

Dirk Both
Richter am Oberlandesgericht, Rostock

Die Klage auf zukünftige Leistungen im Mietrecht

I. Erfordernis und Rechtfertigung der Klage auf künftige Leistung

1. Das Grundprinzip der Leistungsklage und ihr Vorrang

Was im Zivilprozess durch das angerufene Gericht ausgeurteilt werden kann, richtet sich in der Regel nach dem Antrag der klagenden Partei, denn an diesen ist das Gericht gemäß § 308 ZPO bei seinem Ausspruch gebunden. Worauf die Klage im Zivilprozess gerichtet werden kann, regeln vorrangig die §§ 253 ff. ZPO. Allgemein anerkannt ist, dass den Vorrang die auf eine bestimmte bereits fällige Leistung gerichtete Leistungsklage genießt, weil diese die beste Durchsetzung des klägerischen Anspruchs bietet (Zum Vorrang der Leistungsklage Hänslers, NJW 1989, 3138; Gies, NZM 2003, 545). Ist die verlangte Leistung bei Schluss der mündlichen Verhandlung noch nicht fällig, ist die Klage zumindest als derzeit (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 257 Rn. 1) wenn nicht sogar als gänzlich unbegründet abzuweisen (Musielak/Foerste, ZPO 6. Aufl., § 257 Rn. 1). Hiervon sehen die §§ 257 bis 259 ZPO Ausnahmefälle vor, in denen der Kläger seine Klage auf in der Zukunft erst fällig werdende Ansprüche richten kann.

2. Zweck der Klage auf künftige Leistung

Bliebe der Kläger hingegen darauf beschränkt, nur solche Ansprüche geltend machen zu können, die bereits fällig sind, wäre er insbesondere in einem Dauerschuldverhältnis wie dem Mietverhältnis, in dem monatlich neue Zahlungsansprüche für die Laufzeit des Mietverhältnisses entstehen, darauf beschränkt, diese mit einer Mehrzahl von Leistungsklagen geltend zu machen. Wollte er hingegen einen möglichst langen Zeitraum abwarten, in welchem insbesondere sein Vertragsgegner seine Zahlungspflicht nicht erfüllt, um die Ansprüche in einer Klage geltend zu machen, fehlen insbesondere bei einem Dauerschuldverhältnis die laufenden Einnahmen aus dem Mietverhältnis, der Kläger läuft Gefahr in die Verjährungsfalle zu tappen und das von ihm so übernommene Insolvenzrisiko der Gegenpartei erhöht sich laufend.

Um dem zu begegnen lässt das Gesetz in den Fällen der §§ 257 bis 259 ZPO eine Klage auf künftige Leistungen zu. Diese kann auch mit der Klage auf bereits rückständige Leistungen, etwa Mieten und sogar mit der Räumungsklage verbunden werden. Gegenüber dieser Führung einer Reihe von Prozessen auf Zahlung der jeweils fällig werdenden Mieten spart dies schon wegen der Progression der Gebührentabellen Kosten für den Kläger. Schon dies kann den Rechtsanwalt dahin anhalten, zu einer solchen nach § 260 ZPO zulässigen Klagehäufung zu raten, um sich nicht wegen der ansonsten weit höheren Kostenlast der Haftung auszusetzen. Jedenfalls empfiehlt es sich, auf Vorteile und Gefahren einer solchen Klagehäufung hinzuweisen.

Neben der Kostenersparnis dient eine solche Klagehäufung aber auch der Prozessökonomie, ebenso wie eine allein auf künftige Leistungen gerichtete Klage. Es

müssen nicht wiederholt eine Reihe von Prozessen mit dem weitgehend gleichen Prozessstoff geführt werden, sondern die aus dem Mietverhältnis und im Falle der Kündigung seiner Rückabwicklung entspringenden Ansprüche können zusammenhängend behandelt werden (BGH, Beschl. v. 20.11.2002, VIII ZB 66/02, GE 2003, 320 = NZM 2003, 231 = MDR 2003, 452 = NJW 2003, 1395 = WuM 2003, 280; Gies, NZM 2003, 545; Hänsler, NJW 1989, 3138).

Ein weiterer wesentlicher Vorteil liegt darin, dass der allen geltend gemachten Ansprüchen zugrunde liegende Sachverhalt gleich bewertet wird. Das ist etwa dann, wenn die einzelnen rückständigen Zahlungen mit mehreren Zahlungsklagen, zudem der Räumungsanspruch in einer gesonderten Klage oder auch nur gesondert die Klage auf künftige Leistung erhoben wird, keineswegs gesichert. Der Kläger, zumeist der Vermieter, läuft Gefahr dass die Klagen in verschiedenen Spruchkörpern oder auch nur in einem Spruchkörper durch verschiedene Einzelrichter verhandelt und entschieden werden. Bei gleichem Streitstoff sind daher unterschiedliche Entscheidungen möglich. Wird nur auf rückständige Zahlung geklagt, entfaltet dies für spätere Zahlungsklagen aus dem gleichen Rechtsverhältnis ebenso für eine separate Klage auf künftige Leistungen keine Bindungswirkung, denn für diese erwächst die Entscheidung nicht in Rechtskraft (vgl. nur Börstinghaus, JurPR-MietR, 5/2009, Anm. 2). Ebenso wenig erstreckt sich die Rechtskraft einer Räumungsklage auf die spätere Geltendmachung weiterer Mieten, ob als Zahlungsanspruch auf rückständige Mieten oder ob auf künftige Leistung gerichtet.

Bei all diesen Überlegungen sollte aber auch nicht übersehen werden, dass die Klage auf zukünftige Leistungen insbesondere verbunden mit der Klage auf rückständige Mieten und ggf. die Räumung der Mietsache, gehörige Risiken in sich tragen kann. Insbesondere wenn sie etwa auf künftige Mieten gerichtet ist, der Mieter dem aber eine Kündigung entgegen halten kann, ist der Vermieter ein hohes Kostenrisiko eingegangen, denn seine Unterliegensquote kann sich schnell erhöhen.

Ebenso kann dem Vorteil, den ausgeurteilten künftigen Anspruch dann, wenn er fällig wird, zügig vollstrecken zu können, der Nachteil entgegen stehen, dass die ausgeurteilte zukünftige Forderung gemäß § 197 Abs. 2 BGB anders als andere titulierte Ansprüche nicht innerhalb von 30 sondern von drei Jahren verjährt (Börstinghaus GE 2003, 1538; ders., JurisPr-MietR 6/2007, Anm. 2). Zwar kann die Verjährungsfrist gemäß § 212 BGB jeweils durch einen Vollstreckungsversuch verlängert werden, wofür der Vollstreckungsgläubiger aber eine zustellungsfähige Anschrift des Schuldners benötigt. Bei Fehlen derselben bleibt nur der Griff zu einer der 30-jährigen Verjährung unterliegenden Feststellungsklage, die öffentlich zugestellt werden muss (BGH, Urt. v. 18.01.1985, V ZR 233/83, NJW 1985, 1711; Börstinghaus, JurisPr-MietR 6/2007, Anm. 2).

II. Die Grundzüge der gesetzlichen Regelung

1. Übersicht der Regelungen

Die ZPO kennt drei Fallgruppen, in denen sie die Klage auf zukünftige Leistungen

zulässt. Dies können gemäß § 257 ZPO zum einen solche Ansprüche sein, deren Leistungszeitpunkt durch einen Kalendertag bestimmt ist. § 258 ZPO dehnt dies auf wiederkehrende Leistungen aus. § 259 ZPO schließlich schafft die Möglichkeit eines zeitnahe zur Fälligkeit vollstreckbaren Titels für den Fall, dass die Besorgnis besteht, dass sich der Schuldner seiner Leistungspflicht entziehen wird.

2. § 257 ZPO und seine Voraussetzungen

§ 257 ZPO lässt die Klage auf zukünftige Leistung für zwei unterschiedliche Fallgruppen zu. Zum einen ist dies die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung. Damit werden allein Zahlungsansprüche erfasst, nicht etwa Herausgabeklagen, Duldungs- oder Unterlassungsansprüche (Zöller/Greger, a.a.O. § 257 Rn. 1). Dabei muss es sich um einen unbedingten Anspruch handeln, der nicht, jedenfalls nicht mehr zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung von einer Gegenleistung abhängt (Zöller/Greger, a.a.O. § 257 Rn. 1; Zimmermann, ZPO, 8. Aufl., § 257 Rn. 1). Handelt es sich also um einen Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag, muss die Gegenforderung des Schuldners bereits erloschen sein, etwa durch Erfüllung (Musielak/Foerste, a.a.O., § 257 Rn. 3). Der Anspruch auf Erteilung einer Quittung für die Zahlung fällt nicht unter eine solche Abhängigkeit (Zimmermann, a.a.O., § 257 Rn. 1).

Neben der Unabhängigkeit von einer Gegenleistung ist Voraussetzung der Geltendmachung eines künftigen Zahlungsanspruches, dass dieser an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft ist (Zimmermann, a.a.O., § 257 Rn. 1). Die Entstehung des Anspruches und seine Fälligkeit müssen also bereits feststehen (Hänsler, NJW 19789, 3138). Daher reicht es für § 257 ZPO nicht aus, wenn die Entstehung des Anspruches von einem bestimmten Verhalten des Gegners oder dem Eintritt einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung abhängt (zur Bedingung auch Musielak/Foerste, a.a.O., § 257 Rn. 2). Spätestens im Urteilstenor ist der Fälligkeitstermin zudem bestimmt, zumindest aber bestimmbar zu bezeichnen (Zöller/Greger, a.a.O., § 257 Rn. 5). Daher kommen vor allem solche Ansprüche in Betracht, die bereits bestehen, deren Fälligkeit aber bis zu einem bestimmten Zeitpunkt hinausgeschoben ist, etwa durch Stundungsabrede oder durch eine befristete Einrede des Gegners.

Als einen weiteren Anwendungsfall sieht § 257 ZPO die Räumung von unbeweglichen Sachen vor, sei es aus einem Mietvertrag, einem Pachtvertrag oder aufgrund des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (Zöller/Greger, a.a.O. § 257 Rn. 2). Handelt es sich um bewegliche Sachen richtet sich der Anspruch nicht auf Räumung, sondern auf Herausgabe, und ist daher allenfalls über § 259 ZPO als zukünftiger Anspruch durchsetzbar. Daher findet § 257 ZPO auf die Herausgabe von Wohnwagen und Containern keine Anwendung (Musielak/Foerste, a.a.O., § 257 Rn. 4).

Das gilt dann nicht, wenn es sich um Grundstücke oder Räume handelt, die Wohnzwecken dienen. Dann kommt eine künftige Räumungsverurteilung nur nach § 259 ZPO in Betracht (Zöller/Greger, a.a.O., § 257 Rn. 2; Zimmermann, a.a.O., § 257 Rn. 2). Wohnraum ist jeder zum Wohnen, insbes. Schlafen, Essen, Kochen und zu dauernder privater Nutzung bestimmte Raum, der Innenteil eines Gebäudes ist

(Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., vor § 535 Rn. 89; Kinne/Schach/Bieber, Miete und Mietprozess, 9. Aufl., vor § 535 Vorbem. 5; ähnlich auch Schmidt-Futterer/Blank, MietR, 9. Aufl., Vor § 535 Rn. 83; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 535 Rn. 13). Blank zählt hierzu weiter das Wäschewaschen und das gesellige Beisammensein (Blank/Börstinghaus, Miete, § 535 Rn. 13). Man wird daher davon ausgehen müssen, dass Wohnraum zumindest eine Kochmöglichkeit sowie Sanitär- und WC-Benutzung beinhaltet (Erbarth, WuM 1996, 192; Both, NJ 1998, 6; ders. in Herrlein/Kandelhard, MietR, 3. Aufl., § 549 Rn. 3).

Kommt die Geltendmachung insbesondere eines zukünftigen Räumungsanspruches nach § 257 ZPO beispielsweise für Gewerberäume in Betracht, darf nicht übersehen werden, dass es hierzu aber auch der allgemeinen Prozessvoraussetzung eines Rechtsschutzbedürfnisses bedarf (Zimmermann, a.a.O., § 257, Rn. 3). Häufig wird dieses sich aber mit der nach § 259 ZPO erforderlichen Besorgnis der Leistungsentziehung decken. Darüber hinaus kann es aber denkbar sein, wenn bereits ein Weitervermietungsstermin feststeht, und der Vermieter sicher stellen will, kurzfristig die Räumung einleiten zu können.

Allerdings erfordert auch die Räumung nach § 257 ZPO, dass der Eintritt der Fälligkeit des Räumungsanspruches an einen Kalendertag geknüpft ist. Für den Anspruch auf Räumung aus einem Mietvertrag kommt es daher darauf an, wann das Vertragsverhältnis endet. Haben die Parteien einen wirksamen Zeitmietvertrag geschlossen, ist dies das Datum, zu dem der Vertrag enden soll. Der Beendigungstermin kann aber auch in einem Aufhebungsvertrag bestimmt werden. Anderenfalls ist es der Termin des Ablaufes der Kündigungsfrist ausgehend vom Zugang der Kündigung, die ggf. auch in der Räumungsklage selbst und ihrer Rechtshängigkeit liegen kann.

3. § 258 ZPO, Voraussetzungen und Anwendbarkeit

§ 258 lässt die Klage auf zukünftige Leistungen auch für wiederkehrende Leistungen zu, um so nicht stetig Prozesse gleichen Inhaltes wiederholen zu müssen. Wiederkehrende Leistungen sind dabei solche, die aus dem gleichen Rechtsverhältnis in bestimmten Zeitabschnitten geschuldet werden, die sich im Anwendungsbereich des § 258 ZPO aber nicht auf Geldleistungen beschränken müssen (Musielak/Foerste, a.a.O., § 257 Rn. 2).

Der herrschenden Meinung entspricht es, dass § 258 ZPO wegen der Verwendung des Wortes „auch“ eine Ergänzung zu § 257 ZPO darstellt und die wiederkehrenden Leistungen daher ebenfalls nicht von einer Gegenleistung abhängen dürfen (Musielak/Foerste, a.a.O., § 258 Rn. 2; Gies, NZM 2003, 545; Börstinghaus, NZM 1998, 656; Zöller/Greger, a.a.O., § 258 Rn. 1). Vielmehr muss die Leistungspflicht schon bestehen, aber noch vom Zeitablauf abhängen (BGH, Beschl. v. 20.11.2002, VIII ZB 66/02, GE 2003, 320 = NZM 2003, 231 = DR 2003, 452 = NJW 2003, 1395 = WuM 2003, 280; BGH, NVwZ 1997, 99 = ZMR 1996, 546; BGH NJW 2007, 294). Typische Fälle sind hier Unterhalts- oder Rentenzahlungen, deren zeitnahe Durchsetzbarkeit gesichert werden soll.

4. § 259 ZPO und seine Voraussetzungen

Klage auf künftige Leistung kann gemäß § 259 ZPO außer in den Fällen der §§ 257, 258 ZPO erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Da er einen über die Vorschriften der §§ 258, 259 hinausgehenden Anwendungsbereich regelt, stellt er in allen Fällen der Besorgnis der Leistungsentziehung eine Generalklausel (Zimmermann, a.a.O., § 259 Rn. 1) und zugleich für den Besorgnisfall lex speciales dar.

Er ist auf alle Arten von Ansprüchen anwendbar und damit nicht, wie etwa § 257 ZPO auf Geldleistungen oder die Räumung beschränkt (Zöller/Greger, a.a.O., § 259 Rn. 1). Die Leistung kann anders als bei §§ 257, 258 ZPO von einer Gegenleistung abhängig oder an eine Bedingung gebunden sein (Zöller/Greger, a.a.O., § 259 Rn. 1; Zimmermann, a.a.O., § 259 Rn. 1), was sich im vollstreckbaren Urteilsausspruch wiederfinden muss.

Voraussetzung der Zulässigkeit einer Klage aus § 259 ZPO ist, dass die Besorgnis besteht, der Schuldner werde sich seiner Leistungspflicht den Umständen nach entziehen. Bedenken, ob der Schuldner nur die Vollstreckung vereiteln wird, reichen nicht aus (Zöller/Greger, a.a.O., § 259 Rn. 3). Diesen muss der Gläubiger ggf. mit dem Arrestverfahren begegnen. Dies wird man aus Sicht des Vermieters beurteilen müssen, weil ihm unbekannte Gründe in die Entziehungsprognose nicht einbezogen werden können und der Vermieter nach den wirklichen Gründen der sich ihm offenbarenden Umständen nicht fragen muss (Börstinghaus, JurisPr-MietR 6/2007, Anm. 2; AG Charlottenburg, Beschl. v. 22.06.2006, 220 C 63/06, GE 2006, 1047; im Ergebnis ähnlich BGH, Beschl. v. 20.11.2002, VIII ZB 66/02, GE 2003, 320 = NZM 2003, 231 = MDR 2003, 452 = NJW 2003, 1395 = WuM 2003, 280). Darlegen und beweisen muss die die Besorgnis begründenden Umstände der Kläger, der zumeist der Vermieter sein wird (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 568).

III. Monatliche Mietzahlung

1. Zeitmietvertrag

a) Anwendbarkeit der Regelungen

Der Zeitmietvertrag ist wie jeder andere Mietvertrag auch ein gegenseitiger Vertrag, der den Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 BGB zur Gebrauchsüberlassung, den Mieter zur Mietzahlung nach § 535 Abs. 2 BGB verpflichtet. Damit hängt der Mietzahlungsanspruch des Vermieters davon ab, dass er seinerseits dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch gewährt. Zwar ist mit der Regelung des Fälligkeitseintritts in § 556b BGB durch die Mietrechtsreform der Vermieter von Wohnraum nicht mehr vorleistungspflichtig, was aufgrund der Verweisung in § 578 BGB auch für Gewerberaummietverhältnisse gilt (Both in Herrlein/Kandelhard, a.a.O., § 556b Rn. 3).

Die Leistungspflicht des Mieters ist an den Anfang der jeweiligen Mietzeit gelegt worden (BGH GE 2008, 113 = WuM 2008, 152; a.A. LG Bonn, ZMR 2009, 529 = GE 2009, 1191). Allerdings bleibt der Vermieter täglich auf ein Neues zur Gewährung des Gebrauches verpflichtet, so dass die Vorleistungspflicht des Mieters einer Abhängigkeit der Zahlungsverpflichtung von der Gebrauchsüberlassung nicht entgegen steht. Dies findet nicht zuletzt seinen Niederschlag darin, dass sich die Miete gemäß § 536 BGB mindert, wenn der Mietgebrauch dem Mieter ganz oder teilweise entzogen oder er in diesem nicht unerheblich eingeschränkt wird. Daher finden sowohl § 257 ZPO als auch § 258 ZPO für Ansprüche auf künftige Mietzahlungen keine Anwendung (BGH, NVwZ 1997, 99 = ZMR 1996, 546; Börstinghaus, NZM 1998, 656; Gies, NZM 2003, 545; Hänsler, NJW 1989, 3138; Wolf/Eckert/Ball, a.a.O., Rn. 568; Zimmermann, a.a.O., § 257 Rn. 1, 258 Rn. 1).

Somit bleibt nur die Möglichkeit, künftige Zahlungsansprüche des Vermieters mit einer Klage nach § 259 ZPO durchzusetzen, wenn die Umstände die Besorgnis rechtfertigen, dass sich der Mieter für die Zukunft seiner Zahlungsverpflichtung entziehen werde. Schon das Gesetz verlangt seinem Wortlaut nach eine Bewertung der Umstände des Einzelfalles. Gleichwohl hat die Rechtsprechung Regelfälle herausgebildet, an denen sich die Rechtsanwender orientieren können, obgleich nicht ausgeschlossen ist, dass der jeweilige Einzelfall eine abweichende Beurteilung gebieten kann.

Die Besorgnis, der beklagte Mieter werde künftige Zahlungen nicht leisten, wird regelmäßig jedenfalls dann angenommen, wenn der Mieter als Schuldner die Forderung des Vermieters als Gläubiger ernsthaft bestreitet (BGH Urt. v. 20.06.1996, BGHZ 28, 31; BGH Urt. v. 14.12.1998, II. ZR 330/97, NJW 1999, 954; BGH, Beschl. v. 20.11.2002, VIII ZB 66/02, GE 2003, 320 = NZM 2003, 231 = MDR 2003, 452 = NJW 2003, 1395 = WuM 2003, 280; LG Berlin, Urt. v. 30.04.2002, 65 S 421/01, GE 2002, 1064; Zimmermann, a.a.O., § 259 Rn. 2; Zöller/Greger, a.a.O., § 259 Rn. 3; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, a.a.O., Teil 2 Rn. 130 (ob nach Grund oder nach Höhe). Soweit Lützenkirchen (WuM 2001, 55) eine Besorgnis erst annehmen will, wenn der Mieter dem Grunde nach verurteilt ist, weil er durch ein solches Urteil geläutert werden könne, ehrt ihn der unerschütterliche Glaube an das Gute im Menschen, an der Realität, wie sie der gerichtliche Alltag offenbart geht dies aber weit vorbei.

Ein Vermieter darf auch auf zukünftige Miete bzw. Nutzungsentschädigung klagen, sofern der Mieter nach dem Einzug ohne jegliche Angabe von Gründen die Zahlung unterlässt. Der Vermieter darf dann von einer Zahlungsunfähigkeit des Mieters ausgehen (Börstinghaus, JurisPR-MietR 6/2007, Anm. 2; AG Charlottenburg, Beschl. v. 22.06.2006, 220 C 63/06, GE 2006, 1047). Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf künftige Zahlung der Miete wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung im Sinne des § 259 ist gegeben, wenn der Mieter zum einen die bisherige Nichtzahlung der Miete mit einer angeblichen Verzichtserklärung des Vermieters begründet, die er aber nicht beweisen kann, und deshalb die Klageforderung hinsichtlich der Rückstände anerkennt, er zum anderen aber erklärt, grundsätzlich zahlungsbereit zu sein, aber vorübergehend Zahlungsschwierigkeiten zu haben. Dabei steht das allein aus prozessualen Gründen erklärte Anerkenntnis der Besorgnis der Leistungsentziehung für die Zukunft nicht entgegen (AG Gummersbach, Urt. v. 28.03.2007, 2 C 691/06, MietRB 2007, 201), erst recht nicht, wenn auch auf das Anerkenntnis hin nicht gezahlt wird. Soweit § 259 ZPO

verlangt, dass nach den Umständen die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Mieter sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, ist diese Voraussetzung gegeben, wenn der Mieter bei einem Streit um das Vorliegen eines Mangels auch für die Zukunft die Zahlung eines geminderten Mietzinses wegen einer behaupteten fortbestehenden Gebrauchsbeeinträchtigung angekündigt hat. Es genügt nämlich, dass der Mieter den Anspruch des Vermieters ernstlich bestreitet oder in der Vergangenheit unter Berufung auf einen fortbestehenden Mangel nur gekürzt erfüllt hat (Börstinghaus, NZM 1998, 656). Auch in diesem Fall würde es dem Vermieter für die Zukunft nichts nützen, erfolgreich die zu unrecht geminderte Miete für die Vergangenheit eingeklagt zu haben. Ob ein Mangel vorliegt, kann ebenso gut im Rahmen einer Klage nach § 259 ZPO geklärt werden.

Steht fest, dass der Schuldner (Mieter) zahlungsunfähig ist, begründet dies die Besorgnis, dass er auch künftig nicht zahlen werde, ob nun aus Unwilligkeit oder Unfähigkeit und er sich deshalb der Leistungspflicht entziehen werde (BGH, Beschl. v. 20.11.2002, VIII ZB 66/02, GE 2003, 320 = NZM 2003, 231 = MDR 2003, 452 = NJW 2003, 1395 = WuM 2003, 280; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, a.a.O., Teil 2 Rn. 130).

Umstritten ist, ob dies auch der Fall ist, wenn er erst voraussichtlich zahlungsunfähig werden wird (dafür OLG Dresden, Urt. v. 24.09.1998, 21 U 1565/98, NZM 1999, 173 = WuM 2000, 138 [für Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB]; Fischer in Bub/Treier, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl., VIII 34; Hänslers, NJW 1989, 3138; wohl auch Wolf/Eckert/Ball, a.a.O., Rn. 568; ablehnend OLG Koblenz, FamRZ 1980, 583; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, a.a.O., Teil 2 Rn. 130; offen gelassen BGH, Beschl. v. 20.11.2002, VIII ZB 66/02, GE 2003, 320 = NZM 2003, 231 = MDR 2003, 452 = NJW 2003, 1395 = WuM 2003, 280). Soweit sich die ablehnende Ansicht darauf stützt, dass es Fälle der Zahlungsunfähigkeit an dem Merkmal der Entziehung fehle, weil dem Mieter die Zahlung unmöglich sei, ist dies bei einer bereits bestehenden Zahlungsunfähigkeit nicht anders. Woraus sich also in beiden Fällen, in denen der Mieter nicht leisten kann, der Vermieter den wirklichen Grund im Zweifel nicht kennt aber keine Zahlungen erhält, eine Ungleichbehandlung rechtfertigen soll, ist nicht ersichtlich.

b) Rechtskraft und fristlose Kündigung

aa) Kündigung des Vermieters

Haben die Parteien wirksam einen Zeitmietvertrag geschlossen, endet dieser mit dessen Zeitablauf. Schon aus § 542 BGB ist eine ordentliche fristgemäße Kündigung in diesen Fällen ausgeschlossen, so dass die künftige Zahlungspflicht im Urteil bis zu diesem Zeitpunkt ausgesprochen werden kann. Dann aber erstreckt sich die Rechtskraft dahin, dass jeweils bei Fälligkeit der monatlichen Zahlung bis zu dem im Urteilstenor genannten Zeitpunkt der entsprechende Betrag vollstreckt werden kann.

Gleichwohl ist auch der Zeitmietvertrag sowohl außerordentlich fristlos als auch außerordentlich befristet kündbar. Macht nun der Vermieter von einer dieser Kündigungsmöglichkeiten Gebrauch, kann hierdurch sein vertraglicher Entgeltanspruch

entfallen. Das ist dann der Fall, wenn er von einem außerordentlichen fristgemäßen Kündigungsrecht, etwa bei Eintritt eines Dritten bei Tod des Mieters Gebrauch macht oder nach § 543 Abs. 1 BGB eine fristlose Kündigung erklärt, weil ihm die Fortsetzung des Mietverhältnis auch in Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht mehr zugemutet werden kann, die Ursachen hierfür aber nicht der Sphäre oder gar im Verschulden des Mieters beheimatet sind. In all diesen Fällen entfällt auch der Entgeltanspruch des Vermieters mit wirksam werden der Kündigung. Gleichwohl besteht die Rechtskraft des Zahlungsurteils weiter. Nutzt der Vermieter dies aus und vollstreckt er, obgleich seinem Zahlungsanspruch die Grundlage entfallen ist weiter, bleibt dem Mieter allein der Weg, sich hiergegen mittels Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO zu wehren und ggf. diese mit einem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO zu verbinden. Voraussetzung aber ist, dass er die fristlose oder fristgemäße Kündigung des Vermieters nicht schon hätte im Hauptsacheprozess einwenden können. Mit anderen Worten, die Kündigung darf erst nach Rechtskraft des Urteils, mit dem er zu künftigen Leistungen verurteilt worden ist, bei dem Mieter zugegangen sein.

Anders verhält es sich, wenn der Vermieter die fristlose Kündigung gegenüber dem Mieter wegen dessen schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens ausgesprochen hat, etwa wegen Zahlungsverzuges. Dann steht dem Vermieter grundsätzlich aus § 280 BGB ein Schadensersatz wegen Vertragsverletzung zu, aus dem er vom Mieter den Ausfall der Miete bis zum Ende der Vertragslaufzeit verlangen kann. An der Anspruchsberechtigung ändert sich also nichts. Soweit er aber im Einzelfall dazu verpflichtet ist, einen Nachmieter zu suchen, er dies aber unterlässt, können seine Ersatzansprüche wegen Mitverschuldens (§ 254 BGB) geschmälert werden oder gänzlich entfallen. Beachtet der Vermieter dies im Rahmen der Vollstreckung nicht, liegt hierin wiederum eine Einwendung des Mieters, die er im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen kann, um die Vollstreckung aus dem Urteil insoweit für unzulässig erklären zu lassen. Allerdings muss der die Tatsachen, die seine Einwendung tragen sollen, wiederum vortragen und beweisen.

bb) Kündigung des Mieters

Steht hingegen dem Mieter ein außerordentliches Kündigungsrecht zur Seite, etwa wegen Verweigerung der Untermieterlaubnis (§ 540 Abs. 1 BGB) oder aufgrund angekündigter Modernisierungsmaßnahmen (§ 554 Abs. 3 BGB) endet mit Wirksamkeit der Kündigung nach Ablauf der jeweiligen Kündigungsfrist das Vertragsverhältnis. Die Leistungspflicht des Mieters entfällt, was er wiederum mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen muss. Nicht anders verhält es sich, wenn der Mieter aus einem Grund fristlos kündigt, den der Vermieter zu vertreten hat oder der zumindest im Falle eines fehlenden Verschuldens in seiner Sphäre liegt. Dies ist etwa der Fall, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch trotz Abmahnung nicht gewährt wird. Damit entfällt mangels Verschuldens des Mieters der Schadensersatzanspruch des Vermieters, so dass der Mieter das Ende seiner Zahlungspflicht erfolgreich im Wege der Vollstreckungsabwehrklage einwenden kann.

cc) Aufhebungsvertrag

Ist der Mietvertrag noch nicht beendet, ist der Vermieter nicht verpflichtet, die Räume anderweitig zu vermieten, denn grundsätzlich trifft ihn noch die Vertragspflicht, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren. Er kann also seinerseits, stellt er den Gebrauch noch zur Verfügung, die volle Miete verlangen. Ob der Mieter die Räume tatsächlich nutzt, liegt allein im Risikobereich des Mieters. Übernimmt es aber der Vermieter im Einvernehmen mit dem Mieter, die Räume an einen anderen zu vermieten, reduziert sich die vom Mieter zu zahlende Miete um den anderweitig erzielten Betrag (OLG Rostock, Urt. v. 14.01.2010, 3 U 50/09). Haben die Parteien eine solche Vereinbarung getroffen und will der Mieter den Gebrauch der Mieträume nicht mehr selber ausüben, so dass die Verpflichtung des Vermieters greift, reduziert sich die Leistungspflicht um die Miete des neuen Mieters. Vollstreckt der Vermieter gleichwohl aus dem auf künftige Zahlungen bis Vertragsende gerichteten rechtskräftigen Urteil, ist der Mieter wiederum auf die Vollstreckungsabwehrklage des § 767 ZPO verwiesen, wenn diese Tatsachen nicht schon zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorgelegen haben, denn dann ist der Mieter mit diesen Einwendungen gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig, wenn sich die veränderten Tatsachen ergeben, bleibt dem Mieter die Berufung, in der er mit diesen Tatsachen nicht nach §§ 529, 531 ZPO ausgeschlossen ist. Verringert sich die so monatlich zu leistende Zahlung gegenüber der tenorierten Zahlungspflicht, kann der Mieter hingegen nicht Abänderungsklage nach § 323 ZPO erheben. Diese ist ihrer Natur nach darauf gerichtet, eine wiederkehrende Leistung an diejenigen zugrundeliegenden Umstände anzupassen, die sich anders als vom Gericht prognostiziert entwickelt haben, nicht aber mit Einwendungen die Vollstreckbarkeit des Titels zu vernichten. Daher schließen sich Vollstreckungsabwehrklage und Abänderungsklage auch aus (Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 323 Rn. 16).

Ohne eine Vereinbarung im Vertrag, dass der Vermieter einen vom Mieter angebotenen geeigneten Nachmieter akzeptieren und den Mieter aus dem Vertrag entlassen müsse, ist der Vermieter ebenso grundsätzlich nicht verpflichtet, mit einem vom Mieter angebotenen Nachmieter zu kontrahieren, so dass er ihn auch folgenlos ablehnen kann (Wolf/Eckert/Ball, a.a.O., Rn. 595). Hiervon abweichend kann jedenfalls im Wohnraummietverhältnis der Vermieter aus § 242 BGB im Einzelfall dennoch verpflichtet sein, einen vom Mieter angebotenen Nachmieter zu akzeptieren und den Mieter aus dem Vertrag zu entlassen (BGH, NZM 2003, 277). Ausnahmsweise kann dies auch für Gewerberaummietverhältnisse in Betracht kommen, wenn die gegenseitige Interessenabwägung dies nach § 242 BGB geboten erscheinen lässt (OLG Rostock, Urt. v. 14.01.2010, 3 U 50/09). Allerdings wird sich dies regelmäßig auf wenige Ausnahmefälle beschränken, weil der Mieter das Ertragsrisiko des Mietverhältnisses trägt (Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, a.a.O., § 537 Rn. 42) und es hierfür nicht ausreicht, wenn sich nur das wirtschaftliche Risiko des Mieters verwirklicht (Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 537 Rn. 10). Hat der Mieter dem Vermieter einen geeigneten Nachmieter mit dem Ziel seiner Vertragsentlassung angeboten, den dieser ungerechtfertigt abgelehnt hat, und vollstreckt der Vermieter weiterhin aus dem rechtskräftigen Zahlungsurteil, bleibt wiederum dem Mieter nur der Griff zur Vollstreckungsabwehrklage, in deren Rahmen er seine Einwendungen, als die Umstände die ihn zur Andienung eines Nachmieters berechtigen sowie dessen Eignung

vortragen und beweisen muss.

c) Risiko Schriftform

Wird ein Vertrag mit einer Vertragslaufzeit für länger als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, gilt dieser gemäß § 550 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen und ist nach Ablauf eines Jahres ordentlich kündbar. Macht der Vermieter in einem solchen Fall in dem die Schriftform nicht gewahrt ist, aus einem langfristigen Vertrag rückständige Mieten und die künftigen Mieten bis zum Ende der Vertragslaufzeit geltend und wendet der Mieter eine erklärte oder spätestens mit der Klagerwiderung erklärte Kündigung ein, ist das Mietverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist beendet. Hatte also der Mieter eine ordentliche Kündigung zum 03.01.2010 erklärt, die der Vermieter wegen des geschlossenen Zeitmietvertrages für unwirksam gehalten hat, und klagt er gestützt hierauf die Mieten bis zum 31.12.2015, zu dem der Vertrag vereinbarungsgemäß enden sollte ein, kann er die rückständigen Mieten und die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 30.06.2010 (§ 580a BGB) noch künftig anfallenden Mieten verlangen. Die darüber hinausgehende Klageforderung ist unbegründet und er trägt den Löwenanteil seiner Kosten, Ist also ein Zeitmietvertrag abgeschlossen, sollte der Vermieter vor einer Klage nach § 259 ZPO die Schriftform sehr gewissenhaft prüfen.

Nicht anders verhält es sich mit der Prüfungspflicht des Mieters. Macht nämlich der Vermieter die Mieten bis zum Ende der Vertragslaufzeit geltend und kündigt der Mieter im Falle der bereits verletzten Schriftform nicht, kann er nach Rechtskraft des auf künftige Zahlungen gerichteten Titels, nicht mehr kündigen und sich auf die Schriftformverletzung berufen, denn dass wäre im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO in dem Hauptsacheverfahren möglich gewesen. Anders verhält es sich, wenn die Schriftform erst nach Rechtskrafterlangung des Urteils durch eine Vertragsänderung herbeigeführt wird. Dann kann der Mieter kündigen und eine Vollstreckungsabwehrklage hierauf stützen, denn diese Einwendungen hatte er vorab nicht bringen können.

2. Mietvertrag auf unbestimmte Zeit

a) Anwendbarkeit

Anders als beim Zeitmietvertrag steht das Ende der Mietzahlungspflicht bei diesem nicht von vornherein fest. Vielmehr endet dieser gemäß § 542 BGB durch Kündigung einer der Vertragsparteien nach Ablauf der ggf. zu beachtenden Kündigungsfristen. Gleichwohl sind auch in einem unbefristeten Mietverhältnis die künftig zu zahlenden Mieten gemäß § 259 ZPO im Falle der Besorgnis der Leistungsentziehung einklagbar, wo hingegen die Anwendung der §§ 257, 258 ZPO ebenfalls ausscheidet. Insoweit gilt hier das zum Zeitmietvertrag gesagte.

Begegnet kann möglichen Bedenken gegen die Bestimmbarkeit und Vollstreckbarkeit des Urteilsausspruches dadurch werden, dass der Mieter zur Zahlung einer monatlichen Miete in Höhe von ... € bis zur Beendigung des Mietverhältnisses verurteilt wird. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift neben der bestimmten Angabe des

Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch einen bestimmten Antrag enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und zugleich eine Voraussetzung für die etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Daran gemessen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (vgl. etwa BGH, Urt. v. 11. Oktober 1990 - I ZR 35/89, MDR 1991, 505; Urt. v. 30. Oktober 1997 - I ZR 142/95, NJWE-WettbR 1998, 169, 170). Soweit der Anspruch von der Beendigung des Mietverhältnisses abhängig gemacht wird, muss der Mieter diese, wenn sie nach Rechtskraft des Urteils eingetreten ist, mit der Vollstreckungsabwehrklage des § 767 ZPO geltend machen und diesen ggf. mit einem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO verbinden.

Will der Mieter seiner Zahlungspflicht damit begegnen, dass er das unbefristete Mietverhältnis ordentlich gekündigt hat, weil er hierzu einen Kündigungsgrund nicht braucht, ist dies unproblematisch, wenn er dem seinerzeit geltend gemachten künftigen Zahlungsanspruch nicht die Beendigung aufgrund einer von ihm ausgesprochenen Kündigung entgegen gehalten hatte, sondern sich etwa auf eine Minderung oder ein Zurückbehaltungsrecht berufen hatte. Dann sind die Einwendungen erst nach Rechtskraft des vollstreckbaren Urteils eingetreten, wenn er die Kündigung auch erst dann ausgesprochen hat, so dass sie nicht nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert ist. Gleiches gilt, wenn der Mieter stattdessen eine außerordentliche Kündigung ausspricht, deren Gründe sich erst nach Rechtskraft ergeben haben (Wolf/Eckert/Ball, a.a.O., Rn. 569).

Nun hat der BGH entschieden dass bei Geltendmachung eines gesetzlichen Gestaltungsrechts nicht der Zeitpunkt der Ausübung sondern des Entstehens des Rechts den Ausschlag für die Frage der Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO gibt (BGH, Urt. v. 19.03.1987, IX ZR 148/86, BGHZ 100, 222 = NJW 1987, 1691; BGH, Urt. v. 30.03.1994, VIII ZR 132/92, BGHZ 125, 351 = NJW 1994, 2769; BGH Urt. vom 19.11.2003, VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47 = NJW 2004, 1252). Dies überträgt der BGH auf den Fall der ordentlichen Kündigung nach Schluss der mündlichen Verhandlung für den Fall, dass der Mieter schon im Vorprozess das Ende des Mietverhältnisses damals aufgrund außerordentlicher Kündigung eingewandt hatte (BGH, Urt. v. 16.11.2005, VIII ZR 218/04, NJW-RR 2006, 229 = NZM 2006, 102; Wolf/Eckert/Ball, a.a.O., Rn 569; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, a.a.O. Teil 2 Rn. 130). Dies ist jedenfalls dann zu unterstützen, wenn in einer außerordentlichen Kündigung der unbedingte Wille der Vertragsbeendigung zu sehen ist, so dass sie als ordentliche Kündigung hätte ausgelegt werden müssen. Beschränkt sich der Mieter aber darauf die außerordentliche Kündigung zu verfolgen, statt etwa im Berufungsverfahren geltend zu machen, das erstinstanzliche Gericht hätte die Kündigung zumindest zu einer zulässigen ordentlichen Kündigung auslegen müssen, ist die Präklusion gerechtfertigt.

Streitig ist, ob die ordentliche Kündigung aus dieser Rechtsprechung heraus grundsätzlich dem Mieter für das Verfahren nach § 767 ZPO abgeschnitten ist, wenn er

sie im Vorprozess nicht erklärt hat. Eine Pflicht aus Gründen der Wahrung prozessualer Vorteile ein Dauerschuldverhältnis zu kündigen besteht nicht.. Der Mieter war also im Vorprozess nur gehalten, die Kündigung einzuwenden, wenn er sie auch bereits ausgesprochen hatte. Die Kündigungsmöglichkeit allein reicht zur Präklusion nicht (ähnlich Wolf/Eckert/Ball, a.a.O. Rn. 569).

b) Kündigungsausschluss und fristlose oder außerordentliche fristgemäße Kündigung

Hier gilt das zum gekündigten Zeitmietvertrag Gesagte.

3. Mieterhöhungen -anpassungen

a) Staffelmiete

Der Begriff der Staffelmiete ist in § 557a BGB legal definiert. Hiernach ist die Staffelmiete die schriftliche Vereinbarung einer Miete in unterschiedlicher Höhe für bestimmte Zeiträume, wobei der jeweilige Betrag der Miethöhe oder der Erhöhungsbetrag in Geld auszuweisen ist. Die Staffelmietvereinbarung ist folglich eine Abrede der Vertragsparteien über die Höhe der Miete, die der Vermieter als Gegenleistung für die Überlassung des Gebrauches an der vermieteten Sache erhalten soll (Both in Herrlein/Kandelhard, a.a.O., § 557a Rn.. 6). Zwar gilt § 557a BGB unmittelbar nur für Wohnraummietverhältnisse. Insoweit aber der Gesetzgeber hier eine Legaldefinition geprägt hat, wirkt diese grundsätzlich auf Gewerberaummietverhältnisse durch, wobei diese hiervon abweichende Vereinbarungen treffen können.

Haben die Parteien in einem Mietvertrag eine Staffelmiete vereinbart, steht für die Zeit deren Laufzeit die Höhe der Miete weitgehend fest, da anderweitige Mietveränderungen weitgehend ausgeschlossen sind. Damit kann die Veränderung der Miete bereits im Urteilstenor Berücksichtigung finden, so dass Abwähmlichkeiten des Mieters keine Rolle spielen. Allenfalls sind diese dann von Bedeutung, wenn die Staffelmiete bei Eintritt einer neuen Staffel gegen § 5 WiStG verstößt und der diese Grenze übersteigende Teil der Staffel unwirksam ist. Auch dann ist der Mieter auf § 767 ZPO verwiesen.

b) Indexmiete und Mieterhöhungen nach Modernisierung

Haben die Mietvertragsparteien eine wirksame Indexmietvereinbarung getroffen, begründet dies einen Anspruch der Mietvertragsparteien auf Anpassung der Miete für den Fall, dass sich der Verbraucherpreisindex ändert. Dabei steht nicht nur dem Vermieter ein Erhöhungsanspruch zu, wenn sich der Verbraucherpreisindex erhöht, sondern auch dem Mieter ein Senkungsanspruch, wenn der Verbraucherpreisindex rückläufig ist (vgl. insoweit RegE, BT-Drucks. 14/4553, S. 53; Schönleber, WuM 1995, 575). Wird die Möglichkeit der Mietsenkung vertraglich ausgeschlossen, ist die Indexmietvereinbarung unwirksam, denn sie verstößt gegen § 557b Abs. 4 BGB (Schmidt-Futterer/Börstinghaus, MietR, 9. Aufl., § 557b Rn. 20; Both in Herrlein/Kandelhard, a.a.O., § 557b Rn. 34).).

Die Anpassung der Miethöhe findet bei Wohnraummietverhältnissen nicht automatisch statt. Vielmehr muss die Partei, die eine Anpassung begehrt, also der Vermieter, die Erhöhung bzw. der Mieter die Senkung der Miete gem. § 557b Abs. 3 Satz 1 BGB durch Erklärung in Textform geltend machen (vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, a.a.O., § 557b Rn. 33; Both in Herrlein/Kandelhard, a.a.O., § 557b Rn. 35). Hat also der Vermieter eine solche Erklärung ausgebracht, kann er die erhöhte Miete verlangen. Vollstrecken kann er aus dem vorliegenden Urteil aber nur den austenorientierten Betrag. Die darüber hinausgehende Miete muss er erneut gerichtlich geltend machen. Dabei dürfte er wiederum mit einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO nicht weiterkommen. Macht hingegen der Mieter die Herabsetzung durch Erklärung geltend, kann er nach Zugang der Erklärung wiederum die Vollstreckungsabwehrklage bemühen. Das Erfordernis einer vorangegangenen Erklärung entfällt hingegen, wenn im Gewerberaummietverhältnis eine Indexvereinbarung getroffen worden ist, die sich nach dem Preisklauselgesetz richtet. Haben hier die Parteien im Vertrag nichts anderes vereinbart, tritt die Mietanpassung automatisch in Kraft.

Hat der Vermieter eine Modernisierung durchgeführt, kann er die ihm durch die Baumaßnahme entstandenen Kosten in Höhe von 11% jährlich gemäß §§ 559 ff. BGB auf den Mieter umlegen, wenn es sich um ein Wohnraummietverhältnis handelt. Die Mieterhöhung wird mit Ablauf der Frist des § 559b Abs. 1 BGB wirksam, ohne dass es einer Zustimmung des Mieters bedarf, so dass nicht erst eine Zustimmungsklage zu erheben ist, sondern der Zahlungsanspruch geltend gemacht werden kann. Da sich die monatliche Miete hierdurch erhöht, wird der erhöhte Betrag auch monatlich ab diesem Zeitpunkt fällig. Auch hierfür kann ein Anspruch auf künftige Leistungen gemäß § 259 ZPO geltend gemacht werden, wenn die Besorgnis besteht, der Mieter werde die erhöhte Miete nicht zahlen. Die Besorgnis ist zu bejahen, wenn die Verpflichtung zur Zahlung der erhöhten Miete bestritten oder dieser auch nur in der Vergangenheit (auch gutgläubig) bestritten hat (Börstinghaus, JurPR-MietR, 5/2009, Anm. 2). Da §§ 559 ff. BGB auf Gewerberaummietverhältnisse keine Anwendung finden, gelten die vorstehenden Ausführungen nur dann, wenn eine Kostenumlage zwischen den Vertragsparteien des Gewerberaummietverhältnisses vereinbart war.

Findet die Modernisierung hingegen erst statt, wenn der Mieter rechtskräftig zu der Zahlung einer künftigen Miete verurteilt ist, erstreckt sich der Titel wiederum nicht auf den Erhöhungsbetrag. Der Vermieter muss diesen gesondert geltend machen, wobei nach Sinn und Zweck des § 323 ZPO, die gerichtliche Prognoseentscheidung zu korrekieren, eine Abänderungsklage gleichfalls nicht in Betracht kommt.

c) Mieterhöhungen nach dem Vergleichsmietensystem

Will der Vermieter von Wohnraum den Mieter auf eine erhöhte Miete nach dem Vergleichsmietensystem der §§ 558 ff. BGB in Anspruch nehmen, kann er nicht unmittelbar auf Zahlung klagen, sondern muss den Mieter zunächst dahin in Anspruch nehmen, einem den materiellen Voraussetzungen des § 558 BGB und den formellen Voraussetzungen des § 558a BGB entsprechenden Zustimmungsverlangen zuzustimmen.

Verbindet der Vermieter von Wohnraum die Klage auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung mit einer Klage auf Zahlung der erhöhten Miete, so bestehen im Berufungsverfahren gegen die Zulässigkeit der Zahlungsklage jedenfalls dann keine Bedenken (mehr), wenn der Mieter in erster Instanz verurteilt worden ist, der Mieterhöhung zuzustimmen, und diese Verurteilung vor der Berufungsverhandlung über die Zahlungsklage in Teilrechtskraft erwachsen ist, wenn die Zahlungen auf Zeiträume vor Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung beschränkt sind, weil es sich dann nicht mehr um eine künftige Leistung handelt (BGH, Urt. v. 04.05.2005, VIII ZR 5/04, WuM 2005, 458 = GE 2005, 854 = NZM 2005, 582). Dies gilt um so mehr, als der Mieter für die zunächst als künftige Leistungsverpflichtung ausgeurteilten Zahlungen, die zwischenzeitlich fällig geworden sind, unbedingt in der Berufungsinstanz zu verurteilen ist (OLG Dresden, Urt. v. 24.09.1998, 21 U 1565/98, NZM 1999, 173 = WuM 2000, 138).

IV. Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB

1. Anwendbarkeit

Die Anwendung von §§ 257, 258 ZPO scheidet nach der bereits oben zur Miete dargestellten rechtlichen Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur aus, weil auch der Anspruch auf Nutzungsentschädigung von einer Gegenleistung nicht frei ist. Wenn auch nicht freiwillig, so muss der Vermieter dem Mieter doch die Sache überlassen und kann ihn an der Gebrauchsausübung nicht etwa durch Besitzentziehung hindern (ähnlich Gies, NZM 2003, 545). Aus der Besonderheit des § 546a BGB ergeben sich für den Vermieter nachvertragliche Pflichten, wie etwa die Verkehrssicherungspflicht im Eingangsbereich oder die Zugangsgewährungspflicht oder die Pflicht zur Versorgung mit Wasser oder Strom (LG Berlin, Urt. v. 30.04.2002, 65 S 421/01, GE 2002, 1064; zur Versorgungspflicht nach Beendigung des Mietverhältnisses kritisch Both, GE 2009, 1534).

Wird dem Mieter wegen Zahlungsverzugs gekündigt und Räumungsklage erhoben kann gleichzeitig die künftige Miete bzw. Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB bis zur Herausgabe gemäß § 259 ZPO eingeklagt werden (BGH, Beschl. v. 20.11.2002, VIII ZB 66/02, GE 2003, 320 = NZM 2003, 231 = MDR 2003, 452 = NJW 2003, 1395 = WuM 2003, 280; a.A. LG Berlin Urt. v. 30.04.2002, 65 S 421/01, GE 2002, 1064).

2. Unbestimmte Dauer „bis Rückgabe“ und Rechtskraft

In der Natur der Nutzungsentschädigung des § 546a BGB liegt es, dass sich der Zeitpunkt, zu welchem diese nicht mehr zu zahlen ist, nicht von vornherein nach dem Kalender bestimmen lässt. Sie ist nämlich nur wenn und solange der Mieter dem Vermieter die Mietsache vorenthält gemäß § 546a BGB zu zahlen (vgl. auch Kinne in Kinne/Schach/Bieber, a.a.O., Teil 2 Rn. 131). An einer Vorenthaltung fehlt es dabei, wenn der Vermieter überhaupt keinen Rücknahmewillen hat, weil er etwa meint das Vertragsverhältnis bestehe fort oder er sei wegen tatsächlich vom Mieter nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen nicht zur Entgegennahme verpflichtet (BGH, Urt. v.

16.11.2005, VIII ZR 218/04, GE 2006, 121). Insoweit steht auch hier nicht fest, bis zu welchem Zeitpunkt tatsächlich in der Zukunft die Nutzungsentschädigung geschuldet wird. Auch wenn Ansprüche auf künftige Leistungen ihre Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden müssen, dessen rechtserzeugende Tatsachen schon gegenwärtig eingetreten sind, steht dies nicht entgegen, denn dies ist bei der Nutzungsentschädigung der Fall, wenn das Mietverhältnis beendet ist und die Mietsache nicht zurückgegeben wird. Die Forderung ist nur noch bedingt durch Rückgabe und Eintritt der Fälligkeit und daher in ihrem Bestand gewiss, abgesehen von der im Urteil aufzunehmenden Bedingung der nicht erfolgten Rückgabe der Mietsache (OLG Dresden, Urt. v. 24.09.1998, 21 U 1565/98, NZM 1999, 173= WuM 2000, 138).

Ein Klageantrag auf Zahlung monatlicher Nutzungsentschädigung bis zur Herausgabe einer Sache ist im Sinne des ZPO § 253 Abs 2 Nr 2 hinreichend bestimmt. (BGH, Urt. v. 14.12.1998, II ZR 330/97, NJW 1999, 954; Both, JurPR-MietR 2/2008, Anm. 6). Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift neben der bestimmten Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch einen bestimmten Antrag enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und zugleich eine Voraussetzung für die etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Daran gemessen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (vgl. etwa BGH, Urt. v. 11. Oktober 1990 - I ZR 35/89, MDR 1991, 505; Urt. v. 30. Oktober 1997 - I ZR 142/95, NJWE-WettbR 1998, 169, 170). Wird der Zahlungsanspruch von der Herausgabe der verlangten Sache abhängig gemacht, handelt es sich für den Zahlungsanspruch um eine auflösende Bedingung, deren Eintritt als Einwendung der Schuldner mittels Vollstreckungsabwehrklage geltend machen muss, wenn der Gläubiger, hier der Vermieter, gleichwohl weiterhin vollstreckt. Dieses Vollstreckungsrisiko des Mieters als Schuldner nehme das Gesetz bewusst in Kauf (BGH, Urt. v. 14.12.1998, II ZR 330/97, NJW 1999, 954).

V. Betriebskostenvorauszahlungen und -pauschalen

1. Anwendbarkeit

Auch die Betriebskostenvorauszahlungen und Betriebskostenpauschalen erfordern eine Gegenleistung des Vermieters, nämlich die Bereitstellung der dahin wohnenden Leistungen. Dass ergibt sich zudem aus der Erforderlichkeit der Abrechnung bei Vereinbarung einer Vorauszahlung aus § 556 Abs. 3 BGB. Letztlich aber ergibt sich dies auch aus der der Betriebskostendefinition des § 556 Abs. 1 BGB, der von laufenden Lasten spricht, die der Mieter für den Vermieter, der hierfür zunächst nach § 535 BGB einzustehen hätte, übernimmt. Damit ist auch auf diese § 259 ZPO anwendbar, während §§ 257, 258 ZPO ausscheiden müssen.

2. Anpassungen nach § 560 BGB oder Vertrag

Haben die Parteien eine Betriebskostenpauschale vereinbart, darf der Vermieter diese gemäß § 560 Abs. 1, 2 BGB nur deren Erhöhung vornehmen, wenn die Parteien dies auch vertraglich vereinbart haben (Eisenschmid/Rips/Wall, Betriebskosten-Kommentar, 2. Aufl., Rn. 2405; Both, Betriebskostenlexikon, 2. Aufl., Rn. 370). Hat der Vermieter von dieser Möglichkeit gebrauch gemacht, die wiederum eine Erklärung des Vermieters voraussetzt, gilt das zu den Mieterhöhungen Gesagte.

Die Herabsetzung setzt, auch wenn dies der Gesetzestext nicht so deutlich zum Ausdruck bringt, eine Willenserklärung des Vermieters voraus (Schmidt-Futterer/Langenberg, MietR, § 560 Rn. 41). Der Mieter kann diese notfalls durch Erhebung einer Verpflichtungsklage gerichtlich durchsetzen. Eine einseitige Erklärung des Mieters bewirkt die Herabsetzung nicht. Der Mieter hat jedoch einen Auskunftsanspruch. Insofern der Mieter zur Herabsetzung der Pauschale die Erklärung des Vermieters benötigt, kann er bei gesunkenen Betriebskosten nicht einfach Vollstreckungsabwehrklage erheben, weil die Voraussetzungen der Herabsetzung noch nicht gegeben sind. Denkbar scheint es aber insoweit eine Stufenklage auf Auskunftserteilung, Abgabe einer Willenserklärung und anschließend auf teilweise Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung aus dem vorprozessualen Urteil.

§ 560 Abs. 4 BGB schließlich gibt Mieter und Vermieter die Möglichkeit eine Betriebskostenvorauszahlung nach Vorliegen einer Betriebskostenabrechnung anzupassen. Hierfür bedarf es nur einer Erklärung dessen, der diese Herbeiführen will. Sie aber ist auch Voraussetzung für eine im Wege des § 767 ZPO geltend zu machende Einwendung. Der Vermieter muss den erhöhten Betrag nach Erklärung wieder gesondert durchsetzen.

VI. Sonstige Ansprüche aus einem Mietverhältnis

1. Kautio

Hier ist zum einen denkbar, dass der Vermieter von einem Mieter die noch nicht geleistete Kautio verlangt. So ist es beispielsweise möglich, dass der Mieter die in drei gleichen Monatsraten zu erbringende Kautio schon in der ersten Rate trotz Mahnung nicht erbracht hat. Dann können auch die noch nicht fälligen Raten über § 259 ZPO verlangt werden, denn die Nichtzahlung trotz Mahnung bietet hinreichenden Anlass zur Besorgnis der Leistungsentziehung.

Hingegen dürfte der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautio nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht im Wege des § 259 ZPO geltend zu machen sein. § 259 ZPO setzt voraus, der Anspruch bereits schlüssig, also der Sache nach besteht. Ob und in welchem Umfang aber die Kautio zurück zu zahlen ist, hängt davon ab, ob der Vermieter hiergegen zu befriedigende Ansprüche, etwa aus einer Betriebskostenabrechnung geltend machen kann. Insofern ist der künftige Rückzahlungsanspruch ungewiss.

2. Zustimmungsverlangen zur Mieterhöhung nach §§ 558 ff. BGB

Will der Vermieter vom Mieter eine erhöhte Miete nach dem Vergleichsmietensystem erhalten, muss er zunächst gemäß § 558 BGB von diesem die Zustimmung zu einer Mieterhöhung verlangen. Ist das Erhöhungsverlangen wirksam gestellt, gibt § 558 Abs. 1 BGB dem Vermieter einen Zustimmungsanspruch. Liegen also die Voraussetzungen hierfür vor, schuldet der Mieter die Zustimmung. Wird der Mieter im Prozess zur Zustimmung verurteilt, wirkt dies gleichwohl zurück auf den Zeitpunkt des § 558b Abs. 2 Satz 1, der Mieter muss die Erhöhungsbeträge also nachzahlen (Both in Herrlein/Kandelhard, a.a.O., § 558b Rn. 4). § 558b Abs. 2 Satz 1 billigt dem Mieter eine Überlegungsfrist zu (Horst, Praxis des Mietrechts, 2. Aufl., Rn. 515). Der Mieter soll zur Abgabe der Zustimmungserklärung bis zum Ablauf des zweiten Kalendermonats nach Zugang des Zustimmungsverlangens Zeit haben. Die Überlegungsfrist bewirkt lediglich, dass der Vermieter bis zu ihrem Ablauf gehindert ist, den Mieter auf Abgabe der von ihm geschuldeten Zustimmungserklärung zu verklagen (Both in Herrlein/Kandelhard, a.a.O., § 558b Rn. 18).

Diese Regelungen lassen die Anwendung des § 259 ZPO für das Zustimmungsverlangen ausscheiden, Zwar wäre die Abgabe einer Willenserklärung, die die Zustimmung darstellt, grundsätzlich erfasst. Doch fehlt es hier an einer Künftigkeit der Leistung, wenn die Überlegungsfrist abgelaufen war, denn die Zustimmung war bereits fällig. Wird die Klage hingegen vor Ablauf der Überlegungsfrist erhoben, ist sie schlicht unwirksam.

3. Künftige Räumung

Für gewerbliche Mietverhältnisse kommt die künftige Räumung als Klagegegenstand bereits aus § 257 ZPO in Betracht, wenn die Fälligkeit des Räumungsanspruches an einen Kalendertag anknüpft, sich die Beendigung also aus einem befristeten Mietvertrag oder dem Ablauf der Räumungsfrist ergibt.

§ 259 ZPO ist anwendbar auch im Falle einer künftigen Räumung von Wohnraum, sofern der klagende Vermieter nachweist, dass der Mietvertrag zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt beendet sein wird und die nicht rechtzeitige Räumung zu besorgen ist (Gies, NZM 2003, 545). Auch hier muss der Schuldner/Mieter durch sein Verhalten oder seine Äußerungen die Besorgnis veranlassen, dass er sich der Räumungspflicht entziehen werde. Auch hier sind die Umstände zu würdigen. Gleichwohl haben Rechtsprechung und Literatur wiederum Regelfälle herausgebildet.

So besteht die Besorgnis, der Mieter werde nicht termingerecht räumen dann, wenn er den Kündigungsgrund des Vermieters, den dieser mit seiner Wohnraumkündigung gemäß § 573 BGB geltend macht, bestreitet. Gleiches gilt, wenn er der Kündigung gemäß § 574 BGB widerspricht (Gies, NZM 2003, 545). Gleiches soll gelten, wenn die

Widerspruchsfrist abgelaufen ist, der Mieter durch sein Verhalten aber zu erkennen gibt, dass er nicht ausziehen werde. Sowohl der Lauf der Widerspruchsfrist als auch ein erhobener Widerspruch stehen der Klagerhebung nach § 259 ZPO nicht entgegen, da die Berechtigung des Widerspruches in diesem Verfahren geklärt werden kann und muss (Karst, ZMR 1988, 543). Keine Besorgnis soll hingegen anzunehmen sein, wenn kein Widerspruch eingelegt und das Kündigungsrecht des Vermieters nicht bestritten ist, dann aber der Mieter im Weiteren schweigt (AG Ulm, Beschl. v. 07.08.2006, 3 C 329/06, InfoM 2006, 312).

Eine Klage auf künftige Räumung einer Mietwohnung soll gemäß § 259 ZPO nicht zulässig sein, wenn der Mieter die Kündigung nur aus formalen Gründen zurückgewiesen hat (LG Berlin, Urt. v. 10.02.1997, 62 S 513/96, GE 1997, 429). Das aber überzeugt schon deshalb nicht, weil er gerade deutlich macht, dass er einer Kündigung alles entgegen setzen wird, wenn er nicht einmal sachliche Einwendungen zu erheben hat. Dagegen reicht es für die Annahme der Besorgnis, wenn der Mieter trotz Verpflichtung im Vergleich nicht auszieht und zu dem die Mieten nicht zahlt (AG Lemgo, Urt. v. 14.02.2007, 19 C 349/06, Zitiert nach juris).

Soweit sich der Mieter auch im Falle einer künftigen Räumung wehren will, ist zu beachten, dass ein auf Räumung gerichtetes Urteil in einem Wohnraummietverhältnis gemäß § 708 Nr. 7 ZPO ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar ist. Dass dies bei künftiger Räumung nicht gilt, ist nichts ersichtlich.