

## Aus dem Urteil **10 U 129/13 des OLG Düsseldorf**

Deshalb wären die Mietverhältnisse seitens der Beklagten nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen außerordentlich kündbar gewesen (§ 542 Abs. 2 BGB). Auf etwaige Mängel (also § 543 BGB) ist die Kündigung per mail vom xy nach dem Vortrag der Parteien nicht gestützt worden; zwar können insoweit zum Zeitpunkt der Kündigung objektiv vorhandene Gründe im Prozess noch nachgeschoben werden (vgl. BGH NJW 1987, 432 f; OLG München NJWE MietR 1996, 226 f), aber es kann eine – wie hier – nach ihrer Formulierung als ordentlich erklärte Kündigung (vgl. Anl.K6) nicht in eine außerordentliche umgedeutet werden (vgl. BGH NJW-RR 1989, 589 f). Auch die Voraussetzungen für eine – erfolgreiche – Anfechtung nach § 123 BGB sind offensichtlich nicht erfüllt.

Die Beklagte legt schon nicht dar, wie und warum sie bei der Annahme eines „tadellosen Zustand“ der vermieteten Wohnungen einem von der Klägerin verursachten Irrtum unterlegen (gewesen) sei. Im Übrigen hätte die Beklagten durch die Übernahme der Wohnungen und die vorbehaltlose Zahlung der Mieten bis einschließlich 07.08.2011 ein (unterstellt) anfechtbares Rechtsgeschäft bestätigt (§ 144 Abs. 1 BGB). § 580 a Abs. 1 BGB, auf den sich die Beklagte erstinstanzlich berufen hat, ist nicht einschlägig. Nach alledem ist die Klageforderung aus § 535 Abs. 2 BGB dem Grunde nach gegeben, weil die Beklagte sich vertraglich verpflichtet hatte, den Mietzins grundsätzlich bis Ende 2011 zu zahlen

Soweit die Beklagte geltend gemacht hat, sie sei von ihrer Mietzahlungspflicht befreit bzw. es habe eine Vorteilsausgleichung stattzufinden, weil – wie unstr. ist – die Klägerin nach dem vorzeitigen Auszug der Beklagten im Sommer 2011 drei der in Rede stehenden Unterkünfte an ein anderes – wohl polnisches – Unternehmen weitervermietet habe, dürfte sie sich auf § 537 Abs. 1 S. 2 und/oder Abs. 2 BGB berufen haben. Damit hat die Beklagte – und hat die Berufung – nur zu einem geringen Teil Erfolg.

§ 537 Abs. 2 BGB kann der Beklagten schon nicht zugutekommen, weil der Mieter, der entgegen den – hier unter 2.2.1 dargelegten – vertraglichen Vereinbarungen Mieträume vorzeitig räumt, sich nicht darauf berufen kann, dass aufgrund Weitervermietung der Vermieter zur Gebrauchsüberlassung an ihn (den Ausgezogenen) nicht mehr in der Lage sei (§ 242 BGB, Senat NJW-RR 1991, 1484 f.) Etwas anderes gilt grundsätzlich mit Blick auf § 537 Abs. 1 S. 2 BGB. Hat der Vermieter das Mietobjekt entgeltlich Dritten überlassen, entfällt in Höhe des durch die Weitervermietung tatsächlich erzielten Entgelts der Anspruch auf Mietzahlung gegen den Ausgezogenen (BGH NJW 1981, 43, 45) und kann daher allenfalls noch eine verbleibende Differenz gegenüber dem Letztgenannten geltend gemacht werden (BGH NJW 2000, 1105 f = NZM 2000, 184, 186) Die Darlegungs- und Beweislast für hier erlangte Vorteil trifft allerdings grundsätzlich den (ausgezogenen) Mieter ( Senat NJW-RR

1991, 1143 f; Pal./Weidenkaff, 71. Aufl. § 537 BGB RzF.2), während den Vermieter ggf. eine sekundäre Darlegungslast trifft.