

# **Aktuelles Mietrecht 2012**

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

<b>1</b>	<b>Einblick.....</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>Mietvertrag .....</b>	<b>5</b>
2.1	Einheitlicher Mietvertrag.....	5
<b>3</b>	<b>Vertragsgemäßer Gebrauch.....</b>	<b>6</b>
3.1	Kein Anspruch auf Zustimmung zur Mietermodernisierung.....	6
<b>4</b>	<b>Schönheitsreparaturen.....</b>	<b>7</b>
4.1	Renovierungsklausel zum Streichen der Türen .....	7
4.2	Zuschlag zur Mieterhöhung wegen unwirksamer Klausel bei ehemals preisgebundenem Wohnraum?.....	7
4.3	Verjährung der Ersatzansprüche des Mieters .....	9
<b>5</b>	<b>Gewährleistung.....</b>	<b>10</b>
5.1	Darlegungslast bei Mängeln .....	10
5.2	Abschied vom Lärmprotokoll? .....	12
5.3	Flächenabweichung .....	13
5.3.1	Berechnung der Minderung bei Möblierung.....	13
5.3.2	Unterschiedliche Qualität von Gewerbeflächen .....	14
5.3.3	Verjährung von Altansprüchen .....	15
5.4	Verletzung von Konkurrenzschutz als Mangel.....	15
5.5	Verrechnung der Minderung auf die laufende Miete .....	17
<b>6</b>	<b>Schriftform.....</b>	<b>19</b>
6.1	Vertretung der GbR .....	19
<b>7</b>	<b>Kautio n.....</b>	<b>22</b>
7.1	Haftung des Erwerbers trotz vorangegangenem Erwerb nach § 571 BGB a.F. 22	
7.2	Befriedigungsrecht des Vermieters.....	23
7.3	Anspruch des Erwerbers auf erneute Kautionszahlung .....	24
7.4	Verjährung bei überhöhter Kautio n .....	25
7.5	Verrechnung mit vertragsfremden Forderungen nach Mietende .....	26
<b>8</b>	<b>Modernisierung.....</b>	<b>27</b>
8.1	Inhaltliche Anforderungen an die Modernisierungsankündigung .....	27
8.2	Entgegenstehende Rechtskraft.....	29
<b>9</b>	<b>Mieterhöhung.....</b>	<b>29</b>
9.1	wegen Modernisierung .....	29
9.1.1	Mieterhöhung ohne Ankündigung .....	29
9.1.2	Entstehung der Kosten .....	30
9.1.3	Aufwendungen des Mieters als Modernisierungskosten .....	30
<b>10</b>	<b>Betriebskosten.....</b>	<b>31</b>
10.1	Umlagevereinbarung.....	31
10.2	Grundsteuer.....	32
10.3	Kosten des Hauswarts.....	32
10.4	Formelle Fehler der Abrechnung.....	32

10.4.1	Fehlende Angabe von Vorauszahlungen.....	33
10.4.2	Einvernehmliche Verkürzung der Abrechnungsperiode.....	34
10.5	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels .....	37
10.5.1	Undefinierbarer Umlageschlüssel.....	37
10.5.2	Personenschlüssel mit Bruchzahlen.....	38
10.5.3	Umfang der Erläuterung.....	39
10.6	Gebot der Wirtschaftlichkeit.....	40
10.6.1	Darlegungs- und Beweislast.....	40
10.6.2	Sekundäre Darlegungslast.....	41
10.7	Einsicht in die Abrechnungsunterlagen .....	41
10.7.1	bei Wohnungseigentum.....	41
10.8	Einwendungsausschlussfrist .....	42
10.8.1	Beginn der Einwendungsfrist.....	42
10.8.2	Geltung bei vereinbarter Pauschale.....	44
10.9	Rückforderung von Vorauszahlungen .....	44
10.10	Anpassung der Vorauszahlungen .....	45
10.10.1	Qualität der Abrechnung.....	45
10.10.2	Anpassung inklusive Sicherheitszuschlag?.....	46
10.11	Pauschale .....	49
<b>11</b>	<b>Heizkosten .....</b>	<b>50</b>
11.1	Kostenerfassung nach dem Abflussprinzip .....	50
11.2	Heizkostenabrechnung.....	50
11.2.1	Formelle Wirksamkeit.....	50
11.2.2	Angabe des Betriebsstroms.....	51
<b>12</b>	<b>Beendigung des Mietvertrages .....</b>	<b>51</b>
12.1	Kündungsverzicht.....	51
12.2	Ordentliche Kündigung .....	52
12.2.1	Zahlungsrückstand als Grund im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	52
12.2.2	„Eigenbedarf“ der Kirchengemeinde .....	53
12.2.3	Eigenbedarf der GbR .....	54
12.2.4	Begründung der Eigenbedarfskündigung.....	55
12.2.5	Bezugnahme auf frühere Kündigung .....	56
12.2.6	Begründung der Verwertungskündigung.....	56
12.2.7	Erheblicher Nachteil bei Abriss und Neubau.....	57
12.3	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund .....	58
12.3.1	Vorrang der Duldungsklage? .....	58
12.3.2	Unpünktliche Mietzahlung.....	59
12.3.3	Begründung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges .....	59
12.3.4	Überzogene Minderung.....	60
12.3.5	Zahlungsverzug und Mieterhöhung .....	61
<b>13</b>	<b>Schadensersatz.....</b>	<b>63</b>

13.1	Rechtsanwaltskosten für die Einholung der Deckungszusage.....	63	<b>4</b>
13.2	entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs .....	63	
<b>14</b>	<b>Räumung .....</b>	<b>64</b>	
<b>15</b>	<b>Verjährung.....</b>	<b>64</b>	
15.1	Annahmeverzug und Verjährung.....	64	

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2012 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung 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](http://www.ld-ra.de/news)

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

## 2 Mietvertrag

### 2.1 Einheitlicher Mietvertrag

Sind Wohnung und Garage Bestandteile eines einheitlichen Mietverhältnisses, so ist das gesamte Mietverhältnis nur nach den Kündigungsvorschriften für Wohnraum kündbar; eine Teilkündigung des Mietverhältnisses über die Garage ist bei einem einheitlichen Mietverhältnis unzulässig. Wann eine solche Einheit vorliegt, muss tatrichterlich festgestellt werden.

Bei getrennt abgeschlossenen Verträgen spricht eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der jeweiligen Vereinbarungen<sup>1</sup>. Die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen der Einheit trifft in diesem Fall den Mieter, weil er durch die Einheit begünstigt wird<sup>2</sup>.

Das OLG Karlsruhe<sup>3</sup> hat einen engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Wohnung und Garage, der es auch bei einer nachträglich angemieteten Garage im Regelfall rechtfertigt, eine Einbeziehung der Garage in den Wohnraummietvertrag anzunehmen, für den Fall bejaht, dass die Garage zu demselben Anwesen gehört, auf dem sich auch die Wohnung befindet. Dem hat sich das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>4</sup> in angeschlossen. Der nicht näher bestimmte Begriff "Anwesen" ist mit dem des Hausgrundstücks gleichzusetzen, auf dem die Wohnung und die Garage sich befinden<sup>5</sup>. Diesen rechtlichen Ansatz hat der BGH bestätigt<sup>6</sup>.

Liegen Wohnung und Garage dagegen nicht auf demselben Hausgrundstück oder Anwesen, sondern auf verschiedenen Grundstücken, die etwa 150 Meter voneinander entfernt sind, greift die Vermutung nicht<sup>7</sup>. Dies gilt erst recht, wenn nicht nur nach der dinglichen Rechtslage, sondern auch nach dem äußeren Erscheinungsbild Wohnung und Garage auf verschiedenen Grundstücken liegen. Angesichts der räumlichen Entfernung zwischen den Häusern, in denen sich die Wohnung einerseits und die Garage andererseits befinden, und des Umstandes, dass die Garage baulich in das Erdgeschoss des Gebäudes integriert ist, besteht auch nach dem äußeren Erscheinungsbild kein Zweifel daran,

---

<sup>1</sup> st. Rspr.; vgl. BGH v. 6.11.1980 - VII ZR 12/80, BGHZ 78, 346, 349.

<sup>2</sup> BGH v. 12.11.2011 - VIII ZR 251/10, WuM 2012, 14 = GE 2012, 58.

<sup>3</sup> OLG Karlsruhe v. 30.3.1983 - 3 REMiet 1/83, NJW 1983, 1499.

<sup>4</sup> BayObLG v. 12.12.1990 - RE-Miet 2/90, ZMR 1991, 174 = BayObLGZ 1990, 329 ff.

<sup>5</sup> BayObLG v. 12.12.1990 - RE-Miet 2/90, ZMR 1991, 174 = BayObLGZ 1990, 329, 333.

<sup>6</sup> BGH v. 12.11.2011 - VIII ZR 251/10, WuM 2012, 14 = GE 2012, 58.

<sup>7</sup> BGH v. 12.11.2011 - VIII ZR 251/10, WuM 2012, 14 = GE 2012, 58.

dass die Garage mit dem Hausgrundstück, in dem die Wohnung liegt, keine rechtliche und wirtschaftliche Einheit bildet. 6

*Demnach ist bei einer räumlichen Entfernung der verschiedenen Gegenstände die Einheit anhand der Umstände des Einzelfalles besonders festzustellen.*

### **3 Vertragsgemäßer Gebrauch**

#### **3.1 Kein Anspruch auf Zustimmung zur Mietermodernisierung**

Der Vermieter ist - sofern die Mietvertragsparteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben - grundsätzlich nicht zu baulichen Veränderungen zwecks Modernisierung der Wohnung verpflichtet<sup>8</sup>.

Der Mieter hat auch grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter ihm gestattet, selbst bauliche Veränderungen an der Wohnung mit dem Ziel einer Modernisierung oder Erhöhung des Wohnkomforts vorzunehmen. Die Erteilung einer derartigen Erlaubnis steht vielmehr im Ermessen des Vermieters, der sein Ermessen jedoch nicht missbräuchlich ausüben darf<sup>9</sup>.

Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten des Vermieters ist nicht gegeben, wenn er dem Mieter, der eine Wohnung mit Ofenheizung gemietet hat, die Zustimmung zum Einbau einer Gasetagenheizung versagt, obwohl er selbst in den vergangenen Jahren sukzessive frei werdende Wohnungen derart ausstattet<sup>10</sup>. Die Entscheidung des Vermieters, die an den Mieter überlassene Wohnung während der Dauer des Mietverhältnisses im bisherigen – vertragsgemäßen - Zustand zu belassen und etwaige Investitionen erst nach Beendigung des Mietverhältnisses im Zusammenhang mit einer Neuvermietung vorzunehmen, hält sich im Rahmen der ihm als Eigentümer zustehenden Befugnis, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Vor diesem Hintergrund stellt es auch keine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung eigener Rechte dar, dass der Vermieter dem Mieter nicht gestattet, die Heizung auf eigene Kosten einzubauen. Denn mit einer derartigen Erlaubnis wäre eine erhebliche Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit als Eigentümer verbunden, den Zeitpunkt einer Investition selbst zu bestimmen und dabei das eigene - legitime - Interesse zu wahren, bei einer späteren Neuvermietung angesichts der zwischenzeitlich gestiegenen Attraktivität der Wohnlage eine deutlich höhere Miete zu erzielen. Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Vermieter dabei den Interessen des Mieters, den Komfort der - wegen der vergleichsweise günstigen Miete und einer inzwischen stärker nachgefragten Lage - attraktiven Wohnung ihrerseits durch eine Investition in deren baulichen Zustand zu steigern, keinen Vorzug gegenüber den eigenen finanziellen Interessen einräumt.

---

<sup>8</sup> BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, NZM 2010, 356 Rz. 26; BGH 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174 unter [II] A 2b; Kinne, GE 2007, 30; Harsch, MDR 2001, 67.

<sup>9</sup> BGH v. 25.3.1964 - VIII ZR 211/62, WPM 1964, 563; vgl. auch BGH v. 8.5.1963 - VIII ZR 252/61, WPM 1963, 643 f.

<sup>10</sup> BGH v. 14.9.2011 - VIII ZR 10/11, MDR 2011, 1465 = WuM 2011, 671 = GE 2012, 57.

### 4.1 Renovierungsklausel zum Streichen der Türen

Im Hinblick darauf beziehen sich die Schönheitsreparaturen bei einem Wohnraummietvertrag grundsätzlich nur auf das Wohnungsinnere<sup>11</sup>. Dies folgt aus der Begriffsdefinition des § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV. Zusätzlich spricht § 28 Abs. 4 S. 1 II. BV von den „Kosten der Schönheitsreparaturen in Wohnungen“. Zum Inneren der Wohnung zählt nicht mehr die Falz der Außenfenster<sup>12</sup> oder eine Loggia<sup>13</sup>, wohl aber ein Wintergarten, nicht jedoch Kellerräume, Dachboden, Garage, Räumlichkeiten außerhalb der Wohnung wie etwa das Außen-WC, ferner nicht das Treppenhaus bei einem Mehrfamilienhaus<sup>14</sup>.

Allein weil der Außenanstrich von Türen und Fenstern in einer Formulklausel nicht ausdrücklich ausgenommen wird, findet aber keine unzulässige Erweiterung des Schönheitsreparaturbegriffes statt.<sup>15</sup> Davon kann – im Wege der Auslegung – ausgegangen werden, wenn in der betreffenden Passage des Mietvertrages allein vom „Streichen der Türen“ die Rede ist, diese Anordnung jedoch nach dem „Innenanstrich der Fenster“ und vor der Einbeziehung „sämtlicher anderer Anstriche innerhalb der gemieteten Räume“ getroffen wird<sup>16</sup>. Eine Formulklausel, die allerdings Renovierungsarbeiten an außen liegenden Einrichtungsgegenständen ausdrücklich vorsieht, ist unwirksam.<sup>17</sup>

### 4.2 Zuschlag zur Mieterhöhung wegen unwirksamer Klausel bei ehemals preisgebundenem Wohnraum?

Bei preisfreien Wohnraum, bei dem die Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen wegen Unwirksamkeit einer formularmäßigen Abwälzungsklausel bei dem Vermieter verbleibt, ist der Vermieter nicht berechtigt, von dem Mieter eine Mieterhöhung in Form eines Zuschlags zur ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 BGB zu verlangen<sup>18</sup>.

Für ehemals preisgebundenen Wohnraum, für den nach Ablauf der Preisbindung die Miete nach § 558 BGB angehoben werden soll, gilt nichts anderes<sup>19</sup>.

Einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete, wie er sich aus § 28 Abs. 4 II. BV errechnen lässt, sieht das Gesetz für preisfreien Wohnraum nicht vor. Nach § 558 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Vermieter eine Mieterhöhung nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und nicht darüber hinaus verlangen. Dies steht auch in Einklang mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die es dem Vermie-

---

<sup>11</sup> Langenberg, Schönheitsreparaturen, B Rz. 5.

<sup>12</sup> AG Hannover v. 22.8.2003 – 535 C 2521/03, WuM 2007, 406.

<sup>13</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573.

<sup>14</sup> Vgl. Harsch, Schönheits- und Kleinreparaturen, Rz. 233 ff.

<sup>15</sup> a.A. LG Berlin v. 18.1.2008 – 63 S 215707, GE 2008, 478.

<sup>16</sup> BGH v. 20.3.2012 – VIII ZR 192/11, WuM 2012, 312.

<sup>17</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573 (Außenanstrich der Fenster).

<sup>18</sup> BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rz. 10 ff.; BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 83/07, WuM 2008, 487 Rz. 13 ff.; BGH v. 11.2.2009 - VIII ZR 118/07, WuM 2009, 240 Rz. 10.

<sup>19</sup> BGH v. 9.11.2011 – VIII ZR 87/11, WuM 2012, 27 = GE 2012, 62.

ter ermöglichen soll, im Rahmen des Vergleichsmietensystems eine angemessene, am örtlichen Markt orientierte Miete zu erzielen. Danach bilden die Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung. Der von der Klägerin geltend gemachte Zuschlag orientiert sich dagegen an den Kosten für die Vornahme der Schönheitsreparaturen. Auf diese Weise würde bei der nicht preisgebundenen Wohnraummiete ein Kostenelement ohne Rücksicht auf seine Durchsetzbarkeit am Markt zur Begründung einer Mieterhöhung herangezogen. Hiermit wäre jedoch das vom Gesetzgeber vorgesehene System der Vergleichsmieten verlassen<sup>20</sup>.

Der Kostenansatz für Schönheitsreparaturen ist auch kein im Rahmen des § 558 BGB eigenständig zu berücksichtigendes Merkmal der Mietstruktur, so dass nur durch Gewährung eines entsprechenden Zuschlags zu der im (Darmstädter) Mietspiegel ausgewiesenen ortsüblichen Vergleichsmiete eine hiervon abweichende Struktur des vereinbarten Mietverhältnisses hinreichend berücksichtigt werden kann. Insbesondere wird dieses Ergebnis nicht von einem Vergleich mit einer vereinbarten (Teil-)Inklusivmiete getragen<sup>21</sup>. Dass die darin enthaltenen Betriebskosten bei einer Mieterhöhung nach §§ 558 ff. BGB auf der Grundlage eines Mietspiegels zur Herstellung einer Vergleichbarkeit der (Teil-)Inklusivmiete mit einer im Mietspiegel ausgewiesenen ortsüblichen Nettomiete über einen Zuschlag gesondert erfasst werden<sup>22</sup>, hat seinen Grund darin, dass § 556 Abs. 1 BGB in Ergänzung zu der in § 535 Abs. 2 BGB geregelten Mietzahlungspflicht eigens klarstellt, dass sich das Entgelt für die Gebrauchsgewährung, also die Miete, grundsätzlich aus den Bestandteilen Grundmiete und Betriebskosten zusammensetzt und dass mit der Grundmiete die bloße Überlassung des vermieteten Wohnraums an sich abgegolten wird, während die Betriebskosten auf eine Abgeltung sonstiger Nebenleistungen des Vermieters im Zusammenhang mit der Überlassung abzielen<sup>23</sup>. Um derartige, eine unterschiedliche Mietstruktur begründende Kosten handelt es sich hier aber nicht. Es geht vielmehr um eine Kostenposition, die lediglich im Rahmen der Kalkulation der Grundmiete von Bedeutung ist<sup>24</sup>. Dass der betreffende Kostenansatz im Mietvertrag als Bestandteil der Grundmiete eigens aufgeführt worden ist, führt auch nicht dazu, dass er außerhalb der im Mietspiegel ausgewiesenen ortsüblichen Vergleichsmiete gesondert zu berücksichtigen wäre. Denn es hat sich dabei im Rahmen der ursprünglich vereinbarten Kostenmiete um Bewirtschaftungskosten im Sinne von § 18 Abs. 1, § 24 Abs. 1 Nr. 4, § 28 Abs. 1 II.BV gehandelt, die gemäß § 28 Abs. 4 S. 2 II.BV neben den nach § 28 Abs. 2 II.BV in Ansatz gebrachten Instandhaltungskosten gesondert angesetzt werden durften. Mit Fortfall der öffentlichen Bindung ist dieser Bestandteil der Grundmiete in der nunmehr unverändert zu entrichtenden Marktmiete als deren Bestandteil aufgegangen, ohne dass sich an der Höhe der geschuldeten Miete etwas geändert hat oder der Kostenansatz zu einem gesondert zur Marktmiete zu zahlenden Zuschlag geworden ist<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rz. 10 ff.; BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 83/07, WuM 2008, 487 Rz. 13 ff.; BGH v. 11.2.2009 - VIII ZR 118/07, WuM 2009, 240 Rz. 10.

<sup>21</sup> BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rz. 14 ff.; BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 83/07, WuM 2008, 487 Rz. 17 ff.

<sup>22</sup> BGH v. 20.1.2010 - VIII ZR 141/09, WuM 2010, 161 Rz. 13 f. m.w.N.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 50.

<sup>24</sup> BGH v. 30.10.1984 - VIII ARZ 1/84, BGHZ 92, 363, 368, 371; *Hinz*, JR 2009, 422, 423 m.w.N.

<sup>25</sup> vgl. BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, GE 2010, 1051 = WuM 2010, 490 Rz. 13 ff.

Gemäß § 548 Abs. 2 BGB verjähren Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung in sechs Monaten nach der Beendigung des Mietverhältnisses. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur ist streitig, ob unter diese Vorschrift auch Ersatzansprüche des Mieters wegen Schönheitsreparaturen fallen, die er in Unkenntnis der Unwirksamkeit einer Renovierungsklausel ausgeführt hat.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass § 548 Abs. 2 BGB auf derartige Ansprüche des Mieters weder direkt noch analog Anwendung finde, sondern die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren maßgeblich sei.<sup>26</sup> Dies wird vor allem damit begründet, dass § 548 Abs. 2 BGB die kurze Verjährung nur für Ansprüche des Mieters wegen Aufwendungen - im Sinne freiwilliger Vermögensopfer - anordne; für Schadensersatzansprüche sowie für Bereicherungsansprüche aufgrund einer Leistungskondiktion gelte die Vorschrift hingegen nicht. Es bestehe auch kein Anlass, die Position des vertragstreuen Mieters zu schwächen, der in Unkenntnis der Unwirksamkeit der vom Vermieter verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Renovierung ausgeführt habe.<sup>27</sup> Im Übrigen ergebe sich ein Wertungswiderspruch, weil für Ersatzansprüche des Mieters wegen nachvertraglich getätigter Aufwendungen die Regelverjährung anzuwenden sei.<sup>28</sup> Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsfolge des § 548 Abs. 2 BGB nicht auf Ersatzansprüche des Mieters für während der Mietzeit vorgenommene Schönheitsreparaturen passe, die am Ende des Mietverhältnisses bereits abgewohnt seien.<sup>29</sup>

Die Gegenmeinung sieht Schönheitsreparaturen als "Aufwendungen" im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB an und wendet deshalb auf daraus resultierende Ersatzansprüche die kurze Verjährung an.<sup>30</sup> Diese Auffassung stellt vor allem auf den Zweck des § 548 BGB ab, der auf eine möglichst schnelle Klärung der wechselseitigen Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache gerichtet sei. Der Begriff der Aufwendung sei deshalb weit zu verstehen und erfasse sämtliche vermögenswerte Maßnahmen, die den Bestand der Mietsache erhalten, wiederherstellen oder verbessern.<sup>31</sup>

Der letztgenannten Ansicht folgt der BGH.<sup>32</sup> Der VIII. Senat hat bereits zu § 558 BGB a.F., der Vorgängervorschrift des jetzigen § 548 BGB, entschieden, dass mit dem damals verwendeten Begriff der "Verwendungen" alle Aufwendungen zu verstehen sind, die das Grundstück in seinem Bestand ver-

---

<sup>26</sup> *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 469 f.; *Blank*, NZM 2010, 97, 102 und WuM 2010, 234 f.; *Jacoby*, ZMR 2010, 335, 338; *Wiek*, WuM 2010, 535, 536 f.; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 70. Aufl., § 548 Rn. 10.

<sup>27</sup> *Wiek*, WuM 2010, 535, 537; *Blank*, WuM 2010, 234 f.

<sup>28</sup> *Wiek*, WuM 2010, 535, 537.

<sup>29</sup> *Jacoby*, ZMR 2010, 335, 337.

<sup>30</sup> LG Kassel, NZM 2010, 860, 861 f.; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 548 Rz. 24; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 548 BGB Rz. 49; *Staudinger/Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, § 548 BGB Rz. 10; *Bamberger/Roth/Ehlert*, 2. Aufl., § 548 BGB Rz. 37; *Roth*, NZM 2011, 62, 64; *Gsell*, NZM 2010, 71, 76; *Lehmann-Richter*, NZM 2009, 761, 763; *Kinne*, GE 2009, 358, 360 f.; *Paschke*, WuM 2008, 647, 652; *Klimke/Lehmann-Richter*, WuM 2006, 653, 655.

<sup>31</sup> *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 548 BGB Rz. 48

<sup>32</sup> BGH v. 4.5.2011 – VIII ZR 195/10, MDR 2011, 777 = WuM 2011, 363 = GE 2011, 813 = ZMR 2011, 705 = NZM 2011, 452.

bessern.<sup>33</sup> Für den Begriff der "Aufwendungen" im jetzigen § 548 BGB gilt nichts anderes, da mit der entsprechenden Änderung durch das Mietrechtsreformgesetz keine inhaltliche Änderung beabsichtigt war.<sup>34</sup> 10

Vom Mieter durchgeführte Schönheitsreparaturen dienen der Verbesserung der Mietsache und sind deshalb Aufwendungen im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB. Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung solcher Arbeiten gegen den Vermieter erhebt, fallen somit unter die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB. Auf die rechtliche Einordnung des vom Mieter geltend gemachten Anspruchs kommt es dabei nicht an. Denn die kurze Verjährungsfrist findet auch dann Anwendung, wenn der Mieter den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nicht oder nicht nur auf gesetzliche Vorschriften des Mietrechts stützt, sondern sich auf mietvertragliche Vereinbarungen, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung beruft.<sup>35</sup>

Die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB findet ihre Rechtfertigung zum Einen darin, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses alsbald Klarheit über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache erreicht werden soll.<sup>36</sup> Zum Anderen dient die in § 548 Abs. 2 BGB getroffene Spezialregelung auch dem Zweck, das laufende Mietverhältnis nicht unnötig mit Auseinandersetzungen zu belasten.<sup>37</sup> Hieraus folgt, dass sämtliche Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung von Schönheitsreparaturen gegen den Vermieter erhebt, nach § 548 BGB und nicht nach §§ 199, 195 BGB verjähren, mithin auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 BGB (Leistungskondiktion), der dem Mieter, der aufgrund einer unwirksamen Vertragsklausel renoviert hat, nach der Rechtsprechung des Senats zusteht.<sup>38</sup> Auch für einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB, der bei schuldhafter Verwendung unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln in Betracht kommen kann, findet die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB Anwendung.

*Die kurze Verjährung gilt auch für den Zahlungsanspruch des Mieters aus § 812 BGB, der sich daraus ergibt, dass er an den Vermieter zum Ausgleich der vermeintlichen Renovierungspflicht einen Geldbetrag bezahlt.*<sup>39</sup>

## 5 Gewährleistung

### 5.1 Darlegungslast bei Mängeln

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe nähe-

---

<sup>33</sup> BGH v. 2.10.1985 - VIII ZR 326/84, NJW 1986, 254 unter 2 a.

<sup>34</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

<sup>35</sup> BGH v. 13.2.1974 - VIII ZR 233/72, NJW 1974, 743 unter III.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

<sup>37</sup> BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NZM 2008, 519 Rn. 16; *Gsell*, NZM 2010, 71, 77.

<sup>38</sup> vgl. BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 24.

<sup>39</sup> LG Berlin v. 11.3.2011 – 63 S 277/10, WuM 2011, 10.

rer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind<sup>40</sup>. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen<sup>41</sup>. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei ggfs. die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweisheblichen Streitfragen zu unterbreiten<sup>42</sup>.

Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen<sup>43</sup>. Von ihm ist auch nicht zu fordern, dass er über eine hinreichend genaue Beschreibung der Mangelercheinungen ("Mangelsymptome") hinaus die - ihm häufig nicht bekannte - Ursache dieser Symptome bezeichnet<sup>44</sup>.

Gegen diese beschriebenen Anforderungen wird verstoßen, wenn Vortrag des Mieters verlangt wird

- zum Umfang und zur Intensität der Gebrauchsbeeinträchtigungen
- zu Mängelursachen (Art der Fehlfunktion bei der Heizung; Zusammenhang zwischen Badezimmerabfluss und gerügten Fäkalgerüchen)
- zur detaillierten Beschreibung der Mängel (z.B. Umfang der Durchrostung und Undichtigkeit des Zuleitungsrohrs zum WC; Umstände des Vertragsschlusses über ein Recht zur Gartenmitbenutzung).

Dies gilt umso mehr, wenn der Mieter unter Vorlage eines Lichtbildes darlegt, dass ein Badewannenabfluss offen im Fliesenboden verlegt sei, weswegen nach Benutzung des Badezimmers unangenehme Fäkalgerüche entstünden<sup>45</sup>. Der Mieter hat damit ausreichend eine unsachgemäße Installation des Badewannenabflusses und ein damit nach seiner Auffassung verbundenes Auftreten von unangenehmen Gerüchen dargetan. Weitere Einzelheiten, wie etwa die Schilderung der Intensität und der Häufigkeit entstehender Gerüche und die Darlegung eines Zusammenhangs zwischen Geruchsbildung und offener Verlegung des Abflusses, sind von ihm nicht zu fordern. Diese Fragen sind im Rahmen der Beweisaufnahme zu klären.

---

<sup>40</sup> vgl. BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1a; BGH v. 21.1.1999 - VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859 unter II 2 a m.w.N.; BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710 unter II 2 a; BGH v. 21.5.2007 - II ZR 266/04, NJW-RR 2007, 1409 Rz. 8; BGH v. 12.6.2008 - V ZR 221/07, WPM 2008, 2068 = juris Rz. 6 f.

<sup>41</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298 = GE 2012, 60; BGH v. 13.12.2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491 unter II 2 a; BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 m.w.N.

<sup>42</sup> vgl. BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 b; BGH v. 21.1.1999 - VII ZR 398/97, unter II 2 b.

<sup>43</sup> vgl. BGH v. 27.2.1991 - XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779 unter 2c; BGH v. 11.6.1997 - XII ZR 254/95, WuM 1997, 488 unter b m.w.N.

<sup>44</sup> vgl. BGH v. 3.7.1997 - VII ZR 210/96, NJW-RR 1997, 1376 unter II 1; BGH v. 3.12.1998 - VII ZR 405/97, NJW 1999, 1330 unter II 1; jeweils zum Beseitigungsverlangen von Baumängeln.

<sup>45</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298

Auch wenn der Mieter ein Zuleitungsrohr zum WC als "durchgerostet und undicht" beschrieben hat, können keine weiteren Anforderungen gestellt werden<sup>46</sup>. Ist ein Rohr "durchrostet", weist es nicht nur eine kleinere Roststelle auf, sondern hat seine ursprüngliche Materialfestigkeit eingebüßt. Außerdem ist es "undicht", was bedeutet, dass Wasser austritt<sup>47</sup>.

Ebenso reicht es aus, wenn ein Mieter vorträgt, der Heizkörper funktioniere nicht<sup>48</sup>. Von ihm kann nicht gefordert werden, dass er die Art der Fehlfunktion oder gar die erzielten Temperaturen näher darlegt. Die Rüge, der Heizkörper funktioniere nicht, ist bei verständiger Würdigung gleichbedeutend mit der Aussage, das Gerät gebe keine Heizwärme ab. Der Mieter ist auch nicht deswegen gehalten, sein Vorbringen zu ergänzen, weil der Vermieter einen Defekt des Heizkörpers bestritten hat. Denn eine Partei, die ein Recht beansprucht, ist nicht schon deshalb, weil der Gegner ihr Vorbringen bestreitet, gezwungen, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben<sup>49</sup>.

Weiter werden die Substantiierungsanforderungen überspannt, soweit der Vortrag, aus einer alten, defekten Toilette im Keller mache sich durchdringender Fäkalgeruch im Haus breit, als nicht ausreichend angesehen wird<sup>50</sup>. Es ist für einen substantiierten Vortrag nicht erforderlich, dass der Mieter die Dauer der Gerüche im Einzelnen schildert und zudem darlegt, ob von der Geruchsentwicklung auch die von ihm genutzte Wohnung betroffen war. Durch den beschriebenen und mit Lichtbildern belegten Zustand der Toilette im Keller hat er den in den hiervon ausgehenden Geruchsbeeinträchtigungen liegenden Sachmangel hinreichend dargelegt. Diesem Vortrag ist zu entnehmen, dass der beanstandete Zustand der Toilette erstmals mit E-Mail vom 22. Juni 2009 gerügt worden und im Juli 2010 noch - durch Lichtbilder belegt - vorhanden war. Sein Vorbringen ist auch nicht unbeachtlich, wenn er die konkrete Beeinträchtigung seiner z.B. im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung nicht dargetan hat. Denn auch bei der Benutzung des Treppenhauses und des Kellers müssen Fäkalgerüche von Mietern nicht hingenommen werden.

## 5.2 Abschied vom Lärmprotokoll?

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, den entscheidungserheblichen Sachvortrag der Partei in der nach Art. 103 GG gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben<sup>51</sup>. Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen

---

<sup>46</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>47</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>48</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>49</sup> BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 a; BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710; BGH v. 12.6.2008 - V ZR 223/07, WPM 2008, 2068 Rz. 8.

<sup>50</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>51</sup> vgl. auch BGH v. 2.6.2008 - II ZR 121/07, NJW-RR 2008, 1311 Rz. 2; BGH v. 19.6.2008 - VII ZR 127/06, NZBau 2008, 644 Rz. 7 f.; BGH v. 20.5.2010 - V ZR 201/09, juris Rz. 6; BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rz. 13.

nicht von Bedeutung sind<sup>52</sup>. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen<sup>53</sup>. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten<sup>54</sup>.

Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen<sup>55</sup>. Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm oder Schmutz ist deshalb die Vorlage eines "Protokolls" nicht erforderlich<sup>56</sup>. Vielmehr genügt grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen (Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen auf dem Flur o.ä.) es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten. Dies gilt erst recht, wenn die Umstände - hier insbesondere die Ausrichtung der Touristenwohnungen auf ein junges Publikum, Fehlen einer ständig besetzten Rezeption, Angebot von "Aufbettungen" - das Auftreten derartiger Beeinträchtigungen ohnehin nahelegen.

## 5.3 Flächenabweichung

### 5.3.1 Berechnung der Minderung bei Möblierung

Die Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % stellt einen Mangel der Mietsache dar, der den Mieter gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Minderung der Miete in dem Verhältnis berechtigt, in dem die tatsächliche Wohnfläche die vereinbarte Wohnfläche unterschreitet.<sup>57</sup>

Eine Minderung wird nicht etwa deshalb geringer, weil die vermietete Wohnung möbliert ist.<sup>58</sup> Der Auffassung, bei einer vollständig möblierten und auch im Übrigen vollständig mit Hausrat eingerichteten Wohnung sei das Maß der Beeinträchtigung bei einer erheblichen Wohnflächenabweichung nicht mit dem Maß der Wohnflächenabweichung identisch, ist nicht zu folgen. Die von einer Wohnflächenabweichung ausgehende Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit ist nicht deshalb gerin-

<sup>52</sup> vgl. BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 a; BGH v. 21.1.1999 - VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859 unter II 2 a m.w.N.; BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710 unter II 2 a; BGH v. 21.5.2007 - II ZR 266/04, NJW-RR 2007, 1409 Rz. 8; BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rz. 14.

<sup>53</sup> BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 m.w.N.; BGH v. 13.12.2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491 unter II 2 a; BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rz. 14,

<sup>54</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 155/11, WuM 2012, 269.

<sup>55</sup> vgl. BGH v. 27.2.1991 - XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779 unter 2 c; BGH v. 11.6.1997 - XII ZR 254/95, WuM 1997, 488 unter b m.w.N.; jeweils zu § 537 BGB a.F., BGH vom 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382.

<sup>56</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 155/11, WuM 2012, 269.

<sup>57</sup> BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 8, 11 f.; BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14; jeweils m.w.N.

<sup>58</sup> BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 209/10, GE 2011, 542 = WuM 2011, 213 = ZMR 2011, 542.

ger zu veranschlagen, weil trotz der geringeren Fläche die für eine Haushaltsführung benötigten Einrichtungsgegenstände vollständig untergebracht werden können. Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB ist grundsätzlich die Bruttomiete einschließlich einer Nebenkostenpauschale oder einer Vorauszahlung auf die Nebenkosten.<sup>59</sup> Daran ändert die Möblierung der Wohnung jedenfalls dann nichts, wenn der Mietwert der Wohnungseinrichtung Teil der Kalkulation der Nettokaltmiete gewesen ist, also im Mietvertrag besonders hervorgehoben wurde, dass sich die Grundmiete u.a. aus der Abschreibung der Möbel zusammensetzt.

*Ob eine andere Beurteilung gerechtfertigt ist, wenn im Mietvertrag der Tatsache der Möblierung ein gegenüber den übrigen Mietkonditionen eigenständiges Gewicht - etwa durch die Vereinbarung eines Möblierungszuschlags - verliehen wird, ist offen.*

### 5.3.2 Unterschiedliche Qualität von Gewerbeflächen

Aufgrund eines Mangels hat der Mieter nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Durch die Minderung soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den beiderseitigen Leistungen bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werden<sup>60</sup>. Welche Herabsetzung der Miete angemessen ist, richtet sich nach der Schwere des Mangels und der dadurch bewirkten Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der vermieteten Sache<sup>61</sup>.

Zum Wohnraummietrecht legt der BGH in ständiger Rechtsprechung die prozentuale Flächenunterschreitung als Maßstab der Minderung zugrunde<sup>62</sup>. Diese Berechnungsmethode wird in der Regel die einzig mögliche sein<sup>63</sup> und verlangt keine Aufteilung nach der Art der von der Flächenunterschreitung betroffenen Räume. Dies entspricht der Ermittlung der Wohnfläche nach den besonderen Vorschriften des Wohnraummietrechts (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 a der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003<sup>64</sup>). Die Gleichwertigkeit der Flächen ergibt sich hierbei schon aus der unterschiedslosen Einbeziehung der Räume in die Wohnflächenberechnung. Sie kommt in der Mietzinsermittlung bei preisgebundenen Wohnungen (vgl. § 8 a Abs. 1 Satz 1 WoBindG; § 3 Abs. 2 Satz 1 NMV 1970) auch bei der Ermittlung des Mietpreises zum Ausdruck.

Ist aber schon in der Beschreibung einer Gewerbefläche zwischen einzelnen Teilen der Mietsache unterschieden, kann eine andere Bewertung gerechtfertigt sein. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Flächenabweichung ganz überwiegend auf Kellerräume bezieht und sich diesen auch konkret zuordnen lässt<sup>65</sup>. Eine Mietminderung wäre bei der Wohnraummiete schon deswegen grundsätzlich nicht möglich, weil Kellerräume nach den einschlägigen Berechnungsvorschriften nicht zur Wohnfläche

---

<sup>59</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 unter II 1 a.

<sup>60</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6 = NJW 2005, 1713, 1714

<sup>61</sup> Staudinger/Emmerich, 2011, § 536 BGB Rz. 57 m.w.N.

<sup>62</sup> BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1949 unter Bezugnahme auf *Kraemer*, NZM 1999, 156, 161; BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 12.

<sup>63</sup> *Kraemer*, NZM 1999, 156, 161.

<sup>64</sup> BGBl. I S. 2346; ähnlich § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV - gültig bis 31.12. 2003.

<sup>65</sup> BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, WuM 2012, 550 = ZMR 2012, 940.

zählen (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 a der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003<sup>66</sup>. 15

Eine Gleichsetzung der Kellerfläche mit der Fläche des gleichzeitig mitvermieteten Ladenlokals und Nebenräumen wäre allenfalls gerechtfertigt, wenn die Kellerräume hinsichtlich ihrer Nutzung mit dem hauptsächlichen vertraglichen Nutzungszweck gleichwertig wären<sup>67</sup>. Das ist jedenfalls nicht der Fall, wenn die Kellerräume ausweislich der Mietvertragsurkunde als Lager gemietet wurden und gegenüber dem Gastraum und Nebenräumen des Ladenlokals einen deutlich niedrigeren Gebrauchswert aufweisen.

### 5.3.3 Verjährung von Altansprüchen

Nach Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts am 1. Januar 2002 unterfällt der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB wegen überzahlter Miete der Regelverjährung des § 195 BGB. Da diese Verjährungsfrist kürzer ist als die bis zum 1. Januar 2002 geltende vierjährige Verjährung des § 197 BGB a.F., ist sie gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 BGB vom 1. Januar 2002 an zu berechnen, soweit nicht der Verjährungsbeginn gemäß § 199 Abs. 2 Nr. 2 BGB hinausgeschoben ist<sup>68</sup>. Hat der Mieter erst im Jahr 2007 Kenntnis von der Wohnflächenabweichung erhalten, wäre sein Ansprüche nach neuem Recht nicht verjährt, wenn er im Jahre 2010 Klage eingereicht hat.

Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB bleibt es jedoch bei dem Ablauf der Verjährung nach früherem Recht, wenn die nach altem Recht längere Frist früher abläuft als die kürzere Frist nach neuem Recht. Dies ist hier der Fall<sup>69</sup>. Insoweit kommt es für den Beginn der Verjährung nach § 197 BGB a.F. nicht auf die Kenntnis des Gläubigers an. Denn gemäß §§ 201, 198 BGB a.F. beginnt die Verjährung der in § 197 BGB a.F. bezeichneten Ansprüche mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist, hier also jeweils im Zeitpunkt der Überzahlung. Damit hat die Verjährung der Rückforderungsansprüche des Mieters bezüglich der im Jahr 2000 (bzw. 2001) überzahlten Miete nach altem Recht mit dem Ablauf des Jahres 2000 (bzw. 2001) begonnen und ist Ende 2004 (bzw. Ende 2005) - mithin früher als die Verjährung nach neuem Recht - abgelaufen.

## 5.4 Verletzung von Konkurrenzschutz als Mangel

Nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB führt ein Mangel der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, zur Befreiung von der Miete bzw. zu deren Herabsetzung. Ein Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich vereinbarten<sup>70</sup>. Zu dem vertraglich vereinbarten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen. Dazu gehören auch Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen. Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermeiden, führen solche außerhalb der Mietsache selbst liegenden Umstände allerdings nur dann zu einem Mangel der Mietsache, wenn sie deren Ge-

---

<sup>66</sup> BGBl. I S. 2346; ähnlich § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV - gültig bis 31.12.2003.

<sup>67</sup> vgl. - zur Wohnraummiete - BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421; BGH v. 29.9.2009 - VIII ZR 242/08, WuM 2009, 662.

<sup>68</sup> BGH v. 23.1.2007 - XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 Rz. 18 ff.

<sup>69</sup> BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 30/10, GE 2011, 1018 = ZMR 2011, 782.

<sup>70</sup> st. Rspr. BGH v. 15.10. 2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664, 666 m.w.N.

brauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen<sup>71</sup>. Maßgebend für die Beantwortung der 16

Frage, ob eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, ist danach in erster Linie der von den Parteien vereinbarte vertragsgemäße Gebrauch<sup>72</sup>. Aus dem zur Erfüllung des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlichen Zustand der Mietsache ergibt sich deren geschuldeter Zustand.

Ob eine Verletzung des Konkurrenzschutzes, sei er vertragsimmanent oder vertraglich vereinbart, einen Mangel der Mietsache darstellt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden<sup>73</sup>.

Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass ein Verstoß gegen die Pflicht, Konkurrenzschutz zu gewähren, einen Sachmangel begründet<sup>74</sup>. Der BGH hatte bisher nur über die Frage zu entscheiden, ob es ein Mangel eines vermieteten Ladenraums ist, wenn der Vermieter zuvor dem Mieter eines anderen Ladens Konkurrenzschutz vor der von dem zweiten Mieter beabsichtigten Nutzung zugesagt hatte<sup>75</sup>. Er hat diese Frage mit der Begründung verneint, die Zusage von Konkurrenzschutz gegenüber einem anderen Mieter stelle keinen Sachmangel der dem zweiten Mieter vermieteten Räume dar. Ein Sachmangel sei eine Eigenschaft der Mietsache, die für jeden in gleichen Umständen befindlichen Mieter sich als Mangel darstelle, d. h. für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen wolle. Die Wettbewerbsschutzklausel bewirke aber nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vermieters gegenüber dem anderen Mieter und betreffe nicht die Rechtssphäre des klagenden zweiten Mieters. Das von diesem gemietete Ladenlokal und dessen Wert würden von der Klausel nicht beeinflusst. Denn die auf der Klausel beruhenden Rechte des ersten Mieters richteten sich nicht gegen den zweiten Mieter, sondern nur gegen den Vermieter. Zu der Frage, ob der Verstoß des Vermieters gegen ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzschutzgebot einen Sachmangel der vertragsgegenständlichen Mietsache darstellt, verhält sich die Entscheidung nicht.

Der BGH hat sich der überwiegenden Auffassung angeschlossen<sup>76</sup>, nach der eine Verletzung der Konkurrenzschutzpflicht zu einem Mangel der Mietsache führt. Sowohl die Verletzung des sog. ver-

---

<sup>71</sup> BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664, 665 zur Behinderung des Zugangs zu einem Geschäftslokal und zur Einhaltung eines bestimmten Mietermix; BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 900 zur Zusicherung einer Vollvermietung und bestimmten Mieterstruktur; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1715 zur enttäuschten Gewinnerwartung in einem Einkaufszentrum; BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, WPM 1992, 583, 585 zu öffentlich-rechtlichen Hindernissen; BGH v. 1.7.1981 - VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405 zur enttäuschten Gewinnerwartung bei geringer Kundenfrequenz; BGHH v. 9.12.1970 - VIII ZR 149/69, NJW 1971, 424, 425 zur Hochwassergefährdung des Mietobjekts; RGZ 95, 175 zur Zusicherung der Brauereifreiheit einer Gaststätte; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 13 f.; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 14 f.; Staudinger/*Emmerich*, BGB [Neubearbeitung 2011], § 536 BGB Rz. 7.

<sup>72</sup> BGH v. 1.7.1981 VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405; Staudinger/*Emmerich*, BGB [Neubearbeitung 2011], § 536 BGB Rz. 5 m.w.N.

<sup>73</sup> offen gelassen BGH v. 9.8.2006 - XII ZR 165/05, NJW 2006, 3060, 3061; BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10, MDR 2012, 271 = ZMR 2012, 348 Rz. 34.

<sup>74</sup> RGZ 119, 353, 355 f.; OLG Koblenz, NZM 2008, 405; KG, NZM 2007, 566; OLG Frankfurt, NZM 2004, 706, 707; OLG Düsseldorf, NZM 2001, 1033 f., NZM 1998, 307; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1990, 1234, 1235; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 183; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 19, § 535 Rn. 143; Staudinger/*Emmerich*, [Neubearb. 2011], § 535 BGB Rz. 23; Soergel/*Heintzmann*, [Stand 2003], § 535 BGB Rz. 74; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummieta, 3. Aufl., Rz. 1037; *Kraemer* in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 3. Aufl., III B 1250; *Jendrek*, NZM 2000, 1116, 1120; einschränkend für den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz *Hübner/Griesbach/Fuerst* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann 3. Aufl. Geschäftsraummieta Kap. 14 Rz. 182 f. mwN; a.A.: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. Rz. 729; *Leo/Ghassemi-Tabar*, NZM 2009, 337, 342 ff.

<sup>75</sup> BGH v. 23.12.1953 - VI ZR 244/52, BB 1954, 177.

<sup>76</sup> BGH v. 10.10.2012 - XII ZR 117/10, MDR 2012, 1396 = NJW 2013, 44.

Störungen dar, die außerhalb der Mietsache liegen und die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch unmittelbar beeinträchtigen können. Bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts gehört es auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gemäß § 535 BGB, in anderen Räumen des Hauses oder auf unmittelbar angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen<sup>77</sup>. Die Verpflichtung des Vermieters zum Schutz des Mieters vor Konkurrenz auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung beruht auf der Erwägung, dass es zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gehört, dass der Vermieter den Mieter in dem vertraglich vereinbarten Gebrauch zum Betrieb des vereinbarten Geschäfts bzw. Gewerbes nicht behindert. Dabei ist der Vermieter allerdings nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist. Zur Begründung des tragsimmanenten Konkurrenzschutzes für eine Arztpraxis hat der Bundesgerichtshof auf die Bedeutung des Umfelds für den Ertrag einer Arztpraxis abgestellt und ausgeführt, dass insbesondere dann, wenn eine Konkurrenz im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages im Haus oder in der Nachbarschaft noch nicht bestanden habe, die Annahme nahe liege, dass der bereits niedergelassene Arzt durch die Eröffnung einer Praxis im selben Hause erheblich beeinträchtigt werde. Deshalb gehöre es zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, dass dem ersten Mieter auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung der Schutz vor Konkurrenz gewährt werde<sup>78</sup>. In diesem vertragsgemäß geschuldeten Gebrauch wird der Mieter durch die Verletzung des sogenannten tragsimmanenten Konkurrenzschutzes unmittelbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung stellt sich für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen will, als Mangel dar.

Für einen vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz kann nichts anderes gelten<sup>79</sup>. Durch die ausdrückliche Vereinbarung der Verpflichtung wird der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch dahin konkretisiert, dass dem Mieter der von bestimmter Konkurrenz ungestörte Gebrauch der Mieträume eingeräumt wird. In diesem ausdrücklich vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch wird der Mieter durch die vertragswidrige Konkurrenz unmittelbar beeinträchtigt.

Allerdings setzt die Minderung der Miete neben dem Vorliegen eines Mangels voraus, dass dadurch der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. Hierzu müssen besondere Feststellungen getroffen werden.

## 5.5 Verrechnung der Minderung auf die laufende Miete

In seinem Urteil vom 20. Juli 2005<sup>80</sup> hatte der BGH ausgeführt, dass ein Betrag, den der Mieter wegen einer von ihm beanspruchten Minderung von der monatlichen Miete einbehält, anteilig sowohl

---

<sup>77</sup> Sog. tragsimmanenter Konkurrenzschutz: BGHZ 70, 79 ff. = NJW 1978, 585 zur Vermietung von Arztpraxisräumen; BGH v. 24.1.1979 - VIII ZR 56/78, NJW 1979, 1404, 1405

<sup>78</sup> BGHZ 70, 79, 84 f.

<sup>79</sup> A.A. *Hübner/Griesbach/Fuerst* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 14 Rz. 183.

<sup>80</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773.

auf die Nettomiete als auch auf die geschuldete Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden würde. 18

Indem er dies als entscheidungserheblich in Abrede stellt,<sup>81</sup> hebt er hervor, dass er sich in dieser Entscheidung allein für die Wohnraummiete der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs angeschlossen habe, nach der die Bruttomiete (Miete einschließlich aller Nebenkosten) Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB sei und dies unabhängig davon gelte, ob die Nebenkosten als Pauschale oder als Vorauszahlung geschuldet werden.<sup>82</sup>

Nunmehr vertritt er die Auffassung, dass es einer solchen Aufteilung des Minderungsbetrages auch nicht, um im Falle vereinbarter Betriebskostenvorauszahlungen etwaige Nachforderungen des Vermieters oder Guthaben des Mieters in der Jahresabrechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der Minderung korrekt berechnen zu können.<sup>83</sup> Da sich die Minderung, soweit sie gerechtfertigt ist, auf die Gesamtmiete einschließlich aller Nebenkosten bezieht, kann erst aufgrund der Jahresabrechnung der Betriebskosten abschließend ermittelt werden, ob hinsichtlich der Gesamtmiete unter Berücksichtigung der gerechtfertigten Minderung noch eine Nachforderung des Vermieters oder ein Guthaben des Mieters besteht. Dafür ist es unerheblich, ob und gegebenenfalls wie die monatlich einbehaltenen Beträge auf die Nettomiete einerseits und die Betriebskostenvorauszahlung andererseits angerechnet werden. Für das rechnerische Gesamtergebnis spielt es keine Rolle, ob der monatliche Minderungsbetrag ausschließlich auf die Nettomiete angerechnet wird, oder ob eine anteilige Anrechnung der Minderung sowohl auf die Nettomiete als auch auf die Betriebskostenvorauszahlung stattfindet.

Es könne dahinstehen, ob ein monatlicher Minderungsbetrag in entsprechender Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB nur auf die Nettomiete anzurechnen sei und nicht auf die geschuldete Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden dürfe.<sup>84</sup> Denn es handele sich hierbei um ein Scheinproblem. Immerhin führten die unterschiedlichen Anrechnungsweisen zum gleichen Ergebnis führen. Lediglich Gesichtspunkte der Praktikabilität und der Übersichtlichkeit könnten dafür sprechen, dass der Vermieter den Minderungsbetrag ausschließlich bei der Nettomiete verbucht. Dies führt insofern zu einer gewissen Vereinfachung, weil dann die Betriebskosten ohne Berücksichtigung der Minderung abgerechnet werden können. Rechtlich zwingend sei dies aber nicht. Möglich ist eine Anrechnung des Minderungsbetrages ausschließlich auf die Nettomiete ohnehin nur, wenn der Minderungsbetrag die Nettomiete nicht übersteigt. Andernfalls erfasst er zwangsläufig auch die Betriebskostenvorauszahlung. Das stehe einer korrekten Jahresabrechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der gerechtfertigten Minderung aber nicht entgegen. An der allein maßgeblichen Gesamtabrechnung ändere sich nichts durch unterschiedliche Anrechnungen der monatlichen Minderungsbeträge auf die monatliche Nettomiete einerseits und/oder die monatliche Betriebskostenvorauszahlung andererseits.

---

<sup>81</sup> BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625 m. Anm. *Doerfer* ZMR 2011, 705..

<sup>82</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6 ff.

<sup>83</sup> BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625.

<sup>84</sup> so: Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 350 ff., 360; wohl auch *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 5. Aufl., G Rz. 162.

### 6.1 Vertretung der GbR

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist es zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB erforderlich, dass sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Vertragsverhältnisses aus der Urkunde ergeben. Werden Teile der wesentlichen Vertragsbedingungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, ist die Schriftform nur gewahrt, wenn die Anlagen im Mietvertrag so genau bezeichnet sind, dass deren zweifelfreie Zuordnung zum Mietvertrag möglich ist; eine körperliche Verbindung der einzelnen Bestandteile ist dann nicht erforderlich<sup>85</sup>.

Zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB gehört auch, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist<sup>86</sup>. Diese Frage ist allerdings streng von derjenigen der Vertretungsmacht/Vertretungsbefugnis zu trennen, denn für die Einhaltung der Schriftform kommt es nicht darauf an, ob der für die Partei Unterzeichnende zur Vertretung der Partei befugt war; die Vollmacht selbst muss aus dem Vertrag nicht ersichtlich sein.<sup>87</sup> Ob der Mietvertrag mit der Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder er ob er mangels gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsbefugnis des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung durch die von ihm vertretene Partei bedarf (§ 177 BGB), betrifft nicht die Schriftform, sondern die Wirksamkeit des Vertragsschlusses. § 550 BGB will den Erwerber aber nur über den Inhalt eines (möglicherweise) kraft Gesetzes auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob ein wirksamer Vertrag vorliegt<sup>88</sup>.

Die Unterschrift unter den Vertrag soll den Aussteller erkennbar machen<sup>89</sup>. 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 hat der Bundesgerichtshof für die Gesellschafter einer GbR<sup>90</sup> und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft<sup>91</sup> 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

---

<sup>85</sup> vgl. BGH, NJW 1999, 1104, 1105, Tz. 18; BGH, NJW 2591, 2592, Tz. 28; BGH, NJW 2000, 354; BGH, NJW 2003, 1248 f. = NZM 2003, 281 f.; BGH, NJW 2008, 482 f., Tz. 20 f.; BGH, NJW 2007, 3202, 3203.

<sup>86</sup> BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

<sup>87</sup> BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

<sup>88</sup> BGH, NZM 2010, 319, 320; BGH, NJW 2009, 2195, 2196; BGH, NJW 2008, 2178, 2179; BGH, NJW 2007, 3346, 3347; BGH, NJW 2005, 2225, 2226.

<sup>89</sup> vgl. nur Palandt/*Ellenberger*, 70. Aufl., § 126 BGB Rz. 10.

<sup>90</sup> BGH, NJW 2004, 1103; BGH, NJW 2003, 3053, 3054.

<sup>91</sup> BGH, NJW 2002, 3389, 3391.

Vertrag zugleich in Vertretung - und zwar auch für den anderen - mit unterzeichnet worden ist oder ob es noch der Unterschrift weiterer Personen bedarf<sup>92</sup>. 20

Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich<sup>93</sup>. 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 Unterschrift 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<sup>94</sup>. Dementsprechend hat der BGH die Wahrung der Schriftform als ausreichend angesehen, wenn bei einer GmbH der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterzeichnet<sup>95</sup>. Eines Vertretungszusatzes bedarf es in diesem Falle nicht, weil von vornherein klar ist, dass der Alleingeschäftsführer nicht für sich, sondern für die Gesellschaft handelt.

Vor diesem Hintergrund ist die Schriftform des Mietvertrages nicht gewahrt, wenn der Unterschrift des einen Gesellschafters nicht entnommen werden kann, dass er den Vertrag auch für die weiteren Gesellschafter der Klägerin mit unterzeichnet hat<sup>96</sup>. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die GbR von sämtlichen Gesellschafter gemeinsam vertreten wird (§§ 709, 714 BGB). Zwar ist – dem BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der Außen-GbR folgend<sup>97</sup> - aufgrund des Stempelaufdrucks in Verbindung mit dem Rubrum des Mietvertrages für einen potentiellen Erwerber unzweifelhaft erkennbar (§§ 133, 157 BGB), dass C jedenfalls nicht für sich, sondern für die GbR gehandelt hat. Dass der Firmenstempel insoweit nur den Standort F und nicht auch die weiteren - unselbständigen - Kanzlei-standorte in Düsseldorf, Dresden und Warschau ausgewiesen hat, steht dem nicht entgegen. Sieht man nämlich schon einen allgemein gehaltenen Firmenstempel der GbR ohne Zusatz des Standortes insoweit als genügend an, die Vertretung der GbR als Rechtssubjekt hinlänglich zu verdeutlichen<sup>98</sup>, kann ein zusätzlicher Ausweis des Standortes insoweit jedenfalls nicht schaden, d.h. zu einem Formverstoß im Sinne des § 550 BGB führen.

Allerdings stellt sich die Frage, ob es trotz der Teilrechtsfähigkeit der GbR, die sich insbesondere auch und gerade in ihrer Aktivlegitimation ausdrückt, und der durch den Firmenstempel hinlänglich zum Ausdruck kommenden Vertretung der Gesellschaft als Gesamthand durch die Unterzeichnung des Gesellschafters C für die Wahrung der Schriftform gemäß § 550 BGB zudem erforderlich ist, dass auch kenntlich gemacht werden muss, dass dieser als Teil einer nur gemeinsam zur Vertretung befugten Personenmehrheit gehandelt hat. Zwar betreffen diese Bedenken im Ergebnis allein die

---

<sup>92</sup> BGH, NJW 1994, 1649, 1650 f.

<sup>93</sup> vgl. BGH, NJW 2008, 2178, 2180.

<sup>94</sup> BGH, NJW 2007, 3346 f.; BGH, NJW 2005, 2225, 2226.

<sup>95</sup> BGH, NJW 2005, 2224, 2226.

<sup>96</sup> OLG Hamm v. 16.2.2011 – 30 U 53/10, NZM 2011, 584 = ZMR 2011, 632 m. Anm. *Späth*.

<sup>97</sup> BGH, NJW 2001, 1056.

<sup>98</sup> vgl. insoweit OLG Köln, GuT 2005, 5.

persönliche Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB<sup>99</sup>, nicht aber diejenige der Gesamthandsgemeinschaft. Sie werden jedoch von der Rechtsprechung des BGH, der nunmehr (sogar) für das selbständige Rechtssubjekt der AG, die durch eine Personenmehrheit (§ 78 Abs. 2 AktG) vertreten wird, verlangt, dass in der Vertragsurkunde hinreichend deutlich gemacht wird, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied ebenfalls für die weiteren Vorstandsmitglieder handeln will<sup>100</sup>, nicht geteilt. Der BGH hat vielmehr (auch) insoweit gefordert, dass es nötig, aber auch ausreichend ist, dass der Unterzeichnende in der Vertragsurkunde klarstellt, dass er nicht nur für die AG, sondern darüber hinaus für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will, etwa durch den Vermerk "i.V.". Für diese Auffassung spricht aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit trotz der Bejahung einer Teilrechtsfähigkeit der GbR der Umstand, dass ein Vermieter und damit auch ein potentieller Erwerber – anders als möglicherweise bei der AG – jedenfalls bei der GbR gerade nicht durch die Registerpublizität (vgl. § 15 HGB) geschützt wird. Es reicht deshalb nicht aus, dass statt aller vertretungsberechtigten Gesellschafter nur der Gesellschafter C den Mietvertrag unterzeichnet und nicht zusätzlich durch einen Zusatz klargestellt hat, auch als Vertreter für die übrigen Gesellschafter zu handeln<sup>101</sup>. Auch der Stempelaufdruck ergibt nicht hinreichend zuverlässig eine Vertretung der übrigen, an unterschiedlichen Standorten tätigen Gesellschafter. Für einen potentiellen Erwerber kann deshalb tatsächlich der Eindruck entstehen, dass die Urkunde unvollständig ist und es zur Wirksamkeit des Vertrages noch weiterer Unterschriften bedarf.

*Leider setzt sich die Entscheidung nicht vollständig mit der Rechtslage auseinander. Denn es wurden folgende Entscheidungen nicht in die Überlegungen einbezogen: Enthält der Mietvertrag mit einer Rechtsanwaltssozietät auf der Unterschriftenleiste den Kanzleistempel und einen Namenszug, dem ein Vertretungszusatz nicht beigelegt war und sind weitere im Rubrum des Vertrages als Mieter aufgeführte Personen nicht im Kanzleistempel nicht erwähnt, soll die Schriftform nicht eingehalten sein.<sup>102</sup> Unproblematisch soll es jedoch sein, wenn sich unterhalb der Unterschriftenleiste der Name der GbR befindet, die Leiste durch die Unterschriften der geschäftsführenden Gesellschafter vollständig ausgefüllt und zusätzlich ein Stempelaufdruck der GbR vorhanden ist, der den vollständigen Namen der GbR und deren Anschrift zeigt.<sup>103</sup> Für den Grundstückserwerber soll diese Konstellation deutlich machen, dass mehr Personen nicht unterschreiben sollten.*

Verfehlt ist es aber, bei der Prüfung darauf abzustellen, ob der Vertragspartner die Vertretung durch den einen Gesellschafter erkennen konnte<sup>104</sup>. Maßgeblich sind objektive Umstände und die Erkenntnismöglichkeit für den Erwerber. Deshalb müssen grundsätzlich die Umstände, aus denen auf die Vollmacht geschlossen werden kann, im Vertrag angeklungen sein.

---

<sup>99</sup> vgl. dazu *Terbille* in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl, Rz. 139; *Sieg* in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, 2.Aufl., Rz. 344.

<sup>100</sup> vgl. BGH, NZM 2010, 82, Tz. 20.

<sup>101</sup> BGH, NJW 2003, 3053, 3054; BGH, NZM 2010, 82, 83 (für AG); Schmidt-Futterer/Lammel, 10. Aufl., § 550 BGB Fn. 29.

<sup>102</sup> OLG Nürnberg v. 12. 7. 2004 – 8 U 1809/03, MietRB 2004, 343 = GuT 2005, 4.

<sup>103</sup> OLG Dresden v. 31.8.2004 – 5 U 946/04, NZM 2004, 827.

<sup>104</sup> So aber OLG Koblenz v. 11.8.2011 – 5 U 439/11, WuM 2012, 616.

**7.1 Haftung des Erwerbers trotz vorangegangenen Erwerb nach § 571 BGB a.F.**

In Art. 229 § 3 EGBGB gibt für die Anwendung des neuen § 566a BGB, der die frühere Regelung des § 572 BGB a.F. abgelöst hat, keine Übergangsregelung. Auf Erwerbsvorgänge, die vor dem Inkrafttreten des § 566a BGB am 1.9.2001 stattgefunden haben, findet deshalb noch § 572 BGB a.F. Anwendung. Denn anderenfalls würde das berechtigte Vertrauen eines Erwerbers, der bei Vertragsschluss entsprechend der zu diesem Zeitpunkt gültigen gesetzlichen Regelung davon ausgehen durfte, dass er nur für eine an ihn weitergeleitete Kautiön einzustehen hatte, enttäuscht und der gesetzlichen Neuregelung eine unzulässige "echte" Rückwirkung beigelegt<sup>105</sup>.

§ 566a BGB ist auch dann uneingeschränkt anzuwenden, wenn der Vermieter die an den Mieter vermietete Wohnung erst im Jahr 2005 und somit unter der Geltung des § 566a BGB erworben hat, obwohl sein Rechtsvorgänger die Mietwohnung schon 1993, also noch unter der Geltung des § 572 BGB a.F., erworben hatte<sup>106</sup>. Denn § 566a BGB setzt keine ununterbrochene "Kautiönskette" in der Weise voraus, dass bei einer Folge von Veräußerungsgeschäften, die - wie hier - teils vor und teils nach der Neuregelung liegen, auch der unter der Geltung der Neuregelung erwerbende Vermieter für die Rückzahlung der dem ursprünglichen Vermieter erbrachten Kautiön nur haftet, wenn auch sämtliche frühere Vermieter einer entsprechenden Haftung ausgesetzt waren. Denn die Vorschrift des § 566a BGB dient dem Schutz des Mieters und soll ein Auseinanderfallen von Kautiön und Mietvertrag vermeiden. Dem Mieter sollen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Ansprüche aus der Kautiön gegenüber dem unter Umständen schon lange aus dem Mietverhältnis ausgeschiedenen Vermieter, dessen Aufenthalt dem Mieter häufig nicht bekannt sein wird, erspart werden<sup>107</sup>. Dieser Schutzzweck greift auch dann ein, wenn nacheinander mehrere Veräußerungen stattgefunden haben, von denen -wie hier - eine noch vor dem Inkrafttreten des § 566a BGB erfolgt ist. Dann haftet zwar der erste Erwerber nur unter den Voraussetzungen des § 572 BGB a.F., also wenn der Mieter die Weiterleitung der Kautiön an ihn beweisen kann. Weitere Erwerber, die das Mietobjekt erst nach dem Inkrafttreten des § 566a BGB gekauft haben, werden dadurch aber nicht begünstigt; sie haften nach § 566a BGB und können sich weder darauf berufen, dass sie die Kautiön nicht erhalten haben, noch geltend machen, dass ein früherer Veräußerer, der selbst noch unter der Geltung des § 572 BGB a.F. erworben hat, der Haftung des § 566a BGB nicht unterlag. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt aus § 566 BGB nicht, dass die Haftung der Erwerbers nicht weiter gehen kann als die des veräußernden früheren Vermieters, denn die Haftung des Erwerbers bezüglich der Kautiön richtet sich nach der insoweit weitergehenden Bestimmung des § 566a BGB.

Diesem Haftungsrisiko kann der Vermieter, der das Mietobjekt nach Inkrafttreten des § 566a BGB erwirbt, dadurch begegnen, dass er bei Abschluss des Kaufvertrags dafür Sorge trägt, dass ihm entweder die Kautiön ausgehändigt wird oder der Umstand, dass er dem Mieter gegenüber in jedem Fall in die Pflichten aus der Kautiön eintritt, bei der Preisgestaltung berücksichtigt wird. Auch bei dem

---

<sup>105</sup> BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 381/03, NZM 2005, 639, unter II 2 b (1); vgl. auch BGH v. 24.6.2009 - XII ZR 145/07, NJW-RR 2009, 1164 Rz. 10 f.

<sup>106</sup> BGH v. 1.6.2011 - VIII ZR 304/10, GE 2011, 1080 = ZMR 2011, 785. .

<sup>107</sup> vgl. BR-Drucks. 439/00, abgedruckt in NZM 2001, 20, 27; BT-Drucks. 14/5663, S. 81.

des § 566a BGB kann der Erwerber die ihn gegenüber dem Mieter treffende Verpflichtung aus der Kautions bei der Kalkulation seines Gebotes berücksichtigen. Gesichtspunkte der (echten) Rückwirkung spielen keine Rolle, wenn das Veräußerungsgeschäft nach dem Inkrafttreten des § 566a BGB erfolgt ist. Dass es während der Dauer des Mietverhältnisses zuvor schon unter § 572 BGB a.F. fallende Veräußerungsgeschäfte gegeben hat, die mangels Weiterleitung der Kautions an den damaligen Erwerber dessen Haftung für die Kautions nicht herbeigeführt haben, steht der Haftung eines nach der Gesetzesänderung eingetretenen Erwerbers nach § 566a BGB somit nicht entgegen<sup>108</sup>.

## 7.2 Befriedigungsrecht des Vermieters

Nach § 566a BGB ist der Erwerber eines Mietobjekts nach Ende des Mietverhältnisses zur Rückgewähr der Sicherheit an den Mieter unabhängig davon verpflichtet, ob er die Sicherheit vom Vorvermieter tatsächlich erhalten oder ob die Rückgewährpflicht durch Vereinbarung mit dem Vorvermieter übernommen hat<sup>109</sup>. Dies gilt aber nur insoweit, wie er aus der Sicherungsvereinbarung über die Mietkautions hierzu noch verpflichtet ist und daher nur insoweit, wie der Vorvermieter seinerseits die Mietkautions noch nicht in berechtigter Weise in Anspruch genommen hat und sie daher noch als Sicherheit bei ihm vorhanden war. Maßgebender Zeitpunkt hierfür ist nicht notwendig der Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums an dem Mietobjekt auf den Erwerber, sondern gegebenenfalls ein späterer Zeitpunkt der Übertragung der Mietsicherheit auf diesen. Im Falle der Leistung einer Barkautions erfolgt kein unmittelbarer Rechtsübergang, vielmehr hat der Erwerber gegen den Veräußerer einen Anspruch auf Auszahlung des Betrages gegebenenfalls nebst Zinsen.<sup>110</sup>

Der Veräußerer hatte die Mietsicherheit bereits in Höhe des Betrages seiner rechtskräftig titulierten Forderung von 10.480,19 € berechtigt in Anspruch genommen. Die Rechte des Vermieters an der geleisteten Kautions folgen aus der Sicherungsvereinbarung mit dem Mieter und richten sich in ihrer Ausgestaltung nach dieser. Ein Vermieter kann bereits während der Mietzeit jedenfalls dann auf die Kautions zugreifen, wenn seine Forderung rechtskräftig festgestellt oder unbestritten ist<sup>111</sup>. Hierbei handelt es sich nicht um eine Aufrechnung gegen den Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions, sondern um die Inanspruchnahme einer vertraglich vereinbarten Sicherheit.

Der Vermieter kann eine Kautions auch dann noch zur Deckung seiner rechtskräftig festgestellten Forderung verwerten, wenn er das Mietobjekt bereits veräußert und übereignet hat, sofern sich die Kautions noch in seinem Vermögen befindet<sup>112</sup>. Sinn und Zweck des gesetzlich in § 566a BGB bestimmten Eintritts des Erwerbers in die Pflichten gegenüber dem Mieter, welche durch die Leistung der Sicherheit begründet wurden, ist der Schutz des Mieters, der durch die Veräußerung des Mietobjekts nicht schlechter gestellt werden soll, als er vor der Veräußerung stand<sup>113</sup>. Er soll hingegen auch

---

<sup>108</sup> ebenso Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 566a BGB Rz. 3.

<sup>109</sup> vgl. Palandt/Weidenkaff, § 566a BGB Rz. 5 m.w.N.

<sup>110</sup> vgl. Palandt/Weidenkaff, § 566a, Rz. 4.

<sup>111</sup> vgl. Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535 BGB Rz. 123; LG Wuppertal, NJW-RR 2004, 1309.

<sup>112</sup> OLG Frankfurt v. 25.4.2011 - 2 U 192/10, ZMR 2011, 870.

<sup>113</sup> vgl. BGH, NJW 99, 2177 ff.; Palandt/Weidenkaff, § 566 BGB Rz. 1 + § 566a BGB Rz. 1, 5.

nicht im Verhältnis zu dem Vorvermieter besser gestellt werden, indem diesem mit der Veräußerung stets die Möglichkeit genommen würde, Ansprüche, für welche er bereits während des Laufs des Mietvertrages auf die Sicherheit zugreifen könnte, nicht mehr auf diesem Wege erfüllen zu können, während dem Erwerber dies verwehrt ist, weil er nicht Gläubiger dieser Ansprüche, die bereits vor Veräußerung entstanden sind, ist. Denn alle vor dem Eigentumswechsel entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche verbleiben bei dem bisherigen Vermieter. Obwohl der Sicherungsfall noch bei dem Vorvermieter eingetreten ist, könnte der Mieter anderenfalls die Mietsicherheit von dem Erwerber uneingeschränkt zurückfordern, und der Vorvermieter bliebe ungesichert. Dies würde über den mit der gesetzlichen Regelung angestrebten Schutz des Mieters im Falle der Veräußerung des Mietobjekts hinausgehen und ihn in ungerechtfertigter Weise besser stellen und den Vorvermieter damit zugleich ohne hinreichenden Grund benachteiligen. Auch die Pflichten des Vor Vermieters dem Mieter gegenüber wären ohne die Veräußerung der Mietsache im Falle des Eintritts des Sicherungsfalls nicht mehr auf Rückzahlung der Mietsicherheit gerichtet. Der Erwerber tritt nach der gesetzlichen Regelung in die Pflichten des Vorvermieters jedoch nur in dem Umfange ein, wie sie tatsächlich bestehen.

### **7.3 Anspruch des Erwerbers auf erneute Kautionszahlung**

Grundsätzlich besteht kein Anspruch des Erwerbers gegen den Mieter auf erneute Leistung einer im Mietvertrag vereinbarten Kautionsleistung, wenn der Mieter die Kautionsleistung bereits an den Voreigentümer als früheren Vermieter geleistet hat. Mit der Erfüllung des Anspruchs auf Leistung der Kautionsleistung erlischt dieser Anspruch (§ 362 BGB). Auch ist der Mieter grundsätzlich nicht verpflichtet, der Übertragung der Kautionsleistung auf den Erwerber zuzustimmen. Denn einer solchen Zustimmung des Mieters bedarf es in der Regel nicht, weil der Erwerber kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten aus der Kautionsleistung eintritt (§ 566a S. 1 BGB)<sup>114</sup>.

Dennoch kann aufgrund besonderer Umstände eine Verpflichtung des Mieters bejaht werden, die im ursprünglichen Mietvertrag vereinbarte Kautionsleistung erneut - nunmehr an den Erwerber - zu leisten. Dazu ist der Mieter z.B. nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, wenn er einer Übertragung der Kautionsleistung gegenüber dem Rechtsvorgänger des Erwerbers abgegebenen Verpfändungserklärung auf den Erwerber nicht zustimmt und daraufhin die Kautionsleistung zurückerhält, ohne dass darin ein Verzicht des Erwerbers auf die Kautionsleistung gesehen werden kann<sup>115</sup>.

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Kautionsleistung in der Weise geleistet wurde, dass der Mieter die Verpfändungserklärung nur zugunsten des Voreigentümers persönlich abgegeben hat und deshalb die am Mietverhältnis nicht beteiligte Bank nicht ohne Zustimmung des verpfändenden Mieters zur Auszahlung des Sparguthabens an den Erwerber als neuem Eigentümer verpflichtet ist. In dieser Situation ist der Mieter jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, der Übertragung der Kautionsleistung auf den Erwerber als neuem Pfandgläubiger zuzustimmen, weil die Übertragung der Kautionsleistung persönlich für den Alteigentümer bestellte Sicherheit faktisch nur mit einer Mitwirkungshandlung des Mieters zu bewirken ist. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Erwerber die auf sie übergegangenen Rechte aus der Kautionsleistung gegenüber der Bank notfalls auch ohne Mitwirkung des Mieters durchsetzen könnte. Denn der Erwerber muss das Risiko, zu gegebener Zeit nicht ohne die Mitwir-

<sup>114</sup> BGH v. 7.12.2011 – VIII ZR 206/10, WuM 2012, 21 = GE 2012, 128 = ZMR 2012, 258.

<sup>115</sup> BGH v. 7.12.2011 – VIII ZR 206/10, WuM 2012, 21 = GE 2012, 128 = ZMR 2012, 258.

kung des Mieters auf die Mietsicherheit zugreifen zu können, nicht auf sich nehmen, 25  
sondern kann vom Mieter erwarten, an der praktischen Durchführung der Übertragung  
des Kautionsguthabens mitzuwirken, weil berechtigte Interessen des Mieters einer solchen Mitwir-  
kung nicht entgegenstanden.

Eine solche Zustimmung zur Übertragung des verpfändeten Kautionsguthabens auf den Erwerber als  
neuem Pfandgläubiger ist dem Mieter auch zumutbar. Denn insbesondere würde er dadurch nicht  
den Voreigentümer und ursprünglichen Vermieter als (subsidiäre) Schuldner verlieren oder seine  
Zustimmung jedenfalls als Verzicht auf die subsidiäre Haftung des Veräußerers nach § 566a S. 2  
BGB ausgelegt werden können<sup>116</sup>. Denn mit seiner Zustimmung zur Übertragung der Kautions-  
auf den Erwerber bestätigt der Mieter nur das, was gemäß § 566a S. 1 BGB ohnehin kraft Gesetzes gilt.  
Daraus ist kein Verzicht des Mieters auf seine Rechte aus § 566a Satz 2 BGB gegen den ursprüngli-  
chen Eigentümer herzuleiten<sup>117</sup>.

Die Rechtsprechung, nach der eine Forthaftung des ursprünglichen Vermieters nicht mehr in Be-  
tracht kommt, wenn der Veräußerer die Kautionsauf Verlangen oder mit Zustimmung des Mieters  
weitergibt oder auf sonstige Weise zu erkennen gibt, dass er nunmehr allein den Erwerber als Rück-  
zahlungspflichtigen ansieht<sup>118</sup>, betrifft andere Fallgestaltungen und bezieht sich auf die Rechtslage  
vor der Mietrechtsreform<sup>119</sup>.

In diesem Fall kann auch in der Rückgabe des verpfändeten Kautionsguthabens kein vermierterseiti-  
ger Verzicht auf die Kautionsauf gesehen werden<sup>120</sup>. Die Rückgabe der Kautionsauf durch den Voreigentü-  
mer erfolgte, nachdem dem Mieter mitgeteilt wurde, dass der Erwerber die Kautionsauf für sich bean-  
spruchte, und er vergeblich aufgefordert worden war, der Übertragung auf den Erwerber zuzustim-  
men. Unter diesen Umständen kann die Freigabe der Kautionsauf durch die Voreigentümerin nicht als  
vermieterseitiger Verzicht auf die dem Erwerber gemäß § 566a S. 1 BGB zustehende Kautionsauf ver-  
standen werden. Denn für einen solchen Verzicht besteht auch aus der Sicht des Mieters kein Anlass  
und kein Grund. Der Mieter hat die Rückgabe der Kautionsauf durch den Rechtsvorgänger des Erwer-  
bers auch nicht als vermierterseitigen Verzicht auf die nunmehr dem Erwerber zustehende Kautionsauf  
missverstanden. Vielmehr hat er nach der Aufforderung, die Kautionsauf nunmehr an den Erwerber zu  
leisten, diesem mitgeteilt, er werde ihm die Kautionsauf nach Ablauf der Kündigungsfrist für das Kauti-  
onskonto übergeben.

## 7.4 Verjährung bei überhöhter Kautionsauf

Die gezahlte Kautionsauf ist ohne Rechtsgrund erbracht worden ist, soweit sie drei Monatsmieten über-  
stieg. Denn die Kautionsvereinbarung ist gemäß § 551 Abs. 1, 4, §§ 134, 139 BGB unwirksam, so-  
weit sie über die bei einem Mietverhältnis über Wohnraum maximal zulässige Höhe von drei Mo-  
natsmieten hinausging.

---

<sup>116</sup> BGH v. 7.12.2011 – VIII ZR 206/10, WuM 2012, 21 = GE 2012, 128 = ZMR 2012, 258.

<sup>117</sup> Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 566a BGB Rn. 32 m.w.N.

<sup>118</sup> vgl. BGH v. 24.3.1999 - XII ZR 124/97, BGHZ 141, 160, 163 m.w.N.

<sup>119</sup> Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 566a BGB Rz. 32, Fn. 94

<sup>120</sup> BGH v. 7.12.2011 – VIII ZR 206/10, WuM 2012, 21 = GE 2012, 128 = ZMR 2012, 258.

unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährung<sup>121</sup>. Die Verjährung beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem die Kautionszahlung in unberechtigter Höhe erbracht wird. Insoweit kommt es für den Beginn der Verjährung nicht darauf an, wann der Mieter erfahren hat, dass die Vereinbarung einer drei Monatsmieten übersteigenden Kautionszahlung gesetzswidrig ist und ihr deshalb ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich des darüber hinausgehenden Betrages zusteht. Gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt der Beginn der Verjährung allerdings neben der Entstehung des Anspruchs voraus, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Insoweit genügt es jedoch, wenn der Gläubiger die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich für einen rechtskundigen Dritten der Anspruch ergibt. Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Leistung liegt die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis des Gläubigers vor, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrundes weiß, das heißt von den Tatsachen, aus denen dessen Fehlen folgt. Eine zutreffende rechtliche Würdigung setzt § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hingegen nicht voraus<sup>122</sup>. Eine Ausnahme wird lediglich für die Fälle in Betracht gezogen, in denen es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag<sup>123</sup>.

## 7.5 Verrechnung mit vertragsfremden Forderungen nach Mietende

In der Rechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur werden zu der Frage, ob der Vermieter zumindest dann mit mietfremden Ansprüchen gegen den Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kautionszahlung aufrechnen kann, wenn das Mietverhältnis beendet ist und hieraus keine Ansprüche des Vermieters mehr offen sind, unterschiedliche Auffassungen vertreten. Einige Autoren bejahen für diesen Fall die Zulässigkeit einer Aufrechnung mit der Begründung, dass in einem solchen Fall die Zweckbindung der Kautionszahlung entfalle und einer Aufrechnung mit nicht konnexen Gegenansprüchen somit nichts mehr entgegenstehe<sup>124</sup>. Die Gegenmeinung<sup>125</sup> entnimmt der in der Vereinbarung einer Mietkautionszahlung stillschweigend enthaltenen Sicherungsabrede ein (dauerndes) Aufrechnungsverbot. Der Zweck der Kautionszahlung gehe ausschließlich dahin, etwaige Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis zu sichern; eine Aufrechnung gegen den Anspruch auf Rückgewähr der Kautionszahlung mit mietfremden Forderungen des Vermieters sei deshalb auch dann ausgeschlossen, wenn das Mietverhältnis beendet sei und die Kautionszahlung zur Befriedigung des Vermieters wegen Forderungen aus dem Mietverhältnis nicht benötigt werde.

Der letztgenannten Auffassung gibt der BGH den Vorzug<sup>126</sup>. Es sei anerkannt, dass die Aufrechnung aufgrund einer konkludenten Vereinbarung oder nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein könne,

<sup>121</sup> BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, GE 2011, 1013 = ZMR 2011, 783.

<sup>122</sup> BGH v. 29.1.2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rz. 26; BGH v. 15.6.2010 - XI ZR 309/09, NJW-RR 2010, 1574 Rz. 12.

<sup>123</sup> BGH v. 19.3.2008 - III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237 m.w.N.

<sup>124</sup> *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. III 183; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 551 Rz. 82; *Ermann/Lützenkirchen* BGB, 13. Aufl., § 551 Rz. 27; *Dickersbach*, WuM 2006, 595 ff.

<sup>125</sup> OLG Düsseldorf v. 25.10.2007 - 10 U 24/07, ZMR 2008, 47; AG Schöneberg WuM 1990, 426; *Staudinger/Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, § 551 Rz. 32; *Bub/Treier/Scheuer*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V B Rz. 295 c.

<sup>126</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12, GE 2012, 1093 = ZMR 2012, 855.

wenn die Eigenart des Schuldverhältnisses oder der Sinn und Zweck der geschuldeten Leistung die Aufrechnung als nicht mit Treu und Glauben vereinbar erscheinen lässt<sup>127</sup>. 27

Deshalb sei bei einem Anspruch aus einem Treuhandverhältnis regelmäßig eine Aufrechnung mit nicht konnexen Gegenforderungen ausgeschlossen<sup>128</sup>. Diese Grundsätze gelten auch für die Mietkaution. Diese diene, soweit nicht ausnahmsweise etwas anderes vereinbart sei, ausschließlich der Sicherung von Forderungen des Vermieters aus dem konkreten Mietverhältnis. Die darin liegende Zweckbindung ende nicht schon dann, wenn die Kautions am Ende des Mietverhältnisses nicht mehr für Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis benötigt werde, sondern erst mit der Rückgewähr der Kautions an den Mieter.

## 8 Modernisierung

### 8.1 Inhaltliche Anforderungen an die Modernisierungsankündigung

Nach § 554 Abs. 3 S. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahme deren Art und voraussichtlichen Umfang und Beginn, voraussichtliche Dauer und die zu erwartende Mieterhöhung mitzuteilen. Wie konkret die Mitteilung sein muss, um dem Mieter die für die Beurteilung seiner Lage, insbesondere für eine Duldungspflicht, notwendigen Kenntnisse darüber zu verschaffen, welche Modernisierungsmaßnahmen der Vermieter durchzuführen beabsichtigt, in welcher Weise die Wohnung durch diese Maßnahmen verändert wird und wie sich diese Maßnahmen künftig auf den Mietgebrauch einschließlich etwaiger Verwendungen des Mieters sowie die zu zahlende Miete auswirken, ist allerdings umstritten.

In der Instanzrechtsprechung wie auch im Schrifttum wird teilweise angenommen, dass etwa bei einer Verlegung einer Sammelheizung der Vermieter die Anzahl, die Bauart und den Ort der Aufstellung der Heizkörper sowie den horizontalen und vertikalen Verlauf der Rohrleitungen benennen müsse, um dem Mieter eine genaue Vorstellung von der Neugestaltung der Wohnung zu vermitteln. Das mache es in aller Regel sogar erforderlich, dem Mieter einen Auszug aus dem Bauplan zu übermitteln, der den Umfang der Arbeiten einschließlich vorgesehener Wandöffnungen und Durchbrüche aufzeige<sup>129</sup>. Ebenso wird zu den Mitteilungsanforderungen an den Maßnahmenbeginn und Maßnahmenablauf angenommen, dass nicht nur die voraussichtlichen Termine für Beginn und Ende der Maßnahmen überhaupt, sondern auch für die einzelnen Etappen, die unterschiedliche Beeinträchtigungen mit sich bringen können, im Ankündigungsschreiben zu benennen seien<sup>130</sup> beziehungsweise hinsichtlich der Innenmaßnahmen eine genauere Zeiteingrenzung und Zeitspanne erforderlich sei<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> BGH v. 29.11.1990 - IX ZR 94/90, NJW 1991, 839 unter II 4; BGH v. 21.11.2001 - XII ZR 162/99, NJW 2002, 1130 unter II 2; BGH v. 22.3.2011 - II ZR 271/08, NJW 2011, 2351 Rz. 27.

<sup>128</sup> BGH v. 21.1.1999 - I ZR 209/96, NJW-RR 1999, 1192 unter II 1 b; BGH v. 14.7.1994 - IX ZR 110/93, NJW 1994, 2885 unter II 2.

<sup>129</sup> LG Hamburg, WuM 1990, 18; WuM 1992, 121; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 45; *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. VII 159; noch weitergehend etwa Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., 26 § 554 BGB Rz. 265, 267; LG Berlin v. 2.7.2004 - 67 T 52/04, *juris* Rz. 5, das zudem eine Gegenüberstellung von erstrebtem und vorhandenem Ausstattungsbestand verlangt.

<sup>130</sup> LG Hamburg, WuM 2005, 60, 61; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 46

<sup>131</sup> *Eisenschmid*, *juris* PR-MietR 25/10 Anm. 5 unter C.

Eine lediglich ungefähre, stichwortartige Beschreibung der Arbeiten und Abläufe wird demgegenüber nicht für genügend angesehen<sup>132</sup>. 28

Diese Anforderungen gehen dem BGH<sup>133</sup> zu weit<sup>134</sup>. Der Gesetzgeber hat sich bei der Neufassung des § 554 Abs. 3 BGB im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes gegen zu strenge Anforderungen an den Inhalt der Modernisierungsmittelteilung des Vermieters ausgesprochen und die zuvor vertretenen Maßstäbe dahin abgesenkt wissen wollte, dass der Vermieter nur noch den voraussichtlichen Umfang und Beginn und die voraussichtliche Dauer der Maßnahme mitteilen sollte, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Vermieter zu dem vom Gesetz vorgeschriebenen Mitteilungszeitpunkt zu präziseren Angaben häufig gar nicht in der Lage sein wird<sup>135</sup>. Auch der mit der Modernisierungsankündigung verfolgte Zweck verlangt in der Regel nicht, dass jede Einzelheit der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme in der Ankündigung beschrieben und jede mögliche Auswirkung mitgeteilt wird. Sie muss auf der einen Seite zwar den Informationsbedürfnissen des Mieters Rechnung tragen, das Ziel der beabsichtigten Modernisierung und die zu dessen Erreichung geplanten Maßnahmen zu erfahren, um ihm darüber eine zureichende Kenntnis zu vermitteln, in welcher Weise die Wohnung durch diese Maßnahmen verändert wird und wie sich diese Maßnahmen künftig auf den Mietgebrauch einschließlich etwaiger Verwendungen des Mieters sowie die zu zahlende Miete auswirken, und ihm so eine sachgerechte Beurteilung der sich daraus ergebenden Lage, insbesondere hinsichtlich seiner Duldungspflicht, der für ihn zu treffenden Maßnahmen und der gegebenenfalls zu ziehenden vertragsrechtlichen Konsequenzen, ermöglichen<sup>136</sup>. Auf der anderen Seite ist aber auch zu berücksichtigen, dass die in § 554 Abs. 3 S. 1 BGB geregelte Mitteilungspflicht nicht darauf abzielt, die in § 554 Abs. 2 BGB näher geregelte sachliche Befugnis des Vermieters zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen einzuschränken, sondern dass sie dem Mieter lediglich einen ergänzenden Schutz bei der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen gewähren soll<sup>137</sup>. Die Verwirklichung dieses ergänzenden Schutzes darf deshalb nicht so weit gehen, dass einem Vermieter die Durchführung gesetzlich zulässiger Modernisierungsmaßnahmen durch eine Handhabung der Mitteilungsanforderungen erschwert wird, die über das zum Schutz des Mieters gebotene Maß hinausgeht und auf diese Weise den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt<sup>138</sup>.

Diesen Anforderungen werden erfüllt, wenn der anzubringende Balkon in der Ankündigung mit seiner Gestaltung und den vorgesehenen Abmessungen ebenso beschrieben ist wie die außerhalb und innerhalb der Wohnung unter Angabe ihres voraussichtlichen zeitlichen Ablaufs im Einzelnen vorzunehmenden Arbeiten und Arbeitsschritte. Die voraussichtliche Lage des Balkons vor einem bishe-

---

<sup>132</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 554 BGB Rz. 267; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 554 BGB Rz. 23d.

<sup>133</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 242/10, WuM 2011, 677 = GE 2011, 1545 = NZM 2011, 849.

<sup>134</sup> Ebenso: KG, GE 2007, 907; LG München I, ZMR 2009, 453, 454 f.; *Beyer*, GE 2009, 943, 947 f.; MünchKomm/*Bieber*, 5. Aufl., § 554 BGB Rz. 35; Staudinger/*Emmerich*, Neuberab. 2011, § 554 BGB Rz. 44 m.w.N.

<sup>135</sup> BT-Drucks. 14/4553 S. 36 f., 49 f.

<sup>136</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

<sup>137</sup> vgl. BGH v. 19.9.2007 - VIII ZR 6/07, WuM 2007, 630 Rz. 15.

<sup>138</sup> BayObLG, NZM 2001, 89; MünchKommBGB/*Bieber*, 5. Aufl., § 554 BGB Rz. 36; jeweils unter Hinweis auf BVerfGE 79, 80, 84 f.). 30 c.

rigen Wohnzimmerfenster, unter dem der im Zuge der Arbeiten zu entfernende Heizkörper angebracht ist, dessen Heizleistung durch Aufrüstung eines näher beschriebenen anderen Heizkörpers übernommen werden soll, erschließt sich dem Mieter ohne Weiteres. Gleiches gilt für die im betroffenen Wandbereich liegenden und deshalb zwangsläufig zu ändernden Heizungs- und Elektroinstallationen sowie die dazu vorzunehmenden Putz- und Malerarbeiten. Die Ankündigung ist mithin bei Anlegung objektiver Maßstäbe geeignet, dem Mieter das von § 554 Abs. 3 S. 1 BGB geforderte hinreichende Bild von dem zu vermitteln, was mit der geplanten Balkonanbringung voraussichtlich an Änderungen auf ihn zukommt. Exakte Angaben zu Zeitpunkt und Abfolge der einzelnen Arbeiten oder Arbeitsschritte etwa nach Maßgabe eines beizufügenden Bauzeitenplans werden dabei entgegen der Auffassung der Revision vom beschriebenen Zweck der Modernisierungsankündigung nicht gefordert.

## 8.2 Entgegenstehende Rechtskraft

Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung verbietet - als negative Prozessvoraussetzung - eine neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand; unzulässig ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines rechtskräftig entschiedenen Prozesses identisch ist<sup>139</sup>.

Eine solche Identität des Streitgegenstandes liegt vor, wenn der Vermieter mit einer "Widerwiderklage" (erneut) einen Anspruch auf Duldung des Herdaustauschs geltend macht, den er aus demselben Lebenssachverhalt herleitet, wie eine zuvor im Rahmen einer Modernisierungsankündigung, nämlich daraus, dass im Rahmen von Instandsetzungsarbeiten die Gasversorgung des Gebäudes entfallen soll, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet<sup>140</sup>. Daraus, dass der Vermieter nach dem Erlass des Teilurteils über seine Duldungsklage nach § 554 Abs. 2 BGB mit Schreiben vom 5. Mai 2009 ein neues Modernisierungsverlangen ausgesprochen hat, ergibt sich kein neuer Streitgegenstand bezüglich des erneut geltend gemachten Duldungsanspruchs, denn eine Änderung des dem materiellen Anspruch zugrunde liegenden Lebenssachverhalts ist damit nicht verbunden.

## 9 Mieterhöhung

### 9.1 wegen Modernisierung

#### 9.1.1 Mieterhöhung ohne Ankündigung

Nach § 559 Abs. 1 BGB kann der Vermieter nach baulichen Maßnahmen, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder nachhaltig Einsparungen von Energie und Wasser bewirken, die Miete um jährlich elf vom Hundert der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen. Die Mieterhöhung ist dem Mieter gemäß § 559b BGB in Textform zu erklären und die Erhöhung aufgrund der entstandenen Kosten zu berechnen und entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559, 559a BGB zu erläutern.

Die Mieterhöhung wegen einer bereits durchgeführten Modernisierung setzt aber nicht voraus, dass dem Mieter vor Durchführung der Arbeiten eine Modernisierungsankündigung gemäß § 554 Abs. 3 BGB zugegangen ist.<sup>141</sup> Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus der gesetzlichen Regelung in § 559b

<sup>139</sup> BGH v. 18.1.1985 - V ZR 233/83, BGHZ 93, 287, 288 f.; BGH v. 19.11.2003, BGHZ 157, 47, 50.

<sup>140</sup> BGH v. 17.8.2011 - VIII ZR 20/11, GE 2011, 1301.

<sup>141</sup> BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 164/10, WuM 2011, 225 = GE 1011, 541.

Abs. 2 S. 2 BGB; darin ist (lediglich) vorgesehen, dass sich die Frist, zu der die Mieterhöhung wirksam wird, um sechs Monate verlängert, wenn der Vermieter die zu erwartende Erhöhung der Miete nicht nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB mitgeteilt hat oder die tatsächliche Mieterhöhung mehr als 10% höher ist als zunächst mitgeteilt. Die Mitteilungspflicht nach § 554 Abs. 3 S. 1 BGB dient dem Schutz des Mieters bei der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen. Zum einen soll ihm ein gewisser Zeitraum zugebilligt werden, sich auf die zu erwartenden Baumaßnahmen in seiner Wohnung einzustellen; zum anderen wird er durch das Sonderkündigungsrecht in die Lage versetzt, das Mietverhältnis gegebenenfalls vor Beginn etwaiger Arbeiten und dem Wirksamwerden einer Mieterhöhung zu beenden. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, kann der Vermieter ohne ordnungsgemäße Ankündigung nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB Modernisierungsarbeiten in der Wohnung des Mieters gegen dessen Willen nicht durchsetzen, weil eine entsprechende Duldungsklage abzuweisen wäre. Zweck des Ankündigungserfordernisses ist hingegen nicht die Einschränkung der Befugnis des Vermieters, die Kosten einer tatsächlich durchgeführten Modernisierung im Rahmen des § 559 BGB auf den Mieter umzulegen. Diese Bestimmung soll dem Vermieter im Interesse der allgemeinen Verbesserung der Wohnverhältnisse einen finanziellen Anreiz zur Modernisierung geben.<sup>142</sup> Die Interessen des Mieters werden ausreichend dadurch gewahrt, dass bei unterbliebener Ankündigung die Mieterhöhung nach § 559 BGB erst sechs Monate später wirksam wird. Aus dem Urteil vom 4. März 2009<sup>143</sup> ergibt sich keine andere Beurteilung, denn jene Entscheidung hatte nicht eine Mieterhöhung nach durchgeführter Modernisierung zum Gegenstand, sondern betraf die Pflicht des Mieters zur Duldung noch durchzuführender Instandhaltungsmaßnahmen.

### 9.1.2 Entstehung der Kosten

Ob die Kosten der Modernisierung im Sinne von § 559 BGB entstehen, wenn die Rechnungen bezahlt sind, ist umstritten. Die h.M. nimmt an, dass diese Kosten jedenfalls - in Form einer fälligen Verbindlichkeit gegenüber dem Bauunternehmer - mit der Ausstellung der Rechnung über die durchgeführten Arbeiten entstehen<sup>144</sup>. Davon abweichend wird vereinzelt vertreten<sup>145</sup>, die Kosten entstünden dem Vermieter erst im Zeitpunkt des Mittelabflusses (Zahlung).

Der BGH<sup>146</sup> hat sich der h.M. angeschlossen. Schon der Begriff der Entstehung bringe zum Ausdruck, dass die Begründung als Verbindlichkeit gegenüber dem Handwerker ausreicht.

### 9.1.3 Aufwendungen des Mieters als Modernisierungskosten

Ob die Kosten z.B. einer infolge einer Modernisierungsmaßnahme notwendigen Renovierung zu den nach § 559 Abs. 1 BGB umlagefähigen Kosten der Modernisierung gehör, ist umstritten.

In der Instanzrechtsprechung und in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass § 554 Abs. 4 BGB die Kostentragung endgültig regelt und es deshalb unzulässig sei, den Mieter über § 559 BGB

<sup>142</sup> BGH v. 19.9.2007 - VIII ZR 6/07, NZM 2007, 882 Rz. 15.

<sup>143</sup> BGH v- 4.3.2009 - VIII ZR 110/08, NZM 2009, 394 Rz. 16.

<sup>144</sup> Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 559b Rz. 5; MünchKommBGB/Artz, 6. Aufl., § 559b Rz. 9; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 559b Rz.19; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 10. Aufl., § 559b BGB Rz. 38 m.w.N.

<sup>145</sup> Kinne, ZMR 2001, 868, 869; Schach in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 559b BGB Rz. 3.

<sup>146</sup> BGH v. 20.3.2012 - VIII ZR 294/11, WuM 2012, 285 = NZM 2012, 832.

die Kosten letztlich doch tragen zu lassen.<sup>147</sup> Teilweise wird dabei danach differenziert, **31**  
wer das unternehmerische Risiko für diese Arbeiten trägt.<sup>148</sup>

Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass es keinen Unterschied machen könne, ob der Vermieter die Arbeiten selbst in Auftrag gebe und die Kosten direkt trage oder ob der Mieter sie ausführe und sich die Kosten nach § 554 Abs. 4 BGB vom Vermieter erstatten lasse. In jedem Fall handele es sich um unmittelbaren Bauaufwand.<sup>149</sup>

Der letztgenannten Auffassung ist der BGH gefolgt.<sup>150</sup> § 559 Abs. 1 BGB gestatte dem Vermieter die Umlage der von ihm für Modernisierungsmaßnahmen aufgewendeten Kosten, um einen Anreiz dafür zu schaffen, dass der Vermieter entsprechende im allgemeinen Interesse liegende bauliche Maßnahmen durchführt.<sup>151</sup> Eine Einschränkung dahin, dass der Vermieter ihm tatsächlich entstandene Kosten nicht umlegen dürfe, wenn und weil die Arbeiten von dem in Vorlage getretenen Mieter selbst ausgeführt worden seien, ergebe sich weder aus dem Wortlaut des § 559 Abs. 1 BGB noch aus seinem Zweck. Sie würde auch dem Interesse beider Mietparteien widersprechen, kleinere Nacharbeiten im Zusammenhang mit einer Modernisierungsmaßnahme kostengünstig durch den Mieter in Eigenleistung ausführen zu lassen. Denn ein Vermieter, der die dem Mieter hierfür erstatteten Kosten nicht umlegen könne, habe Anlass, von vornherein einen Handwerker zu beauftragen, weil er diese - regelmäßig höheren - Kosten ohne weiteres auf den Mieter umlegen könne. Insoweit komme es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob der Vermieter als „Bauherr“ der Nacharbeiten anzusehen sei; entscheidend sei vielmehr, dass der Vermieter diesen Aufwand im Rahmen einer baulichen Modernisierungsmaßnahme getragen hat. Der Mieter werde durch die Umlage der ihm erstatteten Modernisierungsaufwendungen auch nicht „bestraft“. Denn der Vermieter müsse diese Kosten - wie die übrigen Kosten, die ihm für die eigentliche Modernisierung entstünden - bevorschussen und könne sie lediglich im Rahmen des § 559 Abs. 1 BGB über einen längeren Zeitraum umlegen.

*Dies wirft die Frage auf, ob nicht auch Minderungen zu den Kosten der Modernisierung zu zählen sind. Dies wird bisher einhellig verneint.<sup>152</sup> Zwingend erscheint das aber nicht mehr<sup>153</sup>.*

## **10 Betriebskosten**

### **10.1 Umlagevereinbarung**

Neben einer (bestimmten) Umlagevereinbarung<sup>154</sup>, die den Umfang der von der Abrechnungspflicht erfassten Kosten regelt, bedarf es einer eindeutigen Vereinbarung von Vorauszahlungen. Das ist bei

---

<sup>147</sup> AG Schöneberg, MM 1990, 130; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 559 BGB Rz. 42; MünchKomm/Artz, 5. Aufl., § 559 BGB Rz. 23; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 559 BGB Rz. 37; vgl. auch Herrlein/Kandelhard/Both, Miete, 4. Aufl., § 559 BGB Rz. 103.

<sup>148</sup> Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. IV 364.

<sup>149</sup> Schmidt/Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 10. Aufl., § 559 BGB Rz. 158; Meresson, DWW 2009, 122, 128.

<sup>150</sup> BGH v. 30.3.2011 – VIII ZR 173/10, WuM 2011, 293 = GE 2011, 681 = ZMR 2011, 622.

<sup>151</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 58.

<sup>152</sup> Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 10. Aufl. § 559 BGB Rz. 161; Staudinger/Emmerich, § 559 BGB Rz. 42; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. Rz. IV 353; Lammel, 3. Aufl., § 559 BGB Rz. 37; Meresson, DWW 2009, 122, 128.

<sup>153</sup> Schläger, ZMR 2011, 623, 624.

der Verwendung des Wortes Vorauszahlungen der Fall. Bei anderen Bezeichnungen (z.B. „Abschlagszahlungen“, „á-cto-Zahlung“, „Vorauszahlungspauschale“) bleiben oft trotz jahrelanger Praxis Unklarheiten, die sich nach § 305c Abs. 2 BGB im Zweifel zu Lasten des Vermieters auswirken, so dass eine Pauschale anzunehmen ist<sup>155</sup>, wenn nicht eine Auslegung doch noch einen eindeutigen Inhalt hervorbringt. 32

Sind Vorauszahlungen vereinbart, fehlt es aber an einer eindeutigen Umlagevereinbarung, über die jahrelang nicht abgerechnet wird, kann sich im Wege der Auslegung die Vereinbarung einer Bruttomiete ergeben. Davon ist jedenfalls auszugehen, wenn der Betrag, der auf die Vorauszahlungen entfällt, 40% der Miete ausmacht, wobei Heizkosten nicht berücksichtigt wurden<sup>156</sup>. Kann auf die Auslegungshilfe der jahrelangen Übung nicht zurückgegriffen werden und ergibt sich aus der Höhe der Vorauszahlungen kein Hinweis, sind die Umstände des Einzelfalles maßgeblich.

## 10.2 Grundsteuer

Die Grundsteuer wird von der Kommune direkt für die jeweilige Wohnung dem Sondereigentümer erhoben, so dass es eines Umlageschlüssels nicht bedarf und die Grundsteuer lediglich "direkt" an den Mieter weiterzugeben ist<sup>157</sup>.

## 10.3 Kosten des Hauswarts

Beruhend die angesetzten Kosten des Hauswarts, auf einem Hauswartvertrag für das Gebäude und macht der Vermieter geltend, dieser Vertrag habe (ausschließlich) umlagefähige Tätigkeiten zum Gegenstand, reicht ein einfaches Bestreiten der Kostenansätze durch den Mieter nicht aus<sup>158</sup>. Dass es neben dem erwähnten Hauswartvertrag noch einen weiteren Hauswartvertrag über die im Sondereigentum des Vermieters stehenden Wohnungen gibt, der sich teilweise auch auf nicht umlagefähige Instandsetzungstätigkeiten bezieht, führt nicht dazu, dass der Vermieter nunmehr auch für den noch im Streit befindlichen Vertrag aufzuschlüsseln hätte, welche Kosten im Einzelnen für welche umlagefähigen Tätigkeiten entstanden und wie sie auf welche Wohnungen verteilt worden sind. Vielmehr obliegt es dem Mieter – ggfs. aufgrund einer Einsichtnahme in den Hauswartvertrag und die insoweit erteilten Abrechnungen - die geltend gemachten Kosten substantiiert zu bestreiten.

## 10.4 Formelle Fehler der Abrechnung

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

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohnein-

---

<sup>154</sup> BGH v. 2.5.2012 – XII ZR 88/10, WuM 2012, 452 = GE 2012, 822 = ZMR 2012, 614.

<sup>155</sup> LG Wiesbaden WuM 1987, 284; AG Hamburg-Altona v. 30.8.1985 - 53b C 181/85, WuM 1987, 274; vgl. aber OLG Dresden v. 20.6.2000 - 23 U 403/00, NZM 2000, 827.

<sup>156</sup> BGH v. 2.5.2012 – XII ZR 88/10, WuM 2012, 452 = GE 2012, 822 = ZMR 2012, 614.

<sup>157</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679 = NZM 2012, 96.

<sup>158</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679 = NZM 2012, 96.

heiten 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.<sup>159</sup>

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.<sup>160</sup> 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.

#### 10.4.1 Fehlende Angabe von Vorauszahlungen

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß und damit wirksam, 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 in eine Betriebskostenabrechnung aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen<sup>161</sup>.

Dabei hat der BGH mehrfach deutlich gemacht, dass an die Abrechnungen in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Abrechnung haben sich am Zweck der Abrechnung zu orientieren. Die 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, in welchen Rechenschritten die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist<sup>162</sup>. Etwaige Fehler - zu hoch oder zu niedrig angesetzte Vorauszahlungen, Ansatz der Soll- statt der Ist-Vorauszahlungen - stellen (nur) materielle Fehler der Abrechnung dar, die nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen führen, weil der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres nachprüfen kann, ob der Vermieter die geleisteten Zahlungen korrekt berücksichtigt hat<sup>163</sup>.

Das gilt ebenso, wenn der Vermieter überhaupt keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht hat<sup>164</sup>. Auch in diesem Fall kann der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres feststellen, ob dies zu Recht nicht geschehen ist. Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung wird dadurch nicht in Frage gestellt. In einem solchen Fall wäre es, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, eine sinnlose Förmerei, wenn der Vermieter in der Abrechnung Vorauszahlungen des Mieters ausdrücklich mit "Null" zu beziffern hätte.

---

<sup>159</sup> 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.

<sup>160</sup> BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

<sup>161</sup> BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 Rz. 8 m.w.N.

<sup>162</sup> st. Rspr.: BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283 Rz. 21 22 m.w.N.

<sup>163</sup> BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 Rz. 16 m.w.N.

<sup>164</sup> BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278.

Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB ist über die Vorauszahlungen für die Betriebskosten jährlich abzurechnen. Eine hiervon zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam (§ 556 Abs. 4 BGB). In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum herrscht Streit darüber, ob im Hinblick auf diese Bestimmung eine vertragliche Verlängerung der in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehenen Abrechnungsperiode von einem Jahr stets unzulässig ist.

In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum hat sich die weitaus überwiegende Auffassung durchgesetzt, wonach eine vertragliche Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode ohne Ausnahme unzulässig ist<sup>165</sup>. Dies soll auch in den Fällen gelten, in denen für eine solche Absprache sachliche Gründe bestehen<sup>166</sup> und sogar dann, wenn sich eine vertragliche Verlängerung des Abrechnungszeitraums im Einzelfall auf den Mieter nicht nachteilig auswirkt<sup>167</sup>. Diese strikte Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB wird damit begründet, dass eine Verlängerung des Abrechnungszeitraums die Gefahr in sich berge, dass Abrechnungen unübersichtlicher würden und ihre Kontrolle für den Mieter erschwert werde<sup>168</sup>. Außerdem erleide der Mieter einen möglichen Nachteil dadurch, dass eine sich aus der Abrechnung ergebende Berechtigung zur Reduzierung der Betriebskostenvorauszahlungen (§ 560 Abs. 4 BGB) nur mit entsprechender zeitlicher Verzögerung vorgenommen werden könne<sup>169</sup>.

Nach einer - teilweise vertretenen - Gegenmeinung hindert § 556 Abs. 4 BGB in bestimmten Fallgestaltungen die vertragliche Festlegung einer die Dauer von zwölf Monaten überschreitenden Abrechnungsperiode nicht. Einzelne Stimmen beschränken den zeitlichen Anwendungsbereich des § 556 Abs. 4 BGB und ähnlicher Regelungen auf den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und bejahen daher uneingeschränkt die Zulässigkeit entsprechender nachträglicher Vereinbarungen<sup>170</sup>. Andere Stimmen halten eine im Verlauf des Mietverhältnisses vereinbarte (einmalige) Verlängerung der Abrechnungsperiode jedenfalls dann für unbedenklich, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht. So

---

<sup>165</sup> LG Leipzig, WuM 2004, 481; LG Bremen, WuM 2006, 199; LG Gießen, DWW 2009, 189; LG Frankenthal, WuM 1991, 702 f. [zu § 4 Abs. 1 MHG]; LG Düsseldorf, ZMR 1998, 167, 168 [zu § 4 Abs. 1 MHG]; AG Siegburg, WuM 1985, 372; AG Waiblingen, WuM 1987, 323 [jeweils zu § 4 Abs. 1 MHG]; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 1806 ff.; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., G Rz. 103; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 298; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 175; MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; ders., Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3190 f.; Staudinger/Weitemeyer, Neubearb. 2011, § 556 BGB Rz. 116, 144; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Palandt/Weidenkaff, 70. Aufl., § 556 BGB Rz. 10; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363 f.; Herrlein/Kandelhard/Both, Mietrecht, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 70; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 84; ähnlich AG Köln, WuM 1997, 232, das allenfalls geringfügige Überschreitungen der Jahresfrist für zulässig erachtet.

<sup>166</sup> vgl. etwa MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; ders., Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3191.

<sup>167</sup> so Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806.

<sup>168</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., G Rz. 103; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 298; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363.

<sup>169</sup> Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806.

<sup>170</sup> Lützenkirchen/Dickersbach, ZMR 2006, 821, 823 ff.

hat das AG Wetzlar<sup>171</sup> bei einem Eigentumswechsel im laufenden Kalenderjahr eine vertragliche Verlängerung der Abrechnungsperiode aus sachlichen Gründen für gerechtfertigt gehalten. Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Bestimmung des § 556 Abs. 4 BGB einer vertraglichen Absprache über eine einmalige Verlängerung des bisherigen Abrechnungszeitraums jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn damit eine Umstellung auf das Kalenderjahr ermöglicht werden solle, etwa zum Zwecke der Harmonisierung des Abrechnungsjahrs mit den Abrechnungszeiträumen verschiedener Leistungsträger oder zur Vereinfachung und zur praktikableren Handhabung der Abrechnung<sup>172</sup>.

Der letztgenannten Auffassung stimmt der BGH zu<sup>173</sup>. Der von der herrschenden Meinung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum eingenommene Rechtsstandpunkt, wonach § 556 Abs. 4 BGB eine vertragliche Vereinbarung über eine Ausdehnung der gesetzlich bestimmten Abrechnungsperiode auch in den Fällen verbietet, in denen eine einzelfallbezogene Verlängerung der gesetzlich vorgegebenen Abrechnungsperiode zum Zwecke der Angleichung des bisher geltenden jährlichen Abrechnungszeitraums auf das Kalenderjahr in Frage steht, findet in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Weder die Entstehungsgeschichte der Regelungen in § 556 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 BGB noch deren Sinn und Zweck schließen eine solche vertragliche Absprache aus.

Die Bestimmung in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach Betriebskosten unter Ansatz einer jährlichen Abrechnungsperiode abzurechnen sind, ist der Vorgängerregelung des § 4 Abs. 1 Satz 2 MHG nachempfunden<sup>174</sup>. Mit der letztgenannten Vorschrift wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass auf die zu erwartenden Betriebskosten Vorauszahlungen vereinbart werden können<sup>175</sup>. Wegen damals im Zusammenhang mit der Erhöhung von Heizölkosten aufgetretener Zweifelsfragen hat er zugleich bestimmt, dass nur angemessene, also an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausgerichtete Vorauszahlungen zulässig sind und dass über die Vorauszahlungen jährlich abgerechnet werden muss<sup>176</sup>. Außerdem hat er angeordnet, dass diese Bestimmungen nicht zum Nachteil des Mieters abbedungen werden können<sup>177</sup>.

Diese Regelungen sind nun in § 556 Abs. 2 Satz 2 BGB (Angemessenheit), in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB (jährliche Abrechnungsperiode) und in § 556 Abs. 4 BGB (keine Abdingbarkeit zum Nachteil des Mieters) enthalten und sind Teil eines gesetzgeberischen Konzepts, das darauf angelegt ist, einerseits einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Mietern und Vermietern zu finden und hierdurch mehr Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen und andererseits den Mietvertragsparteien mehr Raum für eine eigenverantwortliche Vertragsgestaltung zu geben und so die partner-

---

<sup>171</sup> AG Wetzlar, WuM 2001, 30, 31

<sup>172</sup> vgl. *Lützenkirchen/Jennißen*, Betriebskostenpraxis, 2002, Rz. 260 m.w.N.; *Blöcker/Pistorius*, Die Betriebskosten in der Wohnungswirtschaft, 4. Aufl., S. 74.

<sup>173</sup> BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, MDR 2011, 1091 = WuM 2011, 511 = GE 2011, 1153 = ZMR 2011, 941.

<sup>174</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

<sup>175</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

<sup>176</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

<sup>177</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12; § 10 Abs. 1 MHG.

schaftliche Kooperation zwischen ihnen zu fördern<sup>178</sup>. Der hinter diesem Bestreben stehende Gedanke der Streitvermeidung findet in den Gesetzesmaterialien bei der - vorliegend in Frage stehenden - Verpflichtung des Vermieters, die Betriebskosten innerhalb eines Jahres abzurechnen, sogar ausdrückliche Erwähnung<sup>179</sup>.

Diesen gesetzgeberischen Zielsetzungen wird eine Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB nicht gerecht, die eine einzelfallbezogene Verständigung der Mietvertragsparteien über eine Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode auch dann ausschließen soll, wenn mit einer solchen Verlängerung den Interessen beider Mietvertragsparteien gedient ist, weil mit ihr eine Umstellung des Abrechnungszeitraums auf eine andere jährliche Abrechnungsperiode - etwa auf das Kalenderjahr - bezweckt wird. Der mit § 556 Abs. 4 BGB verfolgte Schutzzweck wird in solchen Ausnahmefällen ausreichend gewahrt. Denn die mit einer solchen Verlängerung des Abrechnungszeitraums dem Mieter möglicherweise entstehenden Nachteile werden durch entsprechende Vorteile hinreichend kompensiert<sup>180</sup>.

Die Gefahr, dass der Mieter bei der verlängerten Abrechnungsperiode möglicherweise einen erhöhten Überprüfungsaufwand hat, wird dadurch ausgeglichen, dass zukünftig ein Abrechnungsturnus gilt, der die Erstellung der Abrechnungen vereinfacht und damit auch die Nachvollziehbarkeit für den Mieter erhöht. Der Umstand, dass im Falle eines sich aus der Abrechnung möglicherweise ergebenden Guthabens dessen Auszahlung verzögert wird, begründet ebenfalls keinen signifikanten Nachteil für den Mieter. Der Mieter sähe sich bei einer zum Zwecke der Umstellung auf einen neuen (jährlichen) Abrechnungsturnus vereinbarten Verlängerung der bisherigen Abrechnungsperiode nur einmal der Gefahr einer verspäteten Auszahlung eines etwaigen Guthabens ausgesetzt. Zudem steht bei Abschluss einer solchen Vereinbarung ohnehin nicht fest, dass sich diese Gefahr verwirklicht, denn aus der Abrechnung kann sich genauso gut eine Nachforderung des Vermieters ergeben, die - sofern sie aus der ursprünglichen Abrechnungsperiode resultieren sollte - im Hinblick auf die Verlängerung des Abrechnungszeitraums, für den Mieter vorteilhaft, später als bisher fällig würde. Nur soweit sich die Nachforderung aus dem verlängerten Teil der Abrechnungsperiode ergeben sollte, würde sie früher als bei Beibehaltung des bisherigen Abrechnungsturnus fällig. Diese Auswirkung wird aber in Instanzrechtsprechung und Schrifttum allgemein nicht als bedeutsam eingestuft; während eine Verlängerung des Abrechnungszeitraums generell für unzulässig gehalten wird, wird eine Verkürzung des Abrechnungszeitraums (und damit eine frühere Fälligkeit möglicher Nachforderungen) - jedenfalls beim Vorliegen von sachlichen Gründen - überwiegend nicht als unwirksam angesehen<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> vgl. hierzu BT-Drucks. 14/4553, S. 1, 34.

<sup>179</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 2.

<sup>180</sup> vgl. zu diesem Gesichtspunkt allgemein *Lehmann-Richter*, WuM 2010, 3, 5 ff.

<sup>181</sup> vgl. LG Berlin, GE 2005, 433; AG Waiblingen, WuM 1987, 323 [zu § 4 Abs. 1 MHG]; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1812; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 299; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 5. Aufl., G Rz. 104; MünchKommBGB/*Schmid*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 84; noch weitergehend Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2011, § 556 BGB Rz. 116; Emmerich/Sonnenschein/*Weitemeyer*, Miete, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363 f.; a.A. Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 175.

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.

### 10.5.1 Undefinierbarer Umlageschlüssel

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß, 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 Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen.<sup>182</sup> Dabei ist eine Erläuterung des angewandten Verteilungsmaßstabs nur dann geboten, wenn dies zum Verständnis der Abrechnung erforderlich ist.<sup>183</sup>

Diesen - an sich geringen - Anforderungen an die Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Nebenkostenabrechnung wird ein Abrechnungsschreiben nicht gerecht, dem sich der ihr zugrunde gelegte Verteilerschlüssel nicht hinreichend entnehmen lässt.<sup>184</sup> Die Abrechnung enthält zwar Angaben zu den auf die einzelnen Betriebskostenarten entfallenden Gesamtkosten und weist neben den geleisteten Vorauszahlungen auch den jeweils auf die Beklagten entfallenden Kostenanteil aus. Dagegen bezeichnet die Abrechnung den oder die verwendeten Umlageschlüssel nicht näher, sondern verwendet lediglich die nicht aussagekräftige Rubriküberschrift „Abrechnungsart“. Aus dieser Bezeichnung wird nicht deutlich, ob eine Umlage nach Verbrauch, Personenbelegung, Anzahl der Wohnungen, Wohnfläche, Nutzfläche, Grundstücksfläche oder sonstigen Flächen vorgenommen wurde. Auch aus den in dieser Rubrik zu den jeweiligen Kostenpositionen aufgeführten Daten erschließt sich für einen durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieter<sup>185</sup> bei der überwiegenden Anzahl der Betriebskostenpositionen nicht, welche Flächenmaße verwendet worden sind. Die Abrechnung enthält neben den - durch die beige-fügte Abrechnung der Brunata Metrona vom 20. Oktober 2006 erfassten - Heizkosten insgesamt vierzehn Kostenpositionen. Dabei werden bei zehn Positionen verschiedene in Quadratmetern ausgewiesene Flächen in ein Verhältnis zueinander gesetzt. Um welche Flächen es sich hierbei handelt, erschließt sich überwiegend nicht. Zwar liegt nahe, dass es sich bei der in neun Fällen als Anteil des Mieters angesetzten Fläche von 120 qm um die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche handelt. Die bei der Position

---

<sup>182</sup> st. Rspr.; BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 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; jeweils m.w.N.

<sup>183</sup> BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78.

<sup>184</sup> BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401.

<sup>185</sup> vgl. hierzu etwa BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NJW 2005, 3135 unter II 2 m.w.N.

„Regenwasser“ angesetzte Fläche von 139,81 qm entzieht sich allerdings jeder näheren Einordnung. Vollständig im Dunkeln bleibt aber, welche Gesamtflächen zu den 120 qm (bzw. in einem Fall zu den 139,81 qm) in Bezug gesetzt wurden. Es werden sieben verschiedene Flächenmaße zugrunde gelegt, die von 1069 qm bis 2240 qm reichen. Die Unterschiede lassen sich in den angesetzten Gesamtflächen nicht dadurch erklären, dass mehrere Gebäude in wechselnder Zusammensetzung zu einer Abrechnungseinheit zusammengefasst werden.<sup>186</sup> Vorliegend betrifft die Abrechnung ein einzelnes Objekt. Zu den beschriebenen Unklarheiten kommt hinzu, dass bei den Kostenpositionen „Aufzug“ und „Hauswart“ eine weitere, nicht nachvollziehbare Größe Verwendung findet, da hierbei von der angegebenen Fläche (nur) ein bestimmter Vomhundertsatz (70 % bzw. 50 %) Berücksichtigung finden soll. Schon wegen dieser Mängel ist die erteilte Abrechnung hinsichtlich der genannten zehn Kostenpositionen wegen fehlender Nachvollziehbarkeit unwirksam. Dahin gestellt bleiben kann auch, ob der Verteilerschlüssel bei den weiteren nach Verbrauch („m<sup>3</sup>“) abgerechneten Kostenpositionen „Wasser“ und „Kanalgebühren“ sowie bei der nach „Einheiten“ umgelegten „Grundsteuer“ nachvollziehbar angegeben ist. Denn selbst wenn diese drei Positionen - ebenso wie die weitere nach „Wohneinheiten“ umgelegte Kostenposition „Haftpflichtversicherung“ - den formellen Anforderungen an eine Abrechnung genügen, bliebe dies im Streitfall ohne Auswirkungen. Erstreckt sich ein formeller Fehler nicht auf alle Abrechnungspositionen, verbleibt einem Vermieter eine sich aus der Abrechnung ergebende Nebenkostennachforderung zwar insoweit, als unwirksame Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können und die Nachforderung auch ohne Berücksichtigung dieser Einzelpositionen gerechtfertigt ist.<sup>187</sup> Ausgehend von diesen Grundsätzen ergäbe sich aber selbst dann keine Nachforderung der Klägerin, wenn man die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung bei den vier zuletzt genannten Einzelpositionen und den Heizkosten bejahte und (nur) die von formellen Mängeln betroffenen, weiteren zehn Kostenpositionen aus der Abrechnung herausrechnete.

### 10.5.2 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“.

Dazu führt der BGH<sup>188</sup> aus:

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

<sup>186</sup> Vgl. dazu BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rz. 14.

<sup>187</sup> Vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 Rz. 11, BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 Rz. 14.

<sup>188</sup> BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, WuM 2010, 683 = NZM 2010, 859 = ZMR 2011, 108.

des Anteils des Mieters und der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters.<sup>189</sup> Diesen Anforderungen werden die Abrechnungen gerecht. 39

Die Abrechnung nach Personen ermöglicht es dem Mieter, gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist.<sup>190</sup> 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.

### 10.5.3 Umfang der Erläuterung

Zusätzliche Erläuterungen sind dort erforderlich, wo der Mieter über die entsprechenden Kenntnisse nicht verfügt.<sup>191</sup> 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.<sup>192</sup>

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

---

<sup>189</sup> 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.

<sup>190</sup> vgl. BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21 f.

<sup>191</sup> BGH v. 23.11.1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573.

<sup>192</sup> BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78.

auf eine Nachfrage des Mieters hin mitgeteilt hat; dies muss lediglich vor Ablauf der Abrechnungsfrist geschehen.<sup>193</sup> 40

*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 und zwar selbst dann, wenn der Hinweis auf die frühere Erläuterung nicht innerhalb der Abrechnungsfrist erfolgt.*

## 10.6 Gebot der Wirtschaftlichkeit

### 10.6.1 Darlegungs- und Beweislast

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bezeichnet die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der - nach entsprechender Vereinbarung - vom Mieter zu tragenden Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen. Eine Verletzung dieser Pflicht durch den Vermieter kann zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters führen, der sich auf dessen Freihaltung von den unnötigen Kosten richtet<sup>194</sup>.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur ist umstritten, wer im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot die Darlegungs- und Beweislast trägt. Eine verbreitete Meinung weist dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast dafür zu, dass er das Wirtschaftlichkeitsgebot beachtet habe<sup>195</sup>. Soweit eine Begründung hierfür gegeben wird, stellt diese Auffassung darauf ab, dass die Kostenumlage von vornherein hinsichtlich Art und Höhe auf solche Aufwendungen begrenzt sei, die dem Gebot einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung genügen<sup>196</sup>.

Die Gegenansicht stellt darauf ab, dass der Mieter mit der Behauptung, der Vermieter habe seine Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots verletzt, einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB geltend mache; deshalb treffe nach dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei die ihr günstigen Tatsachen im Prozess vorzutragen habe, den Mieter die Darlegungs- und Beweislast<sup>197</sup>.

Der BGH hat die Frage, wen im Prozess die Darlegungs- und Beweislast für eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit trifft, bisher offen lassen können<sup>198</sup>, jedoch bereits entschieden,

---

<sup>193</sup> BGH v. 11.8.2010 – VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26.

<sup>194</sup> BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14.

<sup>195</sup> AG Hannover, WuM 2011, 30; AG Leipzig, WuM 2006, 568 f.; WuM 2003, 452; AG Düren, WuM 2003, 153; AG Frankfurt am Main, WuM 2002, 376 f.; AG Mitte, ZMR 2002, 761 f.; LG Hamburg, NZM 2001, 806; Bamberger/ Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 556 Rz. 84; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 556 Rz. 14; MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 116; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 119; Schmid, ZMR 2007, 177 ff.

<sup>196</sup> Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 119; Schmid, ZMR 2007, 177 ff.

<sup>197</sup> LG Berlin, GE 2005, 1129; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 126; Wall in Eisenschmid/Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Vor §§ 556, 556a und 560 BGB Rz. 1448 ff.; Streyl, NZM 2008, 23; Ludley, NZM 2011, 417, 419; wohl auch Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 359 a; differenzierend Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2011, § 566 BGB Rz. 96

<sup>198</sup> BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 78/06, NJW-RR 2007, 1242 Rz. 13,

dass es sich bei der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots um eine vertragliche Nebenpflicht des Vermieters handelt<sup>199</sup>. Aus dieser Einordnung folgt nach allgemeinen Grundsätzen, dass der Mieter, der wegen einer solchen Pflichtverletzung Ansprüche erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für ein pflichtwidriges Verhalten des Vermieters trägt<sup>200</sup>.

### 10.6.2 Sekundäre Darlegungslast

Es entspricht einer verbreiteten Meinung, dass die Darlegungslast des Mieters für einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot durch die von der Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast entwickelten Grundsätze einzuschränken sei, weil allein der Vermieter die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit seines Kostenansatzes notwendigen Kenntnisse und Informationen besitze<sup>201</sup>.

Dem stimmt der BGH<sup>202</sup> jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast finden nur Anwendung, wenn der an sich Darlegungsbelastete außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, der Gegner aber alle erheblichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zumutbar sind<sup>203</sup>. So verhält es sich bei der Überprüfung einer Betriebskostenabrechnung regelmäßig nicht. Bei der Frage, ob der Vermieter bei finanziellen Dispositionen, die Auswirkungen auf die Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht genommen hat, geht es regelmäßig nicht um interne, für den Mieter nicht ersichtliche Kostenkalkulationen des Vermieters, sondern um objektive Gegebenheiten, wie etwa durch Bescheid festgesetzte öffentlich-rechtliche Gebühren und Abgaben oder die ortsübliche Entlohnung eines Hauswarts oder die Beschaffung von Brennstoff für die Heizungsanlage zu marktüblichen Preisen. Der Mieter hat das Recht, die für die Betriebskostenabrechnung des Vermieters maßgebenden Belege einzusehen<sup>204</sup>. Erscheinen dem Mieter nach Belegeinsicht einzelne Abrechnungspositionen als zu hoch, ist es ihm unbenommen, diese Positionen im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit einer weiteren Prüfung zu unterziehen. Dies ist dem Mieter auch möglich und zumutbar.

## 10.7 Einsicht in die Abrechnungsunterlagen

### 10.7.1 bei Wohnungseigentum

Dem Mieter steht kein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick darauf zu, dass ihm der Vermieter keine Einsicht in die Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft gewährt hat. Auf derartige Unterlagen bezieht sich, der Anspruch des Mieters auf Einsicht in die Abrechnungsunterlagen der Betriebskostenabrechnung nicht<sup>205</sup>.

---

<sup>199</sup> BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14.

<sup>200</sup> BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NZM 2011, 705.

<sup>201</sup> so z.B. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 126;; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 359 a; Streyll, NZM 2008, 23.

<sup>202</sup> BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NZM 2011, 705.

<sup>203</sup> BGH v. 17.2.2004 - X ZR 108/02, NJW-RR 2004, 989 unter II 2 b bb; BGH v. 17.1.2008 - III ZR 239/06, NJW 2008, 982 Rz. 16.

<sup>204</sup> BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 21 ff.

<sup>205</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

### 10.8.1 Beginn der Einwendungsfrist

Die Frage, ob die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB unabhängig davon mit dem Zugang einer Nebenkostenabrechnung zu laufen beginnt, ob die Abrechnung den an ihre Wirksamkeit zu stellenden formellen Mindestanforderungen genügt, ist umstritten. Einige Stimmen im Schrifttum lassen für den Lauf der Einwendungsfrist und damit auch für das Eingreifen des in § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB geregelten Einwendungsausschlusses bereits den Zugang einer formell nicht ordnungsgemäßen Abrechnung genügen.<sup>206</sup> Dabei wird zur Begründung auf die in den Gesetzesmaterialien angesprochene Zielsetzung verwiesen, nach Ablauf einer bestimmten Zeit Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche zu schaffen und durch einen Einwendungsausschluss umfangreiche Beweisaufnahmen über länger zurückliegende Abrechnungen zu vermeiden. Nach anderer Auffassung soll die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nur durch den Zugang einer formell ordnungsgemäßen und damit wirksamen Abrechnung in Lauf gesetzt werden.<sup>207</sup> Zur Begründung wird überwiegend angeführt, ein Einwendungsausschluss führe in diesen Fällen zu widersprüchlichen Ergebnissen, weil dann ein Vermieter trotz mangelnder Fälligkeit der Nebenkostennachforderung den Mieter infolge Fristablaufs auf Zahlung in Anspruch nehmen könne,<sup>208</sup> der Mieter aber umgekehrt einen - wegen der Unwirksamkeit der formell fehlerhaften Abrechnung bislang nicht erfüllten - Abrechnungsanspruch geltend machen könne.<sup>209</sup>

Der BGH beantwortet die Rechtsfrage dahin, dass der Zugang einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nicht in Lauf setzt.<sup>210</sup> Dies hat zur Folge, dass in den Fällen, in denen die Abrechnung hinsichtlich aller darin aufgeführten Kostenpositionen nicht den formellen Mindestanforderungen genügt, der Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB insgesamt nicht greift. Sind dagegen nur einzelne, abtrennbare Kostenpositionen formell nicht ordnungsgemäß abgerechnet worden, greift der Einwendungsausschluss nur hinsichtlich dieser Positionen nicht.

Dass ein Mieter mit Einwendungen gegen unwirksam abgerechnete Betriebskosten nicht nach § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB ausgeschlossen ist, ergibt sich bereits aus dem Zusammenspiel der einzelnen Regelungen in § 556 Abs. 3 BGB und der mit ihnen verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzung. Der Gesetzgeber hat dem Vermieter in § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB die Verpflichtung auferlegt, binnen einer Frist von zwölf Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums eine Abrechnung zu übermitteln. Um den Vermieter zur Erfüllung dieser Pflicht anzuhalten, hat der Gesetzgeber eine verspä-

---

<sup>206</sup> vgl. etwa MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 91; Staudinger/Weitemeyer, , Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 128, 129; Streyll, WuM 2005, 505, 506.

<sup>207</sup> vgl. etwa Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 499; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 156; Lützenkirchen, NZM 2002, 512; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 460; ders., ZMR 2001, 937, 939; Bamberger/Roth/Ehlert, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 29; Palandt/Weidenkaff, , 69. Aufl., § 556 BGB Rz. 13; vgl. auch LG Berlin, v. 15.2.2008 - 63 S 263/07, juris; LG Berlin v. 21.7.2009, GE 2009, 1127.

<sup>208</sup> vgl. Lützenkirchen, NZM 2001, 512 f.

<sup>209</sup> vgl. etwa Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 499; LG Berlin, GE 2009, 1127.

<sup>210</sup> BGH v. 8.12.2010 – VIII ZR 27/10, WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401; BGH v. v. 15.3.2011 – VIII ZR 243/10, WuM 2011, 281 = GE 2011, 683 NZM 2011, 581.

tete Abrechnung mit dem Ausschluss von Nebkostennachforderungen sanktioniert (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB). Spiegelbildlich zu dieser Pflicht ist im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf den vom Rechtsausschuss des Bundestages aufgegriffenen Vorschlag des Bundesrates eine Ausschlussfrist für Einwendungen des Mieters gegen die ihm zugegangene Abrechnung eingeführt worden (§ 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB). Der Bundesrat hielt die Aufnahme eines solchen Einwendungsausschlusses zur Vermeidung von aufwendigen und letztlich unergiebigem Beweisaufnahmen über lange zurückliegende Nebkostenabrechnungen und aus Zumutbarkeitserwägungen für geboten.<sup>211</sup> Es sei dem Mieter zuzumuten, eine Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist zu prüfen und Beanstandungen zu erheben. Der Rechtsausschuss des Bundestages befürwortete die Einführung einer Ausschlussfrist für Einwendungen im Interesse der Ausgewogenheit und aus Gründen der Rechtssicherheit.<sup>212</sup> Hierdurch werde gewährleistet, dass absehbare Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche bestehe.

Maßgebend für die Einführung einer Ausschlussfrist für die Erhebung von Einwendungen war damit nicht allein der Beschleunigungsgedanke, vielmehr sollte ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen von Vermietern und Mietern gefunden werden. Beiden Seiten sollte jeweils eine Frist von zwölf Monaten zur Erstellung beziehungsweise zur Prüfung einer Abrechnung zur Verfügung stehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die jeweiligen Rechte und Pflichten bei der Nebkostenabrechnung zeitlich gestaffelt sind. Ausgangspunkt des Regelungssystems in § 556 Abs. 3 Satz 2 bis 6 BGB ist die Erteilung einer den formellen Anforderungen genügenden Abrechnung. Nach allgemeiner Meinung wird - auch wenn dies im Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht hinreichend zum Ausdruck kommt - die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nur durch den Zugang einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung gewahrt.<sup>213</sup> Mit einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung genügt der Vermieter seiner Abrechnungspflicht nicht; vielmehr kann der Mieter in diesem Fall eine erneute Abrechnung verlangen.<sup>214</sup> Solange nur eine formell fehlerhafte Abrechnung vorliegt, fehlt es an einer ausreichenden Beurteilungsgrundlage für eine zuverlässige inhaltliche Überprüfung der in ihr angestellten Berechnungen. Damit ist der Mieter regelmäßig daran gehindert, die Richtigkeit einer solchen Abrechnung innerhalb der zwölfmonatigen Einwendungsfrist hinreichend zu prüfen. Würde also die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB bereits mit dem Zugang einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung in Gang gesetzt, würde letztlich die Ausgewogenheit der beiderseitigen fristgebundenen Pflichten in Frage gestellt: Obwohl der Vermieter seine Abrechnungspflicht noch nicht erfüllt hätte, würden die der Abrechnung anhaftenden Mängel nach Ablauf der Einwendungsfrist „geheilt“. Dies würde zu einer unangemessenen Verlagerung der den Vermieter treffenden Pflichten auf den Mieter führen.

Diese Überlegungen werden nicht durch die weitere Zielsetzung des Gesetzgebers in Frage gestellt, eine möglichst rasche Abwicklung von Abrechnungsprozessen zu gewährleisten. Dem Gesetzgeber

---

<sup>211</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 87.

<sup>212</sup> BT-Drucks. 14/5663, S. 79.

<sup>213</sup> vgl. etwa BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 unter II 1 a m.w.N.; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 = WuM 2007, 196.

<sup>214</sup> vgl. etwa BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 Rz. 13 i.V.m. Rz. 8 m.w.N.

war offenkundig nicht daran gelegen, dem Mieter auch dann Einwendungen abzuschneiden, wenn dieser über keine ausreichende Prüfungsgrundlage verfügt. Er wollte lediglich im Interesse der Rechtssicherheit sicherstellen, dass in absehbarer Zeit Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche geschaffen wird. Dieses Ziel wird aber im Falle einer mit formellen Mängeln behafteten und damit unwirksamen Abrechnung schon dadurch erreicht, dass die darin ausgewiesene Nachforderung des Vermieters nicht fällig wird und nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB auch nicht mehr nachträglich fällig gestellt werden kann.<sup>215</sup>

### 10.8.2 Geltung bei vereinbarter Pauschale

Der Einwendungsausschluss nach § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB setzt nicht voraus, dass im Mietvertrag Vorauszahlungen auf Betriebskosten mit entsprechender Abrechnungspflicht überhaupt vereinbart sind. Dies hat der BGH für den Fall der Inklusivmiete bereits entschieden.<sup>216</sup>

Für den Fall, dass der Mietvertrag für bestimmte Betriebskosten eine Pauschale vorsieht, gilt nichts anderes.<sup>217</sup> Die aufeinander abgestimmten Ausschlussfristen für die Abrechnung des Vermieters (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB) und die Einwendungen des Mieters (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) verfolgen den Zweck, dass innerhalb einer absehbaren Zeit nach Ablauf des Abrechnungszeitraums eine Abrechnung erteilt und Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche erzielt wird.<sup>218</sup> Die damit beabsichtigte Befriedungsfunktion wäre nicht gewährleistet, wenn nach Ablauf der Frist noch Streitigkeiten darüber möglich wären, ob bestimmte Betriebskosten mit Rücksicht auf eine insoweit vereinbarte Pauschale zu Unrecht angesetzt worden sind. Dass der Mietvertrag hier nur bezüglich Warmwasser und Heizung eine Abrechnung vorsah, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Die Abrechnung als solche ist nicht formell unwirksam, wenn nur eine Pauschale vereinbart wurde<sup>219</sup>. Das Gleiche gilt wegen der angesetzten Vorauszahlungen, die eigentlich als Pauschale gezahlt wurden<sup>220</sup>.

## 10.9 Rückforderung von Vorauszahlungen

Bei beendetem Mietverhältnis kann der Mieter die Vorauszahlungen, über die der Vermieter nicht fristgemäß abgerechnet hat, ohne den zeitraubenden Umweg über eine (Stufen-)Klage auf Erteilung der Abrechnung sogleich zurückverlangen. Diese ergänzende Vertragsauslegung beruht auf der Überlegung, dass der Vermieter sonst in der Lage wäre, die Fälligkeit eines Erstattungsanspruchs des Mieters nach Belieben hinauszuzögern, so dass die Abrechnungsfrist (§ 556 Abs. 3 S. 2 BGB) ohne praktische Bedeutung bliebe<sup>221</sup>.

Hingegen besteht bei Fortdauer des Mietverhältnisses kein Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung. Denn der Mieter ist durch ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Vorauszahlungen

<sup>215</sup> vgl. etwa BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 = WuM 2007, 196 Rz. 12 m.w.N.

<sup>216</sup> BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NZM 2008, 81 Rz. 24 f.

<sup>217</sup> BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 148/10, WuM 2011, 158 = GE 2011, 329 = ZMR 2011, 373.

<sup>218</sup> BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NZM 2008, 81 Rz. 25.

<sup>219</sup> BGH v. VIII ZR 240/10, ZMR 2011, 785.

<sup>220</sup> BGH v. VIII ZR 240/10, ZMR 2011, 785.

<sup>221</sup> BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 3 c.

hinreichend geschützt, wenn der Vermieter die abgelaufene Periode nicht fristgerecht abrechnet. Ein Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der für die nicht fristgemäß abgerechneten Betriebskosten geleisteten Vorauszahlungen kommt in diesem Fall mangels Bestehens einer ausfüllungsbedürftigen Vertragslücke nicht in Betracht<sup>222</sup>.

Das Gleiche gilt bei einem beendeten Mietverhältnis für die Abrechnungsperioden, für die die Abrechnungsfrist noch während des Mietverhältnisses abgelaufen war<sup>223</sup>. Insoweit ist der Mieter nicht schutzbedürftig, denn er hatte während des Mietverhältnisses die Möglichkeit, die laufenden Vorauszahlungen einzubehalten und so auf den Vermieter Druck zur Erteilung der geschuldeten Abrechnung auszuüben. Erst recht kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht, wenn der Abrechnungsanspruch des Mieters im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses bereits verjährt ist.

## 10.10 Anpassung der Vorauszahlungen

### 10.10.1 Qualität der Abrechnung

Gemäß § 560 Abs. 4 BGB kann jede Partei nach einer Abrechnung der Betriebskosten durch Erklärung in Textform eine Anpassung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe vornehmen. Hierfür genügte nach der (bisherigen) Rechtsprechung des Senats allerdings eine formell ordnungsgemäße Abrechnung; auf die inhaltliche Richtigkeit kam es nicht an<sup>224</sup>.

Diese Rechtsprechung hat der BGH aufgegeben<sup>225</sup>. Die bisherige Rechtsprechung beruhte auf der Überlegung, dass über die Anpassung der Vorauszahlungen alsbald nach einer Abrechnung Klarheit herrschen sollte und deshalb möglicherweise aufwendige Streitigkeiten über die Richtigkeit der Abrechnung nicht in diesem Rahmen ausgetragen werden sollten, zumal es lediglich um vorläufige Zahlungen geht, über die im Rahmen der späteren Jahresrechnung ohnehin noch Rechenschaft abzuliegen ist. Allerdings wird bei dieser Sichtweise der mit der Anpassung der Vorauszahlungen verfolgte Zweck nicht hinreichend berücksichtigt. Durch die Anpassung soll eine möglichst realistische Bemessung der Vorauszahlungen erreicht werden, so dass bei der späteren Abrechnung weder ein großes Guthaben des Mieters noch eine hohe Nachforderung des Vermieters entstehen. Aus diesem Grund dürfen nach der Rechtsprechung des Senats bereits absehbare Kostensteigerungen bei der Anpassung berücksichtigt werden, während ein abstrakter Sicherheitszuschlag nicht zulässig ist<sup>226</sup>. Blieben inhaltliche Fehler, die das Abrechnungsergebnis zu Lasten des Mieters verändern, bei der Anpassung unberücksichtigt, hätte das zur Folge, dass die Vorauszahlungen nicht mehr - wie geboten - ausschließlich anhand des voraussichtlichen Abrechnungsergebnisses für die nächste Abrechnungsperiode bemessen würden. Vielmehr eröffnete eine solche Verfahrensweise dem Vermieter die Möglichkeit, aufgrund einer fehlerhaften Abrechnung Vorauszahlungen in einer Höhe zu erheben, die ihm bei korrekter Abrechnung nicht zustünden. Hinzu kommt, dass der Vermieter zur Erstellung

<sup>222</sup> BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 Rz. 12 ff.

<sup>223</sup> BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 315/11, WuM 2012, 620 = NZM 2012, 832 GE 2012, 1556.

<sup>224</sup> BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, NZM 2008, 121; BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, NZM 2010, 315; BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NZM 2010, 736

<sup>225</sup> BGH v. 15.5.2012 - VIII ZR 246/11, WuM 2012, 321 = GE 2012, 826 = ZMR 2012, 683 = DWW 2012, 211.

<sup>226</sup> BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 294/10, NZM 2011, 880.

einer korrekten Abrechnung verpflichtet ist und es nicht hingenommen werden kann, **46**

dass eine Vertragspartei aus der Verletzung eigener Vertragspflichten Vorteile zieht.

Dies wäre aber der Fall, wenn der Vermieter die Anpassung jeweils auf der Basis der letzten Abrechnung auch dann vornehmen dürfte, wenn inhaltliche Fehler das Abrechnungsergebnis zum Nachteil des Mieters verschieben. Besonders gravierende Konsequenzen für den Mieter könnten sich ergeben, wenn sich aus den Erhöhungen der Vorauszahlungen ein kündigungsrelevanter Mietrückstand aufbaut. In letzter Konsequenz könnte dies bedeuten, dass der Vermieter das Mietverhältnis wegen Mietrückständen beenden könnte, zu denen es überhaupt nur kommen konnte, weil er selbst eine fehlerhafte Abrechnung erstellt hatte, die den Mieter unberechtigt mit zu hohen Betriebskosten belastete. Ein solches Ergebnis wäre mit dem durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Besitzrecht des Mieters an der von ihm gemieteten Wohnung als dem Mittelpunkt seiner privaten Existenz<sup>227</sup> nicht vereinbar. Eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB ist daher nur insoweit wirksam, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Die damit verbundene Konsequenz, dass der Streit über die inhaltliche Richtigkeit einer Abrechnung auch in einem Rechtsstreit über eine Klage auf Zahlung erhöhter Vorauszahlungen oder eine auf Nichtzahlung derartiger Beträge gestützte Räumungsklage geklärt werden muss und diesen gegebenenfalls verlängert, ist hinzunehmen.

Mit Rücksicht darauf kann auch eine fristlose Kündigung auf die Nichtzahlung von erhöhten Vorauszahlungen nur gestützt werden, wenn die zugrundeliegende Abrechnung inhaltlich richtig ist<sup>228</sup>.

### **10.10.2 Anpassung inklusive Sicherheitszuschlag?**

Bei vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen kann jede Vertragspartei nach einer Abrechnung durch Erklärung in Textform eine Anpassung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe vornehmen (§ 560 Abs. 4 BGB). Damit soll Änderungen der Betriebskosten, die im Laufe des Mietverhältnisses zum Beispiel hinsichtlich der Anzahl der Bewohner oder der Verbrauchsgewohnheiten eintreten, Rechnung getragen werden können<sup>229</sup>.

Hinsichtlich des Begriffs der Angemessenheit korrespondiert § 560 Abs. 4 BGB mit der Regelung in § 556 Abs. 2 S. 2 BGB, nach der Betriebskostenvorauszahlungen nur in angemessener Höhe vereinbart werden können<sup>230</sup>. In der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift wird auf die Vorläuferbestimmung in § 4 Abs. 1 MHG Bezug genommen<sup>231</sup>. Daraus ergibt sich, dass sich die Vorauszahlungen an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausrichten sollen<sup>232</sup>. Dementsprechend ist für die Angemessenheit von Vorauszahlungen auf die voraussichtlich tatsächlich entstehenden Kosten abzustellen<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> vgl. BVerfGE 89, 1, 5f.; BVerfG NJW 2000, 2658, 2659; BVerfG; NZM 2004, 186

<sup>228</sup> BGH v. 16.10.2012 – VIII ZR 360/11, GE 2012, 1554 = WuM 2012, 681.

<sup>229</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

<sup>230</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

<sup>231</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 50.

<sup>232</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12 zu § 4 Abs. 1 MHG.

<sup>233</sup> BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145 Rz. 25 zu § 560 Abs. 4 BGB; BayObLGZ 1995, 323, 326 zu § 4 Abs. 1 MHG.

Das Recht der Mietvertragsparteien, eine Anpassung vorzunehmen, besteht gemäß § 560 47

Abs. 4 BGB allerdings nur "nach einer Abrechnung". Ausgangspunkt für die Anpassung ist damit die letzte Betriebskostenabrechnung, die bereits vorliegt; nicht maßgebend ist eine "letztmögliche" Abrechnung, die noch nicht erstellt ist<sup>234</sup>. 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.

Aus der gesetzlichen Anknüpfung an die letzte Betriebskostenabrechnung ist herzuleiten, dass diese Abrechnung die Grundlage der Anpassung bildet und damit - dies gilt jedenfalls in der Regel - ein Zwölftel des vom Mieter geschuldeten Jahresbetrags der letzten Betriebskostenabrechnung als monatlicher Vorauszahlungsbetrag für das Folgejahr angemessen ist<sup>235</sup>. Denn die Entwicklung der Betriebskosten im vorangegangenen Jahr rechtfertigt eine Prognose über die zu erwartende Höhe der Betriebskosten im Folgejahr, wenn andere Anhaltspunkte fehlen. Das ist nicht umstritten.

Aufgrund besonderer Umstände kann es aber auch Ausnahmen von dieser Berechnungsweise geben. Sowohl der Mieter als auch der Vermieter sind nicht daran gehindert, eine Anpassung der Vorauszahlungen im Hinblick darauf vorzunehmen, dass die Betriebskosten des laufenden Jahres voraussichtlich höher oder niedriger sein werden als die abgerechneten Betriebskosten des Vorjahres. Denn ausschlaggebend für die Angemessenheit einer Anpassung sind letztlich nicht die Betriebskosten des vergangenen Jahres, sondern, wie ausgeführt, die zu erwartenden Kosten des laufenden Jahres. Diese können maßgeblich auch durch Umstände beeinflusst werden, die sich in der letzten Betriebskostenabrechnung noch nicht ausgewirkt haben können. So kann etwa eine einschneidende Änderung der Anzahl der Bewohner, auf die in den Gesetzesmaterialien als Anpassungsgrund hingewiesen wird<sup>236</sup>, sich im vergangenen Jahr noch nicht oder nur für einen kurzen Zeitraum ausgewirkt haben, im laufenden Jahr dagegen voll zu Buche schlagen und damit eine Anpassung der Vorauszahlungen rechtfertigen.

Die letzte Betriebskostenabrechnung ist damit zwar Ausgangspunkt und Orientierungshilfe für eine Anpassung der Vorauszahlungen, hindert aber nicht die Berücksichtigung anderer - bereits eingetretener oder noch eintretender - Umstände, von denen die im laufenden Jahr entstehenden Kosten voraussichtlich beeinflusst werden. Lassen solche Umstände Vorauszahlungen in anderer Höhe als angemessen erscheinen, als unter Zugrundelegung der Abrechnung des Vorjahres zu erwarten wäre, so können sowohl der Mieter als auch der Vermieter eine entsprechende Anpassung vornehmen. Das entspricht auch nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 271/10, NJW 2011, 2350 Rz. 15.

<sup>235</sup> BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880.

<sup>236</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

<sup>237</sup> MünchKommBGB/Schmid, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 37; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 560 BGB Rz. 9; Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. V 280; Börstinghaus, Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen, in Neues Mietrecht, Schriftenreihe des Evangelischen Siedlungswerkes, 2002, S. 207; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 121; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 560 BGB Rz. 26; vgl. auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 46; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 Rz. 63; Pfeifer, Betriebskosten bei Wohn- und Geschäftsraummiere, 2002, S. 88; a.A. Blank in Blank/Börstinghaus, Miere, 3. Aufl., § 560 BGB Rz. 28.

Der Berücksichtigung außerhalb der letzten Abrechnung liegender Umstände steht auch nicht entgegen, dass in § 560 Abs. 4 BGB eine Begründung für die einseitige Anpassung der Vorauszahlungen nicht vorgeschrieben ist. Das Fehlen eines gesetzlichen Begründungserfordernisses ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Vorauszahlungen auf die Betriebskosten wegen der Abrechnungspflicht nur vorläufigen Charakter haben, und sagt nichts darüber aus, welche Umstände bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Anpassung von Vorauszahlungen zu berücksichtigen sind. Aus dem fehlenden Begründungserfordernis ist deshalb nicht herzuleiten, dass es dem Vermieter oder dem Mieter verwehrt wäre, sich auf für die Anpassung maßgebliche Umstände zu berufen, die außerhalb der letzten Abrechnung liegen. Im Übrigen trifft es auch nicht zu, dass im Wohnraummietrecht in allen Regelungen, die eine Vertragsänderung durch einseitige Erklärung einer Vertragspartei zum Gegenstand hätten, die Notwendigkeit einer formellen Begründung vorgesehen wäre (vgl. § 556a Abs. 2 BGB). Auch wenn das Gesetz eine Begründung der Anpassung nicht vorschreibt, versteht sich von selbst, dass der Vermieter oder der Mieter eine von ihm beanspruchte Anpassung der Vorauszahlungen zumindest nachträglich der anderen Vertragspartei gegenüber rechtfertigen muss, wenn der andere Teil die Angemessenheit bestreitet.

Beschränkt sich die Anpassung darauf, dass die Vorauszahlungen lediglich rechnerisch an den Jahresbetrag der letzten Betriebskostenabrechnung angepasst werden, wird ein Hinweis auf das Abrechnungsergebnis genügen. Weicht die beanspruchte Anpassung davon erheblich ab, so sind die dafür maßgeblichen Umstände nachvollziehbar darzulegen. Zu hohe Anforderungen sind an eine solche Begründung aber auch in diesem Fall nicht zu stellen. Denn es geht um eine Prognose über die Höhe der im laufenden Jahr zu erwartenden Betriebskosten. Eine solche Prognose kann naturgemäß nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit, aber keine Gewissheit für sich beanspruchen. Die zu erwartende Höhe der Betriebskosten des laufenden Jahres muss nicht bewiesen, sondern nur plausibel gemacht werden. Die Beurteilung, ob dies geschehen ist, obliegt dem Tatrichter.

Insbesondere darf entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch eine zu erwartende Entwicklung der künftigen Betriebskosten bei der für die Anpassung erforderlichen Prognose über die mutmaßliche Höhe der Betriebskosten im laufenden Jahr berücksichtigt werden<sup>238</sup>. Kostensteigerungen im Bereich der Betriebskosten sind ein maßgeblicher - wenn nicht gar entscheidender - Faktor für eine Änderung der Betriebskosten und sind deshalb, wenn mit ihrem Eintritt konkret zu rechnen ist, in die Beurteilung der Angemessenheit von Vorauszahlungen durchaus einzubeziehen. Das entsprach schon der einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung von § 4 Abs. 1 MHG<sup>239</sup>. An dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber mit den Bestimmungen in § 556 Abs. 2 S. 2 und § 560 Abs. 4 BGB, wie aus der Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 MHG in der Gesetzesbegründung ersichtlich ist, nichts ändern wollen<sup>240</sup>.

Dementsprechend wird eine Anpassung der Betriebskosten im Hinblick auf zu erwartende Kostensteigerungen mit Recht allgemein für zulässig gehalten. Soweit allerdings in der Literatur unter Berufung auf den Rechtsentscheid des BayObLG<sup>241</sup> teilweise die Auffassung vertreten wird, dass der

<sup>238</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880.

<sup>239</sup> BayObLGZ 1995, 323, 326 m.w.N.

<sup>240</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 50, 59.

<sup>241</sup> BayObLGZ 1995, 323.

Vermieter wegen möglicher Kostensteigerungen das Abrechnungsergebnis des Vorjahres generell um einen "Sicherheitszuschlag" von bis zu 10 % erhöhen und die Vorauszahlungen entsprechend anpassen dürfe<sup>242</sup>, ist dem nicht zu folgen<sup>243</sup>. Für einen "abstrakten" Sicherheitszuschlag in Höhe von 10 % wegen möglicher Preissteigerungen ist kein Raum. Die Zubilligung eines generellen Zuschlags von 10 % auf die gesamten Betriebskosten, der deutlich über der gegenwärtigen allgemeinen Teuerungsrate liegt, ginge über das berechnete Interesse des Vermieters, die vom Mieter zu tragenden Betriebskosten nicht vorfinanzieren zu müssen, hinaus. Nur wenn hinsichtlich bestimmter Betriebskosten - etwa der Energiepreise - Preissteigerungen konkret zu erwarten sind, kann dies in die Berechnung der Vorauszahlungen einbezogen werden, allerdings nur unter Berücksichtigung des Verhältnisses der betreffenden Betriebskosten zu den Betriebskosten insgesamt.

### 10.11 Pauschale

Haben die Parteien Betriebskostenpauschale vereinbart, legen die Parteien die Höhe im Rahmen ihrer Vertragsautonomie fest. Insoweit ist der Vermieter grundsätzlich nicht verpflichtet, seine anfängliche Kalkulation einer Betriebskostenpauschale offenzulegen<sup>244</sup>. Ein Anspruch auf Offenlegung der anfänglichen Kalkulation der Betriebskosten kann auch nicht aus § 560 Abs. 3 BGB hergeleitet werden. Hiernach ist der Vermieter bei einer Ermäßigung der Betriebskosten verpflichtet, die Betriebskostenpauschale entsprechend herabzusetzen. Die Vorschrift gilt aber nicht für von vornherein zu hoch angesetzte Pauschalen<sup>245</sup>.

Danach kann ein Auskunftsanspruch des Mieters zur tatsächlichen Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten gemäß § 242 BGB nur in Betracht kommen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten bestehen. Denn ohne einen solchen Auskunftsanspruch wäre dem Mieter keine Kontrolle möglich, ob der Vermieter seiner Pflicht aus § 560 Abs. 3 BGB nachgekommen ist, die Betriebskostenpauschale bei einer Ermäßigung der Betriebskosten entsprechend herabzusetzen. Dabei sind Ermäßigungen einzelner Betriebskosten nicht relevant, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden<sup>246</sup>.

Allerdings wird im mietrechtlichen Schrifttum teilweise angenommen, dass dem Mieter ein solcher Auskunftsanspruch nach Ablauf eines jeden Jahres zustehe, ohne dass es der Darlegung besonderer Anhaltspunkte für eine Ermäßigung der von der Pauschale erfassten Betriebskosten bedürfe, da sich erfahrungsgemäß die Höhe der Gesamtbelastung von Jahr zu Jahr ändere<sup>247</sup>.

<sup>242</sup> Staudinger/*Weitemeyer*, BGB, Neubearb. 2011, § 560 Rn. 52; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 46; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 280; *Kinne* in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 560 BGB Rz. 73.

<sup>243</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880; ebenso: *Eisenschmid* in Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., § 560 BGB Rz. 2426; *Both*, NZM 2009, 896, 898 f.

<sup>244</sup> *Rips* in Eisenschmid/Wall/Rips, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rz. 2402; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 24.

<sup>245</sup> MünchKomm/*Schmid*, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 23.

<sup>246</sup> Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 40.

<sup>247</sup> MünchKomm/*Schmid*, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 26; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 560 BGB Rz. 18; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 430; *Rips* in Eisenschmid/Wall/Rips, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rz. 2414a.

Dem folgt der BGH<sup>248</sup> in dieser Weite nicht. Nach seiner Auffassung besteht der Auskunftsanspruch nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die von der Pauschale erfassten Betriebskosten insgesamt ermäßigt haben<sup>249</sup>. Denn nach dem Sinn und Zweck der vereinbarten Pauschale ist der Vermieter grundsätzlich nicht zur Abrechnung verpflichtet. Die gemäß § 556 Abs. 2, § 560 BGB - vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften - zulässige Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale erspart dem Vermieter die genaue Abrechnung der Betriebskosten und entlastet ihn damit von dem ansonsten jährlich anfallenden Arbeitsaufwand. Stünde dem Mieter demgegenüber - jährlich - ohne Weiteres ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der anfallenden Betriebskosten zu, würde diese Arbeitserleichterung für den Vermieter entfallen, während der Mieter den mit der Pauschale verbundenen Vorteil behielte, zumindest vorerst von einem auch zukünftig gleichbleibenden, festen Betrag der Betriebskosten ausgehen zu können. Eine solche Unausgewogenheit widerspräche dem Sinn und Zweck der vereinbarten, im beiderseitigen Interesse liegenden Pauschale. Deshalb kann dem Mieter ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Nebenkosten nur dann zustehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine - nachträgliche - Ermäßigung der Betriebskosten ohne Kompensation in anderen Bereichen bestehen.

## 11 Heizkosten

### 11.1 Kostenerfassung nach dem Abflussprinzip

Andererseits soll bei der Betriebskostenabrechnung jedenfalls die Anwendung des Abflussprinzips unschädlich sein, wenn der Mieter auch in der folgenden Abrechnungsperiode im Gebäude gewohnt hat<sup>250</sup>.

Dieser Standpunkt kann aber nicht auf die Heizkostenabrechnung übertragen werden<sup>251</sup>. Denn hierzu schreibt § 7 Abs. 2 HeizkV ausdrücklich vor, dass die Kosten der „verbrauchten Brennstoffe“ abzurechnen sind<sup>252</sup>. Ein Verstoß kann nicht durch die Anwendung des § 12 HeizkV sanktioniert werden. Denn die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, dass die Kosten der im Abrechnungszeitraum verbrauchten Brennstoffe ermittelt und umgelegt werden<sup>253</sup>. Vielmehr ist dieser inhaltliche Fehler durch eine neue Berechnung zu korrigieren.

### 11.2 Heizkostenabrechnung

#### 11.2.1 Formelle Wirksamkeit

Es genügt für eine formell wirksame Abrechnung im Bereich der Heizkostenverordnung, wenn ein mit den einschlägigen Rechtsvorschriften vertrauter Mieter anhand der mitgeteilten Faktoren die

---

<sup>248</sup> BGH v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11, WuM 2011, 688 = GE 2011, 1677.

<sup>249</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 124; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2011, § 560 Rn. 44; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 560 Rz. 64.

<sup>250</sup> BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 49/07, MDR 2008, 556 = WuM 2008, 223 = ZMR 2008, 444.

<sup>251</sup> A.A. LG Koblenz v. 27.7.2011 – 6 S 93/11, ZMR 2011, 954.

<sup>252</sup> BGH v. 1.2.2012 – VIII ZR 156/11, WuM 2012, 143.

<sup>253</sup> BGH v. 1.2.2012 – VIII ZR 156/11, WuM 2012, 143.

vorgenommene Abrechnung nachprüfen kann<sup>254</sup>. Des halb ist es ausreichend, wenn die Abrechnung sämtliche Einzeldaten enthält, die erforderlich sind, um anhand der Vorschriften der HeizkV die Wärmekosten korrekt in Heizkosten und Warmwasserkosten aufzuteilen<sup>255</sup>. Dass die Ermittlung der Wärmekosten ohne Kenntnis dieser Vorschriften kaum verständlich ist und die Vorschriften der HeizkV dem durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Mieter regelmäßig nicht bekannt sind, kann nicht dem Vermieter angelastet werden. Der Vermieter hat eine Heizkostenabrechnung zu erstellen, die den Anforderungen der Heizkostenverordnung entspricht. Eine Pflicht, diese Vorschriften mitzuteilen oder zu erläutern, trifft ihn hingegen nicht.

51

Dies gilt nicht nur für den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2 HeizkostenV, sondern generell für die Heizkostenverordnung<sup>256</sup>. Deshalb ist es unschädlich, wenn der Vermieter in der Abrechnung nicht erläutert, dass die nur auf die Warmwasserkosten entfallenden Kosten der Warmwasserzähler zunächst von den Gesamtkosten abgesetzt, den verbleibenden Gesamtbetrag nach dem ermittelten Prozentsatz auf Kosten für Heizung und für Warmwasser aufgeteilt und anschließend die Kosten für die Warmwasserzähler den so ermittelten Kosten für Warmwasser wieder hinzugesetzt wurden<sup>257</sup>.

### 11.2.2 Angabe des Betriebsstroms

Es ist unschädlich, dass die Heizkostenabrechnung keine Angaben über die Kosten des Betriebsstroms enthält. Dies führt weder zu einer Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen noch zu einer inhaltlichen Unrichtigkeit zum Nachteil des Beklagten<sup>258</sup>.

Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn in der Heizkostenabrechnung nur die verbrauchte Wärmemenge (Fernwärme) und nicht die Zählerstände ausgewiesen sind<sup>259</sup>.

## 12 Beendigung des Mietvertrages

### 12.1 Kündigungsverzicht

Ein beiderseitiger, zeitlich begrenzter Kündigungsausschluss in einem Formularymietvertrag über Wohnraum ist grundsätzlich zulässig; in der Regel unwirksam ist er nur dann, wenn seine Dauer mehr als vier Jahre beträgt<sup>260</sup>. Diese zeitliche Obergrenze besteht auch für einen Ausschluss des Kündigungsrechts des Mieters in einem Staffelmietvertrag (§ 557a Abs. 3 Satz 1 BGB). Ein solcher

---

<sup>254</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NJW 2005, 3135 unter II 2 c; BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, NJW 2010, 2053 Rz. 13 bis 15.

<sup>255</sup> BGH v. 26.10.2011 – VIII ZR 268/10, WuM 2012, 25 = GE 2012, 126.

<sup>256</sup> BGH v. 26.10.2011 – VIII ZR 268/10, WuM 2012, 25 = GE 2012, 126.

<sup>257</sup> BGH v. 26.10.2011 – VIII ZR 268/10, WuM 2012, 25 = GE 2012, 126.

<sup>258</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

<sup>259</sup> vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NZM 2008, 567 Rz. 14 f.

<sup>260</sup> BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, NJW 2005, 1574 unter II 1; BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 86/10, NJW 2011, 597 Rz. 11 f.

Wird der formularmäßige Kündigungsausschluss im Mietvertrag so formuliert, dass die Kündigung als solche (befristet) ausgeschlossen ist, kann die Auffassung vertreten werden, dass sie auch das Recht des Mieters zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrags ausschließe. Das trifft aber nicht zu, wenn die Auslegung der Klausel aus der Sicht eines verständigen, juristisch nicht vorgebildeten Mieters ergibt, dass sie die Klausel lediglich das Recht beider Parteien zur ordentlichen Kündigung für die Dauer von drei Jahren ausschließt<sup>262</sup>. Hierfür spricht bereits, wenn in Satz 2 der Klausel für die Zeit nach Ablauf von drei Jahren ausdrücklich die Kündigung "mit gesetzlicher Frist" - also die ordentliche Kündigung - geregelt ist. Schon daraus ist herzuleiten, dass die Regelung in Ziffer 3 des Mietvertrages insgesamt nur den vorübergehenden Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung zum Gegenstand hat. Darüber ist beachtlich, auch die gesetzliche Regelung in § 557a Abs. 3 BGB, nach der bei einer Staffelmietvereinbarung "das Kündigungsrecht" des Mieters für höchstens vier Jahre ausgeschlossen werden kann, sich - trotz ihrer weiten sprachlichen Formulierung - unzweifelhaft nur auf die ordentliche Kündigung bezieht. Kündigungsausschlussklauseln in Staffelmietverträgen, die ebenso wie § 557a Abs. 3 BGB nur allgemein vom Kündigungsrecht sprechen, sind im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung auszulegen<sup>263</sup>.

## 12.2 Ordentliche Kündigung

### 12.2.1 Zahlungsrückstand als Grund im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur ist streitig, wie hoch ein vom Mieter verschuldeter Zahlungsrückstand sein und wie lange er angedauert haben muss, um die ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

Nach einer teilweise vertretenen Auffassung soll den in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB für die fristlose Kündigung festgelegten Voraussetzungen eine allgemeingültige Bedeutung zukommen. Deshalb setze auch eine auf Zahlungsverzug gestützte ordentliche Kündigung voraus, dass sich der Mieter mit einem Betrag in Höhe von zwei vollen Monatsmieten oder für zwei aufeinanderfolgende Monate mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete in Verzug befinde<sup>264</sup>.

Nach der Gegenauffassung kommt auch bei einem Zahlungsverzug unterhalb der Schwelle des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine ordentliche Kündigung in Betracht. Dabei werden an die Höhe des Rückstands und die Dauer des Verzugs unterschiedliche Anforderungen gestellt. Teilweise soll jeder Zahlungsverzug zur Kündigung berechtigen, soweit es sich nicht um einen solchen handle, der auch bei jedem gutwilligen Vertragspartner einmal auftreten könne und nur zu einer kurzfristigen Störung des Vertragsverhältnisses führe<sup>265</sup>; auch Rückstände unterhalb einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer unterhalb eines Monats werden gelegentlich als ausreichend angesehen<sup>266</sup>. Überwiegend wird je-

---

<sup>261</sup> st. Rspr.; BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 154/04, NJW 2006, 1056 Rz. 13; BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 3/05, NJW 2006, 1059 Rz. 19 m.w.N.; BGH v. 3.5.2006 - VIII ZR 243/05, WuM 2006, 385 Rn. 11.

<sup>262</sup> BGH v. 23.11.2011 - VIII ZR 120/11, GE 2012, 125.

<sup>263</sup> BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 154/04, NJW 2006, 1056 Rz. 8 ff.; BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 3/05, NJW 2006, 1059 Rz. 13 ff.

<sup>264</sup> Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Auflage, § 573 BGB Rz. 27; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 573 Rz. 59

<sup>265</sup> Schmid, DWW 1982, 77, 84.

<sup>266</sup> Bub/Treier *Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rz. IV 64.

doch eine erhebliche Pflichtverletzung erst bei einem Rückstand von einer Monatsmiete **53** und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat angenommen<sup>267</sup> (

Der BGH gibt der Auffassung, wonach auch unterhalb der in § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs möglich ist, den Vorzug<sup>268</sup>. Die fristlose Kündigung setzt voraus, dass dem Vermieter unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Fortsetzung des Vertrags nicht bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Demgegenüber knüpft die ordentliche Kündigung an eine nicht unerhebliche Vertragsverletzung des Mieters an, die dem Vermieter die Lösung vom Vertrag nur unter Beachtung gesetzlicher oder vereinbarter Kündigungsfristen erlaubt. Angesichts dieser unterschiedlichen Anforderungen an die fristlose und die ordentliche Kündigung besteht kein Grund, die vom Gesetzgeber für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen auf die ordentliche Kündigung zu übertragen.

### 12.2.2 „Eigenbedarf“ der Kirchengemeinde

Es ist seit langem anerkannt, dass ein berechtigtes Interesse an der Beendigung eines Mietverhältnisses vorliegen kann, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (vor allem eine Gemeinde) die von ihr vermietete Wohnung zur Umsetzung von Aufgaben benötigt, an deren Erfüllung ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht<sup>269</sup>. Teilweise wird allerdings verlangt, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts die von ihr vermietete Wohnung zur Erfüllung eigener öffentlich-rechtlicher Aufgaben oder jedenfalls zur Wahrung solcher öffentlich-rechtlicher Drittinteressen benötigt, zu deren Durchsetzung sie rechtlich verpflichtet ist<sup>270</sup>.

Diese Sichtweise, die Drittinteressen nur bei einer rechtlichen Verpflichtung des Vermieters zu deren Wahrnehmung berücksichtigen will, verengt nach Auffassung des BGH<sup>271</sup> den Anwendungsbereich des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen. Sie lässt außer Acht, dass der generalklauselartige Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichgewichtig ist mit den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen<sup>272</sup>. Für die Frage, ob ein Interesse als berechtigt nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen ist, kommt es allein darauf an, ob es ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe. Wie der Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB belegt, kann sich ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Auflösung des Mietverhältnisses aber nicht nur aus rechtlichen Beziehungen zu anderen Personen, sondern auch aus familiären oder wirtschaftlichen Beziehungen ergeben. In dieser Regelung wird der Wohnbedarf von Familienangehörigen oder Haushaltsangehörigen des Vermieters dem Bedarf des Vermieters gleichge-

---

<sup>267</sup> LG Wiesbaden, NZM 2003, 713: rückständige titulierte Monatsmiete; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rz. 47; Bamberger/Roth/Hannapel, BGB, 3. Aufl., § 573 Rz. 28; Schmid/Gahn, Miete, 2006, § 573 BGB Rz. 22; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 573 BGB Rz. 24; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, 71. Aufl., § 573 BGB Rz. 16: mindestens ein halber Monat Verzugsdauer.

<sup>268</sup> BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, WuM 2012, 682.

<sup>269</sup> vgl. BayObLG, NJW 1981, 580, 582 ff.; OLG Frankfurt/Main, NJW 1981, 1277 f. m.w.N.; LG Hamburg, NJW-RR 1991, 649 m.w.N.; LG Flensburg, ZMR 2001, 711; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 202

<sup>270</sup> so LG Kiel, WuM 1992, 129 f.; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 573 Rz. 14; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. September 2010, § 573 Rz. 195

<sup>271</sup> BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, WuM 2012, 388.

<sup>272</sup> vgl. BVerfG, NJW 1992, 105, 106 zu § 564a BGB a.F.; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459 jeweils Rn. 13.

setzt. Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, bei § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB einen strengeren Maßstab anzulegen und Drittinteressen nur dann dem Vermieter als eigenes Interesse zuzuordnen, wenn dieser rechtlich verpflichtet ist, auch solche Fremdinteressen zu wahren. Die genannte Vorschrift verwehrt es dem Vermieter daher nicht, auch Umstände aus dem Interessenbereich dritter Personen insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihnen aufgrund eines familiären, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhangs auch ein eigenes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ergibt<sup>273</sup>. Diese Grundsätze gelten - anders als das Landgericht Kiel meint, das die vom Bayerischen Obersten Landesgericht angestellten Erwägungen missverstanden hat - nicht nur für private Vermieter, sondern auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts. Auch bei diesen kann ein dem Kündigungsgrund des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB "artverwandtes" Interesse vorhanden sein<sup>274</sup>.

### 12.2.3 Eigenbedarf der GbR

Die Übertragung des Wohnungseigentums den Gesellschafter einer GbR im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft löst die Sperrfrist des § 577a BGB nicht aus<sup>275</sup>. Denn die in diesem Fall bestehende Eigenbedarfslage wird nicht erst durch die Umwandlung in Wohnungseigentum und eine anschließende Veräußerung begründet, sondern besteht unabhängig davon schon zuvor, weil der Vermieter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angehörte, vor ihm die Vermieterin der Beklagten war. Eine Kündigung wegen Eigenbedarfs (im Hinblick auf den Erlangungswunsch der Gesellschafter) hätte deshalb auch schon vor der Umwandlung erfolgen können. Denn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann als Vermieterin wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter kündigen<sup>276</sup>.

Insoweit ist es nicht entscheidend, dass die GbR nicht den ursprünglichen Mietvertrag abgeschlossen hat, sondern erst dadurch Vermieterin geworden ist, dass sie zu einem Zeitpunkt, als der aktuelle Vermieter noch nicht Gesellschafter war, durch Erwerb des Anwesens nach § 566 Abs. 1 BGB in den Mietvertrag eingetreten ist. Zwar hat der BGH<sup>277</sup> die Möglichkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wegen des Eigenbedarfs eines Gesellschafters zu kündigen, auf diejenigen Gesellschafter beschränkt, die der Gesellschaft bereits bei Abschluss des Mietvertrags angehörten. An dieser Einschränkung hält der BGH aber, nicht mehr fest<sup>278</sup>.

Der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist der Eigenbedarf eines Gesellschafters deshalb zuzurechnen, weil es im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre, sie anders zu behandeln als die einfache Vermietermehrheit. Denn es hängt oft vom Zufall ab, ob eine Personenmehrheit dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts vermietet<sup>279</sup>. Auch bei einer Miteigentümergeinschaft, die eine Wohnung vermietet hat, besteht aber die Möglichkeit der Kündigung wegen

---

<sup>273</sup> BayObLG, NJW 1981, 580.

<sup>274</sup> AG Göppingen, WuM 1979, 122 f. m.w.N.; vgl. auch BayObLG, NJW 1981, 580.

<sup>275</sup> BGH v. 23.11.2011 – VIII ZR 74/11, WuM 2012, 31 = GE 2012, 127.

<sup>276</sup> BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 12 ff.; BGH v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 = GE 2009, 1119 Rz. 13.

<sup>277</sup> BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 = GE 2007, 1185 Rz. 17.

<sup>278</sup> BGH v. 23.11.2011 – VIII ZR 74/11, WuM 2012, 31 = GE 2012, 127.

<sup>279</sup> BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845.

des Eigenbedarfs auch später hinzugetretener Bruchteilseigentümer. Denn bei der Übertragung eines Miteigentumsanteils tritt der Erwerber gemäß § 566 BGB neben den verbleibenden Miteigentümern in den Vertrag auf Vermieterseite ein<sup>280</sup>. Für den Mieter besteht somit auch bei der Bruchteilsgemeinschaft die Gefahr, dass das Mietverhältnis wegen einer Eigenbedarfsituation eines später hinzugetretenen Miteigentümers gekündigt wird. Eine unterschiedliche Behandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Miteigentümergeinschaft ist auch insoweit nicht sachgerecht<sup>281</sup>. Es lässt sich in beiden Fällen nicht rechtfertigen, eine Kündigung nur wegen Eigenbedarfs derjenigen Personen zuzulassen, die der Personenmehrheit bereits bei Abschluss des Mietvertrages angehörten.

#### 12.2.4 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.<sup>282</sup> 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.<sup>283</sup>

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.<sup>284</sup> 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 Angaben 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.

<sup>280</sup> Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 566 BGB Rz. 76; *Beuermann*, WuM 1995, 5, 6.

<sup>281</sup> BGH v. 23.11.2011 – VIII ZR 74/11, WuM 2012, 31 = GE 2012, 127.

<sup>282</sup> vgl. BT-Drs. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

<sup>283</sup> BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 23; ebenso BayObLG, NJW 1981, 2197, 2199 f..

<sup>284</sup> BGH v. 17.3.2010 – VIII ZR 70/09, MDR 2010, 686 = WuM 2010, 301 = .

Ebenso ausreichend ist die Mitteilung im Kündigungsschreiben, dass der zum Zeitpunkt der Kündigung im Ausland studierende Vermieter zur Fortsetzung seines Studiums nach M. zurückkehren und in einem eigenen Hausstand leben wolle<sup>285</sup>. Damit ist das berechtigte Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses über die Wohnung ausreichend dargelegt. Angaben zu der - früheren - Wohnsituation des Vermieters bedarf es nicht. Sein Interesse an der Wohnung des Mieters ergibt sich daraus, dass er von einem längeren Auslandsaufenthalt nach M. zurückkehrt und deshalb nunmehr eine Wohnung in M. benötigt. Die Wohnsituation des Vermieters vor dem Auslandsaufenthalt ist für diesen nachvollziehbar dargelegten Erlangungswunsch offensichtlich ohne Bedeutung.

### 12.2.5 Bezugnahme auf frühere Kündigung

Der Vermieter kann wegen der Kündigungsgründe auf ein vorangegangenes Kündigungsschreiben Bezug nehmen, in dem die Kündigungsgründe im Einzelnen ausgeführt sind.<sup>286</sup> Es wäre eine leere Förmelerei, von einem Vermieter in derartigen Fällen zu verlangen, die in der vorangegangenen Kündigung dargelegten Kündigungsgründe nochmals in der neuen Kündigung zu wiederholen;<sup>287</sup> dies gilt erst recht, wenn das vorangegangene Kündigungsschreiben der neuen Kündigung nochmals beigefügt ist.<sup>288</sup>

### 12.2.6 Begründung der Verwertungskündigung

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.<sup>289</sup> Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann.<sup>290</sup>

Diesen Anforderungen wird ein Kündigungsschreiben gerecht, in dem im Einzelnen ausgeführt wird, dass die in der Zeit von 1934 bis 1939 als Behelfsheim gebaute Siedlung sowohl erhebliche städtebauliche Mängel (geringe bauliche Dichte, fehlende Zuordnung der gemeinschaftlichen Freiflächen zu den einzelnen Wohnungen sowie fehlende Gliederung der Siedlung in überschaubare Nachbarschaften) als auch gravierende gebäudetechnische Mängel (unzulässig niedrige Raumhöhen, geringe Haustiefe, beengte Erschließung, mangelnde Belichtung und Ausstattung) aufweise und die Kosten einer Modernisierung mit 1.250 €/qm fast die mit 1.650 €/qm kalkulierten Neubaukosten erreichten.<sup>291</sup> Da auch mit der Modernisierung ein großer Teil der städtebaulichen Mängel nicht beseitigt würde, sei im Jahr 1998 - auch im Interesse des Allgemeinwohls - die Entscheidung für einen Abriss und den Neubau einer auch für größere Familien attraktiven Siedlung mit deutlich größerer Gesamt-

<sup>285</sup> BGH v. 6.7.2011 – VIII ZR 317/10, ZMR 2011, 942 = NZM 2011, 706.

<sup>286</sup> BGH v. 2.2.2011 – VIII ZR 74/10, WuM 2011, 169 = ZMR 2011, 453.

<sup>287</sup> BVerfG, NJW 1992, 1877, 1878.

<sup>288</sup> BGH v. 2.2.2011 – VIII ZR 74/10, WuM 2011, 169 = ZMR 2011, 453.

<sup>289</sup> vgl. BT-Drucks. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

<sup>290</sup> BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 23.

<sup>291</sup> BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458.

wohnfläche und besserer Nutzung der vorhandenen Flächen gefallen; die Stadt H. habe 57  
insoweit die erforderliche Abriss- und Zweckentfremdungsgenehmigung erteilt.

Aus dem Kündigungsschreiben ergibt sich mithin, dass der Vermieter die Wohnung beansprucht, um das von ihm für die Siedlung geplante und im Einzelnen dargelegte städtebauliche Konzept der Schaffung moderner bedarfsgerechter Neubaumietwohnungen anstelle der alten und heutigen Wohnbedürfnissen nicht mehr entsprechenden Bebauung zu verwirklichen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, das Kündigungsschreiben sei deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil der Vermieter keine aktuellen Berechnungen dazu vorgelegt habe, welche Kosten bei einer Sanierung entstünden, sondern sich mit veralteten Berechnungen aus dem Jahr 1998 begnügt habe. Damit werden die Anforderungen überspannt. Bei einer Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB wegen eines geplanten Abrisses und Neubaus ist dem Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB Genüge getan, wenn dem Mieter mitgeteilt wird, aus welchen Gründen der Vermieter die vorhandene Bausubstanz nicht für erhaltenswert hält und welche baulichen Maßnahmen er stattdessen plant. Damit erhält der Mieter eine ausreichende Grundlage für die von ihm zu treffende Entscheidung, ob er der Kündigung widersprechen oder sie hinnehmen will. Entgegen einer zum Teil in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>292</sup> bedarf es deshalb zur Begründung einer Verwertungskündigung im Rahmen des § 573 Abs. 4 BGB keiner Vorlage von Wirtschaftlichkeitsberechnungen, etwa zu einer „Sanierungsalternative“. Etwaige Fehler einer solchen vom Vermieter gleichwohl vorgelegten Berechnung oder die Bezugnahme des Vermieters auf eine nicht mehr aktuelle Berechnung BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458. vom Vermieter für den Fall des Fortbestehens des Mietverhältnisses geltend gemachte erhebliche Nachteile angesichts einer wirtschaftlich vertretbaren Sanierungsmöglichkeit tatsächlich besteht, betrifft die materielle Berechtigung der Kündigung und ist, soweit es im Einzelfall darauf ankommt, im Prozess durch Beweisaufnahme zu klären. An die Begründung einer Verwertungskündigung gestellte Anforderungen dürfen nicht darauf hinauslaufen, dass bereits das Kündigungsschreiben selbst die gerichtliche Feststellung des Vorliegens der Kündigungsvoraussetzungen erlauben müsste; dies ist durch das berechtigte Informationsbedürfnis des Mieters nicht geboten.<sup>293</sup>

### 12.2.7 Erheblicher Nachteil bei Abriss und Neubau

Der geplante Abriss eines Gebäudes und seine Ersetzung durch einen Neubau stellt eine wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks dar.<sup>294</sup> Angemessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist eine wirtschaftliche Verwertung dann, wenn sie von vernünftigen, nachvollziehbaren Erwägungen getragen wird.<sup>295</sup>

Die Beurteilung der Frage, ob dem Eigentümer durch den Fortbestand eines Mietvertrages ein erheblicher Nachteil entsteht, ist vor dem Hintergrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und damit des grundsätzlichen Bestandsinteresses des Mieters, in der bisherigen Wohnung als

---

<sup>292</sup> LG Aachen, WuM 1991, 495, 496; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 186; wohl auch Kine/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 573 BGB Rz. 46, 52

<sup>293</sup> vgl. BVerfG, NJW 1998, 2662, 2663; BVerfG, NZM 2003, 592 f.

<sup>294</sup> BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, NJW 2004, 1736 unter II 1 a aa.

<sup>295</sup> BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, NZM 2009, 234 Rz. 12.

seinem Lebensmittelpunkt zu verbleiben, vorzunehmen. Die im Rahmen des § 573 Abs. 58

2 Nr. 3 BGB erforderliche Abwägung zwischen dem Bestandsinteresse des Mieters und dem Verwertungsinteresse des Eigentümers entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung; sie lässt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der konkreten Situation des Vermieters treffen. Dabei handelt es sich um eine tatrichterliche Frage.

Diesen Anforderungen kann es entsprechen, wenn ein erheblicher Nachteil bejaht wird, ohne dass eine (aktuelle) Vergleichsrechnung dazu vorgelegt wird, welche Kosten bei einer Sanierung unter Erhalt der Wohnung der Klägerin entstanden wären und wie die Wirtschaftlichkeit dieser „Sanierungsalternative“ zu beurteilen sei.<sup>296</sup> In diesem Fall kann der „erheblichen Nachteil“ darin gesehen werden, dass dem Vermieter bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses den Wohnblock, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet, nicht durch einen Neubau ersetzen und somit das von ihm mit der Siedlung verfolgte städtebauliche Konzept nur unvollständig verwirklichen könne. Dies gilt umso mehr, wenn durch bloße Sanierungsmaßnahmen der alten Bausubstanz unter Erhalt der Wohnung der Beklagten ein baulicher Zustand, der einer angemessenen Wohnraumversorgung entspricht, nicht erreicht werden kann.

## 12.3 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

### 12.3.1 Vorrang der Duldungsklage?

Nicht selten wird vertreten, dass der Vermieter bei der Ausübung seiner Rechte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten habe. Deshalb soll der Vermieter selbst bei erheblichen Verletzungen von Duldungspflichten durch den Mieter darauf beschränkt sein, diese Pflichten einzuklagen und gegebenenfalls nach § 890 ZPO vollstrecken zu lassen, und ihm daneben das Recht zur außerordentlichen Kündigung verwehrt sein.<sup>297</sup>

Für eine derartige Unterscheidung zwischen Duldungspflichten und sonstigen Pflichten des Mieters bietet § 543 BGB keinen Ansatzpunkt.<sup>298</sup> 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, 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

---

<sup>296</sup> BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458.

<sup>297</sup> z.B. LG Baden-Baden v. 24.7.2009 - 1 S 11/09.

<sup>298</sup> BGH v. 5.10.2010 – VIII ZR 221/09, GE 2011, 198 = ZMR 2011, 366.

Einzelfall zuzumuten ist, vor Ausspruch der fristlosen Kündigung einen Duldungstitel gegen den Mieter zu erwirken und gegebenenfalls Vollstreckungsversuche nach § 890 ZPO zu unternehmen. 59

### 12.3.2 Unpünktliche Mietzahlung

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vor, 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. Dabei setzt die Kündigung wegen einer Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag gemäß § 543 Abs. 3 BGB eine erfolglose Abmahnung voraus.

Hat der Vermieter solche Abmahnung im Oktober 2008 sowie - unter ausdrücklicher Androhung der fristlosen Kündigung - erneut mit Schreiben vom 22.12.2008 ausgesprochen und zahlt der Mieter die Miete in den Monaten November und Dezember 2008 sowie im Januar 2009 wiederum mit erheblicher Verspätung, nämlich erst zur Monatsmitte stellt eine derart schleppende und ungeachtet einer oder - wie hier - sogar mehrerer Abmahnungen fortgesetzte Zahlungsweise eine gravierende Pflichtverletzung dar, die die weitere Fortsetzung des Mietvertrages für den Vermieter regelmäßig unzumutbar macht<sup>299</sup>. Dies gilt umso mehr, weil in den weiteren Kündigungen vom 19.01., 19.02. und 08.04.2009, selbst wenn diese das Mietverhältnis noch nicht beendet hätten, jeweils weitere Abmahnungen zu sehen wären, die den Mieter gleichwohl nicht zur Änderung der unpünktlichen Zahlungsweise veranlasst haben. Durch die Abmahnung erhält der Mieter Gelegenheit, das durch die vorangegangenen unpünktlichen Mietzahlungen gestörte Vertrauen des Vermieters in eine pünktliche Zahlungsweise wieder herzustellen; dem Mieter wird so vor Vertragsbeendigung noch eine Chance zu vertragsgemäßigem Verhalten eingeräumt<sup>300</sup>. Diese Chance haben die Beklagten nicht genutzt, sondern im Gegenteil schuldhaft die vertragswidrige Zahlungsweise beibehalten.

### 12.3.3 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.<sup>301</sup> 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 legt<sup>302</sup> oder für welchen Zeitraum der Mieter welche Zahlungen nachweisen muss, um dem der Kündigung zugrunde liegenden Verzugsvorwurf wirkungsvoll zu begegnen.<sup>303</sup>

---

<sup>299</sup> BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, GE 2011, 1013 = ZMR 2011, 783.

<sup>300</sup> vgl. BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NZM 2006, 338 Rz. 14

<sup>301</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XII 145; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62; jeweils m.w.N.

<sup>302</sup> *Flatow*, NZM 2004, 281, 286; *jurisPK-BGB/Mössner*, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. 142.

<sup>303</sup> *MünchKommBGB/Häublein*, 5. Aufl., § 569 Rz. 36 Fn. 7.

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.<sup>304</sup>

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,<sup>305</sup> 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 des Mieters gegen seine Zahlungspflicht, insbesondere eine geltend gemachte Mietminderung oder Aufrechnung, berücksichtigt worden seien.<sup>306</sup> 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.<sup>307</sup>

Der zuerst genannte Auffassung gibt der BGH<sup>308</sup> 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.<sup>309</sup> 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.

#### 12.3.4 Überzogene Minderung

Die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs ist ausgeschlossen, wenn sich der Mieter unverschuldet zur Minderung berechtigt gehalten hat und so in Rückstand mit der Zahlung der Miete geraten ist<sup>310</sup>. Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, solange sich der Mieter auf einen Mangel der Mietsache berufe, könne der Vermieter nicht kündigen; der Streit über das Minderungsrecht sei im Verfahren der Leistungsklage auszutragen<sup>311</sup>.

---

<sup>304</sup> Flatow, NZM 2004, 281, 286 f.; ähnlich jurisPK-BGB/Mössner, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211 m.w.N.

<sup>305</sup> Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 569 BGB Rz. 73; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 569 Rz. 62.

<sup>306</sup> Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 569 Rz. 62 m.w.N.

<sup>307</sup> Gellwitzki, WuM 2004, 181, 184.

<sup>308</sup> BGH v. 12.5.2010 – VIII ZR 96/09, WuM 2010, 484 = GE 2010, 975 = ZMR 2010, 839.

<sup>309</sup> BGH v. 22.12.2003, - VIII ZB 94/03, NJW 2004, 850, unter II 2 b cc.

<sup>310</sup> LG Frankfurt v. 14.11.2003 – 2 - 11 S 326/02, NZM 2004, 297; LG Kassel v. 08.11.1994 – 1 T 61/94, ZMR 1996, 90; LG Görlitz v. 28.9.1994 – 2 S 48/94, WuM 1994, 601, 602;

<sup>311</sup> LG Berlin v. 22.2.2007 - 62 S 277/05, GE 2007, 1486; Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rz. 103 f.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden<sup>312</sup>. Auch im Wohnraummietrecht sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere besteht kein Grund, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen milderen Sorgfaltsmaßstab anzulegen<sup>313</sup>. Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen - wie z.B. der Ursache einer Schimmelpilzbildung angesiedelten Irrtums - ist eine geänderte Beurteilung nicht gerechtfertigt<sup>314</sup>. Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat; zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wäre es gerechtfertigt, die bloße Einschätzung, z.B. ein Schimmelbefall sei auf einen vom Vermieter zu vertretenden Baumangel zurückzuführen, für eine Entschuldigung des Mieters ausreichen zu lassen, liefe dies darauf hinaus, dass sich die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte<sup>315</sup>. Für eine derartige Privilegierung des Mieters besteht kein Anlass, zumal er nicht mindern muss. Denn der Mieter kann den Mindestrentbetrag, den er für angemessen hält, unter dem einfachen, lediglich die Wirkungen des § 814 BGB ausschließenden Vorbehalt der Rückforderung an den Vermieter zahlen, so dass ihm die Möglichkeit bleibt, eine gerichtliche Klärung seiner Rechte herbeizuführen, ohne dem Risiko einer fristlosen Kündigung ausgesetzt zu sein.

### 12.3.5 Zahlungsverzug und Mieterhöhung

Ist der Mieter rechtskräftig zur Zahlung einer erhöhten Miete nach den §§ 558 bis 560 BGB verurteilt worden, kann der Vermieter nach § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind. Sind in den Mietrückständen die gemäß § 560 Abs. 4 BGB erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen enthalten und reicht der Rückstand mit der nicht erhöhten Miete nicht aus, um die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b) BGB zu begründen, kommt es für die Wirksamkeit der Kündigung wegen Zahlungsverzuges auf den Regelungsgehalt des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB an. Dieser ist umstritten<sup>316</sup>.

Nach einer Ansicht besagt die Vorschrift, dass der Vermieter wegen der erhöhungsbedingten Rückstände erst kündigen kann, wenn der Mieter rechtskräftig zur Zahlung der erhöhten Betriebskosten oder -vorauszahlungen verurteilt ist<sup>317</sup>. Der Vermieter wäre somit gezwungen, vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung Zahlungsklage zu erheben, und könnte erst nach Ablauf der Kündigungssperrfrist die Kündigung wegen Zahlungsverzuges aussprechen<sup>318</sup>.

<sup>312</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161.

<sup>313</sup> BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103 Rz. 25 ff.

<sup>314</sup> vgl. BGH v. 27.9.1989 - IVa ZR 156/88, NJW-RR 1990, 160, 161.

<sup>315</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161.

<sup>316</sup> *Hinz*, NZM 2010, 57, 65 ff.

<sup>317</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 10. Aufl., § 569 BGB Rz. 70; *Hinz*, NZM 2010, 57, 67; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 569 BGB Rz. 28.

<sup>318</sup> LG Hamburg v. 30.8.2007 – 307 S 43/07, zitiert nach juris Rz. 3; LG Berlin v. 13.4.1989 – 61 S 160/85, GE 1989, 675 ff.; AG Altena v. 20.3.1987 – 2 C 839/86, WuM 1988, 25 [zu § 9 Abs. 2 MHG]; LG München I v. 28.6.1978 – 14 S 2506/78, WuM 1979, 16.

Eine andere Ansicht orientiert sich streng am Wortlaut der Vorschrift und sieht die rechtskräftige Verurteilung des Mieters nur als Voraussetzung für die Sperrfrist an und nicht als Voraussetzung für die Kündigung wegen Zahlungsverzugs<sup>319</sup>. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB besagt nach dieser Meinung lediglich, dass dem Mieter, gegen den der Vermieter wegen nicht entrichteter Erhöhungsbeträge nach §§ 559 und 560 BGB Klage erhoben hat, nach rechtskräftiger Verurteilung eine Kündigungssperrfrist von zwei Monaten zusteht. Die Vorschrift sei bei Kündigungen ohne vorangegangene Zahlungsklage daher gar nicht einschlägig.

Der BGH hat sich der letztgenannten Auffassung angeschlossen<sup>320</sup>. Nach seiner Auffassung spricht neben dem engen Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift dafür. Zunächst gab es eine entsprechende Regelung nur für das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters (§ 3 Abs. 5 WKSchG). Sie sollte sicherstellen, dass nicht wegen der während des Klageverfahrens eventuell aufgelaufenen Erhöhungsbeträge alsbald nach der Rechtskraft des Urteils eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs erfolgen kann<sup>321</sup>. Einen Kündigungsschutz des Mieters musste man dabei nur für die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge regeln. Denn in der Zeit davor ist der Mieter durch andere gesetzliche Bestimmungen ausreichend geschützt. Stimmt er einer Erhöhung nicht zu und erhebt der Vermieter nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten Klage auf Zustimmung, gilt das Erhöhungsverlangen als nicht gestellt<sup>322</sup>. Klagt der Vermieter und wird der Mieter zur Zustimmung verurteilt, schuldet der Mieter zwar die erhöhte Miete für die Zeit ab dem dritten auf das Erhöhungsverlangen des Vermieters folgenden Kalendermonat. Diese Schuld wird aber erst mit Rechtskraft des Zustimmungsurteils fällig<sup>323</sup>; der Mieter kann also davor nicht in Zahlungsverzug geraten, so dass der Vermieter ihm auch nicht kündigen kann.

Der Gesetzgeber hat die auf die einschlägige Fallkonstellation zugeschnittene Regelung dann durch § 9 Abs. 2 MHG auch auf Mieterhöhungen nach den §§ 2 bis 7 MHG (und damit auch auf Erhöhungen der Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 4 Abs. 2 MHG) ausgedehnt, weil er dem Mieter auch in diesen Fällen den Schutz der Vorschrift zukommen lassen wollte, "zumal in diesen Fällen die Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam wird"<sup>324</sup>. Dieser Schutz umfasst aber nur die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge und erstreckt sich nicht auf die Zeit vor Erhebung der Klage. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ändert daran nichts, da er nach der Gesetzesbegründung nur den Regelungsgehalt von § 9 Abs. 2 MHG übernehmen sollte<sup>325</sup>.

Die Interessen des Mieters gebieten es nicht, den Schutzbereich des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB dahingehend auszuweiten, dass der Vermieter vor Erhebung einer Zahlungsklage nicht kündigen kann<sup>326</sup>. Dem steht schon der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift im Gesamtzusammenhang der Kündi-

---

<sup>319</sup> *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 10. Aufl., § 569 Rz. 33; *Sternel*, *WuM* 2009, 699, 704.

<sup>320</sup> BGH v. 18.7.2012 – VIII ZR 1/11, *ZMR* 2012, 853.

<sup>321</sup> BT-Drucks. VI/2421, S. 4.

<sup>322</sup> BT-Drucks. VI/2421, S. 4.

<sup>323</sup> BGH v. 4.5.2005 - VIII ZR 94/04, *WuM* 2005, 396 unter II 2 b aa und bb.

<sup>324</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 13.

<sup>325</sup> BR-Drucks. 439/00, S. 163.

<sup>326</sup> *Sternel*, *WuM* 2009, 699, 704.

gungsbestimmungen entgegen, der für eine restriktive Handhabung spricht<sup>327</sup>. Im Übrigen ist der Mieter dadurch geschützt, dass im Rahmen des Kündigungsprozesses geprüft werden muss, ob der Vermieter gemäß § 560 Abs. 4 BGB bei den Vorauszahlungen eine Anpassung auf die verlangte Höhe vornehmen durfte. Der BGH<sup>328</sup> hat entschieden, dass eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB nur insoweit begründet ist, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Der Mieter kann durch Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nachprüfen, ob die Anpassung gemäß § 560 Abs. 4 BGB gerechtfertigt ist oder nicht und welches Prozessrisiko er eingeht, wenn er nicht zahlt. Sollte ihm der Vermieter die Einsicht nicht ermöglichen, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. In diesem Fall ist eine auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung ausgeschlossen.

## 13 Schadensersatz

### 13.1 Rechtsanwaltskosten für die Einholung der Deckungszusage

Unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens sind Rechtsverfolgungskosten dann zu erstatten, wenn die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Wahrung und Durchsetzung der Rechte unter den Umständen des Falles erforderlich und zweckmäßig ist.<sup>329</sup>

Diese Voraussetzung ist nicht gegeben bei der Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe für die Einholung einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung<sup>330</sup>. Die Kosten werden auch nicht dadurch erforderlich, dass die Rechtsschutzversicherung die Deckungszusage gegenüber dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten zunächst verweigert hat und deshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin die Deckungszusage ohne Weiteres selbst hätte einholen können. Das kann allenfalls gelten, wenn sich die Verweigerung der Deckungszusage tatsächlich auf die im Prozess weiterverfolgten Ansprüche bezieht.

### 13.2 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 aus anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten gestellt werden.<sup>331</sup> § 252 Satz 2 BGB bietet dem Geschädig-

<sup>327</sup> vgl. BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, MDR 2012, 753 Rz. 16 = ZMR 2012, 687.

<sup>328</sup> BGH v. 15.5.2012 - VIII ZR 245/11, ; BGH v. 15.5.2012 - VIII ZR 246/11

<sup>329</sup> vgl. BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 271/09, WuM 2010, 740 Rn. 9 zur Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten für die Abfassung eines Kündigungsschreibens; BGH v. 10.1.2006 - VI ZR 43/05, NJW 2006, 1065 Rz. 6 m.w.N. zur Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten, die dem Geschädigten durch die anwaltliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen seinen eigenen Unfallversicherer entstehen.

<sup>330</sup> BGH v. 9.3.2011 - VIII ZR 132/10, ZMR 2011, 536 = NZM 2011, 400.

<sup>331</sup> 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.

ten 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.<sup>332</sup> 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.<sup>333</sup> 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.

## 14 Räumung

Obwohl der Vermieter wieder im Besitz der Mietsache ist, tritt hinsichtlich des vom Mieter mit der Berufung unverändert (auch) bekämpften Räumungs- und Herausgabeanspruchs keine Erfüllung ein. Das kommt nur in Betracht, wenn der Mieter Erfüllungsbereitschaft gehabt hätte<sup>334</sup>. Diese hat der Mieter indes nicht, solange er hat die Mieträume wegen des angedrohten Räumungszwangs und deshalb unfreiwillig zurückgegeben hat<sup>335</sup>.

## 15 Verjährung

### 15.1 Annahmeverzug und Verjährung

Nach § 548 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB beginnt die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in dem Zeitpunkt, in dem er die Sache zurückerhält. Die Rückgabe im Sinne dieser Vorschrift setzt grundsätzlich eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters voraus, weil er erst durch die unmittelbare Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache zu machen<sup>336</sup>. Die Beendigung des Mietverhältnisses ist hingegen nicht Voraussetzung für den Beginn der kurzen Verjährung<sup>337</sup>.

Vor diesem Hintergrund erhält der Vermieter die Wohnung nicht schon dadurch im Sinne des § 548 Abs. 1 BGB zurück, dass der Mieter versucht, ihm die Wohnungsschlüssel zu übergeben, solange er

<sup>332</sup> BGH v. 6.2.2001 - VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640, 1641.

<sup>333</sup> BGH v. 27.10.2007 - XIII ZR 128/09, GE 2010, 1741.

<sup>334</sup> vgl. BGH NJW-RR 1998, 1572f; OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029 m. w. N.

<sup>335</sup> OLG Düsseldorf v. 6.11.2008 - 24 U 149/07, ZMR 2011, 629.

<sup>336</sup> BGH v. 14.5.1986 - VIII ZR 99/85, BGHZ 98, 59, 62 ff.; BGH v. 10.7.1991 - XII ZR 105/90, NJW 1991, 2416 unter II 5 b bb.

<sup>337</sup> BGH v. 14.5.1986 - VIII ZR 99/85, BGHZ 98, 59, 62 ff.; BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 9.

zu diesem Zeitpunkt in den Besitz der Wohnungsschlüssel gelangt und deshalb die unmittelbare Sachherrschaft über die vermietete Wohnung zurück erlangt hat<sup>338</sup>. Auch dadurch, dass der Mieter die Schlüssel für die bereits geräumte Wohnung nach der gescheiterten Übergabe in den Briefkasten seiner bisherigen Wohnung geworfen hat, hat der Vermieter nicht die Sachherrschaft über die Wohnung erhalten.

Ob ein Annahmeverzug des Vermieters mit der Rücknahme grundsätzlich den Beginn der kurzen Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB auslöst, kann solange dahinstehen, wie ein solcher Annahmeverzug nicht eingetreten ist<sup>339</sup>. Dies kann noch nicht durch die bloße Verweigerung einer nicht angekündigten Schlüsselrücknahme angenommen werden. Denn jedenfalls ist der Vermieter nicht verpflichtet, die Mietsache jederzeit - sozusagen "auf Zuruf" - zurückzunehmen. Der Vermieter gerät deshalb durch seine Weigerung, die Schlüssel sofort "an der Haustür" entgegenzunehmen, als sie ihm von dem kurzfristig ausgezogenen Mieter angeboten wurden, nicht in Annahmeverzug.

---

<sup>338</sup> BGH v. 12.10.2011 VIII ZR 8/11, GE 2011, 1678.

<sup>339</sup> BGH v. 12.10.2011 VIII ZR 8/11, GE 2011, 1678.