


<b>Autor:</b>	Joachim Wichert	<b>Quelle:</b>	
<b>Anmerkung zu:</b>	OLG Hamm v. 24.06.2015 I-30 U 155/14	<b>Fundstelle:</b>	Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln MietRB 2015, 358-359
		<b>Normen:</b>	§ 366 BGB, § 367 BGB, § 535 BGB, § 556 BGB, § 767 ZPO
		<b>Zitiervorschlag:</b>	MietRB 2015, 358-359

**Titelzeile****Nebenkosten: Vollstreckungsgegenklage gegen titulierte Vorauszahlungen nach Abrechnungsreife?****Vorinstanz**

LG Essen - 8 O 112/13

**Leitsatz**

Hat der Vermieter einen Titel über Nebenkostenvorauszahlungen, so kann der Mieter nach Abrechnungsreife die Zwangsvollstreckung durch einen Vollstreckungsgegenklage verhindern, sofern die Abrechnungsreife im Erkenntnisverfahren noch nicht bestand.

**Das Problem** Es geht um Gewerberäume, in denen der Mieter eine Bäckerei betreibt. Ab Januar 2007 zahlt er nur noch einen Teil oder gar keine Miete. Der Vermieter erhebt Zahlungsklagen. Mit rechtskräftigem Urteil v. 30.10.2008 werden ihm u.a. Nebenkostenvorauszahlungen für die Monate Oktober 2007 bis Mai 2008 zugesprochen. Mit einem weiteren rechtskräftigen Versäumnisurteil v. 15.12.2009, welches mit Urteil v. 13.4.2010 aufrechterhalten wird, werden dem Vermieter Nebenkostenvorauszahlungen für die Monate Februar bis September 2007 zugesprochen. Der Vermieter betreibt die Vollstreckung aus den Titeln; eine Abrechnung über die Nebenkosten für 2007 und 2008 erteilt er nicht. Der Mieter erhebt nach 2009 Vollstreckungsgegenklage hinsichtlich beider Titel, in der er u.a. argumentiert, dass die Nebenkostenvorauszahlungen wegen Abrechnungsreife weggefallen seien und nicht (mehr) vollstreckt werden könnten.

**Die Entscheidung des Gerichts**

Das OLG Hamm gibt der Vollstreckungsgegenklage gegen das Urteil v. 30.10.2008 statt. Denn mit Abrechnungsreife am 31.12.2008 (Vorauszahlungen 2007) und am 31.12.2009 (Vorauszahlungen 2008) seien die Ansprüche auf die Vorauszahlungen untergegangen (Verweis u.a. auf BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10 - Rz. 29, MietRB 2013, 8 = MDR 2012, 1456 ff.). Dies könne auch mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden (Verweis u.a. auf BGH v. 8.10.2010 - VIII ZR 319/09, NZM 2010, 783 für den umgekehrten Fall des Erlöschen des Mieteranspruchs auf Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen aufgrund zwischenzeitlich erteilter Abrechnung). Mit diesem Vorgehen sei der Mieter auch nicht nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert, denn zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlungen habe noch keine Abrechnungsreife bestanden.

Dagegen weist das OLG Hamm die Vollstreckungsgegenklage gegen das Versäumnisurteil v. 15.12.2009 und das bestätigende Urteil v. 13.4.2010 ab. Denn die Abrechnungsreife der betreffenden Vorauszahlungen (31.12.2008) hätte bereits im Erkenntnisverfahren geltend gemacht werden können. Daher sei der Mieter insofern nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert.

**Konsequenzen für die Praxis** Das Urteil mag vertretbar sein. Aber es entwertet ohne Not den zugrunde liegenden Titel und widerspricht damit auch dem Grundsatz der Prozessökonomie. Der Vermieter wird nämlich nach Abrechnungsreife automatisch zu einer weiteren Klage gezwungen. Überzeugender

ist folgende Lösung: Die Vollstreckungsgegenklage ist nur begründet, wenn die Abrechnung inzwischen erteilt ist und sie einen geringeren Saldo als die titulierten Nebenkostenvorauszahlungen ergibt (ähnlich *Blank*, jurisPR-MietR 22/

- 358 -

MietRB 2015, 358-359

- 359 -

2015 Anm. 5). Dann muss sich der Mieter um den Erhalt der Abrechnung bemühen, notfalls durch eigene Klage. Da er vorher seine Zahlungspflichten nicht erfüllt hat, ist ihm dies auch zumutbar.

**Beraterhinweis** Tritt Abrechnungsreife im laufenden Prozess ein, muss der Vermieter Abrechnung erteilen und seine Klage umstellen: von Zahlung der Nebenkostenvorauszahlungen auf Zahlung des Abrechnungssaldos (vgl. *Seldeneck/Wichert/Fallak*, *Gewerbemiete*, 2013, Baustein 79 Rz. 5). Titulierte Nebenkostenvorauszahlungen sollten möglichst vor Abrechnungsreife vollstreckt werden. Gelingt dies nicht, sollte man sich von der Entscheidung des OLG Hamm nicht ohne weiteres von neuen Vollstreckungsversuchen abhalten lassen. Denn dessen Auffassung ist bisher noch nicht höchstrichterlich bestätigt. Daher ist es auch schade, dass das OLG Hamm die Revision nicht zugelassen hat.

RA Dr. *Joachim Wichert*, aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt/M., [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de)

© Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln