

Aktuelle Rechtsprechung des BGH und ihre Auswirkungen auf die anwaltliche Praxis

Dr. Klaus Lützenkirchen

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht, Köln*

INHALT

1	Einfache Befristung durch wechselseitigen Kündigungsverzicht.....	1
1.1	Der Streit über die Zulässigkeit.....	1
1.2	Rechtsprechung seit dem 1.9.2001.....	2
1.3	vertragliche Umsetzung.....	3
1.3.1	Schriftform.....	3
1.3.2	Transparenzgebot.....	3
1.3.3	Dauer des Verzichts.....	3
1.4	Kettenmietverträge.....	4
2	Mietvertrag.....	5
2.1	schlüssiger Mietvertrag.....	5
2.2	einheitlicher Mietvertrag.....	6
2.3	GbR als Vertragspartei.....	7
2.3.1	Haftungsbeschränkung für die GbR.....	7
2.3.2	Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters.....	7
2.3.3	Prozessführungsbefugnis.....	8
3	Miete.....	8
3.1	Verwirkung.....	8
3.2	Umsatzsteuer.....	9
3.3	Auswirkungen des veränderten Mietniveaus.....	10
3.4	Mietzahlungsklage im Urkundenprozess.....	10
4	vertragsgemäßer Gebrauch.....	12
4.1	zulässige Nutzung.....	12
4.2	Bestimmung eines Mangels i.S.v. § 536 BGB.....	13
4.3	Einräumung des vertragsgemäßen Gebrauchs.....	14
4.4	Haftung des Mieters für vertragsgemäßen Gebrauch?.....	15
4.5	Untervermietung.....	15
4.5.1	Untermieterlaubnis ohne Lebensmittelpunkt?.....	15
4.5.2	Rechtskrafterstreckung eines Titels gegen den (Unterver-) Mieter.....	16
5	Gewährleistung.....	17
5.1	Mangelnde Einbruchsicherheit.....	17
5.2	Mietfläche als zugesicherte Eigenschaft?.....	18

5.3	Berechnung der Minderung.....	23
5.3.1	Auswirkungen der Berechnung	24
5.3.1.1	für den Vermieter	24
5.3.1.2	für den Mieter	25
5.3.2	Anrechnungsbeispiele.....	26
5.3.2.1	Verbuchung im Mietkonto	26
5.3.2.2	Auswirkungen auf die Betriebskostenabrechnung.....	27
5.3.2.3	Anrechnungsbeispiele	28
5.3.2.3.1	Mangel während der gesamten Abrechnungsperiode:	28
5.3.2.3.2	vorübergehender Mangel	29
5.3.2.3.3	Konsequenzen	31
5.4	Fortgeltung der Verzugslage bei Veräußerung	32
5.5	Beweislast bei Fogging	32
5.6	Schadensersatz bei Rechtsmangel	33
5.7	Regress des Nachbarn	34
6	Mieterhöhung	35
6.1	Fortgeltung von Kostenmietklauseln.....	35
7	Betriebskosten	36
7.1	Erdgeschossmieter und Aufzugskosten.....	36
7.2	Sonstige Betriebskosten im Gewerbe.....	38
7.3	gemischte Nutzung	39
7.4	Unverschuldeter Ablauf der Abrechnungsfrist.....	41
7.5	Einsicht in die Abrechnungsbelege	42
7.6	Rückforderung von Zahlungen zum Ausgleich verspäteter Abrechnungen	44
7.7	Rückforderung der Betriebskostenvorauszahlungen nach Mietende	45
7.8	Vollstreckung des Abrechnungsanspruchs.....	46
8	Heizkosten.....	47
8.1	Vorrang der HeizKV	47
8.2	Schätzung nach § 9a HeizKV.....	48
8.3	Wärmecontracting	49
8.4	Anforderungen an die Abrechnung	51
8.5	Abrechnungs- oder Wirtschaftseinheit.....	52

8.6	Kürzungsrecht	52
8.7	Keine Kürzung ohne Möglichkeit zur verbrauchsabhängigen Abrechnung	53
8.8	Berücksichtigung von Leerstand bei der (Heizkosten-) Abrechnung	53
9	Schönheitsreparaturen	54
9.1	Begriff/Abgrenzung zu Schadensersatz	54
9.2	wirksame Überbürdung	57
9.3	Fälligkeit.....	57
9.3.1	Überbürdung ohne Fristen	57
9.3.2	starre Fristenpläne.....	58
9.4	Bedarfsklausel	60
9.5	Abgeltungsklauseln	61
9.5.1	Zulässige Abgeltungsklausel mit Wahlmöglichkeit	61
9.5.2	Starre Abgeltungsquoten	62
9.6	Vorschussanspruch.....	63
9.7	Tapezierfähigkeit.....	64
9.8	Summierungseffekt in der Wohnraummiete	65
9.8.1	Anfangsrenovierung/laufende Renovierung	66
9.8.2	laufende Renovierung/Schlussrenovierung	69
9.8.3	Laufende Renovierung/Quotenklausel	70
9.8.4	Andere Kombinationen.....	70
9.8.5	Vermeidung des Summierungseffektes	71
9.8.6	Summierungseffekt in der Gewerberaummiete	71
9.9	Ersatzanspruch des Mieters bei Renovierung ohne Verpflichtung	72
9.10	Unwirksame Schönheitsreparaturklausel – was nun?	73
9.10.1	Mieterhöhung gemäß § 558 BGB.....	73
9.10.1.1	Zulässigkeit von Zuschlägen zu den Werten aus dem Mietspiegel?	74
9.10.1.1.1	Zuschlag wegen von vornherein nicht übertragenen Schönheitsreparaturen	74
9.10.1.1.2	Zuschlag wegen unwirksamer Schönheitsreparaturklausel.....	74
9.10.2	Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 306a BGB.....	75
9.10.3	Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel	77
9.10.3.1	Beratung Mieter	78
9.10.3.2	Beratung Vermieter.....	78

9.10.3.3	Beratung Hausverwaltungen	79
9.10.4	Vertragsanpassung über § 313 BGB	79
9.10.5	Gebot der Rücksichtnahme, § 241 Abs. 2 BGB	81
9.11	Ersatzanspruch des Mieters bei Renovierung ohne Verpflichtung	82
10	Vermieterpfandrecht und Räumungsanspruch	83
11	Begründung der fristlosen Kündigung, § 569 Abs. 4 BGB	83
12	Rückgabezustand	84
13	Die kurze Verjährung	85
13.1	Erfasste Ansprüche	85
13.2	Beginn der Verjährung der Ansprüche des Vermieters	86
13.3	Hemmung durch Verhandlungen	89

Seit der Änderung der ZPO um 1.7.2002 und dem damit verbundenen Wegfall des Rechtsentscheidverfahrens, ist ein neues Phänomen festzustellen: der BGH äußert sich fast wöchentlich zu Problemen der Wohnraummiete und sorgt jedenfalls zunächst für Rechtssicherheit. Die Befürchtung mancher Autoren, dass in absehbarer Zeit keine Zweifelsfragen mehr bestehen, ist unbegründet, wie die nachfolgende Darstellung verdeutlicht

1 Einfache Befristung durch wechselseitigen Kündigungsverzicht

1.1 Der Streit über die Zulässigkeit

Durch § 575 Abs. 4 BGB werden einfache Befristungen i. S. von § 564 c Abs. 1 BGB a.F. verboten. Es ist also seit dem 1.9.2001 nicht mehr zulässig, ohne einen der 3 geregelten Befristungsgründe des § 575 Abs. 1 BGB einen bestimmten Endtermin in einen Mietvertrag über Wohnraum zu regeln. Die Mütter der Mietrechtsreform sehen als Alternative ausdrücklich in der Begründung den wechselseitigen Kündigungsverzicht vor,¹ wodurch eine Mindestlaufzeit des Mietvertrages erreicht werden kann. Denn ausgehend vom gesetzlichen Leitbild des unbefristeten Mietvertrages führt ein wechselseitiger Kündigungsverzicht dazu, dass der Vertrag wenigstens für die Zeit des vereinbarten Verzichts nicht gekündigt werden kann.

Da diese Möglichkeit der Vertragsgestaltung (wie bisher) im Gesetz nur im Zusammenhang mit der Staffelmiete in § 557 a Abs. 3 BGB, nicht aber bei den Vorschriften über die Beendigung des Mietvertrages ausdrücklich erwähnt wurde (warum auch?), war die grundsätzliche Zulässigkeit eines wechselseitigen Kündigungsverzichts heftig umstritten. Die Meinungen reichten von dem generellen Verbot, allerdings mit unterschiedlicher Begründung,² über eine eingeschränkte Zulässigkeit, wenn der Kündigungsverzicht auf einen Wunsch des Mieters zurückgeht,³ bis hin zur uneingeschränkten Möglichkeit dieser Vertragsge-

¹ vgl. Begr. d. RefE. in *Lützenkirchen*, Neue Mietrechtspraxis, Anhang Rdnr. 1208; *Grundmann*, NJW 2001, 2497; *Jansen*, BBauBl, 2001, 12, 17

² *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 542 BGB Rz. 73; *ders.*, WuM 2003, 123; *Börstinghaus*, WuM 2003, 487; *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar neues Mietrecht, S. 558; *Rips/Eisenschmid*, Neues Mietrecht, S. 138; *Bewermann/Blümmel*, Das Neue Mietrecht, S. 210; *Wiek*, WuM 2001, 442; *ders.*, Informationsservice Mietrecht, Nr. 2, S. 1 ff.; *Voßbeck*, MK 1/01, S. 7; *Feuerlein*, GE 2001, 970, 972.

³ *Derleder*, NZM 2001, 649, 653.

staltung.⁴ Schließlich wurde vertreten, dass nur der Verzicht des Vermieters auf sein Recht zur ordentlichen Kündigung zulässig sein soll.⁵

1.2 Rechtsprechung seit dem 1.9.2001

Ebenso kontrovers war die vorliegende Rechtsprechung⁶, in der die in der Berufung⁷ allerdings aufgehobene Entscheidung des AG Itzehoe⁸ eine Sonderstellung einnimmt. In dem entschiedenen Fall war nämlich vor dem 1.9.2001 ein wechselseitiger Kündigungsausschluss vereinbart worden. Die Grundsätze des neuen Mietrechts sollten anwendbar sein, weil am 30.9.2001 ein Nachmieter in den Mietvertrag eingetreten waren, was rechtsgültig am 10.9.2001 vereinbart worden war.

Der BGH hat durch Urteil vom 22.12.2003⁹ den einseitigen Kündigungsverzicht zu Lasten des Mieters jedenfalls durch **Individualvereinbarung** für zulässig erklärt. und dabei – richtigerweise nicht nur auf die Vertragsfreiheit abgestellt, sondern auch hervorgehoben, dass durch § 575 Abs. 4 BGB allein eine automatische Beendigung des Mietvertrages durch Zeitablauf sanktioniert werden sollte und § 573 c BGB erst zur Anwendung kommt, wenn überhaupt gekündigt werden kann..

Für den **formulärmäßigen Kündigungsverzicht** hat der BGH¹⁰ die Zulässigkeit auch bejaht, soweit er wechselseitig gilt, obwohl die Verfahren von einer immer noch vorhandenen Auffassung, dass jedenfalls ein formulärmäßiger (wechselseitiger) Kündigungsverzicht nicht, jedenfalls nicht uneingeschränkt zulässig sei, begleitet wurde.¹¹

⁴ Lützenkirchen., MDR 2001, 1385, 1388; Blank/Börstinghaus, Neues Mietrecht, § 575 BGB Rz. 15 a; Hannemann in Hannemann/Wiegner, Wohnraummietrecht, § 44 Rdnr. 109; Derckx, NZM 2001, 826; Maciejewski, MM 2001, 347; Grundmann, NJW 2001, 2497; Jansen, BBauBl, 2001, 12, 17; Blank, ZMR 2002, 799.

⁵ Wiek, WuM 2001, 442, 443 m.w.N.

⁶ untergerichtlich haben entschieden: LG Krefeld v. 26.2.2003 – 2 S 98/02, NZM 2003, 309 = WuM 2003, 212 = ZMR 2003, 574 ; AG Itzehoe v. 2.12.2002 – 51 C 1523/02, WuM 2003, 213 (Kündigungsverzicht nicht zulässig); LG Frankfurt/O. v. 22.7.2003 – 12 O 58/03, ZMR 2003, 741, 743; LG Itzehoe v. 8.5.2003 – 4 S 176/02, WuM 2003, 329; AG Bocholt, Vorbehalturteil vom 7.8.2002 – 4 C 74/02, DWW 2003, 50; AG Hamburg-Bergedorf v. 8.4.2003 – 409 C 533/02, ZMR 2003, 745 (Kündigungsverzicht zulässig).

⁷ LG Itzehoe v. 8.5.2003 – 4 S 176/02, WuM 2003, 329.

⁸ v. 2.12.2002 – 51 C 1523/02, WuM 2003, 213.

⁹ BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, WuM 2004, 157 = ZMR 2004, 251 mit Anm. Häublein.

¹⁰ BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 379/03, WuM 2004, 542; BGH v. 30.6.2004 – VIII ZR 294/03, WuM 2004, 543..

¹¹ Fischer, WuM 2004, 123; Kandelhard, WuM 2004, 129; Derleder, NZM 2004, 247; a.A. Hinz, WuM 2004, 126; Häublein, ZMR 2004, 252

Mittlerweile wurde auch ein formularmäßiger **einseitiger Kündigungsverzicht** des Mieters für die Dauer von zwei Jahren im Hinblick auf § 557a Abs. 3 BGB für zulässig erachtet.¹² In Verbindung mit einer Staffelmiete ist sogar ein vierjähriger einseitiger Verzicht zulässig.¹³

1.3 vertragliche Umsetzung

Die Möglichkeit der vorübergehenden Bindung soll zunächst nur unter dem Prüfungsmaßstab des § 307 BGB untersucht werden, da hier strengere Maßstäbe gelten.

1.3.1 Schriftform

Wer den wechselseitigen Kündigungsverzicht regeln will, muss zunächst die Schriftform des § 550 BGB beachten, wenn der Kündigungsverzicht länger als ein Jahr dauern soll. Denn auch in diesem Fall entsteht ein Mietvertrag für eine Zeit von länger als einem Jahr.

1.3.2 Transparenzgebot

Daneben muss inhaltlich im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab des § 307 BGB das Transparenzgebot¹⁴ beachtet werden. Danach darf der Wortlaut nicht die Interpretation zulassen, dass mit der Regelung z.B. auch das Recht zur außerordentlichen befristeten oder außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund erfasst wird. Denn dabei handelt es sich um unabdingbare Rechte beider Vertragsparteien.¹⁵ Demnach sollte die Formulierung auf das ordentliche Kündigungsrecht bezogen werden.

1.3.3 Dauer des Verzichts

Einen länger als vier Jahre dauernden Kündigungsverzicht in einem Formularmietvertrag hält der BGH wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters in der Regel für unwirksam.¹⁶ Dieser Zeitraum ist vom Abschluss der Vereinbarung und nicht der Überlassung an zu rechnen, weil sich der BGH an § 557a Abs. 3 BGB orientiert. Regelungen, die eine längere Laufzeit vorsehen sind unwirksam, da eine Reduzierung auf ein Mindestmaß eine (unzulässige) teleologische Reduktion darstellen soll.¹⁷ Dabei spielt es keine Rolle, wenn die Höchstfrist am Ende des Monats auslaufen soll. Allein maßgeblich zur Berechnung der Frist ist der Tag an dem der Mietvertrag bzw. der Kündigungsverzicht zustande kommt. Wird die sich

¹² LG Berlin v. 3.6.2005 – 65 S 30/05, MietRB 2005, 312; AG Charlottenburg v. 13.12.2004 – 209 C 483/04, MietRB 2005, 61; a.A. LG Duisburg v. 16.4.2002 – 13 S 417/01, MM 2002, 334 = NZM 2003, 354; *Wiek*, WuM 2001, 442, 443.

¹³ BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 154/04, WuM 2006, 97 = ZMR 2006, 262.

¹⁴ vgl. *Bub* in *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 416 m.w.N.

¹⁵ Begr. d. RefE. in *Lützenkirchen*, Neue Mietrechtspraxis, Anhang Rz. 1145

¹⁶ BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346.

¹⁷ BGH v. 3.5.2006 – VIII ZR 243/05, WuM 2006, 385.

daran anknüpfende Frist von vier Jahren um einen Tag überschritten, ist der Verzicht unwirksam. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob der Kündigungsverzicht vor dem 1.9.2001 vereinbart wurde.¹⁸

Musterformulierung: *Der Vertrag beginnt am 1.10.2005¹⁹ und läuft auf unbestimmte Zeit. Die ordentliche Kündigung ist für beide Parteien erstmals zum 30.9.2009 möglich. (... , weil der Mieter diese Absicherung wegen seiner Investitionen wünscht).*

Ist ein **einseitiger Kündigungsverzicht** zu Lasten des Mieters **formulärmäßig** geregelt, ist auch dieser wirksam, solange die 4-Jahres-Frist des § 557a Abs. 4 BGB nicht überschritten ist.²⁰ Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Kündigungsbeschränkung eine Staffelmiete vereinbart ist. Ist allerdings eine Staffelmiete vereinbart und soll der formulärmäßige Kündigungsverzicht länger als vier Jahre laufen, kann unter der Geltung des § 557a Abs. 4 BGB keine Aufteilung in einen wirksamen (bis vier Jahre) und einen unwirksamen Teil (über vier Jahre) erfolgen. Die Klausel ist vielmehr insgesamt unwirksam.²¹

Individuell kann eine längere Zeit ausgehandelt werden und auch ein einseitiger Verzicht zu Lasten des Mieters bestimmt werden.²² Hier bewirkt der Verstoß gegen § 557a Abs. 3 BGB die Unwirksamkeit des Verzichts für die Zeit nach Ablauf von vier Jahren.²³

1.4 Kettenmietverträge

Wer die Zulässigkeit eines Mietvertrages mit Mindestdauer befürwortet, muss auch den sog. Kettenmietvertrag nachbilden können.²⁴ Ein Kettenmietvertrag im eigentlichen Sinne (z.B.: „Wird der Mietvertrag nicht 3 Monate vor Ablauf der Mietzeit gekündigt, verlängert er sich um 1 Jahr.“) lässt sich wegen des Wegfalls der einfachen Befristung nicht mehr herstellen. Deshalb muss nun formuliert werden, dass das Kündigungsrecht für einen weiteren Zeitraum ausgeschlossen wird, wenn nicht mit gesetzlicher Frist zum Ablauf des Verzichtszeitraums gekündigt wird. Allerdings ist auch hier die Höchstdauer von vier Jahren zu berücksichtigen.

Musterformulierung: *Der Vertrag beginnt am 1.10.2005 und läuft auf unbestimmte Zeit. Bis zum 30.9.2008 verzichten die Parteien wechselseitig auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung. Wird der Vertrag zum 30.9.2008 nicht mit der gesetzlichen Frist gekündigt, verzichten die Parteien für ein weiteres Jahr auf das Recht zur ordentlichen Kündigung. Danach läuft der Vertrag auf unbestimmte Zeit.*

¹⁸ AG Gießen v. 16.2.2006 – 48 MC 849/05, WuM 2006, 196.

¹⁹ hier wird der Vertragsschluss am 01.10.2005 unterstellt; soll eine Formulklausel entworfen werden, sollte der Verzicht auf 45 Monate Laufzeit beschränkt werden, da Verträge regelmäßig vor Beginn abgeschlossen werden.

²⁰ BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 154/04, WuM 2006, 97.

²¹ BGH v. 25.1.2006 – VIII ZR 3/05, WuM 2006, 15 = ZMR 2006, 270.

²² BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, WuM 2004, 157 = ZMR 2004, 251 mit Anm. Häublein.

²³ BGH v. 14.6.2006 – VIII ZR 257/04, WuM 2006, 445.

²⁴ Lützenkirchen, ZMR 2001, 769, 771; Blank/Börstinghaus, Neues Mietrecht, § 575 Rz. 15 a.

2 Mietvertrag

2.1 schlüssiger Mietvertrag

Die zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen können grundsätzlich durch schlüssiges Verhalten ersetzt werden. Jedoch ist die Rechtsprechung bei der Annahme schlüssiger Verträge zurückhaltend, da von dem Grundsatz auszugehen ist, dass Schweigen keine Zustimmung bedeutet. Das bloße Wollen von Leistungen und deren schlichte Entgegennahme führt nicht ohne Weiteres zu einem Vertragsschluss.²⁵ Wirksam und bindend ist ein Vertrag erst, wenn sich die Parteien über sämtliche **wesentlichen Vertrags Elemente** geeinigt haben. Denn gemäß § 154 Abs. 1 BGB ist ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, solange die Parteien sich nicht über alle Punkte verständigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Regelung zu treffen ist.

Die Annahme eines **schriftlichen Vertragsangebots** durch schlüssiges Verhalten ist grundsätzlich nur dann möglich, wenn der schriftliche Mietvertragsantrag nur **deklaratorische Bedeutung** hat, also die bereits vereinbarten wesentlichen Vertragsbedingungen lediglich wiedergeben und nicht konstitutiv für die Einigung sein soll. Davon kann nicht ausgegangen werden, wenn die Parteien vereinbart haben, den Mietvertrag schriftlich zu beurkunden (Schriftformklausel).²⁶ Allerdings soll bereits die Zahlung der ersten Miete und der Kautions bei gleichzeitiger Überlassung der Mieträume selbst dann einen konkludenten Vertragsabschluss begründen, wenn die Parteien durch Aushandeln eines schriftlichen (unbefristeten) Vertrages deutlich gemacht haben, dass sie ihre Einigung schriftlich niederlegen wollen.²⁷ Der Vollzug soll nämlich zum Ausdruck bringen, dass die Schriftform kein **konstitutives Element** der Einigung war, so dass § 154 Abs. 2 BGB nicht eingreift. Dies gilt erst recht, wenn eine Einigung über die *essentia* stattgefunden hat und der Vertrag monatelang vollzogen wird.²⁸

Die Verabredung, einen Mietvertrag schriftlich zu beurkunden, wird dann vermutet, wenn der Vertrag eine feste Dauer von mehr als einem Jahr haben soll. Denn dann ist die Schriftform gemäß § 550 BGB wesentlich, so dass die Voraussetzungen des § 154 Abs. 2 BGB anzunehmen sind. Besteht ein solcher Vorbehalt oder wurde er sogar ausdrücklich erklärt, kann auch durch mehrfachen Leistungsaustausch nicht ohne weiteres ein schlüssiger Mietvertrag begründet werden.²⁹

Unabhängig davon können die **Umstände des Einzelfalls** gleichwohl dafür sprechen, dass die Parteien ein Mietverhältnis begründen wollten. Hierzu müssen jedoch Umstände gegeben sein, aus denen (überein-

²⁵ BGH v. 10.4.1997 – VII ZR 211/95, NJW 1997, 1982.

²⁶ KG. v. 29.4.2004 – 8 U 261/03, MietRB 2004, 286.

²⁷ OLG Frankfurt/M. v. 1.8.2003 – 19 U 217/02, MietRB 2003, 67.

²⁸ KG v. 10.3.2005 – 8 U 217/04, WuM 2005, 336 = NZM 2005, 537.

²⁹ BGH v. 8.12.2004 – XII ZR 96/01, MDR 2005, 474 = MietRB 2005, 149.

stimmende) Willenserklärungen der Parteien ersichtlich sind, insbesondere auf deren **Rechtsbindungswillen** geschlossen werden kann.³⁰ Insoweit kommt es nicht darauf an, ob sich aus der (konkludenten) Einigung eine bestimmte Miethöhe ergibt. Denn die Höhe der **Miete** kann durch das Gericht in ergänzender Vertragsauslegung oder analog §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB ermittelt werden.³¹

Beispiel: Der Rechtsbindungswille fehlt, wenn der Vermieter dem Untermieter die Kündigung des Hauptmietvertrages mitteilt und ihm die (befristete) Fortsetzung der Nutzung gestattet, ohne dass der Untermieter darauf außer durch Fortsetzung der Nutzung reagiert.³² Aus dem unveränderten Verhalten des Untermieters soll nicht auf einen Rechtsbindungswillen, der die Annahme des Angebotes rechtfertigen könnte, geschlossen werden.

2.2 einheitlicher Mietvertrag

Ein Mischmietverhältnis liegt vor, wenn Räume in einem einheitlichen Vertrag sowohl zu Wohn- als auch zu Geschäftszwecken bzw. allen anderen als Wohnzwecken überlassen werden, wobei die Einheit durch den Willen der Parteien bestimmt wird. Wird ein Mietobjekt veräußert, tritt der Erwerber neben dem Vermieter in den einheitlichen Mietvertrag ein,³³ und zwar auch dann, wenn der Eigentümer, welcher zugleich Vermieter ist, einen Teil des Mietobjekts abtrennt und veräußert.³⁴

Nichts anderes hat zu gelten, wenn ein einheitlicher Mietvertrag über eine Wohnung und eine Garage besteht und eine Veräußerung an verschiedene Erwerber stattfindet.³⁵ Auch dies führt nicht zu einer Aufspaltung in mehrere Mietverträge. Vielmehr treten die Erwerber in den einheitlichen Mietvertrag ein. Das Verhältnis der Erwerber bestimmt sich nach den Regelungen über die Bruchteilsgemeinschaft,³⁶ nach welchen der Grundsatz der gemeinsamen Verwaltung gilt, §§ 744, 745 BGB. Durch diesen Grundsatz wird die Anwendung des § 420 BGB auf Forderungen der Gemeinschaft gegen einen Mieter aber ausgeschlossen, da die Forderung auf eine im Rechtssinne unteilbare Leistung gerichtet ist.³⁷ Die isolierte Geltendmachung der Miete für eine Teil des Mietobjektes durch einen Vermieter ist daher nicht möglich, selbst wenn ihm im Innenverhältnis auf Vermieterseite dieser Teil alleine zusteht.

³⁰ vgl. dazu mit Beispielsfällen: *Lützenkirchen*, AHB Mietrecht, 2. Aufl., B Rz. 91 f.

³¹ BGH v. 31.1.2003 – V ZR 333/01, WuM 2003, 263 = ZMR 2003, 415 = GuT 2003, 86 = NZM 2003, 314.

³² OLG Brandenburg, ZMR 1999, 102.

³³ vgl. BGH v. 24.1.1973 – VIII ZR 163/71, NJW 1973, 455.

³⁴ BayObLG v. 12.12.1990 – RE Miet 2/90, NJW-RR 1991, 651.

³⁵ BGH v. 28.09.2005 – VIII ZR 399/03, WuM 2005, 790 = ZMR 2006, 30.

³⁶ vgl. BGH v. 28.4.1999 - VIII ARZ 1/98, BGHZ 141, 239, 244.

³⁷ BGH v. 14.3.1983 – II ZR 102/82, WM 1983, 604.

2.3 GbR als Vertragspartei

Seitdem der BGH die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bestätigt hat,³⁸ was auch verfassungsgemäß ist,³⁹ wird lebhaft über die Auswirkungen diskutiert.⁴⁰ Dies hat mittlerweile zur Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft geführt.⁴¹ Allerdings hat der BGH eine Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft abgelehnt.⁴² Wie schon in den letzten Jahren hat die Rechtsprechung wieder zu einzelnen Zweifelsfragen Stellung genommen.

2.3.1 Haftungsbeschränkung für die GbR

Nicht erst seit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR wird versucht, die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Dies erfolgt regelmäßig durch einen entsprechenden Hinweis auf den Geschäftspapieren oder sogar durch die Bezeichnung als „GbR mbH“.

Die bloße Verwendung derartiger Hinweise oder Bezeichnungen führt aber nicht automatisch zur Haftungsbeschränkung für Ansprüche aus einem Mietvertrag, selbst wenn der Wille, nur beschränkt für die Verpflichtungen der Gesellschaft eintreten zu wollen, durch die Korrespondenz oder den im Rubrum des Vertrages verwendeten Namenszusatz deutlich zum Ausdruck kommt. Vielmehr ist dafür eine individualvertragliche Vereinbarung erforderlich.⁴³

2.3.2 Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

Der bloße Hinweis auf eine fünfjährige Nachhaftung gemäß §§ 736 Abs. 2 BGB, 160 HGB könnte den Schluss zulassen, der ausscheidende Gesellschafter hafte für diese Dauer für Ansprüche, die während seiner Gesellschafterstellung entstanden sind.

Schon der Wortlaut macht jedoch deutlich, dass sich die Nachhaftung auf alle in dem 5-Jahreszeitraum fällig werdenden Forderungen bezieht, die ihre Grundlage im Mietvertrag haben (z.B. Mietzahlungsansprüche, Betriebskostennachforderungen). Denn sie sind mit dem Abschluss des Mietvertrages entstanden.⁴⁴

³⁸ BGH, WuM 2001, 134 = NJW 2001, 1046 = ZMR 2001, 338.

³⁹ BverfG v. 2.9.2002 – 1 BvR 1103/02, WuM 2003, 20.

⁴⁰ *Kraemer*, NZM 2002, 465 ff.; *Lützenkirchen*, WuM 2002, 179, 180 m.w.N.

⁴¹ BGH v. 2.6.2005 – V ZB 32/05, WuM 2005, 530 = ZMR 2005, 547 = MietRB 2005, 232; *Bub*, ZWE 2002, 103 ff.

⁴² BGH v. 17.10.2006 – VIII ZB 94/05, ■.

⁴³ BGH v. 24.11.2004 – XII ZR 113/01, MDR 2005, 460 = MietRB 2005, 119.

⁴⁴ KG v. 15.9.2005 – 8 U 6/05, ZMR 2005, 952.

2.3.3 Prozessführungsbefugnis

Die Rechtsfähigkeit der GbR hat zur Folge, dass sie auch parteifähig ist.

Klagen die einzelnen Gesellschafter als notwendige Streitgenossen eine Gesamthandsforderung ein, ist richtiger Kläger die GbR, weil ihr die Ansprüche zustehen.⁴⁵ Die richtige Parteibezeichnung kann durch einfache Rubrumsberichtigung herbeigeführt werden.⁴⁶ Dem gemäß richtet sich z.B. die Zuständigkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG nicht nach dem ausländischen Wohnsitz eines Gesellschafters, sondern nach dem Sitz der GbR.⁴⁷

Die Gesellschafter der Vermieter-GbR sind nach den Grundsätzen der gewillkürten Prozessstandschaft auch befugt, den der Gesellschaft zustehenden Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen⁴⁸ und daher auch die richtige Prozesspartei z.B. bei Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen.⁴⁹ Die Prozessstandschaft muss sich aber aus dem Klagevortrag ergeben, aus dem deutlich werden muss, dass ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend gemacht wird.

3 Miete

3.1 Verwirkung

Neben dem Zeitmoment muss für die Annahme einer Verwirkung ein Vertrauenstatbestand (Umstandsmoment) bestehen. Dazu muss das Vorliegen besonderer Umstände festgestellt werden, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen.⁵⁰ Für den Fall, dass der Mieter über einen längeren Zeitraum ankündigungsgemäß minderte, war im Hinblick auf die Grundsätze, die zur analogen Anwendung des § 539 a.F. BGB entwickelt worden waren, die gerichtliche Geltendmachung der Mietrückstände durch den Vermieter innerhalb von 6 Monaten nach der 1. Minderung verlangt worden.⁵¹

Es reicht jedoch aus, dass der Vermieter der Bildung eines Vertrauenstatbestandes überhaupt (zeitnah) entgegengewirkt, was durch bloßen Widerspruch gegen die Minderung erfolgen kann.⁵² Dies gelte auch dann, wenn eine Mahnung hinsichtlich der gekürzten Miete erst über ein und ein halbes Jahr später erfolge.

⁴⁵ OLG Düsseldorf v. 7.7.2005 – I-10 U 202/04, WuM 2005, 655 = ZMR 2005, 710.

⁴⁶ BGH v. 23.10.2003 – IX ZR 324/01, NZM 2003, 235.

⁴⁷ OLG Düsseldorf v. 7.7.2005 – I-10 U 202/04, WuM 2005, 655 = ZMR 2005, 710..

⁴⁸ OLG Düsseldorf v. 28.11.2002 – 10 U 172/01, GuT 2003, 18.

⁴⁹ BGH v. 14.9.2005 – VIII ZR 117/04, WuM 2005, 791.

⁵⁰ BGH v. 14.11.2002 – VII ZR 23/02, NJW 2003, 824 m.w.N.

⁵¹ LG München I v. 21.3.2002 – 31 S 11268/01, NZM 2002, 780.

⁵² BGH v. 4.2.2004 – VIII ZR 171/03, WuM 2004, 198 = MietRB 2004, 161.

Ob eine gerichtliche Geltendmachung verlangt werden kann, um die zwischenzeitlich eingetretene Verwirkung für die Zukunft zu beseitigen,⁵³ muss angesichts der klaren Ausführungen des BGH bezweifelt werden. Denn auch durch die außergerichtliche Beanspruchung kann der Vertrauenstatbestand für die Zukunft beseitigt werden. Jedenfalls ist die vor dem 1.9.2001 vertretene Auffassung, dass die Mietzahlungsansprüche des Vermieters in (doppelter) Analogie u § 539 BGB a.F. verwirken können, nicht mehr haltbar.⁵⁴

3.2 Umsatzsteuer

Die Vermietung von Grundstücken und Räumen ist grundsätzlich umsatzsteuerfrei. Indessen kann der Vermieter nach § 9 Abs. 1 UStG auf die Steuerbefreiung verzichten, also für die Umsatzsteuer optieren. Dies setzt allerdings voraus, dass der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Beide Parteien, Vermieter und Mieter, müssen Unternehmer gemäß § 2 Abs. 1 UStG sein. Der Unternehmerbegriff des Umsatzsteuerrechts weicht erheblich vom allgemeinen Sprachgebrauch ab. Während man üblicherweise unter einem Unternehmer jemanden versteht, der sich unter Einsatz von Kapital und Arbeitskräften intensiv am Wirtschaftsleben beteiligt, geht der umsatzsteuerliche Begriff des Unternehmers weiter. Er stellt nicht auf ein äußeres Erscheinungsbild der Person des Unternehmers ab, sondern rein formal auf eine unter bestimmten Umständen ausgeübte Tätigkeit. Daher umfasst der Kreis der Unternehmer auch Privatleute, die aus der Nutzung ihres Vermögens (z.B. Grundbesitz) fortlaufend Einnahmen erzielen.⁵⁵

Mit Rücksicht auf diese Grundsätze ist eine Vereinbarung, wonach der Mieter neben der Miete die jeweils „gültige“ Umsatzsteuer zahlen soll, unwirksam, wenn der Vermieter nicht wirksam nach § 9 Abs. 1 UStG zur Umsatzsteuer optiert hat, weil in diesem Fall keine „gültige Umsatzsteuer“ existiert.⁵⁶ Umgekehrt macht sich der Mieter u.U. schadensersatzpflichtig, wenn er trotz Umsatzsteueroption des Vermieters und der Vereinbarung zur Zahlung der Umsatzsteuer in den Mieträumen keine umsatzsteuerpflichtigen Umsätze erzielt. Aus Vermietersicht empfiehlt es sich, in Gewerberaummietverträgen zusätzlich zu vereinbaren, dass sich der Mieter verpflichtet, umsatzsteuerpflichtige Tätigkeiten in den Mieträumen durchzuführen,⁵⁷ damit evt. Schadensersatzansprüche aus Vertrag geltend gemacht werden können und sich der Mieter insoweit nicht mit dem Argument aus der Verantwortung stehlen kann, dem Vermieter sei die mangelnde Umsatzsteuerpflicht des Mieters bekannt gewesen.

⁵³ so OLG Naumburg v. 4.11.2003 – 9 U 50/03, WuM 2004, 91.

⁵⁴ BGH v. 19.10.2005 – XII ZR 224/03, GuT 2006, 25 = NZM 2006, 58 = ZMR 2006, 107.

⁵⁵ *Bunjes/Geist*, UStG, 8. Aufl., § 2 UStG Rz. 5.

⁵⁶ BGH v. 28.7.2004 – XII ZR 292/02, MDR 2004, 1406.

⁵⁷ vgl. hierzu *Junker* in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl., D Rz. 20.

3.3 Auswirkungen des veränderten Mietniveaus

Verändern sich Umstände, die bei Vertragsschluss zugrunde gelegt wurden, kommt eine Anpassung des Vertrages über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht. Zu diesen Umständen gehört auch das Mietniveau, weil es regelmäßig Ausgangspunkt für die Mietpreisbildung ist. Der Umstand, dass eine Partei durch nachträgliche Änderung der Verhältnisse wirtschaftlich schlechter steht, als bei Abschluss der Vereinbarung zu erwarten war, erlaubt aber regelmäßig nicht aus Billigkeitsgründen ein auch nur teilweises Abgehen vom Vertrag. Denn nach der gesetzlichen Grundentscheidung müssen Verträge so, wie sie geschlossen sind, grundsätzlich eingehalten werden.⁵⁸

Das gilt auch bei der Vereinbarung einer Staffelmiete, obwohl darin zum Ausdruck kommt, dass beide Parteien eine bestimmte Mietentwicklung angenommen haben.⁵⁹ Das typische Risiko, dass die vereinbarte Miete im Lauf der Zeit erheblich von der Entwicklung der marktüblichen Miete abweicht, trägt grundsätzlich die jeweils benachteiligte Vertragspartei, so dass der Mieter auch bei gravierendem Absinken des allgemeinen Mietniveaus an die Staffelmieterrhöhungen gebunden bleibt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Eine lange Restlaufzeit des Vertrages kann für die Frage einer Anpassung von Bedeutung sein, reicht für sich genommen aber nicht aus, um eine Anpassung zu begründen. Ob die Äquivalenzstörung auf einer bewussten Risikoübernahme durch den Mieter beruht oder nicht, spielt keine Rolle. Eine Vertragsanpassung kommt nur dann infrage, wenn die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung durch unvorhergesehene Änderungen derart gestört wird, dass das normalerweise von einer Partei zu tragende Risiko in unzumutbarer Weise überschritten wird.

3.4 Mietzahlungsklage im Urkundenprozess

Der BGH hat für die Gewerberaummiete durch die Entscheidung vom 10.3.1999⁶⁰ festgestellt, dass auch Mietrückstände im Urkundenprozess eingeklagt werden können. Gegen die stark vertretene Meinung, dies sei wegen § 536 Abs. 4 BGB für die Wohnraummiete anders zu beurteilen,⁶¹ wurde nun die h.M. bestätigt, dass der Urkundenprozess auch bei der Wohnraummiete statthaft ist.⁶²

Der Mieter werde dadurch keinen anderen Nachteilen ausgesetzt als alle im Urkundenprozess Beklagte, die die von ihnen geltend gemachten rechtsvernichtenden Einwendungen nicht mit nach § 595 Abs. 2

⁵⁸ BGH v. 8.5.2002 – XII ZR 8/00, WuM 2002, 518 = MDR 2002, 1113 = GE 2002, 1056.

⁵⁹ BGH v. 27.10.2004 – XII ZR 175/02, MDR 2005, 264 = MietRB 2005, 66.

⁶⁰ WuM 1999, 345 = NJW 1999, 1408.

⁶¹ AG Brandenburg v. 25.3.2002 – 32 C 544/01, NZM 2002, 382; LG Göttingen v. 14.6.2000 – 5 S 4/00, NZM 2000, 1053; *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 434 i. V. m. Rz. 370 ff.; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., V Rz. 37; ders., Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rz. 1470; *Blank*, NZM 2000, 1083, 1085 ff.; *Eisenhardt*, MDR 1999, 901 ff.

⁶² BGH v. 1.6.2005 - VIII ZR 216/04, WuM 2005, 526 = ZMR 2005, 773 = NZM 2005, 661.

ZPO zulässigen Beweismitteln nachweisen können. Er werde zwar durch ein Vorbehaltsurteil zunächst zur Zahlung verurteilt, könne jedoch im Nachverfahren - mithin noch in demselben Prozess - die Minderung unbeschränkt geltend machen (§ 599 ZPO) und bleibe damit in der Rolle desjenigen, der sich mit der Minderung gegenüber dem Klageanspruch verteidigen kann. Die Vollstreckung aus einem vor Rechtskraft nach § 708 Nr. 4 ZPO ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Vorbehaltsurteil könne er nach § 711 Satz 1 ZPO durch Sicherheitsleistung abwenden, es sei denn, dass der Vermieter vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Würde die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen, so habe auf seinen Antrag das Gericht nach § 712 ZPO bis zum rechtskräftigen Abschluss des Vorbehaltverfahrens die Vollstreckung einschränkende oder ausschließende Schutzanordnungen zu treffen, wenn und soweit nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht.

Die Notwendigkeit, zur Abwendung der Vollstreckung aus dem nicht rechtskräftigen Vorbehaltsurteil Sicherheit zu leisten oder bei Sicherheitsleistung durch den Vermieter bzw. nach Rechtskraft des Vorbehalturteils den ausgerichteten Betrag vorläufig zahlen zu müssen, stelle keine mit dem Rechtsgedanken von § 536 Abs. 4 BGB und § 556b Abs. 2 Satz 2 BGB unvereinbare, unzumutbare Belastung des Mieters dar. Die erforderliche Sicherheitsleistung bzw. Zahlung decke sich der Höhe nach im Wesentlichen mit der vereinbarten Miete und müsse nur für den Zeitraum erfolgen, in dem gerade noch ungeklärt ist, ob die Mietsache tatsächlich Mängel aufweist und der Mieter deshalb von der Entrichtung der Miete ganz oder teilweise befreit sei. Das Vertrauen des Mieters, wegen Mängeln keine oder nur eine geminderte Miete zahlen zu müssen, sei angesichts der durch § 536 BGB angeordneten Beweislastverteilung nur in dem Umfang berechtigt und geschützt, in dem er einen Mangel darlegen und mit den prozessrechtlich zulässigen Mitteln beweisen kann.

Sei der Mieter zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage und würde die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen, könne die Zwangsvollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil für die Dauer des Nachverfahrens auch ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werden (§ 707 ZPO), wenn die Geltendmachung der Rechte des Mieters im Nachverfahren Aussicht auf Erfolg habe. Stelle sich im Nachverfahren heraus, dass der Klageanspruch wegen einer Minderung unbegründet gewesen sei, habe der Mieter zudem gemäß § 600 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 302 Abs. 4 Satz 3 ZPO Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Diesen (verschuldensunabhängigen) Anspruch könne er nach §§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 Satz 4 ZPO noch in dem anhängigen Rechtsstreit geltend machen oder er könne mit diesem Anspruch gegen zukünftige Mietforderungen des Vermieters aufrechnen.

Im Übrigen vertritt der Senat die Auffassung, dass auf der Grundlage des seit dem 1. Januar 2002 geltenden Rechts grundsätzlich das Berufungsgericht zur Verhandlung und Entscheidung des Nachverfahrens zuständig ist, wenn die erste Instanz die Klage abgewiesen hat und das Vorbehaltsurteil erst auf Rechts-

mittel des Klägers ergeht. Eine fortbestehende Anhängigkeit des Nachverfahrens in erster Instanz komme in diesem Fall nicht in Betracht; der Rechtsstreit sei durch die Berufung gegen das klageabweisende Urteil vollständig in der Berufungsinstanz angefallen.⁶³ Dieses habe gemäß § 538 Abs. 1 ZPO regelmäßig in der Sache selbst zu entscheiden. Eine Zurückverweisung setze, wenn nicht das angefochtene Urteil ein entgegen den Voraussetzungen des § 301 ZPO erlassenes Teilurteil sei, einen dahingehenden Antrag voraus (§ 538 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

4 vertragsgemäßer Gebrauch

Nach § 535 Abs. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum „vertragsgemäßen“ Gebrauch geeignetem Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs stellt das zentrale Kriterium des Mietrechts dar. Wenn das Gesetz für die Nutzungsrechte des Mieters von dem Gebrauch ausgeht, der dem Vertrag gemäß ist, so folgt daraus, dass es sich hierbei nicht um ein objektives Kriterium handelt.

4.1 zulässige Nutzung

Zunächst wird durch die Bestimmung, welche Nutzung nach dem Vertrag zulässig sein soll, festgelegt, wie bzw. zu welchem Zweck der Mieter die Räume nutzen darf. Dies ist bei einem „Wohnraummietvertrag“ unproblematisch. Bei der Gewerberaummietaengt die vertragliche Festlegung des Nutzungszwecks aber zunächst die unternehmerische Tätigkeit des Mieters ein.

Beispiel: Durch die Erlaubnis zur Weitervermietung für ein Technologiezentrum ist der Betrieb eines Call-Centers nicht gedeckt.⁶⁴

Mit Rücksicht darauf begründet jede Nutzungsänderung generell einen vertragswidrigen Gebrauch mit den möglichen Sanktionen durch die §§ 541, 543, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Ohne besondere vertragliche Abrede, ist der Vermieter grundsätzlich nicht verpflichtet, an einer Nutzungsänderung mitzuwirken. Etwas anders kann sich nur aus den Grundsätzen ergeben, die der Vermieter bei der Zustimmung zur Untervermietung oder beim Eintritt eines Nachmieters zu beachten hat.⁶⁵ Dazu muss ein dringendes und überwiegendes Interesse des Mieters vorliegen, das sich nicht allein aus dem Verkauf eines (Teil-) Betriebes ergibt, selbst wenn dies aus Altersgründen erfolgt.

⁶³ vgl. RG, Gruchot's Beiträge Bd. 38 (1894), 171, 173

⁶⁴ OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 – 24 U 207/01, WuM 2003, 136 = ZMR 2003, 349.

⁶⁵ OLG München, v. 18.10.2002 – 21 U 2900/02, NZM 2003, 23.

4.2 Bestimmung eines Mangels i.S.v. § 536 BGB

Ob ein Mangel i.S.v. § 536 BGB vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich danach, welcher Tauglichkeitsanforderung (Sollbeschaffenheit) die Mieträume im einzelnen genügen müssen. Das hängt von den getroffenen Vereinbarungen ab, die im Zweifel ausgelegt werden müssen (§§ 133, 157 BGB).⁶⁶ Zu berücksichtigen sind alle den Parteien erkennbaren Umstände. Auch der bei Vertragsabschluss bekannte „Ist-Zustand“ der Mietsache ist von Bedeutung.⁶⁷ Für die Auslegung wird regelmäßig mangels konkreter Anhaltspunkte im Vertrag die Verkehrsanschauung maßgebend sein.⁶⁸

Die Anforderungen an die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes sind umso größer, je detaillierte die beabsichtigte Nutzung beschrieben ist.⁶⁹

Beispiel 1:⁷⁰ Wird der Mietvertrag über einen Lagerraum abgeschlossen, so muss die Mietsache, auch wenn der Vertrag keine weiteren Bestimmungen enthält, zumindest die Eignung für eine normale Belastung haben.

Beispiel 2: Werden Geschäftsräume vermietet, die mit Waren beliefert werden müssen, hat der Vermieter dem Mieter die Nutzung von Zugängen und Zufahrten zu ermöglichen.

Beispiel 3:⁷¹ Werden Räume für einen bestimmten Gewerbebetrieb – z.B. für ein Reisebüro – vermietet, so müssen sie den Anforderungen der Arbeitsstättenverordnung in Verbindung mit der Arbeitsstättenrichtlinie AsR 6/1,3 und der DIN 1946 genügen. D.h., es müssen bestimmte Raumtemperaturen eingehalten werden.⁷² Umgekehrt müssen in Büroräumen (Rechtsanwaltskanzlei) ohne besondere Abrede Raumtemperaturen von 20 Grad Celsius erreichbar sein.

Beispiel 4: Räume, die zum Betrieb eines Sonnenstudios, Kosmetik- oder Frisörsalons vermietet werden, sind so auszustatten, dass bei der Nutzung als Sonnenstudio die benachbarten Räume nicht vertrags- oder gesetzeswidrig beeinträchtigt werden.⁷³

⁶⁶ OLG Dresden v. 24.10.2000 – 23 U 1660/00, NJW-RR 2001, 727, 728.

⁶⁷ OLG Thüringen v. 26.2.1997 – 2 U 84/96, OLG-NL 1997, 104, 105; OLG Hamburg v. 13.07.1994 – 4 U 11/94, ZMR 1995, 120; OLG München v. 21.4.1995 – 21 U 5722/94, ZMR 1997, 236, 237.

⁶⁸ OLG Köln v. 5.11.1993 – 19 U 132/93, DWW 1994, 50.

⁶⁹ RG v. 15.4.1935 – IV 20/35; RGZ 147, 304.

⁷⁰ BGH v. 06.05.1958 – VIII ZR 66/57, BB 1958, 575.

⁷¹ OLG Rostock v. 29.12.2000 – 3 U 83/98, NZM 2001, 425 = NJW-RR 2001, 802; OLG Düsseldorf v. 4.6.1998 – 24 U 194/96, MDR 1998, 1217 = ZMR 1998, 622; OLG Hamm v. 18.10.1994 – 7 U 132/93, NJW-RR 1995, 143; OLG Köln v. 28.10.1991 – 2 U 185/90, MDR 1993, 973 = WuM 1995, 35 = NJW-RR 1993, 466.

⁷² OLG Hamm v. 18.10.1994 – 7 U 132/93, NJW-RR 1995, 143.

⁷³ OLG Düsseldorf v. 6.3.2001 – 24 U 122/00, ZMR 2001, 206.

4.3 Einräumung des vertragsgemäßen Gebrauchs

Im Hinblick auf die Überlassungspflicht (= Kardinalpflicht) kann der Vermieter grundsätzlich das Risiko, ob die vertraglich vereinbarte Nutzung in den Räumen überhaupt stattfinden kann und darf, nicht auf den Mieter abwälzen. Deshalb ist die formularmäßige Freizeichnungsklausel, wonach der Vermieter keine Gewähr dafür leistet, dass die Geschäftsräume den behördlichen Vorschriften entsprechen und/oder der Mieter behördliche Auflagen auf seine Kosten zu erfüllen hat, unwirksam, weil sie auch den baulichen Zustand der Räume erfasst.⁷⁴ Eine Beschränkung ist nur zulässig, soweit sie in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben.⁷⁵

Praxishinweis: Die Klausel „der Mieter übernimmt die Mieträume in dem vorhandenen und ihm bekannten Zustand nach eingehender Besichtigung... als vertragsgemäß, insbesondere als in jeder Hinsicht bezugsfertig und unbeschädigt mit folgenden Ausnahmen ...“ verstößt gegen § 309 Nr. 13 b BGB jedenfalls gegenüber einem Nichtkaufmann.⁷⁶

Mit der Vertragsunterzeichnung übernimmt der Vermieter auch die Haftung dafür, dass die Nutzung tatsächlich stattfinden kann. Umso mehr ist – auch vom Vermieter - darauf zu achten, dass der im Vertrag über Gewerberäume formulierte Vertragszweck tatsächlich auch genehmigungsfähig ist, weil der Mieter sonst nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB außerordentlich fristlos kündigen kann.

Beispiel 1:⁷⁷ Im Vertrag ist u.a. als Zweck eine „Pizza- und Pastaauslieferung“ beschrieben. Die Behörde versagt die Betriebserlaubnis, weil damit eine über das Wohngebiet hinausgehende überregionale Versorgung verbunden ist, ist die Kündigung des Mieters nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB begründet, wenn die Behörde für den Fall der Betriebsaufnahme Sanktionen androht.

Beispiel 2:⁷⁸ Hat sich der Vermieter einer Zahnarztpraxis die Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung dadurch unmöglich gemacht, dass er es zur Zwangsversteigerung der vermieteten Teileigentumseinheit und vorzeitiger Kündigung durch den Erwerber hat kommen lassen, haftet er dem Mieter auf Schadensersatz (z.B. entgangener Gewinn aus der Veräußerung der Praxis).

⁷⁴ OLG Düsseldorf v. 16.4.2002 – 24 U 20/01, ZMR 2003, 21, 22; LG Berlin v.28.06.2001 – 64 S 107/01, NZM 2002, 787 m.w.N.

⁷⁵ BGH v.2.3.1994 – XII ZR 175/92, ZMR 1994, 253.

⁷⁶ OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 – I-10 U 46/03, WuM 2003, 621.

⁷⁷ LG Hamburg v. 6.4.2004 – 311 O 207/03, GuT 2005, 166.

⁷⁸ ZMR 2002, 749.

4.4 Haftung des Mieters für vertragsgemäßen Gebrauch?

Allein mit der Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs ist dem Vermieter jedenfalls nicht gedient. Vielmehr kann es auch sinnvoll sein, die Grenzen der Nutzung für den Mieter aufzuzeigen. Denn wird allein der Betriebszweck festgelegt, gelten nach der Verkehrsanschauung die für das jeweilige Gewerbe geltenden Umweltrichtlinien oder sonstigen Standards,⁷⁹ so dass der Vermieter keine Ansprüche wegen Beschädigung der Mietsache herleiten kann, wenn diese Anforderungen eingehalten und im Übrigen nichts besonderes geregelt ist.

Beispiel 1:⁸⁰ Deshalb können bei einem Tankstellengrundstück Kontaminationen, die durch ordnungsgemäßes Betanken von Fahrzeugen entstehen, vom vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt sein, wenn der Betrieb die geltenden Richtlinien einhält.

Beispiel 2:⁸¹ Ist in einem Mietvertrag über eine Tankstelle bzw. Kfz-Werkstatt nebst Verkaufsbüro eine Instandhaltung nach den gesetzlichen Vorschriften vorgesehen, besteht im Fall einer Kontamination von Grund und Boden aufgrund Überlaufens eines Koaleszenzabscheiders nebst anschließender Sanierung kein Ausgleichsanspruch des Vermieters gegen den Mieter.

4.5 Untervermietung

4.5.1 Untermieterlaubnis ohne Lebensmittelpunkt?

§ 553 BGB spricht von „Aufnahme“ des Dritten in die Wohnung. Demnach könnte Voraussetzung für eine Untervermietungs Erlaubnis sein, dass der Mieter seinen Lebensmittelpunkt in der gemieteten Wohnung hat.⁸²

Für diese Anforderung sieht der BGH⁸³ keinen Ansatz. Einem berechtigten Interesse zur Untervermietung im Sinne des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB stehe nicht entgegen, dass die Mieter nicht ihren Lebensmittelpunkt in der streitgegenständlichen Wohnung hätten.⁸⁴ Vielmehr sei jedes höchstpersönliche Interesse eines Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht als berechtigtes Interesse anzusehen, sofern es mit

⁷⁹ BGH v. 10.07.2002 – XII ZR 107/99, ZMR 2002, 901.

⁸⁰ BGH v. 12.7.2004 – XII ZR 163/03, GuT 2004, 233; BGH v. 10.7.2002, XII ZR 107/99, ZMR 2002, 901.

⁸¹ BGH, Urt. v. 28.7.2004 – XII ZR 163/03, MDR 2005, 26 = MietRB 2005, 6.

⁸² So: LG Berlin v. 30.1.2001 – 64 S 422/00, ZMR 2002, 49; *Blank* in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 553 BGB Rz 6; *Blank* in Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 8. Aufl., § 553 BGB Rz 6.

⁸³ BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 4/05, WuM 2006, 147 = ZMR 2006, 261 = GE 2006, 249.

⁸⁴ LG Hamburg v. 20.7.2001 – 311 S 5/01, ZMR 2001, 973; *Kellendorfer* in Müller/Walther, *Miet- und Pachtrecht*, § 553 BGB Rz 5.

der geltenden Rechts- und Sozialordnung im Einklang stehe.⁸⁵ Vorliegend stelle der Wunsch der Mieter, von berufsbedingt verursachten Reise- und Wohnungskosten entlastet zu werden, ein berechtigtes Interesse zur Unvermietung eines Teils ihrer Wohnung dar. Dieses Interesse sei auch mit § 540 Abs. 1 BGB zu vereinbaren. Ein Tatbestandsmerkmal, dass ein Mieter in seiner Wohnung seinen Lebensmittelpunkt haben müsse, finde sich nicht im Wortlaut der §§ 540 Abs. 1, 553 Abs. 1 Satz 1 BGB, und sei auch nicht mit der Systematik bzw. dem Zweck des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbar. Der Zweck der gesetzlichen Regelung erfordere es nicht, dass Mieter und Untermieter gemeinsam in der Wohnung wohnen. Gesetzeszweck sei ausschließlich, dem Mieter die Wohnung zu erhalten. Aus diesem Zweck folge nicht, dass ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis nur bestehe, wenn der Mieter beabsichtige, mit dem Untermieter zusammenzuleben. Die Belange des Vermieters seien durch § 553 Abs. 1 Satz 2 BGB ausreichend geschützt.

4.5.2 Rechtskrafterstreckung eines Titels gegen den (Unterver-) Mieter

Es wird die Auffassung vertreten, dass die Rechtskraft eines Räumungstitels gegen den Mieter sich insoweit auf den Untermieter erstreckt, dass dieser die Herausgabepflicht des Mieters nicht mehr leugnen können soll, wenn er seinerseits vom Vermieter auf Rückgabe nach § 546 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen wird.⁸⁶

Die herrschende Meinung in der Literatur lehnt eine derartige Rechtskrafterstreckung auf den Untermieter jedoch ab, jedenfalls unter der Voraussetzung, dass der Untermieter den unmittelbaren Besitz vor Rechtshängigkeit des Verfahrens zwischen Vermieter und Hauptmieter erlangt hat).⁸⁷

Der BGH⁸⁸ hat sich der hM angeschlossen. Soweit eine Rechtskrafterstreckung wegen materiellrechtlicher Abhängigkeit befürwortet wird, soll dies zwar der Vermeidung nachfolgender Prozesse zwischen anderen Parteien dienen, in denen der Streitgegenstand des ersten Verfahrens Vorfrage ist. Eine solche Durchbrechung des Grundsatzes, dass die Rechtskraft einer Entscheidung sich auf die Parteien beschränkt, zwischen denen sie ergeht, sei aber abzulehnen, wenn dies für den Dritten, der auf diese Entscheidung keinen Einfluss nehmen konnte, zu prozessual unzumutbaren Ergebnissen führen kann. Das sei

⁸⁵ BGH v. 3.10.1984 - VIII ARZ 2/84, BGHZ 92, 213, 219; *Emmerich* in Staudinger, Neubearb. (2003), § 553 BGB Rz 5.

⁸⁶ *Blomeyer*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. S. 520; *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 218 f.; AG Hamburg, NJW-RR 1992, 1487.

⁸⁷ vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 1266; *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V Rz. 51; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 76; *MünchKomm-ZPO/Gottwald*, § 325 Rz. 74; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 21. Aufl., § 325 Rz. 91; *Musielak*, ZPO 4. Aufl. § 325 Rdn. 18; *Hk-ZPO/Saenger*, § 325 Rz. 22; *Wieczorek*, ZPO, 2. Aufl., § 325 Anm. B III b; *Berg*, NJW 1953, 30; *Planck BGB* 4. Aufl. § 556 Anm. 3 d; vgl. zum Meinungsstand auch *Zöller/Vollkommer* ZPO, 25. Aufl., § 325 Rdn. 38.

⁸⁸ BGH v. 12.7.2006 – XII ZR 178/03, NZM 2006, 699 = ZMR 2006, 763.

beispielsweise der Fall, wenn der Untermieter, der vom (Haupt-)Vermieter nach Kündigung des Hauptmietvertrages bedrängt wurde, entweder einen Mietvertrag unmittelbar mit ihm zu schließen oder aber zu räumen, die Mietzahlung an den Hauptmieter einstellt und sich auf einen Rechtsmangel beruft. Sein Einwand, sein Mietbesitz sei durch das Recht eines Dritten (hier: des Hauptvermieters) beeinträchtigt, darf ihm nicht dadurch abgeschnitten werden, dass - gegebenenfalls Jahre später - in einem Verfahren zwischen den Parteien des Hauptmietvertrages rechtskräftig festgestellt wird, dass dieses Recht des Hauptvermieters auf Räumung und Herausgabe mangels wirksamer Beendigung des Hauptmietvertrages nicht bestanden hat.

5 Gewährleistung

5.1 Mangelnde Einbruchssicherheit

Wie die Mietsache beschaffen sein muss, ist bei fehlender ausdrücklicher Beschreibung durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Maßgeblich ist der Standard zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, wobei Veränderungen der Anschauungen über den vertragsgemäßen Standard oder neue wissenschaftliche Erkenntnisse ausnahmsweise zu einer Vertragsanpassung führen können.⁸⁹ Demnach müssen Geschäftsräume so ausgestattet sein, dass sie den ortsüblichen Standard hinsichtlich der Sicherheit vor Einbrüchen aufweisen.⁹⁰ Liegt hiernach ein anfänglicher Mangel vor, kommt es anders als bei später auftretenden Mängeln nicht auf ein Verschulden des Vermieters an. Die unterlassene Anzeige eines Mangels durch den Mieter kann jedoch nach § 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB dazu führen, dass dessen Schadensersatzanspruch ausscheidet. Dabei entspricht es ständiger Rechtsprechung,⁹¹ dass auch die grob fahrlässige Unkenntnis des Mieters einer positiven Kenntnis gleichsteht. Über detektivische Fähigkeiten beim Erkennen von Mängeln muss der Mieter allerdings nicht verfügen. Die Anzeigepflicht entfällt, wenn der Vermieter bereits auf andere Weise Kenntnis von dem Mangel erhielt.⁹²

Vor diesem Hintergrund ist von einem anfänglichen Mangel auszugehen, wenn eine in der rückwärtigen Hauswand ehemals vorhandene Öffnung unfachmännisch geschlossen wird, so dass sie von außen noch erkennbar ist.⁹³ Dabei müsse nicht jedweder Einbruch ausgeschlossen sein; erhebliche Gefahrenquellen seien jedoch als Mangel der Mietsache zu bewerten. Der Mieter müsse solche Schwachstellen grundsätzlich nicht selbst aufdecken. Zu einer besonderen Nachschau sei er nicht verpflichtet. Schließlich treffe ihn

⁸⁹ *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl. § 536 Rz. 19, 29 ff.

⁹⁰ *Hübner/Griesbach/Schreiber* in Lindner-Figura u.a., Geschäftsraummietsache, Kap. 14 Rz. 243.

⁹¹ BGH v. 4.4.1977 – VIII ZR 143/75, NJW 1977, 1236 = WuM 1978, 88 m.w.N.

⁹² OLG Düsseldorf v. 25.10.1990 – 10 U 15/90, ZMR 1991, 24.

⁹³ BGH v. 7.6.2006 – XII ZR 34/04, NZM 2006, 626.

auch deswegen kein Mitverschulden an dem eingetretenen Schaden, wenn er in seinem Geschäft hochwertige und bei Dieben beliebte Elektroartikel aufbewahre. Dies entspreche bei einer Vermietung zum Betrieb eines Elektrogeschäftes vielmehr dem vertragsgemäßen Gebrauch und verpflichte zu keiner erhöhten Sorgfalt, insbesondere nicht zu einer Überprüfung des Mauerwerks. Gelangen daher Diebe durch den nicht ausreichend ausgefüllten und zu dünnen Bereich der Mauer in das Innere, habe der Vermieter den durch die Entwendung hochwertiger Elektrogeräte entstandenen Schaden zu ersetzen

Da eine verschuldensunabhängige Haftung für das gesetzliche Haftungssystem untypisch ist, kann sie auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, also im vom Vermieter gestellten Formularvertrag wirksam ausgeschlossen werden.⁹⁴

5.2 Mietfläche als zugesicherte Eigenschaft?

Gemäß § 537 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. stand die Zusicherung einer bestimmten Grundstücksgröße der Zusicherung einer Eigenschaft gleich, was gemäß § 580 BGB a.F. auch für die Zusicherung von Raumgrößen galt. Trotz dieser Vorschrift, die die Vermutung nahe legte, dass allein die Angabe der Raumgröße eine Zusicherung darstellt, sah die ganz überwiegende Meinung z.B. in der Angabe einer Wohnfläche zunächst nur eine unverbindliche Objektbeschreibung.⁹⁵ Der Mieter pflege sich bei seiner Entscheidung über eine Anmietung von Räumen nicht nach den Größenangaben des Vermieters (im Mietvertrag), sondern nach dem von ihm bei einer Besichtigung gewonnenen Eindruck zu richten, um seine Entscheidung treffen zu können, ob er in dieser Wohnung z.B. seine Möbel aufstellen kann.

Durch den Wegfall der genannten Vorschriften seit dem 1.9.2001 bzw. die fehlende Übernahme entsprechender Regelungen hat sich an dieser Rechtslage grundsätzlich nichts geändert. Mit der Angabe einer Mietfläche wird eine **zugesicherte Eigenschaft** i.d.R. nicht begründet.⁹⁶ Dafür müsste nämlich angenommen werden können, dass der Vermieter Gewähr für das Vorhandensein dieser Eigenschaft derart übernommen hat, dass er für diese unbedingt einstehen will.⁹⁷

Hinweis für den Fachanwalt: Einer Flächenangabe kommt jedoch nach wie vor die Bedeutung einer Eigenschaftszusicherung i.S.v. § 536 Abs. 2 BGB bei, wenn sie im Mietvertrag vor der Errichtung des Gebäudes erfolgt, so dass sich der Mieter darauf verlässt, dass die Mietsache für ihn eine entsprechende

⁹⁴ BGH v. 4.10.1990 – XII ZR 46/90, NJW-RR 1991, 74 = WuM 1992, 316.

⁹⁵ LG Köln v. 19.9.2002- - 1 S 71/02, NZM 2003, 393.

⁹⁵ OLG Dresden, WuM 1998, 144; OLG Hamm, WuM 1998, 151 jeweils m.w.N.

⁹⁶ BGH v. 4.5.2005 – XII ZR 254/01, GuT 2005, 163, 164.

⁹⁷ BGH v. 30.11.1990 – V ZR 91/89, NJW 1991, 912.

Größe bietet.⁹⁸ Wird die Angabe der Mietfläche in einem Gewerberaummietvertrag unter der Überschrift „Mietzins“ aufgeführt, liegt eine zugesicherte Eigenschaft vor, weil bei der Vermietung von gewerblichen Flächen im Regelfall die Höhe der Miete anhand der qm-Zahl unter Berücksichtigung eines zwischen den Parteien abgestimmten qm-Preises ermittelt wird.⁹⁹ Liegt eine zum Nachteil des Mieters abweichende Fläche vor, werden Gewährleistungsrechte ausgelöst.¹⁰⁰ ◀

Solange jedoch von einer bloßen Beschaffenheitsangabe auszugehen ist, liegt keine zugesicherte Eigenschaft vor.

Beispiel 1: Dies ist auch der Fall, wenn die Parteien bei einer Mieterhöhung eine größere Wohnfläche zugrundegelegt haben, weil die Fläche in diesem Fall lediglich Berechnungsgrundlage ist.¹⁰¹ Hier können sich aber Ansprüche aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ergeben.¹⁰²

Beispiel 2: Auch die nur mittelbare Regelung einer Wohnfläche durch Angabe eines Quadratmeterpreises neben der monatlichen Grundmiete, ist grundsätzlich eine bloße Beschaffenheitsangabe.¹⁰³

Gleichwohl kann ein Mangel gegeben sein, wenn die **Flächendifferenz erheblich** ist.¹⁰⁴ Diese Anforderungen sind gegeben, wenn der Mietvertrag eine Flächenangabe enthält und die tatsächliche Fläche davon **über 10%** zu Lasten des Mieters **abweicht**.¹⁰⁵ Eine Gebrauchsbeeinträchtigung muss in diesem Fall nicht mehr besonders festgestellt werden und es kommt auch nicht darauf an, wie die bisherige oder die geminderte Miete im Verhältnis zur ortsüblichen Vergleichsmiete steht.¹⁰⁶ Diese Grundsätze gelten aus Gründen der Rechtssicherheit auch dann, wenn die Größe der Räume im Vertrag nur mit „ca.“ umschrieben ist.¹⁰⁷ Eine derartige Angabe ist sogar als Vereinbarung der Wohnfläche anstatt Geschossfläche (Fläche ohne Berücksichtigung von Schrägen) auszulegen.¹⁰⁸ oder wenn die Wohnung auf Wunsch des Mieters

⁹⁸ OLG Hamm, WuM 1998, 151.

⁹⁹ OLG Köln, WuM 1999, 282 = NZM, 1999, 73.

¹⁰⁰ Für den umgekehrten Fall vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 594.

¹⁰¹ OLG Hamburg, WuM 2000, 348.

¹⁰² BGH v. 7.7.2004 – VIII ZR 192/03, WuM 2004, 485 = NZM 2004, 699 = MietRB 2004, 313 = BGH Report 2004, 1204 m. Anm. *Börstinghaus*; LG Hamburg, NZM 2000, 24.

¹⁰³ LG Gießen v. 8.10.2003 – 1 S 243/03, ZMR 2004, 114 = WuM 2004, 89..

¹⁰⁴ OLG Dresden v. 15.12.1997 – 3 AR 0090/97, WuM 1998, 144; LG Köln v. 29.1.2003 – 10 S 237/02, WuM 2003, 265.

¹⁰⁵ BGH v. 24.3.2004 – VIII ZR 295/03, WuM 2004, 336 = NZM 2004, 453.

¹⁰⁶ AG Winsen/Luhe v. 13.12.2005 – 22 C 1564/05, WuM 2006, 192.

¹⁰⁷ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268 = NZM 2004, 456.

¹⁰⁸ LG Landshut v. 17.5.2006 – 12 S 393/06, WuM 2006, 377.

vor Vertragsschluss umgebaut wurde¹⁰⁹. Für die Angabe einer Mietfläche in einem **Gewerberaummietvertrag** gilt nichts anderes.¹¹⁰

Enthält der **Mietvertrag keine Flächenangabe**, kommt es darauf an, ob der Vermieter die Wohnung z.B. mit einer bestimmten Größe annonciert hat oder sonst wie eine Größenangabe zu ermitteln ist, die in die Vereinbarung der Parteien über die Miete eingeflossen ist.¹¹¹ Insofern kommt der Angabe der Fläche in einer Betriebskostenabrechnung dann eine gewisse Indizwirkung zu. Beruht die letzte Mietfestsetzung auf einem Mieterhöhungsverfahren nach § 2 MHG (= § 558 BGB) sollten Flächenabweichungen unbeachtlich sein, weil die vertragsändernden Erklärungen des Vermieters und des Mieters sich allein auf den Betrag der künftig geschuldeten Miete beziehen sollten, während die nach § 2 Abs. 2 MHG notwendigen und zur Information des Mieters bestimmten Angaben der Berechnungsfaktoren (u.a. der Fläche) keine vertraglich bindenden Erklärungen des Vermieters darstellten.¹¹² Nach Auffassung des BGH¹¹³ ist auch in diesem Fall ein Rückforderungsanspruch gegeben, wobei es dahinstehen kann, ob ein Mieterhöhungsbegehren, in dem eine zu große Wohnfläche angegeben ist, wirksam ist oder nicht. Ist es wirksam, greifen aber die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage unter dem Gesichtspunkt des gemeinschaftlichen Kalkulationsirrtums, weil auch die Fläche einen nicht unbedeutender Berechnungsfaktor der Mieterhöhung darstellt, so dass bei einer Flächenabweichung zu einer Mietanpassung führt. Sieht man das Mieterhöhungsbegehren dagegen als unwirksam an, ergibt sich die gleiche Rechtsfolge aus § 812 BGB (ungerechtfertigte Bereicherung).

Liegt die **Abweichung unter 10%**, ist die Annahme eines Mangels nicht ausgeschlossen. Der Mieter muss aber eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung vortragen¹¹⁴. Dies kann insbesondere relevant werden, wenn sich die Abweichung vor der Überlassung z.B. bei der Vermietung vom Reißbrett herausstellt, wenn sie dort nicht ohnehin als zugesicherte Eigenschaft zu bewerten ist.¹¹⁵ Hier kann eine geringe Abweichung dazu führen, dass der Mieter Möbel nicht mehr – wie geplant - unterbringen kann.

¹⁰⁹ BGH v. 28.9.2005 – VIII ZR 101/04, WuM 2005, 712.

¹¹⁰ BGH v. 4.5.2005 – XII ZR 254/01, GuT 2005, 163 = NZM 2005, 500; OLG Düsseldorf v. 13.1.2005 – I-10 U 86/04, GuT 2005, 15; OLG Düsseldorf v. 2.12.2004 – I-10 U 77/04, GuT 2005, 55.

¹¹¹ AG Menden v. 22.2.2006 – 4 C 444/05, WuM 2006, 248.

¹¹² vgl. dazu OLG Dresden v. 15.12.1997 – 3 AR 0090/97, WuM 1998, 144

¹¹³ BGH v. 7.7.2004 – VIII ZR 192/03, WuM 2004, 485 = NZM 2004, 699 = MietRB 2004, 313 = BGH Report 2004, 1204 m. Anm. *Börstinghaus*

¹¹⁴ KG v. 15.8.2005 – 8 U 81/05, GuT 2005, 211 = WuM 2005, 713 = ZMR 2005, 950.

¹¹⁵ OLG Hamm, WuM 1998, 151.

Die maßgebliche **Wohnfläche** kann zur Mangelfeststellung auch im preisfreien Wohnraum grundsätzlich nach den §§ 42 ff. II. BV **berechnet** werden.¹¹⁶ Bei einer Vermietung ab 1.1.2004 gilt insoweit die Wohnflächenverordnung (WfIVO). Zur Wohnfläche i.S. der II.BV gehört eine Gartenterrasse selbst dann nicht, wenn sie von drei Seiten geschützt ist.¹¹⁷ Allerdings setzt das voraus, dass die Parteien keinen davon abweichenden Wohnflächenbegriff bei Abschluss des Mietvertrages zugrunde gelegt haben, was im Zweifel durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist. Insoweit hält es der BGH z.B. durchaus für möglich, dass die Parteien bei der Vermietung einer Maisonettewohnung allein die Grundfläche als Maßstab vereinbaren. Bei einer bloßen unterschiedlichen Bewertung der Fläche einer Dachterrasse (Mieter 25%, Vermieter 50%) kann insbesondere dann kein Mangel angenommen werden, wenn in einem Exposé die Wohnung mit einem Grundriss, in dem zusätzlich die – zutreffende – Größe der einzelnen Räume angegeben ist, dargestellt ist und sich die Flächenabweichung letztlich nur aus einer unterschiedlichen Bewertung des Ansatzes für eine Freifläche (hier: Dachterrasse) ergibt.¹¹⁸ Doch selbst ohne eine ausdrückliche oder strillschweigende Vereinbarung kann z.B. die DIN 277, die einen Abzug für Dachschrägen nicht vorsieht, herangezogen werden. Das setzt aber voraus, dass die Vermieter stammende Flächenangabe tatsächlich auf dieser Basis ermittelt wurde.¹¹⁹ Im Übrigen können sich die Berechnungsgrundsätze aber auch aus einer örtlichen Sitte ergeben.¹²⁰ In einem Altenheim sind zur Wohnfläche auch die anteiligen Gemeinschaftsflächen, die dem Mieter zur Verfügung stehen, zu berücksichtigen.¹²¹

Bei einem **Gewerberaummietvertrag** muss ebenfalls im Wege der Auslegung ermittelt werden, nach welchen Maßstäben die Fläche von den Parteien bewertet wurde. Da bei Gewerberaum regelmäßig die Nutzfläche maßgeblich ist, kann der Mieter nicht erwarten, dass die Größe der Räume wie eine Wohnfläche ermittelt wird, also Raumteile mit einer geringeren (lichten) Höhe als 2 m nur anteilig berücksichtigt werden¹²². Hier ist es ohne weiteres zulässig, die DIN 277 zu vereinbaren, wonach die Bruttomietfläche, die durch Übermessen der Innenwände ermittelt wird, der Mietpreisberechnung zugrunde gelegt werden kann¹²³. Allein die Vereinbarung eines Vertragszwecks (hier: Betrieb einer Anwaltskanzlei) steht dabei

¹¹⁶ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, WuM 2004, 337 = ZMR 2004, 501 = NZM 2004, 454.

¹¹⁷ LG Rostock v. 17.3.2006 – 1 S 2/04, WuM 2006, 247.

¹¹⁸ BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 219/04, WuM 2006, - VII ZR 219/04; LG Hamburg v. 1.7.2004 – 307 S 52/04, NZM 2005, 103.

¹¹⁹ LG Trier v. 2.11.2005 – 1 T 60/05, WuM 2006, 376; AG Trier v. 19.9.2005 – 7 C 76/05, WuM 2006, 90.

¹²⁰ LG München I v. 16.11.2005 – 14 S 5926/05, WuM 2006, 91.

¹²¹ AG Hamburg-Blankenese v. 4.1.2006 – 508 C 230/05, ZMR 2006, 782.

¹²² KG v. 30.9.2005 – 12 U 213/04, MietRB 2006, 124 = GuT 2006, 133.

¹²³ BGH, NZM 2001, 234.

der Einbeziehung von Terrassen- oder Balkonflächen nicht entgegen¹²⁴. Enthält der Mietvertrag aber eine Klausel, nach der bei einer nachträglich festgestellten Flächenabweichung keine Partei eine Änderung der Miete verlangen kann, ergibt die Auslegung, dass die Miete nicht von der Fläche abhängig sein soll, so dass eine Minderung nicht geltend gemacht werden kann¹²⁵.

Auch wenn der BGH bei einer Flächenabweichung von mehr als 10 % eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit unterstellt, kann bei einer bloßen unterschiedlichen Bewertung der Fläche insbesondere dann kein Mangel angenommen werden, wenn in einem Exposé die Wohnung mit einem Grundriss, in dem zusätzlich die – zutreffende - Größe der einzelnen Räume angegeben ist, dargestellt ist und sich die Flächenabweichung letztlich nur aus einer unterschiedlichen Bewertung des Ansatzes für eine Freifläche (hier: Dachterrasse) ergibt.¹²⁶

Die **Höhe der Minderung** folgt bei festgestellter Flächenabweichung dem Verhältnis der voneinander abweichenden Flächen¹²⁷ und berechnet sich auch nach der Bruttomiete.¹²⁸

Macht der Mieter die Flächendifferenz nachträglich geltend, ergibt sich ein Anspruch aus § 812 BGB. Ein Ausschluss der Minderung, die hier zur rechtsgrundlosen Zahlung führt, wegen grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels oder Verwirkung kann jedenfalls nicht darauf gestützt werden, dass der Mieter die Räume nicht eher bzw. bei Vertragsschluss nachgemessen hat. Allenfalls in krassen Abweichungsfällen, die jedem auffallen müssen, kann dieser Einwand durchgreifen. Soweit die Minderfläche auf einer Falschberechnung wegen Dachschrägen beruht, wird man dem Mieter auch nicht entgegenhalten können, er habe die Dachschrägen gesehen, wenn er nach der Verkehrssitte bzw. der DIN 283 erwarten durfte, dass die Schrägen in der Flächenangabe zutreffend berücksichtigt sind und deshalb die Grundfläche entsprechend größer ist. Etwas anderes kann aber gelten, wenn nicht die Wohn-, sondern die Grundfläche im Mietvertrag angegeben ist.

Die (rückwirkende) Minderung ist auch nicht nach § 536c BGB ausgeschlossen. Denn es handelt sich um einen unbehebaren Mangel, der nicht angezeigt werden muss.¹²⁹

In zeitlicher Hinsicht kann die Minderung wegen der fehlenden Fläche durch die Verjährung nach § 195 BGB (3 Jahre) und durch ein in der Vergangenheit durchgeführtes Mieterhöhungsverfahren gemäß § 2

¹²⁴ OLG Düsseldorf v. 16.1.2003 – 10 U 182/01, ZMR 2005, 943.

¹²⁵ OLG Düsseldorf v. 16.1.2003 – 10 U 182/01, ZMR 2005, 943.

¹²⁶ BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 219/04, ME-01879; LG Hamburg v. 1.7.2004 – 307 S 52/04, NZM 2005, 103.

¹²⁷ LG Köln v. 29.1.2003 – 10 S 237/02, WuM 2003, 265.

¹²⁸ BGH v. 20. 7. 2005 – VIII ZR 347/04, WuM 2005, 573.

¹²⁹ AG Köln v. 22.6.2005 – 203 C 109/05, uM 2006, 109.

MHG bzw. § 558 BGB beschränkt sein. Die Verjährung der Ansprüche wegen überzahlter Miete richtet sich nämlich nach den gleichen Regeln wie die Verjährung der Mietforderung des Vermieters.¹³⁰ Das Mieterhöhungsverfahren kann beschränkend wirken, weil hier regelmäßig eine neue Vereinbarung über die Miete getroffen wird. Wurde dabei die richtige Wohnfläche zugrundegelegt, war der Mangel beseitigt. Ansonsten kommt es darauf an, ob die Einigung der Parteien in diesem Verfahren so ausgelegt werden kann, dass sie sich auch auf die Größe der Mietsache bezieht. Anhaltspunkte dafür können daraus entstehen, dass für den Mieter Veranlassung zur Überprüfung der Fläche als Berechnungsfaktor vorlagen (z.B. wegen Äußerungen eines Sachverständigen, zeitgleiche Mieterhöhungen mit geringeren Flächen bei anderen Mietern baugleicher Wohnungen). Im Mieterhöhungsverfahren ist die geringere Mietfläche aber als sog. unbehebbarer Mangel zu berücksichtigen.¹³¹ U.U. kann der Mieter daher einen Anspruch aus cic (= §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) geltend machen, wenn er bereits einem Mieterhöhungsbegehren zugestimmt hat, indem eine falsche (weil zu geringe) Mietfläche berücksichtigt wurde.¹³²

Da es sich bei der Minderfläche um einen **nicht behebbaren Mangel** handelt, der von Anfang an gegeben war, kommt auch eine entsprechende Kürzung der Mietsicherheit in Betracht.¹³³

Daneben kann der Mieter gemäß § 543 Abs. 2 Nr.1 BGB außerordentlich fristlos kündigen, jedenfalls wenn er die Mietfläche noch nicht übernommen hat.¹³⁴ Bei späterer Kenntnis von der geringeren Fläche soll dies zweifelhaft sein.¹³⁵

5.3 Berechnung der Minderung

Der BGH¹³⁶ hat einen seit langem in der obergerichtlichen Rechtsprechung¹³⁷ bestehenden Streit beendet, der auch in der Literatur unterschiedlich kommentiert wurde,¹³⁸ und festgestellt, dass der Mieter die Minderung von der Brutto- bzw. Gesamtmiete berechnen kann. Dies gilt auch für die Wohnraummiete.¹³⁹

¹³⁰ OLG Düsseldorf, DWW 1995, 84; LG Frankfurt/Main, ZMR 1997, 187.

¹³¹ *Kraemer*, NZM 1999, 156, 162.

¹³² LG Hamburg, WuM 1987, 354.

¹³³ A.A. LG Berlin v. 14.9.2004 – 63 S 126704, WuM 2005, 454 = Mietrecht express 2005, 55.

¹³⁴ BGH v. 4.5.2005 – XII ZR 254/01, GuT 2005, 163.

¹³⁵ *Scheffler*, NZM 2003, 17, 19 m.w.N.

¹³⁶ BGH. v. 6.4.2005 – XII ZR 225/03, WuM 2005, 384 = MietRB 2005, 202.

¹³⁷ vgl. z.B.: OLG Frankfurt v. 26.9.1985 – 8 W 25/85, WuM 1986, 19 für Bruttomiete; OLG Koblenz v. 16.5.2002 – 5 U 1982/99, ZMR 2002, 744 für Nettomiete.

¹³⁸ (vgl. z.B. *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 324 ff. m.w.N.)

¹³⁹ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, WuM 2005, 573 = ZMR 2005, 854 = NZM 2005, 699.

Die Entscheidung des BGH betrifft die Mietverhältnisse, in denen für die Betriebskosten ein gesonderter Betrag ausgewiesen ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Vorauszahlung oder eine Pauschalre handelt. Hierfür wird festgestellt, dass eine Berechnung nicht allein auf der Basis der Grundmiete, als dem Entgelt für die Gebrauchüberlassung, erfolgen kann, sondern nach der Gesamtmiete. Bei einer Inklusivmiete bestand bisher schon kein Problem, weil diese Mietstruktur eine unterschiedliche Bemessungsgrundlage nicht zuließ.

Es wäre nur konsequent, wenn wenigstens die Gerichte, die bisher die Minderung nach der Nettomiete berechnet haben, zukünftig eine andere (geringere) Bemessung der Minderungsquote vornehmen würden. Gerechtfertigt wäre dies jedoch nicht, weil nach § 536 BGB nicht auf den absoluten Betrag abzustellen ist.

Praxishinweis: Bevor bei der Anwendung von Minderungstabellen zusätzlich untersucht wird, ob in der jeweils einschlägigen Entscheidung die Minderung nach der Nettomiete erfolgte, sollte der Standpunkt eingenommen werden, dass sich an der Angemessenheit i.S.v. § 536 BGB nichts geändert hat. Die Minderungsquote bleibt nämlich 20%, wenn 20 m² einer 100 m² großen Mietsache nicht genutzt werden können.

5.3.1 Auswirkungen der Berechnung

5.3.1.1 für den Vermieter

Viele Vermieter empfinden die (neue) Berechnungsweise als dramatisch, weil die absolute (finanzielle) Einbuße größer ist, was besonders ärgerlich ist, wenn der Mangel vom Vermieter nicht abgestellt werden kann (z.B. Baulärm). Dies sind jedoch keine durchgreifenden Argumente gegen die vom Gesetz vorgeschriebene Berechnungsweise.

Praxishinweis: Besitzt der Vermieter, der über die Betriebskosten abrechnen will, ein „mangelanfälliges“ Haus, sollte er prüfen, ob er überhaupt Vorauszahlungen für die Betriebskosten verlangt. Diese Option besteht,¹⁴⁰ hat aber das Risiko der Beitreibung hoher Nachforderungen. Bestehen an der Bonität des Mieters jedoch keine Zweifel, kann der Vermieter diese Option wahrnehmen oder sogar zum Regelfall erheben, um dem Risiko, Betriebskosten selbst finanzieren zu müssen, vorzubeugen.

Eine weitere Einflussmöglichkeit ist nicht ersichtlich. Bei der Pauschale kann der Vermieter eine Mietsenkung nur erreichen, wenn sich die erfassten Kosten tatsächlich verringert haben, § 560 Abs. 3 BGB. Sind

¹⁴⁰ BGH v. 11.2.2004 – VIII ZR 195/03, WuM 2004, 201 = MietRB 2004, 162; BGH v. 28.4.2004 – XII ZR 21/02, NZM 2004, 619.

Vorauszahlungen auf Betriebskosten vereinbart, gibt § 560 Abs. 4 BGB dem Vermieter grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die Vorauszahlungen zu senken, um die Minderung gering zu halten. Denn das Recht aus § 560 Abs. 4 BGB kann nur in die Richtung einer „angemessenen Höhe“ geltend gemacht werden. Dieser Maßstab richtet sich aber nach dem Abrechnungsergebnis¹⁴¹ und nicht nach der laufenden Zahlung, die möglicherweise wegen der Minderung nicht mehr kostendeckend ist.

Praxishinweis: Hat die letzte oder die während der Minderungszeit erstellte Abrechnung aber ein Guthaben ergeben, sollte die Möglichkeit des § 560 Abs. 4 BGB geprüft werden. Denn es ist – auch über Treu und Glauben – grundsätzlich kein durchgreifendes Argument erkennbar, dass dem Vermieter – und erst recht nicht dem Mieter – dieses Recht beschneiden könnte, nur weil ein Mangel der Mietsache eingetreten ist. Dabei ist es unerheblich, ob der Vermieter zur Verursachung des Mangels beigetragen hat oder sich sogar im Verzug mit der Beseitigung befindet.

5.3.1.2 für den Mieter

Der Mieter ist an die Berechnungsweise nicht gebunden. Hat er in Unkenntnis der wahren Rechtslage die Minderung von der Nettomiete berechnet, kann er seine Berechnungsweise ohne weiteres umstellen. Dieses Recht besteht jedoch grundsätzlich nur für die Zukunft. Rückwirkend kann es ausnahmsweise nur geltend gemacht werden, wenn die (schon gekürzten) Zahlungen zusätzlich unter Vorbehalt gestellt wurden.¹⁴²

Praxishinweis: Da ein Gericht nicht an die vom Mieter angegebene Minderungsquote gebunden ist,¹⁴³ sollte bei jeder Minderungsanzeige zusätzlich der Hinweis erfolgen, dass eine Rückforderung vorbehalten bleibt, sofern ein Gericht eine höhere Minderung ermittelt.

Sollen auch die Rechte aus § 320 BGB geltend gemacht werden, fragt sich zunächst, ob sich dieses Zurückbehaltungsrecht nicht nur auf die Grundmiete bezieht. Immerhin kommt bei einer Abrechnungssäumigkeit des Vermieters auch nur ein Zurückbehaltungsrecht an den Vorauszahlungen in Betracht.¹⁴⁴ Bei dieser Sichtweise würde aber übersehen, dass die (gesamte) Miete i.S.v. § 535 Abs. 2 BGB im Gegenseitigkeitsverhältnis zu dem Leistungspaket des Vermieters, in dem die Gebrauchsüberlassung nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB nur einen Teil bildet, steht. Abgesehen davon greift auch hier das Praktikabilitätsargu-

¹⁴¹ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiets, 3. Aufl., E Rz. 23.

¹⁴² vgl. dazu Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl. F Rz. 152.

¹⁴³ LG Berlin v. 7.11.1996 – 61 S 180/96, WuM 1998, 28.

¹⁴⁴ BGH v. 11.4.1984 – VIII ARZ 16/83, WuM 1984, 185, 187; OLG Koblenz v. 20.1.1994 – 5 U 494/93, WuM 1995, 154, 155

ment des BGH, weil ansonsten nämlich danach differenziert werden müsste, ob der jeweilige Mangel Betriebskosten tangiert oder nicht.

Folgt man der Auffassung, die das Leistungsverweigerungsrecht am drei- bis fünffachen Minderungsbetrag orientiert,¹⁴⁵ ergibt sich durch die „neue“ Berechnungsweise auch insoweit ein absolut höherer Betrag. Dadurch wird allerdings auch das Risiko des Mieters erhöht, schneller einer Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB ausgesetzt zu werden, wenn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts unbegründet ist.

Praxishinweis: Bei Zahlung unter Vorbehalt kommt eine Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts im Rahmen der Rückforderung wegen § 813 BGB nicht in Betracht.

5.3.2 Anrechnungsbeispiele

Bei der Vereinbarung einer Pauschale kann die vom BGH präferierte Berechnung zu keinen Problemen führen. Ist die Minderungsquote so hoch, dass auch die Pauschale betroffen ist, muss der Vermieter – wie bei einer Inklusivmiete auch – die von der Pauschale erfassten Leistungen aus der eigenen Tasche finanzieren. Das Gleiche gilt bei der Vereinbarung einer Bruttomiete.

Die Leistung von Vorauszahlungen beinhaltet aber von vorneherein eine variable Komponente, weil darüber zu einem späteren Zeitpunkt abzurechnen ist. Deshalb kann die Berechnung der Minderung nach der Bruttomiete bei dieser Mietstruktur zu klärungsbedürftigen Fragen führen.

5.3.2.1 Verbuchung im Mietkonto

Zunächst werden sich die Parteien fragen, wie der Minderungsbetrag im Mietkonto, in dem nach Grundmiete und Vorauszahlungen unterschieden wird, um die spätere Abrechnung zu erleichtern, zu verbuchen ist. Da der Minderungsbetrag aus zwei verschiedenen Teilen berechnet wird, könnte man zu dem Ergebnis gelangen, das er dann auch im Verhältnis auf beide Teile anzurechnen ist.

Beispiel: Die Grundmiete ist mit 800,00 € und die Betriebskostenvorauszahlungen mit 200,00 € vereinbart. Die Minderungsquote beträgt 20 %. Damit schuldet der Mieter, solange der Mangel besteht, 800,00 €.

Zur Anrechnung bzw. Verteilung des Minderungsbetrages gibt es verschiedene Überlegungen:

Tangiert der Mangel das Gebäude nicht und auch keine sonstigen Leistungen, die im Rahmen der Betriebskostenabrechnung zu berücksichtigen sind, könnte man ohne Weiteres den Minderungsbetrag allein auf die Grundmiete anrechnen, sodass bei der Betriebskostenabrechnung die Vorauszahlungen von 200,00 € in voller Höhe anzusetzen sind.

¹⁴⁵ LG Hamburg v.30.3.1989 – 7 S 330/88, WuM 1989, 566; a.A. jedenfalls für den konkreten Fall: BGH v. 26.3.2003 – XII ZR 167/01, WuM 2003, 439 = MietRB 2003, 35.

Ist von dem Mangel jedoch auch eine Betriebskostenposition (z. B. Ausfall des Aufzuges) betroffen, könnte die Auffassung vertreten werden, dass auch die Betriebskostenvorauszahlungen entsprechend gemindert sind. Dem gemäß müssten im Beispiel 160,00 € auf die Grundmiete und 40,00 € auf die Betriebskostenvorauszahlungen angesetzt werden, wobei der Vermieter den Mieter bei der Betriebskostenabrechnung so stellen müsste, als habe er die Vorauszahlungen von 200,00 € geleistet.

Der BGH¹⁴⁶ hat zu dieser Anrechnungsproblematik beiläufig erwähnt, der von der Bruttomiete berechnete Minderungsbetrag sei anteilig auf Grundmiete und Vorauszahlungen anzurechnen, so dass sich in der Abrechnung z.B. ein Guthaben wegen der angesetzten Ist-Vorauszahlungen verringern würde. Dies deutet darauf hin, dass der Minderungsbetrag quotale auf die Grundmiete und die Vorauszahlungen anzurechnen ist. Damit könnte der Vermieter aber bei Ansatz der Ist-Vorauszahlungen in der Betriebskostenabrechnung teilweise von der Minderung profitieren., weil das Abrechnungsergebnis anders ausfällt als ohne Minderung. Dies würde nicht nur zu einer Schlechterstellung des Mieters gegenüber demjenigen, der eine mangelfreie Mietsache nutzen kann, führen, sondern auch gegenüber dem Mieter, mit dem eine Pauschale vereinbart ist. Die Gleichbehandlung aller Erscheinungsformen der Mietstruktur im Rahmen des § 536 BGB war aber ein tragendes Argument für die Entscheidung zur Berechnung der Minderung von der Bruttomiete.¹⁴⁷

Der BGH hat jedoch im Ergebnis Recht. Bei der Vereinbarung von Vorauszahlungen steht von vorneherein fest, dass ein Teil der Miete als Jahresmiete vereinbart wird, § 556 Abs. 3 S. 1 BGB. Wie hoch die tatsächliche Mietbelastung ist, lässt sich erst nach Vorlage der Jahresabrechnung ersehen. Wenn dann aber eine Minderung auf die laufende Zahlung anzurechnen ist, muss sie sich gleichmäßig auf beide Teile erstrecken.

Zwischenergebnis: der Vermieter muss die Minderungsquote anteilig auf Grundmiete und Vorauszahlungen ansetzen.

5.3.2.2 Auswirkungen auf die Betriebskostenabrechnung

Seit der Veröffentlichung der BGH-Entscheidung haben sich zahlreiche Verfasser mit der Frage auseinandergesetzt, ob und ggf. wie sich die Minderung auf die Betriebskostenabrechnung auswirkt. Die richtige Vorgehensweise hat *Bieber* auf dem Mietgerichtstag 2006 vorgetragen.¹⁴⁸

Danach ist zunächst zu klären, dass die Minderung nicht allein auf die laufende Miete beschränkt ist. Zwar sprechen insbesondere die §§ 535 Abs. 2, 536, 543 Abs. 2 Nr. 3 und 556b Abs. 1 BGB von der „Miete“, so

¹⁴⁶ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 347/04, WuM 2005, 573 = ZMR 2005, 854 = NZM 2005, 699.

¹⁴⁷ BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713 = WuM 2005, 384 = MietRB 2005, 202.

¹⁴⁸ vgl. *Bieber*, www.mietgerichtstag.de/downloads/vortragbieber.pdf

dass aus der Zusammenschau der Schluss gezogen werden könnte, die nach § 536 BGB durchzuführende Minderung betrifft nur die laufende Zahlung und hat keinen Einfluss auf die Betriebskostenabrechnung. Immerhin berechnet sich der Zahlungsrückstand nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB auch ausschließlich nach den laufend geschuldeten Beträgen, ohne dass Betriebskostensalden anzurechnen oder sonst wie zu berücksichtigen wären. Abgesehen davon, dass § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB einen Beispielsfall des wichtigen Grundes nach § 543 Abs. 1 BGB bildet, spricht bereits der Wortlaut des § 536 Abs. 1 BGB für die Berücksichtigung der Minderung bei der Betriebskostenabrechnung. Denn danach ist der Mieter für die Dauer, in der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufgehoben ist, von der Mietzahlung befreit. Würde sich die Minderung bei der hier maßgeblichen Mietstruktur nur auf die laufende Zahlung beziehen, schuldete der Mieter zwar keine z.B. monatlichen Zahlungen. Über die Betriebskostenabrechnung wäre er jedoch dann verpflichtet, die Betriebskosten zu entrichten, die – weil die Ist-Vorauszahlungen mit Null anzusetzen wären – in vollem Umfang durchschlagen würden. Damit würde der Mieter aber schlechter gestellt, als § 536 BGB dies anordnet. Dies kann nur dadurch verhindert werden, dass in der Betriebskostenabrechnung ebenfalls die Minderungsquote von 100% angesetzt wird.

Wer diesen Schritt nachvollzieht, kann in allen anderen Fällen ein sachgerechtes Ergebnis nur erreichen, wenn er die jeweilige Minderungsquote auf das Abrechnungsergebnis (= Summe der Einzelbelastungen vor Abzug der Vorauszahlungen) anwendet.¹⁴⁹ Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die tatsächlich entstandenen Kosten nicht reduziert werden können. Systembedingt, also durch die Mietstruktur veranlasst, kann eben bei der Vereinbarung von Betriebskostenvorauszahlungen die endgültig zu mindernde Miete erst nach Ablauf der Abrechnungsperiode festgestellt werden.

5.3.2.3 Anrechnungsbeispiele

5.3.2.3.1 Mangel während der gesamten Abrechnungsperiode:

Ausgangsfall: Die Grundmiete beträgt 800,00 € und die Betriebskostenvorauszahlungen 200,00 €. Minderungsquote 20%, Minderungsbetrag 200,00 €, Dauer: gesamte Abrechnungsperiode; Abrechnungsergebnis 3.000 €.

Der Mieter mindert die laufende Miete um 200,00 €, wovon 160,00 € auf die Grundmiete und 40,00 € auf die Vorauszahlungen anzurechnen sind.

¹⁴⁹ LG Berlin v. 7.7.2006 – 63 S 342/05, GE 2006, 1235.

Soll	Eingang auf dem Mietkonto
<u>a) Grundmiete</u> 12 x 800,00 € = 9.600,00 € ./.. 20% <u>1.920,00 €</u> <div style="text-align: right;">7.680,00 €</div> <u>b) Betriebskosten</u> <div style="text-align: right;">3.000,00 €</div> ./.. 20% <u>600,00 €</u> <div style="text-align: right;">2.400,00 €</div> <u>c) Gesamtsoll:</u> <u>10.080,00 €</u>	12 x 800,00 € = <u>9.600,00 €</u>
<u>Saldo:</u> Gesamtsoll 10.080,00 € ./.. Zahlungen <u>9.600,00 €</u> Nachforderung: <u>480,00 €</u>	

5.3.2.3.2 vorübergehender Mangel

Auch die vorübergehende Minderung lässt sich „ohne weiteres“ errechnen:

Abwandlung des Ausgangsfalls: Der Mangel hat nur 50 Tage bestanden.

5.3.2.3.3 Konsequenzen

5.3.2.3.3.1 Abrechnung während laufender Minderungsprozesse?

Da sich die Minderung auf die Betriebskostenabrechnung auswirkt, könnte der Vermieter bis zum Abschluss dieser Prozesse gehindert sein, die Betriebskostenabrechnung zu erteilen.

Wer diesen Standpunkt einnimmt, muss die unmittelbar nach Abschluss des Prozesses erteilte Abrechnung als nicht verspätet i.S.d. §§ 556 Abs. 3 BGB, 20 Abs. 3 NMV ansehen. Denn der Vermieter hat es nicht zu vertreten, dass er „richtig“ erst nach Ablauf der Abrechnungsfrist abrechnen kann. Allerdings geht der Vermieter das Risiko ein, doch in die Verspätung zu laufen, weil er sich nach der Rechtskraft des Urteil zuviel Zeit mit der Vorlage der Abrechnung lässt. Länger als einen Monat sollte er auf keinen Fall warten.

Richtigerweise ist der Vermieter aber berechtigt, die Abrechnung „pünktlich“ ohne oder unter Berücksichtigung der von ihm zugebilligten Minderungsquote vorzulegen. Eine spätere Korrektur wegen einer anderen vom Gericht festgelegten Minderungsquote hat er nicht zu vertreten.

5.3.2.3.3.2 § 536c BGB

Es sind Fälle denkbar, in denen der Mieter mangels Anzeige für einen Teil der Abrechnungsperiode nicht mindern kann.

Beispiel: Mangel entsteht im März. Mieter informiert den Vermieter aber erst im Mai.

Dann kann der Mieter erst ab dem Monat der Anzeige gemäß § 536c BGB die laufende Miete mindern. Da der Saldo aus der Betriebskostenabrechnung aber erst nach der Abrechnung, nämlich mit deren Zugang fällig wird,¹⁵⁰ könnte die Minderung auf das Abrechnungsergebnis gleichwohl ab März erfolgen.

Dies wäre aber eine nicht gerechtfertigte Besserstellung des Mieters. § 536c BGB ist in gleichem Umfang auf das Abrechnungsergebnis anzuwenden wie auf die Grundmiete.

5.3.2.3.3.3 Darstellung der Betriebskostenabrechnung

Der Vermieter sollte – um Verwirrung zu vermeiden – die Abrechnung der Betriebskosten nachdem gleichen System fahren wie bisher, also die Gesamtkosten, den Abrechnungsschlüssel, die Ist-Vorauszahlungen und die Berechnung des Anteils des Mieters darstellen. Die Berechnung der Minderung sollte sodann in einem Anschreiben, in dem auf die Abrechnung zur Herkunft der Zahlen verwiesen wird, erläutert werden.

¹⁵⁰ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.

Insoweit sollte bei einer vorübergehenden Minderung nicht der Fehler gemacht werden, die Minderung durch einen Abzug vom Saldo darzustellen. Denn die Rechnung geht immer nur auf, wenn die Minderung sowohl auf die Grundmiete als auch das Abrechnungsergebnis angewendet wird. Hat der Mieter zuviel (oder zuwenig) gemindert oder der Vermieter die tatsächlichen Zahlungen nicht richtig verbucht, kann es ansonsten immer zu Fehlern kommen.

5.4 Fortgeltung der Verzugslage bei Veräußerung

Gem. § 566 BGB tritt der Erwerber mit Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch in die Rechte und Pflichten des Mietvertrages ein. Vor dem Eigentumswechsel entstandene und fällig gewordene Ansprüche bleiben jedoch beim bisherigen Vermieter, danach fällig werdende Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu (Fälligkeitsprinzip).¹⁵¹

Befindet sich der Vermieter dem Mieter gegenüber mit der Beseitigung eines Mangels im Verzug, so wirkt im Fall der Grundstücksübereignung die einmal eingetretene Verzugslage nach dem Eigentumsübergang in der Person des Erwerbers fort. Tritt der Schaden in diesem Fall nach dem Eigentumsübergang ein, so richten sich die Ansprüche des Mieters aus § 536a BGB nicht gegen den Grundstücksveräußerer, sondern gegen den Grundstückserwerber.¹⁵² Insoweit muss präzise zwischen den einzelnen Schadenspositionen unterschieden werden.

Beispiel: Der Mieter hat vor dem Eigentumswechsel einen Rechtsanwalt beauftragt, der ihm rät, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Der Sachverständige liquidiert erst nach Eigentumsübergang. Die Gebühren des Rechtsanwalts sind nach § 536a BGB noch beim alten, die Kosten des Sachverständigen beim neuen Vermieter geltend zu machen.

Selbstverständlich verliert der Mieter mit dem Eigentumswechsel dann auch sein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem bisherigen Vermieter und muss die einbehaltenen Beträge an diesen zahlen.¹⁵³ Gegenüber dem Erwerber kann er die Ausübung fortsetzen.

5.5 Beweislast bei Fogging

Unter „Fogging“ versteht man grau-schwarze bzw. ölig-schmierige Staubablagerungen auf Wänden. Ausgangspunkt sind in der Regel schwerflüchtige organische Verbindungen wie Weichmacher, Alkane und Alkohole, die in Laminat, PVC-Teppichböden, Klebstoffen, Kunststoffmöbeln etc. enthalten sind. In

¹⁵¹ BGH v. 3.12.2003 – VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851 m.w.N.

¹⁵² BGH v. 9.2.2005 - VIII ZR 22/04, WuM 2005, 201 = ZMR 2005, 354.

¹⁵³ BGH v. 19.6.2006 – VIII ZR 284/05, NZM 2006, 696 = ZMR 2006, 761.

der Regel ist nur sehr schwer nachweisbar, wem der Mangel der Schwarzfärbung (Vermieter- oder Mietersphäre) zuzuordnen ist. Um so mehr stellt sich die Frage, ob hier die gleiche Beweislastverteilung (also nach Gefahrenkreisen) wie bei den Feuchtigkeitsschäden gilt.¹⁵⁴

Der BGH¹⁵⁵ geht mit der h.M. davon aus, dass grundsätzlich der Mieter alle Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches aus § 536a Abs. 1 BGB darzulegen und zu beweisen habe. Nur wenn feststehe, dass die Schadensursache im Herrschafts- und Einflussbereich des Vermieters gesetzt worden sei, habe sich der Vermieter hinsichtlich des Verschuldens zu entlasten. Diese Darlegungs- und Beweislastverteilung folge aus dem Wortlaut der Vorschrift und der allgemeinen Regel, dass der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Anspruchs trage. Die Ausnahme, dass sich der Vermieter entlasten müsse, beruhe auf der im Mietrecht geltenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nach Verantwortungsbereichen. Dies trage im Besonderen der fehlenden Einsichtsmöglichkeit in den Verantwortungsbereich der jeweils anderen Seite Rechnung. Bleibe ungeklärt, in wessen Verantwortungsbereich die Schadensursache gesetzt worden sei, so müsse sich der Vermieter im Rahmen des Schadenersatzanspruches des Mieters aus § 536a Abs. 1 BGB nicht entlasten.

5.6 Schadenersatz bei Rechtsmangel

Die hM geht jedenfalls bei Vorliegen eines Rechtsmangels vom Vorrang der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften aus.¹⁵⁶ Ob insoweit für § 281 BGB a.F. (= § 285 BGB) eine Ausnahme gerechtfertigt ist, weil es sich eben nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt, hat der II. Senat des BGH für den Fall der Herausgabe einer vom Hauptvermieter an den Hauptmieter für die Aufhebung des Mietvertrages gezahlten Abfindung an den Untermieter bejaht.¹⁵⁷

Nunmehr hat der XII. Senat¹⁵⁸ die Frage offen gelassen und damit Zweifel genährt, ob er sich der Entscheidung des II. Senats anschließen würde. Im konkreten Fall hatte der Mieter ein Grundstück zur Nutzung als Parkplatz gemietet. Während der Mietzeit, die bis März 2004 befristet war, vermietete der Vermieter Teilflächen an Markthändler zur Errichtung und zum Betrieb von Verkaufsständen. Der Mieter begehrte u.a. Auskunft, in welchem Umfang der Vermieter das vermietete Grundstück an Dritte vermietet hatte, um Herausgabe des hieraus erzielten Erlöses verlangen zu können. Anspruchsgrundlage für dieses Begehren konnte allein § 281 BGB a.F. (§ 285 BGB) sein. Dessen Voraussetzungen lagen aber nicht

¹⁵⁴ vgl. dazu *Lützenkirchen*, AHB Mietrecht, 2. Aufl., F Rz. 184 f.

¹⁵⁵ BGH v. 25.1.2006 – VIII ZR 223/04, WuM 2006, 147.

¹⁵⁶ BGH v. 29.11.1995 – XII ZR 230/94, NJW 1996, 714; *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 271 m.w.N.

¹⁵⁷ BGH v. 19.11.1984 – II ZR 6/84, NJW-RR 1986, 234.

¹⁵⁸ BGH v. 10.5.2006- XII ZR 124/02, MietRB 2006, 215.

vor. Zwar hatte der Vermieter durch die Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung gleichzeitig Mieteinnahmen erzielt. Neben dieser Kausalität verlangt § 281 BGB a.F. aber eine Identität zwischen dem geschuldeten Gegenstand und dem, für den Ersatz erlangt worden ist. Zur Bestimmung der an die Identität zu stellenden Anforderungen ist auf den normativen Sinn der Vorschrift abzustellen. Insoweit ist zunächst aufgrund der historischen Auslegung hervorzuheben, dass es sich bei § 281 BGB a.F. nicht um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung handelt. Vielmehr soll allein das durch die Unmöglichkeit der Leistung für den geschuldeten Gegenstand Erlangte an den Gläubiger herausgegeben werden. Weiterhin ist jedoch bei der Prüfung der Identität die von den Parteien gewollte Verteilung der Vermögenswerte nach den internen Rechtsbeziehungen zu berücksichtigen. Diese verweist auf die von den Parteien vertraglich angestrebte Güterordnung als Maßstab für die Unrichtigkeit der auszugleichenden tatsächlichen Verteilung der Vermögenswerte. Vor diesem Hintergrund muss berücksichtigt werden, dass dem Mieter nur die geringwertigere Nutzung als Parkplatz, den Markthändler aber die weitergehende Nutzung zur Errichtung und zum Betrieb von Verkaufsständen erlaubt gewesen war. Dem gemäß hat der Mieter auch nur eine für die Nutzung als Parkplatz von den Parteien als angemessen angesehene, deutlich geringere Miete gezahlt als die Markthändler für ihren intensiveren Gebrauch des Grundstücks als Verkaufsfläche. Dem Mieter ist aber weder eine anderweitige Nutzung noch eine Untervermietung erlaubt gewesen. Er hätte daher die von ihm als „Surrogat“ herausverlangte Miete der Markthändler aufgrund der ihm lediglich zur Nutzung als Parkplatz zugewiesenen Gebrauchsüberlassung nicht erzielen können.

5.7 Regress des Nachbarn

Ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch setzt voraus, dass Störungen von einem Grundstück ausgehen und auf das Nachbargrundstück einwirken. Kann eine fahrlässige Brandstiftung des Mieters ausgeschlossen werden und kommt ein technischer Defekt als alleinige Brandursache in Betracht, kann der Eigentümer des durch den Brand betroffenen Nachbargrundstücks einen Anspruch auf Ausgleich seiner Vermögenseinbußen nach Enteignungsgrundsätzen geltend machen.¹⁵⁹

Lässt sich eine Störung (z.B. durch Brandstiftung) nicht nachweisen, setzt eine Inanspruchnahme des Eigentümers nach Auffassung des BGH¹⁶⁰ voraus, dass er als Störer zu qualifizieren sei. Denn der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB knüpft daran an, dass ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 BGB aus besonderen Gründen nicht geltend gemacht werden kann, der auch nur die Inanspruchnahme des Störers vorsieht. Als mittelbarer Störer kann der Eigentümer nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er seinem Mieter den Gebrauch der Mietsache mit der Erlaubnis

¹⁵⁹ BGH v. 23.2.2001 – V ZR 389/99, NJW 2001, 1865

¹⁶⁰ BGH v. 27.1.2006 – V ZR 26/05, NZM 2006, 273 = ZMR 2006, 357.

zur störenden Handlung überlassen oder es unterlassen hat, den Mieter von einem nach dem Mietvertrag unerlaubten, fremdes Eigentum beeinträchtigenden Gebrauch der Mietsache abzuhalten. Im Fall der Brandstiftung muss dem Mieter das Mietobjekt also zumindest mit der Erlaubnis zu einer feuergefährlichen Nutzung überlassen worden sein.

Ein Anspruch analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB besteht indessen nicht zu Gunsten des beeinträchtigten Mieters durch störende Handlungen des Mieters der Nachbarwohnung.¹⁶¹

6 Mieterhöhung

6.1 Fortgeltung von Kostenmietklauseln

Da zum 1.1.1990 weggefallene Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (WGG) verpflichtete gemeinnützige Wohnungsunternehmen, sich bei der Miete auf eine nach den Bestimmungen der II.BV ermittelten Kostenmiete zu beschränken. Deshalb enthielten die vorgegebenen Musterverträge zumeist sog. Kostenmietklauseln.

Ob Kostenmietklauseln in bestehenden Mietverträgen mit einer ehemals gemeinnützigen Wohnungsbaugenossenschaft auch nach Aufhebung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes weiter gelten, ist streitig. Teilweise wird die Ansicht vertreten, derartige Vereinbarungen seien nach § 557 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen mit der Folge, dass eine Mieterhöhung nach § 558 BGB auf die Höhe der Kostenmiete beschränkt sei.¹⁶² Nach der Gegenmeinung haben vertragliche Kostenmietklauseln mit der Aufhebung der Gemeinnützigkeit der Genossenschaften ihre Bedeutung verloren.¹⁶³ Zur Begründung wird teilweise angeführt, die Bindung an eine Kostenmietklausel sei aufgrund ergänzender Vertragsauslegung mit dem Wegfall der Wohnungsgemeinnützigkeit und der damit verbundenen Steuervorteile ersatzlos entfallen.

Dieser Auffassung hat sich der BGH angeschlossen.¹⁶⁴ Denn durch den Wegfall der Steuerfreiheit des Vermieters hätten sich die Vertragsgrundlagen so erheblich verändert,

¹⁶¹ BGH v. 12.12.2003 – V ZR 180/03, NJW 2004, 775.

¹⁶² LG München I, WuM 1999, 170; LG Berlin, GE 2001, 555; 2002, 803; *Horst*, Praxis des Mietrechts, 2003, Rdnr. 2056; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 8. Aufl., Vor §§ 557 bis 557 b BGB Rz. 50; vgl. auch LG Frankfurt/Main, WuM 1992, 135.

¹⁶³ *Schultz* in *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 310 a; *Beuermann*, Miete und Mieterhöhung bei preisfreiem Wohnraum, 3. Aufl., § 1 MHG, Rz. 27; *Halstenberg*, WuM 1991, 458; *Roth*, NZM 1999, 688; wohl auch *Hanke* in *Festschrift für Bärmann und Weitnauer*, 1990, S. 319, 323; *Thies*, Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht, 1986, Rz. 413; *Brintzinger* in *Jenkis*, Kommentar zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht, 1988, WGG-Aufhebungsgesetz, Art. 21 § 1 Rz. 12; offengelassen von BayObLG, WuM 1998, 274, 276.

¹⁶⁴ BGH v. 14.6.2006 – VII ZR 128/05, WuM 2006, 520 = NZM 2006, 693 = ZMR 2006, 841.

dass der Mieter sich redlicherweise auf die ortsübliche Miete hätten einlassen müssen, wenn dieser Punkt bei den Vertragsverhandlungen bedacht worden wäre.

7 Betriebskosten

7.1 Erdgeschossmieter und Aufzugskosten

§ 24 Abs. 2 S. 2 NMV bestimmt, dass der Erdgeschossmieter einer preisgebundenen Wohnung von der Beteiligung an den Kosten des Aufzugs ausgenommen werden kann. Diese Vorschrift wird – teilweise – dahin ausgelegt, dass sie einen Grundsatz aufzeigt, von dem nur in Ausnahmefällen abgewichen werden kann.¹⁶⁵ Auch für den preisfreien Wohnraum wurde aus dieser Regelung abgeleitet, dass der Erdgeschossmieter jedenfalls dann nicht an den Kosten beteiligt werden könne, wenn für ihn eine sinnvolle Nutzung nicht möglich sei.¹⁶⁶

Der BGH¹⁶⁷ hält die Kosten für umlegbar, weil die formularmäßige Überbürdung der Aufzugskosten im Rahmen der Betriebskosten keine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB darstellt. Aus § 24 Abs. 2 NMV lasse sich im preisfreien Wohnraum für die Umlage der Aufzugskosten nichts ableiten, weil diese Vorschrift wegen der Änderung der Wohnraumförderung gemäß § 50 WoFG nur noch einen zeitlich beschränkten Anwendungsbereich habe. Im Übrigen entspreche die formularmäßige Beteiligung auch des Mieters einer im Erdgeschoss gelegenen Wohnung an den Aufzugskosten nach dem Maßstab der Wohnfläche dem Grundgedanken des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach könnte nach der Gesamtwohnfläche abgerechnet werden, sofern nicht nach Verbrauch oder Verursachung abzurechnen sei. Hier sei eine erfasste Verursachung jedoch nicht gegeben. Bei der Bewertung der Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB sei nicht darauf abzustellen, ob der Mieter den Aufzug sinnvoll nutzen könne. Dies widerspreche bereits der in § 556a Abs. 1 BGB enthaltenen Wertung des Gesetzgebers. Danach gelte die Gesamtwohnfläche bei den Betriebskosten als akzeptabler Umlagemaßstab. Auf die Nutzungsmöglichkeit abzustellen, verbiete der Grundsatz der Praktikabilität. Käme es nämlich auf die Nutzungsmöglichkeit an, wäre im Falle der Aufzugskosten für eine streng verursachungsgerechte und am Vorteilsprinzip ausgerichtete Zuordnung nicht nur eine Unterscheidung zwischen den Erdgeschossmietern und den Mietern der übrigen Etagen erforderlich, sondern müsste darüber hinaus eine Differenzierung nach der Stockwerkshöhe und möglicherweise auch nach der Zahl der Nutzer je Wohnung erfolgen. Neben diesen für den Vermieter

¹⁶⁵ LG Braunschweig v. 17.11.1989 – 6 S 254/89, WuM 1990, 558; AG Braunschweig v. 27.9.1995 – 114 C 3016/95, WuM 1996, 284.

¹⁶⁶ Langenberg, NZM 2001, 783, 790.

¹⁶⁷ BGH v. 20.9.2006 - VIII ZR 103/06, NJW 2006, 3557.

sprechenden Gründen der Praktikabilität sei eine generalisierende Betrachtungsweise für den Mieter zur Nachvollziehbarkeit und besseren Überprüfbarkeit der Abrechnung sinnvoll.

Der BGH hat einen seit Einführung der Betriebskostenabrechnung bestehenden Meinungsstreit zugunsten der h.M.¹⁶⁸ entschieden. Im dogmatischen Teil seiner Begründung zeigt er den Anwendungsbereich des § 556a BGB auf, der die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck bringt, dass die Betriebskostenabrechnung nach Wohnfläche - außer in den genannten Ausnahmefällen - nicht zu beanstanden ist. Wenn aber die Gesamtwohnfläche ein billiger und gerechter Umlagemaßstab ist, muss auch der Mieter im Erdgeschoss an den Kosten beteiligt werden. Insoweit greift der BGH mittelbar auf seine Argumentation zurück, mit der er die Vorermittlung bei gemischter Nutzung – von Ausnahmefällen abgesehen – ablehnt.¹⁶⁹ Hieraus kann man den Grundsatz ableiten, dass auch bei anderen Abrechnungspositionen der Verursachungsanteil solange unerheblich ist, wie er nicht gemessen oder als Maßstab vereinbart ist. Der Mieter kann also gegenüber den Kosten der Gartenpflege nicht einwenden, den Garten nicht zu nutzen, und gegenüber der Treppenhausreinigung, da seine Wohnung im Souterrain liege, sei nur ein erheblich geringerer Anteil gerechtfertigt.

Zum wiederholten Male¹⁷⁰ bringt der Senat zum Ausdruck, dass aus den Vorschriften, die unmittelbar nur auf preisgebundenen Wohnraum anzuwenden sind, für Mietverträge über preisfreie Wohnungen nichts herzuleiten ist. Dies mag de lege lata richtig sein. Allerdings haben die Vorschriften eine jahrzehntelange Geschichte und sind wiederholt von den jeweiligen Gesetz- oder Verordnungsgebern im Rahmen von Novellierungen manifestiert worden. Ob deshalb daraus nicht doch zumindest ein Konsens über die Handhabung bestimmter Situationen hergeleitet werden kann, erscheint nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. So sind jedenfalls unterschiedliche Behandlungen wenigstens denkbar.

Allerdings wird das vorliegende Problem im preisgebundenen Wohnraum kaum anders zu lösen sein. Zwar sieht § 24 Abs. 2 NMV ausdrücklich vor, dass der Erdgeschossmieter von der Beteiligung an den Kosten ausgenommen werden kann und wird diese Vorschrift – teilweise – dahin ausgelegt, dass sie einen Grundsatz aufzeigt, von dem nur in Ausnahmefällen abgewichen werden kann.¹⁷¹ Indessen lässt sich die Begründung des BGH aus der vorliegenden Entscheidung auch auf den preisgebunden Wohnraum übertragen. Denn § 24 Abs. 2 NMV stellt (auch) zunächst einmal fest, dass die Aufzugskosten nach der

¹⁶⁸ vgl. z.B. LG Hannover v. 4.10.1989 – 11 S 8/89, WuM 1990, 228; LG Duisburg v. 28.5.1001 – 7 S 586/90, WuM 1991, 597; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 9. Aufl., Rz. 4164, 5156 f.

¹⁶⁹ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.

¹⁷⁰ vgl. BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.

¹⁷¹ LG Braunschweig v. 17.11.1989 - 6 S 254/89, WuM 1990, 558; AG Braunschweig v. 27.9.1995 - 114 C 3016/95, WuM 1996, 284.

Wohnfläche umgelegt werden können. Mithin ist auch hier allein der (möglicherweise) geringere Verursachungsbeitrag nicht ausreichend. Denn § 24 Abs. 2 NMV sieht schon vom Wortlaut, die Nichtumlage auf den Erdgeschossmieter als Ausnahme vor.

7.2 Sonstige Betriebskosten im Gewerbe

Führt die zur Prüfung vorliegende Abrechnung vom Katalog des § 2 BetrKV bzw. der Anlage 3 zu § 27 II.BV abweichende Positionen auf, gelten die gleichen Anforderungen wie für die Umlage der sonstigen Betriebskosten bei der Wohnraummiete. Allerdings wird vertreten, dass bei der Gewerberaumiete durch die Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV auch die sonstigen Betriebskosten erfasst sind.¹⁷² Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, da für das Gewerberaummietrecht keine anderen Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz gestellt werden können¹⁷³. Im Zweifel sollte also davon ausgegangen werden, dass nicht ausdrücklich genannte Positionen, die nicht einer der in den Nrn. 1 – 16 des § 2 BetrKV bzw. der Anlage 3 zu § 27 II.BV aufgezählten Kostenarten zugeordnet lassen, nicht umlegbar sind.

Nicht nur bei Formularverträgen ist insoweit die Beachtung des Transparenzgebotes nach § 307 Abs. 1 S. 3 BGB erforderlich¹⁷⁴. Auch bei individuellen Regelungen kommt es darauf an, ob durch die Aufzählung bzw. die Angabe einzelner Kostenarten eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit erreicht worden ist. Denn die Darstellung muss so aufgebaut sein, dass für den Mieter das Kostenrisiko überschaubar wird.¹⁷⁵ Dies erfordert zumindest, dass der Inhalt und Umfang der umlegbaren Leistungen erkennbar wird. Deshalb kann eine Formulklausel in einem Gewerberaummietvertrag keinen Bestand haben, wenn sie die Umlage von Instandsetzungskosten¹⁷⁶ oder den Kosten einer Werbegemeinschaft¹⁷⁷ ohne Kostenbegrenzung zulässt.

Soweit Kosten für das „Center-Management“¹⁷⁸ oder ein „Allgemeiner Service“¹⁷⁹ abgerechnet werden sollen, muss die Umlagevereinbarung neben der Verwendung dieser Schlagworte zur ausreichenden Bestimmtheit eine inhaltliche Beschreibung der erfassten Tätigkeiten wiedergeben. Ansonsten können diese Kosten nicht angesetzt werden.

¹⁷² OLG Celle, NZM 1999, 501, 502.

¹⁷³ OLG Düsseldorf, MDR 1991, 964.

¹⁷⁴ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

¹⁷⁵ KG v. 8.10.2001 – 8 U 6267/00, GE 2002, 327 = NZM 2002, 954.

¹⁷⁶ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

¹⁷⁷ BGH v. 12.7.2006 – XII ZR 39/04, ZMR 2006, 849.

¹⁷⁸ OLG Rostock v. 13.12.2004 – 3 U 56/04, GuT 2005, 158 = NZM 2005, 507; KG v. 18.9.2003 – 8 U 25/03, MietRB 2004, 70.

¹⁷⁹ KG v. 8.10.2001 – 8 U 6267/00, GE 2002, 327 = NZM 2002, 954.

Dieselben Maßstäbe gelten für Auffangtatbestände. Sollen z.B. neben den Kosten für den Aufzug und die Heizung auch solche für „sonstige technische Einrichtungen“ umlegbar sein, wird dadurch nicht ohne weiteres der Ansatz von Kosten für Lüftungsanlagen, Rollsteige, Klimaanlage, Brandmeldeanlage, Zugangskontrollanlage o.ä. gerechtfertigt. „Technische Einrichtungen“ lassen sich zwar eher eingrenzen als „sonstige Betriebskosten“, zumal wenn zusätzlich eingeschränkt wird, dass sie dem Mieter zugute kommen müssen. Letzteres ist zumindest der Fall, wenn die Einrichtung dem Betrieb von Gemeinschaftsflächen dient. Der Vermieter kann dem Mieter aber sein wirtschaftliches Risiko, dass mit der Umlage von Betriebs- oder Nebenkosten verbunden ist, grundsätzlich nur ausreichend vermitteln, wenn er ihm gleichzeitig auch die Kenntnis von der im Objekt vorhandenen technischen Ausstattung verschafft. Um so mehr ist auch hier im Zweifel eine Umlagefähigkeit nur gegeben, wenn die Aggregate im einzelnen (abschließend) aufgezählt sind.

7.3 gemischte Nutzung

Für den preisgebundenen Wohnraum schreibt § 20 Abs. 2 S. 2 NMV ausdrücklich vor, dass Betriebskosten, die nicht für den Wohnraum entstanden sind, vorweg abzuziehen sind. Diese Regel wird mittlerweile nicht mehr zwingend angewendet, sondern vielmehr auch überlegt, ob der Vorwegabzug tatsächlich zu einer – ggf. auch nur für den Mieter nachteiligen - Änderung des Abrechnungsergebnisses führt.¹⁸⁰

Auch außerhalb des preisgebundenen Wohnraums ging die bisher herrschenden Meinung von dem Grundsatz aus, dass bei gemischt genutzten Objekten ein Vorwegabzug für Gewerbeflächen in jedem Fall erforderlich sei¹⁸¹, jedenfalls aber dann, wenn sich das Abrechnungsergebnis dadurch ändern konnte¹⁸². Insofern trifft den Vermieter die Darlegungs- und Beweislast.¹⁸³ Führt der Vermieter keinen Vorwegabzug durch, sollte er durch Mitteilung der Gründe plausibel machen müssen, dass durch die andere (also gewerbliche) Nutzung keine höheren Kosten entstehen würden. Pauschale Hinweise sollten nicht genügen.¹⁸⁴ Es musste zumindest die Art des Gewerbes in der Abrechnung angegeben werden (z.B. Reisebüro).¹⁸⁵ Der durch die Art der Betriebskostenabrechnung nicht benachteiligte gewerbliche Mieter konnte sich allerdings nicht darauf berufen, die Abrechnung gegenüber den Wohnraummieter sei falsch.¹⁸⁶ Das Gleiche gilt dann auch für den Wohnraummieter im umgekehrten Fall. Dazu sind allerdings Berechnun-

¹⁸⁰ LG Köln, *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 42; AG Köln, *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 33.

¹⁸¹ vgl. LG Hamburg v. 27.6.2000 – 316 S 15/00, ZMR 2001, 971; LG Frankfurt/Main v. 30.9.1997 – 2/11 S 55/97, NZM 1998, 434; LG Berlin, ZMR 2001, 111; AG Köln, ZMR 1994, 336; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., III Rz. 358.

¹⁸² LG Aachen v. 12.1.2005 – 7 S 116/04, WuM 2005, 720.

¹⁸³ AG Köln, *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 34.

¹⁸⁴ AG Köln v. 18.2.2003 – 201 C 537/02, ZMR 2003, 684.

¹⁸⁵ AG Köln v. 18.2.2003 – 201 C 537/02, *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 96; AG Köln v. 2.8.2002 – 206 C 291/01 in *Lützenkirchen*, KM 1 Nr. 64.

¹⁸⁶ OLG Düsseldorf v. 16.1.2003 – 10 U 182/01, ZMR 2005, 943.

gen darzulegen, die aufzeigen, dass der Mieter durch die Art der Abrechnung (also ohne Vorwegabzug) einen Vorteil erlangt.

Der BGH¹⁸⁷ hat den Grundsatz des Vorwegabzuges für den preisfreien Wohnraum abgelehnt. Zwar sei in § 20 Abs. 2 S. 2 NMV angeordnet, dass Betriebskosten, die nicht für Wohnraum entstanden seien, bei der Umlage der Betriebskosten vorweg abzuziehen seien. Indessen sei dieser Vorschrift auf Mietverträge über preisfreiem Wohnraum nicht analog anwendbar. Eine Analogie sei nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Lücke enthalte und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar sei, den der Gesetzgeber geregelt habe, dass angenommen werden könne, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen, wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen. § 20 Abs. 2 S. 2 NMV sei aber eine spezielle Regelung des sozialen Wohnungsbau, die ihre Grundlage in den auf dem Prinzip der Kostenmiete beruhenden Preisbindungsvorschriften habe. Sie könne nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers bereits deshalb nicht auf andere Sachverhalte übertragen werden, weil es sich um eine auslaufende, nur noch auf den Altbestand im sozialen Wohnungsbau anzuwendende Regelung handele. Der Gesetzgeber habe das Recht des sozialen Wohnungsbaus durch das Wohnraumförderungsgesetz (WoFG) mit Wirkung ab dem 01.01.2002 auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt. Aufgrund dessen sei die Neubaumietenverordnung (NMV) nur noch nach Maßgabe der Übergangsbestimmung des § 50 WoFG weiterhin anzuwenden. Soweit das WoFG keine Sonderregelung treffe, würden im Verhältnis der Mietvertragsparteien untereinander die allgemeinen wohnraummietrechtlichen Bestimmungen gelten. Von der Schaffung einer § 20 Abs. 2 S. 2 MNV entsprechenden Nachfolgeregelung habe der Gesetzgeber abgesehen. Auch Billigkeitserwägungen würden nicht dafür sprechen, einen Vorwegabzug zu fordern. Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart hätten, sei im preisfreien Wohnraum ein Vorwegabzug der Kosten für Gewerbeflächen in gemischt genutzten Abrechnungseinheiten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht geboten, wenn die auf die Gewerbeflächen entfallenden Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führe. Denn durch den Vorwegabzug solle verhindert werden, dass die Wohnungsmieter mit Kosten belastet würden, die allein oder in höherem Maße aufgrund einer gewerblichen Nutzung entstehen. Dem Wohnungsmieter entstehe jedoch aus einer gemischten Nutzung des Gebäudes kein Nachteil, wenn er durch die Umlage der auf das Gebäude entfallenden Gesamtkosten nach einem einheitlichen für alle Mieter geltenden Maßstab nicht schlechter gestellt werde als im Falle einer vor Aufteilung zwischen Wohn- und Gewerbeflächen. Insoweit könne nicht lediglich dann auf einen Vorwegabzug verzichtet werden, wenn die auf die unterschiedliche Nutzung entfallenden Verursachungsanteile ausnahmsweise gleich hoch seien. Ein Vorwegabzug sei auch dann nicht erforderlich, wenn die Geschäftsbetriebe in Bezug auf einzelne Kostenarten keine erhebliche Mehrbelastung verursachen würden. Die einheitliche

¹⁸⁷ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.

Abrechnung, die dem Interesse beider Mietvertragsparteien an einer Vereinfachung der Abrechnung Rechnung trage, belastet die Mieter auch unter Zugrundelegung dieses Maßstabes nicht unbillig. Da die Mieter zur Entstehung der Gesamtkosten in unterschiedlichem Maße beitragen würden (etwa durch einen höheren oder sparsameren Wasser- und Energieverbrauch), seien gewisse Ungenauigkeiten auch bei der Verteilung von Betriebskosten in einem allein zu Wohnzwecken dienenden Gebäude im Regelfall nicht zu vermeiden. Schließlich sei ein Vorwegabzug auch nicht aus der Vorschrift des § 556a Abs. 1 S. BGB herzuleiten.¹⁸⁸ Dem stehe bereits entgegen, dass § 556a Abs. 1 S. 1 BGB sich nur mit einer Umlage nach dem Flächenmaßstab, nicht aber mit anderen – insbesondere den für den Vorwegabzug von Gewerbeflächen bedeutsamen verbrauchsbezogenen Umlagemaßstäben – befasse. Im Übrigen habe der Gesetzgeber gerade von der Übernahme einer § 20 Abs. 2 S. 2 NMV entsprechenden Regelung abgesehen.

Der Streit wird sich nun auf die Frage verlagern, wann es durch die andere Nutzungsart zu erheblichen Mehrbelastungen kommt und wer dafür die Darlegungs- und Beweislast trägt. Die bisher dazu ergangene Rechtsprechung gibt wenig Anhaltspunkte.¹⁸⁹ Starre Grenzen (z.B. in Prozent) erscheinen nicht angebracht. Vielmehr ist hier auf die absolute Höhe und das konkrete Mietverhältnis abzustellen. Verfehlt ist die Auffassung, bei der Grundsteuer auf die unterschiedlichen Hebesätze abzustellen.¹⁹⁰ Denn allein maßgeblich für die erhebliche Abweichung ist das wirtschaftliche Ergebnis. Die Darlegungs- und Beweislast trifft hier den Mieter, der bei der Belegeinsicht die zur Ermittlung der Erheblichkeit notwendigen Angaben vom Vermieter verlangen kann.¹⁹¹ Die vom BGH aufgestellten Grundsätze gelten ohne weiteres auch für das Gewerberaummietrecht.

7.4 Unverschuldeter Ablauf der Abrechnungsfrist

Trotz Ablauf der Abrechnungsfrist kann der Vermieter ausnahmsweise eine Nachforderung geltend machen, wenn er die verspätete Vorlage der Abrechnung nicht zu vertreten hat. Für das Verschulden des Vermieters gelten dabei die in § 276 aufgestellten Sorgfaltsmaßstäbe.¹⁹² Namentlich zu nennen sind hier die Fälle, in denen der Vermieter für einzelne Betriebskosten die Rechnung so spät erhält, dass er unter Zubilligung einer angemessenen Zeit für die Erstellung der Abrechnung diese nicht mehr fristgerecht fertig stellen kann.¹⁹³ Auch ein Datenverlust durch unvorhersehbare Ereignisse, Konflikte mit den Mie-

¹⁸⁸ a.A. *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 556a BGB Rz. 65.

¹⁸⁹ vgl. z.B. LG Braunschweig v. 5.11.2002 – 6 S 62/02, ZMR 2003, 114.

¹⁹⁰ So aber: AG Köln v. 23.5.2006 – 210 C 43/06, WuM 2006, 568.

¹⁹¹ BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05, GE 2006, 1544.

¹⁹² *Seldeneck*, Betriebskosten im Mietrecht, 1999, Rz. 5220.

¹⁹³ *Heix* in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, § 20 NMV Anm. 5.4.3

tern über die Ansätze in vorangegangenen Abrechnungsperioden oder die verspätete Überlassung der Abrechnungsdaten durch den Voreigentümer oder Zwangsverwalter können den Vermieter entlasten.¹⁹⁴

Innerhalb welcher Frist der Vermieter nach Wegfall des Hindernisses die Abrechnung erteilen muss, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Hierfür soll eine angemessene Frist anzusetzen sein, die zwischen zwei¹⁹⁵ und vier Wochen liegt.¹⁹⁶ Vereinzelt werden drei Monate befürwortet¹⁹⁷ und sogar 6 Monate als zulässig angesehen¹⁹⁸, was im Hinblick auf den Schutzzweck der Ausschlussfrist aber entschieden zu lang ist. Deshalb wird auch eine unverzügliche Erstellung nach Wegfall des Hindernisses gefordert.¹⁹⁹

Der BGH²⁰⁰ hat mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck der Abrechnungsfrist die Frist²⁰¹ auf drei Monate nach Wegfall des Hindernisses erstreckt und sich dabei an § 560 Abs. 2 BGB orientiert.

7.5 Einsicht in die Abrechnungsbelege

Der Mieter kann die in der Abrechnung berücksichtigten Kosten substantiiert nur bestreiten, wenn er zuvor von seinem Prüfungsrecht Gebrauch gemacht hat²⁰². Insoweit sieht § 29 NMV für den preisgebundenen Wohnraum vor, dass der Mieter die Prüfung der Abrechnung durch Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen (§ 29 Abs. 1 NMV) oder durch Überlassung von Fotokopien (Abs. 2) ausüben können soll. Ob dieses Wahlrecht auch bei Mietverhältnissen über preisfreie Wohnungen oder Gewerberaum besteht, wurde teilweise befürwortet²⁰³ und auch abgelehnt²⁰⁴, was teilweise sogar zu einer örtlich unterschiedlichen Praxis führte.

¹⁹⁴ Seldeneck, Betriebskosten im Mietrecht, 1999, Rz. 5220.

¹⁹⁵ LG Berlin v. 24.4.2006 – 67 S 435/06, GE 2006, 1098.

¹⁹⁶ Börstinghaus/Eisenschmid, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, S. 208.

¹⁹⁷ Seldeneck, Rdnr. 5225.

¹⁹⁸ Pfeifer, S. 127.

¹⁹⁹ AG Tübingen v. 30.4.2004 – 9 C 1503/03, WuM 2004, 342.

²⁰⁰ BGH v. 5.7.2006 – VIII ZR 220/05, WuM 2006, 516 = ZMR 2006, 847.

²⁰¹ Vgl. dazu BGH v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04, WuM 2005, 61.

²⁰² OLG Düsseldorf, NZM 2000, 762; LG Berlin, ZMR 1999, 637; LG Karlsruhe, WuM 1998, 479; LG Hannover, WuM 1990, 228; LG Arnberg, NJW-RR 1988, 397; AG Köln, WuM 1987, 275.

²⁰³ dafür: LG Neubrandenburg v. 5.3.2002 – 1 S 272/01, WuM 2002, 339; LG Berlin v. 25.1.2000 – 65 S 260/99, GE 2000, 409; LG Düsseldorf v. 19.3.1998 – 21 S 600/97, DWW 1999, 182; LG Hamburg v. 14.8.1997 – 334 S 61/97, WuM 1997, 500 = NZM 1998, 264; LG Essen v. 2.8.1996 – 1 S 693/93, DWW 1996, 371; LG Hannover v. 2.2.1993 – 11 S 392/82, WuM 1985, 346; AG Pankow/Weißensee v. 13.3.2002 – 7 C 482/01, MM 2002, 228 = NZM 2002, 655; AG Potsdam v. 27.9.2001 – 26 C 214/01, GE 2002, 403; AG Diez v. 26.9.2001 – 8 C 210/01, WuM 2001, 560; AG Niebüll v. 21.5.2001 – WuM 2001, 633; AG Dinslaken v. 8.5.2001 – 33 C 177/00, WuM 2001, 497; AG Köpenick v. 22.3.2000 – 7 C 373/99, MM 2000, 333; AG Hamburg v. 13.10.1999 – 45 C 77/99, WuM 2000, 214; AG Tiergarten v. 10.9.1999 – 3 C 64/99, MM 2000, 91; AG Köln v. 26.8.1999 – 211 C 319/99, WuM 2000, 152; AG Köln v. 18.12.1998 – 221 C 413/98, ZMR 1999, 343; AG Bonn v. 28.5.1996 – 8 C 149/96, WuM 1996, 629; AG Zwickau v. 15.12.1993 – 11 C 522/93, MDR 1994, 271; AG Tiergarten v. 17.5.1993 – 3 C

Nach Auffassung des BGH²⁰⁵ besteht keine Pflicht des Vermieters, dem Mieter Fotokopien der Abrechnungsunterlagen zu übermitteln. Gemäß § 259 Abs. 1 BGB habe der zur Rechenschaft Verpflichtete dem Berechtigten eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und Belege „vorzulegen“. § 29 Abs. 2 S. 1 NMV, der dem Mieter preisgebundenen Wohnraums einen Anspruch auf Übersendung der Belegkopien einräume, sei auf preisfreiem Wohnraum nicht entsprechend anwendbar. Dies ergebe sich bereits aus § 50 WoFG, da es sich um eine Sonderbestimmung handele, die nur auf die vor dem 1.1.2002 geförderten Wohnungen anwendbar sei. Ein Anspruch auf Übersendung von Belegkopien ergebe sich auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Unter Berücksichtigung der jeweiligen berechtigten Interessen der Vertragsparteien genüge es zur Begründung eines solchen Anspruchs des Mieters nicht, dass er bereit sei, dem Vermieter dessen Auslagen für die Anfertigung der Kopien zu erstatten. Dem Interesse des Mieters an einer Überprüfung der Abrechnung werde im Regelfall bereits dadurch Rechnung getragen, dass er vom Vermieter Einsicht in die der Abrechnung zugrundeliegenden Belege verlangen und sich hierbei, soweit erforderlich, fachkundige Hilfe bedienen könne. Zwar ermögliche es die Überlassung von Fotokopien dem Mieter darüber hinausgehend, die Abrechnung in seiner Wohnung zu überprüfen und die Kopien ggf. einem fachkundigen Berater zu überlassen. Die Überlassung von Fotokopien werde auch im Einzelfall dem Vermieter entgegenkommen. Der Vermieter könne jedoch ein berechtigtes Interesse daran haben, den Mieter auf die Einsichtnahme in die Rechnungsbelege zu verweisen, um den durch die Anfertigung von Fotokopien entstehenden zusätzlichen Aufwand zu vermeiden und dem Mieter mögliche Unklarheiten im Gespräch sofort zu erläutern. Hierdurch könne Fehlverständnissen der Abrechnung und zeitlichen Verzögerungen durch ein Verlangen des Mieters nach Übersendung weiterer Kopien von Rechnungsbelegen vorgebeugt werden.

Eine andere Sichtweise sei ausnahmsweise nur dann gerechtfertigt, wenn dem Mieter die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen in den Räumen des Vermieters nicht zugemutet werden könne. Diese Voraussetzungen seien hier aber nicht gegeben, da die Geschäftsräume des Vermieters bzw. dessen Hausverwaltung und der Wohnort des Mieters identisch seien. Derartige Umstände können aber gegeben sein, wenn

38/93, MM 1993, 257; AG Brühl v. 10.1.1992 – 24 C 403/91, WuM 1992, 201; AG Charlottenburg v. 4.5.1999 – 21b C 25/90, MM 1991, 195;

²⁰⁴ OLG Düsseldorf v. 22.4.1993 – 10 U 193/92, WuM 1993, 411 = DWW 1993, 261; LG Berlin v. 14.11.2002 – 62 S 230/02, GE 2003, 121; LG Köln v. 10.1.2001 – 10 S 249/00, NZM 2001, 617; LG Hamburg v. 8.2.2000 – 316 S 168/99, WuM 2000, 197; LG Frankfurt/Main v. 7.0.1999 – 2/11 S 135/99, WuM 1999, 576; LG Düsseldorf v. 18.3.1997 – 24 S 554/96, WuM 1998, 252 = ZMR 1998, 167; AG Bremen v. 2.4.2004 – 7 C 295/03, WuM 2005, 129; AG Kerpen v. 10.1.1997 – 21 C 414/96, WuM 1998, 319; AG Gelsenkirchen v. 22.4.1993 – 10 U 193/92, WuM 1993, 411 = DWW 1993, 261; AG Alhaus v. 15.10.1992 – 5 C 361/92, WuM 1992, 696; AG Hannover v. 20.5.2005 – 519 C 1505/05, WuM 2005, 721; AG Hannover v. 7.10.1985 – 547 C 8370/85, WuM 1987, 275.

²⁰⁵ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.

- Vermieter und Mieter heillos zerstritten sind,
- der Ort der Einsicht nicht in zumutbarer Weise und angemessener Zeit zu erreichen ist,
- oder der in einer entfernt liegenden Stadt wohnende Vermieter trotz Aufforderung durch den Mieter sich weigert, die Belege am Ort des Mietobjektes zur Einsicht bereitzustellen.²⁰⁶

7.6 Rückforderung von Zahlungen zum Ausgleich verspäteter Abrechnungen

Hat der Vermieter entgegen § 556 Abs. 3 BGB schuldhaft nicht fristgerecht abgerechnet, verliert er den Anspruch auf Zahlung der Nachforderung. Leistet der Mieter trotzdem, erfolgt seine Zahlung auf eine nichtbestehende Schuld und damit ohne Rechtsgrund, so dass Rückforderungsansprüche nach § 812 Abs. 1 BGB bestehen.

Diesem Rückforderungsanspruch steht jedenfalls § 814 BGB nicht entgegen, weil er positive Kenntnis der Nichtschuld voraussetzt und der Vermieter damit beweisen muss, dass der Mieter nicht nur die Verspätung kannte, sondern auch die daraus resultierende Rechtsfolge des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB. Aber auch das nach hM durch den Ausgleich eines Saldos entstehende deklaratorische Schuldanerkenntnis hindert die Rückforderung nicht. Denn dadurch werden nur Einwendungen ausgeschlossen, die der Mieter bei Abgabe der Erklärung kannte oder mit denen er zumindest rechnete.²⁰⁷ Auch insoweit obliegt dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast. Einen allgemeinen Lebenserfahrungssatz, wonach der Mieter mit der Ausschlusswirkung des § 556 Abs. 3 BGB rechnen muss, gibt es nicht.²⁰⁸

Aber auch eine analoge Anwendung des § 214 S. 1 BGB, wonach eine Zahlung auf eine verjährte Forderung nicht zurückverlangt werden kann, ist nicht zulässig.²⁰⁹ Der Ausschluss der Rückforderung nach § 214 Abs. 2 BGB beruht darauf, dass der Anspruch durch die Verjährung nicht erlischt und der Gläubiger deswegen durch die Leistung des Schuldners nur das erhalten hat, worauf er trotz der Verjährung einen - wenn auch einredebehafteten - Anspruch besaß.²¹⁰ Nach Ablauf einer Ausschlussfrist erlischt aber das betroffene Recht, so dass eine gleichwohl noch erbrachte Leistung dann auf eine nicht mehr beste-

²⁰⁶ OLG Düsseldorf v. 22.6.2006 – I-10 U 164/05, GE 2006, 1230.

²⁰⁷ BGH v. 9.2.1998 - II ZR 374/96, WPM 1998, 656 unter 1. m.w.Nachw.

²⁰⁸ BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268.

²⁰⁹ BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268.

²¹⁰ MünchKommBGB/Grothe, 4. Aufl., Bd. 1a, § 214 BGB Rz. 9.

hende Schuld erfolgt. Daher ist § 214 Abs. 2 BGB nach Sinn und Zweck der Vorschrift auf Ausschlussfristen nicht entsprechend anwendbar, also auch nicht auf § 556 Abs. 3 BGB.²¹¹

7.7 Rückforderung der Betriebskostenvorauszahlungen nach Mietende

Sowohl für die vor dem 1.9.2001 abgelaufenen Abrechnungszeiträume²¹² als auch die nachfolgenden²¹³ war heftig umstritten, ob der Mieter nach Beendigung des Mietvertrages die Betriebskostenvorauszahlungen für Perioden zurückverlangen kann, für die Abrechnungsreife eingetreten war.

Der BGH²¹⁴ hat einer Klage auf Rückzahlung von Vorauszahlungen in diesem Fall stattgegeben. Der Mieter, dessen Mietverhältnis beendet sei, sei nicht gezwungen, den mit der Abrechnung säumigen Vermieter auf Erteilung der Abrechnung zu verklagen. Vielmehr könne er die von ihm geleisteten Vorauszahlungen zurückverlangen, solange der Vermieter nicht durch eine ordnungsgemäße Abrechnung nachweise, dass die Vorschüsse durch die für den betreffenden Zeitraum angefallenen und vom Mieter zu erstattenden Nebenkosten verbraucht seien. Allerdings stehe dem Mieter, wenn der Vermieter ordnungsgemäß abgerechnet habe, ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch nur zu, soweit die geleisteten Vorauszahlungen durch die in dem betreffenden Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallenen Nebenkosten nicht aufgezehrt seien. Denn die vertraglich vereinbarten Abschlagszahlungen würden lediglich auf einer vorläufigen Schätzung oder einer freien Festsetzung beruhen.²¹⁵ Aus der entsprechenden Regelung des Mietvertrages folge deshalb unmittelbar die Verpflichtung des Vermieters zur Erstattung etwaiger Überzahlungen, ohne dass es insoweit eines Rückgriffs auf die gesetzlichen Vorschriften des Auftrags oder der ungerechtfertigten Bereicherung, auf die Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung oder eine ergänzende Vertragsauslegung bedürfe. Auch für die Zeit vor dem 1.9.2001 sei es selbstverständlich, dass der Zeitpunkt für die Abrechnung nicht in das freie Belieben des Vermieters gestellt sei, sondern dass die Abrechnung innerhalb angemessener Frist zu erfolgen habe. Insoweit sei eine Jahresfrist angemessen. Zwar werde der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten ebenso wie der Anspruch des Mieters auf Erstattung etwaiger Überzahlungen erst mit der Erteilung der Abrechnung fällig.²¹⁶ Für den Erstattungsanspruch des Mieters könne dies jedoch dann nicht gelten, wenn der

²¹¹ MünchKommBGB/*Grothe*, 4. Aufl., Bd. 1a, § 214 BGB Rz. 9; *Staudinger/Peters*, BGB [2004], § 214 BGB Rz. 39; a.A. *Langenberg*, Betriebskostenrecht, 4. Aufl., G Rdnr. 73.

²¹² vgl. dazu: *Langenberg* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rz. 314, 413.

²¹³ vgl. dazu: *Langenberg* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 BGB Rz. 282, 289.

²¹⁴ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, WuM 2005, 337 = MietRB 2005, 141.

²¹⁵ BGH v. 11.2.2004 – VIII ZR 195/03, NJW 2004, 1102.

²¹⁶ BGH v. 27.11.2002 – VIII ZR 108/02, NJW-RR 2003, 442 = ZMR 2003, 334.

Vermieter nicht innerhalb angemessener Frist abrechne, es sei denn, dass er an der Einhaltung der Frist aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen gehindert sei. Vor diesem Hintergrund sei dem Mietvertrag im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu entnehmen, dass der Mieter die Rückzahlung der Vorauszahlungen verlangen könne, ohne auf die Abrechnung warten zu müssen. Der unter Umständen äußerst zeitraubende und nicht immer erfolgversprechende Umweg über eine (Stufen-) Klage auf Erteilung der Abrechnung könne dem Mieter nicht zugemutet werden. Es sei allein Sache des Vermieters, fristgerecht über die angefallenen Kosten vollständig und richtig abzurechnen. Dabei habe er sich ein etwaiges Verschulden seiner Hilfspersonen zurechnen zu lassen (§ 278 BGB). Durch die verzögerte Abrechnung entstehe ein Schwebezustand, den der Mieter nicht hinzunehmen brauche, weil er gegen den Vermieter einen Anspruch auf Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist habe. Da nach dem erfolglosen Ablauf der Frist nicht feststehe, in welcher Höhe der Vermieter Ersatz seiner Auslagen verlangen könne, sei der Mieter zur Rückforderung der Vorauszahlungen berechtigt, weil weitere Darlegungen als diejenigen zur Höhe der geleisteten Vorauszahlungen und zur fehlenden Abrechnung von ihm nicht gefordert werden könnten. Insoweit habe der Vermieter das Recht, die Abrechnung noch im Prozess nachzuholen. Im Übrigen stehe die Rechtskraft eines Urteils, mit dem der Vermieter zur Rückzahlung der Vorauszahlungen verurteilt werde, dem nachfolgenden Prozess des Vermieters, mit dem eine Nachforderung eingeklagt werde, nicht entgegen.

Für eine Abrechnungssäumigkeit während des laufenden Mietvertrages hat der BGH²¹⁷ ausdrücklich klargestellt, dass der Mieter durch das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB ausreichend geschützt ist. Ein Rückforderungsanspruch steht ihm in diesem Stadium grundsätzlich nicht zu.

7.8 Vollstreckung des Abrechnungsanspruchs

In Rechtsprechung und Literatur ist die Frage, ob es sich bei der Verpflichtung zur Erteilung einer Betriebskostenabrechnung um eine vertretbare oder eine nicht vertretbare Handlung handelt, die Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO oder § 888 ZPO verläuft, umstritten.

Nach Auffassung des BGH²¹⁸ stellt die Erteilung einer Betriebskostenabrechnung eine nicht vertretbare Handlung dar. Eine solche liege immer dann vor, wenn der zu vollstreckende Anspruch zu einer Handlung verpflichte, die nicht durch einen Dritten vorgenommen werden könne, sondern ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig sei, jedoch nicht in der Abgabe einer Willenserklärung (vgl. § 894 ZPO) bestehe. Von einer nicht vertretbaren Handlung sei auch dann auszugehen, wenn Teile der Handlung von

²¹⁷ BGH v. 29.3.2006 – VIII ZR 191/05, WuM 2006, 383.

²¹⁸ BGH v. 11.5.2006 – I ZB 94/05, WuM 2006, 401.

einem Dritten vorgenommen werden könnten.²¹⁹ Die Verurteilung zur Erteilung einer Betriebskostenabrechnung beinhalte nicht nur die Erstellung einer Abrechnung, sondern auch Rechnungslegung des Schuldners nach § 259 BGB über die Betriebskosten in den betreffenden Abrechnungsperioden. Diese Rechnungslegung setze verbindliche Erklärungen des Schuldners aufgrund seiner besonderen Kenntnisse voraus, die nur von ihm abgegeben werden können.²²⁰

8 Heizkosten

8.1 Vorrang der HeizKV

Bisher wurde überwiegend angenommen, dass die Vereinbarung einer Bruttowarmmiete solange wirksam sei, bis eine Partei die verbrauchsabhängige Abrechnung (für die Zukunft) verlangt.²²¹

Diese Auffassung ist vom BGH²²² ausdrücklich verworfen worden. Nach § 2 HeizKV gingen die Bestimmungen dieser Verordnung rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vor. Das sei auch dann der Fall, wenn wie im konkreten Fall keiner der Parteien die verbrauchsabhängige Abrechnung verlange. Die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit der Mietvertragsparteien sei kraft Gesetzes eingeschränkt. Dies entspreche auch dem Zweck der HeizKV. Die Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung diene der Energieeinsparung und solle durch mietvertragliche Vereinbarungen nicht verhindert werden können. Im konkreten Fall war die vereinbarte Bruttowarmmiete als Bruttokalt- (Teilkonsum-) miete mit einer Pflicht zur gesonderten verbrauchsabhängigen Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten zu behandeln. Der entsprechende Kostenanteil sollte aus der Warmmiete herauszurechnen und „gegebenenfalls“ als Vorauszahlung auf die nunmehr abzurechnenden Heiz- und Warmwasserkosten zu behandeln sein.

Dies hat zur Konsequenz, dass der gutgläubige Vermieter nicht erst für die Zukunft gezwungen werden kann, verbrauchsabhängig abzurechnen, sondern auch für die Vergangenheit. Damit steht dem Mieter regelmäßig für mindestens zwei Perioden das Kürzungsrecht des § 12 HeizKV zu. Da der BGH die HeizKV auch für Altfälle für einschlägig hält, müssen sämtliche Verträge, die noch Bruttowarmmietvereinbarungen enthalten, umgestellt werden, und über die herauszurechnenden Kostenanteile für Heizung und Warmwasser ist künftig verbrauchsabhängig anzurechnen. Das macht wiederum den Einbau von Verbrauchserfassungsgeräten, soweit nicht vorhanden, erforderlich. Die Herabsetzung kann entsprechend

²¹⁹ vgl. OLG Köln v. 17.2.1997 - 2 W 225/96 - WuM 1997, 245, 246.

²²⁰ vgl. Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 887, Rz. 14; Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Bd. I, 3. Aufl., § 887, Rz. 7, Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl., § 887, Rz. 15.

²²¹ LG Berlin v. 20.4.1999 - 64 S 451/98, ZMR 1999, 556; MünchKomm/Schmid, 4. Aufl., § 2 HeizKV Rz. 2; Lammel, HeizKV, 2. Aufl., § 2 Rz. 11 m.w.N.

²²² BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, GE 2006, 1094 = WuM 2006, 518 = ZMR 2006, 766.

§ 556a Abs. 2 BGB erfolgen. Die Vorschrift sagt allerdings nichts darüber, ob der Vermieter infolge der Umstellung berechtigt ist, nunmehr Vorauszahlungen zu verlangen. Dies wird in der Literatur²²³ aber allgemein und ohne Problematisierung bejaht, obwohl dem Vermieter damit ein Recht auf eine einseitige Änderung der Mietstruktur zugebilligt wird, was sonst allgemein als ausgeschlossen gilt.

8.2 Schätzung nach § 9a HeizkV

Heizkosten sind in Objekten mit zentralen Heizungsanlagen oder mit Wärmelieferung (Wärmecontracting) im Interesse eines sparsamen Umgangs mit Energie grundsätzlich nach dem konkreten Verbrauch der einzelnen Nutzer zu verteilen (§ 6 Abs. 1 HeizkV). Die Einzelheiten der Verteilung sind in den §§ 7 – 9 HeizkV geregelt. Um eine verbrauchsabhängige Kostenverteilung sicherzustellen, schreibt § 5 HeizkV die Erfassung des anteiligen Wärmeverbrauchs durch Wärmezähler oder Heizkostenverteiler vor. Da jedoch beim Einsatz derartiger technischer Geräte Fehler unterschiedlichster Art nie völlig ausgeschlossen werden können, sieht § 9a Abs. 1 HeizkV zwei verschiedene Ersatzverfahren für den Fall vor, dass der anteilige Wärmeverbrauch wegen Geräteausfalls oder aus anderen zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann.

Wann ein anderer zwingender Grund vorliegt, ist streitig. Eine Meinung stellt darauf ab, ob der Grund, der für das Unterbleiben einer verbrauchsabhängigen Erfassung ursächlich war, vom Gebäudeeigentümer bzw. vom Vermieter oder von dem Wärmemessdienst, dessen Verschulden sich der Auftraggeber über § 278 BGB zurechnen lassen muss, zu vertreten ist.²²⁴ Andererseits werden dafür Umstände verlangt, die dem Geräteausfall gleichzusetzen sind, weil sie eine rückwirkende Korrektur der Erfassungsmängel ausschließen, auf die Frage, wer den Mangel zu vertreten hat, komme es nicht an.²²⁵ In Betracht kommen daher auch Ablesefehler oder das versehentliche Unterlassen einer Ablesung, wenn sie nicht mehr nachgeholt werden kann.²²⁶

Der BGH²²⁷ hat sich der letztgenannten Ansicht angeschlossen, weil nur sie dem Zweck der HeizkV gerecht werde. Es gehe darum, dem Nutzer die Kosten seines Verbrauchs aufzuzeigen. Deshalb dürfe der Anwendungsbereich des § 9a HeizkV nicht eingeschränkt werden und es sei darauf abzustellen, ob sich

²²³ vgl. etwa *Schmid*, ZMR 2001, 761, 762; *Blank*, WuM 1993, 503, 508; *Weitemeyer* in *Emmerich/Sonnenschein*, 8. Aufl., § 556 a BGB Rz. 38; *Langenberg* in *Schmidt-Futterer*, 8. Aufl., § 556 a BGB Rz. 136.

²²⁴ OLG Hamburg v. 16.2.2001 – 2 Wx 146/99, WuM 2001, 460; *Müller*, GE 1989, 216; *Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer*, *Miete*, 8. Aufl., § 556a BGB Rz. 14; *Gruber*, NZM 2000, 842, 844.

²²⁵ *Lammel*, Heizkostenverordnung, 2. Aufl., § 9a Rdnr. 9 ff; *Schmidt-Futterer/Lammel*, *Mietrecht*, 8. Aufl., § 9 a HeizkV Rz. 14; im Grundsatz ebenso *Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender/Pfeifer*, *Wohnungsbaurecht*, HeizkostenV § 9a, Anm. 4 vor 4.1

²²⁶ AG Tempelhof-Kreuzberg v. 15.10.2002 – 19 C 326/02, MM 2003, 47

²²⁷ BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 373/04, WuM 2005, 776 = ZMR 2006, 122.

ein Mangel in der Verbrauchserfassung in dem Zeitpunkt, in dem er bemerkt werde, nicht mehr beheben lasse.

Ist der Vermieter in der gegebenen Situation nicht in der Lage, die von § 9a HeizkV vorgegebenen Methoden anzuwenden, weil z.B. Vergleichswerte von früheren Abrechnungsperioden nicht vorliegen, darf er ausnahmsweise nach der Gradzahltagmethode verfahren, obwohl diese eigentlich nur für den Nutzerwechsel während der Verbrauchsperiode gilt.²²⁸

Allerdings wird trotz erlaubter Schätzung der Saldo aus der Abrechnung nicht fällig, wenn die Schätzung in der Abrechnung nicht angegeben und die Schätzgrundlage nicht erläutert wird.²²⁹ Nach Ablauf der Abrechnungsfrist kann die Erläuterung immer noch nachgeholt werden²³⁰. Im Übrigen darf eine Schätzung nach § 9 a HeizkV nicht in zwei aufeinanderfolgenden Perioden durchgeführt werden.²³¹ Denn der Vermieter ist verpflichtet, die Funktionstauglichkeit der Ablesegeräte wieder herzustellen.

8.3 Wärmecontracting

Zunehmend sind die Vermieter in den letzten Jahren dazu übergegangen, die Heizanlage einem Versorgungsträger zu überlassen und mit ihm für eine feste Laufzeit (in der Regel 25 Jahre) einen Energieversorgungsvertrag zu schließen (sog. Wärmecontracting)²³². Im Gegenzug verpflichtete sich der Versorgungsträger nicht nur zur Lieferung von Energie, sondern auch zur Wartung, Instandhaltung und ggf. Erneuerung der Anlage, wobei diese Kosten pauschal in den Energiepreis eingerechnet werden.

Bestand das Wärmecontracting bereits bei Abschluss des Mietvertrages, ergeben sich keine Probleme²³³. Die Kosten sind umlegbar, auch soweit sie Instandhaltungs-, Kapitalkosten- oder Gewinnanteile enthalten. Das Gleiche gilt, wenn der Vermieter erstmals eine Zentralheizung einbaut und diese im Betreibermodell unterhalten lässt²³⁴, wobei er die Umlage über § 559 BGB herbeiführen muss. Insoweit kann auch nicht aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit hergeleitet werden, dass ein Vergleich mit einer direkten Belieferung mit Wärme durch den Vermieter wegen der fremden Kostenanteile (Instandhaltung, Kapitaldienst etc) günstiger wäre, weil die indirekte Lieferung unter Umweltgesichtspunkten zu würdigen ist.²³⁵

²²⁸ BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 373/04, WuM 2005, 776.

²²⁹ AG Leipzig v. 8.9.2003 – 19 C 12515/02, ZMR 2004, 594.

²³⁰ a.A. AG Leipzig v. 29.3.2004 – 163 C 11776/03, ZMR 2004, 595.

²³¹ LG Berlin, ZMR 1997, 145; AG Schöneberg v. 22.7.2003 – 17 C 57/03 B, MM 2004, 47.

²³² vgl. dazu z.B. *Derleder*, WuM 2000, 3 ff.

²³³ *Börstinghaus*, MDR 2000, 1345, 1347.

²³⁴ BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 286/02, WuM 2003, 501 = NZM 2003, 757; LG Chemnitz v. 10.6.2003 – 6 S 2390/02, NZM 2004, 138..

²³⁵ LG Bochum v. 18.6.2004 – 5 S 52/04, WuM 2004, 477.

Der Preisvergleich muss aber dem Durchschnitt vergleichbarer Lieferungen (hier: Fernwärme) stand halten.²³⁶

Im Rahmen bestehender Mietverträge muss der Vermieter jedoch eine Vorermittlung durchführen, solange er mit dem Mieter über die Umstellung keine Vereinbarung getroffen hat oder eine Änderungsbefugnis nicht (wirksam) vertraglich vorgesehen ist. Denn in der Umstellung auf Wärmecontracting wird grundsätzlich eine Änderung der vertraglichen Grundlage gesehen: bei Beginn des Mietvertrages wurden die sog. Vorhaltekosten (Instandhaltung, Rücklage etc.) über die Grundmiete finanziert; durch die Auslagerung dieser Kosten auf den Wärmelieferanten wird die Grundlage der vereinbarten Miete verändert, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage gegeben sei.²³⁷

Der Vermieter kann die Kosten nach dem Einbau einer neuen Zentralheizung auch nicht als Modernisierung über § 559 BGB einführen. Hat der Contactor die Erneuerung der Heizung durchgeführt, fehlt es an der Bauherr-Eigenschaft des Vermieters. Selbst wenn er jedoch selbst noch die Baukosten getragen hat und anschließend die Heizung erst an den Contractor verkauft, fehlt es an den Modernisierungskosten. Auch die Umlage der gesamten Kosten als Betriebskosten mit dem Argument, der Mieter habe die nach § 559 BGB sonst umlegbaren Modernisierungskosten gespart, ist unzulässig.²³⁸ Betriebskosten und Modernisierungskosten sind nicht mit einander vergleichbar.

Allein aus der Bezugnahme auf § 27 II.BV kann ein Vorbehalt zur Einführung dieser Kosten jedenfalls dann nicht hergeleitet werden, wenn der Mietvertrag vor der Einführung der Nahwärme in Nr. 4c und 5b der Anlage 3 zu § 27 II.BV am 19.1.1989²³⁹ geschlossen wurde.²⁴⁰

Deshalb wird verlangt, dass in der Abrechnung verdeutlicht wird, dass keine Kapital- oder Instandhaltungskosten in den Kostenpositionen enthalten sind.²⁴¹ Danach kann der Vermieter bei einer Umstellung gegen den Willen des Mieters nur die Heizungsbetriebskosten umlegen,²⁴² wobei die Kosten der Wärmelieferung nach dem Wärmeverbrauch (z.B. Kilowattstunde) auf der Basis üblicher Wärmeversorgungstarife ermittelt werden.²⁴³

²³⁶ LG Potsdam v. 5.6.2003 – 11 S 233/02, WuM 2004, 480.

²³⁷ BGH v. 15.3.2006 – VIII ZR 153/05, WuM 2006, 256; BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 54/04, WuM 2005, 387 m. Anm. *Derleder*.

²³⁸ BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322.

²³⁹ BGBl. I, 109, 112.

²⁴⁰ BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322.

²⁴¹ AG Waiblingen v. 30.8.2002 – 8 C 423/02, WuM 2003, 216.

²⁴² BGH v. 1.6.2005 – VIII ZR 84/04, WuM 2005, 456.

²⁴³ LG Berlin v. 30.8.2004 – 67 S 104/04, WuM 2004, 611.

Eine Änderungsbefugnis ist z.B. anzunehmen, wenn der Mietvertrag den Vermieter berechtigt, „die Wärme und Warmwasserversorgung einem geeigneten Versorgungsunternehmen zu übertragen, soweit dies nach billigem Ermessen unter Abwägung der Belange der Gesamtheit der Mieter zweckmäßig ist“.²⁴⁴ Im Übrigen kann die Befugnis zur Umlage derartiger Kosten durch den Vermieter aber nicht einer Klausel entnommen werden, die im Falle der Umstellung der Wärmelieferung den Mieter verpflichtet, mit dem Energieversorger einen Liefervertrag abzuschließen.²⁴⁵ Ebenso kann von der Umlagefähigkeit ausgegangen werden, wenn Nr. 4 der Anlage 3 zu § 27 II.BV in der seit 1.4.1989 gültigen Fassung vereinbart wurde. Denn dann war von vorneherein ein Recht des Vermieters vereinbart, auch die Kosten einer Nahwärmelieferung umzulegen. Mit der Umstellung der Wärmelieferung macht der Vermieter nur von seinem Recht Gebrauch und legt die Kosten in dem seit je her bestehenden Rahmen um.

Bei öffentlich gefördertem Wohnraum hat der Vermieter durch Änderung der Abschreibungssätze nach § 25 II.BV die Möglichkeit, die Änderung der Mietstruktur auszugleichen.²⁴⁶ Damit kann hier auch während des laufenden Mietvertrages eine Umstellung auf Contracting erfolgen.

8.4 Anforderungen an die Abrechnung

Grundsätzlich gelten für die Heiz- und Warmwasserkosten die gleichen Anforderungen wie für die Betriebskostenabrechnung.²⁴⁷ Im Hinblick auf die technischen Besonderheiten bei der Erfassung des Energieverbrauchs, der Berechnung nach § 9 Abs. 2 HeizkV oder von Schätzungen nach § 9a HeizkV können zusätzliche Erläuterungen jedoch notwendig sein.

Insoweit dürfen die Anforderungen aber nicht überspannt werden. Es reicht aus, dass ein durchschnittlich gebildeter, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulter Mieter in der Lage ist, sich in wenigen Minuten in die Systematik hineinzudenken²⁴⁸. Dazu ist es allerdings nicht erforderlich, z.B. die Vorschrift des § 9 Abs. 2 HeizkV mitzuteilen²⁴⁹. Allerdings müssen die dafür notwendigen Angaben in der Abrechnung enthalten sein. Allein die Verwendung von Abkürzungen führt nicht zur Unverständlichkeit einer Abrechnung²⁵⁰.

²⁴⁴ AG Düsseldorf v. 18.4.2005 – 58 C 18187/04, ZMR 2005, 959.

²⁴⁵ BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322.

²⁴⁶ Vgl. dazu AG Spandau v. 3.2.2006 – 8 C 138/05, WuM 2006, 566.

²⁴⁷ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 371/04, ZMR 2005, 937.

²⁴⁸ LG Bochum v. 8.4.2005 – 10 S 76/04, ZMR 2005, 864.

²⁴⁹ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 371/04, WuM 2005, 579 = ZMR 2005, 937 = NZM 2005, 737.

²⁵⁰ LG Dortmund v. 8.3.2005 – 1 S 152/04, ZMR 2005, 865.

8.5 Abrechnungs- oder Wirtschaftseinheit

Bei der Bildung von Wirtschaftseinheiten ist zwischen preisgebundenem und preisfreiem Wohnraum zu unterscheiden. Bei preisgebundenem Wohnraum richtet sich die Bildung nach § 2 Abs. 2 S. 2 II. BV und setzt insbesondere die Zustimmung der Bewilligungsbehörde voraus. Im preisfreien Wohnraum kommt es maßgeblich auf die vertragliche Umlagevereinbarung an.²⁵¹ Ist die Wohnung einem bestimmten Hausgrundstück verwaltungsmäßig zugeordnet, soll eine Abrechnung nach Wirtschaftseinheiten unzulässig sein.²⁵² Diese Zuordnung soll sich bereits daraus ergeben, dass im Mietvertrag allein die Adresse des Objektes angegeben ist.²⁵³ Dagegen soll es auf die Anschriftangabe nicht ankommen, wenn für den Mieter bei Abschluss des Mietvertrages erkennbar war, dass sich die Wohnung in einem einheitlichen Gebäudekomplex mit verschiedenen Eingängen befindet.²⁵⁴

Der BGH²⁵⁵ lässt es dahinstehen, ob die Bildung einer Abrechnungseinheit nur zulässig ist, wenn dies im Mietvertrag vereinbart ist und ob dieser Anforderung entgegensteht, dass das Mietobjekt nur mit der Straße und Hausnummer der Wohnung beschrieben ist. Jedenfalls dann, wenn eine reine hausbezogene Abrechnung vom Beginn des Mietverhältnisses an nicht möglich sei, wie dies bei einer Gemeinschaftsheizung der Fall sei, sei die Bildung einer Abrechnungseinheit auch ohne Vereinbarung zulässig.

8.6 Kürzungsrecht

Soweit die Kosten nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werden, kann der Mieter das Abrechnungsergebnis (nicht die Nachforderung) pauschal um 15% kürzen (§ 12 HeizkV). Bei dem Recht aus § 12 HeizkV handelt es sich um eine Schadenspauschalierung mit Strafcharakter, die nicht ohne weiteres (vom Mieter) akzeptiert werden muss. Vielmehr bleibt daneben, insbesondere bei der ausdrücklichen Vereinbarung einer verbrauchsabhängigen Abrechnung, die Möglichkeit, mangelnde Fälligkeit der Nachforderung einzuwenden²⁵⁶.

Dies ist z.B. der Fall, wenn nach Fläche abgerechnet wurde, dieser Flächenmaßstab aber nicht nachvollziehbar ist²⁵⁷. Solange eine im Rahmen des § 9a HeizkV zulässige Schätzung erfolgt, kommt eine Kürzung allerdings nicht in Betracht²⁵⁸.

²⁵¹ OLG Koblenz v. 8.5.1987 – 4 W – RE- 800/86, WuM 1987, 208.

²⁵² LG Köln v. 31.1.1991 – 1 S 313/90, WuM 1991, 281.

²⁵³ LG Bonn v. 27.11.1997 – 6 S 247/97, WuM 1998, 353.

²⁵⁴ LG Köln v. 18.11.1999 – 1 S 131/99, *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 68.

²⁵⁵ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 371/04, WuM 2005, 579 = ZMR 2005, 937 = NZM 2005, 737.

²⁵⁶ AG Köln v. 18.3.2005 – 208 C 503/04, *Lützenkirchen*, KM 4 Nr. 9.

²⁵⁷ OLG Düsseldorf v. 24.6.2004 – 24 U 92/04, NZM 2005, 379.

²⁵⁸ BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 373/04, WuM 2005, 776.

Soweit die Heiz- und Warmwasserkosten einheitlich abgerechnet werden, kann der Strafabzug nur auf den Teil angewendet werden, der unzulässig nicht verbrauchsabhängig abgerechnet wird.²⁵⁹

8.7 Keine Kürzung ohne Möglichkeit zur verbrauchsabhängigen Abrechnung

Die HeizKostV verfolgt den Zweck zur Energieeinsparung anzuhalten. Dieser Zweck unterliegt dem Gebot der Wirtschaftlichkeit. Deshalb enthält § 11 Abs. 1 HeizKostV Ausnahmetatbestände, nach denen die Pflicht zur Verbrauchserfassung nicht besteht, wenn dies wirtschaftlich nicht vertretbar ist. Das Prinzip der Energieeinsparung durch Auferlegung der Verbrauchskosten kann dann nicht greifen, wenn der Nutzer den Verbrauch nicht beeinflussen kann.²⁶⁰ Sofern die Unmöglichkeit der Verbrauchsbeeinflussung auf technischen Umständen beruht, sind unter den Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 1 b HeizKostV die §§ 3 bis 7 HeizKostV nicht anzuwenden. Dies ist z. B. der Fall, wenn Möglichkeiten zur Drosselung oder Abstellung der Heizkörper fehlen, oder bei sogenannten Einrohrheizungen.²⁶¹

Bei Vorhandensein nicht regulierbarer Zentralheizkörper ist eine Beeinflussung des Wärmeverbrauchs nicht möglich, so dass der Ausnahmetatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 1 b HeizKostV eingreift.²⁶² Deshalb ist in einer solchen Situation das Kürzungsrecht nach § 12 HeizKostV nicht gegeben. Auch im Gebiet der ehemaligen DDR waren daher solche Heizkörper nicht bis 31.12.1995 mit Verbrauchserfassungsgeräten auszustatten gewesen.

8.8 Berücksichtigung von Leerstand bei der (Heizkosten-) Abrechnung

Es dürfte mittlerweile eine „alte Weisheit“ sein, wie der Vermieter Leerstand bei der Abrechnung von Betriebs- und Heizkosten zu berücksichtigen hat. Schon im Jahre 2003 hatte der BGH²⁶³ für den Fall der Umlage von Fernwärmekosten im Wege ergänzender Vertragsauslegung – eine Vertragsregelung zur Berücksichtigung von Kosten bei Leerstand für eine der Parteien fehlte – festgehalten, dass die Leerstandskosten vom Vermieter zu tragen seien, da insoweit das Vermieterrisiko betroffen sei.

Aus diesem Grund kann der Vermieter auch nicht die Zustimmung zur Änderung des vertraglich festgelegten Verteilerschlüssels „Fläche“ für die statischen Betriebskosten nach § 313 BGB verlangen.²⁶⁴

²⁵⁹ BGH v. 14.9.2005 – VIII ZR 195/04, WuM 2005, 657 = ZMR 2005, 939.

²⁶⁰ vgl. *Lammel* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 11 HeizKostV Rz. 25.

²⁶¹ vgl. *Brintzinger* in Fischer-Diskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Bd. 6, HeizKostV, § 11, Anm. 3.

²⁶² BGH v. 8.10.2003 – VIII ZR 67/03, ZMR 2004, 99 = NZM 2004, 24 = MietRB 2004, 67.

²⁶³ BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 30/03, WuM 2003, 503 = NJW 2003, 2902.

²⁶⁴ BGH v. 31.5.2006 – VIII ZR 159/05, GE 2006, 159 = ZMR 2006, 758.

Nunmehr wurde bestätigt,²⁶⁵ dass die anteiligen Kosten für leerstehende Wohnungen nicht etwa „vorab herauszurechnen“ seien. Vielmehr sind die Gesamtwohnflächen in der Abrechnung auszuweisen, sodass sich der Preis pro Einheit „mietergünstig“ gestaltet. Die Einheiten für den Leerraum sind sodann vom Vermieter zu tragen.

Die Entscheidung enthält noch eine weitere Feststellungen: danach haben die Änderungstatbestände der Heizkostenverordnung in deren § 6 Abs. 4 abschließenden Charakter. Solange dessen Voraussetzungen, also

- ▶ noch nicht abgelaufene dritte Abrechnungsperiode,
- ▶ Einführung einer Vorerfassung nach Nutzergruppen,
- ▶ Modernisierung zur Einsparung von Heizenergie,

nicht vorliegen, kann der Vermieter den Abrechnungsschlüssel bei der Heizkostenabrechnung nicht ändern.

9 Schönheitsreparaturen

9.1 Begriff/Abgrenzung zu Schadensersatz

Die **Schönheitsreparaturen** umfassen grundsätzlich nur die Beseitigung solcher Mängel, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache herbeigeführt werden und – ohne vertragliche Übernahme – gemäß § 538 BGB nicht vom Mieter zu vertreten sind. **Schadenersatzansprüche** des Vermieters aus positiver Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) kommen demgegenüber in Betracht, wenn der Mieter vertragliche Nebenpflichten verletzt, etwa die Grenzen des ihm zustehenden vertragsgemäßen Gebrauchs überschreitet und durch Verletzung seiner Obhutspflichten die Mietsache beschädigt oder verschlechtert. Typische Gebrauchsbeschädigungen im Rahmen des Vertragszwecks (z.B. Kratzer im Holzwerk) sind durch Schönheitsreparaturen zu beseitigen.

Zur **Abgrenzung**, ob nun die Erfüllung von Schönheitsreparaturen oder Schadensersatz verlangt werden kann, muss also darauf abgestellt werden, ob insbesondere die Verschlechterung der Mieträume noch unter den **vertragsgemäßen Gebrauch** der Mietsache fällt, wobei die Abgrenzung sowohl nach der Ursache des Schadens²⁶⁶ oder der Art

²⁶⁵ BGH v. 21.01.2004 – VIII ZR 137/03, = WuM 2004, 150 = ZMR 2004, 343 = NZM 2004, 254 = MietRB 2004, 163.

²⁶⁶ Langenberg, Schönheitsreparaturen bei Wohnraum und Gewerberaum, 2. Aufl., B Rn. 24.

des Schadens selbst²⁶⁷ als auch nach der Art der Schadensbeseitigung²⁶⁸ nur Hilfsüberlegungen darstellen. Ein abgelaufener Teppichboden oder ein Laufspuren aufweisendes Holzparkett sind zweifellos eine Verschlechterung der Mietsache. Diese ist indessen bedingt durch deren ständigen Gebrauch. Anders hingegen verhält es sich, wenn Teppichböden oder Parkett Schäden aufweisen.

Typischerweise ergeben sich **Schadenersatzansprüche** aus:

- Rotwein- oder Brandflecken im Teppichboden²⁶⁹
- dunkle Verfärbungen infolge unsachgemäßer Reinigung²⁷⁰
- Kratzer in den Türen und Türblättern, insbesondere bei Haltung eines Haustieres
- Beschädigungen im Parkettfußboden (Kratzer)
- Dübellöcher, sofern sie das übliche Maß überschreiten²⁷¹
- Halterungen (z.B. Handtuchhalter, Seifenhalter), die der Mieter zusätzlich zu einer ausreichenden Ausstattung installiert²⁷²
- Beseitigung ungewöhnlicher Farben von Anstrichen (z.B. lila, schwarz, braun etc.)²⁷³
- Bekleben von Teilen der Mietsache mit Folien²⁷⁴
- Schadhafter Teppichboden oder PVC-Belag²⁷⁵
- überstrichene Holzwände und Holzdecken²⁷⁶

²⁶⁷ Langenberg, Schönheitsreparaturen bei Wohnraum und Gewerberaum, 2. Aufl., B Rn. 25.

²⁶⁸ Langenberg, Schönheitsreparaturen bei Wohnraum und Gewerberaum, 2. Aufl., B Rn. 26 f.

²⁶⁹ Harsch in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl., H Rn. 179.

²⁷⁰ Harsch in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl., H Rn. 179.

²⁷¹ BGH, WuM 1993, 109.

²⁷² BGH, WuM 1993, 109.

²⁷³ KG v. 9.6.2005 – 8 U 211/04, NZM 2005, 663; LG Berlin, GE 1995, 249.

²⁷⁴ LG Köln, WuM 1989, 136.

²⁷⁵ OLG Celle, NZM 1998, 158.

²⁷⁶ Harsch, AHB Mietrecht, 2. Aufl., H Rn. 83.

- abgeplatztes Emaille der Badewannenbeschichtung²⁷⁷
- größere Anstoßstellen und Kratzer im Holzwerk²⁷⁸
- Zeichnungen von Kindern auf den Wänden²⁷⁹
- außergewöhnlich stark verschmutzte Tapeten oder heruntergerissene Tapetenstücke²⁸⁰

Die Frage, ob Schadenersatzansprüche in Betracht kommen, wird immer dann relevant, wenn es an einer Renovierungsverpflichtung fehlt. Dies kann der Fall sein, weil

- keine Renovierungsverpflichtung im Vertrag geregelt wurde,
- die Klausel über die Überbürdung von Schönheitsreparaturen unwirksam ist,
- die Renovierungsverpflichtung noch nicht fällig ist.

Die Spuren des Rauchens in der Mietwohnung an Wänden und Decken oder auf dem Holzwerk werden vom vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache (§ 538 BGB) umfasst.²⁸¹ Allerdings ist zunehmend die Tendenz festzustellen, dass übermäßiges Rauchen nicht mehr als vertragsgemäß angesehen wird (sog. Raucherexzess)²⁸². Insoweit wird auf die Folgen des Rauchens für die Mietsache abgestellt. Deshalb wurden Schadenersatzansprüche bejaht, wenn sich der Tabakgeruch „sozusagen wie in einer Gaststätte festsetzt“,²⁸³ sich Tapeten und Raufaser ablösen,²⁸⁴ diese (schon nach kurzer Mietzeit) mehrfach gestrichen oder spezial behandelt werden mussten,²⁸⁵ Teppichböden trotz mehrfacher Reinigung den Standort der Möbel wiedergaben,²⁸⁶ oder Drückerplatten zur

²⁷⁷ AG Köln, WuM 1995, 312.

²⁷⁸ AG Langen, WuM 1991, 31.

²⁷⁹ Harsch in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl., H Rn. 191.

²⁸⁰ Harsch in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl., H Rn. 191.

²⁸¹ BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, WuM 2006, 513 = NZM 2006, 691 = ZMR 2006, 843; LG Karlsruhe, WuM 2002, 50; LG Hamburg, WuM 2001, 469; LG Köln, WuM 2001, 467 u. 1998, 596; LG Saarbrücken, WuM 1998, 690; a.A. LG Baden-Baden, WuM 2001, 603; LG Paderborn, MDR 2000, 878 = NZM 2000, 710.

²⁸² Stangl, ZMR 2002, 734; Stapel, NZM 2000, 595, jeweils m.w.N.

²⁸³ AG Tuttlingen, MDR 1999, 992 = NZM 1999, 1141; ähnlich AG Rosenheim, WuM 1995, 583, 584.

²⁸⁴ AG Tuttlingen, MDR 1999, 992 = NZM 1999, 1141.

²⁸⁵ LG Paderborn, NZM 2000, 710; AG Bremerhaven v. 12.8.2004 – 56 C 0286/02, WuM 2006, 219; AG Cham, ZMR 2002, 761.

²⁸⁶ AG Tuttlingen, MDR 1999, 992 = NZM 1999, 1141.

Toilettenspülung derart vergilbt waren, dass aus ursprünglich weißem Material inzwischen ein fast brauner Farbton geworden war.²⁸⁷

9.2 wirksame Überbürdung

Auch die Klausel, mit der die Renovierungspflicht auf den Mieter überbürdet werden soll, muss inhaltlich ausreichend bestimmt sein. Deshalb wurde die formularmäßige Bestimmung: „Die Kosten der Schönheitsreparaturen trägt der Mieter.“ als nicht eindeutig und damit unwirksam angesehen.²⁸⁸

Diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar, weil die Auslegung der Klausel nicht allein am Wortlaut behaftet durchgeführt werden darf, sondern insbesondere zu berücksichtigen ist, dass die Überbürdung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter mittlerweile zur Verkehrsitte geworden sei.²⁸⁹ Die Annahme einer Verkehrsitte führe allerdings noch nicht dazu, dass auf eine Vereinbarung verzichtet werden könne.

9.3 Fälligkeit

Der Vermieter kann die Ausführung von Schönheitsreparaturen nur verlangen, wenn die Verpflichtung des Mieters fällig ist. Maßgebliches Kriterium für die Fälligkeit ist die Renovierungsbedürftigkeit der (einzelnen) Räume, die grundsätzlich konkret festgestellt werden muss. Oftmals werden Fristenpläne zu der Klausel, mit der die Renovierungspflicht auf den Mieter überbürdet wird, vereinbart, die – jedenfalls von den Verwendern – als Orientierungshilfe für die Bestimmung der Fälligkeit verstanden werden.

9.3.1 Überbürdung ohne Fristen

Wurde ein Fristenplan nicht geregelt, muss die Renovierungsbedürftigkeit festgestellt werden. Dazu soll nach einem Teil der Rechtsprechung die Darstellung reiner Abnutzungserscheinungen nicht ausreichen. Vielmehr wurde eine Substanzgefährdung der Mietsache verlangt.²⁹⁰

Diese besonderen Anforderungen sind aber nicht gerechtfertigt.²⁹¹ Es mag zwar sein, dass verschmutzte Tapeten oder Decken, verblässende Farben an Türen und Fenstern nicht die Substanz der Mietsache gefährden. Immerhin ist die Renovierungspflicht aber ein Teil der Gegenleistung des Mieters, die in die Kalkulation des Vermieters einfließt. Damit trägt sie zum Äquivalenzverhältnis bei. Das optische Er-

²⁸⁷ LG Koblenz v. 27.10.2005 – 14 S 76/05, ZMR 2006, 288; AG Cham, ZMR 2002, 761.

²⁸⁸ LG Düsseldorf v. 20.6.1986 – 21 S 431/85, WuM 1986, 359.

²⁸⁹ BGH v. 14.7.2004 – VIII ZR 339/03, WuM 2004, 529.

²⁹⁰ LG München I v. 26.2.2004 – 31 S 17622/02, WuM 2004, 602; LG Berlin v. 14.11.1996 – 61 S 309/95, WuM 1997, 210; LG Düsseldorf v. 21.4.1995 – 21 S 403/94, WuM 1996, 90.

²⁹¹ BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 192/04, WuM 2005, 383 = NZM 2005, 450.

scheinungsbild einer Dekoration ist auch ein relevanter Faktor bei der Verkehrswertbildung, so dass dem Vermieter das Recht zusteht, auf Einhaltung vertraglich übernommener Verpflichtungen zu bestehen.²⁹²

Zur substantiierten Darstellung der Renovierungsbedürftigkeit ist es zumindest erforderlich, für alle Räume, die renoviert werden sollen, den Zustand der einzelnen Teile (Wände, Decken, Türen, Fenster, Heizkörper etc.) vorzutragen. Die Bezugnahme auf ein Gutachten reicht jedenfalls dann nicht aus, wenn darin nur beschrieben ist, welche Arbeiten auszuführen sind, ohne dass erkennbar ist, warum dies der Fall sein soll.²⁹³

9.3.2 starre Fristenpläne

Die Regelung sog. starren Fristen wurde überwiegend für unzulässig gehalten²⁹⁴. Die starren Fristen ergeben sich aufgrund einer Vereinbarung, in der für die Fälligkeit allein auf den Fristablauf abgestellt wird, ohne dass – insbesondere unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes – der Zustand der Räume von Bedeutung ist²⁹⁵. Diese Klauseln formulieren regelmäßig, dass die Renovierung „spätestens“, „mindestens“ oder „innerhalb“ bestimmter Zeiten auszuführen ist, können aber auch durch die bloße Verwendung der Formulierung „verpflichtet ist“ entstehen. Dieser Effekt soll auch nicht dadurch aufgehoben werden können, dass in einer weiteren Klausel dem Vermieter ein Ermessen eingeräumt wird, im Hinblick auf den konkreten Zustand einzelner Räume die Fristen zu verlängern oder zu verkürzen.²⁹⁶

Der BGH²⁹⁷ ist der hM gefolgt und sieht bei Formulierungen, die die Fristen nicht nur als Orientierungshilfe darstellen, eine "starre" Fälligkeitsregelung, die zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters führt, und zwar selbst dann, wenn der Fristenplan mit der starren Formulierung in einem gesonderten Absatz geregelt ist.²⁹⁸ Denn auch bei objektiv fehlender Renovierungsbedürftigkeit der Räume bestehe nach dem Wortlaut solcher Klauseln nach Ablauf der im Vertrag genannten Fristen die ausnahmslose Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen. Der üblicherweise anfallenden Renovierungsbedarf in Wohnräumen sei hingegen dem Mustermietvertrag 1976 des BMJ zu entnehmen. Hiervon würden die entsprechenden Formulierungen insbesondere hinsichtlich der Vorgabe abweichen,

²⁹² Im Erg. ebenso: LG Berlin v. 20.6.2002 – 67 S 466/01, NZM 2004, 458.

²⁹³ OLG Düsseldorf v. 7.4.2005 – I-10 U 191/04, ZMR 2005, 705.

²⁹⁴ LG Hamburg v. 8.3.2004 – 311 S 104/03, WuM 2004, 194; LG Frankfurt/M. v. 7.11.2003 – 2 – 17 S 38/03, NZM 2004, 62; LG Duisburg v. 11.11.2003 – 13 S 209/03, NZM 2004, 63; LG Berlin, GE 1993, 159; LG Frankfurt/Main, WuM 1979, 151; AG Gießen, WuM 2002, 213 = ZMR 2002, 828; *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl., § 548 BGB Rdnr. 90.

²⁹⁵ *Häublein*, ZMR 2001, 139, 140 sowie LG Frankfurt/M. v. 7.11.2003 – 2 – 17 S 38/03, NZM 2004, 62; LG Gießen v. 4.2.2004 – 1 S 197/03, WuM 2004, 197; LG Duisburg v. 11.11.2003 – 13 S 209/03, NZM 2004, 63; LG Berlin, GE 1993, 159; LG Frankfurt/Main, WuM 1979, 151; AG Gießen, WuM 2002, 213 = ZMR 2002, 828.

²⁹⁶ LG München I v. 17.12.2003 – 15 S 13429/03, NZM 2004, 457.

²⁹⁷ BGH v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, WuM 2004, 463 = NZM 2004, 653 = MietRB 2004, 313.

²⁹⁸ BGH v. 22.9.2004 – VIII ZR 360/03, NZM 2004, 901 = DWW 2004, 328.

wonach der Fristenplan nicht lediglich für den Regelfall des "im Allgemeinen" entstehenden Renovierungsbedarfs gelten sollte, sondern die Renovierung grundsätzlich nach Ablauf der jeweiligen Frist vorgeschrieben sei.

Die Unzulässigkeit der Fristenbestimmung führt zur Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturverpflichtung insgesamt, weil sie sich unmittelbar auf den Inhalt der Renovierungspflicht auswirkt. Denn soll sich die Renovierungspflicht allein an festgelegten Zeiten orientieren, ist auch die Anzahl der während der Dauer eines Mietverhältnisses durchzuführenden Schönheitsreparaturen von dem Fristenplan abhängig, so dass die bestimmten Zeiten auch die wirtschaftliche Belastung festlegen.²⁹⁹

Dies gilt selbst dann, wenn in der Klausel die Fristen nur durch Angabe eines nach Jahren zu bemessenden Zeitraums ohne jeden Zusatz bezeichnet sind.³⁰⁰ Die Annahme eines starren Fristenplanes ist also nicht nur gerechtfertigt, wenn in Verbindung mit den Fristen „mindestens“, „spätestens“ oder „innerhalb“ formuliert wird.

Dagegen soll die Übernahme der Formulierung des Mustermietvertrages 1976 zulässig sein und insbesondere nicht zur Annahme einer unzulässigen Bedarfsklausel führen.³⁰¹ Auch die Formulierung „in der Regel...spätestens...“ führt nicht zur Annahme einer starren Frist, da für den verständigen Mieters ersichtlich ist, dass innerhalb der Fristen eine Renovierung nur durchzuführen ist, wenn eine normale Abnutzung vorliegt.³⁰²

Obwohl ein starrer Fristenplan vereinbart wurde, tritt die Unwirksamkeit einer Renovierungsklausel nicht ein, wenn dem Mieter ein Anspruch auf Verlängerung der Fristen eingeräumt wird. Dies soll durch folgende Klausel erreicht werden können:³⁰³

„Lässt in besonderen Ausnahmefällen der Zustand der Wohnung eine Verlängerung der (...) vereinbarten Fristen zu oder erfordert der Grad der Abnutzung eine Verkürzung, so ist die Genossenschaft auf Antrag des Mitglieds verpflichtet, im anderen Fall aber berechtigt, nach billigem Ermessen die Fristen des Planes bezüglich der Durchführung einzelner Schönheitsreparaturen zu verlängern oder zu verkürzen.“

Selbst wenn der Mieter keinen Antrag stellen kann, sondern die Verlängerung vom Vermieter allein nach billigem Ermessen entschieden wird, wird die Starrheit eines Fristenplans wieder aufgehoben.³⁰⁴

²⁹⁹ BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, WuM 2006, 513.

³⁰⁰ BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 178/05, WuM 2006, 248.

³⁰¹ BGH v. 28.4.2004 – VIII ZR 230/03, WuM 2004, 333 = NZM 2004, 497 = MietRB 2004, 253.

³⁰² BGH v. 13.7.2005 – VIII ZR 351/04, WuM 2005, 716 = ZMR 2005, 934; a.A. OLG Düsseldorf v. 7.10.2004 – I-10 U 70/04, WuM 2004, 603, 605 = NZM 2004, 866.

³⁰³ BGH v. 20.10.2004 – VIII ZR 378/03, WuM 2005, 50 = ZMR 2005, 109 = MietRB 2005, 62.

Die Grundsätze über die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB für sog. starre Fristen gelten uneingeschränkt auch in der Gewerberaummiete.³⁰⁵

9.4 Bedarfsklausel

Sog. Bedarfsklauseln sollten unwirksam sein, wenn die Wohnung bei Vertragsbeginn unrenoviert oder jedenfalls nicht vollständig renoviert war und der Mieter zur Renovierung verpflichtet war.³⁰⁶ Eine Bedarfsklausel liegt z.B. vor bei folgender Formulierung:

"Der Mieter ist verpflichtet, während der Dauer des Mietvertrages bei Bedarf Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durch Fachhandwerker durchzuführen. Ein Bedarf gilt mindestens dann als gegeben, wenn die Fristen nach dem Fristenplan verstrichen sind."

Demgegenüber sieht der BGH³⁰⁷ in folgender Vertragsregelung eine wirksame Übertragung der Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter:

"Hat der Mieter die Schönheitsreparaturen übernommen, so hat er alle je nach dem Grad der Abnutzung oder Beschädigung erforderlichen Arbeiten unverzüglich auszuführen. Im allgemeinen werden Schönheitsreparaturen in den Mieträumen in folgenden Zeitabständen erforderlich: in Küchen, Bädern und Duschen alle drei Jahre, in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle fünf Jahre, in anderen Nebenräumen alle sieben Jahre."

Insbesondere sei die Klausel nicht dahin auszulegen, dass der Mieter aufgrund einer vorvertraglichen Abnutzung bereits zu Beginn des Mietverhältnisses zu einer Renovierung verpflichtet wäre. Die Erforderlichkeit der auszuführenden Dekorationsarbeiten sei vielmehr verbunden mit dem (Regel-) Fristenplan, dessen Fristen aus der Sicht eines verständigen Mieters mangels gegenteiliger Anhaltspunkte erst mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu laufen beginnen. Selbst wenn der Mieter keinen Antrag stellen kann, sondern die Verlängerung vom Vermieter allein nach billigem Ermessen entschieden wird, wird die Starrheit eines Fristenplans wieder aufgehoben.³⁰⁸

Eine Bedarfsklausel soll auch nicht vorliegen, wenn in der Regelung für die Fälligkeit der Renovierung auf den "Grad der Abnutzung" abgestellt wird.³⁰⁹ Das gleiche gilt für die Formularklausel, nach der der

³⁰⁴ BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 48/04, WuM 2005, 241 = ZMR 2005, 768 = NZM 2005, 299.

³⁰⁵ OLG Düsseldorf v. 4.5.2006 – I-10 U 174/05, GuT 2006, 127.

³⁰⁶ OLG Stuttgart, WuM 1989, 121; LG Köln in *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht 31 Nr. 23.

³⁰⁷ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 17/04, WuM 2005, 243 = MietRB 2005, 170.

³⁰⁸ BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 48/04, WuM 2005, 241 = ZMR 2005, 768 = NZM 2005, 299.

³⁰⁹ OLG Celle v. 30.1.1996 – 2 UH 1/96, WuM 1996, 202 mit ablehnender Anmerkung *Lützenkirchen*, WuM 1997, 135.

Mieter sich verpflichtet, die Schönheitsreparaturen wenn erforderlich, mindestens aber in den in einem Fristenplan festgelegten Zeiträumen fachgerecht ausführen zu lassen.³¹⁰

9.5 Abgeltungsklauseln

9.5.1 Zulässige Abgeltungsklausel mit Wahlmöglichkeit

Dem Mieter muss bei vereinbarter Quotenklausel das Recht zur Selbstvornahme der Schönheitsreparaturen verbleiben, wobei er über dieses Recht nicht hinweggetäuscht werden darf.³¹¹ Vereinzelt wird sogar ein ausdrücklicher Hinweis in der Klausel auf die Renovierungsmöglichkeit als Alternative gefordert.³¹² Entscheidet sich der Mieter für eine Eigenrenovierung, darf er an diese Festlegung durch den Klauseltext nicht gebunden sein. Andernfalls gilt gem. § 263 Abs. 2 BGB die gewählte Renovierung als von Anfang an geschuldet, was vor Ablauf der vereinbarten Fristen zu einer unzulässigen Renovierungsverpflichtung führt.

Der BGH³¹³ sieht in einer Abgeltungsklausel keine unangemessene Benachteiligung des Mieters, wenn darin festgelegt ist: „Die Mieträume sind zum Vertragsablauf geräumt, sauber und in dem Zustand zurückzugeben, in dem sie sich bei regelmäßiger Vornahme der Schönheitsreparaturen (...) befinden müssen, wobei angelaufene Renovierungsintervalle (...) vom Mieter zeitanteilig zu entschädigen sind, und zwar nach Wahl des Mieters in Geld auf der Basis eines Kostenvoranschlages oder durch fachgerechte Renovierung durch den Mieter“. Dem Mieter sei danach vielmehr die Möglichkeit eingeräumt, seiner anteiligen Zahlungsverpflichtung durch eine Renovierung in Eigenleistung zuvorzukommen. Von der Vereinbarung einer Wahlschuld im Sinne der §§ 262 ff. BGB sei nicht auszugehen, weil der Mieter nicht zwei Leistungen schulde, sondern einzig die zeitanteilige Entschädigung hinsichtlich angelaufener Renovierungsintervalle. Diese könne durch freiwillige Renovierung der betroffenen Räume umgangen werden. Mit der Klausel wäre der Mieter auch nicht an seine einmal getroffene Renovierungsentscheidung gebunden.

Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Quotenklausel hat der BGH³¹⁴ gefordert, dass der Kostenvoranschlag des Vermieters, wonach dieser seinen Abgeltungsanspruch berechnet nicht verbindlich

³¹⁰ BGH v. 11.7.1990 – VIII ARZ 1/90, WuM 1990, 415; OLG Frankfurt v. 16.2.1990 – 20 RE-Miet 1/90, WuM 1990, 136 = ZMR 1990, 449.

³¹¹ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, NJW 1988, 2790 = WuM 1988, 294; OLG Stuttgart v. 19.8.1993 – 8 REMiet 2/92, NJW-RR 1993, 1422 = WuM 1993, 528; OLG Frankfurt v. 25.9.1997 – 1 U 41/96, NZM 1998, 150; OLG Celle v. 21.6.2001 – 2 U 36/01, WuM 2001, 393; a.A. *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl., 1 B Rz. 90.

³¹² AG Lörrach v. 21.2.1996 – 4 C 66/96, WuM 1996, 613; *Goch*, WuM, 2004, 133; *Harsch* in Schmid, Miete und Mietprozess, 4. Aufl., 7 Rz. 178.

³¹³ BGH v. 26.5.2004 – VIII ZR 77/03, WuM 2004, 466 = ZMR 2004, 659 = NZM 2004, 615 = MietRB 2004, 281.

³¹⁴ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, WuM 1988, 294 = NJW 1988, 2790.

sein darf, so dass der Mieter die Möglichkeit zum Nachweis geringerer Kosten offen steht. Dazu ist es aber nicht erforderlich, dass die Klausel die Unverbindlichkeit des Kostenvoranschlags ausdrücklich erwähnt.³¹⁵ Vielmehr ist die Angabe der Berechnungsgrundlage („...auf Grund des Kostenvoranschlags eines Malerfachgeschäftes...“) unschädlich.

Allerdings ist eine Abgeltungsklausel unwirksam bzw. unbeachtlich, wenn die vertragliche Regelung über die Renovierung unwirksam ist.³¹⁶

9.5.2 Starre Abgeltungsquoten

Nachdem der BGH Renovierungsklauseln mit starren Fristenplänen verworfen hatte,³¹⁷ war kaum damit zu rechnen, dass er für Abgeltungsklauseln mit starren Prozentsätzen anders entscheiden würde, zumal untergerichtliche Entscheidungen den Weg vorgaben.³¹⁸

Nimmt man das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und die dazu entwickelten Bewertungsgrundsätze ernst, ist die Entscheidung des BGH vom 18.10.2006³¹⁹ zwangsläufig richtig. Denn es ist (abstrakt) denkbar, dass sich bei unterschiedlicher Nutzung eben verschiedene Zeitintervalle ergeben, so dass auch der Abgeltungsanspruch flexibel formuliert werden muss. Ansonsten ist eine Klausel eben nicht klar und verständlich.

Im konkreten Fall bedurfte es aber keiner Entscheidung über die Abgeltungsklausel. Denn der Vertrag enthielt eine Endrenovierungsklausel, die – weil gleichlautend - der BGH noch am 28.6.2006³²⁰ zwar auch als eigenständig, wegen der Starrheit der Fristen aber trotzdem als unwirksam angesehen hatte. Nunmehr soll die unwirksame Endrenovierungsklausel aber die Regelung über die laufende Renovierung unberührt lassen. Damit wird der Summierungseffekt ausgeschaltet. Bisher konnte man im Hinblick auf BGH v. 14.5.2003³²¹ davon ausgehen, dass eine Klausel über die laufende Renovierung wegen des Summierungseffektes unwirksam ist, wenn eine unwirksame Regelung zur Endrenovierung im Vertrag enthalten war und dass mit dem Wegfall der Klausel zur laufenden Renovierung auch die dazu in Abhängigkeit

³¹⁵ BGH v. 6.10.2004 – VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 = NZM 2004, 903; a.A. LG Kiel v. 27.4.2006 – 1 S 263/05, WuM 2006, 312.

³¹⁶ BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 178/05, WuM 2006, 248.

³¹⁷ BGH v. 23.06.2004 – VIII ZR 361/03, WuM 2004, 463 = MietRB 2004, 313; BGH v. 22.09.2004 – VIII ZR 360/03, NZM 2004, 901.

³¹⁸ vgl. z.B. LG Hamburg v. 17.06.2005 – 311 S 152/04, WuM 2005, 453.

³¹⁹ BGH v. 18.10.2006 – VIII ZR 52/06, ■.

³²⁰ BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, WuM 2006, 513, 514.

³²¹ BGH v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436.

stehende Abgeltungsklausel nichtig war.³²² Hätte der BGH diese von ihm selbst entwickelten Gesetzmäßigkeiten beachtet, hätte es einer Bewertung der Abgeltungsklausel aus dem Blickwinkel des Transparenzgebotes nicht mehr bedurft. Bis auf weiteres darf deshalb spekuliert werden, ob der Anwendungsbereich des Summierungseffektes eingeschränkt ist oder der BGH so schnell wie möglich die Unklarheit, ob die Grundsätze über starre Fristen auch bei Abgeltungsklauseln gelten, beseitigen wollte. Die Halbwertzeiten von BGH-Entscheidungen ist ohnehin evident. Immerhin hatte der BGH noch am 6.10.2004³²³ eine Klausel mit starren Abgeltungsquoten für wirksam angesehen.

Unabhängig von Spekulationen, wie viele Verträge von dieser Entscheidung erfasst sind, eröffnet sie über § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB (Leistungskondiktion) die Möglichkeit, bereits geleistete Zahlungen zurückzufordern. Denn anders als bei der Ausführung von Renovierungsarbeiten trotz unwirksamer Klausel,³²⁴ geht es hier nicht um die Wertsteigerung, sondern wurde eine Zahlung geleistet, die über § 818 BGB zurückgefordert werden kann. Da es sich nicht um Aufwendungen i.S.v. § 548 Abs. 2 BGB handelt, gilt die dreijährige Verjährung, die ab Kenntnis zu rechnen ist, § 199 BGB. Regelmäßig wird diese erst mit der Kenntnis der Unwirksamkeit gegeben sein.

Schließlich hat der BGH durch seinen Hinweis darauf, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nicht möglich ist, den Diskussionen über einen Ausgleich des „wirtschaftlichen Schadens“ zugunsten des Mieters – leider - eine Absage erteilt.³²⁵ Mangels eines Haltbarkeitsdatums kann insoweit aber noch spekuliert werden, ob eine Fortsetzung der Diskussion nicht doch noch Früchte trägt.

Die Abgeltungsklausel ist nicht tot. Zur Vermeidung der Starrheit muss nur so formuliert werden, dass nicht der Eindruck entsteht, der Anspruch solle allein durch den Zeitablauf begründet werden. Dem kann durch entsprechende Formulierung im Zusammenhang mit den Zeiten (z.B. „im Allgemeinen“, „in der Regel“) vorgebeugt werden.

9.6 Vorschussanspruch

Bereits vor 15 Jahren hat der BGH mit Billigkeitserwägungen einen Anspruch des Vermieters auf Vorschusszahlung bestätigt, wenn sich der Mieter im laufenden Mietverhältnis mit der Durchführung von Schönheitsreparaturen in Verzug befindet.³²⁶ Hintergrund war die Überlegung, dass der Vermieter gegenüber seinem vertragsuntreuen Mieter nicht in Vorleistung gehen müssen sollte, indem er zunächst reno-

³²² BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 178/05, WuM 2006, 248.

³²³ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663.

³²⁴ vgl. dazu BGH v. 26.7.2006 – XII ZR 46/05, GE 2006, 1224; BGH v. 5.10.2005 – XII ZR 43/02, WuM 2006, 169.

³²⁵ *Börstinghaus*, WuM 2005, 675; *Hannemann*, FS für Blank, S. 189 f.

³²⁶ BGH v. 30.5.1990 – VIII ZR 207/89, WuM 1990, 494 = NJW 1990, 2376.

viert und sodann die entstandenen Kosten einklagen muss. Dieser Anspruch ergibt sich aus Verzug, §§ 280 Abs. 2, 286 BGB. Trotz des Gegenseitigkeitsverhältnisses ist § 281 BGB nicht anwendbar, weil dadurch das Mietverhältnis erlöschen würde, § 281 Abs. 4 BGB.

Diese Rechtsprechung hat der BGH trotz dogmatischer Kritik³²⁷ bestätigt.³²⁸

Der Vorschussanspruch ist ein probates Mittel, den säumigen Mieter zur Durchführung der Schönheitsreparaturen anzuhalten. Zwar erfordert es regelmäßig einigen Aufwand, die Renovierungsbedürftigkeit festzustellen und entsprechend darzulegen. Die erhobene Klage beschleunigt aber die Leistungsbereitschaft des Mieters, der die Arbeiten oftmals selbst, jedenfalls preiswerter ausführen (lassen) kann, als der vom Vermieter zu beauftragende Handwerker. Spätestens in der mündlichen Verhandlung erfolgt der Erfüllungseinwand.

Bittet der Mieter in diesem Zusammenhang um Fristverlängerung, begründet er damit mit Rücksicht auf die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen grundsätzlich ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis³²⁹ und kann jedenfalls nicht mehr die Notwendigkeit der Arbeiten bestreiten.³³⁰

9.7 Tapezierfähigkeit

Viele Vermieter überlassen die Wohnung zu Beginn des Mietvertrages im tapezierfähigen Zustand, also ohne Tapete an den Wänden, und verlangen bei Auszug des Mieters die Wiederherstellung dieses Zustandes. Dies hat für den Mieter den Vorteil, dass er sich die Wohnung so dekorieren kann, wie es seinen Geschmacksvorstellungen entspricht und führt in der Praxis am Ende des Mietvertrages zu keinen Schwierigkeiten über unterschiedliche Geschmacksvorstellungen. Diese Praxis ist jedoch rechtlich höchst zweifelhaft³³¹, obwohl dazu Klauseln – allerdings mit „AGB-rechtlich gebotenem Warnhinweis“ – vorge schlagen werden.³³²

Die Herbeiführung der Tapezierfähigkeit ist ein Teil der im Rahmen der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen geschuldeten Leistungen. Denn der Mieter muss wenigstens die bei einer Renovierung notwendigen Vorarbeiten (z.B. Abkratzen der Tapete) erbringen. Damit kann die Leistung nicht anders beurteilt werden, als die Frage der Durchführung von Schönheitsreparaturen.

³²⁷ vgl. z.B. *Sommenschein*, JZ 1991, 565.

³²⁸ BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 192/04, WuM 2005, 383 = NZM 2005, 450.

³²⁹ KG v. 6.4.2006 – 8 U 99/05, GE 2006, 1230.

³³⁰ KG v. 1.12.2005 – 8 U 249/04, GE 2006, 1230.

³³¹ LG Düsseldorf, NZM 2002, 779; LG Saarbrücken, NZM 2000, 1179; *Lützenkirchen*, NZM 1998, 942.

³³² *Blank*, NZM 1998, 705.

Der tapezierfähige Zustand kann also nicht anders behandelt werden, als die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen. Damit ist für den Vermieter bei Beginn des Mietvertrages die Gefahr gegeben, dass der Mieter ihn auf Durchführung einer Anfangsrenovierung in Anspruch nimmt, weil die Überbürdung der Anfangsrenovierung in Anspruch nimmt, weil die Überbürdung der Anfangsrenovierung in jedem Falle unwirksam ist. Enthält der Mietvertrag die Verpflichtung, die Wohnung in jedem Falle bei Beendigung des Mietvertrages in tapezierfähigem Zustand zurückzugeben, ist diese Klausel unwirksam, wenn sie nicht darauf abstellt, wann die letzte Renovierung durchgeführt wurde.³³³

Zur Vermeidung rechtlicher Nachteile kann der tapezierfähige Zustand daher nur auf freiwilliger Basis behandelt werden:³³⁴

- im Mietvertrag sollten die Schönheitsreparaturen in vollem Umfang (wirksam) geregelt werden;
- bei Beginn des Mietvertrages sollte dem Mieter mündlich erklärt werden, dass er die Wohnung in tapezierfähigem Zustand erhält und sie bei Beendigung des Mietvertrages auch "nur" im gleichen Zustand zurückzugeben hat;
- bei Beendigung des Mietvertrages sollte der Mieter z.B. in der Kündigungsbestätigung darauf hingewiesen werden, dass die Herbeiführung eines tapezierfähigen Zustandes bis zur Beendigung des Mietvertrages ausreicht. Gleichzeitig sollte jedoch der Hinweis erfolgen, dass die Schönheitsreparaturen in vollem Umfang verlangt werden, wenn diese Verpflichtung nicht bis zum Vertragsende erfüllt wird.

9.8 Summierungeffekt in der Wohnraummiete

Nicht selten finden sich in der Praxis Kombinationen zwischen individual- und formularvertraglichen Regelungen, die die unterschiedlichen Renovierungsphasen (Anfangsrenovierung, laufende Renovierung, Endrenovierung) regeln sollen. Nachdem die Rechtsprechung zunächst die Wirksamkeit der Klauseln für jede einzelne Renovierungsphase isoliert bewertete, herrscht nunmehr die Auffassung vor, dass die Renovierungsverpflichtung des Mieters in ihrer Gesamtheit zu beurteilen ist, um eine unangemessene Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 BGB feststellen zu können³³⁵.

³³³ BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 152/05, WuM 2006, 308; BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 109/05, WuM 2006, 310.

³³⁴ vgl. dazu: *Lützenkirchen*, NZM 1998, 942 m.w.N.

³³⁵ BGH v. 2.12.1992 – VIII ARZ 5/92, WuM 1993, 175; OLG Celle, ZMR 1999, 470.

Daraus folgt: Eine Renovierungsklausel kann für sich genommen wirksam sein; im Verbund mit einer oder mehrerer weiterer Regelungen zur Renovierung kann Unwirksamkeit aller Klauseln eintreten.³³⁶ Insoweit ist es unerheblich, ob die Verpflichtungen des Mieters, Renovierungsleistungen in den einzelnen Phasen zu erbringen, in einer Klausel des Vertrages oder an unterschiedlichen Stellen geregelt ist.³³⁷ In allen Fällen handelt es sich um eine Gesamtregelung zu einer einheitlichen Leistung, nämlich den Schönheitsreparaturen, und zwar selbst dann wenn eine der mehreren Klauseln individualvertraglich zustande gekommen ist.³³⁸ Da die Überbürdung der Renovierung einen Teil der vom Mieter im Rahmen des § 535 Abs. 2 BGB geschuldeten Gegenleistung darstellt,³³⁹ muss sie insgesamt der Angemessenheitsprüfung des § 307 BGB unterzogen werden.

Vor diesem Hintergrund sind folgende Konstellationen zu unterscheiden:

9.8.1 Anfangsrenovierung/laufende Renovierung

Wird mit dem Mieter die Anfangsrenovierung individuell vereinbart, ergeben sich gegen die Wirksamkeit keine Bedenken.³⁴⁰

Unzulässig ist aber eine Kombination von individuell vereinbarter Anfangsrenovierung und der formularvertraglich festgelegten laufenden Renovierung zu vereinbaren.³⁴¹ Diese Kombination führt zur Unwirksamkeit der Klausel für die laufende Schönheitsreparatur, wobei auch vertreten wird, dass gleichzeitig die Vereinbarung über die Anfangsrenovierung unwirksam sein soll.³⁴²

Die gleiche Rechtsfolge (zumindest Unwirksamkeit der formularmäßig vereinbarten Klausel) soll sich bei der umgekehrten Variante einer formularmäßig vereinbarten Anfangsrenovierung und einer individuell vereinbarten laufenden Renovierung ergeben.³⁴³

Eine Individualvereinbarung kann z.B. darin gesehen werden, dass der Vermieter dem Mieter die Übernahme der Wohnung in renoviertem oder unrenoviertem Zustand zur Disposition stellt und sich die Parteien für eine dieser beiden Möglichkeiten entscheiden. Das gleiche kann gelten, wenn der Vermieter bei den Vertragsverhandlung mit dem Mieter die laufende Renovierung zur Disposition stellt, indem er für die Alternativen unterschiedliche Mietpreise nennt.

³³⁶ BGH v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436.

³³⁷ Langenberg, Schönheitsreparaturen, D Rdnr. 40.

³³⁸ BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 163/05, WuM 2006, 306; BGH v. 2.12.1992 – VIII ARZ 5/92, WuM 1993, 175.

³³⁹ BGH, WuM 1987, 306 m.w.N.

³⁴⁰ Oske, Schönheitsreparaturen, 4. Aufl., 1992, S. 16.

³⁴¹ BGH, WuM 1993, 178; OLG Celle, ZMR 1999, 470; LG Berlin ZMR 2001, 31.

³⁴² Harsch in Lützenkirchen, aaO, H Rn. 256.

³⁴³ Harsch in Lützenkirchen, aaO, Rn. 257.

Bis zum 31. 12.2001 musste bei der Prüfung des Summierungseffektes danach unterschieden werden, ob die Anfangsrenovierung in einem vor dem 1. April 1977 geschlossenen Mietvertrag geregelt war. Denn in § 28 Abs. 1 und 2 AGBG war bestimmt, dass das AGBG nicht für Verträge galt, die vor seinem Inkrafttreten geschlossen und bei denen die Leistungen schon vollständig abgewickelt waren. Dies konnte bei einer vor dem 1. April 1977 durchgeführten Anfangsrenovierung der Fall sein.³⁴⁴ Da das AGB-Gesetz insgesamt aufgehoben worden ist, könnten die vor dem 1. April 1977 abgeschlossenen Formularverträge und Verträge unter Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen dem bis dahin geltenden Recht unterliegen, wie das bisher schon der Fall war³⁴⁵.

Indessen wird bei dieser Auslegung die Historie von Art. 229 § 5 EGBGB übersehen. Der ursprüngliche Wortlaut sah eine ausdrückliche Ausnahme für vor dem 1. April 1977 geschlossene Verträge vor.³⁴⁶ Dieser Entwurf ist der klaren Regelung des Art. 229 § 5 EGBGB gewichen, der die Geltung des Allgemeinen Schuldrechts für Mietverträge ab dem 1. Januar 2003 unbedingt vorsieht. Damit gelten die § 305 ff. BGB auch für diese Altverträge.

Insoweit bestehen keine Bedenken aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes (Art. 20 GG). Bei einem Dauerschuldverhältnis kann nämlich niemand darauf vertrauen, dass die Rechtslage unverändert bleibt.³⁴⁷ Eine Ausnahme muss allein für Bestimmungen gelten, die den Vertragsschluss betreffen.

Auch wenn je nach Fallkonstellation zu unterscheiden ist³⁴⁸, sollte bei der Vertragsgestaltung grundsätzlich davon abgesehen werden, auch nur individualvertraglich eine Anfangsrenovierung zu vereinbaren, zumal der Vermieter in der Regel als Unternehmer im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB anzusehen ist, so dass auch eine nur einmalig verwendete Klausel an § 307 BGB zu messen ist. Der Unwirksamkeit kann – wenn überhaupt – nur dadurch vorgebeugt werden, dass der Mieter für seine „überobligationsmäßige“ Leistung ein angemessenes Entgegenkommen erhält. Dieses kann z.B. in einer mietfreien Zeit oder der Verlängerung der üblichen Renovierungsfristen (z.B. Verdoppelung³⁴⁹) gesehen werden. Entscheidend ist insoweit, ob die Leistung des Vermieters einen angemessenen Ausgleich für die (zusätzliche) Gegenleistung des Mieters darstellt.

Beruft sich der Mieter z.B. im Rechtsstreit darauf, er habe die Wohnung bei Beginn des Mietvertrages renovieren müssen, ohne dass der Vertrag ausdrücklich eine Verpflichtung des Mieters zur Anfangsrenovieren

³⁴⁴ OLG Hamburg, WuM 1995, 637 (Summierungseffekt).

³⁴⁵ so: Ott/Lüer/Heussen, Anwalts Checkbuch aktuell Schuldrecht, Rdnr. 4.

³⁴⁶ vgl. *Heinrichs*, WuM 2002, 643, 644.

³⁴⁷ KG, NJW 1982, 2077, 2078.

³⁴⁸ vgl. LG Berlin, ZMR 2001, 31; LG Berlin, NZM 2000, 862; AG Hamburg, NZM 2000, 1180.

³⁴⁹ *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, D Rdnr. 53.

vierung regelt, kommt es auf den tatsächlichen Anfangszustand der Räume an³⁵⁰. Grundsätzlich kann der Mieter nicht verlangen, dass ihm eine frisch renovierte Wohnung überlassen wird. Vielmehr muss er geringfügige Abnutzungserscheinungen durch den Wohngebrauch des Vorbewohners hinnehmen; die Räume müssen einen Zustand aufweisen, die den Mieter nicht zwingen, alsbald nach der Übernahme eine Renovierung durchzuführen³⁵¹. Stellt er jedoch im einzelnen dar, dass sich die Wohnung in einem völlig abgewohnten Zustand befand, liegt die Vermutung nahe, dass die Parteien zumindest stillschweigend vereinbart haben, dass der Mieter die Anfangsrenovierung durchführt³⁵². Auch wenn sich der Mieter 6 Monate nach Durchführung der Anfangsrenovierung nicht mehr darauf berufen kann, dass die Wohnung bei Beginn des Mietverhältnisses nicht renoviert war³⁵³, spricht nach der Lebenserfahrung eine Vermutung dafür, dass die Parteien die Anfangsrenovierung durch den Mieter (schlüssig) vereinbart haben, wenn sich die Wohnung in einem Zustand befand, der einen sofortigen (also ohne vorherige Renovierung) Bezug durch den Mieter nicht zuließ. Dazu reicht es jedoch nicht aus vorzutragen, dass ein unrenovierter bzw. völlig abgewohnter Zustand vorhanden war. Vielmehr muss aus dem Vortrag des Mieters zusätzlich ersichtlich sein, dass die Annahme einer (konkludenten) Vereinbarung über die Anfangsrenovierung des Mieters gerechtfertigt ist. Deshalb sollte der Gang der Verhandlungen skizziert und wenigstens dargestellt werden, dass sich der Mieter unter diesen Umständen – für den Vermieter erkennbar - zur Anfangsrenovierung verpflichtet fühlte.

Insoweit sind viele Konstellationen denkbar. Häufig wird in der Praxis der Fall auftreten, dass der Vertrag eine Regelung enthält, wonach der Mieter „die Wohnung unrenoviert“ übernimmt oder die Räume in diesem Zustand übergeben werden. Allein die Tatsache, dass ein solcher Passus Gegenstand der Einigung nach § 535 BGB ist, spricht für die Annahme, dass hinsichtlich des nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten Anfangszustandes auch eine Vereinbarung getroffen wurde. Ohne weiteres kann nämlich davon ausgegangen werden, dass die Parteien dadurch den „vertragsgemäßen Zustand“ regeln wollten. War dieser aber so beschaffen, dass alsbald Renovierungen auszuführen waren, besteht grundsätzlich kein vernünftiger Zweifel daran, dass der Mieter die Anfangsrenovierung – vereinbarungsgemäß – erbringen sollte.

Gelingt dem Mieter der Nachweis einer Vereinbarung über die Anfangsrenovierung nicht, ist für eine Korrektur der Rechtsprechung des BGH über § 242 BGB kein Raum.³⁵⁴ Gegenstand der Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Summierungseffektes können nur vertragliche Abreden der Parteien zum Thema Schönheitsreparaturen sein. Daran fehlt es, wenn der Mieter – wie vom BGH unterstellt – die Anfangs-

³⁵⁰ A.A. LG Berlin, NZM 2002, 119.

³⁵¹ LG Hamburg, WuM 1986, 275.

³⁵² a.A. scheinbar: LG Berlin, NZM 2000, 862 für die Formulierung im Mietvertrag: „Der Mieter übernimmt die Renovierung der Wohnung.“

³⁵³ BGH, WuM 1987, 306; LG Berlin, NZM 2000, 862.

³⁵⁴ A.A. Langenberg, Schönheitsreparaturen, D Rdnr. 53.

renovierung „freiwillig“ erbracht hat. Es liegt auch kein Anwendungsfall des § 242 BGB vor, weil es danach nicht verboten ist, „freiwillige“ Leistungen des Mieters entgegen zu nehmen. Immerhin ist auch denkbar, dass die Anfangsrenovierung die Gegenleistung des Mieters dafür darstellt, dass ihm die Wohnung überhaupt vermietet wurde. In diesem Fall wäre gerade das Verhalten des Mieters treuwidrig.

9.8.2 laufende Renovierung/Schlussrenovierung

Wird die Renovierung während der Laufzeit des Mietvertrages allein individuell auf den Mieter übertragen, ist sie gültig. Dies rechtfertigt sich schon aus der Überlegung heraus, dass die formularmäßige laufende Renovierung für uneingeschränkt zulässig erachtet wird.

Bedenklich ist allerdings die Klauselkombinationen mit der Endrenovierung zu vereinbaren. Nach dem Inhalt einer solchen denkbaren Klausel, z.B. mit dem Wortlaut:

*"Der Mieter ist zur Durchführung der Renovierung während des Mietvertrages verpflichtet.
Bei Vertragsende muss der Mieter die Schönheitsreparaturen durchführen."*

kann nämlich über den Summierungseffekt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters eintreten.

Es ist unerheblich, ob die Klausel über die laufende Renovierung oder die Endrenovierung unwirksam ist. Ebenso ist es unbedeutend, aus welchem Grund z.B. die Klausel über die laufende Renovierung zu beanstanden ist. Selbst die bloße Vereinbarung eines unwirksamen Fristenplans führt den Summierungseffekt herbei.³⁵⁵

Wird eine (individualvertragliche oder formularmäßige) Überwälzung laufender Schönheitsreparaturen mit einer formularmäßigen Endrenovierungsverpflichtung kombiniert, die unabhängig vom Zeitpunkt der letzten Dekorationsarbeiten bestehen soll, tritt der Summierungseffekt ein, der die gesamte Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach § 307 BGB unwirksam macht³⁵⁶. Das gilt selbst dann, wenn die (unwirksame) Endrenovierungsklausel erst in der Anlage zum Mietvertrag geregelt ist und die Regelungen wechselseitig Bezug nehmen.³⁵⁷

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Endrenovierungsverpflichtung überhaupt im konkreten Fall zur Anwendung kommt. Die Beurteilung des Summierungseffekts erfolgt abstrakt: Die gesamte Gegenleistung des Mieters wird anhand der Formulierungen des Mietvertrages bewertet, um ihre Unangemessenheit fest-

³⁵⁵ LG Berlin v. 10.10.2002- 62 S 213/02, WuM 2002, 668.

³⁵⁶ BGH v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, MietRB 2003, 1 = ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436; LG Landau/Pfalz, ZMR 2002, 429; LG Berlin, MM 2002, 38; LG Hamburg, NZM 2000, 541; LG Frankfurt/Main, WuM 2000, 545; AG Köln, WuM 2001, 443; AG Königstein, NZM 2000, 1181; AG Köln v. 18.6.2002 – 218 C 483/01, WuM 2003, 315; a.A. LG München I v. 3.1.2003 – 31 S 10293/01, NZM 2003, 512.

³⁵⁷ BGH v. 25.6.2003 – VIII ZR 335/02, NZM 2003, 755.

stellen zu können. Ist ihre Unwirksamkeit gegeben, kann z.B. nicht mehr auf die Klausel zur laufenden Renovierung aus Verzugsgesichtspunkten zurückgegriffen werden.³⁵⁸

Ist die Endrenovierungsverpflichtung individuell begründet worden, soll sich die Wirkung des Summierungseffekts auf die Klausel zur laufenden Renovierung beschränken³⁵⁹, sodass der Mieter zur Endrenovierung verpflichtet bleiben soll.

Keine unzulässige Kombination soll in der formularmäßigen Verpflichtung zur laufenden Renovierung mit der Bestimmung zur Rückgabe in „sofort bezugsfähigen Zustand“ liegen.³⁶⁰ Ebenso unbedenklich ist eine mietvertragliche Klausel, die einen angemessenen Fristenplan enthält und den Mieter verpflichtet, „je nach Grad der Abnutzung“ am Ende der Mietzeit zu renovieren.³⁶¹

9.8.3 Laufende Renovierung/Quotenklausel

Die Zusammenschau im Rahmen des Summierungseffektes erfasst auch die Quotenklausel. Deshalb wirkt sich die Unwirksamkeit der Regelung über die laufenden Schönheitsreparaturen,³⁶² aber auch eine unwirksame Endrenovierungsklausel auf die Wirksamkeit der Quotenklausel aus.³⁶³

Etwas anderes gilt, wenn per Individualvereinbarung die laufende Renovierung festgelegt wird und für das Vertragsende vor Fristenablauf eine Kostenbeteiligungsklausel mit aufgenommen wird, da eine solche Regelung formularrechtlich unbedenklich ist.

9.8.4 Andere Kombinationen

Die vorgenannten Beispiele zeigen, dass jede Form der Kombination zur Unwirksamkeit aller Renovierungsklauseln im Mietvertrag führen kann, wenn entweder eine Anfangsrenovierung vertraglich geschuldet sein soll oder andere Renovierungsregelungen einen unzulässigen Inhalt haben. Grundsätzlich erfasst eine unwirksame Teilregelung auch die Wirksamkeit der übrigen Klauseln.

Die zusätzliche Regelung, dass der Vermieter bei einer übermäßigen Abnutzung Ersatz in Geld verlangen können soll, soll jedoch sowohl die Klausel über die laufende Renovierung als auch eine Quotenklausel unberührt lassen, obwohl sie für sich genommen gegen § 309 Nr. 4 BGB verstößt.³⁶⁴

³⁵⁸ LG Landau/Pfalz, ZMR 2002, 429.

³⁵⁹ LG München I, NZM 2001, 951.

³⁶⁰ LG Leipzig, Urteil vom 26.3.2002 – 16 S 9370/00, DWW 2002, 333.

³⁶¹ BGH v. 28.4.2004 – VIII ZR 230/03, NZM 2004, 497.

³⁶² BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 178/05, WuM 2006, 248.

³⁶³ LG Berlin v. 25.7.2002 – 67 S 413/01, MM 2002, 481; AG Köln in *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht, 31 Nr. 42.

³⁶⁴ LG Berlin, NZM 2002, 120.

9.8.5 Vermeidung des Summierungseffektes

Der Summierungseffekt greift durch, wenn die gesamte Renovierungsleistung, wie sie im Vertrag geregelt ist, bei abstrakter Bewertung zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses führt, so dass eine unangemessene Benachteiligung vorliegt. Um so mehr kann der Summierungseffekt nur vermieden werden, wenn durch eine zusätzliche Leistung des Vermieters, die im Zusammenhang mit der Renovierungsverpflichtung des Mieters steht, das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherstellt.

Bei einer Anfangsrenovierungspflicht des Mieters kann dieses Gleichgewicht z.B. durch einen Mietnachlass oder eine vergleichbare (angemessene) Leistung des Vermieters erreicht werden.³⁶⁵ Allerdings soll insoweit ein Verzicht des Vermieters auf die Grundmieten für die ersten Monate nicht ausreichen, weil eine „zusätzliche“ Leistung des Vermieters darin nicht zu sehen sein soll, da dem Mieter die Wohnung für die Dauer der Renovierung gerade nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Verfügung stand.³⁶⁶ Dies erscheint bedenklich, zumal sich das Gericht an der Renovierung durch eine Fachkraft orientiert. Immerhin handelt es sich um eine Eigenleistung des Mieters, die z.B. bei Beendigung des Mietvertrages und beabsichtigten Umbaumaßnahmen des Vermieters nach dem Aufwand bewertet wird, den der Mieter bei der Ausführung einer Renovierung in Eigenleistung hätte bestreiten müssen. Da die meisten Mietverträge allerdings Verbraucherverträge i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB darstellen, sind auch bei der Beurteilung der zumeist vorliegenden Individualvereinbarungen die Grundsätze des § 307 BGB zu beachten, die an den Umständen des Einzelfalles zu messen sind.

Eine andere Variante besteht darin, die Fristen gegenüber dem herkömmlichen Fristenplan zu verlängern. Dies führt im Ergebnis zu einer Streckung der Renovierungspflicht und damit zu einer Verringerung der Gegenleistung. Welche Fristverlängerungen insoweit ausreichen, um den Summierungseffekt auszuschließen, ist noch nicht ersichtlich. Vorsichtshalber sollte bei einer Anfangsrenovierung durch den Mieter von einer Verdoppelung der Zeiträume von 3, 5 und 7 Jahren ausgegangen werden. Im Übrigen sollte sich der finanzielle Ausgleich an den Werten des § 28 Abs. 4 II.BV orientieren.³⁶⁷

Bei einer Endrenovierungsklausel, in der nicht auf den Zeitpunkt der letzten Schönheitsreparatur abgestellt wird, ist eine Heilung des Summierungseffektes nicht ersichtlich.

9.8.6 Summierungseffekt in der Gewerberaummiete

Durch Urteil vom 6. April 2005 hat der XII. Senat des BGH entschieden, dass wie im Wohnraummietrecht auch in Formularmietverträgen über Geschäftsräume die Kombination einer Endrenovierungsklau-

³⁶⁵ vgl. *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 538 BGB Rz. 154.

³⁶⁶ AG Mitte v. 11.2.2003 – 25 C 362/01, MM 2003, 384.

³⁶⁷ *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 538 BGB Rz. 154.

sel mit einer solchen über turnusmäßig vorzunehmende Schönheitsreparaturen wegen des dabei auftretenden Summierungseffekts zur Unwirksamkeit beider Klauseln führt.³⁶⁸

9.9 Ersatzanspruch des Mieters bei Renovierung ohne Verpflichtung

Vor allem wenn der Mieter Schönheitsreparaturen ausführt, ohne dazu (wirksam) verpflichtet zu sein (aber auch bei sonstigen Investitionen in die Mietsache), stellt sich die Frage, in welchem Umfang er Bereicherungsansprüche gegen den Vermieter geltend machen kann. Teilweise werden ihm dazu über § 812 BGB die verauslagten Kosten seiner Renovierung mit der Begründung zugesprochen, der Vermieter sei um die Renovierung bereichert, weil der Mieter dem Vermieter den Aufwand der Renovierung abnehme.³⁶⁹ Schließlich soll, weil Renovierungen häufig hohe Kosten auslösen, für einen Ausgleich über § 812 BGB jedenfalls der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sprechen.³⁷⁰

Diese Ansicht ist nicht unumstritten. Zwar herrscht Einigkeit darüber, dass dem Mieter in solchen Fällen ein Bereicherungsanspruch zur Seite steht.³⁷¹ Fraglich ist nur, wie dieser berechnet wird. Denn die Herausgabe der Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist selbst nicht möglich, also ist vom Vermieter Wertersatz zu leisten (§ 818 Abs. 2 BGB).

Dieser richtet sich auf Ausgleich des hierdurch eingetretenen höheren Ertragswertes des Mietobjekts, d.h. der bei der Neuvermietung erzielbaren höheren Mieteinnahmen.³⁷² Diese Berechnungsweise im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB hat der BGH nun wiederholt bestätigt. Danach richtet sich der Umfang der Bereicherung bei wertsteigernden Investitionen in eine Mietsache nicht nach den Kosten der getätigten Verwendungen oder der dadurch geschaffenen objektiven Wertsteigerung des Bauwerks, sondern nach den Vorteilen, die der Vermieter aus dem erhöhten objektiven Ertragswert der Mietsache tatsächlich erzielen kann oder hätte erzielen können.³⁷³

³⁶⁸ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 308/02, GuT 2005, 160 = NZM 2005, 504 = MietRB 2005, 203.

³⁶⁹ LG Freiburg v. 21.6.2001 – 3 S 12/01, WuM 2005, 383; LG Freiburg v. 4.12.2003 – 3 S 402/02, WuM 2005, 384 = MietRB 2004, 164; LG Stuttgart v. 13.4.2000 – 16 S 154/99, WuM 2004, 665; LG Stuttgart v. 10.10.1986 – 6 S 58/86, WuM 1986, 369; AG Bergisch Gladbach v. 6.12.1994 – 24 C 278794, *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht 31 Nr. 3 = WuM 1995, 479.

³⁷⁰ *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 538 BGB Rz. 206 ff.

³⁷¹ z.B. BGH v. 4.4.1990 – VIII ZR 71/89, NJW 1990, 1789.

³⁷² BGH v. 4.4.1990 – VIII ZR 71/89, NJW 1990, 1789; OLG München v. 21.4.95 - 21 U 5722/94, NJW-RR 1997, 650

³⁷³ BGH v. 26.7.2006 – XII ZR 46/05, GE 2006, 1224; BGH v. 5.10.2005 – XII ZR 43/02, WuM 2006, 169.

Dazu muss der Mieter zumindest vortragen, dass aufgrund seiner Leistung eine bestimmte (höhere) Miete erzielbar war (z.B. 10 €/m²).³⁷⁴ Für welche Dauer die Bereicherung besteht (und messbar ist), ist völlig unklar.

9.10 Unwirksame Schönheitsreparaturklausel – was nun?

Versteht man – wie der BGH wiederholt betont hat – die Ausführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter als dessen **Hauptleistungspflicht**, so wird das **vertragliche Gefüge** durch die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel völlig **einseitig zugunsten des Mieters verschoben**. Die Tragweite dessen ist verständlich, wenn man berücksichtigt, dass es dem Vermieter trotz Wegfalls einer Hauptleistungspflicht des Mieters nur schwer über die gesetzlichen Kündigungsvorschriften möglich ist, sich vom Vertrag zu lösen. Dieses Problem, das zu **erheblichen finanziellen Belastungen des Vermieters** führen kann, bedarf einer Lösung. Da sich der BGH in seinen Entscheidungen auf das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion beruft³⁷⁵ und die Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung unberücksichtigt und undiskutiert gelassen hat, werden in der Literatur verschiedene, nicht unumstrittene **Lösungsansätze** diskutiert.

Als Lösung kommen eine Mieterhöhung gemäß § 558 BGB und/oder eine einvernehmlich nachträglich mit dem Mieter vereinbarte Schönheitsreparaturklausel sowie eine Vertragsanpassung über die Grundsätze des Fehlens der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 2 BGB) in Betracht.

9.10.1 Mieterhöhung gemäß § 558 BGB

Der Vermieter kann gemäß § 558 BGB unter den dort weiter genannten Voraussetzungen – die hier nicht abschließend erörtert werden sollen – die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete **bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete** verlangen. Allerdings führt allein die unwirksame Klausel und das Unterlassen einer Mieterhöhung noch nicht zu einem Bereicherungsanspruch des Vermieters.³⁷⁶

Gemäß § 558 Abs. 2 BGB wird die ortsübliche Vergleichsmiete aus den üblichen Entgelten in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage, gebildet. Im Übrigen kann zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens gemäß § 558 a BGB sich auf den Mietspiegel der jeweiligen Gemeinde bezogen werden.

³⁷⁴ BGH v. 26.7.2006 – XII ZR 46/05, GE 2006, 1224.

³⁷⁵ BGH v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, NZM 2004, 653.

³⁷⁶ LG Wuppertal v. 19.8.2005 – 10 S 44/05, WuM 2005, 765.

9.10.1.1 Zulässigkeit von Zuschlägen zu den Werten aus dem Mietspiegel?

Nimmt ein Vermieter in seinem Mieterhöhungsverlangen auf einen **Mietspiegel** Bezug, ist er nicht **be-rechtigt**, von dessen **Strukturen und Werten abzuweichen**. Nur in wenigen Ausnahmefällen kann er einen Zuschlag zu den Werten des Mietspiegels vornehmen.³⁷⁷

9.10.1.1.1 Zuschlag wegen von vornherein nicht übertragenen Schönheitsreparaturen

Sind Schönheitsreparaturen von Mietbeginn an nicht auf den Mieter übertragen worden, so ist in der Rechtsprechung³⁷⁸ **anerkannt**, dass ein Zuschlag auf die ortsübliche Vergleichsmiete wegen der fehlenden Übernahme von Schönheitsreparaturen durch den Vermieter vorgenommen werden kann. Als Begründung dient die Überlegung, dass es sich bei der Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter um eine vertragliche Gegenleistung handelt, die bei der **Bestimmung des Mietentgeltes** reduzierend berücksichtigt worden ist. In diesem Zusammenhang ist nach überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass eine Anpassung an die ortsübliche Vergleichsmiete auch dann vorgenommen werden kann, wenn von vornherein eine Vereinbarung über einen niedrigeren als den ortsüblichen Mietzins getroffen wurde.³⁷⁹ Die Höhe des Zuschlages richtet sich dabei nach § 28 Abs. 4 II. BV, so dass ein jährlicher Zuschlag von 8,50 €/qm, mithin monatlich höchstens 0,71 €/qm berechnet werden kann.³⁸⁰

Sofern der zum Vergleich herangezogene Mietspiegel Werte enthält, die davon ausgehen, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen zu tragen hat, so sind die vorgenannten Zuschläge auf die ausgewiesenen Werte hinzuzurechnen. Auch wenn der Mietspiegel üblicherweise Mietspannen aufweisen sollte, so kann der Vermieter ohne Weiteres auf die Obergrenze der Mietspanne den Zuschlag erheben.³⁸¹

9.10.1.1.2 Zuschlag wegen unwirksamer Schönheitsreparaturenklausele

Geht man davon aus, dass Zweck des § 558 BGB ist, dem Vermieter eine marktorientierten Miete zu gewährleisten³⁸² und wendet man § 558 BGB – wie bereits oben ausgeführt – auch bei Mietvereinbarungen, die von Anfang an unter der ortsüblichen Miete liegen, an, so spricht grundsätzlich nichts dagegen, § 558 BGB auch dann anzuwenden, wenn eine ursprünglich vereinbarte Schönheitsreparaturenklausele nach-

³⁷⁷ *Börstinghaus* in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 558 a Rz. 20.

³⁷⁸ OLG Koblenz v. 8.11.1984 – 4 W-RE 71/84, NJW 1985, 333; OLG Frankfurt v. 21.3.2001 – 20 RE-Miet 2/99, ZMR 2001, 449; LG München I, v. 15.5.2002 – 14 S 17806/01, NZM 2002, 945; LG Hamburg v. 28.11.2002 – 307 S 180/01, ZMR 2003, 491; LG Frankfurt v. 29.4.2003 – 2-11 S 296/02, NJW-RR 2003, 1522.

³⁷⁹ BayObLG v. 22.2.2001 – RE-Miet 2/00, NZM 2001, 373; *Börstinghaus* in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 557 Rz. 15; a.A.: *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170.

³⁸⁰ Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 558a BGB Rz. 21.

³⁸¹ *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 8. Aufl., § 558 a BGB Rz. 16.

³⁸² *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 8. Aufl., § 558 BGB Rz. 2.

träglich unwirksam ist.³⁸³ Die dadurch herbeigeführte Situation entspricht faktisch der von Anfang an nicht vereinbarten ortsüblichen Vergleichsmiete.

Dafür kann nicht zusätzlich gefordert werden, dass der Vermieter konkret befürchten muss, der Mieter werde zukünftig die Durchführung der Renovierung von ihm fordern.³⁸⁴ Die ortsübliche Vergleichsmiete bestimmt sich nach objektiven Kriterien, insbesondere auch den (unwirksamen) Vereinbarungen der Parteien.

9.10.2 Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 306a BGB

Der Anwendbarkeit von § 558 BGB steht auch nicht – wie von einzelnen Stimmen in der Literatur³⁸⁵ vertreten – eine Umgehung des AGB-Rechtes entgegen.

Der BGH hat wiederholt entschieden, dass es nicht Sinn und Zweck AGB-rechtlicher Bestimmungen ist, dem Kunden durch den ersatzlosen Wegfall von Klauseln Vorteile zu verschaffen, die das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschieben.³⁸⁶

Geht man mit dem BGH davon aus, dass die Übernahme der Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter für denselben eine Hauptleistungspflicht darstellt, so hat der Mieter nicht nur die Miete zu zahlen, sondern auch wirtschaftlich eine zusätzlich geldwerte Leistung zu erbringen.³⁸⁷ Zur Miete i.S.d. § 535 Abs. 2 BGB gehören daher neben der Grundmiete alle sonstigen geldwerten Leistungen des Mieters.³⁸⁸ Haben die Vertragsparteien vereinbart, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen übernehmen soll, so hat dies in der Regel der Vermieter bei der Höhe der Miete einkalkuliert. Bereits 1988 hat der BGH betont, dass es jeder ökonomischen Vernunft und Erfahrung widerspräche, wenn man annehmen wollte, dass ein Vermieter bei Vertragsschluss auf diesen Teil des Mietentgeltes ersatzlos verzichten würde, wenn er die Schönheitsreparaturen nicht auf den Mieter abwälzen könnte.³⁸⁹ Fällt also die Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsreparaturen weg, verschiebt sich das vertragliche Gefüge der Hauptleistungspflichten völlig einseitig zugunsten der Mieter.

³⁸³ LG Köln v. 21.2.2001 – 10 S 316/00 in *Lützenkirchen*, KM 31 Nr. 43; *Klimke*, ZMR 2005, 161; *Stürzer*, WuM 2004, 512; a.A.: *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 172.

³⁸⁴ so aber LG Nürnberg-Fürth v. 18.11.2005 – 7 S 7698/05, WuM 2006, 38 = NZM 2006, 53.

³⁸⁵ so *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 172.

³⁸⁶ BGH v. 13.11.1997 – IX ZR 289/96, NJW 1998, 450 (451); *Heinrichs* in Palandt, 64. Aufl., § 306 BGB Rz. 7.

³⁸⁷ BGH v. 30.10.1984 – VIII ARZ 1/84, NJW 1985, 480; BGH v. 6.7.1988 – VIII ARZ 1/88, NJW 1988, 2790; BGH v. 14.7.2004 – VIII ZR 339/03, NZM 2004, 734 (735); *Goch*, WuM 2004, 513.

³⁸⁸ OLG Frankfurt v. 21.3.2001 – 20 RE-Miet 2/99, ZMR 2001, 449 (451).

³⁸⁹ BGH v. 6.7.1988 – VIII ARZ 1/88, NJW 1988, 2790.

Zum anderen sind die AGB-rechtlichen Bestimmungen eng auszulegen. Insbesondere soll über das Umgehungsverbot gemäß § 306 a BGB lediglich verhindert werden, dass der Mieter letztendlich über andere vertragliche Gestaltungen tatsächlich zur Ausführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet bleibt.

Nach § 306 a BGB liegt eine Umgehung dann vor, wenn eine vom Gesetz verbotene Regelung bei gleichzeitiger Interessenlage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden soll.³⁹⁰ Prüft man die hierzu ergangene Rechtsprechung, so muss man feststellen, dass immer dann Umgehungsversuche bejaht worden sind, wenn sie im Ergebnis zur Wirksamkeit der ursprünglich wegen AGB-Verstoßes unwirksamen Bestimmung geführt haben.

Beispiel: Eine Umgehung liegt z.B. vor, wenn ein Großbetrieb seine Abnehmer veranlasst, die von ihm selbst entworfenen AGB-Bedingungen zu stellen.³⁹¹

Ein weiteres Beispiel stammt aus dem Vereins- und Gesellschaftsrecht. Ein Verstoß gegen § 306 a BGB ist dann gegeben, wenn der Verwender die Abnehmer seiner Waren als Mitglieder von Vereinen organisiert und auf diese Weise die Regeln der §§ 307 – 309 BGB zu umgehen versucht.³⁹²

Vorliegend geht es aber nicht um die tatsächliche Ausführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter, sondern um einen für den Vermieter zu schaffenden wirtschaftlichen Ausgleich für den Verlust einer Hauptleistungspflicht. Die Mieter sollen gerade keine körperliche Arbeitsleistungen in Form von Tapezierarbeiten mehr erbringen. Dies entspricht auch dem Schutzbedürfnis des § 306 BGB, wonach Kunden vor den Gefahren der AGB-Verwendung am ehesten dann geschützt werden, wenn sich die Rechtsfolgen der AGB-Kontrolle auf die jeweils betroffenen AGB-Bestimmungen – hier also die unwirksame Schönheitsreparaturenklausel – beschränken.³⁹³

Bejaht man die grundsätzliche Möglichkeit einer Mieterhöhung, so ist es auch zulässig, den errechneten Zuschlag des Mieterhöhungsverlangens auf zu splitten in Erhöhung der Grundmiete und Erhöhung des Anteils für Schönheitsreparaturen.³⁹⁴

Lässt man entgegen der hier vertretenen Auffassung einen wirtschaftlichen Ausgleich durch Zuschlag auf die ortsüblichen Vergleichsmieten gemäß § 558 BGB nicht zu, könnte dies einen **Eingriff in Art. 14 GG** darstellen. Dem Vermieter wird nämlich aus der Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ein Erlangungsinteresse zugesprochen. Dieses beinhaltet die Erhaltung der Substanz des Eigentums, zu der die Freiheit gehört, die Wohnung selbst zu nutzen oder einen angemessenen wirtschaftlichen Ertrag aus ihr zu

³⁹⁰ *Heinrichs* in Palandt, 64. Aufl., § 306 a BGB Rz. 2.

³⁹¹ vgl. Fn 16.

³⁹² *Basedow* im MünchKomm/BGB, 4. Aufl., § 306 a BGB Rz. 4.

³⁹³ *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl., § 6 Rz. 1.

³⁹⁴ OLG Frankfurt, RE v. 21.3.2001 – 20 RE-Miet 2/99, ZMR 2001, 449.

ziehen.³⁹⁵ Das BVerfG gewährt dabei dem Vermieter einen Anspruch auf die ortsübliche Vergleichsmiete, weil dies einen am örtlichen Markt orientierten Mietzins sichere, der die Wirtschaftlichkeit der Wohnung regelmäßig sicherstelle.³⁹⁶ Der Vermieter muss daher berechtigt sein, einen Zuschlag zum Mietspiegel bei fehlender Übernahme der Schönheitsreparaturen zu erheben, um die ortsübliche Vergleichsmiete erreichen zu können.

9.10.3 Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel

In der Literatur wird ferner die Möglichkeit einer einvernehmlichen Änderung der unwirksamen Schönheitsreparaturenklauseln in eine wirksame diskutiert.³⁹⁷

Dabei wird zu Recht verlangt, dass die Mieter bei Unterbreitung einer neuen vorformulierten Schönheitsreparaturenvereinbarung über die Wirksamkeit der ursprünglich im Mietvertrag vereinbarten Schönheitsreparaturenklausel aufgeklärt werden müssen. Wird dies **unterlassen**, so stellt dies einen **Verstoß gegen das Transparenzgebot** gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB dar. Die Intransparenz folgt daraus, dass der rechtlich unbedarfte Mieter keine Aufklärung über die mit der Unterzeichnung für ihn verbundenen wirtschaftlichen Nachteile erhält.³⁹⁸ Er kann zwar grundsätzlich erkennen, dass die neue Klausel auch den Fall der unwirksamen Klausel im ursprünglichen Mietvertrag erfassen soll; ihm ist aber nicht bewusst, dass die Unwirksamkeit der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung gerade Sinn und Zweck der neuen Änderungsvereinbarung ist.³⁹⁹

Ebenso sollten die Gründe für eine Änderungsvereinbarung nicht verschleiert werden. Eine solche Vorgehensweise lässt den Mieter in aller Regel annehmen, dass die Änderung sich nicht zu seinen Lasten auswirkt, so dass wegen des Überraschungseffektes ein Verstoß gegen § 305 c Abs. 1 BGB gegeben ist.⁴⁰⁰ Das bloße Unterlassen der Aufklärung über die Wirksamkeit führt hingegen noch nicht zu einem Verstoß gegen § 305 c Abs. 1 BGB.

³⁹⁵ *Sonnenschein*, NJW 1993, 161, 173.

³⁹⁶ BVerfG v. 23.4.1974 – 1 BvR 6/74 u. 2270/73, NJW 1974, 1499, 1500; BVerfG v. 12.3.1980 – 1 BvR 759/77, NJW 1980, 1617.

³⁹⁷ *Klimke*, ZMR 2005, 161 ff.; *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 172.

³⁹⁸ *Heinrichs* in Palandt, 64. Aufl., § 307 Rz. 20, 24; BGH v. 8.10.1997 - IV ZR 220/96, NJW 1998, 454, 456; BGH v. 9.5.2001 – IV ZR 121/00, NJW 2001, 2014, 2017.

³⁹⁹ *Klimke*, ZMR 2005, 161 (163)

⁴⁰⁰ vgl. *Heinrichs* in Palandt, 65. Aufl., § 305 c Rz. 4.

Beispiel: Eine Verschleierung liegt z.B. vor, wenn der Vermieter die Änderungsvereinbarung lediglich als bloße sprachliche Korrektur deklariert. Auch Formulierungen dahingehend, dass die ursprünglich vereinbarte Vereinbarung widersprüchlich bzw. überflüssig sei, stellen Verschleierungstaktiken dar.⁴⁰¹

Verstößt eine Klausel gegen § 305 c Abs. 1 BGB oder § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, so ist die geschlossene Änderungsvereinbarung mit der Folge der Rückgängigmachung der Änderung unwirksam. Unterlässt dagegen der Vermieter im Rahmen einer Individualvereinbarung lediglich die Aufklärung über die Unwirksamkeit, steht dem Mieter kein Aufhebungsanspruch zu.⁴⁰²

Der von der Wissenschaft vorgeschlagene Weg zur einvernehmlichen Änderung ist sowohl für den Mieter als auch für den Vermieter mit Vor- und Nachteilen verbunden.

9.10.3.1 *Beratung Mieter*

Positiv für den Mieter ist, dass er von Mieterhöhungen für die Zukunft gemäß § 558 BGB und damit vor finanziellen zukünftigen Belastungen zumindest aus diesem Grunde verschont bleibt. Nachteil einer solchen Vereinbarung für den Mieter ist freilich, dass er bei Unterzeichnung der Änderungsvereinbarung auf erhebliche Rechte verzichtet; er wird je nach Inhalt der Änderungsvereinbarung so gestellt, als hätte er von Mietbeginn an die Ausführung der Schönheitsreparaturen übernommen. Bei Beratung auf Mieterseite ist daher zu prüfen, wie lange der Mieter noch beabsichtigt, das Mietverhältnis fortzuführen. Sollte er z.B. aus beruflichen Gründen alsbald einen Wohnungswechsel planen, so ist es sinnvoll, eine Änderungsvereinbarung nicht zu unterzeichnen. In diesem Fall verbleibt es bei der Ausführung der Schönheitsreparaturen durch den Vermieter, soweit diese fällig sind.

9.10.3.2 *Beratung Vermieter*

Für den Vermieter bietet die Möglichkeit der einvernehmlichen Änderung den Vorteil, das auch bereits fällige Ansprüche auf Durchführung der Schönheitsreparaturen miterfasst sein können, soweit dies die Formulierung der Änderungsvereinbarung hergibt. Der Vermieter erhält mehr, als er im Falle einer Mieterhöhung gemäß § 558 BGB erhalten würde. Gemäß § 558 BGB könnte er nämlich lediglich einen wirtschaftlichen Ausgleich für die zukünftige Ausführung von Schönheitsreparaturen erlangen, bereits fällige Schönheitsreparaturen müsste er ohne finanziellen Ausgleich vornehmen.

Wählt der Vermieter allerdings den Weg über die einvernehmliche Änderungsvereinbarung, so läuft er Gefahr, auch rechtsunkundige Mieter für die bestehende Problematik zu sensibilisieren. Bei entsprechender Aufklärung der Mieter wird zudem die Unterzeichnung des Änderungsvertrages in der Praxis wohl der Ausnahmefall bleiben. Viele Mieter werden darauf spekulieren, dass der Vermieter mit einem Erhö-

⁴⁰¹ *Klimke*, ZMR 2005, 161 – dort Fn. 9 (163).

⁴⁰² *Klimke*, ZMR 2005, 161 (165, 166).

hungsverlangen nicht durchdringen wird. Schweigt der Vermieter aber, so wird er mit erheblichen Kosten belastet, sofern sich der Mieter auf die derzeit geltende Rechtslage berufen sollte. In diesem Fall erhält der Vermieter keinerlei Kompensationsmöglichkeiten für einmal entstandene fällig gewordene Schönheitsreparaturen.

Trotz der beschriebenen Nachteile ist den Vermietern dennoch zu empfehlen, zunächst an die Mieter mit einem „Aufklärungs“-Schreiben über die Wirksamkeit der vereinbarten Klausel verbunden mit einer Änderungsvereinbarung heranzutreten. Im „Aufklärungs“-Schreiben zur Wirksamkeit der ursprünglichen Schönheitsreparaturenklausel kann der Hinweis auf eine mögliche Mieterhöhung bei Ablehnung der Änderungsvereinbarung erfolgen. Allerdings sollte deutlich gemacht werden, dass es sich hier um die alleinige Auffassung des Vermieters handelt⁴⁰³, die allerdings vereinzelt Bestätigung in Rechtsprechung und Literatur findet. Bei Nichtunterzeichnung der Änderungsvereinbarung sollte sich der Vermieter nicht scheuen, den Weg über § 558 BGB zu gehen.

Nicht zu empfehlen ist den Vermietern, ein persönliches Gespräch mit den Mietern zum Zwecke einer Änderungsvereinbarung oder einer einvernehmlichen Mieterhöhung gemäß § 557 Abs. 1 BGB zu suchen. Insoweit könnte ein Haustürwiderrufsgeschäft gemäß § 312 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen, so dass der Mieter berechtigt wäre, die Erhöhungsvereinbarung zu widerrufen.⁴⁰⁴

9.10.3.3 *Beratung Hausverwaltungen*

Aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten heraus sollte auch Hausverwaltungen, die das Eigentum von Vermietern verwalten, geraten werden, offensiv auf die Vermieter zuzugehen und diese über die Rechtsprechung des BGH zu den „starrten Fristenregelungen“ zu informieren. Dies sollte mit dem Hinweis verbunden werden, dass die im Mietvertrag verwendete Klausel möglicherweise unwirksam ist. Entsprechende Lösungsvorschläge sollten an die Vermieter herangetragen und eine Entscheidung anheim gestellt werden.

9.10.4 **Vertragsanpassung über § 313 BGB**

Zu denken ist weiterhin an eine Anpassung des Vertrages über die Grundsätze des Fehlens der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 2 BGB i.V.m. § 313 Abs. 1 BGB.

Wie bereits ausgeführt, stellt die Übernahme der Ausführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter eine Hauptleistungspflicht für diesen dar und wird zu seinen Gunsten durch Vereinbarung einer geringeren Miete berücksichtigt. Damit wird dem Gedanken der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleis-

⁴⁰³ *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 172.

⁴⁰⁴ *Hinz/Junker/v. Rechenberg/Sternel*, Text- und Diktatbandbuch Mietrecht, 3. Aufl., Teil 5 Einführung Rz. 5 (S. 323).

tung Rechnung getragen und diese Tatsache zur Geschäftsgrundlage gemacht⁴⁰⁵. Aber auch wenn die ursprünglich vereinbarte Schönheitsreparaturenklausel unwirksam ist, führt dies im Ergebnis dennoch nicht zur Bejahung eines Anpassungsanspruchs, da die Geschäftsgrundlage auch in diesem Fall nicht durch unvorhersehbare Ereignisse schwerwiegend gestört ist.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Störungen vertraglicher Vereinbarungen führen kann.⁴⁰⁶ Dies bedeutet jedoch, dass eine Rechtsprechungsänderung eingetreten sein muss, die eine andere Rechtslage schafft und damit in ihren Auswirkungen einer Gesetzesänderung oder Änderung der Rechtslage durch die Rechtsprechung des BVerfG vergleichbar ist.⁴⁰⁷ Dabei kommt nur die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung, nicht aber eine Rechtsprechung der Instanzgerichte in Betracht.

Vorliegend muss davon ausgegangen werden, dass eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gerade nicht erfolgt ist. Zum einen verweist der BGH in seiner Entscheidung vom 23.6.2004⁴⁰⁸ auf seine Rechtsauffassung aus dem Jahre 1987⁴⁰⁹, zum anderen sah die überwiegende Rechtsprechung der Instanzgerichte und Literatur⁴¹⁰ verbreitet starre Fristenregelungen als unzulässig an.

Weiterhin besteht auch deshalb kein Anpassungsanspruch, weil sich durch die Störung gerade ein Risiko verwirklicht hat, das der Sphäre des sich auf die Störung berufenden Vermieters zuzuordnen ist.⁴¹¹ Die Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB schreiben nämlich grundsätzlich die Unwirksamkeit von vorformulierten vertraglichen Klauseln dem Verwender zu.⁴¹²

Ausnahmsweise lässt der BGH jedoch in den Fällen der Vorhersehbarkeit oder der Risikozuweisung eine Anpassung zu, wenn das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung so stark gestört ist, dass

⁴⁰⁵ *Heinrichs* in Palandt, 65. Aufl., § 313 Rz. 32.

⁴⁰⁶ BGH v. 5.9.2001 – XII ZR 108/00, NJW 2001, 3618 (3620); *Heinrichs* in Palandt, 64. Aufl., § 313 Rz. 41.

⁴⁰⁷ BGH v. 5.9.2001 – XII ZR 108/00, NJW 2001, 3618 (3620).

⁴⁰⁸ BGH v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, NZM 2004, 653.

⁴⁰⁹ BGH. v. 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, NJW 1987, 2575 = BGHZ 101, 253, 263 ff.

⁴¹⁰ LG Marburg v. 12.4.2000 – 10 C 1700/99, ZMR 2000, 539, 540; LG München II v. 26.6.2001 – 12 S 998/01, WuM 2001, 599; *Harsch* in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl., H Rz. 296; *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl., Teil 1, S. 78 ff.

⁴¹¹ BGH v. 1.6.1979 – V ZR 80/77, NJW 1979, 1818, 1819; OLG München v. 22.1.1997 – 7 U 4544/96, NJW-RR 1999, 557, 559; *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 174.

⁴¹² so auch *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 174.

die Grenze des übernommenen Risikos überschritten wird und die benachteiligte Vertragspartei der getroffenen Vereinbarung ihr Interesse nicht mehr auch nur annähernd gewahrt sehen kann.⁴¹³

Obwohl das Vorliegen dieser Ausnahme bezweifelt wird, braucht eine abschließende Stellungnahme nicht zu erfolgen, da eine Anwendbarkeit des § 313 Abs. 2 BGB, gerichtet auf die Vereinbarung einer wirksamen Renovierungsklausel⁴¹⁴, wohl eine Umgehung des AGB-Rechtes darstellt, mithin gegen § 306 a BGB verstößt. Eine Vertragsanpassung führt nämlich im Gegensatz zur Mieterhöhung gerade dazu, dass der Mieter im Ergebnis doch zur tatsächlichen Ausführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet wird.

9.10.5 Gebot der Rücksichtnahme, § 241 Abs. 2 BGB

In den Fällen, in denen die Mietvertragsparteien von Anfang an keine Abwälzung vereinbart hatten, wird ein Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete von 0,70 EUR/m² von der Rechtsprechung für zulässig angesehen.⁴¹⁵ Strittig ist seit Mitte 2005, ob diese Rechtsprechung auch auf den Fall übertragen werden kann, in dem die Schönheitsreparaturen eigentlich auf den Mieter abgewälzt werden sollten, dies aber nicht wirksam geschehen ist. In der veröffentlichten Rechtsprechung wurde dies überwiegend bejaht.⁴¹⁶ Lediglich für den Fall, dass der Mieter sich ausdrücklich nicht auf die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel berufen und die Schönheitsreparaturen durchführen wollte, wurde der Zuschlag abgelehnt.⁴¹⁷ In der Literatur werden die unterschiedlichsten Lösungsansätze vertreten.⁴¹⁸

Die Mietberufungskammer des LG Düsseldorf⁴¹⁹ hat sich im Ansatz der Auffassung angeschlossen, dass der Vermieter grundsätzlich berechtigt ist, zu den Werten des Mietspiegels einen Zuschlag für die Nichtabwälzung der Schönheitsreparaturen hinzuzurechnen, wenn die entsprechende Klausel im Mietvertrag nach der neueren BGH-Rechtsprechung unwirksam ist. Voraussetzung hierfür sei aber, dass der Vermie-

⁴¹³ BGH v. 27.3.1981 – V ZR 19/80, NJW 1981, 1668; BGH v. 23.5.1980 – V ZR 20/78, NJW 1980, 2241, 2242; *Heinrichs* in Palandt, 65. Aufl., § 313 Rz. 34.

⁴¹⁴ Grundsätzlich kann man annehmen, dass die Parteien bei Wissen um die Unwirksamkeit der vereinbarten Schönheitsreparaturenklausel nicht eine höhere Miete (so aber *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170 (174)), sondern eine wirksame Klausel vereinbart hätten. Die Anpassung richtet sich grundsätzlich danach, was die Parteien – hätten sie die spätere Entwicklung vorausgesehen – nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der übrigen Vertragsbestimmungen vereinbart hätten. – BGH v. 25.7.1990 – V AZR 394/89, NJW 1991, 1562 (1563).

⁴¹⁵ OLG Koblenz RE v. 8.11.1984 – 4 W-RE – 571/84, WuM 1985, 15; LG Frankfurt, NJW-RR 2003, 1522; LG München v. 15.5.2002 – 14 S 17806/01, NZM 2002, 945; LG Berlin, GE 1997, 48; LG Wiesbaden v. 9.2.1987 – 1 S 104/86, WuM 1987, 127)

⁴¹⁶ AG Bretten v. ■ DWW 2005, 293; LG Köln v. 21.2.2001 – 10 S 316/00 in *Lützenkirchen*, KM 31 Nr. 43; AG Frankfurt/M. v. 16.9.2005 – 33 C 2479/05, NZM 2005, 862 (die Klage wurde aber in der Berufungsinstanz zurückgenommen), AG Langenfeld v. ■ NZM 2006, 178.

⁴¹⁷ LG Nürnberg v. ■ NJW 2006, 450.

⁴¹⁸ letzte Zusammenfassung von *Lehmann-Richter* Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2006 download unter www.mietgerichtstag.de (Archiv/DMT 2006).

⁴¹⁹ LG Düsseldorf v. 18. Mai 2006 – 21 S 288/05, WuM 2006, 387.

ter dem Mieter zuvor eine wirksame Schönheitsreparaturklausel angeboten habe. Dies folge aus dem allgemeinen Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB.⁴²⁰ Im konkreten Fall hatte der Vermieter dem Mieter nämlich eine Vertragsänderung angeboten, jedoch beinhaltete diese Klausel hinsichtlich der Renovierungsfristen für Toiletten eine kürzere Frist als im Mustermietvertrag des BMJ von 1976. Außerdem sollten die Fristen mit Beginn des Mietverhältnisses beginnen. Nach Ansicht der Kammer war dies kein ausreichendes Angebot, da der Mieter sich auf eine solche Klausel nicht einlassen musste. Der Mieter müsse nur eine Klausel akzeptieren die sich an der Klausel des § 7 Mustermietvertrag BMJ orientiert und deren Fristenplan nicht mit Beginn des Mietvertrages zu laufen beginnen, sondern mit Abschluss der Änderungsvereinbarung. Nur wenn der Vermieter ihm eine solche Klausel angeboten habe, stelle sich unter dem Gesichtspunkt des Rücksichtnahmegebots, § 241 BGB, die Frage für den Mieter, ob er der vorgeschlagenen Vertragsänderung zustimmt oder nicht. Erst wenn er ein solches Angebot ablehne, sei der Vermieter berechtigt, zu den Werten des Mietspiegels einen Zuschlag hinzuzurechnen.

9.11 Ersatzanspruch des Mieters bei Renovierung ohne Verpflichtung

Vor allem wenn der Mieter Schönheitsreparaturen ausführt, ohne dazu (wirksam) verpflichtet zu sein (aber auch bei sonstigen Investitionen in die Mietsache), stellt sich die Frage, in welchem Umfang er Bereicherungsansprüche gegen den Vermieter geltend machen kann. Teilweise werden ihm dazu über § 812 BGB die verauslagten Kosten seiner Renovierung mit der Begründung zugesprochen, der Vermieter sei um die Renovierung bereichert, weil der Mieter dem Vermieter den Aufwand der Renovierung abnehme.⁴²¹ Schließlich soll, weil Renovierungen häufig hohe Kosten auslösen, für einen Ausgleich über § 812 BGB jedenfalls der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sprechen.⁴²²

Diese Ansicht ist nicht unumstritten. Zwar herrscht Einigkeit darüber, dass dem Mieter in solchen Fällen ein Bereicherungsanspruch zur Seite steht.⁴²³ Fraglich ist nur, wie dieser berechnet wird. Denn die Herausgabe der Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist selbst nicht möglich, also ist vom Vermieter Wertersatz zu leisten (§ 818 Abs. 2 BGB).

Dieser richtet sich auf Ausgleich des hierdurch eingetretenen höheren Ertragswertes des Mietobjekts, d.h. der bei der Neuvermietung erzielbaren höheren Mieteinnahmen.⁴²⁴ Diese Berechnungsweise im Rahmen

⁴²⁰ dazu auch *Börstinghaus*, WuM 2005, 675; *Blank*, WuM 2004, 243.

⁴²¹ LG Freiburg v. 21.6.2001 – 3 S 12/01, WuM 2005, 383; LG Freiburg v. 4.12.2003 – 3 S 402/02, WuM 2005, 384 = MietRB 2004, 164; LG Stuttgart v. 13.4.2000 – 16 S 154/99, WuM 2004, 665; LG Stuttgart v. 10.10.1986 – 6 S 58/86, WuM 1986, 369; AG Bergisch Gladbach v. 6.12.1994 – 24 C 278794, *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht 31 Nr. 3 = WuM 1995, 479.

⁴²² *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 538 BGB Rz. 206 ff.

⁴²³ z.B. BGH v. 4.4.1990 – VIII ZR 71/89, NJW 1990, 1789.

⁴²⁴ BGH v. 4.4.1990 – VIII ZR 71/89, NJW 1990, 1789; OLG München v. 21.4.95 – 21 U 5722/94, NJW-RR 1997,650

des § 818 Abs. 2 BGB hat der BGH nun wiederholt bestätigt. Danach richtet sich der Umfang der Bereicherung bei wertsteigernden Investitionen in eine Mietsache nicht nach den Kosten der getätigten Verwendungen oder der dadurch geschaffenen objektiven Wertsteigerung des Bauwerks, sondern nach den Vorteilen, die der Vermieter aus dem erhöhten objektiven Ertragswert der Mietsache tatsächlich erzielen kann oder hätte erzielen können.⁴²⁵

Dazu muss der Mieter zumindest vortragen, dass aufgrund seiner Leistung eine bestimmte (höhere) Miete erzielbar war. Für welche Dauer die Bereicherung besteht (und messbar ist), ist völlig unklar.

10 Vermieterpfandrecht und Räumungsanspruch

Gerade in der Krise des Mieters machen die Vermieter von ihrem Pfandrecht Gebrauch. Sinnvoll ist dies eigentlich nur, wenn zu erwarten ist, dass der Mieter einen Insolvenzantrag stellt, um sich die Rechte aus § 50 InsO zu sichern. Vorrangig ist daran zu denken, dass schon der Insolvenzantrag die Kündigungssperre des § 112 InsO auslöst. Wartet der Vermieter also mit seiner fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu lange, verliert er u.U. sein Kündigungsrecht und ist darauf angewiesen, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter neue (ausreichende) Zahlungsrückstände entstehen lässt.

Übt der Vermieter beide Rechte aus muss er bedenken, dass die umfassende Ausübung des Vermieterpfandrechts einem Räumungs- und Herausgabeanspruch entgegensteht. Hat der Vermieter also z.B. fristlos wegen Zahlungsverzuges gekündigt, ist eine Räumungsklage abzuweisen, wenn er gleichzeitig sein Vermieterpfandrecht (ohne Beschränkung) geltendgemacht hat.⁴²⁶ Denn der Mieter ist bei rechtmäßigem Verhalten gerade nicht in der Lage, die Mietsache zu räumen und dem Vermieter den vollständigen unmittelbaren Besitz zu verschaffen.

Möglich ist natürlich die Beschränkung des Vermieterpfandrechts auf einige wertvolle bzw. gut verwertbare Gegenstände. In diesem Fall muss mit der entsprechenden Einschränkung der Räumungsanspruch geltend gemacht werden. Andererseits kann der Räumungsanspruch von vorneherein nur auf Herausgabe (= Besitzverschaffung) beschränkt werden.⁴²⁷

11 Begründung der fristlosen Kündigung, § 569 Abs. 4 BGB

Anders als nach altem Recht bedarf die fristlose Wohnraum-Kündigung des Vermieters nunmehr gem. § 569 Abs. 4 BGB der Begründung. Aus der Formulierung „ist in dem Kündigungsschreiben anzugeben“

⁴²⁵ BGH v. 26.7.2006 – XII ZR 46/05, GE 2006, 1224; BGH v. 5.10.2005 – XII ZR 43/02, WuM 2006, 169.

⁴²⁶ KG v. 12.2.2005 – 8 U 144/05, WuM 2005, 348 = NZM 2005, 422.

⁴²⁷ BGH v. 10.8.2006 – I ZB 135/05, WuM 2006, 580; BGH v. 17.11.2005 – I ZB 45/05, NZM 2006, 149 = WuM 2006, 50.

ergibt sich, dass die Begründung Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Aus dem nahezu identischen Wortlaut wird allgemein hergeleitet, dass für § 569 Abs. 4 BGB die gleichen Anforderungen gelten wie sie bei § 573 Abs. 3 BGB entwickelt wurden,⁴²⁸ wobei nicht zwischen der Kündigung des Vermieters und des Mieters zu unterscheiden ist. Demnach müssen im Kündigungsschreiben zumindest die sog. Kerntatsachen mitgeteilt werden.⁴²⁹ Streitig ist, ob § 569 Abs. 4 BGB auch auf die in § 543 BGB geregelten Kündigungsgründe anwendbar ist.⁴³⁰ Dies kann aber im Ergebnis nicht zweifelhaft sein, weil § 569 Abs. 4 BGB ausdrücklich die Angabe des wichtigen Grundes verlangt und die in § 569 Abs. 1 und 2 BGB erwähnten Kündigungstatbestände nur Regelfälle des wichtigen Grundes des § 543 Abs. 1 BGB sind.

Generell sollen an das Begründungserfordernis keine zu hohen und übertrieben formalistischen Anforderungen gestellt werden können.⁴³¹ Die Begründung soll es dem Kündigungsempfänger ermöglichen zu erkennen, auf welche Vorgänge oder auf welches Verhalten des Mieters der Vermieter die Kündigung stützt, und ob, ggf. wie, er – der Mieter – sich hiergegen verteidigen kann.

Beispiel:⁴³² Zur Begründung der fristlosen Kündigung wegen unpünktlicher Mietzahlung brauchen nicht sämtliche Zahlungen aus der Vergangenheit mitgeteilt werden, wenn der Mieter diese (unpünktlich) selber vorgenommen hat.

Da zur Begründetheit der fristlosen Kündigung im Regelfall die vergebliche Abmahnung oder Fristsetzung gehört, sollte diese mit Datum und wesentlichem Inhalt im Kündigungsschreiben erwähnt werden, was sogar als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung verlangt wird.⁴³³

12 Rückgabezustand

Der Zustand der Rückgabe der Mietsache ist häufig Anlass zu rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Vertragsparteien. Dies wird häufig dadurch gefördert, dass in dem Mietvertrag (nur) eine Regelung enthalten ist, wonach der Mieter bei Beendigung der Mietzeit die Mietsache in sauberem und besenreinem Zustand zurückgegeben hat. Viele Mieter glauben, aufgrund einer solchen Klausel keine Endrenovierung durchführen zu müssen, weil sie in dieser Rückgaberegung einen Widerspruch zur Reno-

⁴²⁸ Lützenkirchen, Neue Mietrechtspraxis, Rdnr. 911; Blank/Börstinghaus, Neues Mietrecht, § 569 BGB Rdnr. 17; Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 569 BGB Rdnr. 54.

⁴²⁹ BayObLG v. 14.7.1981 – RE Allg.Reg. 32/81, WuM 1981, 200.

⁴³⁰ Dagegen: Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Auflage, § 569 BGB Rz. 53; Kinne/Schach, Miet- und Mietprozessrecht, 3. Aufl., § 569 BGB Rz. 2.

⁴³¹ BGH v. 22.12.2003 – VIII ZB 94/03, NJW 2004, 850 = WuM 2004, 97.

⁴³² BGH v. 11.1.2006 – VIII ZR 364/04, WuM 2006, 193 = NZM 2006, 338 = DWW 2006, 193.

⁴³³ LG Stuttgart v. 7.6.2006 – 19 T 33/06, WuM 2006, 523

vierungsklausel sehen. Um diesen Missverständnissen vorzubeugen, sollten klare Absprachen in den Mietvertrag aufgenommen werden, die sich an der praktischen Situation und der Rechtslage orientieren.

Enthält der Mietvertrag eine Regelung zur Rückgabe in „besenreinem Zustand“ ist der Mieter nur verpflichtet, grobe Verschmutzungen zu beseitigen („mit dem Besen grob gereinigt“).⁴³⁴ Dazu gehört neben dem reinen Kehren auch das Beseitigen von Spinnweben, nicht aber das Putzen der Fenster. Um dies zu erreichen, muss zusätzlich der „saubere“ Zustand verlangt bzw. vereinbart werden.

13 Die kurze Verjährung

13.1 Erfasste Ansprüche

Die kurze mietvertragliche Verjährung gilt nach gefestigter Rechtsprechung auch dann, wenn es um von § 548 BGB erfasste Ansprüche des Vermieters gegen einen Dritten geht, der - ohne Vertragspartei zu sein - in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen ist.⁴³⁵ Eine von den Parteien gewollte Einbeziehung in den Schutzbereich des Mietvertrages ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für zum Hausstand gehörende Personen, insbesondere Familienangehörige des Mieters anerkannt.⁴³⁶

Es entspricht weiter ständiger Rechtsprechung des BGH, dass § 548 BGB auch Ansprüche des Vermieters wegen Veränderungen und Verschlechterungen der vermieteten Sache erfasst, die nicht auf Mietvertrag, sondern auf unerlaubte Handlung gestützt sind.⁴³⁷

Die Anwendung des § 548 BGB scheidet auch nicht, wenn der Schaden nicht an einem einheitlichen Gebäude eingetreten ist, das nur zu einem kleinen Teil an den Mieter vermietet war. Denn die Norm gilt auch für den Fall, dass der Mieter eines Hausgrundstücks sowohl die von ihm gemieteten Grundstücks- und Gebäudeteile, als auch solche beschädigt, die nicht Gegenstand des Mietvertrages sind.⁴³⁸

⁴³⁴ BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, WuM 2006, 513.

⁴³⁵ BGH v. 21.6.1988 - VI ZR 150/87 - NJW-RR 1988, 1358; BGH v. 7.7.1976 - VIII ZR 44/75 - NJW 1976, 1843, 1844; MünchKommBGB/Schilling, 4. Aufl., § 548 BGB Rz. 6; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2003, § 548 BGB Rz. 15.

⁴³⁶ BGH v. 23.5.2006 – VI ZR 259/04, GE 2006, 1222 = ZMR 2006, 754; Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 8. Aufl., § 548 BGB Rz. 35; Jendrek, NZM 1998, 593, 594.

⁴³⁷ BGH v. 21.6.1988 - VI ZR 150/87, NJW-RR 1988, 1358; BGH v. 7.2.1968 - VIII ZR 179/65, NJW 1968, 694, 695; BGH v. 17.6.1993 - IX ZR 206/92, VersR 1993, 1525, 1527 m.w.N.; BGH v. 7.2.2001 - XII ZR 118/98, NJW 2001, 535; vgl. auch BGH v. 28.7.2004 - XII ZR 153/03, NJW-RR 2004, 1566, 1568.

⁴³⁸ BGH v. 23.1.1991 - IV ZR 284/89, VersR 1991, 462, 463; BGH v. 6.11.1991 - XII ZR 216/90, NJW 1992, 687; BGH v. 10.5.2000 - XII ZR 149/98, NJW 2000, 3203, 3205; BGH v. 28.7.2004 - XII ZR 153/03, NJW-RR 2004, 1566, 1568.

Von einer Veränderung oder Verschlechterung im Sinne des § 548 BGB kann allerdings dann nicht mehr die Rede sein, wenn die Mietsache völlig zerstört ist. In diesem Fall gelten die allgemeinen Regeln.⁴³⁹ Fraglich ist jedoch, wann von einer völligen Zerstörung ausgegangen werden kann. Der BGH hat in einer früheren Entscheidung erwogen, eine solche völlige Zerstörung dann nicht anzunehmen, wenn neben einem völlig zerstörten Gebäude auch das Grundstück herauszugeben ist.⁴⁴⁰ Hierfür spricht, dass die Anwendung des § 548 BGB bei untergegangener Mietsache deshalb abgelehnt wird, weil die Vorschrift auf den Rückerhalt der Sache als Anfangspunkt der Verjährung abstellt und eine völlig zerstörte Mietsache nicht zurückgegeben werden kann.⁴⁴¹ Hat der Mieter aber neben dem völlig zerstörten Gebäude das Grundstück herauszugeben, ist dieser Anfangspunkt bestimmbar.

Ob nach Zerstörung eines Gebäudes die Rückgabe des Grundstücks ausreicht, um den Anwendungsbereich des § 548 BGB zu eröffnen, bedarf nach Auffassung des BGH⁴⁴² dann keiner Entscheidung, wenn Teile des Mauerwerks zur Reparatur wieder verwendbar waren (hier: Errichtung der an Stelle der früheren Innentrennwand erstellten Außenwand des verbleibenden Teils einer Remise). Eine vollständige Zerstörung liegt nur dann vor, wenn jedwede Rückgabe ausgeschlossen sei, nicht aber wenn noch wieder verwendbare Reste der zurückzugebenden Sache vorhanden seien.⁴⁴³ Ob es sich hierbei um einen wesentlichen Gebäudeteil handelt, ist entgegen der Auffassung des Landgerichts unerheblich.

13.2 Beginn der Verjährung der Ansprüche des Vermieters

Bereits durch Urteil vom 12.04.1989 hatte der BGH⁴⁴⁴ entschieden, dass die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus § 326 BGB a.F. erst mit Ablauf der mit der Ablehnungsandrohung versehenen Frist zu laufen beginnt. Die sich daran anschließende Rechtsprechung⁴⁴⁵ sah ebenso wie der BGH in § 198 BGB a.F. eine vorrangige Regelung, so dass der Grundsatz, der Beginn der Verjährung könne nicht vor der Entstehung des Anspruchs liegen, zur zeitlichen Ausweitung der Verjährungsfrist führte. Diese Rechtslage wollte der Gesetzgeber ändern, indem er in der Begründung zum Ausdruck brachte, dass er § 548 BGB als *lex specialis* zu § 198 BGB a.F. ansieht.⁴⁴⁶

⁴³⁹ BGH v. 15.6.1981 - VIII ZR 129/80, NJW 1981, 2406, 2407.

⁴⁴⁰ BGH v. 21.6.1988 - VI ZR 150/87, NJW-RR 1998, 1358.

⁴⁴¹ BGH v. 15.6.1981 - VIII ZR 129/80, NJW 1981, 2406, 2407.

⁴⁴² BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, GE 2006, 1222.

⁴⁴³ BGH v. 17.6.1993 - IX ZR 206/92, VersR 1993, 1525, 1527 m.w.N.

⁴⁴⁴ BGH v. 12.4.1989 - VIII ZR 52/88, WuM 1989, 376.

⁴⁴⁵ KG v. 2.12.1996 - 8 RE - Miet 3802/96, WuM 1997, 32; OLG Düsseldorf v. 1.6.1995 - 10 U 151/94, WuM 1995, 581; OLG München v. 16.09.1994 - 21 U 2269/94, WuM 1995, 532; OLG Frankfurt/Main v. 11.5.1992 - 12 U 172/91, DWW 1992, 336.

⁴⁴⁶ Begründung des Regierungs-Entwurfs, NZM 2000, 802, 813

Insbesondere wegen der Bindungswirkung des Rechtsentscheids des KG vom 2.12.1996⁴⁴⁷ und im Hinblick auf den nahezu gegenüber § 558 BGB a.F. unveränderten Wortlaut des § 548 BGB wurde jedenfalls für Wohnraummietverhältnisse jedoch die Meinung vertreten, dass eine andere Beurteilung der Rechtslage seit dem 1. September 2001 hinsichtlich der Verjährung von Ansprüchen aus § 326 BGB a.F., der gemäß Art. 229 § 5 EGBGB im Mietrecht noch bis 31. Dezember 2002 anwendbar war, sofern der Mietvertrag vor dem 31. Dezember 2001 geschlossen wurde, nicht gerechtfertigt sei.⁴⁴⁸ Die Auffassung, § 548 BGB sei gegenüber § 198 BGB a.F. *lex specialis*, sei unbeachtlich, weil sie sich nicht aus dem Gesetz ergibt.⁴⁴⁹

Der BGH⁴⁵⁰ hat festgestellt, dass die Diskussion seit dem 1. Januar 2002 obsolet geworden ist, jedenfalls für Ansprüche, die infolge einer Rückgabe entstehen, die nach diesem Zeitpunkt stattfindet. § 199 BGB verlangt zwar für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist grundsätzlich neben der Entstehung des Anspruchs die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Tatsachen. § 200 BGB ordnet aber für andere Verjährungsfristen an, dass deren Lauf nicht vor der Entstehung des Anspruchs beginnen kann, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist. Dies ist aber bei § 548 BGB der Fall.⁴⁵¹ Hier ist der Beginn der Verjährung an die Rückgabe geknüpft, ohne dass weitere Voraussetzungen gestellt werden. Deshalb verdrängt § 548 BGB den § 199 BGB.⁴⁵²

Im übrigen kann nicht darauf abgestellt werden, dass sich § 199 Abs. 2 und 3 BGB ausdrücklich auf Schadensersatzansprüche aus der Verletzung von Vertragspflichten bezieht.⁴⁵³ Der Wortlaut des § 200 BGB ist eindeutig, indem er auf Ansprüche Bezug nimmt, die nicht der regelmäßigen Verjährung unterliegen und dafür (vorrangig) auf besondere gesetzliche Anordnungen zum Verjährungsbeginn verweist. Abgesehen davon ist durch die Reform des Verjährungs- und des Schuldrechts eine wesentliche Änderung zugunsten des Gläubigers (Vermieters) eingetreten, die eine andere Betrachtungsweise nicht mehr zu-

⁴⁴⁷ KG v. 2.12.1996 – 8 RE - Miet 3802/96, WuM 1997, 32.

⁴⁴⁸ *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, S. 135; *Herrlein/Kandelhard*, Mietrecht, § 548 BGB Rdnr. 18; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 548 BGB Rdnr. 19; im Ergebnis ebenso für Gewerbemiete: *Eckert*, Bedeutung der Mietrechtsreform für die gewerbliche Miete, NZM 2001, 409, 413; zweifelnd: *Kinne/Schach*, Miet- und Mietprozessrecht, 3. Aufl., § 548 BGB Rdnr. 3; *Hannemann/Wiegner/Schrewentiggies*, Wohnraummietrecht, § 47 Rdnr. 40; *Rips/Eisenschmid*, Neues Mietrecht, S. 114; *Hinz/Ormanschick/Riecke/Scheff*, Das neue Mietrecht, § 10 Rdnr. 14; a.A. *Blank/Börstinghaus*, Mietrecht, 2. Aufl., § 548 BGB Rz. 3; *Lützenkirchen*, Neues Mietrecht – Neue Probleme, MDR 2001, 1385, 1392.

⁴⁴⁹ *Sternel*, Probleme des neuen Mietrechts (Teil II), ZMR 2002, 6; *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, S. 135; *Eckert*, Bedeutung der Mietrechtsreform für die gewerbliche Miete, NZM 2001, 409, 413.

⁴⁵⁰ BGH v. 19.1.2005 - VIII ZR 114/04.

⁴⁵¹ *Langenberg*, WuM 2002, 71, 72.

⁴⁵² AG Cuxhaven v. 2.12.2002 – 5 C 569/02, ZMR 2003, 501.

⁴⁵³ a.A. *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. § 548 BGB Rdnr. 19.

lässt.⁴⁵⁴ Zum einen endet die Hemmung nach § 203 BGB im Fall der Verhandlung nach dem 1. Januar 2002 frühestens drei Monate nach deren Abbruch, so dass ohnehin eine wesentliche Verlängerung der Verjährungsfrist stattfinden kann. Zum anderen ist der Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Schönheitsreparaturen gemäß § 281 Abs. 4 BGB von der Wahl des Gläubigers abhängig. Die Erfüllungsanspruch geht also nicht mehr automatisch mit Ablauf der Nachfrist unter, so dass der Vermieter fast beliebig den Zeitpunkt bestimmen könnte, bis zu dem das Mietverhältnis endgültig abgewickelt ist. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Schadensersatzanspruch aus § 281 Abs. 1 BGB werde mit dem Ablauf der Frist fällig.⁴⁵⁵ Zwar kann der Vermieter ab diesem Zeitpunkt seinen Schadensersatzanspruch geltend machen. Indessen kommt es nach dem Wortlaut der §§ 548, 200 BGB nicht auf die Fälligkeit des Anspruchs an.

Um so mehr ist es auch unbedeutend, wenn die Rückgabe vor der Beendigung des Mietvertrages statt findet.⁴⁵⁶ Auch in diesem Fall beginnt die Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB nach dem klaren Wortlaut des § 200 BGB zu laufen.

Zwar setzt ein Zurückerhalten der Mietsache im Sinne von § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht stets deren endgültige Rückgabe nach Beendigung des Mietverhältnisses voraus, sondern kann unter bestimmten Umständen auch bei fortbestehendem Mietverhältnis dann angenommen werden, wenn der Vermieter eine Art von Sachherrschaft erlangt, die ihn in die Lage versetzt, die Mietsache auf etwaige Mängel oder Veränderungen zu untersuchen.⁴⁵⁷ Indessen besteht Einigkeit darüber, dass Sinn und Zweck des § 548 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich eine Veränderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters erfordern.⁴⁵⁸ Das bedeutet zum einen, dass der Vermieter in die Lage versetzt werden muss, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen.⁴⁵⁹ Zum anderen ist es erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt und der Vermieter hiervon Kenntnis hat.⁴⁶⁰ Dass der Vermieter (vorübergehend) die Möglichkeit erhält, während des (auch nur mittelbaren) Besitzes des Mieters die Mieträume besichtigen zu lassen, genügt demgegenüber nicht.

⁴⁵⁴ Langenberg, Verjährung des Schadensersatzanspruches wegen unterlassener Schönheitsreparaturen, WuM 2002, 71, 72.

⁴⁵⁵ so aber: Gruber, WuM 2002, 252, 255.

⁴⁵⁶ BGH v. 15.3.2006 – VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 = WuM 2006, 319.

⁴⁵⁷ BGH v. 2.10.1968 - VIII ZR 197/66, NJW 1968, 2241; BGH v. 15.6.1981 - VIII ZR 129/80, NJW 1981, 2406, 2407; BGH v. 4.2.1987 - VIII ZR 355/85, NJW 1987, 2072.

⁴⁵⁸ BGH v. 10.7.1991 - XII ZR 105/90, NJW 1991, 2416, 2417 f.; BGH 19.11.2003 - XII ZR 68/00; NJW 2004, 774, 775.

⁴⁵⁹ BGH v. 4.5.2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, 2005; BGH v. 22.2.2006 - XII ZR 48/03; WuM 2006, 320.

⁴⁶⁰ BGH v. 23.5.2006 – VI ZR 259/04, GE 2006, 1222.

Die kurze Verjährung erfasst auch Ansprüche aus culpa in contrahendo.⁴⁶¹ Im konkreten Fall hatte der Vermieter Umbauarbeiten im Hinblick auf einen sicher geglaubten Vertragsabschluss durchgeführt. Als die Verhandlungen scheiterten bzw. der Mieter den ausgehandelten Vertrag nicht unterschrieb, musste der Vermieter zurückbauen und verlangte ein Jahr später Schadensersatz. Der BGH meint, in einer solchen Situation beginne die Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB mit dem Zeitpunkt, zu dem die Vertragsverhandlungen beendet sind. Ob sich der Schaden dann im maßgeblichen Moment bereits berechnen lässt, ist unerheblich.

13.3 Hemmung durch Verhandlungen

Schon nach bisherigem Recht war für die Verjährung nach § 548 BGB (= § 558 BGB a.F.) anerkannt, dass in entsprechender Anwendung von § 852 Abs. 2 BGB die Verjährung so lange gehemmt ist, wie zwischen dem wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache ersatzpflichtigen Mieter und dem Vermieter Verhandlungen über die Ersatzansprüche schweben.⁴⁶² Aus welchem Rechtsgrund die Forderung des Vermieters hergeleitet wurde, war dabei ohne Bedeutung⁴⁶³. Durch § 203 BGB ist seit 1.1.2002 die Verhandlung als genereller Hemmungstatbestand eingeführt. Dieser gilt also nicht nur für die Verjährungsfristen der §§ 195 f. BGB, sondern auch für § 548 BGB.

Unter Verhandlungen ist jeder Meinungs austausch zu verstehen, sofern nicht erkennbar ist, dass die Verhandlungen über die Ersatzpflicht sofort abgelehnt werden.⁴⁶⁴ Es reicht aus, wenn der Schuldner aufgrund der Erklärungen oder des Verhaltens des anderen Teils annehmen darf, dass der Gläubiger hinsichtlich der Ersatzforderung Entgegenkommen zeigen wird. Umgekehrt gilt dasselbe: Erweckt der Schuldner den Eindruck, dass er die Argumente des Gläubigers einer näheren Prüfung unterzieht, so liegt darin ein Verhandeln, das zur Hemmung führt.⁴⁶⁵ Ebenso kann in der Erklärung des Schuldners, er wolle dem Gläubiger seinen Standpunkt erläutern, dass der Anspruch verjährt sei, der Beginn von Verhandlungen zu sehen sein.⁴⁶⁶ Dies gilt erstrecht, wenn eine Partei die andere wegen Urlaubs des Anwalts um Geduld in der Bearbeitung des geltend gemachten Zahlungsanspruchs bittet.⁴⁶⁷ Das Angebot einer Teilrenovierung ist jedoch nicht ausreichend, um eine verjährungshemmende Verhandlung annehmen zu können.⁴⁶⁸ Nicht

⁴⁶¹ BGH v. 22.2.2006 – XII ZR 48/03, WuM 2006, 320.

⁴⁶² BGH v. 19.11.1997 – XII ZR 281/95, DWW 1998, 42; BGH v. 19.11.1997 – IV ZR 357/96, MDR 1998, 347; LG Hannover v. 22.06.1998 – 20 S 201/97, NZM 1998, 627, 628; a.A. LG Braunschweig v. 13.07.1995 – 7 S 109/95, NJW-RR 1996, 842, LG Berlin v. 16.03.1995 – 67 S 420/94, WuM 1996, 139.

⁴⁶³ BGH v. 28.11.1984 – VIII ZR 240/83, NJW 1985, 798; *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. 1386.

⁴⁶⁴ BGH v. 4.2.1987 – VIII ZR 355/85, NJW 1987, 2072; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rz. 1387 ff.

⁴⁶⁵ OLG Hamm v. 05.11.1985 – 4 U 89/85, ZMR 1986, 200, 201.

⁴⁶⁶ BGH v. 13.05.1997 – VI ZR 181/96, DB 1997, 2073.

⁴⁶⁷ AG Donaueschingen v. 29.4.2004 – 31 C 38/04, WuM 2004, 606.

⁴⁶⁸ AG Butzbach v. 13.9.1988 – 5 C 118/88, WuM 1989, 20.

ausreichend sind zudem allgemeine Gespräche über eine pauschale Abfindungssumme ohne Eingehen auf die einzelnen Schäden eintreten.⁴⁶⁹ Als Verhandlungsbeginn kann aber der Hinweis auf eine bisher nicht hinreichende Substantiierung zum Haftungsgrund und zur Höhe verstanden werden, weil sie nicht als eine klare und eindeutige Weigerung, weiter mit dem Gläubiger zu verhandeln, angesehen werden kann⁴⁷⁰.

Teilt der Mieter mit, dass er die Berechtigung der geforderten Renovierungsarbeiten prüfe, kommt darin zum Ausdruck, dass er sich auf eine Erörterung der Ansprüche einlassen will, so dass Verhandlungen angenommen werden können.⁴⁷¹

Ebenso tritt Hemmung ein, wenn in einer gerichtlichen Güteverhandlung über den geltend gemachten Anspruch ein Vergleich geschlossen wird. Die Hemmung dauert in diesem Fall bis zum (vorgesehenen) Widerruf.⁴⁷² Hierauf kann es ankommen, wenn z.B. der Erwerber im eigenen Namen klagt, bevor er im Grundbuch eingetragen ist. Legt er mit der Klage nicht offen, dass er aus abgetretenem Recht des bisherigen Vermieters vorgeht, wird die Verjährung nur hinsichtlich des prozessual geltend gemachten Anspruchs gehemmt.⁴⁷³ Die spätere Vorlage der Abtretungsurkunde stellt eine Klageänderung i.S.v. § 263 ZPO dar, die (erst dann) die Hemmung für den abgetretenen Anspruch bewirkt. Wenn dies nach Vollendung der Verjährung erfolgt, kommt es darauf an, ob der vorher geschlossene Widerrufsvergleich auch den abgetretenen Anspruch erfasst. Davon ist auszugehen, wenn der Vergleich ausdrücklich zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche abgeschlossen wird.

Die Hemmung endet gemäß § 203 BGB, wenn der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Diese Voraussetzungen sind bei einem ausdrücklichen Abbruch der Verhandlungen,⁴⁷⁴ aber auch bei der endgültigen Weigerung, sie fortzusetzen⁴⁷⁵ oder Schadensersatz über einen bestimmten Abfindungsbetrag hinaus zu leisten,⁴⁷⁶ gegeben.

Ein Abbruch der Verhandlungen kann aber noch nicht angenommen werden, wenn der Vertreter des Vermieters mitteilt, er sei „noch nicht“ zu Verhandlungen über eine gütliche Einigung bevollmächtigt.⁴⁷⁷ Denn in dieser Erklärung kommt nicht zum Ausdruck, dass weitere Verhandlungen nicht stattfinden werden.

⁴⁶⁹ OLG Düsseldorf v. 15.10.1987 – 10 U 217/86, ZMR 1988, 57.

⁴⁷⁰ OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 583, 584.

⁴⁷¹ BGH v. 12.5.2004 – XII ZR 223 /01, NZM 2004, 583 = MietRB 2004, 321.

⁴⁷² BGH v. 4.5.2005 – VIII ZR 93/04, WuM 2005, 381.

⁴⁷³ BGH v. 17.10.1995 – VI ZR 246/94, NJW 1996, 117(II2a); BGH v. 23.3.1999 – VI ZR 101/98, NJW 1999, 2110.

⁴⁷⁴ OLG Düsseldorf v. 17.01.1991 – 10 U 29/90, DWW 1991, 52.

⁴⁷⁵ BGH v. 26.01.1988 – VI ZR 120/87, VersR 1988, 718, 719.

⁴⁷⁶ OLG Hamm v. 15.12.1994 – 27 U 39/94, VersR 1996, 243, 245.

⁴⁷⁷ BGH v. 12.5.2004 – XII ZR 223 /01, NZM 2004, 583.

Werden die Verhandlungen nicht fortgesetzt, tritt das Ende der Hemmung ein, wenn der Anspruchsberechtigte den Zeitpunkt versäumt, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Verhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung spätestens hätten fortgesetzt werden sollen⁴⁷⁸. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die andere Partei innerhalb einer Frist von zwei Wochen auf eine Offerte nicht reagiert.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ OLG Karlsruhe v. 09.07.1992 – 9 U 292/90, DWW 1994, 82, 83.

⁴⁷⁹ LG Hannover v. 22.06.1998 – 20 S 201/97, NZM 1998, 627, 628.