



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VIII ZR 98/16

vom

10. Januar 2017

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 511 Abs. 2 Nr. 1, §§ 2, 3

- a) Eine zunächst zulässige Berufung eines Berufungsführers, dessen Beschwer die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erreicht, kann unzulässig werden, falls dieser willkürlich seinen Berufungsantrag auf einen unterhalb der Berufungssumme liegenden Wert beschränkt. Mit "willkürlich" sind diejenigen Fälle gemeint, in denen der Berufungsführer aus eigener EntschlieÙung, also nicht als Reaktion auf ein Verhalten seines Gegners, seinen Berufungsantrag auf einen die Berufungssumme unterschreitenden Wert beschränkt (Bestätigung von GroÙer Senat für Zivilsachen des Reichsgerichts, RGZ 168, 355, 358, 360; BGH, Urteile vom 19. Dezember 1950 - I ZR 7/50, BGHZ 1, 29, 31; vom 30. November 1965 - V ZR 67/63, NJW 1966, 598; vom 17. Juli 2008 - IX ZR 126/07, NJW-RR 2009, 126).
- b) Wendet sich der Mieter mit seiner Berufung nicht gegen eine ausgeurteilte Zahlungsverpflichtung als solche, sondern begehrt er mit dem Rechtsmittel lediglich eine Verurteilung Zug um Zug gegen Erteilung einer ordnungsgemäÙen Betriebskostenabrechnung, bemisst sich der Wert des geltend gemachten Beschwerdegegenstands gemäß §§ 2, 3 ZPO nach dem Interesse des Mieters an einem sich möglicherweise aus der Abrechnung ergebenden Rückzahlungsanspruch, der gegebenenfalls nach Erfahrungswerten zu schätzen und mangels konkreter Anhaltspunkte in der Regel nur mit einem Bruchteil der geleisteten Vorauszahlungen anzusetzen ist.

BGH, Hinweisbeschluss vom 10. Januar 2017 - VIII ZR 98/16 - LG Oldenburg  
AG Wildeshausen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Januar 2017 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Büniger und Kosziol

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Revision der Beklagten durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien streiten um die Erstattung von Rechtsanwaltskosten, die bei den Klägern anlässlich der Kündigung eines mit der Beklagten bestehenden Wohnraummietverhältnisses angefallen sind.
- 2 Für das Jahr 2013 erstellten die Kläger eine formell nicht ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung. Da die Beklagte daraufhin für mehrere Monate die Miete nicht oder nicht vollständig zahlte, ließen die Kläger durch ihren späteren Prozessbevollmächtigten das Mietverhältnis wegen Zahlungsrückstands fristlos kündigen und forderten die Beklagte zur Begleichung des Rückstandes sowie zur Erstattung der entstandenen Rechtsanwaltsgebühren (650,34 €) auf. Letztere beglich die Beklagte nicht.
- 3 Das Amtsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 650,34 € nebst Zinsen verurteilt. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte durch ihren Prozessbevollmächtigten fristgerecht Berufung eingelegt und diese mit rechtzeitig eingegangenem Schriftsatz begründet. Hierbei hat sie den Antrag angekündigt, die ausgespro-

chene Verurteilung in Höhe von 650,34 € nebst Zinsen mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass die Zahlung nur Zug um Zug gegen Erstellung einer ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2013 zu erbringen sei. Nach Anordnung des schriftlichen Verfahrens hat sie diesen Antrag auch in dem Zeitpunkt gestellt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht.

- 4                    Das Landgericht hat nach entsprechendem Hinweis die Berufung mit der Begründung als unzulässig verworfen, der Wert des Beschwerdegegenstands übersteige 600 € nicht. Denn es werde nicht die Verurteilung zur Zahlung als solche angegriffen, sondern nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung begehrt. Die geltend gemachte Beschwer entspreche damit dem Gegenrecht, also dem Interesse der Beklagten an der Erstellung einer Betriebskostenabrechnung. Dieses sei lediglich mit dem hierfür anfallenden Sach- und Zeitaufwand, folglich mit 150 €, zu bemessen. Mit ihrer vom Berufungsgericht ohne Begründung zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Berufungsantrag weiter.

## II.

- 5                    1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1 ZPO, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.
- 6                    a) Der Rechtsstreit wirft keine klärungsbedürftige Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung auf. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage, wenn ihre Beantwortung zweifelhaft ist oder wenn zu ihr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die Frage höchstrichterlich noch nicht geklärt ist (BVerfG, NJW

2011, 1276, 1277; Senatsbeschluss vom 20. April 2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rn. 2). Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist aber sowohl geklärt, wie und zu welchem Zeitpunkt die Beschwer eines in erster Instanz unterlegenen Beklagten zu bestimmen ist, als auch, unter welchen Voraussetzungen eine spätere Verminderung des Beschwerdegegenstands zur nachträglichen Unzulässigkeit des Rechtsmittels führt.

7           aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein Beklagter für die Zulässigkeit seines Rechtsmittels im Gegensatz zu einem Kläger materiell beschwert sein (BGH, Beschluss vom 11. März 2015 - XII ZB 553/14, NJW-RR 2015, 1203 Rn. 8 mwN). Maßgebend für die Berechnung der Beschwer ist zwar grundsätzlich der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels (§ 4 Abs. 1 ZPO). Die Beschwer muss jedoch - als allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für jedes Rechtsmittel nach der Zivilprozessordnung - noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel gegeben sein; ihr Wegfall macht das Rechtsmittel unzulässig (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2004 - X ZB 11/04, NJW-RR 2004, 1365 unter II mwN [zum Wegfall der Beschwer infolge einer Wiedereinsetzung]).

8           bb) Für die sich hieran anschließende Beurteilung, ob der Wert des vom Berufungskläger geltend gemachten Beschwerdegegenstands die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO (Berufungssumme) erreicht, ist grundsätzlich ebenfalls der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels maßgebend (BGH, Beschlüsse vom 8. Oktober 1982 - V ZB 9/82, NJW 1983, 1063 unter II 2; vom 27. Juni 2001 - IV ZB 3/01; NJW-RR 2001, 1571 unter II 2; Urteil vom 9. September 1999 - IX ZR 80/99, NJW-RR 2000, 354 unter II 2 [jeweils zur Vorgängerregelung des § 511a Abs. 1 Satz 1 ZPO]). Eine zunächst zulässige Berufung eines Berufungsklägers, dessen Beschwer die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erreicht, kann jedoch unzulässig werden, falls dieser willkürlich sei-

nen Berufungsantrag auf einen unterhalb der Berufungssumme liegenden Wert beschränkt (st. Rspr.; vgl. Großer Senat für Zivilsachen des Reichsgerichts, RGZ 168, 355, 358, 360; BGH, Urteile vom 19. Dezember 1950 - I ZR 7/50, BGHZ 1, 29, 31; vom 30. November 1965 - V ZR 67/63, NJW 1966, 598 [unter A 1]; vom 15. März 2002 - V ZR 39/01, NJW-RR 2002, 1435 unter [II] 2 c; vom 17. Juli 2008 - IX ZR 126/07, NJW-RR 2009, 126 Rn. 5; Beschluss vom 8. Oktober 1982 - V ZB 9/82, aaO). Mit "willkürlich" sind diejenigen Fälle gemeint, in denen der Berufungsführer aus eigener EntschlieÙung, also nicht als Reaktion auf ein Verhalten seines Gegners (Großer Senat für Zivilsachen des Reichsgerichts, aaO; BGH, Urteile vom 19. Dezember 1950 - I ZR 7/50, aaO; vom 30. November 1965 - V ZR 67/63, aaO und Leitsatz; vom 17. Juli 2008 - IX ZR 126/07, aaO Rn. 5 f.), seinen Berufungsantrag auf einen die Berufungssumme unterschreitenden Wert beschränkt.

9

Da bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ein zunächst beschränkter, die Berufungssumme unterschreitender Berufungsantrag erweitert werden kann, soweit die Erweiterung von der fristgerecht eingereichten Berufungsbegründung gedeckt ist (BGH, Urteil vom 22. Dezember 1953 - V ZR 6/51, BGHZ 12, 52, 67; Beschlüsse vom 8. Oktober 1982 - V ZB 9/82, aaO; vom 9. November 2004 - VIII ZB 36/04, NJW-RR 2005, 714 unter II 2 a mwN), kann allerdings regelmäßig erst zu diesem Zeitpunkt beurteilt werden, ob der Wert des Beschwerdegegenstands die Berufungssumme erreicht (BGH, Beschlüsse vom 8. Oktober 1982 - V ZB 9/82, aaO; vom 9. November 2004 - VIII ZB 36/04, aaO). Solange diese Möglichkeit besteht, darf die Berufung nicht mit der Begründung als unzulässig verworfen werden, die Berufungssumme sei unterschritten (BGH, Beschlüsse vom 9. November 2004 - VIII ZB 36/04, aaO; vom 8. Oktober 1982 - V ZB 9/82, aaO).

10            b) In Anbetracht der dargestellten gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht auch kein Anlass für eine Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO). Der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) ist ebenfalls nicht gegeben. Das Berufungsgericht setzt sich - wie nachfolgend noch darzustellen sein wird - zu den oben aufgezeigten Grundsätzen nicht in Widerspruch. Auch bei der konkreten Bemessung des Werts des Beschwerdegegenstands ist es nicht in entscheidungserheblicher Weise von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgewichen.

11            2. Die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg. Zwar sind dem Berufungsgericht bei der Bemessung des konkreten Wertes des Beschwerdegegenstands Rechtsfehler unterlaufen. Die von ihm ausgesprochene Verwerfung der Berufung als unzulässig ist aber im Ergebnis nicht zu beanstanden.

12            a) Frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, ob nach dem Berufungsantrag, der zum Zeitpunkt gestellt wurde, der bei dem angeordneten schriftlichen Verfahren dem Schluss der mündlichen Verhandlung entsprach, die Berufungssumme des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch erreicht war. Anders als die Revision meint, ist den von ihr angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 1950 (I ZR 7/50, aaO) und vom 17. Juli 2008 (IX ZR 126/07, aaO) nicht zu entnehmen, dass eine spätere Verminderung der Beschwerdesumme das Rechtsmittel nicht unzulässig machte. Denn die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Fallkonstellationen betrafen Fälle, in denen die Verminderung des Beschwerdegegenstands auf Umständen beruhte, die nicht auf eine eigene freie Entschließung des Rechtsmittelklägers zurückzuführen waren, sondern in denen dieser gezwungen war, mit der Antragsänderung auf ein Verhalten seines Prozessgegners zu reagieren.

- 13            So verhält es sich im Streitfall nicht. Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung allein aus eigener Entschließung, also nicht durch ein Verhalten der Gegenseite veranlasst, ihren Berufungsantrag beschränkt. Sie hat nicht die von der ersten Instanz ausgesprochene Zahlungspflicht (650,34 €) an sich angegriffen. Vielmehr hat sie mit dem beschränkten Berufungsantrag bis zuletzt lediglich eine Zahlung Zug um Zug gegen Erstellung einer neuen Nebenkostenabrechnung begehrt und ihr Vorbringen darauf beschränkt, das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts darzulegen.
- 14            b) Das Berufungsgericht hat ausgehend von dem gestellten Berufungsantrag den Wert des Beschwerdegegenstands im Ergebnis zutreffend mit einem 600 € nicht übersteigenden Betrag bemessen.
- 15            aa) Die gemäß §§ 2, 3 ZPO im freien Ermessen des Berufungsgerichts liegende Bestimmung des Werts des Beschwerdegegenstands (BGH, Beschluss vom 8. Mai 2012 - VI ZB 1/11 und VI ZB 2/11, NJW 2012, 2523 Rn. 10 mwN) kann in der Revisionsinstanz nur beschränkt darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht, etwa weil es bei der Ausübung seines Ermessens die in Betracht zu ziehenden Umstände nicht umfassend berücksichtigt hat, die Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (Senatsurteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873 Rn. 14 mwN).
- 16            bb) Gemessen an diesen Maßstäben ist es - wenn auch nur im Ergebnis - nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO sei nicht erreicht.
- 17            (1) Zutreffend und im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat das Berufungsgericht für die Bestimmung des Werts des Beschwer-

degegenstands der Beklagten ausschließlich auf den Wert des von ihr geltend gemachten Gegenrechts abgestellt, weil in der Berufungsinstanz nicht die Zahlungspflicht an sich, sondern allein das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht noch im Streit stand (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Januar 2004 - X ZR 167/02, NJW-RR 2004, 714 unter II 2; Senatsurteil vom 28. Juni 1995 - VIII ZR 1/95, NJW-RR 1995, 1340 unter II).

18 (2) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch - wie die Revision zu Recht geltend macht - bei der Bemessung des Werts des Beschwerdegegenstands der Beklagten auf den allein für einen Vermieter maßgebenden Aufwand bei der Erstellung der Betriebskostenabrechnung und nicht - wie geboten - auf das Interesse der Beklagten an der Erlangung einer Betriebskostenabrechnung abgestellt. Dies ist aber unschädlich, weil auch bei Berücksichtigung dieses Interesses der Beklagten der Wert des Beschwerdegegenstands die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht erreicht.

19 Entgegen der Auffassung der Revision ist nicht deswegen ein Wert von 768 € anzusetzen, weil sich die von der Beklagten im betreffenden Zeitraum geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen auf diesen Betrag belaufen haben und durch eine Nebenkostenabrechnung ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen dieser Summe geschaffen werde. Maßgebend für die Bemessung des Wertes des geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts gemäß § 3 ZPO ist vielmehr das Interesse der Beklagten an einem sich nach ordnungsgemäßer Abrechnung möglicherweise ergebenden Rückzahlungsanspruch, der gegebenenfalls nach Erfahrungswerten zu schätzen und mangels konkreter Anhaltspunkte in der Regel nur mit einem Bruchteil der geleisteten Vorauszahlungen anzusetzen ist (vgl. LG Landau, WuM 1990, 86; LG Freiburg, WuM 1991, 504, 505; LG Frankfurt am Main, NZM 2000, 759, 760; AG Witten, Urteil vom 14. Februar 2002 - 2 C 427/01, juris Rn. 13; Schneider in Spielbauer/Schneider, Mietrecht,

§ 556 Rn. 563; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten und Heizkostenrecht, 8. Aufl., J Rn. 94; vgl. auch Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2014, § 556 Rn. 147; jeweils zu § 3 ZPO). Dass Feststellungen hierzu fehlen, ist unschädlich. Denn selbst bei einem unterstellten Rückzahlungsanspruch in voller Höhe der geleisteten Vorauszahlungen wäre nicht der volle Betrag, sondern nur ein Bruchteil hiervon in Ansatz zu bringen, weil mit dem Zurückbehaltungsrecht nur ein vorbereitender Anspruch auf Rechnungslegung und damit auf Auskunft geltend gemacht wird (vgl. LG Landau, aaO; AG Konstanz, WuM 1992, 494; Schneider/Herget, Streitwert Kommentar, 14. Aufl., Rn. 3973; jeweils zur Streitwertbemessung nach § 3 ZPO). Setzte man - großzügig bemessen - die Hälfte der von der Beklagten im fraglichen Zeitraum geleisteten Vorauszahlungen von 768 € oder gar der von ihr in erster Instanz behaupteten Zahlungen von 870 € an, würde die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO immer noch deutlich unterschritten. Dass diese Wertbemessung keineswegs zu niedrig angesetzt ist, verdeutlicht die inzwischen von einem Abrechnungsunternehmen erteilte neue Abrechnung, die mit einem Guthabenbetrag der Beklagten in Höhe von 82,31 € endet.

20                    3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab  
Zustellung dieses Beschlusses.

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

**Hinweis:**

Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

AG Wildeshausen, Entscheidung vom 15.10.2015 - 4 C 27/15 (V) -

LG Oldenburg, Entscheidung vom 26.04.2016 - 16 S 593/15 -