

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH und ihre Auswirkungen auf die mietrechtliche Praxis

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Köln

INHALT

1	Umdenken in der Mieterberatung?	5
1.1	Rechtsirrtum und Verschuldenszurechnung bei der Kündigung.....	5
1.2	Die Auswirkungen auf die Praxis.....	8
1.2.1	Gewährleistung	8
1.2.2	Kündigung	9
1.2.3	Andere Verfahren	9
2	Überleitungsrecht.....	11
2.1	Geltung des § 565a BGB a.F.....	11
2.2	Späterer Beitritt eines Mieters	12
3	Mietvorvertrag	14
4	Vermieterwechsel nach § 566 BGB	15
5	Übergabe	16
5.1	Verzögerung	16
5.2	Einstweilige Verfügung bei Doppelvermietung?	17
6	Miete.....	18
6.1	Kostenmiete kraft Vereinbarung?	18
6.2	Aufhebung der Teilnichtigkeit durch Restitutionsklausel.....	20
6.3	Formularmäßiges Aufrechnungsverbot.....	21
7	Mietzeit.....	22
7.1	Kündigungsverzicht.....	22
7.1.1	Laufzeit des Kündigungsverzichts.....	22
7.1.2	Schriftform.....	23
7.2	Wegfall des Befristungsgrundes.....	24
8	Mietgebrauch.....	24
8.1	Anwendbarkeit von § 1004 BGB neben § 541 BGB	24
8.2	Parabolantenne	25
8.2.1	Umfang des vertragsgemäßen Gebrauchs bei Aufstellen auf dem Balkon ..	25
8.2.2	Installation am Balkon und Europäisches Recht	27
8.2.3	Beschwer des Vermieters	28
8.3	Untervermietung.....	29
8.4	Betriebspflicht des Mieters.....	29

8.5	Versorgungssperre nach Ende der Mietzeit?.....	31
9	Modernisierung	32
9.1	Mitteilung eines Ablaufplans?.....	32
9.2	Angabe der Höhe der entstehenden Betriebskosten?	33
10	Schönheitsreparaturen	34
10.1	Keine Abweichung von der bisherigen Ausführungsart	34
10.2	Abgeltungsklauseln mit starren Prozentsätzen.....	35
10.3	Transparenz bei Abgeltungsklauseln.....	36
10.4	Summierungseffekt in der Wohnraummiete	38
10.5	Isolierte Endrenovierungsklausel	41
10.6	Schadensersatz nach § 281 BGB/Leistungsaufforderung	41
10.7	Ersatzanspruch des Mieters bei Renovierung ohne Verpflichtung	42
10.7.1	Bereicherungsansprüche	42
10.7.2	Schadensersatzansprüche.....	44
10.8	Haftung des Verwalters für die Verwendung unwirksamer Renovierungsklauseln	45
10.9	Zuschlag für Schönheitsreparaturen nach § 558 BGB	45
11	Schriftform.....	48
11.1	Anwendbarkeit des § 550 BGB bei vereinbartem Baukostenzuschuss.....	48
11.2	Annahme nach Ablauf der regelmäßigen Annahmefrist.....	49
11.3	Handeln von Vertretern	50
11.4	Beschreibung des Mietobjektes	51
11.5	Mietbeginn mit der Übergabe.....	52
11.6	Pflicht zur Heilung?.....	52
11.7	Schadensersatz wegen enttäuschem Vertrauen?	53
12	Gewährleistung.....	53
12.1	Erhaltungsanspruch und § 536b BGB	53
12.2	§536b BGB.....	54
12.3	Aufwendungsersatz nach § 539 BGB	55
13	Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete	56
13.1	Unwirksames Erhöhungsverlangen durch angestrebte Änderung der Mietstruktur?	56
13.2	Berechnung der Jahresfrist	57

13.3	Anfangsmiete unter der ortsüblichen Vergleichsmiete	59
13.4	Größere tatsächliche Wohnfläche	59
13.4.1	Berechnung der Wohnfläche	61
14	Mieterhöhung wegen Modernisierung	62
14.1	Mieterhöhung bei verspäteter Ankündigung	62
14.2	Einführung von Betriebskosten durch Modernisierung	63
15	Betriebskosten	65
15.1	Prüfung technischer Anlagen	65
15.2	Sonstige Betriebskosten im Gewerbe	67
15.3	Angabe der Gesamtkosten	69
15.4	Abweichende Fläche	70
15.5	Umlage von Betriebskosten nach Modernisierung	70
15.6	Schuldanerkenntnis durch stillschweigenden Ausgleich des Saldos?	73
15.7	Übermittlung der Abrechnung	74
15.8	Anspruch auf Neuerteilung der Abrechnung	75
15.9	Darlegungslast zum Gebot der Wirtschaftlichkeit	75
15.10	Umfang der Einwendungsausschlussfrist	76
15.11	Rückforderung der Betriebskostenvorauszahlungen	78
16	Heizkosten	78
16.1	Vorrang der HeizkV	78
16.2	Nicht verbrauchsabhängige Abrechnung?	79
16.3	Wärmecontracting	80
17	Kaution	82
17.1	Nichtzahlung als Kündigungsgrund	82
17.2	Umfang der Bürgschaft	83
18	Beendigung des Mietvertrages	83
18.1	Wohnbedarf von Gesellschaften	83
18.1.1	Kommanditgesellschaft für einen Mitarbeiter	83
18.1.2	Wohnbedarf des BGB-Gesellschafters	84
18.2	Abmahnung bei der Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung	87
18.3	Abmahnung ohne Kündigungsandrohung	88
18.4	Angemessene Frist zum Kündigungsausspruch, § 314 Abs. 3 BGB	89

18.5	Miete vom Staat?.....	90
19	Gebühren für die Kündigung.....	92
19.1	Bei gleichzeitiger Räumungsklage.....	93
19.2	Gegenstandswert	96
20	Vermieterpfandrecht und Räumungsanspruch	97
21	Rückgabezustand	97
22	Vorkaufsrecht.....	98
23	Die kurze Verjährung.....	99
23.1	Erfasste Ansprüche.....	99
23.2	Beginn der Verjährung der Ansprüche des Vermieters.....	101
24	Zwangsverwaltung	102
24.1	Vorausverfügungen über die Miete.....	102
25	Insolvenz	103
25.1	Fortbestehen des Mietvertrages in der Insolvenz des Vermieters?.....	103
26	Prozessuales	105
26.1	Urkundenprozess	105
26.2	Rechtskrafterstreckung eines Titels gegen den (Unterver-) Mieter	107

1 Umdenken in der Mieterberatung?

1.1 Rechtsirrtum und Verschuldenszurechnung bei der Kündigung

Dem BGH lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor: Die beklagten Mieter einer preisfreien Wohnung gelangten mit mehr als zwei Monatsmieten in Rückstand, weil ihnen der Mieterverein wegen einer verweigerter Übersendung von Belegkopien zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts geraten hatte, ohne auf die vor der Entscheidung des BGH v. 8.3.2006¹ ungesicherte Rechtslage hinzuweisen. Der Vermieter erklärte daraufhin die ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Mieter hielten diese Kündigung für unwirksam, da sie – wenn überhaupt – jedenfalls kein eigenes Verschulden treffe und der Mieterverein nicht als ihr Erfüllungsgehilfe angesehen werden könne. Jedenfalls könnten Sie sich auf einen Rechtsirrtum berufen.

Nach Auffassung des BGH² scheidet die Zurechnung eines Verschuldens des Mietervereins nach § 278 BGB nicht an einer fehlenden Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe. Denn die Beklagten hätten sich des Mietervereins i.S.v. § 278 BGB bezüglich der Erfüllung ihrer mietvertraglichen Verpflichtung zur monatlichen Entrichtung von Betriebskostenvorschüssen bedient. Erfüllungsgehilfe sei, wer nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig werde. Der Mieterverein sei allerdings nicht zur Ausführung der eigentlichen Erfüllungshandlung, der Zahlung der Betriebskostenvorschüsse, tätig geworden, sondern habe die Beklagten in rechtlicher Hinsicht bei der Entscheidung darüber beraten, ob erfüllt werden oder von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch gemacht werden solle. Es sei umstritten, ob ein in dieser Weise mitwirkender **Rechtsberater als Erfüllungsgehilfe** anzusehen sei. Teilweise werde zwar die Auffassung vertreten, der Beratene hafte nur für ein Auswahlverschulden.³ Der Senat teile jedoch die überwiegende Ansicht, wonach er für ein Verschulden

¹ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340 = MietRB 2006, 157.

² BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, GE 2007, 46 = WuM 2007, 24.

³ Erman/Battes, BGB, 10. Aufl., § 285 Rdnr. 5; LG Karlsruhe v. 23.3.1990 – 5 S 563/89, WuM 1990, 294.

seines Rechtsberaters, **auch eines Rechtsanwalts**, nach § 278 BGB einzustehen habe.⁴ Allein so werde eine angemessene Risikoverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner ermöglicht und eine ungerechtfertigte Privilegierung des Beraters verhindert. Müsste der Schuldner nur für eine sorgfältige Auswahl des Beraters haften, ginge eine etwaige Falschberatung durch diesen zulasten des Gläubigers, der an dem Beratungsverhältnis nicht beteiligt ist und dem auch kein Schadensersatzanspruch gegen den Berater zustünde, während der Schuldner dadurch geschützt ist, dass er bei seinem Rechtsberater Regress nehmen kann.

Nachdem der BGH die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Mietervereins festgestellt hat, bejaht er dessen **schuldhaftes Verhalten** i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Insoweit sei es unerheblich, ob sich der für den Mieterverein Handelnde seinerseits in einem Rechtsirrtum befunden oder ob er den Beklagten in Kenntnis einer ungeklärten Rechtslage geraten habe, die vertraglich geschuldeten Betriebskostenvorschüsse wegen der fehlenden Übersendung von Belegen zu den Nebenkostenabrechnungen zurückzuhalten. An das Vorliegen eines unverschuldeten **Rechtsirrtums** seien grundsätzlich **strenge Maßstäbe** anzulegen. Der Schuldner müsse die **Rechtslage** unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung **sorgfältig prüfen**. Entschuldigt sei ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer **anderen Beurteilung durch die Gerichte** nicht zu rechnen brauchte.⁵ Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage handle bereits **fahrlässig**, wer sich erkennbar in einem **Grenzbereich des rechtlich Zulässigen** bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss.⁶ Der Schuldner dürfe nicht das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage dem Gläubiger zuschieben.⁷ Nach diesen Maßstäben sei die Beratung durch den Mieterverein dahingehend, dass den Beklagten wegen der fehlenden Übersendung von Belegen zu den Nebenkostenabrechnungen durch die Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Betriebskostenvorauszahlungen zustand, schuldhaft falsch. Bis zu der Entscheidung des Senats vom 8.3.2006,⁸ die erst nach dem hier maßgeblichen Zeitraum

⁴ BGH v. 12.7.2006 - X ZR 157/05, BB 2006, 1819; Staudinger/Löwisch, BGB (2004), § 286 BGB Rz. 163; Fischer, ZMR 1994, 309, 311; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 543 Rz. 87.

⁵ BGH v. 12.7.2006 - X ZR 157/05, BB 2006, 1819; BGH v. 26.1.1983 - IVb ZR 351/81, NJW 1983, 2318; BGH v. 18.4.1974 - KZR 6/73, NJW 1974, 1903.

⁶ BGH v. 18. Dezember 1997 - I ZR 79/95, NJW 1998, 2144.

⁷ BGH v. 16.12.1986 - KZR 36/85, GRUR 1987, 564; BGH v. 7.3.1972 - VI ZR 169/70, WM 1972, 589.

⁸ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340 = MietRB 2006, 157

von März 2004 bis Januar 2005 ergangen sei, war in der Rechtsprechung der Berufungsgerichte und im Schrifttum umstritten, ob dem Mieter ein Anspruch auf Übermittlung von Fotokopien der Abrechnungsbelege zustehe oder ob er nur verlangen könne, in die Abrechnungsunterlagen Einsicht zu nehmen, ohne dass sich insoweit eine als herrschend anzusehende oder gar ganz überwiegend vertretene Meinung herausgebildet habe. Höchstrichterliche Rechtsprechung habe zu dieser Frage nicht vorgelegen. Der Mitarbeiter des Mietervereins habe fahrlässig gehandelt, weil er nicht darauf habe vertrauen dürfen, der Mieter werde mit der Rechtsauffassung, Übersendung von Belegen verlangen zu dürfen, im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung Erfolg haben. Beruhe der Rat dagegen darauf, dass dem Mitarbeiter des Mietervereins die ungeklärte Streitfrage unbekannt gewesen sei, habe er schon deshalb fahrlässig gehandelt, weil er die gebotene sorgfältige Prüfung der Rechtslage unterlassen habe.

Im Übrigen bestehe kein Grund, im Rahmen der Kündigungsregelung des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei den **Sorgfaltsanforderungen** an den Schuldner im Zusammenhang mit seiner Verpflichtung zur Mietzahlung einen geringeren Maßstab anzulegen als etwa im Rahmen der Schadensersatzhaftung nach den §§ 280 ff. BGB. Allerdings wird teilweise die Auffassung vertreten, das Risiko der fehlerhaften Beurteilung einer streitigen Rechtsfrage sei nicht dem Mieter als Schuldner, sondern dem Vermieter als Gläubiger aufzuerlegen, soweit ein Kündigungsrecht des Vermieters in Rede stehe.⁹ Dem sei aber nicht zu folgen. Abgesehen davon, dass es dem Mieter nicht generell unzumutbar sei, bei einer infolge von streitigen Rechtsfragen unklaren Rechtslage die vertraglich vereinbarte Miete zumindest unter Vorbehalt oder auf ein Anderkonto zu zahlen, um einer Kündigung zu entgehen, greife § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erst bei einer nicht unerheblichen Vertragsverletzung des Mieters ein. Die für den Mieter schwerwiegende Kündigungsfolge sei also bereits im Rahmen der objektiven Tatbestandsmerkmale an engere Voraussetzungen geknüpft als die allgemeine Haftung nach den §§ 280 ff. BGB. Eine – wie hier – nicht mehr als unerheblich anzusehende Pflichtverletzung durch einen Zahlungsrückstand in Höhe von mehr als zwei Monatsmieten habe eine spürbare Gefährdung der Interessen des Vermieters zur Folge, der das Insolvenzrisiko des Mieters zu tragen habe.

⁹ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 101 m.w.N.

1.2 Die Auswirkungen auf die Praxis

Die Entscheidung macht deutlich, dass die Schwelle zum Regress des Beraters auf Mieterseite sich erheblich verringert hat bzw. niedriger liegt als bisher landläufig angenommen. Insoweit beschränkt sich die Anforderung, dass der Berater nur schuldlos handelt, wenn keine andere Entscheidung in Betracht kommt, auch nicht allein auf Rechtsfragen. Auch **problematische Sachverhalte** erfordern eine sorgfältige Prüfung und ggf. **Hinweise auf bestehende Risiken**, zumal wenn sich bei tatbestandsausfüllenden Tatsachen Probleme ergeben.

1.2.1 Gewährleistung

Die Ausübung von Gewährleistungsrechten setzt einen Mangel i.S.v. § 536 BGB voraus. Ob ein relevanter Mangel aber überhaupt besteht, lässt sich in der Beratung regelmäßig nicht beurteilen, was z.B. für Feuchtigkeitsschäden schon wegen der möglichen Selbstverursachung durch den Mandanten (Heiz- und Lüftungsverhalten) auf der Hand liegt. Jedenfalls die Empfehlung einer Minderungsquote kann wegen des Einzelfallcharakters problematisch werden. Dies gilt erst recht für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts. Hier ist noch immer umstritten,¹⁰ ob der drei- bis fünffache Minderungsbetrag geltend gemacht werden kann oder die Mängelbeseitigungskosten relevant sind.

Hinsichtlich der tatsächlichen Grundlage für die Beratung kann sich der Rechtsberater regelmäßig nur Sicherheit verschaffen, wenn ein selbständiges **Beweisverfahren** vorge-schaltet wird. Selbst wenn der Rechtsberater seinen Mandanten auf die problematische Situation und die bestehenden Gefahren hinweist, bleibt für den Mieter ein Risiko. Zwar hat sein Rechtsberater dann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet. Kürzt der Mieter aber trotzdem die Miete, geht er bewusst ein Risiko ein. Immerhin steht ihm z.B. die Möglichkeit offen, eine **Zahlung unter Vorbehalt** zu leisten und seine (vermeintlichen) Rechte durch Klage auf Rückzahlung, Feststellungsklage wg. Einer bestimmten Minderungsquote o.ä. geltend zu machen.

Wenn überhaupt, wird der Mieter nur noch zwei bis drei Monate in geringem Umfang mindern können, wobei noch zu klären sein wird, bei welchen geringeren Anforderungen die ordentliche Kündigung wegen „Zahlungsverzuges“ durchgreift. Auf jeden Fall

¹⁰ Vgl. *Lützenkirchen*, AHB Mietrecht, 3. Aufl. Rz. 119 m.w.N.

sollte aber der Hinweis erfolgen, dass „ohne Risiko“ für den Bestand des Vertrages eigentlich nur die Zahlung unter Vorbehalt in Betracht kommt. ◀

1.2.2 Kündigung

Erhält der Mieter eine Kündigung, deren **Wirksamkeit nicht ausgeschlossen** werden kann, besteht das Risiko, es auf eine Räumungsklage ankommen zu lassen, in einer zwischenzeitlich anderen Unterbringung des Vermieters, seinen entgangenen (höheren) Mieteinnahmen, höheren Zinsaufwendungen o.ä. Jedenfalls ergibt sich regelmäßig ein **unkalkulierbares wirtschaftliches Risiko**. Wird dem Mandanten zum Auszug geraten, verliert er – ggf. unnötig – seinen Lebensmittelpunkt. Einen „Auszug unter Vorbehalt“ führt zum gleichen Ergebnis und hat allenfalls den zweifelhaften Vorteil, dass der dann beweispflichtige Mieter später Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

In der gegebenen Situation beschränkt sich die Aufgabe des Rechtsanwalts in der **Empfehlungsphase** darauf, dem Mieter die Konsequenzen der möglichen Varianten aufzuzeigen. Entschließt sich der Mandant zum Auszug, um Risiko zu vermeiden, kann – jedenfalls wenn „nur“ eine ordentliche Kündigung auf dem Tisch liegt - noch an eine **Räumungsvereinbarung** mit Umzugshilfe gedacht werden. Ansonsten kann der Mieter „beruhigt“ werden, indem ihm zusätzlich das Prozedere (Räumung durch den Gerichtsvollzieher) nahe gebracht wird, also insbesondere die Tatsache, dass der Gerichtsvollzieher einen Räumungstermin in der Regel vier bis sechs Wochen vorher ankündigt. Vor dem Hintergrund dieser Zeitschiene und der Ungewissheit, die für den Mandanten über einen Zeitraum von ca. 12 Monaten bestehen kann, sollte ermittelt werden, inwieweit der Mandant psychisch dazu in der Lage ist, eine derartige Situation durchzustehen. Insoweit besteht die Kunst allerdings darin, dem Mandanten zur Selbsterkenntnis zu verhelfen, ob er die beschriebene Situation problemlos durchhält, wobei natürlich auch die Möglichkeit, Alternativobjekte zu erhalten, eine wesentliche Rolle spielt. Der Familienvater wird hier größere Schwierigkeiten haben als der allein stehende Single

Beraterhinweis: Die Mieterberatung gegenüber Kündigungen ist immer schwierig. Hier sollte man sich davor schützen, Fragen nach dem „was würden Sie an meiner Stelle tun?“ direkt zu beantworten. ◀

1.2.3 Andere Verfahren

Die Risiken entstehen aber nicht nur im Zusammenhang mit dem Mietzahlungsanspruch, wengleich hier die schwersten Folgen mit der (fristlosen) Kündigung unmittel-

bar drohen. Die Regressgefahr besteht auch bei anderen Verfahren, etwa wenn der Vermieter einen **Anspruch auf Zustimmung** geltend macht. Dies ist z.B. die Rechtsfolge bei § 558 BGB oder § 554 BGB.

Bei einem Verfahren nach § 558 BGB ist der Mieter weitestgehend durch **§ 569 Abs. 2 Nr. 3 BGB** geschützt.

Kündigt der Vermieter eine **Modernisierungsmaßnahme** an, besteht das Risiko der (fahrlässigen) Falschberatung darin, dass der Vermieter ggf. höhere Kosten, entgangene Mieteinnahmen, höhere Finanzierungskosten etc. bei dem Mieter als Schadensersatz geltend macht. Hierüber ist der Mieter aufzuklären. Denn nur so kann ihm das Risiko, dass er bei der Verweigerung der Arbeiten eingeht, deutlich gemacht werden.

Duldet der Mieter die Arbeiten, kann er sich gegenüber der Mieterhöhung nach § 559 BGB nicht auf die mangelnden Voraussetzungen des § 554 Abs. 2 BGB berufen.¹¹ Mit hin muss er vor Beginn der Arbeiten eine Erklärung abgeben, mit der das Risiko des Schadensersatzes begrenzt wird, aber auch seine Rechte gewahrt bleiben. Dies könnte z.B. durch eine „Duldung unter Vorbehalt“ erfolgen. Damit behält der Mieter seine Rechte und verlagert das Risiko auf die Vermieterseite. Immerhin steht für den Vermieter nun das Risiko im Raum, dass er die Kosten der Maßnahme nicht mieterhöhend umlegen kann.

Musterformulierung:

Sehr geehrter Herr Vermieter,

ich hane Ihr Schreiben vom ... , mit dem Sie vermeintliche Modernisierungsmaßnahmen in meiner Wohnung ankündigen, erhalten. Unabhängig davon, dass ich Zweifel daran habe, ob ein Auswechseln des Bodenbelags (Laminat gegen PVC) eine Wertverbesserung darstellt, meine ich, nicht zur Duldung verpflichtet zu sein, weil die angekündigte Mieterhöhung dazu führt, dass ich mehr als 30% meines Nettoeinkommens von 1485,00 EURO für die Miete aufwenden muss.

Da ich aber abschließend Rechtssicherheit erst in einem Gerichtsverfahren erlangen kann, was bei einem für mich negativen Ausgang mit regressansprüchen verbunden sein

¹¹ *Kunze* in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl., E Rz. 185 m.w.N.

kann, bin ich bereit, die Arbeiten zu dulden. Für diesen Fall behalte ich mir aber alle Rechte vor, insbesondere den Einwand nicht zur Duldung verpflichtet zu sein.

Mit freundlichen Grüßen

2 Überleitungsrecht

2.1 Geltung des § 565a BGB a.F.

Nach dieser Vorschrift konnten vor dem 1.9.2001 Mietverträge auf bestimmte Zeit geschlossen werden, die sich dann mangels Kündigung um eine bestimmte Zeit verlängern sollten. Dazu bestimmt Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB, dass auf am 1.9.2001 bestehende Mietverhältnisse § 565a Abs. 1 BGB a.F. weiterhin anzuwenden sei. Allerdings wird die Auffassung vertreten,¹² Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB gelte nur für die Beendigung des am 1.9.2001 gerade laufenden Zeitabschnitts eines solchen Mietverhältnisses, und nur diese richte sich nach § 565a BGB a.F. und damit nach altem Recht, während eine erst nach Inkrafttreten der Mietrechtsreform eingetretene Verlängerung des Mietverhältnisses als neuer Zeitmietvertrag voll und ganz unter die Geltung des neuen Mietrechts (§ 575 Abs. 2, § 573c Abs. 1 und 4 BGB, Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB) falle.

Diese Auffassung trifft aber nicht zu.¹³ Denn durch die eintretende Verlängerung eines befristeten Mietverhältnisses um einen bestimmten Zeitraum wird kein neues Mietverhältnis begründet, sondern das bestehende unverändert fortgesetzt (vgl. § 542 Abs. 2 Nr. 2 BGB¹⁴). Dementsprechend ist für die Anwendung des Art. 229 § 3 Abs. 3 BGB nicht maßgebend, ob eine Verlängerung des Mietverhältnisses vor oder nach dem 1.9.2001 eintritt; entscheidend ist allein, ob der Mietvertrag, aufgrund dessen sich das befristete Mietverhältnis mangels Kündigung um einen bestimmten Zeitraum verlängert, vor dem 1.9.2001 abgeschlossen worden ist.¹⁵ Die durch § 565a BGB a.F. bestimmte Rechtslage wurde auch nicht durch das Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 26.5.2005¹⁶ 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

¹² Gellwitzki WuM 2004, 575 ff., 579; ders., WuM 2005, 436 ff., 437.

¹³ BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 257/06, WuM 2007, 463 = ZMR 2007, 848 = GE 2007, 1182 = NZM 2007, 728.

¹⁴ BGHZ 50, 373, 375.

¹⁵ BT-Drs. 14/4553, S. 75.

¹⁶ BGBl. I S. 1435.

Mietverhältnis auf bestimmte Zeit in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung weiterhin anzuwenden. Die Überleitungsvorschrift soll sicherstellen, dass die unter der Geltung des früheren Rechts geschlossenen Zeitmietverträge nach der damals geltenden Rechtslage beurteilt, durchgeführt und abgewickelt werden.¹⁷ In bestehende Zeitmietverträge greift das Mietrechtsreformgesetz nicht ein.¹⁸ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nichts Anderes. In der Begründung des Regierungsentwurfs für das Mietrechtsreformgesetz wird zur Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB ausgeführt, dass die bisherigen einfachen Zeitmietverträge, die zukünftig entfallen, aus Gründen des Vertrauensschutzes auch zukünftig als Zeitmietverträge wirksam bestehen bleiben und dass sich die Beendigung der bestehenden Zeitmietverträge "weiterhin nach altem Recht" richtet.¹⁹ Dies gilt für vor dem 1.9.2001 abgeschlossene Mietverträge im Sinne des § 565a BGB a.F. unabhängig von der Frage, ob und wann eine Verlängerung des Mietverhältnisses eingetreten ist.

Erst recht sind die Verlängerungsklauseln, die § 565a Abs. 1 BGB entsprechen, nicht nach § 565 Abs. 2 S.4 BGB a.F. unwirksam.²⁰

2.2 Späterer Beitritt eines Mieters

Ob die zuvor dargestellte Rechtslage auch gilt, wenn nach dem 1.9.2001 ein neuer Mieter dem Vertrag beitrifft, ist zweifelhaft. Immerhin wird mit ihm ja der Vertrag unter der Geltung des Mietrechtsreformgesetzes geschlossen, dass befristete Mietverträge nur noch nach § 575 BGB zulässt.

Die Rechtslage ändert sich jedoch auf keinen Fall, wenn der neue Mieter "... in den bestehenden Mietvertrag ... aufgenommen" wird.²¹ Dies macht bereits deutlich, dass der ursprüngliche Mietvertrag "zusammen weitergeführt" werden soll. Dieser eindeutige Wille der Beteiligten, den bisherigen Mietvertrag unverändert nunmehr auch mit dem neuen Mieter fortzusetzen, müsste allein dann zurücktreten, wenn der Inhalt der Vereinbarung zwingendes Recht verletzen würde. Das ist nicht der Fall. Es ist vielmehr Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, dass ein Schuldverhältnis nach seinen Vo-

¹⁷ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., Anh. zu § 575 BGB Rz. 1.

¹⁸ *Haug* in Emmerich/ Sonnenschein, *Miete* 8. Aufl., § 575 Rz. 3.

¹⁹ BT-Drs. 14/4553, S. 76.

²⁰ BGH v. 11.7.2007 – VIII ZR 230/06, ZMR 2007, 856 = GE 2007, 1183 = NZM 2007, 728.

²¹ BGH 7.2.2007 - VIII ZR 145/06, WuM 2007, 202 = GE 2007, 1184.

raussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen dem Recht untersteht, das zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestandes galt.²² Auch für die Anwendbarkeit des "neuen" Rechts nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist der Zeitpunkt des Entstehens des Schuldverhältnisses für die Frage entscheidend, ob altes oder neues Schuldrecht anzuwenden ist. Tritt jemand einem vor der Rechtsänderung geschlossenen Vertrag bei, so ist auch für ihn das ursprünglich geltende Recht maßgeblich).²³ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Änderung den Vertrag in seinem sachlichen Kern zu einem neuen Geschäft macht.²⁴ Das ist aber in der beschriebenen Konstellation nicht anzunehmen. Zwar wurde der Beitritt eines zweiten Mieters zu einem Vertrag über einen Geschäftsraum als nicht nur nebensächliche Vertragsänderung bezeichnet.²⁵ Diese Aussage wurde im Zusammenhang mit der Frage getroffen, ob der Beitritt eines weiteren Mieters formbedürftig nach § 566 BGB a.F. (jetzt § 550 BGB) ist. Sie ist vor dem Hintergrund zu werten, dass das Schriftformerfordernis vor allem dem Informationsbedürfnis eines möglichen Grundstückserwerbers dient. Dessen Interesse an klaren und für ihn unschwer feststellbaren mietrechtlichen Verhältnissen wird durch die Einhaltung der Schriftform bei einem Schuldbeitritt gewahrt. Diese Überlegungen sind nicht von Bedeutung, wenn es um die Bewertung eines schriftlichen Vertragsbeitritts zu der Frage geht, ob wegen des Beitritts neues Recht anzuwenden ist. Auch nach den Vorschriften der §§ 563 ff. BGB über den gesetzlich angeordneten Wechsel auf der Mieterseite übernehmen ein- oder beitretende Mieter den Vertrag in der bisherigen rechtlichen Gestaltung.²⁶ Ist dies bei einem gesetzlich angeordneten Eintritt auf der Mieterseite anzunehmen, hat dies auch bei einem Beitritt aufgrund eines Vertrages zu gelten, bei dem die Weiterführung des bestehenden Mietvertrages vereinbart wurde. Die Möglichkeit eines Sonderkündigungsrechts in den genannten Vorschriften (z.B. § 563a Abs. 2 BGB) erklärt sich daraus, dass der Mieter ohne Rücksicht auf seinen Willen kraft Gesetzes Partei des Vertrages wurde.

²² MünchKommBGB/Krüger, 4. Aufl., Art. 170 EGBGB Rz. 3.

²³ MünchKommBGB/Krüger, 4. Aufl., Art. 229 EGBGB § 5 Rz. 3 f.

²⁴ Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 11. Aufl., EGBGB Art. 229 § 5 Rdnr. 7.

²⁵ BGH v. 2.7.1975 - ■, BGHZ 65, 49, 53.

²⁶ vgl. Schmidt-Futterer/Gather, 9. Aufl., § 563 Rz. 28.

3 Mietvorvertrag

Ein Mietvorvertrag setzt voraus, dass sich die Parteien im wesentlichen über den Inhalt eines noch abzuschließenden Mietvertrages geeinigt haben, sodass der Inhalt des künftigen Mietvertrages zumindest bestimmbar ist.²⁷ Der Vorvertrag muss also die notwendigen Anhaltspunkte enthalten, um die fehlende Einigung der Parteien im Streitfall durch richterliche Entscheidung unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Parteiwillens im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß den §§ 157, 242 BGB zu überwinden.²⁸ Ob ein Mietvorvertrag vorliegt ist durch Auslegung zu ermitteln. Auch wenn die Parteien schon alle Details, die sie für regelungsbedürftig halten, formuliert haben, kann ein Vorvertrag gewollt sein, weil die mit der Bindung des Hauptvertrages verbundenen Konsequenzen noch nicht eintreten bzw. zu einem späteren Zeitpunkt sollen.

Ein Mietvorvertrag bedarf nicht der Schriftform des § 550 BGB, selbst wenn er sich über einen Mietvertrag mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr verhält. Denn § 550 BGB gilt nur, wenn sich ein Überlassungsanspruch von mehr als einem Jahr ergibt. Das ist erst durch den Hauptvertrag der Fall.²⁹

Ist im Vorvertrag vereinbart, dass ein langfristiges Mietverhältnis begründet werden soll, sind beide Parteien zur Mitwirkung am Zustandekommen des schriftlichen und damit der Form des § 550 BGB genügenden Hauptvertrages verpflichtet.³⁰ Daneben bestehen vertragliche Nebenpflichten, insbesondere dahin, alles zu unterlassen, was dem Abschluss des Hauptvertrages entgegenstehen könnte. Werden diese Verpflichtungen verletzt, so kann der jeweils andere Vertragsteil Schadensersatz verlangen.³¹ Die unberechtigte Kündigung des Vorvertrages bzw. die Weigerung, einen formgerechten Hauptvertrag abzuschließen, sind solche zum Schadensersatz führenden Verletzungen des Vorvertrages.

²⁷ BGH, NJW-RR 1994, 317; NJWE-MietR 1996, 56; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1996, 997.

²⁸ BGH, NJW 1990, 1234; WuM 1992, 686.

²⁹ BGH NJW 1980, 1577; NJWE-MietR 1996, 56.

³⁰ BGH v. 7. 3.2007 - XII ZR 40/05, GuT 2007, 126 = ZMR 2007, 519 = GE 2007, 1116 = NZM 2007, 445.

³¹ BGH v. 7.3.2007 - XII ZR 40/05, GuT 2007, 126 = GE 2007, 1116.

4 Vermieterwechsel nach § 566 BGB

Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem die Wohnung aufgrund eines wirksamen Mietvertrages überlassen worden ist. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben.³² Das Erfordernis der Überlassung der Wohnung an den Mieter erfüllt ferner eine Publizitätsfunktion, denn der Erwerber kann in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss.³³ § 566a BGB ergänzt den Schutz des Mieters dadurch, dass der Erwerber außerdem in die sich aus der Sicherungsvereinbarung zur Mietkaution ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters eintritt.

Nach ihrem Wortlaut und Zweck setzen §§ 566, 566a BGB deshalb grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt des Eigentumswechsels ein wirksames Mietverhältnis besteht³⁴ und sich der Mieter (noch) im Besitz der Wohnung befindet.³⁵

Fehlt es aber an beiden Voraussetzungen, soll ein Eintritt eines Erwerbers nicht möglich sein.³⁶ Zwar nehme die wohl hM eine Ausnahme für den Fall an, dass der Mieter im Zeitpunkt des Eigentumswechsels die Wohnung trotz Ablaufs des Mietvertrags noch nicht geräumt habe; in diesem Fall solle der Erwerber entsprechend § 566 BGB in das Abwicklungsverhältnis mit dem Mieter eintreten. Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 566 BGB werde vor allem mit praktischen Erwägungen begründet.³⁷ Für eine noch weitergehende Analogie zugunsten eines vor dem Eigentumswechsel ausgezogenen Mieters bestehe jedoch kein Anlass. Weder der Zweck der gesetzlichen Regelung noch praktische Gründe rechtfertigten es in einem solchen Fall, den Erwerber in ein etwa noch bestehendes Abwicklungsverhältnis und in die Pflichten aus der Sicherungsabrede eintreten zu lassen. Der vor dem Eigentumsübergang auf den Erwerber ausgezogene Mieter bedürfe eines Schutzes durch die §§ 566, 566a BGB nicht, denn

³² Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 566 Rz. 3.

³³ Wolff/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 1291.

³⁴ Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 66. Auflage, § 566 BGB Rz. 14; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 566 BGB Rz. 12 ff.; Bub/*Treier/Heile*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 857.

³⁵ BGHZ 72, 147; MünchKomm/*Häublein*, BGB, 4. Aufl., § 566 BGB Rz. 12; *Gather* in Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 9. Aufl., § 566 BGB Rz. 24; Erman/*Jendrek*, BGB, 11. Aufl., § 566 Rdnr. 8.

³⁶ BGH v. 4.4.2007 - VIII ZR 219/06, WuM 2007, 267 = ZMR 2007, 529 = NZM 2007, 441.

³⁷ BGHZ 72, 147, 150; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 566 Rz. 29.

seine Rechtsposition werde durch den Eigentumswechsel nicht mehr berührt. Soweit ihm noch Ansprüche aus der Abwicklung des Mietverhältnisses zustehen würden, könne er diese gegen seinen bisherigen Vermieter geltend machen. Seine Rechtsstellung werde durch die zwischenzeitliche Veräußerung seiner ehemaligen Wohnung nicht verschlechtert. Die Regelung des § 566a BGB solle ein Auseinanderfallen von Mietvertrag und Kautionsabrede vermeiden und sei deshalb in engem Zusammenhang mit dem Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis zu sehen. Die Vorschrift verfolgt hingegen nicht den Zweck, dem Mieter unabhängig hiervon einen zusätzlichen Schuldner für die Rückzahlung der Kautions zu verschaffen und ihn dadurch besser zu stellen.

Die Entscheidung ist im Hinblick auf eine unglückliche Formulierung dahin interpretiert worden, der (weichende) Vermieter müsse ausnahmsweise über die Betriebskosten abrechnen, wenn der Mieter vor dem Eigentumswechsel auszieht und die Abrechnungsperiode noch nicht abgelaufen ist.³⁸ Diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Der BGH hat seine Rechtsprechung, wonach derjenige Vermieter zur Abrechnung verpflichtet ist, der am Ende der Abrechnungsperiode im Grundbuch eingetragen ist,³⁹ nicht geändert.

5 Übergabe

5.1 Verzögerung

Die Eigenart der vom Mieter übernommenen Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit verbietet in der Regel, dass er sich auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB beruft, wenn der Vermieter die Mietsache nicht in einem vertragsgerechten Zustand übergeben kann.⁴⁰ Denn die Mietsicherheit soll ihrer Natur nach ohne Rücksicht auf einen Streit der Parteien über die Begründetheit von Gegenrechten des Vermieters sicherstellen, dass der Vermieter wegen etwaiger verbleibender Ansprüche bis zur Höhe der Sicherheit ohne Rücksicht auf mögliche negative Veränderungen der Leistungsfähigkeit des Mieters Befriedigung erlangen kann. Dieser Sicherungszweck wird aktuell mit Beginn des Mietverhältnisses. Er würde durch die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts vereitelt.⁴¹

³⁸ Both, Info M 2007, 169.

³⁹ Vgl. z.B. BGH v. 3.12.2003 – VIII ZR 168/03, NJW 2004, 85 = WuM 2004, 94.

⁴⁰ OLG Celle v. 20.2.2002 – 2 U 183/01, NZM 2003, 64, 65.

⁴¹ OLG Düsseldorf v. 24.11.1997 - 24 W 89/96, ZMR 1998, 159; OLG Düsseldorf v. 23.3.2000 - 10 U 160/97, ZMR 2000, 453; OLG Celle v. 23.4.1997 - 2 U 118/96, ZMR 1998, 272; OLG München, v. 17.4.2000 - 3 W 1332/00, ZMR 2000, 528 = NZM 2000, 908.

Deshalb ist der Vermieter umgekehrt berechtigt, die Übergabe der Mietsache jedenfalls dann zurückzuhalten, wenn der Mieter nicht wie vereinbart die Kautionsleistung vor Übergabe leistet.⁴² Dies hat zur Konsequenz, dass der Mieter ohne Nutzung zur Mietzahlung verpflichtet ist.

Die Grundsätze gelten für die Wohnraummiete entsprechend. Hier kann der Mieter zwar jedenfalls bei Vereinbarung einer Barkautionsleistung in drei Raten zahlen. Gemäß § 551 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die erste Rate aber mit dem Mietbeginn fällig. Dieser wird regelmäßig mit der Übergabe zusammenfallen.

5.2 Einstweilige Verfügung bei Doppelvermietung?

Die Doppelvermietung (Bestehen von zwei Mietverträgen mit unterschiedlichen Mietern über die gleiche Mietsache) begründet einen Rechtsmangel,⁴³ sobald der Vermieter einem der Mieter die Räume überlässt. Denn damit wird dem Vermieter die Übergabe an den anderen Mieter unmöglich, weil der Besitz auf einem (dauerhaften) Recht beruht. Um so mehr liegt es nahe, die Überlassung der Mietsache an den anderen Mieter im Wege der einstweiligen Verfügung zu verhindern. Allerdings ist die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels für die gegebene Situation umstritten.⁴⁴

Die im Berichtszeitraum mehrfach⁴⁵ bestätigte h.M.⁴⁶ stellt darauf ab, dass hier der Grundsatz der Priorität nicht gilt und die Privatautonomie gebietet, dass der Vermieter entscheiden könne, welchem Mieter er erfülle und welchem er Schadensersatz leisten wolle. Im Übrigen könne für den Fall des Doppelverkaufs der Gläubiger kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in den §§ 883, 885 BGB durch eine Vormerkung gesichert werden. Vergleichbare Regelungen fehlten aber für die Doppelvermietung. Die Anwendung der Gegenansicht⁴⁷ führe zur Geltung des Zufallsprinzips.

⁴² OLG Düsseldorf v. 14.11.2005 – 24 U 74/05, DWW 2006, 425.

⁴³ BGH v. 11.12.1961 – VIII ZR 46/61, ZMR 1962, 175.

⁴⁴ Vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rz. 289 m.w.N.

⁴⁵ OLG Koblenz v. 25.10.2007 – 5 U 1148/07, DWW 2007, 417; KG v. 25.1.2007 – 8 W 7/07, WuM 2007, 207 = ZMR 2007, 614 = GE 2007, 590 = NZM 2007, 518.

⁴⁶ OLG Hamm v. 15.10.2003 – 30 U 131/03, NZM 2004, 192 m.w.N.

⁴⁷ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 137; *Emmerich* in Staudinger, BGB, Neubearb. 2003 § 536 BGB Rz. 48; *Derleder/Pellegrino*, NZM 1998, 557.

Die hM überzeugt immer noch nicht. Sie stellt einseitig auf die Belange des Schuldners/Vermieters ab, der sich vertragsbrüchig verhält. Mit gleichwertigen Argumenten kann auch darauf abgestellt werden, wer als Gläubiger zuerst handelt, was nach unserer Rechtsordnung nicht verboten ist, wie die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes in der Zwangsvollstreckung bestätigt. Abgesehen davon dient unsere Rechtsordnung in erster Linie der Wahrung des Rechtsschutzes und sanktioniert Vertragsbruch.

6 Miete

6.1 Kostenmiete kraft Vereinbarung?

Will der Vermieter eine Kostenmiete oder deren Erhöhung geltend machen, muss er im Zweifel die Voraussetzungen der Preisbindung darlegen und beweisen. Ein bestandskräftiger Bescheid der zuständigen Behörde, durch den die öffentlichen Mittel für die Sanierung des Gebäudes bewilligt worden sind, entfaltet insoweit keine Bindungswirkung.⁴⁸ Gelingt dem Vermieter nicht die Darlegung oder der Beweis dieser Voraussetzung oder hat er sogar entgegen seiner ursprünglichen Absicht keine öffentlichen Mittel in Anspruch genommen, sollte er sich dennoch auf die vertragliche Vereinbarung, wonach die Wohnung öffentlich gefördert ist, berufen können, wenn zudem exakt die nach dem Wohnraumförderungsgesetz höchst zulässige Miete vereinbart wurde.⁴⁹

An dieser Meinung hält der BGH nicht mehr fest.⁵⁰ Insoweit kann es dahinstehen, ob die Eigenschaft der Mieträume, öffentlich gefördert und preisgebunden zu sein, durch eine Vereinbarung unmittelbar Vertragsinhalt geworden ist. Denn jedenfalls ist die vertragliche Vereinbarung der Wohnungspreisbindung mit der Berechtigung des Vermieters zur einseitigen Mieterhöhung nach § 557 Abs. 4, § 558 Abs. 6 BGB unwirksam. Dadurch wird nämlich zum Nachteil des Mieters von § 557 Abs. 3 BGB und § 558 Abs. 1 BGB abgewichen. Die Abweichung besteht darin, dass die Mieterhöhung bei der Kostenmiete nicht der Zustimmung des Mieters bedarf. Diese Abweichung ist grundlegend,

⁴⁸ vgl. KG WuM 1985, 387 = ZMR 1985, 411; ferner BVerwG NVwZ 1987, 496, 497.

⁴⁹ BGH v. 21.1.2004 – VIII ZR 115/03, WuM 2004, 282 = NZM 2004, 378 = MietRB 2004, 199.

⁵⁰ BGH v. 7.2.2007 – VIII ZR 122/05, WuM 2007, 133 = GE 2007, 510.

weil das Zustimmungserfordernis im Rahmen des Vergleichsmietenverfahrens nach § 558 BGB Ausdruck des Prinzips der Vertragsfreiheit ist, das nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Bereich des preisfreien Wohnraums nicht nur für die Einigung über die Höhe der Miete bei Vertragsschluss, sondern auch bei der Erhöhung der Miete während des laufenden Mietverhältnisses gelten soll. Die Abweichung ist für den Mieter auch nachteilig. Er kann zwar die Zahlung der vom Vermieter einseitig erhöhten Miete verweigern, so dass dieser gegebenenfalls Zahlungsklage erheben muss, in deren Rahmen die Voraussetzungen für eine Erhöhung der Kostenmiete gerichtlich nachgeprüft werden. Durch die Zahlungsverweigerung setzt sich der Mieter jedoch der Gefahr einer außerordentlichen fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 1 und 2 Nr. 3, § 569 Abs. 3 BGB aus, der er nicht mehr begegnen kann, wenn sich die einseitige Mieterhöhung des Vermieters erst im Räumungsprozess als berechtigt erweist. Diese Gefahr besteht dagegen nicht, wenn die Mieterhöhung gemäß § 558 Abs. 1 BGB der Zustimmung des Mieters bedarf, da der Vermieter insoweit nach § 558b Abs. 2 BGB erst – erfolgreich – Klage auf Erteilung der Zustimmung erheben muss, bevor ein Anspruch auf Zahlung der erhöhten Miete entsteht.

Der in der Berechtigung des Vermieters zur einseitigen Mieterhöhung bestehende Nachteil der Kostenmiete kann nicht durch etwaige Vorteile, namentlich eine geringere Höhe, ausgeglichen werden.⁵¹ Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 557 Abs. 4, § 558 Abs. 6 BGB, der für eine Einschränkung der Unwirksamkeit einer zum Nachteil des Mieters abweichenden Vereinbarung nichts erkennen lässt. Dafür spricht auch der Schutzzweck der Vorschriften, der beeinträchtigt wäre, wenn sich der Vermieter eine derartige Vereinbarung durch Gewährung anderweitiger Vorteile erkaufen könnte. Im Übrigen bietet die Kostenmiete dem Mieter, abgesehen von der Berechtigung des Vermieters zur einseitigen Mieterhöhung, nicht nur Vorteile. § 558 BGB sieht Beschränkungen der Mieterhöhung (Wartefristen, Kappungsgrenze) vor, die in § 10 WoBindG fehlen. Deswegen ist keineswegs sicher, dass die erhöhte Kostenmiete in jedem Fall niedriger ist als die nach § 558 BGB zu zahlende Miete. Angesichts dessen ist eine Vereinbarung der Kostenmiete nur dann wirksam, wenn die Einhaltung der Kostenmiete

⁵¹ vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 8. Aufl., § 557 BGB Rdnr. 66; a.A. Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., § 10 MHG Rdnr. 6.

danach lediglich eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Mieterhöhung gemäß § 558 BGB sein soll.⁵²

6.2 Aufhebung der Teilnichtigkeit durch Restitutionsklausel

Verstößt eine Vereinbarung über die Miete gegen ein gesetzliches Verbot, tritt in der Regel nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm Teilnichtigkeit ein. Das ist z.B. der Fall bei einem Verstoß gegen § 5 WiStrG oder Art. 2 § 2 MÜG unterlag. Gemäß Art. 2 § 2 MÜG durfte die Miete bei Abschluss eines Mietvertrags über Wohnraum im Sinne von § 11 Abs. 2 MHG in der Zeit vom 11. Juni 1995 bis zum 30. Juni 1997 in den neuen Bundesländern 15% der preisrechtlich zulässigen Miete nicht übersteigen.

Ein danach nichtiges Geschäft bleibt auch bei Außerkrafttreten des Verbots grundsätzlich nichtig;⁵³ das gilt auch für teilnichtige Geschäfte.

Allerdings können die Parteien wirksam vereinbaren, dass bei Aufhebung bzw. Außerkrafttretens des Verbotsgesetzes die ursprüngliche Vereinbarung (wieder) gelten soll.⁵⁴ Dem steht der Verbotszweck des Art. 2 § 2 MÜG nicht entgegen. Der Zweck des Mietüberleitungsgesetzes bestand darin, das Vergleichsmietensystem der §§ 2 ff. MHG (heute §§ 558 ff. BGB) schrittweise auch in den neuen Bundesländern einzuführen.⁵⁵ Nach seiner gesetzlichen Ausgestaltung bestand das Verbot des Art. 2 § 2 MÜG jedoch nur "beim Abschluss" des Mietvertrags; die Parteien hatten die Möglichkeit, in der Folgezeit eine andere Vereinbarung ohne die von dieser Vorschrift vorgesehenen Beschränkungen zu treffen.⁵⁶ Zudem hätten sich die Parteien bereits bei Vertragsabschluss für die Zeit nach Ablauf der bestehenden Preisbindung wirksam über eine höhere Miete einigen können.⁵⁷

⁵² *Mersson* in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Bd. 6 Mietrecht, Erg.-Lfg. Juni 2005, § 557 BGB Anm. 6 Nr. 1; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 557 Rdnr. 51.

⁵³ BGH v. 1.6.1994 - XII ZR 241/92, WuM 1994, 1940; BGH v. 19.2.1997 - XII ZR 236/95, NJW-RR 1997, 641.

⁵⁴ BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 150/06, WuM 2007, 440 = ZMR 2007, 850 = GE 2007, 1114.

⁵⁵ BT-Drs. 13/1041, S. 1 f., 7 ff.; BGH v. 22.12.2004 - VIII ZR 41/04, WuM 2005, 132.

⁵⁶ Staudinger/*Emmerich*, BGB (1997), Mietrecht 3, Anh. zu Art. 3 WKSchG II §§ 11-17 MHRG: Art. 2 § 2 MÜG Rz. 5

⁵⁷ Vgl. BGHv. 3.12.2003 - VIII ZR 157/03, WuM 2004, 28.

6.3 Formularmäßiges Aufrechnungsverbot

Nach § 309 Nr. 3 BGB ist eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Diese Bestimmung ist zwar gegenüber einem Unternehmer nicht unmittelbar anwendbar, § 310 Abs. 1 BGB i.V.m. § 14 BGB. Sie stellt aber eine konkretisierte Ausgestaltung des Benachteiligungsverbots des § 307 BGB dar, da es sich bei dem Ausschluss der Aufrechnung in den genannten Fällen um eine besonders schwerwiegende Verkürzung der Rechte des Vertragspartners handelt, die auch im Geschäftsverkehr nicht hingegenommen werden kann.⁵⁸

Der danach inhaltlich an § 309 Nr. 3 BGB auszurichtenden Inhaltskontrolle hält ein Aufrechnungsverbot nicht stand, das die Zulässigkeit der Aufrechnung entweder mit rechtskräftig festgestellten oder mit solchen Forderungen vorsieht, zu denen die Vermieterin im Einzelfall jeweils ihre Zustimmung erklärt.⁵⁹ Die Klausel stelle es damit in das Belieben des Vermieters, dem Mieter die Aufrechnung selbst mit unbestrittenen Gegenforderungen zu versagen und dessen Aufrechnungsbefugnis im Ergebnis auf rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen zu beschränken. Eine derartige empfindliche Verkürzung der Gegenrechte des Mieters benachteilige diesen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Das gegenteilige Ergebnis könne auch nicht auf das Senatsurteil vom 27.1.1993⁶⁰ gestützt werden. Dieser Entscheidung habe eine Klausel zugrunde gelegen, in der der Pächter auf das Recht zur Aufrechnung verzichtet hatte, „soweit dies gesetzlich zulässig ist und soweit nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen“ die Aufrechnung geltend gemacht werde. Denn diese Klausel habe unter zusätzlicher Berücksichtigung des dort enthaltenen Hinweises auf die zwingenden Bestimmungen des AGBG dahin ausgelegt werden können, dass sie auch die Aufrechnung mit unbestrittenen Forderungen zulasse.

⁵⁸ BGH v. 1.12.1993 - VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657, 658 m.w.N.

⁵⁹ BGH v. 27.6.2007 - XII ZR 54/05, GuT 2007, 294 = ZMR 2007, 854 = GE 2007, 1179.

⁶⁰ BGH v. 27.1.1993 - XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519.

7 Mietzeit

7.1 Kündigungsverzicht

7.1.1 Laufzeit des Kündigungsverzichts

Nachdem der BGH⁶¹ die grundsätzliche Zulässigkeit der Vereinbarung einer Mindestlaufzeit für die Wohnraummiete gebilligt hat, stand im Berichtsjahr vor allem die Frage im Vordergrund, mit welcher Laufzeit ein einseitiger oder wechselseitiger Kündigungsverzicht geregelt werden kann. Hier muss differenziert werden:

Bei einer formularmäßigen Vereinbarung ist ein länger als vier Jahre dauernden Kündigungsverzicht wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters in der Regel unwirksam.⁶² Dieser Zeitraum ist vom Abschluss der Vereinbarung und nicht der Überlassung an zu rechnen, weil sich der BGH an § 557a Abs. 3 BGB orientiert. Regelungen, die eine längere Laufzeit vorsehen sind unwirksam, da eine Reduzierung auf ein Mindestmaß eine (unzulässige) teleologische Reduktion darstellen soll.⁶³ Dabei spielt es keine Rolle, wenn die Höchstfrist am Ende des Monats auslaufen soll. Allein maßgeblich zur Berechnung der Frist ist der Tag, an dem der Mietvertrag bzw. der Kündigungsverzicht zustande kommt. Wird die sich daran anknüpfende Frist von vier Jahren um einen Tag überschritten, ist der Verzicht unwirksam. Auch in Kombination mit einer Staffelmiete soll der für mehr als vier Jahre vorgesehene formularmäßige Kündigungsverzicht insgesamt unwirksam sein, weil unter der Geltung des § 557a Abs. 4 BGB keine Aufteilung in einen wirksamen (bis vier Jahre) und einen unwirksamen Teil (über vier Jahre) erfolgen kann.⁶⁴

Ist ein einseitiger Kündigungsverzicht zu Lasten des Mieters formularmäßig geregelt, ist auch dieser wirksam, solange die 4-Jahres-Frist des § 557a Abs. 4 BGB nicht über-

⁶¹ 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.

⁶² BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346.

⁶³ BGH v. 3.5.2006 - VIII ZR 243/05, WuM 2006, 385.

⁶⁴ BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 3/05, WuM 2006, 15 = NZM 2006, 254 = ZMR 2006, 270.

schritten ist.⁶⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Kündigungsbeschränkung eine Staffelmiete vereinbart ist.

Individuell kann eine längere Zeit ausgehandelt werden und auch ein einseitiger Verzicht zu Lasten des Mieters bestimmt werden.⁶⁶ Hier bewirkt der Verstoß gegen § 557a Abs. 3 BGB die Unwirksamkeit des Verzichts für die Zeit nach Ablauf von vier Jahren.⁶⁷

7.1.2 Schriftform

Jedenfalls für den eingeschränkten Kündungsverzicht (z.B. Verzicht des Vermieters auf Eigenbedarfskündigungen) ist es umstritten, ob § 550 BGB einschlägig ist. Nach einer Ansicht ist eine Formbedürftigkeit nicht gegeben, wenn der Vermieter lediglich auf bestimmte Kündigungsgründe verzichte, weil sich nur ein genereller Kündungsverzicht unmittelbar auf die Dauer des Mietverhältnisses auswirke.⁶⁸ Nach anderer Auffassung, genüge bereits der Ausschluss lediglich bestimmter Kündigungsgründe, etwa wegen Eigenbedarfs, um die Formbedürftigkeit zu bejahen.⁶⁹

Der BGH⁷⁰ hat sich zu letzt dargestellten Meinung angeschlossen, weil nur sie mit dem Sinn und Zweck von § 550 BGB vereinbar sei. Hauptzweck des Schriftformerfordernisses (neben Warn- und Beweisfunktion) sei der Schutz des Informationsinteresses eines potentiellen Grundstückserwerbers.⁷¹ Dies gilt auch im Fall des eingeschränkten Kündungsverzichts wegen Eigenbedarfs. Ohne Einhaltung der Schriftform werde dem Erwerber anhand des Mietvertrags die Beschränkung des Kündigungsrechts nicht zur Kenntnis gelangen, obwohl gerade der Erwerber von Wohnraum nicht selten ein gesteigertes Interesse an dem Sonderkündigungsrecht habe. Für den Erwerber sei nicht nur ein genereller Kündigungsausschluss von entscheidender Bedeutung, sondern auch eine

⁶⁵ BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 154/04, WuM 2006, 97 = NZM 2006, 256 = ZMR 2006, 262.

⁶⁶ BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, WuM 2004, 157 = ZMR 2004, 251 mit Anm. Häublein.

⁶⁷ BGH v. 14.6.2006 – VIII ZR 257/04, WuM 2006, 445 = NZM 2006, 653 = DWW 2006, 422.

⁶⁸ Bub/Treier/Heile, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 730; Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., IV Rz. 60.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ BGH v. 4.4.2007 - VIII ZR 223/06, WuM 2007, 272 = ZMR 2007, 531 = GE 2007, 906 = NZM 2007, 399.

⁷¹ Bub/Treier/Heile, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 726.

wesentliche Kündigungsbeschränkung, die auf Dauer gilt. Der Ausschluss der Eigenbedarfskündigung stelle eine nicht unwesentliche Einschränkung des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums (Art. 14 GG) des Erwerbers dar.

Zwar beschäftigt der BGH sich in der Entscheidung mit einem partiellen Verzicht. Der Schutz des Erwerbers ist aber erst recht tangiert, wenn das Kündigungsrecht zu Lasten des Vermieters generell für mehr als ein Jahr ausgeschlossen ist. Allenfalls der einseitige Kündigungsverzicht zu Lasten des Mieters⁷² ist deshalb vom Schriftformerfordernis ausgeschlossen, weil hier nicht der Erwerber gebunden ist.

7.2 Wegfall des Befristungsgrundes

Nach § 575 Abs. 1 BGB kann ein Mietvertrag über Wohnraum befristet werden, wenn einer der drei genannten Gründe mitgeteilt wird. Nach h.M. muss der angegebene Grund auch tatsächlich bestehen.

Fällt er nach Abschluss des Mietvertrages weg, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Befristung nach § 575 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁷³ Vielmehr kann der Mieter nach § 575 Abs. 3 Satz 2 BGB eine Verlängerung verlangen.

8 Mietgebrauch

8.1 Anwendbarkeit von § 1004 BGB neben § 541 BGB

Gemäß § 541 BGB kann der Vermieter auf Unterlassung klagen, wenn der Mieter einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache trotz einer Abmahnung fortsetzt. Im Gegensatz dazu verlangt § 1004 BGB keine Abmahnung, so dass der Vermieter, der gleichzeitig Eigentümer ist, den Mieter unter erleichterten Voraussetzungen auf Unterlassung in Anspruch nehmen könnte.⁷⁴ Deshalb wird die Meinung vertreten, dass § 541 BGB die Anwendung des § 1004 BGB wegen seines spezielleren Charakters ausschließt.⁷⁵

Der BGH hat seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und sich der letztgenannten Meinung aus dogmatischen Gründen angeschlossen.⁷⁶ Der mietrechtliche Anspruch

⁷² vgl. dazu BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, WuM 2004, 157 = ZMR 2004, 251 mit Anm. Häublein.

⁷³ BGH v. 18.4.2007 - VIII ZR 182/06, WuM 2007, 319, 321.

⁷⁴ So z.B. BGH v. 26.6.1974 - VIII ZR 43/73, NJW 1974, 1463; LG Karlsruhe v. 28.4.2000 - 9 S 358/99, DWW 2000, 201.

⁷⁵ Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 541 BGB Rz. 2 m.w.N.

⁷⁶ Vgl. dazu BGH v. 17.4.2007 - VIII ZB 93/06, WuM 2007, 387 = GE 2007, 902 = NZM 2007, 481.

umfasst auch die Beseitigung eines vom Mieter geschaffenen vertragswidrigen Zustandes.⁷⁷

8.2 Parabolantenne

8.2.1 Umfang des vertragsgemäßen Gebrauchs bei Aufstellen auf dem Balkon

Die Aufstellung einer mobilen Parabolantenne auf dem mitvermieteten Balkon der Wohnung ist vertragswidrig, wenn sie sich nicht im Rahmen des dem Mieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB zu gewährenden vertragsgemäßen Gebrauchs hält. Was jeweils im Einzelnen zum vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters von Wohnraum gehört, richtet sich in erster Linie nach den Abreden der Parteien. Maßgebend sind bei deren – auch ergänzender - Auslegung die gesamten Umstände des Mietverhältnisses, insbesondere die Mietsache in ihrer Eigenart und deren beabsichtigte Nutzung sowie die Verkehrssitte unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben.⁷⁸

Die den vertragsgemäßen Gebrauch einschränkenden Vertragsklauseln müssen aber wirksam sein. Das ist nicht der Fall, wenn eine formularmäßige Regelung für den Fall des Vorhandenseins einer Gemeinschaftsantenne oder dem Anschluss an eine mit einem Breitbandkabel verbundenen Verteilanlage die Anbringung einer Antenne ausnahmslos verbietet, § 307 BGB.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁸⁰ ist nämlich dem Grundrecht des Mieters aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, auch in zivilgerichtlichen Streitigkeiten über die Anbringung von Satellitenempfangsanlagen an Mietwohnungen Rechnung zu tragen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das - gleichrangige - Grundrecht des Vermieters als Eigentümer aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berührt ist, wenn von ihm verlangt wird, eine Empfangsanlage an seinem Eigentum zu dulden. Das erfordert in der Regel eine fallbezogene Abwägung der von dem eingeschränkten Grundrecht und dem grundrechtsbeschränkenden Gesetz geschützten Interessen, die im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale des bürgerlichen Rechts (§ 535 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 242 BGB) vorzunehmen ist. Diese Grundsätze fordern eine Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, für die sich jede schematische Lösung verbietet.⁸¹

⁷⁷ BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 5/05, NJW 2006, 1062.

⁷⁸ vgl. OLG Karlsruhe WuM 1993, 525, 526; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 535 Rz. 35.

⁷⁹ BGH v. 16.5.2007 - VIII ZR 207/04, WuM 2007, 381 = GE 2007, 982.

⁸⁰ BVerfG, v. 17.3.2005 - 1 BvR 42/03, BeckRS 2005, Nr. 25459.

⁸¹ BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 5/05, NJW 2006, 1062.

Schließt eine Vertragsbedingung die Vornahme der notwendigen Abwägung von vornherein aus, liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters vor, § 307 Abs. 1 BGB.⁸²

Ein vertragswidriger Gebrauch liegt durch das Aufstellen der Parabolantenne auf dem Balkon dann nicht vor, wenn weder eine Substanzverletzung noch eine nennenswerte ästhetische Beeinträchtigung des Eigentums des Vermieters zu besorgen ist, sondern die Antenne keine oder lediglich geringfügige optische Beeinträchtigungen verursacht, beispielsweise weil sie im Innern des Gebäudes am Fenster⁸³ oder auf dem Fußboden im hinteren Bereich auf einem durch Vorder- und Seitenwände sichtgeschützten Balkon aufgestellt ist.⁸⁴ Denn in diesen Fällen kann der Vermieter wegen des durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Interesses des Mieters am zusätzlichen Empfang von (ausländischen) Satellitenprogrammen⁸⁵ nach Treu und Glauben verpflichtet sein, einer solchen Aufstellung zuzustimmen (§ 242 BGB). Anders kann es dagegen liegen, wenn eine auf dem Balkon aufgestellte Parabolantenne von außen deutlich sichtbar ist und dadurch zu einer ästhetischen Beeinträchtigung des im Eigentum des Vermieters stehenden Gebäudes führt.⁸⁶

Die Informationsfreiheit des Mieters wiegt aber nicht höher, wenn das Mietobjekt mit einem Breitbandkabelanschluss ausgestattet ist, der den Empfang von digitalen Zusatzprogrammen ermöglicht.⁸⁷ Bei der notwendigen Abwägung kann auch die Religionsfreiheit nicht ausschlaggebend sein, wenn der türkische Mieter alevitischen Glaubens ist.⁸⁸ Denn die Religionsfreiheit schützt nur die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, und die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten, und damit das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln. Daraus kann nicht abgeleitet

⁸² vgl. auch LG Essen WuM 1998, 344.

⁸³ vgl. AG Gladbeck NZM 1999, 221 f.

⁸⁴ vgl. AG Herne-Wanne WuM 2001, 277; AG Siegen WuM 1999, 454; weitergehend LG Hamburg WuM 1999, 454; LG Berlin GE 2003, 1330.

⁸⁵ vgl. BVerfGE 90, 27, 32 f.

⁸⁶ vgl. BVerfG, NJW-RR 2005, 661, 662; BVerfG v. 17. März 2005 - 1 BvR 42/03, BeckRS 2005, Nr. 25459.

⁸⁷ BGH v. 17.4.2007 - VIII ZR 63/04, WuM 2007, 380 = ZMR 2007, 676 = GE 2007, 903; BVerfG v. 14.2.2005 - 1 BvR 1908/01, WuM 2007, 379.

⁸⁸ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 260/06, WuM 2007, 678.

werden, dass Informationen über Rundfunk und Fernsehen erreichbar sein müssen, die auch durch Druckerzeugnisse erlangt werden könnten.

Ein kurdisch stämmiger Mieter, der inzwischen die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen hat, soll wie ein Ausländer behandelt werden können, weil sich durch die Staatsangehörigkeit seine Bindung zur Heimat nicht (automatisch) löst, so dass es auch nicht auf seine Rückkehrwilligkeit ankommen soll.⁸⁹

Die Unterscheidung zwischen Deutschen und Ausländern in den vorliegenden Fällen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁹⁰ Insoweit ist es zwar richtig, dass durch die Einbürgerung die Herkunft nicht verändert wird. Es begegnet jedoch verfassungsrechtlichen Bedenken, einige Deutsche ohne sachlichen Grund deutscher zu behandeln. Dabei wird übersehen, dass der ohne Zwang gefällte Entschluss, die deutsche Staatsbürgerschaft zu beantragen, freiwillig umgesetzt wird. Im Übrigen ist nicht verständlich, warum der Deutsche, der im Ausland geboren ist und nach 30 Jahren nach Deutschland zurückkehrt, anders behandelt werden darf, nur weil er von Anfang an Deutscher war.

8.2.2 Installation am Balkon und Europäisches Recht

Will der Mieter eine Parabolantenne (Satellitenschüssel) installieren, um einen fast unbegrenzten Fernseh-Programm-Empfang zu erhalten, muss zunächst geprüft werden, ob ein Breitbandkabelanschluss oder eine vergleichbare Empfangsquelle (z.B. terrestrisches Digitalfernsehen⁹¹ im Hause vorhanden ist. Denn in der vorliegenden Fallkonstellation müssen die Grundrechte des Mieters aus Art. 5 GG und des Vermieters aus Art. 14 GG gegeneinander abgewogen werden. Dies kann selbst dann gelten, wenn eine Gemeinschafts-Satellitenanlage vorhanden ist, über die der Mieter nicht alle Heimatsender empfangen kann.⁹² Diese Abwägung führt bei vorhandenem Breitbandkabelanschluss o.ä. grundsätzlich zu einem Übergewicht des Interesses des Vermieters an der Unversehrtheit seines Eigentums bzw. seinem Selbstbestimmungsrecht zur optischen Darstellung des Objektes.⁹³ Dies gilt erst recht, wenn der Anschluss mit einer Set-Box und Smart-Card ausgestattet ist, die den Empfang von (ggf. weiteren) Heimatsendern

⁸⁹ KG v. 11.10.2007 – 8 U 210/06, WuM 2007, 618.

⁹⁰ BerfG v. 9.2.1994 – 1 BvR 1687/02, NJW 1994, 1147.

⁹¹ vgl. dazu BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 253/04, ZMR 2005, 851.

⁹² LG Kaiserslautern v. 11.5.2005 – 3 S 28/05, NZM 2005, 739.

⁹³ OLG Naumburg v. 28.10.1993 – 4 U 110/93, WuM 1994, 17; BVerfG v. 10.3.1993 – 1 BvR 1192/02, WuM 1993, 229.

ermöglichen⁹⁴ und zwar selbst dann, wenn der Mieter dafür zusätzliche Kosten in zumutbarem Umfang (hier: 8 EURO/mtl.) aufwenden muss.⁹⁵

Ein Vorrang des Informationsinteresses des Mieters ergibt sich auch nicht aus dem Recht der Europäischen Gemeinschaft.⁹⁶ Zwar kann sich der Mieter insoweit neben der durch Art. 10 EMRK geschützten Informationsfreiheit auf die Dienstleistungsfreiheit, die durch Art. 49 des EG-Vertrages geschützt ist, berufen. Indessen sind beide Rechte nicht schrankenlos. Das Eigentum wird durch die Gemeinschaftsrechtsordnung ebenfalls geschützt.⁹⁷

8.2.3 Beschwer des Vermieters

Wird die Klage des Vermieters auf Beseitigung einer Parabolantenne abgewiesen, findet keine einheitliche Beurteilung der Beschwer statt. Einerseits wird allein auf die Kosten der Beseitigung abgestellt.⁹⁸ Andere berücksichtigen zusätzlich das Interesse des Vermieters an der Erhaltung des optischen Gesamteindrucks.⁹⁹ Schließlich wird allein der Wert der Beeinträchtigung des Vermieters durch die optische und/oder Substanzbeeinträchtigung für maßgeblich gehalten.¹⁰⁰

Nach Auffassung des BGH¹⁰¹ entspricht allein die zuletzt genannte Auffassung dem Zweck des § 3 ZPO bei der Bewertung der Beschwer gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Bei der Störung von Grundeigentum sei allein der Wertverlust durch die Störung, deren Beseitigung verlangt werde, maßgeblich. Dafür sei der Beseitigungsaufwand allenfalls mittelbar relevant. Deshalb sei eine Wertfestsetzung von „allenfalls 300 EUR“ nicht zu beanstanden.

⁹⁴ BVerfG v. 24.1.2005 – 1 BvR 1953/00, WuM 2005, 235 = NZM 2005, 252 = ZMR 2005, 932; BGH v. 2.3.2005 – VII ZR 118/04, WuM 2005, 237 = NZM 2005, 335.

⁹⁵ BVerfG v. 24.1.2005 – 1 BvR 1953/00, WuM 2005, 235 = NZM 2005, 252 = ZMR 2005, 932; vgl. auch BGH v. 2.3.2005 – VIII ZR 118/04, WuM 2005, 237 = NZM 2005, 335.

⁹⁶ BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 5/05, WuM 2006, 28 = NZM 2006, 98 = ZMR 2006, 195.

⁹⁷ EuGH v. 13.12.1979 – Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 Rz. 17 ff.; EuGH v. 5.10.1994 – Rs. C-280/93, Slg. 1995, I-4973 Rz. 77 f.

⁹⁸ LG München I v. 12.10.1993 – 20 S 17880/92 und 20 S 16565/93, WuM 1993, 745; LG Kiel v. 18.3.1994 – 1 S 319/93, WuM 1996, 632.

⁹⁹ LG Frankfurt/Main v. 8.5.2002 – 2-11 T 22/02, WuM 2002, 378 = ZMR 2002, 758.

¹⁰⁰ LG Bonn v. 11.1.1993 – 6 S 416/92, WuM 1993, 468.

¹⁰¹ BGH v. 17.5.2006 – VIII ZB 31/05, WuM 2006, 396.

Wird der Mieter aber zur Beseitigung verurteilt, sind die Kosten der Beseitigung bei der Bemessung seiner Beschwer anzusetzen.¹⁰²

8.3 Untervermietung

Zur Prüfung, ob der Vermieter seine Einwilligung zur Untervermietung i.S.v. § 540 BGB aber auch nach § 553 BGB erteilen kann, kann er verlangen, dass ihm der Mieter den Untermietinteressenten benennt und – auf Nachfrage – nähere Angaben zur Person macht. Der Umfang der Mitteilungspflicht ist im Einzelnen umstritten.¹⁰³ Richtigerweise muss der Vermieter aber ermitteln 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.¹⁰⁴ 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.

*Seine Einwilligung zur beantragten Untervermietung kann der Vermieter ohne nachteilige Folgen grundsätzlich nur verweigern kann, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt.*¹⁰⁵

8.4 Betriebspflicht des Mieters

In der Gewerberaummiete ist die Vereinbarung einer Betriebspflicht zulässig.¹⁰⁶ Formulklauseln sind an § 307 BGB, insbesondere dem Transparenzgebot zu messen. Danach

¹⁰² BGH v. 17.5.2006 - VIII ZB 31/05, WuM 2006, 396.

¹⁰³ Vgl. Lützenkirchen, MietRB 2004, 93, 95.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ vgl. dazu: die Übersicht bei Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl., G Rz.102.

¹⁰⁶ Vgl. Lützenkirchen/Dickersbach, Vertragsstörungen im Mietrecht, Rz. 892.

Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.¹⁰⁷ Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.¹⁰⁸

Diesen Grundsätzen wird folgende Klausel nicht gerecht¹⁰⁹:

"Der Mieter wird das Geschäftslokal im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen mindestens so lange offen halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält. Der Mieter hat das Recht, die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten voll auszuschöpfen. Aus seiner bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren u.a.) sind nicht zulässig."

Nach dem Wortlaut der Klausel komme es für den Umfang der Betriebspflicht des Mieters darauf an, wie lange "die überwiegende Mehrzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält". Durch diese Regelung werde der Anschein erweckt, eine Ausweitung der Betriebspflicht hänge nicht vom Willen des Vermieters, sondern allein von der Mehrheit der übrigen Mieter des Einkaufszentrums ab. Diese Annahme sei aber nicht gerechtfertigt. Tatsächlich könnten die meisten Mieter nicht frei entscheiden, wie lange sie ihr Geschäft offen halten wollten. Der Vermieter habe nämlich die überwiegende Mehrzahl der Mieter (sog. Kleinmieter) des Einkaufszentrums bei der Festlegung der Öffnungszeiten ihren Vorgaben unterworfen. Denn nach einer weiteren Klausel in dem mit den "Kleinmietern" geschlossenen Formularverträgen "bleibt dem Vermieter die abschließende Festlegung der Ladenöffnungszeiten vorbehalten". Mit einem solchen Weisungsrecht des Vermieters gegenüber anderen Mietern rechne der durchschnittliche Adressat bei der Lektüre der kassierten Klausel nicht. Er werde aufgrund der Formulierung der

¹⁰⁷ vgl. nur BGHZ 164, 16; 165, 21 f.

¹⁰⁸ BGHZ 165, 12, 22 m.w.N.

¹⁰⁹ 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.

Klausel vielmehr davon ausgehen, dass die Betriebspflicht bei den anderen Mietern wie in seinem eigenen Vertrages geregelt sei. Das Ausmaß seiner Verpflichtung werde durch die gewählte Formulierung verschleiert. Während er nach dem Wortlaut mit einer Änderung der Öffnungszeiten nur rechnen müsse, wenn sich die Mehrheit aller Mieter des Einkaufszentrums dafür ausspreche, könne in Wirklichkeit der Vermieter allein die Öffnungszeiten bestimmen.

8.5 Versorgungssperre nach Ende der Mietzeit?

Insbesondere im Fall des Zahlungsverzuges des Mieters stellt sich nach der Kündigung des Vermieters häufig die Frage, ob der Vermieter noch verpflichtet ist, die Versorgung des Mieters mit Energie sicher zu stellen. Die bisher h.M. hält die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an Versorgungsleistungen für unzulässig, weil diese Leistungen für den unterbrochenen Zeitraum nicht nachgeholt werden können.¹¹⁰ Dementsprechend soll der Mieter trotz Nichtzahlung der Miete im Wege der einstweiligen Verfügung wegen verbotener Eigenmacht die Aufnahme der Energieversorgung erreichen können.¹¹¹ Denn es kann nicht zwischen Besitz und Mietgebrauch, der nicht von § 858 BGB geschützt wird, unterschieden werden.¹¹²

In neuester Zeit ist die Auffassung zweifelhaft geworden. Unter Hinweis auf Rechtsprechung zur Wohnungseigentümergeinschaft,¹¹³ wird ein genereller Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes bei Dauerschuld- oder Sukzessivlieferungsverträgen für nicht mit dem Gesetz vereinbar gehalten.¹¹⁴ Die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes sei bei einem Mietverhältnis nicht unter dem Gesichtspunkt unzulässigen faktischen Drucks verboten. Sinn und Zweck des Zurückbehaltungsrechts gem. § 320 BGB sei gerade, auf die Gegenseite Druck auszuüben. Die Unterbrechung der Wasserversorgung stelle zudem keine verbotene Eigenmacht in Form der Besitzstörung dar. Es sei zu tren-

¹¹⁰ vgl. z. B. OLG Hamburg v. 3.11.1977 – 4 W 48/77, WuM 1978, 169; LG Berlin v. 19.6.2003 – 67 S 376/02, WuM 2003, 508; *Horst*, NZM 1998, 139 m.w.N.

¹¹¹ OLG Saarbrücken v. 25.9.2005 – 8 W 204/05 – 30, GuT 2005, 218; OLG Köln v. 26.4.2003 – 1 U 67/03, MietRB 2004, 318 = ZMR 2005, 124 = NZM 2005, 67; OLG Köln v. 15.3.2000 – 2 U 74/99, ZMR 2000, 639; LG Berlin v. 21.11.1991 – 61 S 6/91, MDR 1992, 478; AG Königsstein i. Ts. v. 17.12.2002 – 21 C 1775/02, NZM 2003, 106)

¹¹² OLG Saarbrücken v. 25.9.2005 – 8 W 204/05 – 30 -, GuT 2005, 218.

¹¹³ OLG Hamm v. 11.10.1993 – 15 W 79/93, MDR 1994, 163 sowie KG v. 21.5.2001 – 24 W 94/01, NZM 2001, 761, 762.

¹¹⁴ KG v. 8.7.2004 – 12 W 21/04, GuT 2004, 228 = ZMR 2004, 905 = NZM 2005, 65 = MietRB 2005, 3; AG Ludwigsburg v. 25.11.2005 – 10 C 3469/05, ME-01893; AG Bergheim v. 15.12.2003 – 27 C 744/03, ZMR 2005, 53.

nen zwischen dem reinen Besitz an der Mietsache und der Erbringung der vereinbarten Nebenleistungen (z. B. Heizung, Wasser) im Rahmen der Gebrauchsgewährung nach § 536 BGB. Zur Gebrauchsgewährung sei der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr verpflichtet. Bei der Geschäftsraummiete gelte dies jedenfalls auch für die Heizung.¹¹⁵ Allerdings darf sich die Unterbrechung der Versorgung nicht als (unzulässige) Selbstvollstreckung eines noch nicht rechtskräftigen Räumungstitels darstellen. Dies ist bereits der Fall, wenn der Vermieter unter Bezugnahme auf die gerade verkündete Entscheidung im Räumungsrechtsstreit die Unterbrechung der Wasserversorgung ankündigt.¹¹⁶

Ist der Vermieter infolge der Nichtzahlung des Mieters nicht mehr in der Lage, seine Abschlagszahlungen für die Gasversorgung an das Versorgungsunternehmen zu erbringen, so dass daraufhin die Gaszufuhr unterbrochen wird,¹¹⁷ besteht kein Anspruch des Mieters auf Leistung durch den Vermieter. Bei Fortbestehendem Mietvertrag rechtfertigt die mehrfache Drohung mit der Unterbrechung der Energieversorgung und die einmalige Sperrung die fristlose Kündigung des Mieters.¹¹⁸

9 Modernisierung

9.1 Mitteilung eines Ablaufplans?

In der Ankündigung nach § 554 Abs. 3 BGB muss der Vermieter die Modernisierung nach Art und Umlang sowie Beginn und voraussichtliche Dauer beschreiben.

Will der Vermieter durch den Einbau eines Duschbades mit Inntoilette ein vom Wohnungsflur aus separat zugängliches Badezimmer mit einer Fläche von 2,39 m x 1,73 m schaffen und macht er im das Ankündigungsschreiben Angaben zur Ausstattung (Stand-WC, Flachspüler, Handwaschbecken und Duschtasse mit Mischbatterie, Warmwasserversorgung über Kombitherme und Heizkörper), sowie der vorgesehenen Verfließung, wobei er zur Verdeutlichung der Lage des Raumes und dadurch bedingter Grundrissveränderungen eine Grundrisszeichnung beifügt, und ist der voraussichtliche Beginn und die Dauer der Maßnahmen konkret angegeben (vorgesehen für den 3.4.2006, Dauer

¹¹⁵ KG v. 6.9.2007 – 8 U 49/07, GE 2007, 1316 = DWW 2007, 412.

¹¹⁶ OLG Celle v. 28.4.2005 – 11 U 44/05, NZM 2005, 741.

¹¹⁷ LG Münster v. 22.11.2006 – 1 S 173/06, WuM 2007, 274.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf v. 21.3.2006 – I-24 U 132/05, GuT 2006, 135.

18 Tage), ist es nicht erforderlich, dass der Ablauf der Arbeiten hinsichtlich der einzelnen Gewerke näher mitgeteilt wird.¹¹⁹ Vom Vermieter kann nicht gefordert werden, die Bauschritte der einzelnen Gewerke in jedem Falle vor auszuplanen.¹²⁰ Übliche Baumaßnahmen müssen nicht detailliert in der Ankündigung beschrieben werden, nicht jede Einzelheit der Maßnahme und jede mögliche Auswirkung muss mitgeteilt werden.¹²¹

9.2 Angabe der Höhe der entstehenden Betriebskosten?

Zur Wirksamkeit der Ankündigung nach § 554 Abs. 3 BGB ist grundsätzlich die Angabe der zu erwartenden Mieterhöhung erforderlich. Insoweit ist die betragsmäßige Angabe der Mieterhöhung ausreichend, der Vermieter muss keineswegs die Kalkulationsgrundlage, also keine Vorabberechnung mitteilen.¹²²

Es ist streitig, ob vom Vermieter Angaben über die möglichen Auswirkungen der Modernisierungsmaßnahmen auf die Betriebskosten zu fordern sind. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass solche Angaben nicht erforderlich sind, weil diese wesentlich von dem Verhalten des Mieters abhängen.¹²³ Nach anderer Auffassung müssen die Betriebskosten, die durch Maßnahmen zusätzlich oder in größerem Umfang entstehen (z.B. Heiz- und/oder Fahrstuhlkosten), angegeben werden, weil über die erhöhte Umlage der Betriebskosten dies zu einer mittelbaren Erhöhung der Miete führt.¹²⁴ Nach weiterer Meinung muss die Ankündigung Angaben über die voraussichtliche modernisierungsbedingte Erhöhung oder Neueinführung von Betriebskosten enthalten; ist die Höhe der künftigen Betriebskosten allein vom Verhalten des Mieters abhängig, wie z. B. Energieverbrauch, soll der Vermieter den errechneten Durchschnittsverbrauch angeben müssen.¹²⁵

¹¹⁹ KG v. 10.5.2007 – 8 U 166/06, GE 2007, 907.

¹²⁰ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB Rz. 266.

¹²¹ *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozeßrecht, 4. Aufl., § 554 BGB, Rz. 134, 136; LG Berlin, GE 2001, 853.

¹²² LG Berlin, GE 1990, 497; LG Berlin, GE 2000, 126; LG Berlin, GE 2005, 149 = MM 2005, 111; vgl. auch *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 71; *Both* in Herrlein/Kandehard, Mietrecht, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 90.

¹²³ Staudinger/*Emmerich*, BGB, 2006, § 554 BGB Rz. 46; *Sternel*, PiG 62, 89, 107.

¹²⁴ *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozeßrecht, 4. Aufl., § 554 BGB Rz. 144; *Both* in Herrlein/Kandehard, Mietrecht, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 92; vgl. auch AG Schöneberg, GE 1993, 163; LG Berlin, GE 1993, 861; LG Berlin, GE 1992, 1099: Heizkosten müssen bei Umstellung von Einzelofenheizung auf Gasetagenheizung/Zentralheizung angegeben werden.

¹²⁵ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB Rz. 277 unter Verweis auf LG Berlin, GE 2005, 1492 und 1992, 1099 sowie LG München, DWW 1987, 260.

Das KG¹²⁶ hält ohne nähere Begründung Angaben zu den Kosten infolge des Betriebens einer Gastherme für die Warmwasserbereitung für die Dusche und den Badheizkörper jedenfalls dann für entbehrlich, wenn die Heizkosten (hier Gaskosten) und auch die Stromkosten nicht als Betriebskosten vom Vermieter umgelegt, sondern die Mieter mit einem oder mehreren Versorgungsträgern eigene Verträge.

Die Auffassung ist zutreffend, wenn allein darauf abgestellt werden kann, dass der Mietbegriff in § 554 Abs. 2, 3 BGB die Zahlungspflicht des Mieters nach § 535 Abs. 2 BGB erfasst. Dies ist aber zweifelhaft. Immerhin könnte der Vermieter dann durch eine Auslagerung von Betriebskosten das Sonderkündigungsrecht des Mieters oder den Härtefall unterlaufen.

10 Schönheitsreparaturen

10.1 Keine Abweichung von der bisherigen Ausführungsart

Vor allem in den Vertragsmustern der ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen findet sich häufig eine Klausel, wonach der Mieter nur mit Zustimmung des Wohnungsunternehmens von der bisherigen Ausführungsart abweichen darf.

Eine solche Klausel hält der BGH zumindest für unklar (§ 305c Abs. 2 BGB).¹²⁷ Die Unklarheit soll daraus resultieren, dass nicht eindeutig zu ermitteln ist, was unter "Ausführungsart" zu verstehen ist. Dieser Begriff kann sich entweder auf die Grundausstattung beziehen, auf die Ausgestaltung im Einzelnen oder auf beides. Es ist mithin nicht zu erkennen, ob jegliche Veränderung zustimmungspflichtig sein soll oder wo sonst die Grenze zwischen zustimmungspflichtigen und zustimmungsfreien Veränderungen liegt.¹²⁸ Ein Zustimmungsvorbehalt für jegliche Abweichung von der bisherigen "Ausführungsart" - beispielsweise die Wahl eines abweichenden Farbtons des Wand- oder Deckenanstrichs oder einer anderen Tapetenart - würde den Mieter unangemessen in der Möglichkeit beschränken, sich in der Mietwohnung nach seinem Geschmack einzurichten, ohne dass für eine so weitgehende Beschränkung ein anerkanntes Interesse des Vermieters zu erkennen ist. Da die Klausel schon aus diesem Grund der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht standhält, lässt der BGH die Frage

¹²⁶ KG v. 10.5.2007 – 8 U 166/06, GE 2007, 907.

¹²⁷ BGH v. 28.3.2007 – VIII ZR 199/06, WuM 2007, 259 = ZMR 2007, 528 = NZM 2007, 398.

¹²⁸ vgl. Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl., 1. Teil B Rdnr. 76.

offen, ob sie sich darüber hinaus wie eine unzulässige Endrenovierungsklausel auswirkt und auch deswegen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist.¹²⁹

*Insoweit spielt es keine Rolle, wenn die Klausel und die Renovierungspflicht in zwei unterschiedlichen Abschnitten geregelt sind.*¹³⁰

10.2 Abgeltungsklauseln mit starren Prozentsätzen

Nachdem der BGH schon Renovierungsklauseln mit starren Fristenplänen verworfen hatte, war kaum damit zu rechnen, dass er für Abgeltungsklauseln mit starren Prozentsätzen anders entscheiden würde, zumal untergerichtliche Entscheidungen den Weg vorgeben.¹³¹

Nimmt man das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und die dazu entwickelten Bewertungsgrundsätze ernst, ist die Entscheidung des BGH vom 18.10.2006¹³² zwangsläufig richtig. Denn es ist (abstrakt) denkbar, dass sich bei unterschiedlicher Nutzung eben verschiedene Zeitintervalle ergeben, insbesondere wenn der Mieter z.B. Materialien mit hoher Lebensdauer verwendet hat oder die Räume kaum genutzt hat, so dass noch nicht einmal eine „übliche“ Abnutzung eingetreten ist. Deshalb muss auch der Abgeltungsanspruch flexibel formuliert werden. Ansonsten ist eine Klausel eben nicht klar und verständlich. Insoweit lässt sich auch keine Teilunwirksamkeit feststellen, weil die Fristen für die Abgeltung inhaltliche Bedeutung haben.¹³³

Unabhängig von Spekulationen, wie viele Verträge von dieser Entscheidung erfasst sind, eröffnet sie über § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB (Leistungskondiktion) die Möglichkeit, bereits geleistete Zahlungen zurückzufordern. Denn anders als bei der Ausführung von Renovierungsarbeiten trotz unwirksamer Klausel,¹³⁴ geht es hier nicht um die Wertsteigerung, sondern wurde eine Zahlung geleistet, die über § 818 BGB zurückgefordert werden kann. Da es sich nicht um Aufwendungen i.S.v. § 548 Abs. 2 BGB handelt, gilt

¹²⁹ so Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl., 1. Teil B Rdnr. 75.

¹³⁰ LG Berlin v. 29.5.2007 – 63 S 442/06, GE 2007, 845.

¹³¹ vgl. z.B. LG Hamburg v. 17.06.2005 – 311 S 152/04, WuM 2005, 453.

¹³² BGH v. 18.10.2006 – VIII ZR 52/06, WuM 2006, 677 = NZM 2006, 924; BGH v. 7.3.2007 - VIII ZR 247/05, WuM 2007, 260.

¹³³ BGH v. 7.3.2007 – VIII ZR 247/05, WuM 2007, 260.

¹³⁴ vgl. dazu BGH v. 26.7.2006 – XII ZR 46/05, GE 2006, 1224; BGH v. 5.10.2005 – XII ZR 43/02, WuM 2006, 169.

die dreijährige Verjährung, die ab Kenntnis zu rechnen ist, § 199 BGB. Regelmäßig wird diese erst mit der Kenntnis der Unwirksamkeit gegeben sein.

Schließlich hat der BGH durch seinen Hinweis darauf, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nicht möglich ist, den Diskussionen über einen Ausgleich des „wirtschaftlichen Schadens“ zugunsten des Mieters – leider - eine Absage erteilt.¹³⁵ Mangels eines Haltbarkeitsdatums kann insoweit aber noch spekuliert werden, ob eine Fortsetzung der Diskussion nicht doch noch Früchte trägt.

10.3 Transparenz bei Abgeltungsklauseln

Anschließend hatte der BGH folgende Klausel zu bewerten, die in § 16 Abs. 7 des Mietvertrages enthalten war:¹³⁶

"Sind bei Beendigung des Mietvertrags die Schönheitsreparaturen entsprechend Ziff. 2-4 nicht fällig, so zahlt der Mieter an den Vermieter einen Kostenersatz für die seit der letzten Durchführung der Schönheitsreparaturen erfolgte Abwohnzeit im Fristenzeitraum gemäß Ziff. 2 bis 4, sofern nicht der Mieter die Schönheitsreparaturen durchführt oder sich nicht der unmittelbar folgende Nachmieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen bereiterklärt oder die Kosten hierfür übernimmt.

Die Höhe dieses Kostenersatzes wird anhand eines Kostenvoranschlages eines von den Vertragsparteien ausgewählten Fachbetriebes des Malerhandwerks über die üblicherweise bei der Renovierung der Mieträume anfallenden Schönheitsreparaturen ermittelt. Sie entspricht dem Verhältnis der in Ziff. 2 bis 4 festgesetzten Fristen für die Durchführung der Schönheitsreparaturen und der Wohndauer seit den zuletzt durchgeführten Schönheitsreparaturen."

Der BGH hielt die Abgeltungsklausel für unwirksam. § 16 Nr. 7 des Mietvertrags ermöglichte zwar grundsätzlich bei der Berechnung der Abgeltungsquote die zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters gebotene Berücksichtigung

¹³⁵ *Börstinghaus*, WuM 2005, 675; *Hannemann*, FS für Blank, S. 189 f.

¹³⁶ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684 = NZM 2007, 879.

des tatsächlichen Erhaltungszustands der Wohnung. Denn sie knüpfe ausdrücklich an die in § 16 Nr. 2 bis 4 geregelten Fristen für die Durchführung der Schönheitsreparaturen an und erkläre für die Abgeltungsquote das Verhältnis dieser Fristen zu der Wohndauer seit den zuletzt durchgeführten Schönheitsreparaturen für maßgeblich. Verstehe man die Quotenabgeltungsklausel dahin, dass die bisherige Wohndauer ins Verhältnis zu setzen sei zu der Zeit, nach der bei Fortdauer des Mietverhältnisses voraussichtlich eine Renovierung erforderlich sein würde, seien die Interessen des betreffenden Mieters gewahrt.

Ende das Mietverhältnis zum Beispiel nach vier Jahren, habe aber der Mieter die Wohnung nicht stärker abgenutzt, als es nach zwei Jahren zu erwarten wäre, bestehe – ausgehend von einem üblichen Renovierungsintervall von fünf Jahren für Wohnräume – Renovierungsbedarf voraussichtlich erst nach insgesamt zehn Jahren. Würden dem Mieter in diesem Fall 4/10 der Renovierungskosten auferlegt, habe er nicht mehr zu leisten, als es dem Grad seiner Abnutzung entspreche (tatsächliche Wohndauer/voraussichtlicher Renovierungsbedarf). Dasselbe Ergebnis könne auf einfachere Weise dadurch erzielt werden, dass bei der Berechnung der Quote zwar die Regelfrist zugrunde gelegt werde, dazu aber nicht die tatsächliche Wohndauer, sondern die der Abnutzung entsprechende (fiktive) Wohndauer ins Verhältnis gesetzt werde. In dem hier gebildeten Beispiel betrage die der Abnutzung entsprechende Wohndauer zwei Jahre. Bei einer Regelfrist von fünf Jahren folge daraus eine identische Beteiligungsquote von 2/5 (fiktive Wohndauer/Regelfrist).

Die vom Beklagten verwendete Quotenabgeltungsklausel benachteilige die Kläger aber deshalb unangemessen, weil dem durchschnittlichen Mieter nicht hinreichend klar und verständlich werde, wie die Abgeltungsquote konkret zu berechnen sei. Die Klausel verstoße deshalb gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB normierte Transparenzgebot. Dieses schließe das Bestimmtheitsgebot ein, dem eine Formularbestimmung nur dann genüge, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreibe. Dem werde die hier zu beurteilende Quotenabgeltungsklausel nicht gerecht.

Einem nicht juristisch gebildeten Vertragspartner erschließe sich schon nicht ohne Weiteres, dass die Maßgeblichkeit der "Abwohnzeit im Fristenzeitraum gemäß Ziffern 2 bis 4" dem Mieter auch bei der Berechnung der Quote den Einwand offen halten solle, er habe die Wohnung nur unterdurchschnittlich genutzt. Vor allem aber bleibe zweifelhaft,

wie der Fristenzeitraum gemäß Ziffer 2 bis 4 zu bestimmen sei. Da die Anwendbarkeit der Quotenabgeltungsklausel voraussetze, dass die Schönheitsreparaturen noch nicht fällig seien, könne es nur auf den Zeitraum ankommen, nach dem eine Renovierung in Zukunft voraussichtlich erforderlich sein werde. Es liege nahe, diesen Zeitraum in der Weise zu bestimmen, dass das Wohnverhalten des bisherigen Mieters hypothetisch fortgeschrieben und festgestellt werde, wann bei einer Fortdauer des Mietverhältnisses Renovierungsbedarf zu erwarten wäre. Im oben gebildeten Beispielsfall führt dies zu einer Beteiligungsquote des Mieters von $4/10$ ($2/5$).

Der Wortlaut der Klausel ermögliche im Beispielsfall dem Vermieter aber auch eine unangemessene Kostenbeteiligung des Mieters in Höhe von $4/7$. Der Fristenzeitraum gemäß § 16 Nr. 2 bis 4 könne bei der Berechnung der Quote nämlich auch in der Weise bestimmt werden, dass zu der tatsächlichen Wohndauer des Mieters derjenige Zeitraum addiert werde, der sich ergebe, wenn man von der Regelfrist für die Renovierung die der Abnutzung durch den Mieter entsprechende fiktive Mietdauer abziehe. Im Beispielsfall betrage die Regelfrist des Renovierungsintervalls fünf Jahre. Habe der Mieter davon nach dem Abnutzungsgrad der Wohnung zwei Jahre abgewohnt, verbleibe eine Restlaufzeit von drei Jahren. Damit ergäbe sich ein Renovierungsintervall von sieben Jahren, wenn zur vierjährigen Mietzeit lediglich diese drei Jahre hinzugerechnet würden. Bei einer sich hieraus ergebenden Beteiligungsquote von $4/7$ müsse der Mieter mehr als die Hälfte der Renovierungskosten tragen, obwohl er durch sein Wohnverhalten tatsächlich nur $2/5$ des Renovierungsaufwands verursacht habe.

10.4 Summierungseffekt in der Wohnraummiete

Da die Renovierungsleistung des Mieters nach ständiger Rechtsprechung des BGH¹³⁷ einen Teil der Gegenleistung des Mieters darstellt, kann die Wirksamkeitsprüfung nicht allein auf die Regelungen beschränkt sein, die für die jeweils relevante Renovierungsphase (Anfangsrenovierung, laufende Renovierung, Endrenovierung) gelten sollen. Vielmehr muss die Gegenleistung als Ganzes bewertet werden, um die Angemessenheit im Sinne von § 307 BGB vollständig erfassen zu können. In diese Prüfung müssen alle die (einheitliche) Renovierungsleistung des Mieters ergänzenden Bestimmungen einbezogen werden. Dabei muss zunächst nicht zwischen Individual- und Formulklausel unterschieden werden. Führt die Summe aller ergänzenden Renovierungsbestimmungen

¹³⁷ BGH, WuM 1987, 306 m.w.N.

zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 BGB, sind die formularmäßigen „Anteile der Gesamtgegenleistung“, also die Formulklauseln, unwirksam. Demnach kann eine Renovierungsklausel für sich genommen wirksam sein; im Verbund mit einer oder mehreren ergänzenden Regelungen zur Renovierung kann Unwirksamkeit aller (Formular-) Klauseln eintreten.¹³⁸ Insoweit ist es unerheblich, ob die Verpflichtungen des Mieters, Renovierungsleistungen in den einzelnen Phasen zu erbringen, in einer Klausel des Vertrages oder an unterschiedlichen Stellen geregelt ist.¹³⁹ Solange die weiteren Regelungen keine eigenständige Bedeutung haben, handelt es sich um eine Gesamtregelung zu einer einheitlichen Leistung, nämlich den Schönheitsreparaturen, und zwar selbst dann wenn eine der mehreren Klauseln individualvertraglich zustande gekommen ist.¹⁴⁰ Nur solche Klauseln, die zwar die Renovierung betreffen, aber selbständige Geltung haben sollen, also die eigentliche Renovierungspflicht des Mieters nicht ergänzen, sondern an ihre Stelle treten, werden nicht in die Gesamtbewertung einbezogen.¹⁴¹

Das trifft etwa für die Endrenovierungsklausel zu, die die Pflicht des Mieters nicht allein an die Beendigung des Mietvertrages, sondern zusätzlich an den Ablauf bestimmter Fristen knüpft.¹⁴² Auch die Abgeltungsklausel bleibt neben einer Regelung zu den laufenden Schönheitsreparaturen eigenständig, da sie einen eigenen Sachverhalt regelt.¹⁴³ Daraus folgt, dass der Summierungseffekt eingreift, wenn sich zwei ergänzende Klauseln infizieren oder zwei selbständige Klauseln in ihrer Kombination zu einer unangemessenen Benachteiligung führen.

Auch die Klausel, die dem Mieter ein Abweichen von der bisherigen Ausführungsart verbietet, infiziert über den Summierungseffekt die Renovierungsregelung insgesamt.¹⁴⁴ Denn die - bei isolierter Betrachtung unbedenkliche - Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen wird durch die Festlegung auf die bisherige "Ausführungsart" in ihrer dem Mieter ungünstigsten Auslegung inhaltlich dahin ausgestaltet, dass der Mieter

¹³⁸ BGH v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436.

¹³⁹ Langenberg, Schönheitsreparaturen, D Rn. 40.

¹⁴⁰ BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 163/05, WuM 2006, 306; BGH v. 2.12.1992 – VIII ARZ 5/92, WuM 1993, 175.

¹⁴¹ Beyer, GE 2007, 122, 124.

¹⁴² Beispiel: BGH v. 18.10.2006 – WuM 2006, 513 = NZM 2006, 691.

¹⁴³ Artz, NZM 2007, 265, 271.

¹⁴⁴ BGH v. 28.3.2007 – VIII ZR 199/06, WuM 2007, 259.

sich strikt an die bisherige "Ausführungsart" zu halten hat, wenn er nicht für jede Abweichung um Zustimmung der Klägerin nachsuchen will oder wenn die Zustimmung verweigert wird. Diese den Mieter unangemessen benachteiligende Beschränkung seiner Gestaltungsmöglichkeit ließe sich zwar durch die Streichung der Klausel, die das Verbot regelt, beseitigen. Dies wäre indessen eine inhaltliche Veränderung der dem Mieter auferlegten Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen und damit der Sache nach eine geltungserhaltende Reduktion der unangemessenen Formularvertragsregelung, die auch dann nicht zulässig ist, wenn die Verpflichtung als solche und ihre inhaltliche Ausgestaltung in zwei verschiedenen Klauseln enthalten sind.¹⁴⁵

Daraus folgt: Eine Renovierungsklausel kann für sich genommen wirksam sein; im Verbund mit einer oder mehrerer weiterer Regelungen zur Renovierung kann Unwirksamkeit aller Klauseln eintreten.¹⁴⁶ Insoweit ist es unerheblich, ob die Verpflichtungen des Mieters, Renovierungsleistungen in den einzelnen Phasen zu erbringen, in einer Klausel des Vertrages oder an unterschiedlichen Stellen geregelt ist.¹⁴⁷ In allen Fällen handelt es sich um eine Gesamtregelung zu einer einheitlichen Leistung, nämlich den Schönheitsreparaturen, und zwar selbst dann wenn eine der mehreren Klauseln individualvertraglich zustande gekommen ist.¹⁴⁸ Da die Überbürdung der Renovierung einen Teil der vom Mieter im Rahmen des § 535 Abs. 2 BGB geschuldeten Gegenleistung darstellt,¹⁴⁹ muss sie insgesamt der Angemessenheitsprüfung des § 307 BGB unterzogen werden.

Die Zusammenschau im Rahmen des Summierungseffektes erfasst auch die Quotenklausel. Deshalb wirkt sich die Unwirksamkeit der Regelung über die laufenden Schönheitsreparaturen,¹⁵⁰ aber auch eine unwirksame Endrenovierungsklausel auf die Wirksamkeit der Quotenklausel aus¹⁵¹.

¹⁴⁵ vgl. BGH v. 22.9.2004 - VIII ZR 360/03, NJW 2004, 3775, unter II 1 c.

¹⁴⁶ BGH v. 14.5.2003 - VIII ZR 308/02, ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436; BGH v. 2.12.1992 - VIII ARZ 5/92, WuM 1993, 175; OLG Celle, ZMR 1999, 470.

¹⁴⁷ Langenberg, Schönheitsreparaturen bei Wohnraum und Gewerberaum, 2. Aufl., D Rdnr. 40.

¹⁴⁸ BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 163/05, WuM 2006, 306; BGH v. 2.12.1992 - VIII ARZ 5/92, WuM 1993, 175.

¹⁴⁹ BGH v. 1.7.1987, WuM 1987, 306 m.w.N.

¹⁵⁰ BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 178/05, WuM 2006, 248.

¹⁵¹ LG Berlin v. 25.7.2002 - 67 S 413/01, MM 2002, 481; AG Köln in *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht, 31 Nr. 42.

10.5 Isolierte Endrenovierungsklausel

In der beratenden Praxis wurde überlegt, den Summierungseffekt dadurch zu vermeiden, dass dem Mieter eine einwandfreie Mieteinheit überlassen, keine laufende Renovierung aber eine Verpflichtung zur Endrenovierung geregelt wurde.

Diese Variante hat der BGH¹⁵² verworfen. Denn in einer derartigen Konstellation liegt nichts anderes als eine unbedingte Endrenovierungsklausel. Die Auslegung, dass der Vertrag dem Mieter Schönheitsreparaturen nur insoweit auferlegt, als nach dem Abnutzungszustand hierfür ein Bedürfnis bestehe, sei nicht gerechtfertigt. Aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Mieters liege ein Verständnis dahin näher, dass die Wohnung bei Auszug in jedem Fall frisch renoviert sein muss oder jedenfalls seit der letzten Renovierung keine Abnutzungsspuren aufweisen darf. Als uneingeschränkte Endrenovierungsverpflichtung sei die Formularbestimmung unwirksam, weil sie den Mieter unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

10.6 Schadensersatz nach § 281 BGB/Leistungsaufforderung

Die Fristsetzung nach § 281 BGB ist zunächst eine Leistungsaufforderung. Darin muss der Vermieter Art und Umfang der Renovierungsarbeiten so genau wie möglich bezeichnen.¹⁵³ Wie der Mieter die Leistung erbringt, also auf welche Art und Weise er die Ansprüche erfüllt, liegt in seinem Ermessen, solange er sich innerhalb der Verpflichtung hält.¹⁵⁴

In der Regel reicht es daher aus, die Leistung so zu bezeichnen, wie dies in § 28 Abs. 4 Satz 5 der II. BV definiert ist. Danach umfassen Schönheitsreparaturen das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschl. Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Wird der Mieter also aufgefordert, diese Arbeiten auszuführen, liegt grundsätzlich bereits eine bestimmte Leistungsaufforderung vor¹⁵⁵. Auf keinen Fall ausreichend ist die

¹⁵² BGH v. 12.9.2007 - VIII ZR 316/06, WuM 2007, 682.

¹⁵³ OLG Hamburg, WuM 1992, 70; LG Köln in *Lützenkirchen*, KM 31 Nr. 6.

¹⁵⁴ LG Berlin, GE 1991, 403.

¹⁵⁵ KG, GE 1995, 1011.

Formulierung "Vornahme der Schönheitsreparaturen" ¹⁵⁶ oder der bloße Hinweis auf eine in einer Klausel beschriebene Ausführungsform¹⁵⁷.

Ob neben der Beschreibung der auszuführenden Arbeiten auch eine Zustandsbeschreibung der Mietsache erforderlich ist, wird nicht einheitlich bewertet.¹⁵⁸ Zunehmend wird die Beschreibung des Umfangs der Arbeiten für erforderlich gehalten,¹⁵⁹ jedenfalls wenn der Vermieter die vor dem Auszug vom Mieter durchgeführten Schönheitsreparaturen beanstandet.¹⁶⁰

Da die Mahnung als Leistungsaufforderung beschrieben wird, ist eine Zustandsbeschreibung grundsätzlich nicht erforderlich. Ist jedoch ein Rückgabeprotokoll vorhanden, kann dies beigefügt werden, um die Leistungsaufforderung zu untermauern. Beinhaltet das Rückgabeprotokoll jedoch lediglich Kästchen, die angekreuzt wurden, ist Vorsicht geboten. Sind Formulare nämlich derart aufgebaut und enthalten sie nur die formularmäßige Aufforderung, "die Arbeiten auszuführen", ist damit keine genaue Bezeichnung erfolgt.¹⁶¹ Das Gleiche gilt für die Übersendung eines umfangreichen Abnahmeprotokolls, in welchem Renovierungsmängel bezeichnet sind, deren Beseitigung vom Mieter ausdrücklich verlangt wird und bei denen es zumindest zweifelhaft erscheint, ob der Mieter verpflichtet ist, diese auszuführen.¹⁶²

10.7 Ersatzanspruch des Mieters bei Renovierung ohne Verpflichtung

10.7.1 Bereicherungsansprüche

Vor allem wenn der Mieter Schönheitsreparaturen ausführt, ohne dazu (wirksam) verpflichtet zu sein (aber auch bei sonstigen Investitionen in die Mietsache), stellt sich die Frage, in welchem Umfang er Bereicherungsansprüche gegen den Vermieter geltend machen kann. Teilweise werden ihm dazu über § 812 BGB die verauslagten Kosten seiner Renovierung mit der Begründung zugesprochen, der Vermieter sei um die Reno-

¹⁵⁶ LG Berlin GE 1988, 33.

¹⁵⁷ LG Karlsruhe WuM 1991, 88.

¹⁵⁸ Dagegen: LG Köln in Lützenkirchen, Kölner Mietrecht 31 Nr. 6; *Emmerich*, NZM 2000, 1159; *Bub/Treier/Scheuer*, V Rn.167; dafür: AG Köln, Urteil v. 25.06.1998 - 205 C 498/97.

¹⁵⁹ KG v. 24.4.2003 – 12 U 275/01, ZMR 2003, 676 = MietRB 2003, 37.

¹⁶⁰ KG v. 22.1.2007 – 12 U 28/06, GE 2007, 781 = ZMR 2007, 450.

¹⁶¹ LG Hamburg WuM 1986, 311.

¹⁶² LG Hamburg WuM 1986, 242.

vierung bereichert, weil der Mieter dem Vermieter den Aufwand der Renovierung abnehme.¹⁶³ Schließlich soll, weil Renovierungen häufig hohe Kosten auslösen, für einen Ausgleich über § 812 BGB jedenfalls der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sprechen.¹⁶⁴

Diese Ansicht ist nicht unumstritten. Zwar herrscht Einigkeit darüber, dass dem Mieter in solchen Fällen ein Bereicherungsanspruch zur Seite steht.¹⁶⁵ Fraglich ist nur, wie dieser berechnet wird. Denn die Herausgabe der Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist selbst nicht möglich, also ist vom Vermieter Wertersatz zu leisten (§ 818 Abs. 2 BGB).

Dieser richtet sich auf Ausgleich des hierdurch eingetretenen höheren Ertragswertes des Mietobjekts, d.h. der bei der Neuvermietung erzielbaren höheren Mieteinnahmen.¹⁶⁶ Diese Berechnungsweise im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB hat der BGH nun wiederholt bestätigt.¹⁶⁷ Danach richtet sich der Umfang der Bereicherung bei wertsteigernden Investitionen in eine Mietsache nicht nach den Kosten der getätigten Verwendungen oder der dadurch geschaffenen objektiven Wertsteigerung des Bauwerks, sondern nach den Vorteilen, die der Vermieter aus dem erhöhten objektiven Ertragswert der Mietsache tatsächlich erzielen kann oder hätte erzielen können.¹⁶⁸

Dazu muss der Mieter zumindest vortragen, dass aufgrund seiner Leistung eine bestimmte (höhere) Miete erzielbar war (z.B. 10 €/m²).¹⁶⁹ Für welche Dauer die Bereicherung besteht (und messbar ist), ist noch unklar. Richtigerweise ist zu differenzieren: Die höhere Miete wird dauerhaft gezahlt, sodass die Bereicherung in einer Geldrente auszugleichen ist. Mit einer Mieterhöhungen nach § 558 BGB wird die Miete einem anderen, objektiven Niveau angeglichen. Ob bis dahin - von wem auch immer - Schönheitsreparaturen ausgeführt wurden, ist unerheblich. Hat sie der Nachfolgemietter getan,

¹⁶³ LG Freiburg v. 21.6.2001 – 3 S 12/01, WuM 2005, 383; LG Freiburg v. 4.12.2003 – 3 S 402/02, WuM 2005, 384 = MietRB 2004, 164; LG Stuttgart v. 13.4.2000 – 16 S 154/99, WuM 2004, 665; LG Stuttgart v. 10.10.1986 – 6 S 58/86, WuM 1986, 369; AG Bergisch Gladbach v. 6.12.1994 – 24 C 278794, *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht 31 Nr. 3 = WuM 1995, 479.

¹⁶⁴ *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 538 BGB Rz. 206 ff.

¹⁶⁵ z.B. BGH v. 4.4.1990 – VIII ZR 71/89, NJW 1990, 1789.

¹⁶⁶ BGH v. 4.4.1990 – VIII ZR 71/89, NJW 1990, 1789; OLG München v. 21.4.95 - 21 U 5722/94, NJW-RR 1997, 650; OLG Rostock v. 24.2.2005 – 3 U 187/04, ZMR 2005, 862.

¹⁶⁷ Vgl. auch BGH v. 5.10.2005 – XII ZR 43/02, NZM 2006, 15 = ZMR 2006, 185.

¹⁶⁸ BGH v. 26.7.2006 – XII ZR 46/05, GE 2006, 1224; BGH v. 5.10.2005 – XII ZR 43/02, WuM 2006, 169.

¹⁶⁹ BGH v. 26.7.2006 – XII ZR 46/05, GE 2006, 1224.

bleibt die Bereicherung unberührt. Hat der Vermieter (pflichtgemäß) renoviert, betrifft dies das Äquivalenzverhältnis des neuen Vertrages. Von da an muss der Vermieter Rücklagen für die nächste Renovierung bilden, die er z.B. in Höhe der Pauschale nach § 28 Abs. 4 II.BV der Miete entnimmt. Grundsätzlich kann man aber folgende Parallelen zu Baukostenzuschüssen ziehen: nach § 57 c Abs. 2 ZVG ist ein verlorener Baukostenzuschuss mit dem Betrag einer Jahresmiete auf vier Jahre zu verrechnen. Betrug die Miete also monatlich 500 EURO ($\times 12 = 6000$ EURO) und hat der Mieter 3000 EURO für nicht geschuldete Renovierungen ausgegeben, kann er die Ertragswertsteigerung für zwei Jahre beanspruchen.

10.7.2 Schadensersatzansprüche

Es besteht Einigkeit darüber, dass das Berufen auf eine unwirksame Formalklausel eine Pflichtverletzung des Verwenders i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB darstellt.¹⁷⁰ Die damit begründete Schadensersatzverpflichtung kann der Vermieter auf verschiedene Weise verwirklichen:

- Verlangen auf Zahlung des Abgeltungsanspruchs bei unwirksamer Quotenklausel
- Verlangen nach Renovierung trotz unwirksamer Klausel
- Schweigen auf die Ankündigung des Mieters, die Renovierung auszuführen, obwohl AGB-rechtlich keine wirksame Verpflichtung besteht (Offenbarungspflicht).¹⁷¹

Für den Vermieter und seine Mitarbeiter besteht also im Rahmen der Abwicklung beendeter Mietverträge das Problem, dass sie gegenüber dem Mieter nicht den Eindruck erwecken dürfen, trotz unwirksamer Renovierungsklausel eine Schönheitsreparatur zu verlangen. Ist die Wohnung tatsächlich renovierungsbedürftig, besteht aus heutiger Sicht die Möglichkeit, wie folgt vorzugehen:

Der Vermieter nimmt den Standpunkt ein, dass Schönheitsreparaturen wegen der übermäßigen Abnutzung geschuldet sind und weist darauf hin, dass diese Frage endgültig erst durch einen Sachverständigen geklärt werden kann. Zur Vermeidung

¹⁷⁰ BGH, NJW 1994, 2754; Artz, NZM 2007, 265, 271 m.w.N.

¹⁷¹ Artz, NZM 2007, 265, 272.

derung der dadurch entstehenden hohen Kosten wird eine Vereinbarung geschlossen, in der der Mieter den Vermieter mit der Durchführung der (umfassenden) Renovierung beauftragt, wobei der Aufwendungsersatzanspruch betragsmäßig begrenzt wird.

10.8 Haftung des Verwalters für die Verwendung 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 RBERatungsmisbrauchsG ausgenommen ist. 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 er bei wirksamer Überbürdung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter stehen würde.¹⁷² 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).

10.9 Zuschlag für Schönheitsreparaturen nach § 558 BGB

Ob der Vermieter die (unerwartete) Last der eigenen Renovierungslast 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 vorgenommen wird.¹⁷³ Es könne keinen Unterschied machen, ob die Parteien sich bewusst dafür entschieden hätten, dass der Vermieter die Schönheitsreparaturen tragen

¹⁷² KG v. 13.10.2006 – 3 U 3/06, GE 2007, 511 = ZMR 2007, 692.

¹⁷³ vgl. 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.

solle, oder ob sich dies allein daraus ergebe, dass der Vermieter wegen der Unwirksamkeit der Formulklausel von Gesetzes wegen in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet sei. Durch die Unwirksamkeit der Vertragsklausel solle nicht der Vermieter bestraft werden, sondern der Mieter vor einer unangemessenen Benachteiligung durch eine Verpflichtung zur Durchführung übermäßiger Schönheitsreparaturen geschützt werden. Da die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen Entgeltcharakter habe,¹⁷⁴ habe die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen Auswirkung auf die Höhe der ortsüblichen und angemessenen Vergleichsmiete i. S. von § 558 BGB.

Ergänzend besteht die Auffassung,¹⁷⁵ dass der Vermieter als Verwender einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel im Kompensationswege einen Zuschlag zur örtlichen Vergleichsmiete nur verlangen dürfe, wenn er zuvor dem Mieter Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturübernahme durch den Mieter angeboten habe. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Vermieter auf der Grundlage des Rücksichtnahmegebots gemäß § 241 Abs. 2 BGB infolge der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete vom Mieter verlangen könne, was aber voraussetze, dass der Vermieter dem Mieter vor einer entsprechenden Zustimmungsklage Verhandlungen über eine Vertragsänderung anbiete. Der Vermieter, der eine solche Mieterhöhung durchsetzen wolle, müsse sich selbst auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Schönheitsreparaturklausel berufen. Er enttäusche damit das Vertrauen des Mieters, der davon ausgehe, keine höhere Miete zahlen zu müssen, sondern stattdessen in längeren Abständen - gegebenenfalls in Eigenleistung - Schönheitsreparaturen durchführen zu müssen, was unter Umständen günstiger sei, da er nur Materialkosten und Zeit aufwenden müsse. Teilweise wird auch ein Wahlrecht des Mieters, entweder der Mieterhöhung zuzustimmen oder den Vermieter an der Renovierungsklausel festzuhalten, angenommen.¹⁷⁶

Weiterhin ist die Meinung vertreten,¹⁷⁷ dass jedenfalls dann, wenn der Mieter zu erkennen gebe, dass er trotz Unwirksamkeit der Überbürdung der Schönheitsreparaturen wegen

¹⁷⁴ vgl. BGH v. 6.7.1988 - NJW 1988, 2790, 2792 = WuM 1998, 294.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ vgl. *Blank*, Folgen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln, S. 22.

¹⁷⁷ LG Nürnberg-Fürth v. 18.11.2005, NZM 2006,53 = WuM 2006,53.

eines Verstoßes gegen § 307 BGB auch in Zukunft für den Erhalt der Wohnung, soweit es sich um die Folgen gewöhnlicher Abnutzung handelt, selbst zu sorgen bereit sei, es dem Vermieter verwehrt sei, einen Zuschlag auf die Miete durchzusetzen. Begründet wird diese Auffassung damit, dass es als ein gegen § 242 BGB verstoßendes widersprüchliches Verhalten erscheine, wenn sich der Vermieter als Verwender der AGB wegen der Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Klausel einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffe. Damit würde die hinter §§ 305 ff. BGB stehende Wertung konterkariert. Das Risiko der Unwirksamkeit einer Formulklausel hätte sonst entgegen der gesetzlichen Wertung der Verbraucher zu tragen.

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter der Vermieter keinen Zuschlag auf die Miete verlangen kann. Dies wird zum Teil mit dem Strafcharakter des § 307 BGB begründet,¹⁷⁸ teilweise wird auf das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln abgestellt.¹⁷⁹ Emmerich¹⁸⁰ 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.

Das OLG Karlsruhe¹⁸¹ hat sich der zuerst wiedergegebenen Auffassung angeschlossen. Nach seiner Auffassung überzeugt es, dass die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen als Hauptleistungspflicht aus dem Mietvertrag Entgeltcharakter hat, da der Vermieter bei der Bemessung des verlangten Mietzinses einkalkulieren wird, ob er in regelmäßigen Abständen Aufwendungen für Schönheitsreparaturen hat oder nicht. Dann müsse die fehlende Verpflichtung des Mieters, Schönheitsreparaturen durchzuführen, aber Auswirkung auch auf die Miethöhe haben, wobei kein sachlicher Grund für eine Differenzierung ersichtlich sei, ob die Mietparteien von vorneherein von einer Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter Abstand genommen haben oder ob sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass wegen der Unwirksamkeit einer Klausel im Formularmietvertrag der Mieter keine Schönheitsreparaturen leisten muss. Nicht überzeugend sei

¹⁷⁸ vgl. *Ahlt*, DWW 2005,96 = GuT 2005,47.

¹⁷⁹ vgl. *Hemming*, WuM 2005, 165; *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 173.

¹⁸⁰ *Emmerich*, NZM 2006, 761.

¹⁸¹ OLG Karlsruhe v. 18.4.2007 – 7 U 186/06, WuM 2007, 454 = ZMR 2007, 439 = GE 2007, 909 = NZM 2007, 481.

hingegen die Meinung, dass der „Strafcharakter“ von § 307 BGB dem Erhöhungsverlangen schon grundsätzlich entgegenstehe. Der „Strafcharakter“ von § 307 BGB erschöpfe sich darin, dass der Vermieter keinen Anspruch auf Durchführung der Schönheitsreparaturen gegen den Mieter habe und für den Zeitraum vor dem nach § 558b BGB maßgeblichen Zeitpunkt für die Mieterhöhung keinen zusätzlichen Mietzins verlangen könne. Ebenfalls nicht überzeugend sei der Ansatz, dass bei Zuerkennung eines Zuschlages ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltender Reduktion vorliegen würde. Verstöße der Inhalt einer Allgemeinen Geschäftsbedingung teilweise gegen die §§ 307 ff. BGB, sei die Klausel grundsätzlich im Ganzen unwirksam und es finde keine geltungserhaltende Reduktion auf den noch zulässigen Inhalt statt.¹⁸² Dies strebe der Vermieter aber auch nicht an. Die Klausel über die laufenden Schönheitsreparaturen sei unwirksam und solle auch nicht teilweise aufrechterhalten bleiben. Vielmehr gehe es darum, die ortsübliche Vergleichsmiete zu ermitteln. Die Auffassung, wonach es einer finanziellen Kompensation nicht bedürfe, wenn der Mieter nicht an den Vermieter wegen der Durchführung der Schönheitsreparaturen herantrete und sich selbst um den Erhalt der Wohnung kümmere, soweit es um die Folgen üblicher Abnutzung gehe, betreffe einen Sonderfall und sei schon nicht mehr anzuwenden, wenn der Mieter sich – spätestens im Prozess - auf die Unwirksamkeit der Klausel berufe und damit zum Ausdruck bringe, dass er in Zukunft nicht mehr bereit sei, für den Erhalt der Wohnung zu sorgen, soweit es um die Folgen gewöhnlicher Abnutzung geht. Der Vermieter müsse auch nicht dem Mieter zunächst die Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel anbieten, bevor er die Mieterhöhung verlangen könne. Der Mieter habe keinen Anspruch auf eine Vertragsänderung und die Unwirksamkeit einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei von Amts wegen zu beachten.

11 Schriftform

Die Schriftform des § 550 BGB ist eingehalten, wenn der schriftliche Vertrag die wesentlichen Elemente der Einigung der Parteien dokumentiert.

11.1 Anwendbarkeit des § 550 BGB bei vereinbartem Baukostenzuschuss

Ein Mietvertrag bedarf nur dann der Schriftform, wenn er für eine bestimmte Zeit, die länger als ein Jahr sein soll, fest abgeschlossen werden soll. Insoweit ist einerseits auf

¹⁸² ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, NJW 2000, 1110, 1113; BGH, NJW 1983, 1322, 1325.

die Vertragszeit und zu deren Beginn auf die vertraglich vorgesehene Übergabe abzustellen.

Hierunter fallen auch Mietverträge, zu denen der Mieter einen Baukostenzuschuss leistet, der über längere Zeit als ein Jahr abgewohnt werden kann.¹⁸³

11.2 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, 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. Diese Frist soll 2-3 Tage laufen und auch nicht deshalb zu verlängern sein, weil auf der anderen Seite¹⁸⁴ der Vertrag von zwei Personen zu unterschreiben war. Andere halten jedoch längere (regelmäßige) Annahmefristen für angemessen. So soll eine Rücksendung des unterschriebenen Exemplars innerhalb von zwei und einer halbe Woche noch rechtzeitig erfolgt sein.¹⁸⁵ Dieser Auffassung hat sich auch das KG angeschlossen.¹⁸⁶

Weist also der Mietvertrag bei den Unterschriften das jeweilige Datum aus und liegen die Unterschriftenzeiten zu weit auseinander, ist die Schriftform nicht eingehalten.¹⁸⁷ Denn die Einigung der Parteien ist nicht dokumentiert, weil die spätere Unterschrift als neues Angebot anzusehen ist und insoweit allenfalls eine schlüssige Annahme stattgefunden hat.¹⁸⁸

Die vorstehenden Grundsätze gelten entsprechend, wenn eine Annahmefrist gesetzt wurde und die Annahme nach Ablauf der Frist erklärt wird.¹⁸⁹

Angesichts der Briefwechsel-Entscheidung des BGH¹⁹⁰ ist es zweifelhaft, ob sich diese (z.Zt. herrschende) Meinung durchsetzt. Immerhin ist die Einigung inhaltlich dokumen-

¹⁸³ OLG Düsseldorf v. 19.4.2007 – I-10 U 122/06, ZMR 2007, 446.

¹⁸⁴ KG, WuM 2001, 111.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ KG v. 5.7.2007 – 8 U 182/06, NZM 2007, 731.

¹⁸⁷ KG v. 25.1.2007 – 8 U 129/06, GuT 2007, 87 = WuM 2007, 346 = ZMR 2007, 535 = NZM 2007, 517.

¹⁸⁸ Leo, MietRB 2003, 15; Lindner-Figura/Hartl, NZM 2003, 750; Stiegele, NZM 2004, 606.

¹⁸⁹ LG Nürnberg-Fürth v. 26.8.2005 – 2 HK O 4406/05, GuT 2006, 13.

tiert. Dass die Unterschriften nicht das wahre Angebot und die wahre Annahme repräsentieren, ist im Hinblick auf den Schutzzweck des § 550 BGB belanglos. Der Erwerber sieht einen „vollständigen“ Vertrag, auf dessen Grundlage die Parteien den Vertrag abwickeln und aus dem er die maßgeblichen Abreden ermitteln kann. Wäre die Einigung nach § 147 Abs. 1 BGB mündlich zustande gekommen, hätte die Schriftform allein deklaratorische Wirkung. Unterschiedliche Daten würden allein dokumentieren, wann die Unterschriften geleistet wurden. Nur weil die Schriftform im Fall des § 147 Abs. 2 BGB konstitutive Wirkung haben sollte und der Vertrag im Ergebnis konkludent zustande kommt, kann eine Verletzung der Schriftform nicht angenommen werden.

11.3 Handeln von Vertretern

Handelt für eine Vertragspartei ein Vertreter, genügt die Unterschrift des Vertreters jedenfalls dann, wenn das Vertretungsverhältnis in der Urkunde zum Ausdruck kommt.¹⁹¹ Insoweit ist ein Zusatz ausreichend, der den handelsrechtlichen Gepflogenheiten entspricht (vgl. §§ 51, 57 HGB). Aber auch ohne einen solchen Zusatz ist die Schriftform gewahrt, wenn allein der Vertreter unterschreibt und aus der Urkunde deutlich wird, dass er nicht selbst Vertragspartner werden sollte, so dass er nur als Vertreter gehandelt haben kann, wie das z.B. bei der Unterschrift eines Geschäftsführers einer GmbH ohne Stempel der GmbH¹⁹² oder einer Aktiengesellschaft¹⁹³ der Fall ist oder wenn eine Ehefrau, die im Vertragsrubrum nicht genannt ist, den Vertrag unterschreibt.¹⁹⁴ Dies soll selbst dann gelten, wenn zwei Vertreter ohne Vertretungszusatz und Stempelaufdruck unterschreiben und sich ihre Vertretungsmacht auch nicht aus dem Handelsregister ergibt.¹⁹⁵

Auf die Frage, ob der Handelnde tatsächlich bevollmächtigt oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, kommt es im Rahmen der Schriftform nicht an. Denn

¹⁹⁰ BGH v. 14.7.2004 – XII ZR 68/02, WuM 2004, 534 = NZM 2004, 738 = MietRB 2004, 344.

¹⁹¹ RG v. 25.9.1912 – Rev. III 277/12, RGZ 80, 400, 405.

¹⁹² BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, GE 2007, 1481 = NZM 2007, 837; BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 132/03, GuT 2005, 143, 145 = NZM 2005, 502.

¹⁹³ KG v. 24.5.2007 – 8 U 193/06, GE 2007, 1483 = NZM 2007, 803.

¹⁹⁴ OLG Hamm v. 23.11.2005 – 30 U 45/05, ZMR 2006, 205.

¹⁹⁵ OLG Hamm v. 26.10.2005 – 30 U 121/05, MietRB 2006, 122.

wenn der Vertrag mangels ausreichender Vertretung nicht wirksam zustande gekommen ist, bedarf es keines Schutzes des Erwerbers.¹⁹⁶

11.4 Beschreibung des Mietobjektes

Unerlässlich für die Einhaltung der Schriftform ist die genaue Umschreibung des Mietobjektes.¹⁹⁷ Insoweit wird der Schriftform genügt, wenn sich der Gesamthalt 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.¹⁹⁸ Die nur vage Beschreibung der Mietsache (400 – 500 m²), die vom Mieter nach Fertigstellung bezogen werden sollen, ist nicht ausreichend.¹⁹⁹ Zur Beschreibung einer Wohnung²⁰⁰ oder einer Gewerbeeinheit²⁰¹ muss grundsätzlich deren Lage im Haus oder der Etage jedenfalls dann mitgeteilt werden, wenn mehrere Einheiten bestehen.

Dagegen muss die Lage eines evtl. mitvermieteten Stellplatzes oder Kellerraumes nicht exakt mitgeteilt werden. Wird der Raum nur als solches angegeben, ist die Klausel so auszulegen, dass der Vermieter die Lage gemäß § 315 BGB bestimmen kann.²⁰² Abgesehen davon hatte die Abwicklung des Vertrages gezeigt, dass der Keller ein zu vernachlässigender Nebenpunkt war.

Ist die Mietsache in der Ausgangsurkunde nicht ausreichend bezeichnet, kommt eine Heilung dieses Mangels der Schriftform in Betracht, wenn die Parteien einen Nachtrag – wegen anderer Absprachen – schaffen, in dem sie das Mietobjekt mit einer Nummer bezeichnen, mit deren Hilfe über eine Liste eine Identifizierung des Objektes möglich ist.²⁰³

¹⁹⁶ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2008, 365.

¹⁹⁷ BGH, WuM 1999, 516, 517; BGH, WuM 1999, 286.

¹⁹⁸ BGH, WuM 1999, 516, 517; OLG Hamm, ZMR 1998, 623.

¹⁹⁹ KG v. 17.8.2006 – 8 U 33/06, NZM 2007, 248.

²⁰⁰ LG Gießen v. 10.11.2006 – 1 S 221/06, WuM 2007, 11.

²⁰¹ BGH v. 2.11.2005 – XII ZR 233/03, ZMR 2006, 116, 118.

²⁰² 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.

²⁰³ BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, ZMR 2007, 611 = GE 2007, 1375 = NZM 2007, 443.

11.5 Mietbeginn mit der Übergabe

Zu den beurkundungspflichtigen Abreden gehört auch die Mietzeit. Diese kann insbesondere bei der Vermietung vom Reißbrett problematisch sein, wenn der Fertigstellungstermin ungewiss ist. Vielfach wird hier die Mietzeit an die Übergabe geknüpft, die vom Vermieter mit einer Frist anzukündigen sein soll. Insoweit ist maßgeblich auf den Zeitpunkt der Einigung abzustellen. Allerdings wird eine Vereinbarung, in der der Mietbeginn an die Übergabe geknüpft werden soll, für zu unbestimmt gehalten, weil ein Erwerber z.B. nicht allein anhand des Vertrages ermitteln könne, bis wann eine Option ausgeübt werden müsse.²⁰⁴

Der BGH hebt hervor, dass bei der Schriftform keine strengeren Maßstäbe gelten wie bei der Einigung selbst. Sei der Inhalt der vertraglichen Abrede bestimmbar, genüge sie den Anforderungen an die Einigung und können für die Schriftform keine höheren Anforderungen gestellt werden. Deshalb sei die Schriftform eingehalten, wenn die Mietzeit im Vertrag mit „ab der Übergabe 15 Jahre“ festgehalten werde.²⁰⁵ Denn die Übergabe sei ein objektiv bestimmbarer Vorgang.

11.6 Pflicht zur Heilung?

Es soll einen Rechtsmissbrauch i.S.v. § 242 BGB begründen, wenn der Vermieter das Mietvertrags-Formular vollständig gestellt hat und sich anschließend auf die nicht ausreichende Dokumentation seiner Vertretungsverhältnisse beruft.²⁰⁶ Ebenso soll ein Rechtsmissbrauch vorliegen, wenn der Mietvertrag eine Klausel vorsieht, in der sich die Parteien ausdrücklich verpflichten, im Falle eines Formmangels auf jederzeitiges Verlangen einer Partei die Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis genüge zu tun und den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform zu kündigen.²⁰⁷ Derartige Formularregelungen sollen auch unter der Überschrift „Allgemeine

²⁰⁴ OLG Dresden v. 31.8.2004 – 5 U 946/04, NZM 2004, 827; OLG Naumburg v. 7.9.2004 – 9 U 3/04, NZM 2004, 825.

²⁰⁵ BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, ZMR 2007, 611 = GE 2007, 1375 = NZM 2007, 443; BGH v. 2.11.2005 – XII ZR 212/03, GuT 2006, 11 = NZM 2006 54 = ZMR 2006, 115.

²⁰⁶ OLG Köln v. 23.11.2004 – 22 U 77/04, GuT 2005, 52.

²⁰⁷ KG v. 13.11.2006 – 8 U 51/06, GE 2007, 650 = ZMR 2007, 272 = NZM 2007, 402; KG v. 22.5.2004 – 8 U 422/01, MietRB 2004, 8; OLG Köln v. 23.9.2005 1 U 43/04, GuT 2006, 14.

Regelungen“ nicht überraschend sein oder eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB herbeiführen.²⁰⁸

Bei der Annahme einer Pflicht zur Heilung eines Formmangels ist Vorsicht geboten. Sie stellt sich nämlich als Umgehung des unabdingbaren § 550 BGB dar. Sie kann insbesondere nicht aus einer salvatorischen Klausel hergeleitet werden.²⁰⁹ Soweit sie als Erhaltungsklausel formuliert ist, greift sie nicht ein, weil ein Schriftformmangel keine Teilnichtigkeit i.S.v. § 139 BGB hervorruft. Als Ersetzungsklausel ist sie nicht einschlägig, weil die fehlende Schriftform nicht zur Nichtigkeit führt.

Eine Pflicht zur Heilung kann ohne Umgehung des § 550 BGB allenfalls in Ausnahmefällen eingreifen, also z.B. wenn der Vertrag von vorneherein (bewusst) lückenhaft (hier: noch nicht festgelegte Freifläche) abgeschlossen wurde. Hier kann eine entsprechende Klausel über § 242 BGB ausnahmsweise eine Pflicht zur Nachbeurkundung begründen.²¹⁰

11.7 Schadensersatz wegen enttäuschem Vertrauen?

12 Gewährleistung

12.1 Erhaltungsanspruch und § 536b BGB

Der Anspruch des Mieters auf Erfüllung der Erhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) besteht neben der Minderung und kann dem Vermieter nach § 320 BGB entgegengehalten werden.²¹¹ Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hindert den Eintritt des Verzugs mit der Folge, dass eine außerordentliche Kündigung wegen Verzugs nicht möglich ist.²¹²

Selbst wenn Gewährleistungsrechte nach § 536b BGB nicht mehr ausgeübt werden können, kann der Mieter den Erfüllungsanspruch noch geltend machen und auch die

²⁰⁸ KG v. 13.11.2006 – 8 U 51/06, GE 2007, 650 = ZMR 2007, 272 = NZM 2007, 402.

²⁰⁹ BGH v. 25.7.2007 – XII ZR 143/05, GuT 2007, 299 = GE 2007, 1311 = ZMR 2007, 859 NZM 2007, 730; BGH v. 17.7.2002 – XII ZR 248/99, NZM 2002, 823; a.A. OLG Jena v. 20.7.1999 – 3 U 1623/98, NZM 1999, 906; *Schlicht*, ZMR 2004, 238, 240.

²¹⁰ OLG Celle v. 22.7.2004 – 13 U 71/04, NZM 2005, 219.

²¹¹ BGH v. 26.2.2003 - XII ZR 66/01, NJW-RR 2003, 727 f.

²¹² BGHZ 84, 42, 44.

Leistungsverweigerung ausüben.²¹³ § 536b BGB erfasst zwar den aus der Verzug mit der Mängelbeseitigung resultierenden Schaden, nicht aber den Erhaltungs-/Mängelbeseitigungsanspruch selbst.

12.2 §536b BGB

Die Ausschlusswirkung des § 536 b BGB greift ein bei

- positiver Kenntnis eines Mangels bei Abschluss des Vertrages
- grob fahrlässiger Unkenntnis bei Abschluss des Vertrages (z.B. Anmietung ohne Besichtigung), ohne dass der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hat²¹⁴
- bei Kenntnis des Mangels und vorbehaltloser Übernahme.

Die Einwendung ist von Amts wegen zu berücksichtigen ist.²¹⁵ Zur Annahme einer positiven Kenntnis reicht es grundsätzlich nicht aus, dass der Mieter einen bestimmten Zustand (z.B. Gaststätte im Haus) kennt. Vielmehr müssen ihm auch die Auswirkungen (hier: Lärmbeeinträchtigungen) bewusst sein.²¹⁶ Insbesondere wenn Mängel (ohne Vorbehalt) bereits in einem Übergabeprotokoll ausdrücklich vermerkt sind, tritt der Ausschluss ein.

In vielen Mietverträgen findet sich die Formulierung: „Der Mieter hat das Objekt besichtigt und übernimmt es im derzeit vorhandenen Zustand“. Eine derartige Klausel dient allein der Beschreibung des Mietobjektes.²¹⁷ Ein Hinweis auf verborgene Mängel oder gar darauf, dass dem Mieter solche bekannt gewesen seien mit der Rechtsfolge des § 536b BGB, könne ihr nicht entnommen werden.

Für die Annahme grober Fahrlässigkeit ist zu prüfen, ob ein Zustand gegeben war, bei dem sich das Vorliegen eines Mangels gerade zu aufdrängen musste. Insoweit trifft den Mieter in der Regel keine Erkundungs- und Untersuchungspflicht.²¹⁸ Grob fahrlässig

²¹³ BGH v. 18.4.2007 – XII ZR 139/05, GuT 2007, 208 = ZMR 2007, 605 = GE 2007, 840 = NZM 2007, 484.

²¹⁴ LG Berlin, GE 1996, 471

²¹⁵ BGH v. 10.11.1965 – 1b ZR 101/63, NJW 1966, 343.

²¹⁶ LG Berlin, MM 2003, 46.

²¹⁷ BGH v. 18.4.2007 – XII ZR 139/05, GuT 2007, 208 = ZMR 2007, 605 = GE 2007, 840 = NZM 2007, 484.

²¹⁸ BGH v. 4.4.1977 - VIII ZR 143/75, NJW 1977, 1236.

handelt er, wenn er die erforderliche Sorgfalt bei Vertragsschluss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.²¹⁹ Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 536b Satz 2 BGB ist anzunehmen, wenn die Umstände, die auf bestimmte Unzulänglichkeiten hindeuten, den Verdacht eines dadurch begründeten Mangels besonders nahelegen, der Mieter aber gleichwohl weitere zumutbare und naheliegende Nachforschungen unterlassen hat.

Dazu muss der Mieter aber zumindest die Umstände erkennen können,²²⁰ was der Vermieter darzulegen und zu beweisen hat. Im Ergebnis muss er also zumindest eine Besichtigung im maßgeblichen Zeitpunkt vortragen.

12.3 Aufwendungsersatz nach § 539 BGB

Diese Rechtsgrundverweisung räumt dem Mieter bei objektiv erforderlichen Maßnahmen einen Kostenersatz über die Grundsätze der GoA ein.²²¹ Der dafür erforderliche Fremdgeschäftsführungswille, an dessen Vorliegen ohnehin strenge Anforderungen zu stellen sind,²²² fehlt, wenn die Verwendungen nur den eigenen Zwecken und den eigenen Interessen des Mieters dienen.²²³ Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn der Mieter im Hinblick auf ein langfristiges Mietverhältnis investiert.²²⁴

Der (Auch-) Fremdgeschäftsführungswille kann aber grundsätzlich aus einer Vertragsklausel entnommen werden, die dem Mieter die Ausgestaltung der Mietsache einräumt, die mit einer Wertsteigerung verbunden ist und sich nach Beendigung des Mietvertrages nicht wieder entfernen oder beseitigen lässt. Eine solche Klausel muss jedoch ausgelegt werden.

Gestattet der Mietvertrag dem Mieter die Gestaltung der Freiflächen nach seinen individuellen Wünschen, ohne dafür einen Anspruch des Mieters auf Aufwendungsersatz vorzusehen, lässt bei einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung auf den Willen der Parteien schließen, dass der Mieter die Kosten für die Gestaltung der Freiflächen selbst tragen und Ansprüche auf den Ersatz von Aufwendungen insoweit ausge-

²¹⁹ BGH v. 28.11.1979 - VIII ZR 302/78, NJW 1980, 777.

²²⁰ BGH v. 18.4.2007 - XII ZR 139/05, GuT 2007, 208 = ZMR 2007, 605 = GE 2007, 840 = NZM 2007, 484.

²²¹ BGH, WuM 1974, 538.

²²² BGH, NJW-RR 1993, 522.

²²³ BGH, NZM 1999, 19, 20.

²²⁴ OLG Rostock v. 24.2.2005 – 3 U 187/04, ZMR 2005, 862.

geschlossen sein sollen.²²⁵ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Vertrag für bauliche Veränderungen ansonsten ausdrücklich Entschädigungsansprüche des Mieters vorsieht. Denn es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Vermieter, der dem Mieter erlaubt, die Mietsache nach dessen individuellen Wünschen und in dessen eigenem Interesse zu verändern, auch noch verpflichtet sein soll, dem Mieter die Aufwendungen hierfür zu ersetzen. Ein solcher Anspruch kann auch nicht daraus geschlossen werden, dass die Begrünung von zu einem Einfamilienhaus gehörenden Freiflächen immer auch eine Wertsteigerung bedeutet und im Regelfall kein Vermieter ein Interesse an der Verwilderung des zu seinem Haus gehörenden Grundstücks haben könne, nicht geschlossen werden, dass die Bepflanzung der Freiflächen durch die Kläger jedenfalls auch "im Sinne" der Beklagten erfolgte. Dieser Gedanke ist schon deshalb nicht tragfähig, weil das Fehlen einer Bepflanzung nicht mit einer Verwilderung des Grundstücks gleichgesetzt werden kann und weil nicht jede Begrünung den Grundstückswert steigert, da die von dem einen Nutzer als schön empfundene und damit als wertvoll angesehene Pflanzung von dem an deren Nutzer als unansehnlich und damit wertlos oder sogar den Wert des Grundstücks mindernd angesehen werden kann.

13 Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete

13.1 Unwirksames Erhöhungsverlangen durch 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.²²⁶

Ob dieser Auffassung uneingeschränkt zu folgen ist, lässt der BGH ausdrücklich offen.²²⁷ Er hebt aber hervor, dass der Vermieter grundsätzlich noch keine Änderung der Mietstruktur der bisherigen Teilinklusive miete erstrebt, wenn im Mieterhöhungsverlan-

²²⁵ BGH v. 13.06.2007 - VIII ZR 387/04, WuM 2007, 443 = ZMR 2007, 684 = GE 2007, 1049.

²²⁶ LG Hamburg, WuM 1987, 86; LG Köln, WuM 1992, 255; LG Wiesbaden, WuM 1991, 698; LG München, WuM 1995, 113; vgl. auch OLG Hamburg, 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; Münch-KommBGB/Artz, 4. Aufl., § 558a BGB Rz. 10; *Schmid/Riecke*, Mietrecht, § 558a BGB Rz. 9.

²²⁷ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, WuM 2007, 707.

gen angibt, dass der Mieter im bisherigen Umfang gesonderte Nebenkosten (Heizkosten, Be- und Entwässerung sowie Kabelgebühren) tragen sollen, 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 - ebenso wie eine nach § 558 BGB vorgenommene Mieterhöhung - 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.²²⁸ 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.

13.2 Berechnung der Jahresfrist

Nach § 558 Abs. 1 Satz 3 BGB muss der Vermieter ein Jahr seit dem Wirkungszeitpunkt der letzten Mieterhöhung zuwarten, bis er ein neues Mieterhöhungsbegehren nach § 558 BGB stellen darf. Dabei bleiben Erhöhungen nach §§ 559 bis 560 BGB ausdrücklich außer Betracht, beschränken die Jahressperrfrist also nicht.

Insoweit hatte der BGH²²⁹ bereits klargestellt, dass die Ausnahmen nicht allein durch Erhöhung begründet würden, die aufgrund eines einseitigen Mieterhöhungsverlangens erfolgt seien. Eine solche allein am Wortlaut orientierte Auslegung würde dem Sinn und Zweck des § 559 BGB nicht gerecht. Diese Vorschrift verfolgt aus wohnungs-, wirtschafts- und umweltpolitischen Gründen den Zweck, die Modernisierung vorhandenen alten Wohnbestandes zu fördern. Deshalb werde dem Vermieter ein Anreiz zur Vor-

²²⁸ LG München I, 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, 2. Aufl., § 559b BGB Rz. 25.

²²⁹ BGH v. 28.4.2004 - VIII ZR 185/03, NJW 2004, 2088.

nahme von wünschenswerten Modernisierungsmaßnahmen durch die Privilegierung der damit zusammenhängenden Kosten gegeben. Mit der im Rahmen des Mietrechtsreformgesetzes erfolgten Eingliederung der Bestimmungen des MHG in das Bürgerliche Gesetzbuch sei eine Änderung der mit § 3 MHG verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzung nicht verbunden gewesen.²³⁰ Die Privilegierung dieser Kosten habe ihren sachlichen Grund in der erwünschten Modernisierung des Wohnungsbestandes, nicht in der Art und Weise der rechtlichen Umsetzung - einseitiges Mieterhöhungsverlangen oder vertragliche Regelung - einer hierauf gestützten Mieterhöhung. Die vom Gesetzgeber als privilegiertes Merkmal für die Bemessung der Miete ausgestatteten Modernisierungskosten sollen deshalb nicht durch die Jahresfrist (§ 558 Abs. 1 Satz 2) oder die Kappungsgrenze (§ 558 Abs. 3 BGB) teilweise wieder "neutralisiert" werden.

Eine dagegen gerichtete Interpretation sei weder gerechtfertigt noch der Zielsetzung des Gesetzgebers zu vereinbaren.²³¹ Bei den geringfügigen sprachlichen Anpassungen, die in §§ 558 bis 560 BGB gegenüber den entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe vorgenommen wurden, handele es sich um redaktionelle Änderungen, mit denen eine inhaltliche Umgestaltung nicht beabsichtigt gewesen sei. Die Gesetzesmaterialien beschäftigen sich auch nicht mit der Frage, ob eine einvernehmliche Mieterhöhung wegen Modernisierung im Rahmen der Jahressperrfrist oder der Kappungsgrenze zu berücksichtigen ist.²³² Mit der Voranstellung der Mieterhöhungen kraft Parteivereinbarung in § 557 Abs. 1 und Abs. 2 BGB sollte nach der Intention des Gesetzgebers das grundsätzlich auch für Mieterhöhungen geltende Prinzip der Vertragsfreiheit und Privatautonomie im Interesse der Streitvermeidung hervorgehoben und einvernehmlichen Vertragsänderungen grundsätzlich der Vorzug eingeräumt werden.²³³ Daraus könne nicht hergeleitet werden, dass in § 558 BGB einvernehmliche Mieterhöhungen nicht relevant wären. Eine solche Auslegung würde den Vermieter im Ergebnis dazu zwingen, Mieterhöhungen wegen Modernisierung ausschließlich auf förmlichem Weg und notfalls gerichtlich durchzusetzen, nur um sich die Möglichkeit einer Anpassung der Miete nach § 558 BGB zu erhalten.

²³⁰ vgl. BT-Drs. 14/4553 S. 58.

²³¹ BGH v. 18.7.2007 – VIII ZR 285/06, WuM 2007, 703= GE 2007, 1181 = NZM 2007, 727.

²³² vgl. BT-Drs. 14/4553 S. 54 und 87 f.

²³³ BT-Drs. 14/4553 S. 52.

13.3 Anfangsmiete unter der ortsüblichen Vergleichsmiete

Liegt bereits die ursprünglich vereinbarte Miete unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete, könnte darin eine (stillschweigende) Vereinbarung gesehen werden, die einer Mieterhöhung auf die unveränderte ortsübliche Vergleichsmiete entgegen steht, § 557 Abs. 3 BGB.

Diese Annahme ist nicht gerechtfertigt.²³⁴ § 558 Abs. 1 BGB setzt nach seinem Wortlaut insoweit lediglich voraus, dass die vereinbarte Miete im Zeitpunkt des Erhöhungsverlangens hinter der ortsüblichen Vergleichsmiete zurückbleibt; zur Höhe der Ausgangsmiete verhält sich die Vorschrift nicht.²³⁵ Es ist mithin nicht erforderlich, dass sich die ortsübliche Vergleichsmiete seit Vertragsschluss erhöht hat; ebenso wenig bietet der Wortlaut des § 558 BGB Anhaltspunkte für eine Begrenzung der Mieterhöhung auf den Betrag einer seit Vertragsschluss erfolgten Steigerung der ortsüblichen Vergleichsmiete. Eine Einschränkung des Anspruchs des Vermieters auf Zustimmung zur Mieterhöhung lässt sich auch nicht aus dem Gesetzeszweck herleiten. Die gesetzliche Regelung der Mieterhöhung in §§ 558 ff. BGB soll die Wirtschaftlichkeit des Hausbesitzes erhalten. Den Interessen des Mieters wird dabei durch die Grenze der ortsüblichen Vergleichsmiete, die Jahressperrfrist, die fünfzehnmonatige Wartezeit, die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB sowie durch das Sonderkündigungsrecht des § 561 BGB ausreichend Rechnung getragen.

13.4 Größere tatsächliche Wohnfläche

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH stellt die Angabe der Wohnfläche in einem Mietvertrag im Allgemeinen keine unverbindliche Objektbeschreibung, sondern eine Beschaffenheitsvereinbarung dar, die im Falle einer Abweichung der tatsächlichen von der vereinbarten Fläche unter bestimmten weiteren Voraussetzungen dazu führen kann, dass ein Mangel der Mietsache vorliegt.²³⁶ Dabei handelt es sich um eine rechtsverbindliche Beschaffenheitsvereinbarung nicht nur dann, wenn die angegebene Wohnfläche ausdrücklich als "vereinbart" bezeichnet wird,²³⁷ sondern auch dann, wenn der Mietver-

²³⁴ BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 303/06, WuM 2007, 306 = GE 2007, 1110.

²³⁵ BGH v. 6.7.2005 - VIII ZR 322/04, NJW 2005, 2621.

²³⁶ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, WuM 2004, 337 = NJW 2004, 2230; BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, WuM 2005, 712; BGH v. 22.2.2006 - VIII ZR 219/04, WuM 2006, 245 = NJW-RR 2006, 801.

²³⁷ vgl. BGH v. 24.3.2004, VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947.

trag in Verbindung mit einer Aufzählung der vermieteten Räume die Angabe enthält: "Wohnfläche: x qm".²³⁸ Liegt somit eine Vereinbarung über die Wohnfläche vor, so hat diese Vereinbarung nicht nur Bedeutung für die Frage, ob im Falle einer Flächenabweichung ein Mangel der Mietsache vorliegt, sondern ebenso für die Berechtigung einer Mieterhöhung nach § 558 BGB, die unter anderem von der Größe der Wohnung abhängt (vgl. § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB).²³⁹ Danach ist bei der Angabe einer zu großen Wohnfläche als Grundlage der Berechnung der ortsüblichen Miete in einem Mieterhöhungsverlangen, dem der Mieter zugestimmt hat, nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) die tatsächliche, geringere Größe der Wohnung für den vom Mieter geltend gemachten Rückforderungsanspruch (nur dann) maßgeblich, wenn es sich um eine erhebliche, nämlich um eine Abweichung von mehr als 10 % handelt.

Entsprechendes gilt für den Fall einer Überschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche.²⁴⁰ Ein Abweichen von der getroffenen Vereinbarung über die Wohnfläche und ein Abstellen auf die tatsächliche Wohnungsgröße ist nur dann in Betracht zu ziehen, wenn einer der Parteien das Festhalten an der vertraglichen Vereinbarung nicht zugemutet werden kann.²⁴¹ Ein Fall der Unzumutbarkeit für den Vermieter kann aber - wie im umgekehrten Fall einer Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche - nur dann anzunehmen sein, wenn die Flächenabweichung mehr als 10 % beträgt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Vermieter bei dem vorausgegangenen Mieterhöhungsverlangen nicht die vereinbarte, sondern die tatsächliche Wohnfläche in Ansatz gebracht hat und der Mieter rechtskräftig verurteilt wurde, der auf dieser Grundlage geforderten Mieterhöhung zuzustimmen. Bei einer Überschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % wird dagegen in Betracht kommen, dass der gutgläubige Vermieter nicht auf Dauer an seinen Irrtum über die tatsächliche Größe der Wohnung gebunden bleibt, sondern dass er berechtigt ist, einem die gesetzlichen Fristen (§ 558 Abs. 1 BGB) währenden Mieterhöhungsverlangen die tatsächliche Wohnfläche zugrunde zu legen. Zwar ist die zuverlässige Ermittlung der Wohnfläche eine Angelegenheit des Vermieters, so dass grundsätzlich er das Risiko einer unzutref-

²³⁸ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268.

²³⁹ BGH v. 7.7.2004 - VIII ZR 192/03, NJW 2004, 3115.

²⁴⁰ BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 138/06, WuM 2007, 450 = ZMR 2007, 681 = GE 2007, 1045.

²⁴¹ weitergehend Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 9. Aufl., § 558 Rdnr. 62: genereller Vorrang der Wohnflächenvereinbarung nach § 557 Abs. 3 BGB.

fenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag und die sich daraus ergebenden Folgen zu tragen hat. Ein unbefristetes Mietverhältnis über Wohnraum weist jedoch gegenüber anderen unbefristeten Dauerschuldverhältnissen die Besonderheit auf, dass der Vermieter nach Aufdeckung seines Kalkulationsirrtums nicht aus diesem Grund berechtigt ist, sich von einem für ihn wirtschaftlich unzumutbaren Wohnraummietvertrag durch eine Kündigung zu lösen. Er bleibt an den Vertrag gebunden, bis das Vertragsverhältnis aus einem anderen Grund beendet wird. In anderen unbefristeten Dauerschuldverhältnissen steht dem Vertragspartner im Falle eines Kalkulationsirrtums dagegen die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung offen. Diese Besonderheit von Wohnraummietverhältnissen rechtfertigt es, den Vermieter nicht auf Dauer an einer für ihn unzumutbaren vertraglichen Vereinbarung über die Wohnfläche festzuhalten, sondern bei einer anstehenden Mieterhöhung anstelle der vertraglich vereinbarten nunmehr die tatsächliche Wohnungsgröße zugrunde zu legen. Es bleibt dann dem Mieter überlassen, ob dieser sich die - entsprechend ihrer tatsächlichen Größe - teurere Wohnung leisten kann und will oder ob er seinerseits von dem nur ihm zustehenden Recht, das Mietverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen ordentlich zu kündigen, Gebrauch macht.

13.4.1 Berechnung der Wohnfläche

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Begriff der "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen und dementsprechend aufgrund der bis zum 31.12.2003 anwendbaren §§ 42 bis 44 II. BV zu ermitteln. Etwas anderes gilt nur, wenn

- die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beigemessen haben oder
- ein anderer Berechnungsmodus ortsüblich oder
- nach der Art der Wohnung naheliegender ist.²⁴²

Mit dem Begriff des ortsüblichen Berechnungsmodus ist eine bestehende örtliche Verkehrssitte, die Wohnfläche nach einer der für die Wohnflächenberechnung in Betracht kommenden Bestimmungen - also nach der II. BV oder der WflV, der DIN 283 oder der

²⁴² vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230.

DIN 277 - zu berechnen, gemeint.²⁴³ Sofern eine regionale Übung zur Berechnung der Wohnfläche auf die DIN 283 abstellt,²⁴⁴ ist dies nicht zu beanstanden; denn der Umstand, dass die DIN 283 im Jahre 1983 zurückgezogen wurde, spricht nicht gegen ihre inhaltliche Richtigkeit.²⁴⁵

Dennoch kommt die DIN 283 nicht als Berechnungsmethode in Betracht, solange sie nicht als ortsübliche Berechnungsweise ermittelt wurde.²⁴⁶ Ist der Mietvertrag vor dem 1.1.2004 geschlossen worden, gilt nicht die Wohnflächenverordnung, sondern die Vorschriften der bis zum 31.12.2003 anwendbaren II. BV. Die Anwendbarkeit der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Berechnungsvorschriften bei frei finanziertem Wohnraum beruht auf der Annahme einer entsprechenden stillschweigenden Vereinbarung der Vertragsparteien.

14 Mieterhöhung wegen Modernisierung

14.1 Mieterhöhung bei verspäteter Ankündigung

Es ist umstritten, welche Auswirkungen eine fehlende oder verspätete Modernisierungsankündigung nach § 554 Abs. 3 BGB auf die Mieterhöhung nach § 559 BGB hat. § 559b Abs. 2 S. 2 BGB ordnet eine sechsmonatige Verlängerung des Wirkungszeitpunktes an, wenn die zu erwartende Mieterhöhung nicht oder in einem bestimmten Umfang zu gering angekündigt wurde. Eine über den Wortlaut hinausgehende Anwendung wurde teilweise mit der Begründung abgelehnt, § 559b Abs. 2 S. 2 BGB begründe eine Ausnahmevorschrift, die eben nur auf die ausdrücklich geregelten Fälle anwendbar sei.²⁴⁷ Deshalb sollte eine Mieterhöhung nicht möglich sein, wenn eine Ankündigung i.S.v. § 554 Abs. 3 S. 1 BGB verspätet war.²⁴⁸

²⁴³ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230.

²⁴⁴ so z.B. BGH v. 11.7.1997 - V ZR 246/96, WM 1997, 2176 für den Stuttgarter Raum oder LG München I, WuM 2006, 91 für den Münchner Raum.

²⁴⁵ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., Nach § 556a BGB, Rdnr. 3.

²⁴⁶ BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 231/06, WuM 2007, 441 = GE 2007, 1047.

²⁴⁷ Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 559b BGB Rz. 16; vgl. auch Börstinghaus, NZM 1999, 881.

²⁴⁸ KG, NJW-RR 1988, 1420; LG Berlin, NZM 1999, 219; Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht 9. Aufl., § 559b BGB Rz. 49, 52; Emmerich in Staudinger, BGB (2006), § 554 BGB Rz. 41

Nach Auffassung des BGH²⁴⁹ hat eine verspätete Mitteilung nicht den Ausschluss des Rechts des Vermieters zur Folge, die Miete nach einer Modernisierung gemäß §§ 559 ff. BGB zu erhöhen. Dies ergebe schon ein Vergleich mit den Rechtsfolgen, die eintreten, wenn der Vermieter die gesetzlich vorgeschriebene Mitteilung der zu erwartenden Erhöhung der Miete gänzlich unterlassen habe. Für diesen Fall ordne das Gesetz in § 559b Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 BGB nicht den Ausschluss des Mieterhöhungsrechts, sondern lediglich eine Verschiebung des Beginns der Mieterhöhung um sechs Monate an. Führt eine gänzlich unterlassene Mitteilung der zu erwartenden Mieterhöhung nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB aber nur zur einer Verzögerung des Eintritts der Mieterhöhung, könne eine erfolgte, wenn auch verspätete Modernisierungsmitteilung keine für den Vermieter nachteiligere Rechtsfolge auslösen. Die dreimonatige Ankündigungsfrist diene dem Zweck, dem Mieter ausreichend Zeit zu geben, sich auf die beabsichtigte (Bau-)Maßnahme einzustellen und sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob er diese dulden und die damit verbundene Mieterhöhung hinnehmen oder von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB Gebrauch machen wolle. Zweck der Ankündigungsfrist sei es dagegen nicht, dem Vermieter im Falle einer verspäteten Mitteilung die Umlegung der Kosten einer von ihm durchgeführten Modernisierungsmaßnahme auf die Mieter im Rahmen des § 559 BGB zu versagen.

14.2 Einführung von Betriebskosten durch Modernisierung

Fehlt im Vertrag eine (wirksame) Mehrbelastungsklausel soll nach einer Meinung eine Umlage der infolge einer Modernisierung neu entstehenden Betriebskosten nicht zulässig sein, weil § 559 BGB diese Möglichkeit nicht vorsieht.²⁵⁰ Danach sollen die neuen Betriebskosten Teil der Grundmiete werden. Teilweise wird darauf abgestellt, ob die entstehenden Betriebskosten erheblich sind.²⁵¹ Andere halten eine Umlage in den einschlägigen Fällen ohne weiteres für möglich,²⁵² wobei z.T. eine vertragliche Nebenpflicht des Mieters als Anspruchsgrundlage zum Abschluss einer Umlagevereinbarung herangezogen wird.²⁵³

²⁴⁹ BGH v. 19.9.2007 - VIII ZR 6/07, WuM 2007, 630 = GE 2007, 1479 = NZM 2007, 882 = DWW 2007, 412.

²⁵⁰ LG Berlin v. 7.11.2006 – 65 S 169/06, GE 2007, 597.

²⁵¹ *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., III Rz. 323.

²⁵² z.B. *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiets, 4. Aufl., E Rz. 3. (*Kinne*, MDR 2002, 142)

²⁵³ *Kinne*, MDR 2002, 142.

Der BGH hat sich – allerdings nur für den konkreten Fall der Umstellung von Gemeinschaftsantenne zum Breitbandkabelanschluss - der im Ansatz richtigen Auffassung angeschlossen, die eine ergänzende Vertragsauslegung für maßgeblich hält. Es könne dahinstehen, ob das laufende Entgelt für den Breitbandkabelanschluss an die Stelle der vereinbarten Umlage für eine Gemeinschaftsantenne trete, wenn diese mit dem Anschluss an das Kabelnetz beseitigt werde.²⁵⁴ Die Vereinbarung einer Umlegung von Antennenkosten führe jedenfalls dann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zur Umlegbarkeit der Breitbandkabelkosten, wenn es sich um eine duldungspflichtige Modernisierung handele.²⁵⁵ Zu den duldungspflichtigen Verbesserungsmaßnahmen i.S.v. § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB gehöre in der Regel auch der Anschluss an das Breitbandkabelnetz.²⁵⁶ Dass die Umstellung auf den Kabelanschluss für den Beklagten eine nicht zu rechtfertigende Härte bedeuten könnte (§ 554 Abs. 2 Satz 2 BGB), sei nicht ersichtlich. Es komme auch nicht darauf an, ob der Beklagte kein Fernsehgerät besitze oder den Kabelanschluss nutze. Die Kabelgebühren hätten auch nach Wohneinheiten umgelegt werden dürfen. Gemäß § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB seien die Betriebskosten, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften zwar nach dem Anteil der Wohnfläche umzulegen. Dies beruhe auf der Wertung des Gesetzgebers, dass dieser Verteilungsschlüssel für alle Betriebskosten, für die kein anderer Abrechnungsmaßstab gilt, sachgerecht sei.²⁵⁷ Bei der Schließung der Regelungslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung sei jedoch darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten. Danach sei beim Kabelempfang gerade eine Umlage nach der Anzahl der Mietobjekte sachgerecht, weil der Nutzen für jede Wohnung unabhängig von der Fläche gleich sei.

Ob auch z.B. der erstmalige Einbau einer Heizung oder eines Aufzuges den gleichen Grundsätzen unterliegt, bleibt zunächst offen. Nicht auf Anhieb erkennbar ist die Regelungslücke beim Umlageschlüssel. § 556a Abs. 1 BGB sieht für den Fall einer fehlenden

²⁵⁴ so *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 Rz. 196; a.A. *Weitemeyer* in Staudinger, BGB 2006, § 556 Rz. 65; *Wall* in Betriebskosten-Kommentar, 2. Aufl., Rz. 3826.

²⁵⁵ *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 9. Aufl., Rz. 3035c, 5371; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., III Rz. 323; a.A. *Weitemeyer* in Staudinger, a.a.O., § 556 Rz. 64.

²⁵⁶ BGH v. 15.5.1991 - VIII ZR 38/90, MDR 1991, 628 = NJW 1991, 1750; v. 20.7.2005 - VIII ZR 253/04, MietRB 2006, 91 = MDR 2006, 142 = NJW 2005, 2995.

²⁵⁷ BGH v. 20.9.2006 - VIII ZR 103/06, NJW 2006, 3557.

Vereinbarung den Umlageschlüssel Wohnfläche vor. Besteht eine Vertragslücke kann vorrangig davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine (einschlägige) gesetzliche Regelung anwenden wollten.²⁵⁸ Dies gilt im Hinblick auf § 306 BGB erst recht, wenn die Lücke – wie hier - durch eine unwirksame Formulklausel entstanden ist.

15 Betriebskosten

15.1 Prüfung technischer Anlagen

Betriebskosten sind - wie § 1 BetrKV sowie in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB definieren - die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum an dem Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung werden demgegenüber durch Reparatur und Wiederbeschaffung verursacht oder müssen zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden, um die durch Abnutzung, Alterung, Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen (§ 28 Abs. 1 der II. BV bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV). Instandsetzung und Instandhaltung betreffen deshalb Mängel an der Substanz der Immobilie oder ihrer Teile;²⁵⁹ es handelt sich dabei um weitgehend inhaltsgleiche Begriffe.

Dagegen fallen unter den Betriebskostenbegriff die Kosten der regelmäßigen Überprüfung der Funktionsfähigkeit der elektrischen Anlagen eines Mietobjekts.²⁶⁰ Denn diese Überprüfung dient als solche nicht der Beseitigung von Mängeln; die dadurch verursachten Kosten sind deshalb als sonstige - grundsätzlich umlegbare - Betriebskosten im Sinne von Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 der II. BV bzw. § 2 Nr. 17 BetrKV anzusehen.²⁶¹

Nach einer in der Literatur verbreiteten Meinung steht dieser Einordnung entgegen, dass es sich bei der Überprüfung der Elektroanlage um eine vom Vermieter in erster Linie im eigenen Interesse getroffene Vorsorgemaßnahme ("vorbeugende Instandhaltung") handele, mit der dieser zudem vor allem der ihm ohnehin obliegenden Verkehrssiche-

²⁵⁸ *Wendtland* in Bamberger/Roth, BGB, § 157 Rz. 41 m.w.N.

²⁵⁹ BGH v. 7.4.2004 - VIII ZR 167/03, NJW-RR 2004, 875 unter II 1a.

²⁶⁰ BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, WuM 2007, 198 = GE 2007, 439.

²⁶¹ MünchKomm/Schmid, BGB, 4. Aufl., BetrKV § 1 Rdnr. 9 und § 2 Rdnr. 75; *Derckx*, NZM 2005, 807, 809; Kinne, GE 2005, 165, 166; AG Tiergarten, GE 1996, 1435; vgl. auch *Staudinger/Weitemeyer*, BGB (2006), § 556 Rdnr. 45.

rungepflicht nachkomme, um sich vor einer Inanspruchnahme auf Schadensersatz zu schützen).²⁶² Dieser einschränkenden Auslegung des Betriebskostenbegriffs kann nicht gefolgt werden. Vorsorgemaßnahmen des Vermieters gehören zwar dann zur Instandhaltung, wenn Erneuerungen schon vor dem Auftreten von Mängeln getätigt werden, z.B. um einen Ausfall einer ohnehin in absehbarer Zeit zu ersetzenden Einrichtung von vornherein zu verhindern.²⁶³ Anders verhält es sich bei regelmäßig anfallenden, nicht durch eine bereits aufgetretene Störung veranlassten Maßnahmen, die der Überprüfung der Funktionsfähigkeit und Betriebssicherheit einer technischen Einrichtung dienen. Hierzu gehören etwa die in den Verordnungen ausdrücklich als Betriebskosten genannten Kosten der Prüfung der Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit der Fahrstühle sowie die Gebühren des Schornsteinfegers (Anlage 3 Nr. 7 und 12 zu § 27 der II. BV bzw. § 2 Nr. 7 und 12 BetrKV). Auch bei diesen Maßnahmen steht die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters im Vordergrund. Die regelmäßige Prüfung der Betriebssicherheit mag zwar mittelbar zu einer Minderung der Instandhaltungskosten führen, weil Mängel infolge der Inspektionen frühzeitig erkannt und im Einzelfall mit einem geringeren Kostenaufwand beseitigt werden können. Dies rechtfertigt es nach der Systematik der Betriebskostenverordnungen jedoch nicht, bereits die turnusmäßigen Prüfkosten der Mangelbeseitigung zuzuordnen.

Für die Einordnung als Betriebskosten ist es ferner nicht von Bedeutung, ob die Überprüfung der elektrischen Anlage als "Wartung" zu qualifizieren ist. Teilweise wird in der Literatur allerdings die Auffassung vertreten, mit Hilfe eines besonderen Wartungsbegriffs sei eine als sinnvoll erachtete Beschränkung der umlegbaren "sonstigen Betriebskosten" zu erzielen. Anderenfalls wäre der Vermieter - entgegen dem gesetzlichen Leitbild der Miete - in der Lage, alle regelmäßigen Kosten, die ihm für eine reibungslose Durchführung der Vermietung sinnvoll erschienen, auf den Mieter abzuwälzen.²⁶⁴ Die "Wartung" setzt sich nach dieser Auffassung als komplexer Vorgang aus der Überprüfung der Funktionsfähigkeit und weiteren Maßnahmen der Einstellung, Reinigung oder Pflege zusammen. Maßnahmen, die sich von vornherein in einer Überprüfung der Funktionsfähigkeit erschöpften - wie die Revision der Elektroanlage - seien

²⁶² *Eisenschmid* in *Eisenschmid/Rips/Wall*, Betriebskostenkommentar, 2. Aufl., § 2 BetrKV Rdnr. 3923; *Wall*, WuM 1998, 524, 526; vgl. ferner *Both*, Betriebskostenlexikon, 2. Aufl., Rdnr. 73; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Auflage, § 556 Rdnr. 109; *AG Lichtenberg*, WuM 1998, 572.

²⁶³ vgl. *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiere, 4. Aufl., A III, Rdnr. 136.

²⁶⁴ *Langenberg*, *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiere, 4. Aufl., A III, Rdnr. 137.

keine "Wartung", die dafür anfallenden Kosten deshalb auch keine sonstigen Betriebskosten.²⁶⁵

Für eine derartige Beschränkung der "sonstigen Betriebskosten" auf die Fälle einer so verstandenen "Wartung" besteht keine Grundlage. Sie lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass einzelne Wartungsarbeiten, die über eine bloße Funktionsprüfung hinausgehen (z.B. Heizungseinstellung), ausdrücklich in den Katalog der umlegbaren Betriebskosten aufgenommen wurden. Nach den Betriebskostenverordnungen können derartige Kosten insgesamt umgelegt werden, nicht etwa nur die auf Einstellmaßnahmen entfallenden Kostenanteile. Im Übrigen können sich auch die bereits erwähnten, in den Verordnungen ausdrücklich als Betriebskosten aufgeführten Maßnahmen der Überprüfung der Betriebssicherheit der Fahrstühle und die Tätigkeit des Schornsteinfegers (bei der Abgaswegeüberprüfung von Gasfeuerstätten) im Einzelfall auf eine bloße Messung und Funktionsprüfung beschränken, so dass kein grundlegender Unterschied zu der hier streitigen Revision der Elektroanlage besteht. Es ist auch nicht zu besorgen, dass dem Vermieter ohne eine Einschränkung des Betriebskostenbegriffs unübersehbare Umlagemöglichkeiten eingeräumt werden, denn die Verwaltungskosten und die Aufwendungen für die Beseitigung von Mängeln bleiben dem Vermieter zugewiesen; lediglich die laufenden Kosten einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung können - nach ausdrücklicher Vereinbarung - auf den Mieter umgelegt werden.

15.2 Sonstige Betriebskosten im Gewerbe

Führt die zur Prüfung vorliegende Abrechnung vom Katalog des § 2 BetrKV bzw. der Anlage 3 zu § 27 II. BV abweichende Positionen auf, gelten die gleichen Anforderungen wie für die Umlage der sonstigen Betriebskosten bei der Wohnraummiete. Allerdings wird vertreten, dass bei der Gewerberaumiete durch die Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV auch die sonstigen Betriebskosten erfasst sind.²⁶⁶ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, da für das Gewerberaumietrecht keine anderen Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz gestellt werden können²⁶⁷. Im Zweifel sollte also davon ausgegangen werden, dass nicht ausdrücklich genannte Positionen, die nicht einer der in

²⁶⁵ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 4. Aufl., A III, Rdnr. 149; Wall, WuM 1998, 524, 528.

²⁶⁶ OLG Celle, NZM 1999, 501, 502.

²⁶⁷ OLG Düsseldorf, MDR 1991, 964.

den Nrn. 1 – 16 des § 2 BetrKV bzw. der Anlage 3 zu § 27 II.BV aufgezählten Kostenarten zugeordnet lassen, nicht umlegbar sind.

Nicht nur bei Formularverträgen ist insoweit die Beachtung des Transparenzgebotes nach § 307 Abs. 1 S. 3 BGB erforderlich²⁶⁸. Auch bei individuellen Regelungen kommt es darauf an, ob durch die Aufzählung bzw. die Angabe einzelner Kostenarten eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit erreicht worden ist. Denn die Darstellung muss so aufgebaut sein, dass für den Mieter das Kostenrisiko überschaubar wird.²⁶⁹ Dies erfordert zumindest, dass der Inhalt und Umfang der umlegbaren Leistungen erkennbar wird. Deshalb kann eine Formulklausel in einem Gewerberaummietvertrag keinen Bestand haben, wenn sie die Umlage von Instandsetzungskosten²⁷⁰ oder den Kosten einer Werbegemeinschaft²⁷¹ ohne Kostenbegrenzung zulässt.

Soweit Kosten für das „Center-Management“²⁷² oder ein „Allgemeiner Service“²⁷³ abgerechnet werden sollen, muss die Umlagevereinbarung neben der Verwendung dieser Schlagworte zur ausreichenden Bestimmtheit eine inhaltliche Beschreibung der erfassten Tätigkeiten wiedergeben. Ansonsten können diese Kosten nicht angesetzt werden.

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

²⁶⁸ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

²⁶⁹ KG v. 8.10.2001 – 8 U 6267/00, GE 2002, 327 = NZM 2002, 954.

²⁷⁰ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

²⁷¹ BGH v. 12.7.2006 – XII ZR 39/04, ZMR 2006, 849.

²⁷² OLG Rostock v. 13.12.2004 – 3 U 56/04, GuT 2005, 158 = NZM 2005, 507; KG v. 18.9.2003 – 8 U 25/03, MietRB 2004, 70.

²⁷³ KG v. 8.10.2001 – 8 U 6267/00, GE 2002, 327 = NZM 2002, 954.

auch hier im Zweifel eine Umlagefähigkeit nur gegeben, wenn die Aggregate im einzelnen (abschließend) aufgezählt sind.

15.3 Angabe der Gesamtkosten

Formelle Fehler einer Betriebskostenabrechnung können nach Ablauf der Abrechnungsfrist nicht mehr korrigiert werden. Formelle Fehler sind gegeben, wenn die Abrechnung die Mindestanforderungen nicht erfüllt, also die Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zu Grunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen nicht bzw. fehlerhaft erfolgt ist.²⁷⁴

Zu der ersten Anforderung hat der BGH²⁷⁵ nun 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. Die Gesamtkosten sind als solche auch dann anzugeben, wenn einzelne Kostenanteile nicht umlagefähig sind. Es genügt nicht, nur die insoweit schon bereinigten Kosten mitzuteilen. Dem Mieter muss auch ersichtlich sein, ob und in welcher Höhe nicht umlagefähige Kosten vorab abgesetzt worden sind, denn auch dies hat Einfluss auf die dem Mieter angelasteten Kosten. Fehlt es an einer solchen Offenlegung, liegt ein formeller Mangel der Abrechnung vor, der zu ihrer Unwirksamkeit führt. Zieht sich der Fehler durchgängig durch die Abrechnung, ist sie insgesamt nicht formell ordnungsgemäß. Soweit ein gebotener Abzug nur im Hinblick auf einzelne Ansätze unterblieben ist, bleibt die Abrechnung im Übrigen zwar unberührt, wenn die jeweiligen Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können.

Die vorstehenden Grundsätze gelten für die Abrechnung bei gemischter Nutzung in gleicher Weise.²⁷⁶

Der BGH bevorzugt den Vermieter, der den Standpunkt vertritt, bei ihm seien keine Abzüge vorzunehmen. Denn die Frage, ob die Gesamtkosten um nicht umlagefähige Kosten zu bereinigen sind, ist eine Frage der materiellen Richtigkeit der Betriebskosten-

²⁷⁴ BGH v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 = WuM 2005 61 mwN.

²⁷⁵ BGH v. 14.2.2007 – VIII ZR 1/06, WuM 2007, 196 = GE 2007, 438.

²⁷⁶ BGH v. 11.9.2007 – VIII ZR 1/07, WuM 2007, 575 = GE 2007, ■ = NZM 2007, 770.

abrechnung. Evident wird dieses Problem bei dem Vorwegabzug bei einer gemischten Nutzung. Hier ist ein Abzug nur noch erforderlich, wenn durch die andere (z.B. gewerbliche) Nutzung erheblich mehr Kosten anfallen.²⁷⁷ Insoweit trifft nämlich den Mieter die Darlegungs- und Beweislast.²⁷⁸

Gleichzeitig wirft die Entscheidung neue Fragen zur Bedeutung von Fehlern auf: nunmehr werden wir darüber diskutieren müssen, wann sich der Fehler „durchgängig durch die Abrechnung“ zieht und wann nur eine Teilunwirksamkeit angenommen werden kann. Letzteres ist jedenfalls gegeben, wenn sich der Fehler auf drei Positionen beschränkt. So viele wurden nämlich in der Entscheidung gerügt.

15.4 Abweichende Fläche

Bisher ging die hM davon aus, dass bei einer Abrechnung nach Fläche die tatsächliche Fläche zugrunde zu legen sei und selbst Vereinbarungen über die Fläche unerheblich sein sollten.²⁷⁹

Dies ist jedoch mit allgemeinen Regeln nicht zu vereinbaren: Haben sich die Parteien konkret auf eine bestimmte Fläche geeinigt, kann der Mieter nur unter dem im Gesetz vorgesehenen Gründen sich von dieser Vereinbarung lösen. Solange dies nicht wirksam geschehen ist, ist der Vermieter berechtigt, die vereinbarte Fläche der Abrechnung zugrunde zu legen.²⁸⁰

Insoweit sind insbesondere Flächenabweichungen von mehr als 10% relevant, weil sie zumindest über § 313 BGB entweder zu einer Verringerung oder Vergrößerung des Abrechnungsmaßstabes führen.²⁸¹

15.5 Umlage von Betriebskosten nach Modernisierung

Will der Vermieter den Wohnwert verbessern oder eine Maßnahme zur Einsparung von Energie durchführen, muss er den durch § 554 Abs. 2 BGB beschriebenen Weg beschreiten. Nach Fertigstellung der Maßnahme räumt ihm § 559 BGB das Recht ein, die Kosten der Modernisierung mit 11% pro Jahr auf die Miete umzulegen. Für Betriebs-

²⁷⁷ vgl. BGH v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.

²⁷⁸ BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05, WuM 2006, 684 = GE 2006, 1544.

²⁷⁹ Vgl. z.B. noch AG Holzminden v. 7.2.2007 – 10 C 221/06 (I), WuM 2007, 197.

²⁸⁰ OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – I-10 U 143/05, WuM 2006, 381.

²⁸¹ BGH v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700.

kosten, die infolge der Modernisierung neu entstehen (z.B. Kosten des Aufzugs, Heizkosten) besteht keine gesetzliche Regelung. Ob und ggf. in welchem Verfahren der Vermieter mit der Modernisierung verbundene neue Betriebskosten auf den Mieter umlegen darf, wird nicht einheitlich bewertet.

Sofern der Mietvertrag eine sog. Mehrbelastungsklausel enthält, soll die Umlage nach einhelliger Meinung grundsätzlich zulässig sein, soweit die Klausel wirksam ist und der Vermieter ihre Voraussetzungen einhält.²⁸² Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung des BGH, der die Einführung neuer Betriebskosten bei vertraglichem Vorbehalt für zulässig hält.²⁸³ Zur Wirksamkeit einer Formulklausel ist es dabei ausreichend, wenn sie zum Verfahren „einschränkend“ z.B. auf den „Rahmen der gesetzlichen Vorschriften“ verweist. Danach ist insbesondere zu berücksichtigen, dass nur nach § 560 Abs. 2 BGB ausnahmsweise eine rückwirkende Mieterhöhung zulässig ist.

Fehlt es aber an einem Vorbehalt im Mietvertrag soll nach einer Meinung eine Umlage der infolge einer Modernisierung neu entstehenden Betriebskosten nicht zulässig sein, weil § 559 BGB diese Möglichkeit nicht eröffnet.²⁸⁴ Danach sollen die neuen Betriebskosten Teil der Grundmiete werden.

Andere halten eine Umlage in den einschlägigen Fällen ohne Weiteres für möglich,²⁸⁵ wobei z.T. eine vertragliche Nebenpflicht des Mieters als Anspruchsgrundlage zum Abschluss einer Umlagevereinbarung herangezogen²⁸⁶ oder der Weg über eine ergänzende Vertragsauslegung beschritten wird.²⁸⁷ Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob die entstehenden Betriebskosten erheblich sind.²⁸⁸

Ohne nähere Begründung liegen nach Auffassung des BGH²⁸⁹ in einem solchen Fall die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung vor, die im konkreten Fall sogar

²⁸² Vgl. z.B. *Weitemeyer* in Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 8.Aufl., § 556 BGB Rz. 35; *Seldeneck*, *Betriebskosten im Mietrecht*, Rz. 2715.

²⁸³ BGH v. 27.9.2006 – VIII ZR 80/06, WuM 2006, 612 = NZM 2006, 896.

²⁸⁴ LG Berlin v. 7.11.2006 – 65 S 169/06, GE 2007, 597; *Weitemeyer* in Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 8.Aufl., § 556 BGB Rz. 35.

²⁸⁵ *Langenberg*, *Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete*, 4. Aufl., E Rz. 3;

²⁸⁶ *Kinne*, MDR 2002, 142.

²⁸⁷ *Schmid*, *Hb der Mietnebenkosten*, 9. Aufl. Rz. 3035c; vgl. auch LG Berlin, NZM 2002, 64

²⁸⁸ *Sternel*, *Mietrecht*, 3. Aufl., III Rz. 323.

²⁸⁹ BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, WuM 2007, 571 = GE 2007, 1310 = ZMR 2007, 851 = NZM 2007, 769.

eine von § 556a Abs. 1 BGB abweichende Vereinbarung zuließ. Denn danach sollten Kosten einer im Wege der Modernisierung eingeführten Breitbandkabelanschlusses nach Einheiten umgelegt werden.

Die Entscheidung ist – für den konkreten Fall - im Ergebnis richtig. Alle einschränken- den Meinungen haben den Nachteil, dass sie mit § 2 HeizkV kollidieren. Baut der Ver- mieter erstmals eine Heizung ein, deren laufende Kosten er nach den Bestimmungen der HeizkV umlegen kann, ist er zur verbrauchsabhängigen Abrechnung gezwungen. Ob er dazu Vorauszahlungen erheben darf, ist zunächst unerheblich. Maßgeblich ist, dass er die Kosten gemäß § 556 Abs. 3 BGB abzurechnen hat. Denn § 2 HeizkV geht nicht nur allen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen vor, sondern ordnet im hier relevanten Zu- sammenhang die Abrechnung der Heiz- und ggf. Warmwasserkosten an.²⁹⁰

Für andere Betriebskosten im Sinne von § 1 BetrKV ist auf die bisherige Mietstruktur der Parteien abzustellen.

Haben die Parteien eine Abrechnungspflicht des Vermieters geregelt, was bereits durch die Vereinbarung von Vorauszahlungen erreicht ist,²⁹¹ ergibt sich auch ohne Mehrbe- lastungsklausel ein Recht des Vermieters zur Umlage der infolge der Modernisierung erstmals anfallenden Betriebskosten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, und zwar unabhängig von der Höhe der laufenden Kosten und ob eine Netto- oder Teilinklusi- vmierte vereinbart wurde. Denn die Regelung der Abrechnungspflicht zeigt, dass die Parteien die Umlage der Betriebskosten geregelt wissen wollten. Hätten sie den The- menkomplex vollständig abgehandelt, hätten sie auch die Frage, was mit neu entstehen- den Betriebskosten geschehen soll, die infolge einer Modernisierung entstehen, erörtert. Mit Rücksicht auf die bereits vereinbarte Umlagemöglichkeit für anfallende Betriebs- kosten und die Alternative des Vermieters, die Miete um die gestiegenen Betriebskosten im Rahmen des § 558 BGB anzuheben, hätte sich ein Mieter vernünftiger Weise auf ein (einseitiges) Recht des Vermieters eingelassen, die nun neu entstehenden Betriebskosten umzulegen. Allerdings muss er diese Mieterhöhung gemäß § 554 Abs. 2 BGB ankündi- gen, zwar nicht mit der Höhe der Vorauszahlungen, aber als zukünftige Abrechnungs- position. Ansonsten kann der Vermieter die Kosten nur für eine nach einer nachgehol- ten Ankündigung beginnende Abrechnungsfrist geltend machen.

²⁹⁰ BGH, GE 2006, 1094 = WuM 2006, 518; a.A. OLG Düsseldorf, WuM 2006, 281.

²⁹¹ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, WuM 2005, 337 = MietRB 2005, 141.

Haben die Parteien von Anfang an eine Bruttomiete vereinbart, kann der Vermieter die Betriebskosten (mit Ausnahme der Heizkosten), die infolge der Modernisierung neu entstehen, nur als Teil dieser Miete geltend machen. Ein Abrechnungsanspruch entsteht nicht.

15.6 Schuldanerkenntnis durch stillschweigenden Ausgleich des Saldos?

Mit dem vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos einer Betriebskostenabrechnung soll nach hM ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis²⁹² entstehen, dass zum Ausschluss von Einwendungen führt, die die Parteien bei Abgabe der Erklärung kannten oder mit denen sie zumindest rechneten.²⁹³ Nach anderer Auffassung entsteht mit dem gleichen Vorgang stillschweigend ein Vertrag über den Ausschluss von Einwendungen.²⁹⁴ Der VIII. Senat hatte sich bisher in dieser Frage nicht festgelegt.²⁹⁵

Der VII. Senat des BGH²⁹⁶ hat allerdings darauf hingewiesen, dass die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses nach ständiger Rechtsprechung des BGH voraussetzt, dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen wollen und sich dahingehend einigen.²⁹⁷ 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.

Im konkreten Fall ging es um den (vorbehaltlosen) Ausgleich einer Werklohnrechnung. Diese Situation ist mit dem Fall vergleichbar, in dem der Mieter nach Erhalt der Betriebskostenabrechnung ausgleicht. Hier ist in der Regel (zunächst) keine Streitigkeit

²⁹² OLG Düsseldorf, DWW 2000, 196; LG Köln, ZMR 2001, 547; LG Koblenz, WuM 1997, 685; Langenberg, NZM 1999, 52, 62.

²⁹³ BGH v. 9.2.1998 - II ZR 374/96, WPM 1998, 656 unter 1. m.w.Nachw.

²⁹⁴ OLG Hamburg v. 2.9.1987 - 4 U 182/86, WuM 1988, 26 = NJW-RR 1987, 1495.

²⁹⁵ BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268;

²⁹⁶ BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530.

²⁹⁷ 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.

oder Ungewissheit gegeben, die beizulegen sind. Damit fehlt aber im Normalfall eine wichtige Voraussetzung für die Annahme eines Schuldanerkenntnisses. Einen Einwendungsausschlussvertrag eigener Art anzunehmen, erscheint ohne weiteres nicht gerechtfertigt. Ob daneben aus der bloßen Zahlung ohne weiteres ein Vertrag über einen Einwendungsausschluss angenommen werden kann, erscheint fraglich.

15.7 Übermittlung der Abrechnung

Zunehmend wird – zumeist erst im Prozess – der Zugang der Abrechnung innerhalb der Abrechnungsfrist streitig, wenn der Vermieter sie auf dem Postweg versendet hat. Zur Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist eine besondere Versendungsart (z.B. Einwurf-Einschreiben) nicht erforderlich²⁹⁸. Denn der Vermieter kann darauf vertrauen, dass eine Postsendung innerhalb der üblichen Laufzeiten von ein bis zwei Tagen befördert wird²⁹⁹. Er handelt also nicht fahrlässig, wenn er die Postbeförderung wählt, solange zwischen Absendung und Ablauf der Frist noch ein ausreichender Zeitraum liegt und (vor allem bei der Übermittlung kurz vor Ablauf der Frist) keine besonderen Umstände bekannt sind, die eine Verzögerung der Abrechnung befürchten lassen³⁰⁰.

Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter die Postsendung ausreichend frankiert hat.³⁰¹ Ansonsten trägt er das Risiko, dass die Sendung erst nach Ablauf der Frist wieder zu ihm zurückkommt und nicht mehr rechtzeitig neu versendet werden kann.

Im Übrigen muss der Vermieter die Versendung der Abrechnung (lückenlos) beweisen können. Dazu muss er im Zweifel die Arbeitsgänge von der Erstellung der Abrechnung bis zur Übergabe an die Post darlegen und beweisen. Wird die Abrechnung mittels Einschreiben-Rückschein übermittelt und holt der Mieter trotz Benachrichtigung durch

²⁹⁸ AG Leipzig, ZMR 2006, 48.

²⁹⁹ LG Dresden, MietRB 2004, 66; AG Oldenburg 2005, 204; AG Bremen, WuM 1995, 593; für den vergleichbaren Fall der Versendung von fristwährenden prozessualen Schriftsätzen: BGH, MietRB 2004, 69 = MDR 2004, 227; a.A. LG Düsseldorf v. 7.2.2007 – 23 S 108/06, WuM 2007, 132; AG Köln in *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 106.

³⁰⁰ LG Berlin v. 27.8.2007 – 67 S 133/06, GE 2007, 1317; a. A. AG Meißen v. 24.8.2007 – 3 C 0257/07, WuM 2007, 628..

³⁰¹ Vgl. dazu BGH v. 26.3.2007 – II ZB 14/06, GE 2007, 779.

die Post diese nicht ab, kann er sich nicht auf den Ablauf der Abrechnungsfrist berufen, weil der Vermieter alles in seiner Macht stehende getan hat, um die Frist einzuhalten.³⁰² Übermittelt der Vermieter allerdings die Abrechnung lange Zeit vor Ablauf der Frist und macht gleichzeitig eine Anhebung der Vorauszahlungen geltend, die der Mieter nicht leistet, ist die Versäumung schuldhaft. Denn der Vermieter hätte aufgrund der Nichtzahlung der Erhöhungsbeträge schon frühzeitig erkennen können, dass dem Mieter die Abrechnung nicht zugegangen ist.³⁰³

15.8 Anspruch auf Neuerteilung der Abrechnung

Bei berechtigten Einwendungen des Mieters soll der Vermieter zur Neuvernahme der Abrechnung verpflichtet sein.³⁰⁴

Richtigerweise muss hier jedoch zwischen formellen und materiellen Fehlern differenziert werden. Ist die Abrechnung formell einwandfrei, besteht ein Anspruch auf Neuerteilung nicht.³⁰⁵ Formell ordnungsgemäß ist die Abrechnung wenn der Vermieter die vier Mindestanforderungen an Betriebskostenabrechnungen eingehalten hat, also eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung des Abrechnungsschlüssels, die Angabe der Vorauszahlungen und die Berechnung des Anteil des Mieters erfolgt ist.³⁰⁶

15.9 Darlegungslast zum Gebot der Wirtschaftlichkeit

Nach überwiegender Meinung trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz beachtet hat.³⁰⁷ Auch bei Zugrundelegung dieser Auffassung ist es jedoch zunächst Sache des Mieters, der einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot geltend macht, konkret vorzutragen, dass einzelne Betriebskosten in den der Abrechnung zugrunde liegenden Zeiträumen von einem anderen

³⁰² AG Köln in *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 108.

³⁰³ LG Köln in *Lützenkirchen*, KM 2 Nr. 105.

³⁰⁴ *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 4. Aufl., G Rz. 184, 186.

³⁰⁵ OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – I-10 U 143/05, ZMR 2006, 381

³⁰⁶ BGH v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04, WuM 2005, 61 = ZMR 2005, 121; BGH v. 27.11.2002 – VIII ZR 108/02, NJW-RR 2003, 442; BGH v. 23.11.1981 – VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573.

³⁰⁷ vgl. zum Streitstand *Staudinger/Weitemeyer*, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 96; *Eisenschmid/Rips/Wall*, Betriebskosten-Kommentar, 2. Aufl., Vor §§ 556, 556a, 560 BGB Rz. 1448 ff.; *Schmid*, ZMR 2007, 177; jew. m.w.N.

Dienstleister oder Lieferanten preiswerter angeboten wurden. Erst dann ist es an dem Vermieter, darzulegen und erforderlichenfalls den Nachweis zu erbringen, dass er mit dem von ihm abgeschlossenen Vertrag das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht verletzt hat.

Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen eines Mieters nicht, wenn die von ihm vorgelegten Alternativangebote und Berechnungen mangels Vergleichbarkeit nicht geeignet sind, eine preisgünstigere Möglichkeit der Versorgung des Mietobjekts mit der speziellen Leistung aufzuzeigen.³⁰⁸ Diese Voraussetzungen liegen aber vor, wenn z.B. für den Fall des Wärmecontracting der Mieter vorträgt, den von dem Vermieter vorgelegten Vergleichsberechnungen sei jedenfalls zu entnehmen, dass er durch "die Art, wie die Wohnung der Beklagten mit Wärme versorgt" werde, gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoße, und dass deshalb der Vermieter hätte darlegen müssen, warum "das von ihm gewählte Wärmebelieferungskonzept" dem Wirtschaftlichkeitsgebot nicht widerspreche. Denn diesem Einwand liegt offenbar die falsche Vorstellung zugrunde, das Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichte den Vermieter schon bei der Auswahl unter den örtlich angebotenen Versorgungsarten und nicht erst innerhalb der von ihm gewählten Versorgungsart stets die wirtschaftlich vorteilhafteste Versorgungsalternative zu wählen. Ein solches Verständnis des mietrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots geht dem Senat zu weit. Die dem Vermieter auferlegte Pflicht zur Rücksichtnahme auf die finanziellen Interessen seiner Mieter verlange nicht, dass ein Mieter, der eine bei Abschluss des Mietvertrags mittels Wärmecontracting versorgte Wohnung anmietet und sich vertraglich zur anteiligen Tragung der Kosten der Wärmelieferung verpflichtet, dem Vermieter bei Abrechnung der Betriebskosten entgegenhalten könnte, die Mietwohnung hätte mittels Fernwärme oder durch eine vom Vermieter selbst betriebene Zentralheizung preiswerter versorgt werden können.

15.10 Umfang der Einwendungsausschlussfrist

Der Umfang der am 01.09.2001 in das Gesetz eingeführten Frist nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB ist bisher ungeklärt. Auch für den Fall einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung ist umstritten, ob sich der Mieter nach Ablauf der Frist noch darauf berufen kann, dass es für einzelne, nach § 556 Abs. 1 BGB grundsätzlich umlagefähige Betriebskosten an einer vertraglichen Vereinbarung über deren Umlage fehlt. Während die einerseits

³⁰⁸ BGH v. 13.6.2007 – VIII ZR 78/06, WuM 2007, 393 = ZMR 2007, 685 = GE 2007, 1051 = NZM 2007, 563.

bejaht wird,³⁰⁹ heben andere Autoren u.a. hervor, aus der Formulierung "Einwendungen gegen die Abrechnung" in § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB sei im Zusammenhang mit § 556 Abs. 1 und 2 BGB zu entnehmen, dass es sich um – hinsichtlich der betreffenden Kostenart – vereinbarte Vorauszahlungen handeln müsse, über die abgerechnet werde.³¹⁰

Nach Auffassung des BGH³¹¹ gebieten weder der Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB noch der Sinn und Zweck der Vorschrift eine solche Beschränkung des Einwendungsausschlusses. Die Bestimmung stelle im Interesse der Ausgewogenheit³¹² 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.

Der BGH schießt über das Ziel hinaus. Nach bisherigem Verständnis benötigt der Gläubiger eine Anspruchsgrundlage für sein Begehren. Diese findet sich für eine Abrechnung und den damit begründeten Saldo in der Umlagevereinbarung. Trägt diese Umlagevereinbarung die Abrechnung (teilweise) nicht, ist die darauf gestützte Klage mangels Schlüssigkeit (teilweise) abzuweisen, ohne dass sich der beklagte Mieter überhaupt zur Sache einlassen muss; im Zweifel ergeht ein unechtes Versäumnisurteil. Wird der Kläger in Ausübung des § 139 BGB auf dieses Risiko hingewiesen, braucht er den Prozess nur noch ruhend zu stellen bis die Einwendungsfrist abgelaufen ist. Denn da-

³⁰⁹ *Sternel*, ZMR 2001, 937, 939; *Schmid*, ZMR 2002, 727, 730; *Streyll*, WuM 2005, 505, 506; *Staudinger/Weitemeyer*, BGB (2006) § 556 BGB Rz. 129; *Rips* in *Eisenschmid/Rips/Wall*, Betriebskosten-Kommentar, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 2064; *Wetekamp*, Mietsachen, 4. Aufl., Kapitel 6 Rz. 145 f.

³¹⁰ *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 504 f.; im Ergebnis ebenso *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 131; *Lützenkirchen*, NZM 2002, 512, 513.

³¹¹ BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, WuM 2007, 694.

³¹² Begr. in BT-Drs. 14/5663 S. 79.

nach fällt die Anspruchsgrundlage – wundersam, weil ohne dogmatische Begründung – vom Himmel.

15.11 Rückforderung der Betriebskostenvorauszahlungen

Nach Mietende hat der Mieter einen Anspruch auf Rückzahlung der Betriebskostenvorauszahlungen, soweit der Vermieter abrechnungssäumig ist.³¹³

Für eine Abrechnungssäumigkeit während des laufenden Mietvertrages hat der BGH³¹⁴ ausdrücklich klargestellt, dass der Mieter durch das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB ausreichend geschützt ist. Ein Rückforderungsanspruch steht ihm in diesem Stadium grundsätzlich nicht zu. Nach Mietende ergibt sich dieser Anspruch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Dafür ist wegen der gesetzlichen Rechte des Mieters z.B. aus § 273 BGB kein Raum.

16 Heizkosten

16.1 Vorrang der HeizKV

Bisher wurde überwiegend angenommen, dass die Vereinbarung einer Bruttowarmmiete solange wirksam sei, bis eine Partei die verbrauchsabhängige Abrechnung (für die Zukunft) verlangt.³¹⁵

Diese Auffassung ist vom BGH³¹⁶ ausdrücklich verworfen worden. Nach § 2 HeizKV gingen die Bestimmungen dieser Verordnung rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vor. Das sei auch dann der Fall, wenn wie im konkreten Fall keiner der Parteien die verbrauchsabhängige Abrechnung verlange. Die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit der Mietvertragsparteien sei kraft Gesetzes eingeschränkt. Dies entspreche auch dem Zweck der HeizKV. Die Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung diene der Energieeinsparung und solle durch mietvertragliche Vereinbarungen nicht verhindert werden können. Im konkreten Fall war die vereinbarte Bruttowarmmiete als Bruttokalt- (Teilklausiv-) Miete mit einer Pflicht zur gesonderten verbrauchsabhängigen Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten zu behandeln. Der entsprechende Kostenanteil sollte aus

³¹³ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, WuM 2005, 337 = MietRB 2005, 141.

³¹⁴ BGH v. 29.3.2006 – VIII ZR 191/05, WuM 2006, 383.

³¹⁵ OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – I-10 U 143/05, ZMR 2006, 381; LG Berlin v. 20.4.1999 - 64 S 451/98, ZMR 1999, 556; MünchKomm/Schmid, 4. Aufl., § 2 HeizKV Rz. 2; Lammel, HeizKV, 2. Aufl., § 2 Rz. 11 m.w.N.

³¹⁶ BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, GE 2006, 1094 = WuM 2006, 518 = ZMR 2006, 766.

der Warmmiete herauszurechnen und „gegebenenfalls“ als Vorauszahlung auf die nunmehr abzurechnenden Heiz- und Warmwasserkosten zu behandeln sein.

Dies hat zur Konsequenz, dass der gutgläubige Vermieter nicht erst für die Zukunft gezwungen werden kann, verbrauchsabhängig abzurechnen, sondern auch für die Vergangenheit. Damit steht dem Mieter regelmäßig für mindestens zwei Perioden das Kürzungsrecht des § 12 HeizKV zu. Da der BGH die HeizKV auch für Altfälle für einschlägig hält, müssen sämtliche Verträge, die noch Bruttowarmmietvereinbarungen enthalten, umgestellt werden, und über die herauszurechnenden Kostenanteile für Heizung und Warmwasser ist künftig verbrauchsabhängig anzurechnen. Das macht wiederum den Einbau von Verbrauchserfassungsgeräten, soweit nicht vorhanden, erforderlich. Die Herabsetzung kann entsprechend § 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 Literatur³¹⁷ 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.

16.2 Nicht verbrauchsabhängige Abrechnung?

Werden die Heizkosten entgegen §§ 7 Abs. 1, 9a HeizKV nicht verbrauchsabhängig abgerechnet, hat der Mieter neben dem Kürzungsrecht nach § 12 HeizKV grundsätzlich die Möglichkeit, mangelnde Fälligkeit der Nachforderung einzuwenden.³¹⁸

Dies setzt allerdings voraus, dass eine verbrauchsabhängige Abrechnung tatsächlich möglich ist. Ist eine verbrauchsabhängige Abrechnung der Kosten für Heizung und Warmwasser nach § 7 Abs. 1 oder § 9a HeizkostenV objektiv nicht (mehr) möglich, können die Kosten allein nach der Wohnfläche - unter Abzug von 15 % des auf den Mieter entfallenden Kostenanteils - abgerechnet werden.³¹⁹ Insoweit ist es unerheblich, ob den Vermieter an dem Abrechnungshindernis ein Schuldvorwurf trifft. Der Einwand der mangelnden Fälligkeit setzt die Möglichkeit zur verbrauchsabhängigen Abrechnung voraus.

³¹⁷ 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.

³¹⁸ AG Köln in Lützenkirchen, KM 4 Nr. 9.

³¹⁹ BGH v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700.

Der BGH prüft nicht, inwieweit die Vereinbarung einer abweichenden Fläche über § 2 HeizKV unwirksam sein könnte. Immerhin könnte durch eine abweichende Wohnfläche das verbrauchsabhängige Ergebnis der Abrechnung verfälscht werden. Indessen lässt sich der HeizKV nicht entnehmen, dass die relevanten Größen für die Grundkosten immer den tatsächlichen Verhältnissen genau entsprechen müssen.

16.3 Wärmecontracting

Zunehmend sind die Vermieter in den letzten Jahren dazu übergegangen, die Heizanlage einem Versorgungsträger zu überlassen und mit ihm für eine feste Laufzeit (in der Regel 10 - 25 Jahre) einen Energieversorgungsvertrag zu schließen (sog. Wärmecontracting)³²⁰. Im Gegenzug verpflichtete sich der Versorgungsträger nicht nur zur Lieferung von Energie, sondern auch zur Wartung, Instandhaltung und ggf. Erneuerung der Anlage, wobei diese Kosten pauschal in den Energiepreis eingerechnet werden.

Bestand das Wärmecontracting bereits bei Abschluss des Mietvertrages, ergeben sich keine Probleme,³²¹ insbesondere wenn der Mietvertrag die durch die eigenständige Lieferung von Wärme verursachten Kosten ausdrücklich vorsieht.³²² Das ist nicht der Fall, wenn der Mietvertrag nur einen Teil der nach § 7 Abs. 2 HeizKV umlegbaren Kosten aufzählt und im Übrigen eine Beheizung durch Fernwärme vorsieht.³²³

Allerdings erlaubt dem Vermieter, der während des laufenden Mietverhältnisses den Betrieb einer im Haus vorhandenen Heizungsanlage einstellt und statt dessen Fernwärme bezieht, eine Vereinbarung in einem Wohnraummietvertrag, wonach der Mieter die Betriebskosten der Heizung "erläutert durch Anlage 3 zu § 27 II. BV" zu tragen hat, die Umlegung der Wärmelieferungskosten auf den Mieter, wenn die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Fassung der II.BV bereits eine Umlegung der Kosten der Fernwärmelieferung vorsah.³²⁴ Hieraus kann ohne weiteres geschlossen werden, dass der Vermieter auch zur Umstellung auf Nahwärme i.S.v. § 2 Nr.4 c BetrKV bzw. Nr. 2 lit. c der Anlage 3 zu § 27 II.BV befugt ist.

³²⁰ vgl. dazu z.B. *Derleder*, WuM 2000, 3 ff.

³²¹ *Börstinghaus*, MDR 2000, 1345, 1347.

³²² BGH v. 13.6.2007 – VIII ZR 78/06, WuM 2007, 393.

³²³ BGH v. 20.6.2007 – VIII ZR 244/06, WuM 2007, 445 = GE 2007, 1118.

³²⁴ BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, WuM 2007, 571 = ZMR 2007, 851 = GE 2007, 1310 = NZM 2007, 769.

Die Kosten des Contractors sind als Kosten der Energielieferung umlegbar, auch soweit sie Instandhaltungs-, Kapitalkosten- oder Gewinnanteile enthalten.³²⁵ Das Gleiche gilt, wenn der Vermieter erstmals eine Zentralheizung einbaut und diese im Betreibermodell unterhalten lässt³²⁶, wobei er die Umlage über § 559 BGB herbeiführen muss. Im Rahmen bestehender Mietverträge muss der Vermieter jedoch eine Vorermittlung durchführen, solange er mit dem Mieter über die Umstellung keine Vereinbarung getroffen hat oder eine Änderungsbefugnis nicht (wirksam) vertraglich vorgesehen ist. Denn in der Umstellung auf Wärmecontracting wird grundsätzlich eine Änderung der vertraglichen Grundlage gesehen: bei Beginn des Mietvertrages wurden die sog. Vorhaltekosten (Instandhaltung, Rücklage etc.) über die Grundmiete finanziert; durch die Auslagerung dieser Kosten auf den Wärmelieferanten wird die Grundlage der vereinbarten Miete verändert, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage gegeben sei.³²⁷

Der Vermieter kann die Kosten nach dem Einbau einer neuen Zentralheizung auch nicht als Modernisierung über § 559 BGB einführen. Hat der Contractor die Erneuerung der Heizung durchgeführt, fehlt es an der Bauherr-Eigenschaft des Vermieters. Selbst wenn er jedoch selbst noch die Baukosten getragen hat und anschließend die Heizung erst an den Contractor verkauft, fehlt es an den Modernisierungskosten. Auch die Umlage der gesamten Kosten als Betriebskosten mit dem Argument, der Mieter habe die nach § 559 BGB sonst umlegbaren Modernisierungskosten gespart, ist unzulässig.³²⁸ Betriebskosten und Modernisierungskosten sind nicht mit einander vergleichbar.

Allein aus der Bezugnahme auf § 27 II.BV kann ein Vorbehalt zur Einführung dieser Kosten jedenfalls dann nicht hergeleitet werden, wenn der Mietvertrag vor der Einführung der Nahwärme in Nr. 4c und 5b der Anlage 3 zu § 27 II.BV am 19.1.1989³²⁹ geschlossen wurde.³³⁰

Eine Änderungsbefugnis ist z.B. anzunehmen, wenn der Mietvertrag den Vermieter berechtigt, „die Wärme und Warmwasserversorgung einem geeigneten Versorgungsun-

³²⁵ BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, WuM 2007, 571 = ZMR 2007, 851 = GE 2007, 1310 = NZM 2007, 769.

³²⁶ BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 286/02, WuM 2003, 501 = NZM 2003, 757; LG Chemnitz v. 10.6.2003 – 6 S 2390/02, NZM 2004, 138..

³²⁷ BGH v. 15.3.2006 – VIII ZR 153/05, WuM 2006, 256; BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 54/04, WuM 2005, 387 m. Anm. *Derleder*.

³²⁸ BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322.

³²⁹ BGBl. I, 109, 112.

³³⁰ BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322.

ternehmen zu übertragen, soweit dies nach billigem Ermessen unter Abwägung der Belange der Gesamtheit der Mieter zweckmäßig ist“.³³¹ Im Übrigen kann die Befugnis zur Umlage derartiger Kosten durch den Vermieter aber nicht einer Klauseln entnommen werden, die im Falle der Umstellung der Wärmelieferung den Mieter verpflichtet, mit dem Energieversorger einen Liefervertrag abzuschließen.³³² Ebenso kann von der Umlagefähigkeit ausgegangen werden, wenn Nr. 4 der Anlage 3 zu § 27 II.BV in der seit 1.4.1989 gültigen Fassung vereinbart wurde. Denn dann war von vorneherein ein Recht des Vermieters vereinbart, auch die Kosten einer Nahwärmelieferung umzulegen. Mit der Umstellung der Wärmelieferung macht der Vermieter nur von seinem Recht Gebrauch und legt die Kosten in dem seit je her bestehenden Rahmen um. Dies gilt jedenfalls uneingeschränkt, wenn der Mietvertrag eine Klausel zur Einführung neuer Betriebskosten enthält.³³³

Bei öffentlich gefördertem Wohnraum hat der Vermieter durch Änderung der Abschreibungssätze nach § 25 II.BV die Möglichkeit, die Änderung der Mietstruktur auszugleichen.³³⁴ Damit kann hier auch während des laufenden Mietvertrages eine Umstellung auf Contracting erfolgen.

17 Kautio

17.1 Nichtzahlung als Kündigungsgrund

Vor allem in der Gewerberaummieta kommt oftmals nur eine Kündigung des Mietvertrages aus wichtigem Grund in Betracht. Ob die Nichtleistung der Kautio einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB bildet, kann durchaus unterschiedlich beurteilt werden, zumal der Vermieter den Zahlungsanspruch ja als milderes Mittel einklagen kann. Regelmäßig bietet ihm dazu das Urkundenverfahren ein erleichterte Möglichkeit.

Allerdings ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nach einer Abmahnung in solchen Fällen ein Recht zur fristlosen Kündigung des Vermieters besteht. Denn wegen des Sicherungsinteresses kann der Vermieter nicht darauf verwiesen werden, seinen Leis-

³³¹ AG Düsseldorf v. 18.4.2005 – 58 C 18187/04, ZMR 2005, 959.

³³² BGH v. 22.2.2006 – VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322.

³³³ Vgl. BGH v. 27.9.2006 – VIII ZR 80/06, WuM 2006, 612 = NZM 2006, 896.

³³⁴ Vgl. dazu AG Spandau v. 3.2.2006 – 8 C 138/05, WuM 2006, 566.

tungsanspruch zunächst einzuklagen.³³⁵ Allerdings fehlt es an der für § 543 Abs. 1 BGB notwendigen Unzumutbarkeit, wenn der Vermieter selbst nicht vertragstreu ist und z.B. trotz mehrfacher Fristsetzungen eine Mietsache anbietet, die sich nicht im vertragsgemäßen Zustand befindet.³³⁶

17.2 Umfang der Bürgschaft

Grundsätzlich bezieht sich eine Mietbürgschaft nur auf die Ansprüche, die sich aus dem Mietvertrag selbst ergeben, wie er dem Bürgen vorgelegt worden ist. Soweit spätere Vereinbarungen die Rechtsstellung des Bürgen verschlechtern, indem sie seine Bürgschaftspflicht erweitern, sind sie ihm gegenüber unwirksam, § 767 Abs. 1 S. 3 BGB.³³⁷

Diese Voraussetzungen liegen auch vor, wenn dem Mieter vertraglich die laufende Renovierung ohne Endrenovierungspflicht obliegt und anlässlich der Rückgabe als Gegenleistung für eine vorzeitige Entlassung aus dem Mietvertrag eine (zusätzliche) Renovierungslast begründet wird.³³⁸

18 Beendigung des Mietvertrages

18.1 Wohnbedarf von Gesellschaften

18.1.1 Kommanditgesellschaft für einen Mitarbeiter

In dieser Konstellation kommt Eigenbedarf im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB bereits begrifflich nicht in Betracht. Die vermietende Kommanditgesellschaft (KG) kann die Räume weder "als Wohnung für sich" noch für Familien- oder Haushaltsangehörige benötigen.³³⁹ In Betracht kommt daher nur ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Das Vorliegen eines solchen berechtigten Interesses kann erst nach einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls angenommen werden.³⁴⁰ Dazu ist es erforderlich, dass der Vermieter vorträgt, dass einem Mitarbeiter seines Unternehmens aus be-

³³⁵ BGH v. 21.3.2007 – XII ZR 36/05, ZMR 2007, 525 = GE 2007, 711 = NZM 2007, 400.

³³⁶ BGH v. 21.3.2007 - XII ZR 255/04, GE 2007, 710 = ZMR 2007, 444 = NZM 2007, 401.

³³⁷ Palandt/*Sprau*, 66. Aufl., 2007, § 767 BGB Rz. 4.

³³⁸ OLG Frankfurt/M. v. 12.4.2006 – 2 U 34/05, NZM 2006, 900.

³³⁹ vgl. zur juristischen Person BGH v. 10.9.2003 - VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691 = NJW-RR 2004, 12; Staudinger/*Rolfs*, BGB (2006), § 573 BGB Rz. 71, m.w.N.

³⁴⁰ BGH v. 23.5.2007 – VIII ZR 122/06, WuM 2007,457 = GE 2007, 1187.

trieblichen Gründen eine an einen Betriebsfremden vermietete Wohnung zur Verfügung gestellt werden soll und vernünftige Gründe für die Inanspruchnahme der Wohnung bestehen, die den Nutzungswunsch des Vermieters nachvollziehbar erscheinen lassen.³⁴¹ Dabei ist zu beachten, dass der Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen gleichgewichtig ist. Das Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ist danach zu gewichten, ob und gegebenenfalls welche Bedeutung es für das Unternehmen hat, dass der Mitarbeiter seinen Wohnsitz in der vermieteten Wohnung nimmt. Dabei kommt es insbesondere auf die Funktion und die Aufgaben des Mitarbeiters an.

Dafür reicht es nicht aus, wenn der Vermieter seinem Mitarbeiter nach langer Arbeit zu einer Verkürzung des Heimweges verhelfen will.³⁴²

18.1.2 Wohnbedarf des BGB-Gesellschafters

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter im Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen und besitzt insoweit Rechtsfähigkeit; die durch die Gesellschaft begründeten Rechte und Pflichten stehen der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftern zu.³⁴³ Dies gilt auch für die Rechte und Pflichten aus einem zwischen der Gesellschaft und einem Mieter geschlossenen Mietvertrag.

Allein weil die Gesellschaft Rechtsträger ist und § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB voraussetzt, dass der Vermieter die Räume "für sich", seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt, ist nicht die Annahme gerechtfertigt sein, dass eine GbR die Kündigung eines Mietvertrages nur auf einen Eigenbedarf der Gesellschaft selbst stützen kann.³⁴⁴ Die Kündigung durch eine GbR ist vielmehr grundsätzlich auch wegen des Eigenbedarfs eines Gesellschafters zulässig.³⁴⁵ Die Zurechnung des in der Person eines Gesellschafters bestehenden Eigenbedarfs kann allerdings nicht mit dem gesteigerten persönlichen Bezug der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern begründet werden.³⁴⁶

³⁴¹ vgl. BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 127/05, WuM 2005, 779, 781 = NJW 2005, 3782; Staudinger/Rolfs, BGB (2006), § 573 BGB Rz. 171.

³⁴² BGH v. 23.5.2007 – VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459.

³⁴³ BGH v. 29.1.2001 - BGHZ 146, 341, 343, 348.

³⁴⁴ BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, WuM 2007, 515 = GE 2007, 1185.

³⁴⁵ aA Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 Rdnr. 46; differenzierend Harke, ZMR 2002, 405, 407 f.

³⁴⁶ So aber MünchKommBGB/Häublein, 4. Aufl., § 573 Rdnr. 67; Weitemeyer, ZMR 2004, 153, 165 f.;

Vielmehr ist der Eigenbedarf eines Gesellschafters ist der GbR jedenfalls deshalb grundsätzlich zuzurechnen, weil es im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre, Gesellschafter einer GbR insoweit schlechter zu stellen als Mitglieder einer einfachen Vermietermehrheit. Sind mehrere natürliche Personen Vermieter, berechtigt der Eigenbedarf eines Vermieters die Gemeinschaft zur Kündigung des Mietvertrages. Dies kann nicht anders zu beurteilen sein, wenn diese Personen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen und damit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden. Es hängt nämlich oft nur vom Zufall ab, ob eine Personenmehrheit - etwa ein Ehepaar - dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als GbR vermietet. Aus der Sicht der Vermieter ist die Interessenlage in beiden Fällen gleich. Der in der Person eines Gesellschafters bestehende Eigenbedarf ist der Gesellschaft allerdings nicht nur dann zuzurechnen, wenn die Gesellschaft personalistisch auftritt, also der Gesellschafterbestand überschaubar und dem Mieter namentlich bekannt ist.³⁴⁷ Auch bei einer einfachen Mehrheit von Vermietern hängt die Berechtigung der Gemeinschaft, sich auf einen Eigenbedarf an der Wohnung zu berufen, nicht von der Zahl der Vermieter ab. Es gibt keinen Grund, Vermieter, die sich zu einer GbR zusammengeschlossen haben, schlechter zu stellen. Dies wäre auch der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit abträglich, unabhängig davon, wann der Gesellschafterkreis einer als Vermieterin auftretenden GbR noch "überschaubar" ist.³⁴⁸

Andererseits wäre es auch nicht gerechtfertigt, Vermieter, die eine GbR bilden, besser zu stellen als Vermieter, die gesellschaftsrechtlich nicht miteinander verbunden sind. Da ein Wechsel im Mitgliederbestand bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - anders als bei einer Gemeinschaft - keinen Einfluss auf den Fortbestand des mit der Gesellschaft geschlossenen Mietvertrages hat, wäre die GbR - im Unterschied zur einfachen Vermietermehrheit - berechtigt, sich auf einen Eigenbedarf später hinzugetretener Gesellschafter zu berufen. Dies widerspräche aber dem Schutzzweck des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, den Mieter vor dem unkalkulierbaren Risiko von Eigenbedarfskündigungen durch einen nicht überschaubaren Personenkreis zu bewahren. Eine Eigenbedarfskündigung durch eine GbR kommt daher - wie auch bei einer einfachen Vermietermehrheit - grundsätzlich nur wegen des Wohnbedarfs von Gesellschaftern - oder von deren Fami-

³⁴⁷ so MünchKommBGB/Häublein, 4. Aufl., § 573 Rdnr. 67.

³⁴⁸ vgl. BGHZ 149, 80, 85 zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts.

lienangehörigen oder Haushaltsangehörigen - in Betracht, die bereits bei Abschluss des Mietvertrages Gesellschafter waren.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass eine rechtsfähige Personengesellschaft - wie auch eine juristische Person - weder selbst wohnen kann noch eine Familie oder einen Haushalt hat und die Räume daher nicht - wie § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB dies voraussetzt – „als Wohnung“ für sich, „seine Familienangehörigen“ oder „Angehörige seines Haushalts“ benötigt. Denn die GbR beruft sich nicht auf einen Eigenbedarf der Gesellschaft selbst, sondern auf einen - der Gesellschaft zuzurechnenden - Eigenbedarf eines Gesellschafters, der als natürliche Person einen Wohnbedarf für sich sowie für Familien- und Haushaltsangehörige haben kann.

Die Kündigung setzt auch nicht voraus, dass ein Eigenbedarf aller Gesellschafter an den vermieteten Räumen besteht. Auch insoweit ist die Interessenlage bei Gesellschaftern einer GbR nicht anders als bei einer gesellschaftsrechtlich nicht miteinander verbundenen Mehrheit von Vermietern, bei der es nach nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum ausreicht, wenn bei einem der Vermieter Eigenbedarf besteht.³⁴⁹ Vereinzelt wird zwar die Ansicht vertreten, dass bei einer Personenmehrheit der Eigenbedarf bei allen Mitgliedern gegeben sein müsse, weil § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht auf den Eigenbedarf "eines", sondern "des" Vermieters abstelle.³⁵⁰ Diese Auffassung überzeugt jedoch nicht. Der Zweck der Regelung, den vertragstreuen Mieter vor willkürlichen Kündigungen und damit dem Verlust seiner Wohnung zu schützen, ist schon dann gewahrt, wenn eine Kündigung erfordert, dass jedenfalls bei einem von mehreren Vermietern Eigenbedarf besteht. Es wäre auch unverständlich, wenn zwar der Eigenbedarf von nicht am Mietverhältnis beteiligten Familienangehörigen und Haushaltsangehörigen, nicht aber der Eigenbedarf einzelner Vermieter selbst eine Kündigung rechtfertigen könnte.

Das Begründung erscheint gekünstelt und zeigt die Unsicherheit, die selbst der BGH offensichtlich bei der Umsetzung der (Teil-) Rechtsfähigkeit der BGH-Gesellschaft empfindet. Das tragende Argument, es bestehe kein rechtfertigender Grund für die unterschiedliche Behandlung eines losen Zusammenschlusses mehrerer Personen und dem

³⁴⁹ LG Berlin GE 2001, 57; GE 1992, 549; GE 1992, 207; LG Hamburg DWW 1991, 189 f.; LG Karlsruhe WuM 1982, 209, 210; *Barthelmess*, Wohnraumkündigungsschutzgesetz, 5. Aufl. § 564b Rdnr. 74; BeckOK-BGB/*Reick*, Stand März 2007, § 573 BGB Rz. 39.

³⁵⁰ *Harke*, ZMR 2002, 405, 407.

Auftreten, erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig. Sobald die Parteien nämlich einen gemeinsamen Zweck verfolgen, bilden sie nach unserer Rechtsordnung eben keinen losen Zusammenschluss mehr, sondern eine Gesellschaft, die – auch als GbR – besonderen Regeln und Wirkungen unterliegt. Nur weil der weitere Schritt in eine grundsätzlich als Vollkaufmann anzusehende Gesellschaft nach HGB durch die Gesellschafter nicht vollzogen wird, kann die Rechtsträgerschaft der Gesellschaft nicht umgangen werden. Wenn die GbR Rechtsträger ist, kann sie als solche nicht wohnen, ebenso wenig wie die Kommanditgesellschaft und ist daher als Mutter aller Gesellschaften wie diese zu behandeln. Wer dies anders sieht, kann auch keinen Beifall dafür ernten, dass er den Eigenbedarf an die ursprünglich vermietenden Gesellschafter knüpft. Hier wird der Schutz des Mieters überspannt zu Lasten des Schutzzweckes des § 566 BGB. Auch wenn sich der Gesellschafterwechsel außerhalb des Mietvertrages vollzieht, kann mit der gleichen Begründung nämlich die Eigenbedarfskündigung einer GbR, die nach § 566 BGB in das Mietverhältnis eingetreten ist, abgelehnt werden. Abgesehen davon kann der Mieter auch bei der Vermietung durch eine Publikums-GbR nicht einschätzen, ob und ggf. welcher der über 100 Gesellschafter Eigenbedarf anmelden könnte.

18.2 Abmahnung bei der Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung

Nach dem bis zum 31. August 2001 geltenden § 544 BGB a.F. konnte der Mieter im Falle einer erheblichen Gesundheitsgefährdung grundsätzlich sofort kündigen, also ohne dem Vermieter zuvor den Mangel angezeigt oder eine Abhilfefrist gesetzt zu haben; eine Ausnahme war nur für den Fall anerkannt, dass der Vermieter den beanstandeten Zustand leicht beheben konnte und dem Mieter ein kurzzeitiges Zuwarten zuzumuten war.³⁵¹

Seit 1.9.2001 hat sich dies aber entscheidend geändert, da § 543 Abs. 3 BGB auch auf die Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung nach § 569 Abs. 1 BGB anwendbar sei.³⁵² Aus dem Wortlaut des § 569 Abs. 1 BGB ergebe sich, dass die außerordentliche fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsgefährdung einen besonders geregelten Fall der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 1 BGB darstellt. Nach der Gesetzessystematik gelte für die außerordentliche

³⁵¹ OLG Naumburg WuM 2003, 144; OLG Düsseldorf WuM 2002, 267; jeweils m.w.N.

³⁵² BGH v. 18.4.2007 - VIII ZR 182/06, WuM 2007, 319 = ZMR 2007, 601 = GE 2007, 841 = NZM 2007, 439.

fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsgefährdung deshalb ebenso wie für jede andere außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, dass die Kündigung gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig sei, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht, und dass eine Fristsetzung oder Abmahnung nur unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB entbehrlich sei. Da der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet werde, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB), verletze er regelmäßig eine Pflicht aus dem Mietvertrag, wenn er einen die Gesundheit gefährdenden Zustand der Mieträume nicht beseitige. Mit Rücksicht auf den eindeutigen Wortlaut und die klare Systematik des Gesetzes komme es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber, der mit der Neuregelung des § 569 BGB keine inhaltliche Änderung gegenüber dem bisherigen Recht beabsichtigte,³⁵³ die Vorstellung gehabt habe, es bedürfe bei einer Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung auch nach der Neuregelung keiner Fristsetzung oder Abmahnung; denn diese Überlegung habe im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Auch der Zweck der Regelung, dem Mieter bei einer Gesundheitsgefährdung die Kündigung zu erleichtern, werde durch das grundsätzliche Erfordernis einer Fristsetzung oder Abmahnung nicht in Frage gestellt; in den Fällen der Gesundheitsgefährdung werde eine Fristsetzung oder Abmahnung zudem oftmals nach § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB entbehrlich sein.³⁵⁴

18.3 Abmahnung ohne Kündigungsandrohung

Besteht der wichtige Grund im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB in der objektiven³⁵⁵ Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag, ist die Kündigung gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist zulässig. Neben

³⁵³ BT-Drs. 14/4553, S. 64.

³⁵⁴ LG Stendal ZMR 2005, 624; BeckOK-BGB/Wöstmann, Stand Juni 2006, § 569 BGB Rz. 25; Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., § 569 Rz. 9; jurisPK-BGB/Mössner, Stand November 2006, § 569 BGB Rz. 28; Münch-KommBGB/Schilling, 4. Aufl., § 569 Rz. 12; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 569 Rz. 9; Schmid/Gahn, Mietrecht, § 569 Rz. 3; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 569 Rz. 13; a.A. AnwaltKomm-BGB/Hinz, § 569 Rz. 17; Anwalt-Komm-Wohnraummietrecht/Lammel, 3. Aufl., § 569 BGB Rz. 19; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 569 Rz. 6; Herrlein in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 569 Rz. 12; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 569 Rz. 8; Schmid/Wetekamp, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., Kap. 14 Rz. 454; Staudinger/Emmerich, BGB [2006], § 569 Rz. 14; Schumacher, WuM 2004, 311, 312 f.

³⁵⁵ Palandt/Weidenkaff, 66. Aufl., § 543 BGB Rz. 46.

der Fristsetzung ist die Androhung der Kündigung nicht erforderlich, wie sich schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt.³⁵⁶

Wird jedoch mit der Fristsetzung eine andere Maßnahme als die Kündigung, etwa eine Ersatzvornahme oder eine Mängelbeseitigungsklage, angedroht, kann die Kündigung nach einer verbreiteten Auffassung wegen des darin liegenden widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) nicht bereits nach erfolglosem Ablauf der gesetzten Abhilfefrist wirksam erklärt werden, sondern erst nach erfolglosem Ablauf einer neuen Frist.³⁵⁷ Ob dem zu folgen ist, lässt der BGH dahingestellt für den Fall, dass der Vermieter die behaupteten Mängel von Anfang an bis zuletzt, also von der ersten Besichtigung durch bis in die Berufungsinstanz durchgehend bestritten hat und im Übrigen seine Pflicht zur Mängelbeseitigung in Abrede gestellt. In dieser Konstellation sei das Setzen einer weiteren Abhilfefrist ausnahmsweise in entsprechender Anwendung von § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB in jedem Fall entbehrlich. Das Setzen einer neuen Frist sei dann eine sinnlose Förmerei, weil es offensichtlich keinen Erfolg verspreche.³⁵⁸

18.4 Angemessene Frist zum Kündigungsausspruch, § 314 Abs. 3 BGB

Nach § 314 Abs. 3 BGB kann die Kündigung aus wichtigem Grund nur innerhalb angemessener Frist ab Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden. Ob die Vorschrift überhaupt auf Mietverträge anwendbar ist oder zumindest durch die Tatbestände der §§ 543 Abs. 2, 569 Abs. 1 und 2 BGB verdrängt wird, wird nicht einheitlich

³⁵⁶ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 30; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 543 Rz. 74; Palandt/*Weidenkaff*, 66. Aufl., § 543 BGB Rz. 47; so schon OLG Hamm, NJW-RR 1991, 1035, 1036 zu § 542 Abs. 1 Satz 2 BGB aF, allg. Meinung.

³⁵⁷ OLG Hamm, NJW-RR 1991, 1035, 1036; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., IV Rz. 463 Fn. 35 unter Hinweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des LG Hamburg vom 15. April 1986; ebenso *Franke* in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band 5 BGB - Mietrecht, Stand 2006, § 543 BGB Anm. 28.1 Nr. 3; *Grapentin* in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rz. 149; *Kinne* in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 543 BGB Rz. 37; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 543 Rdnr. 142; Palandt/*Weidenkaff*, 66. Aufl., § 543 Rdnr. 44; Wolf/Eckert/Ball, Hb. Des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 895; ferner Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 30.

³⁵⁸ BGH v. 18.4.2007 - VIII ZR 182/06, WuM 2007, 319. BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 281/06, WuM 2007, 570 = ZMR 2007, 686 = GE 2007, 1179 = NZM 2007, 561.

bewertet.³⁵⁹ Die ablehnende Meinung hält § 314 Abs. 3 BGB für eine abschließende Spezialregelungen.³⁶⁰

Jedenfalls wenn der Vermieter zunächst den Ausgang einer Zahlungsklage wegen rückständiger Mieten abwarten, bevor er nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB kündigt, soll er selbst dann noch in angemessener Zeit gehandelt haben, wenn er am 10.11. eine Frist zum 30.11. setzt, Weihnachten und anschließend weitere drei Monate abwartet, ob der Mieter die titulierte Forderung ausgleicht.³⁶¹

Der Gesetzgeber hat mit § 314 Abs. 3 BGB eine Vorschrift vor die Klammer gezogen, die anders als die Verwirkung, allein auf den Zeitablauf zwischen Eintritt des wichtigen Grundes und Kündigung abstellt. Wie sich aus § 314 Abs. 1 BGB ergibt, soll der Zeitablauf auch nicht bloß im Rahmen der Zumutbarkeitsabwägung relevant sein.³⁶² Dies spricht für eine Anwendbarkeit. Die Tatsache, dass im Mietrecht eine dem § 626 Abs. 2 BGB vergleichbare Vorschrift fehlt, macht deutlich, dass neben den ausdrücklich im Gesetz geregelten Voraussetzungen keine weitere Anforderungen gelten sollen. Immerhin hat der Gesetzgeber 2001 das System der außerordentlichen Kündigung grundlegend reformiert und die maßgeblichen Voraussetzungen festgelegt. Hätte dem Zeitablauf eine eigenständige Bedeutung zukommen sollen, wäre dies ausdrücklich festgeögert worden.

18.5 Miete vom Staat?

Vielerorts ist festzustellen, dass die Dauer von Prozessen sich zunehmend verlängert. Dies ist regelmäßig auf Stellenabbau wegen Mittelkürzungen zurückzuführen. Im Mietrecht wirkt sich dies insbesondere für den Vermieter wirtschaftlich nachteilig aus, wenn der Mieter – aus welchen Gründen auch immer – die Mietzahlung eingestellt hat. Die Verlängerung der Prozessdauer führt hier unmittelbar zur Vergrößerung des Schadens.

Als Anspruchsgrundlage für einen Regress kommt § 839 BGB in Betracht. Dies setzt aber eine Verletzung drittgerichteter Amtspflichten voraus. In dem hier maßgeblichen Zusammenhang ergibt sich aus der Verpflichtung zur Justizgewährung und Gewährung

³⁵⁹ Für eine Anwendbarkeit: *Hinz*, NZM 2005, 2004, 681, 692; *Eisenhardt* in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl., J Rz. 275.

³⁶⁰ *Kandelhard*, NZM 2005, 43, 46; *Palandt/Heinrichs*, 66. Aufl. § 314 BGB Rz. 6.

³⁶¹ OLG Bremen v. 5.4.2007 – 2 U 7/07, ZMR 2007, 688.

³⁶² Vgl. dazu: BGH v. 23.3.1983 – VIII ZR 336/81, WuM 1983, 661; OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 – ZMR 2003, 177.

eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, die aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) folgen, dass der Staat seine Gerichte so auszustatten hat, dass diese die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerungen abschließen können. Es ist seine Aufgabe, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen und ihr dort, wo sie eintritt, rechtzeitig abzuwenden. Er hat, insbesondere soweit es um das Gebot der Beschleunigung von Haftsachen geht, die dafür erforderlichen - personellen wie sächlichen - Mittel aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen.³⁶³

Der BGH hat allerdings in seiner bisherigen Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen danach differenziert, ob es bei der Zuweisung von Dienstkräften und Sachmitteln an die für die Bearbeitung von Anträgen zuständigen Eingangsbehörden oder Fachstellen um den Aufgabenbereich der Zentralbehörden oder den der unteren Behörden ging. Nur im letzteren Falle hat er den Schutzzweck solcher Amtspflichten in der Befriedigung auch der Interessen von Einzelpersonen gesehen, während er hinsichtlich der Tätigkeit von Zentralstellen prinzipiell nur ein öffentliches Interesse ohne Drittschutz dem Einzelnen gegenüber angenommen hat.³⁶⁴

An dieser Rechtsprechung hält der BGH nun nicht mehr uneingeschränkt fest.³⁶⁵ Unverändert gilt jedoch, dass bei der Entscheidung über die Besetzung der einzelnen Dienststellen auch andere Umstände als die Einzelinteressen der Antragsteller wie insbesondere die finanzielle Leistungsfähigkeit der betreffenden Körperschaft und die Möglichkeit zur Aufbringung der notwendigen Mittel berücksichtigt werden müssen.³⁶⁶ Solche - weiterhin maßgebenden - Aspekte betreffen insbesondere die Prärogative des Haushaltsgesetzgebers bei der Zuweisung von Stellen und der Bewilligung von Mitteln. In dieser Beziehung hält es der BGH immer noch für zutreffend, dass den gesetzgebenden Organen - abgesehen von sog. Maßnahmen- oder Einzelfallgesetzen - Amtspflichten nur gegenüber der Allgemeinheit und nicht in Richtung auf bestimmte Personen oder Personengruppen obliegen.³⁶⁷ Das hindert aber nicht, die dem nachgeordnete Verpflichtung der Judikative oder Exekutive zur sachgerechten Verteilung der ihr zur Verfügung stehen-

³⁶³ BVerfG NJW 2000, 797; 2006, 668, 671; ähnlich BGH v. 3.11.2004 - RiZ [R] 2/03 - NJW 2005, 905, 906.

³⁶⁴ BGHZ 111, 272, 273 ff.; BGH v. 10.11.1958 - III ZR 135/57 - NJW 1959, 574 f.; BGH v. 24.6.1963 - III ZR 195/61 - VersR 1963, 1080, 1082.

³⁶⁵ BGH v. 11.1.2007 - III ZR 302/05, GE 2007, 358.

³⁶⁶ BGHZ 111, 272, 274.

³⁶⁷ BGHZ 56, 40, 46; 84, 292, 300; 87, 321, 335; 140, 30, 32; BGH v. 7.7.1988 - III ZR 198/87 - NJW 1989, 101.

den Mittel dann als drittschützend zu werten, wenn es an einzelnen Verwaltungsstellen wegen Überlastung der zuständigen Bediensteten zu unzumutbaren Verzögerungen kommt und es allein in der Hand der übergeordneten (Zentral-)Behörde liegt, hier für Abhilfe zu sorgen.³⁶⁸

Nach diesen Maßstäben kommt es darauf an, ob die zuständigen Behördenleiter (Direktor des Amtsgerichts, Präsidenten des übergeordneten Landgerichts und des Oberlandesgerichts oder das Justizministerium des Landes) die ihnen - nach Maßgabe der beamtenrechtlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen, wobei die berechtigten Belange der betroffenen Beamten oder Angestellten nicht unberücksichtigt bleiben dürfen - jeweils möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen haben, um eine Erledigung der von einem Antragsteller, Kläger o.ä. gestellten Anträge in angemessener Zeit sicherzustellen. Darlegungs- und beweisbelastet hierfür ist die Behörde, da dem geschädigten Dritten solche internen Abläufe im Behördenbetrieb in aller Regel nicht bekannt sind und auch nicht bekannt sein müssen.³⁶⁹

Nach diesen Grundsätzen kommt eine Haftung der Justizbehörden aus § 839 BGB in Betracht, wenn Räumungsklagen wegen Überlastung der Gerichte „übermäßig“ lange dauern.³⁷⁰

Allerdings wir der Vermieter zunächst Umstände vortragen müssen, die eine Amtspflichtverletzung nahe legen. Allein eine lange Prozessdauer wird dazu noch nicht ausreichen, denn diese kann auch aus Zustellungsverzögerungen o.ä. herrühren. Deshalb sollte Akteneinsicht genommen werden, um minutiös zu ermitteln, wie lange z.B. die Akte auf der Geschäftsstelle oder in der Kanzlei unbearbeitet liegen geblieben ist. Mit diesem Wissen kann z.B. ein parallel gelaufener (Räumungs-) Prozesse vergleichend dargestellt werden, um aufzuzeigen, dass andere Behörden besser organisiert sind, weil sie ihre Mittel effizienter einsetzen.

19 Gebühren für die Kündigung

Für die außergerichtliche Vertretung in einer zivilrechtlichen Angelegenheit steht dem Rechtsanwalt nach Nr. 2400 VV RVG in Verbindung mit §§ 13, 14 RVG eine Ge-

³⁶⁸ noch weitergehend Soergel/Vinke, BGB, 13. Aufl., § 839 Rn. 119: mangelnde Personal- oder Sachmittelausstattung könne eine Verzögerung nicht rechtfertigen.

³⁶⁹ vgl. zum Organisationsverschulden Staudinger/Wurm, BGB, 13. Bearb., § 839 Rn. 229.

³⁷⁰ Vgl. dazu auch: Börstinghaus, MK 2003, 161 und MK 2004, 70.

schäftsgebühr in Höhe von 0,5 bis 2,5 des Gebührensatzes zu, wobei die Regelgebühr 1,3 beträgt. Gemäß Anlage 1 Teil 3, Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG ist die Gebühr nach Nr. 2400 jedoch zur Hälfte, höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75, auf die wegen desselben Gegenstandes angefallene Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens anzurechnen.

19.1 Bei gleichzeitiger Räumungsklage

Die Frage, ob die vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Kündigungserklärung und die anschließende Räumungsklage denselben Gegenstand betreffen, ist außerdem für die Bemessung des Gegenstandswertes von Bedeutung, denn gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 RVG richtet sich auch für eine außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts der Gegenstandswert nach den für die Gerichtsgebühren geltenden Wertvorschriften, wenn der Gegenstand dieser anwaltlichen Tätigkeit auch Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein könnte. Diese Verweisung auf die für das gerichtliche Verfahren geltenden Wertvorschriften soll für den Fall einer erforderlichen Anrechnung vorgerichtlicher Gebühren sicherstellen, dass die Berechnung des Gegenstandswertes nach denselben Regeln erfolgt wie im gerichtlichen Verfahren.³⁷¹ Die Frage, ob die vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Kündigungserklärung und die anschließende Räumungsklage denselben Gegenstand betreffen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Nach einer verbreiteten Auffassung handelt es sich bei der außergerichtlichen Kündigung eines Mietverhältnisses und der darauf gestützten späteren Räumungsklage um zwei unterschiedliche Gegenstände anwaltlicher Tätigkeit.³⁷² Dies wird damit begründet, dass zwischen der Kündigung des Mietverhältnisses und dem Räumungsprozess kein innerer Zusammenhang bestehe. Bei der Kündigung handele es sich um eine Vorfrage der Räumung. Während die Kündigung auf die Beendigung des Mietverhältnisses abziele, setze der Räumungsanspruch die Beendigung gerade voraus. Hierfür spreche auch, dass allenfalls die Feststellung, ob das Mietverhältnis noch bestehe, Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein könne, nicht aber die Kündigung als solche.

³⁷¹ vgl. Mayer in Mayer/Kroiß, RVG, 2. Aufl., § 23 Rz. 13.

³⁷² LG Karlsruhe, NJW 2006, 1526 f.; LG Mönchengladbach NJW 2006, 705; Mayer in Mayer/Kroiß, RVG, 2. Aufl., Teil 3, Vorb. 3, Rdnr. 61; Oederka/N. Schneider in AnwK-RVG, 3. Aufl., VV Vorb. 3, Rz. 197; Jungjohann, MDR 2005, 904, 905; Peter, NZM 2006, 801; OLG Köln, MDR 2004, 178 zu § 118 BRAGO.

Die Gegenmeinung stellt demgegenüber auf eine wertende Betrachtung ab.³⁷³ Die Kündigung sei als anspruchsbegründende Voraussetzung für den Herausgabeanspruch Gegenstand des Räumungsprozesses. Die Aufspaltung der anwaltlichen Tätigkeit in zwei unterschiedliche Gegenstände sei willkürlich. Sie widerspreche dem gesetzgeberischen Ziel der Anrechnungsnorm (Anlage 1 Teil 3, Vorb. 3 Abs. 4 VV RVG), die verhindern solle, dass die gleiche Tätigkeit zweimal honoriert werde, wenn sie zunächst als außergerichtliche und erst später als gerichtliche betrieben werde, während sie nur einmal vergütet werde, wenn die Angelegenheit sofort zu Gericht gebracht werde.

Der BGH hat sich der zuletzt dargestellten Auffassung angeschlossen.³⁷⁴ Der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit werde nach allgemeiner Auffassung durch das Recht oder das Rechtsverhältnis definiert, auf das sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts im Rahmen des ihm von seinem Mandanten erteilten Auftrags bezieht.³⁷⁵ Gegenstand einer vom Anwalt erklärten Kündigung sei dementsprechend das Mietverhältnis, auf dessen Beendigung die Kündigung ziele. Dies lege zwar nach dem Wortlaut eher die Annahme nahe, dass es sich um zwei unterschiedliche Gegenstände handle; das Begehren eines Vermieters, der einen Rechtsanwalt wegen aufgelaufener Mietrückstände mit der außergerichtlichen Wahrnehmung seiner Interessen, insbesondere der Beratung über eine Kündigung und mit deren Ausspruch beauftrage, sei aber bei lebensnaher Betrachtung darauf gerichtet, dass der Mieter die Wohnung räume und sie dem Vermieter zurückgebe. Die Beendigung des Mietverhältnisses durch den Ausspruch einer Kündigung sei insoweit lediglich das Mittel zur Verwirklichung des von dem Mandanten des Rechtsanwalts verfolgten Rechtsschutzziels. Dies zeige sich auch daran, dass der Mieter in einem anwaltlichen Kündigungsschreiben regelmäßig ausdrücklich zur Räumung der Wohnung aufgefordert werde. Überdies betreffe die vom Anwalt zu entfaltende Tätigkeit in beiden Fällen dieselben rechtlichen und tatsächlichen Punkte, so dass ein enger inhaltlicher Zusammenhang bestehe. Für den im Räumungsprozess vom Vermieter beauftragten Rechtsanwalt reduziere sich der mit der Prozessführung verbundene Aufwand in der Regel wesentlich, wenn er zuvor schon mit der außergerichtlichen Wahrnehmung der Interessen seines Mandanten beauftragt gewesen sei und die Kündigung

³⁷³ *Madert* in Gerold/Schmidt/von Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 17. Aufl., VV 2300, Rz. 40; OLG Frankfurt/Main, AGS 2005, 390 [zu § 118 BRAGO]; vgl. auch *Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl., § 23 RVG Rz. 8.

³⁷⁴ BGH v. 14.3.2007 - VIII ZR 184/06, WuM 2007, 330 = ZMR 2007, 521 = NZM 2007, 396.

³⁷⁵ *Römermann* in Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., § 2 Rz. 10 f.; *Fraunholz* in Riedel/Sußbauer, RVG, 9. Aufl., § 2 Rz. 2 f.

erklärt oder ausdrücklich den Räumungsanspruch im Auftrag seines Mandanten geltend gemacht habe. Die vom RVG vorgesehene (teilweise) Anrechnung der Gebühren für die denselben Gegenstand betreffende vorgerichtliche Tätigkeit beruhe gerade auf der Erwägung, den in diesen Fällen typischerweise geringeren Aufwand des Rechtsanwalts bei der Höhe der insgesamt verdienten Gebühren zu berücksichtigen.³⁷⁶ Deshalb sei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die Kündigung und Räumungsverlangen als einen Gegenstand anwaltlicher Tätigkeit wertet, hier der Vorzug einzuräumen.

Die "formale" Betrachtungsweise der Gegenmeinung würde dazu führen, dass sich allein die Gebühren für die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts - die Beratung des Vermieters über das Kündigungsrecht und den Ausspruch der Kündigung - auf einen Betrag in der Größenordnung der gesamten Gebühren eines späteren Räumungsprozesses belaufen würden.³⁷⁷ Darüber hinaus müsste dem Rechtsanwalt gegenüber seinem Auftraggeber für seine vorgerichtliche Tätigkeit konsequenterweise noch eine weitere Vergütung zugebilligt werden, soweit er den Mieter vor Erhebung der Räumungsklage zur Räumung aufgefordert habe. Denn neben den Gebühren für die Kündigung fielen bei einer formalen Betrachtungsweise zusätzlich außergerichtliche Gebühren für die Tätigkeit im Rahmen des gesonderten Gegenstands "Räumung" an (die allerdings teilweise auf die Verfahrensgebühr des Räumungsrechtsstreites anzurechnen wären). Die "formale" Betrachtungsweise werde daher dem gesetzgeberischen Anliegen, die Gebühren des Rechtsanwalts - wenn auch in generalisierender Weise - an dem Aufwand der anwaltlichen Tätigkeit auszurichten, im Ergebnis nicht gerecht.

Allerdings kann der Rechtsanwalt für seine Tätigkeit die volle Geschäftsgebühr verlangen³⁷⁸ und diese als Verzugsschaden geltend machen, soweit sie in der nachfolgenden Räumungsklage nicht angerechnet wird.³⁷⁹

Es bleibt die Frage, ob die Entscheidung auch auf die Situation der ordentlichen Kündigung anzuwenden ist. Hier wird in der Regel zunächst nur der Kündigungsauftrag erteilt. Erst wenn nach Ablauf der Kündigungsfrist der Mieter nicht ausgezogen ist, erfolgt der Prozessauftrag. Bei lebensnaher Betrachtung ist zwar auch hier das erste Be-

³⁷⁶ vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 15/1971, S. 209.

³⁷⁷ vgl. dazu das Rechenbeispiel bei N. Schneider, NZM 2006, 252, 253.

³⁷⁸ BGH v. 7.3.2007 – VIII ZR 86/06, NZM 2007, 397; BGH v. 11.7.2007 – VIII ZR 310/06, GE 2007, 1480 = NZM 2007, 835.

³⁷⁹ BGH v. 11.7.2007 – VIII ZR 310/06, WuM 2007, 633.

gehen des Vermieters darauf gerichtet, dass der Mieter räumt. Dem liegt jedoch kein einheitlicher Lebenssachverhalt zugrunde. Im Übrigen müsste dann von einem Klageauftrag ausgegangen werden, so dass bei freiwilliger Räumung eine Reduzierung der Gebühren gemäß VV 3101 stattfinden müsste.

Auf keinen Fall ist die Entscheidung auf den Fall anwendbar, dass der Rechtsanwalt für den Mieter kündigt und ihn im anschließenden Räumungsprozess vertritt. Hier hilft auch die lebensnahe Betrachtung nicht.

19.2 Gegenstandswert

Die Berechnung des Gegenstandswertes für die Erklärung einer Kündigung ist strittig. Ein Teil der Rspr. will gem. § 23 Abs. 1 S. 3 RVG auf § 41 GKG abstellen und damit auf den Jahresmietwert.³⁸⁰ Maßgeblich soll danach die Miete eines Jahres sein und, sofern die Dauer des Mietverhältnisses geringer sei, der Mietbetrag für den geringeren Zeitraum.³⁸¹ Andere halten die Vorschrift des § 23 Abs. 1 S. 3 RVG für nicht anwendbar, da der Ausspruch einer Kündigung niemals Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein kann.³⁸²

Konsequenterweise schließt sich der BGH hier der erstgenannten Meinung an³⁸³ und berechnet den Gegenstandswert der Kündigung nicht nach § 25 KostO, sondern nach §§ 23 RVG, 41 Abs. 2 GKG. Bei der gebotenen wertenden Betrachtung sei auch hier im außergerichtlichen Verfahren das Räumungsverlangen des Vermieters Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit. Die zu einem verhältnismäßig niedrigen Gegenstandswert führende Regelung des § 41 GKG beruhe auf sozialen Erwägungen des Gesetzgebers; insbesondere Wohnraummietstreitigkeiten sollten für die Beteiligten "bezahlbar" bleiben).³⁸⁴ Auch diese Zielsetzung spreche gegen die Berechnung der Geschäftsgebühr nach dem sich aus § 25 KostO ergebenden weitaus höheren Gegenstandswert.

³⁸⁰ AG Köln, MDR 2002, 1030 m. abl. Anm. N. Schneider.

³⁸¹ Hansens, ZAP Fach 24 S. 549 ff., vgl. auch BGH v. 13. März 2007 - VIII ZR 189/06, ■.

³⁸² So insbesondere LG Karlsruhe, AGS 2006, 112 m. Anm. N. Schneider = NZM 2006, 259 = NJW 2006, 1526 = Info M 2005, 324, 325 = RVG professionell 2006, 65; N. Schneider in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl. N Rz. 491 m.w.N.

³⁸³ BGH v. 14.3.2007 - VIII ZR 184/06, WuM 2007, 330.

³⁸⁴ vgl. Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl., § 41 RVG Rz. 2.

20 Vermieterpfandrecht und Räumungsanspruch

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

Übt der Vermieter beide Rechte aus muss er bedenken, dass die umfassende Ausübung des Vermieterpfandrechts einem Räumungs- und Herausgabeanspruch entgegensteht. Hat der Vermieter also z.B. fristlos wegen Zahlungsverzuges gekündigt, ist eine Räumungsklage abzuweisen, wenn er gleichzeitig sein Vermieterpfandrecht (ohne Beschränkung) geltend gemacht hat.³⁸⁵ Denn der Mieter ist bei rechtmäßigem Verhalten gerade nicht in der Lage, die Mietsache zu räumen und dem Vermieter den vollständigen unmittelbaren Besitz zu verschaffen.

Möglich ist natürlich die Beschränkung des Vermieterpfandrechts auf einige wertvolle bzw. gut verwertbare Gegenstände. In diesem Fall muss mit der entsprechenden Einschränkung der Räumungsanspruch geltend gemacht werden. Andererseits kann der Räumungsanspruch von vorneherein nur auf Herausgabe (= Besitzverschaffung) beschränkt werden.³⁸⁶

21 Rückgabezustand

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

³⁸⁵ KG v. 12.2.2005 – 8 U 144/05, WuM 2005, 348 = NZM 2005, 422.

³⁸⁶ BGH v. 10.8.2006 – I ZB 135/05, WuM 2006, 580; BGH v. 17.11.2005 – I ZB 45/05, NZM 2006, 149 = WuM 2006, 50.

chen in den Mietvertrag aufgenommen werden, die sich an der praktischen Situation und der Rechtslage orientieren.

Enthält der Mietvertrag eine Regelung zur Rückgabe in „besenreinem Zustand“ ist der Mieter nur verpflichtet, grobe Verschmutzungen zu beseitigen („mit dem Besen grob gereinigt“).³⁸⁷ Dazu gehört neben dem reinen Kehren auch das Beseitigen von Spinnweben, nicht aber das Putzen der Fenster. Um dies zu erreichen, muss zusätzlich der „saubere“ Zustand verlangt bzw. vereinbart werden.

22 Vorkaufsrecht

§ 577 BGB sieht ein Vorkaufsrecht des Mieters vor, sofern nach Überlassung an den Räumern Wohnungseigentum begründet wird. Dieses Vorkaufsrecht besteht jedoch nur für den ersten Verkaufsfall. Wird es dabei nicht ausgeübt, erlischt es. Da vor der Einführung des Vorkaufsrechts am 1.9.1993 etwas vergleichbares nicht existierte, wird die Meinung vertreten, es käme auf den ersten Verkaufsfall nach dem 1.9.1993 an.³⁸⁸

Nach Auffassung des BGH löst allein der erste Verkaufsfall nach der Umwandlung das Vorkaufsrecht aus, und zwar unabhängig davon, ob dieser vor oder nach dem 1.9.1993 stattgefunden hat.³⁸⁹ Denn durch das Vorkaufsrecht solle der Mieter vor einer Verdrängung im Zusammenhang mit der Umwandlung geschützt werden. Dieser Zusammenhang bestehe aber regelmäßig nur unmittelbar nach dem ersten Verkauf.

Auf nachfolgende Verkäufe erstreckt sich das Vorkaufsrecht auch dann nicht, wenn die Möglichkeit zur Ausübung des Vorkaufsrechts bei dem ersten Verkauf nicht bestand, weil die Wohnung an einen Familien- oder Haushaltsangehörigen verkauft wurde (§ 577 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder wenn die Ermittlung des anteiligen Preises, der für die dem Vorkaufsrecht unterfallende Eigentumswohnung zu zahlen ist, für den Mieter schwierig gewesen wäre.³⁹⁰ Denn bei der gebotenen typisierenden Betrachtung realisiere sich bei einem zweiten Verkauf nicht mehr die Gefahr der Verdrängung des Mieters aufgrund einer spekulativen Umwandlung von Wohnungen in Eigentumswohnungen, der mit der Regelung des § 577 BGB begegnet werden soll.³⁹¹ Sei eine durch die Um-

³⁸⁷ BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, WuM 2006, 513.

³⁸⁸ LG Oldenburg v. 26.6.1997 – 16 S 259/97, WuM 1997, 436.

³⁸⁹ BGH v. 29.3.2006 – VIII ZR 250/05, WuM 2006, 260.

³⁹⁰ BGH v. 22.6.2007 – V ZR 269/06, WuM 2007, 464 = GE 2007, 1115.

³⁹¹ BGH v. 29.3.2006 – VIII ZR 250/05, WuM 2006, 260.

wandlung herbeigeführte gesteigerte Verdrängungsgefahr bei einem späteren Verkauf aber nicht mehr vorhanden, sei der mit einem Vorkaufsrecht einhergehende Eingriff in die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Wohnungseigentümers (Art. 14 Abs. 1 GG) nicht mehr gerechtfertigt. Rechtsmissbräuchen, die dadurch gekennzeichnet seien, dass nur zur Ausschaltung des Vorkaufsrechts an eine nach § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB privilegierte Person veräußert werde, könne im Einzelfall mit der Anwendung von § 242 BGB begegnet werden. Auch ein „en-bloc-Verkauf“ des Gebäudes, in dem die vermietete Eigentumswohnung liege, rechtfertige beim „zweiten“ Verkaufsfall kein Vorkaufsrecht. Denn auch in solchen Fällen stehe dem Mieter ein Vorkaufsrecht an der von ihm bewohnten Eigentumswohnung bereits aufgrund des ersten Verkaufsfalles zu.³⁹² Dass bei dem gebündelten Verkauf mehrerer Wohnungen die Ermittlung des anteiligen Kaufpreises schwierig sein könne, rechtfertige nicht die Annahme, dass das Vorkaufsrecht nur bei einem Einzelverkauf oder bei Angabe des auf die Wohnung entfallenden Teilkaufpreises gegeben wäre.

23 Die kurze Verjährung

23.1 Erfasste Ansprüche

Die kurze mietvertragliche Verjährung gilt nach gefestigter Rechtsprechung auch dann, wenn es um von § 548 BGB erfasste Ansprüche des Vermieters gegen einen Dritten geht, der - ohne Vertragspartei zu sein - in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen ist.³⁹³ Eine von den Parteien gewollte Einbeziehung in den Schutzbereich des Mietvertrages ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für zum Hausstand gehörende Personen, insbesondere Familienangehörige des Mieters anerkannt.³⁹⁴ Es entspricht weiter ständiger Rechtsprechung des BGH, dass § 548 BGB auch Ansprüche des Vermieters wegen Veränderungen und Verschlechterungen der vermieteten Sache erfasst, die nicht auf Mietvertrag, sondern auf unerlaubte Handlung gestützt sind.³⁹⁵

³⁹² Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 577 BGB, Rz. 50, m.w.N.; vgl. auch BGH v. 15.6.2005, VIII ZR 271/04, NJW-RR 2005, 1534 f.

³⁹³ BGH v. 21.6.1988 - VI ZR 150/87 - NJW-RR 1988, 1358; BGH v. 7.7.1976 - VIII ZR 44/75 - NJW 1976, 1843, 1844; MünchKommBGB/Schilling, 4. Aufl., § 548 BGB Rz. 6; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2003, § 548 BGB Rz. 15.

³⁹⁴ BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, WuM 2006, 437 = GE 2006, 1222 = ZMR 2006, 754.

³⁹⁵ BGH v. 21.6.1988 - VI ZR 150/87, NJW-RR 1998, 1358; BGH v. 7.2.1968 - VIII ZR 179/65, NJW 1968, 694, 695; BGH v. 17.6.1993 - IX ZR 206/92, VersR 1993, 1525, 1527 m.w.N.; BGH v. 7.2.2001 - XII ZR 118/98, NJW 2001, 535; vgl. auch BGH v. 28.7.2004 - XII ZR 153/03, NJW-RR 2004, 1566, 1568.

Das Gleiche gilt für Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss, §§ 331 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB.³⁹⁶ Im konkreten Fall hatte der Vermieter Umbauarbeiten im Hinblick auf einen sicher geglaubten Vertragsabschluss durchgeführt. Als die Verhandlungen scheiterten bzw. der Mieter den ausgehandelten Vertrag nicht unterschrieb, musste der Vermieter zurückbauen und verlangte ein Jahr später Schadensersatz. Der BGH meint, in einer solchen Situation beginne die Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB mit dem Zeitpunkt, zu dem die Vertragsverhandlungen beendet sind. Ob sich der Schaden dann im maßgeblichen Moment bereits berechnen lässt, ist unerheblich.

Die Anwendung des § 548 BGB scheitert auch nicht, wenn der Schaden nicht an einem einheitlichen Gebäude eingetreten ist, das nur zu einem kleinen Teil an den Mieter vermietet war. Denn die Norm gilt auch für den Fall, dass der Mieter eines Hausgrundstücks sowohl die von ihm gemieteten Grundstücks- und Gebäudeteile, als auch solche beschädigt, die nicht Gegenstand des Mietvertrages sind.³⁹⁷

Ob nach Zerstörung eines Gebäudes die Rückgabe des Grundstücks ausreicht, um den Anwendungsbereich des § 548 BGB zu eröffnen, bedarf nach Auffassung des BGH³⁹⁸ dann keiner Entscheidung, wenn Teile des Mauerwerks zur Reparatur wieder verwendbar waren (hier: Errichtung der an Stelle der früheren Innentrennwand erstellten Außenwand des verbleibenden Teils einer Remise). Eine vollständige Zerstörung liegt nur dann vor, wenn jedwede Rückgabe ausgeschlossen sei, nicht aber wenn noch wieder verwendbare Reste der zurückzugebenden Sache vorhanden seien.³⁹⁹ Ob es sich hierbei um einen wesentlichen Gebäudeteil handelt, ist unerheblich.

Nicht erfasst werden Ansprüche gegen den Mieter wegen seiner Verletzung von Obhutspflichten, für die der Vermieter Dritten Schadensersatz zu leisten hat.⁴⁰⁰ Im konkreten Fall waren offenstehende Fenster infolge Windeinwirkung zerborsten und hatten darunter stehende Pkw beschädigt.

³⁹⁶ BGH v. 22.2.2006 – XII ZR 48/03, WuM 2006, 320.

³⁹⁷ BGH v. 23.1.1991 - IV ZR 284/89, VersR 1991, 462, 463; BGH v. 6.11.1991 - XII ZR 216/90, NJW 1992, 687; BGH v. 10.5.2000 - XII ZR 149/98, NJW 2000, 3203, 3205; BGH v. 28.7.2004 - XII ZR 153/03, NJW-RR 2004, 1566, 1568.

³⁹⁸ BGH v. 23.5.2006 – VI ZR 259/04, WuM 2006, 437 = GE 2006, 1222 = ZMR 2006, 754.

³⁹⁹ BGH v. 17.6.1993 - IX ZR 206/92, VersR 1993, 1525, 1527 m.w.N.

⁴⁰⁰ OLG Dresden v. 17.4.2007 – 5 U 8/07, ZMR 2007, 803.

23.2 Beginn der Verjährung der Ansprüche des Vermieters

Bereits durch Urteil vom 12.04.1989 hatte der BGH⁴⁰¹ entschieden, dass die Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus § 326 BGB a.F. erst mit Ablauf der mit der Ablehnungsandrohung versehenen Frist zu laufen beginnt. Die sich daran anschließende Rechtsprechung⁴⁰² sah ebenso wie der BGH in § 198 BGB a.F. eine vorrangige Regelung, so dass der Grundsatz, der Beginn der Verjährung könne nicht vor der Entstehung des Anspruchs liegen, zur zeitlichen Ausweitung der Verjährungsfrist führte. Diese Rechtslage wollte der Gesetzgeber ändern, indem er in der Begründung zum Ausdruck brachte, dass er § 548 BGB als *lex specialis* zu § 198 BGB a.F. ansieht.⁴⁰³

Seit 1.1.2002 ist insoweit eine wesentliche Rechtsänderung eingetreten.⁴⁰⁴ § 199 BGB verlangt zwar für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist grundsätzlich neben der Entstehung des Anspruchs die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Tatsachen. § 200 BGB ordnet aber für andere Verjährungsfristen an, dass deren Lauf nicht vor der Entstehung des Anspruchs beginnen kann, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist. Dies ist aber bei § 548 BGB der Fall.⁴⁰⁵ Hier ist der Beginn der Verjährung an die Rückgabe geknüpft, ohne dass weitere Voraussetzungen gestellt werden. Deshalb verdrängt § 548 BGB den § 199 BGB.⁴⁰⁶

Um so mehr ist es auch unbedeutend, wenn die Rückgabe vor der Beendigung des Mietvertrages statt findet.⁴⁰⁷ Auch in diesem Fall beginnt die Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB nach dem klaren Wortlaut des § 200 BGB zu laufen.

Zwar setzt ein Zurückerhalten der Mietsache im Sinne von § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht stets deren endgültige Rückgabe nach Beendigung des Mietverhältnisses voraus,

⁴⁰¹ BGH v. 12.4.1989 – VIII ZR 52/88, WuM 1989, 376.

⁴⁰² KG v. 2.12.1996 – 8 RE – Miet 3802/96, WuM 1997, 32; OLG Düsseldorf v. 1.6.1995 – 10 U 151/94, WuM 1995, 581; OLG München v. 16.09.1994 – 21 U 2269/94, WuM 1995, 532; OLG Frankfurt/Main v. 11.5.1992 – 12 U 172/91, DWW 1992, 336.

⁴⁰³ Begr. D. RegE, NZM 2000, 802, 813

⁴⁰⁴ BGH v. 19.1.2005 - VIII ZR 114/04, WuM 2005, 126 = ZMR 2005, 291 = MietRB 2005, 144.

⁴⁰⁵ Langenberg, WuM 2002, 71, 72.

⁴⁰⁶ AG Cuxhaven v. 2.12.2002 – 5 C 569/02, ZMR 2003, 501.

⁴⁰⁷ BGH v. 15.3.2006 – VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 = WuM 2006, 319.

sondern kann unter bestimmten Umständen auch bei fortbestehendem Mietverhältnis dann angenommen werden, wenn der Vermieter eine Art von Sachherrschaft erlangt, die ihn in die Lage versetzt, die Mietsache auf etwaige Mängel oder Veränderungen zu untersuchen.⁴⁰⁸ Indessen besteht Einigkeit darüber, dass Sinn und Zweck des § 548 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich eine Veränderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters erfordern.⁴⁰⁹ 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.⁴¹⁰ Zum anderen ist es erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt und der Vermieter hiervon Kenntnis hat,⁴¹¹ weshalb auch eine Übersendung von Schlüsseln mit der Bemerkung des Mieters, er betrachte das Mietverhältnis als beendet, ausreichen kann.⁴¹² Dass der Vermieter (vorübergehend) die Möglichkeit erhält, während des (auch nur mittelbaren) Besitzes des Mieters die Mieträume besichtigen zu lassen, genügt demgegenüber nicht.

24 Zwangsverwaltung

24.1 Voraussetzungen über die Miete

§ 1124 BGB spielt in der Zwangsverwaltung eine bedeutende Rolle, weil Schuldner mit dessen Hilfe oftmals versuchen, das mit einem Angehörigen begründete Mietverhältnis „dingfest“ zu machen. § 1124 BGB erfasst alle Verfügungen über die Miete also Rechtsgeschäfte, die auf den Zahlungsanspruch unmittelbar einwirken (z.B. Einziehung, Abtretung). Demnach bleiben vollzogene Verfügungen gegenüber Hypothekengläubigern grundsätzlich wirksam (Abs. 1). Ausnahmsweise tritt jedoch nach Abs. 2 relative Unwirksamkeit ein, wenn sich die Verfügungen auf die Zeit nach der Beschlagnahme auswirken.

⁴⁰⁸ BGH v. 2.10.1968 - VIII ZR 197/66, NJW 1968, 2241; BGH v. 15.6.1981 - VIII ZR 129/80, NJW 1981, 2406, 2407; BGH v. 4.2.1987 - VIII ZR 355/85, NJW 1987, 2072.

⁴⁰⁹ BGH v. 10.7.1991 - XII ZR 105/90, NJW 1991, 2416, 2417 f.; BGH 19.11.2003 - XII ZR 68/00; NJW 2004, 774, 775.

⁴¹⁰ BGH v. 4.5.2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, 2005; BGH v. 22.2.2006 - XII ZR 48/03; WuM 2006, 320.

⁴¹¹ BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, WuM 2006, 437 = GE 2006, 1222 = ZMR 2006, 754.

⁴¹² OLG Düsseldorf v. 31.8.2006 - I-10 U 46/06, ZMR 2006, 925.

§ 1124 Abs. 2 BGB ist jedoch nicht einschlägig, wenn eine Einmalzahlung erfolgt, die sich auf die Zeit nach der Beschlagnahme nicht verteilen lässt.⁴¹³ Die Vereinbarung eines Einmalbetrags als Miete und dessen Zahlung seien wirksam. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit könnten die Beteiligten nicht nur die Vorauszahlung der Miete vereinbaren, sondern auch deren Entrichtung in einem einmaligen Betrag. Wenn ein Grundpfandgläubiger die Zwangsvollstreckung betreibe, richte sich die Wirksamkeit von Vorausverfügungen des Vollstreckungsschuldners im Rahmen einer Zwangsverwaltung allein nach den Vorschriften der §§ 1124, 1125 BGB. Dies ergebe sich aus § 146 ZVG in Verbindung mit § 20 ZVG.⁴¹⁴ Nach § 1124 Abs. 2 BGB sei eine Verfügung dem Grundpfandgläubiger gegenüber jedoch nur insoweit unwirksam, als sie sich auf die Miete (oder Pacht) für eine spätere Zeit als den Monat der Beschlagnahme beziehe. Eine Vorausverfügung im Sinne von § 1124 BGB setze somit die Existenz einer nach periodischen Zeitabschnitten bemessenen Mietforderung gegen den Schuldner voraus, auf die durch ein Rechtsgeschäft eingewirkt werde. Wenn dagegen im Mietvertrag eine Einmalzahlung vereinbart werde, die nicht auf der Grundlage periodischer Zeitabschnitte (etwa Monate oder Jahre) bemessen sei, erlösche mit der Zahlung des Einmalbetrags der Anspruch auf Zahlung der Miete insgesamt. Sei eine solche Einmalzahlung vor der Beschlagnahme durch den Grundpfandgläubiger erfolgt, so sei sie ihm gegenüber wirksam, § 1124 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Sind die Vorausverfügungen unwirksam, ergeben sich Bereicherungsansprüche des Mieters gegen den Schuldner. Wird das Mietverhältnis beendet, bietet § 547 BGB eine Anspruchsgrundlage wegen der im Voraus entrichteten Miete.

25 Insolvenz

25.1 Fortbestehen des Mietvertrages in der Insolvenz des Vermieters?

§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO ordnet den Fortbestand des Mietvertrages mit Wirkung für die Insolvenzmasse an. Nach dem Wortlaut ist insoweit das Bestehen eines Mietverhältnisses ausreichend. Insofern unterscheidet er sich von § 21 Abs. 1 KO, der nur Anwendung fand, wenn der vom Schuldner vermietete Gegenstand dem Mieter vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits überlassen worden war. War das nicht der Fall, galt §

⁴¹³ BGH v. 25.4.2007 – VIII ZR 234/06, WuM 2007, 467 = ZMR 2007, 677 = NZM 2007, 562.

⁴¹⁴ BGH v. 23.7.2003 - XII ZR 16/00, WPM 2003, 2194.

17 KO.⁴¹⁵ In § 108 Abs. 1 InsO ist von einer Überlassung der Mietsache an den Mieter nicht die Rede. Nach nahezu einhelliger Ansicht in der Literatur soll diese Vorschrift deshalb bereits dann anwendbar sein, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung ein Mietvertrag bestand; auf die Übergabe komme es nicht an.⁴¹⁶

Die Systematik der Vorschriften der §§ 108 ff InsO setzt ebenfalls nicht notwendig voraus, dass der Mieter bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits im Besitz der Mietsache war. Entgegen der Ansicht der Revision verlangt insbesondere die Vorschrift des § 111 InsO nicht zwingend eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 108 Abs. 1 InsO auf noch nicht in Vollzug gesetzte Mietverhältnisse.

Eine wortgetreue Anwendung der Vorschrift des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO würde den Mieter eines in Insolvenz geratenen Vermieters jedoch in unangemessener Weise vor anderen Gläubigern bevorzugen.⁴¹⁷ Sinn und Zweck der Regelungen der §§ 103 ff, 108 ff InsO gebieten eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 108 Abs. 1 InsO in der Insolvenz des Vermieters auf Mietverhältnisse, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits durch die Überlassung der Mietsache an den Mieter vollzogen waren. Seinem Wortlaut nach habe § 108 Abs. 1 InsO den Schutz des Mieters eines insolventen Vermieters gegenüber der Konkursordnung deutlich erweitert. Der Mieter könne danach uneingeschränkt die Erfüllung des Vertrages verlangen, auch dann, wenn die Mietsache noch nicht einmal hergestellt worden sei. Daraus könnten sich gravierende Folgen für das Verfahren ergeben. Beispielsweise würden Anschaffungs- und Herstellungskosten in dem Fall einer eigens für den Mieter zu errichtenden Immobilie weder vorab noch bei Übergabe des Gebäudes an den Mieter ausgeglichen. Außerhalb eines Insolvenzverfahrens erfolge der Ausgleich vielmehr durch Mietzahlungen über einen längeren Zeitraum hinweg. Wäre § 108 Abs. 1 InsO in einem solchen Fall anwendbar, müsste der Verwalter also zunächst die Herstellungskosten aus der Masse vorfinan-

⁴¹⁵ *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 4 [Neudruck 1983], S. 98; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., § 21 Rz. 3; *Siegelmann*, KTS 1968, 213 f.

⁴¹⁶ *Häsemeyer*, InsolvenzR, 3. Aufl., Rz. 20.52; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 1439; *MünchKomm-InsO/Eckert*, § 108 Rz. 64; *FK-InsO/Wegener*, 4. Aufl. § 108 Rn. 5a; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO, 12. Aufl., § 108 Rz. 24; *Gottwald/Huber*, InsolvenzR-Hb, 3. Aufl., § 37 Rz. 24, 42; *Nerlich/Römermann/Balthasar*, InsO, § 108 Rz. 9; *HK-InsO/Marotzke*, 4. Aufl. § 108 Rn. 15 mit Fn. 44; *Andres/Leithaus*, InsO § 108 Rn. 3; *Franken/Dahl*, Mietverhältnisse in der Insolvenz 2. Aufl. 6. Teil Rn. 175; *Kalkschmid*, Immobilienleasing in der Insolvenz Rn. 289 ff; a.A. nur *Kübler/Prütting/Tintelnot*, InsO § 108 Rn. 20; für Leasingverträge auch *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis 7. Aufl. Rn. 7.57; *Fehl*, DZWIR 1999, 89, 91 f.

⁴¹⁷ BGH v. 5.7.2007 – IX ZR 185/06, NZM 2007, 883.

zieren und dann abwarten, ob sich seine Investitionen während der vorgesehenen Mindestlaufzeit des Mietvertrages auszahle. Das Insolvenzverfahren sei jedoch auf eine zügige Abwicklung angelegt. Könne das schuldnerrische Unternehmen nicht saniert werden, sei das Schuldnervermögen zu verwerten und der Erlös nach Abzug der Kosten unter die Insolvenzgläubiger zu verteilen (§ 1 Satz 1 InsO). In vielen Fällen würde die Durchführung des Mietvertrages schlicht daran scheitern, dass der Verwalter die zur Anschaffung oder Errichtung der Mietsache erforderlichen Kosten weder aus der Masse aufbringen noch anderweitig finanzieren könne. Ansprüche des Mieters auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wären ebenfalls Masseverbindlichkeiten. Das Insolvenzverfahren müsste folglich gemäß §§ 208 ff, 211 InsO nach (anteiliger) Befriedigung der Massegläubiger zum Nachteil der Insolvenzgläubiger wegen Masseunzulänglichkeit eingestellt werden. Mit der vom Gesetzgeber der Insolvenzgläubiger angestrebten höheren Verteilungsgerechtigkeit wäre diese unverhältnismäßige Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers nicht zu vereinbaren. Dem Gesetzgeber der Insolvenzordnung habe es zwar grundsätzlich freigestanden, einzelne Gruppen von Gläubigern gegenüber anderen zu privilegieren. An eine entsprechende Wertentscheidung des Gesetzgebers wären die Gerichte gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Der Entstehungsgeschichte des § 108 InsO könne jedoch die Zielrichtung, den noch nicht besitzenden Mieter in der Insolvenz des Vermieters zu bevorzugen, nicht entnommen werden.

26 Prozessuales

26.1 Urkundenprozess

Der BGH hat für die Gewerberaummiete durch die Entscheidung vom 10.3.1999⁴¹⁸ festgestellt, dass auch Mietrückstände im Urkundenprozess eingeklagt werden können. Gegen die stark vertretene Meinung, dies sei wegen § 536 Abs. 4 BGB für die Wohnraummiete anders zu beurteilen,⁴¹⁹ wurde nun die h.M. bestätigt, dass der Urkundenprozess auch bei der Wohnraummiete statthaft ist.⁴²⁰

⁴¹⁸ WuM 1999, 345 = NJW 1999, 1408.

⁴¹⁹ AG Brandenburg v. 25.3.2002 – 32 C 544/01, NZM 2002, 382; LG Göttingen v. 14.6.2000 – 5 S 4/00, NZM 2000, 1053; *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 434 i. V. m. Rz. 370 ff.; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., V Rz. 37; ders., Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rz. 1470; *Blank*, NZM 2000, 1083, 1085 ff.; *Eisenhardt*, MDR 1999, 901 ff.

⁴²⁰ BGH v. 1.6.2005 - VIII ZR 216/04, WuM 2005, 526 = ZMR 2005, 773 = NZM 2005, 661.

Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH die Frage, ob der Urkundenprozess auch zulässig ist, wenn der Mieter sich auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB beruft. Gegen die Statthaftigkeit bestehen jedenfalls keine Bedenken, wenn der Mangel der Mietsache unstreitig nach der Übergabe entstanden ist.⁴²¹ Dies folgt aus den allgemeinen Grundsätzen, wonach der Mieter seine Einwendungen und Einreden zu beweisen hat.

Offen bleibt damit die Frage, ob etwas anderes gilt, wenn der Mieter behauptet, ihm sei die Mietsache nicht oder nicht vertragsgemäß übergeben worden. Dann soll der Urkundenprozess unzulässig sein.⁴²² Das Zurückbehaltungsrecht kann jedenfalls hinsichtlich der ersten, nach Auftreten des Mangels fällig werdenden Miete ausgeübt werden; ab diesem Zeitpunkt dürfte wegen des Verzugs der Mängelbeseitigung seitens des Vermieters nicht mehr von einer Vorleistungspflicht des Mieters hinsichtlich der Zahlung der Miete ausgegangen werden⁴²³. Daher muss derjenige, der sich auf § 320 BGB beruft, beweisen, dass die geltend gemachte Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag stammt und dass ihm eine unter das Gegenseitigkeitsverhältnis fallende Forderung zusteht⁴²⁴. Daraus folgt, dass der Gläubiger entweder seine Erfüllung oder die Vorleistungspflicht des Schuldners beweisen muss⁴²⁵. Macht der Mieter gegenüber dem Zahlungsanspruch des Vermieters im Urkundenprozess geltend, er habe die Miete wegen angeblicher Mängel bis zu deren Beseitigung zurückbehalten, so erhebt er gleichzeitig im Rahmen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages einen zur Zahlung der Miete im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Anspruch auf Mängelbeseitigung. In diesen Fällen ist zunächst der Mieter für das Vorliegen eines Mängelbeseitigungsanspruchs beweispflichtig. Erst wenn ihm dieser Beweis (mit Urkunden) gelingt, muss der Vermieter die Erfüllung beweisen⁴²⁶, da eine Vorauszahlungspflicht des Mieters nicht mehr besteht. Eine Änderung der Darlegungs-

⁴²¹ BGH v. 20.12.2006 – VIII ZR 112/06, ZMR 2007, 265 = GE 2007, 585.

⁴²² AG Ludwigsburg v. 13.4.2007 – 10 C 364/07, WuM 2007, 327.

⁴²³ *Krapf*, MietRB 2006, 15.

⁴²⁴ Palandt/*Heinrichs*, § 320 BGB, Rdnr. 14.

⁴²⁵ Palandt/*Heinrichs*, § 320 BGB, Rdnr. 14.

⁴²⁶ So auch *Sturhahn*, NJW 2004, 451.

und Beweislastverteilung braucht daher nicht unter dem Gesichtspunkt des Gegenseitigkeitsverhältnisses stattzufinden⁴²⁷.

26.2 Rechtskrafterstreckung eines Titels gegen den (Unterver-) Mieter

Es wird die Auffassung vertreten, dass die Rechtskraft eines Räumungstitels gegen den Mieter sich insoweit auf den Untermieter erstreckt, dass dieser die Herausgabepflicht des Mieters nicht mehr leugnen können soll, wenn er seinerseits vom Vermieter auf Rückgabe nach § 546 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen wird.⁴²⁸ Die hM in der Literatur lehnt eine derartige Rechtskrafterstreckung auf den Untermieter jedoch ab, jedenfalls unter der Voraussetzung, dass der Untermieter den unmittelbaren Besitz vor Rechtshängigkeit des Verfahrens zwischen Vermieter und Hauptmieter erlangt hat).⁴²⁹

Der BGH⁴³⁰ hat sich der hM angeschlossen. Soweit eine Rechtskrafterstreckung wegen materiell-rechtlicher Abhängigkeit befürwortet wird, soll dies zwar der Vermeidung nachfolgender Prozesse zwischen anderen Parteien dienen, in denen der Streitgegenstand des ersten Verfahrens Vorfrage ist. Eine solche Durchbrechung des Grundsatzes, dass die Rechtskraft einer Entscheidung sich auf die Parteien beschränkt, zwischen denen sie ergeht, sei aber abzulehnen, wenn dies für den Dritten, der auf diese Entscheidung keinen Einfluss nehmen konnte, zu prozessual unzumutbaren Ergebnissen führen kann. Das sei beispielsweise der Fall, wenn der Untermieter, der vom (Haupt-)Vermieter nach Kündigung des Hauptmietvertrages bedrängt wurde, entweder einen Mietvertrag unmittelbar mit ihm zu schließen oder aber zu räumen, die Mietzahlung an den Hauptmieter einstellt und sich auf einen Rechtsmangel beruft. Sein Einwand, sein Mietbesitz sei durch das Recht eines Dritten (hier: des Hauptvermieters) beeinträchtigt, darf ihm nicht dadurch abgeschnitten werden, dass - gegebenenfalls Jahre später - in einem Verfahren zwischen den Parteien des Hauptmietvertrages rechts-

⁴²⁷ N. Schneider in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl., M Rdnr. 217.

⁴²⁸ Blomeyer, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., S. 520; Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 218 f.; AG Hamburg v. 24.4.1992 – 43b C 1967/91, NJW-RR 1992, 1487.

⁴²⁹ vgl. Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 1266; Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V Rz. 51; MünchKomm-ZPO/Gottwald, § 325 Rz. 74; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 325 Rz. 91; Musielak, ZPO 4. Aufl. § 325 Rdn. 18; Hk-ZPO/Saenger, § 325 Rz. 22; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 325 Anm. B III b; Berg, NJW 1953, 30; Planck BGB 4. Aufl. § 556 Anm. 3 d; vgl. zum Meinungsstand auch Zöller/Vollkommer ZPO, 25. Aufl., § 325 Rdn. 38.

⁴³⁰ BGH v. 12.7.2006 – XII ZR 178/03, NZM 2006, 699 = ZMR 2006, 763.

kräftig festgestellt wird, dass dieses Recht des Hauptvermieters auf Räumung und Herausgabe mangels wirksamer Beendigung des Hauptmietvertrages nicht bestanden hat.