zugestanden anzusehen und der Entscheidung ohne Prüfung durch eine Beweisaufnahme zugrunde zu legen sind (vgl. Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 4. Aufl., § 138 Rn. 30 und 35 f.; Stein/Jonas/Kern, ZPO, 23. Aufl., § 138 Rn. 37; Rosenberg/Schwab/Prütting, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., § 113 Rn. 20 f.), kann die offenkundig fehlerhafte Anwendung dieser Bestimmung - ähnlich wie die von Präklusionsvorschriften (siehe hierzu Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 13 mwN) - dazu führen, dass entscheidungserheblicher Sachvortrag der Partei sowie ein damit zusammenhängendes Beweisangebot nicht in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden.

14 2. Gemessen hieran ist dem Berufungsgericht eine Gehörsverletzung nach Art. 103 Abs. 1 GG anzulasten. Wie die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht rügt, hat das Berufungsgericht die Vorschrift des § 138 Abs. 3 ZPO offenkundig fehlerhaft angewendet, indem es den Inhalt der Gegenäußerung der Klägerin zu dem vom Beklagten behaupteten Zustand der Fenster und zu einer Geruchsbelästigung in den Wohnräumen als zugestanden angesehen und seiner Entscheidung als unstreitigen Tatsachenvortrag zugrunde gelegt hat.

15 a) Offenkundig unrichtig ist zunächst die Anwendung von § 138 Abs. 3 ZPO durch das Berufungsgericht im Hinblick auf den Vortrag des Beklagten zum mangelhaften Zustand der Fenster.

16 aa) Wie die Nichtzulassungsbeschwerde durch Bezugnahme auf die Klageerwiderung des Beklagten vom 3. Juni 2020 geltend macht, hat der Beklagte unter Beweisantritt (Augenschein, Sachverständigengutachten) vorgetragen, die Fenster der Wohnung seien veraltet. Sie ließen sich nicht ordentlich öffnen beziehungsweise schließen und seien wegen beschädigter und sich lösender Abdichtungen undicht. Hierdurch dringe Zugluft und Wasser in die Wohnung ein und entweiche Wärme nach draußen. Undicht seien namentlich die Fenster im Wohnzimmer, im Bad sowie in einem Raum hinter der Küche. Überhaupt nicht öffnen und schließen lasse sich das Kippfenster hinter dem Flur zum französischen Balkon.

17 Die Klägerin hat sich hierzu dahingehend erklärt, dass die behauptete Mangelhaftigkeit bestritten werde und dass sich bei der Wohnungsübergabe die Fenster in einem ordentlichen mangelfreien Zustand befunden hätten, wie eine Prüfung der Funktionstüchtigkeit der Fenster durch den Hausverwalter ergeben habe. Bei dieser seien die Fenster jeweils geöffnet und geschlossen, Defekte oder Undichtigkeiten aber nicht festgestellt worden.

18 bb) Vor diesem Hintergrund beruht die (unausgesprochene und nicht begründete) Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich zur Vermeidung der Rechtsfolge des § 138 Abs. 3 ZPO zu dem von der Klägerin - jedenfalls für den Zeitpunkt der Übergabe der Wohnung - behaupteten mangelfreien Zustand der Fenster (ausdrücklich) erklären müssen, auf einem offenkundig fehlerhaften Verständnis dieser Vorschrift sowie auf einer unzureichenden Kenntnisnahme des Vortrags des Beklagten.

19 (1) Der Beklagte hatte sich bereits vor der Stellungnahme der Klägerin zu sämtlichen Tatsachen erklärt, aus welchen sich - im Falle ihres Beweises - ein mangelhafter Zustand der Fenster während der Mietzeit ergibt und welche für die von ihm insoweit geltend gemachte Minderung der Miete gemäß § 536 Abs. 1 BGB rechtlich von Bedeutung sind.

20 Über diesen Tatsachenvortrag ging die Gegenerklärung der Klägerin nicht hinaus. Soweit ihr Vorbringen zu einem mangelfreien Zustand der Fenster bei Wohnungsübergabe zugleich die Behauptung umfasst haben sollte, der Beklagte habe den gerügten Zustand der Fenster zu einem späteren Zeitpunkt selbst verursacht, hätte eine Erklärung des Beklagten auch hierzu vorgelegen. Denn einer entsprechenden Behauptung der Klägerin stünde der - in der wenige Wochen nach Wohnungsübergabe erfolgten Mängelanzeige vom 5. November 2019 enthaltene und in der Klageerwiderung wiederholte - Vortrag des Beklagten entgegen, wonach die Fenster in der Wohnung "veraltet" seien und sich nicht beziehungsweise nur schlecht öffnen und schließen ließen.

21 Da sich ein Bestreiten auch aus der Gegendarstellung zu einem Vortrag ergeben kann, müssen Tatsachen, die mit der Gegenerklärung unvereinbar sind, regelmäßig nicht gesondert für sich (ausdrücklich) bestritten werden (vgl. Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 4. Aufl., § 138 Rn. 32). Dabei kann auch in einem vorausgegangenem Vortrag der Partei ein Bestreiten nachfolgender Behauptungen der Gegenseite liegen, wenn jener Vortrag diesen Behauptungen widerspricht (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2001 - VI ZR 55/00, NJW-RR 2001, 1294 unter II 1). Ein solches konkludentes vorweggenommenes Bestreiten hindert die Anwendung der Vorschrift des § 138 Abs. 3 ZPO (Stein/Jonas/Kern, ZPO, 23. Aufl., § 138 Rn. 36; vgl. BVerfG, NJW 1992, 679, 680). Deshalb ist der gesamte Vortrag einer Partei zu berücksichtigen und daraufhin zu prüfen, ob sich aus dem Gesamtzusammenhang der Wille zu bestreiten ergibt.

22 (2) Einer solchen Betrachtung des Vortrags des Beklagten hat sich das Berufungsgericht dadurch gänzlich verschlossen, dass es allein an den - zeitlich späteren - Vortrag der Klägerin, der in der Sache die Gegenerklärung zu den vorangegangenen Tatsachenbehauptungen des Beklagten im Sinne von § 138 Abs. 2 ZPO darstellt, angeknüpft und von dem Beklagten hierzu eine - zeitlich nachfolgende - Äußerung erwartet hat, für die aus dessen Sicht in Anbetracht seiner zuvor erfolgten Darlegungen eine prozessuale Notwendigkeit nicht bestand.

23 Denn Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte an seinen der Gegenerklärung der Klägerin widersprechenden Behauptungen nicht mehr hätte festhalten wollen, bestanden nicht. Sie ergaben sich insbesondere nicht aus dem - vom Berufungsgericht für allein maßgeblich gehaltenen - Umstand, dass sich der Beklagte nicht nochmals zum Zustand der Fenster geäußert hat. Die von ihm geltend gemachte Mangelhaftigkeit der Mietwohnung in verschiedener Hinsicht war (weiterhin) ein wesentliches Element seiner Verteidigung gegen die Zahlungsverzugskündigung der Klägerin. Sofern diesbezügliche Zweifel des Berufungsgerichts bestanden, hätte es diese durch aufklärende Fragen nach § 139 ZPO ausräumen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2001 - VI ZR 55/00, NJW-RR 2001, 1294 unter II 1; Stein/Jonas/Kern, ZPO, 23. Aufl., § 138 Rn. 27 f.).

24 cc) Die darin liegende Gehörsverletzung ist auch entscheidungserheblich, weil nicht auszuschließen ist, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, hätte es den Vortrag des Beklagten in der gebotenen Weise zur Kenntnis genommen und dementsprechend die insoweit angebotenen Beweise erhoben.

25 Die vom Beklagten aufgestellten tatsächlichen Behauptungen erlaubten weiterhin den Schluss auf die von ihm geltend gemachte Minderung der Miete

wegen eines mangelhaften Zustands der Fenster gemäß § 536 Abs. 1 BGB. Sie waren durch das Vorbringen der Klägerin nicht ergänzungsbedürftig, sondern lediglich beweisbedürftig geworden. Die Tauglichkeit der streitgegenständlichen Wohnräume zum vertragsgemäßen Gebrauch kann durch spürbare Zugluft und eindringende Feuchtigkeit infolge undichter Fenster, in der kälteren Jahreszeit verstärkt durch den damit verbundenen Wärmeverlust, gemindert oder sogar gänzlich aufgehoben sein (vgl. Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Aufl., § 536 BGB Rn. 157, siehe auch Rn. 21 als Baumangel; Selk, *Mietmängel und Mängelrechte*, 2. Aufl., § 536 BGB Rn. 263 ff., 363; jeweils mwN). Als Vermieterin haftet die Klägerin gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BGB grundsätzlich auch für während der Mietzeit entstehende Mängel der Mietsache.

26 b) Offenkundig unrichtig ist die Anwendung von § 138 Abs. 3 ZPO durch das Berufungsgericht auch im Hinblick auf den Vortrag des Beklagten zu einer Geruchsbelästigung in der Wohnung.

27 aa) In der von der Nichtzulassungsbeschwerde in Bezug genommenen Klageerwiderung vom 3. Juni 2020 hat der Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen, die Raumluft sei "schlecht". Nach einem längeren Aufenthalt in den Räumen leide er unter Kopfschmerzen und seien seine Schleimhäute gereizt. Die "Geruchsbelästigung" könne auch durch ständiges Lüften nicht behoben werden. Vermutlich stamme sie von einem mangelbehafteten Mauerwerk oder von den Abwasserleitungen im Haus.

28 Die Klägerin hat diesen Vortrag einschließlich der von dem Beklagten vermuteten Ursache ausdrücklich bestritten. Sie hat zudem behauptet, bei der Übergabe der Wohnung habe ein solcher Mangel nicht vorgelegen. Der Beklagte sei auch der einzige Mieter des Gebäudes, der eine diesbezügliche Wahrnehmung behauptete.

29 bb) Auch insoweit durfte das Berufungsgericht aus den vorstehend unter III 2 a bb ausgeführten Gründen nicht allein aufgrund des Umstands, dass der Beklagte sich nachfolgend nicht (nochmals) zur Frage der Geruchsbelästigung (ausdrücklich) geäußert hat, annehmen, der Beklagte habe seinen zuvor erfolgten Vortrag fallengelassen beziehungsweise es sei die eine Mietminderung ausschließende Gegenerklärung der Klägerin als gemäß § 138 Abs. 3 ZPO von dem Beklagten zugestanden zu bewerten.

30 cc) Auch diese Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich, da nicht auszuschließen ist, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, hätte es den Vortrag des Beklagten in der gebotenen Weise zur Kenntnis genommen und dementsprechend die insoweit angebotenen Beweise erhoben.

31 Der Beklagte hat mit der Beschreibung von Mangelsymptomen - einer sich auf sein körperliches Wohlbefinden und seine Gesundheit auswirkenden Geruchsbelästigung in den Wohnräumen, die auch durch ein Lüften nicht beseitigt werden könne - einen Mangel der Mietsache hinreichend konkret dargelegt (vgl. Senatsbeschluss vom 25. Oktober 2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rn. 16, 18). Mehr als diese, ihm allein mögliche Beschreibung der Geruchsbelästigung, die er durch die Angabe der von ihm vermuteten Ursache zudem der Art nach näher eingegrenzt hat, musste der Beklagte nicht vortragen. Dem Gericht obliegt es schon dann, wenn der Mieter einen Mietmangel durch Beschreibung der Mangelsymptome darlegt, die für das Vorliegen des Mangels angebotenen Beweise - hier Augenschein und Einholung eines Sachverständigengutachtens - zu erheben und - im Fall des Sachverständigengutachtens - dem Sachverständigen die beweisenerheblichen Fragen zu unterbreiten (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Februar 2017 - VIII ZR 1/16, NJW 2017, 1877 Rn. 11 mwN).

32 3. Die weiteren von der Nichtzulassungsbeschwerde erhobenen Rügen hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird insoweit abgesehen (§ 544 Abs. 6 Satz 2 ZPO).

IV.

33 Nach alledem ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO).

Dr. Fetzer

Dr. Schmidt

Wiegand

Dr. Matussek

Dr. Reichelt

Vorinstanzen:

AG Mitte, Entscheidung vom 10.02.2021 - 9 C 75/20 -

LG Berlin, Entscheidung vom 31.08.2021 - 67 S 43/21 -