

Aktuelles Mietrecht 2008

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Köln

1	Einblick	7
2	Überleitungsrecht	7
2.1	Fortgeltung der alten Kündigungsfristen?.....	7
3	Mietvertrag	7
3.1	Abgrenzung zur Pacht.....	7
3.2	Vereinbarte Schriftform, § 154 Abs. 2 BGB	8
3.3	Nichtigkeit durch Einräumung eines Vorkaufsrechts?	8
3.4	Strohmann und Scheingeschäft.....	9
3.5	Mietvertrag in der Zwangsversteigerung	9
3.6	+Mischmietverhältnis	10
4	Vermieter	11
4.1	Vermieterwechsel.....	11
4.1.1	Kraft Gesetzes	11
4.1.2	Einfluss auf § 544 BGB	12
5	Selbstauskunft	13
6	Vertragsgemäßer Gebrauch	14
6.1	Videoüberwachung durch den Vermieter	14
6.2	Geldautomat im Eingangsbereich des Lebensmittelgeschäfts.....	14
6.3	Einstweilige Verfügung bei Doppelvermietung.....	15
6.4	Tierhaltungsklauseln.....	15
6.5	Freizeichnung für bauliche Anforderungen.....	16
6.6	Obhutspflicht des Mieters bei Abwesenheit	17
6.7	Wirksame Begründung einer Betriebspflicht	17
6.7.1	Formularmäßige Kombination mit Sortimentsbindung.....	17
6.7.2	Pflicht zum ununterbrochenen Betrieb?	18
7	Miete	19
7.1	Fortgeltung der Zahlungspflicht, § 537 BGB.....	19
7.2	Formularmäßiger Lastschrifteinzug.....	20
7.3	Einseitige Beendigung des Lastschrifteinzugsverfahrens?	21
7.4	Aufrechnungsverbot in Altverträgen.....	22
8	Mietzeit	22
8.1	Einseitiger formularmäßiger Kündigungsverzicht des Mieters	22
8.2	Konkurrenz von Kündigungsrecht und Optionsklausel	23
8.3	Optionsausübung an Silvester	24
9	Schriftform	25
9.1	Sinn und Zweck des § 550 BGB.....	25
9.2	Anwendbare Abreden.....	25

9.3	Annahme nach Ablauf der regelmäßigen Annahmefrist.....	26
9.4	Dokumentation der Vertretung einer Mietpartei	26
9.5	Beschreibung des Mietobjektes	27
9.6	Fehlende Beschreibung von Nebenflächen	28
9.7	Ausreichende Bezugnahme im Nachtrag	29
9.8	Heilungsverpflichtung vor Kündigungsausspruch?	29
10	Schönheitsreparaturen	31
10.1	Rauchen und Schönheitsreparaturen.....	31
10.2	Farbwahlklauseln	32
10.3	Fensteranstrich	33
10.4	Bodenbeläge bei der Gewerberaummiete	33
10.5	Starre Fristen	34
10.6	Intransparente Abgeltungsklausel.....	35
10.7	Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Renovierungsklausel	36
10.8	Haftung des Verwalters für unwirksamer Renovierungsklauseln	37
10.9	Endgültige Erfüllungsverweigerung durch Auszug?	38
11	Gewährleistung.....	38
11.1	Mangel durch Zugangsbehinderung?	38
11.2	Öffentlich-rechtlicher Mangel	39
11.3	Mangelhafte Leistung der Heizungsanlage	39
11.4	Rechtsmangel: Entzug des vertragsgemäßen Gebrauchs	40
11.5	Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete unzulässig	40
11.6	Keine Verwirkung bei unwirksamen Minderungsausschluss	42
11.7	Schadensersatz	42
11.7.1	Vorrang des § 536a BGB beim Rechtsmangel.....	42
11.7.2	Verschuldenshaftung bei Kurzschluss.....	43
11.7.3	Keine Entlastung nach § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB.....	43
11.7.4	Kein Schadensersatz ohne Anzeige.....	44
11.8	Geltendmachen des § 320 BGB	45
11.9	Aufwendungsersatz nach § 539 BGB neben § 536a Abs. 2 BGB?	45
11.10	Kündigung wegen Heizungsausfall	46
12	Kaution	47
12.1	Gesonderte Anlage und Untreue (§ 266 StGB).....	47
12.2	Verjährung des Anspruchs des Vermieters	48
13	Modernisierung.....	48
13.1	Ausschluss durch Vereinbarung	48
13.2	Ankündigung durch den Erwerber im eigenen Namen	49
13.3	Mitteilung der Mieterhöhung nach § 558 BGB?	50
13.4	Umstellung auf Fernwärme	50

13.5	Grundrissänderungen als Modernisierungsmaßnahme	51
14	Mieterhöhung	52
14.1	durch Wertsicherungsklausel	52
14.2	bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete	52
14.2.1	Wartefrist und einvernehmliche Mieterhöhung	52
14.2.2	Beifügen des Mietspiegels?	53
14.2.3	Bezugnahme auf Rasterfeld des Mietspiegels	53
14.2.4	Anwendbarkeit eines Mietspiegels auf Einfamilienhaus	54
14.2.5	Erhöhung einer Teilinklusive	54
14.2.6	angestrebte Änderung der Mietstruktur	55
15	Betriebskosten	56
15.1	Prozessuale Durchsetzung der Kosten des Hauswerts	56
15.2	Sonstige Betriebskosten im Gewerbe	56
15.3	Stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung	57
15.4	Geltung des Abflussprinzips	58
15.5	Formelle Fehler	59
15.5.1	Angabe der Gesamtkosten	60
15.5.2	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels	60
15.5.2.1	Schlagwortartige Bezeichnung des Verteilerschlüssels	60
15.5.2.2	Veränderung der Abrechnungsschlüssel	61
15.5.2.3	Verteilerschlüssel „Wohnfläche*Monat“	61
15.5.2.4	Personenschlüssel	61
15.5.2.5	Umfang der Erläuterung	62
15.5.3	Abzug der Vorauszahlungen	63
15.5.4	Abweichende Abrechnungsperioden	63
15.6	Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung?	64
15.7	Änderung des gesetzlichen Umlageschlüssels	65
15.8	Zurückbehaltungsrecht bei Teilabrechnung	65
15.9	Gebot der Wirtschaftlichkeit	66
15.10	Schuldanerkenntnis durch Ausgleich der Nachforderung?	66
15.11	Abrechnungsfrist	67
15.11.1	bei getrennter Heiz- und Betriebskostenabrechnung	67
15.11.2	Zugang an Silvester	68
15.11.3	Umfang des Abrechnungsausschlusses	68
15.11.4	Neubeginn durch Anerkenntnis?	69
15.12	Umfang des Einwendungsausschlusses	69
15.13	Minderung des Abrechnungsergebnisses nach § 536 BGB	70
15.14	Erhöhung der Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB	70
15.15	Rückforderung der Vorauszahlungen nach Mietende	70

16 Heizkosten.....	71
16.1 Vorrang der HeizKV.....	71
16.2 Vorerfassung nach Nutzergruppen.....	72
16.3 Wärmecontracting.....	73
16.4 Kosten der Zwischenablesung.....	73
16.5 Kosten des Heizungsstroms.....	74
17 Schadensersatz.....	75
17.1 Keine Haftung für Fogging.....	75
17.2 Erneuerung der Schließanlage bei Verlust eines Schlüssel.....	75
17.3 begrenzter Mietausfallschaden.....	76
17.4 Verletzung von Verkehrssicherungspflichten.....	76
17.4.1 Vertragliche Ansprüche bei Verletzung der Streupflicht.....	76
17.4.2 Keine Räum- und Streupflicht des Vermieters auf Pkw-Stellplätzen.....	77
17.4.3 Räum- und Streupflicht trotz unwirksamer Übertragung.....	77
17.5 Schadensersatz bei unberechtigter Mängelbeseitigungsaufforderung.....	78
17.6 Auch Mietausfallschaden ohne Umsatzsteuer.....	79
17.7 Aufteilung der Anwaltsgebühren für außergerichtliche Tätigkeit.....	80
18 Beendigung des Mietvertrages.....	80
18.1 Kündigungsbefugnis des Erwerbers vor Eintragung.....	80
18.2 Verhältnis von Anfechtung und Kündigung.....	81
18.2.1 Rechtsfolge: Nutzungsentschädigung inklusive Umsatzsteuer.....	82
18.2.2 Rechtsfolge: Nutzungsentschädigung inklusive verbrauchsabhängiger Nebenkosten.....	83
18.2.3 Rechtsfolge: Herausgabe des Gewinns aus der Untervermietung.....	83
18.3 Ordentliche Kündigung.....	83
18.3.1 Berechtigtes Interesse der vermietenden Bank.....	83
18.3.2 Schuldhafte nicht unerhebliche Pflichtverletzung und § 560 Abs. 4 BGB... ..	84
18.3.3 Nicht unerhebliche Pflichtverletzung.....	85
18.3.4 Unverschuldete Zahlungsunfähigkeit?.....	85
18.3.5 Abmahnung?.....	86
18.3.6 Anbietspflicht bei Eigenbedarf.....	87
18.4 Zahlungsverweigerung des vorläufigen Insolvenzverwalters.....	87
18.5 Erleichterte Kündigung nach § 573a BGB.....	87
18.5.1 Gebäude mit zwei Wohnungen.....	87
18.5.2 Mehr als zwei Wohnungen.....	88
18.6 Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund.....	88
18.6.1 Zahlungsverzug mit mehr als einer Miete.....	88
18.6.2 Zahlungsverzug bei vereinbartem Lastschriftzug.....	89
18.6.3 Schwere Erkrankung des Mieters.....	91

18.7	Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist	91
18.7.1	§ 540 Abs. 1 BGB	91
18.7.2	§ 580 BGB	92
19	Kündigungsschutz bei Aufteilung	92
19.1	Gleichstellung der Realteilung bei Reihenhaus	92
20	Rückgabe	93
20.1	Unvollständige Räumung	93
20.2	Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts	93
21	Verjährung	93
21.1	Beginn der Verjährung nach § 548 Abs. 1 BGB	93
21.2	Werktag als letzter Tag der Verjährungsfrist	94
21.3	Hemmung durch Schlüsselrückgabe	95
21.4	Hemmung durch Mahnbescheid über Schadensersatz nach Mietende	95
21.5	Verjährungsbeginn nach § 548 Abs. 2 BGB	96
22	Prozessuales	97
22.1	Individualisierung im Mahnantrag	97
22.2	Urkundsklage und anfänglicher Mangel	97
22.3	Isolierte Anfechtung einer Abmahnung?	98
22.4	Räumungstitel gegen Lebensgefährten und Kinder?	99
23	Zwangsvollstreckung	100
23.1	Räumungsvollstreckung gegen vermeintlichen Untermieter	100
23.2	Gesundheitsgefährdung und § 765a ZPO	101
24	Insolvenz	102
24.1	Insolvenz des Vermieters	102
24.1.1	Kautionsanspruch des Mieters	102
24.2	Insolvenz des Mieters	104
24.2.1	Keine Pflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Mietzahlung	104
24.3	Herausgabeanspruch gegen den Insolvenzverwalter	104

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2008 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidungen erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Neben den Zitaten kann insoweit auf den jährliche Überblick verwiesen werden, der unter

www.jhl.de

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

2 Überleitungsrecht

2.1 Fortgeltung der alten Kündigungsfristen?

Gemäß Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB gelten die Bestimmungen des § 565a Abs. 1 BGB für Verträge aus der Zeit vor dem 1.9.2001 fort. Danach konnten die Parteien wirksam vereinbaren, dass der Mietvertrag nur zu dem im Vertrag vereinbarten Ablauftermin gekündigt werden konnte, hier dem 31. August eines jeden Jahres.¹

Fraglich ist, welche Kündigungsfrist gilt, wenn bei solchen Zeitverträgen mit Verlängerungsklausel gemäß § 565a Abs. 1 BGB a.F. bestimmt ist, dass "die Verlängerung des Mietverhältnisses eintritt, wenn es nicht nach den Vorschriften des § 565 BGB gekündigt wird" und der Mietvertrag länger als zehn Jahre gedauert hatte, so dass die Frist nach § 565 Abs. 2 BGB zwölf Monate beträgt. Immerhin verlängert sich die Kündigungsfrist des § 573c BGB für den Vermieter nicht um mehr als neun Monate, § 573c Abs. 2 BGB.

Das Mietrechtsreformgesetz² und das Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum BGB³ haben die durch § 565 BGB a.F. geschaffene Rechtslage für ein am 1.9.2001 bereits bestehendes Mietverhältnis nicht geändert. Nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB ist § 565a Abs. 1 BGB a.F. auf ein am 1.9.2001 bestehendes Mietverhältnis auf bestimmte Zeit in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung weiterhin anzuwenden.⁴ § 573c Abs. 3 BGB verbietet nur zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen.

3 Mietvertrag

3.1 Abgrenzung zur Pacht

Das wesentliche Merkmal, das die Miete von der Pacht unterscheidet, besteht in der Fruchtziehung. Ein Pachtvertrag erlaubt dem Nutzer aus den überlassenen Gegenständen Früchte zu ziehen.

Der Nutzungsvertrag gewinnt aber nur den Charakter als Pachtvertrag, wenn die Fruchtziehung das Vertragsverhältnis vorrangig prägt. Das ist nicht der Fall, wenn dem Mieter im laufenden Mietver-

¹ vgl. BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 257/06, NJW 2007, 2760.

² BGBl. I S. 1149.

³ BGBl. I S. 1425.

⁴ BGH v. 12.3.2008 - VIII ZR 71/07, WuM 2008, 290 = GE 2008, 796.

hältnis das Recht eingeräumt wird, sich den Ertrag von ihm vorgenommener Anpflanzungen anzueignen.⁵ 8

3.2 Vereinbarte Schriftform, § 154 Abs. 2 BGB

Das Nichtzustandekommen des Vertrages ist nach der Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB nur im Zweifel Rechtsfolge einer vereinbarten, aber nicht eingehaltenen Form. Die Regel des § 154 Abs. 2 BGB greift nicht ein, wenn die Schriftform für die Parteien keine konstitutive Bedeutung hat, der Vertragsschluss also nicht mit der Beurkundung steht und fällt. An einer konstitutiven Bedeutung fehlt es etwa dann, wenn die Schriftform nur Beweiswecken dienen soll. Aber auch wenn die Parteien den noch nicht beurkundeten Vertrag einvernehmlich in Vollzug setzen, können sie damit zu erkennen geben, dass der Vertrag ohne Rücksicht auf die nicht eingehaltene Schriftform wirksam werden soll.⁶

An der konstitutiven Bedeutung fehlt es trotz Schriftformklausel, wenn die Vorstellungen der Parteien zur Miethöhe zunächst offenkundig voneinander abwichen, sie jedoch von vornherein darum bemüht waren, zu einer inhaltlichen Einigung zu gelangen und diese rückwirkend erzielt wird, zumal wenn der Mieter in der Folgezeit in der entsprechenden Höhe entrichtet.⁷ In diesem Fall zeigt das Verhalten der Parteien, dass sie die Schriftform nicht als für die Wirksamkeit des Vertrages unerlässlich ansahen. In einem solchen Fall ist vereinbarte Schriftformklausel durch schlüssiges Verhalten abbedungen worden. Ob es sich bei der Klausel um eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt,⁸ kann hierfür offen bleiben. Denn auch eine Individualvereinbarung wäre wirksam abbedungen worden. Ob die Klausel in vollem Umfang entfallen sollte oder nur für eine Übergangszeit bis zum Abschluss eines der früheren Handhabung entsprechenden weiteren Mietnachtrages, kann offen bleiben, weil jedenfalls auch für die Übergangszeit der mit der Klage geltend gemachte Mietzins geschuldet ist.

3.3 Nichtigkeit durch Einräumung eines Vorkaufsrechts?

Das Vorkaufsrecht an einem Grundstück bedarf zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung.⁹ Ob die Nichtigkeit des Vorkaufsrechts den gesamten Mietvertrag, einschließlich eines ebenfalls eingeräumten Vormietrechts, erfasst, richtet sich nach § 139 BGB. Danach kommt es darauf an, ob der Mietvertrag auch ohne den nichtigen Teil zustande gekommen wäre.

Dies liegt im Regelfall nahe.¹⁰ Dem Mieter wird ein Mietvertrag ohne Vorkaufsrecht, der ihm immerhin ein Recht zum Besitz verschafft, immer noch lieber sein als überhaupt kein Mietvertrag. Die dem Vermieter vorbehaltene Möglichkeit, die Miete (maßvoll) zu erhöhen, dürfte daran nichts Entscheidendes ändern.

⁵ BGH v. 17.9.2008 – XIOI ZR 61/07, GE 2008, 1488.

⁶ vgl. BGHZ 119, 283, 291; BGH, NJW-RR 1997, 669, 670; KG, MDR 2005, 1276.

⁷ BGH v. 8.10.2008 – XII ZR 66/06, NZM 2008, 931.

⁸ vgl. BGHZ 164, 133, 136.

⁹ BGH v. 7.11.1990 – XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206; BGH v. 9.1.2003 – IX ZR 422/99, NJW 2003, 1940, 1941 f.

¹⁰ BGH v. 10.7.2008 – IX ZR 128/07, NZM 2008, 644 = ZMR 2008, 883.

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Vertragsparteien nur den äußeren Schein des Abschlusses des Rechtsgeschäftes hervorrufen, dagegen die damit verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollten.¹¹ Wird bei einem Vertragsabschluss eine Person als Vertragspartner bloß vorgeschoben (sog. Strohmännchen), sind die Voraussetzungen eines Scheingeschäftes in der Regel nicht erfüllt, selbst wenn alle Beteiligten die Strohmännchenschaft kennen.¹² Dies würde sich anders darstellen, wenn der Strohmännchen im Außenverhältnis nicht haften soll, sondern eine Haftung des Hintermannes gewollt ist.¹³ Für die Beurteilung, ob ein Scheingeschäft geschlossen wurde, kommt es in erster Linie auf die Erklärungen vor oder bei Abschluss des Vertrages an; allerdings kann auch nachträgliches Verhalten für die Ermittlung des tatsächlichen Vertragswillens der Beteiligten Bedeutung haben und darf deshalb nicht unberücksichtigt bleiben.¹⁴ Die Darlegungs- und Beweislast trägt im Allgemeinen derjenige, für den die Annahme eines Scheingeschäftes materiell-rechtlich günstig wäre.¹⁵

Soweit eine GmbH Wohnräume zusammen mit ihren Geschäftsräumen im Erdgeschoss nutzen wollte, weshalb u.a. mittels einer Treppe eine Verbindung der beiden Einheiten hergestellt wurde, und eine gewerbliche Nutzung nach Vertragsabschluss auch erfolgte, wovon der Vermieter jeweils Kenntnis hatte, lässt dies zwar den Schluss zu, dass hinsichtlich des Vertragszweckes unzutreffende Willenserklärungen schriftlich fixiert wurden.¹⁶ Vorgetäuscht wurde ein Wohnraummietverhältnis, der wahre Vertragszweck galt unterdessen der Geschäftsraumnutzung. Jedoch macht die falsche Bezeichnung des Vertrages diesen nicht unwirksam. Des Weiteren stellt sich die Frage nach dem Vertragspartner grundsätzlich unabhängig von der Frage nach dem Vertragsgegenstand.

3.5 Mietvertrag in der Zwangsversteigerung

Insbesondere im Rahmen von Zwangsversteigerungsverfahren werden Gläubiger und/oder Erwerber häufig mit Mietverträgen konfrontiert, die der Schuldner mit nahen Angehörigen geschlossen hat. Dann liegt zwar die Annahme eines Scheingeschäftes nahe. Den Nachweis muss der Vermieter/Eigentümer aber immer noch führen.

Ein Scheingeschäft ist jedenfalls anzunehmen, wenn ein im Haushalt seiner Eltern lebender, ein-kommensloser 18-jähriger Sohn mit seinem Vater einen auf 10 Jahre befristeten Mietvertrag über ein im Elternhaus gelegenes Schlafzimmer mit Dusche + WC, sowie einen Arbeitsraum abschließt, der ihm zusätzlich ein Nutzungsrecht an sämtlichen Räumen des Hauses (einschließlich Garten und Keller) einräumt und mit dem zugleich sämtliches Inventar des Grundstücks zu einer bar zu zahlenden Gesamt-Bruttomiete von monatlich 90,00 € überlassen worden sein soll.¹⁷ Denn es ist kein plausibler Grund erkennbar, der die nach den besonderen Umständen des Streitfalls auf der Hand liegende Annahme eines fingierten Hauptmietvertrages ausräumen könnte.

¹¹ vgl. BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 226/03, NJW-RR 2006, 1555 ff.

¹² vgl. BGH v. 4.4.2007 - III ZR 197/06, NJW-RR 2007, 1209 f.; BGH v. 6.12.1994 - XI ZR 19/94, NJW 1995, 727 f.

¹³ vgl. BGH v. 22.10.1981 - III ZR 149/80, NJW 1982, 569 f.

¹⁴ vgl. BGH v. 29.10.1996 - XI ZR 319/95, NJW-RR 1997, 238 f.

¹⁵ vgl. BGH v. 31.1.1991 - VII ZR 375/89, NJW 1991, 1617 f.; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB, 67. Aufl., 2008, § 117 BGB Rz. 9.

¹⁶ KG v. 4.8.2008 – 8 U 49/08, GE 2008, 1323.

¹⁷ OLG Düsseldorf v. 11.12.2007 – 10 W 160/07, ZMR 2008, 787.

Für die Frage, ob bei einem einheitlichen Mietvertrag mit gemischter Nutzung von einem Wohnraum- oder einem Gewerberaummietverhältnis auszugehen ist, kommt es entscheidend darauf an, in welchem Bereich das Mietverhältnis seinen Schwerpunkt hat. Maßgeblich hierfür ist in erster Linie der Parteiwille, also die gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien darüber, wie der Mieter das Objekt nutzen will und welche Art der Nutzung im Vordergrund steht.¹⁸ Ausschlaggebend ist insoweit nicht, ob die Parteien in der Vertragsurkunde das Mietverhältnis als Wohn- oder Geschäftsraummietverhältnis bezeichnen; vielmehr kommt es auf den wirklichen Willen der Parteien an. Im Zweifelsfall können die Parteien aber durch eine vertragliche Regelung klar stellen, nach welchem Recht das Mietverhältnis beurteilt werden soll. Als Indiz für eine derartige Vereinbarung kann angesehen werden, wenn die Parteien zur Regelung ihrer Beziehung ein für die Wohnraummiete gedachtes Formular verwenden.¹⁹ Das Verhältnis der Wohnfläche zur gewerblich genutzten Fläche ist ebenso von untergeordneter Bedeutung wie der jeweilige Mietwert. Selbst dann, wenn ein Mietobjekt aus einem kleinen Laden und einer großen Wohnung besteht, ist das Mietverhältnis dann als Geschäftsraummietverhältnis zu bewerten, wenn der Mieter aus dem Betrieb des Ladens seinen Lebensunterhalt bestreitet.²⁰ Gleiches gilt, wenn ein Rechtsanwalt in den gemieteten Räumen sowohl wohnt als auch seine Kanzlei betreibt²¹ oder wenn ein Zahnarzt eine Wohnung auch zum Zwecke der Berufsausübung nutzen darf.²² Entsprechend der Qualifizierung des Mietverhältnisses nach der von den Parteien getroffenen Zweckbestimmung kommt es auf die tatsächliche Nutzung der Räume nicht an. Werden zu gewerblichen Zwecken vermietete Räume später zu Wohnzwecken genutzt, bleibt der Vertrag, soweit die Parteien den Nutzungszweck nicht einvernehmlich ändern, Geschäftsraummiете.²³

Vor diesem Hintergrund ist von einem (einheitlichen) Gewerberaummietvertrag auszugehen, wenn das Mietobjekt aus einer Wohnung von 70 - 75 m² und einem Ladenlokal zum Betrieb einer Änderungsschneiderei von ca. 20 m² vermietet werden.²⁴ Bei dieser Konstellation habe nach dem übereinstimmenden Parteiwillen die Nutzung als Gewerbeobjekt im Vordergrund gestanden. Entscheidend sei, dass mit der (geplanten) Änderungsschneiderei der Lebensunterhalt der Familie bestritten werden sollte. Diese Betrachtungsweise werde auch durch die regelmäßigen Öffnungszeiten des Geschäftes und eine später vorgenommene Erweiterung des Geschäftsbetriebes auf 2 Räume sowie die zusätzliche Aufnahme einer Reinigungsannahme bestätigt.

Entscheidend kommt es im Übrigen darauf an, ob der Mieter die Räume nach dem Vertrag zu eigenen Wohnzwecken anmietet.²⁵ Dies ist nicht der Fall, wenn der Mieter ein Reihenhaus nach dem Vertragszweck vorwiegend als Geschäftsräume für sich selbst oder als Wohnung für ihren Ge-

¹⁸ BGH, ZMR 1986, 278.

¹⁹ Blank in Schmidt/Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., Rz. 98 vor § 535 BGB.

²⁰ KG, GE 1995, 1205.

²¹ BGH, NJW-RR 1986, 877.

²² OLG Köln, ZMR 2001, 963.

²³ BGH MDR 1969, 657; *Reinstorf* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., I Rz. 98.

²⁴ OLG Stuttgart v. 31.3.2008 – 5 U 199/07, NZM 2008, 726 = ZMR 2008, 795 = MDR 2008, 1091 = GuT 2008, 336.

²⁵ *Reinstorf* in: Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., I Rz. 83.

schäftsführer nutzen können soll.²⁶ Auch die Überlassung der Räume als Wohnräume 11

an den Geschäftsführer persönlich ist aus der maßgeblichen Sicht des Mieters kein Wohnzweck, sondern geschäftliche Nutzung. Denn eine juristische Person kann Räume schon begrifflich nicht zu (eigenen) Wohnzwecken anmieten; ebenso kann sie als Vermieterin nicht geltend machen, dass sie von ihr vermietete Räume als Wohnung für sich oder Angehörige im Rahmen von Eigenbedarf benötige.²⁷

4 Vermieter

4.1 Vermieterwechsel

4.1.1 Kraft Gesetzes

Der Vermieterwechsel nach § 566 BGB setzt voraus, dass der Erwerber vom Vermieter erwirbt und in das Grundbuch eingetragen wird. Die Vorschrift soll verhindern, dass ein Mieter, der von dem oder den Eigentümern gemietet hat, ohne sein Zutun plötzlich einem oder mehreren Vermietern gegenübersteht, die nicht mehr Eigentümer sind, und einem oder mehreren Eigentümern, die nicht durch einen Mietvertrag an ihn gebunden sind.²⁸ Die Norm betrifft allerdings nach ihrem Wortlaut allein eine Änderung auf der Eigentümerseite kraft Rechtsgeschäfts. Eine solche Rechtsänderung kann aber auch aufgrund originären Rechtserwerbs stattfinden (z.B. ging durch das Gesetz zur Gründung einer Bundesanstalt für Immobilienaufgaben²⁹) ging mit Wirkung vom 1.1.2005 das Eigentum an den Grundstücken der Bundesrepublik Deutschland auf die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben über. Der Wortlaut des § 566 BGB erfasst eine Rechtsänderung auf dieser Grundlage nicht. Da ein Mieter jedoch in diesem Fall ebenso schutzwürdig ist, hat bereits das Reichsgericht entschieden, dass § 571 BGB a.F. auch in diesen Fällen entsprechend anzuwenden ist.³⁰

Nichts anderes soll für § 566 BGB gelten.³¹ Das Gesetz weist insoweit eine planwidrige Regelungslücke auf. Der dargestellte Zweck der Regelung erfordere deren Anwendung auch dann, wenn der Eigentümerwechsel weder auf Rechtsgeschäft noch auf einem originären Erwerb beruhe, sondern kraft Gesetzes eintrete. Die grundsätzliche Anwendung von § 566 BGB auch dann, wenn ein Veräußerungsgeschäft als Grund einer Rechtsänderung fehle, liege nahe, weil nicht das Veräußerungsgeschäft als solches, sondern der daran sich anschließende Erwerb des Grundeigentums das rechtserhebliche Ereignis sei, an welches das Gesetz den Gläubiger- und Schuldnerwechsel auf der Vermieterseite und die Verpflichtung des neuen Eigentümers zur Fortsetzung und Weitererfüllung des von seinem Vorgänger im Eigentum abgeschlossenen Mietvertrages knüpfe. Gegen eine analoge Anwendung von § 566 BGB bei einem Eigentümerwechsel kraft Gesetzes spreche nicht der Umstand, dass es sich um eine Ausnahmegesetz handele. Zwar enthalte § 566 BGB eine Sonderbestimmung, aber eine Sonderbestimmung, die nur Ausfluss des allgemeinen Rechtsgedankens sei, dass ein Grundstücksmieter durch einen Eigentumswechsel in seinen Mieterrechten nicht beeinträchtigt werden dürfe.

²⁶ BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 282/07, GE 2008, 1318 = NZM 2008, 804 = GuT 2008, 361.

²⁷ BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 113/06, NJW-RR 2007, 1516.

²⁸ BGHZ 138, 82, 86.

²⁹ BImA-Errichtungsgesetz v. 9.12.2004, BGBl. I S. 3235.

³⁰ RGZ 103, 166, 167.

³¹ BGH v.9.7.2008 – VIII ZR 280/07, WuM 2008, 562 = GE 2008, 1122 = NZM 2008, 726 = ZMR 2008, 881 m. Anm. *Lammel*.

Der BGH setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob der Ausnahmecharakter des § 566 BGB überhaupt eine Analogie zulässt. Wer das verneint, muss zu dem Ergebnis gelangen, dass die Lücke nicht im BGB, sondern im Gesetz über die Errichtung der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben zu suchen ist. 12

4.1.2 Einfluss auf § 544 BGB

§ 566 BGB führt dazu, dass der Mietvertrag mit dem alten Vermieter beendet wird und in der Person des neuen Vermieters ein neuer Mietvertrag zu den Konditionen des Altvertrages entsteht.³² Fraglich ist, wie sich diese Neubegründung auf die Frist des § 544 BGB auswirkt.

§ 544 BGB verlangt die Vereinbarung einer Vertragsdauer von mehr als 30 Jahren. Dieser Konstellation steht es rechtlich gleich, wenn ein Mietvertrag vor Ablauf dieser Zeit – durch eine oder beide Vertragsparteien - nicht gekündigt werden kann oder wenn dem Mieter eine Verlängerungsoption eingeräumt ist, mit deren Ausübung diese Vertragsdauer schließlich überschritten wird.³³

Mit dieser Fallgestaltung ist eine Vereinbarung in einem Mietvertrag über eine Garage vergleichbar, nach der die Garage einer bestimmten Eigentumswohnung zugeordnet werden soll, weil sie als Stellplatznachweis gegenüber der Baubehörde gilt.³⁴ Auch eine solche Regelung bringt einen Kündigungsverzicht zum Ausdruck, weil die Zuordnung der Garage erhalten bleiben soll.

Für die insoweit zwingende Vorschrift des § 544 S. 1 BGB³⁵ kommt es darauf an, ob die Kündigung „nach Ablauf von 30 Jahren nach der Überlassung der Mietsache“ erfolgt ist. Insoweit ist fraglich, ob auch bei einem zwischenzeitlichen Vermieterwechsel noch auf die Übergabe abgestellt werden kann.

Dies ist nach Auffassung des OLG Karlsruhe³⁶ nicht der Fall. Eine andere Sichtweise würde nämlich zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden und dem Sinn von § 544 BGB zuwiderlaufenden Erweiterung der Rechte des Mieters führen. Erklärter Sinn und Zweck des § 544 Satz 1 BGB sei es, der wesensentsprechenden zeitlichen Begrenzung der Miete Rechnung zu tragen und eine „Erbmiete oder ein dieser ähnliches Verhältnis auszuschließen“.³⁷ Eine Quasi-Verdinglichung des lediglich schuldrechtlichen und befristeten Benutzungsrechts des Mieters bzw. eine eigentümerähnliche Stellung desselben soll verhindert werden, die das Mietobjekt letztlich dem Rechtsverkehr entzöge.³⁸ Es entspreche zwar höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass die 30-jährige Frist dann neu zu laufen beginne, wenn der alte Mietvertrag beendet sei oder von den Vertragsparteien aufgehoben werde und diese einen neuen, selbstständigen Mietvertrag abschließen, zu dessen Abschluss keine Ver-

³² BGH v. 9.2.2005 - VIII ZR 22/04, WuM 2005, 201 = ZMR 2005, 354.

³³ vgl. RGZ 130, 143; BGHZ 117, 236, 238 f.; BGH, NJW 1996, 2028; OLG Hamburg, ZMR 1998, 223; Bub/Treier-Grapentin, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Teil IV, Rz. 223; MüKo-Schilling, BGB, 4. Aufl. 2004, § 544 BGB Rz. 3, 5; Staudinger/Emmerich, Bearb. 2006, § 544 BGB Rz. 4 f.; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., 2004, Rz. 859 – jeweils m.w.N.

³⁴ OLG Karlsruhe v. 21.12.2007 – 1 U 119/07, WuM 2008, 552 = ZMR 2008, 533 = DWW 2008, 178.

³⁵ vgl. BGH, NJW 2004, 1523; Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., § 544 BGB Rz. 2.

³⁶ OLG Karlsruhe v. 21.12.2007 – 1 U 119/07, WuM 2008, 552 = ZMR 2008, 533 = DWW 2008, 178.

³⁷ Schmitt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 9. Aufl., § 544 BGB Rz. 1; Staudinger/Emmerich, Bearb. 2006, § 544 BGB Rz. 1; BGH, NJW 2004, 1523; OLG Hamm, NZM 1999, 753; Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., § 544 BGB Rz. 3.

³⁸ BGH, NZM 2004, 190, 191.

pflichtung bestanden habe.³⁹ Entscheidend sei nach dieser Rechtsprechung aber, ob die Vertragsparteien privatautonom einen (modifizierenden oder ersetzenden) Nachfolgevertrag geschlossen hätten. Davon könne indes bei einer Neubegründung eines Mietvertrags kraft Gesetzes wegen Eigentümerwechsels gemäß § 566 Abs. 1 BGB gerade nicht die Rede sein. Zum Schutz des Mieters sei vielmehr die Neubegründung eines Mietvertrags der Dispositionsbefugnis der Beteiligten entzogen.

5 Selbstauskunft

Vor allem um die finanzielle Situation des Mieters zu beleuchten, verlangen Vermieter von Mietern die Ausfüllung von Selbstauskünften. Die Selbstauskunft ist grundsätzlich ein zulässiges Informationsmittel. Zweifelhaft ist allein, welche Fragen im einzelnen zulässigerweise gestellt werden können. Ist eine Frage unzulässig, kann der Vermieter daraus, dass der Mieter die Frage falsch bzw. unrichtig beantwortet hat, keine Konsequenzen für den Bestand des Mietvertrages (z.B. fristlose Kündigungen) herleiten. Ansonsten ist umstritten, ob ein Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung⁴⁰ oder nur ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 1 BGB⁴¹ besteht.

Die Zulässigkeit von Fragen ist aufgrund einer Interessensbewertung zu ermitteln. Dabei ist das Recht des Mieters auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG) ausreichend zu berücksichtigen.⁴² Häufig wird insoweit die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zu Einstellungsfragebögen von Arbeitgebern herangezogen.⁴³ Nach diesen Grundsätzen hat der Vermieter nur insoweit ein Fragerecht, als er ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage reklamieren kann.

In diesem Sinne kann zulässigerweise z.B. gefragt werden, nach dem Arbeitgeber des Mieters⁴⁴, unmittelbare Fragen nach den Einkommensverhältnissen und der Bonität,⁴⁵ dazu gehört auch die Frage nach früheren Mietschulden,⁴⁶ nach dem Beruf, nach dem Familienstand,⁴⁷ nach der Zahl der Familienmitglieder, die in die Wohnung einziehen sollen, nach der Anzahl und der Art der Haustiere, ob in den letzten fünf Jahren Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Insolvenzen oder Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gegen den Mieter angestrengt worden sind.⁴⁸ Ein kirchliches Wohnungsunternehmen soll auch nach der Religionszugehörigkeit fragen können, wenn es zu den Aufgaben dieses Unternehmens gehört, die Kirchenmitglieder mit Wohnraum zu versorgen.⁴⁹ Hieran hat sich auch nichts durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geändert. Denn auch danach ist eine Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen zulässig.

³⁹ grundlegend RGZ 165, 1, 21; BGH, NJW 1996, 2028.

⁴⁰ AG Hamburg, ZMR 2003, 744 = MietRB 2004, 133.

⁴¹ LG Wiesbaden v. 29.4.2004 – 2 S 112/03, WuM 2004, 399.

⁴² BVerfG, NJW 1991, 2411 = ZMR 1991, 366 (Danach muss ein Mieter bei Abschluss des Mietvertrages nicht offenbaren, dass er wegen Geistesschwäche entmündigt ist).

⁴³ vgl. *Blank* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 543 Rz. 191.

⁴⁴ LG Köln, DWW 1984, 74 = WuM 1984, 297.

⁴⁵ AG Bonn, WuM 1992, 597.

⁴⁶ LG Itzehoe v. 28.3.2008 – 9 S 132/07, WuM 2008, 281.

⁴⁷ LG Landau, ZMR 1985, 127 = WuM 1986, 133.

⁴⁸ AG Hamburg, ZMR 2003, 744 = MietRB 2004, 133.

⁴⁹ *Blank* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 191.

Nicht mehr ohne weiteres, jedenfalls nicht ohne sachlichen Grund zulässig sind dagegen Fragen nach der Nationalität,⁵⁰ dem früheren Mietverhältnis,⁵¹ dem Grund des Wohnungswechsels, der Bankverbindung, der Mitgliedschaft in einem Mieterverein oder einer politischen Partei, Hobbys, Kinderwünschen, Vorstrafen, dem Bestehen einer Schwangerschaft.

Wegen der zentralen Bedeutung der Zahlungsfähigkeit des Mieters sind Fragen nach einer Pfändung des Arbeitseinkommens, sonstigen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen usw. zulässig.⁵² Derartige Fragen habe sowohl der Mieter als auch sein Arbeitgeber wahrheitsgemäß zu beantworten. Dem Selbstbestimmungsrecht soll dadurch ausreichend Rechnung getragen sein, dass die Antwort verweigert werden kann, auch wenn deshalb der Vertrag wahrscheinlich nicht zustande kommt.

Einen Mietausfallschaden kann der Vermieter gegen den Arbeitgeber nicht mehr geltend machen, wenn er den anfechtbaren oder kündbaren Mietvertrag nach Kenntnis des wahren Sachverhalts durch Fortsetzung des Mietvertrages bestätigt.⁵³

Auf jeden Fall sollte in der Selbstauskunft ein Hinweis darauf enthalten sein, dass die Antworten als Entscheidungsgrundlage für den Abschluss des Mietvertrages dienen. Dadurch wird nämlich in einem späteren Verfahren die Beweissituation (Ursächlichkeit zwischen Falschauskunft und Abschluss des Mietvertrages) erleichtert.

6 Vertragsgemäßer Gebrauch

6.1 Videoüberwachung durch den Vermieter

Allgemein wird die Installation einer Videokamera zur Aufzeichnung von Vorgängen in allgemeinen Flächen als unzulässiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der aufgenommenen Personen angesehen.

Ein solcher Eingriff ist dem Vermieter ohne Zustimmung des Mieters auch dann nicht erlaubt, wenn die Kamera im Aufzug angebracht wurde, nachdem dieser (einmalig) mit Graffiti verschmiert wurde, um zukünftige Beschädigungen zu verhindern.⁵⁴

Die gleiche Folge tritt im umgekehrten Fall ein, wenn der Mieter eine Videokamera (-Attrappe) installiert um Nachbarn oder Dritten eine bestimmte Verhaltensweise abzufordern.⁵⁵

6.2 Geldautomat im Eingangsbereich des Lebensmittelgeschäfts

Nach § 541 BGB ist der Mieter verpflichtet, den vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache nach Abmahnung des Vermieters zu unterlassen. Die Fortsetzung des vertragswidrigen Gebrauchs berechtigt den Vermieter, auf Unterlassung zu klagen. Was jeweils im Einzelnen zur vertragsgemäßen Nutzung des Mieters gehört, richtet sich in erster Linie nach den Abreden der Parteien. Maßgebend sind bei deren - auch ergänzender - Auslegung die gesamten Umstände des Mietverhältnisses, ins-

⁵⁰ Weichert, WuM 1993, 723.

⁵¹ AG Rendsburg, WuM 1990, 507.

⁵² OLG Koblenz v. 6.5.2008 – 5 U 28/08, WuM 2008, 471.

⁵³ OLG Koblenz v. 6.5.2008 – 5 U 28/08, WuM 2008, 471.

⁵⁴ KG v. 4.8.2008 – 8 U 83/08, WuM 2008, 663.

⁵⁵ AG Hamburg-Wandsbek v. 11.10.2007 – 716 C 230/07, WuM 2008, 663.

besondere die Mietsache in ihrer Eigenart und deren beabsichtigte Nutzung sowie die Verkehrssitte unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben.⁵⁶ 15

Gestattet der Mieter einem Dritten im Eingangsbereich ihres Verbrauchermarkts einen Geldautomaten zu betreiben, liegt eine Vertragsverletzung vor, wenn der Mietzweck im „Betrieb eines Lebensmittelverbrauchermarktes mit dem in dieser Betriebsform üblichen Sortimenten, auch mit den üblichen Non-Food-Artikeln“ besteht.⁵⁷ Denn darunter fällt der Betrieb eines Geldautomaten nicht. Es handelt sich selbstverständlich nicht um einen Teil des Lebensmittelsortiments. Auch zählen die mit dem Bankautomaten möglichen Geldgeschäfte nicht zu den „Non-Food-Artikeln“. Darunter fallen nur nicht zum Verzehr bestimmte Waren, die der Verbraucher für seinen Haushaltsbedarf benötigt (z.B. Reinigungs- und Drogerieartikel, Küchenzubehör, Schreibwaren). Die Frage, ob inzwischen die Aufstellung von Geldautomaten im Eingangsbereich von Verbrauchermärkten üblich ist, kann erst relevant werden, wenn der Vermieter nicht von einer nahe gelegenen Bank auf Konkurrenzschutz in Anspruch genommen wird. Dann muss aber auch untersucht werden, ob dem entsprechende Mietverträge zugrunde liegen.

6.3 Einstweilige Verfügung bei Doppelvermietung

Bei einer Doppelvermietung, also dem Abschluss von zwei Mietverträgen mit unterschiedlichen Personen über die gleiche Mietsache, kann vor Überlassung der Mietsache an einen der Beiden kein Mieter die Überlassung an den jeweils anderen Mieter im Wege der einstweiligen Verfügung verhindern.⁵⁸

Dies gilt jedoch nicht, wenn der Vermieter in den Besitz, den er dem neuen Mieter dann überlassen hat, durch verbotene Eigenmacht gekommen ist.⁵⁹ Insoweit kann eine Herausgabe über §§ 861, 870 BGB realisiert werden.

6.4 Tierhaltungsklauseln

Eine Klausel über das Verbot von Tierhaltung (mit Erlaubnisvorbehalt) benachteiligt den Mieter unangemessen, wenn sie keine Ausnahme für Haustiere vorsieht, deren Haltung zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache im Sinne von § 535 Abs. 1 BGB gehört, weil davon in der Regel Beeinträchtigungen der Mietsache und Störungen Dritter nicht ausgehen können.⁶⁰

Deshalb ist eine Klausel auch dann unwirksam, wenn eine Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis nur für Ziervögel und Zierfische eingeräumt wird, nicht hingegen für andere Kleintiere wie etwa Hamster und Schildkröten.⁶¹

⁵⁶ BGH, NJW-RR 2007, 1243,1245 zur Wohnraummiete.

⁵⁷ OLG Düsseldorf v. 13.12.2007 – I-24 U 185/07, OLGR 2008, 543 = DWW 2008, 258.

⁵⁸ KG v. 25.1.2007 – 8 W 7/07, ZMR 2007, 614 = MDR 2007, 1126; OLG Hamm v. 15.10.2003 – 30 U 131/03, NZM 2004, 192 m.w.N.; a.A. OLG Düsseldorf, NJW 1991, 137.

⁵⁹ OLG Celle v. 12.10.2007 - 2 U 152/07, ZMR 2008, 288.

⁶⁰ BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 10/92, NJW 1993, 1061, unter II 4.

⁶¹ BGH v. 14.11.2007 – VIII ZR 340/06, WuM 2008, 23 = GE 2008, 48.

Nach § 535 Abs.1 Satz 2 BGB hat der Vermieter das Mietobjekt in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu übergeben. Damit fällt es grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Vermieters, die für die vereinbarte Nutzung maßgeblichen baulichen Voraussetzungen zu schaffen.

Mit dieser Hauptpflicht lässt es sich nicht vereinbaren (§ 307 BGB), wenn der Vermieter das Risiko der Einholung einer Nutzungsgenehmigung auf den Mieter auch insoweit formularmäßig überbürdet, dass die Versagung ausschließlich auf der Beschaffenheit oder Lage des Mietobjektes beruht.⁶² Diese Aussage bezieht sich auf folgende Konstellation:

„§ 1 Nr. 5

Der Vermieter leistet keine Gewähr dafür, dass die gemieteten Räume den in Frage kommenden technischen Anforderungen sowie den behördlichen und anderen Vorschriften entsprechen. Der Mieter hat behördliche Auflagen auf eigene Kosten zu erfüllen.“

§ 14 Nr. 1

Bauliche Änderungen durch den Mieter, insbesondere Um- und Einbauten, Installationen, auch die Vergitterung der Fenster und die Herstellung und Veränderung von Feuerstätten, dürfen nur mit schriftlicher Einwilligung des Vermieters vorgenommen werden. Erteilt der Vermieter eine solche Einwilligung, so ist der Mieter für die Einholung der bauaufsichtlichen Genehmigung verantwortlich und hat alle Kosten hierfür zu tragen.“

Die Klausel in § 1 Nr. 5 des Mietvertrages hält der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand, weil sie eine Haftung des Vermieters auch für den Fall ausschließt, dass die erforderliche behördliche Genehmigung für den vom Mieter vorgesehenen Gewerbebetrieb aus Gründen versagt wird, die ausschließlich auf der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjekts beruhen. Damit sind nach der Klausel im Falle der Verweigerung der Genehmigung nicht nur Gewährleistungsrechte des Mieters, sondern auch dessen Befugnis zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages ausgeschlossen. Ein so weit gehender Haftungsausschluss benachteiligt aber den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist deshalb nach § 307 BGB unwirksam.⁶³

Dagegen ist die zweite Klausel nicht zu beanstanden.⁶⁴ Daraus kann nicht hergeleitet werden, der Mieter habe selbst für die zum Betrieb seines Cateringunternehmens erforderliche baurechtliche Nutzungsänderungsgenehmigung zu sorgen. Dieser Auslegung steht der Wortlaut der Klausel entgegen, der die Verpflichtung des Vermieters unberührt lässt, für den vertragsgemäßen Zustand der Mietsache zu sorgen. Vielmehr handelt es sich bei der genannten Klausel um die in vielen Mietverträgen anzutreffende Regelung, wonach der Mieter bauliche Änderungen an der Mietsache nur mit Zustimmung des Vermieters vornehmen darf und ggf. die hierfür anfallenden Kosten selbst zu tragen hat.

⁶² BGH v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06, GuT 2007, 434 = GE 2008, 120 = ZMR 2008, 274.

⁶³ vgl. BGH v. 22.6.1988 - VIII ZR 232/87, NJW 1988, 2664, 2665.

⁶⁴ BGH v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06, GuT 2007, 434 = GE 2008, 120 = ZMR 2008, 274.

Nach den Bedingungen der Wohngebäudeversicherung, die regelmäßig Inhalt der entsprechenden Versicherungsverträge werden, obliegt es dem Versicherungsnehmer, in der kalten Jahreszeit die Beheizung des versicherten Gebäudes "genügend häufig" zu kontrollieren. Nach einer verbreiteten Rechtsauffassung soll unter Berücksichtigung des Zwecks der Sicherheitsvorschrift (vgl. z.B. § 11 Nr. 1 lit. d VGB 88) eine Kontrolldichte geboten und zumutbar sein, die auch bei Ausfall der Heizung einen Frostschaden möglichst vermeidet. Bei besonderen Witterungsverhältnisse, bei denen ein Frostschaden an Wasserleitungen schon binnen 48 Stunden nach Ausfall der Heizung eintreten kann, sei daher zumindest eine zweimal wöchentliche Kontrolle erforderlich. Insoweit sei auch keine Verlängerung des Kontrollintervalls gerechtfertigt, wenn die Heizung bisher ansonsten zuverlässig gearbeitet habe,.

Diese Meinung hat der BGH⁶⁵ verworfen. Seiner Auffassung nach bildet die Überlegung, wie rasch bei ausgefallener Heizung ein Frostschaden eintreten kann, nicht den Maßstab für das Kontrollintervall. Gegen ein solches Ereignis habe sich der Versicherungsnehmer im Grundsatz versichert und dafür Prämien gezahlt. Er sei daher nicht verpflichtet, das Ereignis, gegen das er sich versichert habe, mit allen Mitteln zu verhindern. Es entspreche einer ausgewogenen Risikoverteilung, wenn dem Versicherungsnehmer aufgegeben werde, das Risiko eines Frostschadens dadurch zu verringern, dass er das versicherte Objekt beheize und das ordnungsgemäße Funktionieren der Heizung in zumutbarer und verkehrsüblicher Weise ("genügend häufig") überwache. Das jeweils erforderliche Kontrollintervall sei anhand der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Der Maßstab für eine "genügend häufige" Kontrolle der Beheizung richte sich allein nach der Frage, in welchen Intervallen die jeweils eingesetzte Heizungsanlage nach der Verkehrsanschauung und Lebenserfahrung mit Blick auf ihre Bauart, ihr Alter, ihre Funktionsweise, Wartung, Zuverlässigkeit oder Störanfälligkeit kontrolliert werden müsse, um ein störungsfreies Funktionieren nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu gewährleisten.

Der obhutspflichtige Mieter muss auch während seiner Abwesenheit für eine ausreichende Kontrolle der Mietsache im Hinblick auf Gefahren sorgen.⁶⁶ Diese Kontrollpflicht richtet sich ebenfalls nach den Umständen des Einzelfalles und erstreckt sich im Winter auch auf die Heizung. Da der Mieter insoweit im Pflichtenkreis des Vermieters tätig wird, werden an ihn keine anderen Anforderungen zu stellen sein, zumal wenn er die Kosten der Gebäudeversicherung als Betriebskosten zahlt.

6.7 Wirksame Begründung einer Betriebspflicht

6.7.1 Formulärmäßige Kombination mit Sortimentsbindung

Die Vereinbarung der Betriebspflicht kann grundsätzlich auch in einem Formularmietvertrag enthalten sein.⁶⁷ Allerdings soll das Fehlen jeglichen Konkurrenzschutzes verbunden mit einer Sortimentsbindung zur Unwirksamkeit der Klausel über die Betriebspflicht nach § 307 BGB führen, weil

⁶⁵ BGH v. 25.6.2008 – IV ZR 233/06, GE 2008, 1050.

⁶⁶ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 237.

⁶⁷ BGH v. 29.04.1992 – XII ZR 221/90, NJW-RR 1992, 1032.

die unternehmerische Freiheit unangemessen eingeschränkt wird.⁶⁸ Diese Auffassung findet in Rechtsprechung und Literatur keine Unterstützung.⁶⁹ 18

Die Ansicht zur angeblichen Unwirksamkeit einer Betriebspflicht-Klausel, die von einem Ausschluss des Konkurrenzschutzes und von einer Sortimentsbindung flankiert wird, lässt unberücksichtigt, dass die formularmäßige Auferlegung einer Betriebspflicht ebenso unbedenklich ist, wie der formularmäßige Ausschluss von Konkurrenzschutz und die Auferlegung einer Sortimentsbindung, und einem zur Unwirksamkeit der Betriebspflicht führenden Summierungseffekt entgegensteht, dass nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln ein vom OLG Schleswig angenommenes kollidierendes, die Betriebspflicht übermäßig verstärkendes Zusammentreffen dieser Klauseln nicht dem – für § 307 BGB maßgeblichen – Regelfall entspricht, sondern eine atypische Ausnahmesituation bedeuten würde.⁷⁰ Kommt die Unwirksamkeit einer Klausel nur in untypischen Konstellationen in Betracht, so hindert dies ihre Wirksamkeit nicht.⁷¹

6.7.2 Pflicht zum ununterbrochenen Betrieb?

Ob eine Formularvereinbarung die üblichen Betriebsunterbrechungen wegen Inventur, Betriebsferien, Ladenöffnungszeiten etc. ausdrücklich berücksichtigen muss, ist streitig.⁷² Jedenfalls gehören solche Stilllegungen zur Verkehrssitte und begründen keinen Schadensersatzanspruch.⁷³

Selbst wenn die Klausel im Mietvertrag mit einem Lebensmittel-Discounters zeitweilige Schließungen „wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien“ untersagt, soll dies keine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellen.⁷⁴ Denn die Einlegung einer „Mittagspause“ sämtlicher Mitarbeiter eines Lebensmittel-Discounters in einem Einkaufszentrum zur selben Zeit ist ebenso wenig branchentypisch wie der Verkehrssitte entsprechend wie die Schließung aufgrund von „Betriebsferien“ oder wegen der Einlegung eines „Ruhetages“. Derartige Fälle sind ganz offensichtlich auf die Betreiber von kleineren, insbesondere von inhabergeführten Geschäften mit keinem weiteren oder einem nur geringen Personalbestand und/oder auf Geschäfte mit saisonalem Geschäft oder auf Geschäfte mit üblichen Ruhetagen (z. B. Gaststätte, Frisör) ausgerichtet.⁷⁵ Zeitweilige Schließungen aufgrund der Wahrnehmung vertraglich auf den Mieter übertragener Instandhaltungs- und -setzungsarbeiten sowie von vertraglich auf den Mieter abgewälzter Schönheitsreparaturen schließt eine solche Klausel nicht aus, sondern lässt sie – im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung – zu. Der Ausschluss zeitweiliger Schließungen für Mittagspausen, Ruhetage und Betriebsferien ist zudem durch ein berechtigtes und gegenüber der Interessenlage eines Lebensmittel-Discounters in

⁶⁸ OLG Schleswig v. 2.8.1999 – 4 W 24/99, NZM 2000, 1008

⁶⁹ OLG Hamburg, v. 3.4.2002 - 4 U 236/01; OLG Rostock v. 8.3.2004 - 3 U 118/03; KG v. 18.10.2004 - 8 U 92/04; OLG Naumburg v. 1.2.2005 – 9 U 66/04; *Fritz*, NJW 2002, 3372, 3374; *Hamann*, ZMR 2001, 581 f.; Kinne/Schach/Bieber, 5. Aufl., § 535 BGB Rz. 71; *Jendrek*, NZM 2000, 526, 529; *Stobbe/Tachezy*, NZM 2002, 557, 559; Ulmer/Brandner/Hensen, 10. Aufl., Anh. § 310 BGB Rz. 608; von Westphalen/ *Drettmann*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Geschäftsraummiete“, Rz. 92; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 610; Wolf/Horn/Lindacher, 4. Aufl., § 9 AGBGB, Anh. „Mietverträge“, Rz. M 78

⁷⁰ OLG Naumburg v. 15.7.2008 – 9 U 18/08, NZM 2008, 772.

⁷¹ vgl. Palandt/*Heinrichs*, 67. Aufl., § 307 BGB Rz. 9.

⁷² dafür: *Kraemer* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 938; dagegen: Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 659.

⁷³ OLG Düsseldorf v. 24.9.1998 – 10 W 93/98, NZM 1999, 124 = ZMR 1999, 171. 1.

⁷⁴ OLG Naumburg v. 15.7.2008 – 9 U 18/08, NZM 2008, 772.

⁷⁵ so auch: *Hamann*, ZMR 2001, 581, 582; dort Beispiel „Gaststätte“.

einem Einkaufszentrum überwiegendes Interesse des Vermieters an einer dauerhaften und vollen Funktionsfähigkeit des Centers gerechtfertigt. Kunden von Einkaufszentren haben die berechnete und vom Vermieter im Gesamtinteresse der Mieter zu berücksichtigende Erwartung, dass sie – in den durch die liberalisierten Ladenöffnungszeiten gezogenen gesetzlichen Grenzen – ununterbrochen ihren Konsumbedarf in den Ladengeschäften befriedigen können und dabei von dem Vorzug eines Einkaufszentrums profitieren können, auf verhältnismäßig kleinem, kompaktem Raum einen alle Einkaufsbedürfnisse abdeckenden Branchenmix vorzufinden. Mit „Ruhetagen“, „Betriebsferien“ oder Schließungen wegen „Mittagspause“ eines Lebensmittel-Discounters rechnen Kunden eines Einkaufszentrums berechtigterweise nicht.

Richtet sich die formularmäßige Betriebspflicht nach den Ladenöffnungszeiten und soll die verbindliche Öffnungszeit sich nach der Öffnung der „überwiegenden Anzahl aller Mieter“ im Einkaufszentrum orientieren, liegt eine Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vor, wenn nach den vertraglichen Regelungen mit der überwiegenden Anzahl von Mietern letztlich der Vermieter das Recht hat, die Öffnungszeiten (einseitig) zu bestimmen.⁷⁶

7 Miete

7.1 Fortgeltung der Zahlungspflicht, § 537 BGB

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass es dem vertragsbrüchigen Mieter, der die Mieträume nicht übernimmt oder vorzeitig räumt, gemäß § 242 BGB versagt sein kann, sich auf § 537 Abs. 2 BGB zu berufen.⁷⁷ Eine im Rahmen der Mietrechtsreform vom Bundesrat vorgeschlagene ergänzende Regelung in § 537 Abs. 2 BGB dahin, dass der Mieter bei mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Vermieters von der Entrichtung der Miete dann nicht frei werden solle, wenn er die Mietzahlung einstelle und den Gebrauch aufgegeben habe und der Vermieter ihm die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten angezeigt habe, hat der Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten. Da es von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles abhängt, ob der Vermieter bei Gebrauchsaufgabe durch den Mieter weiterhin einen Anspruch gegen diesen auf Zahlung der Miete habe, sei die bestehende Regelung (§ 537 Abs. 2 BGB), die im Einzelfall durch § 242 BGB eine der Billigkeit entsprechende Korrektur erfahren könne, sachgerecht.⁷⁸

Nach der Rechtsprechung des BGH ist das Berufen des Mieters auf die fehlende Erfüllungsbereitschaft des Vermieters regelmäßig rechtsmissbräuchlich, wenn er eine grobe Vertragsverletzung begangen hat, indem er ohne Rücksicht auf den weiter bestehenden Mietvertrag endgültig ausgezogen ist und keine Miete mehr gezahlt hat und er auf diese Weise den Vermieter zu einer Weitervermietung der Mietsache veranlasst hat.⁷⁹ Das gilt auch dann, wenn ein Mieter, der die Mieträume noch nicht bezogen hat, sich trotz des bestehenden Mietvertrages grundlos weigert, diesen zu erfüllen, und der Vermieter nur wegen dieser vertragswidrigen Weigerung des Mieters eine Weitervermietung vorgenommen hat.⁸⁰ Dabei ist entscheidend, dass es unbillig ist, wenn der Mieter aus

⁷⁶ BGH v. 7.5.2008 – XII ZR 5/06, GuT 2008, 339; BGH v. 16.5.2007 – XII ZR 13/05, GuT 2007, 205 = ZMR 2007, 846 = GE 2007, 1117 = NZM 2007, 516.

⁷⁷ BGHZ 122, 163, 169, BGH v. 22.12.1999 - XII ZR 239/97, NJW 2000, 1105; MünchKomm/Schilling, 4. Aufl., § 537 BGB Rz. 11; Staudinger/Emmerich, 2006, § 537 BGB Rz. 36; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 537 BGB Rz. 24.

⁷⁸ BT-Drucks. 14/4553, 83, 98.

⁷⁹ BGHZ 122, 163, 168 f.

⁸⁰ BGH v. 22.12.1999 - XII ZR 339/97, NJW 2000, 1105, 1106.

einem Verhalten seines sonst vertragstreuen Vertragspartners, das er selbst durch einen groben Vertragsbruch herbeigeführt hat, Rechte herleitet. Von einem groben Vertragsbruch kann allerdings dann nicht ohne weiteres ausgegangen werden, wenn der Mieter aus nachvollziehbaren Gründen davon ausgeht, das Mietverhältnis sei beendet.⁸¹

Vor diesem Hintergrund ist eine Korrektur der durch § 537 Abs. 2 BGB geschaffenen Rechtslage nach den Grundsätzen über den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) geboten, wenn der Mieter eine grobe Vertragsverletzung begangen hat, indem er die vor Vertragsbeginn fällig gewordene Miete nicht bezahlt und trotz wirksam vereinbarter Betriebspflicht die Mietsache (hier: Messestand) nicht genutzt hat.⁸² In dieser Situation liegt die unentgeltliche Überlassung der Mietsache nicht lediglich im eigenen, sondern auch im Interesse des Mieters. Denn durch die wirksame Vereinbarung der Betriebspflicht haben die Parteien dem berechtigten Interesse des Vermieters Rechnung getragen, einen Leerstand zu vermeiden, der sich auf das Gesamtbild der Messe nachteilig ausgewirkt hätte.

7.2 Formularmäßiger Lastschriftinzug

Im Formularvertrag kann vereinbart werden, dass die Miete durch Bankeinzugsverfahren zu zahlen ist. Die Zahlung durch Teilnahme am Abbuchungsverfahren ist formularvertraglich nicht vereinbar.⁸³ Die formularmäßige Verpflichtung zur Einzugsermächtigung ist zulässig. Gleichwohl kann die Klausel unwirksam werden, wenn sie mit einer Regelung kombiniert ist, nach der der Vermieter Zahlungen des Mieters beliebig verrechnen darf (Verstoß gegen das Transparenzgebot)⁸⁴ oder den Mieter über seine Widerrufsmöglichkeit nicht aufklärt.⁸⁵ Berechtigt die Klausel den Vermieter auch zum Einzug von Einmalzahlungen (z.B. Betriebskostennachforderungen),⁸⁶ muss sie die Möglichkeit vorsehen, dass zwischen Zugang der Rechnung und dem Einzug des Rechnungsbetrages mindestens 5 Werktage liegen. Denn nach Auffassung des BGH benötigt ein Kunde diese Zeit, um die Rechnung zu prüfen und ggf. für ausreichende Deckung des Kontos zu sorgen.⁸⁷

Allein die Verwendung des Wortes „Bankeinzug“ in einer Klausel führt nicht zu deren Unwirksamkeit, weil damit auch das Abbuchungsverfahren gemeint sein könnte.⁸⁸ Denn dem Kunden ist im Zusammenhang mit dem Einzugsermächtigungsverfahren Wort „Bankeinzug“ vertraut. Im Übrigen deuteten alle Umstände nur auf diese Art des in der Praxis weit verbreiteten und bekannteren Lastschriftverfahrens hin. Im Übrigen sein von ausschlaggebender Bedeutung, dass bei einem Lastschriftverfahren ausschließlich eine abschließende Willenserklärung gegenüber dem Verwender abzugeben sei, während das Abbuchungsauftragsverfahren eine Willenserklärung ausdrücklich gegenüber der Bank des Kunden erfordere.

⁸¹ BGHZ 122, 163, 169; OLG Düsseldorf v. 11.3.2008 – I-24 U 138/07, OLGR 2008, 621.

⁸² BGH v. 19.12.2007 – XII ZR 13/06, NZM 2008, 206 = ZMR 2008, 278 = GuT 2008, 119.

⁸³ LG Köln, WuM 1990, 380; AG Köln, WuM 2000, 209; AG Freiburg, WuM 1987, 51

⁸⁴ LG Köln v. 16.5.2002- 1 S 205/01, NZM 2002, 780.

⁸⁵ LG Frankfurt/O. v. 22.7.2003 – 12 O 58/03, ZMR 2003, 741.

⁸⁶ *Börstinghaus*, NZM 2003, 829, 831.

⁸⁷ BGH v. 23.1.2003 – III ZR 54/02, NZM 2003, 367.

⁸⁸ BGH v. 29.5.2008 - III ZR 330/07, ■.

kann der Mieter noch mindestens sechs Wochen später die Belastung rückgängig machen (richtigerweise sogar noch länger, nach sechs Wochen ändert sich allein die Risikoverteilung zwischen der Bank des Mieters und des Vermieters). Aus dieser Rechtslage soll sich für den vorläufigen Insolvenzverwalter die Pflicht zum Widerruf⁸⁹ und damit zur Auffüllung der Insolvenzmasse ergeben: nach ihrer Bestellung widerrufen sie zuerst die Lastschriftinzugserlaubnis und lassen dann zumindest die Mieten, die in den letzten sechs Wochen gezahlt wurden, zurückbuchen. Damit können im Regelfall bis zu drei Mieten rückgängig gemacht werden.

Das Dilemma für den Vermieter: es entsteht rückwirkend ein unvorhersehbarer Mietrückstand, der nur als einfache Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden kann. Auch wenn dadurch der Rückstand zwei Monatsmieten übersteigt, kann damit eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges nicht begründet werden. Denn nach § 112 InsO kann eine Kündigung nicht auf Zahlungsrückstände gestützt werden, die in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten sind. Der Vermieter muss also warten, bis der (vorläufige) Insolventverwalter selbst einen (ausreichenden) Zahlungsrückstand herbeiführt.

7.3 Einseitige Beendigung des Lastschriftinzugsverfahrens?

Ob der Gläubiger durch einseitige Erklärung die vereinbarte Lastschriftabrede beenden kann oder ob hierfür eine vertragliche Regelung erforderlich ist, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich gesehen. Die jederzeitige Widerruflichkeit oder Kündbarkeit des Einverständnisses mit dem Lastschriftinzug wird damit begründet, dass die Zahlung im Lastschriftverfahren eine besondere Handlung des Gläubigers voraussetzt, die niemandem aufgezwungen werden kann.⁹⁰ Nachdem der BGH zunächst dieser Ansicht zuzuneigen schien,⁹¹ hierfür aber eine „unmissverständliche Mitteilung“ des Gläubigers an den Schuldner verlangte, hat er in einer späteren Entscheidung ausgeführt, der Lastschriftgläubiger könne sich nicht einseitig von dem vereinbarten Einzug im Lastschriftverfahren lösen.⁹² Diese Ansicht spricht für das Erfordernis einer vertraglichen und somit einvernehmlichen Änderung eines Schuldverhältnisses, wozu auch die Vereinbarung einer Leistungsmodalität gehört.

Solange eine einvernehmliche Beendigung des Abbuchungsverfahrens nicht erfolgt, kommt bei wiederholten Rücklastschriften ein Recht des Gläubigers (= Vermieters) zur Kündigung des Lastschriftverfahrens gemäß § 314 Abs. 1 BGB in Betracht. Dies setzt aber ebenfalls eine eindeutige auf die Beendigung des Verfahrens gerichtete Willenserklärung voraus.⁹³

Diese Auffassung erscheint zweifelhaft. Unabhängig von der Frage, ob § 314 BGB im laufenden Mietverhältnis wegen der spezielleren Regelungen in § 543 BGB überhaupt anwendbar ist, wird damit eine Teilkündigung zugelassen, die dem Mietrecht grundsätzlich fremd ist. Ohne die ausdrücklich vereinbarte Widerrufsmöglichkeit kann sich der Vermieter daher nicht einseitig von der Abrede, die Miete werde im Lastschriftinzugsverfahren gezahlt, lösen. Immerhin kann er aus Scha-

⁸⁹ AG Hamburg v. 28.6.2007 – 68g IK 272/07, ZMR 2008, 541.

⁹⁰ *Canaris* in Staub, HGB, 4. Aufl., Bankvertragsrecht, I. Teil, Rz. 649.

⁹¹ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

⁹² BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

⁹³ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

densminderungsgesichtspunkten verpflichtet sein, nach mehrfachem wiederholten Rücklastschriften dem Mieter mitzuteilen, dass von der Ermächtigung in der Zukunft kein Gebrauch mehr gemacht wird, und/oder auf Kontodeckung klagen. Tritt in der Zwischenzeit ein ausreichender Mietrückstand ein, kann er nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB kündigen. 22

7.4 Aufrechnungsverbot in Altverträgen

Wegen Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB gilt für die Fälligkeit der Miete bei Verträgen, die vor dem 1.9.2001 geschlossen wurden, nach wie vor § 551 Abs. 1 BGB a.F. Danach ist die Miete grundsätzlich (monatlich) nachträglich zu entrichten. Es entsprach aber einer fast allgemeinen Praxis, im Mietvertrag sog. Vorfälligkeitsklauseln zu regeln, die bestimmten, dass die Miete monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag zu leisten sei. Derartige Klauseln waren nach § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1 BGB) unwirksam, wenn gleichzeitig eine Klausel die Aufrechnung auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkte.⁹⁴ Denn dadurch wird das Insolvenzrisiko auf den Mieter in unangemessener Weise überbürdet, weil er wegen seines Rückforderungsanspruchs, der aus einem Mangel im laufenden Monat nach der vorfälligen Zahlung entsteht, auf den Klageweg angewiesen ist.

Von dieser Konstellation unterscheidet sich die Kombination einer Vorfälligkeitsklausel mit einer Aufrechnungsverbotsklausel wesentlich, wenn in der Aufrechnungsklausel ausdrücklich bestimmt ist, dass wegen Rückforderungsansprüchen, die sich aus nach der Zahlung entstehenden Mängeln ergeben, die Aufrechnung zulässig ist.⁹⁵

8 Mietzeit

8.1 Einseitiger formularmäßiger Kündigungsverzicht des Mieters

Im Rahmen der Klärung der grundsätzlichen Zulässigkeit von Vereinbarungen einer Mindestlaufzeit für die Wohnraummiete⁹⁶ wurde auch ein formularmäßiger einseitiger Kündigungsverzicht des Mieters für die Dauer von zwei Jahren im Hinblick auf § 557a Abs. 3 BGB für zulässig erachtet.⁹⁷ In Verbindung mit einer Staffelmiete ist sogar ein vierjähriger einseitiger Verzicht als wirksam anerkannt.⁹⁸

Regelt die Klausel lediglich den Ausschluss der ordentlichen Kündigung für die Dauer von zwei Jahren, scheidet ihre Einbeziehung nicht an § 305c Abs. 2 BGB.⁹⁹ Selbst wenn die Klausel nicht eindeutig regelte, ob das Mietverhältnis erstmals zum Ablauf von zwei Jahren gekündigt oder die Kündigungserklärung erstmals nach Ablauf dieses Zeitraums abgegeben werden kann, hätte eine solche Mehrdeutigkeit nach § 305c Abs. 2 BGB lediglich zur Folge, dass die Klägerin die ihr ungünstigste Auslegungsvariante gegen

⁹⁴ BGH v. 26.10.1994 - VIII ARZ 3/94, WuM 1995, 28 = MDR 1995, 142 = ZMR 1995, 60.

⁹⁵ BGH v. 14.11.2007 - VIII ZR 337/06, WuM 2008, 152 = GE 2008, 113.

⁹⁶ BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, WuM 2004, 157 = ZMR 2004, 251 mit Anm. Häublein; BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 379/03, WuM 2004, 542; BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 294/03, WuM 2004, 543.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 154/04, WuM 2006, 97 = ZMR 2006, 262.

⁹⁹ BGH v. 12.11.2008 - VIII ZR 270/07, ■.

sich gelten lassen müsste. Eine solcher Kündigungsausschluss hält auch der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB stand, wenn er in Verbindung mit einer Staffelmiete erfolgt. Die Vereinbarung einer Staffelmiete soll beiden Parteien Kalkulationssicherheit geben; sie ist auch für den Mieter insoweit vorteilhaft, als Mieterhöhungen nach §§ 558 bis 559b BGB ausgeschlossen sind (§ 557a Abs. 2 Satz 2 BGB). § 557a Abs. 3 BGB sieht bei der Staffelmiete ausdrücklich vor, dass das Kündigungsrecht des Mieters für höchstens vier Jahre seit Abschluss der Staffelmietvereinbarung ausgeschlossen werden kann. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ist es für die Wirksamkeit des Kündigungsausschlusses nicht erforderlich, dass dieser wechselseitig auch für den Vermieter gilt. Der Gesetzgeber hat Staffelmietvereinbarungen, die einen einseitigen Ausschluss des Kündigungsrechts enthalten, bis zur Grenze von vier Jahren billigen wollen und durch die Bestimmung des § 557a Abs. 3 BGB zugelassen

8.2 Konkurrenz von Kündigungsrecht und Optionsklausel

Enthält ein Gewerberaum-Mietvertrag neben Optionen auch Regelungen zur Kündigung, ergeben sich in der Praxis oft Auslegungsprobleme. Im konkreten Fall bestand ein zweimaliges Optionsrecht, dass jeweils sechs Monate vor Vertragsende ausgeübt werden musste. Daneben war geregelt, dass sich der Mietvertrag jeweils um ein Jahr verlängern sollte und mit der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt werden konnte. Schließlich war vorgesehen, dass „über weitere Optionsrechte“ verhandelt werden konnte.¹⁰⁰

Der Mieter hatte die erste Option ausgeübt. Sechs Monate nach Ablauf der durch diese Option verlängerten Mietzeit teilte er dem Vermieter mit, dass er nun die zweite Option ausübe. Dem widersprach der Vermieter, der weitere sechs Monate später kündigte.

Der Mieter hatte sein Recht auf Ausübung der Verlängerungsoption dadurch verloren, dass er die zweite Option verspätet und damit unwirksam ausgeübt hatte.¹⁰¹ Damit verlängerte sich das Mietverhältnis automatisch um jeweils ein Jahr und konnte von dem Vermieter mit der ordentlichen Kündigungsfrist ordentlich gekündigt werden. Ein Wiederaufleben der Optionsrechte war ausgeschlossen, weil die Ausübung der Optionsrechte, und dazu gehört auch die vereinbarte Verhandlungsoption, von einer vorhergehenden wirksamen und fortlaufenden Optionsrechtsausübung abhängt. Der zwischenzeitliche Nichtgebrauch einer Option bringt die Optionsrechte insgesamt zum Erlöschen.¹⁰²

Die Regelungen könnten dahin ausgelegt werden, dass die vereinbarten Optionsrechte, die nach jeweils sechs Monate vor Vertragsende geltend zu machen waren, auch dann geltend gemacht werden konnten, wenn die ursprüngliche Grundmietzeit von zehn Jahren sich aufgrund der automatischen Verlängerungsklausel jeweils um ein Jahr verlängert hatte.

Ein solches Verständnis soll jedoch nicht interessengerecht sein, weil es die Vermieterseite einseitig benachteiligt.¹⁰³ Die Optionsklausel habe wirtschaftlich den Sinn, dem Mieter die Möglichkeit einer angemessenen Amortisation seiner erheblichen Investitionen dadurch zu geben, dass er eine genü-

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf v. 6.9.2007 – 10 U 25/07, ZMR 2008, 785.

¹⁰¹ OLG Düsseldorf v. 6.9.2007 – 10 U 25/07, ZMR 2008, 785.

¹⁰² vgl. OLG Hamburg, NZM 1998, 333 m.w.N.

¹⁰³ OLG Düsseldorf v. 6.9.2007 – 10 U 25/07, ZMR 2008, 785.

gend lange Mietdauer durch Ausübung der Optionen herbeiführen kann. Der Vermieter habe andererseits ein berechtigtes Interesse daran, eine längerfristige Planungssicherheit über die weitere Verwertungsmöglichkeit der Mietsache zu erhalten. Dieses Interesse wäre nicht berücksichtigt, wenn der Mieter zunächst die automatische Verlängerungsklausel anlaufen ließe und die für ihn durch fristgemäße Kündigung des Vermieters, die nach dem Mietvertrag 12 Monate vor dem Ende der Laufzeit ausgesprochen werden musste, erkennbare Beendigungsabsicht durch Ausübung der Option durchkreuzen könnte. Hierbei könnte der Mieter die Gesamtdauer gegen den Willen des Vermieters in unbestimmbare Länge herbeiführen. Eine interessengerechte Auslegung führe deshalb dazu, dass die Verlängerungsoptionen nur im Anschluss an die Grundmietzeit und nur im Anschluss an eine vorhergehende ausgeübte Verlängerungsoption ausgeübt werden könnten.

8.3 Optionsausübung an Silvester

Oftmals ist in einem Mietvertrag ausdrücklich bestimmt, bis wann eine Option taggenau auszuüben ist. Doch selbst wenn nur eine Frist unter Angabe von Jahren oder Monaten bestimmt wird, ist die Option nur wirksam ausgeübt, wenn der Zugang rechtzeitig bewirkt wurde. Dafür kommt es darauf an, ob im Zeitpunkt des Einwurfs des Briefes in den Briefkasten nach der Verkehrsanschauung, ohne Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Empfängers, noch mit einer Leerung am selben Tag zu rechnen war.¹⁰⁴

Nach Auffassung des BGH kann es insoweit dahinstehen, ob im geschäftlichen Verkehr ein Brief, der während der Geschäftszeiten in den Briefkasten geworfen wird, in jedem Fall zugegangen ist, weil die Post AG und andere Dienstleister zwischenzeitlich Briefe nicht nur vormittags zustellen, oder ob eine entsprechende Verkehrsanschauung nicht besteht.¹⁰⁵ Denn der Zugang einer Willenserklärung erfolgt jedenfalls nicht mehr am selben Tag, wenn er nach Schluss der Geschäftszeiten in den Briefkasten eines Betriebs eingeworfen wird. In diesem Fall kann mit einer Leerung des Briefkastens am selben Tag nicht gerechnet werden. Wird in einem Bürobetrieb Silvester nachmittags nicht gearbeitet, ist bei einem Einwurf kurz vor 16.00 Uhr mit einer Briefkastenleerung am selben Tag nicht mehr zu rechnen. Daran ändert auch nichts der Umstand, dass die streitgegenständliche Verwaltungsgesellschaft auf ihren Geschäftsbriefen angibt, an Werktagen außer freitags von 14.00 bis 17.00 Uhr Sprechzeiten abzuhalten. Ein solches Schreiben schafft beim Empfänger kein Vertrauen darauf, dass in der genannten Firma entgegen der allgemeinen Übung am Nachmittag des 31. Dezember gearbeitet werde.¹⁰⁶

Die Bedeutung geht weit über den Einzelfall hinaus und gilt für alle fristgebunden Erklärungen, die bis 31.12. abgegeben werden müssen. Mittlerweile kann es als allgemein üblich angesehen werden, dass am 31.12. ein Bürobetrieb bei Dienstleistern jedenfalls nicht mehr nachmittags stattfindet. Ob der Privatmann am Silvesternachmittag noch in den Briefkasten sieht, muss ebenfalls bezweifelt werden. Deshalb kann die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB jedenfalls nicht mehr durch einen Briefkasteneinwurf ab 16:00 Uhr an diesem tag erreicht werden.

¹⁰⁴ BGH v. 21.1.2004 - XII ZR 214/00, NJW 2004, 1320, 1321.

¹⁰⁵ vgl. zu den unterschiedlichen Meinungen Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 130 BGB Rz. 6; Reichold in Juris PK-BGB, 3. Aufl., Rz. 12.1.

¹⁰⁶ BGH v. 5.12.2007 – XII ZR 148/05, GuT 2008, 28 = GE 2008, 261 = ZMR 2008, 275.

9.1 Sinn und Zweck des § 550 BGB

§ 550 BGB will in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt (§ 566 Abs. 1 BGB), dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann.¹⁰⁷

Dazu muss der Vertrag dem Erwerber nicht vollständige Gewissheit darüber verschaffen,¹⁰⁸ ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch besteht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben wurde. Denn soweit ein Eintritt des Grundstückserwerbers in den Mietvertrag nicht stattfindet, weil dieser nicht oder nicht mehr besteht, bedarf es auch nicht des Schutzes der Schriftform vor einer langjährigen Bindung an unbekanntes Bedingungen.¹⁰⁹ Wenn etwa die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption für eine Vertragspartei vorsieht, kann der Grundstückserwerber dieser nicht entnehmen, ob die Option vor dem Eigentumserwerb ausgeübt wurde oder nicht. Der Erwerber ist aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Option hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich bei seinem Verkäufer zu erkundigen.¹¹⁰

Andererseits erschöpft sich der Zweck der Schriftform des § 550 BGB nicht in dem Schutz eines späteren Erwerbers. Denn ansonsten hätte es nahe gelegen, die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung auf diesen Erwerber zu beschränken. Deshalb erstreckt sich der Schutz auch auf die ursprünglichen Vertragsparteien,¹¹¹ die vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen geschützt werden sollen und denen die Schriftform des § 550 BGB dazu dient, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen.¹¹² Davon ist offensichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, indem er durch das Mietrechtsreformgesetz die frühere Vorschrift des § 566 BGB in Kenntnis dieser Rechtsprechung nur mit redaktionellen, aber ohne inhaltliche Änderungen als § 550 BGB übernommen hat.¹¹³

9.2 Anwendbare Abreden

§ 550 BGB verlangt, dass ein Mietvertrag über ein Laufzeit von mehr als einem Jahr geschlossen wurde. Jedenfalls für den eingeschränkten Kündigungsverzicht (z.B. Verzicht des Vermieters auf Eigenbedarfskündigungen) war es umstritten, ob § 550 BGB einschlägig ist. Nach einer Ansicht sollte eine Formbedürftigkeit nicht gegeben sein, wenn der Vermieter lediglich auf bestimmte Kündigungsgründe verzichte, weil sich nur ein genereller Kündigungsverzicht unmittelbar auf die Dauer des Mietverhältnisses auswirke.¹¹⁴ Nach anderer Auffassung, der sich der BGH¹¹⁵ angeschlossen

¹⁰⁷ BGH v. 18.12.2002 - XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248, 1249 m.w.N.

¹⁰⁸ BGHZ 154, 171, 180 = NJW 2003, 2158, 2160; BGHZ 136, 357, 370 f. = NJW 1998, 58, 61.

¹⁰⁹ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346, 3347.

¹¹⁰ BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, NJW 2007, 3273, 3275.

¹¹¹ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GuT 2008, 284 = GE 2008, 798 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482.

¹¹² vgl. BGHZ 81, 46, 51 = NJW 1981, 2246, 2247 (zur Warnfunktion) und BGHZ 136, 357, 370 = NJW 1998, 58, 61 sowie BGHZ 139, 123, 130 = NJW 1998, 2664, 2666 (zur Beweis- und Warnfunktion).

¹¹³ vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 47 = BR-Drucks. 439/00 S. 118.

¹¹⁴ Bub/Treier/Heile, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 730; Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., IV Rz. 60.

¹¹⁵ BGH v. 4.4.2007 - VIII ZR 223/06, WuM 2007, 272.

hat, genügt bereits der Ausschluss lediglich bestimmter Kündigungsgründe, etwa des Eigenbedarfs, um die Formbedürftigkeit zu bejahen.¹¹⁶ 26

Dies gilt erst recht, wenn das Recht zur ordentlichen Kündigung generell über eine längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen werden soll.¹¹⁷

9.3 Annahme nach Ablauf der regelmäßigen Annahmefrist

Haben sich die Parteien noch nicht abschließend geeinigt (oder gelingt einer Partei ein solcher Nachweis nicht) und übermittelt der eine Partner den unterschriebenen Mietvertrag, ohne eine Annahmefrist zu bestimmen, kann die Annahme (wirksam) nur innerhalb der Frist erklärt werden, in welcher der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, § 147 Abs. 2 BGB. Wird die Annahme nach Ablauf der Frist erklärt, wirkt sie nach § 150 Abs. 2 BGB als Angebot. Dokumentiert der ursprünglich Antragende seine Annahme nun nicht durch eine Unterschrift, soll ein Schriftformmangel gegeben sein.¹¹⁸

Die Dauer der regelmäßigen Annahmefrist wurde mit nur 5 Tagen bestimmt und sollte auch deshalb nicht zu verlängern sein, weil auf der anderen Seite der Vertrag von zwei Personen zu unterschreiben war.¹¹⁹ Dabei soll es sich aber um eine Einzelfallentscheidung handeln.¹²⁰ Die regelmäßige Annahmefrist muss die neben der Zeit für die Übersendung auch eine angemessene Überlegungsfrist berücksichtigen, so dass die Rücksendung des unterschriebenen Exemplars innerhalb von zwei bis drei Wochen noch rechtzeitig erfolgt.¹²¹

9.4 Dokumentation der Vertretung einer Mietpartei

Die Schriftform ist grundsätzlich nur dann gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere über den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde (vgl. aber § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB) ergibt.¹²² Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Dies wurde für die Gesellschafter einer GbR¹²³ und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft¹²⁴ entschieden. Ein Vertre-

¹¹⁶ LG Berlin v. 8.3.1991 – 64 S 394/90, WuM 1991, 498; LG Hamburg v. 30.11.2000 – 307 S 133/00, ZMR 2001, 895; *Sonnenschein*, NZM 2000, 1, 8 f. m.w.N.

¹¹⁷ BGH v. 9.7.2008 – XII ZR 117/06, ZMR 2008, 883 = GuT 2008, 335.

¹¹⁸ KG v. 25.1.2007 – 8 U 129/06, GuT 2007, 87 = WuM 2007, 346 = ZMR 2007, 535 = NZM 2007, 517: a.A. *Lützenkirchen*, WuM 2008, 119, 130.

¹¹⁹ KG, WuM 2001, 111.

¹²⁰ KG v. 13.9.2007 – 12 U 36/07, GE 2008, 124 = ZMR 2008, 615 = KGR 2008, 129.

¹²¹ KG v. 5.7.2007 – 8 U 182/06, WuM 2007, 475 = NZM 2007, 731; OLG Naumburg v. 7.9.2004 - 9 U 3/04 NZM 2004, 825; OLG Dresden v. 31.8.2004 – 5 U 946/04, NZM 2004, 827; a. A. LG Stendal v. 29.1.2004 – 22 S 107/03, NZM 2005, 15.

¹²² vgl. insoweit BGHZ 160, 97, 102 f. = NJW 2004, 2962, 2963 f.

¹²³ BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, NJW 2004, 1103; BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053, 3054.

¹²⁴ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3391.

tungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder als Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat.¹²⁵

Ist die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise hinreichend bestimmbar, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt.¹²⁶ Gleiches gilt, wenn der Vertrag auf Seiten einer als Mietvertragspartei genannten GmbH ohne nähere Kennzeichnung des Vertretungsverhältnisses unterschrieben worden ist.¹²⁷

Auch eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht würde der Schriftform dann nicht entgegenstehen.¹²⁸ Ob der Mietvertrag bereits mit dieser Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern des Vertragsschlusses. Denn wie ausgeführt will § 550 BGB den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob überhaupt ein Vertrag besteht.¹²⁹

Nach diesen Grundsätzen ist die Schriftform des § 550 BGB durch einen Mietvertrag gewahrt, in dem die Ehefrau des Unterzeichners, die Eigentümerin, als Vermieterin aufgeführt ist und der Ehemann auf der Unterschriftenzeile „Vermieter“ ohne Vertretungszusatz unterschreibt.¹³⁰ Dem steht auch nicht entgegen, dass der Ehemann den Vertrag möglicherweise nur mit seinem Nachnamen unterschrieben hat, der sich nicht von dem Nachnamen seiner Ehefrau, der Vermieterin, unterscheidet. Damit war für die Vertragsparteien, aber auch für einen späteren Erwerber, aus der Vertragsurkunde ersichtlich, dass entweder die Vermieterin persönlich oder ein namensgleicher Vertreter unterschrieben hat, was beides für die Einhaltung der Schriftform ausreicht. Ob in solchen Fällen überhaupt eine Vertretung vorliegt und ob ein Vertreter dazu bevollmächtigt war, ist eine Frage des Zustandekommens des Vertrages und für die Einhaltung der Schriftform unerheblich.

9.5 Beschreibung des Mietobjektes

Unerlässlich für die Einhaltung der Schriftform ist die genaue Umschreibung des Mietobjektes.¹³¹ Insoweit wird der Schriftform genügt, wenn sich der Gesamtinhalt des Mietvertrages aus dem Zusammenspiel verstreuter Bestimmungen ergibt, sofern die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit der einzelnen Schriftstücke oder Skizzen in geeigneter Weise kenntlich gemacht haben.¹³² Die nur vage Beschreibung der Mietsache (400 – 500 m²), die vom Mieter nach Fertigstellung bezogen werden sollen, ist nicht ausreichend.¹³³ Zur Beschreibung einer Woh-

¹²⁵ BGHZ 125, 175, 178 ff. = NJW 1994, 1649, 1650 f.

¹²⁶ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GE 2008, 798; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346 f.; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2226.

¹²⁷ BGH v. 19. September 2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346 f.

¹²⁸ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GE 2008, 798 = NJW 2008, 2178 = NZM 2008, 482.

¹²⁹ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346, 3347; BGH v. 6.4. 2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2226.

¹³⁰ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GuT 2008, 284 = GE 2008, 798 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482.

¹³¹ BGH v. 30.6.1999 - XII ZR 55/97, WuM 1999, 516, 517; BGH v. 21.1.1999 - VII ZR 93/97, WuM 1999, 286.

¹³² BGH v. 30.6.1999 - XII ZR 55/97, WuM 1999, 516, 517; OLG Hamm v. 11.3.1998 - 33 U 89/97, ZMR 1998, 622.

¹³³ KG v. 17.8.2006 - 8 U 33/06, NZM 2007, 248.

nung¹³⁴ oder einer Gewerbeinheit¹³⁵ muss grundsätzlich deren Lage im Haus oder der Etage jedenfalls dann mitgeteilt werden, wenn mehrere Einheiten bestehen. 28

Die Beschreibung in einer nachträglichen (formwirksamen) Urkunde heilt eine möglicherweise nicht ausreichende Beschreibung, wenn Bestandteil der (nachträglichen) Urkunde ein Lageplan ist, der sechs Gebäude umfasst, deren Gebäudeart und Nutzflächen darin (rechts neben der Grundrisszeichnung) spezifiziert werden und außer Wohnungen und Büroflächen darin auch Ladenflächen ausgewiesen sind, aber nur ein "SB-Markt" bzw. "Lebensmittelmarkt" im Erdgeschoss des Gebäudes 5, dessen mit 966 qm angegebene ca.-Nutzfläche als einzige der im Mietvertrag angegebenen "Gesamtgröße von ca. 1.060 qm" annähernd entspricht, genügt diese Angabe den Bestimmtheitsanforderungen, wenn das Erdgeschoss des Gebäudes 5 weitere Räume nach dieser Aufstellung nicht umfasst und die anderen Ladenflächen mit Nutzflächen zwischen 294 qm und 477 qm ausgewiesen sind.¹³⁶

Wird eine Nachtragsvereinbarung geschaffen, ist die Bezeichnung des Gebäudes ohne genaue Beschreibung der Räumlichkeiten ausreichend, weil die bestehende Nutzung durch den Mieter als Auslegungshilfe herangezogen werden darf.¹³⁷

9.6 Fehlende Beschreibung von Nebenflächen

Der Schriftform bedürfen nicht solche Abreden, die für den Vertragsinhalt, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind.¹³⁸ Dazu gehört grundsätzlich die Mitteilung der Lage eines evtl. mitvermieteten Stellplatzes oder Kellerraumes. Wird der Raum nur als solches angegeben, ist die Klausel so auszulegen, dass der Vermieter die Lage gemäß § 315 BGB bestimmen kann.¹³⁹ Vertragsinhalt, der grundsätzlich aus der Sicht des Zeitpunkts der Unterzeichnung zu beurteilen ist,¹⁴⁰ ist in einem solchen Fall, dass der Vermieter dem Mieter einen Kellerraum zuweist, wenn mehrere Kellerräume zur Verfügung stehen.¹⁴¹ Die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts gemäß § 315 Abs. 2 BGB (hier: durch Zuweisung des Kellerraums) bedarf regelmäßig keiner Form.¹⁴² Im Übrigen können selbstverständlich auch „ca. 45 Stellplätze zur Mitbenutzung“ vermietet werden, wenn sich deren ungefähre Lage aus einem beigefügten Lageplan ergibt.¹⁴³

Doch selbst wenn die Überlassung eines bestimmten Kellerraums auf einer mündlichen Einigung der Parteien beruht, ist das Schriftformerfordernis gewahrt. Zwar muss unter anderem grundsätzlich

¹³⁴ LG Gießen v. 10.11.2006 – 1 S 221/06, WuM 2007, 11.

¹³⁵ BGH v. 2.11.2005 – XII ZR 233/03, ZMR 2006, 116, 118.

¹³⁶ BGH v. 21.11.2007 – XII ZR 149/05, GE 2008, 197 = GuT 2008, 38.

¹³⁷ OLG Düsseldorf v. 23.8.2007 - I-24 U 4/07, GuT 2008, 110 m.w.N.

¹³⁸ BGHZ 142, 158, 161 f.; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 198/05, NJW 2008, 365 = GE 2008, 803, Tz. 11, jeweils m.w.N.

¹³⁹ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 71/07, WuM 2008, 290 = GE 2008, 796 = ZMR 2008, 608; OLG Frankfurt/M. v. 21.2.2007 – 2 U 220/06, ZMR 2007, 532; a.A. für den Fall, dass eine separate Miete für den Keller vereinbart wurde: AG Gießen v. 12.7.2004 – 48-M C 208/04, WuM 2004, 472.

¹⁴⁰ BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, ZMR 2007, 611 = GE 2007, 1375 = NZM 2007, 443 Tz. 26.

¹⁴¹ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 28.

¹⁴² BGH v. 8.11.1968 - V ZR 58/65, WPM 1968, 1394, unter II b; BGH v. 21.10.1983 - V ZR 121/82, NJW 1984, 612, unter II 2 m.w.N.; MünchKommBGB/*Gottwald*, 5. Aufl., § 315 BGB Rz. 34; Palandt/*Grüneberg*, 67. Aufl., § 315 BGB Rz. 11; Staudinger/*Rieble*, BGB (2004), § 315 Rz. 272)

¹⁴³ BGH v. 21.11.2007 – XII ZR 149/05, GE 2008, 197 = GuT 2008, 38.

feststellbar sein, welche Räume vermietet sind.¹⁴⁴ Eine Vereinbarung über die Lage und die Größe eines von mehreren Kellerräumen außerhalb der Wohnung, der nicht zu Wohnzwecken dient, sondern Neben- bzw. Zuhörerraum der Wohneinheit ist, gehört wegen der untergeordneten Bedeutung eines solchen Kellerraums grundsätzlich nicht zu den wesentlichen Bestandteilen (*essentialia negotii*) eines Wohnraummietvertrags.¹⁴⁵

Wesentliche Bedeutung haben aber die im Vertrag bezeichnete „notwendige Fläche für die Anlieferung“.¹⁴⁶ Denn diese Formulierung lässt den konkreten Umfang der Fläche offen und lässt sich daher vor Ort nicht feststellen.

9.7 Ausreichende Bezugnahme im Nachtrag

Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser „verstreuten“ Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen.¹⁴⁷ Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung dieser Schriftstücke. Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss.¹⁴⁸

Diese Anforderungen sind nicht erfüllt, wenn in der Nachtragsurkunde nicht auf alle Schriftstücke Bezug genommen wird, aus denen sich sämtliche wesentlichen Vertragsabreden ergeben.¹⁴⁹ Denn insoweit fehlt es an der für die Wahrung der Schriftform erforderlichen lückenlosen Dokumentation der Einigung. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Mieter in der ursprünglichen Vertragsurkunde den Vorbehalt einer Nachprüfung der Baubeschreibung erklärt, dieser Vorbehalt später durch einvernehmliche Regelung aufgehoben wird, dabei aber gleichzeitig Regelungen zum Übergabetermin vereinbart werden und in einem (noch) späteren Nachtrag über einen Mieterwechsel nach Invollzugsetzung des Mietvertrages allein auf die ursprüngliche Vertragsurkunde Bezug genommen wird.

9.8 Heilungsverpflichtung vor Kündigungsausspruch?

Ein Ausschluss der Anwendbarkeit des § 550 BGB aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kommt nur in besonders krassen Ausnahmefällen in Betracht, in denen das wirtschaftliche Ergebnis schlechthin untragbar wäre, etwa wenn die andere Vertragspartei durch die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses ernsthaft in ihrer Existenz bedroht würde.¹⁵⁰ Insoweit ist es grundsätzlich unbedeutend, wer den Vertragstext gestellt hat, solange nicht eine Partei arglistig

¹⁴⁴ BGHZ 55, 248, 249; BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 233/03, WPM 2006, 499, Tz. 20.

¹⁴⁵ BGH v. 12.3.2008 - VIII ZR 71/07, WuM 2008, 290 = GE 2008, 796.

¹⁴⁶ OLG Rostock v. 10.7.2008 - 3 U 108/07, NZM 2008, 646.

¹⁴⁷ BGHZ 142, 158, 161; BGH v. 7.7.1999 - XII ZR 15/97, NJW 1999, 3257, 3258; BGH v. 10.10.2001 - XII ZR 93/99, NJW-RR 2002, 8; BGH v. 18.12.2002 - XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248; BGH v. 25.7.2007 - XII ZR 153/05, NJW 2007, 3202.

¹⁴⁸ BGH v. 18.12.2002 - XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248.

¹⁴⁹ BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, GE 2008, 805 = ZMR 2008, 701.

¹⁵⁰ BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06; BGH v. 25.7.2007 - XII ZR 143/05, NJW 2007, 3202; BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, NJW 2004, 1103; BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NZM 2006, 699 = MDR 2007, 78; OLG Köln v. 23.9.2005, 1 U 43/04, GuT 2006, 14; Horst, MDR 2008, 365; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Hildebrandt, ZMR 2007, 588.

von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder bewusst die Formunwirksamkeit des Vertrages herbeigeführt wurde.¹⁵¹ 30

Eine sog. Nachholklausel bedingt die Anwendung des § 550 BGB nicht unmittelbar ab, denn die Parteien haben nicht bestimmt, dass die Kündigung unter Berufung auf einen Schriftformmangel ausgeschlossen wird. Die Klausel verpflichtet die Vertragsparteien vielmehr dazu, an der Herstellung einer ordnungsgemäßen Schriftform des Vertrages und von Nachträgen sowie an der Heilung späterhin entdeckter Schriftformmängel mitzuwirken.

Die bislang zu dieser Frage ergangene obergerichtliche Rechtsprechung¹⁵² und auch große Teile der Literatur¹⁵³ haben die ordentliche Kündigung wegen eines im Sinne einer Nachholungsklausel heilbaren Formverstoßes für treuwidrig erachtet. Nach vereinzelter Ansicht¹⁵⁴ soll bei individualvertraglichen Vereinbarungen zunächst durch Auslegung zu ermitteln sein, ob die Vertragspartner nur die Ursprungsparteien oder auch die jeweiligen Rechtsnachfolger binden wollten; sollten auch die Rechtsnachfolger gebunden werden, sei selbst bei individualvertraglicher Gestaltung die Regelung wegen Verstoßes gegen den zwingenden § 550 BGB unwirksam.

Steht allein die Wirksamkeit der Kündigung und der Fortbestand des Mietvertrags im Streit, soll es auf die Streitfrage nicht darauf ankommen.¹⁵⁵ Denn § 550 BGB stehe als zwingendes Recht nicht zur Disposition der Parteien.¹⁵⁶ Davon könne nach § 242 BGB nur in krassen Ausnahmefällen abgewichen werden, nämlich wenn die Anwendung der Norm und damit das Kündigungsrecht der Beklagten zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führen oder den Kündigungsgegner in seiner Existenz bedrohen würde. Ansonsten würden die Formvorschriften des BGB weitgehend ausgehöhlt.¹⁵⁷ Bereits die Möglichkeit des gekündigten Vertragspartners, gegenüber dem Kündigenden Schadensersatz u.U. wegen Verletzung einer Vertragspflicht aus §§ 280 ff. BGB geltend machen zu können, lasse das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles verneinen. Allein der Grundsatz "pacta sunt servanda" begründe kein untragbares Ergebnis, denn die Anwendung des § 550 BGB führe regelmäßig zur Durchbrechung dieses Grundsatzes. Insbesondere begründe die Kündigung des Mieters keinen Verstoß gegen den Grundsatz *dolo agit, quod statim redditurus est*.¹⁵⁸ Die Heilungsklausel könne vor allem nicht dahin verstanden werden, dass sie quasi wie ein Vorvertrag zum Abschluss eines neuen Mietvertrages zu den alten Bedingungen verpflichte.¹⁵⁹ Mit einem solchen Verständnis würde die Grenze zulässiger Auslegung ersichtlich überschritten, weil die Klausel einen bestehenden Mietvertrag voraussetze. Die Frage, ob mittels eines formlosen Vorvertrages die Pflicht zum Ab-

¹⁵¹ OLG Rostock v. 10.7.2008 – 3 U 108/07, NZM 2008, 646.

¹⁵² vgl. u.a. KG v. 13.11.2006, 8 U 51/96 - NJW-RR 2007, 805; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 - I-24 U 264/03, DWW 2004, 224; OLG Köln v. 23.9.2005 - 1 U 43/04, OLGR 2005, 697; OLG Celle v. 22.7.2004 - 13 U 71/04, NZM 2005, 219.

¹⁵³ Möller, ZfIR 2008, 87; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Wichert, ZMR 2006, 257; Horst, MDR 2008, 365; Jud, NZM 2006, 913, 916; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2006, Kap. 6 Rz. 62; MünchKommBGB/Bieber, 5. Aufl., § 550 BGB Rz. 19.

¹⁵⁴ Leo, NZM 2006, 815, 816; ähnlich differenzierend Timme/Hülk, NJW 2007, 3313.

¹⁵⁵ OLG Rostock v. 10.7.2008 – 3 U 108/07, NZM 2008, 646.

¹⁵⁶ LG Berlin v. 8.3.1991, 64 S 394/90, WuM 1991, 498; RegE, BT-Drucks. 14/4553, S. 47; Börstinghaus in Börstinghaus/Eisenschmid, AK Neues Mietrecht, 2001, S. 157; Both in Herrlein-Kandelhard, MietRecht, 3. Aufl., § 550 BGB Rz. 39; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 550 BGB Rz. 2; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Eckert, ZfIR 2007, 666.

¹⁵⁷ für § 125 BGB Hertel in Staudinger, BGB, 2004, § 125 BGB Rz. 111.

¹⁵⁸ vgl. MünchKommBGB/Roth, 5. Aufl., § 242 BGB Rz. 373.

¹⁵⁹ vgl. BGH v. 29.9.1989, V ZR 1/88, BGHZ 108, 380.

schluss eines langfristigen § 550 BGB genügenden Mietvertrages begründet werden könne, stelle sich nicht.¹⁶⁰ 31

10 Schönheitsreparaturen

10.1 Rauchen und Schönheitsreparaturen

Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nach § 538 BGB nicht zu vertreten. Hierunter fällt grundsätzlich auch das (normale) Rauchen.¹⁶¹ Ob allerdings "exzessives" Rauchen in der Wohnung zu Schadensersatzansprüchen des Vermieters führen kann, hatte der BGH offen gelassen. Nach einer verbreiteten Ansicht ist das zu verneinen.¹⁶² Danach ist auch exzessives Rauchen vom vertragsgemäßen Mietgebrauch gedeckt, weil es als Teil eines sozialadäquaten Verhaltens in der Wohnung als Zentrum seiner Lebensgestaltung hinzunehmen sei. Nach anderer Ansicht ist exzessives Rauchen geeignet, Schadensersatzansprüche des Vermieters zu begründen.¹⁶³

Nach Auffassung des BGH geht das Rauchen in einer Mietwohnung über den vertragsgemäßen Gebrauch hinaus und begründet eine Schadensersatzpflicht des Mieters, wenn dadurch Verschlechterungen der Wohnung verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen im Sinne des § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV beseitigen lassen, sondern darüber hinausgehende Instandsetzungsarbeiten erfordern.¹⁶⁴ Das soll unabhängig davon gelten, ob ein Renovierungsbedarf bereits vorzeitig entstanden ist. Der Vermieter werde dadurch, dass der Mieter die durch Tabakkonsum verursachten Gebrauchsspuren nicht zu vertreten habe, soweit sie sich (noch) durch Schönheitsreparaturen beseitigen ließen, nicht unbillig benachteiligt. Denn er habe die Möglichkeit, die Pflicht zur Ausführung der erforderlichen Schönheitsreparaturen auf den Mieter abzuwälzen.

Der BGH hat seine Entscheidung unter den Vorbehalt gestellt, dass die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Derartige (formulärmäßige) Rauchverbotsklauseln werden für unzulässig gehalten, weil die die freie Entfaltung der Persönlichkeit behindern.¹⁶⁵ Dabei wird aber übersehen, dass Art. 2 GG unter der Einschränkung der allgemeinen Gesetze steht. Der über Art. 14 GG geschützte Eigentümer kann die Nutzung seiner Immobilie bestimmen. Er entscheidet, ob ein gewerblicher oder privater Gebrauch stattfinden soll und kann nach Wegfall des Zweckentfremdungsverbots in vielen Gemeinden sogar Wohnungen leer stehen lassen. Wenn er – aus gutem Grund – nicht möchte, dass auf seinem Grundstück geraucht wird und dies gut sichtbar (§ 305c Abs. 1 BGB) und verständlich (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) deutlich macht, ist kein sachgerechtes Interesse erkennbar, dass die Belange des Mieters, der sich für eine Nichtraucherwohnung entschieden hat, höher einzustufen sind.

¹⁶⁰ vgl. hierzu Eckert, ZfIR 2007, 666 m.w.N.

¹⁶¹ BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915, Tz. 23.

¹⁶² LG Hamburg, WuM 2001, 469; LG Köln, WuM 1998, 596; LG Saarbrücken, WuM 1998, 689; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 538 BGB Rz. 3; MünchKommBGB/Bieber, 5. Aufl., § 538 Rz. 3; wohl auch Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl., S. 18 f.; Dübbbers, MDR 2000, 878, 879.

¹⁶³ LG Waldshut-Tiengen, DWW 2006, 287; LG Koblenz, ZMR 2006, 288; LG Baden-Baden, WuM 2001, 603; LG Paderborn, NZM 2000, 710; AG Magdeburg, NZM 2000, 657; AG Tuttlingen, NZM 1999, 1141; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 538 BGB Rz. 1; Stappel, NZM 2000, 595, 598; Stangl, ZMR 2002, 734, 735.

¹⁶⁴ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, WuM 2008, 213 = GE 2008, 533.

¹⁶⁵ A.A. Derleder, NJW 2007, 812, 814; Paschke, NZM 2008, 265; Horst, MietRB 2008, 188 m.w.N.

Der Vermieter ist insbesondere vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung daran interessiert, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Deshalb wird überwiegend angenommen, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben.¹⁶⁶

Diese Interesse erkannt auch der BGH und hält eine Formalklausel, die dem Mieter eine Beschränkung auf helle, neutrale und deckende Farben einen etwas engeren Rahmen setzt, grundsätzlich für wirksam, soweit sie sich auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezieht und keine Festlegung auf eine spezielle Dekorationsweise enthält.¹⁶⁷ Sie stelle auf eine Bandbreite ab, die zu den unterschiedlichsten Einrichtungsstilen passe und deshalb für weite Mieterkreise annehmbar sei. Während der Mietzeit könne der Mieter nach Belieben dekorieren und selbst entscheiden, ob er beispielsweise mit einem farbigen Anstrich in Kauf nehmen will, dass er am Ende des Mietverhältnisses einen Neuanstrich in neutralen Farben anbringen muss, obwohl die Dekoration noch nicht abgenutzt ist, oder ob er es vorzieht, die Schönheitsreparaturen schon während des Mietverhältnisses entsprechend der Farbwahlklausel in "hellen, neutralen, deckenden Farben" auszuführen. Regelt die Vertragsbedingungen aber ausdrücklich die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen auch während des Bestehens des Mietverhältnisses, ist sie unwirksam. Denn eine solche Klausel verpflichte den Mieter dazu, die Wohnung auch während der Dauer des Mietverhältnisses in einem der Farbwahlklausel entsprechenden Zustand "vorzuhalten".

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH ausdrücklich die Wirksamkeit von Farbwahlklauseln (Hamburger Holzklause) bestätigt, die sich auf die Rückgabe der Mietsache beziehen.¹⁶⁸ Die Klausel lautete:

"Lackierte Holzteile sind in dem Farbton zurückzugeben, wie er bei Vertragsbeginn vorgegeben war; farbig gestrichene Holzteile können auch in Weiß oder hellen Farbtönen gestrichen zurückgegeben werden."

Die Verpflichtung des Mieters, lackierte bzw. farbig gestrichene Holzteile in keinem anderen als den nach der Klausel zulässigen Farbtönen zurückzugeben, sei für sich genommen unbedenklich.¹⁶⁹ Die Klausel beschränke sich in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietwohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses. Auf diesen Zeitpunkt bezogen sei sie – isoliert betrachtet – schon deswegen unbedenklich, weil für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Interesse des Mieters an einer seinen Vorstellungen entsprechenden farblichen Gestaltung der Wohnung nicht mehr bestehe, das gegen das Interesse des Vermieters, die Mieträume in der von ihm gewünschten farblichen Gestaltung zurückzuerhalten, abzuwägen wäre. In Bezug

¹⁶⁶ LG Hamburg, NZM 1999, 838 - grellgrüne Küche; LG Berlin, GE 1995, 115 und 249 - blau lackierte Türrahmen bzw. farbig gestrichene Heizkörper; LG Aachen, WuM 1998, 596 - farbig lackierte Naturholzrahmen; LG Frankfurt/Main, NZM 2007, 922 - Anstrich mit "rotem Vollton"; Emmerich, NZM 2000, 1165, 1161; Kraemer, NZM 2003, 417, 421; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 535 Rz. 270; zum Gesichtspunkt der Vertragsverletzung vgl. Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., S. 137 f.

¹⁶⁷ BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.

¹⁶⁸ BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, WuM 2008, 722 = NZM 2008, 926.

¹⁶⁹ BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, WuM 2008, 722 = NZM 2008, 926.

auf "lackierte" Holzteile fehle es zwar an einem Gestaltungsspielraum hinsichtlich der farblichen Gestaltung, weil die Klausel den Mieter insoweit auf den allein zulässigen ursprünglichen Farbton festlege. Bei umfassender Würdigung der Interessen der Parteien sei aber auch diese Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeit des Mieters nicht zu beanstanden. Denn auf Seiten des Vermieters falle der Umstand ins Gewicht, dass bei einer transparenten Lackierung oder Lasur eine Veränderung des Farbtons entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit einem Eingriff in die Substanz der lackierten/lasierten Holzteile (Abschleifen) rückgängig gemacht werden könne. Eine Veränderung der Mieträume, die eine Substanzverletzung zur Folge habe, sei dem Mieter aber nicht gestattet.

10.3 Fensteranstrich

In der Praxis finden sich teilweise Klauseln, die den Begriff der Schönheitsreparaturen i.S.v. § 28 Abs. 4 II. BV erweitern, indem sie etwa die Erneuerung von Teppichböden oder das Abziehen von Parkettböden der Renovierungspflicht zuordnen. Diese Klauseln halten den Anforderungen des § 307 BGB nicht stand.¹⁷⁰ Das Gleiche soll bei einer räumlichen Erweiterung z.B. auf den Außenanstrich der Fenster der gelten.¹⁷¹

Diese Auffassung hat das KG jetzt bestätigt für den Fall, dass die Renovierungsklausel den Anstrich der Fenster nicht auf die Innenseite beschränke.¹⁷² Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sei davon auch der Außenanstrich erfasst, so dass eine Unwirksamkeit zumindest über § 305c Abs. 2 BGB anzunehmen sei. Dies führt zur Unwirksamkeit der gesamten Renovierungsklausel.

Das kann man auch anders sehen. Der BGH hat nämlich eine Klausel, in der zu den Schönheitsreparaturen ebenfalls der „Anstrich der Fenster“ gehören sollte, nicht beanstandet.¹⁷³ Zwar wurde in der Entscheidung die relevante Formulierung nicht problematisiert. Die Klausel wurde jedoch ausdrücklich für wirksam erklärt. Dies war für das LG Berlin¹⁷⁴ Anlass genug, nur den Fensteranstrich über § 307 BGB aus der Klausel zu eliminieren (blue-pencil-Test) und die Renovierungspflicht im Übrigen bestehen zu lassen.

10.4 Bodenbeläge bei der Gewerberaummiete

Schönheitsreparaturen werden inhaltlich grundsätzlich durch Heranziehung der Definition des § 28 Abs. 4 S. 4 II. BV als das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen bestimmt.¹⁷⁵ Ob darüber hinaus im gewerblichen Mietrecht auch die Erneuerung der Bodenbeläge begrifflich zu den Schönheitsreparaturen zählt, ist umstritten. Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 9.2.1989¹⁷⁶ nach dem Motto, „was Tapeten für die Wände seien, sei der Teppichboden für den Fußboden“, entschieden, dass der gewerbliche Mieter jedenfalls dann den bei Mietbe-

¹⁷⁰ LG Köln, WuM 1989, 506.

¹⁷¹ LG Berlin v. 11.6.2004 – 65 S 406/03, WuM 2004, 497.

¹⁷² KG v. 17.9.2007 – 8 U 77/07, GE 2008, 987.

¹⁷³ BGH v. 6.10.2004 – VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 = NZM 2004, 903.

¹⁷⁴ LG Berlin v. 9.6.2008 – 67 S 7/08, GE 2008, 997.

¹⁷⁵ KG v. 29.3.2004 - 8 U 286/03, KGReport Berlin 2004,425 = NZM 2005, 181; Wolf in Geschäftsraummiete, Kap. 13, Rz. 180

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf v. 9.2.1989 - 10 U 96/88, WuM 1989, 508 -NJW-RR 1989, 663.

ginn durch den Vermieter neu verlegten und bei Mietende verschlissenen Teppichböden ersetzen muss, wenn er vertraglich die Ausführung der Schönheitsreparaturen übernommen hat und nach einer Zusatzvereinbarung im Mietvertrag verpflichtet ist, den Zustand wie beim Einzug wiederherzustellen. Im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung wird demgegenüber überwiegend die Auffassung vertreten, dass der Austausch der Bodenbeläge, insbesondere die Erneuerung des Teppichbodens, ohne besondere Vereinbarung nicht zu den Schönheitsreparaturen zählt.¹⁷⁷

Welcher Meinung der Vorzug gebührt kann jedenfalls dahinstehen, wenn eine gemäß §§ 133, 157, 242 BGB an Treu und Glauben orientierte interessengerechte Auslegung der vertraglichen Regelungen ergibt, dass die Parteien die Erneuerung des Bodenbelags nicht den Schönheitsreparaturen zugerechnet haben.¹⁷⁸ Das ist bereits anzunehmen, wenn eine Vertragsklausel abweichend von der Legaldefinition des § 28 Abs. 4 S. 4 II. BV den Fußboden - auch in der Form des Streichens - nicht erwähnt und die weitere Regelung getroffen wurde, dass der Mieter verpflichtet ist, „die vorhandenen Fußbodenbeläge einschließlich Leisten bei Bedarf fachgerecht zu behandeln, insbesondere Parkett- und andere Holzfußböden abzuschleifen und zu versiegeln.“

10.5 Starre Fristen

Der BGH¹⁷⁹ sieht in 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.¹⁸⁰ 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. 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.¹⁸¹ Dies gilt selbst dann, wenn in der Klausel die Fristen nur durch Angabe eines nach Jahren zu bemessenden Zeitraums ohne jeden Zusatz bezeichnet sind¹⁸² oder auf Regelfristen verwiesen ist.¹⁸³ 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

¹⁷⁷ OLG Düsseldorf v. 14.12.2006, GuT 2007, 211; OLG Braunschweig v. 30.1.1997 - 1 U 35/96, OLGReport Braunschweig 1997, 85; OLG Celle v. 20.11.1996 - 2 U 273/95, NZM 1998, 158 = OLGReport Celle 1997, 138; OLG Stuttgart v. 6.3.1995 - 5 U 204/94, NJW-RR 1995, 1101; OLG Hamm v. 22.3.1991 - 30 REMiet 3/90, DWW 1991, 145 = WuM 1991, 248 = ZMR 1991, 219 für die Wohnraummiete; *Fritz*, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rz. 224; instruktiv *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., Rz. 113; *Wolf* in Geschäftsraummiete, Rz. 181.

¹⁷⁸ OLG Düsseldorf v. 8.5.2008 - I-10 U 8/08, OLGReport 2008, 660 = ZMR 2008, 890.

¹⁷⁹ BGH v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, WuM 2004, 463 = NZM 2004, 653 = MietRB 2004, 313.

¹⁸⁰ BGH v. 22.9.2004 - VIII ZR 360/03, NZM 2004, 901 = DWW 2004, 328.

¹⁸¹ BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, WuM 2006, 513.

¹⁸² BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 178/05, WuM 2006, 248.

¹⁸³ LG Hannover v. 19.10.2005 - 12 S 49/05, WuM 2007, 191.

Bedarfsklausel führen.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ Davon zu unterscheiden soll aber die Klausel sein, die den Mieter verpflichten soll, „regelmäßig“ innerhalb bestimmter Fristen zu renovieren.¹⁸⁶ Denn eine solche Klausel soll von dem verständigen durchschnittlichen Mieter so zu verstehen sein, dass er spätestens innerhalb der genannten Fristen zu renovieren habe.

Ebenso unwirksam soll die Klausel sein, die formuliert: „Nach dem jeweiligen Grad der Abnutzung hat der Mieter die Schönheitsreparaturen regelmäßig nach Maßgabe folgenden Fristenplans durchzuführen...“.¹⁸⁷ Die Klausel könne aus der Sicht des verständigen Mieters allein die Bedeutung haben, dass er die Schönheitsreparaturen nach dem jeweiligen Grad der Abnutzung, in jedem Fall aber spätestens innerhalb der genannten Fristen auszuführen habe. Durch die Verwendung des Wortes „regelmäßig“ werde der starre Fristenplan nicht beweglich.

In der Zwischenzeit steht fest, dass die für die Wohnraummiete entwickelten Grundsätze auch für Gewerberaummietverträge gelten.¹⁸⁸ Denn die der Anwendung des § 307 BGB zugrundeliegende gesetzliche Wertung unterscheide hinsichtlich der Einschränkung von Schönheitsreparaturen nicht zwischen der Wohn- und Gewerberaummiете.

10.6 Intransparente Abgeltungsklausel

Das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB normierte Transparenzgebot gebietet es, tatbestandliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen in Formularbedingungen so genau zu beschreiben, dass einerseits für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und andererseits der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann. Hieraus folgt für Abgeltungsklauseln, dass der Mieter daraus ermitteln können muss, wie hoch seine Belastung ist, wenn er unterdurchschnittlich abnutzt.¹⁸⁹

Diesen Anforderungen wird folgende Abgeltungsklausel nicht gerecht¹⁹⁰:

"Die Mieträume sind zum Vertragsablauf geräumt, sauber und in dem Zustand zurückzugeben, in dem sie sich bei regelmäßiger Vornahme der Schönheitsreparaturen - vgl. § 8 Ziff. 2 - befinden müssen, wobei aufgelaufene Renovierungsintervalle - vgl. § 8 Ziff. 2 - 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."

Es sei bereits zweifelhaft, ob der weitere Klauseltext, dass die Entschädigung nach Wahl des Mieters in Geld auf der Basis eines - nicht näher bezeichneten - Kostenvoranschlages oder durch fach-

¹⁸⁴ BGH v. 28.4.2004 – VIII ZR 230/03, WuM 2004, 333 = NZM 2004, 497 = MietRB 2004, 253.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ KG v. 22.5.2008 – 8 U 205/07, NZM 2008, 643 = GE 2008, 989 = ZMR 2008, 893.

¹⁸⁷ KG v. 6.12.2007 – 8 U 135/07, ZMR 2008, 789.

¹⁸⁸ BGH v. 8.10.2008 - XII ZR 84/06, NZM 2008, 890.

¹⁸⁹ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 2632, Tz. 31.

¹⁹⁰ BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 95/07, WuM 2008, 278 = GE 2008, 665 = ZMR 2008, 527 mit Anm. Schläger.

gerechte Renovierung durch den Mieter zu geschehen habe, für einen durchschnittlichen Mieter hinreichend verdeutliche, dass Ausgangspunkt für die Berechnung der von ihm geschuldeten zeitanteiligen Entschädigung das Angebot eines Malerbetriebes für die (hypothetische) vollständige Renovierung der Wohnung sein solle. Vor allem aber könne der Mieter der Klausel nicht entnehmen, wie der von ihm zu tragende Anteil an einer mit Hilfe eines Kostenvoranschlags ermittelten Summe der Renovierungskosten (Abgeltungsquote) zu bestimmen sei. Nach der Klausel habe der Mieter "angelaufene Renovierungsintervalle zeitanteilig zu entschädigen". Was mit einem "angelaufenen Renovierungsintervall" gemeint sei und wie das für die konkrete Berechnung der dem Mieter auferlegten Abgeltungsquote maßgebliche Intervall ermittelt werden solle, werde nicht erläutert und könne der Klausel nicht entnommen werden. Dies gelte insbesondere für den Fall, dass während der Mietzeit nur eine unterdurchschnittliche Abnutzung der Dekoration eingetreten sei, z.B. trotz Ablaufs der für die Vornahme der Schönheitsreparaturen vorgesehenen Regelfristen noch kein Renovierungsbedarf bestehe.

10.7 Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Renovierungsklausel

Ob der Vermieter die (unerwartete) Last der eigenen Renovierungsverpflichtung durch eine Mieterhöhung nach § 558 BGB kompensieren kann, ist umstritten.

Teilweise wird es für zulässig erachtet, dass ein Zuschlag auf die vereinbarte Miete bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter erhoben wird.¹⁹¹ Ergänzend besteht die Auffassung,¹⁹² dass der Vermieter den Zuschlag nur verlangen dürfe, wenn er zuvor dem Mieter Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturübernahme durch den Mieter angeboten habe. Teilweise wird auch ein Wahlrecht des Mieters, entweder der Mieterhöhung zuzustimmen oder den Vermieter an der Renovierungsklausel festzuhalten, angenommen.¹⁹³ Weiterhin ist die Meinung vertreten,¹⁹⁴ dass jedenfalls dann, wenn der Mieter zu erkennen gebe, dass er trotz Unwirksamkeit der Überbürdung der Schönheitsreparaturen auch in Zukunft für den Erhalt der Wohnung selbst zu sorgen bereit sei, es dem Vermieter verwehrt sei, einen Zuschlag auf die Miete durchzusetzen. Die Kompensationsmöglichkeit über die Mieterhöhung wird zum Teil mit dem Hinweis auf den Strafcharakter des § 307 BGB abgelehnt,¹⁹⁵ teilweise wird auf das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln abgestellt.¹⁹⁶ *Emmerich*¹⁹⁷ wendet sich bereits gegen das „Entgeltargument“, wonach Schönheitsreparaturen eine Gegenleistung des Mieters seien, und vertritt die Auffassung, dass die Gegenleistung des Mieters nur in der Miete bestehe, weshalb bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch kein Raum für eine Kompensation bestehe.

¹⁹¹ OLG Karlsruhe v. 18.4.2007 – 7 U 186/06, WuM 2007, 454 = ZMR 2007, 439 = GE 2007, 909 = NZM 2007, 481; OLG Frankfurt/M. v. 28.11.2007 – 2 U 200/07, WuM 2008, 82; AG Bretten DWW 2005, 293; AG Frankfurt a.M. NJW 2005, 3294 = WuM 2005, 7221; AG Langenfeld NZM 2006, 178; *Stürzer*, WuM 2004, 512; *Warnecke*, WuM 2006, 188; *Both*, WuM 2007, 3; vgl. auch *Eisenhardt*, WuM 2008, 63.

¹⁹² LG Düsseldorf v. 16.5.2007 – 21 S 375/05, WuM 2007, 456; LG Düsseldorf v. 18.5.2006, NZM 2006, 657 = WuM 2006, 387; *Kappes*, NJW 2006, 3031, 3033; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a Rz. 51; *ders.* NZM 2005, 931; *ders.* jurisPR-MietR 23/2005 Anm. 1.

¹⁹³ vgl. *Blank*, Folgen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln, S. 22.

¹⁹⁴ LG Nürnberg-Fürth v. 18.11.2005, NZM 2006, 53 = WuM 2006, 53.

¹⁹⁵ vgl. *Ahlt*, DWW 2005, 96 = GuT 2005, 47.

¹⁹⁶ vgl. *Hemming*, WuM 2005, 165; *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 173.

¹⁹⁷ *Emmerich*, NZM 2006, 761.

Der BGH¹⁹⁸ hat entschieden, dass der Vermieter nicht berechtigt ist, einen Zuschlag zur ortsüblichen Miete zu verlangen, wenn der Mietvertrag eine unwirksame Klausel zur Übertragung der Schönheitsreparaturen enthält. Nach § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB könne der Vermieter lediglich die Zustimmung zur Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen; einen darüber hinausgehenden Zuschlag sehe das Gesetz nicht vor. Er ließe sich auch nicht mit dem vom Gesetzgeber vorgesehenen System der Vergleichsmiete in Einklang bringen. Insoweit würden die jeweiligen Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung bilden. Der begehrte Zuschlag orientiere sich aber an den Kosten für die Vornahme der Schönheitsreparaturen. Mit der Anerkennung eines Zuschlags würde daher im nicht preisgebundenen Mietwohnraum ein Kostenelement zur Begründung einer Mieterhöhung ohne Rücksicht darauf herangezogen, ob diese Kosten am Markt durchsetzbar wären.

Das Problem ist damit nicht aus der Welt. Mit seinem Urteil vom 20.6.2007¹⁹⁹ hatte der VIII. Senat festgestellt, dass der Vermieter die Miete auch dann auf das ortübliche Niveau anheben darf, wenn die Anfangsmiete darunter lag. Maßgeblich sei allein, dass im Zeitpunkt der Mieterhöhung insoweit die Voraussetzungen des § 558 BGB vorliegen. Wenn sich ermitteln lässt, dass die ortsübliche Miete keine Kosten für Schönheitsreparaturen enthält, andernfalls am Markt eine höhere Miete gezahlt wird, liegen die Voraussetzungen des § 558 BGB vor. Die Ermittlung ist unschwer möglich. Andernfalls müsste auch in dem Fall der niedrigen Anfangsmiete geprüft werden, ob sich eine höhere Anfangsmiete am Markt durchsetzen lässt. Ob dies zu einem positiven Ergebnis führt ist zweifelhaft, zumal wenn ein Lockvogelangebot vorliegt.

Die notwendigen Ermittlungen sind ohne weiteres möglich. Immerhin vermietet die Bundesrepublik Deutschland (einer der größten Vermieter in der Republik) selber inklusive Schönheitsreparatur durch den Vermieter und weist dafür einen Betrag für Schönheitsreparaturen im Vertrag aus. Auch einige Versicherungskonzerne vermieten nach dieser Mietsstruktur.

Jedenfalls ist die Rechtslage im preisgebundenen Wohnraum anders. Hier gelten die Kostengesichtspunkte, so dass eine Erhöhung der Instandsetzungspauschale zulässig sein soll.²⁰⁰

10.8 Haftung des Verwalters für unwirksamer Renovierungsklauseln

Nicht selten lassen die Vermieter die Mietverträge durch ihre Hausverwalter erstellen, ausfüllen und/oder abschließen. Hierzu sind die Hausverwalter auch befugt, weil der Abschluss von Mietverträgen und damit auch deren Vorbereitung zu den typischen Aufgaben einer Hausverwaltung gehört, die vom Anwendungsbereich des RechtsberatungsmisbrauchsG ausgenommen waren und auch nach dem RechtsdienstleistungsgG zulässig sind. In diesem Fall übernehmen die Verwalter aber auch die Verantwortung für den Inhalt, sofern nichts anderes – wirksam – vereinbart ist oder im Einzelfall aus den Umständen ersichtlich ist (z.B. nicht verhandelbares Vertragsmuster des Mieters).

Führt daher ein fahrlässiges Verhalten des Verwalters dazu, dass die Renovierungsklausel im Mietvertrag unwirksam ist, haften Sie dem Vermieter auf Schadensersatz und müssen ihn so stellen, wie

¹⁹⁸ BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 83/07, WuM 2008, 487 = GE 2008, 1046 = ZMR 2008, 878; BGH v. 9.7.2008 – VIII ZR 181/07, GE 2008, 1117 = NZM 2008, 641 = DWW 2008, 256 = ZMR 2008, 879.

¹⁹⁹ BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 303/06, NZM 2007, 639.

²⁰⁰ AG Schöneberg v.6.6.2008 – 17b C 295/07, GE 2008, 1495; a.A. *Wüstenfeld*, WuM 2008, 697.

er bei wirksamer Überbürdung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter stehen würde.²⁰¹ Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Verwalter die wirksamen Regelungen eines Formularvertrages derart abändert, dass die Klauseln insgesamt unwirksam werden (hier: Streichung eines nicht starren Fristenplans und Einführung einer unwirksamen Endrenovierungsklausel). Allerdings muss der Vermieter (hier: Rechtsanwalt) sich ein Mitverschulden anrechnen lassen, wenn er in der Lage war, den Mietvertrag vor Unterzeichnung zu überblicken und Klauseln auf ihre Wirksamkeit zu hinterfragen.²⁰²

10.9 Endgültige Erfüllungsverweigerung durch Auszug?

Eine endgültige Erfüllungsverweigerung, die eine Fristsetzung z.B. nach § 281 BGB entbehrlich macht, ist nur anzunehmen, wenn der Mieter die Erfüllung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert,²⁰³ im Ergebnis also kein Zweifel daran bestehen kann, dass der Mieter die Ausführung von Schönheitsreparaturen nicht vornehmen wird. Notwendig ist aber, dass der Vermieter dem Mieter deutlich macht, was er von ihm im Einzelnen erwartet bzw. welche Arbeiten durchgeführt werden sollen.²⁰⁴ Allein die Erklärung, rechtlich nicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet zu sein, kann nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung bewertet werden.²⁰⁵ Hierin liegt lediglich die Äußerung einer Rechtsansicht.

Zwar kann auch in dem Auszug an sich ohne Durchführung von Schönheitsreparaturen eine endgültige Erfüllungsverweigerung gesehen werden, insbesondere wenn der Mieter seine neue Anschrift nicht hinterlässt.²⁰⁶ Hat der Vermieter jedoch vor dem Auszug in einem Schreiben den Eindruck erweckt, er werde nach der Räumung gesondert an ihn herantreten, stellt der bloße Auszug keine Erfüllungsverweigerung dar.²⁰⁷

11 Gewährleistung

11.1 Mangel durch Zugangsbehinderung?

Ein Mangel der Mietsache liegt vor, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache für den Mieter nachteilig von dem vertraglich geschuldeten Zustand abweicht, wobei sowohl tatsächliche wie rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können.²⁰⁸ Um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, ist aber stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit erforderlich, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, grundsätzlich nicht als Mängel zu qualifizieren sind.

²⁰¹ KG v. 13.10.2006 – 3 U 3/06, WuM 2008, 81 = GE 2007, 511.

²⁰² LG Berlin v. 29.2.2008 – 53 S 145/07, WuM 2008, 280.

²⁰³ BGH v. 16.6.1982 – VIII ZR 89/81, NJW 1982, 2316; BGH v. 10.12.1991 – XI ZR 48/91, 1992, 971.

²⁰⁴ KG v. 30.10.2006 – 8 U 38/06, WuM 2007, 71.

²⁰⁵ LG Wiesbaden v. 19.8.1985 – 1 S 6/85, WuM 1986, 113.

²⁰⁶ LG Köln in *Lützenkirchen*, KM 31 Nr. 32.

²⁰⁷ KG v. 9.6.2008 – 12 U 183/07, WuM 2008, 592 = GE 2008, 1127 = GuT 2008, 342.

²⁰⁸ BGH v. 16.2.2000 – XII ZR 279/97, WuM 2000, 593 = NJW 2000, 492.

Mit Rücksicht darauf können aus dem vorübergehende Wegfall einer Bushaltestelle und von öffentlichen Parkplätzen auf der gegenüberliegenden Seite infolge von Bauarbeiten grundsätzlich nicht die Rechte aus § 536 BGB hergeleitet werden.²⁰⁹ 39

*Dies kann bei länger andauernden Bauarbeiten schon wieder anders bewertet werden.*²¹⁰

11.2 Öffentlich-rechtlicher Mangel

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Beschränkungen können einen Fehler der Mietsache im Sinne von § 536 BGB darstellen, wenn sie mit der Art, Lage oder Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen und nicht durch persönliche oder betriebliche Belange des Mieters hervorgerufen wurden.²¹¹ Allein der Verstoß gegen öffentliches Recht selbst begründet jedoch noch keinen Mangel, da weiterhin eine Gebrauchsbeeinträchtigung eingetreten sein muss.²¹² Deshalb kommt die Ausübung von Gewährleistungsrechten nicht in Betracht, wenn die Behörde trotz eines Verstoßes gegen ihre Bestimmungen oder Richtlinien den von den Parteien vereinbarten Gebrauch der Mietsache duldet.²¹³ Ebenso fehlt es regelmäßig an einer Gebrauchsbeeinträchtigung, wenn der Mietvertrag trotz fehlender Nutzungsgenehmigung „in Gang gesetzt“ wird, ohne dass die Behörde einschreitet. Hier können die Voraussetzungen des § 536 BGB frühestens angenommen werden, wenn die Behörde die Genehmigung (endgültig) versagt.²¹⁴

Allerdings kann die Androhung einer ordnungsbehördlichen Maßnahme einen Mangel begründen, wenn sie zu einer Ungewissheit über die Möglichkeit des künftigen Gebrauchs führt und hierdurch gegenwärtige Interessen des Mieters beeinträchtigt sind.²¹⁵ Wird dem Gewerberaummieter durch eine Ordnungsverfügung die Ausübung seines Gewerbes untersagt, ist jedenfalls die fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB begründet.²¹⁶

11.3 Mangelhafte Leistung der Heizungsanlage

Ein Mangel, der zur Minderung nach § 536 BGB berechtigt, ist gegeben, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch in einem nicht unerheblichen Umfang gemindert ist. Solange eine Heizung die Mieträume ausreichend erwärmt, liegt ein solcher Mangel grundsätzlich nicht vor. Allerdings könnte wegen der zunehmenden Knappheit der Ressourcen und der damit verbundenen gesetzgeberischen Maßnahmen (vgl. z.B. die Verschärfung durch die EnEV 2007) die Annahme gerechtfertigt sein, dass Energiekostenanteile, die auf mangelnde Isolierung zurückzuführen sind, nicht zu Lasten des Mieters gehen können.

Derartige Leitungsverluste können aber im Normalfall keinen Mangel der Mietsache begründen.²¹⁷ Denn der Kostenaspekt sei für den Mangelbegriff irrelevant. Nur wenn erhöhte Kosten auf einem

²⁰⁹ OLG Düsseldorf v. 18.12.2004 – I-10 150/04, GuT 2008, 36.

²¹⁰ OLG Hamm, NJWE-MietR 1996, 80.

²¹¹ BGH, NJW 1980, 777; OLG Düsseldorf, ZMR 1993, 275.

²¹² OLG Düsseldorf v. 15.1.2005 – I-24 U 186/03, GuT 2005, 13.

²¹³ OLG Nürnberg NZM 1999, 419; OLG Düsseldorf, ZMR 1976, 218.

²¹⁴ KG v. 15.2.2007 – 8 U 138/06, GuT 2007, 214.

²¹⁵ BGH, WPM 1983, 660, 661; BGH, NJW 1971, 555; VGH Berlin, ZMR 2001, 694 = NZM 2001, 746.

²¹⁶ BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, GuT 2007, 434 = GE 2008, 120 = ZMR 2008, 274.

²¹⁷ KG v. 28.4.2008 – 12 U 6/07, GE 2008, 990 = ZMR 2008, 892 = GuT 2008, 344.

Mangel der Heizungsanlage beruhe, könne ein Mangel vorliegen. Das wiederum sei grundsätzlich nach dem Stand der Technik zum Zeitpunkt des Einbaus der Heizungsanlage zu beurteilen. 40

11.4 Rechtsmangel: Entzug des vertragsgemäßen Gebrauchs

§ 536 Abs. 3 BGB bestimmt die entsprechende Anwendung der Abs. 1 und 2 von § 536 BGB, wenn durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird. Insoweit begründet der bloße Bestand von Rechten Dritter, die dem Besitzrecht des Mieters vorgehen, noch keine Leistungsstörung. Vielmehr muss der Dritte seine Rechte geltend gemacht haben, so dass der Vermieter seiner Verpflichtung zur Überlassung bzw. Belassung der Sache in dem geschuldeten Zustand ganz oder teilweise nicht mehr nachkommen kann. Entziehung des (vertragsmäßigen) Gebrauchs ganz oder zu einem Teil im Sinne des § 536 Abs. 3 BGB bedeutet nichts anderes als eine Störung des Mieters in dem ihm zustehenden Gebrauch.²¹⁸ Für eine derartige Störung ist nicht erforderlich, dass der Dritte seine Rechte tatsächlich durchsetzt oder gerichtlich geltend macht. Vielmehr kann schon die bloße mündliche Androhung des Dritten ausreichen, sein Recht geltend zu machen, wenn sie für den Mieter Anlass genug ist, daraufhin den Gebrauch zu unterlassen oder aufzugeben.²¹⁹

Zur Annahme einer Besitzstörung ist es deshalb nicht erforderlich, dass der Dritte den Mieter eine Frist zur Herausgabe der Mietsache setzt oder die gerichtliche Geltendmachung ihrer Herausgabeansprüche ankündigt.²²⁰ Vielmehr reicht es aus, dass der Dritte mitteilt, er sei nicht bereit, den Mieter die Mietsache zu den mit dem Vermieter vereinbarten Konditionen nutzen zu lassen. Bereits dadurch macht er dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch streitig. Dies gilt erst recht, wenn der Dritte den Mieter nach seinem Auszug auf Zahlung eines erhöhten Mietzinses bzw. einer Nutzungsentschädigung für die gesamte Nutzungsdauer und darüber hinaus verklagt. Dass der Mieter ausgezogen ist, bevor der Dritte weitere Konsequenzen zog, ist unerheblich. Es kann den für den Rechtsmangel verantwortlichen Vermieter nicht entlasten, dass sich der Mieter dem Rechtsstandpunkt des Drittberechtigten frühzeitig gebeugt hat. Hätte er hinhaltenden Widerstand geleistet, wäre durch den damit verbundenen Aufwand nur der Schaden vergrößert worden. Dafür müsste letztlich der Vermieter eintreten.

11.5 Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete unzulässig

Auch der BGH²²¹ ging bisher davon aus, dass der formularmäßige Ausschluss des Rechts zur Minderung in einem Mietvertrag über Gewerberaum die durch § 536 BGB vorgesehene Automatik verhindert, so dass der Mieter, der sich auf einen Mangel der Mietsache beruft, gezwungen war, die Mietzahlung unter Vorbehalt zu leisten und den zuviel gezahlten Betrag über § 812 BGB zurück zu verlangen.

Nunmehr hatte er folgende Formulklausel zu beurteilen:

²¹⁸ BGH v. 12.5.1999 - XII ZR 134/97, NJW-RR 1999, 1239, 1240; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2006, § 536 BGB Rz. 45; *Ermann/Jendrek*, BGB 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 21; Palandt/*Weidenkaff*, 67. Aufl., § 536 BGB Rz. 29.

²¹⁹ BGH v. 18.1.1995 - XII ZR 30/93, NJW-RR 1995, 715; BGH v. 23.12.1998 - XII ZR 49/97, NJW-RR 1999, 845; BGH v. 15.10.1999 - V ZR 141/98, NJW 2000, 291, 294.

²²⁰ BGH v. 10.7.2008 - IX ZR 128/07, NZM 2008, 644 = MDR 2008, 1148 = GE 2008, 1253.

²²¹ BGH v. 20.6.1984 - VIII ZR 337/82, NJW 1984, 2404; BGH v. 27.1.1993 - XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519.

(1) Der Mieter kann gegenüber dem Mietzinsanspruch und anderen Forderungen der Vermieterin aus diesem Vertrag nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen aufrechnen bzw. ein Rückbehaltsrecht ausüben.

(2) Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Mieter wegen eines Mangels der Mietsache oder wegen Verzugs der Vermieterin mit der Beseitigung eines Mangels ist ausgeschlossen, sofern die Vermieterin den Mangel bzw. den Vollzug mit der Mängelbeseitigung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat.

(3) Der Mieter kann gegenüber den Ansprüchen der Vermieterin auf Zahlung des Mietzinses und der Nebenkosten kein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen, es sei denn, die Vermieterin hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten. Dies gilt auch für Störungen des Mietgebrauchs durch Einwirkungen von außen.“

Der BGH²²² hält die Klausel in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages für unwirksam. Es sei unklar, ob die Klausel dahingehend auszulegen sei, dass der Mieter bei einem Mangel, den der Vermieter nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich zu vertreten habe, umfassend mit seinem Minderungsrecht ausgeschlossen sei oder ob die Minderung zwar nicht durch sofortigen Abzug von der laufenden Miete vorgenommen werden könne, dem Mieter aber das Recht verbleibe, den Minderungsbetrag gesondert nach § 812 BGB verlangen zu können. Zwar könne die vorliegende Klausel auch in diesem Sinne ausgelegt werden. Eine Gesamtschau der vom Vermieter gestellten Klausel lege aber nahe, dass ein vollständiger Ausschluss des Minderungsrechts des Mieters vorliege. Denn wie sich aus § 7 Abs. 2 ergebe, seien jedwede Schadensersatzansprüche des Mieters wegen eines Mangels der Mietsache oder wegen Verzugs der Vermieterin mit der Beseitigung eines Mangels ausgeschlossen, sofern nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt worden sei. Mit Blick hierauf spreche viel dafür, dass in der folgenden Klausel über das Minderungsrecht des Mieters ebenfalls ein umfassender Ausschluss gewollt sei. Infolge dieser Unklarheit sei § 305c Abs. 2 BGB anzuwenden, wonach Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen würden.

Die deshalb im Sinne eines allumfassenden Ausschlusses zu verstehende Klausel sei unwirksam. Denn der vollständige formularmäßige Ausschluss der Minderung benachteilige den Mieter unangemessen, weil ein solcher Ausschluss eine Verletzung der Kardinalpflicht des Vermieters, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, privilegiere, ohne dem Mieter eine andere Möglichkeit einzuräumen, das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wieder herzustellen.²²³ Davon mache die Klausel in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages keine Ausnahme. Danach habe der Mieter unter Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip den vollen Mietzins zu zahlen, obwohl ihm der Vermieter den Mietgebrauch nicht vertragsgemäß gewähre und sich wegen des Mangels die nach § 535 Abs. 2 BGB geschuldete Miete nach § 536

²²² BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693.

²²³ vgl. KG v. 12.11.2007 – 8 U 194/06, GE 2008, 52, 53; LG Hamburg v. 16.6.2004 – 311 O 291/03, NZM 2004, 948; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rz. 363; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete Kap. 14 Rz. 305; Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rz. 171 b; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rz. 426 ff.; a.A.: Erman/Jendrek, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 31.

BGB automatisch mindere. Dies bewirkte auch eine unangemessene Risikoverlagerung zu Ungunsten des Mieters.²²⁴ 42

Das gleiche Ergebnis gelte für Klauseln, in denen die Minderung nur wegen bestimmter Unzulänglichkeiten (generell) ausgeschlossen werde.²²⁵

11.6 Keine Verwirkung bei unwirksamen Minderungsausschluss

Wenn der Mieter einen Mangel kennt und jahrelang die Miete vorbehaltlos zahlt, kann eine Verwirkung des Minderungsrechts eintreten.

Nachdem der BGH²²⁶ die Unwirksamkeit des Minderungsausschlusses festgestellt hat (vgl. dazu 11.5), macht er deutlich, dass der Mieter sein Recht zur Minderung nicht durch die jahrelange vorbehaltlose Zahlung verwirkt habe. Ein Recht sei verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend mache, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet habe, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde.²²⁷ Die Verwirkung sei ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens. Der Verstoß gegen Treu und Glauben besteht in der Illoyalität der verspäteten Geltendmachung des Anspruchs. Hiervon könne jedoch im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. Zwar habe die Beklagte die Miete über 40 Monate vorbehaltlos bezahlt. Auch habe sie nicht vorgetragen, über die Möglichkeit der Mietminderung nachgedacht zu haben, hiervon aber wegen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Mietvertrag abgerückt zu sein. Maßgeblich sei aber, dass die Klägerin ihrerseits mit der Verwendung einer unwirksamen Klausel über den Ausschluss der Minderung gegen ihre vorvertraglichen Pflichten verstoßen habe und sie damit rechnen musste, die Beklagte werde die Unwirksamkeit der Klausel nicht sofort bei Auftreten eines Mangels, sondern erst später erkennen und sich dann - ohne dass ihr ein widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen wäre - auf die Minderung berufen. Die Klägerin konnte somit wegen ihres eigenen Vertragsverstoßes nicht darauf vertrauen, die Beklagte werde wegen des großen Zeitablaufs ihr Recht nicht mehr geltend machen.

11.7 Schadensersatz

11.7.1 Vorrang des § 536a BGB beim Rechtsmangel

Bezieht sich das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen darauf, dass der Vermieter dem Mieter den unzutreffenden Eindruck vermittelt, er verhandele mit dem wahren Berechtigten und könne im Falle der Einigung ein Recht zum Besitz erwerben, wird ein dem Mieter entstandener Schaden, der aus der Entziehung der Sache durch den Drittberechtigten resultieren kann, durch §§ 536 Abs. 3, 536a BGB erfasst. Diese enthalten, soweit es um Mängel der Mietsache geht, eine abschließende Sonderregelung,²²⁸ die die Haftung wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen ausschließen, wenn das Mietobjekt dem Mieter bereits überlassen worden war.

²²⁴ vgl. *Sternel*, Gedächtnisschrift für Sonnenschein, S. 293, 298.

²²⁵ BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06, NZM 2008, 609 = GE 2008, 981 = ZMR 2008, 776.

²²⁶ BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693.

²²⁷ BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NZM 2006, 929

²²⁸ vgl. BGHZ 63, 132, 137; 136, 102, 106; BGH v. 29.11.1995 - XII ZR 230/94, NJW 1996, 714.

An diesen Grundsätzen ist festzuhalten,²²⁹ obwohl die Rechtsprechung für die Rechtsmängelhaftung beim Kauf einen Vorrang des Gewährleistungsrechts gegenüber dem allgemeinen Recht der Leistungsstörungen abgelehnt hat.²³⁰ Denn schon wegen dogmatischer Überlegungen (besondere Erwähnung des Rechtsmangels in § 536 Abs. 3 BGB) ist dies bei der Miete ausdrücklich nicht übernommen worden.²³¹

11.7.2 Verschuldenshaftung bei Kurzschluss

Um seiner Verpflichtung, die Mietsache in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten und den Mieter vor Schaden zu bewahren, erfüllen zu können, trifft den Vermieter eine Pflicht zur regelmäßigen Prüfung des Gebäudezustandes, wobei man Abstände von etwa 2 Jahren annimmt.²³² Innerhalb der Wohnung des Mieters muss er jedoch nicht ohne konkreten Anlass Besichtigungen durchführen, um mögliche Gefahren für andere Mieter ggf. zu entdecken.²³³ Unabhängig davon entsteht eine Überprüfungspflicht aber vor allem, wenn der Mieter einen Mangel oder sonstigen gefährlichen Zustand der Mietsache anzeigt (§ 536c BGB). In diesem Fall darf der Vermieter mit der Überprüfung nicht warten.

Diese Rechtslage hat der BGH²³⁴ im Zusammenhang mit einem Schaden durch Brand in der Nachbarwohnung bestätigt. Der Vermieter sei nicht verpflichtet, die Elektroleitungen und elektrischen Anlagen in den von ihm vermieteten Wohnungen ohne konkreten Anlass oder Hinweis auf Mängel einer regelmäßigen Überprüfung durch einen Elektrofachmann zu unterziehen. Zwar treffe den Vermieter die vertragliche Nebenpflicht, die Mietsache in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten. Diese Pflicht erstrecke sich grundsätzlich auf alle Teile des Hauses. Ihm bekannt gewordene Mängel, von denen eine Gefahr für die Mietwohnungen ausgehen kann, müsse der Vermieter deshalb unverzüglich beheben. Er müsse im Rahmen seiner Verkehrssicherungspflicht aber keine regelmäßige Generalinspektion vornehmen. Im Einzelfall könnten zwar besondere Umstände, wie zum Beispiel ungewöhnliche oder wiederholte Störungen, Anlass bieten, nicht nur einen unmittelbar zu Tage getretenen Defekt zu beheben, sondern eine umfassende Inspektion der gesamten Elektroinstallation durchzuführen.

11.7.3 Keine Entlastung nach § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB

Nach dieser Vorschrift haftet der Grundstücksbesitzer für einen durch das Gebäude oder einer damit verbundenen Sache nicht, wenn er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

²²⁹ BGH v. 10.07.2008 – IX ZR 128/07, NZM 2008, 644 = GuT 2008, 282.

²³⁰ vgl. BGHZ 65, 246, 252 f.; BGH v. 21.12.1984 - V ZR 206/83, NJW 1985, 2697, 2698; BGH v. 17.5.1991- V ZR 92/90, NJW 1991, 2700; BGH v. 19.11.1999 - V ZR 321/98, NJW 2000, 803, 804; BGH v. 6.4.2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875; BGH v. 26.9.2003 - V ZR 217/02, NJW 2004, 364 f.

²³¹ dies übersieht *Emmerich* in Festschrift für Honsell, 2002, S. 209, 213.

²³² *Löfflad* in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, H Rz. 4.

²³³ OLG Frankfurt/Main v. 7.3.2003 – 24 U 125/02, WuM 2003, 319.

²³⁴ BGH v. 15.10.2008 – VIII ZR 321/07, GE 2008, 1555.

Diese Regelung ist aber auf die Haftung des Vermieters aus § 536a BGB nicht (analog) **44** anwendbar.²³⁵ Denn der Gesetzgeber hatte im Rahmen der Mietrechtsreform Gelegenheit, auch die davon erfassten Sachverhalte zu prüfen und hat keine Regelung geschaffen.

11.7.4 Kein Schadensersatz ohne Anzeige

Der Vermieter ist verpflichtet, die Mietsache für die Dauer des Mietverhältnisses instand zu halten bzw. instand zu setzen. Er hat jedoch ohne konkreten Anlass keine Verpflichtung zur Untersuchung der im ausschließlichen Besitz des Mieters befindlichen Räume oder Flächen.²³⁶ Dies resultiert aus der Obhutspflicht des Mieters, die vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt wird und diese wiederum folgt aus der Natur des Mietverhältnisses, in dessen Vollzug die Sache in den Besitz des Mieters übergeht.²³⁷ Aus dieser Obhutspflicht ergibt sich die Anzeigepflicht des Mieters i.S.v. § 536c Abs. 1 BGB. Denn damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Vermieter die Mietsache nicht laufend auf ihren Zustand überprüfen kann, ohne den Besitz des Mieters zu stören. Deshalb wird der Vermieter dagegen geschützt, dass der Mieter während der Mietzeit übersieht, "was jedermann sieht", sowie dagegen, dass der Mieter etwaige Mängel trotz positiver Kenntnis nicht anzeigt.²³⁸ Dabei ist mit einem Mangel nicht nur ein Fehler i.S.v. § 536 BGB gemeint, der den Gebrauch der Sache durch den Mieter beeinträchtigt, sondern jedes Hervortreten eines schlechten Zustandes der Mietsache. Zeigt der Mieter ihm bekannte Mängel nicht an, werden ihm nicht nur Gewährleistungsansprüche gemäß § 536c Abs. 2 S. 2 BGB versagt, er macht sich darüber hinaus gegenüber dem Vermieter schadensersatzpflichtig, § 536c Abs. 2 S. 1 BGB. Zu den ausgeschlossenen Ansprüchen im Falle der Nichtanzeige von Mängeln zählen auch solche am Körper sowie auf Zahlung von Schmerzensgeld.²³⁹ Für die Erfüllung seiner Anzeigepflicht ist der Mieter darlegungs- und beweisbelastet.²⁴⁰

Die Rechtslage verändert sich nicht, wenn dem Vermieter der Zutritt zum Mietobjekt dadurch möglich ist, dass der Mieter im Hinblick auf die von ihm ausgeübte gewerbliche Tätigkeit der Öffentlichkeit das Mietobjekt zugänglich macht, wie es z.B. im Betrieb eines Teppichbodenlagerverkaufs der Fall ist.²⁴¹ Denn hier beschränkt sich die Dritten gegenüber erfolgte Gestattung des Mieters, die gemieteten Räumlichkeiten und Flächen zu betreten, nur darauf, dies im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs als Kunden zu tun. Ein ständiges Besichtigungs- und Zutrittsrecht des Vermieters folgt daraus nicht. Erst recht ist er wegen der tatsächlichen Zugangsmöglichkeit nicht verpflichtet, Obhut über die dem Mieter überlassene Sache walten zu lassen. Insoweit gelten vielmehr die allgemeinen Grundsätze: Der Mieter hat grundsätzlich das Recht auf den ungestörten Besitz an der Mietsache. Dieses unterliegt zwar im Interesse des Vermieters den Schranken des § 242 BGB, aus dem sich eine Duldungspflicht des Mieters bei Besuchen des Vermieters ergeben kann.

²³⁵ KG v. 22.2.2008 – 6 U 133/07, ZMR 2008, 621.

²³⁶ vgl. hierzu BGH, ZMR 1969, 271; OLG Frankfurt, ZMR 2003, 674; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Rz. 282.

²³⁷ BGH, NJW 1977, 1236.

²³⁸ vgl. BGH, NJW 1977, 1236, 1237.

²³⁹ Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., § 536a BGB Rz. 14.

²⁴⁰ BGH, NJW-RR 2002, 515.

²⁴¹ OLG Düsseldorf v. 12.8.2008 – I-24 U 44/08, GE 2008, 1326 = GuT 2008, 345.

Oftmals erheben Mieter erst nach anwaltlicher Beratung und dann auch erst im Prozess die Einrede des § 320 BGB, nachdem sie sich außergerichtlich allein auf Minderung wegen eines mangels der Mietsache berufen haben. Da die Einrede des § 320 BGB geltend gemacht werden muss, stellt sich die Frage, ob allein die Nichtzahlung in der Regel als stillschweigende Geltendmachung der Einrede ausgelegt werden kann.

Nach Auffassung des BGH²⁴² kann der Mieter nachträglich sein Zahlungsverhalten nicht mit § 320 BGB unterlegen. Zwar würden dem Mieter, wenn die Mietsache mangelhaft sei, nicht nur die mietvertraglichen Gewährleistungsansprüche zustehen. Vielmehr könne er gegenüber dem Anspruch des Vermieters auf Miete auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB erheben.²⁴³ Der Mieter habe diese Einrede bisher aber nicht geltend gemacht. Zwar müsse die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht ausdrücklich erhoben werden. Erforderlich sei aber, dass der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzuhalten, eindeutig erkennbar sei.²⁴⁴ Daran fehle es, wenn sich Mieter ausschließlich darauf berufen hätten, dass die eingeklagte Mietforderung zur einen Hälfte aufgrund einer Minderung und zur anderen Hälfte aufgrund einer Aufrechnung mit Rückgewähransprüchen nicht geschuldet bzw. erloschen sei.

11.9 Aufwendungsersatz nach § 539 BGB neben § 536a Abs. 2 BGB?

Nach § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen einer berechtigten (§ 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB) oder unberechtigten (§ 684 Satz 1, §§ 812 ff. BGB) Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Mieter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, die der Vermieter nicht nach § 536a Abs. 2 BGB zu ersetzen hat. Hierzu wird teilweise vertreten, der Mieter könne in Fällen einer Selbstbeseitigung von Mängeln auf § 539 Abs. 1 BGB zurückgreifen, wenn die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BGB nicht vorliegen. Dies vermeide, dass dem Vermieter Vorteile zufließen, die nur deshalb nicht ausgleichspflichtig seien, weil der Mieter das Verfahren des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht beachtet habe.²⁴⁵

Diese Meinung hat der BGH verworfen²⁴⁶ und sich der überwiegenden Auffassung angeschlossen.²⁴⁷ Schon die Vorgängervorschrift des § 538 Abs. 2 BGB a.F. habe eine spezielle Aufwendungsersatzregelung für Fälle der Selbstbeseitigung von Mängeln der Mietsache durch den Mieter dargestellt und sei nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich abschließend gewesen, sodass in Fällen, in denen die Voraussetzungen dieser Norm fehlten, nicht auf die allgemeine Verwendungsersatzregelung in § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB aF habe zurückgegriffen werden können, weil Aufwendungen des Mieters zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache keine notwendigen Verwen-

²⁴² BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693.

²⁴³ BGH v. 18.4.2007 - XII ZR 139/05, NZM 2007, 484 m.w.N.

²⁴⁴ BGH v. 7.10.1998 - VIII ZR 100/97, NJW 1999, 53; BGH v. 7.6.2006 - VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839, 2842.

²⁴⁵ vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 539 BGB Rz. 3; Palandt/Weidenkaff, 66. Aufl., § 536a BGB Rz. 17, § 539 BGB Rz. 2; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 539 BGB Rz. 6; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, 1460 f., jew. m.w.N.

²⁴⁶ BGH v. 16.1.2008 - VIII ZR 222/06, WuM 2008, 147 = ZMR 2008, 281.

²⁴⁷ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 536a BGB Rz. 165; Staudinger/Emmerich, 2006, § 536a BGB Rz. 41; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 539 BGB Rz. 11; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 536a BGB Rz. 13, 20; Derleder, NZM 2002, 676, 681 f.; AnwKommBGB/Klein-Blenkers, 2005, § 536a BGB Rz. 21, § 539 BGB Rz. 2; jew. m.w.N.

dungen im Sinne von § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. waren.²⁴⁸ Daran habe die Mietrechtsreform nicht ändern wollen.²⁴⁹ Zwar könnte der Wortlaut des § 539 Abs. 1 BGB auch dahin verstanden werden, dass der Vermieter generell alle Aufwendungen zu ersetzen habe, die der Mieter nicht schon nach § 536a Abs. 2 BGB ersetzt verlangen könne. Dagegen würden jedoch bereits die Gesetzesmaterialien sprechen. Der Gesetzgeber habe bei § 539 Abs. 1 BGB Mängelbeseitigungsarbeiten nicht im Blick gehabt, sondern allein Fälle, in denen der Mieter Einbauten vorgenommen habe, die in erster Linie im eigenen Interesse lagen, wie zum Beispiel die Ausstattung von Küchen und Badezimmern.²⁵⁰ Der Anwendbarkeit des § 539 Abs. 1 BGB auf Fälle der eigenmächtigen Mängelbeseitigung durch den Mieter stehe insbesondere der Zweck des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen. Nach dieser gesetzlichen Wertung soll dem Vermieter der Vorrang bei der Beseitigung eines Mangels zukommen. Das diene zum einen deswegen auch seinem Schutz, weil er dadurch die Minderung der Miete (§ 536 BGB) oder Schadensersatzansprüche des Mieters (§ 536a Abs. 1 BGB) abwenden könne. Die dem Vermieter grundsätzlich einzuräumende Möglichkeit, den Mangel selbst zu beseitigen, solle es ihm zudem ermöglichen, die Mietsache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann, und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Diese Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung verliert der Vermieter, wenn er nach der vom Mieter vorgenommenen Mängelbeseitigung im Rahmen der Geltendmachung eines Anspruchs aus § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vor "vollendete Tatsachen" gestellt wird. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern.²⁵¹

11.10 Kündigung wegen Heizungsausfall

Nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache wieder entzogen wird. Darunter fällt jede erhebliche Störung des Mietgebrauchs durch das nachträgliche Auftreten eines Sach- oder Rechtsmangels, der aus der Sphäre des Vermieters stammt, ohne dass es auf ein Verschulden des Vermieters ankommt.²⁵² Eine mangelhafte Beheizung während der Heizperiode kann eine solche erhebliche Störung darstellen, wenn der Vermieter für die Beheizung zu sorgen hat

Die Heizperiode läuft vom 1.10. bis zum 30.4. des Folgejahres. Das Funktionieren der Heizung in den Wintermonaten und in der Übergangszeit ist von erheblicher Bedeutung für die Gebrauchstauglichkeit; die Annahme eines unerheblichen Mangels ist nur bei sehr kurzem Heizungsausfall oder bei vorübergehend geringfügiger (1° C) Unterschreitung der erforderlichen Heizleistung gerechtfertigt.²⁵³

²⁴⁸ BGH v. 22.11.1958 - VIII ZR 121/57, WPM 1958, 1420, unter VI; BGH v. 13.2.1974 - VIII ZR 233/72, WPM 1974, 348, unter II 3; BGH v. 30.3.1983 - VIII ZR 3/82, WPM 1983, 766, unter A I 4; BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 22/92, WPM 1993, 797, unter II 2 b; ebenso zum Verhältnis von § 538 Abs. 2, § 547 Abs. 2 BGB a.F. *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., II 589.

²⁴⁹ BT-Drs. 14/4553, S. 41.

²⁵⁰ BT-Drs. 14/4553, S. 42.

²⁵¹ vgl. BGHZ 162, 219, 227 ff. zum Kaufrecht; siehe auch BGH v. 11.10.1965 - VII ZR 124/63, NJW 1966, 39, unter I 4, zum Ausschluss von Bereicherungsansprüchen im Fall der Nichteinhaltung des Fristsetzungserfordernisses nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB(B).

²⁵² vgl. *Bieber* in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Auflage, 2008, § 543 BGB Rz. 25; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 24.

²⁵³ BGH, GE 2004, 1228 f. = NJW-RR 2004, 1450 ff.

Der Mieter von Gewerberaum kann erwarten, dass während der Heizperiode in den als Büro vermieteten Räumen eine Mindesttemperatur von 20° C erreicht wird.²⁵⁴ Nach § 3 Abs. 1 ArbStättV müssen Arbeitsstätten so eingerichtet werden, dass von ihnen keine Gefährdung der Gesundheit der Beschäftigten ausgeht. Nach Ziffer 3.5 des Anhangs zu § 3 Abs. 1 ArbStättV muss eine gesundheitlich zuträgliche Raumtemperatur erreicht werden. Danach kann in Büroräumen eine Mindesttemperatur von 20° C verlangt werden.²⁵⁵ Demnach kann der Mieter (Steuerbüro) fristlos kündigen,²⁵⁶ wenn die Wärmeversorgung in den Mieträumen in den Monaten November/Dezember anhaltend, allenfalls mit kurzen Unterbrechungen, so gestört war, dass Temperaturen bestanden, die zum Teil sehr viel weniger als 20° C betragen mit der Folge, dass der Gebrauch der Mietsache empfindlich beeinträchtigt war. Dies vor allem dann, wenn eine Tätigkeit in den Gewerberäumen vorwiegend sitzend ausgeübt wird, so dass sich die Möglichkeit einer Erwärmung durch Bewegung - anders als bei einer Arbeit als Serviererin in einer Gaststätte²⁵⁷ - eher nicht ergibt.

12 Kautio

12.1 Gesonderte Anlage und Untreue (§ 266 StGB)

Durch § 551 Abs. 3 BGB wird für die Wohnraummiete zugleich eine auf Gesetz beruhende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet.²⁵⁸ Diese gesetzliche Regelung soll einen Ausgleich zwischen dem Sicherungsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite herstellen; sie schützt dabei insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern.²⁵⁹

Eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB entsteht aber nur bei der Wohnraummiete.²⁶⁰ Eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf die Mietkaution scheidet bei der Gewerberaummiete aus, weil sich die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum beziehen würden. Selbst eine analoge Anwendung des § 551 Abs. 3 BGB auf gewerbliche Mietverhältnisse scheidet aus. Denn wie sich schon aus § 578 BGB ergebe, fehle die dafür notwendige Lücke. Eine anderweitige Entstehung einer Vermögensbetreuungspflicht sei nicht ersichtlich. Zwar sei eine mietvertragliche Regelung denkbar, die eine entsprechende Anlagepflicht der eingezahlten Kautio

²⁵⁴ KG v. 20.4.2008 – 8 U 209/07, ZMR 2008, 790.

²⁵⁵ vgl. Bub/Treier/Kraemer, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, 1999, III Rz. 1306; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 347.

²⁵⁶ KG v. 20.4.2008 – 8 U 209/07, ZMR 2008, 790.

²⁵⁷ Vgl. dazu KG v. 29.11.2001 - 22 U 6421/00, GE 2002, 462.

²⁵⁸ BGH v. 23.8.1995 - 5 StR 371/95, NJW 1996, 65.

²⁵⁹ BGH v. 23.8.1995 - 5 StR 371/95, NJW 1996, 65 unter Bezugnahme auf BT-Drucks 9/2079, S. 10.

²⁶⁰ BGH v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, WuM 2008, 336 = NZM 2008, 415 = ZMR 2008, 698.

sonderten und verzinslichen Anlage der Kautionssumme verpflichtet sei. Solches sei schon deshalb fraglich, weil der Gesetzgeber dieses ausdrücklich nur für die Wohnraummiete angeordnet habe. Zudem würde es der unterschiedlichen Interessenlage bei der Gewerberaummieta widersprechen, wenn dort ohne weiteres gleiche Pflichten bestünde. Für die Gewerberaummieta gelte nämlich das Primat der freien Vereinbarung.²⁶¹ Doch selbst wenn sich aus der Kautionsvereinbarung entsprechende Nebenpflichten ergeben sollten,²⁶² führe dies nicht zur Annahme einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vermögensbetreuungspflicht. Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nämlich nicht.²⁶³ Dies gelte grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners handelt.

12.2 Verjährung des Anspruchs des Vermieters

Nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist für den Beginn der Verjährung das Entstehen des Anspruchs, d.h. Fälligkeit und Durchsetzbarkeit erforderlich. Ist für die Leistung einer Bankbürgschaft im Mietvertrag ein bestimmtes Datum vorgesehen, ist der Anspruch seit diesem Tag mit der Folge des Verjährungsbeginns fällig.²⁶⁴

Es ist nicht gerechtfertigt, wegen des Zwecks der Kaution, der sich regelmäßig erst am Ende der Mietzeit realisiert, den Verjährungsbeginn bis dahin hinauszuschieben.²⁶⁵ Dies müsste dann für eine Vielzahl von nicht verjährbaren Ansprüchen führen.

Etwas anderes gilt aber im Anwendungsbereich des § 200 BGB, der z.B. für Ansprüche des Vermieters wegen Veränderung und Verschlechterung der Mietzeit nach § 548 Abs. 1 BGB gilt. Bei diesen Ansprüchen beginnt die Verjährung mit der Rückgabe unabhängig davon, ob der Anspruch schon entstanden ist.²⁶⁶ Dann ist aber auch der Verjährungsbeginn für Ansprüche, die während der Mietzeit fällig werden (z.B. laufende Renovierung), bis zur Rückgabe hinausgeschoben.

13 Modernisierung

13.1 Ausschluss durch Vereinbarung

Das Recht des Vermieters, Modernisierungen auszuführen, kann ausgeschlossen werden. § 554 Abs. 5 BGB steht dem nicht entgegen, weil er nur Abreden zu Lasten des Mieters erfasst.

Ein solcher Ausschluss ist anzunehmen, wenn dem Mieter vor Jahren der Einbau einer Gasetagenheizung genehmigt wurde und er durch die damalige Vereinbarung nicht nur die Pflicht zur Instandhaltung der Anlage, sondern ggf. auch deren Erneuerung übernommen hat.²⁶⁷ Da aus der Pflicht auch das recht folgt, ist eine solche Vereinbarung dahin auszulegen, dass der Mieter für die

²⁶¹ Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., Einf. v. § 535 BGB Rz. 122.

²⁶² so zur abgesonderten Anlage der Kaution: OLG Nürnberg, MDR 2006, 1100; zu deren Verzinsung: BGH, NJW 1994, 3287.

²⁶³ BGHSt 33, 244, 249; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16; vgl. auch Fischer, 55. Aufl., § 266 StGB Rz. 29.

²⁶⁴ LG Darmstadt, NJW-RR 2007, 1516 = NZM 2007, 801; LG Duisburg, NZM 2006, 774; AG Charlottenburg, GE 2007, 451; Ehlert in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Edition 7 (2007), § 551 BGB Rz. 45; Herrlein, NJW 2007, 1249, 1250.

²⁶⁵ KG v. 3.3.2008 – 22 W 2/08, ZMR 2008, 624.

²⁶⁶ BGH v. 15.3.2006 – VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588.

²⁶⁷ KG v. 28.8.2008 – 8 U 99/08, WuM 2008, 597 = GE 2008, 1423.

Dauer des Mietvertrages für die „Lieferung von Wärme“ unter Ausschluss der Rechte des Vermieters zuständig sein sollte. 49

Die Entscheidung ist lebensfremd. Der Vermieter, der eine solche Vereinbarung trifft, weiß, dass er dem Mieter den nicht abgewohnten Teil seiner Investition vergüten muss, um eine Härte i.S.v. § 554 Abs. 2 BGB zu vermeiden. Bei Bestehen dieser Option, die den Mieter sichert, kann eine objektive Auslegung nicht zu dem Ergebnis eines Ausschlusses gelangen.

13.2 Ankündigung durch den Erwerber im eigenen Namen

Der Erwerber einer vermieteten Immobilie ist vor Eintragung in das Grundbuch prinzipiell nicht berechtigt, Rechte, die ihre Grundlage im bestehenden Mietvertrag finden, im eigenen Namen geltend zu machen.²⁶⁸ Dies gilt insbesondere für die Ausübung von Gestaltungsrechten, die eine (nachträgliche) Wirksamkeit auch nicht durch eine Genehmigung des (alten) Vermieters erlangen.²⁶⁹ Erst recht sind Gestaltungsrechte nicht isoliert abtretbar. Es ist allerdings anerkannt, dass eine (unwirksame) Abtretung z.B. des Kündigungsrechts gemäß § 140 BGB in eine Ermächtigung (§ 185 BGB) zur Ausübung des Gestaltungsrechts zulässig ist.²⁷⁰ Bei der Wohnraummiete wird dem entgegen gehalten, dass der Mieter bestimmte Schutzrechte nur gegenüber dem Vermieter geltend machen kann.²⁷¹

Darin sieht der BGH grundsätzlich kein durchgreifendes Bedenken.²⁷² Dem Wortlaut des § 554 BGB lasse sich schon nicht entnehmen, dass der Vermieter nur selbst und nicht durch einen von ihm ermächtigten Dritten Modernisierungsmaßnahmen durchführen dürfe oder dass die gemäß § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderliche Ankündigung der Arbeiten nur durch den Vermieter selbst möglich sei. Mit der Planung und tatsächlichen Durchführung der Modernisierungsarbeiten werde der Vermieter in der Regel ohnehin Dritte (Architekten, Handwerker) beauftragen. Diese könne er ohne weiteres bevollmächtigen, in seinem Namen Duldung der Bauausführung zu verlangen. Der Mieter sei dadurch nicht in seinen schützenswerten Interessen beeinträchtigt, denn ihm stünden bei einer Beeinträchtigung des Mietgebrauchs Minderungsansprüche gegen den Vermieter zu. Im Übrigen hafte der Vermieter nach § 278 BGB für ein etwaiges Verschulden der beauftragten Dritten. Nichts anderes gelte, wenn der Vermieter einen Dritten, der als Käufer des Mietobjekts schon vor der Grundbuchsbeschreibung auf eigene Rechnung Modernisierungsmaßnahmen durchführen wolle, dazu ermächtige, die Maßnahmen im eigenen Namen anzukündigen und von den Mietern Duldung der Bauausführung zu verlangen. Auch insoweit sei der Dritte insbesondere bei der Bauausführung im Rechtskreis des bisherigen Vermieters und mit dessen Einverständnis tätig und gilt deshalb für etwaige Minderungs- und Schadensersatzansprüche des Mieters nichts anderes. Durch eine derartige Ermächtigung werde auch die zügige Durchführung der angekündigten Arbeiten nicht gefährdet sei, wenn die Durchführung des Kaufvertrags später scheitere. Auch die Gefahr eines Baustillstandes werde durch die Anerkennung einer solchen Ermächtigung nicht erhöht. In jedem Fall treffe den Vermieter die vertragliche Nebenpflicht zur zügigen Durchführung der Arbeiten. Ob es sich bei dem Duldungsanspruch des Vermieters im Hinblick darauf, dass er auf eine Veränderung des

²⁶⁸ OLG München v. 17.1.1997 – 21 U 5288/93 und 21 U 5618/93, OLGR München 1997, 62; OLG Celle v. 9.6.1999 – 2 U 166/98, ZMR 1999, 618 = NZM 2000, 93.

²⁶⁹ LG Osnabrück v. 18.10.1989 – 1 S 248/89, WuM 1990, 81.

²⁷⁰ BGH v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, WuM 1998, 99 = MDR 1998, 271 = ZMR 1998, 214.

²⁷¹ Deshalb gehen von der Unzulässigkeit aus: LG München I, WuM 1999, 161; AG Mitte v. 17.8.2004, MM 2004, 375.

²⁷² BGH v. 13.2.2008 - VIII ZR 105/07, WuM 2008, 219 = GE 2008, 469 = ZMR 2008, 519.

bisherigen Zustands der Mietsache zielt, um ein – nicht isoliert abtretbares – Gestaltungsrecht handele, bedürfe keiner Entscheidung. Eine Ermächtigung zur Ausübung eines Rechts im eigenen Namen sei nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich auch bei Gestaltungsrechten zulässig und selbst dann, wenn diese nicht isoliert abgetreten werden könnten.²⁷³

*Hieraus folgt zugleich, dass der Erwerber den Duldungsanspruch auch prozessual im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend machen kann. Denn er hat ein eigenes rechtliches Interesse an der gerichtlichen Geltendmachung eines fremden Rechts im eigenen Namen und eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange des Prozessgegners ist nicht zu besorgen.*²⁷⁴

13.3 Mitteilung der Mieterhöhung nach § 558 BGB?

Nach § 554 Abs. 3 BGB hat der Vermieter dem Mieter bei Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht nur nähere Angaben zu den Maßnahmen selbst, sondern auch die (dadurch) zu erwartende Mieterhöhung spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahmen mitzuteilen. Hat der Vermieter im Ankündigungsschreiben mitgeteilt, dass keine Erhöhung der Miete erfolgen wird, sind auch Angaben über eine theoretisch mögliche Mieterhöhung entbehrlich.²⁷⁵ Zweifelhaft aber könnte sein, ob ein Duldungsverlangen unwirksam wird, wenn der Vermieter später auf die angekündigte Mieterhöhung verzichtet, weil die (auch parallel zulässige) Mieterhöhung nach § 558 BGB nicht angekündigt ist.

Dies ist nach Auffassung des BGH nicht der Fall.²⁷⁶ Die Pflicht nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB zur Mitteilung der zu erwartenden Mieterhöhung beziehe sich nur auf die aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen mögliche Mieterhöhung nach § 559 BGB und nicht auf eine etwaige Erhöhung der Vergleichsmiete nach § 558 BGB. Dies ergebe sich aus dem Sachzusammenhang zwischen der Pflicht des Mieters, Modernisierungsmaßnahmen nach vorheriger Ankündigung zu dulden (§ 554 Abs. 2 und 3 BGB), und der Berechtigung des Vermieters, die Miete aufgrund solcher Maßnahmen - unabhängig von der Vergleichsmiete (§ 558 BGB) - um einen bestimmten Prozentsatz der Baukosten zu erhöhen (§ 559 BGB). Bei den Bestimmungen in § 554 Abs. 2 und 3 BGB einerseits und § 559 BGB andererseits handele es sich um korrespondierende Regelungen, die zum Gegenstand hätten, ob der Mieter zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen verpflichtet sei und der Vermieter aufgrund solcher Maßnahmen zu einer Erhöhung der jährlichen Miete um einen absoluten Betrag von 11 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten berechtigt sei. Dementsprechend habe der Vermieter in dem Erhöhungsverlangen gemäß § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB nur den nach § 559 BGB zu errechnenden Erhöhungsbetrag darzulegen, den er zu verlangen beabsichtigt.

13.4 Umstellung auf Fernwärme

Generell wird der Anschluss einer Wohnung an ein aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeistes Fernwärmenetz als eine Maßnahme zur Einsparung von Energie im Sinne des § 554 Abs. 2

²⁷³ BGHZ 68, 118, 124 f., für das Wandelungsrecht; BGH v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, NJW 1998, 896, unter 3 für das Kündigungsrecht des Vermieters; Palandt/Grüneberg, 67. Aufl., § 413 BGB Rz. 5; MünchKomm/Roth, BGB, 5. Aufl., § 413 BGB Rz. 11.

²⁷⁴ Zu den Anforderungen: BGHZ 92, 347, 349; 119, 237, 242; 125, 196, 199, st. Rspr.

²⁷⁵ BayObLG, WuM 2001, 16.

²⁷⁶ BGH v. 24.9.2008 – VIII ZR 275/07, WuM 2008, 667 = GE 2008, 1485.

Satz 1 BGB angesehen, weil damit der Verbrauch von Primärenergie (nachweislich) verringert wird.²⁷⁷ 51

Diese Bewertung ändert sich nicht, weil nicht festgestellt werden kann, ob auch in der konkreten Wohnung (bei gleichem Heizverhalten) weniger Energie verbraucht wird.²⁷⁸ Dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte und dem aus den Gesetzesmaterialien ersichtlichen Zweck der Vorschrift.. Danach verfolge der Gesetzgeber mit der Förderung von Modernisierungen auch den Zweck, sicher zu stellen, dass der Volkswirtschaft auch in Zukunft Energie in ausreichender Menge und zu angemessenen Preisen zur Verfügung steht. Diese werde durch die ausdrückliche Erwähnung des aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeisten Fernwärmenetzes in § 4 Abs. 3 ModEnG deutlich. An dieser gesetzgeberischen Intention habe sich durch die Aufhebung des ModEnG und der damaligen Einführung des § 541b BGB a.F. und die Mietrechtsreform nichts geändert.

13.5 Grundrissänderungen als Modernisierungsmaßnahme

Als Modernisierung zählt § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB u.a. Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache auf. Ob darunter auch erhebliche Umgestaltungen der Wohnfläche, insbesondere deren Verkleinerung, etwa durch Wegfall einzelner Räumlichkeiten, wie oftmals beim Einbau eines Bades, fallen, ist nicht sicher zu beantworten. So werden z.B. teilweise Vergrößerungen der Wohnfläche, wenn sie 10 % des Wohnungsgrundrisses überschreiten, nicht mehr als Verbesserung gewertet. Die zu würdigenden Gesichtspunkte sollen sich nicht in Auswirkungen auf die Raumsituation erschöpfen. Ästhetische Gründe, ein wesentlicher Verlust an Licht und Sonne oder ein erhöhter Lüftungsbedarf sollen ebenso zu beachten sein, wie mögliche Gesundheitsgefahren infolge des veränderten Zustandes. Auch das Alter des Mieters soll bei der Bewertung ausschlaggebend sein können, wobei insbesondere seine subjektive Einschätzung der baulichen Folgen maßgeblich sein soll.²⁷⁹ Darüber hinaus wird verlangt, dass der Vermieter bei einer angekündigten Grundrissänderung (Einbau einer Dusche im WC) angibt, an welche Stelle die neue Einrichtung platziert wird.²⁸⁰

Der BGH betont, dass ein vom Vermieter geplanter Umbau (= Vergrößerung) des Badezimmers unter Einbeziehung der bisherigen Abstellkammer eine Verbesserung der Mietsache im Sinne des § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB darstellt.²⁸¹ Darunter seien Maßnahmen zu verstehen, die den objektiven Gebrauchs- oder Substanzwert der Räume oder Gebäudeteile im Rahmen ihres Zwecks erhöhen und eine bessere Benutzung ermöglichen würden).²⁸² Der Maßstab, nach dem sich die Beurteilung richte, sei die Verkehrsanschauung. Entscheidend sei, ob allgemein in den für das Mietobjekt in Betracht kommenden Mieterkreisen der Maßnahme eine Wohnwertverbesserung zugemessen werde, so dass der Vermieter damit rechnen könne, dass die Wohnung nach Durchführung der Maß-

²⁷⁷ LG Berlin, GE 1997, 491; LG Berlin, NJW-RR 2001, 1590; LG Berlin, GE 2005, 1193; LG Berlin, GE 2007, 849; LG Hamburg, NZM 2006, 536; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 48; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 554 BGB Rz. 19; *Soergel/Heintzmann*, BGB, 13. Aufl., § 554 BGB Rz. 8; *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 554 BGB Rz. 74; *MünchKommBGB/Bieber*, 5. Aufl., § 554 BGB Rz. 18; *Heilmann*, jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 12; *Schmid*, Mietrecht, § 554 BGB Rz. 22; *Wilcken*, NZM 2006, 521 ff.; *W. Lorenz* in *Blümmel/Blömeke*, Die Modernisierung und Instandsetzung von Wohnraum, 3. Aufl., S. 165; vgl. auch *Sternel*, NZM 2001, 1058, 1059; a.A. LG Berlin, GE 1988, 731; LG Hamburg, WuM 2002, 375; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB R. 152; *Meyer-Harport*, NZM 2006, 524 ff.

²⁷⁸ BGH v. 24.9.2008 – VIII ZR 275/08, WuM 2008, 667 = GE 2008, 1485.

²⁷⁹ AG Köln in *Lützenkirchen*, KM 32 Nr. 16.

²⁸⁰ AG Stuttgart v. 26.5.2005 – 30 C 1290/05, WuM 2006, 255.

²⁸¹ BGH v. 13.2.2008 - VIII ZR 105/07, WuM 2008, 219 = GE 2008, 469.

²⁸² KG, NJW 1985, 2031, 2032; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 554 BGB Rz. 14; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB Rz. 62.

nahme von künftigen Mietinteressenten – bei im übrigen gleichen Konditionen – eher angemietet würde als eine vergleichbare Wohnung, bei der diese Maßnahme nicht durchgeführt worden sei.²⁸³ Die Beurteilung entziehe sich einer generalisierenden Betrachtung; sie könne nur aufgrund einer Würdigung des konkreten Zuschnitts der betroffenen Wohnung, der Wohnungsgröße, der Einzelheiten der konkret geplanten Baumaßnahme und der allgemeinen Wohnbedürfnisse der für die Wohnung in Betracht kommenden Mieterkreise beurteilt werden.

14 Mieterhöhung

14.1 durch Wertsicherungsklausel

Zur Wertsicherung der Miete kann eine Indexmiete vereinbart werden. Im Wesentlichen wird bei der Ausgestaltung der maßgeblichen Klauseln danach unterschieden, ob die Mietänderung automatisch oder nur auf Anforderung erfolgen soll. Aber auch automatische Gleitklauseln können eine (z.B. schriftliche) Anforderung der geänderten Miete vorsehen. Für die Wohnraummiete verbietet § 557b Abs. 3 BGB automatische Gleitklausel. In der Gewerberaummieta ist sie aber weit verbreitet und wird häufig im Zusammenhang mit Verwirkung bei jahrelanger übersehener Änderung diskutiert.

Für den Fall einer Klausel, die eine Mietanpassung an die Indexveränderungen in einem bestimmten zeitlichen Rhythmus vorsieht, soll die Erhöhung zu dem jeweiligen Zeitpunkt eintreten. Die Bedeutung der schriftlichen Aufforderung beschränkt sich dabei auf den Verzug.²⁸⁴ Nichts anderes gilt bei einer Klausel die mit „automatischer Wertsicherung“ überschrieben ist.²⁸⁵

14.2 bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete

14.2.1 Wartefrist und einvernehmliche Mieterhöhung

Haben die Parteien eine vertragliche Regelung über Modernisierungsaufwendungen getroffen, die auch eine entsprechende förmliche Mieterhöhung nach § 559 BGB gerechtfertigt hätten, wird die Wartefrist des § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ausgelöst.²⁸⁶

An dieser Rechtsprechung hält der BGH fest.²⁸⁷ § 559 BGB verfolge aus wohnungs-, wirtschafts- und umweltpolitischen Gründen den Zweck, die Modernisierung vorhandenen alten Wohnbestandes zu fördern. Die Privilegierung dieser Kosten habe ihren sachlichen Grund in der erwünschten Modernisierung des Wohnungsbestandes, nicht in der Art und Weise der rechtlichen Umsetzung. Die vom Gesetzgeber als privilegiertes Merkmal für die Bemessung der Miete ausgestalteten Modernisierungskosten solle deshalb nicht durch die Jahresfrist (§ 558 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder die Kappungsgrenze (§ 558 Abs. 3 BGB) teilweise wieder "neutralisiert" werden; dies gelte auch für die so genannte Wartefrist des § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB.

²⁸³ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 253/04, NJW 2005, 2995, unter II. 1.

²⁸⁴ OLG Düsseldorf v. 11.3.2008 – I-24 U 152/07, OLGR 2008, 622.

²⁸⁵ OLG Düsseldorf v. 11.3.2008 – I-24 U 138/07, OLGR 2008, 621.

²⁸⁶ BGH v. 18.7.2007 - VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122, Tz. 12 ff.

²⁸⁷ BGH v. 9.4.2008 – VIII ZR 287/06, WuM 2008, 355 = ZMR 2008, 699.

Für die Frage, ob eine nicht unter die Wartefrist des § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB fallende Vereinbarung einer Mieterhöhung wegen Modernisierung vorliegt, kommt nicht darauf an, ob der Vereinbarung ein formell wirksames Mieterhöhungsverlangen gemäß § 559 BGB vorausgegangen ist.²⁸⁸ Erforderlich sei lediglich, dass der Vermieter die wegen der Modernisierung vereinbarte Mieterhöhung in dieser Höhe auch einseitig nach § 559 BGB hätte durchsetzen können. Dem stehe nicht entgegen, wenn der Vermieter weder in ihrem Mieterhöhungsverlangen noch im Prozess näher dargelegt habe, aufgrund welcher Modernisierungsmaßnahmen sie eine Mieterhöhung nach § 559 BGB in Höhe des von dem Mieter bislang schon gezahlten Mehrbetrags hätte einseitig durchsetzen können.

14.2.2 Beifügen des Mietspiegels?

Ob der Mietspiegel, auf den der Vermieter zur Begründung seines Erhöhungsverlangens Bezug nimmt, dem Erhöhungsverlangen beigefügt werden muss, wird nicht einheitlich bewertet. Jedenfalls wenn es sich um einen allgemein zugänglichen Mietspiegel handelt, soll die Beifügung nicht erforderlich sein.²⁸⁹

Dieser Auffassung hat sich der BGH²⁹⁰ für den Fall des Berliner Mietspiegels angeschlossen, weil er im Amtsblatt veröffentlicht wurde.

Das LG Dresden²⁹¹ hat vor der Veröffentlichung der Entscheidung verlangt, dass der Mietspiegel entweder beigefügt oder kostenlos erhältlich ist; sofern eine Veröffentlichung im Amtsblatt stattgefunden hatte, sollte eine Hinweispflicht des Vermieters über den möglichen Ort der Einsicht bestehen. Zumindest dürfte Letzteres überholt sein. Ohnehin liefe eine solche Forderung der Veröffentlichungsfiktion zuwider.

14.2.3 Bezugnahme auf Rasterfeld des Mietspiegels

Das Erhöhungsverlangen muss in formeller Hinsicht Angaben über die Tatsachen enthalten, aus denen der Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können.²⁹² Aus der Bestimmung des § 558a Abs. 3 BGB ergibt sich dazu unmittelbar, dass der Vermieter die Angaben des Mietspiegels zur Wohnung, auf die er sein Erhöhungsverlangen stützt, dem Mieter mitzuteilen hat. Das Begründungserfordernis nach § 558a Abs. 1 BGB wird durch § 558a Abs. 3 BGB für den Fall des Vorliegens eines qualifizierten Mietspiegels (§ 558d BGB) dahin konkretisiert, dass der Vermieter die Angaben, die ein qualifizierter Mietspiegel für die Wohnung enthält, dem Mieter im Erhöhungsverlangen in jedem Fall mitzuteilen hat, das heißt unabhängig davon, ob der Vermieter die Mieterhöhung auf diesen Mietspiegel oder auf ein anderes Begründungsmittel des § 558a Abs. 2 BGB stützt.

²⁸⁸ BGH v. 9.4.2008 – VIII ZR 287/06, WuM 2008, 355 = ZMR 2008, 699.

²⁸⁹ vgl. MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558a Rz. 18 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a Rz. 34; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 558a BGB Rz. 25.

²⁹⁰ BGH v. 12.12.2007 – VIII ZR 11/07, WuM 2008, 88 = GE 2008, 191 = NZM 2008, 164.

²⁹¹ LG Dresden v. 23.2.2007 – 4 S 288/06, NZM 2008, 727.

²⁹² Blank/Börstinghaus, 2. Aufl., § 558a BGB Rz. 9; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 558a BGB Rz. 19; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558a BGB Rz. 14.

Dazu ist die Mitteilung des konkreten Mietspiegelfeldes, das hinsichtlich Größe, Alter, Wohnlage und Ausstattung nach der Auffassung des Vermieters für die gemietete Wohnung einschlägig ist, ausreichend, wenn der Mietspiegel ein Raster aus mit Buchstaben und Ziffern bezeichneten Feldern enthält, in denen für bestimmte Kategorien von Wohnungen (gegliedert nach Größenordnung, Zeitraum der Bezugsfertigkeit, Wohnlage und Ausstattung) jeweils eine bestimmte Mietspanne ausgewiesen ist.²⁹³

14.2.4 Anwendbarkeit eines Mietspiegels auf Einfamilienhaus

Ob ein Mieterhöhungsverlangen über eine Einfamilienhaus formell wirksam ist, wenn es auf einen Mietspiegel Bezug nimmt, der keine Angaben für Einfamilienhäuser enthält, ist umstritten. In Rechtsprechung und Literatur wird dies wegen der mangelnden Vergleichbarkeit überwiegend abgelehnt.²⁹⁴ Nach anderer Ansicht reicht zur Begründung des Erhöhungsverlangens für die Miete eines Einfamilienhauses die Bezugnahme auf den an sich nicht einschlägigen Mietspiegel jedenfalls dann aus, wenn die verlangte Miete innerhalb der Mietpreisspanne für Mehrfamilienhäuser liegt.²⁹⁵

Der BGH²⁹⁶ hat sich der letztgenannten Ansicht angeschlossen. Denn die Miete für Einfamilienhäuser liege im Regelfall über der Miete für Wohnungen in Mehrfamilienhäusern. Dies entspreche nicht nur einem Erfahrungssatz. Vielmehr sei im konkreten Mietspiegel selbst vermerkt, dass Wohnungen in kleineren Wohneinheiten tendenziell höherpreisig seien.

Die Begründung ist zweifelhaft. Bei der ortsüblichen Vergleichsmiete wird in § 558 Abs. 2 BGB auf vergleichbare Objekte abgestellt. Wenn ein Mietspiegel aber dazu keine Werte enthält, kann er zur Begründung einer Erhöhung der ortsüblichen Vergleichsmiete auch nicht herangezogen werden.

14.2.5 Erhöhung einer Teilinklusivmiete

Die dem Vermieter gemäß § 558a BGB obliegende Begründung des Mieterhöhungsverlangens soll dem Mieter die Möglichkeit geben, die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens zu überprüfen und auf diese Weise überflüssige Prozesse zu vermeiden; zur Erreichung dieses Zwecks müssen dem Mieter alle Faktoren bekannt gegeben werden, die für die Mieterhöhung von Bedeutung sind.²⁹⁷ Der Anspruch des Vermieters auf Zustimmung zu einer Erhöhung der Bruttokaltmiete (Teilinklusivmiete), den er mit einem Mietspiegel begründet, der Nettomieten ausweist, ist grundsätzlich anhand der zuletzt auf die betreffende Wohnung entfallenden Betriebskosten und nicht auf der Grundlage eines durchschnittlichen (pauschalen) Betriebskostenanteils zu beurteilen.²⁹⁸ Die Frage, ob der angegebene Betriebskostenanteil (auch im Ansatz) zutreffend ist, betrifft nicht die formelle Ordnungsmäßigkeit des Erhöhungsverlangens, sondern allein dessen materielle Berechtigung.²⁹⁹

²⁹³ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, WuM 2008, 88 = GE 2008, 191 = NZM 2008, 164.

²⁹⁴ LG Berlin, GE 2002, 1197; LG Gera, WuM 2002, 497; LG Hagen, WuM 1997, 331; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a BGB Rz. 35.

²⁹⁵ Kniep, NZM 2000, 166 f. m.w.N.; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558a Rz. 17.

²⁹⁶ BGH v. 17.9.2008 – VIII ZR 58/08, WuM 2008, 729, dazu kritisch Börstinghaus, jurisPR-MietR 26/2008 Anm. 2.

²⁹⁷ BGH v. 25.2.2002 - VIII ZR 116/03, NZM 2004, 380, unter II 1.

²⁹⁸ BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NZM 2006, 101, unter II 1 b bb (2); BGH v. 12.7.2006 - VIII ZR 215/05, NZM 2006, 864, unter II 2; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 138/06, NJW 2007, 2626, unter II 1.

²⁹⁹ BGH v. 12.7.2006, NZM 2006, 864, unter II 1 b.

Auf die Höhe der in der Miete enthaltenen Betriebskosten kommt es aber dann nicht an, wenn selbst die erhöhte Teilinklusive Miete noch unterhalb der ortsüblichen Nettomiete liegt.³⁰⁰ Der Mieter benötigt in einem solchen Fall keine Angaben zu den Betriebskosten, um die Berechtigung des Erhöhungsverlangens zu prüfen. In einem solchen Fall führen unzutreffende Angaben des Vermieters zu den Betriebskosten weder zur formellen Unwirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens, noch stehen sie der materiellen Begründetheit des Zustimmungsbegehrens entgegen.

14.2.6 angestrebte Änderung der Mietstruktur

Nach wohl allgemeiner Meinung in Literatur und Rechtsprechung der Instanzgerichte ist ein Mieterhöhungsverlangen dann unwirksam, wenn der Vermieter damit weitere von ihm erstrebte Änderungen des Mietvertrags - z.B. der Mietstruktur - verknüpft, so dass der Mieter mit der Zustimmung zur Mieterhöhung gleichzeitig die weitere Vertragsänderung annähme.³⁰¹

Ob dieser Auffassung uneingeschränkt zu folgen ist, lässt der BGH offen.³⁰² Er hebt aber hervor, dass der Vermieter grundsätzlich noch keine Änderung der Mietstruktur der vereinbarten Teilinklusive Miete erstrebt, wenn er im Mieterhöhungsverlangen angibt, dass der Mieter im bisherigen Umfang gesonderte Nebenkosten (Heizkosten, Be- und Entwässerung sowie Kabelgebühren) tragen soll, so dass sonstige Nebenkosten wie bisher in der Miete enthalten sind. Auch die fehlende Einbeziehung eines "Wertverbesserungszuschlags" in die Berechnung der Ausgangsmiete enthalte noch kein stillschweigendes Angebot zur vertraglichen Änderung der Mietstruktur, wenn im Mieterhöhungsverlangen ausdrücklich erklärt wird, dass dieser Zuschlag "wie bisher" weitergezahlt werden solle. Eine wegen Modernisierung erfolgte Mieterhöhung nach § 559b BGB werde Bestandteil der Grundmiete, so dass die erhöhte Miete bei einer späteren Mieterhöhung nach § 558 BGB als die der ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüberzustellende Ausgangsmiete zu Grunde zu legen sei.³⁰³ Eine davon abweichende Mietstruktur, bei der die frühere Mieterhöhung in Form eines Wertverbesserungszuschlags als gesonderter, bei späteren Mieterhöhungen nicht zu berücksichtigender Betrag neben der Grundmiete erhalten bliebe, könne auch durch eine Vereinbarung der Mietvertragsparteien nicht erreicht werden, § 558 Abs. 6 BGB. Das Mieterhöhungsverlangen, in dem frühere Mieterhöhungen nicht in die Ausgangsmiete und/oder die begehrte Miete eingerechnet sei, sei jedoch nicht formell unwirksam. Denn § 558a BGB lege die formalen Anforderungen fest, die an ein wirksames Mieterhöhungsverlangen zu stellen seien.

³⁰⁰ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, WuM 2007, 707 = GE 2008, 45 = ZMR 2008, 190.

³⁰¹ LG Hamburg v. 13.5.1986 - 16S 15/86, WuM 1987, 86; LG Köln v. 11.1.1991 - 12 S 334/90, WuM 1992, 255; LG Wiesbaden v. 29.4.1991 1 S 2/91, WuM 1991, 698; LG München I v. 29.6.1994 - 14 S 3528/94, WuM 1995, 113; vgl. auch OLG Hamburg v. 20.12.1982 - 4 U 25/82, WuM 1983, 49; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a BGB Rz. 17; *Schultz* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rz. 332; MünchKommBGB/Artz, 4. Aufl., § 558a BGB Rz. 10; *Schmid/Riecke*, Mietrecht, § 558a BGB Rz. 9.

³⁰² BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, WuM 2007, 707 = GE 2008, 45 = ZMR 2008, 190.

³⁰³ LG München I v. 12.4.1995 - 14 S 2511/95, WuM 1996, 43; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 559b BGB Rz. 41 m.w.N., Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 559b BGB Rz. 4; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 559b BGB Rz. 25.

15.1 Prozessuale Durchsetzung der Kosten des Hauswarts

Zu den umlagefähigen Kosten für den Hauswart gehören die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die der Eigentümer dem Hauswart für seine Arbeit gewährt, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft (§ 2 Nr. 14 BetrKV). Danach sind die Kosten für den Hauswart, die der Instandhaltung und Instandsetzung sowie Verwaltungstätigkeiten zuzurechnen sind, nicht umlagefähig. Vor diesem Hintergrund muss der Vermieter die Kosten der umlagefähigen Hauswartstätigkeit einerseits und die nicht umlagefähigen Verwaltungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten andererseits nachvollziehbar aufschlüsseln, so dass die nicht umlagefähigen Kosten herausgerechnet werden können.³⁰⁴

Die Darlegungs- und Beweislast trifft nach einhelliger Ansicht den Vermieter³⁰⁵ und erfährt durch die Formulierung "soweit ... nicht" (§ 2 Nr. 14 BetrKV) keine Änderung.³⁰⁶ Die Vorschrift bezwecke nicht, dem Wohnraummietler das Risiko von Darlegungsmängeln sowie der Nichterweislichkeit aufzuerlegen, denn es handele sich durchweg um Umstände aus der Sphäre des Vermieters. Nicht umlagefähige Kosten bildeten auch keine Ausnahme von der Regel, weil die Tätigkeit des Hauswarts von den vertraglichen Vereinbarungen und ihrer Handhabung im Einzelfall abhängt. Entscheidend für die Umlage sei der tatsächliche Zeitaufwand des Hauswarts für die jeweiligen Arbeiten.³⁰⁷ Die Leistungsbeschreibung im Vertrag des Vermieters mit dem Hauswart sei lediglich ein Indiz für den Umfang der nicht umlagefähigen Kosten. Solange der Vermieter von den gesamten Kosten für den Hauswart lediglich pauschal 10 % als nicht umlagefähig absetze, könnte sich der Mieter demgegenüber mit bloßem Bestreiten begnügen.³⁰⁸ Dann muss der Vermieter seinen Vortrag konkretisieren, sofern er beachtlich bleiben soll.

Die Anforderungen der Darlegungs- und Beweislast kann der Vermieter in Zweifel nur durch Vorlage von Tätigkeitsberichten erfüllen, die er über einen Zeitraum von mindestens zwei bis drei Wochen erstellen lassen sollte.

15.2 Sonstige Betriebskosten im Gewerbe

Für das Gewerberaummietrecht gelten grundsätzlich keine anderen Anforderungen an die Bestimmtheit einer Umlagevereinbarung als bei der Wohnraummiete.³⁰⁹ Da der Katalog der Betriebskosten aber hier erweitert werden kann, ist es wegen des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 S. 3 BGB) erforderlich, dass der Inhalt und Umfang der umlegbaren Leistungen erkennbar wird.³¹⁰ Des-

³⁰⁴ LG Potsdam, WuM 2003, 743; LG Neuruppin, WuM 2004, 49, 50.

³⁰⁵ Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 40; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 10.Aufl., Rz. 5336; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 185; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 66; Betriebskostenkommentar/Wall, 2. Aufl., Rz. 3730.

³⁰⁶ BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 27/07, WuM 2008, 284 = GE 2008, 662 = ZMR 2008, 691.

³⁰⁷ Riecke, WuM 2003, 663, 670.

³⁰⁸ vgl. BGH v. 11.7.1995 - X ZR 42/93, WM 1995, 1886, unter II 3; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 138 ZPO Rz. 8a, 10a; siehe auch Musielak/Stadler, ZPO, 5. Aufl., § 138 Rz. 10, m.w.N.

³⁰⁹ OLG Düsseldorf v. 25.7.1991 – 10 U 1/91, NJW-RR 1991, 1354 = DWW 1991, 283 = MDR 1991, 964.

³¹⁰ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005,213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

halb kann eine Formulklausel in einem Gewerberaummietvertrag keinen Bestand haben, wenn sie die Umlage von Instandsetzungskosten³¹¹ oder den Kosten einer Werbegemeinschaft³¹² ohne Kostenbegrenzung zulässt. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Mieter nach der Formulklausel „Kosten für Hausmeister/Betriebsabteilung“ ohne Kostenbegrenzung tragen soll.³¹³ Denn auch damit wird dem Mieter anteilig die Erhaltungslast auferlegt.

Allerdings sollen die „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“ ausreichend transparent sein.³¹⁴ Immerhin könne der Inhalt durch § 26 II.BV bestimmt werden. Dem ist nun das OLG Rostock³¹⁵ entgegengetreten. Danach ist die Umlage von „Verwaltungskosten“ zwar grundsätzlich zulässig, für sich genommen aber nicht ausreichend transparent, um dem Mieter die auf ihn daraus folgende Belastung klar zu machen, zumal weder § 26 II.BV noch § 1 BetrKV eine Spezifizierung der erfassten Leistungen enthalte.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 6.4.2005 eine Klausel verworfen, in der Verwaltungskosten zur Umlagefähigkeit aufgeführt waren. Im Übrigen lässt sich der bloßen Nennung von Verwalterkosten nicht entnehmen, wie die Vergütung zwischen Vermieter und Verwalter geregelt ist. Wird die Tätigkeit nach tatsächlichem Aufwand vergütet, ist sie gerade nicht kalkulierbar.

15.3 Stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung

Grundsätzlich kann durch jahrelange anstandslose Zahlung der Nebenkostenabrechnungen eine stillschweigende Vereinbarung über die Umlage von Betriebskosten entstehen.³¹⁶ Gegenstand dieser stillschweigenden Einigung kann sowohl eine generelle als auch eine Regelung sein, die zu einer (partiellen) Erweiterung der bestehenden Vereinbarung führt.

Fast unbemerkt hat der BGH die Anforderungen nun erhöht. Danach kommt eine stillschweigende Änderung nur in Betracht, wenn der Vermieter nach den Gesamtumständen davon ausgehen kann, dass der Mieter einer Umlage weiterer Betriebskosten zustimmt.³¹⁷ Dafür soll es grundsätzlich nicht ausreichen, dass der Mieter Betriebskostenabrechnungen unter Einbeziehung bisher nicht vereinbarter Betriebskosten lediglich nicht beanstandet, zumal wenn die Mehrzahl der Abrechnungen jeweils mit einem Guthaben endeten. Immerhin lasse sich aus der Sicht des Mieters der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht, schon nicht ohne weiteres der Wille des Vermieters entnehmen, eine Änderung des Mietvertrages herbeizuführen. Selbst wenn er daraufhin eine Zahlung erbringe, komme darin zunächst allein die Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein.³¹⁸ Maßgeblich sei, ob aufgrund besonderer Umstände der Änderungswille des Vermieters für den Mieter erkennbar sei. Derartige Anhaltspunkte seien z.B. bei einem Vermieterwechsel gegeben, wenn der Erwerber umfassend Nebenkosten in Rechnung stelle,

³¹¹ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

³¹² BGH v. 12.7.2006 – XII ZR 39/04, GuT 2006, 224 = ZMR 2006, 849.

³¹³ OLG Düsseldorf v. 10.5.2007 – 24 U 204/06, GuT 2007, 361.

³¹⁴ OLG Köln v. 18.1.2008 – 1 U 40/07, GuT 2008, 31.

³¹⁵ OLG Rostock v. 10.04.2008 – 3 U 158/06, GuT 2008, 200; ebenso: OLG Köln v. 24.6.2008 – 22 U 131/07, NZM 2008, 806; vgl. auch J. Schmidt, NZM 2008, 563.

³¹⁶ BGH v. 7.4.2004 – VIII ZR 146/03, NJW-RR 2004, 877, unter II 2 b; BGH v. 29.5.2000 – XII ZR 35/00, NJW-RR 2000, 1463, unter II.

³¹⁷ BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, WuM 2007, 694 = GE 2008, 46.

³¹⁸ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 58.

während sich die Abrechnung zuvor auf die Kosten für Heizung und Warmwasser beschränkt habe.³¹⁹ 58

*Besondere Umstände, die eine konkludente Änderung rechtfertigen, sollen vorliegen, wenn der Mieter auch die Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen akzeptiert hat.*³²⁰

Die dargelegten Grundsätze gelten auch für den umgekehrten Fall.³²¹ Ergibt die Auslegung, dass mit dem Begriff der „Vorauspauschale“ tatsächlich Vorauszahlungen gemeint sind, kann auch die jahrelange Übung, Betriebskosten nicht abzurechnen, nicht zu einer Änderung des Rechts zur Umlage führen, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten.

Eine Auslegung scheidet jedoch bei eindeutigem Wortsinn aus. Das ist bei dem Begriff der „Nebenkostenpauschale“ der Fall. Er kann nicht anders als von § 560 Abs. 2 BGB vorgesehen ausgelegt werden, wenn bei der im Gewerberaum-Mietvertrag enthaltenen Klausel für die Abrechnung der Betriebskosten der vorgesehene Stichtag nicht angegeben und stattdessen „entfällt“ eingetragen ist.³²²

15.4 Geltung des Abflussprinzips

Nach welcher Art die Betriebskosten zu erfassen sind, wird nicht einheitlich bewertet. Nach dem überwiegend für allein zulässig gehaltenen Leistungsprinzip (auch Zeitabgrenzungs- oder Verbrauchsprinzip genannt) sind diejenigen Betriebskosten abzurechnen, die für den jeweiligen Abrechnungszeitraum angefallen sind.³²³ Sofern nicht die Heizkostenverordnung anwendbar sei, könne ein anderes Abrechnungsprinzip zwar grundsätzlich vereinbart werden;³²⁴ sei eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden, stehe dem Vermieter jedoch kein Wahlrecht zu.³²⁵ Demgegenüber wird auch eine Abrechnung nach dem so genannten Abflussprinzip (auch Abrechnung nach Rechnungen oder Ausgabenabrechnung genannt) für zulässig gehalten. Danach kann der Vermieter alle Kosten, mit denen er selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird, in die Abrechnung einstellen.³²⁶ Nach einer vermittelnden Auffassung kann der Vermieter nach dem Abflussprinzip jedenfalls dann abrechnen, wenn eine Mehrbelastung des Mieters ausgeschlossen ist, weil im Jahr des Verbrauchs und im Jahr der Abrechnung kein Mieterwechsel stattgefunden hat.³²⁷

³¹⁹ So wie in BGH v. 29.5.2000 – XII ZR 35/00, NJW-RR 2000, 1463.

³²⁰ AG Köln v. 14.5.2008 – 220 C 422/07, DWW 2008, 260.

³²¹ BGH v. 13.2.2008 – VIII ZR 14/06, WuM 2008, 225 = GE 2008, 534 = ZMR 2008, 443.

³²² OLG Düsseldorf v. 11.3.2008 – I-24 U 152/07, OLGR 2008, 622.

³²³ LG Hamburg, NZM 2001, 806, 807; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 117; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 132; *Schneider* in: Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, Stand: September 2007, § 556 BGB Rz. 308 ff.; Betriebskostenkommentar/*Rips*, 2. Aufl., Rz. 1860, 1951; *Both* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 60; *Beyerle* in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 2006, Kap. 11 Rz. 125, 142.

³²⁴ Palandt/*Weidenkaff*, 67. Aufl., § 535 BGB Rz. 93; zweifelnd Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 117.

³²⁵ *Schmid*, Hb der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3198.

³²⁶ LG Wiesbaden, NZM 2002, 944; *Kinne* in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 54a, 78a, m.w.N.

³²⁷ LG Berlin, ZK 63, GE 2007, 368 und GE 2007, 451; LG Berlin, ZK 64, GE 2006, 725 und GE 1999, 1129, 1131; LG Berlin, ZK 62, MM 2004, 374 LS; LG Düsseldorf, DWW 1990, 51; *Blank*, DWW 1992, 65 f.

Der BGH hält das Abflussprinzip im Mietrecht grundsätzlich generell für anwendbar.³²⁸ **59**

Den §§ 556 ff. BGB und den Gesetzesmaterialien³²⁹ sei nicht zu entnehmen, dass der Vermieter auf eine bestimmte zeitliche Zuordnung der Betriebskosten festgelegt sei.³³⁰ Aus § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB könne eine ausschließliche Geltung des Leistungsprinzips nicht hergeleitet werden. Diese Vorschrift treffe keine Bestimmung über die Zuordnung von Betriebskosten zu einem bestimmten Abrechnungszeitraum. Auch eine Betriebskostenabrechnung nach dem Abflussprinzip werde dem Verbrauch bzw. der Verursachung als Abrechnungsmaßstab gerecht. § 556 Abs. 3 Satz 1, 2 und 3 BGB sei ebenfalls nicht einschlägig. Der Sinn und Zweck der Vorschrift beschränke sich auf die Herbeiführung einer zeitnahen Abrechnung.³³¹ Gegen das Abflussprinzip lasse sich auch nicht anführen, dass dem Mieter ein Vergleich der Kostenentwicklung über verschiedene Abrechnungsperioden hinweg erschwert werde. Die Anwendung des Abflussprinzips könne für den Mieter auch von Vorteil sein, weil ihm die Kontrolle erleichtert werde. Anhand des Fälligkeitsdatums der Rechnung könne leicht festgestellt werden, ob ein in die Abrechnung eingestellter Betrag zum Abrechnungszeitraum gehöre. Auch das Abflussprinzip ermögliche grundsätzlich eine sachgerechte Umlage der Betriebskosten, indem es auf die Kosten abstelle, mit denen der Vermieter im Abrechnungszeitraum vom Leistungsträger jeweils tatsächlich belastet worden sei, zumal wenn der Zeitraum, über den der Versorger abrechne, nicht mit der Abrechnungsperiode übereinstimme.³³² Gewisse Ungenauigkeiten, die sich durch eine konkrete Messung des (Gesamt)Verbrauchs zum Ende des Abrechnungszeitraums des Vermieters vermeiden ließen, seien hinzunehmen. Ob der Vermieter in besonders gelagerten Fällen eines Mieterwechsels nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert sein könnte, Betriebskosten nach dem Abflussprinzip abzurechnen, könne im vorliegenden Fall dahinstehen.

Nunmehr kann davon ausgegangen werden, dass der Vermieter die Art der Kostenerfassung grundsätzlich frei wählen kann. Das vereinfacht insbesondere die Abrechnung bei einer Eigentumswohnung. Denn dort werden die Kosten durch den WEG-Verwalter grundsätzlich nach dem Abflussprinzip ermittelt. Der Vermieter, der bisher seine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip gefahren hat, sollte diese Praxis aber beibehalten. Denn in jeder Periode wird es Mieterwechsel geben. Für diese Fälle hält der BGH die Notwendigkeit einer Abgrenzung jedenfalls für möglich. Insoweit wird es voraussichtlich auf die Erheblichkeit der Unterschiede ankommen, die der Mieter darzulegen hätte.

15.5 Formelle Fehler

Die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Fehlern einer Abrechnung ist für die Einhaltung der Abrechnungsfrist von Bedeutung. Eine formell fehlerhafte Abrechnung kann der Vermieter nämlich nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB nicht mehr korrigieren.

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der

³²⁸ BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 49/07, WuM 2008, 223 = GE 2008, 471 = ZMR 2008, 444; BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 27/07, WuM 2008, 285.

³²⁹ BT-Drs. 14/4553, S. 50 ff.

³³⁰ *Bieber*, BGH-Report 2006, 1340.

³³¹ BGH v. 14.2.2007 – VIII ZR 1/06, WuM 2007, 196 Tz. 13, m.w.N.

³³² vgl. *Blank* in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 101.

Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, **60**
die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.³³³

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.³³⁴ Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters. Allgemein verständliche Verteilungsmaßstäbe bedürfen keiner Erläuterung.

15.5.1 Angabe der Gesamtkosten

Die Zusammenstellung der Gesamtkosten ist die erste der vier Mindestanforderungen.³³⁵

Zu dieser Anforderung hat der BGH³³⁶ klargestellt, dass nicht die bloße Angabe (irgendwelcher) Gesamtkosten ausreicht, sondern dass auch die Abzüge erläutert werden müssen, wenn nicht umlagefähige Teile herausgerechnet worden sind. Andernfalls leidet die Abrechnung an einem formellen Fehler, der nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB nicht mehr geheilt werden könne. Diese Grundsätze gelten für die Abrechnung bei gemischter Nutzung in gleicher Weise.³³⁷

Selbst wenn der Vermieter Kosten, die für eine größere Wirtschaftseinheit als die der Abrechnung zugrunde gelegten Einheit angefallen sind, muss der Vermieter die „internen“ Rechenschritte zur Vermeidung eines formellen Fehlers in der Abrechnung offen legen.³³⁸

15.5.2 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels

Die Abgrenzung zwischen formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung einerseits und deren inhaltlicher Richtigkeit andererseits richtet sich danach, ob der Mieter in der Lage ist, die Art des Verteilerschlüssels der einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an den Gesamtkosten rechnerisch nachzuprüfen (formelle Wirksamkeit). Ob die abgerechneten Positionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen oder sonstige Mängel der Abrechnung vorliegen, etwa ein falscher Anteil an den Gesamtkosten zu Grunde gelegt wird, betrifft die inhaltliche Richtigkeit.

15.5.2.1 Schlagwortartige Bezeichnung des Verteilerschlüssels

Die Mindestanforderung „Abgabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels“ erfordert bei der Angabe „Miteigentumsanteile“ keine zusätzliche Erläuterung.³³⁹ Es liege auf der Hand, dass bei diesem Schlüssel die Kosten nach dem Verhältnis der auf die Wohnung des Mieters entfallenden Miteigentumsanteile zur Summe aller Miteigentumsanteile der Abrechnungseinheit verteilt werden sollen. Es genüge daher, wenn der für die Wohnung des Mieters zugrunde gelegte Miteigentumsanteil und die Summe aller Anteile angegeben werde. Ob der Ansatz eines Miteigentumsanteils zulässig und

³³³ BGH vom 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260, Tz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258, Tz. 15.

³³⁴ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

³³⁵ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 = WuM 2005 61 mwN.

³³⁶ BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, WuM 2007, 196 = GE 2007, 438.

³³⁷ BGH v. 11.9.2007 - VIII ZR 1/07, WuM 2007, 575 = NZM 2007, 770.

³³⁸ BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700 = GE 2007, 1686 = NJW 2008, 142.

³³⁹ BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, ■.

richtig angesetzt sei, sei wiederum keine Frage der formellen Wirksamkeit, sondern der inhaltlichen Richtigkeit der Abrechnung. 61

15.5.2.2 Veränderung der Abrechnungsschlüssel

Auch entsteht allein noch deshalb kein formeller Fehler, weil der Vermieter in vier aufeinanderfolgenden Abrechnungsperioden vier verschiedene Umlageschlüssel ohne ein Wort der Erläuterung anwendet.³⁴⁰ § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB erstrecke den Abrechnungszeitraum der Betriebskosten auf ein Jahr. Den an eine Betriebskostenabrechnung zu stellenden formellen Anforderungen sei genügt, wenn die in diesem Zeitraum angefallenen Betriebskosten aus sich heraus verständlich abgerechnet würden. Eines Abgleichs mit anderen Abrechnungszeiträumen bedürfe es nicht, sodass der Vermieter dazu auch keine Erläuterungen abgeben müsse.

*15.5.2.3 Verteilerschlüssel „Wohnfläche*Monat“*

Um den Auszug von Mietern in der Abrechnungsperiode berücksichtigen zu können, multiplizieren Vermieter teilweise den vereinbarten Abrechnungsschlüssel mit der Zahl der Monate, anstatt in einem zusätzlichen Rechenvorgang den Zeitanteil zu berechnen. Wie dies formal wirksam in der Praxis umzusetzen ist, richtet sich nach dem Einzelfall.

Dem BGH³⁴¹ lag folgendes Problem vor: In einer Betriebskostenabrechnung war einer der Verteilerschlüssel wie folgt erläutert: "Umlage nach Quadratmeter Wohnfläche*Monate". Dazu hieß es: "Gesamtsumme 3816,00", "Ihr Anteil 1176,00"; in der Zeile darunter war die Zahl "12,00" aufgeführt. Nachdem die beklagten Mieter reklamiert hatten, die Betriebskostenabrechnung sei unverständlich, präzisierte der Hausverwalter mit Schreiben vom 23. März 2005 den Verteilerschlüssel.

Nach Auffassung des BGH ist die Betriebskostenabrechnung unverständlich und damit formell nicht ordnungsmäßig. Dem durchschnittlichen Mieter erschließe sich nicht, dass die unter "Gesamtsumme" angeführte Zahl "3816,00" das Produkt aus der Gesamtwohnfläche des Hauses von 318,00 m² und den zwölf Monaten des Jahres sein solle. Ebenso wenig werde klar, dass sich die unter "Ihr Anteil" angegebene Zahl "1176,00" aus der Wohnfläche der vom Beklagten gemieteten Wohnung von 98,00 m² multipliziert mit zwölf Monaten ergeben solle. Die mangelnde Nachvollziehbarkeit stelle einen formellen Fehler dar, weil die Abrechnung den Mieter in die Lage versetzen solle, den Anspruch des Vermieters gedanklich nachzuvollziehen. Dieses Ziel werde nicht erreicht, wenn die Abrechnung aus sich heraus nicht nachvollziehbar sei. Die Korrekturabrechnung vom 23. März 2005 sei für den Abrechnungszeitraum 2003 verspätet, weil die Klägerin damit ihrer Verpflichtung aus § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, die jährliche Abrechnung über die Vorauszahlungen für Betriebskosten spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen, nicht genügt habe. Daher sei sie gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB mit der Nachforderung aus der korrigierten Abrechnung ausgeschlossen.

15.5.2.4 Personenschlüssel

Die Umsetzung des Personenschlüssels kann mit einem erheblichem Aufwand und gewissen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden sein. Immerhin muss der Vermieter eigentlich taggenau er-

³⁴⁰ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, WuM 2008, 407 = ZMR 2008, 777.

³⁴¹ BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, GE 2008, 795.

mitteln, welche Personen potentiell an der Entstehung von Betriebskosten mitgewirkt haben. Denn wenn für die Verteilung der Betriebskosten die Anzahl der Bewohner maßgeblich sein soll, kommt es auf die tatsächliche Benutzung an.³⁴²

Deshalb ist eine Betriebskostenabrechnung inhaltlich falsch, wenn der Vermieter für die Ermittlung der Zahl der in den einzelnen Wohnungen ständig lebenden Menschen allein die Angaben aus dem amtlichen Einwohnermelderegister verwertet hat.³⁴³ Das Register nach dem Melderechtsrahmengesetz vom 19. April 2002³⁴⁴ in Verbindung mit den Meldegesetzen der Länder sei keine hinreichend exakte Grundlage für die Feststellung der wechselnden Personenzahl in einem Mietshaus mit einer Vielzahl von (wie hier 20) Wohnungen. In einem solchen Haus finde erfahrungsgemäß eine beachtliche Fluktuation statt, etwa durch Geburt, Tod, Ein- oder Auszug von Familienmitgliedern oder Lebensgefährten, Beginn oder Ende des Studiums auswärtiger Kinder, längeren Auslandsaufenthalt von Familienmitgliedern oder Ähnliches. Dies spiegele sich nach aller Lebenserfahrung nicht oder nur unzureichend im Einwohnermelderegister wider. Eine Umlegung von Betriebskosten nach der Kopffzahl setze deshalb voraus, dass der Vermieter für bestimmte Stichtage die tatsächliche Belegung der einzelnen Wohnungen feststellt.

Für die formelle Wirksamkeit reicht bei der Abrechnung nach Personen aber die Angabe der Gesamtzahl und der für die betreffende Wohnung angesetzten Personen.³⁴⁵ Wieviele Person in welcher Wohnung für welchen Zeitraum berücksichtigt wurden, muss in der Abrechnung grundsätzlich nicht angegeben werden.³⁴⁶

*Im konkreten Fall waren in der Abrechnung 66 zu 3 Personen angegeben. Oftmals wird dieser Verteilerschlüssel aber als Personen x Monate angewendet, so dass Zahlenangaben erfolgen, die aus sich heraus nicht verständlich sind. In diesen Fällen sollten zusätzliche Erläuterungen vorgenommen werden. Denn wie bei den „Personen*Monate“ ist diese Angabe aus sich heraus nicht nachvollziehbar.*

15.5.2.5 Umfang der Erläuterung

Zusätzliche Erläuterungen sind dort erforderlich, wo der Mieter über die entsprechenden Kenntnisse nicht verfügt.³⁴⁷

Die Kenntnisse des Mieters müssen nicht unbedingt aus einer (früheren) Abrechnung stammen. Sie können sich auch aus einem gerichtlichen Schriftsatz ergeben, in dem der Vermieter den in der eingeklagten Abrechnung angewendeten Verteilerschlüssel erläutert.³⁴⁸

Für die eingeklagte Abrechnung kann die zusätzliche Erläuterung den formellen Fehler nur heilen, wenn sie innerhalb der Abrechnungsfrist erfolgt. Mit dieser (ausreichenden) Erläuterung sind aber formelle Fehler aus dem gleichen Gesichtspunkt für die Zukunft ausgeschlossen würde und war

³⁴² vgl. OLG Hamm, DWE 1989, 179 - zu Eigentumswohnungen -; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 4145.

³⁴³ BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 82/07, WuM 2008, 151 = GE 2008, 401.

³⁴⁴ BGBl. I S. 1342.

³⁴⁵ BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, ■.

³⁴⁶ a.A. LG Mannheim, MietRB 2003, 2.

³⁴⁷ BGH v. 23.11.1981 – VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573.

³⁴⁸ BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, ■.

15.5.3 Abzug der Vorauszahlungen

Die Angabe bzw. der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen gehört zu den Mindestanforderungen, ohne die eine Abrechnung formell mangelhaft ist. Wenn der Vermieter bei der Abrechnung der „kalten“ Betriebskosten die Vorauszahlungen ansetzt und neben einer weiteren Heizkostenabrechnung über die Wasserkosten in der Form abrechnet, dass er die vom Versorger für die Wasserzähler des Mieters ermittelten Kosten ohne Abzug von Vorauszahlungen weitergibt, stellt sich die Frage, ob die Wasserkosten formell einwandfrei abgerechnet wurden.

Zur Einhaltung der Mindestanforderungen ist es ausreichend, dass der Vermieter parallel zu seinem Begehren auf Erstattung der ihm in Rechnung gestellten Kosten für den Wasserverbrauch eine Abrechnung für die (übrigen) „kalten“ Nebenkosten erstellt hat.³⁴⁹ Denn damit würden die geleisteten Vorauszahlungen bei der Abrechnung der Nebenkosten berücksichtigt. Die Besonderheit, dass die Wasserkosten nicht formal in die über die übrigen „kalten“ Nebenkosten bereits erstellte Abrechnung eingestellt worden seien, sondern eine schlichte Weiterleitung stattfinde, sei unerheblich. Denn die Forderung nach Einstellung der Position in die eigentliche Abrechnung sei in der besonderen Situation eine leere Förmel, weil eine Abrechnung von Wasserkosten – im üblichen Sinne der Verteilung der Gesamtkosten auf die einzelnen Mieter nach einem bestimmten Umlageschlüssel – ohnehin nicht vorzunehmen gewesen sei.

15.5.4 Abweichende Abrechnungsperioden

Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 BGB ist über die Vorauszahlungen für Betriebskosten jährlich abzurechnen. Diese Bestimmung regelt nur, dass der Abrechnungszeitraum ein Jahr nicht überschreiten darf, schreibt aber nicht vor, welcher jährliche Zeitraum der Abrechnung zugrunde zu legen ist; in Betracht kommen etwa das Kalenderjahr, das Mietjahr oder der Jahreszeitraum, innerhalb dessen regelmäßig die Jahresabrechnungen der Versorgungsträger erteilt werden.³⁵⁰ Soweit ein bestimmter Abrechnungszeitraum vertraglich nicht vereinbart wurde, ist der Vermieter in der Wahl des Abrechnungszeitraums frei.

Dem Vermieter ist es nach § 556 Abs. 3 Satz 1 HS. 1 BGB auch nicht verwehrt, in die Gesamtabrechnung der Betriebskosten die von einem Fremdunternehmen erstellte Heizkostenabrechnungen einzustellen, die sich abweichend von der Abrechnung der übrigen Betriebskosten nach dem Kalenderjahr auf die jährliche Heizperiode (bis 31. Juli) bezieht.³⁵¹ Dies ergebe sich bereits daraus, dass §§ 556 ff. BGB den Vermieter bei der Abrechnung von Betriebskosten nicht auf eine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip festlegen; auch eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip, bei dem es nicht auf den Verbrauchszeitraum ankommt, ist grundsätzlich zulässig.³⁵² Gewisse zeitliche Abweichungen des nach § 556 Abs. 3 Satz 1 HS. 1 BGB maßgeblichen mietvertraglichen Abrechnungszeitraums von dem jährlichen Abrechnungsturnus für verbrauchsabhängige Betriebskosten,

³⁴⁹ BGH v. 19.4.2008 – VIII ZR 75/07, WuM 2008, 350 = ZMR 2008, 702.

³⁵⁰ MünchKommBGB/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 301; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 116; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 556 BGB Rz. 10.

³⁵¹ BGH v. 30.4.2008 – VIII ZR 240/07, WuM 2008, 404 = NZM 2008, 520.

³⁵² BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 49/07, NJW 2008, 1300.

die der Vermieter in seiner Abrechnung zu berücksichtigen habe, seien zulässig; sie ließen sich auch wegen der nie nach exakt 365 Tagen durchzuführenden Ablesung kaum vermeiden. Abgesehen davon sei der Vermieter von Versorgungs- und Verbrauchserfassungsunternehmen abhängig, so dass die Abrechnungsperioden von Versorgungsträgern und Verbrauchserfassungsunternehmen - je nach Betriebskostenart (Wasser, Strom, Heizung) - untereinander häufig nicht vollkommen deckungsgleich seien. Auch ist der Vermieter, der die Betriebskosten in zulässiger Weise nach dem Kalenderjahr abrechnet, nicht verpflichtet, die nach einem vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum vorgenommene Verbrauchsabrechnung des Versorgungsunternehmens mit einer Umrechnung auf das Kalenderjahr im Wege einer Schätzung oder mit Hilfe einer zusätzlichen Verbrauchserfassung verbundene zusätzliche Aufwand sei für den Vermieter nicht zumutbar und werde von schutzwürdigen Interessen des Mieters nicht gefordert. Der Vermieter sei auch nicht zu einer getrennten Abrechnung der Heizkosten einerseits und der sonstigen Betriebskosten andererseits verpflichtet. § 556 Abs. 3 Satz 1 HS. 1 BGB gehe von einer jährlichen Gesamtabrechnung aller Betriebskosten durch den Vermieter aus. Dies ergebe sich aus der Bestimmung in § 556 Abs. 3 Satz 4 BGB, nach welcher der Vermieter zu Teilabrechnungen - auch über einzelne Betriebskosten - nicht verpflichtet sei. Eine Verpflichtung des Vermieters zu einer getrennten Abrechnung hinsichtlich einzelner Betriebskosten könne sich allerdings aus dem Mietvertrag ergeben; im Zweifel sei jedoch entsprechend dem in § 556 Abs. 3 Satz 4 BGB zum Ausdruck kommenden Regelfall von einer einheitlichen Abrechnung auszugehen. Gegen eine vertraglich übernommene Verpflichtung des Vermieters zur getrennten (vorweggezogenen) Abrechnung bestimmter Betriebskosten - etwa der Heizkosten - spreche es, wenn der Mieter nach dem Mietvertrag einen einheitlichen Vorauszahlungsbetrag für alle Betriebskosten zu leisten habe. Denn über einheitliche Vorauszahlungen auf Heiz- und Betriebskosten könne sinnvoll nur einheitlich abgerechnet werden. weil nicht zu ermitteln sei, welcher Teilbetrag der Vorauszahlungen für eine vorweggezogene Abrechnung bestimmter Betriebskosten in Ansatz zu bringen wäre.

15.6 Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung?

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, sind die Betriebskosten grundsätzlich nach dem gesetzlichen Abrechnungsmaßstab des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB nach dem Anteil der Wohnfläche umzulegen.

Allein der Einbau eines Kaltwasserzählers in der Wohnung des Mieters rechtfertigt auch keine stillschweigende Vereinbarung, dass die Wasserkosten nunmehr verbrauchsabhängig abzurechnen seien.³⁵³ Diesem Vorgang könne allenfalls eine einseitige Erwartung des Mieters wecken, nunmehr für den tatsächlichen Wasserverbrauch in Anspruch genommen zu werden, auch wenn ein Wasserzähler nicht in allen anderen Wohnungen vorhanden sei. Ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert im Sinne einer dahingehenden Verpflichtung des Vermieters komme der bloßen Installation eines Wasserzählers jedoch nicht zu, solange keine besonderen Umstände ersichtlich seien, die ausnahmsweise eine andere Bewertung rechtfertigen könnten.

Aus § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB folge nicht, dass der Vermieter nach dem Einbau des Wasserzählers in der Wohnung des Mieters für den Abrechnungszeitraum 2004 von dem Verhältnis der Wohnflächen als Abrechnungsmaßstab für die Wasser- und Abwasserkosten abgehen musste. Betriebskos-

³⁵³ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 188/07, WuM 2008, 288 = GE 2008, 661.

ten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung durch die Mieter abhängen, seien nach dieser Vorschrift nach einem Maßstab umzulegen, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung trage. Dies setze voraus, dass eine Verbrauchserfassung für alle Mieter stattfindet.³⁵⁴ Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach es auf "die Mieter" ankommt. Das sei auch dann nicht anders, wenn der Wasserverbrauch lediglich in einer Wohnung nicht erfasst werden kann, weil deren Mieter den Einbau einer Wasseruhr verweigert hat.

15.7 Änderung des gesetzlichen Umlageschlüssels

Vor der Mietrechtsreform wurde dem Mieter über § 242 BGB ein Anspruch auf Änderung des Verteilerschlüssels zugebilligt, wenn ein anderer, dem Vermieter zumutbarer Umlagemaßstab ihn um mehr als 50% entlastete.³⁵⁵

Der BGH hebt hervor, dass bloße Zweifel an der Billigkeit des Umlagemaßstabs nicht genügen würden, um ein auf Änderung des gesetzlichen Umlageschlüssels gerichtetes Verlangen des Mieters zu rechtfertigen.³⁵⁶ Lediglich für besondere Ausnahmefälle sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass ein Anspruch des Mieters auf ein Abweichen von dem in § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehenen Flächenschlüssel entstehen könne. So solle der Mieter "auch zukünftig einen Anspruch auf Umstellung des Umlagemaßstabs" haben, "soweit es im Einzelfall zu einer krassen Unbilligkeit kommt".³⁵⁷ Die so umschriebene Voraussetzung für einen Änderungsanspruch seien aber auch bei einer 50%-igen Verbesserung noch nicht gegeben.

15.8 Zurückbehaltungsrecht bei Teilabrechnung

Im laufenden Mietverhältnis kann der Mieter seinem Anspruch auf Abrechnung nach Eintritt der Abrechnungsreife dadurch Nachdruck verleihen, dass er ein Zurückbehaltungsrecht an den Vorauszahlungen ausübt.³⁵⁸ Ist das Mietverhältnis beendet, so hat der Mieter kein Druckmittel mehr in Form eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber den laufenden Nebenkostenvorauszahlungen in der Hand. Der unter Umständen äußerst zeitraubende und nicht immer Erfolg versprechende Umweg über eine (Stufen-)Klage auf Erteilung der Abrechnung kann dem Mieter nicht zugemutet werden.³⁵⁹ Deshalb wird ihm in ergänzender Auslegung des Mietvertrages das Recht zugebilligt, bereits gezahlte Vorauszahlungen zurückzuverlangen.

Aus den gleichen Gründen soll es gerechtfertigt sein, dem Mieter gegen Nachforderungen aus einzelnen Nebenkostenabrechnungen ein Zurückbehaltungsrecht zuzugestehen, wenn der Vermieter sich nur einen Teil der Nebenkosten zur Abrechnung herausgegriffen hat, die Abrechnung anderer Teile der Nebenkosten (und Nebenkostenvorauszahlungen) aber schuldig bleibt.³⁶⁰ Anderenfalls

³⁵⁴ Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 556a BGB Rz. 15; MünchKommBGB/*Schmid*, 5. Aufl., § 556a BGB Rz. 31; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 67. Aufl., § 556a BGB R. 4; *Langenberg*, NZM 2001, 783, 790.

³⁵⁵ LG Aachen v. 24.5.1991 – 5 S 70/91, WuM 1991, 503; AG Lippstadt v. 4.7.1995 – 6 C 243/95, WuM 1995, 594.

³⁵⁶ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 188/07, WuM 2008, 288, 289.

³⁵⁷ BT-Drs. 14/4553, S. 51; vgl. BGH v. 31.5.2006 - VIII ZR 159/05, NJW 2006, 2771, Tz. 15, und v. 20.9.2006 - VIII ZR 103/06, NJW 2006, 3557, Tz. 21.

³⁵⁸ BGH v. 29.3.2006 – VIII ZR 191/05, WuM 2006, 383.

³⁵⁹ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, WuM 2005, 337 = NJW 2005, 1499 = MietRB 2005, 141.

³⁶⁰ OLG Düsseldorf v. 19.6.2007 – I-24 U 55/07, ZMR 2008, 708.

wäre es dem Vermieter möglich, nur die mit einer Nachforderung abschließenden Abrechnungen dem Mieter zugänglich zu machen und sich insoweit sogar durch Aufrechnung mit dem Kautionsrückzahlungsanspruch unmittelbar zu befriedigen, den Mieter hinsichtlich solcher Abrechnungen, die zum Ergebnis einer Überzahlung gelangen, aber auf den mühevollen Weg der Abrechnungsklage zu verweisen.

Im konkreten Fall sah der Mietvertrag getrennte Vorauszahlungsbeträge für Betriebskosten einerseits und Heizkosten andererseits vor. Über die Heizkosten war abgerechnet worden. Hinsichtlich der Betriebskosten bestand Streit, ob die Abrechnungen formell einwandfrei waren. Diesen Streit ließ der Senat dahinstehen, weil er ein Zurückbehaltungsrecht wegen Teilabrechnung annahm. Dieses Ergebnis begegnet schon wegen der erforderlichen Konnexität Bedenken. Zwar beruhte die Pflicht zur Abrechnung der Betriebs- und Heizkosten auf dem gleichen Vertrag. Wenn aber für beide Kostenarten getrennte Vorauszahlungen vereinbart sind, kann und – wegen der Besonderheiten der HeizkV - muss sogar getrennt abgerechnet werden. Dann kann das Ergebnis der formell einwandfreien Abrechnung nicht durch die fehlende andere Abrechnung berührt werden.

15.9 Gebot der Wirtschaftlichkeit

Den Vermieter trifft gegenüber seinem Mieter die vertragliche Nebenpflicht, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der letztlich von diesem zu tragenden Nebenkosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen. Ein Verstoß gegen diese Nebenpflicht kann zu einem Schadensersatzanspruch führen, der sich auf Freihaltung des Mieters von den unnötigen Kosten richtet.³⁶¹

Eine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme setzt jedoch das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus und kann daher erst mit Abschluss des Mietvertrags bzw. allenfalls mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrags einsetzen. Hieran fehlt es, wenn der Lieferungsvertrag vor der Anmietung der Wohnung abgeschlossen wurde.³⁶² Die weitere Verpflichtung des Vermieters zur Kostenkontrolle im laufenden Mietverhältnis kann nur verletzt sein, wenn dem Vermieter die Erfüllung möglich ist. Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Lieferungsvertrag eine feste Laufzeit hat, so dass er in den einschlägigen Perioden nicht änderbar war.

15.10 Schuldanerkenntnis durch Ausgleich der Nachforderung?

Mit dem vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos einer Betriebskostenabrechnung soll nach hM ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis³⁶³ entstehen, das zum Ausschluss von Einwendungen führt, die die Parteien bei Abgabe der Erklärung kannten oder mit denen sie zumindest rechneten.³⁶⁴ Nach anderer Auffassung entsteht mit dem gleichen Vorgang stillschweigend ein Vertrag eigener Art über den Ausschluss von Einwendungen.³⁶⁵ Der VIII. Senat hatte sich bisher in dieser Frage nicht festgelegt.³⁶⁶

³⁶¹ Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 93; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 560 BGB Rz. 114.

³⁶² BGH v. 28.11.2007 – VIII ZR 243/06, WuM 2008, 29 = GE 2008, 116 = ZMR 2008, 195.

³⁶³ OLG Düsseldorf, DWW 2000, 196; LG Köln, ZMR 2001, 547; LG Koblenz, WuM 1997, 685; Langenberg, NZM 1999, 52, 62.

³⁶⁴ BGH v. 9.2.1998 – II ZR 374/96, WPM 1998, 656 unter 1. m.w.Nachw.

³⁶⁵ OLG Hamburg v. 2.9.1987 – 4 U 182/86, WuM 1988, 26 = NJW-RR 1987, 1495.

³⁶⁶ BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 94/05, WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268;

Die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses setzt nach ständiger Rechtsprechung des BGH aber voraus,³⁶⁷ dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen wollen und sich dahingehend einigen.³⁶⁸ Die erforderliche Einigung kann nur angenommen werden, wenn sich ein entsprechendes Angebot sowie dessen Annahme feststellen lassen. Dies sei noch nicht bei der Prüfung einer Rechnung, der Bezahlung einer Rechnung oder auch der Bezahlung nach Prüfung anzunehmen. Hier fehle es an der Beseitigung eines Streits oder einer Ungewissheit.

Hierauf hat auch der XI. Senat³⁶⁹ noch einmal hingewiesen und die (bloße) Rückzahlung der Darlehens nicht als Anerkenntnis der Darlehensschuld gewertet.

15.11 Abrechnungsfrist

15.11.1 bei getrennter Heiz- und Betriebskostenabrechnung

Nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ist die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist ausgeschlossen. Fraglich ist, ob bei einer getrennten Abrechnung der Betriebs- und Heizkosten, denen unterschiedliche Abrechnungsperioden zugrunde liegen, auf die zuletzt ablaufende Periode für den Beginn der Abrechnungsfrist abgestellt werden kann. (Beispiel: Heizperiode 1.8. – 31.7.2003; Abrechnungsperiode für Betriebskosten = Kalenderjahr 2003; Erteilung der Abrechnung am 22.9.2004)

Im Beispielfall sei der maßgebliche Abrechnungszeitraum für die jährliche Gesamtabrechnung der Vorauszahlungen auf die Betriebskosten, mit dessen Ende der Lauf der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB beginne, das Kalenderjahr.³⁷⁰ Zwar gelte auch für eine Heizkostenabrechnung die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB. Für die in der Gesamtabrechnung enthaltene Heizkostenabrechnung liefe aber keine andere Frist als für die Abrechnung der übrigen Betriebskosten. Der Umstand, dass die Heizperiode bereits vor dem Ablauf des Kalenderjahres endete, habe nicht zur Folge, dass die Einhaltung der Ausschlussfrist für die Abrechnung der Heizkosten und der sonstigen Betriebskosten jeweils gesondert zu prüfen wäre. Dies setzte voraus, dass über die Heizkosten getrennt - nämlich vorab innerhalb eines Jahres nach Abschluss der Heizperiode - abzurechnen gewesen wäre. Zu einer vorweggezogenen Heizkostenabrechnung sei der Vermieter jedoch nicht verpflichtet. Wenn aufgrund einheitlicher Vorauszahlungen auf die Betriebskosten eine Gesamtabrechnung über alle Betriebskosten zu erstellen sei, dann könne für den Nachforderungsausschluss auch nur eine einheitliche Abrechnungsfrist gelten, und zwar die für die Gesamtabrechnung maßgebliche Frist.

Mit Rücksicht auf die Begründung bleibt zweifelhaft, ob anders zu entscheiden ist, wenn der Mietvertrag in ansonsten vergleichbaren Fällen für Heiz- und Betriebskosten getrennte Vorauszahlungsbeträge ausweist. Dies ist im Ergebnis aber zu verneinen.

³⁶⁷ BGH v. 11.1.2007 –VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530.

³⁶⁸ BGH v. 1.12.1994 - VII ZR 215/93, NJW 1995, 960; BGH v. 11.7.1995 - X ZR 42/93, NJW 1995, 3311; BGH v. 29.4.1999, VII ZR 248/98, BauR 1999, 1021 = ZfBR 1999, 310; BGH v. 6.12.2001 - VII ZR 241/00, BauR 2002, 613 = NZBau 2002, 338.

³⁶⁹ BGH v. 3.6.2008 – XI ZR 239/07, GE 2008, 986.

³⁷⁰ BGH v. 30.4.2008 – VIII ZR 240/07, WuM 2008, 404 = NZM 2008, 520.

Nach § 556 Abs. 3 BGB, der ohne Vereinbarung nicht in der Gewerberaummiete gilt,³⁷¹ muss die Abrechnung innerhalb von einem Jahr nach Ablauf der Abrechnungsperiode mitgeteilt werden. Dies setzt nach einhelliger Meinung den Zugang der Abrechnung voraus. Für den Zugang kommt es darauf an, ob im Zeitpunkt des Einwurfs des Briefes in den Briefkasten nach der Verkehrsanschauung, ohne Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Empfängers, noch mit einer Leerung am selben Tag zu rechnen war.³⁷²

Nach Auffassung des BGH³⁷³ kann dahinstehen, ob im geschäftlichen Verkehr ein Brief, der während der Geschäftszeiten in den Briefkasten geworfen wird, in jedem Fall zugegangen ist, weil die Post AG und andere Dienstleister zwischenzeitlich Briefe nicht nur vormittags zustellen.³⁷⁴ Denn der Zugang einer Willenserklärung erfolge jedenfalls nicht mehr am selben Tag, wenn er nach Schluss der Geschäftszeiten in den Briefkasten eines Betriebs eingeworfen werde. In diesem Fall könne mit einer Leerung des Briefkastens am selben Tag nicht gerechnet werden. Sies sei auch der Fall, wenn in einem Bürobetrieb Silvester nachmittags nicht gearbeitet werde, so dass kurz vor 16.00 Uhr mit einer Briefkastenleerung am selben Tag nicht mehr zu rechnen sei. Daran ändere auch nichts der Umstand, wenn die Verwaltungsgesellschaft auf ihren Geschäftsbriefen angebe, an Werktagen außer freitags von 14.00 bis 17.00 Uhr Sprechzeiten abzuhalten.

Die Entscheidung ist zwar nicht speziell zur Betriebskostenabrechnung ergangen. Ihre Grundsätze lassen sich aber ohne weiteres übertragen, zumal auf die Abrechnung als geschäftsähnliche Handlung die Vorschriften über einseitige Willenserklärungen entsprechend anwendbar sind.³⁷⁵ Denn oftmals werden Betriebskostenabrechnungen der Einfachheit halber Silvester nachmittags einem Rechtsanwalt des Mieters oder dem Mieterverein übermittelt, die oftmals auch ihre Bürozeiten auf ihren Briefbögen mitteilen. Es dürfte bereits zweifelhaft sein, ob diese Branchen überhaupt Silvester arbeiten. Auf keinen Fall trifft dies für den Nachmittag zu.

15.11.3 Umfang des Abrechnungsausschlusses

Nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der auf die Gewerberaummiete ohne Vereinbarung nicht anwendbar ist,³⁷⁶ verliert der Vermieter seinen Anspruch auf die Nachforderung, wenn er die Betriebskostenabrechnung nach Ablauf der Abrechnungsfrist vorlegt und diese Verspätung zu vertreten hat.

Um Nachforderungen in diesem Sinne handelt es sich aber begrifflich nur, wenn der Vermieter nach Ablauf der zwölfmonatigen Abrechnungsfrist einen Betrag verlangt, der den Saldo aus einer bereits erteilten Abrechnung³⁷⁷ oder, falls eine rechtzeitige Abrechnung nicht vorliegt, die Summe der Vorauszahlungen des Mieters übersteigt.³⁷⁸ Dies gilt entsprechend, soweit der Mieter geschul-

³⁷¹ OLG Düsseldorf v. 29.10.2007 – I-24 U 94/07, GuT 2008, 34.

³⁷² BGH v. 21.1.2004 - XII ZR 214/00, NJW 2004, 1320, 1321.

³⁷³ BGH v. 5.12.2007 – XII ZR 148/05, GuT 2008, 28 = ZMR 2008, 275 = NZM 2008, 167.

³⁷⁴ vgl. zu den unterschiedlichen Meinungen Palandt/Heinrichs, 67. Aufl., § 130 BGB Rz. 6; Reichold in Juris PK-BGB, 3. Aufl., Rz. 12.1.

³⁷⁵ Dickersbach, WuM 2008, 439.

³⁷⁶ KG v. 29.12.2006 – 12 U 117/06, GE 2007, 845 = ZMR 2007, 449; OLG Düsseldorf v. 27.4.2006 – I-10 U 169/05, GuT 2006, 132 = DWW 2006, 198; a.A. AG Wiesbaden v. 10.10.2005 – 93 C 349/05, NZM 2006, 140.

³⁷⁷ BGH v. 12.12.2007 – VIII ZR 190/06, WuM 2008, 150 = NZM 2008, 204.

³⁷⁸ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, WuM 2005, 337 = NJW 2005, 1499, unter II 5 c.

dete Vorauszahlungen nicht erbracht hat. Nebenkosten bis zum Betrag der geschuldeten Vorauszahlungen kann der Vermieter deshalb auch aufgrund einer nach Ablauf der Abrechnungsfrist erteilten Abrechnung geltend machen.³⁷⁹ Auf ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht wegen unterbliebener Abrechnungen kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Eine nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ausgeschlossene Nachforderung ist auch dann anzunehmen, wenn der Vermieter nach Fristablauf einen Betrag fordert, der das Ergebnis einer bereits erteilten Abrechnung übersteigt.³⁸⁰ Führt also die Korrektur zu einer Reduzierung eines ausgezahlten Guthabens, ist der Vermieter mit dieser Nachforderung ausgeschlossen.

15.11.4 Neubeginn durch Anerkenntnis?

Die einjährige Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB ist gemäß dem sich daran anschließenden Satz 3 eine Ausschlussfrist. Darauf kann insbesondere § 214 S. 1 BGB, wonach eine Zahlung auf eine verjährte Forderung nicht zurückverlangt werden kann, auch nicht analog angewendet werden.³⁸¹

Aber auch die für das Verjährungsrecht geltende Vorschrift des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wonach die Verjährung erneut beginnt, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch vor Ablauf der Verjährungsfrist anerkennt, findet auf die Ausschlussfrist für die Betriebskostenabrechnung keine entsprechende Anwendung.³⁸² Der Zweck der Ausschlussfrist besteht darin, für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu sorgen. Dieser Zweck steht ihrer vollständigen Erneuerung entgegen.

15.12 Umfang des Einwendungsausschlusses

Im Hinblick auf den Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB sowie den Sinn und Zweck der Vorschrift ist eine Beschränkung des Einwendungsausschlusses nach Auffassung des BGH nicht geboten.³⁸³ Die Bestimmung stelle im Interesse der Ausgewogenheit³⁸⁴ dem Nachforderungsausschluss für den Vermieter (Abs. 3 Satz 3) einen Einwendungsausschluss für den Mieter gegenüber. Damit solle erreicht werden, dass in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche bestehe. Die insoweit beabsichtigte Befriedungsfunktion wäre nicht gewährleistet, wenn nicht nach Ablauf der Einwendungsfrist auch Streitigkeiten darüber ausgeschlossen wären, ob die Abwälzung einzelner, grundsätzlich umlagefähiger Betriebskostenarten auf den Mieter vereinbart worden sei oder nicht. Ein Wertungswiderspruch zu § 556 Abs. 1 BGB bestehe in diesem Fall nicht. Wie der Fall zu beurteilen sei, dass der Vermieter Betriebskosten abrechne, obwohl eine Übernahme von Betriebskosten überhaupt nicht oder als Pauschale vereinbart sei, könne offen bleiben.

Im Hinblick darauf ist auch die Einwendung, eine Position sei bereits durch die vereinbarte Teilklausivmiete gedeckt, von § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB erfasst.³⁸⁵

³⁷⁹ BGH v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700 = GE 2007, 1686 = NJW 2008, 142.

³⁸⁰ BGH v. 12.12.2007 – VIII ZR 190/06, WuM 2008, 150 = NZM 2008, 204.

³⁸¹ BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268.

³⁸² BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, WuM 2008, 351 = GE 2008, 795 = NZM 2008, 477.

³⁸³ BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, WuM 2007, 694.

³⁸⁴ Begr. in BT-Drs. 14/5663 S. 79.

³⁸⁵ BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 80/07, WuM 2008, 283 = GE 2008, 664.

Damit kommt dem Ablauf der Frist eine Anerkenntniswirkung zu. Allerdings nur, wenn der Vermieter überhaupt zur Abrechnung berechtigt ist – und sei es nur für eine Position.³⁸⁶ 70

15.13 Minderung des Abrechnungsergebnisses nach § 536 BGB

Die Praktikabilität war ein tragendes Argument für den BGH, die Minderung nach § 536 BGB von der Bruttomiete zu berechnen. Immerhin sollte vermieden werden, dass der Mieter gezwungen ist, bei Auswirkungen eines Mangels auf die Betriebskosten den Anteil der betroffenen Position an den Vorauszahlungen vorzutragen – was im regelmäßig unmöglich ist.³⁸⁷

Diese Grundsätze sollen aber nicht gelten, wenn der betroffenen Anteil offen liegt, was spätestens durch die Heiz- und Betriebskostenabrechnung eintritt.³⁸⁸ Bei einer Minderleistung der Heizung kann daher nur der Heizkostenanteil aus der Betriebskostenabrechnung der Minderung zugrunde gelegt werden. Betriebskosten, die durch die Minderleistung der Heizung nicht betroffen sind, nehmen an der Minderung nach § 536 BGB nicht teil.

Diese Auffassung ist zweifelhaft. Sie bezieht sich allein auf die Abrechnung, in der naturgemäß die einzelnen Positionen auch betragsmäßig zu Tage treten. Ein weiteres Argument des BGH bestand aber in der Gleichbehandlung der Mietstrukturen. Der Zahler einer Bruttomiete weiß aber nie, welcher Anteil seiner Miete auf welche Betriebskostenposition entfällt.

15.14 Erhöhung der Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB

Es besteht Einigkeit, dass die Vorschrift erst anwendbar ist, wenn eine Abrechnung vorliegt und diese Abrechnung formell ordnungsgemäß ist. Die materielle Richtigkeit der Abrechnung sollte zumindest Einfluss auf die „angemessenen Höhe“ der Vorauszahlungen i.S.v. § 560 Abs. 4 BGB haben.³⁸⁹

Nach BGH³⁹⁰ ist eine formell einwandfreie Abrechnung und eine formell ordnungsgemäße Anforderung der Vorauszahlungen (Textform) ausreichend.

Auch wenn sich der VIII. Senat nicht mit dem Problem der materiellen Richtigkeit der Abrechnung auseinandergesetzt hat, ist seine Auffassung richtig. Nur so wird Rechtsicherheit über die Höhe der Miete gewonnen. Ist die zugrundeliegende Abrechnung materiell falsch (und setzt sich dieser Fehler in der Zukunft fort), wird ein Guthaben des Mieters höher.

15.15 Rückforderung der Vorauszahlungen nach Mietende

Nach der Rechtsprechung des für das Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des BGH³⁹¹ kann der Mieter die vollständige Erstattung der geleisteten Abschlagszahlungen verlangen, wenn

³⁸⁶ Dickersbach, ZMR 2008, 355.

³⁸⁷ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 225/03, WuM 2005, 384.

³⁸⁸ OLG Dresden v. 31.7.2007 – 5 U 284/07, GuT 2008, 35 = ZMR 2008, 531.

³⁸⁹ vgl. statt aller Schmid, Nebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3097; nach Weitemeyer in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 560 BGB Rz. 37 soll sogar eine Reduzierung im Umfang der materiellen Unrichtigkeit eintreten.

³⁹⁰ BGH v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, WuM 2008, 31 = GE 2008, 114 = ZMR 2008, 196 = NZM 2008, 121.

der Vermieter seiner Pflicht zur Abrechnung der Betriebskosten nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt. Danach macht der Vermieter gegenüber dem Mieter mit der gesetzlich bzw. vertraglich vorgeschriebenen Abrechnung seinen Anspruch auf Bezahlung der vertraglich übernommenen Betriebskosten geltend; die entsprechenden Tatsachen hat er im Prozess vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen. Es könne - so der BGH - deshalb nicht Sache des Mieters sein darzulegen, in welcher Höhe dem Vermieter ein derartiger Anspruch (mindestens) zustehe. Das wäre mit der allein dem Vermieter obliegenden Abrechnungspflicht nicht zu vereinbaren.

Dieser Auffassung basiert nicht auf Besonderheiten des Wohnraummietrechts und kann daher auch in der Gewerberaummiete angewendet werden, wenn der Vermieter nahezu dreieinhalb Jahre nach Beendigung des Mietverhältnisses für die gesamte Mietzeit bisher keine formell ordnungsgemäße Abrechnung vorgelegt hat.³⁹² Durch die Aufrechnung des Mieters mit seinem Anspruch auf vollständige Rückzahlung der geleisteten Vorschüsse, ohne dass er zuvor seinen Anspruch auf Abrechnung klageweise geltend gemacht hat, wird der Vermieter auch nicht über Gebühr benachteiligt. Zwar steht nahezu zwingend fest, dass Betriebskosten in irgendeiner Höhe entstanden sind und der Vermieter deshalb einen entsprechenden Erstattungsanspruch gegen den Mieter hat. Diesen Anspruch kann er jedoch allein auf Grund einer ordnungsgemäßen Abrechnung geltend machen; verzögert er diese Abrechnung, so entsteht ein Schwebezustand, den der Mieter nicht hinzunehmen braucht, weil er gegen den Vermieter auch im gewerblichen Mietrecht einen Anspruch auf Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist hat. Steht nach dem erfolglosen Ablauf der Frist aber nicht fest, in welcher Höhe der Vermieter Ersatz seiner Auslagen verlangen kann, so ist der Mieter, da weitere Darlegungen als diejenigen zur Höhe der geleisteten Vorauszahlungen und zur fehlenden Abrechnung von ihm nicht zu fordern sind, berechtigt, die Vorauszahlungen insgesamt zurückzuverlangen. Eine unangemessene Benachteiligung des gewerblichen Vermieters wird auch dadurch ausgeschlossen, dass er die bislang versäumte Abrechnung der Nebenkosten nachholen kann.

16 Heizkosten

16.1 Vorrang der HeizKV

Nach § 2 HeizKV gehen die Vorschriften dieser Verordnung rechtsgeschäftlichen Regelungen vor mit der Folge, dass alle Bestimmungen unwirksam sind, die eine verbrauchsabhängige Abrechnung der Kosten der Wärme und des Warmwassers verhindern (können). Dies gilt insbesondere für die Vereinbarung einer Brutto-/Warmmiete.³⁹³

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

³⁹¹ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, MDR 678 = BGHReport 2005, 762 m. Anm. *Lützenkirchen* = NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373 = WuM 2005, 337 = ZMR 2005, 439 = DWW 2005, 230 = GE 2005, 543 = M.k 2005, 95; vgl. auch BGH v. 18.1.2006, DWW 2006, 113 = GE 2006, 246 = Mk 2006, 86 = WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268.

³⁹² OLG Düsseldorf v. 8.5.2008 - I-10 U 8/08, OLGReport 2008, 660 = ZMR 2008, 890.

³⁹³ BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, GE 2006, 1094 = WuM 2006, 518 = ZMR 2006, 766.

wiederum den Einbau von Verbrauchserfassungsgeräten, soweit nicht vorhanden, erforderlich. Die Herabsetzung kann entsprechend § 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 Literatur³⁹⁴ 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.

Diese Konsequenzen gelten auch für eine vereinbarte Nebenkostenpauschale.³⁹⁵ Hier sei der „kalkulatorische Ansatz“ aus der Pauschale herauszurechnen, was auf der Grundlage der vorhandenen Flächen realisiert werden könne. Im konkreten Fall konnte die Entscheidung – mangels weitergehender Antragstellung - auf seine Berechnung für das „streitige“ Abrechnungsjahr beschränkt werden, obwohl der Mietvertrag auch schon vorher bestand.

Ob diese Vorgehensweise richtig ist, hängt davon ab, ob die durch § 2 HeizkV hervorgerufene Unwirksamkeit dynamisch oder statisch ist. Ist sie statisch, ist allein der kalkulatorische Ansatz aus dem ersten Abrechnungsjahr relevant. Der Betrag ist dann identisch mit den Vorauszahlungen, die in jeder Abrechnung anzusetzen sind. Die dynamische Unwirksamkeit passt sich den jährlichen Änderungen der Kosten an und „frisst“ sich damit in eine Bruttomiete oder Pauschale hinein. Da die Abrechnung jedenfalls für die Vergangenheit nicht verbrauchsabhängig erfolgen kann, ist ein Abzug von 15% vorzunehmen, so dass die dynamische Variante stets zu einem Guthaben (in Höhe der 15%) führt.

16.2 Vorerfassung nach Nutzergruppen

Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkV, sind dann, wenn der Verbrauch der von einer Anlage im Sinne des § 1 Abs. 1 HeizkV versorgten Nutzer nicht mit gleichen Ausstattungen erfasst wird, zunächst durch Vorerfassung vom Gesamtverbrauch die Anteile der Gruppen von Nutzern zu erfassen, deren Verbrauch mit gleichen Ausstattungen erfasst wird. Diese Voraussetzungen sind z.B. erfüllt, wenn eine Gewerbeinheit mit einem Wärmezähler versehen ist, der den Wärmeverbrauch mengenmäßig erfasst, und die Wohnungen im Gebäude nur über Heizkostenverteiler an den Heizkörpern, die den Wärmeverbrauch nicht messen, sondern lediglich die Feststellung des anteiligen Verbrauchs an einem bestimmten Gesamtgebrauch der Wohnungen ermöglichen.³⁹⁶

In dieser Konstellation sind Heizkostenabrechnungen (materiell) fehlerhaft, wenn es an einer den Anforderungen von § 5 Abs. 1 Satz 1 HeizkV entsprechenden Vorerfassung der Anteile der unterschiedlich ausgestatteten Nutzergruppen am Gesamtverbrauch fehlt, weil lediglich der Anteil der Gewerbeinheit am Gesamtverbrauch durch einen Wärmezähler erfasst und zur Ermittlung des Gesamtverbrauchs der Wohnungen der für die Gewerbeinheit gemessene Anteil von den Gesamtkosten abgezogen wird.³⁹⁷ Denn diese Verfahrensweise stellt keine Vorerfassung im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 HeizkV dar. Vielmehr ist dazu auch eine Messung des Wärmeverbrauchs der

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ OLG Düsseldorf v. 11.3.2008 – I-24 U 152/07, OLGR 2008, 622.

³⁹⁶ zu diesem Unterschied vgl. Lammel, HeizkV, 2. Aufl., § 5 Rz. 7 und 50.

³⁹⁷ BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 57/07, WuM 2008, 556 = GE 2008, 1120 = ZMR 2008, 885.

Wohneinheiten durch ein geeignetes Gerät, namentlich einen Wärmezähler, erforderlich.³⁹⁸ Dies folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift und ihrem Zweck, mit dem Energieeinsparung erreicht werden soll.³⁹⁹ Abgesehen davon würden sich die Messungenauigkeiten bei der Differenzberechnung einseitig zu Lasten der nicht vorerfassten Nutzergruppe auswirken.

16.3 Wärmecontracting

Als vertragliche Regelung, die dem Vermieter die Umlage von Betriebskosten gestattet, genügt eine Verweisung im Mietvertrag auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II.BV, sofern es sich nicht um "sonstige Betriebskosten" i.S.v. Nr. 17 dieser Anlage handelt.⁴⁰⁰ Bei einer entsprechenden Bezugnahme-Regelung darf der Vermieter, der während des laufenden Mietverhältnisses den Betrieb einer vorhandenen Heizungsanlage einstellt, die Kosten der nachfolgenden Fernwärmelieferung umlegen, wenn die im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags gültige Fassung der II.BV die Tragung der Kosten der Lieferung von Fernwärme vorsah.⁴⁰¹

Eine solche Umlagevereinbarung ist auch gegeben, wenn im Mietvertrag steht, dass der Mieter die Kosten für "Heizungsbetrieb und Warmwasserversorgung" zu tragen hat, wobei ausdrücklich auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV verwiesen wird.⁴⁰² Die bei Abschluss des Mietvertrags im Januar 1999 maßgebliche Fassung der II.BV vom 12. Oktober 1990⁴⁰³ habe in der Anlage 3 zu § 27 unter Nr. 4 lit. c) und Nr. 5 lit. b) auch die Umlage der Kosten der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser vorgesehen, wovon die Lieferung von Fernwärme erfasst werde. Zu den umlegbaren Kosten der Fernwärme gehörten die gesamten Kosten, die der Wärmelieferant seinerseits dem Vermieter in Rechnung stelle, einschließlich der Investitions- und Verwaltungskosten sowie des Unternehmergewinns.⁴⁰⁴

Der BGH geht mit keinem Wort auf die Kritik ein, die u.a. durch ein ehemaliges Mitglied des VIII. Senats⁴⁰⁵ an sein Urteil vom 27.6.2007 geübt wurde. Allein die Tatsache, dass er das Urteil bestätigt, zeigt zwar ausreichend, dass er die Argumente nicht für stichhaltig hält. Trotzdem hätten ein paar Gegenargumente auch die Rechtsfortbildung gefördert.

16.4 Kosten der Zwischenablesung

In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob es sich bei der Nutzerwechselgebühr um - nicht umlagefähige - Kosten der Verwaltung (zur Legaldefinition vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV, in Kraft getreten am 1. Januar 2004) oder um - umlagefähige - Betriebskosten im Sinne der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BV oder gemäß § 7 Abs. 2, § 9b HeizkV handelt. Nach einer vorwiegend in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, sind die Nutzerwechselkosten vom Vermieter zu tragen, da der sie

³⁹⁸ Lammel, HeizkV, 2. Aufl., § 5 Rz. 88 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 9. Aufl., § 5 HeizkV Rz. 33; Lefèvre, HKA 1996, 29, 30; Kreuzberg/Wien, Handbuch der Heizkostenabrechnung, 6. Aufl., S. 33.

³⁹⁹ vgl. BR-Drs. 632/80, S. 13; Lammel, HeizkV, 2. Aufl., § 1 Rz. 1.

⁴⁰⁰ BGH v. 7.4.2004 – VIII ZR 167/03, NZM 2004, 417.

⁴⁰¹ BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, NJW 2007, 3060.

⁴⁰² BGH v. 19.4.2008 – VIII ZR 75/07, WuM 2008, 350 = ZMR 2008, 702.

⁴⁰³ BGBl. I S. 2178.

⁴⁰⁴ BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 286/02, NJW 2003, 2900; BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, NJW 2007, 3060.

⁴⁰⁵ Beyer, NZM 2008, 12.

auslösende Mieterwechsel grundsätzlich in den Risikobereich des Vermieters falle.⁴⁰⁶ **74**

Nach anderer Auffassung soll der ausziehende Mieter diese Kosten tragen.⁴⁰⁷ Eine weitere Meinung stellt auf das Verursacherprinzip ab und will danach unterscheiden, wer den Auszug herbeigeführt hat: Der Vermieter oder der ausziehende Mieter, wobei die Verursachung teilweise mit schuldhaftem Verhalten gleichgesetzt wird.⁴⁰⁸ Teilweise wird die Meinung vertreten, die Kosten seien verhältnismäßig zwischen dem ausziehenden Mieter und dem neuen Mieter/gegebenenfalls - bei Leerstand - dem Vermieter aufzuteilen.⁴⁰⁹ Die Gegenauffassung hält es nicht für gerechtfertigt, den Vermieter einerseits oder den ausziehenden Mieter andererseits (ggfs. zusammen mit dem einziehenden Mieter) mit den Kosten des Nutzerwechsels zu belasten. Sie meint, diese Kosten flößen in die Gesamtkosten für die Betriebskostenabrechnung ein, die auf alle Mieter umzulegen seien.⁴¹⁰

Nach Auffassung des BGH⁴¹¹ sind die Kosten ohne besondere Vereinbarung nicht auf den Mieter umlegbar, weil sie nicht der Legaldefinition in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechen. Danach müsste es um „laufend entstehende Kosten“ gehen, also um (stetig) wiederkehrende Belastungen. Die sog. Nutzerwechselgebühr falle aber nicht in wiederkehrenden, periodischen Zeiträumen an, sondern im Laufe eines Mietverhältnisses lediglich einmalig im Zusammenhang mit dem Auszug des Mieters.

Der BGH verkennt, dass die Zwischenablesung durch § 9b HeizkV angeordnet ist und es sich daher um Kosten der Abrechnung nach § 7 Abs. 2 HeizkV handelt.

16.5 Kosten des Heizungsstroms

Es ist nicht zulässig, die den Heizkosten zuzuordnenden Stromkosten für die Heizungsanlage als Teil des Allgemeinstroms abzurechnen.⁴¹² Demgemäß hat der Vermieter den Betriebsstrom für alle diejenigen Aggregate, von denen die Wärmeerzeugung abhängt, gesondert zu ermitteln.

Sofern es, wie hier, für die Heizungsanlage keinen Zwischenzähler gibt, ist eine Schätzung durch den Vermieter zulässig.⁴¹³ Die Grundlagen der Schätzung muss der Vermieter allerdings offen legen. Dazu muss der Mieter nicht (zunächst) einen höheren Abzug darlegen.

⁴⁰⁶ AG Münster, WuM 1996, 231; AG Augsburg, WuM 1996, 98; AG Rendsburg, WuM 1981, 105; AG Braunschweig, WuM 1982, 170.

⁴⁰⁷ AG Coesfeld, WuM 1994, 696 (hiergegen: AG Münster, WuM 1999, 405); AG Köln, WuM 1997, 648.

⁴⁰⁸ AG Lörrach, WuM 1993, 68; LG Berlin, GE 2003, 121; von Brunn in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 93.

⁴⁰⁹ Lammel, Heizkostenverordnung, 2. Aufl., § 9b Rz. 11 ff., 15; Lammel in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 9b HeizkV Rz. 15.

⁴¹⁰ AG Hamburg, WuM 1996, 562; AG Rheine, WuM 1996, 715; AG Oberhausen, DWW 1994, 24; Wall in Eisenschmid/Rips, Betriebskostenkommentar, 2. Aufl., Rz. 3001; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, Rz. 6243; Wall, WuM 2007, 415, 424; Ropertz, WuM 1992, 291, 292; Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl., L Rz. 207; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556a BGB Rz. 33; Both, Betriebskostenlexikon, 2. Aufl., Teil 1, Rz. 13; aA Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 9. Aufl., § 9b HeizkV Rz. 4.

⁴¹¹ BGH v. 14.11.2007 - VIII ZR 19/07, WuM 2008, 85 = GE 2008, 193 = NZM 2008, 123.

⁴¹² vgl. nur Betriebskostenkommentar/Wall, 2. Aufl., Rz. 2955.

⁴¹³ BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 27/07, WuM 2008, 285, 287 = GE 2008, 662.

17.1 Keine Haftung für Fogging

Seit Jahren ist das Phänomen von Schwarzstaubbildungen (sog. Fogging) insbesondere in Wohnräumen bekannt. Die in fast allen Baumaterialien enthaltenen sog. Weichmacher lösen sich und verursachen chemische Reaktionen, wenn sie aufeinander treffen. Das führt zu schwarzen Wänden, an denen sich diese neuen chemischen Verbindungen absetzen. Es ist stets problematisch, für die jeweilige Schwarzstaubbildung eine eindeutige Ursache zu finden. Die wissenschaftlichen Erkenntnisse beschränken sich derzeit auf den Stand, dass Fogging häufig entsteht, wenn der Mieter renoviert und/oder einen neuen Boden verlegt hat. Weichmacher sind aber auch in Baumaterialien vorhanden, die der Vermieter zur Verfügung gestellt hat, so dass regelmäßig Ursachen zusammenwirken, die aus dem Risikobereich beider Mietparteien stammen.

Der BGH hatte schon klargestellt, dass diese problematische Ursachenlage keinen ausreichenden Anlass bildet, die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen von § 536a BGB zugunsten des Mieters abzuändern.⁴¹⁴ Nunmehr hat er den Vermieter zur Beseitigung des Fogging (= Schwarzstaubbildungen) in der Wohnung des Mieters verurteilt, obwohl sich nicht klären ließ, ob eine Ursache nicht auch durch den Mieter gesetzt worden war. Denn wegen § 538 BGB haften der Mieter nur, wenn ein vom vertragsgemäßen Gebrauch nicht gedecktes Verhalten zu der Schwarzstaubbildung beigetragen habe.⁴¹⁵

Die Entscheidung ist konsequent und lehnt sich an die Grundsätze an, die zu Raucherexzess entwickelt wurde.⁴¹⁶ Sie zeigt einmal mehr, wie wichtig Bestimmungen im Mietvertrag sind, die auch die Folgen des vertragsgemäßen Gebrauchs regeln.

17.2 Erneuerung der Schließanlage bei Verlust eines Schlüssel

Zu den Obhutspflichten des Mieters gehört es, die Schlüssel zur Mietsache sorgsam aufzubewahren und darauf zu achten, dass sie nicht in Verlust geraten.⁴¹⁷ Deshalb muss der Mieter Sicherungsvorkehrungen dagegen treffen.⁴¹⁸ Rührt ein Schaden an der Mietsache aus der Sphäre des Mieters her, ist es Sache des Mieters, sich dahin zu entlasten, dass der Schaden unvermeidbar war.⁴¹⁹ Durch den Verlust der Schlüssel zu den Mieträumen verletzt der Mieter nicht nur das Eigentum des Vermieters an den Schlüsseln, sondern zusätzlich die Sachgesamtheit Schließanlage für das Gesamtgebäude, wenn eine missbräuchliche Verwendung der zu der Schließanlage passenden Schlüssel infolge der bei dem Verlust bestehenden Umstände zu befürchten ist.⁴²⁰

Im konkreten Fall nahm ein Vermieter den Mieter von Gewerberäumen, in denen dieser seinen Hauptsitz unterhielt, wegen der Kosten der Auswechslung der Schließanlage in Anspruch. Ein Mit-

⁴¹⁴ BGH v. 25.1.2006 – VIII ZR 223/04, NZM 2006, 258.

⁴¹⁵ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, WuM 2008, 476 = NZM 2008.607 = GE 2008, 982 = ZMR 2008, 868 m. Anm. *Schläger*.

⁴¹⁶ vgl. BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NZM 2008, 318 = ZMR 2008, 524 mit Anm. *Schläger*.

⁴¹⁷ vgl. LG Hamburg v. 14.7.1998 – 316 S 55/98, NZM 1999, 410 = NJW-RR 1999, 663 = WuM 1999, 327 f.; Landvoigt, GE 2007, 1301, 1303.

⁴¹⁸ vgl. OLG Celle in Schaden-Praxis 3993, 185 f.; OLG Bamberg, Urt. v. 25.6.1987 - 1 U 30/87, zitiert nach juris, Rn. 2.

⁴¹⁹ vgl. Wolf/Eckert/Ball-Eckert, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 549.

⁴²⁰ vgl. Kinne/Schach/Bieber-Schach, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 546 BGB Rz. 6; LG Münster, WuM 1989, 508 f.

arbeiter des Mieters hatte für knapp eine Viertel Stunde seinen Dienstwagen auf einer Straße abgestellt und den Schlüssel zu den Geschäftsräumen in einer Notebooktasche unter dem Sitz – ob von außen sichtbar, konnte nicht ausgeschlossen werden – aufbewahrt. Dies allein reichte aus, eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB anzunehmen. Immerhin müsse immer damit gerechnet werden, dass Diebe jede Gelegenheit ergreifen würden. Der Vermieter sei auch berechtigt, die gesamte Schließanlage auszutauschen. Denn von dem Dienstwagen könne auf den Hauptsitz des Mieters geschlossen werden, so dass eine Missbrauchsgefahr anzunehmen sei.⁴²¹ Der Schaden belief sich auf 10.420,20 EURO. Einen Abzug „neu für alt“ hielt das Gericht wegen der Lebensdauer von Schließanlagen nicht für gerechtfertigt. Auch wurde dem Mieter das Verschulden seines Mitarbeiters ohne weiteres als Erfüllungsgehilfe zugerechnet.

17.3 begrenzter Mietausfallschaden

Eine Vertragspartei, die die andere Partei durch eine Vertragsverletzung veranlasst, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, ist dem Kündigenden zum Ersatz des durch die Kündigung entstandenen Schadens verpflichtet.⁴²² Der Schadenersatzanspruch ist grundsätzlich auf den Zeitraum beschränkt, bis zu dem der Mieter erstmalig ordentlich hätte kündigen können.⁴²³

Die Kündbarkeit des Mietvertrages kann sich in solchen Fällen auch aus Schriftformmängeln ergeben.⁴²⁴

17.4 Verletzung von Verkehrssicherungspflichten

17.4.1 Vertragliche Ansprüche bei Verletzung der Streupflicht

In den Schutzbereich eines Vertrages sind Dritte einbezogen, auf die sich Schutz- und Fürsorgepflichten aus vertraglichen Vereinbarungen nach dem Vertragszweck zwangsläufig erstrecken. Um die Schutzpflichten zugunsten Dritter nicht zu weit auszudehnen, ist allerdings erforderlich, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommt und der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages hat.⁴²⁵

Diese Voraussetzungen sind zu bejahen, wenn der betreffende Dritte infolge der Verletzung der Räum- und Streupflicht zu Schaden kommt.⁴²⁶ Die Sicherung des unmittelbaren Zugangs zum Haus bei Schnee- und Eisglätte ist Aufgabe des Vermieters. Sie dient vor allem dem Schutz der Mieter.⁴²⁷ Dass die Übertragung der Streupflicht den sicheren Zugang der Mieter zum Haus gewährleisten soll, liegt auf der Hand.

⁴²¹ KG v. 11.2.2008 – 8 U 151/07, DWW 2008, 145 = GE 2008, 599 = GuT 2008, 113 = ZMR 2008, 618.

⁴²² BGH v. 15.3.2000 - XII ZR 81/97, MDR 2000, 875 m. Anm. Horst = NJW 2000, 2342; BGH, WPM 1974, 345; BGH v. 12.6.1985 - VIII ZR 148/84, MDR 1985, 1018 = NJW 1985, 2253; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 543 Rz. 61.

⁴²³ BGH v. 28.10.1981 - VIII ZR 302/80, BGHZ 82, 121 = MDR 1982, 485; BGH v. 15.9.1997 - II ZR 94/96, MDR 1998, 95 = NJW 1998, 372; BGH v. 30.1.2004 - IXa ZB 274/03, MDR 2004, 648 = FamRZ 2004, 870 = BGHReport 2004, 774 = WPM 2004, 542.

⁴²⁴ OLG Düsseldorf v. 6.5.2008 – I-24 U 188/07, OLGReport 2008, 662.

⁴²⁵ vgl. BGHZ 133, 168, 171 ff.

⁴²⁶ BGH v. 22.1.2008 – VI ZR 126/07, WuM 2008, 235 = GE 2008, 405.

⁴²⁷ BGH v. 12.7.1968 - VI ZR 134/67 - VersR 1968, 1161; Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., § 535 BGB Rz. 60.

Für öffentliche Parkplätze ist anerkannt, dass eine Streupflicht lediglich bei großer Ausdehnung und großem Fassungsvermögen oder einem schnellen Fahrzeugwechsel (z.B. P+R-Parkplätze) besteht.⁴²⁸ Eine generelle Pflicht, den gesamten Parkplatz von Glatteis zu befreien und zu streuen, soll nicht existieren.⁴²⁹ Vielmehr ist es ausreichend, die Möglichkeit zum gefahrlosen Verlassen des Platzes oder dem gefahrlosen Erreichen des Wagens sicherzustellen.⁴³⁰ Deshalb kann eine Räum- und Streupflicht bestehen, wenn die Wagennutzer die von den Kraftfahrzeugen befahrenen Flächen auf eine nicht nur unerhebliche Entfernung betreten müssen, um die Wagen zu verlassen oder zu erreichen.⁴³¹

Auf einem privaten Parkplatz, der nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich ist und eine geringe Ausdehnung hat, können jedenfalls keine strengeren Anforderungen gelten,⁴³² wenn der öffentliche Bereich (Straße) mit wenigen Schritten erreichbar ist. Dann ist es dem Mieter zumutbar, auf winterliche Glätte zu achten und etwaige Gefahren auf einer kurzen Strecke selbst zu meistern.⁴³³ Eine völlige Mangel- und Gefahrenfreiheit kann vom Verkehrsteilnehmer nicht verlangt werden und wird von ihm auch vernünftigerweise nicht erwartet; vielmehr stellt er sich durch geeignetes Schuhwerk, Mitnahme von Hilfsmitteln zur Eis- und Schneebeseitigung etc. auf die winterlichen Verhältnisse ein.

Die Entscheidung stellt zu unrecht die „privaten“ Parkplätze mit den öffentlichen Flächen gleich. Die Nutzung eines privaten Parkplatzes z.B. vor einem Haus beruht regelmäßig auf einem Mietvertrag entweder als Einheit mit dem Wohn- oder Gewerberaummietvertrag über eine Einheit im Haus oder davon getrennt. In jedem Fall ist der Vermieter aber gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet, den vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Solange der (Stellplatz-) Mietvertrag nicht vorsieht, dass der Mieter nur im Sommer gefahrlos die Mietsache nutzen kann, muss der Vermieter auch im Winter für entsprechende Verhältnisse sorgen.

17.4.3 Räum- und Streupflicht trotz unwirksamer Übertragung

Es ist allgemein anerkannt, dass Verkehrssicherungspflichten mit der Folge eigener Entlastung delegiert werden können. Die Verkehrssicherungspflichten des ursprünglich Verantwortlichen verkürzen sich dann auf Kontroll- und Überwachungspflichten. Wer sie übernimmt, wird seinerseits deliktisch verantwortlich. Voraussetzung hierfür ist, dass die Übertragung klar und eindeutig vereinbart wird.⁴³⁴

⁴²⁸ BGH v. 22.11.1965 – III ZR 32/65, NJW 1966, 202 = VersR 1966, 90, 92; BGH VersR 1983, 162, 163.

⁴²⁹ KG, VersR 1965, 1105; OLG Frankfurt/M., ZfS 1983, 129; OLG Koblenz, OLGR 1999, 296.

⁴³⁰ BGH v. 22.11.1965 – III ZR 32/65, NJW 1966, 202 = VersR 1966, 90, 93.

⁴³¹ BGH VersR 1983, 162; OLG Hamm v. 4.11.2003 – 9 U 118/03, NJW-RR 2004, 386; OLG Celle v. 25.8.2004 – 9 U 109/04, MDR 2005, 273.

⁴³² OLG Düsseldorf v. 19.5.2008 – I-24 U 161/07, GE 2008, 1196 = GuT 2008, 363 = NZM 2008, 928.

⁴³³ OLG München v. 22.2.1990 – 1 U 4848/89, VersR 1992, 210; OLG München v. 13.1.2006 – 1 U 5136/05.

⁴³⁴ vgl. BGH v. 4.6.1996 VI ZR 75/95, VersR 1996, 1151, 1152; BGH v. 17.1.1989 - VI ZR 186/88, VersR 1989, 526 f.; BGH v. 8.12.1987 - VI ZR 79/87, VersR 1988, 516, 517.

In manchen Gemeinden ist in der Räum- und Streusatzung geregelt, dass die Übertragung der Streupflicht der zuständigen Behörde angezeigt werden muss. Ohne diese Anzeige bleibt der ursprünglich Verpflichtete gegenüber der Gemeinde in der Pflicht.

Die Verletzung dieser öffentlich-rechtlichen Vorschriften lässt die Einstandspflicht eines Mieters, dem die Winterwartung übertragen wurde, aber unberührt.⁴³⁵ Die deliktische Einstandspflicht des mit der Wahrnehmung der Verkehrssicherung Beauftragten besteht auch dann, wenn der Vertrag mit dem Primärverkehrssicherungspflichtigen nicht rechtswirksam zustande gekommen ist.⁴³⁶ Entscheidend ist, dass der in die Verkehrssicherungspflicht Eintretende faktisch die Verkehrssicherung für den Gefahrenbereich übernimmt und im Hinblick hierauf Schutzvorkehrungen durch den primär Verkehrssicherungspflichtigen unterbleiben, weil sich dieser auf das Tätigwerden des Beauftragten verlässt. Dieser ist aufgrund der von ihm mitveranlassten neuen Zuständigkeitsverteilung für den übernommenen Gefahrenbereich nach allgemeinen Deliktsgrundsätzen verantwortlich. Insofern ist seine Verkehrssicherungspflicht nicht abgeleiteter Natur. Vielmehr erfährt sie mit der Übernahme durch den Beauftragten in seine Zuständigkeit eine rechtliche Verselbständigung. Er ist es fortan, dem unmittelbar die Gefahrenabwehr obliegt und der dafür zu sorgen hat, dass niemand zu Schaden kommt. Inhalt und Schutzbereich dieser verselbständigten Verkehrssicherungspflicht bestimmen sich allein danach, was objektiv erforderlich ist, um mit der Gefahrenstelle in Berührung kommende Personen vor Schaden zu bewahren.

17.5 Schadensersatz bei unberechtigter Mängelbeseitigungsaufforderung

Es ist anerkannt, dass allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB⁴³⁷ noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben und damit eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden kann.⁴³⁸ Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der schon im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Eine andere Beurteilung würde die freie Zugänglichkeit der staatlichen Rechtspflegeverfahren, an der auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise einengen.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich diese Rechtsprechung auf die außerprozessuale Geltendmachung vermeintlicher Rechte übertragen lässt, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet.

Einerseits wird vertreten, dass es beim uneingeschränkten deliktischen Rechtsgüterschutz nach § 823 Abs. 1 BGB und § 826 BGB bleibt, wenn es an der Rechtfertigungswirkung eines gerichtlichen

⁴³⁵ BGH v. 22.1.2008 – VI ZR 126/07, GE 2008, 405.

⁴³⁶ vgl. BGH v. 17.1.1989 - VI ZR 186/88, VersR 1989, 526 f.; BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl., § 823 BGB Rz. 129; Münch-Komm/Wagner, 4. Aufl., § 823 BGB Rz. 288 f.; Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl., § 823 BGB Anh. II Rz. 53 f.; Staudinger/J. Hager, (1999), § 823 BGB E 64; von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 121.

⁴³⁷ BGHZ 74, 9, 16; 95, 10, 18 f.; 118, 201, 206; 154, 269, 271 f.; 164, 1, 6.

⁴³⁸ BGHZ 20, 169, 172; BGH v. 20.3.1979 – VI ZR 30/77, WPM 1979, 1288 = NJW 1980, 189, unter I 2, BGH v. 12.11.2004 – V ZR 322/03, NJW-RR 2005, 315 unter II 2.

Verfahrens fehlt.⁴³⁹ Im Rahmen einer (vor-)vertraglichen Beziehung der Parteien **79**

kommt auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 BGB in Betracht, wenn jemand unberechtigt als angeblicher Schuldner außergerichtlich mit einer Forderung konfrontiert wird und ihm bei der Abwehr dieser Forderung Kosten entstehen.⁴⁴⁰

Dagegen wird teilweise die Auffassung vertreten, die außergerichtliche Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung könne nicht anders behandelt werden als die gerichtliche.⁴⁴¹ In bestehenden Schuldverhältnissen gebe es ein Recht, in subjektiv redlicher Weise - wenn auch unter fahrlässiger Verkennung der Rechtslage - Ansprüche geltend zu machen, die sich als unberechtigt erwiesen.

Nach Ansicht des BGH stellt jedenfalls ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 Abs. 1 BGB eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.⁴⁴² Für den Käufer liege es auf der Hand, dass von ihm geforderte Mangelbeseitigungsarbeiten auf Seiten des Verkäufers einen nicht unerheblichen Kostenaufwand verursachen könnten. Die innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordere deshalb, dass der Käufer vor Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüfe, ob die in Betracht kommenden Ursachen für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liege.

Diese Grundsätze sind ohne weiteres auf das Mietrecht übertragbar. Der Mieter, der nicht ordnungsgemäß lüftet, benötigt keine besonderen Fachkenntnisse, um in Betracht ziehen zu können, dass die Feuchtigkeiterscheinungen in seiner Wohnung selbst verschuldet sind. Wenn er trotzdem den Vermieter wegen angeblicher Unzulänglichkeiten am Baukörper zur Mängelbeseitigung auffordert, handelt er fahrlässig und trägt den adäquat-kausal entstandenen Schaden.

17.6 Auch Mietausfallschaden ohne Umsatzsteuer

Bei der Berechnung der Höhe eines Mietausfallschadens kann die Mehrwertsteuer nicht mitberücksichtigt werden, selbst wenn der Vermieter laut Mietvertrag zur Umsatzsteuer optiert und somit auf die Steuerfreiheit der Vermietungsumsätze nach §§ 9, 4 Nr. 9 lit. a) UStG verzichtet hatte.⁴⁴³ Denn er muss aufgrund der Schadensersatzleistungen des Mieters keine Mehrwertsteuer an das Finanzamt abzuführen. Nach § 1 Abs. 1 UStG liegt nämlich ein steuerbarer Umsatz grundsätzlich nur vor, wenn ein Unternehmer im Inland eine Lieferung oder sonstige Leistung im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Der vom Mieter zu zahlende Schadensersatz ist aber kein Entgelt für eine Lieferung oder sonstige Leistung des Vermieters. Vielmehr handelt es sich um einen sog. echten Schadensersatz, bei dem mangels Leis-

⁴³⁹ BGH v. 15.7.2005, BGHZ 164, 1, 6.

⁴⁴⁰ BGH v. 12.12.2006 - VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458, unter II 1 und 2; LG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1105 f.; AG Münster, NJW-RR 1994, 1261 f.; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 280 Rz. 27.

⁴⁴¹ KG v. 18.8.2005 – 8 U 251/04, juris, Tz. 142; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746, unter 2; OLG Braunschweig, OLGR 2001, 196, 198; Grüneberg/Sutschet in: Bamberger/Roth, 2. Aufl., § 241 BGB Rz. 54.

⁴⁴² BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 246/06, ZMR 2008, 285.

⁴⁴³ BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 136/05, ZMR 2008, 867.

tungsaustauschs keine Steuerbarkeit eintreten.⁴⁴⁴ Da der Vermieter somit im Zusammenhang mit der Schadensersatzleistung des Mieters keine Mehrwertsteuer abzuführen hat, kann er die Steuer auch nicht als Schadensersatz verlangen.⁴⁴⁵

17.7 Aufteilung der Anwaltsgebühren für außergerichtliche Tätigkeit

Wird der Rechtsanwalt außergerichtlich tätig, kann der Gläubiger die Erstattung der Gebühren verlangen, wenn sich ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch ergibt. Das setzt in der Regel das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs voraus, der sich häufig aus Verzug (§ 286 BGB) ergibt. Wird dem Rechtsanwalt das Mandat für verschiedene Ansprüche erteilt, ohne dass für alle die Verzugsvoraussetzungen vorliegen, sprechen viele Gerichte im Rahmen der Erstattung dem Gläubiger die geltend gemachten Anwaltsgebühren "streitwertanteilig" zu. Eine derartige Berechnung führt aufgrund der degressiv ausgestalteten Gebührentabelle der Anlage 2 zu § 13 Abs. 1 RVG zu einem geringeren Betrag als die Berechnung nach dem Gegenstandswert, wie er sich ohne den „verzugslosen“ Anspruch ergibt.

Dies führt zu einer unzulässigen Reduzierung des Erstattungsanspruchs der Kläger.⁴⁴⁶ Insoweit ist das Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Rechtsanwalt einerseits und der schadensersatzrechtliche Erstattungsanspruch im Verhältnis des Geschädigten zum Schädiger andererseits zu unterscheiden. Der dem Gläubiger entstandene Schaden besteht in der anwaltlichen Vergütung, die er seinem Rechtsanwalt für dessen außergerichtliche Tätigkeit schuldet, soweit sie auf der Pflichtverletzung beruhen. Selbst wenn die Beauftragung weitere Ansprüche zum Gegenstand hatte, ist der so bestimmte Umfang der Beauftragung nur für die Abrechnung zwischen dem Geschädigten und seinem Anwalt maßgebend (Innenverhältnis). Kostenerstattung aufgrund des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs kann der Geschädigte dagegen insoweit verlangen, als seine Forderung diesem gegenüber besteht.⁴⁴⁷ Dem Erstattungsanspruch des Geschädigten hinsichtlich der ihm entstandenen Anwaltskosten ist im Verhältnis zum Schädiger somit grundsätzlich der Gegenstandswert zugrunde zu legen, der der berechtigten Schadensersatzforderung entspricht.

18 Beendigung des Mietvertrages

18.1 Kündigungsbefugnis des Erwerbers vor Eintragung

Der Erwerber einer Immobilie tritt erst mit der Eintragung in das Grundbuch als Eigentümer in den Mietvertrag ein, § 566 BGB. Für die Geschäftsraummiete wird die (unwirksamen) Abtretung des Kündigungsrechts gemäß § 140 BGB in eine Ermächtigung (§ 185 BGB) zum Kündigungsausspruch umgedeutet mit der Folge, dass der Ermächtigte im eigenen Namen zum Kündigungsausspruch befugt ist.⁴⁴⁸ Dagegen kann die (ohne Zustimmung des Mieters unwirksame) Regelung in einem Grundstückskaufvertrag, dass der Käufer mit dem Tag des Vertragsschlusses in einen bestehenden Mietvertrag eintritt, nicht in eine Ermächtigung zur Kündigung umgedeutet werden.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ vgl. *Sölch/Ringleb*, Umsatzsteuer, § 1 UStG Rz. 60.

⁴⁴⁵ vgl. BGH v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NJW-RR 1998, 803, 805.

⁴⁴⁶ BGH v. 7.11.2007 – VIII ZR 341/06, NZM 2008, 204.

⁴⁴⁷ BGH v. 18.1.2005 - VI ZR 73/04, NJW 2005, 1112, unter II 2.

⁴⁴⁸ BGH v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, WuM 1998, 99 = MDR 1998, 271 = ZMR 1998, 214.

⁴⁴⁹ OLG Celle v. 9.6.1999 – 2 U 166/98, ZMR 1999, 618 = NZM 2000, 93.

Auch bei der Wohnraummiete soll es zulässig sein, den Erwerber im Kaufvertrag zur Ausübung des Kündigungsrechts im eigenen Namen zu ermächtigen, jedenfalls zur Ausübung des Rechts der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges.⁴⁵⁰

Zweifel gegen eine solche Ermächtigung können sich daraus herleiten, dass der Mieter bestimmte Schutzrechte (§§ 569 Abs. 3, 574 BGB) nur gegenüber dem Vermieter geltend machen kann, insbesondere einen eventuellen Anspruch auf Vertragsfortsetzung gemäß § 574 BGB.⁴⁵¹ Diese Bedenken können aber dadurch zerstreut werden, dass sich die Ermächtigung vom bisherigen Vermieter ableitet, so dass die Ausübung der Rechte wie bei § 407 BGB auch für den Vermieter gelten würde. Allerdings wird eine Ermächtigung wohl nicht ausreichen, um eine Kündigung zu erklären, bei der es auf die individuellen Verhältnisse des Vermieters ankommt (z.B. § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB).

18.2 Verhältnis von Anfechtung und Kündigung

Ob und gegebenenfalls mit welcher Rechtsfolge eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB auch nach Übergabe der Mietsache möglich ist, ist umstritten. Teilweise wird vertreten, das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung werde, sobald der Mietvertrag durch Überlassung der Mietsache vollzogen sei, durch das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 BGB verdrängt, soweit sich der Willensmangel auf verkehrswesentliche Eigenschaften des Mietobjekts selbst beziehe.⁴⁵² Nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann zwar eine auf Abschluss eines Mietvertrages gerichtete Willenserklärung auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung angefochten werden.⁴⁵³ Differenziert wird jedoch nach der Wirkung der Anfechtung. Einige lassen die Rechtsfolgen erst ab Zugang der Anfechtungserklärung (ex nunc) zu, weil ein bereits vollzogenes Mietverhältnis nur unter Inkaufnahme großer Schwierigkeiten abgewickelt werden könne.⁴⁵⁴ Die Gegenmeinung⁴⁵⁵ verweist darauf, dass für Mietverträge kein Anlass bestehe, von der gesetzlichen Bestimmung des § 142 Abs. 1 BGB durch Richterrecht abzuweichen. Denn jedenfalls für die Geschäftsraummiete lasse sich ein die Rückabwicklung ausschließender sozialer Einschlag nicht erkennen.⁴⁵⁶

Der BGH hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen.⁴⁵⁷ Die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 536 ff. BGB) und das Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 BGB hätten auch nach Invollzugsetzung des Mietvertrages keinen Vorrang, weil die Anfechtung nach § 123 BGB einerseits und die Gewährleistungs- sowie die Kündigungsvorschriften andererseits unterschiedliche

⁴⁵⁰ KG v. 4.2.2008 – 8 U 167/07, WuM 2008, 153.

⁴⁵¹ Deshalb gehen von der Unzulässigkeit aus: LG München I, WuM 1999, 161; AG Mitte v. 17.8.2004, MM 2004, 375.

⁴⁵² *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., I Rz. 245; Bub in: Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 673.

⁴⁵³ (RGZ 157, 173, 174; KG, NZM 2002, 21; LG Mannheim, ZMR 1990, 303; Emmerich/Sonnenschein/Rolfs, *Miete*, 9. Aufl., § 542 BGB Rz. 82; Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., vor § 542 Rz. 2; Hübner/Griesbach/Schreiber in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann *Geschäftsraummiete*, Kap. 14 Rz. 214; Kraemer in: Bub/Treier Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 1326; Münch-Komm/Häublein, BGB, 5. Aufl., vor § 536 Rz. 24.

⁴⁵⁴ LG Nürnberg-Fürth, MDR 1966, 1003, 1004; Schmidt-Futterer/Blank, *Mietrecht*, 9. Aufl., vor § 535 BGB Rz. 7; Staudinger/Rolfs, BGB [2006], § 542 Rz. 179; für die Wohnraummiete: Hille, WuM 1984, 292, 293.

⁴⁵⁵ RGZ 86, 334; 102, 225, 226; 157, 173, 174; KG MDR 1967, 404; KG NZM 2002, 21; Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., vor § 542 Rz. 2; Erman/Jendrek, BGB 12. Aufl. vor § 536 Rz. 20; Schmid, DWW 1985, 302; Fischer, NZM 2005, 567, 571; Emmerich NZM 1998, 692, 694 f.

⁴⁵⁶ KG, NZM 2002, 21.

⁴⁵⁷ BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, GuT 2008, 330.

Sachverhalte regelten und unterschiedliche Schutzzwecke verfolgten. Die Anfechtung schützt die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit. Gegenstand der Gewährleistungsrechte und der außerordentlichen Kündigung sei eine aktuelle Leistungsstörung. Eine Abweichung von § 142 Abs. 1 BGB sei jedenfalls bei der Geschäftsraummiete nicht gerechtfertigt. Die Schwierigkeiten, die sich bei der Rückabwicklung aufgrund des Zeitablaufs und der Anzahl der rückabzuwickelnden Leistungen ergeben, rechtfertigten keine Ausnahme. Die gleichen Schwierigkeiten würden bei Mietverträgen bestehen, die z.B. gemäß § 134 BGB nichtig seien. Besonderheiten der Leistung wie beim Arbeitsverhältnis oder Gläubigerschutz wie beim Gesellschaftsverhältnis seien für den Mietvertrag nicht gegeben.

18.2.1 Rechtsfolge: Nutzungsentschädigung inklusive Umsatzsteuer

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) eines unwirksamen Mietvertrages erfolgt nach den Grundsätzen der Saldotheorie, indem durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile ermittelt wird, ob sich für den Vermieter ein Überschuss (Saldo) ergibt.⁴⁵⁸ Eine Einschränkung der Saldotheorie zum Schutz eines arglistig Getäuschten ist grundsätzlich nicht geboten, wenn der Täuschende Bereicherungsausgleich verlangt. Nach der Saldotheorie werden Gegenansprüche des Getäuschten ohne weiteres als Abzugsposten in die Saldierung einbezogen.

Herauszugeben ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB das durch die Leistung des Vermieters Erlangte. Das ist regelmäßig die gewährte Gebrauchsüberlassung der Räume. Da die Herausgabe der Gebrauchsüberlassung wegen ihrer Beschaffenheit nicht möglich ist, hat der Mieter als gutgläubiger Bereicherungsschuldner nach § 818 Abs. 2 BGB deren Wert zu ersetzen. Dessen Höhe richtet sich nach dem objektiven Verkehrswert des rechtsgrundlos Erlangten, somit nach der Miete, die auf dem örtlichen Markt für vergleichbare Objekte erzielt wird.⁴⁵⁹

Insoweit kann die auf den Wertersatz entfallende Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht werden.⁴⁶⁰ Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG liegt ein steuerbarer Umsatz vor, wenn ein Unternehmer im Inland eine Lieferung oder sonstige Leistungen im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Ob es sich bei dem Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB um nicht steuerbaren Schadenersatz oder um eine steuerbare sonstige Leistung handelt, hängt davon ab, ob die Zahlung des Wertersatzes mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung steht und damit ein Leistungsaustausch stattgefunden hat. Davon ist bei einem Wertersatzanspruch, der gemäß § 818 Abs. 2 BGB bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Mietvertrages entsteht, auszugehen. Denn er tritt im Rahmen der Abwicklung eines gegenseitigen Leistungsverhältnisses an die Stelle der vereinbarten Vergütung und ist deshalb umsatzsteuerpflichtig.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ BGH v. 10.2.1999 - VIII ZR 314/97, NJW 1999, 1181.

⁴⁵⁹ BGH v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NZM 1998, 192, 194; BGHZ 132, 198, 207; 168, 220, 239.

⁴⁶⁰ BGH v. 6.8.2008 - XII ZR 67/06, GuT 2008, 330.

⁴⁶¹ vgl. BGH v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NZM 1998, 192, 194 f.; BGHZ 175, 118.

Das Einbeziehen von verbrauchsunabhängigen Nebenkosten in die nach Bereicherungsrecht zu leistende Nutzungsentschädigung könnte daran scheitern, dass es sich dabei nicht um Gebrauchsvorteile handelt.

Der nach § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzende Wert der erlangten Gebrauchsvorteile bestimmt sich nach der ortsüblichen Miete. Diese beinhaltet in dem Umfang, in dem verbrauchsunabhängige Nebenkosten ortsüblich als Teil der Miete mit vereinbart werden, auch diese Nebenkosten. Da bei der Geschäftsraummiete die vereinbarte Miete abweichend von der gesetzlichen Bestimmung in § 535 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB in der Regel die Grundmiete und verbrauchsunabhängige Nebenkosten enthält, spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass auch im örtlichen Bereich der im Streit befindlichen Räume üblicherweise bestimmte verbrauchsunabhängige Nebenkosten vom Mieter zu tragen sind.⁴⁶² Ob und in welchem Umfang dies der Fall ist, wird erforderlichenfalls durch Sachverständigengutachten festzustellen sein. Ferner sind im Rahmen des Bereicherungsanspruchs des Vermieters die verbrauchsabhängigen Nebenkosten nur zu berücksichtigen, wenn der Vermieter sie konkret darlegt, was z.B. durch Vorlage der Nebenkostenabrechnungen geschehen kann.

18.2.3 Rechtsfolge: Herausgabe des Gewinns aus der Untervermietung

Neben dem Anspruch auf Ersatz des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung ist ein Anspruch auf Herausgabe eines durch eine Untervermietung evtl. erzielten Gewinns nicht gegeben.⁴⁶³ Mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Mietvertrages im Wege der Leistungskondition sollen die gegenseitigen, von den Parteien aufgrund des unwirksamen Mietvertrages vorgenommenen Vermögensverschiebungen rückabgewickelt werden. Die Gewinne des Mieters aus einer Untervermietung beruhen jedoch nicht auf einer rückabzuwickelnden Leistung des Vermieters, sondern auf der seinen eigenen vermögensmäßigen Disposition. Dem Mieter stand es frei, den Bereicherungsgegenstand - die Gebrauchsüberlassung - selbst, gar nicht oder durch Untervermietung zu nutzen. Mit der Erstattung des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung wird erschöpfender Ersatz für den Wert des erlangten Gebrauchsvorteils geleistet.⁴⁶⁴

18.3 Ordentliche Kündigung

18.3.1 Berechtigtes Interesse der vermietenden Bank

Eine Kündigung nach § 573 Abs. 1 (oder Abs. 2 Nr. 3) BGB durch eine Bank soll unangemessen sein, wenn die Bank das Haus oder die Wohnung des zahlungsunfähigen Darlehensschuldners ersteigert und sodann das Mietverhältnis kündigt, um die Immobilie (möglichst gewinnbringend) verkaufen zu können. Notleidende Kredite gehörten, so wird geltend gemacht, zu den typischen Risiken des Darlehensgebers, die nicht über die Kündigungsbefugnis auf den Mieter abgewälzt werden könnten.⁴⁶⁵

⁴⁶² BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/07, GuT 2008, 330.

⁴⁶³ BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, GuT 2008, 330.

⁴⁶⁴ vgl. für bereicherungsrechtliche Ansprüche bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte: BGHZ 82, 299, 307 f.; 99, 244, 248 f.

⁴⁶⁵ vgl. LG Wiesbaden, WuM 1993, 54; LG Dortmund, WuM 1992, 23; LG Düsseldorf, WuM 1987, 321; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 159; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 573 BGB Rz. 48 Fn. 269; siehe dagegen aber OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1496; Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 18. Aufl., § 57a ZVG Rz. 6; Witthinrich, Rpfleger 1987, 98 f.

Ob diese Ausgrenzung gerechtfertigt ist, kann dahinstehen, wenn der Mietvertrag wegen Gläubigerbenachteiligung zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs des Grundpfandgläubigers von diesem nach § 3 Abs. 1 AnfG angefochten werden konnte.⁴⁶⁶ Es fehle dann an einem Schutzbedürfnis des Mieters, weil er seine Rechtsposition nicht in einer Weise erlangt habe, die ein Bestandsinteresse an dem Mietverhältnis begründen könne. Das stehe auch im Einklang mit dem Schutzzweck der Kündigungsvorschriften, die den vertragstreuen Mieter vor dem Verlust seiner Wohnung schützen sollten,⁴⁶⁷ nicht aber denjenigen, der schon in anfechtbarer Weise einen Mietvertrag erhalten hab.

Die anfechtbare Situation reicht nach Auffassung des BGH⁴⁶⁸ auch aus, um es dem Mieter zu verwehren, sich auf die mangelnde Erheblichkeit des Nachteils für den Vermieter zu berufen. Diese wesentliche Voraussetzung des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB (erheblicher Nachteil) wird nämlich verneint, wenn der Vermieter die Wohnung im vermieteten Zustand erworben hat und sich nun darauf beruft, die Mietsache im vermieteten Zustand nicht verkaufen zu können.

Nach § 3 Abs. 1 AnfG ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Eine Gläubigerbenachteiligung ist bereits dann anzunehmen, wenn die Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Schuldners für den Gläubiger erschwert oder verzögert wird.⁴⁶⁹ Diese Voraussetzungen liegen z.B. vor, wenn der Mietvertrag wegen einer (angeblichen) Darlehensgewährung des Mieters eine 10-jährige mietfreie Nutzung vorsieht, weil dadurch Bieter vom Erwerb abgehalten werden können. Der notwendige Vorsatz wird regelmäßig indiziert, wenn inkongruente Deckung besteht.⁴⁷⁰ Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn den Parteien bei Abschluss des Vertrages bewusst ist, dass der Mieter z.B. keinen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens durch Nutzungsgewährung hat. Im Übrigen wird die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AnfG vermutet, wenn der Anfechtungsgegner (hier: Mieter) Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und der objektiven Gläubigerbenachteiligung der Handlung hat, was Tatfrage ist.

18.3.2 Schuldhafte nicht unerhebliche Pflichtverletzung und § 560 Abs. 4 BGB

Gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB kann der Vermieter eine fristlose Kündigung auf Zahlungsrückstände, die durch eine Mieterhöhung nach den §§ 558 – 560 BGB entstanden sind, erst nach Ablauf von zwei Monaten seit der rechtskräftigen Verurteilung zur Zahlung stützen. Fraglich ist, ob sich diese Vorschrift auch auswirkt, wenn der Vermieter seine Kündigung nicht auf § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB, sondern § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB stützt.

Ohne diese Frage besonders zu prüfen, nimmt der BGH eine schuldhafte nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters an, der mit Mietanteilen in Rückstand geraten war, die nach der Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB geschuldet wurden.⁴⁷¹ Insoweit sah

⁴⁶⁶ BGH v. 16.1.2008 - VIII ZR 254/06, WuM 2008, 233 = GE 2008, 402.

⁴⁶⁷ Begr. in BT-Drs. 7/2011, S. 7 zu § 564b BGB a.F.

⁴⁶⁸ BGH v. 16.1.2008 - VIII ZR 254/06, WuM 2008, 233 = GE 2008, 402.

⁴⁶⁹ Huber, Anfechtungsgesetz, 10. Aufl., § 1 AnfG Rz. 33.

⁴⁷⁰ BGHZ 123, 320, 326; BGH v. 2.12.1999 - IX ZR 412/98, WM 2000, 156, unter II 2; BGH v. 20.6.2002 - IX ZR 177/99, WPM 2002, 1690, unter III 3; BGH v. 22.4.2004 - IX ZR 370/00, WPM 2004, 1250, unter II 3 b aa.

⁴⁷¹ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, WuM 2008, 31 = GE 2008, 114 = NZM 2008, 121 = ZMR 2008, 196.

der Senat insbesondere ein ausreichendes Verschulden des Mieters. Denn die Nichtzahlung erfolgte nicht wegen einer wirtschaftlichen Notlage, die das Verschulden ausschließen könne,⁴⁷² sondern weil er die der Mieterhöhung zugrunde liegende Betriebskostenabrechnung in einzelnen Positionen für falsch gehalten hatte. Etwaige inhaltliche Fehler der Betriebskostenabrechnung berechtigten den Mieter indessen nicht, die bisherigen Betriebskostenvorschüsse unverändert weiter zu zahlen. Denn die Erhöhung gemäß § 560 Abs. 4 BGB ist unabhängig von der Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung wirksam, wenn sie formell einwandfrei ist. Ein etwaiger Rechtsirrtum ist in einer solchen Situation vermeidbar und daher nicht geeignet, das Verschulden des Mieters auszuschließen.

18.3.3 Nicht unerhebliche Pflichtverletzung

Ob der Zahlungsverzug eine schuldhaft nicht unerhebliche Pflichtverletzung begründet, hängt von einer umfassenden Einzelfallabwägung ab, bei der auch die Frage, was Verzugsgrund war und ob der Mieter den Rückstand in der Zwischenzeit beglichen hat, eine wesentliche Rolle spielt.⁴⁷³

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die fristgerechte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB unbegründet, wenn der Mieter dem alten Vermieter eine Einzugsermächtigung für die Miete erteilt hat, der Erwerber, der von dieser Einzugsermächtigung keinen Gebrauch macht, fristgerecht kündigt, während sich der Mieter auf Montage im Ausland befindet und seine Kontounterlagen nicht überprüft, aber innerhalb der Schonfrist den Rückstand ausgleicht.⁴⁷⁴

Der Mieter hatte sechs Monate keine Miete gezahlt, was letztlich auf Nachlässigkeit beruhte, weil er seine Kontounterlagen nicht sichtete. Auch wenn er dem Vermieter eine Einzugsermächtigung erteilt hat, die von einem Erwerber nicht ohne Weiteres angewendet werden kann, obliegt dem Mieter eine Kontrollpflicht. Im Hinblick darauf erscheint die Entscheidung gerade noch vertretbar.

18.3.4 Unverschuldete Zahlungsunfähigkeit?

Während der Mieter beim Zahlungsverzug für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat und sich deswegen nicht auf § 286 Abs. 4 BGB berufen kann, entlastet ihn im Rahmen von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit.⁴⁷⁵ Der Mieter hat Zahlungsverzögerungen aufgrund unverschuldeter wirtschaftlicher Schwierigkeiten (z.B. Arbeitslosigkeit, Krankheit) nicht zu vertreten⁴⁷⁶ und kann sich auf unvorhersehbare wirtschaftliche Engpässe berufen. Im Rahmen des Verschuldens kann zudem eine nachträgliche Zahlung des Mieters zu seinen Gunsten berücksichtigt werden, weil sie ein etwaiges Fehlverhalten in einem milderen Licht erscheinen lässt.⁴⁷⁷ Für fehlendes Verschulden ist der Mieter darlegungs- und beweispflichtig.⁴⁷⁸

Zur Annahme eines fehlenden Verschuldens reicht aber der Vortrag des Mieters nicht aus, wonach er seit dem Januar 2005 Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem

⁴⁷² vgl. BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 = ZMR 2005, 356, unter II 2 d cc).

⁴⁷³ Vgl. zur Methodik: Beyer, InfoM 2008, 317.

⁴⁷⁴ KG v. 9.6.2008 – 8 U 217/07, GE 2008, 925 = www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/index.html.

⁴⁷⁵ vgl. BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 6/04, WuM 2005,250 = NZM 2005,334.

⁴⁷⁶ Schmidt/Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 30.

⁴⁷⁷ vgl. BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 6/04, NZM 2005,334 = WuM 2005,250.

⁴⁷⁸ Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., § 573 BGB Rz. 22.

SGB II sei und die Mietzahlung für Februar 2007 nicht rechtzeitig habe erbringen können, weil es bei ihm zu einer einmaligen finanziellen Notlage gekommen sei; er sei nicht mehr in der Lage gewesen, seine Ausgaben zu bestreiten, da aufgrund des längerfristigen Bezuges von ALG II Rückstände aufgelaufen seien, auch weil er Waren des täglichen Bedarfs und Kleidung habe erwerben müssen.⁴⁷⁹ Denn dazu hätte im Einzelnen dargelegt werden müssen, aus welchen Gründen es gerade im Februar 2007 zu den wirtschaftlichen Engpässen gekommen sei und welche unvorhergesehenen Ausgaben er in diesem Zeitraum gehabt habe, so dass er die Miete nicht habe entrichten können. Insoweit müsse der Vortrag auch erkennen lassen, dass der Mieter sich rechtzeitig beim Job Center um Übernahme der Februarmiete bemüht habe, da er habe absehen können, dass er nicht zur Begleichung der Miete in der Lage sein würde. Soweit sich ein Mieter darauf beruft, dass er unter depressiven Störungen gelitten habe und sich in dem maßgeblichen Zeitraum nicht habe sachgerecht verhalten können, ist sein Vortrag nur zureichend, wenn er erkennen lässt, inwieweit sein gesundheitlicher Zustand Einfluss auf die Mietzahlungen gehabt haben soll.

18.3.5 Abmahnung?

Die Frage, ob der ordentlichen Kündigung wegen schuldhafter nicht unerheblicher Vertragsverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) eine Abmahnung oder sogar eine mit Kündigungsandrohung versehene (qualifizierte) Abmahnung vorauszugehen hat, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.⁴⁸⁰

Eine Abmahnung soll schon wegen des Wortlauts des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht erforderlich sein.⁴⁸¹ Dies entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, der durch die Einfügung von § 543 Abs. 3 BGB gezeigt habe, dass er sich mit dem Problem der Abmahnung im Gesetzgebungsverfahren auseinandergesetzt habe. Auch ein praktischer Bedarf sei nicht zu erkennen, da der Vermieter typischerweise die ordentliche Kündigung wegen schuldhafter nicht unerheblicher Pflichtverletzung hilfsweise neben der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund erkläre, die gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich eine erfolglose Abmahnung voraussetze, so dass der Mieter bereits auf diesem Wege gewarnt sei.

Danach kommt der Abmahnung für die Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB allerdings in Ausnahmefällen insofern Bedeutung bei, als erst ihre Missachtung der Pflichtverletzung das erforderliche Gewicht verleihen kann, etwa weil vorher nur ein schlichtes Versehen des Mieters vorgelegen habe oder eine Duldung des Vermieters zu vermuten gewesen sei.

⁴⁷⁹ KG v. 24.7.2008 - 8 U 26/08, DWW 2008, 379.

⁴⁸⁰ Dafür u.a. LG Itzehoe, WuM 1992, 608; LG Lüneburg, WuM 1995, 708; LG Hamburg, ZMR 2005, 867, 869; *Bieber*, BGHReport 2005, 689, 690; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 14; MünchKommBGB/*Häublein*, 4. Aufl., § 573 Rz. 58 f.; dagegen OLG Oldenburg, NJW-RR 1992, 79; *Schläger*, ZMR 1991, 41, 47; *Franke* in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band 6, Stand März 2005, § 573 BGB Anm. 7.1 Nr. 2, Anm. 9 Nr. 3, Anm. 12 Nr. 7; *Gahn* in: Schmid, Mietrecht, 2006, § 573 BGB Rdnr. 16; *Grapentin* in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rz. 62, 64; *Hannappel* in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 573 Rz. 22; *Haug* in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 19; *Herrlein* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 17.

⁴⁸¹ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, WuM 2008, 31 = GE 2008, 114 = NZM 2008, 121.

Nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁸² besteht eine Anbietspflicht des Vermieters für den Fall ein freiwerdenden Alternativwohnung. Allerdings ist die Anbietspflicht zeitlich durch den Ablauf der Kündigungsfrist beschränkt.⁴⁸³

Diese Voraussetzungen sind aber nur erfüllt, wenn die Alternativwohnung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei wird.⁴⁸⁴ Läuft die Kündigungsfrist des Mietvertrages über die Alternativwohnung erst später ab, muss der Vermieter sie nicht anbieten.

Im Rahmen von Kündigungen mit der Dreimonatsfrist kommt die Anbietspflicht regelmäßig nur noch in Betracht, wenn bei Ausspruch der Kündigung eine Alternativwohnung frei ist oder der Vermieter mit der Geltendmachung des Eigenbedarfs solange zuwartet, bis er die Alternativwohnung vermietet hat.

18.4 Zahlungsverweigerung des vorläufigen Insolvenzverwalters

§ 112 InsO verbietet eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges zwischen Antragstellung und Eröffnung des Insolvenzverfahren wegen Rückständen, die vor der Antragstellung entstanden sind. Während des Eröffnungsverfahrens soll die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges begründet sein, wenn der Mieter lediglich mit einer Monatsmiete in Rückstand ist, jedoch erklärt, er werde in Zukunft zu Mietzinszahlungen nicht in der Lage sein.⁴⁸⁵ Im Schrifttum wird indes die Auffassung vertreten, der Vermieter müsse auch bei Ankündigung des vorläufigen Verwalters, die vorläufige Masse könne oder werde nicht zahlen, bis zum Eintritt eines die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges rechtfertigenden Mietrückstands zuwarten.⁴⁸⁶

Der BGH⁴⁸⁷ hat in einem Regressprozess gegen einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt zum Ausdruck gebracht, dass die Mitteilung des vorläufigen Insolvenzverwalters, das Insolvenzgericht habe ein vorläufiges Zahlungsverbot erlassen und deshalb seien er und der Zwischenvermieter als Schuldner gehindert, eingehende Zahlungen weiterzuleiten, als Pflichtverletzung ausreichen lassen.

18.5 Erleichterte Kündigung nach § 573a BGB

18.5.1 Gebäude mit zwei Wohnungen

Die Anwendbarkeit des § 573a BGB ist immer wieder zweifelhaft, wenn es aufgrund der Beschaffenheit des Gebäudes keine zwangsläufigen Berührungspunkte für die Lebensräume von Vermieter und Mieter gibt. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Wohnungen auch von außen separate Zugänge verfügen, so dass kein erhöhtes Konfliktpotenzial zwischen den Parteien entsteht.

⁴⁸² BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 311/02, ZMR 2003, 665 = NZM 2003, 682; BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 276/02, ZMR 2003, 664 = NZM 2003, 681.

⁴⁸³ BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 311/02, ZMR 2003, 665 = NZM 2003, 682.

⁴⁸⁴ BGH v. 4.6.2008 - VIII ZR 292/07, NZM 2008, 642 = GE 2008, 1048.

⁴⁸⁵ OLG Düsseldorf v. 23.5.1991 – 10 U 119/90, NJW-RR 1991, 1353, 1354 = MDR 1991, 965.

⁴⁸⁶ vgl. MünchKomm-InsO/Eckert, 1. Aufl., § 112 InsO Rz. 37.

⁴⁸⁷ BGH v. 24.1.2008 – IX ZR 201/06, GE 2008, 598.

§ 573a BGB in diesen Fällen nicht anzuwenden kann sich zwar durchaus aus dem Zweck der Vorschrift rechtfertigen, wonach dem Vermieter dann eine erleichterte Möglichkeit zur Beendigung eingeräumt werden soll, wenn aufgrund der vorhandenen räumlichen Enge die erforderliche Harmonie der Parteien nicht mehr gewährleistet sei.⁴⁸⁸ Diese gesetzgeberische Intention habe im Wortlaut der Vorschrift allerdings keinen Niederschlag gefunden. Deshalb sei aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit das Sonderkündigungsrecht auch dann gegeben, wenn Vermieter und Mieter in dem gemeinsam bewohnten Gebäude keine Gelegenheit zum Zusammentreffen hätten, wenn es insbesondere an einem gemeinsamen Treppenhaus und an einem gemeinsamen Hauseingang fehle und auch sonstige gemeinschaftlich zu nutzende Räume oder Flächen nicht vorhanden seien.⁴⁸⁹

18.5.2 Mehr als zwei Wohnungen

Das Sonderkündigungsrecht nach § 573a BGB ist nicht gegeben, wenn das Gebäude mehr als zwei Wohnungen aufweist. Dies könnte insbesondere angenommen werden, wenn außer dem Gewerbebetrieb und den Wohnungen von Vermieter und Mieter noch Räume vorhanden sind, die von ihrer baulichen Ausstattung und ihrer funktionalen Zuordnung unschwer als Wohnung genutzt werden könnten.

Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es darauf an, ob sich im Gebäude mehr als zwei Wohnungen befinden.⁴⁹⁰ Durch den Umstand, dass sich abgesehen von zwei Wohnungen noch Gewerbe- und andere Räume im Haus befinden, wird die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht ausgeschlossen. Die Vorgängerregelung zu § 573a BGB betraf zwar ausschließlich "Wohngebäude" (§ 564b Abs. 4 BGB a.F.). Diese Beschränkung auf reine Wohngebäude hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung durch das Mietrechtsreformgesetz⁴⁹¹ aber bewusst nicht beibehalten.⁴⁹² In diesem Zusammenhang sei nicht von Bedeutung, dass im Gebäude Räume vorhanden seien, die sich für eine Nutzung als (dritte) Wohnung eignen und in der Vergangenheit als Wohnung genutzt wurden. Entscheidend sei vielmehr, ob diese weiteren Räume schon vor Abschluss des konkreten Mietvertrages nicht mehr als Wohnung, sondern als gewerbliche Räume für den vorhandenen Betrieb genutzt wurden (hier: Sozialräume für die Angestellten). Als nur eine Wohnung seien auch Räume zu werten, die getrennt durch ein Treppenhaus auf zwei Stockwerke verteilt seien.

18.6 Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund

18.6.1 Zahlungsverzug mit mehr als einer Miete

§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB regelt drei Varianten des Zahlungsverzuges. Dabei enthält lit. a) zwei Alternativen, in denen sich über einen Zeitraum von zwei Monaten ein nicht unerheblicher Rückstand aufgebaut haben muss. Nicht unerheblich ist der Rückstand, wenn entweder beide Mieten nicht gezahlt wurden oder – jedenfalls mit Blick auf § 569 Abs. 3 BGB – ein Rückstand von mehr als einer Monatsmiete entstanden ist. Fraglich ist, ob der Vermieter auch kündigen kann, wenn sich der

⁴⁸⁸ BGH v. 25.6.2008 – VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 = GE 2008, 1118 = ZMR 2008, 877.

⁴⁸⁹ OLG Saarbrücken, NJW-RR 1993, 20 ff.; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9, Aufl., § 573a BGB Rz. 12, jeweils auch mit Nachweisen zur abweichenden Meinung.

⁴⁹⁰ BGH v. 25.6.2008 – VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 = GE 2008, 1118 = ZMR 2008, 877.

⁴⁹¹ BGBl, I, S. 1149.

⁴⁹² Haas, Das neue Mietrecht - Mietrechtsreformgesetz, Bundesanzeiger 2001, S. 242.

Rückstand in Höhe von mehr als einer Monatsmiete aus Einzelbeträgen zusammensetzt, die für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen sind.⁴⁹³

Richtigerweise setzt § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) BGB voraussetzt,⁴⁹⁴ dass der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultiert.⁴⁹⁵ Diese Auslegung ergebe sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Zudem ließen die beiden Regelungen in § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) und b) BGB erkennen, dass der Fall, in dem der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Mietzahlung in Verzug sei, abweichend von dem Fall, in dem der Verzug sich über einen Zeitraum von mehr als zwei Terminen erstrecke, dahin geregelt werden solle, dass im ersten Fall ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ausreiche, während im zweiten Fall ein Rückstand in Höhe von zwei Monatsmieten erforderlich sei. Dieser Wille des Gesetzgebers sei auch den Gesetzesmaterialien zu § 554 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a.F. zu entnehmen. Danach hätten in dieser Vorgängervorschrift zwei selbständige Tatbestände geregelt werden sollen.

Insoweit ist es unerheblich, ob die Miete monatlich oder für längere Zeiträume geschuldet werde.⁴⁹⁶ Dies macht bereits der Wortlaut deutlich. Allenfalls kann hier für Altverträge § 551 Abs. 2 BGB a.F. eingreifen, wonach mangels anderweitiger Regelung eine vierteljährliche Zahlung geschuldet ist.

18.6.2 Zahlungsverzug bei vereinbartem Lastschriftinzug

Mit der Vereinbarung des Lastschrift-Einzugsverfahrens zur Mietzahlung verändert sich die gesetzlich vorgesehene Leistungsmodalität für Geldschulden von einer qualifizierten Schickschuld gemäß § 270 Abs. 1 BGB in eine Holschuld gemäß § 269 BGB.⁴⁹⁷ Im Hinblick darauf tritt der Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB grundsätzlich nicht ein, wenn der Gläubiger (=Vermieter) seine Mitwirkungshandlung - Vornahme der Abbuchung in den konkreten Monaten - nicht nachkommt.⁴⁹⁸ An diesem Ergebnis ändert die Frage, ob das Konto gedeckt war, in der Regel nichts. Denn die bei der Holschuld erforderliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers ist für die Annahme des Schuldnerverzugs grundsätzlich nur dann entbehrlich, wenn eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners (= Mieters) vorliegt, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Diese kann nicht allein in der mangelnden Deckung auf dem Schuldnerkonto gesehen werden. Hierauf kann allenfalls verzichtet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Konto des Schuldners zum Zeitpunkt der Fälligkeit keine Deckung aufweist.⁴⁹⁹

Die Anhaltspunkte für eine mangelnde Deckung müssen so konkret sein, dass sie insbesondere auch für den Schuldner so eindeutig auf der Hand liegen, dass es treuwidrig wäre, wenn er sich wei-

⁴⁹³ So: OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – 10 U 166/05, DWW 2006, 240; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rz. 109.

⁴⁹⁴ BGH v. 23.7.2008 – XII ZR 134/06, WuM 2008, 595 = GE 2008, 1319 = NZM 2008, 770 = GuT 2008, 353.

⁴⁹⁵ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903; MünchKomm/*Bieber*, 5. Aufl., § 543 BGB Rz. 46; Staudinger/*Emmerich*, Berab. 2006, § 543 BGB Rz. 52; Bub/*Treier/Grapentin*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rz. 178; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete, Kap. 15 Rz. 210; *Gramlich*, Mietrecht, 9. Aufl., § 553 BGB Rz. 10; *Both*, NJW 1970, 2197.

⁴⁹⁶ BGH v. 17.9.2008 – XII ZR 61/07, GE 2008, 1488 = GuT 2008, 357.

⁴⁹⁷ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

⁴⁹⁸ BGH v. 23.1.1996 – X ZR 105/93, NJW 1996, 1745; BGH v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469 ff.

⁴⁹⁹ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

terhin auf das Lastschriftverfahren berufen dürfte.⁵⁰⁰ Auch für ihn muss es aus Gründen der Rechtsklarheit und zur Vermeidung von Doppelzahlungen eindeutig erkennbar sein, dass die vereinbarte Abbuchung wegen offensichtlicher Unzumutbarkeit nicht mehr erfolgen wird und er selbst unzweifelhaft für die Rechtzeitigkeit der Leistung zu sorgen hat. Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, genügt ein vorübergehender Liquiditätsengpass trotz mehrmaligen Scheiterns des Lastschriftverfahrens jedenfalls dann nicht aus, wenn in der Vergangenheit jeweils erfolgreiche Absprachen über die Begleichung der Rückstände getroffen wurden.

Allerdings kann der Schuldnerverzug trotzdem eintreten, wenn der Schuldner das Unterbleiben der Mitwirkungshandlung des Gläubigers in von ihm zu vertretender Weise (mit-) veranlasst hat,⁵⁰¹ wobei für den Verschuldensmaßstab des Schuldners § 300 Abs. 1 BGB gilt, weil die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs vorliegen. Dazu müsste der Mieter dem Vermieter aber z.B. mitteilen, dass keine ausreichende Deckung auf dem Konto vorhanden ist, oder die Einzugsermächtigung widerrufen. Die Rücklastschriften der Vormonate und eine vereinbarte Ratenzahlung genügen nicht für eine schuldhaft - grob fahrlässige - Veranlassung der Nichtabbuchung.

Durch das Fehlschlagen von Abbuchungsversuchen an vorangegangenen Fälligkeitsterminen ändert sich die vereinbarte Holschuld auch nicht in eine qualifizierte Schickschuld gemäß § 270 Abs. 1 BGB. Es ist zwar anerkannt, dass bei einem fehlgeschlagenen Einziehungsversuch des Gläubigers - je nach den übrigen Vereinbarungen der Parteien - die Holschuld wieder zu einer Schickschuld wird.⁵⁰² Bei einem Dauerschuldverhältnis betrifft dies aber nur die am konkreten Fälligkeitstermin bestehende Schuld, solange keine Kündigung durch den Gläubiger erfolgt.⁵⁰³

Ob der Gläubiger durch einseitige Erklärung die vereinbarte Lastschriftabrede beenden kann, oder ob hierfür eine vertragliche Regelung erforderlich ist, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich gesehen. Die jederzeitige Widerruflichkeit oder Kündbarkeit des Einverständnisses mit dem Lastschrifteinzug wird damit begründet, dass die Zahlung im Lastschriftverfahren eine besondere Handlung des Gläubigers voraussetzt, die niemandem aufgezwungen werden kann.⁵⁰⁴ Nachdem der BGH zunächst dieser Ansicht zuzuneigen schien,⁵⁰⁵ hierfür aber eine „unmissverständliche Mitteilung“ des Gläubigers an den Schuldner verlangte, hat er in einer späteren Entscheidung ausgeführt, der Lastschriftgläubiger könne sich nicht einseitig von dem vereinbarten Einzug im Lastschriftverfahren lösen.⁵⁰⁶ Diese Ansicht spricht für das Erfordernis einer vertraglichen und somit einvernehmlichen Änderung eines Schuldverhältnisses, wozu auch die Vereinbarung einer Leistungsmodalität gehört. Eine einvernehmliche ausdrückliche Beendigung des Abbuchungsverfahrens erfolgte vorliegend unstreitig jedoch nicht, ebenso wenig eine Aufkündigung dieser Zahlungsart. Im Hinblick auf die wiederholten Rücklastschriften hätte der Klägerin ein Recht zur Kündigung des Lastschriftverfahrens jedoch gemäß § 314 Abs. 1 BGB zugestanden.

⁵⁰⁰ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

⁵⁰¹ BGH v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469 ff.

⁵⁰² OLG Köln v. NJW-RR 1986, 390

⁵⁰³ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

⁵⁰⁴ *Canaris* in Staub, HGB, 4. Aufl., Bankvertragsrecht, I. Teil, Rz. 649.

⁵⁰⁵ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

⁵⁰⁶ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

Der Mieter kann das Mietverhältnis nach § 543 Abs. 1 BGB fristlos kündigen, wenn ein wichtiger Grund aus seinem Interessenbereich besteht, der nicht auf Umständen beruht, die in seinen Risikobereich fallen.⁵⁰⁷

Die Annahme derartiger Umstände ist auch bei einer schweren Erkrankung des Mieters nicht gerechtfertigt.⁵⁰⁸ Aus § 537 BGB folge, dass der Mieter das Risiko der Nutzung trägt. Dieses Risiko sei durch § 540 Abs.1 BGB abgemildert, indem der Mieter bei einer Verweigerung der Zustimmung zur Untervermietung durch den Vermieter außerordentlich kündigen könne, sofern in der Person des Dritten kein wichtiger Grund besteht.

18.7 Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

18.7.1 § 540 Abs. 1 BGB

Verweigert der Vermieter die Zustimmung zur Untervermietung, kann der Mieter außerordentlich kündigen, wenn in der Person des Dritten kein wichtiger Grund liegt, § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dieses Kündigungsrecht wird noch nicht durch eine Klausel ausgeschlossen, die die Untervermietung an die Zustimmung des Vermieters knüpft und Beispielsfälle für einen wichtigen Grund definiert.⁵⁰⁹

Um die Zustimmung herbeizuführen, muss der Mieter den Untermietinteressenten benennen und – auf Nachfrage – nähere Angaben zur Person machen. Der Umfang der Mitteilungspflicht ist im Einzelnen umstritten.⁵¹⁰ Richtigerweise muss der Vermieter aus den Angaben des Mieters ersehen können, ob der potentielle Untermieter z.B. als streitsüchtig bekannt ist oder andere Umstände vorliegen, die einen wichtiger Grund in der Person des Untermieters darstellen können. Jedenfalls bei Gewerberaum, bei dem eine Betriebspflicht vereinbart ist, kann der Vermieter auch nach den Mietbedingungen, die im Untermietvertrag vereinbart sind, und der finanziellen Ausstattung des Untermieters fragen, weil diese Umstände für die Frage relevant sind, ob der Untermieter überhaupt in der Lage ist, (für den Mieter) die Betriebspflicht einzuhalten.⁵¹¹ Denn flacht die Konjunktur z.B. ab, kommt es für die Einhaltung dieser Vertragspflicht wesentlich darauf an, dass der Untermieter eine auch finanziell in der Lage ist, eine Zeit lang Verluste zu kompensieren. Dass der Mieter letztlich für die Einhaltung der Betriebspflicht einzustehen hat, ist ohne Belang. Denn er wird nicht ohne Vorlaufzeit seinen (unrentablen) Geschäftsbetrieb wieder aufnehmen können.

Die Entscheidung über die Zustimmung muss der Vermieter erst nach einer angemessenen Prüfungszeit treffen.⁵¹² Deshalb ist eine vom Mieter gesetzte Frist unbeachtlich, die diese Überlegungsfrist nicht berücksichtigt.

Die regelmäßige Überlegungszeit beträgt mindestens drei Wochen.

⁵⁰⁷ OLG Düsseldorf, WuM 2001, 94 = ZMR 2001, 106 = NZM 2001, 669.

⁵⁰⁸ OLG Düsseldorf v. 25.7.2008 – I-24 W 53/08, GE 2008, 1195 = NZM 2008, 807.

⁵⁰⁹ OLG Düsseldorf v. 2.8.2007 – I-10 U 148/06, GuT 2008, 122 = ZMR 2008, 783.

⁵¹⁰ Vgl. Lützenkirchen, MietRB 2004, 93, 95.

⁵¹¹ BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 92/04, GE 2007, 142 = ZMR 2007, 184 = NZM 2007, 127; OLG Dresden v. 29.4.2004 – 16 U 237/04, GuT 2005, 170 = NZM 2004, 461.

⁵¹² OLG Düsseldorf v. 2.8.2007 – I-10 U 148/06, GuT 2008, 122 = ZMR 2008, 783.

Nach dieser Vorschrift, die abdingbar ist, sind sowohl der Erbe als auch der Vermieter zur außerordentlichen Kündigung eines nicht über Wohnraum bestehenden Mietvertrages innerhalb eines Monats nach Kenntnis vom Tod berechtigt.

Diese Vorschrift ist nicht (analog) anwendbar, wenn der Gesellschafter einer GbR stirbt.⁵¹³

19 Kündigungsschutz bei Aufteilung

19.1 Gleichstellung der Realteilung bei Reihenhäusern

§§ 577, 577a BGB tragen der besonderen Situation Rechnung, dass eine vermietete Immobilie nach Überlassung an den Mieter aufgeteilt und als Sondereigentum veräußert wird. In dieser Situation soll der Mieter ein Vorkaufsrecht und einen besonderen Kündigungsschutz erhalten.

Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften findet statt, wenn ein Mieter ein Reihenhäuser mietet, das auf einem Grundstück steht, welches nach Überlassung real geteilt wird, so dass die Reihenhäuser einzeln veräußerbar sind.⁵¹⁴ Die Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung sollen sich aus folgendem ergeben: Durch §§ 570b, 564b BGB a.F. seien das bereits im Bereich des sozialen Wohnungsbaus bestehende Vorkaufsrecht und der besondere Kündigungsschutz des Mieters einer in Wohneigentum umgewandelten Wohnung auf den nicht geförderten oder bindungsfrei gewordenen Bestand ausgedehnt worden. Der Gesetzgeber habe dies damit begründet, dass der Schutz des Mieters vor einer Verdrängung im Zusammenhang mit einer Umwandlung bei frei finanziertem Wohnungsbau nicht weniger dringlich ist als bei Sozialwohnungen.⁵¹⁵ Mit den §§ 577, 577a BGB sei im Zuge der Mietrechtsreform 2001 die bis dahin geltende Regelung - unter Erweiterung des Kreises der begünstigten Personen - im Wesentlichen übernommen worden. Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber dabei bedacht habe, dass vermietete Reihenhäuser eines Gesamtgrundstücks nicht nur in Eigentumswohnungen umgewandelt, sondern auch durch Realteilung des Gesamtgrundstücks in einzelne selbständige Grundstücke aufgeteilt werden könnten. Es könne daher nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe den Mieter zwar bei Umwandlung in Wohnungseigentum schützen wollen, bewusst aber nicht bei realer Teilung eines Gesamtgrundstücks.

Die Interessenlage sei in beiden Fällen der Rechtsänderung (Umwandlung in Wohnungseigentum einerseits, Realteilung eines Grundstücks andererseits) im Wesentlichen gleich. Aus der Sicht des Mieters mache es keinen Unterschied, ob das von ihm gemietete Reihenhäuser in Wohnungseigentum umgewandelt oder durch reale Teilung Bestandteil eines selbständigen Grundstücks werde. In beiden Fällen stehe dem Mieter nach einem Verkauf ein neuer Vermieter gegenüber, der sich auf Eigenbedarf berufen könnte. Auch das Interesse des Mieters, durch Ausübung eines Vorkaufsrechts selbst Eigentümer zu werden, sei im Falle einer Realteilung nicht geringer. Zwar seien Ausnahmegesetzvorschriften grundsätzlich eng auszulegen; auch werde durch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 577, 577a BGB das Eigentumsrecht des Vermieters berührt. Der Gesetzgeber

⁵¹³ OLG Brandenburg v.2.4.2008 – 3 U 103/07, ZMR 2008, 781.

⁵¹⁴ BGH v. 28. Mai 2008 - VIII ZR 126/07, ■, was verfassungsgemäß ist, BVerfG v. 4.4.2011 – 1 BvR 1803/08, ZMR 2011, 702..

⁵¹⁵ BT-Drs. 12/3254, S. 40.

habe indessen für den Fall der Umwandlung vermieteten Wohnraums in Wohnungseigentum mit der Schaffung der Schutzbestimmungen der §§ 577, 577a BGB den Interessen des Mieters Vorrang eingeräumt. Sachliche Gründe, die dafür sprechen könnten, dass Mieter diesen Schutz nicht genießen sollten, sofern nicht eine Umwandlung in Wohnungseigentum erfolgt, sondern durch Teilung selbstständige Grundstücke gebildet werden, seien nicht zu erkennen.

20 Rückgabe

20.1 Unvollständige Räumung

Grundsätzlich muss der Mieter die Mietsache vollständig räumen. Diese Verpflichtung erfüllt er unvollständig, wenn der Zustand der Mietsache eine Inbesitznahme durch den Vermieter hindert, insbesondere also Aufbauten und Einbauten in dem Mietobjekt zurückgelassen worden sind.⁵¹⁶ Dafür muss darauf abgestellt werden, ob die verbliebenen Einrichtungen die anderweitige Nutzung des Mietobjektes in einer Intensität behindern, die mit denjenigen Fällen vergleichbar ist, in denen der Mieter von Räumen zwar die Schlüssel zurückgibt, aber alle – und nicht nur einzelne - in die Mieträume eingebrachten Gegenstände dort belässt.⁵¹⁷

Dazu kann auch die Übergabe nur eines Schlüssels ausreichen, wenn der Mieter – bei wertender Betrachtung - den Besitz am Mietobjekt endgültig aufgegeben hat und dem Vermieter ein ungestörter Besitz möglich ist.⁵¹⁸ Daran fehlt es, wenn sich noch eine Kaffeemaschine, Bekleidung, eine Garderobe, Computerzubehör und – teile sowie Geschäftspost in den Räumen befinden.⁵¹⁹

20.2 Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts

Nach § 570 BGB ist die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts gegen über dem Rückgabeanpruch ausgeschlossen.

Dies gilt auch, wenn der Mieter ein selbständiges Beweisverfahren angestrengt hat, um den Zustand der Mieträume dokumentieren zu lassen.⁵²⁰

21 Verjährung

21.1 Beginn der Verjährung nach § 548 Abs. 1 BGB

Gemäß § 548 Abs. 1 S. 1 BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten. Hierzu gehören neben Schadensersatzansprüchen wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen auch die Ansprüche wegen der Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen.⁵²¹ Gemäß § 548 Abs. 1 S. 2 BGB beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält. Dies erfordert grund-

⁵¹⁶ vgl. OLG Brandenburg, ZMR 1997, 584, 585.

⁵¹⁷ BGH, NJW 1983, 1049, 1050.

⁵¹⁸ OLG Köln v. 27.1.2006 – 1 U 6/05, ZMR 2006, 859.

⁵¹⁹ OLG Düsseldorf v. 13.3.2008 – I-10 W 4 + 21/08, GuT 2008, 359.

⁵²⁰ OLG Düsseldorf v. 23.11.2007 – I-24 U 92/07, GuT 2008, 41.

⁵²¹ vgl. auch BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, BGHReport 2006, 892 = NJW 2006, 1588, 1589; BGH v. 19.1.2005 - VIII ZR 114/04, BGHReport 2005, 481. m. Anm. Langenberg = NJW 2005, 739; BGH v. 16.3.1988 - VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 12 = MDR 1988, 668.

sätzlich eine Veränderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters.⁵²² 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. Zum anderen ist eine vollständige und unzweideutige Besitzaufgabe des Mieters erforderlich,⁵²³ von der der Vermieter Kenntnis erlangen muss. Andernfalls hat das Mietverhältnis sein tatsächliches Ende nicht gefunden.⁵²⁴ Die Besitzerlangung nach § 548 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht unbedingt identisch mit der Rückgabe gem. § 546 BGB.⁵²⁵ Entscheidend ist, dass dem Vermieter die unmittelbare Sachherrschaft (§ 854 BGB) vom Mieter übertragen wird.⁵²⁶ Er soll die Möglichkeit haben, die Sache ungestört auf Veränderungen und Verschlechterungen zu untersuchen.⁵²⁷

Deshalb ist es unerheblich, ob der Mieter nach Übergabe der Schlüssel noch weitere Schlüssel in Besitz hat und wann er diese dem Vermieter übergibt.⁵²⁸ Denn anders als bei der Rückgabe des Objekts gem. § 546 BGB ist die Herausgabe sämtlicher Schlüssel für die Besitzerlangung des Vermieters gemäß § 548 Abs. 1 S. 2 BGB nicht entscheidend. Abzustellen ist allein auf die mit der unmittelbaren Besitzverschaffung verbundene Möglichkeit des Vermieters zur Prüfung der Mieträume.⁵²⁹ Diese besteht unabhängig davon, ob evtl. noch Schlüssel beim Mieter verblieben oder etwa im Laufe des Mietverhältnisses verloren gegangen sind. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn Umstände vorliegen, nach denen der Einbehalt von Schlüsseln durch den Mieter einer unmittelbaren Besitzverschaffung des Vermieters entgegenstünde.

21.2 Werktag als letzter Tag der Verjährungsfrist

Nach § 193 BGB kann eine an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist abzugebende Willenserklärung oder zu bewirkende Leistung noch am nächsten Werktag abgegeben bzw. erbracht werden, wenn der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag, einen staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend fällt. Fällt der letzte Tag der Verjährung auf einen Sonnabend, Sonntag oder Feiertag stellt sich die Frage, ob § 193 BGB (entsprechend) anwendbar ist und es deshalb ausreicht, dass der Gläubiger seine verjährungshemmende Maßnahme erst am darauffolgenden Werktag ergreift.

Dies hat der BGH bestätigt, der § 193 BGB insoweit für entsprechend anwendbar hält.⁵³⁰ Die Vorschrift diene dem Schutz der Sonn- und Feiertage sowie der Rücksichtnahme auf die Wochenend- und Feiertagsruhe der Bevölkerung und auf das allgemeine Ruhen der bürgerlichen Geschäfte an

⁵²² vgl. nur BGH. v. 19.11.2003 - XII ZR 68/00, BGHReport 2004, 216 = NJW 2004, 774, 775 m.w.N.; BGH, NJW 2000, 3202-

⁵²³ BGH v. 19.11.2003 - XII ZR 68/00,-BGHReport 2004, 216 = NJW 2004, 774, 775; BGH, NJW 2001, 535.

⁵²⁴ Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., VI Rz. 40.

⁵²⁵ vgl. OLG Hamm v. 12.12.1995 - 29 U 80/95, ZMR 1996, 372 zu § 558 BGB a.F.

⁵²⁶ BGH NJW 2005, 2004; BGH v. 10.5.2000 -XII ZR 149/98, NJW 2000, 3203; BGH v. 6.11.1991 - XII ZR 216/90, NJW 1992, 687; s. auch OLG Düsseldorf v. 30.4.2001, GE 2002, 2296; Palandt/*Weidenkaff*; BGB, 67. Aufl., § 548 BGB Rz. 11 m.w.N.

⁵²⁷ BGH v. 14.5.1986 -VIII ZR 99/85, BGHZ 98, 59 = MDR 1987, 135.

⁵²⁸ OLG Düsseldorf v. 20.9.2007 - I-24 U 7/07, WuM 2008, 554OLRR 2008, 544.

⁵²⁹ vgl. auch OLG Düsseldorf, ZMR 2001, 267 zu § 558 BGB a.F.; OLG Düsseldorf, GuT 2006, 243 f.

⁵³⁰ BGH v. 6.12.2007 – III ZR 146/07, ZMR 2008, 276.

diesen Tagen.⁵³¹ Ohne diese Bestimmung würden Fristen unangemessen verkürzt, weil zur Vermeidung von Nachteilen Leistungen bereits rechtzeitig vor den Wochenenden und den Feiertagen und damit vorzeitig vorgenommen werden müssten. Da diesem Grundgedanken auch eine Verkürzung von Verjährungsfristen widerspreche, sei § 193 BGB entsprechend anzuwenden.⁵³²

21.3 Hemmung durch Schlüsselrückgabe

Zu der Frage, ob der Mieter seiner Rückgabepflicht nach § 546 BGB genügt, wenn er nicht alle Schlüssel herausgibt, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.⁵³³ Dies ist für die Rückgabe i.S.v. § 548 Abs. 1 BGB aber nicht maßgeblich. Denn anders als bei der Rückgabe des Objekts gemäß § 546 BGB ist die Herausgabe sämtlicher Schlüssel für die Besitzerlangung des Vermieters gemäß § 548 Abs. 1 S. 2 BGB nicht entscheidend. Abzustellen ist allein auf die mit der unmittelbaren Besitzverschaffung verbundene Möglichkeit des Vermieters zur Prüfung der Mieträume.⁵³⁴ Diese besteht unabhängig davon, ob versehentlich noch Schlüssel beim Mieter verblieben bzw. im Laufe des Mietverhältnisses eventuell verloren gegangen sind.

Eine Hemmung der Verjährung wird nach erfolgter Rückgabe auch nicht dadurch herbeigeführt, dass der Vermieter dem Mieter die Schlüssel zum Objekt zur Durchführung der Renovierungsarbeiten überlässt. Dies führt grundsätzlich auch dann nicht zur Hemmung der Verjährung, wenn dies mit einer Rückübertragung der Sachherrschaft auf den Mieter verbunden ist. Eine solche Rückübertragung gäbe nur dann Veranlassung, den Ablauf der Verjährungsfrist als gehemmt anzusehen, wenn die dadurch bewirkte Rechtslage einer Stundung oder dem Recht der Leistungsverweigerung gleichgestellt werden könnte (§ 205 BGB) oder wenn mit der Maßnahme ein Tatbestand verwirklicht würde, der der Verhandlung über die Ansprüche (§ 203 BGB) gleichkäme.⁵³⁵ Diese Tatbestände können aber nicht allein mit einer Schlüsselrückgabe ausgefüllt werden.

21.4 Hemmung durch Mahnbescheid über Schadensersatz nach Mietende

Nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 HS. 1 ZPO muss der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids die Bezeichnung des Anspruchs unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung enthalten. Für die Individualisierung ist keine Substantiierung des mit dem Mahnbescheid geltend gemachten Anspruchs oder gar seine Begründung erforderlich. Vielmehr genügt die Bezeichnung des Anspruchs unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung. Der Anspruch muss durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt werden können, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung möglich ist, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will oder nicht. Der Schuldner muss bereits im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids erkennen können, woraus der Gläubiger seinen An-

⁵³¹ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über den Fristablauf am Sonnabend, BT-Drucks. IV/3394, S. 3; *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, I. Band, 1899, S. 768; BGH v. 1.2.2007 - III ZR 159/06 - NJW 2007, 1581, 1583 Rz. 25.

⁵³² RGZ 151, 345, 348 f.; BGH, v. 3.2.1978 - I ZR 116/76 - WM 1978, 461, 464 unter II. 3. m.w.N.; Münch-Komm/*Grothe*, 5. Aufl., § 193 BGB Rz. 8 m.w.N.; Palandt/*Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., § 193 BGB Rz. 2; Soergel/*Niederführ*, BGB, 13. Aufl., § 193 BGB Rz. 8; Staudinger/*Reppen*, BGB [2003], § 193 BGB Rz. 10.

⁵³³ vgl. hierzu Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V.A Rz. 9 m.w.N.

⁵³⁴ vgl. auch OLG Düsseldorf, ZMR 2001, 267; OLG Düsseldorf, GuT 2006, 243 f.

⁵³⁵ vgl. hierzu OLG Düsseldorf, GE 2002, 1196.

spruch herleiten will. Bei der Geltendmachung einer Mehrzahl von Einzelforderungen muss deren Bezeichnung im Mahnbescheid dem Schuldner ermöglichen, die Zusammensetzung des verlangten Gesamtbetrags aus für ihn unterscheidbaren Ansprüchen zu erkennen. Nur dann ist ihm eine sachgerechte Entscheidung innerhalb der Widerspruchsfrist möglich, ob eine Verteidigung gegen die geltend gemachten Ansprüche sinnvoll ist. Wann diesen Anforderungen genüge getan ist, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab.⁵³⁶

Diesen Anforderungen wird ein Mahnbescheid auch ohne Mitteilung der Anschrift der ehemaligen Wohnung gerecht.⁵³⁷ Unabhängig davon, dass die Angabe der Wohnungsanschrift im automatisierten Mahnverfahren bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus einem Mietvertrag nicht vorgesehen sei, reiche es aus, wenn für den Wohnraummieter als Antragsgegner erkennbar sei, wegen welcher Schäden in welcher Höhe Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werde. Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids sei nicht, dass aus diesem selbst für einen außen stehenden Dritten erkennbar sei, welche konkreten Forderungen wegen welcher Schäden gegen den Antragsgegner gerichtet werden.⁵³⁸ Insbesondere wenn zwischen den Parteien lediglich ein einziges Mietverhältnis bestand, könne kein Zweifel bestehen, auf welche Wohnung sich die Schadensersatzforderung bezieht. Auch die Verwendung der im automatisierten Verfahren vorgegebenen Nummer 20 "Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten" sei unschädlich, obwohl richtigerweise sie Katalognummer 28 "Schadensersatz aus ...-Vertrag" mit der Ergänzung "Mietvertrag" hätte angegeben werden müssen. Denn dies stehe der notwendigen Individualisierung für den Antragsgegner nicht entgegen,⁵³⁹ wenn gleichzeitig auf ein vorprozessuales Schreiben Bezug genommen werde, das dem Mahnbescheid nicht in Abschrift beigefügt zu sein braucht,⁵⁴⁰ in dem den Beklagten die erforderlichen Erkenntnisse vermittelt werde, dass und wofür die Klägerin jeweils in welcher Höhe Schadensersatzforderungen erhebt.

21.5 Verjährungsbeginn nach § 548 Abs. 2 BGB

Der Anspruch des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen verjährt gemäß § 548 Abs. 2 BGB in sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses. Dabei kommt es auf dessen rechtliche Beendigung an. Bei einem Vermieterwechsel i.S.v. § 566 BGB ist dafür maßgeblich die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch.

Die Sechsmonatsfrist des § 548 Abs. 2 BGB beginnt bei einer Veräußerung der Mietsache jedoch erst mit der Kenntnis des Mieters von der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch.⁵⁴¹ Ohne dieses zusätzliche Erfordernis der Kenntnis könnten die Ansprüche des Mieters verjähren, ohne dass er etwas von den tatsächlichen Voraussetzungen des Verjährungsbeginns erfahre. Es genüge

⁵³⁶ st. Rspr. des BGH; z.B. BGH v. 30.11.1999 - VI ZR 207/98, WPM 2000, 686, unter II 1 a; BGH v. 17.10.2000 - XI ZR 312/99, WPM 2000, 2375, unter II 2 c aa; BGH v. 6.12.2001 - VII ZR 183/00, WPM 2002, 398, unter II 2 a; BGH v. 17.11.2005 - IX ZR 8/04, WPM 2006, 592, unter A II 2 b bb; BGH v. 12.4.2007 - VII ZR 236/05, WPM 2007, 1084, Tz. 39, jeweils m.w.N.

⁵³⁷ BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 46/07, NZM 2008, 202.

⁵³⁸ BGH v. 12.4.2007 - VII ZR 236/05, WPM 2007, 1084, Tz. 46.

⁵³⁹ vgl. OLG Oldenburg, OLGR 1995, 246, 247; Zöller/*Vollkommer*, ZPO, 26. Aufl., § 690 ZPO Rz. 14.

⁵⁴⁰ siehe BGH v. 8.5.1996 - XII ZR 8/95, NJW 1996, 2152, unter 2 b bb.

⁵⁴¹ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, WuM 2008, 402.

nicht, dass der Mieter allgemein Kenntnis von dem Verkauf des Grundstücks habe. **97**

Auch dann müsse er weder mit einer baldigen Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch rechnen noch eigene Erkundigungen über den Eintragungszeitpunkt einziehen, denn eine Grundbucheintragung könne sich aus den unterschiedlichsten Gründen verzögern.

22 Prozessuales

22.1 Individualisierung im Mahnantrag

Ein Mahnbescheid hemmt die Verjährung nur dann, wenn der geltend gemachte Anspruch nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hinreichend bezeichnet worden ist. Er muss durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt werden, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein und der Schuldner beurteilen kann, ob und in welchem Umfang er sich zur Wehr setzen will. Bei der Geltendmachung einer Mehrzahl von Einzelorderungen muss deren Bezeichnung im Mahnbescheid dem Beklagten ermöglichen, die Zusammensetzung des verlangten Gesamtbetrages aus für ihn unterscheidbaren Ansprüchen zu erkennen.⁵⁴² Zur Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs kann auch auf Rechnungen oder andere Schriftstücke Bezug genommen werden. Stammen solche Schriftstücke vom Gläubiger, müssen sie dem Schuldner zugegangen sein.⁵⁴³ Nur dann, wenn ein solches Schriftstück dem Schuldner bereits bekannt ist, braucht es dem Mahnbescheid nicht in Abschrift beigelegt zu werden.⁵⁴⁴

Gerade wenn zwischen den Parteien ein mehrfacher Leistungsaustausch stattgefunden hat, kann auf den Zugang der mit dem Mahnbescheid geltend gemachten Rechnungen nicht verzichtet werden.⁵⁴⁵ Denn ohne die Rechnungen kann der Schuldner nicht überprüfen, ob die berechneten Leistungen an ihn erbracht worden sind. Er kann auch nicht ausschließen, dass infolge von Buchungsversehen erbrachte und bereits entgeltete Leistungen nochmals bezahlt verlangt werden. Insoweit besteht insbesondere keine Nachfrageobliegenheit des Schuldners. Der Gläubiger, welcher sich die Vorteile des Mahnverfahrens zunutze machen will, hat selbst dafür zu sorgen, dass den vom Gesetz gestellten Anforderungen genügt wird. Selbst wenn der Antragsgegner als Gesamtschuldner mit einem Dritten haften soll, muss dies aus dem Mahnbescheid ersichtlich sein. Denn der Schuldner kann sonst nicht prüfen, inwieweit er auch für Leistungen an Dritte zahlungspflichtig ist, weil ihn insoweit eine Mithaft trifft.

22.2 Urkundsklage und anfänglicher Mangel

Ein Zahlungsanspruch kann gemäß § 592 Satz 1 ZPO im Urkundenprozess nur dann geltend gemacht werden, wenn alle anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Zu den den Anspruch auf Mietzahlung begründenden Tatsachen gehört gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB, dass dem Mieter eine mangelfreie Mietsache überlassen worden ist.⁵⁴⁶ Die mangelfreie Übergabe der Mietsache muss der Vermieter gemäß § 362 Abs. 1 BGB analog darlegen

⁵⁴² BGH v. 30.11.1999 - VI ZR 207/98, NJW 2000, 1420; BGH v. 17.10.2000 - XI ZR 312/99, NJW 2001, 305, 306 m.w.N.

⁵⁴³ BGH v. 6.12.2001 - VII ZR 183/00, NJW 2002, 520, 521.

⁵⁴⁴ vgl. BGH v. 8.5.1996 - XII ZR 8/95, NJW 1996, 2152 f; BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 46/07, NJW 2008, 1220, 1221 Rz. 18.

⁵⁴⁵ BGH v. 10.7.2008 - IX ZR 160/07, GE 2008, 1421.

⁵⁴⁶ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2005, 97, 99 = ZMR 2004, 673 = NZM 2004, 946; anderes bei erst nachträglich eingetretenem Mangel, vgl. BGH, NJW 2005, 2701 sub II 2 b und 2007, 1061 sub II.2.

und notfalls beweisen,⁵⁴⁷ es sei denn, der Mieter hat die ihm überlassene Mietsache vorbehaltlos als vertragsgemäß angenommen, § 363 BGB.⁵⁴⁸ Gilt der anfängliche Mangel als bewiesen, ist der Vermieter auch darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass der Mangel beseitigt worden ist).⁵⁴⁹ Im Urkundenprozess ist dieser Beweis nur urkundlich führbar. Ist die Mietsache mit einem anfänglichen Mangel behaftet, ist die Miete kraft Gesetzes gemindert (§ 536 Abs. 1 BGB), deren Höhe kann nicht mehr durch die Mietvertragsurkunde bewiesen werden.

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn im Mietvertrag festgehalten ist, dass die Mietsache bei Zustandekommen des Mietvertrags von Ungeziefer befallen war, also mangelhaft gewesen ist und dass der Vermieter für die Beseitigung des Mangels einzustehen hat.⁵⁵⁰ Damit ist der Vermieter nicht imstande, die Mangelfreiheit der Mietsache bei ihrer Überlassung an den Mieter urkundlich nur zu beweisen, wenn es über die Mängelbeseitigung ein Schriftstück (z.B. Übergabeprotokoll) gibt.

22.3 Isolierte Anfechtung einer Abmahnung?

Bei der in §§ 541, 543 Abs. 3 BGB angesprochenen Abmahnung handelt es sich um eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, die darauf abzielt, der anderen Vertragspartei ein bestimmtes, als Vertragsverletzung beanstandetes Fehlverhalten vor Augen zu führen, und zwar verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten zur Vermeidung weiterer vertragsrechtlicher Konsequenzen aufzugeben oder zu ändern.⁵⁵¹

Darin erschöpfen sich ihre gegenwärtigen Wirkungen für den abgemahnten Mieter, so dass einer Unterlassungs- und/oder Beseitigungsklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.⁵⁵² Insbesondere ändert die Abmahnung nichts daran, dass der Vermieter, wenn er sich in einem späteren Kündigungsrechtsstreit auf das abgemahnte Verhalten stützen will, durch die Abmahnung keinen Beweisvorsprung erlangt, sondern den vollen Beweis für die vorausgegangene Pflichtwidrigkeit zu führen hat. Die arbeitsrechtliche Beurteilung zu den Folgen einer fehlerhaften Abmahnung ließe sich nicht auf das Mietvertragsrecht übertragen. Im Arbeitsrecht werde dem Arbeitnehmer über § 242 BGB und eine entsprechende Anwendung von § 1004 BGB ein Beseitigungsanspruch gegen eine zu Unrecht erteilte Abmahnung zugebilligt.⁵⁵³ Grundlage der Zubilligung eines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs gegen eine auf arbeitsrechtlichem Gebiet liegende Abmahnung seien die ausgeprägte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie damit einhergehend weitgehende persönlichkeitsrechtliche Pflichtenbindungen. Diese seien im Mietvertragsrecht - wenn überhaupt - jedenfalls nicht in einer auch nur annähernd vergleichbaren Form anzutreffen.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ vgl. Palandt/*Grünberg*, BGB, 67. Aufl., § 363 Rz 1.

⁵⁴⁸ vgl. BGH, NJW 1985, 2348.

⁵⁴⁹ vgl. BGH, NJW 2000, 2344, 2345 sub II.2a m.w.N.; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 67. Aufl., § 536 Rz 5.

⁵⁵⁰ OLG Düsseldorf v. 18.3.2008 – I-24 U 136/07, GE 2008, 1324.

⁵⁵¹ vgl. BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NJW 2006, 1585, unter II 2 b; BGH v. 18.11.1999 - III ZR 168/98, NZM 2000, 241, unter II 2; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 541 BGB Rz. 5 m.w.N.

⁵⁵² BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 139/07, WuM 2008, 217 = GE 2008, 473 = ZMR 2008, 446.

⁵⁵³ dazu BAG, NZA 1986, 227, 228; NZA 1997, 145, 146; NZA 2002, 965, 966.

⁵⁵⁴ vgl. dazu MünchKommBGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 535 Rz. 147 f. m.w.N.

Auch eine Feststellungsklage sei unzulässig, weil es nicht auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet sei.⁵⁵⁵ Zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage könne - abgesehen von der Echtheit einer Urkunde - nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses sein. Dazu könnten auch einzelne, aus einem Rechtsverhältnis sich ergebende Rechte und Pflichten gehören, nicht aber bloße Elemente oder Vorfälle eines Rechtsverhältnisses, reine Tatsachen oder etwa die Wirksamkeit von Willenserklärungen oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens.⁵⁵⁶ Bei der gegen eine Abmahnung gerichteten Feststellungsklage gehe es dem Mieter nicht darum, die mietvertragliche Zulässigkeit eines von ihm praktizierten Mietgebrauchs oder dessen durch die Abmahnung in Frage gestellte Grenzen klären zu lassen. Er wolle mit seinem Feststellungsbegehren vielmehr die Tatsache geklärt wissen, ob er die ihm angelastete Verletzungshandlung begangen habe, um auf diesem Wege einen verbindlichen Ausspruch über die (Un-) Wirksamkeit der hierauf gestützten Abmahnung zu erlangen. Weder die zur Klärung gestellte Tatsache noch die Bewertung der hieran anknüpfenden Abmahnung als vertrags- oder rechtswidrig seien jedoch feststellungsfähig.

22.4 Räumungstitel gegen Lebensgefährten und Kinder?

Die Frage, ob für eine Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe einer Wohnung nach § 885 ZPO auch ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten des Schuldners gerichteter Vollstreckungstitel erforderlich ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Teilweise wird angenommen, zur Räumung einer Wohnung, in die der nichteheliche Lebensgefährte nach Abschluss des Mietvertrages und Einräumung des Alleinbesitzes an den Schuldner aufgenommen worden sei, reiche ein Vollstreckungstitel gegen den Schuldner aus, wenn der Dritte sein Besitzrecht nicht vom Vermieter ableitet.⁵⁵⁷ Zum Teil wird ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten gerichteter Vollstreckungstitel nicht für notwendig angesehen, wenn der nichteheliche Lebensgefährte den Mitbesitz ohne oder gegen den Willen des Vermieters begründet und entgegen Treu und Glauben gegenüber dem Vermieter verheimlicht hat.⁵⁵⁸ Nach anderer Ansicht soll ein Vollstreckungstitel gegen den vom Mieter in die Wohnung aufgenommenen nichtehelichen Lebensgefährten generell erforderlich sein.⁵⁵⁹

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁵⁶⁰ kann der Gläubiger aus einem Räumungsurteil gegen den Mieter nicht gegen den im Titel nicht aufgeführten Ehepartner vollstrecken, weil regelmäßig selbst dann beide Ehegatten Mitbesitzer der ehelichen Wohnung sind, wenn nur einer von ihnen Partei des Mietvertrages ist. Ob der Ehepartner nach materiellem Recht zur Herausgabe der Mietsache an den Gläubiger verpflichtet ist, ist nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren

⁵⁵⁵ BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 139/07, ■.

⁵⁵⁶ BGHZ 68, 331, 332; BGH v. 2.10.1991 - VIII ZR 21/91, WPM 1991, 2081, unter II 1; BGH v. 19.4.2000 - XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280, unter 1 a.

⁵⁵⁷ LG Darmstadt, DGVZ 1980, 110; LG Freiburg, WuM 1989, 571; LG Lübeck, JurBüro 1992, 196; LG Berlin, DGVZ 1993, 173; Scherer, DGVZ 1993, 161, 163; H. Schneider, DGVZ 1986, 4, 9; Wieczorek/Schütze/Storz, 3. Aufl., § 885 ZPO Rz. 22; Walker in Schusche/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 885 ZPO Rz. 14; ebenso für den Ehegatten: Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., § 546 BGB Rz. 13.

⁵⁵⁸ OLG Hamburg, NJW 1992, 3308; KG, NZM 2003, 105; LG Mönchengladbach, DGVZ 1996, 74; LG Hamburg, DGVZ 2005, 164; Thomas/Putzo/Hüßtege, 28. Aufl., § 885 ZPO Rz. 4 d.

⁵⁵⁹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl., § 885 ZPO Rz. 15.

⁵⁶⁰ BGHZ 159, 383, 384 ff.

ren zu prüfen, sondern einer Beurteilung im Erkenntnisverfahren vorbehalten. Der Gerichtsvollzieher hat im Räumungsverfahren nur die tatsächlichen Besitzverhältnisse zu beurteilen. 100

Diese Grundsätze sind auf die Räumungsvollstreckung gegen einen nichtehelichen Lebensgefährten sinngemäß anzuwenden.⁵⁶¹ Sei der nichteheliche Lebensgefährte Mitbesitzer der Wohnung, ist grundsätzlich auch gegen ihn ein Räumungstitel notwendig.⁵⁶² Den Mitbesitz an der Wohnung brauche der nichteheliche Lebensgefährte nicht vom Vermieter abzuleiten. Auch die Anzeige des Mieters an den Vermieter von der Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung sei nicht unabdingbare Voraussetzung für die Begründung von Mitbesitz.

Bei minderjährigen Kindern, die mit ihren Eltern zusammenleben, sei grundsätzlich kein Mitbesitz an der gemeinsam benutzten Wohnung anzunehmen.⁵⁶³ Für eine Räumungsvollstreckung reiche deshalb ein Vollstreckungstitel gegen die Eltern aus.⁵⁶⁴ Die gegenteilige Ansicht, die bei Kindern ab dem 14. Lebensjahr von einem Mitbesitz an den ihnen zugewiesenen Räumen ausgehe,⁵⁶⁵ stehe nicht nur mit den tatsächlichen Besitzverhältnissen nicht in Einklang. Sie lasse auch die schützenswerten Belange minderjähriger Kinder unberücksichtigt. Die Nachteile, die sich aus einer Mithaftung für die Kosten des Räumungsprozesses und der Zwangsräumung ergeben, überwiegen deutlich den Vorteil, als mitverklagte Partei im Prozess seine Rechte wahrnehmen zu können, weil den minderjährigen Kindern im Räumungsprozess im Verhältnis zum Vermieter grundsätzlich keine weitergehenden Rechte zustehen als ihren Eltern, die Mietvertragspartei seien.

Die Besitzverhältnisse an der Wohnung, in der die Familie lebe, würden sich im Regelfall nicht ändern, wenn das Kind volljährig wird und mit seinen Eltern weiter zusammenwohnt.⁵⁶⁶ In diesem Fall blieben die nach Erreichen der Volljährigkeit weiter in der elterlichen Wohnung lebenden Kinder im Regelfall Besitzdiener, ohne dass es darauf ankomme, ob die Kinder unter der Adresse gemeldet seien und der Vermieter die tatsächlichen Verhältnisse kenne. Etwas anderes könne nur gelten, wenn eine Änderung der Besitzverhältnisse volljähriger Kinder an der elterlichen Wohnung nach außen eindeutig erkennbar geworden sei.

23 Zwangsvollstreckung

23.1 Räumungsvollstreckung gegen vermeintlichen Untermieter

Die Zwangsvollstreckung darf nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur beginnen, wenn unter anderem die Personen, gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der diesem beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Deshalb erfordert die Räumungsvollstreckung gegen

⁵⁶¹ BGH v. 19.3.2008 – I ZB 56/07, ZMR 2008, 695.

⁵⁶² KG, NJW-RR 1994, 713; OLG Köln, DGVZ 1997, 119, 120; OLG Düsseldorf, DGVZ 1998, 140; *Bunn*, NJW 1988, 1362, 1364; *Artzt/Schmidt*, ZMR 1994, 90, 92; *Becker-Eberhard*, FamRZ 1994, 1296, 1303; *Stickelbrock*, ZFP 118, 106, 108; *Zöller/Stöber*, 26. Aufl., § 885 ZPO Rz. 10; *MünchKomm.ZPO/Gruber*, 3. Aufl., § 885 Rz. 19.

⁵⁶³ BGH v. 19.3.2008 – I ZB 56/07, ZMR 2008, 695.

⁵⁶⁴ KG, NJW-RR 1994, 713, 714.

⁵⁶⁵ *Schuschke*, NZM 2005, 10, 11.

⁵⁶⁶ OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 909; KG, NJW-RR 1994, 713, 714; a.A. LG Heilbronn, DGVZ 2005, 167; *Bunn*, NJW 1988, 1362, 1364; *Riecke*, DGVZ 2006, 81, 83.

einen Untermieter einen gegen diesen gerichteten Vollstreckungstitel und kann nicht **101** aufgrund eines gegen den Hauptmieter ergangenen Vollstreckungstitels betrieben werden kann.⁵⁶⁷

Allerdings steht auch das Zwangsvollstreckungsverfahren unter dem Grundsatz von Treu und Glauben.⁵⁶⁸ Insbesondere die Berufung auf eine nur formale Rechtsstellung kann den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen und daher rechtsmissbräuchlich sein. Eine Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, beruft sich jedoch nicht auf eine nur formale Rechtsstellung, wenn sie geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO unzulässig, weil sie in dem Titel oder der Klausel namentlich nicht bezeichnet sei.⁵⁶⁹ Die Bestimmung des § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO sichert nicht lediglich die Einhaltung einer Formalität, sondern gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird.⁵⁷⁰ Deshalb ist die Räumungsvollstreckung des Vermieters gegen den im Räumungstitel nicht genannten Untermieter selbst dann unzulässig, wenn feststeht, dass das Mietverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Hauptmieter beendet und der Untermieter daher nach § 546 Abs. 2 BGB zur Herausgabe der Mietsache an den Vermieter verpflichtet ist.⁵⁷¹ Billigkeitserwägungen können es erst recht nicht rechtfertigen, die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung außer Acht zu lassen und staatlichen Zwang gegen Personen auszuüben, gegen die kein Vollstreckungstitel bzw. keine Vollstreckungsklausel vorliegt).⁵⁷² Es kommt daher nicht darauf an, ob der vermeintliche Untermieter gegen Treu und Glauben verstößt, weil er sich auf ein tatsächlich nicht bestehendes Untermietverhältnis mit dem Schuldner beruft, um die Zwangsäumung zu vereiteln. Der Gerichtsvollzieher wäre überfordert, wenn er sich bei der Vollstreckung nicht allein auf den ihm vorliegenden Titel verlassen könnte, sondern daneben materiell-rechtliche Erwägungen zur Frage des Besitzrechts der im Titel nicht benannten, aber den Besitz tatsächlich innehabenden Person anzustellen hätte.⁵⁷³ Gleiches gilt, wenn er zu prüfen hätte, ob es Treu und Glauben widerspricht, dass die den tatsächlichen Besitz innehabende Person sich bei der Räumungsvollstreckung auf ein angebliches Besitzrecht beruft, etwa weil sie im Zusammenwirken mit dem Räumungsschuldner die Zwangsvollstreckung zu vereiteln versucht. Derartige Fragen sind daher nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern im Erkenntnisverfahren zu klären.⁵⁷⁴

23.2 Gesundheitsgefährdung und § 765a ZPO

Eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung kann nicht ohne weiteres gem. § 765a ZPO eingestellt werden, nur weil mit ihr eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit des Schuldners verbunden. Vielmehr ist stets eine Interessenabwägung erforderlich. Dabei kann nicht unberücksichtigt

⁵⁶⁷ BGH v. 18.7.2003 - IXa ZB 116/03, NJW-RR 2003, 1450, 1451.

⁵⁶⁸ vgl. BGH v. 19.3.2008 - I ZB 56/07, NJW 2008, 1959 Tz. 17.

⁵⁶⁹ BGH v. 14.8.2008 - I ZB 39/08, GE 2008, 1317 = NZM 2008, 805.

⁵⁷⁰ vgl. BGHZ 159, 383, 385 f.; BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451; BGH v. 29.5.2008 - IX ZB 102/07, ZIP 2008, 1338 Tz. 14.

⁵⁷¹ vgl. BGHZ 159, 383, 385 f.; BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451; BGH v. 29.5.2008 - IX ZB 102/07, ZIP 2008, 1338 Tz. 14.

⁵⁷² vgl. BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451; BGH v. 29.5.2008 - IX ZB 102/07 ZIP 2008, 1338 Tz. 14; a.A. OLG Hamburg MDR 1993, 274; KG NZM 2003, 105; AG Lübeck DGVZ 1995, 92; AG Ludwigshafen ZMR 2003, 197; AG Hamburg-St. Georg ZMR 2007, 280.

⁵⁷³ LG Memmingen DGVZ 2007, 126.

⁵⁷⁴ vgl. BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451.

bleiben, dass sich auch der Gläubiger auf Grundrechte berufen kann. Ist sein Räumungstitel nicht durchsetzbar, wird sein Grundrecht auf Schutz seines Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) und auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) beeinträchtigt. Dem Gläubiger dürfen auch keine Aufgaben überbürdet werden, die aufgrund des Sozialstaatsprinzips dem Staat und damit der Allgemeinheit obliegen.⁵⁷⁵

Selbst wenn bei einer Räumungsvollstreckung eine konkrete Lebensgefahr für einen Betroffenen besteht, ist sorgfältig zu prüfen, ob dieser Gefahr nicht auch auf andere Weise als durch Einstellung der Zwangsvollstreckung wirksam begegnet werden kann. Mögliche Maßnahmen betreffen die Art und Weise, wie die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird. Nicht zuletzt kann aber auch vom Schuldner selbst erwartet werden, dass er alles ihm Zumutbare unternimmt, um Gefahren für Leben und Gesundheit nicht nur seiner selbst, sondern auch seiner mit ihm gemeinsam in der zu räumenden Wohnung lebenden Angehörigen möglichst auszuschließen.⁵⁷⁶ Nur in besonders gelagerten Einzelfällen kann die Würdigung dazu führen, dass die Räumungsvollstreckung für einen längeren Zeitraum und - in absoluten Ausnahmefällen - auf unbestimmte Zeit einzustellen ist.⁵⁷⁷

Ist davon auszugehen, dass bei gründlicher medizinischer Vorbereitung ein Umzug für den Schuldner ohne gesundheitlich nachteilige Folgen durchführbar ist, ist daher zu prüfen, ob für den Schuldner eine derartige medizinische Vorbereitung sichergestellt werden kann. Insofern ist es nicht ausreichend anzunehmen, die gründliche medizinische Vorbereitung sei bei einer Zwangsäumung durch den Gerichtsvollzieher, die mit der Einweisung in eine Notunterkunft verbunden ist, nicht gewährleistet. Vielmehr muss insbesondere untersucht werden, ob die notwendige medizinische Vorbereitung vor dem Räumungstermin vom Gesundheitsamt oder durch die Inanspruchnahme fachlicher Hilfe seitens des Schuldners (ggf. für seinen Ehepartner), gegebenenfalls einschließlich einer vorübergehenden stationären Betreuung, sichergestellt werden könnte.⁵⁷⁸

24 Insolvenz

24.1 Insolvenz des Vermieters

24.1.1 Kautionsanspruch des Mieters

Nach § 47 InsO kann derjenige aussondern, der sich zu Recht darauf beruft, dass der umstrittene Gegenstand zu seinem Vermögen und nicht zu demjenigen des Schuldners gehört. Die Zuordnung wird in der Regel nach dinglichen Gesichtspunkten vorgenommen, weil das dingliche Recht im Grundsatz ein absolutes Herrschaftsrecht bezeichnet. Für schuldrechtliche Ansprüche kann dies bei einer den Normzweck beachtenden wertenden Betrachtungsweise zu einer vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuordnung führen.⁵⁷⁹ Voraussetzung hierfür ist aber ein Treuhandverhältnis, das nicht nur schuldrechtliche Beziehungen aufweist, sondern auch eine vollzogene dingliche Komponente besitzt.⁵⁸⁰ Für eine Aussonderung aufgrund eines Treuhandverhältnisses ist

⁵⁷⁵ BGHZ 163, 66, 72 ff.

⁵⁷⁶ BGH v. 4. 5. 2005 - I ZB 10/05, BGHZ 163, 66, 74 = NZM 2005, 517; vgl. auch BGH v. 19.10.2005 - VIII ZR 208/05, WuM 2005, 735 = ZMR 2006, 33.

⁵⁷⁷ BVerfG v. 27.6.2005 - 1 BvR 224/05, NZM 2005, 657, 658 f.

⁵⁷⁸ BGH v. 22.11.2007 - I ZB 104/06, NZM 2008, 563.

⁵⁷⁹ BGHZ 155, 227, 233.

⁵⁸⁰ vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl. § 47 InsO Rz. 369a.

es nach dem auch insoweit maßgeblichen Bestimmtheiterfordernis geboten, das **103** Treugut - soweit es sich um vertretbare Gegenstände handelt - vom eigenen Vermögen des Treuhänders getrennt zu halten. Dies gilt in entsprechender Weise, wenn Forderungen eingezogen werden oder Zahlungen auf ein Bankkonto erfolgen. Eine Aussonderungsbefugnis bezüglich eines Kontoguthabens kann nur dann entstanden sein, wenn es sich um ein ausschließlich zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmtes Konto handelt.⁵⁸¹

In Übereinstimmung hierzu wird in Rechtsprechung und Schrifttum ganz überwiegend vertreten, dass der Mieter die von ihm geleistete Mietkaution in der Insolvenz des Vermieters nur dann aussondern kann, wenn der Vermieter sie auf einem entsprechend gekennzeichneten Sonderkonto angelegt hat. Ist dagegen die Kautionsunter Verletzung von § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht vom Eigenvermögen des Schuldners getrennt worden, besteht keine Aussonderungsbefugnis für den Mieter.⁵⁸² Demgegenüber vertritt *Derleder* die Ansicht, der Schutzzweck des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB gebiete es, eine insolvenzfeste Rückzahlungspflicht des Insolvenzverwalters anzuerkennen.⁵⁸³

Der BGH⁵⁸⁴ hat sich der herrschenden Ansicht angeschlossen. Die gesetzlichen Wertungen des Insolvenzrechts würden es nicht zu lassen, einer nicht vollzogenen Treuhandabrede die Rechtswirkung eines Aussonderungsrechts zuzuerkennen. Auch gebiete der Schutzzweck des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB keine andere Beurteilung. Der Gesetzgeber habe mit der Pflicht zur treuhänderischen Sonderung der vom Mieter erbrachten Kautions sicherstellen wollen, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz des Vermieters ungeschmälert auf die Sicherheitsleistungen zurückgreifen kann, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen.⁵⁸⁵ Um den Schutz des Mieters zu gewährleisten, sei dem Vermieter in § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB aufgegeben, eine erhaltene Sicherheit von seinem Vermögen getrennt anzulegen. Der Mieter sei berechtigt, die Einhaltung dieser Verpflichtung auch durchzusetzen. Solange der Vermieter seiner Anlagepflicht nicht nachkomme, sei der Mieter grundsätzlich befugt, die geschuldeten Mietzahlungen in Höhe des Kautionsbetrages im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechtes zu verweigern.⁵⁸⁶ Darüber hinaus steht dem Mieter das Recht zu, vom Vermieter den Nachweis zu verlangen, die Kautionsunter gesetzestreu angelegt.⁵⁸⁷

Das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechtes in diesen Situationen ist nicht zweifelsfrei. Teilweise wird dafür gefordert, der Mieter müsse darlegen, dass seine Mietsicherheit verloren zu gehen droht.⁵⁸⁸ Auch wenn diese Auffassung kaum vertretbar erscheint, weil die Pflicht zur getrennten

⁵⁸¹ BGH v. 16.12.1970 - VIII ZR 36/69, NJW 1971, 559, 560; BGH v. 8.2.1996 - IX ZR 151/95, WPM 1996, 662; BGH v. 24.6.2003 - IX ZR 120/02, ZIP 2003, 1404, 1405; BGH v. 7.7.2005 - III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465, 1466.

⁵⁸² vgl. OLG Schleswig ZIP 1989, 252; OLG Hamburg NJW-RR 1990, 213, 214; OLG München ZMR 1990, 413; HK-InsO/*Marotzke*, 4. Aufl. § 108 InsO Rz. 24; Kübler/Prütting/Tintelnot, § 108 InsO Rz. 31; MünchKomm-InsO/*Ganter*, 2. Aufl., § 47 InsO Rz. 380; MünchKomm-InsO/*Eckert*, 2. Aufl. § 108 InsO Rz. 109 f; HambKomm-InsO/*Ahrendt*, 2. Aufl. § 108 InsO Rz. 13; *Braun/Kroth*, InsO 3. Aufl. § 108 InsO Rz. 21; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO 12. Aufl. § 108 InsO Rz. 36; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 67. Aufl. § 551 BGB Rz. 12; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl. § 551 BGB Rz. 111.

⁵⁸³ *Derleder*, NZM 2004, 568, 577 f.

⁵⁸⁴ BGH v. 20.12.2007 - IX ZR 132/06, WuM 2008, 149 = ZMR 2008, 280 = NZM 2008, 203.

⁵⁸⁵ vgl. BT-Drucks. 9/2079 S. 10.

⁵⁸⁶ (LG Mannheim, NJW-RR 1991, 79, 80; LG Kiel WuM 1989, 18; Schmidt-Futterer/*Blank* Mietrecht, 9. Aufl., § 551 BGB Rz. 77; Palandt/*Weidenkaff*, 67. Aufl., § 551 BGB Rz. 12.

⁵⁸⁷ Schmidt-Futterer/*Blank* Mietrecht, 9. Aufl., § 551 BGB Rz. 77.

⁵⁸⁸ AG Bad Oldesloe, Beschluss vom 15.5.2002 - 2 C 566/01, NZM 2002, 1027.

24.2 Insolvenz des Mieters

24.2.1 Keine Pflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Mietzahlung

Die Vorschrift des § 60 InsO sanktioniert die Verletzung solcher Pflichten, die dem Insolvenzverwalter in dieser Eigenschaft nach den Vorschriften der Insolvenzordnung obliegen. Dazu gehören nicht solche Pflichten, die ihn wie jeden Vertreter fremder Interessen gegenüber Dritten treffen. Nicht insolvenzspezifisch sind außerdem im Allgemeinen Pflichten, die dem Insolvenzverwalter als Verhandlungs- oder Vertragspartner eines Dritten auferlegt sind. Eine Haftung nach § 60 InsO kann nur dann begründet sein, wenn diesem Dritten gegenüber besondere, insolvenzspezifische Pflichten bestehen, deren Erfüllung durch die Verletzung der anderen Pflichten gefährdet wird.⁵⁸⁹

Insolvenzspezifische Pflichten verletzt der vorläufige Insolvenzverwalter weder dadurch, dass er mit Zustimmungsvorbehalt die Weiterleitung von Mieten an den Vermieter verhindert, noch dadurch, dass er diese Vorgehensweise ausdrücklich schriftlich gegenüber dem Vermieter ankündigt.⁵⁹⁰ Den vorläufigen Insolvenzverwalter mit oder ohne begleitendem Verfügungsverbot treffe insolvenzrechtlich keine Pflicht, im Eröffnungsverfahren Miet- oder Pachtzahlungen zu leisten oder solchen Zahlungen des Schuldners zuzustimmen. Da der Anspruch auf Miete nur eine Insolvenzforderung begründe, sei der vorläufige Insolvenzverwalter dazu lediglich berechtigt, wenn von der Aufrechterhaltung des Miet- oder Pachtverhältnisses für die künftige Insolvenzmasse mehr Vor- als Nachteile zu erwarten seien. Solle die Nutzungsmöglichkeit für die Insolvenzmasse erhalten bleiben, müsse zur Vermeidung einer Kündigung des Miet- oder Pachtverhältnisses durch den Vermieter die nach dem Eröffnungsantrag fällig werdenden Raten deshalb wieder vertragsgerecht gezahlt werden.⁵⁹¹

24.3 Herausgabeanspruch gegen den Insolvenzverwalter

Nach Beendigung des zwischen dem Vermieter und dem Schuldner begründeten Mietverhältnisses ist zwischen dem Anspruch auf Herausgabe der Mietsache und etwaigen die Masse treffenden Abwicklungsansprüchen (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zu unterscheiden. Der aus § 985 BGB sowie § 546 BGB folgende, durch die Insolvenzeröffnung inhaltlich unbeeinflusste⁵⁹² Herausgabeanspruch begründet ohne Rücksicht darauf, ob das Mietverhältnis vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde,⁵⁹³ ein Aussonderungsrecht.⁵⁹⁴ Dieses besteht allerdings nur, wenn der auszusondernde Gegenstand infolge der Wahrnehmung des Verwaltungsbesitzes durch den Insolvenzverwalter massebefangen ist.⁵⁹⁵ Andernfalls kann der Berechtigte allein den Schuldner persönlich in Anspruch nehmen.

⁵⁸⁹ BGH v. 25.1.2007 – IX ZR 216/05, ZMR 2007, 354 = WPM 2007, 606 m.w.N

⁵⁹⁰ BGH v. 24.1.2008 – IX ZR 201/06, ZMR 2008, 442.

⁵⁹¹ vgl. BGHZ 151, 353, 370 f.

⁵⁹² BGHZ 86, 204, 211.

⁵⁹³ MünchKomm-InsO/Ganter, § 47 Rz. 341.

⁵⁹⁴ BGHZ 127, 156, 160.

⁵⁹⁵ vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, § 47 Rz. 35a.

Demgemäß ist der Verwalter dem Vermieter nur zur Herausgabe einer Mietwohnung **105**

verpflichtet, wenn er den Besitz daran ausübt⁵⁹⁶ oder unter Anerkennung des fremden Eigentums das Recht beansprucht, die Mietwohnung für die Masse zu nutzen und darüber zu entscheiden, ob, wann und in welcher Weise er sie an den Vermieter zurückgibt.⁵⁹⁷ Greifen diese Ausnahmetatbestände nicht ein, weil der Verwalter im Blick auf die von dem Schuldner genutzte Wohnung keine eigenen Rechte behauptet, scheidet ein Herausgabeanspruch gegen ihn aus.⁵⁹⁸

Hat es der Insolvenzverwalter außergerichtlich gerade abgelehnt, mit dem Vermieter einen Räumungsvergleich zu schließen, kommt darin der Wille zum Ausdruck, keine Nutzungsrechte über die Wohnung auszuüben.⁵⁹⁹ Ein Besitz des Insolvenzverwalters kann auch nicht aus § 148 Abs. 1 InsO hergeleitet werden. Der Insolvenzverwalter hat nach dieser Vorschrift das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Die Besitzergreifung vollzieht sich jedoch nicht kraft Gesetzes (wie etwa im Rahmen des § 857 BGB), sondern setzt - wie dem von § 80 Abs. 1 abweichenden Wortlaut des § 148 Abs. 1 InsO und der Vollstreckungsmöglichkeit durch § 148 Abs. 2 InsO zu entnehmen ist - die Erlangung der tatsächlichen Gewalt (§ 854 BGB) durch den Insolvenzverwalter voraus.⁶⁰⁰ Für diese rechtliche Würdigung spricht ferner die dem Insolvenzverwalter bei einer schuldhaften Verzögerung der Inbesitznahme drohende Schadensersatzpflicht,⁶⁰¹ die bei Annahme eines ohnehin bestehenden gesetzlichen Besitzerwerbs nie zum Tragen käme. Davon abgesehen ist der Insolvenzverwalter nicht einmal gehalten, die Mietwohnung des Schuldners in Besitz zu nehmen. Eine Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Besitzergreifung scheidet aus, wenn die Belassung der Sache bei dem Schuldner die Befriedigung der Gläubiger nicht gefährdet.⁶⁰² Der Insolvenzverwalter darf insbesondere davon absehen, an massefremden Gegenständen Besitz zu begründen, die er - wie etwa eine von dem Schuldner bewohnte Mietwohnung - nicht für die Masse zu nutzen beabsichtigt.⁶⁰³

Auch durch die Abgabe der auf § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO beruhenden Erklärung begründet der Insolvenzverwalter keinen Besitz an der Mietwohnung. Die Bestimmung dient dem Schutz der persönlichen Wohnung des Schuldners. Um dem Schuldner seine Mietwohnung möglichst zu belassen, ist dem Insolvenzverwalter die Befugnis, den Mietvertrag zu kündigen, entzogen. Durch die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO kann der Insolvenzverwalter statt dessen eine Enthftung der Masse von sämtlichen Ansprüchen aus dem Mietverhältnis bewirken.⁶⁰⁴ Im Gegenzug erhält der Mieter die Chance, durch die Übernahme der Mietzahlung aus seinem freien Vermögen die Wohnung zu behalten.⁶⁰⁵ Die als Ersatz für eine Kündigung auf eine Pflichtenlösung gerichtete Verlautbarung des

⁵⁹⁶ BGHZ 148, 252, 260 f; BGH v. 21.12.2006 - IX ZR 66/05, ZIP 2007, 340, 341 Rn. 12.

⁵⁹⁷ BGHZ 127, 156, 161.

⁵⁹⁸ LG Mannheim WuM 2006, 694 f; MünchKomm-InsO/Eckert, § 108 Rz. 116; HK-InsO/Marotzke, 4. Aufl. § 109 Rz. 16; Hain, ZInsO 2007, 192, 195)

⁵⁹⁹ BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 84/07, NZM 2008, 606 = GE 2008, 1321 ZMR 2008, 875.

⁶⁰⁰ MünchKomm-InsO/Füchsl/Weishäupl, § 148 Rz. 24; Nerlich/Römermann/Andres, InsO § 148 Rz. 29; FK-InsO/Wegener, 4. Aufl. § 148 Rz. 3; HmbKomm-InsO/Jarchow, 2. Aufl. § 148 Rz. 13.

⁶⁰¹ vgl. FK-InsO/Wegener, 4. Aufl., § 148 Rz. 5; Braun/Dithmar, InsO, 3. Aufl. § 148 Rn. 6.

⁶⁰² MünchKomm-InsO/Füchsl/Weishäupl, § 148 Rz. 26.

⁶⁰³ MünchKomm-InsO/Füchsl/Weishäupl, § 148 Rz. 12.

⁶⁰⁴ FK-InsO/Wegener, 4. Aufl., § 109 Rz. 10c.

⁶⁰⁵ MünchKomm-InsO/Eckert, § 109 Rz. 49.

Verwalters bringt den eindeutigen Willen zum Ausdruck, sowohl von einem Besitz als auch einer Nutzung der Wohnung Abstand zu nehmen. **106**