

**Lösungsskizze**

(angelehnt an den nicht verbindlichen Prüfervermerk)

**Zeittafel und Wichtiges für den Tatbestand**

2013	Abschluss eines ersten Mietvertrags mit Sonderkündigungsrecht, Betriebskostenabrechnung erfolgt ohne Vorwegabzug
Ende 2014	Vermieter schreibt Objekt aus, Beklagte gewinnt
10.05.2015	Abschluss des zweiten Mietvertrages nach Ausschreibung ohne Sonderkündigungsrecht, gute Lage in belebter Innenstadt, VERTRAGSDETAILS
2015/2016	Betriebskostenabrechnung ohne Vorwegabzug
15.06.2018	Betriebskostenabrechnung mit Vorwegabzug
20.07.2018	Kündigungsschreiben
15.09.2018	RA Georg Alexis meldet sich für die Beklagte (eine Vollmacht liegt nicht vor)
31.10.2018	Wegzug der KfZ-Zulassungsstelle (7 km Entfernung), Datum der Kündigung, Übergabe der Räumlichkeiten mit Hinweis, dass kein Einverständnis bestehe und auch noch die restlichen Betriebskosten für 2017 zu zahlen seien
20.11.2018	Klage, Eingang bei Gericht am 22.11.2018
27.11.2018	Anordnung schriftliches Vorverfahren und Fristsetzung Verteidigungsanzeige
30.11.2018	Zustellung Klage und Verfügung bei RA Georg Alexis
19.12.2018	Erlass Versäumnisurteil
21.12.2018	Zustellung des Versäumnisurteils bei RA Georg Alexis und dem Klägervertreter
06.01.2019	Beklagte persönlich erhält Klage, Verfügung vom 27.11.2018 und VU
09.01.2019	Einspruch gegen Versäumnisurteil durch RA in Dr. Hansen, Eingang bei Gericht am selben Tag

**Aufbauhinweis zum Tatbestand**

- Beim VU gibt es grundsätzlich nur Besonderheiten in der antragsbezogenen Prozessgeschichte (im Perfekt schreiben!)
  - Erlass des VU und dessen Inhalt
  - für Zulässigkeit des Einspruchs relevante Tatsachen, bspw.:
    - Datum des VU
    - Datum der Zustellung des VU an unterlegene Partei oder beide Parteien (§ 310 III ZPO)
    - Datum des Eingangs des Einspruchs
  - ggf. für § 344 ZPO relevante Tatsachen („Rechtmäßigkeit des VU“), bspw.:
    - Säumnis des Klägers/Beklagten oder keine rechtzeitige Verteidigungsanzeige
    - Antrag auf Erlass eines VU

### **Vorschlag für den Tenor:**

1. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Halle vom 19. Dezember 2018, Az. 10 O 1255/18, wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

### **Vorschlag für die Entscheidungsgründe:**

Der Einspruch ist zulässig. Die Klage ist zulässig und begründet.

#### **A. Einspruchsprüfung („Vorfrage“)**

Der Einspruch hat den Prozess gemäß § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand.

1. Er ist statthaft nach § 338 ZPO, denn das Urteil ist als echtes Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 331 Abs. 3 ZPO ergangen.

2. B hat auch innerhalb der Notfrist (vgl. § 124 Abs. 1 ZPO) von zwei Wochen gemäß § 339 Abs. 1 ZPO Einspruch gegen das Versäumnisurteil erhoben. Die Frist begann am Sonntag, den 06. Januar 2019 zu laufen, da an diesem Tag der B das Versäumnisurteil vom 19. Dezember 2018 zugegangen ist (vgl. § 310 Abs. 3 ZPO) und so der Zustellungsmangel gemäß § 189 ZPO geheilt wurde. Sie endete nach § 222 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. §§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB am Montag, den 21. Januar 2019.

Nach § 189 ZPO gilt ein Dokument, das unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen ist, in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Es liegt eine Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften vor, da die Zustellung des Urteils an den von K benannten Prozessbevollmächtigten der B, Herrn Rechtsanwalt Alexis, am 21. Dezember 2018 nicht wirksam war. Denn die Voraussetzungen des § 172 Abs. 1 S. 2 ZPO sind nicht gegeben. Hiernach hat die Zustellung in einem anhängigen Verfahren an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen. Der Rechtsanwalt Alexis war jedoch nicht der für den Rechtszug bestellte Prozessbevollmächtigte. Dieser hatte keine Prozessvollmacht für die B. Er hat lediglich vorprozessual mit K für B korrespondiert. Tatsächliche Kenntnis hat die B am 06.01.2019 erlangt.

3. Der Einspruch ist auch im Übrigen ordnungsgemäß. Er ist an das nach § 340 Abs. 1 ZPO zuständige Gericht gerichtet und wahrt die Vorgaben des § 340 Abs. 2 ZPO durch die Bezeichnung des Versäumnisurteils und die Erklärung, dass Einspruch eingelegt werde.

## **B. Zulässigkeit**

Die Klage ist zulässig.

1. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich bei einem Streitwert von über 5.000,00 € aus § 1 ZPO i.V.m. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG. Der Streitwert selber ist gemäß Bearbeitungsvermerk als zutreffend zu unterstellen. Die ausschließliche örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Halle folgt aus § 29a Abs. 1 ZPO, da es sich um eine Streitigkeit über Ansprüche aus einem Mietverhältnis über Räume handelt und sich diese im Bezirk des Landgerichts Halle in Halle befinden.

2. Die B ist gemäß § 50 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 13 Abs. 1 GmbHG partei- und rechtsfähig und nach § 51 ZPO prozessfähig. Sie wird gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG durch den Geschäftsführer vertreten.

3. K steht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse für den Klageantrag zu 2) zu. Dies ist immer dann der Fall, wenn dem Recht des K eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit dadurch droht, dass die B dieses Recht ernsthaft bestreitet oder sich eines Rechtes gegen den K berührt und das angestrebte Urteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Hier bestreitet B, dass noch ein Mietvertrag zwischen K und B besteht. B geht davon aus, dass dieser wirksam gekündigt wurde. Das angestrebte Urteil ist auch geeignet, den Rechtsstreit in seiner Gesamtheit zu erledigen. Es ist davon auszugehen, dass bei einem für K positiven Urteil die B volle Miete bis zum regulären Ende des Mietverhältnisses zahlen würde.

4. Es liegt eine zulässige objektive Klagehäufung nach § 260 ZPO vor, da eine Identität der Parteien, eine Zuständigkeit des Prozessgerichts für sämtliche Ansprüche und dieselbe Prozessart gegeben sind.

## **C. Begründetheit**

Die Klage ist jedoch unbegründet.

### **I. Zahlung von 2.120,00 € für den Monat November 2018**

K hat keinen Anspruch auf Zahlung von 2.120,00 € (Nettokaltmiete und Nebenkosten) für den Monat November 2018 gegen B aus § 535 Abs. 2 BGB.

Das Mietverhältnis ist durch die Kündigungserklärung der B vom 20. Juli 2018 wirksam zum 31. Oktober 2018 beendet worden.

1. Die B war berechtigt, den Mietvertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 BGB zu kündigen.

a) Es liegt eine Störung der Geschäftsgrundlage vor, die im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht korrigiert werden konnte.

Enthält ein Vertrag bereits nach seinem gegebenenfalls durch ergänzende Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Inhalt Regeln für Wegfall, Änderung oder Fehlen bestimmter Umstände, scheidet eine Anpassung nach § 313 BGB aus. Die Frage, was geschieht, wenn die Kfz-Zulassungsstelle wegzieht, ist im Mietvertrag zwischen den Parteien nicht geregelt und lässt sich auch nicht durch Auslegung ermitteln. Der Kläger meint zwar, eine Auslegung des Vertrages ergebe, dass dieser auch bei Wegzug unverändert fortbestehen sollte und das Risiko des Wegzugs über die kurze Mietdauer kompensiert werde. Denn die Parteien haben, entgegen dem vorherigen Mietvertrag, kein Sonderkündigungsrecht mehr für diesen Fall vereinbart. Dieser Umstand könnte jedoch genauso dafür sprechen, dass mangels einer ausdrücklichen Regelung in Verbindung mit dem vereinbarten hohen Mietzins, der nur aufgrund der unmittelbaren Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle zu entrichten war, keine vollständige Risikoverlagerung des Wegzugs auf die Mieterin erfolgen sollte. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb sich die B als Mieterin hierauf hätte einlassen sollen.

b) Es ist eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB eingetreten.

Eine Störung der Geschäftsgrundlage liegt vor, wenn sich nach Abschluss des Vertrages die objektiv oder subjektiv zur Grundlage des Vertrags gewordenen Umstände schwerwiegend verändert haben. Hierbei sind als subjektive Geschäftsgrundlage die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände anzusehen, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut. Die objektive Geschäftsgrundlage wird gebildet durch diejenigen Umstände und allgemeinen Verhältnisse, deren Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag im Sinne der Intentionen beider Vertragsparteien noch als eine sinnvolle Regelung bestehen kann (vgl. Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 313 Rn. 2-4). Mit dem Wegzug der Kfz-Zulassungsstelle war diese Geschäftsgrundlage gestört. Keine der Parteien ging von einem Wegzug der Zulassungsstelle im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus. Die Existenz der KFZ-Zulassungsstelle ist dabei auch ein ganz vertragswesentlicher Umstand. Der Vertrag kann ohne diese Regelung auch nicht mehr als eine sinnvolle Regelung bezeichnet werden da der B einer Betreibspflicht einer Prägestelle (§ 2 und § 6 des MV) obliegt, die wirtschaftlich keinen Sinn mehr ergibt.

c) Es liegt eine nachträgliche und schwerwiegende Änderung vertragswesentlicher Umstände vor.

In dem hier zur Entscheidung stehenden Fall sind bei Abschluss des Mietvertrages die Parteien erkennbar von dem Fortbestand der Kfz-Zulassungsstelle in der Leipziger Straße in unmittelbarer Nähe der von der B angemieteten Immobilie für weitere 4,5 Jahre ausgegangen.

Hier ist insbesondere darauf abzustellen, dass dies nicht nur eine einseitige Erwartung der B bei Vertragsschluss darstellte, sondern auch für den K eine Sondersituation vorlag. Der K war hier vor Vertragsschluss aufgrund der Nähe der vermieteten Räumlichkeit zu der Kfz-Zulassungsstelle sogar aufgrund von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften dazu verpflichtet, eine Ausschreibung durchzuführen. Selbst wenn K meint, dass er ein Sonderkündigungsrecht mit B nicht vereinbaren wollte, ist er dennoch von

dem Fortbestand der Kfz-Zulassungsstelle ausgegangen. Die Ausschreibung des Objektes zeigt zudem, dass K auf Grund der Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle marktbeherrschender Vermieter war und es für die Dauer des Mietverhältnisses auch bleiben sollte.

d) Die Störung der Geschäftsgrundlage, nämlich des Fortbestandes der Nähe der Kfz-Zulassungsstelle zum Mietobjekt, stellt auch eine schwerwiegende Veränderung der Geschäftsgrundlage des Mietvertrages dar.

Gemäß dem unbestrittenen Vortrag der B möchte derjenige, der sein Fahrzeug zulassen muss, den Vorgang möglichst zügig abwickeln. Daher wird in der Regel die nächstgelegene Prägestelle aufgesucht. Preisvergleiche werden nicht angestellt. Was ein Satz Kfz-Kennzeichen kosten darf, interessiert den Kunden nicht und es kommt ihm auch nicht darauf an. Entscheidend für ihn ist, dass der Zulassungsvorgang unproblematisch und zügig erledigt werden kann. Das entfällt aber, wenn die Kfz-Zulassungsstelle nicht mehr in der Nähe der Prägestelle ist. Der Umsatz und Absatz der Schilder brechen ein und tendieren gegen null. Denn die Kunden werden nach dem Umzug eine Prägestelle in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle aufsuchen. Dennoch muss die B einen Mietzins von 55,71 €/m<sup>2</sup> (1950/35) zahlen statt der üblichen 4,50 bis 8,90 €/m<sup>2</sup>.

e) Aufgrund des zuvor Gesagten ist im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, dass die Parteien den Vertrag in der konkreten Art und Weise, insbesondere mit dem vereinbarten Mietzins in Kombination mit der vereinbarten Laufzeit, abgeschlossen hätten, hätten sie die schwerwiegende Veränderung des Umzugs der Kfz-Zulassungsstelle zum 31.10.2018 vorausgesehen.

f) Das Festhalten am (unveränderten) Vertrag kann jeder Partei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, nicht zugemutet werden (vgl. Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 313 Rn. 24).

Unzumutbarkeit setzt in der Regel voraus, dass das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde, was eine umfassende Interessenabwägung erfordert.

Zwar reicht es grundsätzlich nicht aus, dass der eine Vertragsteil durch eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse ungünstig gestellt wird und sich ein Risiko für eine Partei auswirkt, dass sie nach dem Vertrag zu tragen hat. Wie die Risikosphären der Parteien abzugrenzen sind, ergibt sich aus dem Vertrag. Die Möglichkeit, in den gemieteten Geschäftsräumen erfolgreich das Gewerbe betreiben zu können, zählt grundsätzlich zum Verwendungsrisiko, das der Mieter trägt, wenn er sich für die Anmietung eines bestimmten Objekts entscheidet. Auch das mit der Gewinnerwartung verbundene Investitionsrisiko hat der Mieter eines Gewerberaums zu tragen. Erfüllt sich eine Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters, das er nicht nachträglich auf den Vermieter verlagern kann. Hieran gemessen würde für B ein Festhalten am Mietvertrag für die Dauer des Mietverhältnisses zumutbar sein, ohne dass sie sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage berufen könne, da sich gerade ein typisches Risiko eines gewerblichen Mieters realisiert hat.

Eine Ausnahme hiervon ist jedoch anerkannt, wenn auch K das unternehmerische Risiko für das wirtschaftliche und gewinnbringende Betreiben der Prägestelle (mit) übernommen hat. Entscheidend soll dabei sein, ob der Vermieter durch die Begründung eines Gesamtkonzeptes, in das der Mieter mit Betriebspflichten eingebunden worden ist, eine Gesamtverkaufsstrategie entwickelt hat, mit welcher über die übliche Verwaltung und Koordinierung eines Gewerbes hinaus, ein eigenes unternehmerisches Risiko übernommen werden sollte. Der andere Teil muss sich die geplante Verwendung insoweit zu Eigen machen, dass sein Verlangen, den Vertrag trotz der auftretenden Störung unverändert durchzuführen, gegen das Verbot von Treu und Glauben verstößt. Das ist anzunehmen, wenn die geplante Verwendung in der Preisbemessung berücksichtigt worden ist. Das ist hier der Fall und der entscheidende Punkt, warum von der üblichen Risikoverteilung ausnahmsweise abzuweichen ist. In dem Mietvertrag über Gewerberäume zwischen den Parteien ist nämlich geregelt, dass das Mietobjekt ausschließlich zur Nutzung zum Betrieb einer Prägestelle vermietet werden darf. Das Mietobjekt kann nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vermieters anders genutzt werden und muss nach § 6 des Vertrages während der gesamten Mietzeit seiner Zweckbestimmung entsprechend verwendet werden. Schon hieraus folgt, dass sich K die geplante Verwendung des vermieteten Gewerbeobjekts zum Betrieb einer Prägestelle zu Eigen gemacht hat. Der für den Betrieb einer Prägestelle in unmittelbarer Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle zu zahlende Mietzins ist mehrfach höher als die übliche Vergleichsmiete. Das Verhalten des K, trotz des gemeinsam übernommenen Risikos an dem Vertrag mit dem bestehenden Vertragszweck der ausschließlichen Nutzung zum Betrieb einer Prägestelle mit Vertragsstrafen bewerteten Betriebspflicht festzuhalten, würde sich darüber hinaus als treuwidrig erweisen.

*Anmerkung: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Argumentation vertretbar.*

g) Für eine Vertragsauflösung gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 BGB ist des Weiteren erforderlich, dass die Fortsetzung des (angepassten) Vertrages unzumutbar wäre.

Dies ist stets der Fall, wenn eine Vertragsanpassung von der Rechtsordnung verboten, undurchführbar oder sinnlos ist (vgl. Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 313 Rn. 42). Eine Anpassung des Vertrages wäre hier zwar grundsätzlich möglich, im Ergebnis aber sinnlos gewesen. Entgegen der Auffassung des K war es B nicht zuzumuten, über den Zeitpunkt der Schließung der Kfz-Zulassungsstelle hinaus am Mietvertrag über die Prägestelle festzuhalten. B musste sich redlicherweise nicht auf die Fortführung des Vertrages einlassen und daher auch nicht zunächst eine Anpassung des Vertrages gemäß § 313 Abs. 1 BGB versuchen, wenngleich er dazu bereit gewesen sein will.

Eine Anpassung des Vertrages würde bedeuten, dass der Mietzweck geändert, die Betriebspflicht aufgehoben und die Miete auf ein ortsübliches Maß gekürzt werden müsste. Dann würde B, die eine Prägestelle betreibt, zwar den ortsüblichen Mietzins zahlen, könnte aber auf Grund ihrer Tätigkeit als Prägestelle kein anderes Gewerbe dort ausüben. Sie wäre also darauf verwiesen, an dieser Stelle ein Gewerbe zu betreiben, das von faktisch niemandem dort in Anspruch genommen wird.

Da die Leipziger Straße als Halles Händlermeile gilt, können dort eine Vielzahl von Einzelhandelsgeschäften betrieben werden. K vermag auch durchaus einen anderen Mieter als B finden, da es sich um

eine der besten Gewerbelagen in Halle handelt. B als Prägestelle an diesen Ort zu binden, erscheint daher nicht interessengerecht. Die Miete, die die Prägestelle als ortsübliche Miete zahlen müsste, könnte auch jeder andere Mieter zahlen, ohne dass K daraus irgendwelche Nachteile erwachsen würden.

*Anmerkung: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Argumentation vertretbar.*

**2. Alternative: Es ist ebenso möglich, über eine Prüfung von § 543 Abs. 1 BGB zu diesem Ergebnis zu gelangen.**

*Voraussetzung für ein Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 1 S. 1 BGB ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Hierbei sind die Abs. 2 – 4 mangels Vorliegens eines gesetzlich definierten Beispiels nicht einschlägig. Maßgeblich ist daher das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des Abs. 1 im Sinne einer Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung nach umfassender Interessenabwägung, die ergänzt wird durch besondere Berücksichtigung eines Verschuldens. Der wichtige Grund muss hierbei aus dem Risikobereich des Kündigungsempfängers herrühren, wobei die Störung des Vertragsverhältnisses von dem Kündigungsempfänger nicht zwangsläufig verschuldet sein muss. Die Erwähnung des Verschuldens bedeutet aber, dass bei einem nicht schuldhaften Verhalten die Anforderungen an die Unzumutbarkeit höher sein werden, als bei einer schuldhaften Störung.*

*Im vorliegenden Fall resultiert die Störung des Vertragsverhältnisses weder aus dem originären Risikobereich des Kündigungsempfängers, noch des Kündigenden. Der Wegzug der Kfz-Zulassungsstelle zum 31.10.2018 war für keine der Vertragsparteien vorhersehbar und wurde durch keine der Vertragsparteien in irgendeiner Weise veranlasst. Da nach der hier vertretenen Auffassung ausnahmsweise nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter das Verwendungsrisiko der Mietsache trägt und dieses maßgeblich von der engen räumlichen Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle abhängig ist (s.o.) erscheint unter Berücksichtigung dieses Umstandes die Annahme eines wichtigen Grundes nach § 543 Abs. 1 BGB, der B zur Kündigung berechtigen würde, im Hinblick darauf, dass die Störung des Vertragsverhältnisses den Risikosphären beider Parteien zuzuordnen ist, nicht angemessen.*

*Mit entsprechender Begründung ist auch eine andere Auffassung vertretbar.*

*Sollte ein Kündigungsrecht aus § 543 Abs. 1 BGB bejaht werden, wäre aufgrund des Sachverhaltes zu problematisieren, inwieweit auch bei Annahme eines speziellen Kündigungsgrundes ggf. zunächst eine Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB (analog) als „milderes Mittel“ gefordert werden müsste. Dies dürfte im Ergebnis abzulehnen sein.*

## II. Zahlung von 100,00 € aus der Betriebskostenabrechnung 2017

K hat keinen Anspruch auf Zahlung der 100,00 € gegen die B aus der Betriebskostenabrechnung des Jahres 2017 aus §§ 535 Abs. 2, 311 Abs. 1 BGB.

*Anmerkung: Hier handelt es sich um ein Spezialproblem, bei dem kein vertieftes Wissen vorausgesetzt werden kann. Es kommt laut Prüfervermerk viel eher darauf an, eine systematische Prüfung vorzunehmen und eine argumentative Auseinandersetzung mit den von den Parteien vorgebrachten Positionen zu zeigen und dieses Problem sodann einer Lösung zuzuführen, wobei nicht erwartet wurde, dass eine solch ausführliche Prüfung erfolgt.*

1. Insoweit liegt schon keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung über die Abrechnungsmethode vor.

Aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrag, dort § 5, ergibt sich, dass eine Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wurde, dass Nebenkosten grundsätzlich auf den Mieter umgelegt werden. Im Vertragstext unter § 5 Betriebskosten ist lediglich knapp als abzurechnende Position die „Grundsteuer“ benannt. Ein spezifischer Umlageschlüssel bzw. eine Berechnungsmethode ist nicht spezifiziert.

Viel eher besteht eine (gegenteilige) konkludente Vereinbarung über die Abrechnungsmethode, nämlich eine solche, wie sie in den vorherigen Jahren praktiziert wurde.

Dies ergibt sich jedenfalls unter Einbeziehung des Parteiverhaltens für die ersten zwei Abrechnungsjahre (10.05.2015 bis 31.12.2016). Unstreitig sah K in diesen Zeiträumen von einem Vorwegabzug ab. B kam den sich daraus ergebenden Verpflichtungen nach und billigte so jedenfalls konkludent dieses Vorgehen. Für einen stillschweigenden vertraglichen Maßstabswechsel hin zu einem Vorwegabzug liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor. Hierfür wäre das Einverständnis beider Parteien notwendig. Dieses ist – zumindest seitens der B – hier offensichtlich nicht gegeben.

3. Mangels planwidriger Regelungslücke aufgrund der konkludenten Einigung scheidet auch eine ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) aus.

4. Dem K stand nach dem Vertrag auch kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB zu.

In § 5 Ziffer 2 des Mietvertrages wurde lediglich vereinbart, dass bei einer Erhöhung, Verminderung, Neuentstehung oder eines Wegfalls der Betriebskosten dies „in der anteiligen Umlageberechnung zu berücksichtigen“ sei und der Vermieter dazu berechtigt sei, die Vorauszahlungen neu festzusetzen. Ein solcher Fall war hier indes unstreitig nicht gegeben. Die Betriebskosten hatten sich nicht erhöht, vielmehr hatte K eine anderweitige Aufteilung der (auch schon zuvor anfallenden) Betriebskosten vorgenommen.



5. Eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB scheidet bereits aus dem Grund aus, dass sich schon keine Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, schwerwiegend verändert haben.

6. Weitere gesetzliche Anspruchsgrundlagen zur Anwendung des der Nebenkostenabrechnung 2017 zugrunde gelegten Umlageschlüssels hinsichtlich der Position „Grundsteuer“ liegen nicht vor. Insbesondere ist § 556a BGB auf den vorliegenden Mietvertrag über Gewerberaum nicht anwendbar.

7. Auch ein Anspruch aus § 242 BGB ist nicht gegeben.

Hierfür ist maßgebend, ob es dem Vermieter aus besonderen Gründen ausnahmsweise unzumutbar ist, am (konkulent) vereinbarten und praktizierten Verteilungsschlüssel festgehalten zu werden. Das wäre wiederum dann der Fall, wenn der bisherige Verteilungsschlüssel infolge einer Änderung der Verhältnisse grob unbillig geworden ist (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 31.05.2006 – VIII ZR 159/05; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.10.2010 – I-24 U 28/10). Das ist hier aber nicht ersichtlich.

### **III. Feststellungsantrag**

Gemäß den obigen Ausführungen ist die Klage auch hinsichtlich des Feststellungsantrags unbegründet, da das Mietverhältnis beendet ist.

### **D. Nebenentscheidungen:**

1. K hat gemäß § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

B trägt in diesem Fall auch nicht die Kosten ihrer Säumnis, da das Versäumnisurteil nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist. Die Zustellung an den von K benannten Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Georg Alexis erfolgte zwar rechtmäßig, allerdings war die Zustellung nicht wirksam. Ohne wirksame Zustellung begann jedoch auch die durch das Gericht gesetzte Frist zur Verteidigungsanzeige nicht zu laufen. Dieses Risiko trägt K, der den Prozessbevollmächtigten ohne das Vorliegen einer Prozessvollmacht mit seiner Klage benannt hat (vgl. oben). Aus diesem Grund hat er auch diese Kosten zu tragen, die sonst bei einer Säumnis der Beklagten gemäß § 344 ZPO diese zu tragen hätte.

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 S. 1, 2 ZPO.

3. VV, RMB und SW-Festsetzung waren laut Bearbeitungsvermerk erlassen.

04.02.2023

Gers, RiLG