

HONSELL NIEMÖLLER

RECHTSANWÄLTE

Honsell Niemöller – Rechtsanwälte
Barer Str. 44 – D-80799 München

Amtsgericht München
Postfach
80315 München

HARTMUT WESEL (BIS 2006)
PROF. DR. THOMAS HONSELL
DR. STEFAN NIEMÖLLER ♦ ♦
NIKOLAS SCHMID LL.M. ♦

BARER STR. 44
80799 MÜNCHEN

TELEFON 089 / 28 30 69

TELEFAX 089 / 28 29 41

E-MAIL mail@honsell-rechtsanwaelte.de

INTERNET www.honsell-rechtsanwaelte.de

♦ auch Fachanwalt für Arbeitsrecht

• auch Fachanwalt für Versicherungsrecht

30.4.2012
sch/na 13198

**Wir stellen an die Klägervetreter selbst zu
(vorab per Telefax)**

432 C 487/11

In Sachen

S [REDACTED]

gegen

Bauer und Stein

beantragen wir namens und im Auftrag der Beklagten auch im Hinblick auf die Klageerweiterung v. 28.3.2012

die kostenpflichtige Klageabweisung

und nehmen Stellung zu den ersichtlich vorgeschobenen, weiteren Kündigungen der Klagepartei wie folgt:

Im Einzelnen:

1. Hausbesichtigung

Es trifft zu, dass die Beklagten am 20.4.2012 die mit Schreiben 17.4.2012 (Zugang bei den Beklagten am 18.4.2012) angekündigte Hausbesichtigung abgelehnt haben.

An diesem Tag fand bereits der Termin zur Überprüfung des Wasserkreislaufs auf Frostschäden statt, der die volle Aufmerksamkeit aller Anwesenden (Herr M. [REDACTED] die Klägerin und die Beklagten) in Anspruch nahm. Beim Auffüllen des Wasserkreislaufes kam es zu einem Wasseraustritt bei Anschluss der Geschirrspülmaschine. Der Wasseraustritt war so erheblich, dass es im darunter liegenden Keller von der Decke tropfte.

Beweis: Herr M. [REDACTED]
zu laden über:

[REDACTED]
als Zeuge

Parteienvernahme der Beklagten gem. §§ 447, 448 ZPO

Die zusätzliche Besichtigung von angeblichen Miet- und Kaufinteressenten war daher neben dem Termindruck der Beklagten (vgl. Schreiben der Beklagten v. 18.4.2012 = Anl. K 14) nicht zweckdienlich. Hierauf haben die Beklagten bereits im Vorfeld hingewiesen (vgl. Anl. K 14).

Unabhängig davon wurde die Besichtigung nicht rechtzeitig angekündigt. Nach der Rechtsprechung wird eine Ankündigungsfrist von zwei Wochen als angemessen angesehen (Schmidt-Futterer, 10. Aufl., Rn. 183 zu § 535 BGB mit Verweis auf AG Berlin-Mitte, GE 2009, 329). Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beklagten von [REDACTED] aus anreisen müssen.

Schließlich ist eine Kündigung bereits deshalb nicht möglich, da in der Abmahnung v. 23.4.2012 (Anl. K 15) mit einer Kündigung im Falle einer weiteren Besichtigungsverweigerung gedroht wird (vgl. Anl. K 15).

Eine weitere Besichtigung wurde jedoch weder angekündigt noch vereitelt.

Generell erheben die Beklagten keine Einwendungen gegen eine Besichtigung von Kaufinteressenten.

Die Termine sollten jedoch rechtzeitig – zumindest 10 Tage vorher – mit den Beklagten abgestimmt werden. Zudem wird um Nachweis des Kaufinteresses gebeten.

Eine Besichtigung von Mietinteressenten (die Klägerin hatte zunächst lediglich Mietinteressenten angekündigt) braucht angesichts des bestehenden Mietverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht hingenommen werden.

2. Kündigung wegen früherer (teil-)gewerblicher Nutzung

Hinsichtlich der „*gewerblichen Nutzung*“ verweisen wir auf die Ausführungen der Beklagten v. 23.3.2011 und v. 27.6.2011.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Vermieter zur Erlaubniserteilung von teilgewerblichen Nutzungen geringen Umfangs verpflichtet (BGH NJW 2009, 3157 [3158]). Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich – so wie hier – um eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne Kundenverkehr handelt (BGH NJW 2009, 3157 [3158]). Zum geringfügigen Umfang der seit dem 25.9.2010 (= Tag des Umzugs nach Burghausen) nicht mehr von der [REDACTED] (teil-)gewerblichen Nutzung (vgl. hierzu bereits Schriftsatz der Beklagten v. 27.6.2011 unter Gliederungsziffer 1) bieten wir Beweis an:

Beweis:

[REDACTED] V [REDACTED]

als Zeugen

Die Erlaubnis wurde vorliegend durch schlüssige Handlung erteilt; schließlich war der Klägerin die geringfügige (teil-)gewerbliche Nutzung spätestens seit dem Einbau der neuen Fenster im Frühjahr 2009 durch die Hausverwaltung bekannt. Einwendungen wurden weder damals noch bei keinem der nachfolgenden Termine im Jahr 2010 erhoben.

Beweis: Parteieinvernahme der Beklagten
gem. §§ 447, 448 ZPO

Ein (ohnehin nicht bestehendes) Recht zur Kündigung wäre zudem auch verwirkt.

Schließlich wurde der Internethandel zum Zeitpunkt der Kündigung per Schriftsatz v. 1.3.2011 bereits seit 5 Monaten nicht mehr von der streitgegenständlichen Doppelhaushälfte aus ausgeübt. Ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund ist auch aus diesem Grund abwegig.

3. Heizung/Kündigung v. 27.3.2012

Der Vorwurf der Klägerin, die Beklagten hätten die „*Heizungsanlage ausgeschaltet und dadurch erhebliche Frostschäden*“ verursacht (vgl. Schriftsatz v. 27.3.2012 unter Gliederungsziffer 3), ist schlicht falsch.

Während der (durch die gesundheitsgefährdende Schadstoffbelastung bedingten) Abwesenheit der Beklagten war die Heizung gemäß der Empfehlung in der Bedienungsanleitung **auf Frostschutz** eingestellt.

Beweis: [REDACTED] b.b.
als Zeugin

Parteienvernahme der Beklagten gem. §§ 447, 448 ZPO

Grund für den am 9.2.2012 von der Mutter der Beklagten zu 1) festgestellten Heizungsschaden war eine Brennerstörung, die zum Ausfall des Brenners führte. Dies hat Herr M [REDACTED] von der Fa. [REDACTED] im Rahmen des Termins zur Überprüfung des Wasserkreislaufs auf Frostschäden am 20.4.2012 im Beisein der Klägerin bestätigt. Die Brennerstörung als Grund für den Ausfall des Brenners wurde an dem Überprüfungstermin am 20.4.2012 auch auf der Rechnung v. 13.2.2012 vermerkt.

Beweis Rechnung v. 13.2.2012 mit Vermerk von Herrn M [REDACTED]
als **Anlage B 62** (in dem letzten Schriftsatz wurde bei der Anlagennummerierung übersehen, dass bereits 59 Anlagen vorgelegt wurden. Die in dem Schriftsatz v. 26.4.2012 als Anlage B 53 und B 54 bezeichneten Anlagen sind daher umzubenennen in Anl. B 60 und Anl. B 61)

[REDACTED] M [REDACTED]
zu laden über:

[REDACTED]
als Zeuge

Auf Empfehlung einer Heizungsfirma in Altötting wurden am 10.2.2012 und 11.2.2012 wurden folgende Sofortmaßnahmen durchgeführt:

- Entleeren der Wasserleitungen
- Entleeren der Heizungsanlage

Beweis: [REDACTED] V [REDACTED]

[REDACTED]
als Zeugen

Am 13.2.2012 wurden die defekten Heizkörper durch die Fa. [REDACTED] ausgebaut. Desweiteren wurde angeraten, den Heizungsdruck ständig zu überprüfen und die Wände auf evtl. Wasserschäden zu überprüfen. Dies wurde von

den Müttern der Beklagten in der Folgezeit täglich durchgeführt. Der Heizungsdruck blieb konstant. Es zeigte sich damals kein Wasserschaden.

Beweis: [REDACTED] V [REDACTED]
als Zeugin

Bei Überprüfung der Heizung am 20.4.2012 zeigte sich, dass (bis auf die defekten Heizkörper) keine weitere Schäden aufgetreten sind (vgl. oben).

4. Schneeräumen

Die Beklagten haben sich bereits im Winter 2010 mit der Klägerin wegen der Räumungspflicht in Verbindung gesetzt (vgl. Schreiben v. 29.11.2010 = Anl. B 58). In einem am 27.11.2010 geführten Telefonat sicherte die Klägerin aufgrund des Umzugs der Beklagten nach Burghausen zu, das Schneeräumen zu beauftragen (vgl. Anl. B 58). Um Kosten und Zeitaufwand für die Beauftragung zu reduzieren, teilte die Beklagte zu 1) der Klägerin in diesem Telefonat mit, dass die Nachbarin, Frau G [REDACTED] eine Hilfe für das Schneeräumen beauftragt habe (vgl. Anl. B 58). Die Klägerin bedankte sich für den Hinweis und kündigte an, sich mit Frau G [REDACTED] in Verbindung setzen zu wollen.

Beweis: Schreiben der Beklagten v. 29.11.2010
(bereits vorgelegt = Anl. B 58)

Parteienvernahme der Beklagten zu 1)

Zwei Tage später teilte die Klägerin überraschend mit, dass sie entgegen ihrer Zusage nun doch nicht bereit sei, die Schneeräumung zu beauftragen.

Durch die mündliche Vereinbarung der Beklagten zu 1) mit der Klägerin v. 27.11.2010 wurde der Mietvertrag hinsichtlich der Räum- und Streupflicht einvernehmlich abgeändert. Eine einseitige Kündigung dieser Vereinbarung ist nicht möglich.

Aufgrund des von Klägerin zu verantwortenden Umzugs rechtfertigte der Verstoß gegen eine (unterstellte) Räum- und Streupflicht ohnehin keine außerordentliche Kündigung. Wäre die Klägerin ihrer Pflicht zur Mängelbeseitigung nachgekommen, hätte sie also für die Bewohnbarkeit der DHH gesorgt, hätten sich die Beklagten - wie sonst auch - um das Räumen und Streuen gekümmert (vgl. hierzu bereits Schriftsatz der Beklagten v. 27.6.2011). Durch den Umzug der Beklagten nach Burghausen ist das Räumen und Streuen praktisch nicht möglich. Die beengten finanziellen Verhältnisse der Beklagten (die im Rahmen der Prozesskostenhilfe nachgewiesen wurden) lassen auch die Beauftragung eines Räumdienstes nicht zu.

Schließlich wäre ein (ohnehin nicht bestehendes) Recht zur Kündigung verwirkt.

5. Wartungsvertrag

Gem. § 5.2 des Mietvertrages ist der Mieter verpflichtet, „**beim Vorhandensein einer Ölfeuerungsanlage** (...), auf seine Kosten mit der Fachfirma, die die Ölfeuerungsanlage eingebaut hat, oder die der Vermieter benennt, einen **Wartungs- und Reinigungsvertrag abzuschließen.**“ (vgl. Mietvertrag v. 31.7.2002).

Eine Ölfeuerungsanlage war aber seit dem Jahr 2003 nicht mehr vorhanden. Damals wurde die Heizung von Öl auf Gas umgestellt. Die Klägerin wird nicht bestreiten.

Beweis im Falle des Bestreitens:
Inaugenscheinnahme durch das Gericht

Sachverständigengutachten

Ein Verstoß gegen § 5.2 des Mietvertrages ist bereits aus diesem Grund fernliegend. Unabhängig davon wurde die Wartung der Heizung regelmäßig von den Beklagten beauftragt, letztmalig am 21.10.2010.

Beweis: Rechnung der Firma [REDACTED]
[REDACTED] als Anlage B 63

Herr M [REDACTED]
als Zeuge

6. Tierhaltung

Die Beklagten hatten bereits seit Mietbeginn im Jahr 2002 einen Hund. Die Klägerin hatte weder damals noch bei dem Einbau der Fenster im Jahr 2009, noch bei dem Termin am 21.7.2010 Einwendungen gegen den Hund erhoben. Stattdessen hat Herr Still jun. den Hund gestreichelt und hervorgehoben, wie süß der Hund sei.

Beweis: Parteieinvernahme der Beklagten gem. §§ 447, 448 ZPO

Unabhängig davon, dass eine Kündigung mangels Beeinträchtigung der Klägerin und der Nachbarn ohnehin nicht in Betracht kommt (vgl. hierzu LG Berlin GE 1995, 621), scheidet eine Kündigung auch aufgrund konkludenter Erlaubniserteilung und Verwirkung aus.

7. Gartenpflege

Der Garten befand sich zum Mietvertragsschluss in einem verwahrlosten Zustand. Es wurden eine verwilderte Grünfläche und von Unkraut überwucherte Beete vorgefunden.

Beweis: Parteieinvernahme der Beklagten gem. §§ 447, 448 ZPO

Vor Bekanntwerden der Schadstoffbelastung und dem dadurch bedingten Umzug nach Burghausen wurde der Garten regelmäßig gepflegt.

Beweis:  V 

als Zeugen

Selbst im Jahr 2011 wurde der Rasen noch viermal gemäht. Derzeit kann die Gartenpflege nicht durchgeführt werden, da die Abfalltonnen (inkl. brauner Tonne) durch die Klägerin abbestellt wurden. Die Gartenabfälle können daher nicht gem. der Haus- und Grundstücksordnung auf zulässige Weise entsorgt werden.

Beweis: Parteieinvernahme der Beklagten gem. §§ 447, 448 ZPO

Abgesehen davon beruht die Vernachlässigung des Gartens auch auf der Tatsache, dass die streitgegenständliche Doppelhaushälfte aufgrund der festgestellten Schadstoffbelastung nicht bewohnbar ist. Hätte die Klägerin die Bodenbeläge (so wie mit Schriftsatz v. 5.10.2010 [Anl. B 42] angekündigt) austauschen lassen und die bestehenden Mängel behoben, wäre der Garten so wie in den vergangenen Jahren auch gepflegt worden.

Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung halten wir für fernliegend.

8. Wesentliche Veränderungen am Mietobjekt

Hinsichtlich der Vorwürfe bezüglich vermeintlicher „wesentlicher Veränderungen“, tatsächlich handelt es sich um den Wohnwert verbessernde Renovierungs- und Instandhaltungsarbeiten, verweisen wir zur Vermeidung von Wiederholungen auf die bisherigen Ausführungen der Beklagten (vgl. z.B. Schriftsatz der Beklagten v. 21.6.2010).

Voraussetzung der Vermietung an die Beklagten war die Durchführung der Renovierungsarbeiten auf deren Kosten (vgl. hierzu auch das Schreiben des Mietervereins v. 22.12.2010 = Anl. B 41). Hierbei ließ die Klägerin den Beklag-

ten freie Hand. Bei dem Besichtigungstermin am 6.7.2010 äußerte sich die Klägerin zu dem Ergebnis der Renovierung durchweg positiv (vgl. bereits Schriftsatz der Beklagten v. 21.6.2011, Seite 2).

Beweis Parteieinvernahme der Beklagten gem. §§ 447, 448 ZPO

Ein (ohnehin nicht bestehendes) Kündigungsrecht wäre daher bereits verwirkt und eine Kündigung aufgrund des Verbots widersprüchlichen Verhaltens unzulässig. Sollte das Gericht den Vortrag der Beklagten hierzu für nicht ausreichend erachten, erbitten wir einen gerichtlichen Hinweis.

9. Elektrik

Hinsichtlich des die Elektrik betreffenden Vorwurfs verweisen wir auf die Ausführungen per Schriftsatz v. 27.6.2011, Seite 3. Die Klägerin hat die DHH mit unzulässigen Steckdosen und unzulässiger Stromversorgung im Speicher vermietet.

Beweis: Sachverständigengutachten

Diese unzulässigen Elektroinstallationen wurden von einem von der Klägerin beauftragten Elektriker behoben. Bei diesem Termin fiel auf, dass eine von den Beklagten montierte Steckdose versehentlich falsch verkabelt war. Dies wurde umgehend behoben. Zudem wurden sämtliche Steckdosen gemessen. Die Messung ergab keinen Befund. Die Klägerin wird nicht bestreiten.

Beweis Parteieinvernahme der Beklagten gem. §§ 448, 447 ZPO

10. Parkettboden

Zu dem Zustand des Parkettbodens vor und nach der Renovierung durch die Beklagten wurde bereits umfangreich vorgetragen. Der Parkettboden wurde fachgerecht renoviert (fachmännisch abgeschliffen und dreifach versiegelt).

Beweis: Sachverständigengutachten

Wir halten die Klage für abweisungsreif. Die Kündigungen sind ersichtlich vorgeschoben. Sollte der Vortrag der Beklagten nach Ansicht des Gerichtes ergänzungsbedürftig sein, erbitten wir einen vorbereitenden gerichtlichen Hinweis.

Nikolas Schmid LL.M.
(Rechtsanwalt)