



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 268/11

Verkündet am:  
20. Juni 2012  
Ring,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

ZPO § 321a

Zum Umfang der gerichtlichen Prüfung bei der Fortführung des Verfahrens gemäß § 321a Abs. 5 ZPO.

BGH, Urteil vom 20. Juni 2012 - VIII ZR 268/11 - LG Köln  
AG Köln

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2012 durch den Richter Dr. Frellesen als Vorsitzenden, die Richterin Dr. Hessel, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten werden das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 28. Juli 2011 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 29. September 2011 und das Urteil vom 11. November 2010 mit den Ergänzungen des Beschlusses vom 24. Mai 2011 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist seit dem 1. Januar 1986 Mieter einer Wohnung in Köln, die Klägerin ist die Vermieterin. Die Bruttomiete beträgt 518,19 € monatlich.
- 2 Zwischen den Parteien kam es zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten, unter anderem über eine Mietminderung wegen Lärmbelästigung durch das Gebell von Hunden der im selben Haus wohnenden Tochter der Klägerin. Insofern entschied das Amtsgericht Köln mit Urteil vom 24. April 2007 (205 C

369/06), dass die Miete für einen zurückliegenden Zeitraum in Höhe von monatlich 81,14 € gemindert war.

3 Mit Schreiben vom 20. Februar 2009 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, fristlos wegen Zahlungsverzugs. Sie begehrt mit ihrer Klage die Räumung und Herausgabe der Wohnung, die Räumung des Dachbodens von den Sachen des Beklagten sowie die Entfernung eines im Treppenhaus abgestellten Schuhregals. Der Beklagte ist der Auffassung, dass zur Kündigung berechtigende Mietrückstände nicht bestünden, weil die Miete wegen fortdauernden Hundegebells weiterhin gemindert sei.

4 Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht hat die Berufung des Beklagten mit Urteil vom 11. November 2010 zurückgewiesen; mit Beschluss vom 24. Mai 2011 hat es das Urteil hinsichtlich der Vollstreckbarkeit und der Räumungsfrist ergänzt. Auf die Anhörungsrüge des Beklagten hat das Landgericht mit Urteil vom 28. Juli 2011 - berichtet mit Beschluss vom 29. September 2011 - das vorangegangene Urteil vom 11. November 2010 mit den Ergänzungen aus dem Beschluss vom 24. Mai 2011 aufrechterhalten. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der vom Berufungsgericht im Urteil vom 28. Juli 2011 zugelassenen Revision, mit der er sein Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seines Urteils vom 28. Juli 2011, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Anhörungsrüge des Beklagten sei zulässig und begründet, führe jedoch im Fortsetzungsverfahren nicht zu einer Abänderung des Urteils vom 11. November 2010. Im Rahmen der gebotenen Verfahrensfortsetzung sei erneut zu prüfen, ob zur Zeit der Kündigung der Klägerin vom 20. Februar 2009 ein Rückstand von mehr als zwei Monatsmieten bei dem Beklagten bestanden habe. Insoweit sei das Gericht in seiner Entscheidung frei; ein Verbot der reformatio in peius gebe es hier nicht. Gegenstand der Überprüfung im Fortsetzungsverfahren sei die gesamte Abrechnung von Ansprüchen der Klägerin und Gegenansprüchen des Beklagten. Danach verbleibe es in der Sache bei der Entscheidung aus dem Urteil vom 11. November 2010. Auch unter Berücksichtigung der vom Beklagten als übergangen gerügten Positionen habe bei Ausspruch der Kündigung vom 20. Februar 2009 ein Mietrückstand von 1.340,48 € und damit von mehr als zwei Monatsmieten bestanden. Das reiche als Kündigungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB aus.

8 In dem in Bezug genommenen Urteil vom 11. November 2010 hat das Berufungsgericht, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

9 Eine Mietminderung wegen andauernden Hundegebells stehe dem Beklagten nicht zu. Zu Recht habe das Amtsgericht den betreffenden Vortrag des

Beklagten in den Schriftsätzen bis zum 30. Juli 2009 als unsubstantiiert angesehen. Zwar sei dem Beklagten mit Urteil des Amtsgerichts Köln vom 24. April 2007 eine Mietminderung in Höhe von monatlich 81,14 € wegen Hundegebells für einen vor April 2007 liegenden Zeitraum zugbilligt worden. Da es sich aber bei einer Lärmbelästigung durch Hundegebell um ein immer wieder neu auftretendes Problem in unterschiedlicher Stärke handele, habe der Beklagte sich nicht auf den Vortrag beschränken dürfen, die Situation sei seit Erlass des genannten Urteils unverändert.

10           Zwar bestünden Bedenken, den Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009, wie es das Amtsgericht getan habe, als verspätet zurückzuweisen. Auch dieser Schriftsatz reiche aber zur Substantiierung nicht aus. Konkrete Angaben zu dem Hundelärm - wie etwa Dauer des Bellens, Verteilung über den Tag bzw. die Nacht, Lautstärke - würden auch hier nicht gemacht. Da aber der Beklagte, der sich auf eine Minderung der Miete berufe, darlegen und beweisen müsse, welche Beeinträchtigungen im Einzelnen zu einer Minderung führten, sei ihm auch hier ein konkreter Vortrag bezogen auf die hier streitigen Zeiträume abzuverlangen. Daran fehle es in der ersten Instanz. Dass der Beklagte zudem den Mangel in der hier streitigen Zeit der Klägerin erneut angezeigt hätte, sei ebenfalls nicht vorgetragen.

11           Soweit der Beklagte erstmals im Berufungsverfahren ein Lärmprotokoll betreffend den Zeitraum vom 2. April 2008 bis 14. Juni 2008 vorgelegt habe, sei dies gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht mehr zulässig. Dass die von dem Beklagten behauptete Lärmbelästigung durch die Hunde einer der Kernpunkte dieses Rechtsstreits gewesen sei, habe auf der Hand gelegen. Dass bei der Geltendmachung eines derartigen Anspruchs ein konkreter Vortrag zu Art und Dauer der Beeinträchtigung notwendig sei, hätte dem Beklagten von Anfang an klar sein müssen. Die Zurückhaltung des Lärmprotokolls - wenn es denn schon

vorher erstellt worden sei - beruhe damit auf der Nachlässigkeit des Beklagten. Zudem erscheine auch fraglich, ob die Vorlage eines Lärmprotokolls über einen Zeitraum von sechs Wochen ohne konkreten Vortrag im Übrigen ausreiche, um eine Minderung über mehr als vier Jahre zu begründen.

II.

- 12                Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 20. Februar 2009 nicht bejaht werden. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag des Beklagten sind die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB für eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs nicht erfüllt.
- 13                1. Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe in seinem Urteil vom 28. Juli 2011 den Prüfungsumfang bei der Fortführung des Verfahrens gemäß § 321a Abs. 5 ZPO nach erfolgreicher Anhörrungsrüge überschritten. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte nur über die vom Beklagten mit Recht als übergangen gerügte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 455,80 € befinden, nicht aber unter Berücksichtigung aller Ansprüche und Gegenansprüche noch einmal insgesamt prüfen dürfen, ob ein die fristlose Kündigung rechtfertigender Zahlungsrückstand bestanden habe. Das trifft nicht zu.
- 14                Das Berufungsgericht war bei der Fortführung des Verfahrens nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Kündigungsvoraussetzungen unter Berücksichtigung des übergebenen Vortrags des Beklagten erneut zu prüfen und die Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche nicht nur zu Gunsten, sondern gegebenenfalls auch zu Lasten des Beklagten zu korrigieren. Es war nicht

an eine etwa fehlerhafte Berechnung in seinem Urteil vom 11. November 2010 gebunden. Das Verbot der reformatio in peius gilt im Fortsetzungsverfahren nach erfolgreicher Anhörungsrüge nicht (Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 321a Rn. 18 mwN). Denn die Rüge nach § 321a ZPO ist kein Rechtsmittel. Das Verfahren wird lediglich in den Zustand vor der Ausgangsentscheidung zurückversetzt. Alsdann ist das Gericht in seiner Entscheidung frei (OLG Frankfurt, NJW 2004, 165, 168; Zöller/Vollkommer, aaO).

15           2. Es trifft auch nicht zu, dass das Urteil vom 28. Juli 2011, wie die Revision meint, unvollständig und nicht mit Gründen im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO versehen wäre, weil es keine Ausführungen zu der vom Beklagten beanspruchten Mietminderung wegen Hundegebells enthalte. Denn das angefochtene Urteil nimmt auf das vorangegangene Urteil vom 11. November 2010 Bezug und stellt fest, dass es in der Sache bei der Entscheidung aus dem Urteil vom 11. November 2010 verbleibt. Darin liegt eine hinreichend deutliche Bezugnahme auch auf die Entscheidungsgründe des Urteils vom 11. November 2010, soweit im Urteil vom 28. Juli 2011 keine abweichenden Feststellungen getroffen worden sind.

16           3. Die Revision rügt aber mit Recht, dass das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft unter Verstoß gegen § 286 ZPO dem Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 zur streitigen Mietminderung wegen Hundegebells nicht nachgegangen ist. Die Annahme des Berufungsgerichts im Urteil vom 11. November 2010, der Beklagte habe hierzu nicht hinreichend konkret vorgetragen, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hat die Substantiierungsanforderungen in nicht vertretbarer Weise überspannt und es dadurch versäumt, den entscheidungserheblichen Sachvortrag des Beklagten in der nach § 286 ZPO gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben.

- 17 a) Allerdings hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009, das vom Amtsgericht als verspätet zurückgewiesen worden war, mit Recht nicht schon aus prozessualen Gründen (§ 531 Abs. 1 ZPO) unberücksichtigt gelassen. Die in der Revisionserwiderung erhobene Verfahrensrüge, das Berufungsgericht hätte dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 1 ZPO als ausgeschlossen ansehen müssen, hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO). Es kommt deshalb nicht auf die überwiegend verneinte Frage an, ob die Berücksichtigung von Vorbringen entgegen § 531 Abs. 1 ZPO überhaupt revisibel ist (dazu Zöller/Vollkommer, aaO, § 531 Rn. 39 mwN).
- 18 b) 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 Beeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen (st. Rspr.; Senatsurteil vom 29. Februar 2012 - VIII ZR 155/11, WuM 2012, 269 Rn. 17; Senatsbeschluss vom 25. Oktober 2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rn. 16 mwN). Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm oder Schmutz ist die Vorlage eines detaillierten "Protokolls" nicht erforderlich. Vielmehr genügt grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen es geht und zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten. Dies gilt erst recht, wenn die Umstände das Auftreten derartiger Beeinträchtigungen ohnehin nahelegen (Senatsurteil vom 29. Februar 2012 - VIII ZR 155/11, aaO).
- 19 c) Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verstoßen, indem es den erstinstanzlichen Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 als unsubstantiiert angesehen hat. Wie die Revision mit Recht geltend

macht, hat der Beklagte auf den Seiten 24 bis 30 dieses Schriftsatzes seine Behauptung, dass die Lärmbelästigung durch das Gebell der von der Tochter der Klägerin weiterhin gehaltenen drei bis vier Hunde auch nach dem Urteil des Amtsgerichts Köln vom 24. April 2007 unvermindert fortgedauert habe, im Einzelnen dargelegt und durch Zeugen unter Beweis gestellt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bedurfte es unter diesen Umständen keiner weitergehenden Angaben zur Dauer des Bellens, zu dessen Verteilung über den Tag sowie zur Lautstärke des Hundelärms und damit auch nicht des vom Beklagten im zweiten Rechtszug vorgelegten - vom Berufungsgericht nicht zugelassenen - "Bellprotokolls".

20           d) Dem Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen, weil es entscheidungserheblich war. Denn wenn die Behauptung des Klägers zutrifft und weiterhin eine Mietminderung in Höhe von 81,14 € rechtfertigte, die das Amtsgericht Köln wegen des Hundegebells in seinem Urteil vom 24. April 2007 im Vorprozess für gerechtfertigt gehalten hatte, bestand im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. Februar 2009 kein Mietrückstand und damit auch kein Recht der Klägerin zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB.

21           e) Einer Mietminderung wegen des fortdauernden Hundegebells steht auch nicht die Annahme des Berufungsgerichts entgegen, der Beklagte habe nicht vorgetragen, dass er den Mangel in der hier streitigen Zeit der Klägerin erneut angezeigt habe (vgl. § 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB). Die Revision verweist mit Recht auf das im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 (Seite 39) angeführte, als Anlage B 19 vorgelegte Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 27. September 2007, in dem auch für die Zeit nach dem Urteil des Amtsgerichts Köln eine Mietminderung "wegen des im gleichen Umfang nach wie vor vorhandenen, unerträglichen Hundegebells" beansprucht wird. Nach

dieser erneuten Mängelanzeige musste der Beklagte eine entsprechende Mitteilung nicht ständig wiederholen. Für die Klägerin konnte aufgrund des Schreibens vom 27. September 2007 nicht zweifelhaft sein, weshalb der Beklagte die Miete weiterhin minderte.

III.

22 Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 561 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen zur geltend gemachten Mietminderung getroffen hat. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Dr. Frellesen

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Dr. Fetzer

Vorinstanzen:

AG Köln, Entscheidung vom 22.09.2009 - 217 C 160/09 -

LG Köln, Entscheidung vom 28.07.2011 - 1 S 308/09 -