

Aktuelles Mietrecht 2010

Dr. Klaus Lützenkirchen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
Köln

1	Einblick.....	8
2	Anwaltshaftung im Mietrecht.....	8
2.1	Haftung des Verbandsanwalts	8
2.2	Zulässigkeit von Bewährungsvereinbarungen	9
2.3	Kalte Räumung.....	10
2.3.1	Garantiehafung des Vermieters	10
2.3.2	Darlegungs- und Beweislast bei Schadensersatz des Mieters.....	11
2.3.3	Anforderungen an eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO.....	12
3	Überleitungsrecht.....	13
3.1	§ 566a BGB	13
4	Anbahnungsstadium	14
4.1	Verletzung von Aufklärungspflichten	14
4.2	Abweisung eines Negers als Mietinteressenten	15
5	Vertragsgemäßer Gebrauch	15
5.1	Risiko einer negativ abgegrenzten Festlegung	15
5.2	Festlegung durch stillschweigende Vereinbarung.....	16
5.3	Kein Anspruch auf Stellplatz.....	17
5.4	schlechte Ausstattung als vertragsgemäßer Zustand	18
5.5	Anspruch auf Fernsehen in HD-Qualität	18
5.6	unterdimensionierte Stromversorgung.....	19
5.7	enttäuschte Gewinnerwartung	20
5.8	Änderung der Rechtslage (Nichtraucherschutz).....	20
5.9	Untervermietung	22
5.9.1	Keine Kündigung ohne Nutzungswunsch.....	22
5.10	Parabolantenne	23
5.11	behindertengerechte Nutzung	24
5.12	Sortimentsbindung, Betriebspflicht und Konkurrenzschutz ...	24
5.13	Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs	25
6	Parteien des Mietvertrages.....	27
6.1	Vermieterwechsel nach Auszug des Mieters trotz unwirksamer Kündigung	27
6.2	Vermieterwechsel nach Zwangsversteigerung.....	27
6.3	formularmäßige Zustimmung zum Vermieterwechsel.....	28
7	Miete.....	30
7.1	Fortgeltung der Kostenmiete?	30
7.2	Rechtzeitigkeit der Zahlung.....	30
7.3	Samstag kein Werktag i.S.v. § 556b Abs. 1 BGB	31
7.4	Fälligkeit nach § 556b BGB	33

8	Mietzeit	33	3
8.1	Höchstdauer des Kündigungsverzichts	33	
8.2	Kündigungsverzicht für Studentenwohnung.....	34	
8.3	Stillschweigende Fortsetzung nach § 545 BGB.....	35	
9	Schriftform	36	
9.1	Bezeichnung des Mietobjektes	36	
9.2	Vertretung einer Mietpartei (Aktiengesellschaft)	37	
9.3	Heilung durch Nachtrag	39	
9.4	verspätete Annahme	39	
10	Kaution	42	
10.1	Zahlung nur auf insolvenzfestes Konto	42	
10.2	Rückzahlungsanspruch gegen den Zwangsverwalter.....	43	
11	Schönheitsreparaturen	44	
11.1	Abweichen von § 28 Abs. 4 Satz 3 II.BV	44	
11.2	„Weißen“ der Decken und Wände.....	44	
11.3	Grundreinigung des Teppichbodens.....	45	
11.4	Abziehen von Parkettböden.....	46	
11.5	verkappte Fachhandwerkerklausel	46	
11.6	Darlegungs- und Beweislast bei weichen Fristen	47	
11.7	Rechtsfolge unwirksamer Renovierungsklauseln	47	
11.7.1	Blue-pencil-Test?.....	47	
11.7.2	Mieterhöhung im preisgebundenen Wohnraum	48	
11.8	Fristsetzung mit unbestimmten Zeitraum.....	50	
11.9	Feststellungsklage zu unwirksamer Klausel	51	
12	Modernisierung	52	
12.1	Installation einer Photovoltaik-Anlage	52	
12.2	Anspruch auf Erklärung vor Ablauf der Ankündigungsfrist	53	
12.3	Aufwendungsersatz für Zwischenumzug	53	
13	Gewährleistung	54	
13.1	Anforderungen an den Schallschutz.....	54	
13.2	Schallbrücke nach Änderung des Bodenbelags.....	56	
13.3	Schimmel als Gesundheitsgefährdung	57	
13.4	Konkurrenzschutzverletzung als Mietmangel	57	
13.5	Flächenabweichung	58	
13.5.1	stillschweigende Vereinbarung	58	
13.5.2	Angabe einer ca.-Fläche	58	
13.5.3	Formularmäßige Unverbindlichkeit einer Größenangabe ...	59	
13.5.4	Berechnung der Wohnfläche	60	
13.5.4.1	Fachwerkhaus	61	

13.5.4.2	Festlegung durch den Vermieter	61	4
13.5.4.3	Freisitz	61	
13.5.4.4	Doppelhaushälfte	62	
13.5.4.5	Maisonette-Wohnung mit Galerie	62	
13.5.4.6	Auslegung des Begriffs „Mietraumfläche“	63	
13.5.5	Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen	63	
13.5.6	Berechnung der Minderung nach der Bruttomiete	64	
13.5.7	Berechnung der Fläche bei Gewerberaum	64	
13.5.8	Falsche Bezeichnung der Berechnungsmethode	64	
13.5.9	Schadensersatz wegen unberechtigter Mängelanzeige?	65	
13.6	Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete	66	
13.7	Zurückbehaltungsrecht.....	66	
13.8	Schadensersatz	67	
13.8.1	Vorliegen eines anfänglichen Mangels	67	
13.8.2	Einbeziehung von Arbeitnehmern	67	
13.9	Fristlose Kündigung	68	
13.10	Vorschussanspruch	69	
13.10.1	für ungeeignete Maßnahmen	69	
13.10.2	Opfergrenze	69	
14	Nachvertragliche Leistungspflichten.....	70	
14.1	Versorgungssperre.....	70	
14.1.1	Vertragliche Ansprüche	70	
14.1.2	Besitzschutz	71	
14.2	Abwenden der Versorgungssperre.....	73	
15	Mieterhöhung	73	
15.1	Bis zur ortsüblichen Miete	73	
15.1.1	Mieterhöhungsbegehren und Schriftformabrede.....	73	
15.1.2	Mieterhöhung und genossenschaftliche Gleichbehandlung .	73	
15.1.3	allgemein zugänglicher Mietspiegel	75	
15.1.4	vom Mieter geschaffene Ausstattung.....	75	
15.1.5	Mieterhöhung bis zum oberen Spannenwert.....	76	
15.1.6	einfacher Mietspiegel als Beweismittel.....	77	
15.1.7	Begründung mit Typengutachten.....	78	
15.1.8	Flächenabweichung.....	79	
15.1.9	Behebung von Mängeln im Prozess	79	
15.1.9.1	Bezugnahme auf früheres Mieterhöhungsverlangen...	79	
15.1.9.2	Wechsel von Netto- auf Brutto- oder Teilinklusive miete	79	
15.1.9.3	Nachbesserung und Sperrfrist	80	
15.2	Wegfall oder Fehlen der Geschäftsgrundlage	81	

15.3 Umstellung der Belieferung nach § 4 Abs. 5 Nr. 2 MHG.....	82	5
15.4 maschinell erstellte Erklärung nach § 10 WoBindG	83	
16 Betriebskosten.....	84	
16.1 Aufteilung der umlegbaren und nicht umlegbaren Hauswartkosten		84
16.2 Terrorversicherung	84	
16.2.1 Grundsätzliche Umlagefähigkeit.....	84	
16.2.2 Gebot der Wirtschaftlichkeit.....	85	
16.3 Änderung der Mietstruktur im preisgebundenen Wohnraum .	87	
16.4 Aufschlüsselung nach § 20 Abs. 1 Satz 3 NMV.....	87	
16.5 Formularklausel zur verbrauchsabhängigen Abrechnung	88	
16.6 Formelle Fehler	89	
16.6.1 Rechtsfolge Unwirksamkeit.....	90	
16.6.2 Abrechnung gegenüber einem von mehreren Mietern.....	90	
16.6.3 Aufteilung der Abrechnungsperiode.....	92	
16.6.4 Gesamtkosten/Zusammenfassen von Positionen.....	93	
16.6.5 Gesamtkosten/Brennstoffkosten.....	93	
16.6.6 Gesamtkosten/Stromverbrauch der Heizung	94	
16.6.7 Aufgespaltene Gesamtsumme	94	
16.6.8 Kostenerfassung.....	95	
16.6.8.1 Vorwegabzug	95	
16.6.8.2 Erfassung nach Wirtschaftseinheit	95	
16.6.8.3 Erfassung des Verbrauchs mit nicht geeichten Zählern	97	
16.6.8.4 Keine Erläuterung von Kostensteigerungen	99	
16.6.9 Abrechnung nach Nutzergruppen (§ 5 Abs. 2 HeizkV)	99	
16.6.10 Angabe der Gassorte wegen § 9 Abs. 2 HeizkV	100	
16.7 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels	100	
16.7.1 Abrechnung nach Abrechnungskreisen	100	
16.7.2 unterschiedliche Flächenschlüssel	101	
16.7.3 Personenschlüssel mit Bruchzahlen.....	101	
16.7.4 Umfang der Erläuterung	103	
16.7.5 verbrauchsunabhängige Abrechnung trotz anderer Vereinbarung		103
16.8 Angabe der Vorauszahlungen	104	
16.9 Vorwegabzug bei gemischter Nutzung	104	
16.10 Gebot der Wirtschaftlichkeit	105	
16.11 Abrechnungsfrist	106	
16.11.1 Abrechnungsfrist bei Gewerberaummietvertrag	106	
16.11.2 Zurückbehaltungsrecht bei Abrechnungssäumigkeit.	107	
16.12 Belegprüfung bei Auslandsaufenthalt.....	107	
16.13 Einwendungsausschluss bei mehreren Abrechnungen	107	

16.14	Rückforderung des Betrages, der zum Ausgleich des Saldos gezahlt wurde	109
16.15	Anspruch auf Erstattung der Vorauszahlungen.....	110
16.15.1	im laufenden Mietvertrag	110
16.15.2	nach Mietende	110
16.15.3	und Vollstreckungsgeneklage	111
16.15.4	Geltung in der Gewerberaummiete.....	112
16.15.5	Verjährung.....	112
16.15.6	Aufrechnung und Vorlage der Abrechnung	113
16.16	Vorauszahlungen	114
16.16.1	§ 560 BGB bei verspäteter Abrechnung	114
16.16.2	Zahlungsklage nach Eintritt der Abrechnungsreife ...	115
17	Heizkosten	115
17.1	Duldung der Ergänzung der Verbrauchserfassung	115
17.2	Abrechnung einer Gemeinschaftsheizung (Wirtschaftseinheit)	116
18	Beendigung des Mietvertrages.....	117
18.1	Zugang der Kündigung	117
18.2	Zurückweisung nach § 174 gegenüber dem Mitarbeiter des Vermieters	118
18.3	Ordentliche Kündigung	118
18.3.1	Prozesskosten aus Räumungsrechtstreit	118
18.3.2	Begründung der Eigenbedarfskündigung.....	120
18.3.3	Nichten und Neffen als Familienangehörige	121
18.3.4	Möblierte Alternativwohnung	122
18.3.5	Inhalt der Anbietspflicht.....	123
18.3.6	Aufklärung über bevorstehenden Eigenbedarf	124
18.3.7	Schadensersatz bei formell unwirksamer Kündigung	124
18.3.8	Schadensersatz wegen vorgetäushtem Eigenbedarf.....	125
18.4	Zweifamilienhauskündigung	126
18.5	Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes	127
18.6	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	127
18.6.1	Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB	127
18.6.2	beharrliche Zutrittsverweigerung	128
18.6.3	fortgesetzte Beleidigung durch den Vermieter	128
18.6.4	Ankündigung der Nichtzahlung	129
18.6.5	Begründung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges	130
18.7	außerordentliche Kündigung.....	131
18.7.1	nach § 563 Abs. 4 BGB	131
18.7.2	nach § 1056 Abs. 2 BGB.....	131
19	Schadensersatz.....	133

19.1 Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten	133	7
19.2 entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs...	133	
20 Nutzungsentuschädigung	134	
20.1 Vorenthaltung und Zustand der Mieträume	134	
20.2 Vorenthaltung und Räumungsfrist	135	
20.3 Bereicherung durch Parken auf dem Mietgrundstück	135	
20.4 Darlegungslast bei Mietausfallschaden.....	136	
21 Bereicherung durch vorzeitiger Rückgabe.....	136	
22 Verjährung.....	137	
23 Prozess.....	139	
23.1 Schlüssigkeit des Sachvortrages zur Kündigung.....	139	
23.2 Rechtskrafterstreckung auf Untermieter	139	
23.3 Erledigung durch Räumungsvollstreckung?	140	
23.4 Urkundenklage	140	
23.5 Verjährung als erledigendes Ereignis	141	
23.6 Erledigungserklärung im selbständigen Beweisverfahren....	142	
24 Insolvenz	143	
24.1 Insolvenz des Mieters.....	143	
24.1.1 uneingeschränktes Verwertungsrecht bei Genossenschaftsanteilen	143	

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2010 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidungen erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Neben den Zitaten kann insoweit auf den jährliche Überblick verwiesen werden, der unter

www.ld-ra.de/news

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

2 Anwaltshaftung im Mietrecht

2.1 Haftung des Verbandsanwalts

Grundsätzlich haftet der Rechtsanwalt nur aus dem Anwaltsvertrag seinem Mandanten. Wird er für einen Verein als selbständiger Anwalt tätig, haftet er daher prinzipiell nur diesem Auftraggeber. Anderes gilt aber dann, wenn nach dem Willen der Vertragsparteien Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen sind. Von einem solchen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) immer dann auszugehen, wenn dem Vertragsschuldner die Einbeziehung des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich bekannt oder zumindest erkennbar ist, die Rechtsgüter des Dritten durch die Vertragsleistung des Schuldners bestimmungsgemäß oder typischerweise beeinträchtigt werden können ("Leistungsnähe"), ein berechtigtes Interesse des Vertragsgläubigers am Schutz des Dritten besteht und der Dritte ein Schutzbedürfnis hat.¹ Diese Grundsätze gelten auch für Anwaltsverträge; in einem solchen Fall sind die von einer Pflichtverletzung betroffenen Personen Adressaten der anwaltlichen Pflichten und berechtigt, bei pflichtwidriger Schadenszufügung durch den Anwalt von ihm Schadensersatz zu fordern.²

Die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte liegen auch vor, wenn ein Verein einen Rechtsanwalt im eigenen Namen mit der Beratung seiner Mitglieder beauftragt.³ Inhalt und Zweck dieses Auftrags ist ersichtlich die Beratung Dritter, nämlich der Vereinsmitglieder, deren Rechtsgüter diesem Zweck entsprechend durch Fehlleistungen des Rechtsanwaltes Nachteile erleiden können. Die Drittbezogenheit der von dem Rechtsanwalt zu erbringenden Leistung ist nachgerade der Kern des ihm erteilten Beratungsauftrags. Auch liegt das Interesse des Vereins am Schutz seiner Mitglieder, denen er die Rechtsberatung offeriert, auf der Hand. In der Regel sind die Mitglieder zudem auch schutzbedürftig. Gleichwertige Ersatzansprüche gegen den Verein (Mieter- oder Haus-undGrundbesitzerverein) sind regelmäßig satzungsgemäß ausgeschlossen oder beschränkt („Aus der Gewährung von Rat, Information und Hilfe kann das Mitglied keine Ansprüche gegen den Verein und seine Organe herleiten.“).

¹ vgl. BGH, NJW 1985, 489; BGH, NJW 1985, 2411; BGH, NJW 1996, 2927; BGH, NJW 2004, 3630; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1314; OLG Düsseldorf, GuT 2007, 287; MDR 2007, 988; Palandt/*Heinrichs*, 69. Aufl., § 328 BGB Rz. 13 ff.; *Zugehör*, Hb der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rz. 1383 ff.; *Zugehör*, NJW 2008, 1105; *Vollkommer/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl., Rz. 102 ff.

² vgl. BGH, NJW 1995, 51; BGH, NJW 2000, 725.

³ OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – I-24 U 50/08, ZMR 2009, 846 = GuT 2009, 312.

2.2 Zulässigkeit von Bewährungsvereinbarungen

9

Insbesondere im Zusammenhang mit Räumungs- und Zahlungsklagen werden in der Praxis oftmals sog. Bewährungsvereinbarungen geschlossen. Mit einer solchen Vereinbarung erhält der Mieter in der Regel die Gelegenheit, einen festgelegten Rückstand in Raten zu begleichen, wobei er sich gleichzeitig zur Räumung verpflichtet, die aber solange zurückgestellt wird, wie die Raten pünktlich gezahlt werden. Ist der Rückstand getilgt, gehen die Parteien regelmäßig stillschweigend davon aus, dass sich der Mietvertrag fortsetzt.

Die Parteien hatte in der mündlichen Verhandlung folgenden Vergleich protokolliert:

"I. Zwischen den Parteien wird unstreitig gestellt, dass für die Zeit bis 31. März 2006 keine Mietrückstände bestehen. Für die Zeit vom 1. April 2006 bis schließlich 31. Dezember 2006 stellen die Parteien die Mietrückstände pauschal mit einem Betrag von 1.900 EUR fest.

II. Die Beklagten verpflichten sich, diesen Rückstand in monatlichen Raten von 200 EUR, beginnend ab Juli 2007 zusätzlich zur fälligen Miete zu bezahlen.

III. Die Miete für das streitgegenständliche Anwesen ... sowie die monatliche Rate von 200 EUR sind jeweils am dritten Werktag eines jeden Monats an die Kläger zu bezahlen. Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung kommt es nicht auf die Absendung, sondern auf den Eingang des Geldes an.

...

VI. Sollten die Beklagten hinsichtlich der monatlichen Raten von 200 EUR gemäß Ziff. II und III dieses Vergleiches länger als 14 Tage in Verzug geraten, verpflichten sich die Beklagten bereits jetzt, das Anwesen ... (Doppelhaushälfte mit fünf Zimmern, insgesamt ca. 150 qm Wohnfläche nebst 500 qm Garten Carport) innerhalb von acht Wochen ab Eintritt des Verzuges vollständig zu räumen und geräumt an die Kläger herauszugeben ..."

Die Mieter zahlten die Rate für November 2007 unpünktlich. Am 28. November 2007 erteilte der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle den Vermietern eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleiches. Daraufhin erhoben die Mieter Vollstreckungsgegenklage.

Der BGH⁴ hält den Vergleich für wirksam, insbesondere stelle Ziffer VI des Prozessvergleiches weder eine Vertragsstrafe dar, noch seien die Regeln über die Vertragsstrafe auf diese Abrede entsprechend anwendbar. Die Vereinbarung sei daher nicht nach § 555 BGB unwirksam. Gemäß § 555 BGB sei eine Vereinbarung unwirksam, durch die sich der Vermieter eine Vertragsstrafe vom Mieter versprechen lasse. Unter einer Vertragsstrafe wird das Versprechen einer Zahlung (§ 339 BGB) oder einer anderen Leistung (§ 342 BGB) durch den Schuldner verstanden für den Fall, dass dieser eine Verbindlichkeit nicht oder in nicht gehöriger Weise, insbesondere nicht rechtzeitig (§ 341 BGB) erfüllt. Zwar könne auch in dem Verzicht auf eigene Rechte eine Leistung zu sehen sein, die im Einzelfall dazu führe, die für die Vertragsstrafe geltenden Vorschriften

⁴ BGH v. 14.10.2008 – VIII ZR 272/08, WuM 2009, 739 = NZM 2010, 39.

ten jedenfalls entsprechend anzuwenden.⁵ Die Mieter hätten aber in Ziffer VI des Vergleichs nicht auf ihnen (eventuell) zustehende Rechte verzichtet. Der Mietvertrag sei wirksam nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB gekündigt worden. Damit sei in der Vereinbarung gemäß Ziffer VI des Vergleichs, in der sich der Mieter für den Fall der Nichterfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen aus dem Vergleich "bereits jetzt" zur Räumung des Anwesens verpflichtete, kein Rechtsverzicht des Mieters zu sehen, sondern ein auflösend bedingter Rechtsverzicht des Vermieters, der seinen an sich begründeten Räumungsanspruch zunächst nicht weiter verfolgte. Derartige vergleichstypisch als Belohnung ausgestaltete Verfallklauseln seien grundsätzlich wirksam.⁶

Die Entscheidung ist mit § 572 Abs. 2 BGB nicht vereinbar. Denn durch die Fortsetzung der Nutzung gegen Zahlung der Miete war bis November 2007 ein Mietverhältnis entstanden. Damit konnte sich der Vermieter nicht auf die auflösende Bedingung berufen.⁷

2.3 Kalte Räumung

Nicht selten verstehen die Vermieter nicht, dass auch gegen den „verschwundenen Mieter“ eine Räumungsklage durchzuführen ist. Der Rechtsanwalt, der dem Mandanten zur Öffnung der Wohnung rät, sollte Folgendes bedenken:

2.3.1 Garantiehaftung des Vermieters

Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter stellen jedenfalls solange, wie der Mieter seinen an der Wohnung bestehenden Besitz nicht erkennbar aufgegeben hat, eine verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 Abs. 1 BGB und zugleich eine unerlaubte Selbsthilfe im Sinne von § 229 BGB dar, für deren Folgen der Vermieter über die vom Amtsgericht herangezogenen Vorschriften hinaus sogar verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet.⁸ Das gilt selbst dann, wenn der gegenwärtige Aufenthaltsort des Mieters unbekannt und/oder das Mietverhältnis wirksam gekündigt und dadurch ein vertragliches Besitzrecht des Mieters entfallen ist.⁹ Vielmehr ist der Vermieter auch in diesen Fällen verpflichtet, sich - gegebenenfalls nach öffentlicher Zustellung der Räumungsklage - einen Räumungstitel zu beschaffen und zwecks rechtmäßiger Besitzverschaffung aus diesem vorzugehen.

⁵ BGH v. 27.6.1960 - VII ZR 101/59, NJW 1960, 1568; BGH v. 8.10.1992 - IX ZR 98/91, NJW-RR 1993, 243, unter B I 1 c cc; vgl. auch BGH v. 21.2.1985 - IX ZR 129/84, NJW 1985, 1705, unter II 2 c; MünchKommBGB/*Gottwald*, 5. Aufl., Vor § 339 BGB Rz. 36; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 555 BGB Rz. 4; Schmidt-Futterer/*Blank*, *Mietrecht*, 9. Aufl., § 555 BGB Rz. 4; *Lammel*, *Wohnraummietrecht*, 3. Aufl., § 555 BGB Rz. 8; Erman/*Jendrek*, BGB, 12. Aufl., § 555 BGB Rz. 2; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 69. Aufl., § 555 BGB Rz. 1; differenzierend: Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 555 BGB Rz. 3.

⁶ BGH v. 19.12.1979 - VIII ZR 46/79, NJW 1980, 1043, unter II 1 b; BGH v. 8.7.1981 - VIII ZR 247/80, NJW 1981, 2686, unter I 2; OLG München, NJW-RR 1998, 1663, 1664; Staudinger/*Rieble*, BGB (2009), Vorbem zu §§ 339 ff. BGB Rz. 28 f.; Münch-KommBGB/*Gottwald*, 5. Aufl., Vor § 339 BGB Rz. 8; Palandt/*Grüneberg*, 69. Aufl., § 339 BGB Rz. 6.

⁷ vgl. auch *Blank*, NZM 2010, 31.

⁸ BGH v. 6.7.1977 - VIII ZR 277/75, WPM 1977, 1126, unter II 2; BGH v. 1.10.2003 - VIII ZR 326/02, WuM 2003, 708, unter III; *Sternel*, *Mietrecht Aktuell*, 4. Aufl., Rz. XIII 25; vgl. ferner OLG Köln, NJW 1996, 472, 473; *Horst*, NZM 1998, 139, 140; *Herrlein/Kandelhard*, *Mietrecht*, 3. Aufl., § 546 BGB Rz. 34; *Lehmann-Richter*, NZM 2009, 177, 178.

⁹ OLG Celle, WuM 1995, 188; *Herrlein/Kandelhard*, *Mietrecht*, 3. Aufl., § 546 BGB Rz. 34; Staudinger/*Rolfs*, BGB (2006), § 546 BGB Rz. 39; Bamberger/*Roth/Ehlert*, BGB, 2. Aufl., § 546 BGB Rz. 22; *Horst*, NZM 1998, 139, 140.

Übt deshalb ein Vermieter im Wege einer sogenannten kalten Räumung durch eigenmächtige Inbesitznahme von Wohnung und Hausrat eine verbotene Selbsthilfe, ist er gemäß § 231 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet und kann sich auch nicht darauf berufen, sich über die Voraussetzungen und den Umfang seines Selbsthilferechts geirrt zu haben.¹⁰ Von der Ersatzpflicht erfasst wird insbesondere eine eigenmächtige Entsorgung des hierbei in Besitz genommenen Hausrats und der sonst in der Wohnung vorgefundenen Gegenstände. Denn den Vermieter trifft mit seiner Inbesitznahme zugleich eine Obhutspflicht, welche einer Entsorgung grundsätzlich entgegensteht.¹¹

2.3.2 Darlegungs- und Beweislast bei Schadensersatz des Mieters

Die - bei Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung zumindest nachvertragliche - Obhutspflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB hat nicht nur zur Folge, dass der Vermieter die nachweislich in Obhut genommenen Gegenstände vollständig und in einem gegenüber dem Zustand bei Inobhutnahme nicht verschlechterten Zustand wieder herausgeben muss. Im Falle einer Unmöglichkeit der Herausgabe oder einer im Vergleich zum übernommenen Zustand nachweislich eingetretenen Verschlechterung der herauszugebenden Gegenstände hat er sich darüber hinaus - wie § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt - zu entlasten, so dass ihn und nicht den Mieter insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft.¹²

Die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast reicht zu Lasten des Vermieters aber noch weiter und erstreckt sich zugleich auf den Bestand, den Zustand und die wertbildenden Merkmale der Gegenstände, die sich in der durch verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) in Besitz genommenen Wohnung befunden haben.¹³ Denn zu den Obhutspflichten des Vermieters bei Inbesitznahme der Wohnung und der darin befindlichen (Einrichtungs-) Gegenstände gehört auch die Pflicht, die Interessen des durch Ortsabwesenheit und mangelnde Kenntnis von der Inbesitznahme an einer eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten Mieters zu wahren. Der Vermieter muss nicht nur dafür Sorge tragen, dass an den in Besitz genommenen Gegenständen während der Dauer ihrer Obhut oder der anschließenden Einlagerung keine Beschädigungen oder Verluste eintreten. Es obliegt ihm vielmehr schon bei Inbesitznahme, ein aussagekräftiges Verzeichnis der verwahrten Gegenstände aufzustellen und deren Wert schätzen zu lassen, um dem Mieter eine Sicherung seiner Ansprüche zu ermöglichen.¹⁴

Bei einer Verletzung der Inventarisierungs- und Schätzungspflicht ist der Vermieter deshalb zugleich verpflichtet, den Schaden auszugleichen, der darin liegt, dass der Mieter hinsichtlich Bestand, Zustand und Wert seiner (Einrichtungs-)Gegenstände zur Zeit der Inbesitznahme durch die Beklagte in Beweisnot geraten ist.¹⁵ Denn um dem Mieter eine vom Bestand und Wert der Sachen ausgehende Schadensberechnung auf den Zeitpunkt, als der Vermieter den Besitz ergriffen hat, zu ermöglichen, war sie verpflichtet, bei der Inbesitznahme ein vollständiges Be-

¹⁰ BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 45/09, WuM 2010, 578 = GE 2010, 1189 = NZM 2010, 701 = ZMR 2011, 23.

¹¹ BGH v. 1.10.2003 - VIII ZR 326/02, WuM 2003, 708; vgl. ferner BGH v. 27.4.1971 - VI ZR 191/69, WM 1971, 943, unter II 1 b.

¹² vgl. BGH v. 5.10.1989 - III ZR 126/88, WPM 1990, 438, unter III 1.

¹³ BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 45/09, WuM 2010, 578 = GE 2010, 1189 = NZM 2010, 701 = ZMR 2011, 23.

¹⁴ vgl. BGHZ 3, 162, 172 f.

¹⁵ BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 45/09, WuM 2010, 575 = GE 2010, 1189 = NZM 2010, 701 = ZMR 2011, 23.

standsverzeichnis aufzustellen und den Wert der darin aufgenommenen Gegenstände feststellen zu lassen. Wenn sie dem nicht nachgekommen ist, geht der dem Mieter aus einer Verletzung dieser Pflicht zustehende Schadensausgleich deshalb auch dahin, dass der Vermieter seinerseits verpflichtet ist zu beweisen, in welchem Umfang Bestand und Wert der der Schadensberechnung zugrunde gelegten Gegenstände von den Angaben abweichen, die der Mieter hierzu gemacht hat, soweit die vom Kläger angesetzten Werte plausibel sind.

Ein Vermieteranwalt handelt pflichtwidrig, wenn er seinen Mandanten bei fortbestehendem Mietverhältnis nicht davon abhält, die Türschlösser auszutauschen, um das Vermieterpfandrecht durchzusetzen. Kündigt der Mieter daraufhin fristlos, haftet der Anwalt für den gesamten Mietausfallschaden.¹⁶ Der Vermieter hatte seine Absicht im Rahmen eines Telefonats mit dem Kollegen mitgeteilt!

2.3.3 Anforderungen an eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO

In der maßgeblichen Situation verlangen die Instanzgerichte regelmäßig vom Mieter Angaben "mindestens ... zu Qualität, Alter, ggf. Marke und Neuwert" der zum Ersatz gestellten Gegenstände, weil ansonsten eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängt und deshalb unzulässig sei.

Damit werden aber die rechtlichen Anforderungen an die Vornahme einer solchen Schätzung überspannt.¹⁷ Denn § 287 ZPO erleichtert dem Geschädigten nicht nur die Beweisführung, sondern auch die Darlegungslast. Steht der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach fest und bedarf es lediglich der Ausfüllung zur Höhe, darf die Klage grundsätzlich nicht vollständig abgewiesen werden. Vielmehr muss der Tatrichter den Schaden im Rahmen des Möglichen schätzen. Selbst wenn der Vortrag des Geschädigten zu den Umständen, die seine Vorstellungen zur Schadenshöhe rechtfertigen sollen, Lücken oder Unklarheiten enthält, ist es in der Regel nicht gerechtfertigt, dem jedenfalls in irgendeiner Höhe Geschädigten jedweden Ersatz zu versagen. Der Tatrichter muss in diesem Fall vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilen, ob nach § 287 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist, und darf eine solche Schätzung erst dann gänzlich unterlassen, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hinge und daher willkürlich wäre.¹⁸ Insoweit kann das Gericht im Rahmen einer solchen Schätzung selbst nicht vorgetragene Tatsachen nach freiem Ermessen berücksichtigen und, soweit dies erforderlich ist, vor einer vollständigen Abweisung der Klage auch über den Sachvortrag hinaus in eine Aufklärung durch Sachverständigengutachten eintreten muss.¹⁹ Das gilt erst recht, wenn sich die der Schadensschätzung zu Grunde zu legenden Gegenstände jedenfalls zum weitaus überwiegenden Teil anhand der bei den Akten befindlichen Lichtbilder identifizieren lassen. Bei feststehendem Verlust eines Gegenstandes, für den Ersatz zu leisten ist, kommt in der Regel mangels näherer Anhaltspunkte ein mittlerer und nicht notwendig der denkbar geringste Wert zum Ansatz.²⁰ Lässt sich insoweit

¹⁶ OLG Koblenz v. 16.10.2003 - 5 U 197/03, NZM 2004, 39.

¹⁷ BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 45/09, WuM 2010, 578 = GE 2010, 1189 = NZM 2010, 701 = ZMR 2011, 23.

¹⁸ BGH v. 24.6.2009 - VIII ZR 332/07, WPM 2009, 1811, Tz. 16; BGH v. 23.10.1991 - XII ZR 144/90, WPM 1992, 36, unter 3 a m.w.N.

¹⁹ BGH v. 24.6.2009 - VIII ZR 332/07, WPM 2009, 1811.

²⁰ BGH v. 7.7.1970 - VI ZR 233/69, NJW 1970, 1970, unter B II 2 b aa m.w.N.

kein Marktwert feststellen, muss selbst unter Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen erwogen werden, ob der betreffende Schaden nicht durch Ansatz desjenigen Preises zu schätzen ist, der - unter Abzug eines an-gemessenen Ausgleichs neu für alt - bei der Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzgegenstandes angefallen wäre.²¹

13

3 Überleitungsrecht

3.1 § 566a BGB

§ 566a BGB hat eine grundlegende Veränderung der Rechtslage hinsichtlich der Haftung des Erwerbers für die Rückzahlung der an den Vermieter geleisteten Kautionsherbeiführung. Im Gegensatz zu § 572 BGB a.F. haftet der Erwerber unabhängig davon, ob ihm die Kautionsherbeiführung vom Vermieter übergeben wurde. Für den Erwerber, der vor dem 1.9.2001 ein Mietobjekt gekauft hat, kann die uneingeschränkte Geltung der neuen Rechtslage zu einer Verböserung führen. Er konnte nämlich das Haftungsrisiko mangels Kenntnis der Rechtänderung nicht durch entsprechende Gestaltung des Kaufvertrages abmildern. Für den alten Vermieter tritt dagegen eine Verbesserung ein, weil er nach bisherigem Recht über § 415 BGB grundsätzlich nicht nur subsidiär haftete.²² Gleichwohl wurde unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzes die Auffassung vertreten, § 566a BGB gelte auch bei Veräußerungen vor dem 1.9.2001.²³

Der BGH²⁴ hat gegen den Willen des Gesetzgebers mit der ganz herrschenden Meinung²⁵ eine (rückwirkende) Anwendung auf Sachverhalte, die vor dem 1.9.2001 abgeschlossen waren, abgelehnt. Im konkreten Fall war der Eigentumsübergang in der Zwangsversteigerung vor dem 1.9.2001 erfolgt. Zur Begründung hatte er u.a. darauf verwiesen, dass aufgrund des Verbotes der echten Rückwirkung von Gesetzen verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Anwendung des § 566a S. 1 BGB beständen.

Diese sieht das KG²⁶ nicht. Im Gegenteil: nach seiner Auffassung besteht jedenfalls kein grundrechtlich geschütztes Vertrauen des Erwerbers, wenn die Eigentumsumschreibung nach dem 1.9.2001 stattgefunden hat und der Kaufvertrag vor der Verkündung des Gesetzes (19.6.2001) aber nach der maßgeblichen Beschlussfassung durch den Deutschen Bundestag (29.3.2001) beurkundet wurde. Insoweit wird wesentlich darauf abgestellt, dass der Erwerber bei Abschluss des Kaufvertrages damit der Änderung der Rechtslage rechnen musste.

Der BGH²⁷ weist jedoch darauf hin, dass seine den zeitlichen Geltungsbereich des § 566a BGB einschränkende Rechtsprechung nicht vorrangig auf verfassungsrechtliche Überlegungen gestützt sei. Vielmehr habe er seine Auffassung hierzu primär mit einer am Willen des historischen Gesetzgebers orientierten Auslegung des § 566a BGB begründet. Bei einer solchen Auslegung werde sich der zeitliche Anwendungsbereich des § 566 a BGB im Interesse der Rechtssicherheit

²¹ vgl. BGHZ 115, 364, 368.

²² BGH v. 24.03.1999 – XII ZR 124/97, NZM 1999, 496.

²³ Grundmann, NJW 2001, 2497, 2499; Franke, ZMR 2001, 951, 952; Maciejewski, MM 2001, 217.

²⁴ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 381/03, WuM 2005, 404 = ZMR 2005, 686 = MietRB 2005, 197.

²⁵ LG Berlin v. 1.2.2002 – 64 S 316/01, GE 2002, 596; LG Aachen v. 28.11.2002 – 2 S 216/02, NJW-RR 2003, 586; Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 9. Aufl., § 566a BGB Rz. 4; Derleder, DWW 2002, 150; Geldmacher, DWW 2002, 182, 193.

²⁶ KG v. 20.9.2007 – 8 U 190/06, GE 2007, 1628.

²⁷ BGH v. 24.6.2009 – XII ZR 145/07, GE 2009, 1039 = ZMR 2009, 837.

und leichten Handhabbarkeit nur generell bestimmen und nicht danach beurteilen lassen, ob der Erwerber des vermieteten Grundstücks im Einzelfall Vertrauensschutz genieße. Auch eine Differenzierung danach, ob die für eine Regelung der Kautionsfrage maßgebenden Abreden zwischen Erwerber und Veräußerer vor oder nach dem Gesetzesbeschluss zum Mietrechtsreformgesetz getroffen worden sind, erscheine praktisch unbefriedigend und könne nicht als vom Gesetzgeber gewollt angenommen werden; sie finde in den vom Gesetzgeber in Art. 229 § 3 EGBGB ausdrücklich getroffenen Übergangsregelungen auch keine Parallele. 14

4 Anbahnungsstadium

4.1 Verletzung von Aufklärungspflichten

Grundsätzlich besteht keine allgemeine Aufklärungspflicht vor Abschluss eines Mietvertrages hinsichtlich aller Einzelheiten oder Umstände, die die Willensentschließung beeinflussen könnten, weil einerseits die Verhandlungspartner selbstverantwortlich handeln und andererseits bestimmte Interessenskonflikte entgeltlichen Verträgen immanent sind.²⁸ Aufklärungspflichten werden bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien gegenläufige Interessen verfolgen, aber hinsichtlich wesentlicher Umstände angenommen, die den Vertragszweck vereiteln können und daher für die Willensentschließung des anderen Teils von hoher Bedeutung sind.²⁹

Ein solcher Umstand ist gegeben, wenn im Rahmen von Mietvertragsverhandlungen Räume vermietet werden sollen, die für die vertraglich vorgesehene Nutzung nicht öffentlich-rechtlich genehmigt und auch nicht genehmigungsfähig sind.³⁰ Die Vereitelung des Vertragszwecks träte ein, wenn nach Aufnahme der vertraglichen Nutzung eine Nutzungsuntersagung durch die zuständige Behörde wegen einer Nutzung unter Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften erklärt wird.

Diese Voraussetzungen sind anzunehmen, wenn die Nutzung von Räumen im Souterrain als Büroräume, die zum dauernden Aufenthalt von Menschen geeignet sind, nicht bauordnungsrechtlich genehmigt ist.³¹ Es kann dahingestellt bleiben, ob schon allein der Umstand, dass die Baugenehmigung fehlte, unabhängig von der Frage der materiellen Genehmigungsfähigkeit zur Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung berechtigte. Dafür spricht, dass eine Nutzungsuntersagung auch bei nur formeller Baurechtswidrigkeit ergehen kann³² und dass daher das Risiko bestand, dass die Nutzung für die ungewisse Dauer eines nachzuholenden Genehmigungsverfahrens vereitelt würde. Eine solche Unterbrechung der Nutzung wirkt sich wesentlich auf den Bürobetrieb des Mieters aus, zumal wenn Baugenehmigungsverfahren erhebliche Zeit in Anspruch nehmen. Der Mieter ist aber jedenfalls zur Anfechtung berechtigt, wenn bei Abschluss des Mietvertrages die Räume im Souterrain für die vorgesehene Nutzung bauordnungsrechtlich auch nicht genehmigungsfähig sind.

²⁸ vgl. Staudinger- *Singer/von Finckenstein*, 2004, § 123 BGB Rz. 10.

²⁹ Münchener Kommentar-*Kramer*, 5. Aufl., § 123 BGB Rz. 18; *Staudinger-Singer/von Finckenstein*, 2004 § 123 Rz. 19; BGH NJW 1979, S. 2243; 1980, 2460.

³⁰ BGH v. 6.8.2008 - XII ZR 67/06, ZMR 2009, 103 Tz. 23.

³¹ OLG Brandenburg v. 11.11.2009 – 3 U 5/03, ■.

³² *Reichel/Schulte*, Hb Bauordnungrecht, Kap. 15 Rz. 222; OVG Brandenburg, BauR 2005, 1676.

4.2 Abweisung eines Negers als Mietinteressenten

15

Das AGG gebietet auch dem Vermieter, Mietinteressenten nicht wegen ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft, ihres Geschlechts oder Religion bzw. Weltanschauung, einer Behinderung, ihres Alters oder ihrer sexuellen Identität zu benachteiligen. Im Ergebnis darf der Vermieter also grundsätzlich die Ablehnung eines Interessenten nicht mit einem dieser Merkmale begründen.³³

Im konkreten Fall hatte der Hausverwalter Mietinteressenten, der sich auf ein Inserat gemeldet hatte, zur Terminvereinbarung an den Hausmeister verwiesen. Als die Interessenten vor Ort erschienen, erklärte der Hausmeister: "Die Wohnung wird nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet".

Das OLG Köln hat den Mietinteressenten ein Schmerzensgeld in Höhe von je 2.500 € sowie Ersatz der Fahrtkosten zur Antidiskriminierungsstelle zugesprochen.³⁴ Ob auf den Beklagten Hausverwalter das AGG anwendbar sei, lies der Senat dahinstehen. Denn nach seiner Auffassung lagen bereits die Voraussetzungen des § 831 BGB vor. Sowohl in der Bezeichnung als "Neger" als auch in der Verweigerung der Besichtigung und Vermietung wegen ihrer Hautfarbe liege eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Bezeichnung einer Person als "Neger" sei nach inzwischen gefestigtem allgemeinen Sprachverständnis eindeutig diskriminierend. Die gebotene sorgfältiger Würdigung aller Umstände, insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, zeige, dass der Eingriff unbefugt gewesen sei. Denn in der betroffenen Sozialsphäre der Mietinteressenten, die keinen Beitrag zu der Äußerung geleistet hätten, seien insbesondere Stigmatisierung und Ausgrenzung verboten, die sich als schwerwiegende Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht darstellten,³⁵ zumal das Verhalten des Hausmeisters von keinen billigen Motiven getragen gewesen sei. Der Hausverwalter müsse sich das Handeln des Hausmeisters zurechnen lassen, weil er diesen als Verrichtungsgehilfen zur Durchführung von Besichtigungsterminen betreffend freie Wohnungen bestellt hatte. Insbesondere sei er in dieser Funktion in die Organisationsabläufe zur Abwicklung des vom Eigentümer erteilten Auftrags, eine Neuvermietung durchzuführen, eingegliedert. Ein Entlastungsbeweis sei nicht geführt. Der Hausverwalter habe den Hausmeister bei Inkrafttreten des AGG nicht geschult und auch sonst keine Vorgaben für die Besichtigung gemacht.

5 Vertragsgemäßer Gebrauch

5.1 Risiko einer negativ abgegrenzten Festlegung

Gemäß § 535 BGB muss der Vermieter dem Mieter die Mietsache in dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und erhalten. Damit trägt er – vorbehaltlich wirksam vereinbarter Abweichungen – das Risiko, dass die Mietsache für den Vertragszweck geeignet ist.³⁶

Mit Rücksicht darauf liegt das Risiko der Zwecktauglichkeit beim Vermieter, der Kellerräume nicht zur Nutzung als Kellerräume, sondern zur Nutzung für jeden behördlich zulässigen Zweck,

³³ vgl. Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. I 302 m.w.N.

³⁴ OLG Köln v. 19.1.2010 – 24 U 51/09, WuM 2010, 81 = GE 2010, 484 = ZMR 2010, 444.

³⁵ BGH, NJW 2005, 592.

³⁶ BGH v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06, GuT 2007, 434 = GE 2008, 120 = ZMR 2008, 274 m.w.N.

also auch zu einer „hochwertigen Nutzung“ vermietet habe, so dass eine Nutzung als Wellnessbetrieb zulässig sei.³⁷ Das Risiko der Zwecktauglichkeit werde auch nicht etwa deshalb auf den Mieter verlagert, weil die Parteien in dem Mietvertrag vereinbart hätten, dass der Vermieter den Gebrauch der Räume in seinem derzeitigen Zustand gewähre und der Mieter auf die Beseitigung anfänglicher Mängel verzichte. Aufgrund dieser Regelung habe zwischen den Vertragsparteien Einigkeit darüber bestanden, dass der Ausbau der Räume zu dem jeweils beabsichtigten Zweck dem Mieter obliege. Diese Regelung beinhalte keine Verlagerung des Risikos der Zwecktauglichkeit.

5.2 Festlegung durch stillschweigende Vereinbarung

Ein Mangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert und deshalb dem Mieter sowohl ein Recht zur Mietminderung (§ 536 Abs. 1 BGB) als auch einen Anspruch auf Mangelbeseitigung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) gewährt, ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Mietvertragsparteien.³⁸ Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand durch den vereinbarten Nutzungszweck – z.B. die Nutzung als Wohnung – bestimmt. Der Mieter einer Wohnung kann nach der allgemeinen Verkehrsanschauung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist. Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen.³⁹ Gibt es zu bestimmten Anforderungen technische Normen, ist jedenfalls deren Einhaltung geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.

Insoweit kann aber nicht allein aus dem bei Anmietung z.B. einer Wohnung vorgefundenen Zustand an Geräuschmissionen sowie der (faktischen) Nutzbarkeit einer über einem Lichthof liegenden Plattform als Dachterrasse auf eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung dahin geschlossen werden, dass der Vermieter ein Lärmniveau schuldet, das nicht über gelegentlichen Störgeräuschen geringen Umfangs liegt.⁴⁰ Zwar gelten bei einer Raummiete die zu den Mieträumen gehörenden Nebengelasse grundsätzlich ohne zusätzliches Entgelt als mitvermietet.⁴¹ Das gilt auch für Außenflächen, die (allein) von der vermieteten Wohnung aus betreten werden können und deshalb nur für eine alleinige Benutzung durch den Mieter in Betracht kommen.⁴² Jedoch war im konkreten Fall der außerhalb der Wohnung gelegenen Plattform kein bestimmter Nutzungszweck beigemessen worden. Er erschließt sich auch nicht von selbst. Abgesehen davon, dass ein Mieter nicht ohne Weiteres erwarten kann, eine bestimmte Wohnnutzung wie die Terrassennutzung auf eine nicht als (Außen-) Wohnfläche mitvermietete Nebenflä-

³⁷ KG v. 20.5.2009 – 8 U 38/09, GuT 2009, 305.

³⁸ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218, unter II 1; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441 = WuM 2009, 457 = NZM 2009, 580 = ZMR 2009, 836, Tz. 9.

³⁹ BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, WuM 2004, 527, unter II A 1 b bb.

⁴⁰ BGH v. 23.9.2009 – VIII ZR 300/08, GE 2009, 1426 = NZM 2009, 855.

⁴¹ Eрман/*Jendrek*, BGB, 12. Aufl., § 535 Rz. 28.

⁴² vgl. Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 535 Rz. 16; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 25; AG Eschweiler, WuM 1994, 427.

che dauerhaft ausweiten zu können, die auch eine andere sinnvolle Nutzung etwa als Trocken- oder Abstellfläche zulässt, ist hier zusätzlich die Lage der Plattform oberhalb eines im Inneren eines Wohn- und Geschäftshauses gelegenen Lichthofs zu berücksichtigen. Derartigen Lichthöfen kommt nicht selten die Funktion zu, straßenseitig unzulässige oder sonst aus nachvollziehbaren Gründen unerwünschte haustechnische Anlagen einschließlich ihrer Lüftungstechnischen Ver- und Entsorgungsleitungen entsprechend den Nutzungserfordernissen der jeweiligen Mitmieter aufzunehmen, so dass dieser Zweck die Nutzungsmöglichkeiten etwaiger Nebenflächen anderer Mieter im Bereich des Lichthofs - vorbehaltlich abweichender Abreden - mitbestimmt.

Derartige abweichende Vereinbarungen waren im konkreten Fall nicht gegeben. Diese können zwar auch stillschweigend getroffen werden.⁴³ Insbesondere kann eine solche Abrede dadurch getroffen werden, dass in einer Beschreibung des Mietobjekts zugleich eine Aussage über seinen Charakter und damit eine diesem Charakter entsprechende Beschaffenheit enthalten ist.⁴⁴ Enthält die Vertragsurkunde zur entsprechenden Nutzung oder Fläche jedoch keine Aussage und kann nicht festgestellt werden, dass dahingehend mündliche Absprachen erfolgt sind, reicht es zur Annahme einer konkludent getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung nicht aus, dass die Fläche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Wohnung aus betreten werden konnte und neben anderen Nutzungsmöglichkeiten auch Platz zum Sitzen, Liegen und Ruhen bot. Zwar kann die für eine Beschaffenheitsvereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung auch konkludent in der Weise erzielt werden, dass der Mieter dem Vermieter bestimmte Anforderungen an die Mietsache zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt dafür jedoch selbst dann noch nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist vielmehr weiter, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert.⁴⁵

5.3 Kein Anspruch auf Stellplatz

Grundsätzlich sind verschiedene Mietverträge über verschiedene Gegenstände getrennt zu behandeln. Lediglich wenn sich ein räumlicher oder zeitlicher Zusammenhang ergibt, wird eine Einheit vermutet, deren wahres Bestehen aber vom Willen der Parteien abhängt.

Mit Rücksicht darauf begründet der Mietvertrag über eine Wohnung keine Pflicht des Vermieters, mit dem Mieter über einen frei gewordenen Stellplatz einen Mietvertrag abzuschließen.⁴⁶ Dies gilt umso mehr, wenn der bestehende Mietvertrag keine Verpflichtung des Vermieters vorsieht, dem Mieter über die Wohnräume hinaus auch einen (Garagen-)Stellplatz zur Verfügung zu stellen. Bei der Zuteilung eines Garagenstellplatzes handelt es sich auch nicht um eine Zuweisung "im Rahmen des bestehenden Wohnraummietverhältnisses". Denn ein Wohnraummietvertrag begründet keine (Neben-)Pflicht des Vermieters, seinem Mieter zusätzlich zu der Gebrauchsüberlassung der angemieteten Räume auch einen Garagenstellplatz zur Verfügung zu stellen. Es ist vielmehr allein Sache des Mieters, für einen Stellplatz zu sorgen. Eine Verpflichtung des Vermieters zum Abschluss eines von dem Wohnraummietvertrag losgelösten neuen

⁴³ BGH v. 2.11.2005 - VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774.

⁴⁴ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 106/07, ZMR 2008, 116, Tz. 2.

⁴⁵ vgl. BGH v. 20.5.2009 - VIII ZR 191/07, NJW 2009, 2807, Tz. 9.

⁴⁶ BGH v. 31.8.2010 - VIII ZR 268/09, WuM 2010, 678 = GE 2010, 1614.

Mietvertrages über einen Garagenstellplatz läuft dem das bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit zuwider. Ob und mit wem die Beklagte einen Mietvertrag über einen Stellplatz abschließt, liegt allein in seiner privatautonomen Entscheidung. Auch aus § 242 BGB ergibt sich nichts anderes. § 242 BGB und der dort verankerte Grundsatz von Treu und Glauben kann lediglich bestehende Rechte modifizieren oder deren Ausübung Grenzen setzen; einen Anspruch auf Begründung eines Schuldverhältnisses lässt sich aus § 242 BGB grundsätzlich nicht herleiten.⁴⁷ Die Tatsache, dass der Vermieter eine Liste von Mietern führt, die sich für Garagenstellplätze interessieren, weil die Nachfrage das Angebot übersteigt, führt nicht zu einem subjektiven, einklagbaren Recht auf einen Garagenstellplatz.

5.4 schlechte Ausstattung als vertragsgemäßer Zustand

Mangels konkreter Absprachen ist die nach dem Vertrag geschuldete Beschaffenheit der Mietsache im Wege der Auslegung zu ermitteln und dabei regelmäßig auf den Standard bei Vertragsschluss abzustellen ist.⁴⁸ Insoweit kann bei einem nicht sanierten Altbau nicht dieselbe Ausstattung erwartet werden kann wie bei einem Neubau. Auch ein unter dem Mindeststandard liegender Zustand ist dann vertragsgemäß, wenn er eindeutig vereinbart ist.⁴⁹ Dafür, dass eine derartige vom Mindeststandard abweichende Vereinbarung getroffen wurde, trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast.⁵⁰

Vor diesem Hintergrund ist ein Mangel im Hinblick auf einen Fußboden nicht zu verneinen, weil sich dieser bereits bei Mietbeginn (im Jahre 1985) in einem "schlechten Zustand" befunden hat.⁵¹ Dies schließt es nicht aus, dass nach Ablauf von rund 20 Jahren seit Mietbeginn ein vollständiger Verschleiß des Fußbodens und damit ein nicht mehr vertragsgemäßer Zustand eingetreten ist. Die gegenteilige Auffassung liefe darauf hinaus, einem Mieter, der eine Wohnung mit "gebrauchter Ausstattung" anmietet und bereits vorhandene Gebrauchsspuren als vertragsgemäß akzeptiert, jegliche Gewährleistungsansprüche auch bei einem weiteren nach langjähriger Mietdauer eingetretenen (vollständigen) Verschleiß der Mietsache abzusprechen.

5.5 Anspruch auf Fernsehen in HD-Qualität

Die Maßstäbe, nach denen zu beurteilen ist, ob einem Mieter gegen den Vermieter ein Anspruch auf Genehmigung der Installation einer Parabolantenne zum Empfang von Fernseh- und Hörfunkprogramme zustehen kann, auch wenn das Haus mit einem Breitbandkabelanschluss ausgestattet ist, sind durch die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG geklärt.⁵² Danach ist dem Grundrecht des Mieters aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 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 be-

⁴⁷ BGH v. 23.4.1981 - VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779 unter 4.

⁴⁸ BGH v. 10.5.2006 - XII ZR 23/04, NZM 2006, 582, Tz. 10; BGH v. 7.6.2006 - XII ZR 34/04, NZM 2006, 626, Tz. 13.

⁴⁹ BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 22/92, NJW-RR 1993, 522, unter II 2 b).

⁵⁰ BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, WuM 2010, 235 = GE 2010, 480 = NZM 2010, 356 = ZMR 2010, 517.

⁵¹ BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, WuM 2010, 235 = GE 2010, 480 = NZM 2010, 356 = ZMR 2010, 517.

⁵² BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 67/08, NJW 2010, 436; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 260/06, NJW 2008, 216; BGH v. 16.5.2007 - VIII ZR 207/04, NJW-RR 2007, 1243; BGH v. 17.4.2007 - VIII ZR 63/04, WuM 2007, 380; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 5/05, NJW 2006, 1062; BGH v. 2.3.2005 - VIII ZR 118/04, NJW-RR 2005, 596; BVerfGE 90, 27, 32 ff.; BVerfG, NJW-RR 2005, 661; BVerfG, GE 2007, 902.

rücksichtigen, 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. 19

Die erforderliche Abwägung, ob das Informationsrecht des Mieters aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG im konkreten Fall das Eigentumsrecht des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG überwiegt, führt dazu, dass dem durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG grundrechtlich geschützten Informationsbedürfnis des Mieters in der Regel hinreichend Rechnung getragen wird, wenn der Vermieter einen Breitbandkabelanschluss bereitstellt, der den Empfang von Programmen in genügender Zahl und Qualität gewährleistet.⁵³ Ein darüberhinausgehender Anspruch auf Installation einer Parabolantenne, um HD-Qualität empfangen zu können, besteht nicht.

5.6 unterdimensionierte Stromversorgung

Der Mieter einer nicht modernisierten Altbauwohnung hat grundsätzlich einen Anspruch auf eine Elektrizitätsversorgung, die zumindest den Betrieb eines größeren Haushaltsgerätes wie einer Waschmaschine und gleichzeitig weiterer haushaltsüblicher Geräte wie zum Beispiel eines Staubsaugers ermöglicht.⁵⁴ Die Parteien können (und müssen) einen darunter liegenden Standard ausdrücklich vereinbaren.

Eine solche Vereinbarung kann aber nicht mit folgender formularmäßigen Bestimmungen getroffen werden:⁵⁵

"Der Mieter ist berechtigt, in den Räumen Haushaltsmaschinen (z.B. Wasch- und Geschirrspülmaschinen, Trockenautomaten) aufzustellen, wenn und soweit die Kapazität der vorhandenen Installationen ausreicht und Belästigungen der Hausbewohner und Nachbarn sowie Beeinträchtigungen der Mietsache und des Grundstücks nicht zu erwarten sind. Im Falle des Anschlusses von Elektrogeräten, die zu einer Überlastung des vorhandenen Netzes führen, ist der Mieter verpflichtet, die Kosten der Verstärkung oder sonstigen Änderung des Netzes zu tragen (einschließlich der Energieumstellungs- und Folgekosten)."

Denn ein unter dem Mindeststandard liegender Zustand ist nur dann vertragsgemäß, wenn er eindeutig vereinbart ist.⁵⁶ Eine solche eindeutige Vereinbarung enthält die zitierte Klausel nicht, und zwar auch unter Berücksichtigung einer günstigen Kaltmiete von 563 EUR für eine ca. 147 qm große Wohnung des Beklagten - indes nicht. Nach der Klausel ist der Mieter zwar nur im Rahmen der Kapazität der elektrischen Installation zum Anschluss von Haushaltsmaschinen an die Stromversorgung berechtigt und darüber hinaus sogar verpflichtet, das Elektrizitätsnetz auf eigene Kosten zu verstärken, wenn es durch den Anschluss eines Haushaltsgerätes zu einer Netzüberlastung kommt. Angaben zur tatsächlichen Beschaffenheit der Elektroinstallation in der vermieteten Wohnung enthält die Klausel aber nicht. Insbesondere lässt sich ihr nicht entnehmen, dass die vorhandene Stromversorgung den Einsatz üblicher Haushaltsmaschinen nicht erlaubt und somit nicht dem Mindeststandard genügt, den auch der Mieter einer nicht sanierten

⁵³ BGH v. 21.9.2010 - VIII ZR 275/09, GE 2010, 1681.

⁵⁴ BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174, unter [II] A 2 b).

⁵⁵ BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, WuM 2010, 235 = GE 2010, 480 = NZM 2010, 356.

⁵⁶ BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 22/92, NJW-RR 1993, 522, unter II 2 b).

Altbauwohnung grundsätzlich erwarten darf. Die Klausel kann deshalb nicht dahin 20
verstanden werden, dass die Parteien einen unter dem Mindeststandard liegenden
Zustand der Elektroanlage als vertragsgemäß angesehen hätten.

Darüber hinaus ist die formularmäßige Regelung wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters ohnehin gemäß § 307 BGB unwirksam. Reparaturklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nur wirksam, wenn sie gegenständlich und betragsmäßig in dem gebotenen Umfang beschränkt sind.⁵⁷ Die zitierte Klausel geht darüber weit hinaus, indem sie - jedenfalls bei der nach § 305c Abs. 2 BGB maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung - eine vollständige Freizeichnung des Vermieters für den Zustand der elektrischen Anlage vorsieht. Denn der Mieter muss nach der Klausel bei einer Überlastung der Elektroanlage die Kosten für die Verstärkung des Netzes unbeschränkt tragen und hätte demnach selbst bei einem völlig defekten Elektronetz, an das überhaupt kein Gerät angeschlossen werden kann, keine Gewährleistungsansprüche gegen den Vermieter.

5.7 enttäuschte Gewinnerwartung

Bei der Gewerberaummieta trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache.⁵⁸ Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Danach fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst auch das Risiko einer Veränderung der Mieterstruktur im Umfeld des Mietobjekts.

Deshalb kann der Mieter über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) weder eine Anpassung des Vertrages noch ein Kündigung erreichen, wenn er die Mieträume zum Betrieb eines Café anmietet, als der Vermieter noch plant die Obergeschosse als Büroräume zu vermieten, sie dann aber zu Wohnungen ausbaut, weil sich die Gewerbeflächen nicht vermarkten lassen.⁵⁹ Zwar können die Parteien die Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters - ganz oder zum Teil - übernimmt. Für eine solche Vereinbarung liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Weder aus einer unterstellten Zusage des Vermieters, noch aus der übereinstimmenden Vorstellung der Parteien, dass die über den Mieträumen gelegenen vier Stockwerke als Büroeinheiten genutzt werden, noch aus der Bezeichnung der Einheiten als "Büro" in der Gesamtflächenzusammenstellung, die dem Mietvertrag als Anlage beigelegt war, lässt sich herleiten, dass der Vermieter ein eigenes unternehmerisches Risiko für die auf die Vermietung der ersten vier Stockwerke als Büroeinheiten gestützte Gewinnerwartung des Mieters übernehmen wollte.

5.8 Änderung der Rechtslage (Nichtraucherschutz)

Die Einführung des Nichtraucherschutzes durch die Landesgesetzgebung (infolge EU-Rechts) mit ihren Einschränkungen des Rauchens in Gaststätten, wirkt sich unmittelbar auf bestehende

⁵⁷ BGHZ 108, 1, 8 ff.; 118, 194, 196.

⁵⁸ BGH v. 29.9.1999 - XII ZR 313/98, NZM 2000, 36, 40; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1716; BGH v. 19.7.2000 - XII ZR 176/98, NJW-RR 2000, 1535, 1536; BGH v. 26.5.2004 - XII ZR 149/02, NJW-RR 2004, 1236; BGHv. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901.

⁵⁹ BGH v. 17.3.2010 - XII ZR 108/08, GuT 2010, 100 = ZMR 2010, 598 = DWW 2010, 296.

Miet-/Pachtverträge aus. Lässt sich dem Wortlaut des maßgeblichen Vertrages nicht 21 entnehmen, dass die Gaststätte auch als Rauchergaststätte genutzt werden kann, stellt sich – auch im Hinblick auf die Gewährleistung – die Frage, wer das dadurch entstandene Risiko trägt.

Enthält ein Pachtvertrag nur die Regelung, dass die Gaststätte "im Zustand wie besichtigt" übernommen wird und das Pachtobjekt "nur zum Betrieb einer Gastwirtschaft" genutzt werden darf, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die Einrichtung einer Rauchergaststätte ohne Zustimmung des Vermieters zulässig ist. Ist zwischen den Vertragsparteien keine ausdrückliche Regelung getroffen worden, muss anhand der Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) geprüft werden, was der Verpächter schuldet bzw. welchen Standard der Pächter aufgrund seines Vertrages vom Verpächter verlangen kann. Dabei ist die Verkehrsanschauung als Auslegungshilfe heranzuziehen. In der Regel ist auf den Standard zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen; allerdings können Veränderungen der Anschauungen über den vertragsgemäßen Standard oder neue wissenschaftliche Erkenntnisse insoweit zu einer Vertragsanpassung führen.⁶⁰

Selbst wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Nutzung der Gaststätte auch für Raucher vertraglich vorgesehen war, soll die sich daraus ergebende vertragliche Verpflichtung des Vermieters jedoch in der Folgezeit weggefallen sein.⁶¹ Allein aus der Regelung "Betrieb einer Gastwirtschaft" ergebe sich nicht unmittelbar, dass das Rauchen in den Räumen auch Teil des vertragsgemäßen Gebrauchs ist.⁶² Nach allgemeiner Auffassung muss der Zustand von gewerblich genutzten Räumen, die zur Einrichtung einer Gastwirtschaft vermietet werden, derart sein, dass der Mieter die erforderliche Konzession erlangen kann.⁶³ Die erforderliche Konzession sei durch das Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes nicht gefährdet; insbesondere seien separate Räume zur Trennung von Rauchern und Nichtrauchern für den Fortbestand der Konzession nicht erforderlich. Im Rahmen der erforderlichen Auslegung sei jedoch nach § 157 BGB die Verkehrssitte mit zu berücksichtigen. Diese diene dazu, den objektiven Inhalt des auszulegenden Vertrages im Sinne des für bestimmte Geschäfte Typischen zu erläutern. Eine Verkehrssitte sei die im Verkehr in einer größeren Zahl gleichartiger Fälle über einen gewissen Zeitraum nach einheitlicher Auffassung aller Beteiligten tatsächlich herrschende Übung. Zu einer Verkehrssitte in diesem Sinne würden auch bestehende Branchenüblichkeiten in bestimmten Gewerbezweigen zählen, wenn und weil die zugrundeliegende ständige Übung der herrschenden Anschauung aller dem jeweiligen Gewerbezweig zugehörigen Beteiligten entspreche. Bei Abschluss des Pachtvertrages im September des Jahres 2005 sei der Erlass eines Nichtraucherschutzgesetzes für die Vertragsparteien nicht zu erwarten gewesen. Seinerzeit sei das Rauchen in der Gastronomie durchaus branchenüblich, so dass dieses Rauchen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auch ohne ausdrückliche Regelung im Pachtvertrag von der vertraglich vorgesehenen Nutzungsmöglichkeit umfasst sei. Die Parteien seien mit Abschluss des Pachtvertrages ein Dauerschuldverhältnis eingegangen, das in eine dynamisch-öffentlich-rechtliche Beziehung eingebettet

⁶⁰ BGH, NZM 2006, 582.

⁶¹ OLG Koblenz v. 18.11.2009 – 1 U 579/09, NZM 2010, 83 – nr; vgl. zu Ausnahmen vom Rauchverbot z.B. OLG Koblenz v. 27.1.2010 – 2 SsBs 120/09, NZM 2010, 202.

⁶² vgl. Leo/Ghassemi-Tabar, NZM 2008, 217.

⁶³ BGH, NJW-RR 1987, 906; Staudinger/*Emmerich*, [2006], § 536 BGB Rz. 20.

tet sei. Daher könne auch der Erlass von öffentlich-rechtlichen Vorschriften auf das Pachtverhältnis einwirken und dessen Inhalt beeinflussen. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses seien die Parteien nicht nur von einer branchenüblichen Nutzungsmöglichkeit, sondern auch von einer Nutzungsmöglichkeit der Gaststätte im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgegangen. Dabei sei ihnen durchaus bewusst gewesen, dass es in der Folgezeit auch zu Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen kommen könne. Komme es dann tatsächlich durch neue gesetzliche Regelungen zu einer Beschränkung der zunächst vertraglich vorgesehenen Nutzungsmöglichkeit, habe der Pächter dieses Risiko zu tragen. Die die Konzessionsfähigkeit des verpachteten Objekts sei durch die Regelungen des Nichtraucherschutzgesetzes nicht beeinträchtigt. Darüber hinaus sei dem Verpächter jedoch nicht das Risiko solcher Umstände anzulasten, die allein in den persönlichen oder betrieblichen Verhältnissen des Mieters ihre Ursache hätten.⁶⁴ Mit dem Erlass des Nichtraucherschutzgesetzes habe der Gesetzgeber zur Verstärkung des Nichtraucherschutzes allgemeine Regelungen aufgestellt, die eine räumliche Trennung von Rauchern und Nichtrauchern erforderten. Diese Regelungen beeinflussten lediglich die betrieblichen Verhältnisse des Gaststättenbetriebes, für die der Pächter die Verantwortung zu tragen habe. Da die zunächst bei Vertragsschluss vorgesehene Nutzungsmöglichkeit entsprechend dem Parteiwillen unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den öffentlich-rechtlichen Normen gestanden habe, führe die mit dem Erlass des Nichtraucherschutzgesetzes verbundene Beschränkung⁶⁵ zum Wegfall der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten, die Gaststätte für den Besuch von Rauchern und Nichtrauchern zur Verfügung zu stellen.

5.9 Untervermietung

5.9.1 Keine Kündigung ohne Nutzungswunsch

Allein die Rechtsprechung zur Frage der generellen Verweigerung der Untervermietungserlaubnis⁶⁶ macht deutlich, dass § 540 Abs. 1 S. 2 BGB gerne dazu genutzt wird, sich vorzeitig aus einem unliebsam gewordenen Mietvertrag zu verabschieden.

Allerdings kann der Mieter nicht kündigen, wenn ein Untermietinteresse des Dritten in Wahrheit nicht besteht.⁶⁷ Mit Rücksicht darauf würde sich das nach dem Wortlaut des § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB (zunächst) begründete Kündigungsverlangen der Mieter aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als rechtsmissbräuchlich darstellen. Das Kündigungsrecht des § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB wolle den Hauptmieter, dem die Erlaubnis zur Untervermietung vom Vermieter aus nicht in der Person der Untermieter liegenden Gründen verweigert werde, aus der Zwangslage befreien, die sich aus dem weiteren Festhalten an dem Hauptmietvertrag ergeben würde. Diese Zwangslage bestehe indes nicht, wenn es an einem Nutzungsinteresse der benannten Untermieter fehle.

⁶⁴ vgl. *Paschke*, NZM 2008, 265; *Staudinger/Emmerich*, [2006], § 536 BGB Rz. 22.

⁶⁵ vgl. § 7 I, II des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz i.d.F. v. 5.10.2007.

⁶⁶ vgl. Nachweise bei *Schmidt-Futterer/Blank*, 9. Aufl., § 540 BGB Rz. 69 f.

⁶⁷ BGH v. 11.11.2009 - VIII ZR 294/08, WuM 2010, 30 = GE 2010, 120 = DWW 2010, 18 = 2010, 281.

Die Voraussetzungen, unter denen einem ausländischen Mieter gegen den Vermieter ein Anspruch auf Genehmigung der Installation einer Parabolantenne zum Empfang ausländischer Fernseh- und Hörfunkprogramme zustehen kann, auch wenn das Haus mit einem Breitbandkabelanschluss ausgestattet ist, sind durch die Rechtsprechung des BGH und des Bundesverfassungsgerichts geklärt.⁶⁸ Deshalb ist der Vermieter verpflichtet, die Installation einer baurechtlich zulässigen Parabolantenne zum Empfang kurdischer Sender an einem von ihm zu bestimmenden Aufstellungsort zu genehmigen, soweit der Mieter für die Versicherung Sorge trägt und die Rückbaukosten sicherstellt. Denn dem Grundrecht des Mieters aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 GG, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, ist 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.

Dem Anspruch des Mieters steht nicht entgegen, dass er als türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit durch den in seiner Wohnung vorhandenen Anschluss an das Breitbandkabelnetz mittels zweier Zusatzpakete neun Programme in türkischer Sprache, die er neben der kurdischen Sprache ebenfalls beherrscht, empfangen kann.⁶⁹ Allein der von dem Mieter benannte Sender Roj TV strahlt Programme in kurdischer Sprache und mit kurdischen Inhalten ab. Das Interesse der Mieter am Empfang des Senders Roj TV wird nicht dadurch aufgehoben, dass er sich daneben über kurdische Themen aus anderen Quellen (Zeitungen, Internet) informieren kann. Insoweit obliegt dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass das Informationsinteresse des Mieters deshalb nicht schützenswert ist, weil die von Roj TV ausgestrahlten Programme verfassungswidrig sind oder gegen das deutsche Strafrecht verstoßende Inhalte verbreiten. Zwar ist der Sender Roj TV in dem Verfassungsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2005 als Fernsehsender der in Deutschland mit einem Betätigungsverbot belegten kurdischen Organisationen und Arbeiterpartei aufgeführt. Gleichzeitig ergibt sich aus dem Bericht jedoch, dass der Sender über eine dänische Sendelizenz verfügt. Nach Art. 2a der Richtlinie 89/552/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste⁷⁰ gewährleisten die Mitgliedstaaten den freien Empfang und behindern nicht die Weiterverbreitung von audiovisuellen Mediendiensten (unter anderem Fernsehprogrammen) aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet aus Gründen, die Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind. Davon können sie bei Fernsehprogrammen nur unter eng begrenzten Voraussetzungen abweichen. Dementsprechend sieht § 23 des Landesmediengesetzes Nordrhein-Westfalen⁷¹ vor, dass in einem anderen

⁶⁸ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 260/06, NJW 2008, 216; BGH v. 16.5.2007 - VIII ZR 207/04, NJW-RR 2007, 1243; BGH v. 17.4.2007 - VIII ZR 63/04, WuM 2007, 380; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 5/05, NJW 2006, 1062; BGH v. 2.3.2005 - VIII ZR 118/04, NJW-RR 2005, 596; BVerfGE 90, 27, 32 ff.; BVerfG, NJW-RR 2005, 661; BVerfG, GE 2007, 902.

⁶⁹ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 67/08, WuM 2010, 28 = ZMR 2010, 268.

⁷⁰ Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, ABl. EG Nr. L 298 S. 23, zuletzt geändert durch Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007, ABl. EG Nr. L 332 S. 27.

⁷¹ GVBl. NRW 2002, 334.

Mitgliedsstaat der Europäischen Union rechtmäßig veranstaltete Fernsehprogramme 24
grundsätzlich in einer Kabelanlage zeitgleich, inhaltlich unverändert und vollständig
weiterverbreitet werden dürfen.

5.11 behindertengerechte Nutzung

Gemäß § 554a Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter vom Vermieter die Zustimmung zu baulichen Veränderungen oder sonstigen Einrichtungen verlangen, die für eine behindertengerechte Nutzung der Mietsache oder den Zugang zu ihr erforderlich sind, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat.

Davon ist es nicht gedeckt, wenn ein gehbehinderter Mieter einen Leucht- und einen Außenstrahler anbringt, um, nachdem sich Übergriffe auf seinen Fuhrpark häuften und ein neu lackiertes Missionsmobil wiederholt mit Graffiti beschriftet wurde, sich Beschädigungen und Diebstahlshandlungen zu ersparen.⁷² Dieser Mieter ist ebenso zur Beseitigung der oberhalb der Wohnungstür angebrachten Videokameraanlage verpflichtet. Insbesondere gibt § 554a BGB keinen Anspruch gegen den Vermieter auf Genehmigung dieser baulichen Veränderungen. Denn danach kann der Mieter vom Vermieter die Zustimmung zu baulichen Veränderungen oder sonstigen Einrichtungen verlangen, die für eine behindertengerechte Nutzung der Mietsache oder den Zugang zu ihr erforderlich sind, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat. Die installierte Videokameraanlage war aber zur behindertengerechten Nutzung der Wohnung nicht erforderlich. Selbst wenn der Mieter bettlägerig ist und etwa 2 Minuten benötigt, um zur Wohnungseingangstür zu gelangen, ist seinem Bedürfnis nach ausreichend schneller Kontaktaufnahme mit Personen, die sich vor der Wohnungstür befinden, durch eine vorhandene Wechselsprechanlage ausreichend genüge getan. Insoweit ergibt sich kein Anspruch des Mieters auf Verbindung der Wohnungstürklingel mit der Telefonanlage. Er hat auch keinen Anspruch auf Installation einer zusätzlichen Glocke.

5.12 Sortimentsbindung, Betriebspflicht und Konkurrenzschutz

Die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht ist im Regelfall nicht als eine im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessene Benachteiligung des Mieters zu werten.⁷³ Nicht unangemessen ist - jedenfalls für sich genommen - nach wohl allgemeiner Auffassung auch eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet⁷⁴ oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt.⁷⁵ Zweifelhaft ist die Angemessenheit der genannten Abreden in Formularverträgen dort, wo sie kumulativ vereinbart werden. Zwar wird es für nicht unangemessen angesehen, wenn dem Mieter von Verkaufsräumen in einem Einkaufszentrum eine Betriebspflicht auferlegt, zugleich aber die Gewährung von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch den Vermieter ausgeschlossen wird.⁷⁶ Unterschiedlich beantwortet wird hingegen die Frage, ob in einem Formular-

⁷² KG v. 15.6.2009 – 8 U 245/08, WuM 2009, 738 = DWW 2010, 56 = NZM 2010, 197 = ZMR 2010, 284.

⁷³ so für die Offenhaltungspflicht BGH v. 29.4.1992 - XII ZR 221/90, NJW-RR 1992, 1032; vgl. im Übrigen statt aller *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 695 m.w.N.

⁷⁴ vgl. etwa BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714.

⁷⁵ vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 1987, 403; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 709 m.w.N.

⁷⁶ OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; OLG Hamburg ZMR 2003, 254.

vertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz wirksam verbunden werden kann.⁷⁷

Die Anwendung dieser Grundsätze setzt aber voraus, dass der Mietvertrag eine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung beinhaltet.⁷⁸ Das ist bei der Bestimmung, dass die Vermietung "zur ausschließlichen Nutzung als: T.-Discount einschließlich der dazugehörenden Rand- und Nebensortimente" erfolge, nicht der Fall. "T.-Discount" sei keine Sortimentsbezeichnung, sondern ein Teil des Firmennamens. Denkbar wäre zwar, in dieser Regelung eine Beschränkung auf eine Angebotspalette zu sehen, die dem bei anderen T.-Discount Filialen üblichen Sortiment entspräche. Dies setze allerdings voraus, dass sich - trotz der für Discount-Ketten typischen Einbeziehung auch branchenfremder, aber gerade besonders preisgünstiger Angebote in das jeweils aktuelle Sortiment - eine solche Begrenzung überhaupt bestimmen ließe; ferner, dass der Mieter bei der Abrede den Willen gehabt hätte, auch bei einer Untervermietung an künftige andere Untermieter eine solche Beschränkung des Sortiments auf eine (etwaige und) gerade für die T.-Discount Filialen typische Angebotspalette hinzunehmen. Beides könne jedoch letztlich offen bleiben. Auch wenn sich aus der Bezugnahme auf den "T.-Discount" auf eine vage abgrenzbare Sortimentsbeschränkung schließen ließe, hätte diese Beschränkung eine diffuse und auch umfänglich kaum begrenzbar Reichweite, die eine Sortimentsbindung jeglicher praktischen Bedeutung entzöge. Ein - als Kehrseite der Sortimentsbindung vereinbarter - Sortiments- und Konkurrenzschutz würde folglich für den Vermieter ein Risiko bergen, das die Vermietbarkeit der übrigen Ladengeschäfte im Einkaufszentrum nachhaltig beeinträchtigen und den Mieter seinerseits unangemessen belasten würde.⁷⁹ Im Ergebnis ist deshalb - jedenfalls im vorliegenden Fall - die Kombination der Betriebspflicht mit einer etwa vereinbarten Sortimentsbindung und dem Ausschluss jedes Sortiments- und Konkurrenzschutzes unter dem Aspekt des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu beanstanden.

5.13 Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Erfüllungsanspruch des Mieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, soweit es um die Beseitigung eines konkreten während der Mietzeit auftretenden Mangels geht, verjährt, war höchstrichterlich noch nicht entschieden und wurde in der Literatur und der Rechtsprechung der Instanzgerichte unterschiedlich beurteilt.

Der BGH hatte bislang lediglich für den Fall eines (unbefristeten) Pachtvertrages entschieden, dass die Verjährung des Erfüllungsanspruchs des Pächters auf dauernde Gewährung des Gebrauchs und des Fruchtgenusses jedenfalls nicht schon mit der erstmaligen Entstehung beginnt.⁸⁰ Die dort erörterte weitere Frage, ob die Verjährung in solchen Fällen in analoger Anwendung des § 198 Satz 2 BGB aF (jetzt § 199 Abs. 5 BGB) mit der Zuwiderhandlung beginnt,

⁷⁷ gegen eine Kumulierungsmöglichkeit: OLG Schleswig, NZM 2000, 1008; a.A. Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rz. 695, *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 511; *Neuhaus*, Hb der Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Rz. 426; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Rz. 168; jeweils m.w.N.

⁷⁸ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, GuT 2010, 97 = ZMR 2010, 596.

⁷⁹ vgl. dazu auch *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Rz. 168.

⁸⁰ BGH v. 26.4.1995 - XII ZR 105/93, NJW 1995, 2548, unter 2 c.

bedurfte keiner abschließenden Entscheidung, da auch in diesem Fall keine Verjährung eingetreten war. 26

Nach einer verbreiteten Auffassung beginnt die Verjährung des Anspruchs des Mieters auf Beseitigung eines während der Mietzeit aufgetretenen Mangels gemäß §§ 195, 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Mangel entstanden ist und der Mieter davon Kenntnis erlangt hat.⁸¹ Teilweise wird in der Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters (§ 535 BGB) ein (unverjährbares) „Stammrecht“ gesehen, das sich zu einzelnen Ansprüchen konkretisiert, sobald sich ein bestimmter Mangel zeige. Der Anspruch des Mieters auf Beseitigung des konkreten Mangels unterliege dann der regelmäßigen Verjährung.⁸² Andere Autoren stellen auf eine analoge Anwendung des § 199 Abs. 5 BGB (§ 198 BGB a.F.) ab; bei der Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters handele es sich um eine "positive Dauerverpflichtung", bei der es ebenso wie bei einer Unterlassungsverpflichtung nach § 199 Abs. 5 BGB geboten sei, für den Beginn der Verjährung auf die Zuwiderhandlung abzustellen.⁸³

Nach der Gegenauffassung ist der Anspruch des Mieters auf Beseitigung eines Mangels als Teil des Gebrauchserhaltungsanspruchs hingegen während der Mietzeit unverjährbar.⁸⁴ Zur Begründung wird vor allem angeführt, dass der Anspruch des Mieters auf Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs während der Dauer des Mietverhältnisses ständig neu entstehe.

Der letztgenannten Auffassung hat der BGH nun den Vorzug gegeben.⁸⁵ Bei der Hauptleistungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB handele es sich um eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung.⁸⁶ Diese Pflicht des Vermieters erschöpfe sich nicht in einer einmaligen Handlung des Überlassens, sondern gehe dahin, die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten. Eine solche vertragliche Dauerverpflichtung könne während des Bestehens des Vertragsverhältnisses schon begrifflich nicht verjähren, denn sie entstehe während dieses Zeitraums gleichsam ständig neu, auch soweit sie darauf gerichtet sei, bereits aufgetretene Mängel zu beseitigen. Auch der Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften spreche nicht für eine Verjährung des Mangelbeseitigungsanspruchs im laufenden Mietverhältnis. Die Verjährung solle den Schuldner davor schützen, wegen länger zurückliegender Vorgänge in Anspruch genommen zu werden, die er nicht mehr aufklären könne, weil ihm Beweismittel für etwa begründete Einwendungen abhanden gekommen oder Zeugen nicht mehr auffindbar seien.⁸⁷ Diese Erwägungen treffen auf den Anspruch des Mieters auf Beseitigung von Mängeln der Mietsache nicht zu. Eine Beweisnot des Vermieters im Hinblick auf den Zeitablauf seit dem erstmaligen Auftreten des Mangels ist auszuschließen, da das Begehren

⁸¹ LG Berlin, GE 2008, 1196, 1197; *Feuerlein*, WuM 2008, 385, 386; *Beuermann*, GE 2008, 236; *Schmid*, ZMR 2009, 585, 586; *Lehmann-Richter*, NJW 2008, 1196, 1197 f.; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., XIII Rdnr. 221

⁸² *Lehmann-Richter*, NJW 2008, 1196, 1198.

⁸³ *Feuerlein*, WuM 2008, 385, 386; *Enneccerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., § 232 Fn. 5.

⁸⁴ *Strey*, WuM 2009, 630 f.; *Both*, GE 2009, 238, 239; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 217; *Palandt/Weidenkaff*, 69. Aufl., § 535 BGB Rz. 31; *MünchKommBGB/Häublein*, 5. Aufl., § 535 BGB Rz. 107; *Kandelhard* in: *Herrlein/Kandelhard*, Mietrecht, 3. Aufl., § 548 BGB Rz. 64; *AG Tiergarten*, WuM 2009, 453

⁸⁵ BGH v. 17.2.2010 – VIII ZR 104/09, WuM 2010, 238 = GE 2010, 479 = NZM 2010, 235 = ZMR 2010, 520.

⁸⁶ BGH v. 19.6.2006 – VIII ZR 284/05, NZM 2006, 696, Tz. 11.

⁸⁷ BGHZ 122, 241, 244.

des Mieters lediglich dahin gehe, die Mietsache aktuell in einen gebrauchstauglichen Zustand zu versetzen und es mithin nicht auf einen in der Vergangenheit liegenden Zustand ankomme. 27

6 Parteien des Mietvertrages

6.1 Vermieterwechsel nach Auszug des Mieters trotz unwirksamer Kündigung

Der Erwerber einer Immobilie tritt gemäß § 566 BGB anstelle des Vermieters in ein bestehendes Mietverhältnis ein. War der Mieter vor dem Eigentumswechsel bereits aufgrund einer unwirksamen (Eigenbedarfs-) Kündigung ausgezogen und hat nachträglich einen Anspruch gegen den Vermieter auf Wiedereinräumung des Besitzes geltend gemacht, finden in diesem Fall die Vorschriften der §§ 265, 325 ZPO Anwendung, wenn die Veräußerung der Wohnung nach Rechtshängigkeit erfolgte, so dass das Urteil in dem Verfahren auch dem Erwerber gegenüber Wirkung entfalten würde.⁸⁸

In der beschriebenen Konstellation sind aber die Voraussetzungen des § 566 BGB nicht erfüllt.⁸⁹ Der Eintritt des neuen Eigentümers in Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietverhältnis kommt nach dem Zweck der Vorschrift des § 566 BGB nicht mehr in Betracht, wenn der Mieter schon vor dem Eigentumsübergang auf den Erwerber ausgezogen ist. Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem die Wohnung aufgrund wirksamen Mietvertrags 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. 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. Nach seinem Wortlaut und Zweck setzt § 566 BGB deshalb grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt des Eigentumswechsels ein wirksames Mietverhältnis besteht und sich der Mieter noch im Besitz der Wohnung befindet.⁹⁰

6.2 Vermieterwechsel nach Zwangsversteigerung

Ein Vermieterwechsel nach § 566 BGB setzt im Falle des Erwerbs eines vermieteten Grundstücks durch Zuschlagsbeschluss in der Zwangsversteigerung gemäß § 57 ZVG grundsätzlich voraus, dass das Grundstück im Eigentum des Vermieters steht. Denn § 566 BGB erfordert nach seinem Wortlaut die Identität von Vermieter und veräußerndem Eigentümer.⁹¹ Im Falle des Erwerbs des Grundstücks durch Zuschlagsbeschluss in der Zwangsversteigerung bedeutet dies, dass der Zwangsvollstreckungsschuldner, also der Eigentümer des Grundstücks, im Zeitpunkt der Ersterhebung des Grundstücks im Wege des Zuschlags in der Zwangsversteigerung identisch mit dem Vermieter sein muss. Für den Fall, dass die Vermietung mit Zustimmung des Ei-

⁸⁸ RGZ 102, 177, 179 f.

⁸⁹ BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165 = GE 2010, 339 = NZM 2010, 273.

⁹⁰ BGH v. 4.4.2007 - VIII ZR 219/07, WuM 2007, 267, Tz. 6 ff.

⁹¹ BGH v. 3.7.1974 - VIII ZR 6/73, NJW 1974, 1551, unter B I 1; BGH v. 22.10.2003 - XII ZR 119/02, NJW-RR 2004, 657, unter 2 b m.w.N.

gentümers durch den Verwalter als Vermieter erfolgt, wird eine analoge Anwendung des § 566 BGB für möglich gehalten.⁹² 28

Ob diese analoge Anwendung gerechtfertigt ist, kann dahin stehen, wenn nach der Zuschlagerteilung der Ersterer konkludent in das Mietverhältnis eingetreten ist.⁹³ Die Auswechslung eines Vertragspartners könne sowohl im Wege eines dreiseitigen Vertrags zwischen der ausscheidenden, der übernehmenden und der verbleibenden Partei vereinbart werden als auch durch Vereinbarung zwischen zwei Beteiligten, wenn der Dritte zustimme.⁹⁴ Letzteres sei der Fall, wenn der Mieter nach Mitteilung seitens des Erstehers, dass er nunmehr als Eigentümer in den Mietvertrag eingetreten sei, die Miete fortan an den Ersterer gezahlt habe. Er habe dem Vermieterwechsel spätestens dadurch konkludent zugestimmt, dass er von dem Ersterer als neuem Vermieter Erfüllung des Vertrags verlangt habe,⁹⁵ indem er ihn - und nicht etwa den Verwalter - zur Abhilfe hinsichtlich bestimmter Belästigungen aufgefordert habe. Der Ersterer habe sich als neuer Vermieter gesehen und auf die Mängelanzeige wegen nicht akzeptabler Lärmbelästigung hin Arbeiten in der Nachbarwohnung durchgeführt. Der Verwalter wiederum habe nach der Zwangsversteigerung des Grundstücks zu keinem Zeitpunkt ausstehende Mietzahlungen reklamiert und auch ansonsten keine Forderungen aus dem Mietverhältnis gegen den Beklagten geltend gemacht. Er habe durch dieses Verhalten konkludent der Vertragsübernahme durch die Klägerin zugestimmt.

6.3 formularmäßige Zustimmung zum Vermieterwechsel

Die Frage, inwieweit Vertragsübertragungsklauseln - über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 309 Nr. 10 BGB hinaus - nach Maßgabe des § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam sind, wird unterschiedlich beantwortet. Unter der Geltung des AGBG (§ 11 Nr. 13) wurde teilweise die Auffassung vertreten, Vertragsübertragungsklauseln seien auch im kaufmännischen Verkehr stets unwirksam.⁹⁶ Nach heute wohl h. M. ist die Frage aufgrund einer Prüfung der jeweiligen typischen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.⁹⁷ Dabei wird als Indiz für die Unwirksamkeit der Klausel ihre Einseitigkeit gewertet, wenn der Verwender für sich selbst eine wesentlich vorteilhaftere Nachfolgeregelung vorgesehen hat; auch wird die Langfristigkeit des Vertrags als Unwirksamkeitsindiz angesehen.

Der BGH⁹⁸ hat entschieden, dass Vertragsübertragungsklauseln, die formularmäßig das Genehmigungserfordernis des § 415 Abs. 1 BGB ersetzen sollen, jedenfalls dann zu beanstanden sind, wenn dem Kunden des Verwenders nach der Art des geschlossenen Vertrags die Person seines Vertragspartners typischerweise nicht gleichgültig sein kann, er vielmehr daran interessiert sein muss, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Dritten, auf den der Vertrag übertragen werden soll, Gewissheit zu verschaffen. Diese Voraussetzung hat der BGH bei einem auf mehrere

⁹² BGH v. 22.10.2003 - XII ZR 119/02, NJW-RR 2004, 657.

⁹³ BGH v. 20.1.2010 - VIII ZR 84/09, WuM 2010, 365 = GE 2010, 758 = NZM 2010, 471 = ZMR 2010, 674.

⁹⁴ BGHZ 95, 88, 93 f.; 96, 302, 308.

⁹⁵ vgl. BGHZ 154, 171, 175.

⁹⁶ vgl. etwa Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 11 Nr. 13 AGBG Rz. 14; Coester/Waltjen in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 11 Nr. 13 Rz. 12.

⁹⁷ vgl. etwa MünchKomm/Kieninger, BGB, 5. Aufl., § 309 Nr. 10 Rz. 9; Palandt/Grüneberg, § 309 BGB Rz. 93; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 309 Nr. 10 BGB Rz. 11.

⁹⁸ BGH v. 9.6.2010 - XII ZR 171/08, GE 2010, 1333 = NZM 2010, 705 = ZMR 2011, 19.

Jahre abgeschlossenen Automaten-Aufstellvertrag, der neben mietvertraglichen Elementen auch personenbezogene Merkmale aufweist, bejaht.⁹⁹ Nach Auffassung des XII. Senats stellen formularmäßige Vertragsübertragungsklauseln jedenfalls dann, wenn sie gegenüber einem Unternehmer verwandt werden, nicht generell eine unangemessene Benachteiligung dar.¹⁰⁰ Das ergibt sich bereits aus einem Umkehrschluss aus § 309 Nr. 10 BGB, der solche Klauseln gerade nicht allgemein, sondern nur dann missbilligt, wenn sie Kauf-, Dienst- oder Werkverträge betreffen und gegenüber Vertragspartnern verwandt werden, die keine Unternehmer sind. Handelt es sich um die Ermächtigung des Verwenders zur Übertragung eines Mietvertrags und ist der Geschäftspartner Unternehmer, ist eine am Maßstab des § 307 BGB ausgerichtete Prüfung der Umstände des Einzelfalls vonnöten, die sich vorrangig an den vom BGH bereits aufgezeigten Kriterien orientieren kann. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Richtig ist zwar, dass die freie, weil an keine Zustimmung des einen Vertragspartners gebundene Übertragung der Rechte und Pflichten aus einem Vertrag durch den anderen Vertragspartner auf einen Dritten dem geltenden Recht fremd ist (vgl. § 415 BGB). Dem trägt das Klauselverbot des § 309 Nr. 10 BGB Rechnung. Indes erweist sich gerade das Mietrecht gegenüber der Möglichkeit eines vom Willen des Mieters unabhängigen Wechsels in der Person des Vermieters tendenziell aufgeschlossener, was sich schon aus § 565 BGB und §§ 566, 578 BGB ergibt. Von daher erscheint es sachgerecht, die Frage nach der Unangemessenheit einer dem Vermieter formularmäßig zuerkannten Vertragsübertragung auf Dritte an eine Abwägung der beteiligten Interessen zu knüpfen. Dabei wird auf der Vermieterseite ein grundsätzliches Interesse eines gewerblichen, als Gesellschaft organisierten Vermieters anzuerkennen sein, einen wirtschaftlich für sinnvoll erachteten künftigen Wandel der Rechtsform oder Rechtsinhaberschaft durch die Möglichkeit einer Bestandsübernahme zu erleichtern. Dem wird ein Interesse des Mieters entgegenzuhalten sein, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Vermieters zu vergewissern. Dieses Interesse des Mieters wird um so eher Beachtung fordern, je stärker das Vertragsverhältnis von einem besonderen Interesse des Mieters an der Person eines bestimmten Vermieters (mit-) geprägt wird. Ein solches Interesse des Mieters kann sich insbesondere aus der Rechtspersönlichkeit des bisherigen Vermieters (etwa bei natürlichen Personen oder Personengesellschaften mit persönlich kontaktierbaren Gesellschaftern als Ansprechpartnern) ergeben; es kann sich aber auch aus Besonderheiten der Vertragsgestaltung (etwa bei der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens) herleiten.

Ist ein solch personaler Einschlag des Mietverhältnisses nicht gegeben, bleibt gegen das Vermieterinteresse damit nur das allgemeine Interesse des Mieters an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung abzuwägen, die freilich nicht bloß die einmalige Einräumung des Mietgebrauchs, sondern auch die Verpflichtung umfasst, die vermieteten Gewerberäume in einem zur Wahrnehmung der Gebrauchsrechte tauglichen Zustand zu erhalten. Die erfolgreiche Durchsetzung dieses Interesses wird - von besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen - aus der Sicht des Mieters aber regelmäßig nicht an eine bestimmte Person als Vermieter geknüpft sein.

⁹⁹ BGH v. 29.2.1984 - VIII ZR 350/82, ZIP 1984, 841; BGH v. 11.7.1984 - VIII ZR 35/83, ZIP 1984, 1093; BGH v. 21.3.1990 - VIII ZR 196/89; NJW-RR 1990, 1076.

¹⁰⁰ BGH v. 9.6.2010 - XII ZR 171/08, GE 2010, 1333 = NZM 2010, 705 = ZMR 2011, 19..

Dies gilt umso mehr, als seine Zahlungspflicht bei Mietmängeln bereits kraft Gesetzes gemindert ist und § 108 InsO den Mieter gegen das Risiko einer Insolvenz des Vermieters sichert. Auch der Aspekt einer langfristigen Bindung des Mieters vermag eine Unangemessenheit der Vertragsübertragungsklausel angesichts einer nur fünfjährigen Laufzeit des Mietvertrags nicht zu begründen; die dem Mieter eingeräumte Option einer zweimaligen Verlängerung dient seinem eigenen Schutz und kann schon deshalb nicht gegen die Wirksamkeit der Klausel streiten. Schließlich führt auch der Gesichtspunkt einer groben Einseitigkeit, welche die Unwirksamkeit einer solchen Klausel indizieren kann, hier zu keinem anderen Ergebnis: In § 16 Nr. 1 des Mietvertrags wird dem Mieter ausdrücklich die Übertragung des Mietverhältnisses auf eine andere, mit ihm verbundene Gesellschaft gestattet. Diese Klausel bleibt zwar hinter dem dem Vermieter in § 16 Nr. 6 des Mietvertrags eingeräumten Vertragsübertragungsrecht insoweit zurück, als die Übertragung der Mieterstellung nur auf eine mit dem bisherigen Mieter "verbundene" Gesellschaft - nicht, wie die Übertragung der Vermieterstellung, auf (jede) "andere Gesellschaft" - gestattet wird. Indes erscheint dieser Unterschied nicht so gravierend, dass er die Unangemessenheit der Vertragsübertragungsklausel begründen könnte.

7 Miete

7.1 Fortgeltung der Kostenmiete?

Bis zum 31.12.1990 waren Genossenschaften verpflichtet, nur die sog. Kostenmiete von ihren Mietern zu verlangen, wenn sie als gemeinnützig anerkannt werden wollten und es auch bleiben wollten. Dies wurde dann zusätzlich im Mietvertrag geregelt (sog. Kostenmietklausel). Fraglich ist, ob diese Kostenmietklausel nach Wegfall des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes (WGG) über das Ende der Preisbindung hinaus fortgelten und damit eine die Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete ausschließende Vereinbarung nach § 557 Abs. 3 BGB begründet.

Das ist nach Auffassung des BGH nicht der Fall.¹⁰¹ Die Parteien hätten zwar eine Kostenmiete vereinbart (§ 2 Abs. 3 des Mietvertrages), diese Vereinbarung stehe jedoch ebenso wie die in § 1 Abs. 3 Satz 1 des Mietvertrages genannte Preisgebundenheit der Wohnung in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der in § 1 Abs. 3 Satz 2 des Mietvertrages genannten Förderung der Wohnung mit Mitteln der Wohnungsbaukreditanstalt zu sehen ist.

7.2 Rechtzeitigkeit der Zahlung

Für § 556b Abs. 1 BGB wird immer noch die Meinung vertreten, ohne Vereinbarung einer Rechtzeitigkeitsklausel genüge es für die Rechtzeitigkeit der Leistung, die Leistungshandlung (etwa die Erteilung des Überweisungsauftrags) bis zum 3. Werktag eines jeden Monats zu bewirken.

Gemäß § 270 Abs. 1 BGB (ggfs. in Verbindung mit Bestimmungen des Mietvertrags) ist die Zahlung in der Weise zu bewirken, dass der Vermieter über den Zahlbetrag spätestens am 3.

¹⁰¹ BGH v. 12.1.2010 – VIII ZR 21/09, WuM 2010, 430.

Werktag des Monats verfügen kann.¹⁰² §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 270 Abs. 1 BGB sind richtlinienkonform¹⁰³ in diesem Sinne auszulegen.¹⁰⁴ 31

7.3 Samstag kein Werktag i.S.v. § 556b Abs. 1 BGB

Der BGH hat für den Fall einer mietvertraglichen Klausel, nach der in Übereinstimmung mit § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB die Frist für eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses am dritten Werktag eines Monats endet, entschieden, dass der Sonnabend jedenfalls dann als Werktag mitzuzählen ist, wenn das Fristende nicht auf ihn fällt.¹⁰⁵ Dies wurde zum einen mit dem Sprachgebrauch des Gesetzes begründet, der in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch den Sonnabend regelmäßig nicht den Sonn- und Feiertagen gleichstellt, und zum damit, dass der Sonnabend trotz zwischenzeitlich eingetretener Entwicklungen, die den Gesetzgeber für den Sonderfall des Fristablaufs (§ 193 BGB) zu einer Gleichstellung des Sonnabends mit Sonn- und Feiertagen bewogen haben, weiterhin für erhebliche Teile der Bevölkerung nicht arbeitsfrei ist.

Im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung wird die Frage, ob der Sonnabend im Rahmen des § 556b Abs. 1 BGB oder bei einer ihm entsprechenden vertraglichen Fälligkeitsregelung als Werktag zu gelten hat, unterschiedlich beantwortet. Ein Teil der Stimmen sieht den Sonnabend in diesem Kontext nicht als Werktag an.¹⁰⁶ Zur Begründung wird angeführt, beim Sonnabend handele es sich nicht um einen Bankgeschäftstag, weswegen im Falle der Berücksichtigung des Sonnabends die Zahlungsfrist des Mieters unangemessen verkürzt werde. Die gegenteilige Auffassung sieht den Sonnabend auch in diesem Zusammenhang als Werktag an.¹⁰⁷ Sie stützt sich auf den allgemeinen Sprachgebrauch, der auch den Sonnabend zu den Werktagen zähle, und hält zudem die Erwägungen des BGH¹⁰⁸ zur dreitägigen Karenzzeit bei einer Kündigung (§ 565 Abs. 2 Satz 1 BGB aF, § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB) auch auf die in § 556b Abs. 1 BGB und in gleichlautenden Mietvertragsklauseln auf drei Werktage bemessenen Zahlungsfrist für anwendbar.

¹⁰² OLG Düsseldorf v. 28.9.2010 – 24 U 120/09, ZMR 2010, 958.

¹⁰³ vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c, ii der Richtlinie 2000/35/EG vom 29. 6. 2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr – Zahlungsverzugsrichtlinie.

¹⁰⁴ vgl. EuGH NJW 2008, 1935, 1936 Nrn. 23 ff; OLG Köln v. 12. 03.2009, - 18 U 101/08- *juris* ; Palandt/*Heinrichs*, § 270 BGB Rz 6; *Gsell*, GPR 2008, 165, 168, 170; *Herresthal*, ZGS 2008, 259; *Hilbig*, JZ 2008, 991, 992 f; *Schön*, AcP 198, 401, 442.

¹⁰⁵ BGH v. 27.4.2005 - VIII ZR 206/04, NJW 2005, 2154.

¹⁰⁶ Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556b BGB Rz. 4; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. III 87; *Kinne* in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556b Rz. 4; *Gramlich*, Mietrecht, 10. Aufl., § 556b BGB Anm. 1; Herrlein/Kandelhard/*Both*, Mietrecht, 3. Aufl., § 556b BGB Rz. 6; *Bottenberg/Kühnemund*, ZMR 1999, 221, 223 f.; LG Hamburg, WuM 1981, 181, 182; LG Berlin, GE 2009, 198 - nachfolgend BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 6/09; MM 2008, 334 = ZMR 2010, 747.

¹⁰⁷ Palandt/*Weidenkaff*, 69. Aufl., § 556b BGB Rz. 4; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 556b BGB Rz. 5; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 556b Rz. 14; MünchKommBGB/*Artz*, 5. Aufl., § 556b Rz. 6; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 556b Rz. 9; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 556b BGB Rz. 6 (anders für den auf das Fristende fallenden Sonnabend); Emmerich/Sonnenschein/*Weitemeyer*, Miete, 9. Aufl., § 556b BGB Rdnr. 6; *Elzer/Riecke/Schmid*, Mietrechtskommentar, § 556b BGB Rz. 6; *Meist*, ZMR 1999, 801, 802; LG München I, WuM 1995, 103, 104; LG Wuppertal, WuM 1993, 450.

¹⁰⁸ BGH v. 27.4.2005 - VIII ZR 206/04, NJW 2005, 2154.

Nach Auffassung des BGH ist es jedoch nicht gerechtfertigt, den Sonnabend auch als Werktag im Sinne des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB oder inhaltsgleicher Mietvertragsklauseln anzusehen.¹⁰⁹ Der Schutzzweck der dem Mieter für die Entrichtung der Miete eingeräumten Karenzzeit von drei Tagen gebiete es, die Vorschrift des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB im Wege teleologischer Reduktion einschränkend dahin auszulegen, dass der Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist nicht als Werktag anzusehen ist. Bei der Schaffung der von der bisherigen Rechtslage (vgl. § 551 Abs. 1 BGB in der bis zum 31. August 2001 geltenden Fassung) abweichenden Regelung ließ sich der Gesetzgeber im Jahre 2001 von der Erwägung leiten, dass in der vertraglichen Praxis schon unter der Geltung des § 551 Abs. 1 BGB aF überwiegend eine Vorleistungspflicht des Mieters vereinbart, zugleich aber dem Mieter das Recht eingeräumt worden war, die Miete bis zum dritten Werktag des jeweils maßgeblichen Zeitabschnitts zu entrichten.¹¹⁰ Der Gesetzgeber hat damit das bereits in mietvertraglichen Vereinbarungen berücksichtigte Bedürfnis des vorleistungspflichtigen Mieters als schutzwürdig anerkannt, eine ausreichende Zeitspanne für die Bewirkung der Mietzahlung zu erhalten. Die Einräumung einer Karenzzeit von drei Werktagen mildert im Interesse des Mieters die zugunsten des Vermieters begründete Vorleistungspflicht ab. Der Mieter soll nicht verpflichtet sein, die Miete bereits am ersten Werktag des Monats zu entrichten, sondern hierfür drei Werktage Zeit haben. An einer solchen "Schonfrist" besteht schon deswegen ein besonderes Interesse des Mieters, weil unpünktliche Mietzahlungen eine ordentliche oder fristlose Kündigung des Mietverhältnisses nach §§ 573, 543 BGB auslösen können. Um dieser Interessenlage hinreichend Rechnung zu tragen, muss die Karenzzeit von drei Werktagen dem Mieter ungeschmälert zur Verfügung stehen. Dieser Gesichtspunkt ist für die Auslegung der Frage, ob der Sonnabend als Werktag im Sinne des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB zu gelten hat, von entscheidender Bedeutung.

Mietzahlungen erfolgen heutzutage üblicherweise nicht in bar, sondern werden über Bankinstitute abgewickelt. Würde der Sonnabend im Rahmen der Zahlungsfrist als Werktag mitgerechnet, wäre nicht gewährleistet, dass eine Überweisung den Empfänger rechtzeitig erreicht, die am letzten Tag des Vormonats, wenn weite Teile der Bevölkerung ihr Gehalt oder ihren Lohn erhalten haben, veranlasst worden ist. Banküberweisungen werden nur an den Geschäftstagen der Banken ausgeführt und nehmen eine gewisse Zeit in Anspruch (§ 675s Abs. 1, § 675n Abs. 1 Satz 4 BGB). Bei der Schaffung des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB waren nur die Tage von Montag bis Freitag Bankgeschäftstage (so die Legaldefinition in der am 14. August 1999 in Kraft getretenen und bis 31. Oktober 2009 geltenden Regelung des § 676a Abs. 2 Satz 2 BGB aF). Dementsprechend wurde eine Überweisung an einem Sonnabend - selbst bei geöffneten Bankfilialen oder bei online-Aufträgen - weder ausgeführt noch dem Empfänger gutgeschrieben. Dieser Umstand ist bei der Auslegung des § 556b Abs. 1 BGB zu berücksichtigen. Er bedeutet, dass sich die dem Mieter eingeräumte Schonfrist von drei Werktagen bei einer über das Wochenende auszuführenden Banküberweisung um einen Tag verkürzen würde, wenn der Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist als Werktag mitzählte. Dies widerspräche dem Schutzzweck der Karenzzeit.

¹⁰⁹ BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 129/09, GE 2010. 1111 = ZMR 2010, 948 = NZM 2010, 864.

¹¹⁰ BT-Drs. 14/4553, S. 52

An dieser Sachlage hat sich nichts Wesentliches geändert. Zwischenzeitlich ist zwar im Zuge der Umsetzung von Art. 4 Nr. 27 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt¹¹¹ der bisher in § 676a Abs. 2 Satz 2 BGB definierte Begriff "Bankgeschäftstag" mit Wirkung zum 1.11.2009 durch den Begriff "Geschäftstag" abgelöst worden, der entscheidend darauf abstellt, an welchen Tagen der an der Ausführung eines Zahlungsvorgangs jeweils beteiligte Zahlungsdienstleister einen hierfür erforderlichen Geschäftsbetrieb unterhält (§ 675n Abs. 1 Satz 4 BGB).¹¹² Maßgeblich für die Auslegung des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB und an ihn angelehnter Mietvertragsklauseln sind aber die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Einführung dieser gesetzlichen Bestimmung. Zudem sehen die Geschäftsbedingungen der Banken überwiegend vor, dass an Sonnabenden nach wie vor kein für die Ausführung von Zahlungsvorgängen erforderlicher Geschäftsbetrieb im Sinne von § 675n Abs. 1 Satz 4 BGB unterhalten wird. Der Sonnabend ist deshalb nicht als Werktag im Sinne des § 556b Abs. 1 BGB und entsprechender mietvertraglicher Vereinbarungen anzusehen. Dies gilt im Interesse einheitlicher Handhabung unabhängig von der Zahlungsweise.

7.4 Fälligkeit nach § 556b BGB

§ 556b Abs. 1 BGB trägt der allgemeine Vertragspraxis Rechnung und verpflichtet den Mieter, die Miete zu Beginn, spätestens bis zum dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte, nach denen sie bemessen ist, zu zahlen. Diese Fälligkeitsregelung in § 556b Abs. 1 BGB betrifft einmal die sog. Einmalmiet (z.B. bei der Anmietung einer Ferienwohnung), die zu Beginn zu bezahlen ist, und zum anderen die periodisch zu zahlende Miete, die am 3. Werktag des jeweiligen Abschnitts zu zahlen ist. Fällt der 3. Werktag auf einen Samstag, gilt § 193 BGB. Umstritten ist, ob der Samstag überhaupt als Werktag i.S.d. § 556b Abs 1 BGB zählt.¹¹³

Ist der erste des Monats ein Freitag und erfolgt die Zahlung auf die bis einschließlich dem Vormonat aufgelaufenen Rückstände am Dienstag, dem 5. des Monats, ist sie selbst dann nicht rechtzeitig, wenn der Samstag nicht als Werktag angesehen wird. Denn die Fälligkeit tritt mit Beginn des 3. Werktags ein, nach dessen Ablauf Verzug vorliegt.¹¹⁴

8 Mietzeit

8.1 Höchstdauer des Kündigungsverzichts

Es ist möglich, einen zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts - auch formularmäßig - zu vereinbaren; insbesondere gebieten es weder § 573c Abs. 4 noch § 575 Abs. 4 BGB, die Vereinbarung eines formularmäßigen Kündigungsausschlusses schon für sich allein als unangemessene Benachteiligung des Mieters im Sinne von § 307 Abs. 2 BGB zu werten.¹¹⁵ Gleichwohl kann ein formularmäßiger Kündigungsverzicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein, wenn er den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen

¹¹¹ ABl. EG Nr. L 319 S. 1.

¹¹² BT-Drs. 16/11643, S. 107 f.

¹¹³ dafür *Meist*, ZMR 1999, 801, 803; Palandt/*Weidenkaff*, 69. Aufl., § 556b BGB Rz 4; dagegen *Lammel*, Wohnraummiete, 3. Aufl., § 556b BGB Rz 6

¹¹⁴ BGH v. 21.4.2010 – VIII ZR 6/09, GE 2010, 840 = ZMR 2010, 747.

¹¹⁵ BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346 unter II 1 m.w.N.

benachteiligt. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass dies regelmäßig der Fall ist, wenn der Kündigungsausschluss einen Zeitraum von vier Jahren überschreitet; die Möglichkeit, einen geeigneten Nachmieter zu stellen, wie es hier unter § 2 Nr. 3 des Mietvertrags vorgesehen ist, ist zu unsicher, um die erhebliche Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Mieters durch einen formularmäßigen Kündigungsverzicht für mehr als vier Jahre auszugleichen.¹¹⁶

§ 557a Abs. 3 BGB regelt den zulässigen Kündigungsausschluss für Staffelmietverträge in der Weise, dass die vierjährige Höchstfrist vom Abschluss des Mietvertrags und nicht vom Beginn des Mietverhältnisses zu berechnen ist¹¹⁷ und dass die Kündigung jedenfalls zum Ablauf eines Zeitraums von vier Jahren ab Vertragsabschluss zulässig sein muss (§ 557a Abs. 2 Satz 2 BGB). Im Ergebnis ist deshalb bei der Staffelmiete - auch im Wege einer Individualvereinbarung - nur eine vertragliche Bindung des Mieters für die Dauer von maximal vier Jahren ab Vertragsabschluss möglich. Der BGH hat sich bei der Beurteilung, bis zu welchem Zeitraum eine Bindung der Vertragsparteien durch einen formularmäßigen Kündigungsausschluss den Mieter (noch) nicht unangemessen benachteiligt, an der gesetzlichen Regelung des bei einer Staffelmietvereinbarung zulässigen Kündigungsausschlusses in § 557a Abs. 3 BGB orientiert; diese gibt einen Hinweis darauf, wo nach Auffassung des Gesetzgebers im Hinblick auf heutige Mobilitätsanforderungen allgemein die Grenze eines Kündigungsverzichts des Mieters zu ziehen ist.¹¹⁸ Nunmehr hat er entschieden,¹¹⁹ dass die Grenze für die dem Mieter noch zumutbare Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit und die Zulässigkeit eines formularmäßigen Kündigungsausschlusses unter Einbeziehung der Regelung des § 557a Abs. 3 Satz 2 BGB zu ziehen ist und deshalb ein Zeitraum von vier Jahren - gerechnet vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Mieter den Vertrag erstmals beenden kann - nicht überschritten werden darf.¹²⁰ Deshalb ist eine formularvertragliche Vereinbarung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB insgesamt unwirksam, wenn die Dauer der Bindung des Mieters einen Zeitraum von vier Jahren überschreitet und die Kläger deshalb entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine Aufrechterhaltung der Klausel mit einer kürzeren Bindungsdauer kommt wegen des für Allgemeine Geschäftsbedingungen allgemein zu beachtenden Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion von vornherein nicht in Betracht.¹²¹

8.2 Kündigungsverzicht für Studentenwohnung

Grundsätzlich sieht der BGH einen beiderseitigen zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts für zwei Jahre auch dann als wirksam an, wenn ein solcher Ausschluss formularmäßig vereinbart ist. Insbesondere gebieten es weder § 573c Abs. 4 BGB noch § 575 Abs. 4 BGB, die Vereinbarung eines formularmäßigen Kündigungsverzichts für sich allein schon als eine unangemessene Benachteiligung des Mieters im Sinne von § 307 Abs. 2 BGB zu werten.¹²²

¹¹⁶ BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346 unter II 2 d.

¹¹⁷ dazu BGH v. 3.5.2005 - VIII ZR 243/05, NZM 2006, 579 Rz. 13.

¹¹⁸ BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346.

¹¹⁹ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 86/10; WuM 2011, 35.

¹²⁰ so auch Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 575 BGB Rz. 89; MünchKomm/*Häublein*, 5. Aufl., § 573c BGB Rz. 21.

¹²¹ vgl. BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346; BGH v. 3.5.2006 - VIII ZR 243/05, NZM 2006, 579 Rz. 20.

¹²² BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346, unter II 1 m.w.N.

Namentlich § 573c BGB steht einem solchen Verzicht nicht entgegen, weil diese 35
Vorschrift lediglich die Kündigungsfrist regelt und somit ein Bestehen des Kündi-
gungsrechts, das vorliegend im Streit ist, gerade voraussetzt.¹²³

Gleichwohl ist ein formularmäßiger Kündungsverzicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirk-
sam, wenn er den Mieter nach den Umständen entgegen Treu und Glauben unangemessen be-
nachteiligt. Eine solche unangemessene Benachteiligung nimmt der BGH¹²⁴ an, wenn dem Mie-
ter ein schutzwürdiges Bedürfnis nach einem besonderen Maß an Mobilität und Flexibilität zuge-
billigt werden muss, um z.B. auf Unwägbarkeiten des Studienverlaufs und ausbildungsbedingte
Erfordernisse eines Ortswechsels angemessen reagieren zu können, während es ins Gewicht
fallende Interessen des Vermieters, den Mieter für längere Zeit als die gesetzliche Kündigungs-
frist zu binden, nicht erkennen konnte. Insoweit hebt der BGH hervor, dass dem Umstand be-
sondere Bedeutung beigemessen wurde, dass das angemietete Zimmer mit dem vom Mieter
verfolgten Zweck verknüpft war, am Ort der Wohnung studieren zu können. Diese Zweckbezie-
hung und ein daraus resultierendes sachliches Veränderungsbedürfnis des Mieters habe der
Vermieter nicht einfach ignorieren dürfen, um einseitig und ausnahmslos sein Interesse durch-
zusetzen, die Fluktuation in seinem Mietobjekt gering zu halten und durch Vermeidung eines
innerhalb des Semesters liegenden Mietendes eine nahtlose Anschlussvermietung sicherzustel-
len. Diese Erwägungen stehen zudem im Einklang mit den Maßstäben, die der BGH bei Schul-
und Ausbildungsverträgen an die Beurteilung von formularmäßigen Beschränkungen eines or-
dentlichen Kündigungsrechts angelegt hat. Auch hierbei hat der BGH den hohen Stellenwert
hervorgehoben, der dem Einzelnen an der Wahl des für ihn richtigen Berufs und der dafür ge-
eigneten Ausbildungsstätte sowie daran zuzubilligen ist, etwaige Fehlentscheidungen ohne gra-
vierende, insbesondere ohne wirtschaftlich vielfach nicht mehr tragbare Belastungen korrigieren
zu können. Formularmäßig fest vorgegebene Vertragslaufzeiten benachteiligen die andere Seite
deshalb angesichts der besonderen Schutzwürdigkeit dieser Interessen und dem solchen Ver-
trägen vertragstypisch anhaftenden Risiko einer geänderten beruflichen Orientierung unange-
messen, wenn der Verwender seine eigenen Interessen an einer langfristigen Vertragsdauer
einseitig durchsetzt und dem für ihn erkennbaren Interesse des Ausbildungswilligen, ohne gra-
vierende Nachteile sein Berufsziel oder seine Ausbildungsstätte aufgeben zu können, nicht
durch angemessene Vertragsgestaltung Rechnung trägt.¹²⁵

8.3 Stillschweigende Fortsetzung nach § 545 BGB

Grundsätzlich kann der Widerspruch nach § 545 BGB auch schon vor dem Beginn der zweiwö-
chigen Widerspruchsfrist erhoben werden.¹²⁶ Dies entspricht auch der wohl einhelligen Meinung
in der Literatur.¹²⁷ Unterschiedliche Meinungen werden hingegen zu der Frage vertreten, inwie-

¹²³ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 2/04, WuM 2004, 672, unter II m.w.N.

¹²⁴ BGH v. 15.7.2009 - VIII ZR 307/08, WuM 2009, 587.

¹²⁵ BGHZ 120, 108, 120 f.; vgl. ferner BGH, Urteil vom 28. Februar 1985 - IX ZR 92/84, WM 1985, 780, unter III 4 c cc, d.

¹²⁶ BGH v. 8.1.1969 - VIII ZR 184/66, WuM 1969, 298, unter 3 b; BGH v. 9.4.1986 - VIII ZR 100/85, NJW-RR 1986, 1020, unter [II] 3; BGH v. 16.9.1987 - VIII ZR 156/86, NJW-RR 1988, 76, unter 2 c bb; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 103/03, NJW-RR 2004, 558, unter II 1 b cc.

¹²⁷ Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 545 Rz. 14; MünchKommBGB/*Bieber*, 5. Aufl., § 545 Rz. 16; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 545 BGB Rz. 25; Erman/*Jendrek*, BGB, 12. Aufl., § 545 R. 7; Bamberger/*Roth/Ehlert*, BGB, 2. Aufl., § 545 Rz. 7; *Schach* in: Kinne/*Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 545 Rz. 2; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 545 Rz. 33.

fern ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Widerspruch und dem Vertragsende erforderlich ist, insbesondere, wenn der Widerspruch zusammen mit einer ordentlichen Kündigung erklärt wird, also zwischen dem Widerspruch und der Vertragsbeendigung mehrere Monate liegen oder - wie wegen der infolge des langjährigen Mietverhältnisses verlängerten Kündigungsfrist - sogar ein Zeitraum von neun Monaten. In seinem Beschluss vom 9. April 1986 hat der BGH¹²⁸ (allgemein) einen zeitlichen Zusammenhang zwischen Widerspruch und Vertragsende für erforderlich gehalten. Der zugrunde liegende Sachverhalt betraf allerdings nicht einen zusammen mit einer Kündigung erklärten ausdrücklichen Widerspruch, sondern die Frage, ob die mehr als ein Jahr vor Vertragsende erfolgte Erklärung eines Pächters, an der Ausübung der Verlängerungsoption nicht interessiert zu sein, als wirksamer Widerspruch anzusehen war. Im Anschluss an diese Entscheidung hat sich die Rechtsprechung der Instanzgerichte zur Wirksamkeit eines zusammen mit einer ordentlichen Kündigung erklärten Widerspruchs unterschiedlich entwickelt. Teilweise wird ein solcher Widerspruch mangels des erforderlichen zeitlichen Zusammenhangs allgemein¹²⁹ oder jedenfalls bei längeren Kündigungsfristen¹³⁰ als unbeachtlich angesehen. Von anderen Instanzgerichten wird der gleichzeitig mit der ordentlichen Kündigung erklärte Widerspruch hingegen generell als wirksam angesehen.¹³¹

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass es eines zeitlichen Zusammenhangs jedenfalls dann nicht bedarf, wenn der Widerspruch zusammen mit der Kündigung erklärt wird.¹³² Soweit sich aus dem Beschluss vom 9. April 1986 etwas anderes ergebe, halte er daran nicht fest. Im Rahmen des § 545 BGB komme es entscheidend darauf an, ob nach den Gesamtumständen für den Mieter aus der früheren Erklärung seines Vermieters dessen eindeutiger Wille erkennbar werde, das Mietverhältnis nach dem Ablauf der Mietzeit nicht fortsetzen zu wollen. Dies sei regelmäßig der Fall, wenn der Vermieter bereits im Kündigungsschreiben, das zur Beendigung des Mietverhältnisses führe, einer Fortsetzung des Mietverhältnisses über den Beendigungszeitpunkt hinaus ausdrücklich widerspreche. Ein solcher Widerspruch, der sich auf eine konkrete Beendigung des Mietverhältnisses beziehe, lasse keinen Zweifel daran, dass der Vermieter die Rechtsfolgen des § 545 BGB ausschließen wolle.

9 Schriftform

9.1 Bezeichnung des Mietobjektes

Die Schriftform i.S.v. §§ 126, 550 BGB ist nur gewahrt, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere Mietgegenstand, Höhe der Miete, Dauer und Parteien des Mietverhältnisses aus der Urkunde ergeben.¹³³ § 550 BGB will nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung in erster Linie sicher stellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis

¹²⁸ BGH v. 9.4.1986 - VIII ZR 100/85, NJW-RR 1986, 1020.

¹²⁹ OLG Hamm, OLGR 1993, 221; LG Kassel, WuM 1989, 518; vgl. auch Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 545 BGB Rz. 21.

¹³⁰ LG Ansbach, NJW-RR 1996, 1479, 1480; AG Schöneberg MM 1992, 174; vgl. auch *Sternel*, *Mietrecht Aktuell*, 4. Aufl., Rdnr. X 182.

¹³¹ OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 589, 591 f.; OLG Köln, WuM 2003, 465, 466; LG Bonn, WuM 1992, 617.

¹³² BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 184/09, WuM 2010, 418 = ZMR 2010, 671 = Info M 2010, 218.

¹³³ vgl. nur BGH, NJW 2008, 2178, 2179; BGH, NJW 2006, 140; *Lindner-Figura* in: *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummierte*, 2. Aufl. 2008, Kap. 6 Rn. 22 ff.

eintritt (§ 566 Abs. 1 BGB), dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann.¹³⁴ Zudem dient die Schriftform des § 550 BGB dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schätzen.¹³⁵ Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, müssen die Parteien die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen.¹³⁶

Die Schriftform des § 550 BGB ist ebenfalls nicht durch einen Mietvertrag gewahrt, in dem bereits das Mietgrundstück nicht hinreichend bezeichnet ist.¹³⁷ Dem Mietvertrag war nicht zu entnehmen, welcher Teil des Grundstücks Gegenstand des Vertrages sein sollte. Er enthielt bis auf verschiedene handschriftlich eingefügte Quadratmeterangaben keine Anhaltspunkte für eine Bestimmbarkeit des Mietobjekts. Zwar behauptete der Mieter, mit Abschluss des Mietvertrages sei das Mietgrundstück in einen Lageplan eingezeichnet worden, der Bestandteil des Mietvertrages geworden sei. Damit wurde die Schriftform aber nicht gewahrt, weil der Mietvertrag keine Bezugnahme auf einen Lageplan enthielt und ein solcher mit dem Mietvertrag auch verbunden nicht war.

9.2 Vertretung einer Mietpartei (Aktiengesellschaft)

Zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB gehört auch, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist.¹³⁸ Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien geleistet worden sind. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für und in Vertretung der anderen Vertragsparteien, zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien diesen unterschrieben haben. Das ist für die GbR¹³⁹ und die Erbengemeinschaft¹⁴⁰ entschieden. Ein Vertretungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat. Auch dann ist aus der bloßen Unterschrift noch nicht ersichtlich, ob der Vertrag zugleich in Vertretung - und zwar auch für den anderen - mit unterzeichnet worden ist oder ob es noch der Unterschrift weiterer Personen bedarf.¹⁴¹ Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich.¹⁴² Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt. Dann kann deren Unter-

¹³⁴ vgl. BGH, NJW 2008, 2178; BGH, NJW 2003, 1248, 1249; BGH, NJW 1998, 58, 61.

¹³⁵ vgl. nur BGH NJW 2008, 2178, 2179 m. w. N.

¹³⁶ BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181 Tz. 24, 27.

¹³⁷ BGH v. 2.6.2010 - XII ZR 110/08, GE 2010, 973 = ZMR 2010, 844 = NZM 2010, 704.

¹³⁸ BGHZ 176, 301, 307 = NJW 2008, 2178, 2179.

¹³⁹ BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, NJW 2004, 1103; BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02, - NJW 2003, 3053, 3054.

¹⁴⁰ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3391.

¹⁴¹ BGHZ 125, 175, 178 ff. = NJW 1994, 1649, 1650 f.

¹⁴² dazu auch BGHZ 176, 301, 308 = NJW 2008, 2178, 2180.

schrift auf der im Mietvertrag mit "Mieter" oder "Vermieter" gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass sie mit ihrer Unterschrift die Vertragspartei vertreten will. Das Vertretungsverhältnis wird in solchen Fällen deswegen auch ohne ausdrücklichen Vertretungszusatz hinreichend deutlich und die Schriftform ist dann auch ohne ausdrücklichen Vertretervermerk gewahrt.¹⁴³ Dementsprechend hat der BGH die Wahrung der Schriftform als ausreichend angesehen, wenn bei einer GmbH der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterzeichnet.¹⁴⁴ Eines Vertretungszusatzes bedarf es in diesem Falle nicht, weil von vornherein klar ist, dass der Alleingeschäftsführer nicht für sich, sondern für die Gesellschaft handelt.

Bei einer Aktiengesellschaft ist von der gesetzlichen Regelung des § 78 Abs. 2 Satz 1 AktG auszugehen. Danach sind sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt, wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht. Unterzeichnet daher nur ein Vorstandsmitglied z.B. eine Nachtragsvereinbarung, stellt sich die Frage, ob die Schriftform gewahrt ist, wenn eine Mietvertragspartei zwar nicht aus einer Personenmehrheit, sondern einer Kapitalgesellschaft besteht und diese nicht von einer Einzelperson, sondern einer Personenmehrheit vertreten wird, aber nur ein Mitglied der vertretenden Personenmehrheit unterzeichnet hat.

Diese Frage ist zu verneinen.¹⁴⁵ Denn unterzeichnet nur ein Mitglied des Vorstandes, obwohl das Gesetz die Mitwirkung aller Vorstandsmitglieder verlangt, lässt sich der Urkunde ohne Vertretungszusatz nicht entnehmen, ob die übrigen Vorstandsmitglieder noch unterzeichnen müssen. Ein Rechtsnachfolger, dessen Schutz die Schriftform in erster Linie dient, kann nicht erkennen, ob der Unterzeichnende auch für das weitere Vorstandsmitglied unterzeichnet hat. Für ihn kann deshalb der Eindruck entstehen, dass die Urkunde unvollständig ist und es zur Wirksamkeit des Vertrages noch einer weiteren Unterschrift bedarf. Bei Unterzeichnung lediglich durch ein Vorstandsmitglied wird auch nicht aus den Umständen deutlich, dass es für die weiteren Vorstandsmitglieder gehandelt hat.

Um hinreichend deutlich zu machen, dass ein Vorstandsmitglied durch seine Unterschrift für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will, bedarf es deshalb eines Vertreterzusatzes. Dabei ist nötig, aber auch ausreichend, klarzustellen, dass der Unterzeichnende nicht nur für die AG, sondern darüber hinaus für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will, etwa durch den Vermerk "i.V. ...". Ob der Vertrag damit wirksam zustande kommt oder - mangels Vollmacht des Unterzeichnenden - noch der Genehmigung der anderen Vorstandsmitglieder bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern der Wirksamkeit, denn, wie ausgeführt, will § 550 BGB den Erwerber lediglich über den wesentlichen Inhalt des Vertrages informieren, wozu auch die erforderlichen Unterschriften zählen, und nicht darüber, ob überhaupt ein wirksamer Vertrag besteht.¹⁴⁶

¹⁴³ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346 f.; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2226.

¹⁴⁴ BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2226 f.

¹⁴⁵ BGH v. 4.11.2009 - XII ZR, GE 2010, 53 = GuT 2009, 402 = NZM 2010, 82 = ZMR 2010, 280.

¹⁴⁶ BGHZ 176, 301, 309 = NJW 2008, 2178, 2180.

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

Auf eine möglicherweise verspätete Annahme nach § 147 Abs. 2 BGB kommt es nicht an, wenn die Parteien durch eine von beiden Vertragspartnern unterzeichnete, wirksam abgeschlossene schriftliche Änderungsvereinbarung den Inhalt des Ausgangsvertrages bestätigt haben.¹⁴⁸ Das ist der Fall, wenn die Vereinbarung ausdrücklich Bezug nimmt auf den schriftlichen Ausgangsvertrag. Aus der Gesamtheit der durch Bezugnahme zu einer gedanklichen Einheit verbundenen Vertragsurkunden ergibt sich der Inhalt des Vertrages. Für die Einhaltung der Schriftform ist es nicht erforderlich, dass schon die erste Vertragsurkunde selbst alle Schriftformvoraussetzungen erfüllt.¹⁴⁹ Vielmehr genügt es, wenn diese Voraussetzungen in der Änderungsvereinbarung gemeinsam mit der in Bezug genommenen ersten Vertragsurkunde erfüllt werden.

9.4 verspätete Annahme

Zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ist es grundsätzlich erforderlich, dass sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses - aus der Vertragsurkunde ergeben.¹⁵⁰ Bei der Annahmefrist und deren Einhaltung handelt es sich jedoch nicht um solche, den Vertragsinhalt bestimmende Bedingungen. Sie betreffen vielmehr allein das Zustandekommen des Vertrages und werden mit dessen Abschluss bedeutungslos.

Der von § 550 BGB in erster Linie bezweckte Schutz eines späteren Grundstückserwerbers gebietet keine Ausdehnung des Schriftformerfordernisses auf solche, allein das Zustandekommen des Vertrages betreffende Regelungen. Durch § 550 BGB soll vor allem sichergestellt werden, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann. Sinn und Zweck der Schriftform ist es hingegen nicht, ihm Gewissheit darüber zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist oder noch besteht.¹⁵¹ Eine solche Gewissheit vermag eine der Schriftform genügende Mietvertragsurkunde auch nicht zu erbringen. Denn das Zustandekommen eines Mietvertrages hängt von zahlreichen Umständen ab, die sich nicht aus der Urkunde ergeben müssen. So genügt der Schriftform ein

¹⁴⁷ KG v. 25.1.2007 - 8 U 129/06, GuT 2007, 87 = WuM 2007, 346 = ZMR 2007, 535 = NZM 2007, 517: a.A. *Lützenkirchen*, WuM 2008, 119, 130.

¹⁴⁸ BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07, NZM 2009, 515.

¹⁴⁹ vgl. BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181, 2183; BGH v. 7.7.1999 - XII ZR 15/97, NJW 1999, 3257, 3258; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, 2. Aufl., Kap. 6 Rz. 75; missverständlich Palandt/*Weidenkaff*, 68. Aufl., § 550 BGB Rz. 17.

¹⁵⁰ vgl. BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07, NJW 2009, 2195, 2196; BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178, Tz. 18.

¹⁵¹ BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178, Tzn. 13, 14; BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07 - NJW 2009, 2195, 2196; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346, 3347 und BGHZ 160, 97, 104.

Mietvertrag, der vorsieht, dass er erst nach Zustimmung eines Dritten wirksam werden soll, ohne dass die Zustimmung schriftlich erfolgen muss (§ 182 Abs. 2 BGB). Ebenso genügt der Schriftform ein Mietvertrag, der vorsieht, dass er nur im Falle des Eintritts einer Bedingung wirksam werden soll, oder der auf Seiten einer Partei von einem als solchen bezeichneten vollmachtlosen Vertreter unterzeichnet ist.¹⁵² Nichts anderes kann gelten, wenn der Erwerber aus der Urkunde nicht ersehen kann, ob das Angebot auf Abschluss des Mietvertrages von der anderen Vertragspartei rechtzeitig angenommen worden ist, etwa weil gesondert eine Annahmefrist eingeräumt oder eine in der Urkunde enthaltene Annahmefrist verlängert worden ist.¹⁵³ In allen diesen Fällen verschafft die Urkunde selbst dem Erwerber keine Gewissheit darüber, ob der Vertrag besteht, sondern lediglich darüber wie die Vertragsbedingungen lauten, in die er eintritt, falls der Vertrag besteht. Das genügt für die Schriftform des § 550 BGB.

Somit scheidet die Schriftform des Mietvertrages nicht daran, dass die Verlängerung der Annahmefrist und der rechtzeitige Zugang der Annahme nicht aus der Urkunde ersichtlich sind.¹⁵⁴ Die Schriftform des Mietvertrages ist ohne weiteres gewahrt, wenn der Mieter das schriftliche Angebot des Vermieters innerhalb der gesetzten Frist schriftlich angenommen hat (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Denn dann enthält die von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnete Vertragsurkunde sowohl das Angebot als auch die rechtzeitige Annahmeerklärung.

Die Schriftform des § 550 BGB ist allerdings auch dann gewahrt, wenn die von dem Mieter gegengezeichnete Urkunde dem Vermieter erst nach der gesetzten Annahmefrist und damit nach Ablauf der Annahmefrist zugegangen ist.¹⁵⁵ In diesem Fall gilt die Annahmeerklärung des Vermieters gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot. Dieses neue Angebot hat der Mieter nicht schriftlich angenommen. Der Mietvertrag ist aber spätestens mit der Übergabe ausweislich des von den Vertragsparteien unterzeichneten Übergabeprotokolls "auf der Grundlage des Mietvertrages vom 16.03.92" konkludent zustande gekommen.

In Rechtsprechung und Literatur besteht Streit darüber, ob die Schriftform des § 550 BGB gewahrt ist, wenn zwar eine von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnete Vertragsurkunde existiert, jedoch eine Partei das formgerechte Angebot der anderen Partei verspätet angenommen hat und ein inhalts-gleicher Vertrag sodann durch Vollzug konkludent abgeschlossen worden ist.

Nach einer Auffassung genügt der Vertrag in diesen Fällen nicht der Schriftform des § 550 BGB.¹⁵⁶ Zur Begründung berufen sich die Vertreter dieser Auffassung darauf, dass nach § 550 Satz 1 BGB der Mietvertrag in schriftlicher Form, somit in der Form des § 126 Abs. 2 BGB geschlossen sein müsse. Zur Wahrung der Form genüge folglich nicht die bloße Schriftlichkeit der Erklärungen ("äußere Form"). Vielmehr müsse auch der Vertragsschluss selbst formgerecht

¹⁵² BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178, Tz. 15; BGHZ 160, 97, 105; BGHZ 154, 171, 179; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346, 3347.

¹⁵³ vgl. KG, NZM 2007, 86; Palandt/*Weidenkaff* BGB 69. Aufl. § 550 Rz. 11; *Regenfus*, JA 2008, 246, 249 f.

¹⁵⁴ BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 120/06, ZMR 2010, 593 = GE 2010, 614 = GuT 2010, 93 = NZM 2010, 319.

¹⁵⁵ BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 120/06, ZMR 2010, 593 = GE 2010, 614 = GuT 2010, 93 = NZM 2010, 319.

¹⁵⁶ KG, NZM 2007, 517; KG, OLGR 2006, 332, 333; OLG Rostock, OLGR 2005, 697; KG, GE 2003, 48, 49; OLG Dresden ZMR 1999, 104; *Horst*, MDR 2008, 365, 366; *Möller*, ZfIR 2008, 87, 88; *Leo*, MietRB 2003, 15; *Lindner-Figura/Hartl*, NZM 2003, 750, 751; *Regenfus*, JA 2008, 246, 249; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 112.

erfolgt sein. Daran fehle es, wenn der Mietvertrag nicht durch ein schriftliches Angebot und dessen schriftliche Annahme, sondern erst später konkludent abgeschlossen worden sei.

Die Gegenmeinung lässt demgegenüber in Fällen der verspäteten Annahme eines Mietvertragsangebots für die Wahrung der Form nach §§ 550, 126 Abs. 2 BGB die Einhaltung der "äußeren Form" genügen.¹⁵⁷ Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, die Anforderungen an die Schriftform des § 126 Abs. 2 BGB könnten schon wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der Form des § 550 BGB - bloße vorzeitige Kündbarkeit des im Übrigen wirksamen Vertrages - und bei Nichteinhaltung der Form von anderen Verträgen (§ 125 BGB) - Nichtigkeit der Verträge - nicht gleich streng sein. Im Übrigen könne der mit § 550 BGB in erster Linie verfolgte Zweck, den Grundstückserwerber zu schützen, allein durch die Einhaltung der äußeren Form gewahrt werden.

Der BGH hat sich der letztgenannten Auffassung angeschlossen, wonach die Einhaltung der äußeren Form zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ausreicht.¹⁵⁸ Nach § 126 Abs. 2 BGB genüge ein Vertrag der gesetzlichen Schriftform, wenn eine einheitliche Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet worden sei. Von der Einhaltung dieser äußeren Form zu trennen sei, ob der Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Schriftform wirksam zustande gekommen sei. Das richte sich nach den allgemeinen Regeln über den Abschluss von Verträgen (§§ 145 ff., 130 BGB). Danach komme ein Vertrag unter Abwesenden, für den die gesetzliche Schriftform vorgeschrieben ist, grundsätzlich nur dann rechtswirksam zustande, wenn sowohl der Antrag als auch die Annahme (§§ 145 ff. BGB) in der Form des § 126 BGB erklärt werden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugegangen seien.¹⁵⁹ Die Auslegung von § 550 BGB führe unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks und seiner Rechtsfolge zu dem Ergebnis, dass § 550 BGB über die Einhaltung der äußeren Form hinaus nicht voraussetze, dass der Vertrag durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen zustande gekommen sei. § 550 BGB diene in erster Linie dem Informationsbedürfnis des Erwerbers, dem durch die Schriftform die Möglichkeit eingeräumt werden solle, sich von dem Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten. Diesen Schutzzweck erfülle eine nur der äußeren Schriftform genügende Mietvertragsurkunde, in der die von beiden Parteien unterzeichneten Bedingungen des später konkludent abgeschlossenen Vertrages enthalten seien. Eine solche Urkunde informiere den Erwerber über die Bedingungen des Mietvertrages, in die er, wenn der Mietvertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen ist bzw. noch besteht, eintritt.¹⁶⁰

¹⁵⁷ OLG Jena, NZM 2008, 572, 573; OLG Hamm, ZMR 2006, 205, 206; *Neuhaus*, Hb der Geschäftsraummiets, 3. Aufl., Rz. 304; *Pfleister/Ehrich*, ZMR 2009, 818; *Lützenkirchen*, WuM 2008, 119, 130; *Schultz*, NZM 2007, 509 f.; *Stiegele*, NZM 2004, 606, 607; *Wichert*, ZMR 2005, 593, 594 f.; differenzierend: Münch-Komm/*Bieber*, BGB 5. Aufl. § 550 Rz. 10.

¹⁵⁸ BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 120/06, ZMR 2010, 593 = GE 2010, 614 = GuT 2010, 93 = NZM 2010, 319.

¹⁵⁹ § 130 BGB, BGH v. 18.12.2007 - XI ZR 324/06, NJW-RR 2008, 1436, 1438 f. zu § 4 VerbrKrG a.F.; BGH v. 30.7.1997 - VIII ZR 244/96, NJW 1997, 3169, 3170.

¹⁶⁰ vgl. OLG Jena, NZM 2008, 572, 573; OLG Hamm, ZMR 2006, 205, 206; *Schultz*, NZM 2007, 509; *Stiegele*, NZM 2004, 606, 607; *Wichert*, ZMR 2005, 593, 595.

10.1 Zahlung nur auf insolvenzfestes Konto

Gemäß § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB hat der Vermieter eine ihm überlassene Mietsicherheit unabhängig von der gegebenenfalls vereinbarten Anlageform getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Eine ausdrückliche Regelung darüber, ob der Mieter von vornherein verlangen kann, die Kautionssumme nur auf ein insolvenzfestes Konto einzuzahlen, enthält die Vorschrift allerdings nicht.

Der Wortlaut des Gesetzes, wonach der Vermieter eine ihm als Sicherheit "überlassene Geldsumme" anzulegen hat, spricht zwar eher dafür, die Verpflichtung zur insolvenzfesten Anlage der Kaution treffe den Vermieter erst nach Erhalt der entsprechenden Geldsumme in bar oder durch Überweisung auf sein Konto.¹⁶¹ Im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Vorschrift räumt der BGH¹⁶² jedoch der Gegenmeinung den Vorzug ein, die dem Mieter zugesteht, die Kaution von vornherein nur in der Weise zu erbringen, dass sie vom Vermögen des Vermieters getrennt und deshalb vor dem Zugriff von dessen Gläubigern umfassend geschützt ist.¹⁶³

In den Gesetzesmaterialien wird zur Begründung der Anlagepflicht des Vermieters ausgeführt, dass die Kaution wie ein Treuhandvermögen oder Mündelgeld zu behandeln sei, um sie im Falle der Insolvenz des Vermieters zu schützen und das Pfandrecht der Banken an dem Kautionskonto auszuschließen.¹⁶⁴ Es besteht kein Grund dafür, dem Mieter diesen vom Gesetzgeber bezweckten Schutz nicht von vornherein zu gewähren, sondern bei Beginn des Mietverhältnisses eine Lücke zu belassen, indem der Mieter die Kaution dem Vermieter zunächst in bar übergeben oder auf ein nicht insolvenzfestes Vermieterkonto überweisen muss. Der Mieter müsste dann im Interesse seiner eigenen Absicherung nachträglich einen Nachweis der gesetzeskonformen Anlage der Kaution verlangen und seinen dahin gehenden Anspruch gegebenenfalls durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an der laufenden Miete¹⁶⁵ oder durch Klageerhebung durchsetzen. Für einen solchen "Umweg" gibt es keinen sachlichen Grund. Der Vermieter wird dadurch, dass er dem Mieter auf dessen Verlangen sogleich ein insolvenzfestes Konto für die Zahlung der Kaution benennen muss, nicht unangemessen belastet, denn er muss dieses Konto nach Erhalt der Kaution ohnehin einrichten und dem Mieter nachweisen. Dem steht auch nicht entgegen, dass § 551 BGB die Erbringung der Sicherheit auch in der Weise erlaubt, dass der Mieter selbst ein Konto eröffnet, auf das er die Kaution einzahlt und das er anschließend an den Vermieter verpfändet oder zur Sicherheit an ihn abtritt. Zwar könnte der Mieter auf diese Weise - ohne Mitwirkung des Vermieters - erreichen, dass die Kaution von Beginn an vor dem Zugriff der Gläubiger des Vermieters geschützt ist. Die Anlage der ihm vom Mieter überlassenen Kaution durch den Vermieter ist aber der typische und in der Praxis häufigste Fall, von dem die Parteien regelmäßig ausgehen. Der Mieter muss sich deshalb - soweit nicht im Einzelfall besondere

¹⁶¹ LG Berlin, WuM 1988, 266; v. *Martius* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. III Rz. 791.

¹⁶² BGH v. v. 13.10.2010 - VIII ZR 98/10, GE 2010, 1677 = DWW 2010, 372.

¹⁶³ Staudinger/*Emmerich*, BGB, Neubearb. 2006, § 551 Rz. 19; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 551 BGB Rz. 77; *Derleder* WuM 1986, 39, 42 f.

¹⁶⁴ BT-Drucks. 9/2079, S. 10.

¹⁶⁵ vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 336/08, NJW 2009, 3505 Rz. 10.

Abreden getroffen sind - nicht darauf verweisen lassen, selbst ein Mietkautionskonto einzurichten; er darf vielmehr die Zahlung der Kautions an den Vermieter von der Benennung eines insolvenzfesten Kautionskontos abhängig machen. 43

10.2 Rückzahlungsanspruch gegen den Zwangsverwalter

Ein Zwangsverwalter, der auf Rückgabe einer Mietsicherheit klageweise in Anspruch genommen wird, ist zur Führung des Prozesses nicht mehr befugt, wenn die Zwangsverwaltung vor Rechtshängigkeit der Streitsache aufgehoben worden ist; in diesem Fall ist die Klage als unzulässig abzuweisen.¹⁶⁶ Fraglich ist, ob der Mieter seine Klage in einem solchen Fall umstellen kann auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Zwangsverwalter, weil der Zwangsverwalter gemäß § 155 ZVG verpflichtet gewesen wäre, die Auszahlung der Mietkaution an den Mieter als Verwaltungsaufgabe vorweg zu bestreiten und dafür entsprechende Vorkehrungen zu treffen.

Indessen liegt hier ein Verstoß gegen § 155 ZVG nicht vor, weil ein Anspruch des Mieters gegen den Zwangsverwalter auf Auszahlung der Mietkaution nicht entstanden ist.¹⁶⁷ Bis zum Zuschlag in der Zwangsversteigerung bestand ein Kautionsrückzahlungsanspruch gegenüber dem Zwangsverwalter aus § 152 Abs. 2 ZVG in Verbindung mit dem Mietvertrag schon deshalb nicht, weil das Mietverhältnis bis dahin nicht beendet war. Auch durch den dem Mieter erteilten Zuschlag wurde ein solcher Anspruch gegenüber dem Beklagten nicht begründet. Ein Anspruch auf Kautionsrückzahlung gegen einen Zwangsverwalter kann durch den Zuschlag nicht begründet werden. Denn der Zuschlag in der Zwangsversteigerung führt nicht zur Beendigung des Mietverhältnisses, sondern zu dessen Fortsetzung mit dem Ersteher, der gemäß § 57 ZVG in Verbindung mit §§ 566 ff. BGB an Stelle des Vollstreckungsschuldners in das Mietverhältnis eintritt. Mit dem Zuschlag endet lediglich das Mietverhältnis mit dem Vollstreckungsschuldner und damit zugleich auch die dem Zwangsverwalter gemäß § 152 Abs. 2 ZVG vorübergehend zugewiesene Vermieterposition. An die Stelle des für den Vollstreckungsschuldner handelnden Zwangsverwalters tritt aber der Ersteher als neuer Vermieter. Durch den Zuschlag entsteht daher kein Kautionsrückzahlungsanspruch gegenüber dem Vollstreckungsschuldner beziehungsweise dem Zwangsverwalter als bisherigem Vermieter. Daran ändert sich nichts dadurch, dass mit dem Zuschlag im vorliegenden Fall nicht ein Dritter, sondern der Mieter das Eigentum an der Mietwohnung erworben hat. Auch der Mieter trat mit dem Zuschlag gemäß § 57 ZVG in Verbindung mit §§ 566 ff. BGB an Stelle des Vollstreckungsschuldners und des Zwangsverwalters in das Mietverhältnis ein, so dass Zwangsverwalter mit dem Zuschlag aus seiner Vermieterposition ausschied, ohne dass dadurch ein Kautionsrückzahlungsanspruch gegen ihn begründet wurde. Ansprüche aus dem durch den Zuschlag nicht beendeten Mietverhältnis richteten sich vom Zuschlag an gegen den Ersteher, das heißt im vorliegenden Fall gegen den Mieter selbst. Da sich aber mit dem Zuschlag die Parteien des Mietvertrags in der Person des Mieters vereinigten, erlosch das Mietverhältnis insgesamt durch Konfusion ().¹⁶⁸ Damit erlosch auch ein etwaiger - durch die Beendigung des Mietverhältnisses aufschiebend bedingter - Kautionsrückzahlungsanspruch der Klägerin gegen sich selbst.

¹⁶⁶ BGH v. 25.5.2005 - VIII ZR 301/03, WuM 2005, 463, unter II 1 und 2.

¹⁶⁷ BGH v. 9.6.2010 - VIII ZR 189/09, NZM 2010, 698.

¹⁶⁸ vgl. dazu BGH v. 17.12.2008 - VIII ZR 13/08, NJW 2009, 1076, Tz. 16.

11.1 Abweichen von § 28 Abs. 4 Satz 3 II.BV

Der Begriff der Schönheitsreparaturen bestimmt sich nach allgemeiner Auffassung auch bei preisfreiem Wohnraum anhand der in § 28 Abs. 4 Satz 3 II.BV enthaltenen Definition, wonach als Schönheitsreparaturen das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden und der Heizkörper einschließlich der Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und der Außentüren von innen anzusehen sind.¹⁶⁹ Die gegenständliche Beschränkung des Begriffs der Schönheitsreparaturen auf die in dieser Bestimmung aufgeführten Arbeiten bildet zugleich den Maßstab der Klauselkontrolle und markiert auf diese Weise die Grenze dafür, welche Arbeiten dem Mieter in einer Klausel über dessen Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auferlegt werden dürfen. Dementsprechend ist eine formularvertragliche Erweiterung dieser Arbeiten über den in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV beschriebenen Inhalt hinaus - zumindest bei Fehlen einer angemessenen Kompensationsregelung - wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.¹⁷⁰

Wird in einer Klausel zu Schönheitsreparaturen nur formuliert, dass die Fenster und Türen zu streichen sind, ist jedenfalls das bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) in der Klausel enthaltene Streichen der Wohnungseingangstüren und Fenster von außen, das in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV ausgeklammert ist, in der Klausel enthalten.¹⁷¹ Denn auch diese Arbeiten überschreiten den Bereich der Schönheitsreparaturen, weil es bei ihnen nicht mehr um die Beseitigung einer typischerweise vom Mieter verursachten Abnutzung des dekorativen Erscheinungsbildes innerhalb der gemieteten Wohnung geht.

11.2 „Weißen“ der Decken und Wände

Ob mit folgender Klausel eine unzulässige Farbwahlvorgabe erfolgt, kann zweifelhaft sein. Denn unter „Weißen“ kann auch der direkte Farbanstrich auf Putz verstanden werden.

"Die Schönheitsreparaturen umfassen insbesondere:

Anstrich und Lackieren der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen sowie sämtlicher Holzteile, Versorgungsleitungen und Heizkörper, das Weißen der Decken und Oberwände sowie der wischfeste Anstrich bzw. das Tapezieren der Wände."

Der BGH hält die die Klausel für unwirksam¹⁷². Ebenso wie die formularmäßige Verpflichtung, die Schönheitsreparaturen in "neutralen, hellen, deckenden Farben und Tapeten auszuführen"¹⁷³, wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam sei, wenn sie nicht auf den Zustand der Wohnung im Zeitpunkt der Rückgabe beschränkt sei, benachteilige auch die vorliegende Klausel den Mieter regelmäßig deshalb unangemessen, weil sie ihn auch wäh-

¹⁶⁹ vgl. BGH v. 18.2.2009 - VIII ZR 210/08, WuM 2009, 286, Tz. 10; BGH v. 8.10. - XII ZR 15/07, NZM 2009, 126, Tz. 19; jeweils m.w.N

¹⁷⁰ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, WuM 2010, 85 = GE 2010, 335 = NZM 2010, 157 = ZMR 2010, 432, unter II 1 a.

¹⁷¹ BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 222/09, ■.

¹⁷² BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 344/08, GE 2009, 1488 = NZM 2009, 903 = ZMR 2010, 106.

¹⁷³ BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.

rend des Mietverhältnisses zu einer Dekoration in einer ihm vorgegebenen Farbwahl verpflichtet und dadurch in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs einschränke, ohne dass dafür ein anerkanntes Interesse des Vermieters bestehe. Es liege jedenfalls nicht fern, unter dem Begriff "Weißen" nicht lediglich ein Synonym für streichen, sondern auch einen Anstrich in weißer Farbe zu verstehen. Lässt die Klausel somit auch diese Auslegung zu, so sei sie gemäß § 305c Abs. 2 BGB in dieser dem Mieter günstigsten, weil zur Unwirksamkeit der Klausel führenden Auslegung zugrunde zu legen.

Versteht man das Weißen wie das umgangssprachliche Tünchen, kann man kaum noch einen Unterschied zu dem in § 28 Abs. 4 II. BV erwähnten Kalken erkennen.

Erst recht ist die Klausel

"Bei der Ausführung von Schönheitsreparaturen sind die Türblätter, Türrahmen, Fensterflügel und Fensterrahmen (ausgenommen Kunststoff-, Aluminium- und Dachfenster, sowie fertig beschichtete Türblätter) nur weiß zu lackieren ..."

unwirksam, weil sie auch die laufenden Schönheitsreparaturen erfasst.¹⁷⁴

11.3 Grundreinigung des Teppichbodens

Die Frage, ob die Vereinbarung über Schönheitsreparaturen auch ohne ausdrückliche Regelung die Reinigung des vom Vermieter verlegten Teppichbodens erfasst, ist umstritten.¹⁷⁵

Nach Auffassung des BGH¹⁷⁶ gehört jedenfalls die Grundreinigung des Teppichbodens zu den gemäß §§ 10 Ziff. 2, 25 Ziff. 2 des Mietvertrages auf die Beklagte übertragenen Schönheitsreparaturen. Auch für die Gewerberaummiete sei im Zweifel für das Verständnis von Schönheitsreparaturen auf die Definition in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV abzustellen. Darin werde zwar ausdrücklich die Grundreinigung nicht genannt. Bei den Schönheitsreparaturen handele es sich aber um Maßnahmen zur Erhaltung eines ansprechenden äußeren Erscheinungsbildes der Mieträume durch Beseitigung der Spuren des vertragsgemäßen Gebrauchs. Soweit in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV auch für die Böden Malerarbeiten, nämlich deren Streichen vorgesehen sei, gehe die Vorschrift von den früher üblichen, inzwischen aber kaum noch vorhandenen gestrichenen Holzdielenböden aus. Da die Schönheitsreparaturen folglich nicht nur die Oberflächen der Decken und Wände, sondern auch die Oberfläche des Bodenbelags in einen ansehnlichen Zustand versetzen sollten, müsse der redliche Mieter davon ausgehen, dass er an Stelle des nur für Holzdielenböden geeigneten Streichens des Bodens die Maßnahme ergreifen müsse, die für den vorhandenen Boden zu einem vergleichbaren Ergebnis führe. Der Verschönerung der Oberfläche des Holzdielenbodens durch Streichen entspreche bei einem Teppichboden dessen gründliche Reinigung. Dadurch werde die Oberfläche des Fußbodens aufgefrischt. Nicht ausreichend sei demgegenüber die nur übliche Reinigung von dem sich allmählich ansammelnden Schmutz durch Staubsaugen.

¹⁷⁴ BGH v. 20.1.2010 – VIII ZR 50/09, WuM 2010, 142 = GE 2010, 405.

¹⁷⁵ dafür: Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 538 BGB Rz. 7; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 535 BGB Rz. 356; Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rz. 220; Kraemer, NZM 2003, 417, 418; Sternel, NZM 1998, 833, 843; Both, WuM 2007, 3; Erman/Jendrek, 12. Aufl., § 535 BGB Rz. 94; dagegen: AG Braunschweig v. 1.4.1986 – 115 C 741/86, WuM 1986, 310; Staudinger/Emmerich, [Neubearb. 2006], § 535 BGB Rz. 103; Bub in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummieta, II Rz. 479.

¹⁷⁶ BGH v. 8.10.2008 – XII ZR 15/07, WuM 2009, 225 = GE 2009, 111 = NZM 2009, 126.

Der Begriff der Schönheitsreparaturen bestimmt sich nach allgemeiner Auffassung auch bei preisfreiem Wohnraum anhand der in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV enthaltenen Definition, wonach als Schönheitsreparaturen das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden und der Heizkörper einschließlich der Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und der Außentüren von innen anzusehen sind.¹⁷⁷ Die gegenständliche Beschränkung des Begriffs der Schönheitsreparaturen auf die in dieser Bestimmung aufgeführten Arbeiten bildet zugleich den Maßstab der Klauselkontrolle und markiert auf diese Weise die Grenze dafür, welche Arbeiten dem Mieter in einer Klausel über dessen Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auferlegt werden dürfen. Dementsprechend ist eine formularvertragliche Erweiterung dieser Arbeiten über den in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV beschriebenen Inhalt hinaus - zumindest bei Fehlen einer angemessenen Kompensationsregelung - wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

Eine Klausel, die ein über das Streichen der Fußböden hinausgehendes Abziehen und Wiederherstellen von Parkettversiegelungen zu den Schönheitsreparaturen zählt, ist daher unwirksam.¹⁷⁸ Denn derartige Arbeiten dienen nach verbreiteter Auffassung nicht mehr nur der für Schönheitsreparaturen typischen Beseitigung von Gebrauchsspuren, sondern sind dem Bereich der darüber hinausgehenden Instandhaltungsarbeiten zuzurechnen.¹⁷⁹ Ebenso ist in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV das - jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) in der Klausel enthaltene - Streichen der Wohnungseingangstüren und Fenster von außen ausgeklammert worden. Denn auch diese Arbeiten überschreiten den Bereich der Schönheitsreparaturen, weil es bei ihnen nicht mehr um die Beseitigung einer typischerweise vom Mieter verursachten Abnutzung des dekorativen Erscheinungsbildes innerhalb der gemieteten Wohnung geht. Beide Klauselteile sind deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

11.5 verkappte Fachhandwerkerklausel

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten durchschnittlichen Vertragspartners einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senatsurteile vom 20. Oktober 2004, aaO; vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 105/07, WuM 2008, 219, Tz. 18 m.w.N.). Hieran gemessen hält die Renovierungsklausel

„Der Mieter ist verpflichtet, die Schönheitsreparaturen ... in der Wohnung ausführen zu lassen...“

bei Anwendung der Unklarheitenregel einer rechtlichen Überprüfung am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand.

¹⁷⁷ vgl. BGH v. 18.2.2009 - VIII ZR 210/08, WuM 2009, 286, Tz. 10 = ZMR 2010, 261; BGH v. 8.10.2008 - XII ZR 15/07, NZM 2009, 126, Tz. 19; jeweils m.w.N.

¹⁷⁸ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, WuM 2010, 85 = GE 2010, 335 = NZM 2010, 157 = ZMR 2010, 432.

¹⁷⁹ OLG Düsseldorf, WuM 2003, 621, 623; Kraemer, NZM 2003, 417, 418; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 535 BGB Rz. 356; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., I Rz. 8; jeweils m.w.N.

Eine solche Klausel kann hinsichtlich einer Ausführung der geschuldeten Schönheitsreparaturen dahin verstanden werden, dass dem Mieter die Möglichkeit einer Selbstvornahme verschlossen sein sollte.¹⁸⁰ Zwar ist eine andere Auslegung möglich. Sie ist jedoch nicht zwingend und schließt insbesondere nicht die Möglichkeit der gegen-teiligen Auslegung aus, nach der dem Mieter entsprechend dem vom Verwender gewählten Wortlaut der Klausel eine Selbstvornahme der Schönheitsreparaturen verschlossen sein sollte.

11.6 Darlegungs- und Beweislast bei weichen Fristen

Sind nach dem Mietvertrag vereinbarte Regelfristen bei Ende des Mietvertrages nicht abgelaufen, sieht die Regelung über die Renovierung aber vor, dass bei starker oder geringer Abnutzung seit Mietbeginn kürzere oder längere Fristen nach dem Grad der Erforderlichkeit einzuhalten sind, enthält die Klausel damit eine sog. "weiche" Ausführungsfrist. Soll die Fristenregelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen aber nur für den Regelfall gelten und Ausnahmen nach dem Erhaltungszustand zulassen, trifft den Mieter die Beweislast, dass entgegen der im Vertrag genannten Frist noch keine Renovierungsbedürftigkeit besteht.¹⁸¹

Nimmt der Vermieter umgekehrt aber für sich eine Verkürzung der Regelfristen in Anspruch, muss er darlegen und beweisen, dass der Erhaltungszustand der Mieträume eine frühere Ausführung der Schönheitsreparaturen erfordert.¹⁸²

11.7 Rechtsfolge unwirksamer Renovierungsklauseln

11.7.1 Blue-pencil-Test?

Insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung zu den Kautionsklauseln,¹⁸³ bei denen der BGH den blue-pencil-Test angewendet hat, besteht eine Verunsicherung in der Praxis, inwieweit der unwirksame Teil einer Renovierungsklausel gestrichen werden und der Rest der Klausel aufrecht erhalten bleiben kann. Im Rahmen einer Klauselkontrolle kann eine Formulklausel, die mehrere sachliche, nur formal verbundene Regelungen enthält und sich aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich und gegenständlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt, mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden.¹⁸⁴

Diese Teilbarkeit ist aber nicht gegeben, wenn die Schönheitsreparaturen inhaltlich konkretisiert werden.¹⁸⁵ Konkretisierungen der Schönheitsreparaturverpflichtung hinsichtlich ihres gegenständlichen und zeitlichen Umfangs sowie ihrer Ausführungsart sind inhaltlich derart eng mit der Verpflichtung selbst verknüpft, dass diese bei einer Beschränkung der Unwirksamkeit auf die unzulässige Ausführungsmodalität inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten würde. Bei einer dem Mieter auferlegten Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen handelt es sich um eine einheitliche Rechtspflicht, die sich nicht in Einzelmaßnahmen oder Einzelaspekte aufspalten lässt; deren Ausgestaltung durch den Mietvertrag ist vielmehr

¹⁸⁰ BGH v. 9.6.2010 - VIII ZR 294/09, NZM 2010, 615 = ZMR 2011, 190 m. Anm. *Riecke*.

¹⁸¹ BGH v. 8.10.2008 - XII ZR 84/06, GE 2008, 1556 = NJW 2008, 3772 = NZM 2008, 890.

¹⁸² OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 - I-10 U 58/09, GE 2009, 1553.

¹⁸³ z.B. BGH v. 25.6.2003 - VIII ZR 344/02, WuM 2003, 495 = ZMR 2003, 729.

¹⁸⁴ BGHZ 145, 203, 212; BAG, NZA 2008, 699, 701.

¹⁸⁵ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, WuM 2010, 85 = GE 2010, 335 = NZM 2010, 157 = ZMR 2010, 432; BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 222/09, WuM 2010, 231.

insgesamt zu bewerten. Stellt sich diese Verpflichtung aufgrund unzulässiger Ausgestaltung - sei es hinsichtlich der zeitlichen Modalitäten, der Ausführungsart oder des gegenständlichen Umfangs - in ihrer Gesamtheit als übermäßig dar, hat dies die Unwirksamkeit der Vornahmeklausel insgesamt zur Folge, und zwar unabhängig davon, ob die Verpflichtung als solche und ihre unzulässige inhaltliche Ausgestaltung in einer oder in zwei sprachlich voneinander unabhängigen Klauseln enthalten sind.¹⁸⁶

11.7.2 Mieterhöhung im preisgebundenen Wohnraum

Die Kostenmiete als das zulässige Entgelt bei öffentlich gefördertem Wohnraum wird in § 8 Abs. 1 Satz 1 WoBindG dahin bestimmt, dass der Verfügungsberechtigte die Wohnung nicht gegen ein höheres Entgelt zum Gebrauch überlassen darf, als zur Deckung der laufenden Aufwendungen erforderlich ist. Zu den laufenden Aufwendungen gehören die in § 28 II. BV näher umschriebenen Instandhaltungskosten. Die Kostenmiete als das gesetzlich zulässige Entgelt, das der Vermieter § 8 Abs. 1 Satz 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 WoBindG zu fordern berechtigt ist, bestimmt sich unabhängig davon, ob die dispositiven Regelungen des § 535 Satz 2 BGB und des § 28 Abs. 4 II. BV aufgrund einer fehlenden oder einer unwirksamen Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter zum Tragen kommen.¹⁸⁷ Die Berechtigung des Vermieters zu einem Zuschlag nach § 28 Abs. 4 II. BV entfällt bei der Kostenmiete nur dann, wenn die Kosten der Schönheitsreparaturen wirksam auf den Mieter abgewälzt worden sind, nicht aber auch dann, wenn der Vermieter die Abwälzung zwar beabsichtigt hat, mit diesem Vorhaben aber gescheitert ist.¹⁸⁸

Deshalb ist der Vermieter berechtigt, die Kostenmiete um diesen Zuschlag zu erhöhen, weil er aufgrund der Unwirksamkeit der Formulklausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet ist (§ 535 Satz 2 BGB) und damit, wie es § 28 Abs. 4 II. BV voraussetzt, die Kosten der Schönheitsreparaturen zu tragen hat.¹⁸⁹ Da die Renovierungsklausel von Anfang an unwirksam, entspricht die geforderte Miete von Anfang an nicht der gesetzlich zulässigen Kostenmiete. Eine "aus den Umständen" sich ergebende Vereinbarung über den Ausschluss des Rechts zur Mieterhöhung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil den Parteien bei Abschluss des Mietvertrags nicht bewusst war, dass die Klausel unwirksam war und deshalb die geforderte Miete unter der gesetzlich zulässigen Kostenmiete lag.

Auch der "Einfrierungsgrundsatz"¹⁹⁰ rechtfertigt keine andere Beurteilung.¹⁹¹ Danach bleibt der Vermieter an den bei der Bewilligung der öffentlichen Mittel gewählten Ansatz gebunden, wenn er niedriger als der seinerzeit zulässige Ansatz war. Das ist nicht der Fall, wenn die der Antragstellung zugrunde gelegte Wirtschaftlichkeitsberechnung von einer Abwälzung der Schönheits-

¹⁸⁶ BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, WuM 2008, 472, Tz. 20; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 344/08, WuM 2009, 655 = ZMR 2010, 106, Tz. 10.

¹⁸⁷ ebenso AG Wetzlar, WuM 2009, 172; AG Schöneberg, GE 2008, 1495, *Bellinger*, WuM 2009, 158 ff.; *Flatow*, WuM 2009, 208, 214 f.; a.A. AG Tempelhof-Kreuzberg, WuM 2009, 480; AG Stuttgart-Bad Cannstadt, WuM 2009, 674; *Wüstefeld*, WuM 2008, 697.

¹⁸⁸ *Flatow*, WuM 2009, 208, 214.

¹⁸⁹ BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 177/09, WuM 2010, 296.

¹⁹⁰ dazu *Heix* in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnbaurecht, Bd. 6, Stand November 2000, Anm. 2 f. zu § 4a II. BV; Hannemann/Wiegner/*Bister*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 37 Rdnr. 29 f.

¹⁹¹ *Bellinger*, WuM 2009, 158, 160; a.A. AG Stuttgart-Bad Cannstadt, WuM 2009, 674; *Wüstefeld*, WuM 2008, 697

reparaturen auf den Mieter ausgeht. Denn dann wurden die Instandhaltungskosten **49** in der damaligen Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht niedriger angesetzt, als dies unter der Voraussetzung einer Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter zulässig war. Aus dem gleichen Grund kann aus der damaligen Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht abgeleitet werden, dass der Vermieter auf eine Erhöhung der Kostenmiete um den Erhöhungsbetrag für von ihm selbst durchzuführende Schönheitsreparaturen etwa verzichtet hätte.

Schließlich stehen der Mieterhöhung auch nicht § 8a Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 WoBindG und § 4 Abs. 1 Satz 1 NMV 1970 entgegen. Nach diesen Bestimmungen führt eine Änderung laufender Aufwendungen (Kapitalkosten, Bewirtschaftungskosten) zu einer entsprechenden Änderung der Kostenmiete; dies gilt für eine Erhöhung laufender Aufwendungen jedoch nur dann, wenn die Erhöhung auf Umständen beruht, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Dieser Ausschlussbestand greift nicht ein. Denn der Zuschlag hätte jedoch vom Vermieter, wenn ihm die Unwirksamkeit der Klausel bewusst gewesen wäre, von Anfang an in Ansatz gebracht werden können, weil er aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel von Anfang an die Kosten der Schönheitsreparaturen zu tragen hatte; insoweit liegt keine Änderung der laufenden Aufwendungen vor.

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu den Entscheidungen des BGH vom 9. Juli 2008¹⁹², nach denen der Vermieter bei frei finanziertem Wohnraum nicht berechtigt ist, im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel zur Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter von diesem eine Mieterhöhung in Form eines Zuschlages zur ortsüblichen Vergleichsmiete zu verlangen. Die dafür maßgeblichen Gründe sind auf die Kostenmiete bei preisgebundenem Wohnraum nicht übertragbar. Denn dort wurde die Unzulässigkeit eines Zuschlages zur ortsüblichen Vergleichsmiete damit begründet, dass auf diese Weise bei der nicht preisgebundenen Wohnraummiete ein Kostenelement ohne Rücksicht auf seine Durchsetzbarkeit am Markt zur Begründung einer Mieterhöhung herangezogen würde; hiermit wäre das vom Gesetzgeber vorgesehene System der Vergleichsmieten verlassen. Die Kostenmiete bei preisgebundenem Wohnraum wird aber gerade nach Kostenelementen ermittelt und richtet sich nicht nach der marktüblichen Miete. Dementsprechend ist für die Kostenmiete in § 28 Abs. 4 II. BV ein Zuschlag für den Fall, dass der Vermieter - wie hier - die Kosten der Schönheitsreparaturen zu tragen hat, ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Zu der vom Senat abgelehnten Vermischung unterschiedlicher Mietpreissysteme kommt es somit nicht, wenn § 28 Abs. 4 II. BV im Bereich der Kostenmiete - seinem Wortlaut entsprechend - nicht nur bei einer fehlenden, sondern auch bei einer unwirksamen Abwälzung der Schönheitsreparaturen Anwendung findet.

Es liegt kein Verstoß gegen das Verbot geltungserhaltender Reduktion vor. Die Sanktion für die Verwendung unwirksamer Formulklauseln besteht darin, dass sich der Verwender mit der für ihn ungünstigeren Regelung des dispositiven Gesetzesrechts begnügen muss, die der ersatzlose Wegfall der unzulässigen Klausel zur Folge hat, geht aber nicht so weit, dass dem Verwender die Berufung auf das dispositive Gesetzesrecht verwehrt wäre.

Schließlich ergibt sich kein Wertungswiderspruch. Für eine teleologische Reduktion des § 28 Abs. 4 II. BV dahingehend, dass ein Zuschlag zur Kostenmiete bei einer unwirksamen Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ebenso unzulässig sei wie bei der Vergleichs-

¹⁹² BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 83/07, WuM 2008, 487 = GE 2008, 1046 = ZMR 2008, 878; BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, GE 2008, 1117 = NZM 2008, 641 = DWW 2008, 256 = ZMR 2008, 879.

miete und deshalb § 28 Abs. 4 II. BV bei einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel generell keine Anwendung finden könne, ist kein Raum. Weder bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Regelungsplan des Ordnungsgebers entgegen dem weitergehenden Wortlaut des § 28 Abs. 4 II. BV darauf gerichtet gewesen wäre, den Fall einer unwirksamen Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter aus dem Anwendungsbereich des § 28 Abs. 4 II. BV auszugrenzen, noch sprechen sachliche Gesichtspunkte dafür.

U.U. kann die Mieterhöhung treuwidrig sein, wenn der Vermieter zuvor keine wirksame, neue Klausel die Renovierung angeboten hat. Dann muss aber im Prozess entsprechender Sachvortrag erfolgen.¹⁹³

11.8 Fristsetzung mit unbestimmten Zeitraum

§ 281 Abs. 1 BGB verlangt als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung. Welche Anforderungen daran gestellt werden können, wird nicht einheitlich beurteilt.

Insoweit verlangt die überwiegende Meinung in der Literatur für eine Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB die Bestimmung eines konkreten Zeitraums, entweder durch Mitteilung eines bestimmten Termins, zu dem die Frist abläuft, oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten, die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt werden.¹⁹⁴ Nach dieser Auffassung genügt die Aufforderung zur "sofortigen" bzw. "unverzüglichen" oder - "umgehenden" Leistung nicht. Teilweise wird dies damit begründet, dass nach dem Wegfall der nach früherem Recht vorgesehenen Ablehnungsandrohung allein die Fristsetzung die Warnfunktion gegenüber dem Schuldner erfülle und an sie deshalb strenge Anforderungen zu stellen seien.¹⁹⁵

Demgegenüber vertritt ein weiterer Teil der Literatur die Auffassung, auch eine Aufforderung zur unverzüglichen Leistung könne ausreichen,¹⁹⁶ zumindest in Fällen besonderer Dringlichkeit.¹⁹⁷

Auch nach Auffassung des BGH ist bei einer wirksamen Fristsetzung grundsätzlich keine bestimmte Zeitspanne anzugeben.¹⁹⁸ Auszugehen sei vom Wortlaut des Gesetzes. Dem Begriff der Fristsetzung lasse sich nicht entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein müsse oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben sei. Eine in dieser Weise bestimmte Frist verlange § 281 Abs. 1 BGB - anders als § 286 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB für den Verzugseintritt ohne Mahnung - nicht. Vielmehr könne die Dauer einer Frist grundsätzlich auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden; dies sei insbesondere bei rechtsgeschäftlichen Fristen häufig der Fall.¹⁹⁹ Nach allgemeiner Meinung sei eine Frist ein Zeitraum,

¹⁹³ BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 281/09, WuM 2010, 645; BGH v. 31.8.2010 - VIII ZR 28/10, GE 2010, 1680.

¹⁹⁴ Münch-KommBGB/*Ernst*, 5. Aufl., § 323 Rz. 68; Palandt/*Grüneberg*, 68. Aufl., § 281 BGB Rz. 9; Soergel/*Gsell*, 13. Aufl., § 323 BGB Rz. 80.

¹⁹⁵ Münch-KommBGB/*Ernst*, 5. Aufl., § 323 Rz. 68.

¹⁹⁶ Staudinger/*Otto*, (2004), § 281 BGB Rz. B 62 und § 323 BGB Rz. B 59; Bamberger/*Roth/Unberath*, 2. Aufl., § 281 BGB Rz. 16.

¹⁹⁷ Jauernig/*Stadler*, 12. Aufl., § 281 BGB Rz. 6; vgl. auch MünchKommBGB/*Ernst*, 5. Aufl., § 323 BGB Rz. 74.

¹⁹⁸ BGH v. 12.8.2009 - VIII ZR 254/08, WuM 2009, 580.

¹⁹⁹ MünchKommBGB/*Grothe*, 5. Aufl., § 186 BGB Rz. 4.

der bestimmt oder bestimmbar sei.²⁰⁰ Mit der Aufforderung, die Leistung oder die Nacherfüllung "in angemessener Zeit", "umgehend" oder "so schnell wie möglich" zu bewirken, werde eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar sei.

Auch der Zweck der Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB erfordere es nicht, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angebe. Dem Schuldner solle mit der Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken könne, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt sei. Dieser Zweck werde bereits durch die Aufforderung, innerhalb "angemessener Frist", "unverzüglich" oder - wie hier - "umgehend" zu leisten, hinreichend erfüllt. Zwar bestehe für den Schuldner dann die Ungewissheit, welcher genaue Zeitraum ihm für die Leistung bzw. Nacherfüllung zur Verfügung stehe. Diese Ungewissheit bestehe aber in vielen Fällen auch bei Angabe einer bestimmten Frist, nämlich immer dann, wenn die vom Gläubiger gesetzte Frist zu kurz sei. Eine solche Fristsetzung sei nach der Rechtsprechung des BGH nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang, die ggf. vom Gericht in einem späteren Prozess festgestellt werde.²⁰¹ Diese - zu § 326 BGB aF ergangene - Rechtsprechung habe der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform ausdrücklich unberührt lassen wollen.²⁰² Nach den Gesetzesmaterialien sollte die Fristsetzung im Übrigen auch nicht zu einer Hürde werden, an der der Gläubiger aus formalen Gründen scheitere.²⁰³ Für eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 BGB genügt es deshalb, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung steht.

11.9 Feststellungsklage zu unwirksamer Klausel

Für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage ist über das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis hinausgehendes Feststellungsinteresse auf Seiten des Klägers erforderlich. Hierfür reicht ein allgemeines Klärungsinteresse nicht aus.²⁰⁴ Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist nur gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.²⁰⁵

Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Mieter nach außergerichtlicher Aufforderung, zu der der Vermieter schweigt, im Zusammenhang mit der Beendigung des Mietvertrages die Feststellung der Unwirksamkeit einer Renovierungsklausel begehrt.²⁰⁶ Denn nachdem der Kläger das Mietverhältnis gekündigt hatte und sein Auszug aus der Wohnung bevorstand, hatte er ein

²⁰⁰ RGZ 120, 355, 362; Palandt/*Heinrichs*, 68. Aufl., § 186 BGB Rz. 3; Erman/*Palm*, 12. Aufl., vor § 186 BGB Rz. 1; Bamberger/*Roth/Heinrich*, 2. Aufl., § 186 BGB Rz. 2; *Kesseler* in Prütting/*Wegen/Weinreich*, BGB, 4. Aufl., § 186 BGB Rdnr. 3.

²⁰¹ BGH v. 21.6.1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, unter II 1 a m.w.N.

²⁰² BT-Drs. 14/6040, S. 138.

²⁰³ BT-Drs. 14/6040, S. 185.

²⁰⁴ Zöller/*Greger*, 28. Aufl., § 256 ZPO Rz. 7.

²⁰⁵ st.Rspr.; BGHZ 69, 144, 147; BGH v. 7.2.1986 - V ZR 201/84, NJW 1986, 2507, unter II 1; BGH v. 16.9.2008 - VI ZR 244/07, NJW 2009, 751, Tz. 13.

²⁰⁶ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 351/08, WuM 2010, 143 = GE 2010, 341 = NZM 2010, 237.

berechtigtes Interesse an alsbaldiger Klärung der Frage, ob er zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet ist. Denn er musste sich vor Beendigung des Mietverhältnisses entscheiden, ob er aufgrund der Vertragsklauseln die Schönheitsreparaturen selbst durchführt. Es ist dem Mieter insoweit nicht zuzumuten, es darauf ankommen zu lassen, ob der beklagte Vermieter ihn nach seinem Auszug auf Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen in Anspruch nimmt. Denn die vom Vermieter ersatzweise veranlasste Durchführung von Schönheitsreparaturen wird für den Mieter erfahrungsgemäß teurer als die Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter selbst.

Dem Feststellungsinteresse steht nicht entgegen, dass sich der Beklagte gegenüber dem Kläger eines Anspruchs auf Durchführung von Schönheitsreparaturen nicht ausdrücklich "berühmt" hat. Zwar entsteht bei einer negativen Feststellungsklage das erforderliche Feststellungsinteresse regelmäßig aus einer vom Beklagten aufgestellten Bestandsbehauptung ("Berühmung") der vom Kläger verneinten Rechtslage.²⁰⁷ Dies setzt jedoch eine ausdrückliche Berühmung seitens des Beklagten nicht in jedem Fall voraus; ein Feststellungsinteresse kann vielmehr bereits dann gegeben sein, wenn der Kläger befürchten muss, dass ihm der Beklagte aufgrund seines vermeintlichen Rechts ernstliche Hindernisse entgegensetzen wird.²⁰⁸ Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Beklagte mit einer nach Treu und Glauben zu erwartenden eindeutigen Erklärung zurückhält.²⁰⁹ Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn der Beklagte sich auf die Aufforderung der Kläger nicht dazu erklärt hat, ob er von den Klägern die Durchführung von Schönheitsreparaturen verlangen will. Eine solche Erklärung durften die Kläger nach Treu und Glauben erwarten, weil der vom Beklagten verwendete Formularmietvertrag möglicherweise unwirksame Klauseln über die Verpflichtung der Kläger zur Vornahme von Schönheitsreparaturen enthielt und die Kläger, wie ausgeführt, vor Beendigung des Mietverhältnisses Dispositionen treffen mussten, wenn sie die Schönheitsreparaturen bei etwa bestehender Verpflichtung selbst durchführen wollten. Sie hatten deshalb ein berechtigtes Interesse daran, die Frage ihrer Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen vor ihrem Auszug zu klären und dementsprechend vom Beklagten zu erfahren, ob er sie in Anspruch nehmen will.

12 Modernisierung

12.1 Installation einer Photovoltaik-Anlage

Ob die Installation einer Photovoltaik-Anlage eine Modernisierung i.S.v. § 554 Abs. 2 BGB darstellt ist umstritten. Die Gegner führen an, dass durch den Einbau einer solchen Anlage keine Energie beim Mieter eingespart werde.²¹⁰

Das OLG Bamberg hat eine Duldungspflicht des Mieters nach § 554 Abs. 2 BGB für die Installation einer Photovoltaikanlage verneint.²¹¹ Zwar würden alle Maßnahmen, die Energie einsparen könnten, als duldungspflichtige Modernisierung gelte. Hierunter falle jedoch nicht die Montage

²⁰⁷ st. Rspr.; BGHZ 91, 37, 41; BGH v. 22.3.1995 - XII ZR 20/94, NJW 1995, 2032, unter 3 a; BGH v. 16.9.2008 - VI ZR 244/07, NJW 2009, 751, Tz. 14.

²⁰⁸ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 351/08, GE 2010, 341.

²⁰⁹ BGH v. 16.9.2008 - VI ZR 244/07, NJW 2009, 751 m.w.N.

²¹⁰ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB, Rz. 145; a.A. Lützenkirchen/Löffelad, Neue Mietrechtspraxis, Rz. 302; Warnecke, jurisPR-MietR 26/2008 Anm. 3.

²¹¹ OLG Bamberg v. 30.7.2009 - 3 U 23/09, GuT 2009, 299.

einer Photovoltaik-Anlage. Photovoltaik-Anlagen seien technische Einrichtungen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gem. § 3 Abs. 2 EEG. Sie würden aus Kostengründen regelmäßig an das allgemeine Stromnetz angeschlossen (§ 4 Abs. 1 EEG), um dort den gewonnenen Strom einzuleiten und von dem dafür erzielten Garantiepries (§ 11 EEG) zu profitieren. Die Versorgung der Verbraucher erfolge dagegen über das allgemeine Stromnetz. Bei dem Mieter werde daher keine Energie eingespart und der Gewinn aus dem verkauften Strom komme dem Vermieter als Anlagebetreiber zugute. Das vom Gesetzgeber normierte Modernisierungsziel „Energieeinsparung“ i.S.d. §§ 554 Abs. 2, 559 BGB wende sich aber nicht an den Energieerzeuger, sondern an die Verbraucher. 53

Diese Sichtweise ist verfehlt und hätte im Hinblick auf die Entscheidung des BGH vom 24.9.2008²¹² die Zulassung der Revision erfordert. Denn darin hat der BGH klar zum Ausdruck gebracht, dass es auf die Einsparung an sich und nicht für den konkreten Mieter ankommt.

12.2 Anspruch auf Erklärung vor Ablauf der Ankündigungsfrist

Nach § 554 Abs. 3 BGB muss der Vermieter die Modernisierung drei Monate vor Beginn ankündigen. Fraglich ist, ob er den Mieter mit der Ankündigung auffordern kann, innerhalb einer kürzeren Frist (z.B. 14 Tage) zu erklären, ob er die Maßnahme duldet. Auch wenn dies nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, stellt sich die Frage unter dem Gesichtspunkt des § 93 ZPO, weil der Mieter bei Ignoranz der Aufforderung Veranlassung zur Klage gegeben haben könnte.²¹³

Bittet der Vermieter den Mieter in der Ankündigung i.S.v. § 554 Abs. 3 BGB, ihm innerhalb einer Frist von zwei Wochen schriftlich mitzuteilen, dass er den geplanten Maßnahmen zustimmt und hat er zugleich angekündigt, dass er sich gezwungen sieht, Klage auf Duldung gegen den Mieter zu erheben, sofern er innerhalb der vorgegebenen Frist negative oder gar keine Nachricht erhalten sollte, hat er die Kosten einer Duldungsklage zu tragen.²¹⁴ Der Mieter, der gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB zwar nicht zur Zustimmung, sondern nur zur Duldung verpflichtet ist, wäre nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verpflichtet gewesen, auf das Schreiben des Vermieters zu reagieren.

12.3 Aufwendungsersatz für Zwischenumzug

Legt der Vermieter zwei Wohnung zusammen, so dass die Wohnung des Mieters wegfällt, liegt keine Modernisierungsmaßnahme vor. Verpflichtet sich der Mieter aber, die Maßnahme gleichwohl zu dulden, weil er mit dem Vermieter einen Zwischenumzug vereinbart hat, wonach er nach Fertigstellung der Maßnahme in eine andere Wohnung im Objekt ziehen soll, stellt sich die Frage, ob er nach § 554 Abs. 4 BGB die Kosten des Zwischenumzugs ersetzt verlangen kann.

Nach Auffassung des BGH kann es offenbleiben, ob eine Duldungspflicht des Mieters aufgrund der gesetzlichen Regelung (§ 554 Abs. 2 BGB) bestand.²¹⁵ Denn wenn der Mieter nicht schon

²¹² BGH v. 24.9.2008 – VIII ZR 275/07, WuM 2008, 667 = NZM 2008, 883.

²¹³ LG Berlin, GE 1997, 621; Blank/Börstinghaus, Miete 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 64; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB Rz. 305 m.w.N.

²¹⁴ KG v- 16.7.2009 – 8 U 77/09, GE 2009, 1533 = ZMR 2010, 180 = NZM 2010, 203.

²¹⁵ BGH v. 22.6.2010 – VIII ZR 192/09, GE 2010, 1195 = WuM 2010, 565.

kraft Gesetzes zur Duldung auch derjenigen Modernisierungsmaßnahmen, die zum Wegfall seiner Wohnung führen sollten, verpflichtet gewesen wäre, hätte er sich jedenfalls im Rahmen der Vereinbarung auf Bitten des Vermieters mit der Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen einverstanden erklärt und hierdurch eine Duldungspflicht begründet. Unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 554 Abs. 4 BGB begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, wenn auch dem Mieter, der sich mit einer über die gesetzlichen Grenzen der Duldungspflicht hinausgehenden Modernisierungsmaßnahme einverstanden erklärt hat und damit den Interessen des Vermieters in besonderem Maße entgegengekommen ist, einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zuzubilligen²¹⁶ und ihn damit nicht schlechter behandelt hat als einen Mieter, der sich auf die Einhaltung der Grenzen des § 554 Abs. 1, 2 BGB beruft. Insoweit kann auch nicht von einer Beendigung des Mietverhältnisses ausgegangen werden. Ausgangspunkt für diesen Einwand ist die ganz überwiegend vertretene Auffassung, dass in den Fällen, in denen der Mieter kündige oder endgültig aus der Wohnung ausziehe, um den mit einer Modernisierung verbundenen Belästigungen zu entgehen, die mit dem Umzug in eine andere Wohnung verbundenen Kosten - anders als wenn der Mieter nur für die Dauer der Maßnahmen in eine Ersatzwohnung ziehe - nicht als Aufwendungen i.S.d. § 554 Abs. 4 BGB zu bewerten seien und daher dem Mieter insoweit kein Aufwendungsersatzanspruch zustehe.²¹⁷ Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Abgrenzung zwischen einer Vertragsänderung - die auch die Hauptleistungspflichten, z.B. in Form eines Austauschs des Mietobjekts betreffen kann²¹⁸ - und einer Novation durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien im Einzelfall gewollt haben. Wegen der einschneidenden Rechtsfolgen einer Novation ist bei deren Annahme Vorsicht geboten und deshalb im Zweifel von einer bloßen Vertragsänderung auszugehen.²¹⁹ Für die Annahme einer Novation muss ein dahingehender Vertragswille deutlich erkennbar zum Ausdruck kommen und darf den Parteien nicht unterstellt werden. Davon kann hier nicht ausgegangen werden.

13 Gewährleistung

13.1 Anforderungen an den Schallschutz

Ein Mangel einer Mietwohnung, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache vom vertraglich geschuldeten Zustand. Maßstab für diese Beurteilung sind in erster Linie die Vereinbarungen der Mietvertragsparteien.²²⁰ Fehlt es an Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache, schuldet der Vermieter eine Beschaffenheit, die sich für den vereinbarten Nutzungszweck (z.B. die Nutzung als Wohnung) eignet und die der Mieter nach der Art der Mietsache erwarten kann. Der Mieter einer Wohnung kann nach der allgemeinen Verkehrsanschauung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard

²¹⁶ ebenso Soergel/*Heintzmann*, BGB, 13. Aufl., § 554 BGB Rz. 29.

²¹⁷ Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 55; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, *Mietrecht*, 9. Aufl., § 554 BGB Rz. 330; Staudinger/*Emmerich*, (2006), § 554 BGB Rz. 57; *Beddies*, ZMR 2004, 436; a.A. AG Dresden, ZMR 2004, 435.

²¹⁸ BGH v. 26.2.1992 - XII ZR 129/90, NJW 1992, 2283, unter II 3; Palandt/*Grüneberg*, , 69. Aufl., § 311 BGB Rz. 3.

²¹⁹ BGH v. 14.11.1985 - III ZR 80/84, NJW 1986, 1490, unter I 3 a; BGH v. 30.9.1999 - IX ZR 287/98, NJW 1999, 3708, unter I 1; BGH v. 1.10.2002 - IX ZR 443/00, NJW 2003, 59, unter I 3 a.

²²⁰ BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009, 659, Tz. 11; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441, Tz. 9; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218, unter II 1.

aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist. Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen.²²¹ Gibt es zu bestimmten Anforderungen an den Wohnstandard technische Normen, ist (jedenfalls) deren Einhaltung vom Vermieter geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.

Dabei ist zu beachten, dass DIN-Normen keine Rechtsnormen sind, sondern nur private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter.²²² DIN-Normen können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben, aber auch hinter diesen zurückbleiben.²²³ Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst stellen die Summe der im Bauwesen anerkannten wissenschaftlichen, technischen und handwerklichen Erfahrungen dar, die durchweg bekannt und als richtig und notwendig anerkannt sind.²²⁴ Die Anforderungen an den Schallschutz unterliegen einer dynamischen Veränderung. So bleiben die DIN-Normen oftmals hinter der technischen Entwicklung und den wissenschaftlichen Erkenntnissen, die sich in ständigem Fluss befinden, zurück.²²⁵ Zudem stellt die DIN 4109 nach ihrer Zweckbestimmung lediglich den Mindeststandard an Schallschutz dar, durch den Menschen in Aufenthaltsräumen vor unzumutbaren Belästigungen durch Schallübertragung geschützt werden sollen.

Vor diesem Hintergrund hat der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, dass für eine im Jahr 1997 fertig gestellte Doppelhaushälfte der hierfür geltende Teil der Normen der DIN 4109 nach dem Stand von 1989 nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht, soweit durch die vereinbarte Bauweise bei einwandfreier, ihrerseits den anerkannten Regeln der Technik entsprechender Bauausführung höhere Schallschutzwerte erreicht werden, als sie sich aus den Anforderungen der DIN 4109 ergeben.²²⁶ Welcher Schallschutz geschuldet ist, ist danach in erster Linie durch Auslegung des Bauvertrags zu ermitteln. Ergibt die Gesamtabwägung aller Umstände, dass der Erwerber aufgrund der Baubeschreibung erwarten kann, dass der Bauunternehmer den Schallschutz nach den zur Zeit der Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik herstellt, ändert sich daran nichts, wenn im Vertrag zusätzlich ein Hinweis auf die Schalldämmung nach der DIN 4109 erfolgt. Ein solcher Verweis ist dann redlicherweise lediglich dahin zu verstehen, dass ein entsprechender Schallschutz nur versprochen wird, soweit die DIN 4109 anerkannte Regel der Technik ist.²²⁷

Diese für das Bauvertragsrecht entwickelten Grundsätze lassen sich nicht auf das Wohnraummietrecht übertragen.²²⁸ Es gibt hier - anders als beim Bauvertrag - regelmäßig schon keine Parteivereinbarung über die Bauweise des Mietobjekts. Insbesondere liegt dem Mietverhältnis in aller Regel keine Baubeschreibung oder vergleichbare Beschaffenheitsvereinbarung zugrunde, aus der sich gegenüber dem Mindeststandard der DIN 4109 erhöhte Anforderungen an den

²²¹ BGH v. 23.9.2009, WuM 2009, 659, Tz. 11; BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, WuM 2004, 527, unter II A 1 b bb.

²²² BGHZ 139, 16, 19.

²²³ BGHZ 172, 346, Tz. 32.

²²⁴ *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rdnr. 1459 ff.

²²⁵ *Boldt*, NJW 2007, 2960, 2962.

²²⁶ BGHZ 172, 346, Tz. 29, 31, 32; vgl. auch BGHZ 181, 225, Tz. 12 ff.

²²⁷ BGHZ 181, 225, Tz. 14.

²²⁸ BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 85/09, NZM 2010, 618 = ZMR 2010, 942.

Schallschutz ergeben könnten. Im Mietverhältnis sind in erster Linie die konkreten Vereinbarungen der Parteien über die Sollbeschaffenheit der Wohnung maßgeblich, die vom Vermieter bei Übergabe einzuhalten und über die ganze Mietzeit aufrechtzuerhalten ist, und nicht die Einhaltung bestimmter technischer Normen bei Übergabe wie bei einem Bauwerk.²²⁹ Darüber hinaus hat der Vermieter - anders als der Bauunternehmer - während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses für Sachmängel Gewähr zu leisten (§§ 536 bis 536d BGB), ohne dass er in jedem Fall auf die tatsächliche bauliche Beschaffenheit Einfluss hat. Ohne entsprechende vertragliche Regelung hat der Mieter daher regelmäßig keinen Anspruch auf einen gegenüber den Grenzwerten der zur Zeit der Errichtung des Gebäudes geltenden DIN-Norm erhöhten Schallschutz.²³⁰

13.2 Schallbrücke nach Änderung des Bodenbelags

Fehlen ausdrückliche Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache, so ist jedenfalls die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei der Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.²³¹ Insoweit kann der Mieter nach der Rechtsprechung des BGH allerdings erwarten, dass Lärmenschutzmaßnahmen getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen genügen, wenn der Vermieter selbst bauliche Veränderungen vornimmt, die zu Lärmimmissionen führen können.²³² In dem damals entschiedenen Fall hatte das über der Wohnung des Mieters gelegene Dachgeschoss zunächst nur als Abstellraum gedient und wurde während der Mietzeit von dem Vermieter erstmals als Wohnung ausgebaut und genutzt.

Mit dieser Konstellation ist eine bloße Veränderung des Bodenbelags nicht vergleichbar.²³³ Solche Maßnahmen sind von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her dem erstmaligen Ausbau eines Dachgeschosses für eine Wohnnutzung nicht gleichzustellen. Denn bei diesen Leistungen, handelt es sich ausschließlich um solche Arbeiten, die aufgrund der Abnutzung des Fußbodens zum Zwecke der Instandhaltung der Wohnungsausstattung von Zeit zu Zeit erforderlich sind, ohne dass damit eine Veränderung oder Modernisierung des Gebäudes als solchem einhergeht. Der Mieter kann, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, auch nicht erwarten, dass Veränderungen des Fußbodenbelags in der Wohnung über ihm unterbleiben, wenn dadurch die schallschutztechnische Situation zwar verschlechtert wird, der Trittschallschutz aber auch nach der Veränderung den technischen Normen genügt, die bei Errichtung des Gebäudes galten und deren Einhaltung vom Vermieter geschuldet ist.

²²⁹ Rodegra, WuM 2009, 151, 154.

²³⁰ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218 unter II 1; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB, Rz. 28.

²³¹ BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, WuM 2004, 527, unter II A 1 b bb; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218, unter II 1.

²³² BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218.

²³³ BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441 = WuM 2009, 457 = NZM 2009, 580 = ZMR 2009, 836.

Die Frage, ob Schimmelpilze in Mieträumen die Gesundheit der Bewohner gefährden, lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern muss letztlich durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden.²³⁴

Dafür muss der Mieter Anknüpfungstatsachen vortragen,²³⁵ wie z.B. Art des Schimmels oder die Konzentration von Sporen in den einzelnen Räumen, auch der Art der Erkrankung des Mieters kann Rückschlüsse zulassen. Die im Prozess angeführte "übelriechende Luft" ist ebenfalls zu unkonkret.

13.4 Konkurrenzschutzverletzung als Mietmangel

Über die Frage, ob eine Konkurrenzschutzverletzung als Mietmangel anzusehen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur gestritten. Während sich in der jüngeren Zeit verschiedene Oberlandesgerichte für die Annahme eines Mietmangels ausgesprochen haben,²³⁶ vertreten ältere Gerichtsentscheidungen²³⁷ sowie aktuelle Stimmen aus der Literatur²³⁸ die gegenteilige Auffassung.²³⁹ Der BGH hat in einem Beschluss vom 09.08.2006²⁴⁰, in welchem es um die Höhe eines Gebührenstreitwertes ging, die angesprochene Rechtsfrage offen gelassen.

Nach Auffassung des OLG Dresden²⁴¹ sprechen die besseren Gründe dafür, bei Vorliegen einer vertragswidrigen Konkurrenzsituation ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht von einem Mangel i.S.v. § 536 BGB auszugehen. Ein Mangel i.S.v. § 536 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen vom vertraglich geschuldeten Zustand der Mietsache, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. Dabei ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffes zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache erforderlich, wohingegen Umstände, welche die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind.²⁴² Nach diesen Kriterien fällt die vertragswidrige Konkurrenzsituation nicht unter den Begriff des Mangels, weil sie nur zu einer mittelbaren Beeinträchtigung der Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch führt. Die angemieteten Räume oder deren Wert werden nicht unmittelbar beeinflusst, weil die Konkurrenzschutzpflicht nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vermieters gegenüber dem Mieter bewirkt. Gegen eine unmittelbare Einwirkung des Konkurrenzschutzverstößes auf die gemieteten Räume spricht

²³⁴ BGH, NZM 2007, 439, 441; Senat, NJOZ 2004, 2217, 2219.

²³⁵ KG v. 3.6.2010 – 12 U 164/09, GuT 2010, 225 = GE 2010, 1201.

²³⁶ vgl. OLG Düsseldorf v. 6.7.2001 - 24 U 174/00, NZM 2001, 1033; KG v. 25.1.2007 - 8 U 140/06, NZM 2007, 566; OLG Koblenz v. 15.12.2006 - 10 U 1013/05, NZM 2008, 405.

²³⁷ vgl. BGH v. 23.12.1953 - VI ZR 244/52, BB 1954, 177; OLG Frankfurt/M. v. 1.7.1985 - 4 U 167/84, EWiR 1985, 555.

²³⁸ Eckert in Wolf/Eckert/Ball, Hb des Gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 729 f.; Leo/Ghassemi-Tabar, NZM 2009, 337, 342 f.

²³⁹ differenzierend Hübner/Griesbach/Schreiber in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, Kap. 14 Rz. 176 f.: Mietmangel nur bei Verstoß gegen den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz, nicht aber bei Verstoß gegen den vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz.

²⁴⁰ BGH v. 9.8.2006 - XII ZR 165/05, NJW 2006, 3060.

²⁴¹ OLG Dresden v. 20.7.2010 – 5 U 1286/09, NZM 2010, 818.

²⁴² vgl. BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714; BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664.

auch, dass der Inhalt und Umfang des Anspruches auf Konkurrenzschutz stark mit **58**

der Person des Mieters verknüpft ist. So ist bei den identischen Räumen und dem gleichen Inhalt der Konkurrenzschutzklausel im Mietvertrag das Bestehen eines Konkurrenzschutzes davon abhängig, ob zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits ein Konkurrenz des Mieters im selben Objekt Räume gemietet hatte. Befand sich der Konkurrent bei Vertragsabschluss schon im Gebäude, kann ihn der Mieter mit der Konkurrenzschutzvereinbarung nicht abwehren, während ihm ein entsprechender Anspruch zusteht, wenn der Konkurrent zu einem späteren Zeitpunkt eingezogen ist. Die Auswirkungen des Konkurrenzschutzes auf die gemieteten Räume sind demnach mittelbar, nicht aber unmittelbar.

13.5 Flächenabweichung

13.5.1 stillschweigende Vereinbarung

Die Größe als Beschaffenheitsvereinbarung kann auch stillschweigend festgelegt werden.

Enthält der schriftliche Mietvertrag keine Angaben zur Wohnfläche, obwohl es dem Mieter nach eigenem Bekunden auf die Größe der Wohnfläche angekommen ist, kann das Schweigen des schriftlichen Mietvertrages zu diesem bedeutsamen Umstand nicht als gewichtiges Indiz dafür, dass sich der Vermieter hinsichtlich dieses Umstands gerade nicht habe binden wollen, gewertet werden.²⁴³ Vielmehr sind die dem Abschluss des Mietvertrages vorausgegangenen Geschehnisse ebenso wie der Umstand zu berücksichtigen, dass das für den Abschluss des schriftlichen Mietvertrages verwendete Formular Angaben zur Wohnungsgröße nicht vorsieht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass "die Parteien bei Abschluss des Mietvertrages ganz offensichtlich beide der Ansicht (waren), dass die Wohnung die in der näher bezeichneten Flächenberechnung genannte Fläche von 76,45 qm aufweist," wenn der Schluss naheliegt, dass beide Parteien die Frage der Wohnfläche als geklärt ansahen, nachdem dem Mieter hierzu im Vorfeld seitens des Vermieters und der von ihm beauftragten Maklerin konkrete Maße insbesondere durch die ihr überlassene Grundrisssskizze und die detaillierte Wohnflächenberechnung angegeben worden waren. Schließen die Parteien den schriftlichen Mietvertrag aber in der beiderseitigen, dem jeweiligen Vertragspartner erkennbaren Vorstellung, die Wohnung weise die zuvor angegebene Wohnfläche auf, so ist eine entsprechende Wohnflächengröße als konkludent vereinbart anzusehen, auch wenn der schriftliche Mietvertrag dazu schweigt. Zweifel daran könnten allenfalls dann bestehen, wenn der formularmäßige Vertragstext Angaben zur Wohnfläche vorsähe und die betreffende Textpassage gestrichen oder bewusst nicht ausgefüllt worden wäre.

13.5.2 Angabe einer ca.-Fläche

Die Angabe einer Wohnfläche von "ca. 100 m²" ist als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen, die bei einer Abweichung von mehr als 10 % zum Nachteil des Mieters einen zur Minderung berechtigenden Sachmangel (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB) der Mietsache darstellt.²⁴⁴ Die Erheblichkeitsgrenze von 10 % gilt auch dann, wenn der Mietvertrag zur Größe der Wohnung nur eine

²⁴³ BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 256/09, WuM 2010, 480 = NZM 2010, 614 = ZMR 2010, 938.

²⁴⁴ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, unter II 2 c; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230, unter II 1; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268, unter II; BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, WuM 2005, 712, unter II 2; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 12; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 138/06, NJW 2007, 2626, Tz. 13; BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421, Tz. 9; BGH v. 28.10.2009 - VIII ZR 164/08, NJW 2010, 292, Tz. 16; BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 39/09, WuM 2010, 150 = NZM 2010, 196 = ZMR 2010, 430 jeweils m.w.N.

"ca."-Angabe enthält.²⁴⁵ Der Zusatz "ca." lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hin-
genommen werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu
ziehen, wo die Unerheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 Abs. 1 Satz
3 BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei
10% anzusetzen; eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt.²⁴⁶

Dem relativierenden Zusatz "ca." kommt auch für die Bemessung der Minderungshöhe keine
Bedeutung zu.²⁴⁷ Ein Mangel liegt vor, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemä-
ßen Gebrauch entweder aufgehoben oder jedenfalls gemindert ist (§ 536 Abs. 1 Satz 1, Satz 2
BGB). Dies erfordert eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der
Mietsache vom vertraglich vor-ausgesetzten Zustand.²⁴⁸ Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in
erster Linie nach den Vereinbarungen der Mietvertragsparteien über die Beschaffenheit der
Mietsache. Bei einer Wohnflächenunterschreitung kommt dem relativierenden Zusatz "ca." kei-
ne eigenständige Bedeutung für die vereinbarte Sollbeschaffenheit zu. Denn ein zur Minderung
berechtigender Mangel der Mietsache ist allein schon dann anzunehmen, wenn die tatsächliche
Fläche von der im Mietvertrag angegebenen Quadratmeterzahl um mehr als 10 % nach unten
abweicht. Ist dies der Fall, so ist auch die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Ge-
brauch gemindert, ohne dass es auf einen Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung des Mie-
ters durch die Flächenabweichung ankommt. Die Bemessung des dem Mieter bei einer solchen
Flächenunterschreitung zustehenden Minderungsbetrages kann nicht nach hiervon abweichenden
Maßstäben erfolgen. Die Minderung soll die Herabsetzung der Gebrauchstauglichkeit aus-
gleichen (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sie ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äqui-
valenzprinzips. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwi-
schen den Leistungen des Vermieters - der Bereitstellung einer vertragsgemäßen Mietsache -
und der Leistung des Mieters - der Mietzahlung - bei einer Störung auf der Vermieterseite wie-
der hergestellt werden.²⁴⁹ Daraus folgt, dass die Höhe des Minderungsbetrags dem Umfang der
Mangelhaftigkeit zu entsprechen hat. Die Mangelhaftigkeit liegt aber schon darin, dass die
Wohnfläche mehr als 10 % von der vereinbarten Quadratmeterzahl abweicht. Ist somit für die
den Mangel begründende Minderung der Gebrauchstauglichkeit ungeachtet des "ca."-Zusatzes
die im Mietvertrag vereinbarte Quadratmeterzahl maßgeblich, so kann für die Berechnung der
diesem Mangel entsprechenden Mietminderung nicht mit Rücksicht auf den "ca."-Zusatz von
einer abweichenden - kleineren - Sollgröße der Wohnung ausgegangen werden.

13.5.3 Formularmäßige Unverbindlichkeit einer Größenangabe

Ein Mieter mindert die Miete und verweigert den Ausgleich einer Betriebskostennachforderung,
weil seine Wohnung anstatt der im Mietvertrag angegebenen 54,78 m² nur eine Wohnfläche
von 42,98 m² aufweist. In § 1 seines Formularmietvertrages steht u.a.:

²⁴⁵ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268; BGH v. 22.4. 2009 - VIII ZR 86/08, WuM 2009, 344, Tz. 14;
BGH v. 8.7. 2009 - VIII ZR 218/08, NJW 2009, 2880, Tz. 17.

²⁴⁶ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268.

²⁴⁷ BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, WuM 2010, 240 = GE 2010, 613 = NZM 2010, 313 = ZMR 2010, 522.

²⁴⁸ vgl. BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441, Tz. 9; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009,
659, Tz. 11 m.w.N; BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, Tz. 19.

²⁴⁹ BGHZ 163, 1, 6; BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773, unter II 1 b.

"Vermietet werden [...] folgende Räume: Die Wohnung im Dachgeschoss rechts bestehend aus 2 Zimmer, 1 Küche, Bad, Diele zur Benutzung als Wohnraum, deren Größe ca. 54,78 m² beträgt. Diese Angabe dient wegen möglicher Messfehler nicht zur Festlegung des Mietgegenstandes. Der räumliche Umfang der gemieteten Sache ergibt sich vielmehr aus der Anzahl der vermieteten Räume."

60

§ 6 des Mietvertrages sieht u.a. vor, dass die Betriebskosten, soweit nicht eine Verteilung nach Verbrauch erfolgt, nach der "Wohnfläche von 54,78 m²" berechnet werden.

Nach Auffassung des BGH ist die Flächenangabe jedenfalls für die Mietberechnung unverbindlich.²⁵⁰ Allgemeine Geschäftsbedingungen seien nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind.²⁵¹ Bei objektiver Auslegung des Mietvertrages folge bereits aus der Würdigung des Gesamtinhalts des § 1 des Mietvertrages, dass die darin genannte Größe der Wohnung nicht als Beschaffenheit der Mietsache vereinbart werden sollte. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass in den der Quadratmeterangabe unmittelbar nachfolgenden beiden Sätzen deutlich gemacht wird, dass die Quadratmeterangabe nicht zur Festlegung des Mietgegenstands dient, der räumliche Umfang der gemieteten Sache sich vielmehr aus der Anzahl der gemieteten Räume ergibt. Folgerichtig sei nur die Betriebskostennachforderung entsprechend der Minderungsquote zu kürzen.

Natürlich ist der objektive Inhalt der Klausel in § 1 eindeutig. Spätestens aber in Verbindung mit § 6 ergibt sich ein Widerspruch, der nach § 305c Abs. 2 BGB relevant ist. Denn die Betriebskosten sind auch Miete i.S.v. § 535 Abs. 2 BGB. Damit wird deutlich, dass die Größenangabe bei der Bemessung der Gegenleistung für den „unverbindlichen“ Mietgegenstand doch eine Rolle spielt.

13.5.4 Berechnung der Wohnfläche

Die Abweichung der tatsächlich vorhandenen von der vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10% stellt einen erheblichen Mangel der Mietsache dar, die den Mieter zu einer entsprechenden Mietminderung berechtigt.²⁵² Dabei ist der Begriff "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen. Dementsprechend ist die Wohnfläche für Mietverhältnisse aus der Zeit vor dem 1.1.2004 aufgrund der bis zum 31.12.2003 anwendbaren §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV), für Mietverhältnisse jüngerer Datums nach der ab dem 1.1.2004 geltenden Wohnflächenverordnung (WoFIV) zu ermitteln.²⁵³ Das gilt nur dann nicht, wenn die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung

²⁵⁰ BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, WuM 2011, 11.

²⁵¹ BGH v. 9.6.2010 - VIII ZR 294/09, WuM 2010, 476 Rz. 12; BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293 Rz. 11; BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915 Rz. 16 m.w.N.; BGH v. 12.10.2007 - V ZR 283/06, NJW-RR 2008, 251 Rz. 8

²⁵² BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, WuM 2004, 336 = NZM 2004, 453.

²⁵³ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230.

beigemessen haben oder wenn ein anderer Berechnungsmodus vereinbart oder 61
ortsüblich ist oder nach der Art der Wohnung näher liegt.

13.5.4.1 Fachwerkhaus

Haben die Parteien ausdrücklich geregelt, dass die Wohnfläche nach den §§ 42 ff. II.BV ermittelt werden soll, kann ein Gericht diese Vereinbarung nicht als unverbindlich ansehen, weil Objekte der konkreten Art (Fachwerkhaus) regelmäßig schon wegen der fehlenden Deckenhöhe anders bewertet werden.²⁵⁴ Vielmehr sind die Regeln der § 42 ff. II.BV dahin anzuwenden, dass bei mangelnder Deckenhöhe die Fläche unberücksichtigt bleibt.

13.5.4.2 Festlegung durch den Vermieter

Die "allgemeinen Regeln" des § 44 Abs. 2 II.BV, des § 4 Nr. 4 WoFIV und der DIN 283 sehen für die Anrechnung von Außenflächen (Balkonen, Loggien und Dachterrassen) unterschiedliche Anrechnungsquoten vor. Während die DIN 283 eine starre Anrechnung zu $\frac{1}{4}$ vorschreibt, lässt § 44 Abs. 2 II. BV eine Anrechnung bis zur Hälfte zu. Nach § 4 Nr. 4 WoFIV sind solche Flächen höchstens zur Hälfte, in der Regel aber mit $\frac{1}{4}$ anzurechnen.

Nach Auffassung der BGH ist es nicht gerechtfertigt, nach § 44 Abs. 2 II. BV die Anrechnungsquote mit $\frac{1}{4}$ anzusetzen, wenn der Vermieter den Mieter nicht bei Vertragsabschluss nicht darauf hingewiesen habe, dass er Außenflächen mit einem "überdurchschnittlich hohen" Prozentsatz von mehr als 25 % angesetzt habe.²⁵⁵ Einen Mittel- oder Regelwert der Anrechnung von $\frac{1}{4}$ nennt § 44 Abs. 2 II. BV – anders als § 4 Abs. 4 WoFIV – nicht. Die Bestimmung überlässt es vielmehr dem Bauherrn, die für ihn unter dem Gesichtspunkt der Wohnungsbauförderung günstigste Anrechnungsquote bis zur Hälfte zu wählen. Dieser dem Bauherrn vom Gesetz bewusst eingeräumte Spielraum kann bei der Ermittlung der Wohnfläche nach dem Maßstab des § 44 Abs. 2 II. BV auch dann nicht unberücksichtigt bleiben, wenn es um die Frage einer möglichen Wohnflächenabweichung als Mangel der Mietsache geht. Denn dies hätte zur Folge, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist. Ein solches Ergebnis erscheint nicht hinnehmbar. Die Anrechnung der Dachterrassenflächen auf die Gesamtwohnfläche der Mietwohnung der Beklagten ist allerdings dann auf $\frac{1}{4}$ begrenzt, wenn es zutrifft, dass die Anrechnung zu $\frac{1}{4}$ am Ort der Wohnung der ortsüblichen Verkehrssitte entspricht.

13.5.4.3 Freisitz

Der in § 44 Abs. 2 II.BV erwähnte Freisitz liegt vor bei einer unmittelbar an den Wohnraum angrenzenden Fläche.²⁵⁶

²⁵⁴ BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 218/08, GE 2009, 1118 = ZMR 2009, 838.

²⁵⁵ BGH v. 22.4.2009 - VIII ZR 86/08, WuM 2009, 344.

²⁵⁶ BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 218/08, WuM 2009, 514 = GE 2009, 1118 = ZMR 2009, 838 BGH v. 28.10.2009 – VIII ZR 164/08, WuM 2009, 732 = GE 2010, 54 = DWW 2010, 18 NZM 2010, 36.

Auch bei einer vermieteten Doppelhaushälfte ist die Wohnfläche grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen der II. BV zu ermitteln ist.²⁵⁷ Soweit nicht die Parteien dem Begriff "Wohnfläche" eine andere Bedeutung beigemessen haben oder ein anderer Berechnungsmodus ortsüblich oder nach der Art der Wohnung nahe liegender ist, ist davon auszugehen, dass sich die Parteien stillschweigend darauf geeinigt haben, dass die Vorschriften der Wohnflächenverordnung beziehungsweise der §§ 42 bis 44 II. BV anzuwenden sind.²⁵⁸ Bei Mietverträgen, die - wie hier - vor Inkrafttreten der Wohnflächenverordnung abgeschlossen worden seien, sei dabei auf die Vorschriften der Zweiten Berechnungsverordnung abzustellen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Auffassung nicht vertreten, bei einer Doppelhaushälfte sei - anders als bei einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus - wegen der zusätzlich zur Nutzung vermieteten Garten-Grundstücksfläche ein Mangel erst dann gegeben, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 15 % unter der vertraglich vereinbarten Wohnfläche liege.²⁵⁹ Die Erheblichkeitsgrenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10 % anzusetzen.²⁶⁰ Eine zusätzliche Toleranzschwelle liefe diesem Interesse zuwider und sei auch bei einem vermieteten Einfamilienhaus sachlich nicht gerechtfertigt. Die Wohnfläche stelle ein wesentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Wohnung dar. So werde bereits bei der Inserierung in aller Regel die Wohnungsgröße der angebotenen Wohnung angegeben, um Interessenten eine Vergleichbarkeit verschiedener Wohnungen zu erleichtern und um die Miete pro Quadratmeter errechnen zu können. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um Mietraum einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus oder in einem Einfamilienhaus wie etwa einer Doppelhaushälfte mit Gartenfläche handele.

13.5.4.5 *Maisonette-Wohnung mit Galerie*

Steht fest (z.B. durch ausdrückliche Bezeichnung oder durch Vorlage von Grundrissplänen, in denen die Flächengrößen der einzelnen Räume angegeben sind, vor Abschluss des Mietvertrages), dass die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche auch das Galeriegeschoss einer Maisonettewohnung einschließt, kommt dem Umstand, dass die Räume des Galeriegeschosses nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (z.B. Hessische Landesbauordnung) nicht zur Wohnfläche zu rechnen sind, weil sie zu weniger als der Hälfte der Grundfläche eine lichte Höhe von über 2,20 m aufweisen und deshalb nicht als Aufenthaltsräume gelten, keine Bedeutung zu.²⁶¹ Denn die Flächen von Räumen, die nach dem Vertrag zu Wohnzwecken vermietet sind, sind bei der Wohnflächenermittlung unabhängig davon mit einzurechnen, ob sie wegen öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen bei einer Flächenberechnung nach den Bestimmungen der II. BV als Wohnraum anzurechnen sind.²⁶² Für die Frage einer Wohnflächen-

²⁵⁷ BGH v. 28.10.2009 - VIII ZR 164/08, WuM 2009, 732.

²⁵⁸ BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 13, 17; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 1947, unter II 1 b aa.

²⁵⁹ BGH v. 28.10.2009 - VIII ZR 164/08, WuM 2009, 732.

²⁶⁰ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 1947, unter II.

²⁶¹ BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 39/09, WuM 2010, 150 = GE 2010, 336 = NZM 2010, 196 = ZMR 2010, 430.

²⁶² BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, GE 2009, 1425 = NZM 2009, 814 = NJW 2009, 3421 = ZMR 2010, 101.

berechnung nach den im vorliegenden Fall anzuwendenden Bestimmungen der Wohnflächenverordnung kann nichts anderes gelten. 63

13.5.4.6 Auslegung des Begriffs „Mietraumfläche“

Ein Mietvertrag über eine Dachgeschosswohnung enthielt die Angabe:

Die Mietraumfläche beträgt ca. 61,5 m²."

Das Berufungsgericht hatte die § 42 ff. II. BV nicht angewendet, weil es den Begriff der Mietraumfläche als Hinweis auf die Berechnung der Grundfläche verstand.

Nach Auffassung des BGH könne nicht angenommen werden, dass der Begriff "Mietraumfläche" im vorliegenden Fall dahin auszulegen sei, dass die Parteien darunter nicht die Wohnfläche im Sinne der §§ 42 bis 44 II. BV verstanden haben.²⁶³ Der Vermieter habe ein Mietvertragsformular nach dem sog. "Sigel-Einheitsmietvertrag" verwendet, dessen Auslegung den rechtlichen Anforderungen unterliegt, die für Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten. Allgemeine Geschäftsbedingungen seien nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind.²⁶⁴ Für den Begriff "Mietraumfläche" existiere kein allgemeiner und eindeutiger Sprachgebrauch.²⁶⁵ Es könne daher nicht ohne weiteres angenommen werden, ein durchschnittlicher Mieter verstehe unter dem Begriff die Grundfläche der vermieteten Wohnräume. Denn wenn Räume als Wohnräume vermietet würden, liege es nahe oder komme zumindest in Betracht, dass der Mieter davon ausgehe, dass die Flächenangabe diesem Charakter Rechnung trage und entsprechende Maßangaben die Wohnfläche bezeichnen. Sei somit ein eindeutiges Verständnis des Begriffs "Mietraumfläche" nicht festzustellen, sei nach der Regel des § 305c Abs. 2 BGB im Zweifel die für den Verwendungsgegner günstigste Auslegung vorzuziehen. Für den Mieter sei es günstiger, unter dem Begriff "Mietraumfläche" die Wohnfläche zu verstehen, da diese wegen der Dachschrägen kleiner ist als die Grundfläche der Wohnung.

13.5.5 Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen

Unabhängig davon, welche Berechnungsmethode anzuwenden ist, kann es zweifelhaft sein, ob Räume, die wegen Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften eigentlich nicht zum Wohnen geeignet sind, bei der Berechnung der Wohnfläche berücksichtigt werden können bzw. ob allein auf deren „Wegfall“ aus der Berechnung das Minderungsrecht bei mehr als 10%-iger Abweichung hergeleitet werden kann. Eine öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung kommt z.B. bei (ohne Genehmigung) zum Wohnen ausgebauten Dach- oder Kellerräumen in Betracht.

Nach Auffassung des BGH²⁶⁶ scheidet eine Mietminderung wegen einer zu geringen Wohnfläche aus. Die auf die ausgebauten Räume im Dach- oder Kellergeschoss entfallende Fläche sei bei der Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche zu berücksichtigen, insbesondere wenn darüber bei

²⁶³ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 244/08, WuM 2010, 27 = NZM 2010, 80.

²⁶⁴ st. Rspr.: BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915, Tz. 16 m.w.N.

²⁶⁵ vgl. auch *Langenberg*, NZM 2009, 76, 77; *Schlimme*, jurisPR-MietR 3/2009 Anm. 3, un-ter C.

²⁶⁶ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, GE 2009, 1425 = NZM 2009, 814 = NJW 2009, 3421.

Abschluss des Vertrages ausdrücklich gesprochen worden sei.²⁶⁷ Die Auslegung des Mietvertrages ergebe, dass die Räume im Dachgeschoss zu Wohnzwecken, also als Wohnraum vermietet worden seien. Etwaige öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen würden erst zur Minderung berechtigen, wenn die Nutzbarkeit der Räume infolge des Einschreitens der zuständigen Behörden eingeschränkt werde.²⁶⁸

13.5.6 Berechnung der Minderung nach der Bruttomiete

Der Minderung ist auch bei einer Flächenabweichung die Bruttomiete zugrunde zu legen, da als Gegenleistung für die vom Vermieter geschuldete Gesamtleistung sämtliche vom Mieter zu erbringenden Leistungsentgelte (Nettomiete und Nebenkostenpauschale oder Vorauszahlungen auf die Nebenkosten) anzusehen und daher von der Minderung betroffen sind.²⁶⁹

Dabei sind der Berechnung der geminderten Miete nicht die höheren Quadratmetermieten zu Grunde zu legen, die der Mietspiegel für entsprechend kleinere Wohnungen ausweist.²⁷⁰ Eine dahin gehende ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht, weil bereits das dispositive Recht eine etwa bestehende vertragliche Regelungslücke schließt. Bei Sachmängeln erfolgt der Lückenschluss durch die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen.²⁷¹ Mit einer zusätzlichen Vertragsanpassung würde nicht nur die gesetzliche Regelung über die Gewährleistung mindestens teilweise beiseitegeschoben, sondern dadurch würde auch, insbesondere bei einer solchen Vertragsanpassung zu Gunsten des Vermieters, die gesetzliche Risikoverteilung unterlaufen, die das Mängelrisiko grundsätzlich dem Vermieter zuweist. Das Gesetz gesteht bei Mängeln der Mietsache allein dem Mieter bestimmte Rechte zu.

13.5.7 Berechnung der Fläche bei Gewerberaum

Für die Berechnung der Fläche von Gewerberaum stehen mehrere Methoden zur Verfügung (z.B. DIN 277, Grundsätze nach gif, Frankfurter Aufmaß). Deshalb kommt es hier darauf an, ob die Parteien dazu eine Festlegung getroffen haben.

Ist das nicht der Fall, sind die Flächen der Räume zu bewerten, die in der Beschreibung des Mietobjektes genannt sind oder von einer Grundrisszeichnung erfasst werden.²⁷² Damit kommen u.U. auch Flächen zur Anrechnung, die vom Mieter nicht alleine genutzt werden.

13.5.8 Falsche Bezeichnung der Berechnungsmethode

In der Gewerberaummieta müssen die Parteien den Berechnungsmaßstab vereinbaren, da es keine allgemeingültige Methode gibt. Häufig wird auf die DIN 277-1 verwiesen und z.B. die „Nettogrundfläche“ vereinbart. Hierbei sollen die Flächen unter nicht tragenden Innenwänden nicht berücksichtigt werden, was sich aus dem Wortlaut der DIN selbst allerdings nicht ohne weiteres ergibt.²⁷³

²⁶⁷ BGH v. 29.9.2009 – VIII ZR 242/08, GE 2009, 1487 = ZMR 2010, 273.

²⁶⁸ Vgl. dazu BGH v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06, GuT 2007, 434 = GE 2008, 120 m.w.N.

²⁶⁹ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773, unter II 1 b; vgl. BGHZ 163, 1, 6 ff.

²⁷⁰ BGH v. 23.6.2010 – VIII ZR 256/09, WuM 2010, 480 = ZMR 2010, 938.

²⁷¹ vgl. BGHZ 98, 100, 103; 146, 250, 261; BGH 21.2.2008 – III ZR 200/07, NZM 2008, 462, Tz. 11 m.w.N.

²⁷² KG v. 5.2.2009 – 12 U 122/07, GE 2009, 516.

²⁷³ vgl. hierzu bspw. OLG Düsseldorf v. 13.1.1994 – 10 U 62/93 – WE 1995, 373.

Nach den Erläuterungen des Deutschen Instituts für Normung e.V. handelt es sich bei der Nettogrundfläche (NGF) der DIN 277 - 1 um "die Summe der Grundflächen aller Grundrißebenen eines Bauwerks ohne die Konstruktionsflächen", wobei die Nettogrundfläche weiter unterteilt ist in Nutzfläche, Technische Funktionsfläche und Verkehrsfläche. Die Konstruktionsfläche wiederum bildet "die Summe der Grundflächen der aufgehenden Bauteile aller Grundrißebenen eines Bauwerkes von" u.a. Wänden, raumhohen Vormauerungen und Bekleidungen.²⁷⁴

Ein Übermessen der nicht tragenden Innenwände ist aber ausgeschlossen, wenn die Parteien trotz Verwendung des Begriffs „Nettogrundfläche“ davon ausgegangen sind, dass bei dieser Berechnungsmethode auch die unter diesen aufstehenden Bauteilen befindliche Fläche berücksichtigt wird.²⁷⁵ Die vollständige Flächenerfassung ist insbesondere dann nicht ungewöhnlich, wenn die Herrichtung der Mietsache nach den Vorgaben des Mieters erfolgt,²⁷⁶ so dass dessen kleinteilige Aufteilung ansonsten zu einer (willkürlichen) Reduzierung der Mietfläche führen würde.

13.5.9 Schadensersatz wegen unberechtigter Mängelanzeige?

Für den Bereich des Kaufrechts hat der BGH entschieden, dass ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung darstellen kann, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache des Symptoms, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.²⁷⁷

Allerdings fehlt es an einem Verschulden des Mieters nach § 276 BGB, wenn er die Wohnung selbst vermisst und damit im Rahmen ihrer Möglichkeiten geprüft, ob eine Wohnflächenabweichung vorliegt.²⁷⁸ Gleichzeitig hatte er darauf hingewiesen, dass die exakte Wohnungsgröße wegen der Schwierigkeiten bei der Vermessung (Schrägen, Winkel) erst durch einen Gutachter festgestellt werden könne. Von dem Mieter eine weitergehende Überprüfung der von ihm vermuteten Wohnflächenabweichung zu verlangen, würde die an einen nicht mit der Rechtslage vertrauten Mieter zu stellenden Sorgfaltsanforderungen überspannen. Insbesondere erforderte die von ihm zu verlangende Sorgfalt nicht, sich vor der Mängelanzeige über die komplizierte Wohnflächenberechnung bei Dachgeschosswohnungen kundig zu machen oder gar ein mit erheblichen Kosten verbundenes Sachverständigengutachten zur Wohnfläche einzuholen. Denn die Behauptung eines Mangels erfordert nicht seine vorherige zweifelsfreie Feststellung. Andernfalls würde die Durchsetzung von Mängelrechten in nicht hinnehmbarer Weise erschwert. Bleibt somit bei der Mängelanzeige ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, dürfen Mängel-

²⁷⁴ vgl. hierzu DIN, Deutsches Institut für Normung e.V. DIN 277 "Grundflächen und Rauminhalte von Bauwerken im Hochbau" unter <http://messdat.de/310-DIN277.pdf>

²⁷⁵ KG v. 17.5.2010 – 12 U 211/08, ZMR 2010, 951.

²⁷⁶ vgl. hierzu auch BGH v. 4.10.2000, - XII ZR 44/98 – NJW-RR 2001, 439

²⁷⁷ BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147.

²⁷⁸ BGH v. 22.9.2010 – VIII ZR 285/09, WuM 2010, 688 = GE 2010, 1613.

rechte geltend gemacht werden, ohne Schadensersatzansprüche befürchten zu müssen, auch wenn sich das Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt.²⁷⁹ 66

13.6 Minderungsausschluss in der Gewerberaummieta

Nach neuerer Rechtsprechung des BGH²⁸⁰ ist ein auch nur partieller Ausschluss, die Miete infolge eines Mangels sofort zu kürzen (= Minderung), im Zweifel (§ 305c Abs. 2 BGB) nach § 307 BGB unwirksam, wenn nicht das Recht zur Rückforderung offen gehalten wird.

Diese Grundsätze sollen auf die in einem Mietvertrag über Gewerberäume enthaltene Klausel

"Eine nicht ausdrücklich vom Vermieter zugestandene oder rechtskräftig bestätigte Mietminderung darf der Mieter nur vornehmen, wenn in Höhe des Minderungsbetrages zugleich eine Hinterlegung bei der Justizkasse eines Deutschen Gerichts durch ihn erfolgt"

nicht anwendbar sein, so dass kein Verstoß gegen § 307 BGB vorliegt.²⁸¹ Bis zur Entscheidung vom 23. April 2008²⁸² habe der BGH die Auffassung vertreten, „dass im kaufmännischen Verkehr der Pächter hinsichtlich des Minderungsrechtes auf eine gesonderte Klage verwiesen werden kann“, „weil dadurch dem geschäftlich Unerfahrenen nichts Unbilliges zugemutet und auch eine alsbaldige Klärung der Mängelfrage gefördert wird“.²⁸³ Genau diese Voraussetzungen, liegen bei der streitgegenständlichen Klausel vor.

13.7 Zurückbehaltungsrecht

Das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB dient dazu, auf den Schuldner Druck zur Erfüllung der eigenen, im Gegenseitigkeitsverhältnis zur geltend gemachten Forderung stehenden Verbindlichkeit auszuüben.

Die Zubilligung eines Zurückbehaltungsrechts auch für diesen Zeitraum würde dazu führen, dass eine Vertragsverletzung des Mieters - nämlich die unterlassene Anzeige des Mangels gemäß § 536c Abs. 1 BGB - eine Kündigung des Vermieters wegen ausbleibender Mietzahlungen verhindern oder zumindest hinauszögern könnte, weil der Vermieter einerseits wegen fehlender Kenntnis von dem Mangel an der alsbaldigen Wiederherstellung eines vertragsgemäßen Zustandes gehindert wäre und andererseits ein zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigender Zahlungsverzug erst eintreten könnte, wenn es nach "Ausschöpfung" des Zurückbehaltungsrechts zu weiteren Zahlungsrückständen käme.

Eine unbillige Benachteiligung des Mieters ist mit dem Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts für vor der Mängelanzeige fällig gewordene Mietzahlungen nicht verbunden. Denn bei Fortbestand des Mietverhältnisses steht dem Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber den ab der Mängelanzeige fällig werdenden Mietforderungen zu. Im Falle der Beendigung

²⁷⁹ BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147 Rz. 13; vgl. ferner BGH v. 16.1.2009 - V ZR 133/08, NJW 2009, 1262 Rz. 20.

²⁸⁰ BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693 = NJW 2008, 2497; BGH v. 23.4.2008 - XII ZR 62/06, NZM 2008, 609 = GE 2008, 981 = ZMR 2008, 776.

²⁸¹ KG v. 16.3.2009 - 8 U 112/08, GuT 2009, 300.

²⁸² BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693 = NJW 2008, 2497.

²⁸³ BGH, NJW-RR 1993, 519.

des Mietverhältnisses hingegen kommt ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Mangelbeseitigungsanspruchs ohnehin nicht mehr in Betracht, denn es handelt sich dabei um einen in die Zukunft gerichteten Erfüllungsanspruch, der nur während der Dauer des Mietverhältnisses besteht.²⁸⁴

13.8 Schadensersatz

13.8.1 Vorliegen eines anfänglichen Mangels

Die Abgrenzung zwischen der auf einem anfänglichen Mangel beruhenden Garantiehftung und der verschuldensabhängigen Haftung aufgrund eines nachträglich entstandenen Mangels kann schwierig sein, wenn ein Bauteil der Mieträume erst später funktionsuntüchtig geworden ist. Beruht dies allein auf Alterungs- oder Verschleißprozessen, entsteht der Mangel erst später mit dem Verschleiß. Nicht jedes später funktionsuntüchtig werdende Bauteil kann also bereits als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses latent mangelhaft angesehen werden. War ein Bauteil aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss allerdings bereits in diesem Zeitpunkt für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel vor.²⁸⁵ Anfänglich ist ein Mangel also dann, wenn sich die Schadensursache in die Zeit vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt. Ein Baufehler ist auch dann ein anfänglicher Mangel, wenn er den Mietgebrauch erst später konkret beeinträchtigt oder für einen Schaden des Mieters ursächlich wird.²⁸⁶ Ausreichend ist mithin, wenn bei Vertragsschluss die Gefahrenquelle vorhanden war oder die Schadensursache vorlag.²⁸⁷ Wenn der Mieter bei Kenntnis des Zustands der Mietsache von dem Vermieter Abhilfe verlangen könnte, liegt bereits in diesem Zeitpunkt ein Mangel vor.

Danach ist ein anfänglicher Mangel gegeben, weil das spätere Schadensereignis und die Verletzung der Klägerin auf einen Konstruktionsmangel zurückzuführen sind, der dem Beschlag eines Fensterflügels schon bei Vertragsschluss anhaftete.²⁸⁸ Indem der Beschlagbolzen des Fensterflügels durch einen Konstruktionsfehler nicht hinreichend gegen ein Herausdrehen gesichert war, war die Sollbeschaffenheit nicht sicher gestellt. Weil sich der Fehler des Beschlagbolzens auf die Belüftung der Büroräume und somit auf den konkreten Mietgebrauch auswirkte, begründete er einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 536a BGB.²⁸⁹

13.8.2 Einbeziehung von Arbeitnehmern

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch dritte, an einem Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden können. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet. Zu den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte gehört insbesondere auch der

²⁸⁴ vgl. BGH v. 19.6.2006 - VIII ZR 284/05, NZM 2006, 696 Rz. 12 f.

²⁸⁵ BGH v. 27.3.1972 - VIII ZR 177/70, NJW 1972, 944, 945; BVerfG, NJW-RR 1999, 519, 520; *Hübner/Griesbach/Schreiber* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummietsache, 2. Aufl., Kap. 14 Rz. 316; *Staudinger/Emmerich*, [2006], § 536a BGB Rz. 3, 8.

²⁸⁶ vgl. BGH v. 22.1.1968 - VIII ZR 195/65, NJW 1968, 885, 886; Wolf/Eckert/Ball Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 332; *Bub/Treier/Kraemer*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummietsache, 3. Aufl., Kap. III Rz. 1380.

²⁸⁷ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 536a BGB Rz. 7.

²⁸⁸ BGH v. 21.7.2010 - XII ZR 189/08, GE 2010, 1193.

²⁸⁹ vgl. BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664 Tz. 18 ff.

Mietvertrag.²⁹⁰ Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages beruht darauf, dass die dritte Person wie der Mieter selbst mit der Leistung des Vermieters in Berührung kommt, also eine gewisse Leistungsnähe vorliegt. Weiter ist erforderlich, dass der Mieter der dritten Person etwa aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewährleisten hat, was ein Einbeziehungsinteresse des Dritten begründet und dies für den Vermieter erkennbar ist. Dann entspricht es Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass dem Dritten der Schutz des Vertrages in gleicher Weise zugutekommt wie dem Gläubiger selbst.²⁹¹

Auf der Grundlage dieser ständigen Rechtsprechung ist ein Arbeitnehmer, dem ein Fenster an seinem Arbeitsplatz auf den Kopf fällt, in den Schutzbereich des Vertrages seines Arbeitgebers mit dem Vermieter einbezogen.²⁹² Als Arbeitnehmer hat er zu den angemieteten Büroräumen eine ebenso starke Leistungsnähe wie der Vermieter selbst. Der Mieter ist ihm aufgrund des Dienstverhältnisses zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, was ein Interesse an der Einbeziehung des Arbeitnehmers in die Schutzwirkungen des Vertrages begründet.

13.9 Fristlose Kündigung

Da die Flächenabweichung von mehr als 10% einen erheblichen Mangel bildet, kann der Mieter grundsätzlich gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB außerordentlich fristlos kündigen, jedenfalls wenn er die Mietfläche noch nicht übernommen hat.²⁹³ Bei späterer Kenntnis von der geringeren Fläche soll dies zweifelhaft sein.²⁹⁴

Der BGH²⁹⁵ hat die Kündigung nach dreijähriger Dauer des Mietvertrages bei einer Wohnflächenabweichung von 22,63 % als begründet angesehen. Denn in dieser Situation sei dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt worden. Für die fristlose Kündigung sei nicht erforderlich, dass der Mieter darlege, warum ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Für die Wirksamkeit einer Kündigung genüge es vielmehr grundsätzlich, wenn einer der in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten Tatbestände vorliegt. Bei diesen Kündigungsgründen handele es sich um gesetzlich typisierte Fälle der Unzumutbarkeit. Soweit deren tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt seien, sei grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung gegeben. Allerdings könne das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls verwirkt sein. Dies komme etwa dann in Betracht, wenn der Mieter bei Mietbeginn oder danach erkenne, dass die tatsächliche Wohnfläche die im Mietvertrag angegebene um mehr als zehn Prozent unterschreitet, ohne dies zeitnah zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen.

²⁹⁰ BGHZ 49, 350, 353 = WPM 1968, 438, 439 m.w.N.

²⁹¹ BGHZ 49, 350, 353 f. = NJW 1968, 885, 887; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 536a BGB Rz. 77.

²⁹² BGH v. 21.7.2010 – XIII ZR 189/08, GE 2010, 1193.

²⁹³ BGH v. 4.5.2005 – XII ZR 254/01, GuT 2005, 163.

²⁹⁴ *Scheffler*, NZM 2003, 17, 19 m.w.N.

²⁹⁵ BGH v. 29. April 2009 - VIII ZR 142/08, WuM 2009, 349 = GE 2009, 709 ZMR 2009. 681.

13.10.1 für ungeeignete Maßnahmen

Ein Anspruch auf Kostenvorschuss für Maßnahmen, mit denen der Mieter Mängel selbst beseitigen lassen will, besteht gemäß § 536a Abs. 2 BGB nur dann, wenn die als Vorschuss verlangten Beseitigungskosten zur Mangelbeseitigung erforderlich sind.²⁹⁶ Die Ersatzpflicht des Vermieters beschränkt sich danach auf die Aufwendungen, die der Mieter bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für angemessen halten darf; darunter fallen lediglich solche Kosten, die nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig sind.²⁹⁷ Erforderlich in diesem Sinn können Beseitigungskosten nur sein, wenn die Maßnahmen, die der Mieter mit dem verlangten Vorschuss durchzuführen beabsichtigt, voraussichtlich zur Mangelbeseitigung geeignet sind.

Davon kann nicht ausgegangen werden, wenn bei einem Vorschuss zur Beseitigung einer Rissbildung zunächst die Ursachen der Rissbildung geklärt und - wenn möglich - beseitigt werden müssen, also noch nicht festgestellt sind.²⁹⁸ Ohne vorherige Klärung dieser Frage sind die in einem Gutachten vorgesehenen Maßnahmen zur nachhaltigen Mangelbeseitigung ungeeignet, weil mit ihnen der zweite Schritt vor dem ersten getan würde.

13.10.2 Opfergrenze

Die Verpflichtung des Vermieters zur Beseitigung eines Mangels endet gemäß § 275 Abs. 2 BGB, wenn die der dazu erforderliche Aufwand die "Opfergrenze" überschreitet. Wann dies der Fall ist, muss von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden. Doch darf kein krasses Missverhältnis entstehen zwischen dem Reparaturaufwand einerseits und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem Wert des Mietobjekts und den aus ihm zu ziehenden Einnahmen andererseits.²⁹⁹ Danach lässt sich eine Überschreitung der "Opfergrenze" nicht aus einer bloßen Gegenüberstellung zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert herleiten; erforderlich ist eine Würdigung aller Umstände. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch ein etwaiges Verschulden des Schuldners zu berücksichtigen (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB); dies war bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung anerkannt.³⁰⁰ Insoweit besteht ein Zusammenhang zwischen der Frage, wie sich etwa die Sanierungskosten und der Verkehrswert "rechnerisch" zueinander verhalten, und der Frage, ob dem Vermieter die Beseitigung des Mangels unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen und eines etwaigen Verschuldens zugemutet werden kann. Je ungünstiger sich das Verhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert darstellt, desto gewichtiger müssen die entgegenstehenden Umstände sein, die es dem Vermieter trotz bestehendem Missverhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert verwehren sollen, sich auf den Einwand der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB) zu berufen. Ein auffälliges

²⁹⁶ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432.

²⁹⁷ Staudinger/*Emmerich*, (2006), § 536a BGB Rz. 32; vgl. zum Werkvertragsrecht: BGH v. 29.9.1988 - VII ZR 182/87, NJW-RR 1989, 86, unter II 3 c; BGH v. 31.1.1991 - VII ZR 63/90, NJW-RR 1991, 789, unter II 2.

²⁹⁸ BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 131/09, WuM 2010, 348 = GE 2010, 837 = ZMR 2010, 672.

²⁹⁹ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284, unter II 2, m.w.N.; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 849, 850; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343, 344; LG Dresden, NZM 2008, 165.

³⁰⁰ BGH v. 2.10.1987 - V ZR 140/86, NJW 1988, 699, unter III 2 b; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343, 344.

Missverhältnis indiziert eine Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze. Im Extremfall 70
kann dieses Indiz so stark sein, dass schwer vorstellbar erscheint, welche weiteren
Umstände zu einer anderen Abwägung sollten führen können. In diesem Fall spricht man von
einem "krasses Missverhältnis".³⁰¹

Ein solches krasses Missverhältnis besteht, wenn von einem aktuellen Verkehrswert eines
Grundstücks von 28.000 EUR und Sanierungskosten mindestens in Höhe von etwa 95.000 EUR,
ungünstigstenfalls sogar in Höhe von etwa 170.000 EUR auszugehen ist.³⁰² Demgegenüber ist
es verfehlt, den Einwand aus § 275 Abs. 2 BGB schon deshalb zu verwerfen, weil der Vermieter
es (angeblich) zu einem "Reparaturstau" habe kommen lassen und deshalb die Höhe der Sanie-
rungskosten zu vertreten habe.³⁰³ Davon kann auch nicht ohne Weiteres auszugehen, wenn es
zutrifft, dass Risse weiterhin in Bewegung sind und die wesentliche Ursache dafür in der man-
gelnden Tragfähigkeit des Baugrundes und in Konstruktionsmängeln des Gebäudes zu suchen
ist. Denn dann bestanden die für die Rissbildung verantwortlichen Mängel, deren Beseitigung
nur mit hohen Kosten möglich ist, schon seit der Errichtung des Gebäudes; sie sind nicht erst
dadurch entstanden, dass der Vermieter auf das Beseitigungsverlangen des Mieters nur zöger-
lich eingegangen ist.

14 Nachvertragliche Leistungspflichten

14.1 Versorgungssperre

14.1.1 Vertragliche Ansprüche

Grundsätzlich endet mit der Mietvertragsbeendigung auch die Pflicht des Vermieters zur Ge-
brauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 BGB. Allerdings können nach Treu und Glauben ein-
zelne Verpflichtungen des Vermieters noch nach der Vertragsbeendigung bestehen, wozu auch
die Pflicht zur Erbringung von Versorgungsleistungen gehören kann.³⁰⁴

Solche nachvertraglichen Pflichten können sich im Einzelfall aus der Eigenart des - beendeten -
Mietvertrages (z.B. Wohnraummiete) oder den besonderen Belangen des Mieters (z.B. Gesund-
heitsgefährdung oder etwa durch eine Versorgungssperre drohender, besonders hoher Schade-
den) ergeben.³⁰⁵ Eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung
würde allerdings allein den Interessen des Mieters dienen. Die trotz beendeten Vertrages aus
Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung lässt sich daher nur rechtferti-
gen, wenn sie auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer
Weise zuwiderläuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht. Ist dem Vermieter die
Weiterbelieferung nicht zumutbar, so kommt es anders als bei bestehendem Mietvertrag auf
den Umfang und die Grenzen eines Zurückbehaltungsrechts nicht an, weil der Vermieter in die-
sem Fall schon nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist.

³⁰¹ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284 im Anschluss an OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 849, 850; vgl.
auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343, 344.

³⁰² BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 131/09, WuM 2010, 348 = GE 2010, 837.

³⁰³ vgl. dazu Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rz. 504.

³⁰⁴ vgl. Schmidt-Futterer/*Gather* Mietrecht, 9. Aufl., § 546a BGB Rz. 47 ff.; MünchKomm/*Bieber* BGB 5. Aufl. § 546a Rz.
28 ff.; allgemein MünchKomm/*Ernst*, BGB, 5. Aufl., § 280 Rz. 109 ff.

³⁰⁵ BGH v. 6.5.2009 - XII ZR 137/07, WuM 2009, 469 = GE 2009, 775 = NJW 2009, 1947 = ZMR 2010, 263.

Nach diesen Grundsätzen kann der Vermieter etwa zur Fortsetzung von Versorgungsleistungen verpflichtet sein, wenn dem Mieter eine Räumungsfrist nach §§ 721, 765 a, 794 a ZPO gewährt worden ist und dem Vermieter wegen der regelmäßig entrichteten Nutzungsentschädigung kein Schaden entsteht. Anders liegt es dagegen jedenfalls dann, wenn bereits die Beendigung des Mietverhältnisses auf dem Zahlungsverzug des Mieters beruht und der Vermieter die Versorgungsleistungen mangels Vorauszahlungen des Mieters auf eigene Kosten erbringen müsste. Der Vermieter liefe dann Gefahr, die von ihm verauslagten Kosten für die Versorgung nicht erstattet zu erhalten und dadurch einen - weiteren - Schaden zu erleiden. Weil ihm unter diesen Umständen die Fortsetzung der Leistungen nicht zuzumuten ist, ist der Vermieter jedenfalls bei der Geschäftsraummiete regelmäßig nicht mehr verpflichtet, dem Mieter weitere Versorgungsleistungen zu erbringen. Den Vermieter trifft dann nur noch die Abwicklungspflicht, dem Mieter die Unterbrechung der Versorgungsleistungen so frühzeitig anzukündigen, dass dieser sich darauf einstellen kann.

14.1.2 Besitzschutz

Die Frage, ob die Versorgungssperre durch den Vermieter eine Besitzstörung darstellt, ist umstritten. Die überwiegende Auffassung geht davon aus, dass die Unterbrechung der Versorgungsleistungen verbotene Eigenmacht sei und den auf Beseitigung und Unterlassung gerichteten Besitzschutz nach §§ 858, 862 BGB auslöse.³⁰⁶ Einwendungen des Vermieters gegen seine Lieferpflicht sind nach dieser Auffassung petitorische Einwendungen, die gegenüber Besitzschutzansprüchen nach § 863 BGB ausgeschlossen sind.³⁰⁷

Dem vertreten andere Teile der Rechtsprechung und Literatur die Meinung, die Unterbrechung der Versorgung betreffe nur den aus dem Vertrag herzuleitenden Mietgebrauch und sei daher keine verbotene Eigenmacht.³⁰⁸

Andere Stimmen in der Literatur gehen schließlich davon aus, dass die Unterbrechung von Versorgungsleistungen zwar grundsätzlich eine verbotene Eigenmacht sei. Eine Einschränkung sei jedoch für die Fälle zu machen, in denen der Vermieter es unterlasse, eine Vorleistung zu erbringen, für die er selbst im Außenverhältnis (z.B. zum Energieversorgungsbetrieb) hafte, wenn er nach vertraglichen Grundsätzen hierzu nicht mehr verpflichtet sei.³⁰⁹

a) Der BGH³¹⁰ hält es für zutreffend, dass in der Unterbrechung der Versorgungsleistungen keine Besitzstörung liegt. Die zur Nutzung des Mietobjekts erforderlichen Energielieferungen sind nicht Bestandteil des Besitzes und können daher auch nicht Gegenstand des Besitzschutzes nach §§ 858 ff. BGB sein. Der Besitz umfasse lediglich den Bestand der tatsächlichen Sachherr-

³⁰⁶ OLG Köln NZM 2005, 67; OLG Saarbrücken, OLGR 2005, 218; OLG Celle, NZM 2005, 741; OLG Koblenz, OLGR 2001, 2; Staudinger/*Bund*, BGB [2007], § 858 Rz. 53 m.w.N.; Bub/Treier/*Kraemer* Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. B Rz. 1220; *Gaier*, ZWE 2004, 109, 113; grundsätzlich auch KG - 8. Zivilsenat - KGR 2005, 945 = ZMR 2005, 951 für den Fall des unbeendeten Mietverhältnisses; ebenso Palandt/*Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 862 Rz. 4.

³⁰⁷ *Gaier*, ZWE 2004, 109, 113.

³⁰⁸ KG - 8. Zivilsenat, - GE 2004, 622; KG - 12. Zivilsenat, NZM 2005, 65; LG Berlin, GE 2009, 518; AG Bergheim ZMR 2005, 53; AG Hohenschönhausen, GE 2007, 1127; Bub/Treier/*v. Martius*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rz. 1152; *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896; *Mummenhoff*, DWW 2005, 312, 315; *Scholz*, NZM 2008, 387, 388 f.; *Krause*, GE 2009, 484.

³⁰⁹ Münch-Komm/*Joost*, BGB, 5. Aufl., § 858 Rz. 6; Soergel/*Stadler*, BGB, 13. Aufl., § 858 Rz. 8; ähnlich *Streyll*, WuM 2006, 234, 236 f.

³¹⁰ BGH v. 6.5.2009 - XII ZR 137/07, WuM 2009, 469 = GE 2009, 775 = NJW 2009, 1947.

schaft. Der Besitz werde nach § 854 Abs. 1 BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und durch die Aufgabe oder den Verlust derselben beendet (§ 856 Abs. 1 BGB). Der Besitz besteht als Voraussetzung des Besitzschutzes demnach in dem dauernden Zustand der tatsächlichen Gewalt, welche mit der Einwirkungsmacht auf die Sache und der Ausschlussmacht zwei Komponenten enthält oder die Besonderheiten des Eigenbesitzes nach § 872 BGB sind hier nicht von Bedeutung.

Eine verbotene Eigenmacht nach §§ 858, 862 BGB setze daher voraus, dass in die tatsächliche Sachherrschaft eingegriffen worden sei. Ein Eingriff liege nur vor, wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt werde. Beim Besitz von Räumen liege ein Eingriff etwa dann vor, wenn der Zugang des Besitzers zu den Räumen erschwert oder vereitelt werde oder wenn in anderer Form in einer den Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt werde.³¹¹

Das sei bei der Einstellung oder Unterbrechung von Versorgungsleistungen nicht der Fall. Der Zufluss von Versorgungsleistungen könne zwar Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch sein, der nach Beendigung des Vertrages nicht mehr geschuldet werde. Er sei hingegen nicht Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher. Die Einstellung der Versorgungsleistungen beeinträchtige weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume, noch schränke sie die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit ein. Versorgungsleistungen führten vielmehr dazu, dass die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit erweitert werde. Die Gewährleistung der Versorgungsleistungen könne sich demnach allein aus dem ihnen zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben.

Dass Maßnahmen des Vermieters besitzrechtlich nicht anders zu behandeln seien als Eingriffe Dritter, zeige ein Vergleich mit der Liefersperre, die von einem Versorgungsunternehmen verhängt wurde. Die von Versorgungsbetrieben verhängte Liefersperre (etwa nach § 24 Abs. 2 Niederspannungsanschlussverordnung - NAV - Strom oder § 24 Abs. 2 Niederdruckanschlussverordnung - NDAV - Gas) werde nach der herrschenden Meinung zu Recht nicht als Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht betrachtet.³¹² Für eine unterschiedliche besitzrechtliche Betrachtung der Liefersperre des Versorgungsunternehmens und der Liefersperre eines Vermieters besteht kein Grund.³¹³ Auch die Sperrung von Versorgungsleitungen durch eine Wohnungseigentümergeinschaft löst als solche keine Besitzschutzansprüche aus,³¹⁴ auch wenn sie den Mieter eines Wohnungseigentümers betrifft.³¹⁵

b) Allerdings ist eine verbotene Eigenmacht gegeben, wenn der (ehemalige) Gewerberaum-Untermieter die Wasserversorgung der Wohnung seines (ehemaligen Unter-) Vermieters unterbricht.³¹⁶ Dem steht weder eine vorangegangene Beendigung des Hauptmietvertrages entgegen

³¹¹ vgl. auch BGH v. 27.4.1971 - VI ZR 191/69 - VersR 1971, 765.

³¹² vgl. BGHZ 115, 99; LG Frankfurt a. M., WuM 1998, 495; LG Frankfurt/Oder, NJW-RR 2002, 803; Staudinger/*Emmerich*, BGB [2006], § 535 Rz. 82; Staudinger/*Bund*, BGB [2007], § 858 Rz. 53; Palandt/*Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 862 Rz. 4; *Hempel*, NZM 1998, 689; *ders.* WuM 1998, 646; a. A. LG Bonn WuM 1980, 231.

³¹³ *Herrlein*, NZM 2006, 527, 528; MünchKomm/*Schilling*, BGB, 4. Aufl., § 535 Rz. 153; a. A. OLG Köln, NZM 2005, 67; OLG Saarbrücken, OLGR 2005, 889.

³¹⁴ vgl. BGH v. 10.6.2005 - V ZR 235/04, NJW 2005, 2622, 2623 - Gemeinschaft von Erbbauberechtigten; OLG Frankfurt a. M., OLGR 2006, 1060.

³¹⁵ Staudinger/*Bund*, BGB [2007], § 858 Rz. 53; Palandt/*Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 862 Rz. 4; *Gaier*, ZWE 2004, 109, 111; ausführlich *Scholz*, NZM 2008, 387; a. A. OLG Köln, NJW-RR 2001, 301.

³¹⁶ KG v. 1.10.2009 - 8 U 105/09, GE 2009, 60 = NZM 2010, 321.

noch ein (vorläufig vollstreckbares) Räumungsurteil, welches ein Zwangsverwalter 73
gegen den (Unter-) Vermieter erstritten hat. Dies widerspricht nicht dem Urteil vom
6. 5.2009³¹⁷, weil sich diese Entscheidung auf eine „Versorgungssperre bezieht, die in der Ein-
stellung von Leistungen besteht“. Im vorliegenden Fall geht es dagegen nicht um das Vorent-
halten einer zuvor erbrachten Leistung, sondern um einen Eingriff von außen in die Wasserver-
sorgung des (Unter-) Vermieters. Ein solcher Eingriff behindert den Besitzer an der Ausübung
der tatsächlichen Sachherrschaft und stellt - ebenso wie psychisch beeinträchtigende Einwir-
kungen etwa durch Lärm oder Lichtwerbung - eine Besitzstörung dar.

14.2 Abwenden der Versorgungssperre

Das Abwenden der Versorgungssperre ist nicht durch eine Teilzahlung möglich (z.B. rückständiger Anteil an Heiz- und Wasserkostenvorauszahlungen).³¹⁸ Vielmehr muss der gesamte Rückstand ausgeglichen werden.³¹⁹ Denn das Zurückbehaltungsrecht (= Versorgungssperre) bezieht sich auf die gesamte Forderung der rückständigen Mieten und nicht nur auf einen Teil der Vorauszahlungen.

15 Mieterhöhung

15.1 Bis zur ortsüblichen Miete

15.1.1 Mieterhöhungsbegehren und Schriftformabrede

Gemäß § 558a Abs. 1 BGB ist das Mieterhöhungsverlangen dem Mieter in Textform zu erklären und zu begründen. Verlangt das Gesetz die Textform, muss gemäß § 126b BGB die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

Ist dies geschehen, steht der Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens ein im Mietvertrag enthaltene Schriftformabrede nicht entgegen.³²⁰ Denn danach sind Vertragsänderungen und -ergänzungen schriftlich zu vereinbaren. Das einseitige Mieterhöhungsverlangen des Vermieters stellt jedoch keine Vertragsänderung oder -ergänzung dar. Zu einer solchen kann es erst durch die Zustimmung des Mieters zu einer bestimmten Mieterhöhung kommen. Den Parteien bleibt es unbenommen, gemäß § 127 Abs. 2 Satz 2 BGB nachträglich eine dem § 126 BGB entsprechende Beurkundung zu verlangen.

15.1.2 Mieterhöhung und genossenschaftliche Gleichbehandlung

Auch bei einem genossenschaftsrechtlichen Nutzungsvertrag handelt es sich der Sache nach um einen Mietvertrag.³²¹ Allerdings gilt der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur für die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Beziehungen zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern, sondern auch für die Rechte und Pflichten, die sich für die einzelnen Mit-

³¹⁷ BGH v. 6.5.2009 - XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947.

³¹⁸ KG v. 8.8.2005 - 24 W 112/04, NJW-RR 2006, 446.

³¹⁹ KG v. 30.6.2009 - 27 U 19/08, GE 2010, 482.

³²⁰ BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09, WuM 2011, 32.

³²¹ vgl. BGH v. 10.9.2003 - VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691, unter II.

glieder aus der Inanspruchnahme von Genossenschaftseinrichtungen ergeben.³²² Er 74

fordert im genossenschaftlich geprägten Mietverhältnis eine willkürfreie, auf sachlich nachvollziehbare Kriterien gestützte Behandlung der Genossenschaftsmieter.³²³ Die Genossenschaft und ihre Organe sind daher berechtigt, unterschiedlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen und zwischen den Mitgliedern nach sachlichen Kriterien in angemessener Weise zu differenzieren. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann den Anspruch begründen, die benachteiligten Genossen so zu stellen, wie die bevorzugten Mitglieder gestellt worden sind.³²⁴

Ein solcher Anspruch steht dem Mieter aber nicht zu, wenn der Vermieter ein auf den Mieter beschränktes Erhöhungsverlangen nach § 558 BGB geltend macht, weil der Mieter im Gegensatz zu anderen Mietern das Angebot, für den Verzicht auf Mieterhöhung nach § 559 BGB auf Minderung während umfangreicher Modernisierungsarbeiten zu verzichten, nicht annimmt.³²⁵ Da der Mieter - als einziges Mitglied der Genossenschaft - die Miete wegen der durch die Bauarbeiten verursachten Beeinträchtigungen gemindert habe, habe er keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter ihm gegenüber auf das - nach § 558 BGB berechnete - Mieterhöhungsverlangen ebenso verzichte wie gegenüber den anderen Genossenschaftsmietern, die ebenfalls zur Mietminderung berechtigt waren, darauf aber verzichtet hätten.³²⁶ Das Minderungsrecht nach § 536 BGB sei zwar unabdingbar (§ 536 Abs. 4 BGB); gleichwohl könne der Mieter auf eine konkrete, aus einem bestimmtem Anlass gerechtfertigte Minderung verzichten. Der Vermieter habe dem Mieter hier konkret in Aussicht gestellt, dass er ebenso wie gegenüber den anderen Genossenschaftsmietern von einer Mieterhöhung aufgrund der durchgeführten Modernisierungsarbeiten absehen werde, wenn er - ebenso wie die anderen Genossenschaftsmieter - auf eine Minderung verzichte. Damit hätte der Mieter die Wahl zwischen einer Minderung, zu der er berechtigt war, und einem freiwilligen Verzicht des Vermieters auf eine nach § 558 BGB zulässige Mieterhöhung. Es liege auch kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darin, dass sich der Vermieter gegenüber dem Mieter ebenso verhielt wie gegenüber den anderen Genossenschaftsmietern, die ebenso wie der Mieter vor der Wahl standen, auf eine Minderung zu verzichten oder eine Mieterhöhung in Kauf zu nehmen. Wenn sich der Mieter für die Minderung entschied, so habe er keinen Anspruch auf den von dem Vermieter angebotenen Verzicht auf eine Mieterhöhung. Der Mieter könne unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung mit den anderen Genossenschaftsmietern nicht verlangen, in den Genuss sowohl der Mietminderung als auch des freiwilligen Verzichts des Vermieters auf eine nach § 558 BGB zulässige Mieterhöhung zu kommen. Es liege auch keine übermäßige Reaktion des Vermieters vor. Zwar habe der Mieter aufgrund der dauerhaften Mieterhöhung ab dem 1. Juni 2006 im Ergebnis mehr an Miete zu zahlen als den Betrag, um den er die Miete für November 2005 gemindert habe. Auch dies sei aber die von ihm hinzunehmende Folge seiner eigenen Entscheidung gegen das Angebot des Vermieters, von einer Mieterhöhung nach § 559 BGB abzusehen, wenn der Mieter ebenso wie die anderen Genossenschaftsmitglieder auf eine Mietminderung verzichtete.

³²² BGH v. 11.7.1960 - II ZR 24/58, NJW 1960, 2142.

³²³ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 98; *Börstinghaus*, jurisPR-Mietrecht 2/2009, Anm. 4; *Keßler*, Der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Wohnungsgenossenschaften, in: Genossenschaftliches Nutzungsverhältnis und Mietrecht, 2003, S. 38 f.

³²⁴ BGH v. 11.7.1960 - II ZR 24/58, NJW 1960, 2142.

³²⁵ BGH v. 14.10.2009 - VIII ZR 159/08, WuM 2009, 744 = GE 2010, 56 = NZM 2010, 121.

³²⁶ *Krautschneider*, WuM 2006, 184.

Ein Mieterhöhungsverlangen genügt regelmäßig auch dann den Anforderungen des § 558a BGB, wenn der Mietspiegel, auf den in dem Erhöhungsverlangen Bezug genommen wird, nicht beigefügt ist, sofern der Mietspiegel allgemein zugänglich ist.³²⁷ Allgemein zugänglich ist der Mietspiegel auch dann, wenn er gegen eine geringe Schutzgebühr von privaten Vereinigungen an jedermann abgegeben wird.³²⁸

Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn der Mietspiegel von dem Mieterschutzverein e.V. und der Vereinigung der Haus-, Wohnungs- und Grundstückseigentümer gegen eine Schutzgebühr von 3 € an jedermann abgegeben wird.³²⁹ Insoweit bedarf es grundsätzlich keines Hinweises in dem Mieterhöhungsverlangen auf die Stellen, bei denen der Mietspiegel erhältlich ist. Denn die Existenz von Mietervereinigungen und Grundstückseigentümerversänden ist allgemein bekannt. Die Adresse und die Öffnungszeiten der Geschäftsstellen der genannten Vereinigungen zu ermitteln, ist dem Mieter regelmäßig zumutbar. Ob dies anders zu sehen wäre, wenn es in der Person des Mieters liegende Gründe (Alter/Krankheit) verhinderten, dass dieser sich die erforderlichen Informationen zum Erhalt des Mietspiegels verschafft, ist eine der Bewertung des Tatrichters obliegende Frage des Einzelfalls, die sich einer generellen Betrachtung entzieht.

15.1.4 vom Mieter geschaffene Ausstattung

Wohnwertverbesserungen, die der Mieter vorgenommen und finanziert hat, sind grundsätzlich bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht zu berücksichtigen. Derartige zusätzliche Ausstattungen, mit denen der Mieter die Wohnung versehen hat, sind nicht vom Vermieter "zur Verfügung gestellt" und nicht Gegenstand seiner Gebrauchsgewährungspflicht. Für die von ihm selbst auf eigene Kosten eingebauten Einrichtungen schuldet der Mieter dem Vermieter deshalb kein Entgelt, und insoweit kann er - mangels abweichender Vereinbarung - den Vermieter auch nicht auf Instandhaltung oder Instandsetzung in Anspruch nehmen oder Gewährleistungsansprüche bei etwaigen Mängeln geltend machen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Parteien hätten etwas anderes vereinbart oder der Vermieter hätte dem Mieter die verauslagten Kosten erstattet.³³⁰

Eine abweichende Vereinbarung liegt nicht schon vor, wenn die Parteien im Mietvertrag eine Einbauverpflichtung des Mieters treffen (hier: Gasetagenheizung).³³¹ Bei der vom Mieter in solchen Fällen erbrachten Leistung handelt es sich um einen sog. verlorenen Baukostenzuschuss; denn eine Erstattung der Aufwendungen oder eine Verrechnung mit der Miete³³² ist im Mietvertrag nicht vorgesehen und auch sonst nicht ersichtlich. Bei der Vereinbarung einer solchen Mieterleistung gehen die Parteien gerade nicht davon aus, dass die auf diese Weise vom Mieter geschaffene Ausstattung wirtschaftlich sogleich dem Vermieter gebührt; im Gegenteil geht ihre

³²⁷ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 15.

³²⁸ BGH v. 28.4.2009 - VIII ZB 7/08, NJW-RR 2009, 1021 Rz. 6; BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 276/06, NZM 2010, 40 Rz. 10 f.

³²⁹ BGH v. 31.8.2010 - VIII ZR 231/09, WuM 2010, 693.

³³⁰ BayObLG, NJW 1981, 2259; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. IV 176; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558 Rz. 25; Schmid/Riecke, Mietrecht, § 558 BGB Rz. 21; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 558 BGB Rz. 40 ff.

³³¹ BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 315/09, WuM 2010, 569 = GE 2010, 1109 = NZM 2010, 735.

³³² "abwohnbare" Baukostenzuschuss, vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 69. Aufl., Einf. v. § 535 BGB Rz. 111

Erwartung dahin, dass die Vorteile jedenfalls während der Dauer des Mietvertrags 76

dem Mieter zustehen. Deshalb ist es nicht sachgerecht, bei einer vom Mieter auf eigene Kosten geschaffenen Ausstattung danach zu differenzieren, ob der Einbau aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Vermieter oder freiwillig aufgrund einer bloßen Erlaubnis des Vermieters erfolgt ist.

Die vom Mieter auf eigene Kosten geschaffene Wohnwertverbesserung bleibt deshalb bei der Ermittlung der Vergleichsmiete auch dann unberücksichtigt, wenn sie auf einer vertraglichen Verpflichtung beruht.³³³ Anderenfalls müsste der Mieter die Ausstattung seiner Wohnung quasi doppelt bezahlen, zunächst beim Einbau entsprechend der vertraglichen Verpflichtung und später nochmals durch eine auch auf diese Ausstattung gestützte Mieterhöhung. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil die vom Mieter erbrachte Leistung nach Art. VI § 2 des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Wohnungsbaugesetzes und anderer wohnungsbau-rechtlicher Vorschriften und über die Rückerstattung von Baukostenzuschüssen vom 21. Juli 1961³³⁴ angesichts der langjährigen Mietdauer als getilgt anzusehen sein dürfte, so dass er im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses für die eingebrachte Ausstattung keinen Ausgleich mehr verlangen kann. Zwar wird teilweise die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall die vom Mieter erbrachten Leistungen auch bei der Wohnwertermittlung nicht mehr zu seinen Gunsten berücksichtigt werden könnten.³³⁵ Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Umstand, dass der Mieter im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses für die von ihm auf eigene Kosten geschaffene Ausstattung angesichts der zwischenzeitlich abgelaufenen Mietdauer keinen finanziellen Ersatz mehr verlangen kann, rechtfertigt es nicht, diese Ausstattung schon während des Bestehens des Mietverhältnisses dem Vermieter als eigene Leistung zuzurechnen und sie im Rahmen der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu seinen Gunsten zu berücksichtigen; eine "Abwohnzeit" gibt es in dieser Hinsicht nicht.³³⁶

15.1.5 Mieterhöhung bis zum oberen Spannenwert

Nach § 558 Abs. 2 BGB wird die ortsübliche Vergleichsmiete aus den üblichen Entgelten für vergleichbaren Wohnraum gebildet. Bei der ortsüblichen Vergleichsmiete handelt es sich regelmäßig nicht um einen punktgenauen Wert; die Vergleichsmiete bewegt sich vielmehr innerhalb einer gewissen Spanne.³³⁷

Im Hinblick darauf ist der Vermieter berechtigt, die Miete bis zum oberen Wert einer solchen - unter Heranziehung eines Sachverständigengutachtens zutreffend ermittelten - Bandbreite der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete anzuheben.³³⁸ Dies gelte auch dann, wenn kein Mietspiegel vorhanden sei. In diesem Fall ersetze das vom Gericht eingeholte Sachverständigengutachten nicht den Mietspiegel, sondern diene der Ermittlung der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete. Auch hierbei gehe es nicht um einen punkt-

³³³ AG Hamburg, WuM 1999, 485; *Kossmann*, Hb der Wohnraummiete, 6. Aufl., § 148 Rz. 20

³³⁴ BGBl. I S. 1041.

³³⁵ LG München I, DWW 1979, 191; vgl. auch LG Hamburg, WuM 1990, 441.

³³⁶ *Barthelmess*, Wohnraumkündigungsschutzgesetz/Miethöhegesetz, 5. Aufl., § 2 MHG Rz. 46; LG Baden-Baden, WuM 1993, 358, 359.

³³⁷ BGH v. 20.4.2005 - VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074, unter II 2 b; BGH v. 6.7.2005 - VIII ZR 322/04, NZM 2005, 660, unter II 2 c.

³³⁸ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 30/09, WuM 2009, 746 = GE 2009, 1616 = NZM 2010, 122.

genauen Wert, sondern um eine Bandbreite. Dabei liege auch der obere Spannenwert noch innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete, die die obere Grenze einer Mieterhöhung nach § 558 BGB darstelle. Das Mieterhöhungsverlangen sei also in Höhe des oberen Spannenwerts der Einzelvergleichsmiete berechtigt.

15.1.6 einfacher Mietspiegel als Beweismittel

Ist ein formell wirksames Mieterhöhungsverlangen gegeben, ist vom Tatrichter materiellrechtlich zu überprüfen, ob die konkret von dem Vermieter verlangte Mieterhöhung nach § 558 BGB tatsächlich berechtigt ist, insbesondere ob die neue Miete innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt.³³⁹ Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind (§ 558 Abs. 2 BGB). Die ortsübliche Vergleichsmiete ist nach diesen gesetzlichen Vorgaben ein objektiver Maßstab, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll.³⁴⁰ Sie darf im Prozess daher nur auf der Grundlage von Erkenntnisquellen bestimmt werden, die die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer für die freie tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) hinreichenden Weise ermittelt haben.³⁴¹

Ein Mietspiegel, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt worden ist (§ 558d Abs. 1 BGB; qualifizierter Mietspiegel), erfüllt diese Voraussetzungen in besonderem Maße. Deshalb billigt ihm das Gesetz unter den Voraussetzungen des § 558d Abs. 2 BGB im Prozess eine Vermutungswirkung dahin gehend zu, dass die in einem solchen Mietspiegel genannten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben (§ 558d Abs. 3 BGB). Diese Vermutungswirkung kann von dem Prozessgegner nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden (§ 292 Satz 1 ZPO).

Weder dem Gesetz noch den Gesetzesmaterialien kann jedoch entnommen werden, dass nach der Einführung des qualifizierten Mietspiegels einem (einfachen) Mietspiegel gemäß § 558c BGB kein Erkenntniswert im Prozess mehr zukommen solle.³⁴² Im Gegenteil spricht die Tatsache, dass der Gesetzgeber den einfachen Mietspiegel nach § 558c BGB auch nach Einführung des qualifizierten Mietspiegels als eine von mehreren tauglichen Grundlagen für ein Mieterhöhungsverlangen beibehalten hat (§ 558a Abs. 2 BGB), dafür, dass auch ein einfacher Mietspiegel im Mieterhöhungsprozess weiterhin taugliche Erkenntnisquelle bei der richterlichen Überzeugungsbildung sein kann.³⁴³ Allerdings kommt dem einfachen Mietspiegel angesichts der Wertung des Gesetzgebers nicht die in § 558d Abs. 3 BGB dem qualifizierten Mietspiegel vorbehaltene Vermutungswirkung zu. Er stellt jedoch ein Indiz dafür dar, dass die dort angegebenen Entgelte die

³³⁹ BGH v. 20.4.2005 - VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074 unter II 2.

³⁴⁰ BVerfGE 53, 352, 358.

³⁴¹ vgl. BVerfGE 37, 132, 143.

³⁴² BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09; ZMR 2010, 846 = DWW 2010, 373.

³⁴³ LG Duisburg, WuM 2005, 460; LG Berlin, GE 2003, 1020; AG Dortmund, WuM 2003, 35; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558c Rz. 5; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 558b Rz. 30; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 558b BGB Rz. 109 ff.; mberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 558b Rznr. 27; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 558b Rz. 14; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rdnr. IV Rz. 222; Börstinghaus, NZM 2002, 273, 278; wohl auch Mersson, ZMR 2002, 806, 809.

ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben. Diese Indizwirkung besteht auch dann, wenn ein einfacher Miet-spiegel nicht von der Gemeinde, sondern gemeinsam von Interessenvertretern der Mieter und der Vermieter erstellt wurde. Solchen von den Interessenvertretern beider Seiten erstellten Mietspiegeln allgemein jegliche Aussagekraft im Erkenntnisverfahren abzusprechen,³⁴⁴ ist nicht gerechtfertigt. Es liegt vielmehr eher fern anzunehmen, die Interessenvertreter der Vermieter und der Mieter würden einen Mietspiegel erstellen oder billigen, der den Interessen ihrer jeweiligen Mitglieder widerspricht, weil er die ortsübliche Vergleichsmiete, die tatsächlichen Verhältnisse ignorierend, unzutreffend abbildet.

Ob die Indizwirkung eines einfachen Mietspiegels im Einzelfall zum Nachweis der Ortsüblichkeit der verlangten Miete ausreicht, hängt davon ab, welche Einwendungen der auf Zustimmung zur Mieterhöhung in Anspruch genommene Mieter gegen den Erkenntniswert der Angaben des Mietspiegels erhebt. Trägt der Mieter etwa substantiiert vor, den Verfassern des Mietspiegels habe es an der erforderlichen Sachkunde gefehlt oder sie hätten sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen oder der Mietspiegel beruhe auf unrichtigem oder nicht repräsentativem Datenmaterial, wird der Tatrichter dem nachzugehen haben. Verbleiben danach Zweifel an der Verlässlichkeit des Mietspiegels, ist die Indizwirkung erschüttert. In diesem Fall ist es Sache des Vermieters als Anspruchsteller, für seinen Vortrag, die von ihm verlangte neue Miete liege innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete, anderweit Beweis anzutreten.

15.1.7 Begründung mit Typengutachten

Mit der nach § 558a BGB erforderlichen Begründung des Mieterhöhungsverlangens sollen dem Mieter im Interesse einer außergerichtlichen Einigung die Tatsachen mitgeteilt werden, die er zur Prüfung einer vom Vermieter nach § 558 BGB begehrten Mieterhöhung benötigt.³⁴⁵ Im Falle der Beifügung eines Sachverständigengutachtens ist der Begründungspflicht grundsätzlich Genüge getan, wenn das Gutachten Angaben über Tatsachen enthält, aus denen die geforderte Mieterhöhung hergeleitet wird, und zwar in einem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise selbst überprüfen zu können.³⁴⁶ Der Sachverständige muss somit eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete treffen und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnen.³⁴⁷

Diese Anforderungen werden von einem "Typengutachten", das ohne Besichtigung der Wohnung des konkreten Mieters erstellt wurde, gerecht, so dass die formelle Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens dadurch nicht in Frage gestellt wird.³⁴⁸ Bei der Begründung des Mieterhöhungsverlangens durch Benennung von drei Vergleichswohnungen (§ 558 Abs. 2 Nr. 4 BGB) ist es dem Vermieter ebenfalls unbenommen, sich auf Wohnungen aus dem eigenen Bestand zu beziehen.³⁴⁹ Auch ein sog. Typengutachten versetzt den Mieter entsprechend dem Zweck des §

³⁴⁴ so AG Frankfurt/Main, NJW-RR 1989, 12 f.; DWW 1991, 54; *Börstinghaus*, WuM 1997, 421, 423.

³⁴⁵ BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 74/08, NJW 2009, 1667, Tz. 8; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NZM 2008, 124, Tz. 18; BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NJW-RR 2006, 1305, Tz. 17.

³⁴⁶ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573, Tz. 12.

³⁴⁷ BVerfG v. 5.5.1996 - 1 BvR 12/85, WuM 1986, 239; BVerfG v. 14.5.1986 - 1 BvR 494/85, NJW 1987, 313 f.

³⁴⁸ BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, ZMR 2010, 843.

³⁴⁹ BT-Drs. 14/4553, S. 54 f.; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558a BGB Rz. 31; Schmidt-Futterer/ *Börstinghaus*, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a BGB Rz. 98, 100.

558a BGB in die Lage, der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachzugehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können, und ist daher zur formellen Begründung eines Mieterhöhungsverlangens ausreichend.³⁵⁰ 79

15.1.8 Flächenabweichung

Eine verbreitete Auffassung leitet aus § 557 Abs. 4 BGB bzw. § 558 Abs. 6 BGB (zuvor § 10 Abs. 1 MHG) her, dass die Vereinbarung einer gemessen an den tatsächlichen Verhältnissen zu großen Wohnfläche für spätere Mieterhöhungen nach § 558 BGB nicht verbindlich sei, weil es sich um eine verkappte Mieterhöhungsmöglichkeit handele, die dem Vermieter gestatte, die Miete über die ortsübliche Vergleichsmiete hinaus zu erhöhen.³⁵¹

Dieser Auffassung folgt der BGH nicht.³⁵² Eine Wohnflächenvereinbarung wird von den Mieterschutzbestimmungen der §§ 557 Abs. 4, 558 Abs. 6 BGB nicht erfasst. Nach § 557 BGB kann der Vermieter Mieterhöhungen, sofern er sie nicht während des Mietverhältnisses mit dem Mieter vereinbart (§ 557 Abs. 1 BGB), nur nach Maßgabe der §§ 558 ff. BGB verlangen. Mit dem in § 557 Abs. 4 BGB enthaltenen und in § 558 Abs. 6 BGB noch einmal wiederholten Verbot von Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Bestimmungen zum Nachteil des Mieters abweichen, sind Abreden gemeint, die die formellen oder materiellen Voraussetzungen für eine Mieterhöhung abändern.³⁵³ Dies trifft auf eine Wohnflächenvereinbarung nicht zu, selbst wenn sie im Rahmen eines späteren Mieterhöhungsverfahrens mittelbar Bedeutung erlangen kann.

15.1.9 Behebung von Mängeln im Prozess

15.1.9.1 Bezugnahme auf früheres Mieterhöhungsverlangen

Ein zunächst unzureichend begründete Mieterhöhungsverlangen kann im Laufe des Prozesses nach § 558b Abs. 3 BGB nachgebessert werden.

Dazu reicht es aus, wenn der Vermieter, der im Mieterhöhungsbegehren die Anrechnung von Drittmitteln nicht mitgeteilt hat, im Prozess ein früheres Mieterhöhungsverlangen, das die erforderlichen Angaben zur Höhe und Berechnung der Zinsverbilligung enthält, als Anlage zu einem Schriftsatz noch einmal vorlegt.³⁵⁴ Insoweit schadet es dem Vermieter nicht, dass er weiterhin an seiner Rechtsauffassung festhält, eine Anrechnung der Zinsverbilligung habe im Rahmen der jetzigen Mieterhöhung nicht mehr zu erfolgen.

15.1.9.2 Wechsel von Netto- auf Brutto- oder Teilinklusive Miete

Bei einer Bruttomiete, die unter Heranziehung eines Mietspiegels, der Nettomieten ausweist, erhöht werden soll, bedarf es einer Umrechnung, um die Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Mietstrukturen - Bruttomiete einerseits, Nettomiete andererseits - zu gewährleisten.³⁵⁵ Dies gilt

³⁵⁰ a.A. Mersson in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Stand Dezember 2009, § 558a BGB Rz. 6.5a.

³⁵¹ OLG Hamburg, NZM 2000, 654, 655; LG Berlin, WuM 2004, 613; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., IV Rz. 167; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 9. Aufl., § 558 BGB Rz. 64; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 558 Rz. 32; Münch-KommBGB/*Artz*, 5. Aufl., § 558 BGB Rz. 23; Bamberger/Roth/*Ehlert*, 2. Aufl., § 558 BGB Rdnr. 28; *Kraemer*, WuM 1998, Beil. zu Heft 12, 13, 18; *Vehslage*, DWW 1998, 227, 228.

³⁵² BGH v. 8.7.2009 - VIII ZR 205/08, WuM 2009, 460 m. Anm. *Börstinghaus* = GE 2009, 1038.

³⁵³ vgl. BGH v. 7.2.2007 - VIII ZR 122/05, NJW-RR 2007, 667, Tz. 15 f. zum Zustimmungserfordernis

³⁵⁴ BGH v. 1.4.2009 - VIII ZR 179/08, WuM 2009, 353 = GE 2009, 645 = ZMR 2009, 674.

³⁵⁵ BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NJW-RR 2006, 227, Tz. 13.

entsprechend im Falle einer Teilinklusivmiete, bei der nur ein Teil der Betriebskosten in der Grundmiete enthalten ist. Die Vergleichbarkeit ist dabei in der Weise herzustellen, dass entweder in Höhe der auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten, die in der Grundmiete enthalten sind, ein Zuschlag zu der im Mietspiegel ausgewiesenen ortsüblichen Nettomiete vorgenommen oder der Betriebskostenanteil aus der vereinbarten Bruttomiete herausgerechnet wird. Angaben zur Höhe der in der Brutto- oder Teilinklusivmiete enthaltenen Betriebskosten gehören dabei zu der nach § 558a BGB erforderlichen (formellen) Begründung des Mieterhöhungsverlangens, die dem Mieter die Möglichkeit geben soll, die sachliche Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens zu überprüfen und auf diese Weise überflüssige Prozesse zu vermeiden.³⁵⁶

Diesen Anforderungen wird ein Mieterhöhungsverlangen, das keine Angaben zu den in der Miete enthaltenen Betriebskosten enthält, nicht gerecht. Der Vermieter kann es jedoch insoweit nach § 558b Abs. 3 BGB während des Prozesses durch die Angabe der auf die Wohnung zuletzt entfallenden und in der Miete bereits enthaltenen Betriebskosten nachbessern.³⁵⁷ Mit einer solchen Nachholung der Angaben zu den Betriebskosten wird kein vom ursprünglichen Begehren unabhängiges "weiteres" Mieterhöhungsverlangen gestellt, selbst wenn der Vermieter in seinem ursprünglichen Mieterhöhungsverlangen von einer Nettomiete (und nicht von einer Teilinklusivmiete) ausgegangen ist und ausdrücklich eine Erhöhung der "Nettokaltmiete" begehrt hat. Dies steht einer Nachbesserung gemäß § 558b Abs. 3 BGB nicht entgegen, wenn der Vermieter nach wie vor (z.B. neben der Garagenmiete und den unveränderten Vorauszahlungen für die abzurechnenden Betriebskosten) eine Erhöhung der Miete in den ursprünglich geltend gemachten Rahmen (hier: von ursprünglich 500 € auf 550 €) begehrt. Es geht mithin lediglich um die Nachbesserung der im Hinblick auf die tatsächlich vereinbarte Teilinklusivmiete unzureichenden Begründung des ursprünglichen Mieterhöhungsverlangens.

15.1.9.3 Nachbesserung und Sperrfrist

Nach § 558 Abs. 1 Satz 2 BGB kann ein wirksames Mieterhöhungsverlangen frühestens ein Jahr nach der letzten Mieterhöhung gestellt werden. Da eine Teilzustimmung des Mieters zum Mieterhöhungsverlangen des Vermieters im Umfang der Zustimmung eine Mieterhöhung wirksam werden lässt, wird die Auffassung vertreten, dass innerhalb der Sperrfrist eine Nachbesserung nicht möglich sei.³⁵⁸

Die durch eine teilweise Zustimmung des Mieters zu einem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters wirksam gewordene Mieterhöhung steht einer fristgemäß erhobenen Klage des Vermieters wegen des Restbetrages - auch im Hinblick auf die Sperrfrist des § 558 Abs. 1 Satz 2 BGB - nicht entgegensteht.³⁵⁹ § 558b Abs. 3 BGB gestattet dem Vermieter, ein Mieterhöhungsverlangen, das den Anforderungen des § 558a BGB nicht entspricht, noch im Rechtsstreit - auch in der Berufungsinstanz - nachzuholen oder die Mängel des Mieterhöhungsverlangens zu beheben. Für eine solche Nachholung oder Nachbesserung gilt die Sperrfrist im Hinblick auf die Mieterhö-

³⁵⁶ BGH v. 12.7.2006 - VIII ZR 215/05, NZM 2006, 864, Tz. 13; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848, Tz. 9 f.

³⁵⁷ BGH v. 20.1.2010 - VIII ZR 141/09, WuM 2010, 161 = GE 2010, 338 = ZMR 2010, 435.

³⁵⁸ Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 558b BGB Rz. 38.

³⁵⁹ BGH v. 20.1.2010 - VIII ZR 141/09, WuM 2010, 161 = GE 2010, 338 = ZMR 2010, 435.

hung, die bereits infolge der Teilzustimmung des Mieters wirksam geworden ist, **81**
nicht. Denn das ursprüngliche Mieterhöhungsverlangen ist erst mit dem Abschluss
des Rechtsstreits über den vom Mieter nicht akzeptierten Teil des Mieterhöhungsbegehrens ins-
gesamt erledigt.³⁶⁰ Ansonsten hätte es der Mieter weitgehend in der Hand, durch eine – ggfs.
auf einen geringfügigen Betrag beschränkte – Zustimmung die in § 558b Abs. 3 BGB vorgese-
hene Heilung der Mängel des Mieterhöhungsverlangens oder dessen wirksame Neuvornahme im
anhängigen Rechtsstreit zu verhindern und den Vermieter auf einen neuen Prozess zu verwei-
sen. Dies widerspräche auch der Prozessökonomie. Die Möglichkeiten der Nachholung eines
Mieterhöhungsverlangens sind durch das Mietrechtsreformgesetz inhaltlich ausgeweitet worden,
weil im Interesse der Prozessökonomie vermieden werden sollte, dass Mieterhöhungsprozesse
lediglich wegen formeller Mängel mehrfach neu aufgerollt werden müssen.³⁶¹ Schutzwürdige
Interessen des Mieters sind nicht betroffen, denn dieser ist ausreichend dadurch geschützt,
dass ihm auch bei einer Nachbesserung oder Nachholung des Mieterhöhungsverlangens die
zweimonatige Überlegungsfrist zusteht und der Vermieter auf diesem Wege keinen höheren
Betrag verlangen kann, als er bereits mit dem ursprünglichen Mieterhöhungsbegehren geltend
gemacht hat.

15.2 Wegfall oder Fehlen der Geschäftsgrundlage

Haben die Parteien im Mietvertrag vereinbart, dass das Objekt preisgebunden sein soll, verstößt
diese Regelung gegen § 557 Abs. 4, 558 Abs. 6 BGB.³⁶² Hat der Vermieter über Jahre in dem
irrigen Glauben der Preisbindung entsprechende Mieterhöhungen durchgeführt, stellt sich die
Frage, ob die Voraussetzungen des § 313 BGB eingreifen und zu welcher Rechtsfolge das führt.

Nach Auffassung des BGH ist § 313 BGB mit der Folge anwendbar, dass der Vermieter eine An-
passung in dem Umfang verlangen kann, der durch fiktive Mieterhöhungen nach § 558 BGB
gebildet wird.³⁶³ Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages werde gebildet durch die bei Vertrags-
schluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgeg-
ner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom
Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der
Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.³⁶⁴ Diese Voraussetzungen seien hinsichtlich der Preis-
gebundenheit der Wohnung erfüllt, wenn es den Vorstellungen der Parteien bei Abschluss des
Mietvertrages entsprach, dass die Wohnung der Mietpreisbindung unterliegt. Die Preisgebun-
denheit einer Wohnung ist auch kein Umstand, der nach der gesetzlichen Regelung der Risiko-
sphäre des Vermieters zugeordnet ist. Die Einordnung einer Wohnung als preisfreier oder preis-
gebundener Wohnraum steht nicht im Belieben des Vermieters, sondern richtet sich nach den
einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (hier § 17 Abs. 1 II. WoBauG). Dem Vermieter ist ein
unverändertes Festhalten am Mietvertrag angesichts des erst nach langjähriger Vertragsdauer
zu Tage getretenen Fehlens der Geschäftsgrundlage nicht zumutbar, wenn die vor mehr als 25

³⁶⁰ so schon BayObLG, NJW-RR 1989, 1172, zu § 2 MHG.

³⁶¹ BT-Drs. 14/4553, S. 56.

³⁶² BGH v. 7.2.2007 – VIII ZR 122/05, WuM 2007, 133 = GE 2007, 510.

³⁶³ BGH v. 24.3.2010 – VIII ZR 160/09, WuM 2010, 299 = ZMR 2010, 675; BGH v. 7.7.2010 – VIII ZR 279/09, ZMR 2010, 944.

³⁶⁴ BGHZ 120, 10, 23; BGH v. 15.11.2000 - VIII ZR 324/99, WM 2001, 523, unter II 1 a; BGH v. 8.2.2006 - VIII ZR 304/04, WM 2006, 828, Tz. 8.

Jahren vereinbarte Ausgangsmiete nur etwa 40 % der zuletzt geforderten Kostenmiete und nur etwa 44 % der ortsüblichen Vergleichsmiete des Jahres 2007 beträgt, der Vermieter Mieterhöhungen nach §§ 558 ff. BGB für die Vergangenheit nicht mehr nachholen und den Stand der ortsüblichen Vergleichsmiete auch für die Zukunft mit Rücksicht auf die Kapazitätsgrenze und die Sperrfrist des § 558 BGB nicht in absehbarer Zeit erreichen kann.

Eine Vertragsanpassung im Interesse des Vermieters ist hier nicht schon deshalb erforderlich, weil er die Miete angesichts der fehlenden Preisbindung der Wohnung nicht nach §§ 10, 8a WoBindG erhöhen kann, denn auch bei preisfreiem Wohnraum hat der Vermieter grundsätzlich die Möglichkeit, die Miete zu erhöhen, nämlich nach § 558 BGB bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete. Die Notwendigkeit einer Vertragsanpassung ergibt sich vielmehr erst aus dem Zeitablauf seit dem Beginn des Mietverhältnisses und dem Umstand, dass der Vermieter nach § 558 BGB mögliche Mieterhöhungen im Vertrauen auf das Bestehen der Preisbindung über einen Zeitraum von 25 Jahren nicht geltend gemacht hat und sie jetzt nicht mehr nachholen kann. Hinzu kommt, dass der Vermieter ohne eine Vertragsanpassung auch durch künftige Mieterhöhungen die ortsübliche Vergleichsmiete in absehbarer Zeit nicht annähernd erreichen dürfte. Es liege zwar nahe, dass der gewerbliche Vermieter, falls die Parteien nicht von preisgebundenem Wohnraum ausgegangen wären, seit Beginn des Mietverhältnisses Mieterhöhungsverfahren nach § 558 BGB durchgeführt und in den Grenzen dieser Vorschrift auch die Anhebung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete erreicht hätte. Obergrenze für eine Anpassung des Vertrages ist damit aber die ortsübliche Vergleichsmiete; auch aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung oder der unzulässigen Rechtsausübung kann dem Mieter die Rückforderung der in den Jahren 2004 bis 2006 gezahlten Miete insoweit nicht verwehrt werden, als sie Zahlungen über die ortsübliche Miete hinaus erbracht hat.

15.3 Umstellung der Belieferung nach § 4 Abs. 5 Nr. 2 MHG

Gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 2 MHG konnte der Vermieter bis zum 31.08.2001 (Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB) einseitig wirksam bestimmen, dass die Belieferung mit Gas, Wasser, Elektrizität und Wärme unmittelbar durch einen Dritte, der mit dem Mieter sodann direkt abrechnen können sollte, erfolgen sollte. Abzustellen ist dabei auf den Zugang der Erklärung, weil § 4 Abs. 5 Nr. 2 MHG erst durch Art. 10 Nr. 1 des MRRG vom 19.6.2001 (BGBl. I S. 1149) zum 1.9.2001 aufgehoben wurde.

Insoweit darf sich der Versorger zur Erfüllung seiner Verpflichtungen Dritter bedienen.³⁶⁵ Sollten insoweit höhere Kosten entstehen, liegt eine Verletzung des Gebots der Wirtschaftlichkeit (§ 556 Abs. 3 BGB) bei der Auswahl des Versorgers vor. Dies kann jedoch allenfalls innerhalb der Vertragsbeziehungen des Mieters mit dem Vermieter Bedeutung erlangen, nicht jedoch gegenüber dem Versorger. Hat der Versorger dem Mieter in diesem Zusammenhang ein Angebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrages erteilt, indem er einen Vertragsentwurf übermittelt, kommt dieser Vertrag konkludent durch die Abnahme der Lieferung zustande.³⁶⁶

³⁶⁵ BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 235/08, WuM 2010, 89 = NZM 2010, 314.

³⁶⁶ BGH v. 30.4.2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 unter II 1 a; BGH v. 26.1.2005 - VIII ZR 66/04, NJW-RR 2005, 639, unter II 1 b aa.

In der Literatur und der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird fast einhellig die Auffassung vertreten, eine mit Hilfe automatischer Einrichtungen gefertigte Erklärung nach § 10 WoBindG (ebenso nach dem früheren § 8 MHG) sei nur wirksam, wenn sie den Namen der natürlichen Person angebe, die für das Schreiben verantwortlich ist, und die bloße Angabe der juristischen Person, von der das Schreiben stammt, genüge nicht.³⁶⁷ Als Begründung wird teilweise angegeben, der Erklärungsempfänger müsse im Hinblick auf § 174 BGB prüfen können, ob die erklärende natürliche Person vertretungsberechtigt sei.

Dem folgt der BGH nicht.³⁶⁸ Nach seiner Auffassung genügt eine Mietänderungserklärung den formellen Anforderungen gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 und 5 WoBindG, wenn die maschinell erstellte Unterschrift am Ende des Schreibens nur die Bezeichnung des Vermieters und nicht zusätzlich den Namen der natürlichen Person angibt, die das Schreiben abgefasst oder veranlasst hat. Die maschinelle Unterschrift bei einer Erklärung nach § 10 WoBindG sei - ebenso wie die Angabe der "Person des Erklärenden" bei einer Erklärung in Textform (§ 126b BGB) - erforderlich, damit der Empfänger überhaupt weiß, von wem das Schreiben stammt.³⁶⁹ Für diesen Zweck reicht aber bei einer maschinell oder in Textform abgegebenen Erklärung einer juristischen Person die Angabe des Namens der juristischen Person aus. Es wäre eine leere Förmel, darüber hinaus die Angabe des Namens der natürlichen Person zu verlangen, die das Schreiben unterzeichnet hätte, wenn nicht die Unterschrift wegen der vom Gesetz aus Gründen der Vereinfachung erlaubten Textform oder maschinellen Unterschrift entbehrlich wäre. Die erleichterte Form dient dem Zweck, den Rechtsverkehr in den Fällen zu vereinfachen, in denen eine Erklärung - etwa aus Informations- oder Dokumentationsgründen - zwar einer textlichen Niederlegung bedarf, aber die Einhaltung der strengeren Schriftform wegen des Erfordernisses der eigenen Unterschrift unangemessen verkehrerschwere ist. Dies kommt insbesondere bei Vorgängen in Betracht, bei denen die Beweis- und Warnfunktion der Schriftform allenfalls geringe Bedeutung hat und bei denen keiner der Beteiligten und auch kein Dritter ein ernsthaftes Interesse an einer Fälschung der Erklärung haben kann.³⁷⁰ Auch der Hinweis auf § 174 BGB sei nicht zielführend. Die erleichterte Form sei im Interesse der Vereinfachung des Rechtsverkehrs für Erklärungen vorgesehen, bei denen keine ernsthafte Gefahr besteht, dass sie gefälscht oder von einem unbefugten Dritten (*falsus procurator*) abgegeben werden. Dies trifft auch für Erklärungen nach § 10 WoBindG zu. Wenn vor dem Hintergrund des § 174 BGB auch hier die Angabe der natürlichen Person zwingend erforderlich wäre, die für die juristische Person gehandelt hat, müsste der Erklärende der maschinell erstellten Erklärung jeweils vorsorglich eine (eigenhändig unterzeichnete) Vollmachtsurkunde beifügen, so dass die erstrebte Vereinfachung des Rechtsverkehrs gerade nicht erreicht würde. Die Auslegung des § 10 Abs. 1 Satz 5 WoBindG muss sich aber an dem Sinn und Zweck der Vorschrift orientieren, die mit dem Einsatz von elektronischen

³⁶⁷ LG Essen, MDR 1979, 57; LG Wiesbaden, WuM 1996, 282; LG Hamburg, WuM 1993, 65; LG Berlin, GE 1992, 717; *Schultz* in Bub/Treier, 3. Aufl., III Rz. 384; ebenso zu einer Erklärung in Textform nach § 126b BGB: LG Hamburg, NZM 2005, 255 f.; *Sternel*, Mietrecht aktuell, IV Rz. 91; MünchKomm BGB/Artz, 5. Aufl., § 558a BGB Rz. 6; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 9. Aufl., Vor § 558 BGB Rz. 65.

³⁶⁸ BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 321/09, GE 2010, 1117 = ZMR 2010, 946 NZM 2010, 734.

³⁶⁹ *Jana*, MDR 2006, 368, 369.

³⁷⁰ vgl. BT-Drs. 14/4987, S. 18 f.

Datenverarbeitungsanlagen einhergehende Arbeitersparnis bei der Erstellung von Erklärungen des Vermieters nicht wieder durch das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift aufzuheben. 84

16 Betriebskosten

16.1 Aufteilung der umlegbaren und nicht umlegbaren Hauswartkosten

Dem Vermieter, der bei den Kosten des Hauswerts einen pauschalen Abzug nicht umlagefähiger Verwaltungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten vorgenommen hat, den der Mieter im Prozess (schlicht) bestreitet, obliegt eine nähere Konkretisierung im Rahmen seiner prozessualen Darlegungslast.³⁷¹

Insoweit treffen den Vermieter aber keine besonderen Anforderungen, wenn er keinen pauschalen Abzug für nicht umlagefähige Kosten vorgenommen hat, sondern von vornherein die Kosten (4.468,32 €) in die Abrechnung einstellt, die in dem von ihm mit dem Hausmeister abgeschlossenen Vertrag als jährliches Entgelt für die im Leistungsverzeichnis konkret bezeichneten (umlagefähigen) Tätigkeiten des Hausmeisters vereinbart sind.³⁷² Dies gilt insbesondere, wenn der Vermieter zusätzlich im Prozess diesen Vertrag sowie den weiteren Vertrag vorgelegt, den er mit dem Hausmeister über nicht umlagefähige Tätigkeiten abgeschlossen hat. Hilfreich ist ferner, dass der Vermieter zum Umfang der Tätigkeit des Hausmeisters erläutert, dass dieser für die dargelegten umlagefähigen Tätigkeiten täglich ca. zwei Stunden und für die übrigen Tätigkeiten ca. eine halbe Stunde aufwende. Angesichts dieser detaillierten Angaben trifft der von dem Mieter erhobene Einwand, die in der Abrechnung angesetzten umlagefähigen Kosten des Hauswerts seien "nicht nachvollziehbar", nicht zu.

16.2 Terrorversicherung

16.2.1 Grundsätzliche Umlagefähigkeit

Die Anlage 3 zu § 27 II. BV umfasst gemäß deren Nr. 13 "die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung. Hierzu gehören namentlich die Kosten der Versicherung des Gebäudes gegen Feuer-, Sturm- und Wasserschäden, der Glasversicherung, der Haftpflichtversicherung für das Gebäude, den Öltank und den Aufzug." Die Aufzählung ist nur beispielhaft und damit nicht abschließend. Unter Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 II. BV fallen somit grundsätzlich alle Sach- und Haftpflichtversicherungen, die dem Schutz des Gebäudes und seiner Bewohner und Besucher dienen.

Die Terrorversicherung gehört als Gebäudeversicherung (A § 3 Allgemeine Bedingungen für die Terrorversicherung) zu den Sachversicherungen.³⁷³ Der Umlage der Kosten für die Terrorversicherung steht auch nicht entgegen, dass diese Kosten erst nach Mietvertragsabschluss durch einen gesondert abgeschlossenen Terrorversicherungsvertrag entstanden sind, wenn der Mieter nach den Regelungen des Mietvertrages verpflichtet ist, den Mehrbetrag, der durch die Erhö-

³⁷¹ BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 27/07, NZM 2008, 403, Ls. 2, Tz. 26 ff.

³⁷² BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 137/09, WuM 2010, 153 = GE 2010, 333 = NZM 2010, 274 = ZMR 2010, 433; vgl. auch BGH v. 23.2.2010 - VIII ZR 199/09, WuM 2010, 295 = GE 2010, 759.

³⁷³ BGH v. 13.10.2010 - XII ZR 129/09, GE 2010, 1111 = ZMR 2010, 948 = NZM 2010, 864.

hung oder Neueinführung von Betriebskosten entsteht, vom Zeitpunkt der Entstehung an zu zahlen. 85

16.2.2 Gebot der Wirtschaftlichkeit

Dieses Gebot bezeichnet die auf Treu und Glauben beruhende vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, den Mieter nur mit Nebenkosten zu belasten, die erforderlich und angemessen sind.³⁷⁴ Nur solche Kosten darf der Vermieter in Ansatz bringen. Für die Wohnraummiete ist diese Verpflichtung in § 556 Abs. 3 Satz 1, § 560 Abs. 5 BGB und § 24 Abs. 2 Satz 1 II. BV und § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV geregelt.

Sie gilt gemäß § 242 BGB auch für die Geschäftsraummiete.³⁷⁵ Auch der Vermieter von Geschäftsräumen darf nach Treu und Glauben nur solche Kosten auf den Mieter umlegen, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügen.³⁷⁶ Zur Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes kann auf dessen Definition in § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV und § 24 Abs. 2 der II. BV zurückgegriffen werden. Danach dürfen nur solche Kosten umgelegt werden, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Maßgebend ist somit der Standpunkt eines vernünftigen Vermieters, der ein vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge behält.³⁷⁷ Dabei steht dem Vermieter ein Entscheidungsspielraum zu. Er ist nicht gehalten, stets die billigste Lösung zu wählen, sondern darf andere für eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung relevante Kriterien, wie z.B. die Zuverlässigkeit des anderen Vertragspartners, mit in seine Entscheidungsfindung einbeziehen.³⁷⁸ Nachdem die Gebäudeversicherer aufgrund des Terroranschlags auf das World Trade Center nicht mehr bereit waren, für Gebäude mit einer Versicherungssumme von mehr als 25 Millionen € das Risiko eines Terroranschlags, das bis dahin als vernachlässigendes Risiko angesehen wurde und deshalb ohne zusätzliche Prämie in der Feuerversicherung mitversichert worden war, weiterhin kostenfrei mitzuversichern, stellte sich für die Gebäudeeigentümer die Frage, ob sie eine gesonderte Terrorschadensversicherung abschließen sollten. Eine solche Versicherung für Objekte mit einem Versicherungswert von mehr als 25 Millionen € bot nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im streit-gegenständlichen Zeitraum nur die E. Versicherungs-AG an. Nach deren Allgemeinen Bedingungen für die Terrorversicherung (ATB) sind Terrorakte (A § 1 Nr. 2 ATB) jegliche Handlungen von Personen oder Personengruppen zur Erreichung politischer, religiöser, ethnischer oder ideologischer Ziele, die geeignet sind, Angst oder Schrecken in der Bevölkerung oder Teilen der Bevölkerung zu verbreiten und dadurch auf eine Regierung oder staatliche Einrichtungen Einfluss zu nehmen. Entschließt sich der Eigentümer eines Gebäudes mit einem Versicherungswert von mehr als 25 Millionen €, eine Terrorversicherung abzuschließen, kann er die dadurch entstehenden Kosten allerdings nur dann auf die Mieter umlegen, wenn die Kosten dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit genügen, d.h. erforderlich und angemessen sind. Es muss daher für das

³⁷⁴ vgl. BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 560 BGB Rz. 73.

³⁷⁵ BGH v. 13.10.2010 - XII ZR 129/09, GE 2010. 1111 = ZMR 2010, 948 = NZM 2010, 864.

³⁷⁶ KG, GE 2008, 122; *Beyerle* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Kap. 11 Rn. 9; *Schmid*, Hb der Mietennebenkosten, 11. Aufl., Rz. 1054; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., G Rz. 7; Fritz, Gewerberaummiete, 4. Aufl., Rz. 137g; *Beyer*, NZM 2007, 1, 2.

³⁷⁷ vgl. BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440; OLG Brandenburg, WuM 2007, 510; *Schmid*, Hb der Mietennebenkosten, 11. Aufl., Rz. 1055 ff.

³⁷⁸ vgl. *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 337a; MünchKomm/*Schmid*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 106.

jeweils versicherte Gebäude geprüft werden, ob eine Versicherung gegen Terrorakte im Einzelfall erforderlich und ob die konkret abgeschlossene Versicherung angemessen ist, d.h. ob ein vernünftiger Vermieter, der ein vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge hat, die Versicherung abgeschlossen hätte.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist davon auszugehen, dass ein vernünftiger Eigentümer eine mit erheblichen Kosten verbundene Terrorversicherung nur abschließen wird, wenn konkrete Umstände vorliegen, die die Gefahr eines Gebäudeschadens durch einen terroristischen Angriff begründen.³⁷⁹ Ist dagegen ein Gebäudeschaden durch einen terroristischen Angriff unwahrscheinlich und kann ein solcher lediglich nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, entspricht es keiner vernünftigen Bewirtschaftung, dieses rein theoretische Risiko mit erheblichem finanziellem Aufwand abzusichern.

Die Gegenansicht³⁸⁰ argumentiert, der Ort von Terroranschlägen sei nicht vorhersehbar, deshalb sei jedes Gebäude der Welt gefährdet und deshalb sei für jedes Gebäude eine Terrorversicherung erforderlich und angemessen. Dieses Argument überzeugt nicht. Ein wirtschaftlich denkender Eigentümer wird für die Versicherung eines fern liegenden Risikos keine erheblichen Kosten aufwenden. Denn zwischen Kosten und Nutzen besteht in diesen Fällen ein deutliches Ungleichgewicht.

Für welche Gebäude eine begründete Gefahr von Terroranschlägen besteht, lässt sich aus den Erfahrungen und den sich daraus ergebenden Motiven der Terroristen herleiten, die in der Definition von Terrorakten in den Allgemeinen Bedingungen für die Terrorversicherung ihren Niederschlag gefunden haben. Danach bezwecken die Angriffe eine Schwächung tragender staatlicher Strukturen durch die Verbreitung von Angst und Schrecken in der Bevölkerung. Zu den gefährdeten Gebäuden gehören deshalb insbesondere Gebäude mit Symbolcharakter (z.B. der Eiffelturm), Gebäude, in denen staatliche Macht ausgeübt wird (militärische Einrichtungen, Regierungs- und Parlamentsgebäude), Gebäude, vor allem in Großstädten oder Ballungszentren, in denen sich regelmäßig eine große Anzahl von Menschen aufhält (Bahnhöfe, Flughäfen, Touristenattraktionen, Sportstadien, Büro- oder Einkaufszentren), sowie Gebäude, die sich in unmittelbarer Nachbarschaft der genannten Gebäude befinden.

Im konkreten Fall lagen die Mietobjekte in einem großen Gebäudekomplex mit außergewöhnlicher Architektur, der einen Wert von ca. 286 Millionen € hat. In den Mietobjekten sind städtische Ämter untergebracht. Der Gebäudekomplex befindet sich in unmittelbarer Nachbarschaft zum Statistischen Bundesamt und in der Nähe eines Fußballstadions. Angesichts der Art des Gebäudes, seiner Frequentierung, seiner Lage und seines Wertes ist von einer Grundgefährdung des Gebäudes für Schäden durch Terroranschläge auszugehen.³⁸¹ Der Abschluss einer Terrorversicherung war deshalb aus der Sicht eines vernünftigen Vermieters erforderlich, um bei Eintritt des Versicherungsfalles die Sachschäden an dem Gebäude abzusichern.

³⁷⁹ Schmidt-Futterer/*Langenberg*, 9. Aufl., Mietrecht, § 556 BGB Rz. 173; *Beyerle* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Kap. 11 Rz. 110; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiете, 5. Aufl., G Rz. 37, A Rz. 102; *Walz* in: Eisenschmid/Rips/Wall, Rz. 3679; AG Pankow-Weißensee, GE 2009, 57; AG Spandau, GE 2005, 1255; *Kinne*, GE 2004, 1500; *Lattka*, ZMR 2008, 929, 933.

³⁸⁰ OLG Stuttgart, NZM 2007, 247; *Schmid*, Hb der Mietnebenkosten, 11. Aufl., Rz. 5271b; Langheid, Rupietta, NJW 2005, 3233, 3237.

³⁸¹ BGH v. 13.10.2010 – XII ZR 129/09, GE 2010. 1111 = ZMR 2010, 948 = NZM 2010, 864.

16.3 Änderung der Mietstruktur im preisgebundenen Wohnraum 87

Der Vermieter konnte nach früherer Rechtslage bei preisgebundenem Wohnraum die Betriebskosten in die Durchschnittsmiete einrechnen.³⁸² Diese Möglichkeit ist auf Grund der am 1.5.1984 in Kraft getretenen Änderung des § 20 NMV mit Ablauf der Übergangsfrist des § 25b NMV (31.12.1985) entfallen; der Vermieter preisgebundenen Wohnraums kann Betriebskosten seither nur als gesondert abzurechnende Kosten auf den Mieter abwälzen. Wurde dieses Gebot bei Abschluss des Mietvertrages übersehen oder ein Altvertrag entgegen § 25b NMV noch nicht umgestellt, kann die Spezifikation jedenfalls mit Wirkung für die Zukunft nachgeholt werden.³⁸³ Dazu ist eine einseitige Erklärung des Vermieters erforderlich, die den Anforderungen des § 10 WoBindG entspricht³⁸⁴. Auf Grund einer solchen Erklärung kann der Vermieter den Katalog der zu tragenden Betriebskosten für zukünftige Abrechnungszeiträume auf Kostenarten ausdehnen, deren Umlagefähigkeit im Mietvertrag noch nicht vereinbart war.

Diese Praxis hat der BGH bestätigt.³⁸⁵ Danach liegt in der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung die zur Änderung der ursprünglichen Mietstruktur notwendige Erklärung nach § 10 Abs. 1 WoBindG. Diese Vorschrift eröffne dem Vermieter preisgebundenen Wohnraums generell die Möglichkeit zur Erhöhung der Miete, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines geringeren als des nach dem Gesetz zulässigen Entgelts verpflichtet sei. Der Vermieter einer preisgebundenen Wohnung könne deshalb Betriebskosten, deren Umlage im Mietvertrag nicht vereinbart sei, generell durch Erklärung nach § 10 Abs. 1 WoBindG für die Zukunft auf den Mieter umlegen.³⁸⁶ Hierzu genüge die Übermittlung einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung. Denn aus dieser könne der Mieter ersehen, welche Betriebskosten der Vermieter nunmehr geltend mache und mit welchen Kosten er insoweit für die Zukunft rechnen müsse.

*Ungeklärt ist die Frage, ob der Vermieter bei Bestehen einer Vereinbarung i.S.v. § 4 Abs. 8 NMV auch die rückwirkende „Heilung“ herbeiführen kann.*³⁸⁷

16.4 Aufschlüsselung nach § 20 Abs. 1 Satz 3 NMV

Die in der Literatur und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte herrschende Meinung folgert aus § 20 Abs. 1 Satz 3 NMV, dass der Vermieter die voraussichtlichen Kosten für jede Betriebskostenart gesondert angeben müsse.³⁸⁸ Dabei wird zum Teil angenommen, dass der Vermieter, der eine ausreichende Aufschlüsselung bei Abschluss des Mietvertrags versäumt habe, während

³⁸² vgl. dazu im Einzelnen Heix in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Stand Dezember 2009, § 20 NMV Rdnr. 2.1.

³⁸³ LG Mannheim, WuM 1994, 693; LG Berlin, MM 1995, 65.

³⁸⁴ LG Hamburg, ZMR 2005, 620; AG Münster, WuM 1998, 379.

³⁸⁵ BGH v. 14.4.2010 - VIII ZR 120/09, WuM 2010, 364 = GE 2010, 757 = ZMR 2010, 599.

³⁸⁶ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiets, 5. Aufl., B Rz. 29 m.w.N.; Heix in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Stand Dezember 2009,, Rz. 2.5.4 m.w.N.

³⁸⁷ vgl. dazu Lützenkirchen, NZM 2008, 630.

³⁸⁸ OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 12, 13; LG Berlin, GE 2007, 913, 915; LG Hamburg, ZMR 2005, 620, 621; LG Mannheim, WuM 1994, 693, 694; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 130; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Geschäftsraummiets, 5. Aufl., B VI Rz. 28; v. Brunn in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiets, 3. Aufl., Kap. III. A Rz. 35; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 10; a.A. Lützenkirchen, NZM 2008, 630, 631.

der gesamten Mietzeit keine Betriebskosten umlegen dürfe.³⁸⁹ Überwiegend wird jedoch vertreten, dass der Vermieter - etwa durch Übersendung einer spezifizierten Betriebskostenabrechnung - sein Versäumnis für zukünftige Abrechnungsperioden heilen könne.³⁹⁰ 88

Die Notwendigkeit einer Aufschlüsselung von Vorauszahlungen auf die einzelnen Betriebskosten ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 20 NMV.³⁹¹ Zwar müsse der Mieter ersehen können, welche Betriebskosten auf ihn zukommen und welche Belastungen damit ungefähr für ihn verbunden sei. Dazu genüge es aber, dass der Umfang der umzulegenden Betriebskosten durch die Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV umschrieben und die Höhe der ungefähr zu erwartenden Kosten durch den Gesamtbetrag der geforderten Vorauszahlungen mitgeteilt werde. Für den Mieter komme es entscheidend auf die Summe der Nebenkosten an, die er voraussichtlich zu tragen habe, während die Aufschlüsselung von Vorauszahlungen auf die einzelnen Betriebskostenarten für seine Kalkulation regelmäßig von untergeordnetem Interesse sei. Weitergehende Angaben, etwa zu den Verbrauchswerten, die der Vermieter bei der Kalkulation verbrauchsabhängiger Kosten zugrunde gelegt habe, seien ohnehin nicht erforderlich.

16.5 Formularklausel zur verbrauchsabhängigen Abrechnung

Eine Vertragsklausel ist nach § 307 Abs. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchsetzt, ohne dessen Interessen ausreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.³⁹² Zwar setzt die Anwendung von § 307 Abs. 1 BGB voraus, dass die Abweichung vom dispositiven Recht Nachteile von einigem Gewicht für den Vertragspartners des Verwenders begründet. Andererseits wird eine relevante Benachteiligung nicht schon deshalb auszuschließen sein, weil eine bestimmte Gebührenregelung einzelne Betroffene nicht sehr erheblich belastet.³⁹³ Die Prüfung der (Un-)Angemessenheit nach § 307 Abs. 1 BGB setzt eine umfassende Ermittlung sowie eine - an den Grundsätzen von Treu und Glauben orientierte - Abwägung der beiderseitigen Interessen voraus. Zu berücksichtigen sind insbesondere die wirtschaftlichen und sonstigen Auswirkungen der umstrittenen Klausel auf die Parteien, Rationalisierungsinteressen des Verwenders, die Verteilung der vertraglichen Haftung, eine etwa bestehende Verkehrssitte sowie sonstige anzuerkennende Interessen der Vertragspartner. Die Angemessenheitsprüfung hat anhand eines generalisierenden, überindividuellen Maßstabes auf der Grundlage des gesamten Vertragsinhaltes zu erfolgen.

Eine nach den beschriebenen Vorgaben vorzunehmende Interessenabwägung führt zur Unwirksamkeit der Klausel

"... Entsprechendes gilt für die Grundgebühr (sie wird im Verhältnis der je Wohnung erfassten Verbrauchsmenge umgelegt)".

³⁸⁹ Heitgreß, WuM 1984, 263 f.

³⁹⁰ OLG Oldenburg v. 14.2.1997 - 5 UH 1/97, NJW-RR 1998, 12, 13; LG Berlin, GE 2007, 913, 915; LG Hamburg, ZMR 2005, 620, 621; LG Köln, WuM 1991, 259.

³⁹¹ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 137/09, WuM 2010, 153 = GE 2010, 333 = NZM 2010, 274 = ZMR 2010, 433.

³⁹² Erman/Roloff, 12. Aufl., § 307 BGB Rz. 9; Palandt/Grüneberg, 68. Aufl., § 307 BGB Rz. 8 m.w.N.

³⁹³ BGH, NJW 1994, 318 ff.

Nach praktisch einhelliger Auffassung in Literatur³⁹⁵ und Rechtsprechung³⁹⁶ hat der Vermieter im Normalfall den Kostenanteil zu tragen, der auf leerstehende Wohnungen entfällt, weil dieser das Vermietungsrisiko trägt. Eine Abwälzung dieses Vermietungsrisikos auf den Mieter kann schon bei einer (gerade in bestimmten Regionen der neuen Bundesländer nicht unerheblichen) durchschnittlichen Leerstandsquote zu einer beträchtlichen zusätzlichen Kostenbelastung führen, mit der der Mieter bei Vertragsschluss im Regelfall nicht rechnet und die er der Höhe nach nur schwer oder gar nicht vorhersehen kann. Erst recht soll dies für unter den aktuellen Bedingungen des Immobilienmarktes keineswegs nur theoretische Szenario der "Entmietung" ganzer Wohnblöcke mit einer Vielzahl von Wohnungen gelten. In einem solchen Fall kann der normalerweise bei Vollvermietung auf die einzelne Wohnung entfallende Festkostenanteil der Wasserversorgung um ein Vielfaches steigen und zu einer relativ wie absolut unangemessenen Kostenmehrbelastung führen. Dies folgendes Beispiel geradezu exemplarisch: Die bei Vollvermietung und durchschnittlichem Wasserverbrauch von 50 m³ anfallenden jährlichen Wasserkosten von 228,44 Euro steigen bei fast vollständiger Entmietung eines Wohnhauses auf 902,90 Euro und bei Verbleib eines einzigen Mieters auf 1.652,30 Euro. Eine Formulklausel im Mietvertrag, welche die Verschiebung des Leerstandsrisikos in einem solchen Umfang auf den Mieter ermöglicht, benachteiligt den Mieter unangemessen und ist daher grundsätzlich unzulässig.³⁹⁷

Die Unangemessenheit der streitgegenständlichen vertraglichen Bestimmung wird nicht dadurch kompensiert, dass dem Mieter nach der Rechtsprechung des BGH³⁹⁸ ein Anspruch auf Änderung des vereinbarten Abrechnungsschlüssels zugestanden wird, sofern die Voraussetzungen einer krassen Unbilligkeit gegeben sind. Zum einen ist die Schwelle der unangemessenen Benachteiligung durch eine vom gesetzlichen Leitbild abweichende Formulklausel regelmäßig noch unterhalb derjenigen einer krassen Unbilligkeit im Sinne des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder eines Verstoßes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anzusiedeln. Benachteiligungen von Mietern, die infolge einer nicht unerheblichen, aber die Schwelle der krassen Unbilligkeit noch nicht erreichenden Leerstandsquote eintreten, könnte mithin durch die zitierte Rechtsprechung nicht begegnet werden. Zum anderen würde im Falle der Wirksamkeit der Klausel dem Mieter das Prozess- und damit auch ein erhebliches Kostenrisiko einer an den Maßstäben von § 313 BGB bzw. § 242 BGB orientierten Angemessenheitsprüfung aufgebürdet.

16.6 Formelle Fehler

Die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Fehlern einer Abrechnung ist für die Einhaltung der Abrechnungsfrist von Bedeutung. Eine formell fehlerhafte Abrechnung kann der

³⁹⁴ BGH v. 6.10.2010 – VIII ZR 183/09, WuM 2010, 685 = GE 2010, 1615 = NZM 2010, 855; OLG Dresden v. 25.6.2009 – 8 U 402/09, WuM 2010, 158.

³⁹⁵ vgl. *Schmid*, ZMR 98, 609 ff.; *Langenberg*, WuM 2002, 589 ff.; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. 192; *Blank/Börstinghaus*, 3. Aufl, § 556a BGB Rn. 5; *Schmid-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556a BGB Rn. 35; *Sternel*, WuM 2003, 243 ff.

³⁹⁶ BGH, NJW 2003, 2902 f.; BGH, WuM 2004, 150 f.; BGH, NZM 2006, 655; LG Bautzen, WuM 2001, 288 ff.

³⁹⁷ so auch *Sternel*, NZM 2006, 811 ff.

³⁹⁸ BGH v. 31.05.2006 - VIII ZR 159/05, NJW 2006, 2771 ff.; BGH v. 20.09.2006 - VIII ZR 103/06, NJW 2006, 3557 ff.

Vermieter nämlich nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB nicht **90** mehr korrigieren.

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.³⁹⁹

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.⁴⁰⁰ Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters. Allgemein verständliche Verteilungsmaßstäbe bedürfen keiner Erläuterung.

16.6.1 Rechtsfolge Unwirksamkeit

Ein formeller Fehler führt nur dann zur Unwirksamkeit der Abrechnung insgesamt, wenn er sich durchgängig durch die gesamte Abrechnung zieht. Betrifft ein solcher Fehler nur einzelne Kostenpositionen, bleibt die Abrechnung im Übrigen unberührt, wenn die jeweiligen Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können.⁴⁰¹ Eine sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebende Nachforderung verbleibt dem Vermieter dann insoweit, als sie auch ohne Berücksichtigung der unwirksam abgerechneten Positionen gerechtfertigt ist.⁴⁰²

16.6.2 Abrechnung gegenüber einem von mehreren Mietern

Mieten mehrere Personen eine Wohnung, haften sie, sofern nicht etwas anderes vereinbart worden ist, für die Mietforderungen des Vermieters einschließlich der Nebenkosten als Gesamtschuldner (§§ 421, 427 BGB). Der Vermieter ist daher berechtigt, nach seinem Belieben jeden Schuldner ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen (§ 421 Satz 1 BGB). Auch wenn zwischen den Gesamtschuldnern eine Tilgungsgemeinschaft besteht - bis zur Bewirkung der gesamten Leistung bleiben alle Schuldner verpflichtet (§ 421 Satz 2 BGB) - handelt es sich bei den zu einer Gesamtschuld verbundenen Forderungen um selbständige Ansprüche des Gläubigers. Wie die Bestimmung des § 425 BGB zeigt, ist die Gesamtschuld vom Grundgedanken der Einzelwirkung geprägt.⁴⁰³ Daher können sich die einzelnen Gesamtschulden in vielerlei Hinsicht unterschiedlich entwickeln.⁴⁰⁴ Lediglich die von §§ 422 bis 424 BGB erfassten Umstände (Erfüllung, Erlass [sofern nicht nur ein Erlass mit Einzelwirkung anzunehmen ist⁴⁰⁵], Gläubigerverzug) und ihnen vergleichbare Fallgestaltungen wirken für und gegen alle Gesamtschuldner. Allerdings

³⁹⁹ BGH vom 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260, Tz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258, Tz. 15.

⁴⁰⁰ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

⁴⁰¹ BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NZM 2007, 244, Tz. 11.

⁴⁰² BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26.

⁴⁰³ vgl. hierzu BGHZ 108, 98, 100 m.w.N.

⁴⁰⁴ vgl. Palandt/*Grüneberg*, 69. Aufl., § 425 BGB Rz. 1; Staudinger/*Noack*, (2005), § 425 BGB Rzr. 1; vgl. ferner MünchKommBGB/*Bydlinski*, 5. Aufl., § 425 BGB Rz. 1 f.

⁴⁰⁵ vgl. hierzu BGH v. 19.12.1985 - III ZR 90/84, NJW 1986, 1097, unter I 2 b; BGHZ 155, 265, 272.

endet die Unabhängigkeit der einzelnen Gesamtschuldverhältnisse dort, wo sich aus den getroffenen Abreden etwas anderes ergibt, sowie in den Fällen, in denen rechtliche Umstände in Frage stehen, die notwendigerweise Gesamtwirkung haben müssen. So ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses (etwa eines Mietvertrages) nur einheitlich für alle oder gegenüber allen Mietern ausgeübt werden kann.⁴⁰⁶ Dies bedeutet aber nicht, dass auch die von einer Mehrheit von Mietern zu erfüllenden Mietzahlungsverpflichtungen ein einheitliches Schicksal teilen müssen).⁴⁰⁷

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Vermieter nicht gehindert, die nach § 556 Abs. 3 BGB geschuldete Abrechnung der Betriebskosten, die eine Nachforderung zu seinen Gunsten ausweist, nur einem von mehreren Mietern gegenüber vorzunehmen und lediglich diesen auf Ausgleich des sich hieraus ergebenden Nachzahlungsbetrags in Anspruch zu nehmen.⁴⁰⁸ Der Abrechnung von Betriebskosten kommt kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zu. Sie ist lediglich ein Rechenvorgang im Sinne des § 259 BGB.⁴⁰⁹ Die Übermittlung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung an den Mieter dient dazu, die Fälligkeit des sich hieraus ergebenden Saldos, also einer eventuellen Nachforderung des Vermieters oder eines Guthabens des Mieters, herbeizuführen.⁴¹⁰

Die Fälligkeit einer Forderung ist aber kein Umstand, der nur einheitlich gegenüber allen Gesamtschuldnern erfolgen kann.⁴¹¹ Da zwischen ihnen kein Gemeinschaftsverhältnis besteht, kann eine Forderung nach § 425 BGB regelmäßig nur gegenüber jedem Schuldner gesondert fällig gestellt werden.⁴¹²

Selbst wenn mehrere Mieter Mitgläubiger i.S.d. § 432 BGB wären, stünde dies der Inanspruchnahme nur eines Mieters auf Begleichung einer nur ihm gegenüber abgerechneten Nachforderung des Vermieters nicht entgegen. Denn es ist zu unterscheiden zwischen dem Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung, der Geltendmachung einer abgerechneten Nachforderung und der Rückzahlung überschüssiger Nebenkostenvorauszahlungen. Hierbei handelt es sich um drei eigenständige Tatbestände, die unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterworfen sind.

Auch wenn der Vermieter zur gemeinsamen Abrechnung gegenüber allen Mietern verpflichtet sein sollte, aber nur gegenüber einem von mehreren Mietern abrechnet, ändert dies nichts daran, dass die Abrechnung im Verhältnis zu dem Mieter, dem sie erteilt wird, ihre Funktion (Zusammenstellung aller Ausgaben und Einnahmen; Herstellung der Fälligkeit) erfüllt. Der betroffene Mieter kann auch ohne Mitwirkung seiner Mitmieter prüfen, ob die verlangte Nachforderung berechtigt ist oder nicht. Eine mögliche Verletzung der Verpflichtung zur gemeinsamen

⁴⁰⁶ BGHZ 26, 102, 103 m.w.N.; BGH v. 16.3.2005 - VIII ZR 14/04, BGH, NJW 2005, 1715, unter II 1.

⁴⁰⁷ vgl. hierzu auch MünchKommBGB/*Bydlinski*, 5. Aufl., § 425 BGB Rz. 6.

⁴⁰⁸ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, WuM 2010, 356 = GE 2010, 760 = NZM 2010, 577 = ZMR 2010, 749; so auch Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 423; LG Frankfurt/Main, ZMR 2009, 365, 366; a.A. LG Berlin, GE 2000, 1032; GE 2006, 1235; *Kinne* in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 68a; *Schach*, GE 2000, 1677, 1680.

⁴⁰⁹ vgl. BGH v. 23.11.1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573, unter I 2 aa; vgl. ferner Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 327; *Schach*, GE 2000, 1677, 1678; teilweise wird auch der Begriff "Wissenserklärung" verwendet: Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 422, 327; *Schach*, GE 2000, 1677, 1678.

⁴¹⁰ BGHZ 113, 188, 194; BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419, Tz. 20; jeweils m.w.N.

⁴¹¹ a.A. *Schach*, GE 2000, 1677, 1680; LG Berlin, GE 2000, 1032; GE 2006, 1235.

⁴¹² vgl. BGHZ 108, 98, 101 m.w.N. für den Fall einer Fälligkeitskündigung eines Darlehens.

Abrechnung bleibt damit für seine gegenüber dem Vermieter bestehende eigenständige Verbindlichkeit ohne Bedeutung. Auch die Erwägung, dass der Anspruch auf Auszahlung eines Guthabens nur von und für alle Mieter geltend gemacht werden kann, führt für den vorliegend in Frage stehenden, umgekehrten Fall einer abgerechneten Nachzahlungsforderung des Vermieters zu keiner anderen Beurteilung.⁴¹³ Ein Mieter, dem die Abrechnung zugegangen ist, ist zwar gehalten, die Auszahlung des sich hieraus ergebenden Guthabens an alle Mieter zu fordern, da diese in ihrer Gesamtheit die Überzahlung erbracht haben.⁴¹⁴ Bei einer Nachforderung des Vermieters liegen die Dinge aber im Hinblick auf die Besonderheiten einer Gesamtschuld anders. § 421 BGB legt dem Vermieter gerade keine Verpflichtung zur gemeinsamen Inanspruchnahme aller Mieter auf. Wegen § 425 BGB ist er in diesem Fall auch nicht gezwungen, vor der Einforderung des noch offen stehenden Betrages allen Gesamtschuldnern eine Abrechnung zukommen zu lassen, sofern keine abweichenden Vereinbarungen getroffen worden sind. Eine einheitliche Herbeiführung der Fälligkeit gegenüber allen Mietern ist auch nicht deswegen zu fordern, weil ansonsten dem in Anspruch genommenen Mieter die Möglichkeit verwehrt wäre, bei seinem Mitmieter nach § 426 BGB Regress zu nehmen.⁴¹⁵ Zum einen billigt § 421 BGB dem Gläubiger das Recht zu, ohne Rücksicht auf den Innenausgleich zwischen den Gesamtschuldnern einen von ihnen nach seiner freien Wahl in Anspruch zu nehmen. Zum anderen verbleibt dem Mieter, der die ihm gegenüber fällig gewordene Nebenkostenforderung des Vermieters befriedigt, die Möglichkeit, die auf ihn übergegangene Forderung des Vermieters (§ 426 Abs. 2 BGB) dadurch den Mitmietern gegenüber fällig zu stellen, dass er als neuer Gläubiger diesen innerhalb der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB die Abrechnung zugehen lässt. Außerdem wird bei einer Mietergemeinschaft ohnehin die - zumindest schlüssig vereinbarte - Abrede bestehen, die anfallenden Kosten nach Kopfteilen zu tragen und demjenigen Mieter, der in Vorlage getreten ist, die aufgewendeten Auslagen anteilig zu erstatten. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass in den Fällen, in denen die Mietpartei aus Eheleuten besteht, ein Innenausgleich nach § 426 BGB - bei intakter Ehe - häufig ohnehin durch die Handhabung der ehelichen Lebensgemeinschaft überlagert wird.⁴¹⁶

16.6.3 Aufteilung der Abrechnungsperiode

Eine nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB unzulässige Teilabrechnung liegt vor, wenn der Vermieter anstelle einer Gesamtabrechnung für das Abrechnungsjahr lediglich für einen Teil des Abrechnungsjahres über die Vorauszahlungen auf die Betriebskosten abrechnet.⁴¹⁷

Ein solcher Fall ist nicht gegeben, wenn der Vermieter eine Gesamtabrechnung der Vorauszahlungen auf die Betriebskosten für das Abrechnungsjahr vornimmt, in der eine Kostenposition in den Zeitraum vom 1. bis zum 31. Januar 2006 einerseits und den Zeitraum vom 1. Februar bis zum 31. Dezember 2006 aufgegliedert ist.⁴¹⁸ Darin liegt keine nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB

⁴¹³ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, WuM 2010, 356 = GE 2010, 760 = NZM 2010, 577 = ZMR 2010, 749.

⁴¹⁴ vgl. BGH v. 2.3.2005 - VIII ZR 118/04, WuM 2005, 257, unter II 1; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 424; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 259; a.A. Schach, GE 2000, 1677, 1680.

⁴¹⁵ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, WuM 2010, 356 = GE 2010, 760 = NZM 2010, 577 = ZMR 2010, 749.

⁴¹⁶ vgl. etwa BGH v. 13.4.2000 - IX ZR 372/98, NJW 2000, 1944, unter II 2 b aa; BGH v. 11.5.2005 - XII ZR 289/02, NJW 2005, 2307, unter II 2 a; jeweils m.w.N.

⁴¹⁷ vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 46; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 302.

⁴¹⁸ BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, GE 2010, 1191 = ZMR 2010, 933 = NZM 2010, 781.

unzulässige Teilabrechnung über die Vorauszahlungen auf die Betriebskosten. Eine solche zeitliche Aufgliederung des Kostenanteils des Mieters an einer bestimmten Betriebskostenposition kann durch sachliche Gründe gerechtfertigt oder sogar notwendig sein, wie etwa im Falle von Preissteigerungen während der Abrechnungsperiode. Ein hinreichender sachlicher Grund für eine solche Aufgliederung ist auch bei einem Eigentümerwechsel gegeben, um eine interne Abrechnung von Betriebskosten zwischen dem alten und dem neuen Vermieter innerhalb des laufenden Abrechnungsjahres zu ermöglichen.

16.6.4 Gesamtkosten/Zusammenfassen von Positionen

Maßgeblich für die formelle Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung ist die Nachvollziehbarkeit und Prüffähigkeit für den Mieter. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorhandene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich ist.⁴¹⁹ Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung für den Mieter ist auch dann gewährleistet, wenn der Vermieter ohne Aufschlüsselung im Einzelnen eng zusammenhängende Kosten in einer Summe zusammenfasst. Einen derartigen engen Zusammenhang hat der BGH zum Beispiel für die Kosten für Frisch- und Schmutzwasser - soweit letztere auf der Grundlage des Frischwasserbezugs berechnet werden - sowie für Sach- und Haftpflichtversicherungsbeiträge bejaht.⁴²⁰

Diese Rechtsprechung kann aber nicht herangezogen werden, wenn der Vermieter Betriebskostenabrechnung vorlegt, in denen unter anderem die Kosten "Wasserversorgung/Strom" sowie "Straßenreinigung/Müllbeseitigung/ Schornsteinreinigung" jeweils in einer Summe zusammengefasst wurden.⁴²¹ Hierbei fehlt der zu fordernde enge Zusammenhang jedenfalls für die Posten Wasserversorgung/Hausstrom ebenso wie für die Betriebskosten hinsichtlich Straßenreinigung/Müllbeseitigung einerseits und Schornsteinreinigung andererseits. Eine Zusammenfassung dieser Positionen, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 2/Nr. 3 (Wasserversorgung), Nr. 11 (Beleuchtung), Nr. 8 (Straßenreinigung/Müllbeseitigung), Nr. 12 (Schornsteinreinigung) BetrKV getrennte Kostengruppen bilden, erlaubt es dem Mieter nicht mehr, wenigstens eine Plausibilitätskontrolle der angesetzten Beträge vornehmen zu können. Gleiches gilt, soweit in der Betriebskostenabrechnung die Kosten für "Hausmeister" (§ 2 Abs. 2 Nr. 14 BetrKV) und "Gebäudereinigung" (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 BetrKV) und die Kosten für "Hausmeister", "Gebäudereinigung" und "Gartenpflege" (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 BetrKV) in einer Position zusammengezogen wurden. Denn ein sachlicher Grund hierfür ist weder vorgetragen, noch ersichtlich.

16.6.5 Gesamtkosten/Brennstoffkosten

Der Vermieter ist bei den Gesamtkosten nicht gehalten, jeden einzelnen Rechnungsbetrag anzugeben. Es genügt vielmehr grundsätzlich, dass er hierbei nach den Kostenarten des in § 2

⁴¹⁹ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, NJW 2009, 3575 Rz. 6.

⁴²⁰ BGH v. 15.7.2009 - VIII ZR 340/08, NJW-RR 2009, 1383 Rn. 18; BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, NJW 2009, 3575 Rz. 7.

⁴²¹ BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, WuM 2010, 688 = GE 2010, 1613.

BetrKV enthaltenen Betriebskostenkatalogs differenziert und diese nach ihrem Entstehungsgrund gleichartigen Kosten summenmäßig zusammenfasst.⁴²² 94

Hinsichtlich eines Ausweises der Brennstoffkosten in einer Heizkostenabrechnung wird teilweise angenommen, dass deren wirksame Angabe zugleich eine Mitteilung des Anfangs- und des Endbestandes als Grundlage der vorgenommenen Verbrauchsschätzung erforderlich mache.⁴²³

Demgegenüber vertritt der BGH die Auffassung, dass sich der Vermieter in seiner Abrechnung darauf beschränken darf, den gesamten Heizölverbrauch in Litern und die dafür in Ansatz gebrachten Kosten anzugeben.⁴²⁴ Bestimmte, durch Messeinrichtungen erfasste Verbrauchswerte bedürfen in einer Abrechnung grundsätzlich keiner näheren Erläuterung, da solche Werte aus sich heraus verständlich sind. Ob die Werte zutreffend angesetzt sind, ist nicht eine Frage der formellen Ordnungsmäßigkeit, sondern der materiellen Richtigkeit der Abrechnung.⁴²⁵ Entsprechendes hat für Verbrauchswerte und dafür angesetzte Preise zu gelten, die rechnerisch ermittelt sind, gleich ob dies durch Berechnung der Differenz zwischen einem Anfangs- und einem Endbestand, durch Addition der Werte mehrerer Beschaffungsvorgänge oder durch eine Kombination solcher Erfassungsmethoden geschehen ist. Auch der Zweck des § 556 Abs. 3 BGB gebietet es nicht, die Abrechnung als formell unwirksam anzusehen, wenn sie sich darauf beschränkt, die Verbrauchswerte und die dafür angefallenen Kosten anzugeben. Die Abrechnung muss danach nicht aus sich heraus eine vollständige Überprüfung auf ihre materielle Richtigkeit erlauben, sondern nur so detailliert sein, dass der Mieter ersehen kann, welche Gesamtbeträge dem Vermieter in Rechnung gestellt worden sind und mit welchen Rechenschritten er daraus den auf den einzelnen Mieter entfallenden Betrag errechnet hat.

16.6.6 Gesamtkosten/Stromverbrauch der Heizung

Insoweit reicht es aus, dass der Vermieter in der Abrechnung den Betrag angibt, den er für die Heizung ermittelt hat.⁴²⁶ Insbesondere ist es nicht erforderlich, den zugrundeliegenden Verbrauch mitzuteilen.

16.6.7 Aufgespaltene Gesamtsumme

Da die Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten oftmals durch einen Abrechnungsdienst erfolgt, kann es vorkommen, dass in der separaten Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten der in der Gesamtaufstellung bezeichnete Gesamtbetrag beider Positionen nicht aufgeführt ist.

Das bedeutet aber nicht, dass dieser Betrag für den Mieter nicht nachvollziehbar und damit die Betriebskostenabrechnung hinsichtlich dieser Kostenposition (formell) unwirksam wäre.⁴²⁷ Denn für den durchschnittlich gebildeten Mieter ist aus der separaten Abrechnung ohne Weiteres zu

⁴²² BGH v. 15.7.2009 - VIII ZR 340/08, WuM 2009, 516, Tz. 19 = ZMR 2010, 266; BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, WuM 2009, 669 = ZMR 2010, 102, Tz. 7; *Milger*, NJW 2009, 625, 627.

⁴²³ LG Köln, WuM 1985, 303; LG Berlin, GE 2008, 995 f.; AG Wittlich, WuM 2002, 377; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. V 536; a.A. LG Hamburg, ZMR 1986, 15.

⁴²⁴ BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, WuM 2010, 156 = NZM 2010, 315 = GE 2010, 477.

⁴²⁵ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, WuM 2008, 407, Tz. 14 m.w.N.

⁴²⁶ KG v. 29.3.2010 - 8 U 20/09, GE 2010, 766.

⁴²⁷ BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, GE 2010, 1191 = ZMR 2010, 933 = NZM 2010, 781.

erkennen, dass es sich bei dem in der Betriebskostenabrechnung genannten Betrag von 1.823,43 € um die Summe der beiden deutlich ausgewiesenen Endbeträge (212,99 € und 1.610,44 €) aus den in Bezug genommenen Abrechnung handelt. Angesichts dessen musste die Addition der beiden Beträge nicht in der Abrechnung selbst vorgenommen werden.

16.6.8 Kostenerfassung

16.6.8.1 Vorwegabzug

Die Vornahme eines Vorwegabzugs für die gewerbliche Nutzung gehört selbst dann nicht zu den an eine Abrechnung zu stellenden Mindestanforderungen, wenn durch die gewerbliche Nutzung ein erheblicher Mehrverbrauch verursacht wird und deshalb ein solcher Vorwegabzug geboten ist.⁴²⁸ Allerdings dürfen nach der Rechtsprechung des BGH die Kosten nicht vorab - außerhalb der dem Mieter erteilten Abrechnung - um nicht umlagefähige Anteile bereinigt werden; in einem solchen Fall fehlt es an der erforderlichen Angabe der "Gesamtkosten".⁴²⁹ Ein solcher Fall liegt indes nicht vor, wenn der Vermieter die Gesamtkosten angegeben hat, die für den abzurechnenden Komplex entstanden sind. Ein etwa zu Unrecht unterbliebener Vorwegabzug betrifft (nur) die materielle Richtigkeit der Abrechnung und führt deshalb nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung insgesamt, sondern zu einer entsprechenden Korrektur um den erforderlichen Vorwegabzug.

16.6.8.2 Erfassung nach Wirtschaftseinheit

Grundsätzlich besteht ein Anspruch des Mieters auf eine erneute Abrechnung der Betriebskosten, wenn die vorgelegte Abrechnung formell unwirksam ist.⁴³⁰ Ausnahmsweise kann ein Mieter berechtigt sein, auch bei einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung eine neue Berechnung zu fordern.⁴³¹ Der BGH hat eine solche Befugnis in den Fällen anerkannt, in denen der Vermieter nach einem nicht vereinbarten Umlageschlüssel abrechnete und der Mieter die erforderlichen Bezugsdaten für eine Berechnung auf der Grundlage des vereinbarten Abrechnungsmaßstabs nicht kannte.⁴³²

Es kann dahin stehen, ob auch eine unzulässige Abrechnung unter Zusammenfassung mehrerer Gebäude einen schwerwiegenden, vom Mieter mangels Kenntnis der Basisdaten nicht selbst behebbaren inhaltlichen Mangel darstellt, der einen Anspruch des Mieters auf erneute Abrechnung auslöst, wenn der Vermieter berechtigt war, gebäudeübergreifende Abrechnungen vorzunehmen.⁴³³ Dabei kann offen bleiben, ob die Parteien mit der Vereinbarung einer Abrechnung "nach qm ges." eine Abrede dahin getroffen haben, die Betriebskosten unter Einbeziehung sämtlicher in der Häuserzeile A. Straße 57 - 61 anfallender Kosten vorzunehmen. Denn jeden-

⁴²⁸ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26.

⁴²⁹ BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NZM 2007, 244, Tz. 9 ff.

⁴³⁰ BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, GE 2010, 1682.

⁴³¹ a.A. LG Hamburg, WuM 1998, 727 f.; AG Wedding, GE 2004, 353 f.; Staudinger/*Bittner*, BGB, Neubearb. 2009, § 259 BGB Rz. 32.

⁴³² BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 unter II 1 b; vgl. ferner Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 279, 460.

⁴³³ BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, GE 2010, 1682.

falls war der Vermieter nach §§ 556 Abs. 3 Satz 1, 315 BGB befugt, die drei Gebäude zu einer Abrechnungseinheit zusammenzufassen. 96

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Vermieter bei preisfreiem Wohnraum nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB berechtigt, mehrere Gebäude zu einer Wirtschafts- und Abrechnungseinheit zusammenzufassen, soweit im Mietvertrag nichts anderes bestimmt ist.⁴³⁴ Der Mietvertrag der Parteien enthält keine ausdrücklichen Regelungen, die den Vermieter eine hausbezogene Abrechnung vorschreiben. Eine stillschweigende Abrede über eine auf das Gebäude Nr. 59 beschränkte Nebenkostenabrechnung liegt ebenfalls nicht vor. Der Lagebeschreibung des Mietobjekts kann eine solche konkludente Vereinbarung schon deswegen nicht entnommen werden, da eine rein hausbezogene Abrechnung schon deswegen von Anfang an nicht möglich war, weil die gesamte Häuserzeile durch eine Gemeinschaftsheizung versorgt wird. Da die technischen Gegebenheiten von vornherein eine ausschließlich auf das Haus A. Straße 59 beschränkte Abrechnung sämtlicher Betriebskosten verhinderten, kann aus Sicht eines objektiven Empfängers der Objektbeschreibung nicht der Erklärungsgehalt beigemessen werden, dass die Umlage der Nebenkosten nach Einzelgebäuden erfolgen soll. Zudem kann aus der Beschreibung des Mietobjekts im Regelfall ohnehin keine rein gebäudebezogene Abrechnung der Betriebskosten hergeleitet werden, da die Parteien mit der Benennung des Orts, an dem die Mietsache belegen ist, regelmäßig nicht den Zweck verfolgen, auch die Abrechnungseinheit festzulegen.⁴³⁵

Die Befugnis des Vermieters, die Häuserzeile zu einer Wirtschafts- und Abrechnungseinheit zusammenzufassen, beschränkt sich nicht auf die Heizkosten, sondern erstreckt sich auf alle abgerechneten Betriebskosten. Die Möglichkeit einer umfassenden Abrechnung nach Wirtschaftseinheiten ist nicht davon abhängig, dass bei sämtlichen Kostenpositionen eine gesonderte Abrechnung aus technischen Gründen unvermeidbar ist.⁴³⁶ Wenn der Mietvertrag keine Festlegung darüber enthält, dass die Abrechnung der Betriebskosten gebäudebezogen zu erfolgen hat, hängt die Befugnis eines Vermieters zur Abrechnung nach Wirtschaftseinheiten davon ab, ob die gesetzlichen Bestimmungen eine solche Abrechnungsweise erlauben. Dies ist zu bejahen.⁴³⁷

§ 556 BGB beschränkt einen Vermieter nicht darauf, eine gebäudebezogene Abrechnung nur dann vorzunehmen, wenn dies aus technischen Gründen unvermeidbar ist.⁴³⁸ Eine solche Einschränkung ergibt sich auch nicht aus der auf der Ermächtigungsgrundlage des § 556 Abs. 1 Satz 3 geschaffenen und zum 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Betriebskostenverordnung (BetrKV - BGBl. I S. 2346). Zwar hat der Gesetzgeber hierbei die frühere Verweisung in § 556 Abs. 1 Satz 2 auf § 27 II. BV und die dort erwähnte "Wirtschaftseinheit" mit Geltung zum 1. Januar 2002 durch die Betriebskostendefinition in § 1 Abs. 1 BetrKV ersetzt, die den Begriff der "Wirtschaftseinheit" nicht mehr kennt. Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers sollte hiermit jedoch keine Änderung der geltenden Rechtslage bezweckt und insbesondere keine Ver-

⁴³⁴ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, GE 2005, 1118 = NJW 2005, 3135 unter II 3 a.

⁴³⁵ vgl. *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 556a BGB Rz. 5; i.E. auch *Staudinger/Weitemeyer*, *BGB*, Neubearb. 2006, § 556a BGB Rz. 27; *Langenberg*, *Betriebskostenrecht*, 5. Aufl., Rz. F 48.

⁴³⁶ BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, GE 2010, 1682.

⁴³⁷ BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, GE 2010, 1682.

⁴³⁸ so aber *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 556a BGB Rz. 11; noch restriktiver *Langenberg*, *NZM* 2004, 41, 46.

pflichtung zur Abrechnung nach kleinstmöglichen Einheiten begründet werden.⁴³⁹ 97

Vielmehr ist in der amtlichen Begründung zu § 1 Abs. 1 BetrKV der ausdrückliche Hinweis enthalten: "Die Bildung von Abrechnungs- und Wirtschaftseinheiten nach den bisher anerkannten Kriterien bleibt zulässig".⁴⁴⁰

Der in der amtlichen Begründung zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, die Abrechnung nach Wirtschaftseinheit auch weiterhin zuzulassen, entspricht im Übrigen auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 556 Abs. 3 BGB, da sich bei Bildung größerer Abrechnungseinheiten regelmäßig Kostenvorteile ergeben. Die Argumente der Gegenmeinung⁴⁴¹ sind schon deswegen nicht stichhaltig, weil nach der Einschätzung des Gesetzgebers eine Abrechnung nach größeren Einheiten bei Beachtung der in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Kriterien den Mieter nicht unbillig oder unzumutbar belastet. Ein Vermieter ist daher in den Grenzen des § 315 BGB nach wie vor berechtigt, eine Abrechnung der Nebenkosten auf der Grundlage der von ihm gebildeten Wirtschaftseinheit vorzunehmen, soweit mietvertragliche Regelungen dem nicht entgegenstehen oder den Abrechnungsmodus eigenständig regeln.⁴⁴²

Gemessen am Maßstab des § 315 BGB ist die vom Vermieter gewählte Abrechnung nach der Wirtschaftseinheit "A. Straße 57 - 61" nicht zu beanstanden. Die zu einer Wirtschaftseinheit zusammengefassten, der Wohnnutzung dienenden drei Gebäude unterliegen einer einheitlichen Verwaltung. Außerdem sind sie Bestandteil einer zusammenhängend errichteten Häuserzeile und in Bauweise, Gesamtwohnfläche und Ausstattung weitgehend baugleich. Damit liegen sämtliche für eine der Billigkeit entsprechende Zusammenfassung mehrerer Gebäude zu einer einheitlichen Abrechnungseinheit geforderten Voraussetzungen vor.⁴⁴³ Die Abrechnung nach der gebildeten Wirtschaftseinheit ist auch nicht deswegen unbillig, weil einzelne Kostenpositionen - etwa die Grundsteuer - getrennt abgerechnet werden könnten.⁴⁴⁴ Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass bei einzelnen Kostenpositionen auf den Mieter ein höherer Anteil entfällt als bei einer rein gebäudebezogenen Abrechnung. Diese mögliche Mehrbelastung dürfte aber regelmäßig schon dadurch aufgewogen werden, dass die einheitliche Bewirtschaftung mehrerer Gebäude in bestimmten Bereichen (so etwa bei den Hauswartkosten oder den Versicherungsaufwendungen) weniger Kosten verursacht als die getrennte Verwaltung einzelner Objekte, so dass die hierbei auf den einzelnen Mieter entfallenden Gesamtkosten in aller Regel nicht höher ausfallen als bei einer gesonderten Veranlagung.

16.6.8.3 Erfassung des Verbrauchs mit nicht geeichten Zählern

Nach einer in der Instanzrechtsprechung und Teilen der Literatur vertretenen Meinung sind durch nicht (mehr) geeichte Messgeräte erfasste Verbrauchswerte allerdings nicht zur Feststel-

⁴³⁹ BR-Drucks. 568/03, abgedruckt in WuM 2003, 675, 681.

⁴⁴⁰ BR-Drucks. 568/03, abgedruckt in WuM 2003, 675, 681.

⁴⁴¹ *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 556a BGB Rz. 11; noch restriktiver *Langenberg*, *NZM* 2004, 41, 46.

⁴⁴² so auch *Staudinger/Weitemeyer*, *BGB*, Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 16; § 556a BGB Rz. 27; *Münch-Komm/Schmid*, 5. Aufl., § 556a BGB Rz. 19 f.; *Soergel/Heintzmann*, *BGB*, 13. Aufl., § 556a BGB Rz. 3; *Bamberger/Roth/Ehler*, *BGB*, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 16; § 556a BGB Rz. 23; einschränkend *LG Itzehoe*, *ZMR* 2004, 198; *AG Pinneberg*, *WuM* 2004, 537; *WuM* 2006, 379; *ZMR* 2006, 939; *Rips* in *Eisenschmid/Rips/Wall*, *Betriebskostenkommentar*, 2. Aufl., Rz. 1263 ff.; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., Rz. V 235 f.; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, *Mietrecht*, 9. Aufl., § 556a BGB Rz. 61.

⁴⁴³ vgl. etwa *OLG Koblenz*, *WuM* 1990, 268, 269; *LG Hamburg*, *WuM* 2004, 498.

⁴⁴⁴ so auch *AG Pinneberg*, *ZMR* 2006, 939, 940.

lung des tatsächlichen Verbrauchs geeignet. Diese Auffassung stützt sich auf das in § 25 Abs. 1 Nr. 1a des Gesetzes über das Mess- und Eichwesen (Eichgesetz - EichG, Neufassung vom 23. März 1992, BGBl. I S. 711) normierte und durch § 19 Abs. 1 Nr. 3 EichG bußgeldbewehrte Verbot, im geschäftlichen Verkehr nicht (mehr) geeichte Messgeräte zu verwenden. Habe der Vermieter gegenüber dem Mieter die vertragliche Pflicht übernommen, zur Verbrauchserfassung geeignete Betriebskosten nach Verbrauch abzurechnen, handele der Vermieter im geschäftlichen Verkehr, denn darunter falle in Abgrenzung zu rein privatem, innerbetrieblichem oder amtlichem Handeln jede Tätigkeit zu Geschäftszwecken. Ermittle der Vermieter den Verbrauch anhand nicht (mehr) geeichter Messgeräte, verstoße er gegen ein den Verbraucher schützendes gesetzliches Verbot; die so ermittelten Werte seien zur Feststellung des tatsächlichen Verbrauchs deshalb ungeeignet.⁴⁴⁵ Nach einer anderen Auffassung ist der Vermieter auch dann zur verbrauchsabhängigen Abrechnung berechtigt, wenn die Eichfrist für Wasserzähler abgelaufen ist, sofern er bereits bei der Abrechnung gegenüber dem Mieter durch Vorlage geeigneter Unterlagen nachweise, dass der Zähler den tatsächlichen Verbrauch dennoch zutreffend erfasst habe; ein späterer Nachweis im Prozess sei dem Vermieter hingegen verwehrt.⁴⁴⁶ Eine noch weiter gehende Ansicht sieht den Zweck des Verbots, nicht (mehr) geeichte Messgeräte im geschäftlichen Verkehr zu verwenden, darin, ein richtiges Messen zu gewährleisten. Dieser Zweck werde auch dann erfüllt, wenn sich feststellen lasse, dass die von einem Messgerät angezeigten Verbrauchswerte zutreffend seien, auch wenn das Gerät im Zeitpunkt der Ableseung nicht (mehr) geeicht sei.⁴⁴⁷

Die letztere Auffassung verdient nach Meinung des BGH⁴⁴⁸ den Vorzug. Ist eine nach § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB zulässige Betriebskostenabrechnung auf der Grundlage eines erfassten Verbrauchs vereinbart, kommt es für die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung allein darauf an, ob der tatsächliche Verbrauch zutreffend erfasst worden ist. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter in freier Beweiswürdigung nach § 286 ZPO festzustellen. Es ist dabei grundsätzlich ohne Belang, auf welchem Weg die im Ergebnis zutreffenden Verbrauchswerte vom Vermieter ermittelt werden. Beruhen die in die Betriebskostenabrechnung eingestellten Verbrauchswerte auf der Ablesung eines geeichten Messgeräts, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass diese Werte den tatsächlichen Verbrauch richtig wiedergeben; dem Mieter steht es jedoch offen, diese Vermutung durch die Führung eines Gegenbeweises zu entkräften. Den von einem nicht (mehr) geeichten Messgerät abgelesenen Werten kommt die Vermutung ihrer Richtigkeit dagegen nicht zu. In diesem Fall muss der Vermieter die Richtigkeit der abgelesenen Werte im Prozess zur Überzeugung des Tatrichters nachweisen. Dabei mag gegebenenfalls im Einzelfall der Vortrag geeigneter Grundlagen zur tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO genügen, wie etwa die Vorlage der Verbrauchswerte der letzten unbeanstandeten Abrechnungsperiode oder des Prüfberichts einer staatlich anerkannten Prüfstelle für Messgeräte für Wasser.

⁴⁴⁵ Bay-ObLG, WuM 2005, 479 f.; LG Saarbrücken, WuM 2005, 606; AG Löbau, WuM 2008, 486; AG Esslingen, WuM 2008, 301; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 116; Bierbaum, GE 2000, 848.

⁴⁴⁶ AG Neubrandenburg, WuM 2010, 91.

⁴⁴⁷ AG Spandau, GE 2007, 1127.

⁴⁴⁸ BGH v. 17.11.2010 - VIII ZR 112/10, WuM 2011, 21.

Für den preisfreien Wohnraum ist anerkannt, dass es bei Erteilung einer Betriebskostenabrechnung eines Abgleichs mit anderen Abrechnungszeiträumen nicht bedarf, so dass der Vermieter sich hierüber auch nicht zu äußern braucht.⁴⁴⁹ Die formelle Ordnungsmäßigkeit einer Betriebskostenabrechnung setzt demnach eine Erläuterung von Kostensteigerungen gegenüber dem Vorjahr nicht voraus.

Für die Betriebskostenabrechnung einer preisgebundenen Wohnung gilt nichts anderes.⁴⁵⁰ Auch aus § 20 Abs. 4 in Verbindung mit § 4 Abs. 7 NMV ergibt sich nicht die Notwendigkeit, Kostensteigerungen gegenüber dem Vorjahr in der Betriebskostenabrechnung zu erläutern. Nach § 20 Abs. 4 NMV gelten für die Erhebung eines durch die Vorauszahlungen nicht gedeckten Umlagebetrages sowie für die Nachforderung von Betriebskosten die Vorschriften des § 4 Abs. 7, 8 NMV entsprechend, die ihrerseits auf § 10 Abs. 1 WoBindG verweisen. Danach ist im Falle der Nachforderung von Nebenkosten eine schriftliche Erklärung des Vermieters erforderlich, in der die Forderung berechnet und erläutert ist.⁴⁵¹ Diesem Erfordernis genügt indes eine Abrechnung, aus der der Mieter im Einzelnen ersehen kann, welche Kosten insgesamt angefallen sind, wie sie auf die Mieter umgelegt worden sind und wie sich die erhobene Nachforderung errechnet.

16.6.9 Abrechnung nach Nutzergruppen (§ 5 Abs. 2 HeizkV)

Eine Betriebskostenabrechnung ist nur dann formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. In die Abrechnung sind bei Gebäuden mit mehreren Einheiten regelmäßig jedenfalls eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen aufzunehmen. Eine Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen. Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters.⁴⁵² Bei einer Vorerfassung muss demzufolge auch die Aufteilung nachvollziehbar dargelegt werden.⁴⁵³

Das ist nicht der Fall, wenn sich aus der Abrechnung nicht nachvollziehbar ergibt, wie die Nutzergruppen gebildet worden sind.⁴⁵⁴ Die Angaben ... " und ... " sind für einen durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieter aus sich heraus nicht verständlich und nachvollziehbar, weil daraus nicht entnommen werden kann, welche Einheiten zu welcher Nutzergruppe gehören sollen. Ob der Mieter die Aufteilung - beispielsweise durch Belegeinsicht - hätte herausfinden können, ist unerheblich.

Diese Anforderungen gelten nur, wenn die Zusammensetzung nicht in einer früheren Abrechnungsperiode erläutert wurde.

⁴⁴⁹ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NZM 2008, 567, Tz. 15.

⁴⁵⁰ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 137/09, WuM 2010, 153 = GE 2010, 333 = NZM 2010, 274 = ZMR 2010, 433.

⁴⁵¹ BGH v. 29.9.2004 - VIII ZR 341/03, NZM 2005, 61, unter II 2 a.

⁴⁵² vgl. BGH NJW 2009, 283 = GE 2009, 189.

⁴⁵³ vgl. BGH NJW-RR 2008, 1542 = GE 2008, 1120; LG Berlin MM 2009, 75; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 11. Aufl. 2009, Rn. 3214.

Bei einer kombinierten Anlage zur Wärme- und Warmwassererzeugung muss die Aufteilung der Energiekosten nach der Formel des § 9 Abs. 2 HeizkV erfolgen.

Insoweit ist eine Abrechnung nicht deshalb formell unwirksam, weil die Gassorte in der Abrechnung nicht genannt und bei der Berechnung des Brennstoffverbrauchs der zentralen Warmwasserversorgungsanlage gemäß § 9 Abs. 2 HeizkV nicht der Heizwert des verwendeten Gases (Huwert), sondern der Faktor 1 angesetzt worden ist.⁴⁵⁵ Denn dazu ist darauf abzustellen, dass der Heizwert für die Ermittlung des Brennstoffverbrauchs der zentralen Wasserversorgungsanlage nur benötigt wird, wenn der Gasversorger den Verbrauch in Kubikmetern Gas erfasst. Wird der Gasverbrauch hingegen - wie hier - vom Versorger bereits in Kilowattstunden erfasst, entfällt dieser Rechenschritt bei der Anwendung der Formel des § 9 Abs. 2 HeizkV.⁴⁵⁶ Der Vermieter ist nicht gehalten, die gemäß § 9 Abs. 2 HeizkV vorgenommene Berechnung weiter zu erläutern oder einem technisch nicht vorgebildeten Mieter verständlich zu machen. Einer anhand der Formel des § 9 Abs. 2 HeizkV erstellten Abrechnung kann nicht entgegen gehalten werden, sie sei nicht nachvollziehbar. Denn die Forderung nach Verständlichkeit einer Abrechnung geht nur so weit, wie sie der Abrechnende beeinflussen kann. Muss er eine gesetzlich vorgesehene Abrechnungsweise anwenden, sind ihm sich daraus ergebende Verständnisprobleme nicht zuzurechnen.⁴⁵⁷

16.7 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels

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

16.7.1 Abrechnung nach Abrechnungskreisen

Nach der Rechtsprechung des BGH sind bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten, soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, regelmäßig folgende Mindestangaben in die Abrechnung aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.⁴⁵⁸ Nichts anderes gilt, wenn bei einer größeren Wohnungseigentumsanlage mehrere Gebäude oder Gebäudeteile für bestimmte Betriebskosten in zulässiger Weise zu einer Abrechnungseinheit zusammengefasst werden.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ KG v. 13.7.2009 – 8 U 36/09, WuM 2010, 245.

⁴⁵⁵ BGH v. 13.1.2010 – VIII ZR 137/09, WuM 2010, 153 = GE 2010, 333 = NZM 2010, 274 = ZMR 2010, 433.

⁴⁵⁶ Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 9. Aufl., § 9 HeizkV Rz. 17.

⁴⁵⁷ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NJW 2005, 3135, unter II 2 c.

⁴⁵⁸ BGH v. 25.11.2009, aaO, ; BGH v. 19.11.2008, aaO

⁴⁵⁹ vgl. dazu BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NJW 2005, 3135, unter II 3 a.

Diesen Anforderungen genügen Betriebskostenabrechnungen, bei denen die Umlage bestimmter Kostenpositionen nach dem Anteil der Wohnfläche erfolgt ist⁴⁶⁰, wenn sie die Fläche der von dem Mieter gemieteten Wohnung (82,36 qm) ins Verhältnis zu der für die jeweilige Kostenposition maßgeblichen Gesamtfläche setzen. Damit enthält die Abrechnungen sowohl die Angabe des Verteilungsschlüssels als auch die für die Errechnung des Anteils des Mieters erforderliche Angabe der Gesamtfläche, zu der die Wohnfläche des Mieters ins Verhältnis zu setzen ist. Als maßgebliche Gesamtfläche ist für die Position "Strom allgemein" die Gesamtfläche der in einem Gebäude gelegenen Wohnungen (623 qm), für die Position "Strom allgemein/Außenanlage" die Gesamtfläche der in der Gebäuden gelegenen Wohnungen (1.617,36 qm) und für die übrigen Positionen die Gesamtfläche aller 203 Wohnungen der Wohnungseigentumsanlage (14.065,66 qm) angegeben. Aus diesen Angaben und den in der Abrechnung angegebenen Gesamtkosten der jeweiligen Betriebskosten lässt sich der in der Abrechnung angegebene Anteil des Mieters an der betreffenden Betriebskostenposition ohne Weiteres rechnerisch nachvollziehen. Ob die der Abrechnung zugrunde gelegten unterschiedlichen Bezugspunkte für die einzelnen Betriebskosten maßgeblich sind und ob die insoweit angesetzten Flächenangaben zutreffen, berührt nicht die Wirksamkeit, sondern allein die Richtigkeit der Abrechnung.⁴⁶¹ Insbesondere ist nicht klar, welchen Sinn es haben soll, in der Abrechnung auch die jeweilige Gesamtwohnfläche aller 20 einzelnen Gebäude oder Gebäudeteile der Wohnungseigentumsanlage mitzuteilen. Für die Errechnung des flächenabhängigen Anteils der Beklagten an den Betriebskosten kommt es nur auf die Angabe der Gesamtfläche der Gebäude oder Gebäudeteile an, die in der Abrechnung für die jeweilige Betriebskostenposition zu einer Wirtschaftseinheit zusammengefasst worden sind. Diese Gesamtflächen sind in den Betriebskostenabrechnungen angegeben.

16.7.2 unterschiedliche Flächenschlüssel

Vereinbaren die Parteien den Flächenschlüssel, muss der Vermieter einen einheitlichen Flächenmaßstab ansetzen. Legt er deshalb die Kostenpositionen im Verhältnis der Gesamtmietfläche (hier: 34.113,47 m²) zur Einzelmietfläche (hier: 191,35 m²) um, verwendet aber für die Kosten der "Müllabfuhr" das Verhältnis eines nicht näher erläuterten Flächenmaßes von nur 23.779,97 m², bei dem es sich eben nicht um die Gesamtmietfläche handelt, zur Einzelmietfläche des Klägers (191,35 m²) fehlt der Abrechnung die erforderliche Transparenz bei dieser Position.⁴⁶² Diese kann z.B. durch eine Fußnote (z. B. "ohne Fläche des Ladens X") hergestellt werden.⁴⁶³

16.7.3 Personenschlüssel mit Bruchzahlen

Der Vermieter klagt die Nachforderungen von 4 inhaltlich gleich strukturierten Abrechnungen ein. In der Abrechnung heißt es für den Abrechnungszeitraum 2003 zu der Position Kaltwasser:

Gesamtbetrag "1.753,15" : Gesamteinheiten "20,39 Personen" = Betrag/Einheit "85,980873" x Ihre Einheiten "2,00" = Ihre Kosten "171,96".

⁴⁶⁰ BGH v. 23.6.2010 – VIII ZR 227/09, GE 2010, 1191 = ZMR 2010, 933 = NZM 2010, 781.

⁴⁶¹ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260, Tz. 11 ff., 13.

⁴⁶² OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – I-24 U 163/08, GE 2009, 1489.

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung nach der Rechtsprechung des Senats, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: Eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit zum Verständnis erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters.⁴⁶⁵ Diesen Anforderungen werden die Abrechnungen gerecht.

Die Abrechnung nach Personen ermöglicht es dem Mieter, gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist.⁴⁶⁶ Der in den Abrechnungen unter der Rubrik "Gesamteinheiten" aufgeführte Umlagemaßstab "Personen" ist als Verteilerschlüssel allgemein verständlich. Für den Mieter ist ohne weitere Erläuterungen ersichtlich, dass sich bei diesem Umlageschlüssel sein Anteil an den Betriebskosten nach dem Verhältnis der in seiner Wohnung lebenden Personen zu den in der Abrechnungseinheit insgesamt wohnenden Personen bestimmt.

In den vorliegenden Abrechnungen sind jeweils die Gesamtpersonenzahl sowie die für die Wohnung der Beklagten zugrunde gelegte Personenzahl angegeben. Anhand dieser Angaben konnten die Mieter gedanklich und rechnerisch nachvollziehen, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wird die Nachvollziehbarkeit einer solchen Abrechnung nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich aus ihr nicht ergibt, wie der Vermieter die - hier mit einem Bruchteil angegebene - Gesamtpersonenzahl im Einzelnen ermittelt hat. Bei der Ermittlung der Personenzahl muss der Vermieter einen weiteren Schritt oder eine gewisse "Gewichtung" vornehmen, weil die Zahl der in einem Mietobjekt wohnenden Personen nur entweder "taggenau" oder zu einzelnen (gröberen) Stichtagen ermittelt werden kann. Der Angabe derartiger Details bedarf es auf der formellen Ebene nicht. Ohnehin könnte der Mieter die Ermittlung der Gesamtpersonenzahl nur dann im Einzelnen nachvollziehen, wenn ihm überdies eine Belegungsliste für das Mietobjekt im Abrechnungsjahr zur Verfügung gestellt würde; damit würde die Betriebskostenabrechnung aber überfrachtet. Wie der Vermieter die Gesamtpersonenzahl errechnet hat, ist - nicht anders als etwa die Zusammensetzung der in der Betriebskostenabrechnung angesetzten Gesamtwohnfläche bei der Umlage von Betriebskosten nach der Wohnfläche - eine Frage der inhaltlichen Richtigkeit, die der Mieter anhand einer Einsicht in die Berechnungsunterlagen (Belegungsliste) im Einzelnen überprüfen kann.

⁴⁶³ vgl. dazu BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260.

⁴⁶⁴ BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, WuM 2010, 683 = NZM 2010, 859.

⁴⁶⁵ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26 Rz. 10; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258 Rz. 15.

⁴⁶⁶ vgl. BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21 f.

Zusätzliche Erläuterungen sind dort erforderlich, wo der Mieter über die entsprechenden Kenntnisse nicht verfügt.⁴⁶⁷ Die Kenntnisse des Mieters müssen nicht unbedingt aus einer (früheren) Abrechnung stammen. Sie können sich auch aus einem gerichtlichen Schriftsatz ergeben, in dem der Vermieter den in der eingeklagten Abrechnung angewendeten Verteilerschlüssel erläutert.⁴⁶⁸

Die gleiche Rechtsfolge führen Erläuterungen herbei, die der Vermieter dem Mieter außerhalb der Abrechnung mitgeteilt hat, z.B. im Mietvertrag, anlässlich einer vorangegangenen Abrechnung oder auf eine Nachfrage des Mieters hin mitgeteilt hat; dies muss lediglich vor Ablauf der Abrechnungsfrist geschehen.⁴⁶⁹

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

16.7.5 verbrauchsunabhängige Abrechnung trotz anderer Vereinbarung

Besteht keine vertragliche Bestimmung, die die verbrauchsabhängige Abrechnung grundsätzlich vorsieht, ist zu prüfen, ob eine solche Abrede stillschweigend geschlossen wurde. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Wohnung mit (Wasser-) Zählern ausgestattet ist und darüber bei der Besichtigung vor Abschluss des Mietvertrages gesprochen wurde. Eine stillschweigende Vereinbarung zur Abrechnung nach Verbrauchserfassung kommt aber nicht in Betracht, wenn nicht alle Wohnungen des Hauses mit Zählern ausgestattet sind und der Vertrag einen anderen (bestimmten) Abrechnungsschlüssel vorsieht.⁴⁷⁰ Andererseits soll der Vermieter nicht ohne Ankündigung berechtigt sein, nach dem abgelesenen Verbrauch abzurechnen, wenn als Umlagemaßstab die Wohnfläche vereinbart ist.⁴⁷¹

Sind Zählereinrichtungen in allen Wohnungen vorhanden, ist § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB als andere Vereinbarung i.S.v. § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen und verbrauchsabhängig abzurechnen. Fehlt also eine Regelung im Vertrag über den Umlageschlüssel, sind die verbrauchs- oder verursachungsabhängigen Kosten entsprechend abzurechnen.

Entgegenstehende Formulklausel sind jedenfalls dann überraschend (§ 305c BGB), wenn dem Mieter bei der Besichtigung auch die Zählervorrichtungen gezeigt wurden.

Ansonsten ist eine Klausel, die auch die Umlage statischer Kostenanteile (z.B. Zählerkosten, Grundgebühren) im Rahmen der verbrauchsabhängigen Abrechnung vorsehen, nach § 307 BGB nicht zu beanstanden. Immerhin sieht § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich vor, dass der

⁴⁶⁷ BGH v. 23.11.1981 – VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573.

⁴⁶⁸ BGH v. 19.11.2008 – VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78.

⁴⁶⁹ BGH v. 11.8.2010 – VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26.

⁴⁷⁰ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 188/07, WuM 2008, 288 = NZM 2008, 444; LG Berlin, GE 1999, 1052; AG Köpenick, WuM 2006, 273.

⁴⁷¹ AG Potsdam v. 29.3.2007 – 26 C 287/06, GE 2008, 551.

Rechnung tragen soll. Damit wird die Umlagefähigkeit statischer Kostenanteile legalisiert⁴⁷². Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem der Mieter wegen Leerstand einen Anspruch auf Änderung des Verteilerschlüssels geltend machen kann.

Rechnet der Vermieter trotz Verpflichtung nicht verbrauchsabhängig ab, wird dem Mieter ein Abzug von 15% zugebilligt⁴⁷³. Andere lassen eine Abrechnung nach billigem Ermessen zu, wenn der vertraglich vorgesehene Einbau von Wasserzählern unterblieben ist.⁴⁷⁴

Richtigerweise ist der Abrechnungssaldo insoweit nicht fällig. Der Vermieter kann den materiellen Fehler zwar (im Zweifel im Wege der Schätzung) korrigieren. Für einen Abzug mit Strafscharakter fehlt aber die Anspruchsgrundlage.

16.8 Angabe der Vorauszahlungen

Auch die Angabe von Vorauszahlungen gehört zu den Mindestanforderungen. Insoweit kommt es in der Praxis häufig vor, dass die Parteien im Mietvertrag einen einheitlichen Betrag als Vorauszahlung für die Betriebs- und Heizkosten vereinbaren, der Vermieter in der Abrechnung diesen Betrag aber aufspalten und einen Teil der Heizkosten- und den anderen Teil der Betriebskostenabrechnung zuordnet.

Dieses Verfahren führt weder zu einem Formellen noch einem materiellen Fehler der Abrechnung.⁴⁷⁵ Denn im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob die Vorauszahlungen in dieser Weise aufgeteilt oder in voller Höhe mit der Gesamtsumme aller Nebenkosten verrechnet werden.

16.9 Vorwegabzug bei gemischter Nutzung

Ein Vorwegabzug ist aus Billigkeitsgründen erforderlich, wenn die Gewerbenutzung bei der Abrechnung nach dem Flächenmaßstab, also pro Quadratmeter Fläche, zu einer erheblichen Mehrbelastung der Wohnungsmieter führt.⁴⁷⁶

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob zur Abrechnungseinheit nur einzelne gewerbliche Nutzer gehören oder der gewerblich genutzte Flächenanteil überwiegt, da die Kosten pro Quadratmeter maßgeblich sind.⁴⁷⁷ Dafür, dass durch die gewerbliche Nutzung erhebliche Mehrkosten entstehen, die einen Vorwegabzug erforderlich machen, trägt der Mieter die Darlegungs- und Beweislast.⁴⁷⁸ Der Umstand, dass der gewerblich genutzte Flächenanteil überwiegt, rechtfertigt keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Vermieters. Denn auch in diesem Fall kann der Mieter hinsichtlich der hierfür erforderlichen Informationen Auskunft vom Vermieter und Einsicht in die der Abrechnung zu Grunde liegenden Belege verlangen; soweit der Mieter danach weiterhin nicht in der Lage sein sollte, die für einen Vorwegabzug der Gewerbeflächen

⁴⁷² LG Chemnitz v. 11.4.2008 – 6 S 437/07, NZM 2009, 154; *Blank/Börstinghaus*, § 556a BGB Rdnr. 28.

⁴⁷³ AG Neukölln v. 13.3.2008 – 19 C 499/07, GE 2009, 384.

⁴⁷⁴ OLG Düsseldorf v. 30.10.2008 – I-24 U 84/08, GE 2009, 906 = ZMR 2009, 844

⁴⁷⁵ BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 290/09, WuM 2010, 629.

⁴⁷⁶ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419, Tz. 30 f.; BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05, NJW 2007, 211, Tz. 15 f.

⁴⁷⁷ BGH v. 11.8.2010 – VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26.

⁴⁷⁸ BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05, NJW 2007, 211, Tz. 16.

maßgebenden Tatsachen vorzutragen, während der Vermieter über die entsprechende Kenntnis verfügt und ihm nähere Angaben zumutbar sind, kommt zu Gunsten des Mieters eine Modifizierung seiner Darlegungslast nach den Grundsätzen über die sekundäre Behauptungslast (hier des Vermieters) in Betracht.⁴⁷⁹ 105

Ob die Betriebskosten pro Quadratmeter bei den gewerblichen Einheiten wesentlich höher sind als bei den vermieteten Wohneinheiten, lässt sich nicht pauschal mit dem Hinweis auf erhöhten Publikumsverkehr der Gewerbeeinheiten oder durch einen Vergleich mit den in einem Betriebskostenspiegel ausgewiesenen Durchschnittskosten begründen, sondern kann nur anhand der konkreten Gegebenheiten des Gebäudekomplexes einerseits und der Art der gewerblichen Nutzung andererseits beurteilt werden.⁴⁸⁰ Dabei ist hinsichtlich der einzelnen Betriebskosten zu differenzieren. So mag der von einem Discounter oder einer Gaststätte verursachte Publikumsverkehr je nach den örtlichen Gegebenheiten beim Turnus der Gebäudereinigung zu einer Vervielfachung mit entsprechenden Kostensteigerungen bei dieser Position der Betriebskosten führen, während die Gartenpflege oder Gebäudeversicherung nicht notwendig aufwendiger oder wesentlich teurer ist, wenn sie sich nicht auf einen reinen Wohnkomplex bezieht, sondern auf ein Gebäude, in dem auch Büros, Arztpraxen oder Läden untergebracht sind.

16.10 Gebot der Wirtschaftlichkeit

Nach überwiegender Meinung trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz beachtet hat.⁴⁸¹ 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 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.⁴⁸²

Diese Grundsätze gelten auch in der Gewerberaummieta, so dass der Vortrag des Mieters, der Vermieter habe bei den Kosten der Versicherung gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen, nicht ausreicht, wenn nicht auch ein konkretes Angebot vorgelegt wird, wonach die Leistung auch preiswerter in der Abrechnungsperiode zu erreichen gewesen wäre.⁴⁸³ Erst wenn ein solcher konkreter Vortrag erfolgt, hat der Vermieter darzulegen, dass die von ihm eingekaufte Leistung im Rahmen seines Ermessensspielraumes liegt.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 251/05, NJW 2007, 211, Tz. 16.

⁴⁸⁰ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26.

⁴⁸¹ 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.

⁴⁸² BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 78/06, WuM 2007, 393 = ZMR 2007, 685 = GE 2007, 1051 = NZM 2007, 563.

⁴⁸³ KG v. 29.3.2010 - 8 U 20/09, GE 2010, 766.

⁴⁸⁴ vgl. dazu OLG Celle, ZMR 1999, 238, 240; AG Köln, WuM 1999, 291.

16.11.1 Abrechnungsfrist bei Gewerberaummietvertrag

In Rechtsprechung und Literatur wird überwiegend die Meinung vertreten, dass § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der für die Wohnraummiete den Ausschluss von Betriebskostennachforderungen anordnet, die der Vermieter später als 12 Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes verlangt, auf die Geschäftsraummiete nicht anwendbar ist.⁴⁸⁵

Dieser Auffassung hat sich der BGH angeschlossen.⁴⁸⁶ Von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften (§§ 549 bis 577 a BGB) erkläre § 578 BGB nur einzelne auf Mietverhältnisse über Grundstücke und Räume, die keine Wohnräume sind, für anwendbar. Auf § 556 BGB verweise § 578 BGB nicht. Eine gesetzliche Regelung über den Ausschluss von Nebenkostennachforderungen existiere folglich für die Geschäftsraummiete nicht. Auch eine analoge Anwendung von § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auf die Geschäftsraummiete scheide aus. Voraussetzung für eine Analogie sei, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthalte und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar sei, den der Gesetzgeber geregelt habe, dass angenommen werden könne, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.⁴⁸⁷ Diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor. Es fehle bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Mit dem am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetz⁴⁸⁸ habe der Gesetzgeber die bis dahin nur für öffentlich geförderte preisgebundene Wohnungen gemäß § 20 Abs. 3 Satz 4 NMV als Ausschlussfrist gestaltete Abrechnungsfrist für die Betriebskosten von 12 Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums in § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auch für frei finanzierte Wohnungen übernommen.⁴⁸⁹ In § 578 BGB, der konkret aufzähle, welche von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften auf die Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume seien, entsprechend anwendbar seien, werde § 556 BGB nicht genannt. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber es versehentlich unterlassen habe, in § 578 BGB auf § 556 BGB zu verweisen, würden nicht bestehen. Insbesondere könne nicht daraus, dass die Gesetzesmaterialien keine Begründung dafür enthielten, warum der Gesetzgeber von einem Verweis auf § 556 BGB abgesehen habe, auf eine planwidrige Gesetzeslücke geschlossen werden.⁴⁹⁰ Denn der Gesetzgeber habe durch die gezielte Auswahl der auf die Geschäftsraummiete anwendbaren Vorschriften in § 578 BGB deutlich zum Ausdruck gebracht, dass § 556

⁴⁸⁵ OLG Düsseldorf, ZMR 2008, 206; OLG Düsseldorf, GE 2006, 847; KG, ZMR 2007, 449; OLG Köln, ZMR 2007, 115; LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2008, 800; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 1; Schmidt-Futterer/Langenberg, *Mietrecht*, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 6 und 458; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, *Miete*, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 62; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Beyerle, *Geschäftsraummiete*, 2. Aufl., Kap. 11 Rz. 143; Langenberg, *Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiете*, 5. Aufl., G IV Rz. 99; Fritz, NJW 2007, 887, 889; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 21; Staudinger/Weitemeyer, [Neubearb. 2006], § 556 BGB Rz. 106; a.A. MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 1; LG Darmstadt, NZM 2009, 546; AG Wiesbaden, NZM 2006, 140.

⁴⁸⁶ BGH v. 27.1.2010 - XII ZR 22/07, GuT 2010, 26 = GE 2010, 406 = NZM 2010, 240 = MDR 2010, 496; BGH v. 17.11.2010 - XII ZR 124/09, ZMR 2011, 365.

⁴⁸⁷ BGH v. 25.9.2009 - V ZR 36/09, NJW 2009, 3644 3645 m.w.N.

⁴⁸⁸ BGBl. I S. 1149.

⁴⁸⁹ BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

⁴⁹⁰ so aber: LG Darmstadt, NZM 2009, 546; AG Wiesbaden, NZM 2006, 140.

BGB für die Geschäftsraummiere nicht gelten solle. Über diesen gesetzgeberischen Willen könne nicht im Wege der Analogie hinweggegangen werden. 107

16.11.2 Zurückbehaltungsrecht bei Abrechnungssäumigkeit

Legt der Vermieter bis zum Eintritt der Abrechnungsreife (= Ablauf der Abrechnungsfrist) die Nebenkostenabrechnung nicht vor, wird dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Vorschüssen zugebilligt.⁴⁹¹ Mit dem Argument, die (Gesamt-) Miete i.S.v. § 535 Abs. 2 BGB stehe dem Abrechnungsanspruch insgesamt gegenüber, ließe sich auch ein Zurückbehaltungsrecht an der gesamten Miete begründen.⁴⁹²

Insoweit soll aber weder ein Gegenseitigkeitsverhältnis gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB noch Konnexität im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB bestehen.⁴⁹³ Zwischen dem Anspruch auf Miete und dem auf Rechnungslegung bestehe kein so enger natürlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang, dass es gegen Treu und Glauben verstieße, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht und durchgesetzt werden könnte.⁴⁹⁴

16.12 Belegprüfung bei Auslandsaufenthalt

Dem Mieter einer nicht preisgebundenen Wohnung steht ein Anspruch auf Übersendung von Belegkopien zur Betriebskostenabrechnung grundsätzlich nicht zu, weil er die Belege beim Vermieter oder Wohnungsverwalter einsehen kann. Nur wenn ihm dies im Einzelfall nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zumutbar ist, kommt ein Anspruch des Mieters auf Übersendungen von Fotokopien der Rechnungsbelege in Betracht.⁴⁹⁵ Die Frage, ob ein solcher Ausnahmefall gegeben ist, entzieht sich allgemeiner Betrachtung und ist vom Tatrichter unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

Deshalb ist es nicht zu beanstanden,⁴⁹⁶ wenn das Berufungsgericht annimmt, dem Mieter stehe aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Anspruch auf Übersendung von Kopien der Rechnungsbelege zu, weil er wegen seines Umzugs und des studienbedingten Aufenthaltes in Portugal eine Einsichtnahme in die Belege in Köln nicht zumutbar sei.

*Maßgeblich ist, ob die Einsicht in zumutbarer Entfernung zum Ort der Wohnung stattfinden kann. Insoweit wurde bisher ein Umzug des Mieters als unerheblich angesehen.*⁴⁹⁷

16.13 Einwendungsausschluss bei mehreren Abrechnungen

Nach § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB hat der Mieter dem Vermieter Einwendungen gegen die jährliche Betriebskostenabrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zu-

⁴⁹¹ BGH v. 29.2.1984 - VIII ZR 310/82, NJW 1984, 1684.

⁴⁹² Lützenkirchen, WuM 2003, 63, 68.

⁴⁹³ OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 - 10 U 58/09, GE 2009, 1432 = OLGR 2009, 821.

⁴⁹⁴ OLG Düsseldorf v. 28.9.2000, DWW 2001, 210 = MDR 2000, 1427 = OLGR 2001, 32 = WuM 2000, 678 = ZMR 2001, 25; OLG Düsseldorf v. 12.6.2001, DWW 2002, 31 = GuT 2001, 7 = ZMR 2002, 37 - 24 ZS.; OLG Koblenz v. 20.1.1994, DWW 1995, 81 = MDR 1995, 251 = NJW-RR 1995, 394 = WuM 1995, 154 = ZMR 1995, 157; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. V 287.

⁴⁹⁵ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419, Tz. 24 f.; BGH v. 13.9.2006 - VIII ZR 71/06, NZM 2006, 926, Tz. 7.

⁴⁹⁶ BGH v. 19.1.2010 - VIII ZR 83/09, WuM 2010, 296 = GE 2010, 761; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 80/09, WuM 2010, 363 = ZMR 2010, 599 = NZM 2010, 576.

⁴⁹⁷ LG Köln v. 10.1.2001 - 10 S 249/00, NZM 2001, 617.

gang der Abrechnung mitzuteilen. Nach Ablauf der Frist kann der Mieter Einwendungen nicht mehr geltend machen, es sei denn, der Mieter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten. **108**

Die Voraussetzungen für einen Einwendungsausschluss sind erfüllt, wenn der Mieter gegenüber zwei vorangegangenen Abrechnungen rügt, dass die Grundsteuer nicht umlegbar sein, gegenüber der nächsten Abrechnung aber keine ausdrückliche Einwendung erfolgt, sondern den von ihm errechneten Betrag (ohne Grundsteuer) überweist.⁴⁹⁸ In der Zahlung eines Teilbetrags könne nicht die (konkludente) Mitteilung gesehen werden, dass der Mieter die Betriebskostenabrechnung für dieses Abrechnungsjahr ebenfalls wegen der fehlenden Umlagefähigkeit der Grundsteuer beanstanden wolle. Eine Beanstandung sei im Hinblick auf die Rügen in den Vorjahren auch nicht entbehrlich gewesen. Sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB würden verlangen, dass der Mieter eine materiell-rechtliche Einwendung, die er gegenüber einer Betriebskostenabrechnung für ein bestimmtes Jahr erheben will, dem Vermieter innerhalb von zwölf Monaten ab Zugang dieser Abrechnung mitteile; die Beanstandung einer früheren Betriebskostenabrechnung mache eine solche Mitteilung grundsätzlich auch dann nicht entbehrlich, wenn es sich der Sache nach um die gleiche Einwendung handle. Die auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages in das Gesetz aufgenommenen Bestimmungen des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB stünden im Interesse der Ausgewogenheit dem Nachforderungsausschluss für den Vermieter (§ 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB) einen Einwendungsausschluss für den Mieter mit entsprechender Frist gegenüber; damit solle erreicht werden, dass in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht.⁴⁹⁹ Das nach der Gesetzesbegründung angestrebte Ziel der Rechtssicherheit⁵⁰⁰ erfordere es, dass das Einwendungsrecht des Mieters gegenüber jeder Betriebskostenabrechnung ausgeschlossen sei, die der Mieter nicht innerhalb der Zwölf-Monats-Frist beanstandet habe. Denn das Ziel des Gesetzes, durch Fristablauf Klarheit über die Ansprüche aus der Betriebskostenabrechnung für ein bestimmtes Jahr zu erlangen, würde verfehlt, wenn aufgrund der Beanstandung einer früheren Abrechnung für eine spätere Betriebskostenabrechnung nicht mehr zu verlangen wäre, dass diese Abrechnung innerhalb der Frist (erneut) beanstandet wird, sondern die spätere Abrechnung auch nach Ablauf von zwölf Monaten noch unter Bezugnahme auf die gegenüber einer früheren Abrechnung erhobene Einwendung angegriffen werden könnte. Deshalb sei die erneute und wiederholte Geltendmachung von Einwendungen gegen die vertragliche Umlagefähigkeit von Betriebskosten nicht eine unnötige Förmerei, sondern geboten, um das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel der Rechtssicherheit durch Fristablauf zu erreichen. Es sei dem Mieter auch zuzumuten, eine Betriebskostenabrechnung innerhalb der Zwölf-Monats-Frist und nicht erst danach erneut zu beanstanden, wenn er diese Abrechnung aus dem gleichen Grund wie eine frühere Abrechnung für nicht gerechtfertigt hält. Im Übrigen sei es keine Selbstverständlichkeit, dass ein Mieter eine Einwendung gegen die Umlagefähigkeit bestimmter Betriebskosten, die er gegenüber einer früheren Betriebskostenabrechnung erhoben habe, auch gegenüber einer späteren aufrechter-

⁴⁹⁸ BGH v. 12.5.2010 – VIII ZR 185/09, WuM 2010, 420 = NZM 2010, 470 = ZMR 2010, 669 = DWW 2010, 295 = Info M 2010, 210.

⁴⁹⁹ BT-Drs. 14/5663, S. 79.

⁵⁰⁰ BT-Drs. 14/5663, S. 79.

halte. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Rechtslage - wie hier - zunächst **109** zweifelhaft und auch im Zeitpunkt der späteren Abrechnung noch nicht geklärt sei.

In einer solchen Situation sei es nicht ungewöhnlich, dass eine der Parteien auf ihrem Standpunkt nicht weiter beharrt - sei es, dass der Vermieter streitig gewordene Betriebskosten in einer späteren Abrechnung nicht wieder umlege oder dass der Mieter eine gegenüber einer früheren Abrechnung erhobene Einwendung gegenüber einer späteren nicht wieder aufgreife.

16.14 Rückforderung des Betrages, der zum Ausgleich des Saldos gezahlt wurde

Bei unterbliebener oder formell unwirksamer (und nicht bloß inhaltlich unrichtiger) Betriebskostenabrechnung⁵⁰¹ schuldet der Mieter mangels Fälligkeit der Forderung weder eine Betriebskostennachzahlung⁵⁰² noch ist er (bei fortbestehendem Mietverhältnis) verpflichtet, künftige Betriebskostenvorauszahlungen zu entrichten, vielmehr kann er solche gemäß § 273 BGB Zug um Zug gegen Erteilung einer formell wirksamen Abrechnung zurückbehalten.⁵⁰³ Der Mieter ist in diesen Fällen aber nicht berechtigt, vertraglich geschuldete und tatsächlich auch geleistete Vorauszahlungen zurückzufordern. Denn der Rechtsgrund für ihre Leistung entfällt nicht dadurch, dass der Vermieter die Betriebskosten trotz Eintritts der Abrechnungsreife nicht oder nicht formell wirksam abrechnet.

So verhält es sich grundsätzlich ebenfalls, wenn das Mietverhältnis beendet ist.⁵⁰⁴ Für das beendete Wohnraummietverhältnis hat der BGH allerdings entschieden,⁵⁰⁵ dass der Mieter bei unterbliebener oder formell unwirksamer Abrechnung der Betriebskosten die Vorauszahlungen zurückverlangen könne, weil wegen des jetzt entfallenen Druckmittels aus § 273 BGB die Rückforderung der Vorauszahlungen der einzig effiziente und dem Mieter gemäß § 242 BGB auch nur zumutbare Weg sei, den Vermieter zu einer formell wirksamen Abrechnung zu veranlassen. Vor diesem Hintergrund kommt eine Rückforderung der Betriebskostenvorschüsse in Betracht, wenn das Mietverhältnis einseitig oder einvernehmlich beendet wurde oder gemäß § 566 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes ein Vermieterwechsel stattgefunden hat.

Dies allein führt aber noch nicht zur Rückforderung des Betrages, der zum Ausgleich des in einer Nebenkostenabrechnung ausgewiesenen und maßgeblichen Saldos trotz möglicherweise fehlender Fälligkeit der Forderung gezahlt wurde.⁵⁰⁶ Ein Mieter kann zwar die Erfüllung einer nicht fälligen Forderung verweigern, er muss das aber nicht; er kann vielmehr wegen ihrer Erfüllbarkeit trotz fehlender Fälligkeit leisten, § 271 Abs. 2 BGB. Daraus folgt, dass die vorfällige Leistung zur Erfüllung der Verbindlichkeit im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB führt.⁵⁰⁷ Sie kann, wie sich aus § 813 Abs. 2 BGB ergibt, nicht mit der Begründung mangelnder Fälligkeit zurückgefordert werden.⁵⁰⁸ Will der Mieter die erbrachte Leistung ganz oder teilweise zurückfordern mit der

⁵⁰¹ vgl. zur Abgrenzung BGH, NJW 2009, 283 f. sub. II.1a; BGH, NJW 2008, 2258 jew. m.w.N.; OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 569; *Blank*, NZM 2008, 745, 748 f.; *Schmid*, DWW 2009, 50 ff.

⁵⁰² vgl. BGH, NJW 1991, 836, 837 sub. III. 3c, bb.

⁵⁰³ OLG Düsseldorf, ZMR 1998, 219; vgl. auch BGH, NJW 2006, 2552, 2553 sub. II.1b, aa zur Wohnraummiete.

⁵⁰⁴ OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – 24 U 160/08, DWW 2010, 78 = NZM 2010, 866 = MietRB 2010,12.

⁵⁰⁵ vgl. BGH, NJW 2005, 1499, 1500 sub II.3.

⁵⁰⁶ OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – 24 U 160/08, DWW 2010, 78 = NZM 2010, 866 = MietRB 2010,12.

⁵⁰⁷ Palandt/*Heinrichs*, 68. Aufl., § 271 BGB Rz. 11.

⁵⁰⁸ vgl. OLG Düsseldorf v. 25. 01. 2008, Az. I-24 U 19/07 [n.v.].

Behauptung, er schulde aus materiellen Gründen Betriebskosten nicht oder nicht in der bezahlten Höhe, geht das nur unter den (nach Darlegungs- und Beweislast) erschweren Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 BGB. Nicht der (beklagte) Vermieter, sondern der (klagende) Mieter als Bereicherungsgläubiger muss daher darlegen und notfalls beweisen, dass die Betriebskostenverbindlichkeit sachlich nicht oder nicht in der erfüllten Höhe besteht. 110

16.15 Anspruch auf Erstattung der Vorauszahlungen

16.15.1 im laufenden Mietvertrag

Ein Mieter kann in einem bestehenden Mietverhältnis nicht die Rückzahlung der auf die Nebenkosten geleisteten Abschlagszahlungen verlangen, wenn der Vermieter diese nicht fristgerecht (§ 556 Abs. 3 Satz 2 BGB) abrechnet.⁵⁰⁹ Der Mieter ist dadurch hinreichend geschützt, dass ihm bis zur ordnungsgemäßen Abrechnung des Vermieters gemäß § 273 Abs. 1 BGB ein Zurückbehaltungsrecht jedenfalls hinsichtlich der laufenden Nebenkostenvorauszahlungen zusteht.

Diese Erwägungen sind auch heranzuziehen, wenn der Vermieter die Nebenkostenvorauszahlungen bereits abgerechnet, dem Mieter aber bisher nicht die Einsicht in die Abrechnungsunterlagen gewährt wurde.⁵¹⁰ Denn die mangelnde Gewährung der Belegprüfung führt nicht dazu, dass der Vermieter im Prozess für die materielle Richtigkeit seiner Abrechnung beweisfällig bleibt. Die Mieter sind auch hier hinreichend durch das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB hinsichtlich der laufenden Nebenkostenvorauszahlungen geschützt. Außerdem können die Beklagten ihren Anspruch auf Vorlage der Belege einklagen (§ 259 BGB).

16.15.2 nach Mietende

Der Mieter kann bei beendetem Mietverhältnis unmittelbar auf Rückerstattung der Nebenkostenvorauszahlungen klagen, wenn der Vermieter seiner Verpflichtung zur Erteilung der Abrechnung nicht innerhalb der Frist von längstens einem Jahr nachkommt. Wegen des im beendetem Mietverhältnis entfallenden Druckmittels aus § 273 BGB ist die Rückforderung der Vorauszahlungen der einzig effiziente und dem Mieter gemäß § 242 BGB auch zumutbare Weg, den Vermieter zu einer formell wirksamen Abrechnung zu veranlassen; der Mieter ist nicht gehalten, zuerst auf Erteilung der Abrechnung zu klagen.⁵¹¹

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung geleisteter Betriebskostenvorauszahlungen nur vorläufiger Natur. Auch ein titulierter Anspruch auf Rückzahlung bleibt selbst bei eingetretener Rechtskraft nicht zwingend bestandskräftig. Führt nämlich der Vermieter die Fälligkeit seines Betriebskostenerstattungsanspruchs durch ordnungsgemäße Abrechnung nachträglich noch herbei, steht die Rechtskraft des einer Klage des Mieters stattgebenden Urteils einer (späteren) Klage des Vermieters auf Zahlung der Betriebskosten nicht entgegen, denn der Rückzahlungsanspruch des Mieters wurde lediglich als "zur Zeit begründet" anerkannt.⁵¹² Der Mieter ist daher bis zum Eintritt der Verjährung dem begründeten Anspruch des Vermieters auf Zahlung der tatsächlich angefallenen Betriebskosten ausgesetzt.

⁵⁰⁹ BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552, Tz. 9 ff., 15.

⁵¹⁰

⁵¹¹ vgl. BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, GE 2005,543 = NJW 2005,1499.

⁵¹² BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 = WuM 2005, 337 unter II 3 g.

Lediglich mit Nachzahlungsansprüchen ist der Vermieter nach Ablauf der einjährigen 111 Abrechnungsfrist ausgeschlossen (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB).

Macht der Mieter seinen Anspruch auf Rückzahlung der Betriebskostenvorauszahlungen nicht mit einem Zahlungsverlangen, sondern im Wege der Aufrechnung geltend, führt dies zu keinem anderen Ergebnis.⁵¹³ Denn der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung geleisteter Vorauszahlungen steht unter der auflösenden Bedingung einer formell ordnungsgemäßen und inhaltlich richtigen Abrechnung des Vermieters. Tritt die Bedingung ein, entfällt der Rückzahlungsanspruch des Mieters ex nunc (§ 158 Abs. 2 HS 2 BGB), soweit der Vermieter Anspruch auf die abgerechneten Betriebskosten hat; die Aufrechnungserklärung verliert insoweit ihre Wirkung.⁵¹⁴ § 388 Satz 2 BGB steht dem nicht entgegen, denn nicht die Aufrechnung wird unter einer Bedingung erklärt, sondern die Forderung, mit der aufgerechnet wird, steht unter einer auflösenden Bedingung.

Der Rückforderungsanspruch soll aber fortbestehen, wenn der Vermieter nach Vorlage der Abrechnung auf das Begehren nach Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nicht reagiert⁵¹⁵. Dem kann nicht beigeplichtet werden. Mit Vorlage der Abrechnung tritt die auflösende Bedingung ein. Der Rückforderungsanspruch kann nicht weitergehen als das Zurückbehaltungsrecht.

16.15.3 und Vollstreckungsgegenklage

Eine Klage des Mieters auf Rückzahlung von Vorauszahlungen, die mangels Erteilung der fälligen Betriebskostenabrechnung Erfolg hat, ist lediglich "zur Zeit begründet",⁵¹⁶ so dass der Vermieter auch noch nach Rechtskraft dieser Entscheidung mit einer Abrechnung die Voraussetzung für die Fälligkeit der Betriebskostenabrechnung schaffen und den Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Vorauszahlungen damit nachträglich zu Fall bringen kann.

Die mit einer Vollstreckungsgegenklage erhobene Einwendung des Vermieters, die Rückforderung der Vorauszahlungen sei angesichts der zwischenzeitlich erteilten Betriebskostenabrechnung (nunmehr) unbegründet, ist nach § 767 Abs. 2 ZPO zulässig, wenn die Abrechnung der Nebenkosten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess erfolgt ist.⁵¹⁷ Zwar ist für Gestaltungsrechte wie beispielsweise die Aufrechnung anerkannt, dass es für die Frage des Einwendungsausschlusses nicht auf die Ausübung des Gestaltungsrechts ankommt, sondern darauf, ob dieses - also etwa die Aufrechnungslage - zu dem nach § 767 Abs. 2 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt objektiv bereits bestanden hat.⁵¹⁸ Bei der Betriebskostenabrechnung, der schon kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt, handelt es sich aber nicht um ein Gestaltungsrecht, sondern lediglich um einen Rechenvorgang im Sinne des § 259 BGB,⁵¹⁹ der

⁵¹³ BGH v. 22.9.2010 – VIII ZR 285/09, WuM 2010, 688 = GE 2010, 1613.

⁵¹⁴ OLG Düsseldorf, MDR 2009, 1333; OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 1239 mwN; OLG Karlsruhe, NJW 1994, 593, 594; OLG Celle, OLGZ 1972, 274, 275; Staudinger/*Gursky*, BGB (2006), § 387 BGB Rz. 130; MünchKommBGB/*Schlüter*, 5. Aufl., § 387 BGB Rz. 36; Bamberger/Roth/*Dennhardt*, BGB, 2. Aufl., § 387 BGB Rz. 32; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 69. Aufl., § 387 BGB Rz. 11.

⁵¹⁵ AG Charlottenburg v. 23.6.2010 – 203 C 28/10, GE 2010, 1625.

⁵¹⁶ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, unter II 4 g.

⁵¹⁷ BGH v. 10.8.2010 – VIII ZR 319/09, ZMR 2011, 25.

⁵¹⁸ BGHZ 24, 97, 98; 34, 274, 279; 100, 222, 225, st. Rspr.

⁵¹⁹ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965, Tz. 8; BGH v. 23.11.1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573, unter I 2 aa.

die materielle Voraussetzung dafür schafft, dass dem Vermieter die Vorauszahlungen - soweit durch das Abrechnungsergebnis gerechtfertigt - endgültig verbleiben und ein etwaiger Nachforderungsanspruch fällig wird. Für den Ausschluss einer Einwendung nach § 767 Abs. 2 ZPO kommt es darauf an, ob sie bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung objektiv hätte erhoben werden können; hieran fehlt es, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Einwendung - hier die die Fälligkeit der Nebenkostenforderung des Vermieters herbeiführende Betriebskostenabrechnung - zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgelegen haben. Dass der Schuldner die materiellen Voraussetzungen für eine Einwendung vor diesem Zeitpunkt hätte schaffen können, genügt für den Einwendungsausschluss nicht.⁵²⁰

16.15.4 Geltung in der Gewerberaummiete

Ob dies auch in der Gewerberaummiete gilt, ist noch nicht abschließend geklärt.⁵²¹ Bisher hat nur das OLG Düsseldorf den Anspruch für den Gewerberaummieter bestätigt.⁵²²

Nunmehr ist dieser Auffassung auch das KG beigetreten.⁵²³

16.15.5 Verjährung

Grundsätzlich wird der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten ebenso wie der Anspruch des Mieters auf Erstattung etwaiger Überzahlungen mit der Erteilung der Abrechnung fällig.⁵²⁴ Für den Erstattungsanspruch des Mieters kann dies jedoch dann nicht gelten, wenn der Vermieter nicht innerhalb angemessener Frist über die Betriebskosten abrechnet.⁵²⁵ Diese Frist endet regelmäßig zum Ablauf eines Jahres nach Ende des Abrechnungszeitraumes.⁵²⁶ Anderenfalls könnte der Vermieter die Fälligkeit eines Rückzahlungsanspruches des Mieters nach Belieben hinauszögern. Um dem entgegenzuwirken ist dem Mieter in ergänzender Auslegung des Mietvertrages nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Anspruch auf die volle Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen zugebilligt worden. In diesem Fall wird der Rückforderungsanspruch nicht erst mit der Mitteilung der Abrechnung des Vermieters, sondern bereits dann fällig, wenn die Abrechnungsfrist erfolglos abgelaufen ist.⁵²⁷ Weitere Voraussetzung für die Fälligkeit des Rückforderungsanspruches ist, dass das Mietverhältnis beendet ist.

Die Verjährung dieses Anspruchs beginnt daher erst mit Ablauf des Jahres, in dem das Mietverhältnis beendet wurde.⁵²⁸ Insoweit ist es unbedeutend, ob Ansprüche des Mieters auf Erteilung von Abrechnungen bereits verjährt sind. Es handelt sich insoweit um zwei unterschiedliche Ansprüche, die weder bezüglich der Frage der Fälligkeit noch der Durchsetzbarkeit voneinander abhängig sind oder miteinander verknüpft sind. Der Mieter soll im beendeten Mietverhältnis

⁵²⁰ BGH v. 7.7.2005 - VII ZR 351/03, NJW 2005, 2926, unter II 2 b cc.

⁵²¹ vgl. zur obergerichtlichen Rechtsprechung im Einzelnen: OLG Düsseldorf v. 8.5.2008 - 10 U 8/08, GE 2008,731.

⁵²² OLG Düsseldorf v. 29.6.2009 - 24 U 11/09, MDR 2009,1333; OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 - 24 U 160/08, DWW 2010, 78 = NZM 2010, 866 = MietRB 2010,12.

⁵²³ KG v. 22.3.2010 - 8 U 142/09, GE 2010, 764 = ZMR 2010, 600.

⁵²⁴ vgl. BGHZ 113,188; BGH NJW-RR 2003, 442 = NZM 2003, 196; BGH NJW 2004, 250 = NZM 2004, 188.

⁵²⁵ KG v. 22.3.2010 - 8 U 142/09, GE 2010, 764 = ZMR 2010, 600.

⁵²⁶ BGH v. 27.1.2010 - XII ZR 22/07, GuT 2010, 26.

⁵²⁷ KG v. 22.3.2010 - 8 U 142/09, GE 2010, 764 = ZMR 2010, 600.

⁵²⁸ KG v. 22.3.2010 - 8 U 142/09, GE 2010, 764 = ZMR 2010, 600.

gerade nicht gehalten sein, zunächst auf Abrechnung zu klagen, weil es allein Sache des Vermieters ist, fristgerecht über die anfallenden Kosten vollständig und richtig abzurechnen (§ 259 BGB). Dem Vermieter bleibt es daher unbenommen, im Rückforderungsprozess die Abrechnung noch zu erteilen und Erledigung der Zahlungsklage herbeizuführen. Einen Rückforderungsanspruch bei Verjährung des Abrechnungsanspruchs generell auszuschließen wäre demgegenüber auch deshalb problematisch, weil zur Wahrung der Rechte des Mieters nach die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ausreichen muss.

16.15.6 Aufrechnung und Vorlage der Abrechnung

Ist der Vermieter abrechnungssäumig und das Mietverhältnis beendet, kann der Mieter anstelle des bis dahin bestehenden Zurückbehaltungsrechts einen Anspruch auf Rückzahlung der Betriebskostenvorauszahlungen geltend machen.⁵²⁹ Dies gilt auch in der Gewerberaummieta unter Berücksichtigung der angemessenen Abrechnungsfrist von 12 Monaten.⁵³⁰

Klagt der Mieter im Aktivprozess auf Rückzahlung der Nebenkostenvorschüsse, ist er gehalten, die Klage in eine solche auf Rückerstattung überzahlter Nebenkosten zu ändern, wenn die Abrechnung erfolgt und für ihn ein Guthaben besteht.⁵³¹ Sofern sich die Klage aufgrund der Abrechnung ganz oder teilweise als unbegründet herausstellt, kann der Mieter die Hauptsache für erledigt erklären mit der Folge, dass dem Vermieter nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen gemäß § 91a ZPO die Prozesskosten auferlegt werden.⁵³²

Im Prozess des Vermieters auf Zahlung von noch offenen Forderungen aus dem Mietverhältnis, in dem der Mieter mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen aufrechnet verliert die Aufrechnungserklärung (nachträglich) ihre Wirkung, wenn der Vermieter die fehlende (-n) Abrechnung (-en) vorlegt.⁵³³ Zwar bestand eine Aufrechnungslage im Sinne von § 389 BGB, weil sich bis zur Aufrechnungserklärung eine erfüllbare Hauptforderung der klagenden Vermieterin (Mietrückstände) und eine fällige Gegenforderung der beklagten Mieterin (Nebenkostenvorschüsse) gegenüberstanden. Die Gegenforderung hatte aber nur einen vorläufigen Rückzahlungsanspruch zum Gegenstand. Dieser Rückerstattungsanspruch bleibt selbst bei rechtskräftiger Verurteilung des mit der Abrechnung säumigen Vermieters nicht zwingend bestandskräftig. Führt nämlich der Vermieter die Fälligkeit seines Erstattungsanspruchs durch ordnungsgemäße Abrechnung (§ 259 BGB) nach rechtskräftiger Beendigung des Vorprozesses herbei, steht die Rechtskraft des einer Klage des Mieters stattgebenden Urteils der Klage des Vermieters auf Zahlung der Betriebskosten bzw. des sich aus der Abrechnung ergebenden Saldo nicht entgegen. Bestätigt wird dies auch durch die Überlegung, dass der Rückzahlungsanspruch des Mieters nur auflösend bedingt durch die Abrechnung des Vermieters besteht. Zwar ist anerkannt, dass die Aufrechnung mit einem solchen Anspruch bis zum Bedingungseintritt

⁵²⁹ BGH, NJW 2005, 1499 ff. = MDR 2005, 678 f., was auch für Gewerberaummietverhältnisse gilt, vgl. OLG Düsseldorf OLGR 2008, 660 f. = ZMR 2008, 890 f.

⁵³⁰ KG v. 22.3.2010 – 8 U 142/09, GE 2010, 764 = ZMR 2010, 600.

⁵³¹ LG Hamburg, WuM 1997, 380

⁵³² LG Hamburg, WuM 1997, 380, *Geldmacher* DWW 1995, 105.

⁵³³ BGH v. 22.9.2010 – VIII ZR 285/09, ■; OLG Düsseldorf v. 29.6.2009 - I-24 U 11-/09, MDR 2009, 1333 = DWW 2010, 22 = ZMR 2010, 437 = IMR 2010, 14 (*Klimesch*)

möglich ist.⁵³⁴ Bei auflösender Bedingung tritt aber im Falle des Bedingungseintritts **114** ipso jure der frühere Rechtszustand wieder ein.⁵³⁵ Die Hauptforderung des Vermieters lebt also bei Bedingungseintritt in ursprünglicher Höhe ex nunc wieder auf,⁵³⁶ während der Anspruch auf Rückzahlung der Betriebskostenvorauszahlungen unterging.

Nach der dargestellten Rechtsprechung des BGH ist der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung geleisteter Betriebskostenvorauszahlungen nur vorläufiger Natur. Auch ein titulierter Anspruch auf Rückzahlung bleibt selbst bei eingetretener Rechtskraft nicht zwingend bestandskräftig. Führt nämlich der Vermieter die Fälligkeit seines Betriebskostenerstattungsanspruchs durch ordnungsgemäße Abrechnung nachträglich noch herbei, steht die Rechtskraft des einer Klage des Mieters stattgebenden Urteils einer (späteren) Klage des Vermieters auf Zahlung der Betriebskosten nicht entgegen, denn der Rückzahlungsanspruch des Mieters wurde lediglich als "zur Zeit begründet" anerkannt.⁵³⁷ Der Mieter ist daher bis zum Eintritt der Verjährung dem begründeten Anspruch des Vermieters auf Zahlung der tatsächlich angefallenen Betriebskosten ausgesetzt. Lediglich mit Nachzahlungsansprüchen ist der Vermieter nach Ablauf der einjährigen Abrechnungsfrist ausgeschlossen (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB).

Der Mieter ist trotz der geschilderten, für ihn ungünstigen Entwicklung des Prozessverlaufs einem erhöhten Kostenrisiko nicht ausgesetzt. Bei Abrechnung des Vermieters im laufenden Rechtsstreit hat er die Möglichkeit, den Anspruch (nach angemessener Prüfungszeit) anzuerkennen und ggfls. nur noch mit seinem Anspruch auf ein etwaiges Abrechnungsguthaben aufzurechnen. Dies hätte zur Folge, dass der Vermieter gemäß § 93 ZPO die Kosten zu tragen hätte, die auf den von der zunächst wirksamen Aufrechnung erfassten Teil der Klageforderung entfielen.

16.16 Vorauszahlungen

16.16.1 § 560 BGB bei verspäteter Abrechnung

Gemäß § 560 Abs. 4 BGB kann jede Vertragspartei nach einer Abrechnung durch Erklärung in Textform eine Anpassung auf eine angemessene Höhe vornehmen. Dafür genügt eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung.⁵³⁸

Dem steht nicht entgegen, dass der Vermieter die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht eingehalten hat und deshalb mit der Geltendmachung einer Nachforderung von Betriebskosten für das betreffende Abrechnungsjahr ausgeschlossen ist (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB).⁵³⁹ Zwar wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, eine Anpassung der Vorauszahlungen durch den Vermieter nach § 560

⁵³⁴ vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 1239; OLG Celle OLGZ 1972, 275; OLG Karlsruhe, NJW 1994, 593 zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 69. Aufl., § 387 BGB Rz. 11

⁵³⁵ OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 1239; Palandt/*Heinrichs*, 69. Aufl., § 158 BGB Rz. 2.

⁵³⁶ Staudinger/*Gursky*, BGB, Neubearb. 2006, § 387 BGB Rz. 130 m.w.N.; MünchKomm/*Schlüter*, 5. Aufl., § 387 BGB Rz. 36.

⁵³⁷ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 3 g.

⁵³⁸ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, NZM 2008, 121, Tz. 15, 18.

⁵³⁹ BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, ZMR 2010, 847 = NZM 2010, 736.

Abs. 4 BGB setze voraus, dass die vorangegangene Abrechnung zu einer Nachforderung des Vermieters geführt habe, woran es bei einer verspäteten Abrechnung des Vermieters fehle.⁵⁴⁰ Das Gesetz sieht jedoch über den Nachforderungsausschluss für den verspätet abgerechneten Zeitraum hinaus keine Sanktion für die verspätete Abrechnung vor. Der Vorzug gebührt daher der Gegenmeinung, die eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB auch nach verspäteter Abrechnung für zulässig hält.⁵⁴¹ Dem Vermieter ist die Anpassung der Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB auch nicht deshalb verwehrt, weil im Hinblick auf die nicht fristgerecht erstellte Abrechnung zu besorgen sei, dass er auch künftige Abrechnungen verspätet erstellen werde. Der Mieter ist gegen Nachteile, die ihm durch eine verspätete Abrechnung des Vermieters entstehen können, durch den Ausschluss von Nachforderungen (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB) und das Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Betriebskostenvorauszahlungen⁵⁴² hinreichend geschützt. Die Anpassung der Vorauszahlungen an die jeweils letzte Betriebskostenabrechnung stellt sicher, dass die Vorauszahlungen - im Interesse beider Vertragsparteien - den voraussichtlich tatsächlich entstehenden Kosten möglichst nahe kommen. Für eine Ausnahme bei nicht fristgerechter Abrechnung besteht kein Anlass.

16.16.2 Zahlungsklage nach Eintritt der Abrechnungsreife

Vom Zeitpunkt der Abrechnungsreife an kann der Vermieter einen Anspruch auf Vorauszahlungen nicht mehr geltend machen.⁵⁴³ Er kann nur noch die sich aus der Abrechnung ergebenden Beträge verlangen und die Klage gemäß § 264 Nr. 3 ZPO entsprechend umstellen.⁵⁴⁴

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist der Schluss der mündlichen Verhandlung ggf. im Berufungsverfahren.⁵⁴⁵

17 Heizkosten

17.1 Duldung der Ergänzung der Verbrauchserfassung

Nach § 4 Abs. 1 HeizkV hat der Gebäudeeigentümer den anteiligen Verbrauch der Nutzer an Wärme und Warmwasser zu erfassen. Hierzu hat er die Räume mit Ausstattungen zur Verbrauchserfassung zu versehen; die Nutzer haben dies zu dulden (§ 4 Abs. 2 Satz 1 HeizkV). Aus diesen gesetzlichen Regelungen erwächst dem Mieter ein Anspruch gegen den Vermieter, die Wohnung mit geeigneten Heizkostenerfassungssystemen auszustatten. Im Gegenzug hat der Mieter alle hierfür erforderlichen Maßnahmen zu dulden, einschließlich des Wohnungszutritts.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ LG Berlin, NZM 2004, 339; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 560 BGB Rz. 47.

⁵⁴¹ MünchKommBGB/*Schmid*, BGB, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 30; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., E II Rz. 21; *Derckx*, NZM 2004, 321, 324 f.

⁵⁴² vgl. dazu BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NZM 2006, 533, Tz. 13.

⁵⁴³ vgl. BGH v. 27.11.2002 - VIII ZR 108/02, NZM 2003, 196, unter III 2; OLG Hamburg, WuM 1989, 150.

⁵⁴⁴ OLG Düsseldorf, ZMR 2001, 882, 884 f.; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., G IV. Rz. 93; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 556 Rz. 201.

⁵⁴⁵ BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, ZMR 2010, 847 = NZM 2010, 736.

⁵⁴⁶ MünchKommBGB/*Schmid*, 5. Aufl., § 4 HeizkV Rz. 1 ff.; *Lammel*, 2. Aufl., § 4 HeizkV Rz. 4 ff., 24 ff.

Fraglich ist, ob diese Ansprüche nicht nach der ersten Installation funktionierender Heizkostenerfassungsgeräte erlischt, so dass sich eine Duldungspflicht des Mieters im Folgenden nur auf einen eventuellen Austausch nicht mehr funktionierender Geräte beschränke.⁵⁴⁷ **116**

Dies ist jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn ein zusätzliches Gerät angebracht werden soll, das die bisher nicht erfasste, vom Fallrohr des Heizungsstrangs abgegebene Wärme messen soll.⁵⁴⁸ Der Zweck des Geräts besteht somit darin, eine bisher vorhandene Lücke in der Verbrauchserfassung (Einrohrheizung) zu schließen und erstmals den gesamten Wärmeverbrauch in der Wohnung zu erfassen. Hierfür besteht jedenfalls eine Duldungspflicht des Mieters aus § 4 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 HeizkV. Gleiches gilt für die Umprogrammierung des bereits in der Wohnung befindlichen Geräts. Diese Maßnahme liegt zudem im Interesse beider Vertragsparteien, da danach für die Übermittlung der gemessenen Werte ein Betreten der Wohnung nicht mehr erforderlich sein wird. Dem stehe auch § 7 Abs. 1 HeizkV in der Fassung vom 1. Januar 2009 (BGBl. I 2008 S. 2375) nicht entgegen. § 7 HeizkV regelt lediglich die Verteilung bereits erfasster Wärmekosten, sagt jedoch nichts darüber aus, ob und in welcher Weise die Erfassung zu erfolgen hat. Etwaige Einwendungen gegen die Verteilung der erfassten Kosten kann der Mieter erst nach Vorlage der Betriebskostenabrechnung vorbringen. Auch mit dem Vortrag, der Vermieter habe eine Heizungsanlage mit einem Zweirohrsystem einzubauen, da diese wirtschaftlich sinnvoller und energieeffizienter sei, kann der Mieter nicht durchdringen. Denn aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit lässt sich eine Verpflichtung des Vermieters zur Modernisierung einer vorhandenen alten, die Wärmeversorgung der Wohnung jedoch sicherstellenden Heizungsanlage nicht herleiten.⁵⁴⁹

17.2 Abrechnung einer Gemeinschaftsheizung (Wirtschaftseinheit)

Der BGH hatte bezüglich eines noch nach der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV) zu beurteilenden Sachverhalts entschieden, dass der Vermieter - bei preisfreiem Wohnraum nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB, bei preisgebundenem Wohnraum gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 II. BV - mehrere Gebäude zu einer Wirtschafts- und Abrechnungseinheit zusammenfassen kann, soweit im Mietvertrag nichts anderes bestimmt ist. Dabei hat er in dieser Entscheidung offenlassen können, ob eine anderweitige Bestimmung bereits darin zu sehen sein könnte, dass das Mietobjekt bei der Bezeichnung der zu vermietenden Sache mit Straße und Hausnummer bezeichnet ist. Denn selbst wenn die Lagebeschreibung des Mietobjekts zugleich als Bestimmung der Abrechnungseinheit auszulegen sein sollte, kann dies jedenfalls dann nicht gelten, wenn - wie in dem damaligen Streitfall von den Tatsacheninstanzen festgestellt - eine hausbezogene Abrechnung von Beginn des Mietverhältnisses an nicht möglich ist.⁵⁵⁰

Ein diesbezüglicher Vortrag des Vermieters, die Heizkosten könnten nicht nach Häusern getrennt abgerechnet werden, ist nicht deshalb unbeachtlich, weil sich sowohl aus der Techem-

⁵⁴⁷ LG Kassel, NZM 2006, 818 f.

⁵⁴⁸ BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 170/09, WuM 2010, 427 = GE 2010, 973 = ZMR 2010, 751.

⁵⁴⁹ BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142, Tz. 18.

⁵⁵⁰ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, WuM 2005, 579 = ZMR 2005, 937 = NZM 2005, 737 = NJW 2005, 3135, unter II 3 a.

Abrechnung als auch aus dem letzten Vortrag der Klägerin in der Berufungsinstanz 117

erbe, dass „bezüglich der Verbrauchskosten offensichtlich konkret nutzerbezogen abgerechnet wurde.“⁵⁵¹ Bei dieser Argumentation wird übersehen, dass zwischen der Zuordnung der für den Betrieb der gemeinsamen Heizungsanlage entstandenen Kosten zu den beiden angeschlossenen Häusern und der Umlage der Gesamtkosten auf die einzelnen Mieter unterschieden werden muss. Die Abrechnung der Heizkosten nach Wirtschaftseinheit ist auch nicht deswegen unzulässig, weil der Vermieter die ihm seit vielen Jahren bekannte Rechtsprechung des örtlichen Landgerichts⁵⁵² nicht zum Anlass genommen hat, in dem im Jahr 2005 geschlossenen Mietvertrag eine Abrechnung der Heizkosten nach Wirtschaftseinheit zu vereinbaren. Einer solchen Vereinbarung bedarf es nicht, wenn eine hausbezogene Abrechnung der Heizkosten, von Beginn des Mietverhältnisses an nicht möglich ist.⁵⁵³

18 Beendigung des Mietvertrages

18.1 Zugang der Kündigung

Zugegangen ist eine Willenserklärung, sobald sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass bei der Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, er könne von ihr Kenntnis erlangen.⁵⁵⁴ Geht dem Mieter fristgerecht nur der von dem Postzusteller gefertigte Benachrichtigungsschein zu, wird der Empfänger dadurch nur davon unterrichtet, dass für ihn eine Einschreibesendung bei der Post zur Abholung bereit liegt. Er enthält aber keinen Hinweis auf den Absender des Einschreibebriefes und lässt den Empfänger im Ungewissen darüber, welche Angelegenheit die Einschreibesendung zum Gegenstand hat. Der Zugang des Benachrichtigungsscheines ersetzt daher nicht den Zugang des Einschreibebriefes.

Der Mieter muss sich auch nicht gemäß § 242 BGB so behandeln lassen, als ob ihr die Kündigungserklärungen rechtzeitig zugegangen wären.⁵⁵⁵ Der Empfänger einer Benachrichtigung über die Niederlegung einer Zustellung ist nicht ohne weiteres gehalten, das für ihn niedergelegte Schriftstück abzuholen.⁵⁵⁶ Andererseits kann der Erklärende nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁵⁷ nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aus seiner nicht zugegangenen Willenserklärung ihm günstige Rechtsfolgen nur ableiten, wenn er alles Erforderliche und ihm Zumutbare getan hat, damit seine Erklärung den Adressaten erreichen konnte. Dazu gehört in der Regel, dass er nach Kenntnis von dem nicht erfolgten Zugang unverzüglich einen erneuten Versuch unternimmt, seine Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers zu bringen, dass diesem ohne weiteres eine Kenntnisnahme ihres Inhalts möglich ist.⁵⁵⁸ Ein wiederholter Zustellungsversuch ist nur dann entbehrlich, wenn der Empfänger die Annahme einer an ihn gerichteten Mitteilung grundlos verweigert, obwohl er mit dem Eingang rechtserheblicher Mitteilungen seines Vertrags- oder Verhandlungspartners rechnen muss, oder wenn der Adressat den Zu-

⁵⁵¹ BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 290/09, WuM 2010, 629 = NZM 2010, 781 = ZMR 2011, 24.

⁵⁵² hier: Darmstadt.

⁵⁵³ BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 290/09, WuM 2010, 629 = NZM 2010, 781 = ZMR 2011, 24.

⁵⁵⁴ BGHZ 137, 205 = NJW 1998, 976.

⁵⁵⁵ KG v. 10.6.2010 – 8 U 11/10, ZMR 2010, 954.

⁵⁵⁶ BGH, NJW 1977, 194.

⁵⁵⁷ BGH, NJW 1998, 976.

⁵⁵⁸ BGH, NJW 1998, 976.

gang der Erklärung arglistig verweigert. Diese Voraussetzungen lassen sich nicht **118** allein aus dem Umstand herleiten, dass ein Dauerschuldverhältnis besteht. Deshalb muss eine Partei noch nicht mit dem Eingang einer rechtserheblichen Mitteilung rechnen.⁵⁵⁹

18.2 Zurückweisung nach § 174 gegenüber dem Mitarbeiter des Vermieters

Nach § 174 Satz 2 BGB ist die Zurückweisung z.B. einer Kündigung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Welche Anforderungen insoweit gelten, ist einzelfallabhängig. Wird der Vertreter in eine Stellung berufen, die üblicherweise mit einer entsprechenden Vollmacht ausgestattet ist, steht dies zwar einer Mitteilung der Bevollmächtigung gleich.⁵⁶⁰ Wird dagegen vom Sachbearbeiter, vom Referatsleiter oder dem Sozius des Insolvenzverwalters gekündigt, besteht das Zurückweisungsrecht.⁵⁶¹

Bei einem (einfachen) Sachbearbeiter einer Grundstücksgesellschaft kann grundsätzlich aus der Stellung selbst nicht hergeleitet werden, dass er vom Vermieter in eine Stellung berufen ist, die üblicherweise mit einer Vollmacht zur Kündigung des Mietvertrages ausgestattet ist.⁵⁶² Dies ergibt sich auch nicht aus (vorausgegangenen) Verhandlungen mit dem Mieter über Mieterhöhungen, in deren Zuge ein Angebot zur Beendigung des Mietverhältnisses unterbreitet wurde. Denn es macht einen qualitativen Unterschied, ob Verhandlungen im Rahmen des Betriebsverhältnisses eines Mietvertrages geführt werden oder ob das Grundverhältnis begründet oder beendet werden soll.

18.3 Ordentliche Kündigung

18.3.1 Prozesskosten aus Räumungsrechtstreit

Nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter ein Mietverhältnis über Wohnraum ordentlich kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Ein solches Interesse liegt nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB insbesondere dann vor, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat. Sie setzt damit die Verletzung einer aus dem Mietverhältnis resultierenden Haupt- oder Nebenpflicht voraus.⁵⁶³ Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung in diesem Sinne kann unter anderem dann gegeben sein, wenn der Mieter mit der Zahlung der Miete oder der Betriebskosten in Höhe eines Betrages, der die Bruttomiete für zwei Monate erreicht, über einen Zeitraum von mehr als zwei Zahlungsterminen hinweg in Verzug gerät.⁵⁶⁴ Denn der Gesetzgeber sieht hierin sogar eine erhebliche Pflichtverletzung, die die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter regelmäßig als unzumutbar erscheinen lässt und diesem daher das Recht zu einer außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB eröffnet.

⁵⁵⁹ KG v. 10.6.2010 – 8 U 11/10, ZMR 2010, 954.

⁵⁶⁰ vgl. BAG, NJW 1981, 2374.

⁵⁶¹ vgl. Palandt/*Heinrichs*, BGB, 69. Aufl., § 174 BGB Rz. 7.

⁵⁶² KG v. 3.8.2009 – 12 U 96/09, ZMR 2010, 180.

⁵⁶³ vgl. hierzu Staudinger/*Rolfs*, (2006), § 573 BGB Rz. 32; Palandt/*Weidenkaff*, 69. Aufl., § 573 BGB Rz. 13 i.V.m. § 535 BGB Rz. 70 – 86; MünchKommBGB/ Häublein, 5. Aufl., § 573 BGB Rz. 52 f.; Bamberger/*Roth/Hannappel*, 2. Aufl., § 573 BGB Rz. 20; Erman/*Jendrek*, 12. Aufl., § 573 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl. § 573 BGB Rz. 11; Blank/*Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 573 Rz. 10, 11; Schmid/*Gahn*, Mietrecht, § 573 BGB Rz. 15.

⁵⁶⁴ vgl. BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, NJW 2007, 428, Tz. 9; BGH v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508, Tz. 14; BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 129/09 unter B II 1, GE 2010. 1111 = ZMR 2010, 948 = NZM 2010, 864.

Diese Voraussetzungen sind aber nicht erfüllt, wenn der Mieter zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung zwar mit einem - die Miete für zwei Monate weit übersteigenden - Betrag in Höhe von 2.137,38 € in Verzug geraten ist, die Verbindlichkeit aber nicht aus unvollständigen oder ausgebliebenen Mietzahlungen resultiert.⁵⁶⁵ Sie ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass der Mieter die vom ihm aufgrund des vorangegangenen Räumungsprozesses zu tragenden Verfahrenskosten von ursprünglich 1.620,66 € nicht beglichen und sich diese Verbindlichkeit zum Kündigungstermin um Vollstreckungskosten und Zinsen auf insgesamt 2.137,38 € erhöht hat. Ob die Nichtzahlung einer derartigen Schuld als Kündigungsgrund nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht kommt, ist umstritten.⁵⁶⁶ Insoweit gebührt der Meinung der Vorzug, die eine Pflichtverletzung ablehnt. Wenn die vom Mieter zu tilgende Verbindlichkeit dadurch entstanden sei, dass er mit seiner Mietzahlungspflicht in Verzug geriet und hierdurch den Vermieter zu einer außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses und anschließend zur Erhebung einer Räumungsklage veranlasste, seien die dabei angefallenen Prozesskosten Teil des durch die unterbliebenen Mietzahlungen verursachten Verzugschadens (§ 280 Abs. 2, § 286 BGB). Die Verpflichtung zur Tragung der durch den Räumungsprozess verursachten Kosten stehe damit in innerem Zusammenhang mit dem Mietverhältnis. Die - zwischenzeitlich behobene - Verletzung der Mietzahlungspflicht setze sich in der unterbliebenen Erstattung der im früheren Räumungsverfahren entstandenen Prozesskosten fort. Stelle man ausschließlich darauf ab, dass die rechtlichen Folgen des Verzugs in einer gesetzlichen Bestimmung (§ 286 BGB) und nicht im Mietvertrag selbst geregelt seien, würde man den aufgezeigten rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang zwischen Mietzahlungspflicht und Verzugsfolgen außer Acht lassen und einen einheitlichen natürlichen Lebenssachverhalt ohne zwingenden Grund in Teilaspekte aufspalten. Die innere Verknüpfung zwischen Hauptverbindlichkeit und hierauf zu zahlenden Zinsen und Kosten wird letztlich auch durch die allgemeine Vorschrift des § 367 Abs. 1 BGB bestätigt, die solche Verbindlichkeiten zu einer einheitlichen Schuld ("ganze Schuld") zusammenfasst. Dass die Kostentragungspflicht des Beklagten nicht nur auf § 280 Abs. 2, § 286 BGB, sondern auch auf einer gerichtlichen Kostenentscheidung nach § 91a ZPO beruht, ändert an deren Einordnung als mietvertragliche Pflicht ebenfalls nichts. Denn ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch verdrängt einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Kostenersatz nicht.⁵⁶⁷ Im Übrigen könne die Beurteilung, ob die Pflichtverletzung des Beklagten die Erheblichkeitsschwelle des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erreicht und damit ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne von § 573 Abs. 1 BGB begründet, nicht losgelöst von der in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Wertung des Gesetzgebers erfolgen. Danach soll eine auf einen Zahlungsverzug gestützte außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) unwirksam werden, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BGB). Mit dieser Sonderregelung verfolgt der Gesetzgeber das im allgemeinen Interesse liegende Ziel, eine Obdach-

⁵⁶⁵ BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 267/09, GE 2010, 1197 = WuM 2010, 571 = NZM 2010, 696 = ZMR 2011, 16.

⁵⁶⁶ dagegen: LG Duisburg, WuM 1992, 189 f.; Staudinger/Rolfs, (2006), § 573 BGB Rz. 36; dafür: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 573 BGB Rz. 57 i.V.m. Fn. 9.

⁵⁶⁷ vgl. etwa Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., Vor § 91 Rdnr. 11 m.w.N.

losigkeit finanziell schwacher Mieter zu vermeiden.⁵⁶⁸ Mit dieser Intention des Gesetzgebers wäre es nicht zu vereinbaren, wenn zwar eine berechnete außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs aufgrund einer von der Sozialhilfebehörde innerhalb der Schonfrist herbeigeführten Befriedigung des Vermieters nachträglich unwirksam wird, jedoch dem Vermieter die Möglichkeit verbliebe, das Mietverhältnis gleichwohl erneut zu kündigen, weil der Mieter wirtschaftlich nicht in der Lage ist, die Prozesskosten des erledigten Räumungsrechtsstreits zu begleichen. Denn der Gesetzgeber hat die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB nur von dem Ausgleich der Mietrückstände und der Zahlung der fälligen Nutzungsentschädigung, nicht aber darüber hinaus von der Bezahlung angefallener Verzugszinsen oder Prozesskosten abhängig gemacht.⁵⁶⁹ Hierdurch hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass aus seiner Sicht dem Vermieter eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auch dann zuzumuten ist, wenn seine im Zusammenhang mit dem Zahlungsverzug entstandenen sonstigen Forderungen nicht oder nicht in voller Höhe befriedigt werden. Dieser gesetzgeberischen Wertung muss bei der Beurteilung, ob ein berechtigtes Interesse zur Kündigung im Sinne von § 573 Abs. 1 BGB vorliegt, oder ob eine Pflichtverletzung des Mieters als nicht unerheblich einzustufen ist (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), Rechnung getragen werden. Denn andernfalls würde das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, einer Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter entgegen zu wirken, unterlaufen.

18.3.2 Begründung der Eigenbedarfskündigung

Nach § 573 Abs. 3 BGB sind die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.⁵⁷⁰ Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann. Bei einer Kündigung wegen Eigenbedarfs ist daher grundsätzlich die Angabe der Personen, für die die Wohnung benötigt wird, und die Darlegung des Interesses, das diese Personen an der Erlangung der Wohnung haben, ausreichend.⁵⁷¹

Diesen Anforderungen wird das Kündigungsschreiben gerecht, in dem dem Mieter mitgeteilt wird, dass der Vermieter bislang zur Miete wohne und mit seinen beiden Kindern in das zu Eigentum erworbene Wohnhaus einziehen und dort auch sein Büro betreiben wolle; durch diesen Umzug könne er die teuren Mieten für sein bisheriges Büro und seine bisherige Wohnung einsparen.⁵⁷² Insoweit ist es ohne Bedeutung, ob der Vermieter z.B. dadurch, dass er in der Kündigungserklärung den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass sich bei dem von ihm bisher bewohnten Anwesen Wohnung und Büro nicht unter einem Dach befänden und er aus diesem Grund besonders auf das an den Mieter vermietete Wohnhaus angewiesen sei. Unrichtige Anga-

⁵⁶⁸ vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 64.

⁵⁶⁹ vgl. hierzu etwa MünchKommBGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 569 Rdnr. 31 f.; Palandt/*Weidenkaff*, 69. Aufl., § 569 BGB Rz. 19; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 569 BGB Rz. 38; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 48 m.w.N.; LG Berlin, MDR 1989, 357; sowie - für Verzugszinsen - LG Berlin, ZMR 1989, 94.

⁵⁷⁰ vgl. BT-Drs. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

⁵⁷¹ so schon BayObLG, NJW 1981, 2197, 2199 f.; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NZM 2007, 679, Tz. 23.

⁵⁷² BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, WuM 2010, 301.

ben des Vermieters im Kündigungsschreiben können zwar dazu führen, dass die Kündigung materiell unbegründet ist, soweit nach dem wirklichen Sachverhalt der Eigenbedarf nicht besteht oder nur vorgeschoben ist; sie mögen im Einzelfall auch ein Indiz gegen die Ernsthaftigkeit des vom Vermieter angeführten Eigennutzungswunsches darstellen. Maßgeblich ist aber, ob und inwieweit es für die Beurteilung des geltend gemachten Eigenbedarfs darauf ankommt, ob sich auch bei seiner aktuellen Mietwohnung das separate Büro im selben Gebäude befindet. Ein etwaiges „Dramatisieren“ der Eigenbedarfssituation hat nicht zur Folge, dass es an der nach § 573 Abs. 3 BGB erforderlichen Begründung fehlt und die Kündigung bereits aus diesem formellen Grund unwirksam ist. 121

18.3.3 Nichten und Neffen als Familienangehörige

Nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB liegt ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses vor, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt.

Nach Auffassung des BGH gehört auch die Nichte des Vermieters zum Kreis der privilegierten Familienangehörigen im Sinne dieser Bestimmung.⁵⁷³ Für Geschwister des Vermieters sei dies kraft ihres nahen Verwandtschaftsverhältnisses schon länger anerkannt; zwischen Geschwistern bestehe ein so enges Verwandtschaftsverhältnis, dass es eines zusätzlichen einschränkenden Tatbestandsmerkmals, wie etwa einer engen sozialen Bindung zum Vermieter, nicht bedarf.⁵⁷⁴ Damit werde zum Ausdruck gebracht, dass für die Bestimmung des Kreises der durch § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB privilegierten Familienangehörigen bei entfernten Verwandten ein zusätzliches Kriterium heranzuziehen sei, das auf die konkrete persönliche oder soziale Bindung zwischen dem Vermieter und seinem Angehörigen im Einzelfall abstelle. Dass eine solche Einschränkung bei entfernten Verwandten aufgrund des Gesetzeszwecks - Kündigungsschutz des Mieters - geboten sei, entspreche auch der einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.⁵⁷⁵ Je weitläufiger der Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft sei, umso enger müsse die über die bloße Tatsache der Verwandtschaft oder Schwägerschaft hinausgehende persönliche oder soziale Bindung zwischen dem Vermieter und dem Angehörigen im konkreten Einzelfall sein, um eine Kündigung wegen des Wohnbedarfs eines Angehörigen zu rechtfertigen.⁵⁷⁶ Nichten und Neffen des Vermieters gehörten zwar nicht mehr zu dessen engsten Angehörigen wie Eltern, Kinder oder Geschwister, sie seien aber als Kinder der Geschwister immer noch eng verwandt mit dem Vermieter und gehörten nicht zu den entfernten, nur weitläufig Verwandten. Das Gesetz erlaube die Kündigung von Mietverhältnissen wegen des Wohnbedarfs von Familienangehörigen, weil es davon ausgehe, dass innerhalb der Familie aufgrund enger Verwandtschaft ein Verhältnis persönlicher Verbundenheit und gegenseitiger Solidarität bestehe, das die Privilegierung einer Kündigung zugunsten von Familienangehörigen rechtfertige. Vom Bestehen einer solchen familiären Verbundenheit und Solidarität, die nicht im Einzelfall nachgewiesen sein müsse, sei nicht nur bei Geschwistern auszugehen, sondern auch bei deren Kindern, das heißt den leiblichen Nichten und Neffen des Vermieters. Diese Wertung ergebe sich zwar nicht aus

⁵⁷³ BGH v. 27.1.2010 - VIII ZR 159/09, WuM 2010, 163 = GE 2010, 408 = NZM 2010, 271.

⁵⁷⁴ BGH v. 9.7.2003 - VIII ZR 276/02, NJW 2003, 2604.

⁵⁷⁵ vgl. den Überblick bei Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 51 ff. m.w.N.; Staudinger/*Rolfs*, BGB (2006), § 573 BGB Rz. 74 ff. m.w.N.

⁵⁷⁶ OLG Braunschweig, WuM 1993, 731, 732.

dem Wortlaut der Vorschrift. Denn der Gesetzgeber habe den Begriff der Familienangehörigen in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht näher bestimmt; auch aus den Gesetzesmaterialien sei für dessen Auslegung nichts zu entnehmen. Die generelle Einbeziehung von Nichten und Neffen in den Kreis der privilegierten Familienangehörigen sei aber vor dem Hintergrund anderer Regelungen der Rechtsordnung gerechtfertigt, in denen ebenfalls Familienangehörige allein aufgrund ihrer engen verwandtschaftlichen Beziehung privilegiert würden, ohne dass eine tatsächlich bestehende persönliche Verbundenheit im Einzelfall nachgewiesen werden müsse. Einen Anknüpfungspunkt dafür, wie weit der Kreis der Familienangehörigen in diesem Sinn zu ziehen sei, biete die Regelungen über das Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen (§ 383 ZPO, § 52 StPO), in denen der Kreis der privilegierten Familienangehörigen - unabhängig vom tatsächlichen Bestehen persönlicher Bindungen - konkretisiert werde. Gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO und § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO stehe ein Zeugnisverweigerungsrecht - neben Verlobten, Ehegatten und Lebenspartnern (§ 383 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 2a ZPO, § 52 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 2a StPO) - auch denjenigen zu, die mit einer Partei in gerader Linie verwandt oder verschwägert seien, sowie denjenigen, die in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert seien oder gewesen seien. Damit gehörten auch Nichten und Neffen noch zu dem Personenkreis, dem allein aufgrund enger verwandtschaftlicher Beziehung zur Partei ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe.

18.3.4 Möblierte Alternativwohnung

Der Vermieter ist bei einer Wohnraumkündigung wegen Eigenbedarfs grundsätzlich verpflichtet, dem Mieter eine im selben Haus bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung zur Anmietung anzubieten. Anderenfalls ist die Kündigung wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam.⁵⁷⁷

Unter diesem Gesichtspunkt ist ein Vermieter weder verpflichtet, dem arbeitslosen Mieter eine wesentlich größere Wohnung (160 m² gegenüber bisher 90 m²) anzubieten, noch eine kleinere, die möbliert vermietet wird.⁵⁷⁸ Dies gilt hinsichtlich der größeren Wohnung schon deshalb, weil aus sich heraus nicht verständlich ist, wie der Mieter bei seinen persönlichen (wirtschaftlichen) Verhältnissen die Miete für diese Wohnung aufbringen will. Dies gilt umso mehr, als z.B. Sozialhilfeleistungen, zu denen gemäß § 29 SGB XII auch die Leistungen für die Unterkunft gehören, nicht erstattet werden, wenn sie - gemessen am Wohnbedarf des/der Hilfebedürftigen - unangemessen hoch sind, was bei einer Wohnung von mindestens 160 qm für zwei erwachsene Personen regelmäßig der Fall ist. Aber auch die kleinere lediglich 69 m² große Wohnung unterliegt nicht der Anbietspflicht. Zwar haben die Gerichte die Entscheidung des Mieters zu achten, seinen Wohnbedarf nach eigenen Vorstellungen zu gestalten, also auch einzuschränken,⁵⁷⁹ so dass die mit 69 qm geringere Größe der anderen Wohnung allein kein geeignetes Kriterium darstellt, um die Vergleichbarkeit auszuschließen. Im vorliegenden Fall geht es aber darum, ob die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei gewordene Wohnung überhaupt als Alternativwohnung der Anbietspflicht unterlag. Das ist zu verneinen. Es ist anerkannt, dass der Vermieter dem Mieter eine frei werdende Alternativwohnung dann nicht anbieten muss, wenn sie wegen einer fort dauern-

⁵⁷⁷ BGH, NJW 2003, 2624; BGH, NJW 2008, 642; OLG Karlsruhe, WuM 1993, 105 = ZMR 1993, 159 = DWW 1993, 40.

⁵⁷⁸ OLG Düsseldorf v. 2.4.2009 – I-10 U 149/08, ZMR 2010, 176 = NZM 2010, 276.

⁵⁷⁹ BVerfG, ZMR 1992, 230.

den gewerblichen Nutzung nicht dem Wohnungsmarkt zur Verfügung steht oder **123** wenn dem Vermieter insoweit eine Vermietungsabsicht fehlt.⁵⁸⁰ Denn nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zur Eigenbedarfskündigung ist der Entschluss des Vermieters, seine Wohnung selbst zu Wohnzwecken zu nutzen, im Hinblick auf sein durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschütztes Eigentum grundsätzlich zu achten und einer gerichtlichen Nachprüfung entzogen. Dann ist aber auch beachtlich, dass die Alternativwohnung seit Oktober 2003 möbliert vermietet wurde, was zur Möglichkeit der Erzielung einer höheren Miete führt. In einer solchen Situation muss der Mieter ein Interesse an der Anmietung einer möblierten Wohnung dartun.

18.3.5 Inhalt der Anbietspflicht

Der wegen Eigenbedarfs berechtigt kündigende Vermieter hat dem Mieter eine andere, ihm zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung während der Kündigungsfrist zur Anmietung anzubieten, sofern sich die Wohnung im selben Haus oder in derselben Wohnanlage befindet. Andernfalls ist die ausgesprochene Kündigung wegen Verstoßes gegen das Gebot der Rücksichtnahme rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam.⁵⁸¹ Bei der Kündigung einer Mietwohnung wegen Eigenbedarfs ist zwar grundsätzlich die Entscheidung des Vermieters, welche der ihm gehörenden Wohnungen er nutzen will, zu respektieren. Es kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Kündigung von Wohnraum in die Lebensführung eines Mieters besonders stark eingreift. Der Vermieter ist deshalb gehalten, diesen Eingriff abzumildern, soweit ihm dies möglich ist. Ausnahmsweise ist eine (berechtigte) Eigenbedarfskündigung daher dann rechtsmissbräuchlich, wenn dem Vermieter eine vergleichbare andere Wohnung im selben Anwesen oder in derselben Wohnanlage zur Verfügung steht und er diese dem Mieter nicht anbietet, obwohl er die Wohnung erneut vermieten will.

Eine Wohnung muss der Vermieter dem Mieter anbieten, wenn eine Vergleichbarkeit mit der gekündigten Wohnung nicht von vornherein ausscheidet.⁵⁸² Insoweit kann nicht gefordert werden, dass der Mieter vorab erklären muss, dass er die Wohnung anmieten würde, wenn sie ihm denn angeboten würde. Es ist Sache des Mieters, über die Eignung einer Wohnung für seine persönlichen Zwecke zu entscheiden.⁵⁸³ Um eine verantwortliche Entscheidung hierüber treffen zu können, muss der Mieter über die wesentlichen Bedingungen einer Anmietung informiert sein. Hierzu gehören neben der Größe und Ausstattung der Wohnung jedenfalls auch die Mietkonditionen (Miete/Nebenkosten). Vor Erhalt dieser Informationen eine rechtsverbindliche Erklärung über die Anmietung abzugeben, ist dem Mieter regelmäßig unzumutbar. Der Vermieter erfüllt seine Anbietspflicht daher grundsätzlich nur dann ordnungsgemäß, wenn er den gekündigten Mieter über die genannten wesentlichen Vertragsbedingungen der Anmietung einer während der Kündigungsfrist frei werdenden Wohnung in Kenntnis setzt.

⁵⁸⁰ vgl. BGH, NJW 2005, 943.

⁵⁸¹ BGH v. 9.7.2003 - VIII ZR 276/02, NJW 2003, 2604 unter II 2; BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, NJW 2006, 220 Rz. 12.

⁵⁸² BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 78/10, GE 2010, 1584 = MietRB 2011, 2.

⁵⁸³ BVerfG, NJW 1992, 1220, 1221.

Der Vermieter setzt sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn er eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, sie alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen. Er darf dem Mieter, der mit einer längeren Mietdauer rechnet, die mit jedem Umzug verbundenen Belastungen dann nicht zumuten, wenn er ihn über die Absicht oder zumindest die Aussicht begrenzter Mietdauer nicht aufklärt.⁵⁸⁴ Für den Mieter ist ein sich abzeichnender Eigenbedarf des Vermieters vor allem für die Entscheidung von Bedeutung, ob er eine Wohnung überhaupt anmieten und damit das Risiko eines Umzugs nach verhältnismäßig kurzer Mietzeit eingehen will.⁵⁸⁵ Offen ist derzeit, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Vermieter den Mieter bei Abschluss des Mietvertrags auch auf einen nur möglichen Eigenbedarf hinweisen muss.

Das Problem hat der BGH erneut dahin stehen lassen.⁵⁸⁶ Denn im konkreten Fall, namentlich der kurzen Zeitspanne von nur knapp drei Monaten zwischen dem Abschluss des Mietvertrages und der Eigenbedarfskündigung sowie der Wohn- und Lebenssituation des Vermieters, war bereits auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung von dem Bestehen einer Hinweispflicht des Vermieters in Bezug auf den Eigenbedarf auszugehen. Der Vermieter hatte angegeben, seine jetzige Ehefrau erst kurz vor Abschluss des Mietvertrages kennen gelernt zu haben und hätte nicht ahnen können, dass sich die Beziehung zu harmonisch und explosiv entwickelt.

18.3.7 Schadensersatz bei formell unwirksamer Kündigung

Ein Vermieter, der schuldhaft - insbesondere unter Angabe falscher Tatsachen - eine (materiell) unberechtigte Kündigung ausspricht und dem Mieter dadurch die weitere Nutzung des Mietobjekts vorwerfbar streitig macht, macht sich wegen Verletzung der vertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner schadensersatzpflichtig, wenn der Mieter aufgrund der materiell unbegründeten Kündigung einen Schaden erleidet.⁵⁸⁷

Diese Grundsätze, die sich aus der Frage herleiten, ob sich der Vermieter zu Unrecht auf einen nicht bestehenden (materiellen) Kündigungsgrund berufen hat, lassen sich nicht auf die Situation übertragen, in der die Nichteinhaltung der formellen Kündigungsvoraussetzungen (z.B. die fehlende Angabe der Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der ordentlichen Kündigung, § 573 Abs. 3 BGB) reklamiert wird.⁵⁸⁸ Insoweit besteht keine vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, eine aus formellen Gründen unwirksame Kündigung zu unterlassen; der Vermieter macht dem Mieter den Besitz der Mietsache auch nicht vorwerfbar streitig, wenn er einen materiell bestehenden Kündigungsgrund nicht oder nicht ausreichend in der Kündigung darlegt. Der Zweck der Begründungspflicht besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt über seine Position Klarheit zu verschaffen und ihn in die Lage zu versetzen, rechtzei-

⁵⁸⁴ BVerfGE 79, 292; BVerfG, NJW-RR 1993, 1357.

⁵⁸⁵ BGH v. 21.1.2009 VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139, Tz. 19.

⁵⁸⁶ BGH v. 6.7.2010 - VIII ZR 180/09, ZMR 2010, 941.

⁵⁸⁷ BGH v. 11.1.1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 297, 302 - betreffend eine auf falsche Sachdarstellung gestützte Kündigung; BGH v. 8.7.1998 - XII ZR 64/96, NZM 1998, 718 unter 2 a - betreffend eine auf eine unwirksame AGB-Klausel gestützte Kündigung; BGH v. 18.5.2005 - VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395, unter II 1 - betreffend eine Eigenbedarfskündigung ohne tatsächlichen Selbstnutzungswunsch.

⁵⁸⁸ BGH v. 15.12.2010 - VIII ZR 9/10, WuM 2011, 33.

125
tig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.⁵⁸⁹ Nach der gesetzlichen Regelung ist die Begründung der ordentlichen Kündigung des Vermieters von Wohnraum Wirksamkeitsvoraussetzung, eine Kündigung ohne Angabe konkreter Gründe mithin von vornherein unwirksam.⁵⁹⁰ Dem Interesse des Mieters, die Kündigungsgründe frühzeitig zu erfahren und die Wahrnehmung seiner Rechte darauf einzustellen, wird somit bereits durch die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer nicht mit Gründen versehenen Kündigung umfassend Rechnung getragen. Welche nicht oder nicht ausreichend dargelegten Gründe den Vermieter zu der ausgesprochenen Kündigung veranlasst haben, ist für den Mieter angesichts der sich schon aus dem Begründungsmangel ergebenden Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr von Bedeutung. Die ordnungsgemäße Begründung der Kündigung liegt mithin in erster Linie im eigenen Interesse des Vermieters, weil das Mietverhältnis anderenfalls auch bei Vorliegen eines materiellen Kündigungsgrundes nicht beendet wird. Die Angabe des Kündigungsgrundes ist deshalb keine Nebenpflicht des Vermieters, auf deren Erfüllung der Mieter einen Anspruch hat, sondern eine Obliegenheit, die der Vermieter im eigenen Interesse zur Vermeidung von Rechtsnachteilen zu beachten hat. Die rechtliche Beurteilung, ob eine vom Vermieter ausgesprochene Kündigung dem gesetzlichen Begründungserfordernis genügt, ist dem eigenen Risikobereich des Mieters zuzuordnen; Anwaltskosten, die ihm insoweit - außerhalb eines gerichtlichen Prozesses - durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Wahrnehmung seiner Interessen entstehen, sind deshalb grundsätzlich nicht erstattungsfähig.

18.3.8 Schadensersatz wegen vorgetäuschem Eigenbedarf

Ein Vermieter, der schuldhaft eine Kündigung wegen Eigenbedarfs ausspricht, der in Wahrheit nicht besteht, ist dem Mieter grundsätzlich zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.⁵⁹¹

Einem Mieter, der auf eine Kündigung wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarfs hin auszieht, stehen Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung auch dann zu, wenn der Eigenbedarf zwar entgegen § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht im Kündigungsschreiben als berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses angegeben und die Kündigung deshalb unwirksam ist, der Vermieter dem Mieter den Eigenbedarf aber schlüssig dargetan und der Mieter keine Veranlassung hatte, die Angaben des Vermieters in Zweifel zu ziehen.⁵⁹² Der Kausalzusammenhang zwischen der von dem Vermieter geltend gemachten (vorgetäuschten) Eigennutzungsabsicht und dem Schaden des Mieters wird durch eine einvernehmliche Beendigung des Mietverhältnisses nicht unterbrochen, obwohl er zu diesem Zeitpunkt mangels ordnungsgemäß begründeter Kündigungserklärungen nicht zur Räumung des Mietobjekts verpflichtet war.⁵⁹³ Entscheidend ist nicht, ob der Mieter bereits zur Räumung verpflichtet ist, sondern allein, ob er das Räumungsverlangen materiell für berechtigt halten darf, weil er keinen Anlass hat, an der Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu dem geltend ge-

⁵⁸⁹ vgl. BT-Drucks. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

⁵⁹⁰ *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 173; vgl. auch BGH v. 22.6.2005 - VIII ZR 326/04, WuM 2005, 584 unter II 2, betreffend § 569 Abs. 4 BGB.

⁵⁹¹ BGH v. 18.5.2005 - VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395, unter II 1 m.w.N.

⁵⁹² BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 231/07, WuM 2009, 359 = GE 2009, 710 = NZM 2009, 429; vgl. auch einen ähnlichen Fall in LG Duisburg v. 18.11.2009 - 11 S 106/09, WuM 2010, 94..

⁵⁹³ vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54, 55; BayObLG, NJW 1982, 2003, 2004; Münch-KommBGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 573 BGB Rz. 108; Schmidt-Futterer/*Blank*, *Mietrecht*, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 79.

machten Eigenbedarf zu zweifeln. Auch wenn der Mieter sich unter dem Eindruck **126** des als bestehend angenommenen Eigenbedarfs zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses bereit findet und das Mietobjekt freigibt, ohne auf die formale Wirksamkeit der Kündigungserklärung des Vermieters abzustellen, räumt er die Mietwohnung nicht aus freien Stücken, sondern in der Vorstellung, dazu jedenfalls materiell verpflichtet zu sein. Unerheblich ist schließlich, ob der Mieter bei Abschluss des Aufhebungsvertrags bereits eine neue Wohnung angemietet hat. Steht die Anmietung der neuen Wohnung unter dem Eindruck der scheinbar materiell gerechtfertigten Eigenbedarfskündigung, ist auch insoweit die arglistige Täuschung des Vermieters ursächlich für den hieraus entstehenden Schaden des Mieters.⁵⁹⁴

*Dies kann anders zu beurteilen sein, wenn die Mietvertragsparteien die Beendigung des Mietverhältnisses im Wege eines Vergleichs vereinbaren, durch den der Streit über den vom Vermieter behaupteten, vom Mieter in Abrede gestellten Eigenbedarf beigelegt wird.*⁵⁹⁵

18.4 Zweifamilienhauskündigung

Eines berechtigten Interesses i.S.v. § 573 Abs. 1 BGB bedarf es nach § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB ausnahmsweise nicht, wenn ein Mietverhältnis über Wohnraum in einem vom Vermieter selbst bewohnten Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen gekündigt wird. Für die Beurteilung, ob in einem Gebäude mehr als zwei Wohnungen vorhanden sind, ist die Verkehrsanschauung maßgebend;⁵⁹⁶ auf eine eventuelle baurechtswidrige Errichtung kommt es danach schon deshalb nicht an, weil trotz Baurechtswidrigkeit eine tatsächliche Wohnnutzung erfolgen kann.⁵⁹⁷ Unter einer Wohnung wird gemeinhin ein selbständiger, räumlich und wirtschaftlich abgegrenzter Bereich verstanden, der eine eigenständige Haushaltsführung ermöglicht.⁵⁹⁸

Diese Anforderungen erfüllen Räumlichkeiten in einem Keller eines Wohnhauses, wenn sie neben einem 42 qm großen Wohn-/Schlafraum über eine Küchenzeile und ein Tageslichtbad mit Toilette verfügen.⁵⁹⁹ Die Existenz von drei Wohnungen in dem Wohnhaus des Vermieters hatte sich nicht dadurch geändert, dass der Vermieter die im Keller befindlichen Räume in seinen Wohnbereich integriert hat, indem er die Einliegerwohnung seit dem Erwerb des Hauses im Jahr 2006 als Besucherzimmer/Bügelzimmer/Arbeitszimmer nutzt. Denn durch diese Erweiterung des Wohnbereichs des Vermieters hat sich der einmal gegebene Wohnungsbestand nicht reduziert. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 25. Juni 2008.⁶⁰⁰ Die darin gebilligte tatrichterliche Beurteilung, die Aufteilung einander ergänzender Räume auf zwei Stockwerken hindere nicht die Annahme einer (einzigen) Wohnung, beruhte

⁵⁹⁴ OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54, 56.

⁵⁹⁵ vgl. dazu OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1995, 145, 146.

⁵⁹⁶ vgl. BGH v. 25.6.2008 - VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 Rz. 20; LG Hamburg, WuM 1994, 215; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rz. 6; Münch-Komm/Häublein, 5. Aufl., § 573a BGB Rz. 10; Bamberger/Roth/Hannappel, 2. Aufl., § 573a BGB Rz. 14.

⁵⁹⁷ LG Bochum, WuM 1984, 133 f.; LG Köln, WuM 1985, 63; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 391; *Sonnenschein*, NZM 2000, 1, 4; *Soergel/Heintzmann*, 13. Aufl., § 573a BGB Rz. 4.

⁵⁹⁸ vgl. LG Aachen, WuM 1993, 616, 617; LG Bochum, WuM 1984, 133; LG Hamburg, WuM 1994, 215; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rz. 6; MünchKomm/Häublein, 5. Aufl., § 573a BGB Rz. 11; Bamberger/Roth/Hannappel, 2. Aufl., § 573a BGB Rz. 14 f.; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 397; *Sonnenschein*, NZM 2000, 1, 2.

⁵⁹⁹ BGH v. 17.11.2010 - VIII ZR 90/10, WuM 2011, 34.

⁶⁰⁰ BGH v. 25.6.2008 - VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564.

auf anderen tatsächlichen Gegebenheiten. Die betreffenden Räume im Dachgeschoss jenes Gebäudes stellten keine eigenständige Wohnung dar. 127

Da die Einliegerwohnung vom Einzug der Mieter bis zum Ausspruch der Kündigung eine eigenständige Wohnung war, waren die Voraussetzungen einer erleichterten Kündigung nach § 573a Abs. 1 BGB zu keiner Zeit erfüllt. Daher bedurfte die in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum umstrittene Frage, ob es hinsichtlich des Wohnungsbestandes auf den Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses oder den Zeitpunkt der Kündigung ankommt,⁶⁰¹ keiner Entscheidung.

18.5 Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes

Hat der Vermieter eine unwirksame Eigenbedarfskündigung erklärt (z.B. weil der Eigenbedarf nicht bestand) kann der Mieter auf Wiedereinräumung des Besitzes klagen. Ist das Objekt in der Zwischenzeit veräußert, stellt sich die Frage, ob dieses Leistungshindernis das Rechtsschutzbedürfnis der Klage des Mieters tangiert. Insoweit wird vertreten, dass der Schuldner - hier der Vermieter - auch unter der Geltung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ohne Beweisaufnahme zur Leistung verurteilt werden kann, wenn die Unmöglichkeit zwischen den Parteien streitig ist, sie aber in jedem Fall von dem Schuldner zu vertreten wäre.⁶⁰²

Diese Frage kann offen bleiben, wenn der Mieter keinen Erfüllungsanspruch, sondern einen auf Wiedereinräumung der vertraglichen Rechte gerichteten Schadensersatzanspruch auf Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) geltend macht, an dessen Stelle bei einer etwaig bestehenden Unmöglichkeit der Herstellung ein Anspruch auf Geldentschädigung tritt (§ 251 Abs. 1 BGB).⁶⁰³ Eine - von dem Vermieter darzulegende und zu beweisende⁶⁰⁴ - Unmöglichkeit der Herstellung führt deshalb dazu, dass der Vermieter den Mieter in Geld zu entschädigen hat.⁶⁰⁵ Er kann aber nicht zur Wiedereinräumung der Besitz- und Mietrechte an der Wohnung verurteilt werden, ohne dass geklärt wird, ob ihm dies noch möglich ist (§ 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB).

18.6 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

18.6.1 Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB

Der Ausspruch einer fristlosen außerordentlichen Kündigung nach § 569 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zwar an sich an keine Frist gebunden. Gleichwohl ist seit langem anerkannt, dass eine längere Verzögerung der Kündigungserklärung nicht ohne Rechtsfolgen bleibt. Bei den Kündigungstatbeständen, die an eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses anknüpfen (vgl. § 543 Abs. 1 BGB), hält der BGH bei einer überlangen Hinauszögerung der Kündigung den Schluss für gerechtfertigt, die Vertragsfortsetzung sei für den Kündigenden nicht unzumutbar.⁶⁰⁶ Für die vom Gesetzgeber normierten typisierten Fälle der Unzumutbarkeit (§ 543 Abs. 2

⁶⁰¹ zum Meinungsstand: Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rn. 16.

⁶⁰² vgl. Schur, NJW 2002, 2518 ff.; Kaiser, MDR 2004, 311 ff.; Kohler, AcP 205 (2005), 93 ff.; jeweils m.w.N.

⁶⁰³ BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165 = GE 2010, 339 = NZM 2010, 273.

⁶⁰⁴ vgl. Baumgärtel/Helling, Beweislast, 3. Aufl., § 251 BGB Rz. 1; MünchKommBGB/Oetker, 5. Aufl., § 251 BGB Rz. 72; jeweils m.w.N.

⁶⁰⁵ vgl. BGH v. 29.2.1984 - IVa ZR 188/82, NJW 1984, 2570 ff.

⁶⁰⁶ vgl. BGH 23.9.1987 - VIII ZR 265/86, NJW-RR 1988, 77, unter II 2 a, m.w.N. zu § 554a BGB aF.

BGB) kann das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles treuwidrig oder verwirkt sein.⁶⁰⁷ Ob und in welchen Fällen daneben die in § 314 Abs. 3 BGB für eine Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vorgesehene zeitliche Schranke auch im Wohnraummietrecht gilt, hat der BGH bislang offen gelassen. Der XII. Zivilsenat hat dagegen im Bereich der Gewerberaummieta eine auf § 543 Abs. 1 BGB gestützte Kündigung an § 314 Abs. 3 BGB gemessen.⁶⁰⁸

Die Frage der Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB auf den Mietvertrag bedarf keiner Klärung, wenn seit der Fristsetzung neun Monate vergangen sind und der Mieter ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet hat.⁶⁰⁹ Dies ergibt sich unabhängig davon, ob man das Verhalten des Mieters allein unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB bewertet oder daneben § 314 Abs. 3 BGB heranzieht.

18.6.2 beharrliche Zutrittsverweigerung

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis aus wichtigem Grund von jeder Vertragspartei fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Aus § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB wird deutlich, dass der wichtige Grund in jedweder Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag liegen kann,⁶¹⁰ mithin auch in der Verletzung der vertraglich festgelegten Pflicht des Mieters, dem Vermieter Zutritt zur Wohnung zu gestatten, wenn dieser die Wohnung veräußern und deshalb Kaufinteressenten zeigen will. Unter welchen Umständen die Zumutbarkeitsgrenze für den Vermieter überschritten ist, wenn der Mieter die Erfüllung dieser vertraglichen Pflicht beharrlich verweigert, ist eine vom Tatrichter anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu treffende Wertung. Innerhalb dieser Wertung kann auch die Frage erheblich sein, ob es dem Vermieter im Einzelfall zuzumuten ist, vor Ausspruch der fristlosen Kündigung einen Duldungstitel gegen den Mieter zu erwirken und gegebenenfalls Vollstreckungsversuche nach § 890 ZPO zu unternehmen.

18.6.3 fortgesetzte Beleidigung durch den Vermieter

Für eine Mietvertragspartei kann ein Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB bestehen, wenn infolge des Verhaltens des anderen Vertragsteils die Durchführung des Vertrages wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage derart gefährdet ist, dass dem Kündigenden unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zugemutet

⁶⁰⁷ BGH v. 29.4.2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297; BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NJW 2007, 147, Tz. 11 m.w.N.

⁶⁰⁸ BGH v. 21.3.2007 - XII ZR 36/05, NJW-RR 2007, 886, Tz. 21.

⁶⁰⁹ BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 206/09, WuM 2010, 532 = GE 2010, 842.

⁶¹⁰ BGH v. 5.10.2010 - VIII ZR 221/09, WuM 2011, 13.

werden kann.⁶¹¹ Über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 129 543 Abs. 1 BGB ist auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden.⁶¹² Hierfür sind die Interessen des Kündigenden an der Vertragsbeendigung und die Interessen der anderen Vertragspartei an der Fortdauer des Mietverhältnisses zu ermitteln und zu bewerten.⁶¹³ Frühere Vertragsverletzungen des Kündigungsgegners können berücksichtigt werden, selbst wenn diese für sich genommen eine Kündigung nicht rechtfertigen würden.⁶¹⁴

Diese Voraussetzungen können angenommen werden, wenn die Gesellschafterin des Vermieters den Mieter nicht nur gegenüber Dritten beleidigt, sondern auch versucht, durch missfällige Äußerungen und Verdächtigungen deren Geschäftsbetrieb zu diffamieren.⁶¹⁵ Dies geschieht durch Äußerungen, wonach der Mieter in den Geschäftsräumen „ein schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“ oder "ein verdecktes Puff" betreibe, sowie der Mieter betreibe eine Sekte. Sollte sich dieser Sachvortrag in einer Beweisaufnahme bestätigen, hätte der Vermieter, der sich das Verhalten seiner Gesellschafterin zurechnen lassen müsste (§ 31 BGB), ihre mietvertraglichen Pflichten in erheblichem Umfang verletzt. Denn im Rahmen der allgemeinen vertraglichen Treuepflicht (§ 242 BGB) sind Vertragsparteien verpflichtet, alles zu unterlassen, was das Interesse des Vertragspartners an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu tun, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung sicherzustellen.⁶¹⁶ Diese vertragliche Nebenpflicht wird verletzt, wenn eine Vertragspartei ohne anerkanntes Interesse Behauptungen in der Öffentlichkeit verbreitet, die geeignet sind, das Ansehen des Vertragspartners erheblich zu beeinträchtigen.

18.6.4 Ankündigung der Nichtzahlung

Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beantwortung der Frage, ob eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne vorliegt, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung. Diese obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen vollständig festgestellt und gewürdigt und ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat.⁶¹⁷

Diese Voraussetzungen können bereits in der Erklärung des Mieters, er sei zur Zahlung der Miete künftig und auf unbestimmte Zeit nicht bereit, gesehen werden, weil der Mieter damit für die Zukunft die Erfüllung seiner primären Leistungspflicht, die Zahlung des Entgelts für die Nutzung

⁶¹¹ BGH v. 23.1.2002 - XII ZR 5/00, NJW-RR 2002, 946; BGH v. 10.4.2002 - XII ZR 37/00, NJW-RR 2002, 947, 948; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 1030; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 163.

⁶¹² Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 543 BGB Rz. 6; Bub/Treier/Grapentin, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rn. 190 m.w.N.

⁶¹³ Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 4.

⁶¹⁴ Müller in Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, (Stand 2010), C § 543 BGB Rn. 5.

⁶¹⁵ BGH v. 15.9.2010 - XII ZR 188/08, ZMR 2011, 29.

⁶¹⁶ BGH v. 28.4.1982 - IVa ZR 8/81, NJW 1983, 998, 999 m.w.N.

⁶¹⁷ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 394/03, NZM 2005, 538, unter II 3; BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NZM 2006, 338, Tz. 12.

des gemieteten Gegenstands, verweigert.⁶¹⁸ In einem solchen Fall kann dem Vermieter nicht zugemutet werden, das bereits angekündigte Ausbleiben weiterer Mietzahlungen abzuwarten, bis die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfüllt sind. 130

Eine vergleichbare Situation ist aber nicht gegeben, wenn nur einer von zwei Mietern, und zwar der Ausziehende eine solche Erklärung abgibt.⁶¹⁹ Maßgeblich sei, dass der am Mietvertrag festhaltende Mieter zu 1 eine derartige Erklärung nicht abgegeben habe. Die Kündigung sei auch nicht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage begründet. Es bedürfe keiner Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage ein Kündigungsrecht des Vermieters aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 1 oder § 313 Abs. 3 BGB in Betracht komme. Denn nach den vorliegenden Umständen sei der Fortbestand der bei Abschluss des Mietvertrages von den Mietern angegebenen finanziellen Verhältnisse sowie die dauerhafte Nutzung der Wohnung.

18.6.5 Begründung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Die Frage, wie weit die Begründungspflicht des § 569 Abs. 4 BGB reicht, wenn sich der Rückstand erst durch umfangreiche Berechnungen aus einer Vielzahl unterschiedlicher Positionen ergibt, ist bisher ungeklärt. Eine zu erhöhten Begründungsanforderungen führende schwierige Sach- und Rechtslage wird verbreitet angenommen, wenn der Vermieter die Kündigung nicht auf den aktuellen Mietrückstand, sondern auch auf frühere Rückstände stützt.⁶²⁰ Die bei einer derartigen Fallgestaltung bestehenden Begründungsanforderungen sind indessen streitig.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass den Anforderungen genügt ist, wenn der Vermieter dem Mieter nachvollziehbar mitteilt, welche konkret dargestellten Zahlungsrückstände er seiner Kündigung zugrunde legt⁶²¹ oder für welchen Zeitraum der Mieter welche Zahlungen nachweisen muss, um dem der Kündigung zugrunde liegenden Verzugsvorwurf wirkungsvoll zu begegnen.⁶²² Zusätzliche Begründungserfordernisse werden lediglich für den Fall erwogen, dass eine unklare Verrechnungslage besteht oder der Kündigungsgegner nicht über die nötigen Informationen zu bestimmten Zahlungsvorgängen verfügt, während der Kündigende die benötigten Informationen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Treuepflichten mit zumutbarem Aufwand geben kann.⁶²³

Teilweise werden aber auch weitergehende Anforderungen dahin gestellt, dass aus dem Kündigungsschreiben stets ersichtlich sein müsse, welche (Teil-)Zahlungen der Mieter, gegebenenfalls auch ein Dritter, geleistet habe und wie diese Zahlungen auf die jeweiligen Monate verrechnet worden seien,⁶²⁴ ob in dem Rückstand weitere Forderungen enthalten seien, die nicht unter § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB fielen, sowie ob und gegebenenfalls wie etwaige Einwendungen

⁶¹⁸ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 394/03, NZM 2005, 538.

⁶¹⁹ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, WuM 2009, 736 = GE 2009, 1613 = NZM 2010, 37 = DWW 2010, 51.

⁶²⁰ *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XII 145; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62; jeweils m.w.N.

⁶²¹ *Flatow*, NZM 2004, 281, 286; *jurisPK-BGB/Mössner*, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. 142.

⁶²² *MünchKommBGB/Häublein*, 5. Aufl., § 569 Rz. 36 Fn. 7.

⁶²³ *Flatow*, NZM 2004, 281, 286 f.; ähnlich *jurisPK-BGB/Mössner*, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211 m.w.N.

⁶²⁴ *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 569 BGB Rz. 73; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62.

des Mieters gegen seine Zahlungspflicht, insbesondere eine geltend gemachte **131** Mietminderung oder Aufrechnung, berücksichtigt worden seien.⁶²⁵ Noch weitergehend wird vereinzelt sogar vom Vermieter eine dezidierte Darlegung seiner Handlungsmotive sowie eine Bewertung des Verhaltens des Mieters durch eine aus sich heraus nachvollziehbare Darlegung der Vertragsverstöße verlangt.⁶²⁶

Der zuerst genannte Auffassung gibt der BGH⁶²⁷ den Vorzug. Danach genügt es zur formellen Wirksamkeit einer Kündigung, dass der Mieter anhand der Begründung des Kündigungsschreibens erkennen kann, von welchem Mietrückstand der Vermieter ausgeht und dass er diesen Rückstand als gesetzlichen Grund für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs heranzieht, um mit Hilfe dieser Angaben die Kündigung auf ihre Stichhaltigkeit überprüfen und in eigener Verantwortung entscheiden zu können, wie er darauf reagieren will.⁶²⁸ Dem wird eine Kündigung gerecht, aus der sich für einen konkreten Zeitraum jeweils monatsbezogen aufgelistet die aus Sicht des Vermieters bestehenden Rückstände bei der Kaltmiete und den Nebenkostenvorauszahlungen sowie daran anschließend die jeweils summenmäßig aufaddierten Gesamtrückstände ergeben. Darüber hinausgehende Angaben sind nicht erforderlich.

18.7 außerordentliche Kündigung

18.7.1 nach § 563 Abs. 4 BGB

Stirbt der Mieter, der Mitglied der vermietenden Genossenschaft war, geht die Mitgliedschaft auf den Erben über und endet satzungsgemäß am Ende des Geschäftsjahres, in dem das Mitglied verstorben. Fraglich ist, ob diese Konstellation ausreicht, um einen Genossenschaftsbedarf⁶²⁹ gegenüber dem in der Wohnung lebenden Familienangehörigen, der nach § 563 Abs. 2 BGB in den Mietvertrag eingetreten ist, zu begründen.

Das ist jedenfalls nicht gerechtfertigt, wenn der Eintretende angeboten hat, den von seiner Mutter ererbten Geschäftsanteil bei der Genossenschaft zu belassen, und sie gebeten hat, ihn als Mitglied aufzunehmen.⁶³⁰ Die Kündigung könne auch nicht auf einen wichtigen Grund in der Person des Eintretenden im Sinne des § 563 Abs. 4 BGB gestützt werden. Dafür sei auf die Zumutbarkeit für den Vermieter abzustellen. Insofern sei zu berücksichtigen, dass der Eintretende mehrere Jahre in der streitigen Wohnung gelebt und sich in die dortige Gemeinschaft beanstandungsfrei eingefügt habe, so dass dahinter seine Verurteilungen zu Straftat sowie eine bestehende Drogenabhängigkeit zurücktreten würden.

18.7.2 nach § 1056 Abs. 2 BGB

Die Vorschrift des § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB weist das Kündigungsrecht dem Eigentümer zu, ohne zu präzisieren, in welchem Zeitpunkt das Eigentum bestehen muss.

⁶²⁵ Staudinger/ Emmerich, BGB (2006), § 569 Rz. 62 m.w.N.

⁶²⁶ Gellwitzki, WuM 2004, 181, 184.

⁶²⁷ BGH v. 12.5.2010 – VIII ZR 96/09, WuM 2010, 484 = GE 2010, 975 = ZMR 2010, 839.

⁶²⁸ BGH v. 22.12.2003, – VIII ZB 94/03, NJW 2004, 850, unter II 2 b cc.

⁶²⁹ vgl. dazu BGH v. 10.9. 2003 – VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691 = ZMR 2003, 904 = MietRB 2004, 3.

⁶³⁰ BGH v. 20.4.2010 – VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431.

Die Auslegung der Norm ergibt, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerber, der erst **132** nach der Beendigung des Nießbrauchs Eigentümer wird, nicht zu einer Kündigung berechtigt ist.⁶³¹ Schon der Wortlaut des Gesetzes spreche gegen die Einbeziehung des Erwerbers in den Anwendungsbereich des § 1056 Abs. 2 BGB. Denn § 1056 Abs. 1 BGB erkläre für den Fall der Beendigung des Nießbrauchs auch § 567b BGB, durch die die Rechtsfolgen einer Weiterveräußerung von vermietetem Wohnraum durch den Erwerber geregelt werden, für entsprechend anwendbar. Das Gesetz unterscheide somit zwischen dem Eigentümer zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs und einem späteren Erwerber. Diese Differenzierung wird in § 1056 Abs. 2 BGB nicht aufgegriffen. Zudem erfahren durch die Vorschriften in § 1056 Abs. 1 BGB lediglich die Rechtsbeziehungen des Pächters zu demjenigen, der bei der Beendigung des Nießbrauchs Eigentümer ist, sowie zu dem Nießbraucher eine Regelung, nicht aber die Rechtsbeziehungen zu dem späteren Erwerber. Dieser tritt nämlich bei einer nach der Beendigung des Nießbrauchs erfolgenden Veräußerung des Grundstücks unmittelbar nach § 566 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 593b BGB) in die Vermieterstellung ein; der Verweisung auf diese Bestimmung in § 1056 Abs. 1 BGB sowie in § 567b Satz 1 BGB bedarf es insoweit nicht.⁶³² Auch § 567b Satz 2 BGB gewinnt für das Verhältnis von Pächter und Erwerber keine Bedeutung, weil hierdurch lediglich eine fortbestehende Haftung des Nießbrauchers für den Fall angeordnet wird, dass der Erwerber die sich aus dem Pachtverhältnis ergebenden Pflichten nicht erfüllt.

Auch der Regelungszweck stehe diesem Kündigungsrecht entgegen. Vorrangiges Ziel der Bestimmung des § 1056 BGB sei es, einen Interessenausgleich zwischen Eigentümer und Mieter für die Zeit nach der Beendigung des Nießbrauchs herbeizuführen. Der gesetzliche Eintritt des Eigentümers in die Vermieterstellung soll den besitzenden Mieter davor bewahren, sofort nach dem Erlöschen des Nießbrauchs einem Herausgabeanspruch ausgesetzt zu sein. Dieser wäre für den Mieter, der im Vertrauen auf das - möglicherweise langfristige - Mietverhältnis das Grundstück unter Einsatz seines Vermögens bewirtschaftet, regelmäßig mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden. Andererseits liefen die aus dem Eigentum resultierenden Befugnisse (§ 903 BGB) leer, wenn der Eigentümer auf Dauer an einen die Nutzung des Grundstücks betreffenden schuldrechtlichen Vertrag gebunden wäre, auf dessen Zustandekommen und Inhalt er keinen Einfluss hatte. Aus diesem Grund gewährt ihm § 1056 Abs. 2 BGB die Befugnis, auch einen befristeten Mietvertrag vorzeitig durch Kündigung zu beenden.⁶³³ Eine unzumutbare Belastung des Mieters ergibt sich hieraus nicht. Die von dem Eigentümer zu beachtende gesetzliche Kündigungsfrist (vgl. für die Landpacht § 594a BGB) erlaubt es ihm, sich rechtzeitig auf das bevorstehende Ende seines Besitzrechts einzustellen. Zudem wird der Mieter durch die Möglichkeit, den Eigentümer verbindlich zu der Erklärung darüber aufzufordern, ob er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht (§ 1056 Abs. 3 BGB), vor einem ungewissen Schwebezustand geschützt.

Damit ist die Interessenlage desjenigen, der das Grundstück nach der Beendigung des Nießbrauchs durch Rechtsgeschäft erwirbt, nicht vergleichbar. Er kann sich anlässlich der Kaufverhandlungen regelmäßig über das Bestehen eines Mietverhältnisses erkundigen. Ergibt sich, dass

⁶³¹ BGH v. 27.11.2009 – LwZR 12/08, NZM 2010, 474.

⁶³² Soergel/*Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 1056 Rz. 4; Staudinger/*Frank*, BGB [2009], § 1056 Rz. 14; Erman/*Jendrek*, BGB, 12. Aufl., § 567b Rz. 2; MünchKomm-BGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 567b Rz. 1.

⁶³³ vgl. Staudinger/*Frank*, BGB [2009], § 1056 Rz. 16.

das Grundstück ganz oder teilweise auf bestimmte Zeit vermietet ist, kann er seine weiteren Dispositionen, insbesondere sein Preisgebot, an diesem Umstand ausrichten oder ganz von dem Kauf Abstand nehmen, z.B. weil er das Grundstück selbst nutzen will.⁶³⁴ Einer Möglichkeit, den nach § 566 Abs. 1 BGB i.V.m. § 593b BGB übernommenen Pachtvertrag einseitig aufzulösen, bedarf es für den Erwerber, der sich in Kenntnis der bestehenden Verpachtung zu dem Kauf entschlossen hat, nicht. Jede andere Beurteilung führte zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des Erwerbers in den Fällen, in denen das Grundstück nicht durch den Eigentümer, sondern durch den Nießbraucher vermietet worden ist. **133**

19 Schadensersatz

19.1 Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten

Der Geschädigte kann nur solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren.⁶³⁵

Dies ist nicht der Fall, wenn der Mieter sich unzweifelhaft mit zwei Monatsmieten in Verzug befand, so dass eine hierauf gestützte Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ohne weiteres gerechtfertigt war.⁶³⁶ Ob die Vermietungsgesellschaft eine eigene Rechtsabteilung unterhält, ist unerheblich. Maßgeblich ist insoweit nur, ob der Vermieter anwaltlicher Hilfe bei der Abfassung des Kündigungsschreibens bedarf. Dies ist für jeden Vermieter objektiv zu bestimmen. Bei einem gewerblichen Großvermieter bedarf es keiner anwaltlichen Hilfe bei der Abfassung eines auf Zahlungsverzug gestützten Kündigungsschreibens, da dieses ohne weiteres durch das kaufmännische Personal eines gewerblichen Großvermieters gefertigt werden kann. Auch die formalen Anforderungen an ein Kündigungsschreiben erfordern kein Tätigwerden eines Rechtsanwalts. Die Kündigung eines Mietverhältnisses bedarf gemäß § 568 Abs. 1 BGB der schriftlichen Form, außerdem ist nach § 569 Abs. 4 BGB der zur Kündigung führende wichtige Grund in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Nach der Rechtsprechung des BGH genügt es zur Wirksamkeit einer auf Mietzahlungsverzug gestützten Kündigung des Vermieters, dass der Mieter anhand der Begründung des Kündigungsschreibens erkennen kann, von welchem Mietrückstand der Vermieter ausgeht und dass er diesen Rückstand als gesetzlichen Grund für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs heranzieht. Darüber hinausgehende Angaben sind selbst dann nicht erforderlich, wenn es sich nicht um eine klare und einfache Sachlage handelt.⁶³⁷

19.2 entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs

Gemäß § 252 Satz 2 BGB gilt u.a. der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Danach ist die volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich; es genügt vielmehr der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, wird vermutet, dass er erzielt worden wäre. Dem Ersatzpflichtigen obliegt dann der Beweis, dass er nach dem späteren Verlauf oder

⁶³⁴ vgl. *Wacke*, FS Gernhuber, 489, 498.

⁶³⁵ BGH v. 30.4.1986 - VIII ZR 112/85, NJW 1986, 2243 unter B II 2 b; BGH v. 8.11.1994 - VI ZR 3/94, BGHZ 127, 348, 350; MünchKomm/Oetker, 5. Aufl., § 249 BGB Rz. 175.

⁶³⁶ BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 271/09, WuM 2010, 740 = GE 2010, 1741.

⁶³⁷ BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 96/09, NZM 2010, 548 Rz. 32 ff.

aus anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre. Dabei dürfen keine zu **134** strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten gestellt werden.⁶³⁸ § 252 Satz 2 BGB bietet dem Geschädigten zwei Möglichkeiten der Schadensberechnung, nämlich die abstrakte Methode, die von dem regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr ausgeht, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätigt und daraus Gewinn erzielt und die konkrete Methode, bei der der Geschädigte nachweist, dass er an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und dass ihm wegen Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte Gewinn entgangen ist.

Ist der Erwerbsschaden eines Selbständigen festzustellen, so ist es im Rahmen der §§ 252 BGB, 287 ZPO in der Regel erforderlich und angebracht, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren anzuknüpfen.⁶³⁹ Zur Darlegung des entgangenen Gewinns im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB genügt es, diese Tatsachen vorzutragen.

Diesen Anforderungen genügt ein Mieter, der den ihm durch die Nichtgewährung des Gebrauchs der Mietsache entgangenen Gewinn abstrakt berechnet, indem er die von ihm in den vergangenen Jahren erzielten Gewinne darlegt und unter Zeugen- und/oder Sachverständigenbeweis stellt.⁶⁴⁰ Damit hat er gemäß § 252 Satz 2 BGB hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, welchen Gewinn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte. Zur Schlüssigkeit ist es nicht erforderlich, auch noch die Eckdaten der Berechnung mitzuteilen.

20 Nutzungsentschädigung

20.1 Vorenthaltung und Zustand der Mieträume

Der Begriff der Vorenthaltung besagt nicht nur, dass der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt, sondern auch, dass das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht.⁶⁴¹ In welchem Zustand sich die Mietsache bei der (vorgesehenen) Rückgabe befindet, ist grundsätzlich ohne Bedeutung, so dass allein darin, dass der Mieter dem Vermieter die Räume in verwahrlostem oder einem sonst nicht vertragsgemäßen Zustand überlässt, noch keine Vorenthaltung gesehen werden kann.⁶⁴²

Dementsprechend ist eine Vorenthaltung der Mietsache zu verneinen, wenn ein Mieter die Mietsache zurückgibt, ohne die ihm obliegenden Schönheitsreparaturen auszuführen,⁶⁴³ oder nur deshalb noch den Besitz an dem ansonsten bereits geräumten Mietobjekt behält, um auf Wunsch des Vermieters Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen.⁶⁴⁴

⁶³⁸ BGH v. 30.5.2001 - VIII ZR 70/00, NJW-RR 2001, 1542; BGH v. 19.10.2005 - VIII ZR 392/03, NJW-RR 2006, 243, 244.

⁶³⁹ BGH v. 6.2.2001 - VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640, 1641.

⁶⁴⁰ BGH v. 27.10.2007 - XIII ZR 128/09, GE 2010, 1741.

⁶⁴¹ BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 57/05, WuM 2005, 771, Tz. 6; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, WuM 2006, 102 Tz. 12; jeweils m.w.N.

⁶⁴² BGHZ 86, 204, 209 f.; BGHZ 104, 285, 289; jeweils m.w.N.

⁶⁴³ BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, ZMR 2011, 22; KG, KGR 2004, 175, 176.

⁶⁴⁴ BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, ZMR 2011, 22; OLG Hamm, NZM 2003, 517; OLG Bamberg, ZMR 2002, 738 f.; OLG Hamburg, WuM 1990, 75

Die Mietsache wird gemäß § 546a BGB vorenthalten, wenn der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht.⁶⁴⁵ Die Vorenthaltung endet erst mit der Erfüllung der Rückgabepflicht.⁶⁴⁶ Hierzu gehört neben der Übertragung des unmittelbaren Besitzes die Räumung der Mietsache.⁶⁴⁷ Zwar ist die Pflicht zur Rückgabe auch erfüllt, wenn nur noch einzelne Gegenstände in den Räumen zurückbleiben. Ob dies der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.⁶⁴⁸ Bleibt hingegen eine Vielzahl von Gegenständen zurück, liegt nur eine teilweise Räumung vor, die, weil Teilleistungen gemäß § 266 BGB unzulässig sind, zur Vorenthaltung der gesamten Mietsache führt.⁶⁴⁹

Das ist der Fall, wenn sich in der Mietsache noch ein Verkaufscontainer, mehrere Mülltonnen, Blumenbehälter sowie mehrere Kubikmeter Sperrmüll und auch Einrichtungsgegenstände befinden.⁶⁵⁰ Insoweit trifft den Mieter bei einem Streit über die Rückgabe die Darlegungs- und Beweislast.⁶⁵¹ Dazu muss er im Einzelnen darlegen, welche Gegenstände sich nach seinem Auszug noch auf dem Grundstück befanden. Selbst wenn der Vermieter eine Räumungsfrist gewährt hat, steht dies der Annahme einer Vorenthaltung der Mietsache gemäß § 546a BGB nicht entgegen. Denn ausreichend ist der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters, der auch bei Einräumung einer Räumungsfrist gegeben ist⁶⁵² und auch nicht dadurch entfällt, dass der Vermieter die Rücknahme ablehnt, weil die Mietsache nicht vollständig geräumt ist.

20.3 Bereicherung durch Parken auf dem Mietgrundstück

Eine mietvertraglich nicht gedeckte Nutzung, z.B. durch Parken auf Gemeinschaftsflächen, die nicht zur alleinigen Nutzung mitvermietet sind, kann Nutzungsentgeltsansprüche nach Bereicherungsrecht auslösen⁶⁵³ und zwar unabhängig davon, ob durch diese Art der Nutzung die Gebrauchsrechte sonstiger berechtigter Drittnutzer nach den konkreten örtlichen Verhältnissen beeinträchtigt werden. Denn dabei handelt es sich um eine Sondernutzung,⁶⁵⁴ die grundsätzlich geeignet ist, Nutzungsentgeltansprüche des Vermieters auszulösen.

Dazu muss der Vermieter aber insbesondere zum Maß der behaupteten vertragswidrigen Nutzung substantiiert vortragen.⁶⁵⁵ Während ein Unterlassungsanspruch aus § 541 BGB schon bei bloßer Gefahr wiederholten vertragswidrigen Gebrauchs begründet ist, verhält es sich bei bereicherungsrechtlichen Ansprüchen anders. Die Bereicherung muss nach Art, Umfang und Dauer quantifiziert werden, um sie gemäß § 818 Abs. 2 BGB, § 287 ZPO bestimmen zu können. Dafür

⁶⁴⁵ BGH, NJW 2007, 1594, 1595.

⁶⁴⁶ Schmidt-Futterer/*Gather*, Mietrecht, 9. Aufl., § 546a BGB Rz. 18; Bub/Treier/*Scheuer*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V 74.

⁶⁴⁷ BGH, NJW 1994, 3232, 3234; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 373.

⁶⁴⁸ BGH, NJW 1983, 1049, 1050.

⁶⁴⁹ vgl. OLG Koblenz, NZM 2006, 181; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 374.

⁶⁵⁰ KG v. 3.6.2010 - 12 U 164/09, GuT 2010, 225 = GE 2010, 1201.

⁶⁵¹ Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1135.

⁶⁵² BGH, NZM 2006, 820.

⁶⁵³ vgl. OLG Düsseldorf v. 5.5.2009 - I-24 U 153/08, GE 2009, 1187; AG Kamenz, ZMR 2000, 307; a.A. AG Hamburg-Wandsbek, WuM 2003, 29.

⁶⁵⁴ vgl. LG Hamburg, WuM 1992, 188; LG Wuppertal, WuM 1996, 267; AG Frankfurt, NJW-RR 1989, 83.

⁶⁵⁵ OLG Düsseldorf v. 5.5.2009 - I-24 U 153/08, GE 2009, 1187.

werden anknüpfungsfähige Tatsachen benötigt, damit eine Nutzungsentschädigung **136** hinreichend sicher (z.B. auch als Mindestbetrag) bemessen werden kann. Das gilt umso mehr, als Art, Umfang und Dauer der vertragswidrigen Nutzung zugleich Indiz und Maßstab dafür sind, ob der Mieter durch den (behaupteten) Gebrauch überhaupt Aufwendungen gespart hat, andernfalls er nicht bereichert wäre.

20.4 Darlegungslast bei Mietausfallschaden

Für einen nach § 280 Abs. 1 und 2, §§ 286, 546a Abs. 2 BGB in Betracht kommenden Anspruch auf Ersatz eines konkret berechneten Mietausfallschadens ist die Darlegung erforderlich, wann und zu welchem Mietzins das Mietobjekt bei rechtzeitiger Rückgabe hätte vermietet werden können.⁶⁵⁶ Daran ändert die Darlegungserleichterung gemäß § 252 Satz 2 BGB nichts. Der Geschädigte hat Anknüpfungstatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der geltend gemachte Gewinn zu erzielen gewesen wäre.

Denn die durch § 252 Satz 2 BGB zugelassene Wahrscheinlichkeitsprüfung erfordert den Vortrag greifbarer Tatsachen, weil sich nur an Hand eines bestimmten Sachverhalts sagen lässt, wie sich die Dinge weiter entwickelt hätten, und dass die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Vermutung erst nach Beibringung der erforderlichen (Ausgangs- oder Anknüpfung-)Tatsachen zum Tragen kommen kann.⁶⁵⁷ Darüber hinaus ist es für die Darlegung eines durch die verspätete Rückgabe der Mietsache entstandenen konkreten Mietausfallschadens sogar als erforderlich angesehen worden, dass dargetan wird, wann, an wen und zu welchem Mietzins die Mietsache hätte vermietet werden können.⁶⁵⁸ Allerdings ist immer auch darauf hingewiesen worden, dass sich eine feste Regel nicht aufstellen lässt, sondern vieles von den Umständen des jeweiligen Falles abhängt und deshalb die Beurteilung einer hinreichenden Schadenswahrscheinlichkeit Aufgabe des Tatrichters ist.⁶⁵⁹

Mit Rücksicht darauf genügt der Vermieter den Anforderungen an die Darlegungslast nicht, wenn der Vermieter lediglich zwei in einem Monat hervorgetretene Mietinteressenten benennt, ohne angeben zu können, ab wann diese die Wohnung überhaupt hätten anmieten wollen, zumal wenn der Wohnungsmarkt am Ort nicht derart angespannt ist, dass allein schon aus dem Angebot der Wohnung am Markt auf deren umgehende Weitervermietung hätte geschlossen werden können.⁶⁶⁰

21 Bereicherung durch vorzeitiger Rückgabe

Haben die Parteien einen langfristigen Mietvertrag geschlossen, nach dem der Mieter bestimmte Investitionen tätigen sollte, kann der Vermieter ungerechtfertigt bereichert sein, wenn das Mietverhältnis vorzeitig beendet wird.⁶⁶¹ Letzteres kann z.B. durch § 57a ZVG herbeigeführt

⁶⁵⁶ BGH v. 25.1.2007 – IX ZR 216/05, WPM 2007, 606.

⁶⁵⁷ BGHZ 54, 45, 55 f.; BGH v. 17.6.1998 - XII ZR 206/96, WPM 1998, 1787, unter 3 a; BGH v. 27.9.2001 - IX ZR 281/00, WPM 2001, 2450, unter III 1 a.

⁶⁵⁸ BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382, unter 2; OLG Düsseldorf, GE 2006, 327, 329.

⁶⁵⁹ BGHZ 54, 45, 56 m.w.N.

⁶⁶⁰ BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 326/09, WuM 2010, 632 = GE 2010, 1265 NZM 2010, 815.

⁶⁶¹ BGH v. 5.10.2005 - XII ZR 43/02, NJW-RR 2006, 294.

werden, wenn der Ersteher in der Zwangsversteigerung von seinem Recht zur außerordentlichen Kündigung Gebrauch macht. 137

Dem steht auch nicht entgegen, dass der auf eine bestimmte Zeit fest geschlossene Mietvertrag wegen Nichteinhaltung der Schriftform des § 550 BGB mit gesetzlicher Kündigungsfrist kündbar war. Der Umstand, dass der Mietvertrag in einem solchen Fall vorzeitig kündbar ist, ändert nichts daran, dass die Parteien einen z.B. auf 15 Jahre unkündbaren Mietvertrag haben vereinbaren wollen. Der Abschluss eines insoweit langfristigen Vertrages bildet nach wie vor die Grundlage für die von dem Beklagten getätigten Investitionen. Mit der Beendigung des Mietvertrages vor dem von den Parteien geplanten Ende ist der Rechtsgrund für die vom Beklagten vorgenommene Investition insoweit weggefallen⁶⁶² mit der Folge, dass der Vermieter bereichert sein kann.

Bei einem Vermieterwechsel infolge Grundstücksveräußerung ist nicht derjenige Bereicherungsschuldner, der im Zeitpunkt der Vornahme der Investition Vermieter war, sondern der neue Vermieter, der die Mietsache vorzeitig zurückerhält.⁶⁶³ Denn der Umfang der Bereicherung richtet sich nicht nach der Höhe der Aufwendung des Mieters und besteht auch nicht im Zeitwert der Investition oder der Verkehrswertsteigerung des Mietobjektes bei Rückgabe (und erst recht nicht zu einem früheren Zeitpunkt), sondern allein in der Erhöhung des Ertragswertes, soweit der Vermieter diesen früher als vertraglich vorgesehen durch anderweitige Vermietung zu einem höheren Mietzins realisieren kann. Um eine derartige Möglichkeit ist der Voreigentümer, der die Nutzung zum vertraglich vereinbarten Mietzins dem Mieter bis zum Eigentumsübergang gewähren musste und gewährt hat, nicht bereichert worden. Bereichert ist vielmehr der neue Vermieter, der die Mietsache vor Ablauf der vereinbarten Mietzeit zurückerhält und sie dadurch zu einem höheren Mietzins weiter vermieten kann.

Diese Grundsätze gelten auch bei einem Erwerb durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren.⁶⁶⁴ Der Ersteher erhält aufgrund seiner Kündigung die Mietsache früher zurück als nach dem Mietvertrag vorgesehen. Wenn er deshalb das Objekt zu einem höheren Mietzins als bisher vermieten kann, ist allein er und nicht der ursprüngliche Vermieter bereichert.

22 Verjährung

Nach § 548 Abs. 1 BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen und Verschlechterungen der vermieteten Sache in sechs Monaten. Diese kurze Verjährung soll zwischen den Parteien des Mietvertrages eine rasche Auseinandersetzung gewährleisten und eine beschleunigte Klarstellung der Ansprüche wegen des Zustandes der überlassenen Sache bei Rückgabe erreichen.⁶⁶⁵ Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des § 548 BGB weit ausgedehnt. Ansprüche auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes der Mietsache unterfallen der kurzen Verjährung des § 548 BGB⁶⁶⁶ ebenso wie solche, die darauf beruhen, dass der Mieter die Mietsache aufgrund des Vertrages umgestalten durfte und bei Vertragsende

⁶⁶² BGH v. 21.1.1960 - VIII ZR 16/59, WPM 1960, 497, 498.

⁶⁶³ BGH v. 20.5.2009 - XII ZR 66/07, NJW 2009, 2374; BGH v. 5.10.2005 - XII ZR 43/02, NJW-RR 2006, 294.

⁶⁶⁴ BGH v. 16.9.2009 - XII ZR 72/07, ZMR 2010, 104; BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 66/07, NZM 2009, 514.

⁶⁶⁵ BGHZ 98, 235, 237 = NJW 1987, 187, 188.

⁶⁶⁶ BGHZ 128, 74, 79 = NJW 1995, 252.

zur Herstellung des vereinbarten Zustandes verpflichtet ist.⁶⁶⁷ Ferner erfasst § 548 **138**

Abs. 1 BGB sämtliche Schadensersatzansprüche des Vermieters, die ihren Grund darin haben, dass der Mieter die Mietsache als solche zwar zurückgeben kann, diese sich jedoch aufgrund einer Beschädigung oder Veränderung nicht in dem bei der Rückgabe vertraglich geschuldeten Zustand befindet.⁶⁶⁸ Die weite Ausdehnung des Anwendungsbereiches führt schließlich dazu, dass auch Ersatzansprüche des Vermieters von der kurzen Verjährungsfrist erfasst werden, denen eine Beschädigung nicht nur des Mietobjekts selbst, sondern zugleich auch ein Schaden an nicht vermieteten Gegenständen zugrunde liegt, sofern der Schaden einen hinreichenden Bezug zum Mietobjekt selbst hat.⁶⁶⁹

Auf dieser rechtlichen Grundlage unterliegt auch ein Schadensersatzanspruch der kurzen Verjährung, dem die Verschlechterung eines Grundstücks zugrunde liegt, das zwar nicht Mietsache geworden ist, zu dessen Räumung sich der Mieter aber in einem gerichtlichen Vergleich über die Räumung der Mietsache verpflichtet hat.⁶⁷⁰ Denn die Parteien haben in dem gerichtlichen Vergleich keine über die mietvertragliche Verpflichtung hinausgehende selbständige Vereinbarung getroffen hätten, soweit sich der Mieter in dem Vergleich verpflichtete, die Ablagerungen unabhängig davon zu entfernen, ob die Gegenstände in seinem Eigentum stehen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hat ein Vergleich i.S.v. § 779 BGB grundsätzlich keine schuldumschaffende Wirkung.⁶⁷¹ Der Vergleich ändert das ursprüngliche Schuldverhältnis dann nur insoweit, als in ihm streitige oder ungewisse Punkte geregelt werden.⁶⁷² Im Übrigen bleibt das ursprüngliche Rechtsverhältnis nach Inhalt und Rechtsnatur unverändert fortbestehen.⁶⁷³ Dies gilt grundsätzlich auch für Prozessvergleiche.⁶⁷⁴ Ein neuer Schuldgrund wird nur bei einem durch Auslegung zu ermittelnden entsprechenden Parteiwillen geschaffen.⁶⁷⁵ Dagegen spricht bereits, wenn im Vorprozess der Umfang der Räumungspflicht zwischen den Parteien streitig war und gerade dieser Streit durch den Abschluss des Vergleichs beigelegt werden sollte (§ 779 Abs. 1 und 2 BGB). Zudem ist die Begründung einer neuen selbständigen Verpflichtung schon dann nicht erforderlich, weil der Mieter bereits aufgrund der mietvertraglichen Räumungspflicht auch diejenigen Grundstücksflächen räumen musste, die zwar nicht mitvermietet, von ihm jedoch unbeanstandet während der Mietzeit z.B. zur Ablagerung von Baumaterialien benutzt worden waren.

⁶⁶⁷ BGH v. 10.4.2002 - XII ZR 217/98, NZM 2002, 605; BGHZ 86, 71, 77 f. = NJW 1983, 680 f.

⁶⁶⁸ so schon BGH v. 7.11.1979 - VIII ZR 291/78, NJW 1980, 389, 390; vgl. auch Staudinger/*Emmerich*, (2006), § 548 BGB Rz. 4 f.; Schmidt-Futterer/*Gather*, Mietrecht, 9. Aufl., § 548 BGB Rz. 29; Bub/*Treier/Gramlich*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., VI Rz. 3, 8 ff.

⁶⁶⁹ BGH v. 10.5.2000 - XII ZR 149/98, NJW 2000, 3203, 3205; BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 Tz. 15; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 9. Aufl., § 548 BGB Rz. 6.

⁶⁷⁰ BGH v. 2.6.2010 - XII ZR 110/08, GuT 2010, 231 = GE 2010, 973 = ZMR 2010, 844.

⁶⁷¹ BGH v. 7.3.2002 - III ZR 73/01, NJW 2002, 1503.

⁶⁷² Palandt/*Sprau*, 69. Aufl., § 779 BGB Rz. 11; MünchKomm/*Habersack*,- 5. Aufl., § 779 BGB Rz. 30.

⁶⁷³ BGH v. 25.6.1987 - VII ZR 214/86, NJW-RR 1987, 1426, 1427.

⁶⁷⁴ BGH v. 24.6.2003 - IX ZR 228/02, NJW 2003, 3345, 3346.

⁶⁷⁵ BGH v. 7.3.2002 - III ZR 73/01, NJW 2002, 1503.

23.1 Schlüssigkeit des Sachvortrages zur Kündigung

Ein Sachvortrag ist dann schlüssig, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, die den Zeitpunkt und den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, ist nicht erforderlich, soweit diese Einzelheiten für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Die Ablehnung eines für eine beweis erhebliche Tatsache ange tretene Zeugenbeweises ist darüber hinaus nur dann zulässig, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber aufs Geratewohl gemacht, gleichsam "ins Blaue hinein" aufgestellt, mit anderen Worten, aus der Luft gegriffen sind und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstelle.⁶⁷⁶

Diese Anforderungen sind erfüllt, wenn der Mieter zu einer Kündigung nach § 543 Abs. 1 bereits in der Klageschrift vorträgt, dass sich die Gesellschafterin des Vermieters im Dezember 2006 gegenüber einer Verkäuferin eines benachbarten Geschäfts dahingehend geäußert habe, dass sie der Mieter bis Sommer 2007 "aus dem Laden heraus habe" und der Mieter ein "schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen" betreibe, und zum Beweis dieser Behauptung die Verkäuferin namentlich und mit ladungsfähiger Anschrift als Zeugin benennt, und in einem weiterem Schriftsatz ergänzenden Sachvortrag dazu hält, dass die Geschäftsführerin des Vermieters in der Öffentlichkeit verbreite, der Mieter würde in seinen Geschäftsräumen einer Sektentätigkeit nachgehen bzw. ein "verdecktes Puff" betreiben.

23.2 Rechtskrafterstreckung auf Untermieter

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.⁶⁷⁷ Die herrschende Meinung in der Literatur lehnt eine derartige Rechtskrafterstreckung auf den Untermieter jedoch ab, jedenfalls unter der Voraussetzung, dass der Untermieter den unmittelbaren Besitz vor Rechtshängigkeit des Verfahrens zwischen Vermieter und Hauptmieter erlangt hat).⁶⁷⁸

Nachdem der XII. Senat des BGH⁶⁷⁹ sich der hM angeschlossen hatte, hat nun auch der VIII. Senat für die Wohnraummiete diese Auffassung bestätigt.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710, 2711.

⁶⁷⁷ *Blomeyer*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. S. 520; *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 218 f.; AG Hamburg, NJW-RR 1992, 1487.

⁶⁷⁸ vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 1266; *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V Rz. 51; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete 6. Aufl., § 556BGB Rz. 76; *MünchKomm-ZPO/Gottwald*, § 325 Rz. 74; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 21. Aufl., § 325 Rz. 91; *Musielak*, ZPO 4. Aufl. § 325 Rdn. 18; *Hk-ZPO/Saenger*, § 325 Rz. 22; *Wieczorek*, ZPO, 2. Aufl., § 325 Anm. B III b; *Berg*, NJW 1953, 30; *Planck BGB* 4. Aufl. § 556 Anm. 3 d; vgl. zum Meinungsstand auch *Zöller/Vollkommer* ZPO, 25. Aufl., § 325 Rdn. 38.

⁶⁷⁹ BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NZM 2006, 699 = ZMR 2006, 763.

⁶⁸⁰ BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 6/09, WuM 2010, 353 = GE 2010, 840.

23.3 Erledigung durch Räumungsvollstreckung?

140

Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB tritt für Ansprüche aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 985 BGB grundsätzlich nicht ein, wenn die Leistung in der Zwangsvollstreckung erzwungen wird oder sich der Schuldner nur deshalb einem vorläufig vollstreckbaren Titel beugt, um dem bevorstehenden Vollstreckungszwang zu entgehen. Anderes gilt nur dann, wenn der Schuldner bei oder unmittelbar nach Kenntnisnahme von der Zwangsvollstreckung analog § 362 Abs. 1 BGB in unzweifelhafter Weise eine Leistungsbestimmung mit dem Inhalt trifft, das Ergebnis der Zwangsvollstreckung solle nun als Erfüllung gelten.⁶⁸¹

Eine solche eindeutige Erklärung hat der Mieter auch nicht schlüssig abgegeben, wenn er darauf beharrt, erstinstanzlich zu Unrecht verurteilt worden zu sein.⁶⁸²

23.4 Urkundenklage

Der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses steht es nicht entgegen, dass der beklagte Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht⁶⁸³ oder dass der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB darauf stützt, ein Mangel sei nachträglich eingetreten, sofern der Mieter die Wohnung unstreitig in vertragsgemäßigem Zustand erhalten hat.⁶⁸⁴ Offengelassen hat der BGH dabei, ob dies auch dann gilt, wenn der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darauf stützt, er habe die Sache überhaupt nicht erhalten oder sie sei von Anfang an mit Mängeln behaftet gewesen.

Der BGH hat diese Frage nunmehr dahin entschieden,⁶⁸⁵ dass die Klage auch dann gemäß § 592 ZPO im Urkundenprozess statthaft ist, wenn der Mieter, der wegen behaupteter anfänglicher Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt, die ihm vom Vermieter zum Gebrauch überlassene Wohnung als Erfüllung angenommen hat, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen. Zwar müsse nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der Vermieter beweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßigem Zustand zu überlassen, erfüllt habe. Demgegenüber trage nach Überlassung der Mietsache gemäß § 363 BGB grundsätzlich der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat.⁶⁸⁶ Die Vorschrift des § 363 BGB führt zu einer Beweislastumkehr. Ihr liegt zugrunde, dass demjenigen, der eine Leistung als Erfüllung annimmt, die Beweislast obliegt, wenn er die Leistung später nicht mehr als die geschuldete gelten lassen will.⁶⁸⁷

Demzufolge ist die Klage des Vermieters im Urkundenprozess statthaft, wenn entweder unstreitig ist, dass der Mieter die Mietsache als Erfüllung angenommen hat, oder wenn der Vermieter

⁶⁸¹ vgl. OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029; Zöller/*Gummer*, 28. Aufl., vor § 511 ZPO Rz. 23 und 27, § 511 ZPO Rz. 17 jew. m.w.N.; Palandt/*Grüneberg*, 68. Aufl., § 362 BGB Rz. 15 m.w.N.

⁶⁸² OLG Düsseldorf v. 30.11.2009 – 24 U 139/09, ZMR 2010, 677.

⁶⁸³ BGH v. 1.6.2005 – VIII ZR 216/04, NJW 2005, 2701, unter II 2 b; BGH v. 10.3.1999 – XII ZR 321/97, NJW 1999, 1408, unter II.

⁶⁸⁴ BGH v. 20.12.2006 – VIII ZR 112/06, NJW 2007, 1061, Tz. 9 ff.

⁶⁸⁵ BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 200/08, GE 2009, 1183 = ZMR 2010, 19.

⁶⁸⁶ BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Tz. 23 f. m.w.N.; BGH v. 13.2.1985 – VIII ZR 154/84, NJW 1985, 2328, unter II 2 b.

⁶⁸⁷ *Flatow*, DWW 2008, 88, 91

ein solches Verhalten des Mieters durch Urkunden - etwa ein Übergabeprotokoll oder Kontoauszüge, aus denen sich ergibt, dass der Mieter zunächst die ungeminderte Miete gezahlt hat - beweisen kann. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. 141

23.5 Verjährung als erledigendes Ereignis

Nach der überwiegenden Auffassung stellt die Erhebung der Einrede der Verjährung ein erledigendes Ereignis dar. Für die Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache vorliege, sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, auf welchen Umständen die nachträglich eingetretene Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage beruhe. Eine Erledigung der Hauptsache könne auch dann eintreten, wenn die Klage aus Gründen unzulässig oder unbegründet werde, die allein im Verantwortungsbereich des Klägers lägen. Daher könne auch die Verjährung der Klageforderung zur Erledigung des Rechtsstreits führen, obwohl es der Kläger selbst in der Hand gehabt hätte, den Eintritt der Verjährung zu vermeiden.⁶⁸⁸ Eine Erledigung der Hauptsache trete deshalb auch dann ein, wenn die Verjährungsfrist für den Klageanspruch bereits bei Erhebung der Klage abgelaufen gewesen sei, sich der Beklagte jedoch erstmals im Prozess auf die Verjährung berufe

Nach anderer Auffassung handelt es sich bei der Erhebung der Einrede der Verjährung nicht um ein erledigendes Ereignis. Umstände, deren Eintritt der Kläger beeinflussen könne, insbesondere solche, die auf einem Verhalten des Klägers selbst beruhten und deren Eintritt er hätte verhindern können, müssten als Erledigungsereignisse außer Betracht bleiben. Bei der Verjährung liege es alleine an dem Gläubiger, der den geltend gemachten Anspruch habe verjähren lassen, dass letzterer infolge der Verjährungseinrede unbegründet geworden sei. Es bestehe kein überzeugender Grund, den Kläger vor den Folgen seines Verhaltens zu schützen. Eine Klage werde zwar erst dann unbegründet, wenn der Beklagte eine begründete Verjährungseinrede erhebe. Voraussetzung sei allerdings, dass die Verjährungsfrist auch abgelaufen sei, der Kläger also die Verjährung nicht durch die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen unterbrochen habe.⁶⁸⁹ Begründet wird diese Auffassung auch damit, dass die Geltendmachung der Einrede im Prozess auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirke.⁶⁹⁰

Eine weitere Auffassung unterscheidet danach, ob der Eintritt der Verjährung vor oder nach Erhebung der Klage oder der Beantragung einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Nach dieser Auffassung stellt die Einrede der Verjährung gegenüber einer bereits vor Verfahrensbeginn verjährten Forderung kein erledigendes Ereignis dar, während ein solches im Falle des erst während des laufenden Verfahrens erfolgenden Verjährungseintritts bejaht wird.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ vgl. OLG Frankfurt a.M., MDR 2002, 778, 779, WRP 1982, 422 und WRP 1979, 799, 801; OLG Karlsruhe, WRP 1985, 288; OLG Hamburg, MDR 1985, 951, 952 f.; OLG München, WRP 1987, 267, 268; OLG Düsseldorf, WRP 1980, 701, 702; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg, WRP 1980, 232, 233; OLG Celle, WRP 1983, 96 und GRUR 1987, 716; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rz. 6; Prütting/Gehrlein/Hausherr, ZPO, § 91a Rz. 8 und 11; Thomas/Putzo/Hübstege, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rz. 5; Saenger/Gierl, Hk-ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 7; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 91a Rz. 59 - "Verjährung"; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 130 Rz. 2; *El-Gayar*, MDR 1998, 698 f.; *Meller-Hannich*, JZ 2005, 656, 663; *Peters*, NJW 2001, 2289 f.; *Wernecke*, JA 2004, 331, 334; *Thesen*, WRP 1981, 304, 305.

⁶⁸⁹ OLG Koblenz, WRP 1982, 657, 658; OLG Schleswig, NJW-RR 1986, 38 f.; OLG Hamm, WRP 1977, 199 f.; Münch-KommZPO/Lindacher, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 152; Wieczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 33; *Ulrich*, WRP 1990, 651, 654; *Bork*, WRP 1987, 8, 12.

⁶⁹⁰ vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rz. 58 - "Verjährung"; *El-Gayar*, MDR 1998, 698, 699

⁶⁹¹ Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rz. 5 und 58 - "Verjährung"; *El-Gayar*, MDR 1998, 698; *Hase*, WRP 1985, 254, 255 f.

Der BGH hat sich der überwiegenden Auffassung angeschlossen.⁶⁹² Der Eintritt der Verjährung habe für sich genommen weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs.⁶⁹³ Der Schuldner sei ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB),⁶⁹⁴ was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nehme.⁶⁹⁵ Die Verjährung berühre nach der Konzeption des BGB mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbegründenden Umstände als solche vom Kläger selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten zu. Ob der Schuldner von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden Einrede der Verjährung Gebrauch macht, stehe in seinem freien Belieben. Erhebe der Beklagte erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so werde hierdurch für den Kläger ein Hindernis geschaffen, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet. Erst letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führe zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

23.6 Erledigungserklärung im selbständigen Beweisverfahren

Im selbständigen Beweisverfahren ist grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs von § 494a ZPO keine Entscheidung über die Kostentragungspflicht zu treffen; diese Entscheidung ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.⁶⁹⁶ Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bilden einen Teil der Kosten eines anhängigen oder zukünftigen Erkenntnisverfahrens zwischen den Parteien, neben dem oder zu dessen Vorbereitung das selbständige Beweisverfahren stattgefunden hat.⁶⁹⁷

Die Rechtsprechung hat jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen, weil in manchen Fällen der Antragsgegner ein schützenswertes Interesse an einer sofortigen Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren hat. Eine solche Kostenentscheidung ist insbesondere dann veranlasst, wenn der Antragsteller den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurückgenommen hat.⁶⁹⁸

Das Gleiche gilt für eine einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers.⁶⁹⁹ Sie ist nämlich in eine Antragsrücknahme umzudeuten. Eine einseitige Erledigungserklärung ist im selbständigen Beweisverfahren unzulässig.⁷⁰⁰ Sie ist aber regelmäßig in eine (wirksame) Antragsrücknahme mit der Kostenfolge entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO umzudeuten, wenn nach dem Willen

⁶⁹² BGH v. 27.1.2010 – VIII ZR 58/09, ZMR 2010, 591.

⁶⁹³ vgl. BGHZ 156, 269, 271; MünchKommBGB/*Grothe*, 5. Aufl., vor § 194 Rz. 5 und § 214 Rz. 1; Palandt/*Ellenberger*, 69. Aufl., § 214 BGB Rz. 1/2.

⁶⁹⁴ BGH v. 15.10.2004 - V ZR 100/04, WPM 2004, 2443, unter II 2 c.

⁶⁹⁵ BGH v. 4.12.2007 - XI ZR 144/06, BauR 2008, 666, unter IV 3 d.

⁶⁹⁶ vgl. BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005 unter III 1; BGH v. 21.9.2010 - VIII ZB 73/09, juris Rz. 7.

⁶⁹⁷ BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; vgl. ferner BGH v. 9.2.2006 - VII ZB 59/05, NJW-RR 2006, 810 Rz. 11.

⁶⁹⁸ vgl. BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42 unter III 3 b m.w.N.

⁶⁹⁹ BGH v. 7.12.2010 - VIII ZB 14/10, WuM 2011, 46.

⁷⁰⁰ BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42 unter III 3 a.

des Antragstellers das selbständige Beweisverfahren endgültig beendet werden soll.⁷⁰¹ Auch im Verfahrensrecht gilt in entsprechender Anwendung des § 140 BGB der Grundsatz, dass eine fehlerhafte Parteihandlung in eine zulässige und wirksame Prozessklärung umzudeuten ist, wenn deren Voraussetzungen eingehalten sind, die Umdeutung dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht und kein schutzwürdiges Interesse des Gegners entgegensteht.⁷⁰²

Die Umdeutung einer unzulässigen Erledigungserklärung in eine Antragsrücknahme entspricht regelmäßig dem mutmaßlichen Interesse des Antragstellers. Denn dessen Ziel einer sofortigen Beendigung eines selbständigen Beweisverfahrens kann nur durch eine Antragsrücknahme erreicht werden. Dem steht nicht entgegen, dass die Rücknahme mit der für den Antragsteller nachteiligen Kostentragungspflicht des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO verbunden ist. Diesem Gesichtspunkt kommt angesichts des vorrangigen Willens, das Verfahren zu beenden, keine ausschlaggebende Bedeutung zu.⁷⁰³ Denn die kostenrechtliche Situation des Antragstellers wird hierdurch nicht verschlechtert. Deutete man die - auch bei Wegfall des Beweissicherungsinteresses - unzulässige "Erledigungserklärung" des Antragstellers nicht in eine Antragsrücknahme um, hätte dies zur Konsequenz, dass das Begehren des Antragstellers auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens aufrechterhalten bliebe und vom Gericht als unzulässig zurückzuweisen wäre. In diesem Falle wäre im selbständigen Beweisverfahren aber (ebenfalls) eine Kostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers zu treffen.⁷⁰⁴ Kann kein Hauptsachestreit anhängig gemacht werden, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen werden kann, und haben sich die Parteien nicht über die Kostenverteilung geeinigt, ist über die Kostentragungspflicht nach § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf Antrag ausnahmsweise im selbständigen Beweisverfahren zu befinden.⁷⁰⁵

24 Insolvenz

24.1 Insolvenz des Mieters

24.1.1 uneingeschränktes Verwertungsrecht bei Genossenschaftsanteilen

Der Insolvenzverwalter kann die Mitgliedschaft des Schuldners in einer Wohnungsgenossenschaft mit dem Ziel, den zur Insolvenzmasse gehörigen Anspruch des Schuldners auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens (§ 73 GenG) zu realisieren, kündigen. Das insolvenzrechtliche Kündigungsverbot für gemieteten Wohnraum ist auf diesen Fall nicht entsprechend anwendbar.⁷⁰⁶ Das Auseinandersetzungsguthaben aus der Kündigung des Genossenschaftsanteils fällt in die Insolvenzmasse. Eine entsprechende Anwendung des § 765a ZPO über § 4 Inso

⁷⁰¹ BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42; BGH v. 21.9.2010 - VIII ZB 73/09, juris Rz. 7; vgl. ferner OLG Hamm, NZBau 2005, 696, 697.

⁷⁰² vgl. BGH v. 6.12.2000 - XII ZR 219/98, NJW 2001, 1217 unter 4 m.w.N.

⁷⁰³ BGH v. 7.12.2010 - VIII ZB 14/10, WuM 2011, 46; a.A. OLG Düsseldorf, OLGR 2005, 453, 454; OLG Hamburg v. 20.10.2006 - 9 W 88/06, juris Rn. 4; OLG Schleswig, NJW-RR 2009, 656 f.

⁷⁰⁴ so zutreffend die überwiegende Auffassung, vgl. etwa OLG Hamburg, MDR 1998, 242, 243 mwN; OLG Frankfurt/Main, MDR 1998, 128; OLG Karlsruhe, MDR 2000, 975, 976; KG, GE 2001, 1602; OLG Stuttgart, BauR 1995, 278, 279; OLG Naumburg v. 26.5.2010 - 1 W 27/10, juris; offen gelassen in BGH v. 7.10.1982 - III ZR 148/81, NJW 1983, 284 unter III.

⁷⁰⁵ BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42m.w.N.

⁷⁰⁶ BGH v. 19.3.2009 - IX ZR 58/08, BGHZ 180, 185 Rz. 5 ff; BGH v. 17.9.2009 - IX ZR 63/09, ZInso 2009, 2104 Rz. 5

kommt nicht in Betracht. Die Vorschrift ermöglicht es nicht, der Masse ausdrücklich **144**
kraft Gesetzes (§§ 35, 36 InsO) zugewiesene Vermögenswerte wieder zu entzie-
hen.⁷⁰⁷ Dies gebietet auch nicht der Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe.

§ 765a ZPO ermöglicht den Schutz gegen Vollstreckungsmaßnahmen, die wegen ganz besonde-
rer Umstände eine Härte für den Schuldner bedeuten, die mit den guten Sitten nicht zu verein-
baren ist.⁷⁰⁸ Die Vorschrift ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen. Anzuwenden ist § 765a
ZPO nur dann, wenn im Einzelfall das Vorgehen des Gläubigers nach Abwägung der beiderseiti-
gen Belange zu einem untragbaren Ergebnis führen würde. Die Notwendigkeit, zur Sicherung
des Lebensunterhalts Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen, begründet als solche keine
sittenwidrige Härte. Auf Sozialhilfe besteht ein gesetzlicher Anspruch (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1
SGB XII). Die Antragstellung ist daher für Schuldner keine besondere Zumutung; die Sozialhilfe
ermöglicht dem Bezieher ein menschenwürdiges Dasein. Der Umstand, dass ein Schuldner in-
folge der Zwangsvollstreckung Sozialhilfe beantragen muss, reicht deshalb für die Anwendbar-
keit des § 765a ZPO nicht aus.⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ BGH v. 15.11.2007 - IX ZB 34/06, ZInsO 2008, 40 Rz. 21.

⁷⁰⁸ BGH v. 2.12.2010 - IX ZB 120/10, WuM 2011, 40.

⁷⁰⁹ BGH v. 21.12.2004 - IXa ZB 228/03, BGHZ 161, 371, 374 ff m.w.N.