

Aktuelles Mietrecht 2014

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

Venloer St. 151 - 153

50672 Köln

0221-1792910

luetzenkirchen@ld-ra.de

I. Einblick	6
II. Gesetzesänderungen	6
1 Umsetzung der Verbraucherrichtlinie	6
1.1 Verbraucherverträge	6
1.1.1 Vermieter als Unternehmer.....	6
1.1.2 Mieter als Verbraucher	8
1.2 Verbraucherschutz.....	8
1.2.1 Haustürgeschäft (Verträge außerhalb von Geschäftsräumen)	9
1.2.2 Fernabsatzgeschäft.....	10
1.3 Rechtsfolgen (Widerruf)	11
1.3.1 Besichtigung.....	12
1.3.2 notarielle Beurkundung und gerichtlicher Vergleich	15
1.3.3 Belehrung über das Widerrufsrecht	15
1.4 Widerruf.....	18
1.5 Rechtsfolgen des Widerrufs	19
1.5.1 Widerruf des Mietvertrages	19
1.5.2 Widerruf von Vertragsänderungen	21
III. Aktuelles Mietrecht	21
2 Mietvertrag	21
2.1 Haftung vor Überlassung.....	21
2.2 Formbedürftiger Mietvertrag	24
2.3 Abgrenzung bei Mischmietverhältnissen.....	25
2.4 Einheitliches Mietverhältnis.....	27
2.5 Schlüssige Erweiterung des Mietvertrages	28
3 Vertragsgemäßer Gebrauch	29
3.1 Kündigung trotz Haftung für konzessionsfähigen Zustand.....	29
3.2 Geschäftliche Tätigkeit in der Wohnung	30
3.3 Untervermietung und Veränderung des Lebensmittelpunktes	31
3.4 Untervermietung an Touristen	35
3.5 Ehegatte als Dritter i.S.v. § 540 BGB?.....	36
3.6 Haftung für Tierhaltung.....	37
3.7 Periodisches Besichtigungsrecht des Vermieters	37
4 Vertragsparteien	38
4.1 Geschäftsführer als Mitmieter	38
4.2 Haftung des Mietererben.....	39
5 Mietzeit	40
5.1 Rechtsfolge unwirksamer Befristung.....	40
5.2 Anwendbarkeit des § 167 ZPO auf § 545 BGB	41
5.3 Verlängerungswiderspruch	43

6	Schönheitsreparaturen	44
6.1	Summierungseffekt in der Gewerberaummieta	44
6.2	Außergewöhnlicher Dekorationszustand bei der Rückgabe	47
6.3	Abgeltungsklausel	48
6.3.1	Auswirkungen der kundefeindlichsten Auslegung	48
6.3.2	Alles neu?.....	50
6.4	Vorformulierte Auftragserteilung zur Renovierung	52
6.5	Kostenerstattungsklausel.....	52
6.6	Geldersatz wegen Umbau.....	56
7	Miete.....	58
7.1	Verwirkung von Zahlungstiteln	58
8	Gewährleistung.....	58
8.1	Vorbehaltlose Ausübung der Option bei Mangelkenntnis.....	58
8.2	Opfergrenze bei vorsätzlich errichteten Anbau	62
8.3	Beschaffenheitsvereinbarung zu Verkehrslärm	63
8.4	Quadratmetermieta und Flächenabweichung.....	64
8.5	Sollbeschaffenheit bei baulichen Veränderungen.....	65
8.6	Öffentlich-rechtlicher Mangel	67
8.7	Unwirtschaftliche Heizung als Mangel	68
8.8	Schimmel als Gesundheitsgefährdung.....	69
8.9	Aufhebung der Tauglichkeit.....	70
8.10	Ersatz von Umzugskosten	71
9	Verjährung	72
9.1	Umfang der erfassten Ansprüche	72
9.2	Schlüsselrückgabe an den Hausmeister	73
9.3	Beginn bei nicht eingefriedetem Grundstück	75
10	Schriftform.....	76
10.1	Bezeichnung des Vermieters als „Grundstücksgemeinschaft“	76
10.2	Handeln nur eines Vorstandes einer AG	77
10.3	Formunwirksamer Mieterbeitritt.....	78
10.4	Bestimmbarer Vertragsbeginn	79
10.5	Einseitige Erhöhung von Betriebskostenvorauszahlungen	79
10.6	Änderung der Umlagevereinbarung	80
10.7	Optionsausübung.....	81
10.8	Heilungsklausel.....	82
11	Kautio.....	85
11.1	Sicherheit zur Abwendung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges....	85
11.2	Bürgschaft und Aufhebung der Kündigungswirkung.....	86
11.3	Inanspruchnahme im laufenden Mietvertrag	86
11.4	Inanspruchnahme vor Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs	87

11.5	Vorbehaltlose Rückzahlung der Kaution	88
12	Modernisierung	89
12.1	Modernisierung und Indexmiete	89
13	Mieterhöhung	90
13.1	Erklärung des Erwerbers	90
13.2	Erklärung des Hausverwalters.....	91
13.3	Mieterhöhung zu späterem Termin.....	92
13.4	Anforderungen an ein prozessuales Mietwertgutachten.....	93
13.5	Angriff gegen qualifizierten Mietspiegel	94
13.6	Anforderungen an die Mietänderungserklärung nach § 10 WoBindG	97
13.7	Wirksamkeit einer Wertsicherungsklausel.....	98
14	Betriebskosten	100
14.1	Stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung	100
14.2	Abrechnung durch den Erwerber.....	100
14.3	Umlagepositionen	100
14.3.1	Verwaltungskosten im Gewerbe	100
14.3.2	Verwaltungskosten und Gebot der Wirtschaftlichkeit.....	101
14.4	Formelle Fehler der Abrechnung	103
14.4.1	Abrechnung nicht vereinbarter Heizkosten.....	103
14.4.2	Angabe der Gesamtkosten.....	104
14.4.3	Vorberechnung zu Gesamtkosten.....	105
14.4.4	Fehlende Angabe von Vorauszahlungen	106
14.5	Vorauszahlungen im Prozess	107
14.6	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels.....	108
14.6.1	Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts.....	108
14.6.2	Personenmonate.....	109
14.6.3	Personenschlüssel bei Leerstand.....	110
14.6.4	Leerstand und Warmwasserabrechnung.....	111
14.6.5	Bestreiten der Flächenansätze	113
14.7	Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete	114
14.8	Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummiete.....	115
14.9	Angabe von Schätzwerten bei Heizkosten.....	120
15	Beendigung des Mietvertrages	121
15.1	Kündigungsadressat bei Freigabe gemäß § 109 Abs. 1 InsO	121
15.2	Kündigung gegenüber einem von zwei Erben	123
15.3	Ordentliche Kündigung.....	124
15.3.1	Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Vermieters.....	124
15.3.2	Zahlungsrückstand als Grund im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	125
15.3.3	Gewerbliche Tätigkeit in der Wohnung.....	126
15.3.4	Kein absehbarer Eigenbedarf bei Geburt eines Urenkels	126

15.3.5	Kein namentliche Nennung des Lebensgefährten der Tochter	127
15.3.6	Anrechnung einer unentgeltlichen Nutzung auf § 573c BGB?.....	127
15.4	Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist	129
15.4.1	§ 57a ZVG bei einheitlich vermietetem Grundstück.....	129
15.4.2	§ 563 Abs. 4 BGB.....	129
15.5	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.....	130
15.5.1	„frei erfundene“ Vorvermieterbescheinigung	130
15.5.2	Kündigung wegen unzulässiger Untervermietung.....	131
15.5.3	Überzogene Minderung.....	131
16	Rückgabe	132
16.1	Ausschlusswirkung der Rückgabe	132
16.2	Räumungspflicht des Zwischenvermieters	133
16.3	Gemeinnütziger Zwischenmieter mit Gewinnabsicht.....	133
17	Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB.....	136
17.1	Vorenthalten und Rückbau.....	136
17.2	Vorenthalten trotz Zugang des Vermieters.....	138
17.3	Inanspruchnahme von Mieter und Untermieter.....	139
18	Schadensersatz	141
18.1	Schlüsselverlust.....	141
18.2	Mietausfallschaden	143
18.3	Versicherungsrechtliche Lösung.....	144
19	Vermieterpfandrecht	146
19.1	Schicksal des Vermieterpfandrechts beim Vermieterwechsel.....	146
19.2	Verbringen des Inventars in anderweitig vermietete Räume	150
19.3	Herausgabe der Nutzungen der Pfandsachen	151
20	Vermieterwechsel.....	153
21	Vorkaufrecht	154
22	Prozessuales	160
22.1	Mangelhafte Mietsache und Urkundenprozess.....	160
22.2	Betriebskostennachforderung im Urkundenprozess.....	161
22.3	Anwendung des § 940a Abs. 2 ZPO in der Gewerberaummiete	161
22.4	Herausgabe des Titels bei zwei Schuldnern.....	163
22.5	Räumung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung	163

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2014 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

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

Das gilt auch für die Darstellung der gesetzlichen Änderungen durch die Umsetzung der Verbraucherrichtlinie zum 13.06.2014.

II. Gesetzesänderungen

1 Umsetzung der Verbraucherrichtlinie

Mit Wirkung zum 13.06.2014 wurde die Verbraucherrichtlinie RL 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (VRRRL)¹ durch das Umsetzungsgesetz vom 20.09.2013² in die §§ 312 ff. BGB integriert. Das hat zu wesentlichen Änderungen des Verbraucherschutzes geführt, deren Auswirkungen auf das Mietrecht nachfolgend skizziert werden sollen.

1.1 Verbraucherverträge

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die wirksame Einigung bindend ist, bilden Haustür- und Fernabsatzgeschäfte in der seit dem 13.6.2014 gültigen Fassung der §§ 312b, 312c BGB, die auf Mietverträge über Wohnraum ausdrücklich anwendbar sind, § 312 Abs. 4 BGB. Bei einem solchen Geschäft ist die zum Abschluss des Mietvertrages abgegebene Willenserklärung des Mieters mindestens vierzehn Tage widerruflich (§§ 312g, 355 Abs. 2 BGB), sofern er Verbraucher i.S.v. § 13 BGB und der Vermieter ein Unternehmer i.S.v. § 14 BGB ist = Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB). Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Vertragspartner (z.B. Vermieter), der nicht selbst die Verhandlungen führt, von der in der Person des Verhandlungsführers (z.B. Hausverwalter) bestehenden Haustürsituation Kenntnis hat³.

1.1.1 Vermieter als Unternehmer

Unternehmer nach § 14 BGB ist der Vermieter dann, wenn er bei Abschluss des Vertrages gewerblich oder selbständig beruflich tätig wird. Der Begriff des Unternehmers ist, als Gegenstück zum Verbraucher, weit auszulegen. Deshalb muss ein Unternehmer nicht Kaufmann sein, gewerblich und/oder mit Gewinnerzielungsabsicht handeln⁴. Es genügt, dass der Vermieter im Wettbewerb mit anderen planmäßig Leistungen gegen ein Entgelt anbietet⁵, was auch nebenberuflich geschehen kann. Dies wäre an sich schon der Fall,

¹ ABl. EU Nr. L 304, 64.

² BGBl. I S. 3642.

³ BGH v. 12.12.2005 - II ZR 327/04, MDR 2006, 679 = WuM 2006, 109.

⁴ Palandt/*Ellenberger*, § 14 BGB Rz. 1 f.

⁵ Palandt/*Ellenberger*, § 14 BGB Rz. 2 m.w.N.

wenn der Eigentümer seine einzige Mietwohnung durch Inserate oder auf sonstige Weise bewirbt; immerhin setzt er sich damit in Konkurrenz zu seinen Mitbewerbern. 7

Allerdings wird für ein geschäftsmäßiges Handeln i.S.v. § 14 BGB ein gewisser organisatorischer Mindestaufwand gefordert⁶. Dazu reicht die gelegentliche Vermietung eines Werbetafelstandplatzes nicht aus⁷. Für einen Vermieter von Wohnraum wird gefordert, dass ihm mehrere Wohnungen gehören⁸. Wie viele dafür notwendig sind, wird nicht einheitlich gesehen. Denn einerseits sollen acht Wohnungen noch nicht ausreichen, weil deren Verwaltung noch keine professionelle Tätigkeit erfordert⁹. Andererseits wird die Unternehmereigenschaft bejaht, wenn dem Vermieter sieben Wohnungen gehören, die er vermietet¹⁰, zwei Wohnungen sollen aber noch nicht ausreichen¹¹. Daraus wird geschlossen, dass geschäftsmäßiges Handeln bei mehr als zwei Wohnungen vorliegt¹² und schon der Regelungszweck der §§ 312 ff. BGB gebiete, Kleinvermieter als Unternehmer anzusehen¹³. Das soll erst recht gelten, wenn der Eigentümer zwar nur zwei Wohnungen hat, sich bei der Vermietung aber von einer professionellen Hausverwaltung vertreten lässt¹⁴. Die Einschaltung einer professionellen Verwaltung als solche soll jedoch noch nicht dazu führen, den Vermieter als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB zu behandeln¹⁵. Dem kann aber nur zugestimmt werden, wenn die Verwaltung allein partielle Aufgaben übernommen hat (z.B. Mietbuchhaltung und Abrechnung der Betriebskosten). Übernimmt sie alle Aufgaben des Vermieters und agiert nach außen wie der Eigentümer, insbesondere bei der Vermietung, ist schon im Hinblick auf §§ 312a Abs. 2 S. 2, 312b Abs. 1 BGB nur auf den Hausverwalter bei der Beurteilung, ob ein Verbrauchervertrag entstanden ist, abgestellt werden.

Tatsächlich verbietet sich eine generalisierende Betrachtungsweise. Denn nach Sinn und Zweck der §§ 312 ff. BGB soll der Verbraucher vor der Gefahr geschützt werden, durch Ausnutzung des Überraschungseffektes oder einer besonderen psychologischen Situation zu einem an sich nicht gewünschten Vertragsschluss veranlasst zu werden¹⁶. Damit sind derartig viele Fallkonstellationen erfasst, dass die Unternehmereigenschaft vom Einzelfall abhängig sein kann.

⁶ Vgl. Erman/Saenger, § 14 BGB Rz. 11 m.w.N.

⁷ KG v. 10.1.2011 - 5 U 1353/10, GE 2011, 1552.

⁸ Vgl. OLG Düsseldorf v. 7.10.2004 - 10 U 70/04, ZMR 2005, 187 (191) (Vermieter hat zwei Einfamilienreihenhäuser und eine Einliegerwohnung vermietet); OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 - 10 U 46/03, WuM 2003, 621 (Unternehmer bei zwei Mietshäusern); AG Frankfurt v. 13.2.1998 - 33 C 3489/97-13, WuM 1998, 418 (6 Wohnungen sind jedenfalls genug); LG Görlitz v. 23.8.2000 - 2 S 190/99, WuM 2000, 542 (543) (11 Wohnungen genügen); AG Köln v. 28.10.2004 - 210 C 248/04, WuM 2007, 123 (1 Haus mit 6 Wohnungen).

⁹ LG Waldshut-Tiengen v. 30.4.2008 - 1 S 27/07, DWW 2008, 259.

¹⁰ LG Köln v. 12.3.2009 - 1 S 202/07, WuM 2009, 730.

¹¹ BayObLG v. 13.4.1993 - REMiet 3/93, MDR 1993, 754 = WuM 1993, 384 (zum HausTWG).

¹² LG Köln v. 26.1.1999 - 12 S 256/98, WuM 2000, 194.

¹³ AG Freiburg v. 1.10.2013 - 53 C 1059/13, WuM 2013, 728; Harsch, WuM 2008, 201.

¹⁴ LG Wiesbaden v. 1.7.1996 - 1 S 434/95, WuM 1996, 699; AG Waiblingen v. 5.5.1995 - 13 C 631/95, WuM 1996, 137.

¹⁵ Gsell, Wohnraummietrecht als Verbraucherrecht, S. 8 (abrufbar: <http://www.mietgerichtstag.de/programme-frueherer-mietgerichtstage/mietgerichtstag-2014-1/>).

¹⁶ Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 2.

Nicht jedem Wohnraummieter steht ein Widerrufsrecht nach § 312g BGB zu. Voraussetzung ist vielmehr, dass er Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist, §§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB, was bereits ausscheidet, wenn er professionell z.B. durch einen Rechtsanwalt vertreten oder beraten wird¹⁷. Die Eigenschaft des Verbrauchers erfüllt der Wohnraummieter, wenn er als natürliche Person (im Gegensatz zur juristischen Person wie z.B. einer GmbH) eine Wohnung für private Zwecke gemietet hat. Auf bestimmte intellektuelle Fähigkeiten kommt es nicht an¹⁸. Auch der Akademiker und Jurist sind danach Verbraucher.

Allerdings liegt kein Verbraucher-, sondern Unternehmerhandeln vor, wenn der Abschluss des Mietvertrages auf Mieterseite im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sog. Existenzgründung) erfolgt¹⁹. Schließt der Mieter also einen Mietvertrag über Räume, die er beruflich und privat nutzt (Mischnutzung), kann er nicht als Verbraucher behandelt werden, wenn die überwiegende Nutzung gewerblich erfolgt (vgl. dazu Vor § 535 BGB Rz. 64 ff.). Erst recht liegt ein Unternehmerhandeln einer Privatperson vor, wenn nach dem Zweck des Vertrages der Mieter die Räume weitervermieten will/soll. Dafür müssen nicht die Voraussetzungen des § 565 BGB vorliegen. Allerdings reicht es auch nicht aus, dass dem als Verbraucher handelnden Mieter eine Untervermietungserlaubnis erteilt wurde. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Mieter die Wohnung ausschließlich bzw. überwiegend zur Untervermietung oder (auch) selbst zum Wohnen nutzen soll. Deshalb liegt kein Verbraucherhandeln vor, wenn sich die Untervermietungserlaubnis z.B. auf kurzfristige Vermietungen an Touristen bezieht, die Wohnung also vom Mieter überwiegend quasi als fremdgenutzte Ferienwohnung genutzt werden darf.

Seinen Status als Verbraucher verliert ein Mieter nicht dadurch, dass im Mietvertrag eine atypische Gegenleistung vereinbart ist. Das kommt z.B. in Betracht, wenn der Mietvertrag über eine Wohnung als Teil der Gegenleistung des Mieters eine Vergütung für Hausmeistertätigkeiten vorsieht. Selbst wenn diese Tätigkeit als selbständiger Unternehmer durchgeführt wird, handelt der Hauswart noch als Privatperson, wenn er die Räume jedenfalls überwiegend zum Wohnen nutzen soll. Denn allein durch die Gestaltung der Entgeltabrede, also die Vereinbarung der Gegenleistung, wird das Handeln des Hauswarts als Privatperson nicht berührt.

1.2 Verbraucherschutz

§ 312g Abs. 1 BGB räumt dem Verbraucher/Mieter ein Widerrufsrecht ein, wenn der Mietvertrag als Haustürgeschäft i.S.v. § 312b BGB oder Fernabsatzgeschäft nach § 312c BGB zustandegekommen ist.

¹⁷ Vgl. BGH v. 2.5.2000 - XI ZR 150/99, NJW 2000, 2268 (Handeln eines Treuhänders für den Verbraucher); Erman/Saenger, § 13 BGB Rz. 11.

¹⁸ Palandt/Ellenberger, § 13 BGB Rz. 2.

¹⁹ Vgl. dazu BGH v. 15.1.2007 - III ZR 295/06, MDR 2008, 131 = GuT 2007, 433 = NJW 2008, 435.

Ein Haustürgeschäft nach § 312b BGB liegt grundsätzlich vor, wenn der Abschluss des Mietvertrages oder seine Änderung (zur Mieterhöhung vgl. § 557 BGB Rz. 41b sowie § 558b BGB Rz. 48 f.) außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers/Vermieters in einer der in § 312b Abs. 1 Nr. 1 - 4 BGB beschriebenen Positionen stattfinden. Bezogen auf die Vermietung von Wohnraum erscheinen allein praxisrelevant Vertragsschlüsse, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist, § 312 Abs. 1 Nr. BGB. Die Fälle des § 312 Abs. 1 Nr. 2 + 3 BGB sollten aber auch zumindest bekannt sein. Sie liegen vor, wenn der Verbraucher unter den in § 312 Abs. 1 Nr. 1 genannten Umständen ein Angebot abgegeben hat, oder bei Mietverträgen, die in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, bei denen der Verbraucher jedoch unmittelbar zuvor außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers persönlich und individuell angesprochen wurde. Dass Mietverträge über Wohnraum auf Ausflügen (§ 312b Abs. 1 Nr. 4 BGB) vermittelt werden, ist bisher noch nicht Praxis.

Neben dem Abschluss von Mietverträgen und den Vertragsänderungen, die in der Wohnung vereinbart werden (z.B. Mieterhöhungen oder Aufhebungsvereinbarungen), kommen als Haustürgeschäft auch Vereinbarungen anlässlich von Abnahmen bei der Wohnungsrückgabe in Betracht²⁰.

Zwar wird in der mietrechtlichen Praxis der Hauptanwendungsbereich bei Geschäften liegen, die der Mieter im Bereich seiner Privatwohnung abschließt. Hier sollte er bereits vor dem 13.6.2014 vor überraschend eingefädeltten Geschäften geschützt werden²¹. Nunmehr wird allein darauf abgestellt, dass der Ort nicht innerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers/Vermieters (oder seines Vertreters) liegt. Insoweit kommt es allein auf den Vertragsschluss an. Ein Haustürgeschäft liegt daher nicht vor, wenn die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume oder durch Einsatz telekommunikativer Mittel begonnen wurden, die konstitutive Vertragsunterzeichnung aber in den Geschäftsräumen des Vermieters stattfindet²².

Mit den Geschäftsräumen des Vermieters wird gemäß § 312b Abs. 2 BGB der Ort bezeichnet, an dem der Vermieter in der Regel seine Vermietung organisiert. Bei institutionalisierten Vermietern ist das nicht nur der Geschäftssitz, sondern auch das örtliche Verwaltungs- oder Hausmeisterbüro selbst wenn es mobil (z.B. in einem Container) aufgestellt ist. Deshalb ist auch bei der Vermietung vom Reißbrett der Vertragsschluss im Baucontainer, der z.B. am Wochenende regelmäßig vom Vermieter/Makler genutzt wird und in dem Musterverträge vorgehalten werden, als Geschäftsraum anzusehen. Ist für den Vermieter ein Hausverwalter tätig, liegt der Geschäftsraum in dessen Büro, § 312b Abs. 2 S. 2 BGB. Kommt es trotz Einschaltung einer Verwaltung zu einem Vertragsschluss in der Privat-

²⁰ AG Köln v. 18.8.2005 - 222 C 82/05, KM 31 Nr. 52; *Löfflad*, MietRB 2004, 87.

²¹ OLG Koblenz v. 9.2.1994 - 4 W RE 456/93, MDR 1994, 475 = WuM 1994, 257.

²² *Erman/Koch*, § 312 BGB Rz. 16.

wohnung des Vermieters, weil der Verwalter z.B. die Unterlagen dahin über- 10
sendet, besteht ein Widerrufsrecht. Zwar hat der Verwalter die Verhandlungen
geführt. Der maßgebliche Vertragsschluss findet aber in den Privarräumen des Vermieters
und damit außerhalb der Geschäftsräume statt. Dennoch kann auch der Vertragsschluss
im Wohnzimmer des Vermieters vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ausgenom-
men sein. Dafür muss der Vermieter eine gewisse Organisation vorhalten und die Ge-
schäfte (Vermietung) üblicherweise in seiner Wohnung abwickeln.

Im Umkehrschluss aus § 312b BGB entsteht kein Widerrufsrecht, wenn der Mietvertrag in
den Geschäftsräumen des Vermieters geschlossen wird, sofern nicht - ausnahmsweise -
der Fall des § 312b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB vorliegt, dem Vertragsschluss also ein An-
gebot des Verbrauchers vorausgegangen ist, dass unter den in § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB be-
schriebenen Umständen abgegeben wurde, oder auf einem unmittelbar zuvor außerhalb
der Geschäftsräume erfolgten Ansprechen beruhen. Zwar ist mit dem Vertragsschluss die
Einigung der Parteien gemeint, die nach § 535 BGB wirksam auch mündlich getroffen
werden kann. Dem Vermieter sollte aber im Hinblick auf § 154 Abs. 2 BGB empfohlen
werden, im Stadium der Vertragsverhandlungen stets zum Ausdruck zu bringen, dass alles
erst dann verbindlich ist, wenn ein schriftlicher Vertrag geschlossen ist. Dies kann z.B.
auch als Hinweis in die Selbstauskunft des Mieters aufgenommen werden. Insoweit kommt
es allein auf den Vertragsschluss an, der durch das Datum des schriftlichen Mietvertrages
dokumentiert wird. Haustür- oder Fernabsatzgeschäft liegen nicht vor, wenn die Ver-
handlungen außerhalb der Geschäftsräume i.S.v. § 312b BGB oder durch Einsatz tele-
kommunikativer Mittel i.S.v. § 312c BGB begonnen wurden, die konstitutive Vertragsun-
terzeichnung aber in den Geschäftsräumen des Vermieters stattfindet²³.

Für § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB müssen die unterschriftsberechtigten Personen gleichzeitig
körperlich außerhalb der Geschäftsräumen anwesend sein. Sobald der Mieter seine Unter-
schrift in den Geschäftsräumen des Vermieters/Verwalters leistet, ist der (relevante)
Vertragsschluss nicht außerhalb der Geschäftsräume erfolgt. Unterschreibt der Mieter
z.B. den Vertragsentwurf nur einseitig außerhalb der Geschäftsräume des Vermie-
ters/Verwalters und versendet der Verwalter den Mietvertrag an den Vermieter an dessen
Privatanschrift, findet der Vertragsschluss nicht bei gleichzeitiger körperlicher Anwesen-
heit außerhalb der Geschäftsräume statt. Dies gilt selbst dann, wenn der Vermieter den
Vertrag an den Verwalter zurücksendet und dieser dem Mieter den vollzogenen Vertrag
übersendet. In diesem Fall hat der Vertragsschluss allenfalls im Fernabsatzgeschäft statt-
gefunden.

1.2.2 Fernabsatzgeschäft

Von den Mietverträgen oder seinen Änderungen, die außerhalb von Geschäftsräumen ge-
schlossen werden, sind die sog. Fernabsatzverträge gemäß § 312c zu unterscheiden. Für
sie besteht grundsätzlich das in §§ 312g Abs. 1, 355 BGB geregelte Widerrufsrecht, wenn
ein Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Ver-
braucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkom-
munikationsmittel verwenden. Fernkommunikationsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind

alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Ver- 11
trags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig
körperlich anwesend sind, wie Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, über
den Mobilfunkdienst versendete Nachrichten (SMS) sowie Rundfunk und Telemedien, §
312 Abs. 2 BGB. Kommt daher eine Mieterhöhungsvereinbarung im Sinne des § 557 Abs. 1
BGB unter Verwendung der vorgenannten Kommunikationsmittel zustande, besteht das
Widerrufsrecht (hierzu vgl. § 535 BGB Rz. 72). Maßgeblich ist aber auch hier der Vertrags-
schluss. Ein Fernabsatzgeschäft liegt nicht vor, wenn die Verhandlungen durch Einsatz
telekommunikativer Mittel begonnen wurden, die konstitutive Vertragsunterzeichnung
aber in den Geschäftsräumen des Vermieters stattfindet²⁴.

Für das Fernabsatzgeschäft ist zusätzlich Voraussetzung, dass der Vertragsschluss im
Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems
erfolgt. Um das annehmen zu können, muss der Vermieter in seinem Betrieb die perso-
nellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen haben, die notwen-
dig sind, um regelmäßig Geschäfte im Fernabsatz zu bewältigen²⁵, also in dieser Form
Mietverträge über Wohnraum (oder Vertragsänderungen) abzuschließen. Davon kann aus-
gegangen werden, sobald der Vermieter oder auch nur sein Verwalter als Unternehmer
i.S.v. § 14 BGB angesehen werden können. Denn es ist nicht nur eine weite Auslegung
angezeigt²⁶, sondern auch auf die Struktur des anbietenden Unternehmens abzustellen²⁷.
Der Umfang der sachlichen und personellen Mittel ist dabei unbedeutend. Im Vordergrund
steht die planmäßige Werbung. Zwar wird in der Regel keine „Bestellung“ über das Inter-
net möglich sein²⁸. Indessen bietet schon die Werbung im Internet auf der eigenen Home-
page oder einschlägigen Portalen durch wiederholte Inserate die Gelegenheit, im Fernab-
satz einen Mietvertrag abzuschließen.

Ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem wird von §
312c Abs. 1 BGB unterstellt. Der Vermieter ist darlegungs- und beweispflichtig, dass das
organisierte Dienstleistungssystem nicht vorgelegen hat.

1.3 Rechtsfolgen (Widerruf)

Die Rechtsfolge des Verbraucherschutzes im Rahmen von Haustür- und Fernabsatzge-
schäften bildet grundsätzlich der Widerruf nach den §§ 355 ff. BGB. Maßgeblich ist zu-
nächst allein, dass es sich um Verträge über die Vermietung von Wohnraum handelt,
selbst wenn es sich um die entgeltlich Überlassung von öffentlich-gefördertem Wohnraum
handelt²⁹. Erfasst werden der

- Vertragsschluss als solcher,
- Abschluss von Verträgen über

²³ Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 16.

²⁴ Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 16.

²⁵ BT-Drucks. 14/2658, S. 30.

²⁶ Staudinger/Thüsing, § 312b BGB Rz. 53.

²⁷ Bülow/Artz, NJW 2000, 2049 (2053).

²⁸ Vgl. dazu Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 66.

²⁹ Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 66.

- Änderungen des Mietobjektes,
- Aufnahme/Beitritt eines weiteren Mieters,
- Entlassung eines von mehreren Mietern,
- Änderung/Erweiterung des Vertragszwecks
- die Durchführung baulicher Veränderungen,
- Mieterhöhungen nach § 557 BGB (zur Mieterhöhung siehe auch § 558b BGB Rz. 48 f.),
- Veränderungen der Umlagevereinbarung,
- Modernisierung gemäß § 555f BGB,
- Aufhebung des Mietverhältnisses,
- Vereinbarungen im Zuge der Rückgabe,
- sonstige Vertragsänderungen.

Für alle erfassten Vereinbarungen bilden insbesondere folgende Tatbestände eine Ausnahme vom Widerrufsrecht:

- der Vermieter ist kein Unternehmer i.S.v. § 14 BGB,
- der Mieter ist kein Verbraucher,
- der Mietvertrag wird in den Geschäftsräumen des Vermieters geschlossen,
- dem Abschluss des Mietvertrages ist eine Besichtigung vorausgegangen,
- die relevante Vereinbarung wird notariell beurkundet oder im Rahmen eines protokollierten Vergleichs vor Gericht geschlossen.

1.3.1 Besichtigung

Allein für die Begründung des Wohnraummietvertrages lässt § 314 Abs. 2 S. 2 BGB das Widerrufsrecht entfallen, wenn dem Haustürgeschäft i.S.v. § 312b BGB oder Fernabsatzgeschäft i.S.v. § 312c BGB eine Besichtigung vorausgegangen ist. Die Begründung des Mietvertrages über Wohnraum erfolgt durch die Einigung der Parteien i.S.v. § 535 BGB, wenn Gegenstand des Mietvertrages eine Wohnung ist oder bei gemischter Nutzung jedenfalls die Wohnraumnutzung überwiegt (vgl. Vor § 535 BGB Rz. 64 ff.).

Bei der Begründung des Mietvertrages über Wohnraum muss es sich nicht um den erstmaligen Abschluss handeln. Erfasst wird auch der Fall, dass das Mietverhältnis beendet ist - egal auf welche Weise (z.B. Kündigung des Mieters, Kündigung des Vermieters, Aufhebungsvertrag) - und sich die Parteien zeitlich danach entscheiden, das Mietverhältnis fortzusetzen. War der alte Mietvertrag beendet, ist jede nachfolgende Vereinbarung über eine Vertragsfortsetzung dogmatisch die (ggfs. konkludente) Begründung eines neuen Mietverhältnisses. In den denkbaren Konstellationen ist in der Regel aber die Kenntnis des Mieters über die räumlichen Zustände der Wohnung als Besichtigung i.S.v. § 312 Abs. 4 S.

2 BGB zu werten. Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn der Mieter in der Zwischenzeit ausgezogen ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Wohnung in der Zwischenzeit nicht baulich verändert wurde. 13

In dem durch § 545 BGB geregelten Fall ist § 312 Abs. 4 BGB nicht anwendbar. Denn hier wird aufgrund seiner Fiktion der (alte) Mietvertrag fortgesetzt und kein neues Mietverhältnis begründet. Letzteres findet allerdings statt, wenn ein Schuldbeitritt oder gewillkürter Mieterwechsel vereinbart wird. Denn dadurch wird mit dem hinzutretenden bzw. dem neuen Mieter (erstmalig) ein Mietverhältnis begründet. Deshalb kommt es darauf an, ob er die Wohnung besichtigt hat. Zwar kann auch beim gewillkürten oder i.S.d. § 566 BGB gesetzlichen Vermieterwechsel ein neues Mietverhältnis mit dem Erwerber entstehen (vgl. § 566 BGB Rz. 52). Allerdings ist in diesen Fällen die Kenntnis des Mieters von der Wohnung als Besichtigung i.S.v. § 312 Abs. 4 S. 2 BGB anzusehen.

Ansonsten ist der Begriff der Besichtigung eng auszulegen. Immerhin handelt es sich um eine Ausnahme. Das erfordert zunächst, dass die Besichtigung der Wohnung räumlich umfassend gewesen sein muss. Das bedeutet nicht, dass die Besichtigung einer nicht oder nur teilgeräumten Wohnung nicht von § 312 Abs. 4 S. 2 BGB erfasst sein kann. Im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, soll sich der Mieter ein Bild von der Mieteinheit in ihren wesentlichen Ausmaßen (Lage, Anzahl, Größe und Ausstattung der Räume) machen können, um seine Entscheidung über die Anmietung treffen zu können. Dafür ist es unerheblich, ob die Besichtigung in Anwesenheit einer Vielzahl anderer Interessenten oder zeitlich begrenzt stattgefunden hat. Die Ausmaße der Räume kann der Mieter erkennen, sobald er sie durchschreitet. Deshalb fällt auch die Besichtigung einer Wohnung während der Errichtung des Gebäudes im Rohbau unter die Ausnahme des § 312 Abs. 4 S. 2 BGB. Dazu müssen jedoch die Decke gezogen und alle Wände errichtet sein. Sind einzelne Teile der Mieteinheit nicht zugänglich, z.B. weil Räume verschlossen sind, kann grundsätzlich keine Besichtigung i.S.v. § 312 Abs. 4 S. 2 BGB angenommen werden. Das gilt auch für Nebenflächen (z.B. Keller), weil diese ebenfalls für den Vertragsschluss maßgeblich sein können. Denn das Phänomen von z.B. feuchten Kellern oder die freie Zugänglichkeit der einzelnen Kellerabteile können ein ausschlaggebendes Kriterium für den Vertragsschluss sein.

Die Besichtigung muss tatsächlich stattgefunden haben. Ein (ausdrücklicher) Verzicht des Mieters ist unwirksam, § 312k BGB. Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem der Mieter während der Besichtigung auf die Inspektion einzelner Räume oder sonstiger Teile der Mietsache (z.B. Keller) verzichtet, die Besichtigung also von sich aus abbricht und die Parteien den Vertrag (vor Ort) schließen. Dieser Vorgang begründet die Ausnahme des § 312 Abs. 4 S. 2 BGB. Denn es kommt nicht darauf an, dass der Mieter von dem Besichtigungsmöglichkeit umfassend Gebrauch macht, sondern dass sie bestand und von ihm so lange und soweit wahrgenommen wurde, wie er sich ein ausreichendes Bild verschaffen konnte, um seine Vertragsentscheidung treffen zu können. Wenn der Mieter sich aus freiem Willen nach einer Teilbesichtigung zum Vertragsschluss entscheidet, kann er nicht widerrufen.

Ob und ggfs. welcher Zeitraum zwischen der (letzten) Besichtigung und dem Abschluss des Mietvertrages bestehen muss, um die Ausnahme des § 312 Abs. 4 S. 2 BGB zu begrün-

den, kann nicht allgemein festgestellt werden. Eine Zäsur oder ein größerer Zeitraum zwischen Besichtigung und Abschluss des Mietvertrages kann nicht gefordert werden. Zwar steht dem Mieter im anderen Fall ein Widerrufsrecht zu, für dessen Ausübung ihm mindestens vierzehn Tage Zeit gelassen werden. Der Zweck dieser Einrichtung besteht gerade darin, dem Verbraucher die Möglichkeit einzuräumen, die Ware zu besichtigen³⁰. Abgesehen davon hat Art. 3 Abs. 3 lit. f) VRRG die Vermietung von Wohnraum ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Verbraucherrichtlinie ausgenommen. Deshalb stand es dem (Deutschen) Gesetzgeber frei, für den Vertragstyp des § 312 Abs. 4 BGB die Anwendung zu eröffnen. Wenn aber schon vom Ausgangspunkt kein Schutz erforderlich sein soll, kann der eingeräumte Schutz nicht weiter ausgelegt werden, als bei den von vornherein einschlägigen Verträgen. Deshalb ist es ausreichend, wenn der Mietvertrag anlässlich, also während einer Besichtigung geschlossen wird, also eine zeitliche Zäsur nicht festgestellt werden kann³¹.

Grundsätzlich muss die Person die Mieteinheit besichtigt haben, die später Mieter wird. Im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift reicht es aus, wenn von mehreren Mietern einer die Wohnung besichtigt hat, sofern dies zwischen ihnen absprachegemäß erfolgt. Auch wenn dem (einzelnen) Mieter als Vertragspartner durch den Widerruf ein „Reuerecht“ eingeräumt wird, kann er sich bei der Besichtigung nach den allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB vertreten lassen. Zwar ist die Besichtigung kein einseitiges Rechtsgeschäft. Sie dient aber der Vorbereitung des Vertragsschlusses, so dass die Kenntnis der Räume das entscheidende Kriterium ist. Insoweit greift die Wissenszurechnung nach § 166 BGB. Dazu ist aber eine tatsächliche Entsendung des Vertreters zur Besichtigung erforderlich. Nur weil ein Bekannter/Verwandter die Wohnung besichtigt hat, selbst vom Vertragsschluss Abstand nimmt, danach aber dem Mieter die Wohnung beschreibt, so dass dieser ohne Besichtigung anmietet, ist die Ausnahme nach § 312 Abs. 4 S. 2 BGB nicht gegeben. Das ist anders, wenn z.B. die Tochter die Studentenwohnung besichtigt, der Mietvertrag aber auf Mieterseite vom Vater als Fernabsatzgeschäft geschlossen wird. Hier hat derjenige die Wohnung besichtigt, der sie nutzen sollte, und damit die für den Vertragsschluss ausschlaggebende Komponente geschaffen. Maßgeblich ist also der Zweck der Besichtigung und zumindest eine wirtschaftliche Identität zwischen dem vor der Besichtigung beabsichtigten und dem abgeschlossenen Mietvertrag.

Der Vermieter muss bei der Besichtigung nicht anwesend sein. Maßgeblich ist, ob der Mieter sich ein Bild vom Vertragsgegenstand verschaffen konnte. Es kommt nicht darauf an, dass der Vermieter bei der Besichtigung zur Beantwortung von Fragen zur Verfügung steht oder ergänzende Erläuterungen geben kann. Allerdings liegt keine Besichtigung vor, wenn der Mieter in der Rohbauphase oder als Besuch beim Vormieter die Räume zufällig von innen gesehen hat. Denn es kommt entscheidend darauf an, dass er die Besichtigung zur Anmietung durchführt, um prüfen zu können, ob die Räume für seine vertragsgemäße Nutzung geeignet sind. Eine solche zweckgerichtete Besichtigung kann auch ohne eine dritte Person, aber auch bloß in Anwesenheit des Vormieters, Verwalters, Maklers, Haus-

³⁰ Erman/Koch, § 356 BGB Rz. 10.

³¹ Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 66.

meisters oder sonstiger Personen stattfinden, die ihm den Zugang zur Wohnung einräumen. 15

Auf eine ausdrückliche Besichtigung kann aber verzichtet werden, ohne dass die Voraussetzungen des § 312 Abs. 4 S. 2 BGB entfallen, wenn der Mieter die Wohnung (ausreichend) kennt. Das trifft z.B. für den Untermieter oder ein sonstiger Dritter bzw. Nicht-Dritter i.S.v. § 553 BGB zu, die die Wohnung bisher oder bis vor kurzem genutzt haben. Denn hat der Mieter schon vor dem Vertragsschluss in der Wohnung gelebt, kann er sich ein ausreichendes Bild von den Räumen machen, was der Besichtigung gleichkommt.

1.3.2 notarielle Beurkundung und gerichtlicher Vergleich

Nach § 312g Abs. 2 Nr. 13 BGB besteht ein Widerrufsrecht nicht, wenn der Vertrag notariell beurkundet wird. Die notarielle Beurkundung wird nach § 127a BGB durch einen gerichtlich protokollierten Vergleich ersetzt. Beides kann letztlich nur für Vertragsänderungen relevant sein. Immerhin schließen die Parteien bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit außerhalb von Geschäftsräumen einen Vertrag. Dies gilt jedoch nur, wenn der Mieter/Verbraucher nicht durch einen Rechtsanwalt oder sonstigen professionellen Berater (z.B. Mieterverein) vertreten ist. Ist der Vertreter nämlich nicht geschäftsunerfahren, ist schon wegen des Rechtsgedankens des § 166 BGB kein Raum für Verbraucherschutz³².

Ob die Ausnahme nach §§ 312g Abs. 2 Nr. 13, 127a BGB auch für den Vergleich gilt, der im Beschlusswege nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellt wird, ist umstritten³³. Dieser Streit kann im Regelfall dahinstehen, weil der nicht professionell vertretene Mieter die Mietsache kennt und daher der Besichtigungsfall des § 312 Abs. 4 BGB anzunehmen ist. Das ist selbst dann fast ausnahmslos der Fall, wenn durch den Vergleich eine Person in den Mietvertrag aufgenommen wird, die bisher nicht Mieter ist. Für eine denkbare Ausnahmekonstellation scheidet aber die Annahme eines - einzig in Betracht kommenden - Fernabsatzgeschäftes nach § 312c Abs. 1 BGB aus. Denn hier erfolgt der Vertragsschluss nicht unmittelbar zwischen den Parteien, sondern durch Vermittlung des Gerichts. Ohnehin käme die Anwendung nur in Betracht, wenn der Mieter/Verbraucher nicht durch einen Rechtsberater vertreten würde.

Bei einem außergerichtlichen Vergleich nach einer Kündigung, bei dem der Mieter nicht professionell beraten/vertreten ist und mit dem ein neues Mietverhältnis begründet wird, um dem Mieter die Wohnung zu erhalten, wird in der Regel eine Besichtigung i.S.v. § 312 Abs. 4 S. 2 BGB anzunehmen sein. Der sicherste Weg ist die Unterzeichnung des Vergleichs in den Kanzleiräumen des Rechtsanwalts des Vermieters, § 312b Abs. 2 S. 2 BGB.

1.3.3 Belehrung über das Widerrufsrecht

Liegt keine Ausnahme vor, entsteht für jeden Mieter in der Regel ein Widerrufsrecht nach § 312g BGB, das er gemäß § 355 Abs. 2 BGB innerhalb von vierzehn Tagen ausüben kann.

Diese Frist beginnt nach § 356 Abs. 3 BGB aber nur, wenn der Vermieter den Mieter entsprechend den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 EGBGB unterrichtet hat. Ist

³² BGH v. 2.5.2000 - XI ZR 150/99, NJW 2000, 2268.

³³ Erman/Arnold, § 127 BGB Rz. 5 m.w.N.

eine solche Information - auch in der gehörigen Art und Weise - unterblieben, 16
gilt eine absolute Widerrufsfrist von einem Jahr und vierzehn Tagen.

Um die Frist möglichst kurz zu halten, also auf die Dauer von vierzehn Tagen zu beschränken, muss der Vermieter seine Informationspflichten in der gehörigen Art und Weise erfüllen. Dazu muss er vor Abgabe der Erklärung des Mieters, die zum Vertragsschluss führt, über das Widerrufsrecht belehren. Bei mehreren Personen auf der Mieterseite besteht die Informationspflicht jedem Mieter gegenüber³⁴.

Welche Anforderungen für die Belehrung gelten, legen für die hier einschlägigen Situationen § 312d BGB, Art. 246a EGBGB fest. Für die von Art. 246b § 4 Abs. 1 EGBGB geforderte Rechtszeitigkeit der Belehrung reicht es aus, dass sie zeitlich unmittelbar vor der Abgabe der Vertragserklärung des Mieters erfolgt, so dass er diese Erklärung in dem Bewusstsein abgibt, sie auch widerrufen zu können. Wurde die Belehrung übersehen, vergessen oder nicht in der richtigen Art und Weise erteilt, beginnt die Frist des § 355 Abs. 2 BGB, sobald der Mieter durch den Vermieter (nachträglich) in der gehörigen Weise über sein Widerrufsrecht belehrt wird, § 357 Abs. 3 BGB.

Eine besondere Form sehen die Vorschriften über die Informationspflichten des Vermieters für den Fall vor, dass ein Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers geschlossen wird. Dazu bestimmt Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB, dass der Vermieter die Informationen auf Papier zur Verfügung stellen muss. Davon kann nur abgewichen werden, wenn der Mieter zustimmt. In diesem Fall muss die Belehrung aber auf einem anderen dauerhaften Datenträger (z.B. Mail, Stick) lesbar gespeichert und dem Mieter dieser Datenträger übergeben worden sein. Für den Abschluss von Verträgen in Papierform bietet sich daher in der Praxis an, vor der Unterschriftenzeile die Belehrung zu platzieren und den Entwurf der Widerrufserklärung als Anlage beizuheften.

Inhaltlich muss die Information klar und verständlich sein, Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB. Dazu muss sie die in dieser Vorschrift aufgestellten Mindestangaben enthalten, insbesondere die Adresse des Widerrufsempfängers, seine Telefon³⁵- und ggfs. Faxnummer, Mail-Account und die Beschreibung, wie der Widerruf auszuüben ist. Auf der Grundlage der Anlage 1 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB kann eine solche Belehrung z.B. wie folgt aussehen.

Ausfertigung <u>Vermieter</u>/Mieter
<u>Widerrufsbelehrung</u>
<u>Widerrufsrecht</u>
Sie haben das Recht, binnen vierzehn Tagen ohne Angabe von Gründen diesen Vertrag zu widerrufen. Die Widerrufsfrist beträgt vierzehn Tage ab dem Datum Ihrer Unterschrift unter diese Belehrung. Um Ihr Widerrufsrecht auszuüben, müssen Sie uns an die unten

³⁴ Erman/Koch, § 312b BGB Rz. 4.

³⁵ Die Widerrufserklärung kann auch mündlich erfolgen: LG Bochum v. 6.8.2014 - I-13 O 102/14, ■.

angegebene Anschrift mittels einer eindeutigen Erklärung (z.B. ein mit der Post versandter Brief, Telefax oder E-Mail) über Ihren Entschluss, diesen Vertrag zu widerrufen, informieren. Sie können dafür das beigefügte Muster-Widerrufsformular verwenden, das jedoch nicht vorgeschrieben ist.

17

Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.

Der Widerruf ist zu richten an:

Name / Firma

Anschrift des Widerrufsadressaten (= Vermieter oder Hausverwalter)

Telefonnummer

Fax-Nummer

Mail-Account

Widerrufsfolgen

Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Deshalb müssen Sie unverzüglich, spätestens nach 14 Tagen seit der Absendung des Widerrufs aus der Wohnung ausziehen und die Wohnung an uns zurückgeben.

Wir haben Ihnen deshalb alle bis zum Widerruf erfolgten Zahlungen von Miete und unverzüglich, spätestens binnen vierzehn Tagen ab dem Tag zu erstatten, an dem die Mitteilung über Ihren Widerruf dieses Vertrags bei uns eingegangen ist. Für diese Rückzahlung verwenden wir dasselbe Zahlungsmittel, das Sie bei der ursprünglichen Transaktion eingesetzt haben, es sei denn, mit Ihnen wurde ausdrücklich etwas anderes vereinbart; in keinem Fall werden Ihnen wegen dieser Rückzahlung Entgelte berechnet.

Köln, den

Mieter

Der Belehrung muss ein Formular beigefügt werden, dass der Mieter zur Ausübung des Widerrufs verwenden kann, ihm jedenfalls den notwendigen Inhalt aufzeigt.

Muster-Widerrufsformular

Wenn Sie den Mietvertrag widerrufen wollen, dann füllen Sie bitte dieses Formular aus und senden es an uns zurück.

Adresse Vermieter (Name, Anschrift, Faxnummer, E-Mail-Adresse)

Hiermit widerrufe(n) ich/wir* den von mir/uns* am [Datum] abgeschlossenen Mietvertrag über die Wohnung im Hause [Adresse]

Name und Anschrift des Mieters:

Datum

Unterschrift (nur bei Mitteilung auf Papier)

* Unzutreffendes streichen

Zweifelhaft ist, ob das Widerrufsrecht besteht, wenn der Vermieter den Mieter irrtümlich belehrt hat, das Widerrufsrecht also z.B. wegen vorangegangener Besichtigung nicht bestand. In einem solchen Fall ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob dem Mieter ein vertragliches Widerrufsrecht eingeräumt werden sollte³⁶. Diese Auslegung hat nach der Rechtsprechung des BGH entsprechend dem Verfahren wie bei AGB nach objektiven Maßstäben, nicht also nach §§ 133, 157 BGB zu erfolgen. Demnach liegt kein Angebot vor, wenn der Vermieter nur seinen vermeintlichen Informationspflichten nachkommen will.

1.4 Widerruf

Kommt im Anwendungsbereich der §§ 312b, 312c BGB ein Mietvertrag, eine Vertragsänderung oder eine sonstige mit dem Mietvertrag zusammenhängende Einigung (z.B. Abnah-

³⁶ BGH v. 28.5.2013 - XI ZR 6/12, WPM 2013, 1314 = ZIP 2013, 1372; BGH v. 6.12.2011 - XI ZR 401/10, MDR 2012, 269 = NJW 2012, 1066.

meprotokoll³⁷) zustande, besteht ein Widerrufsrecht des Mieters, §§ 312g Abs. 1, 355 BGB. Er kann den Vertragsschluss durch einseitige Erklärung rückgängig machen (vernichten). Das gilt für jeden Mieter. Haben also auf Mieterseite mehrere Personen an dem Vertragsschluss mitgewirkt, kann jede einzelne von ihnen seine Vertragserklärung widerrufen³⁸. Wurde der Mieter bei Abschluss des Mietvertrages von einem Dritten, der nicht professioneller Berater ist, vertreten, kommt es für das Widerrufsrecht darauf an, dass in seiner Person die persönlichen Voraussetzungen des Widerrufsrechts begründet sind³⁹.

Grundsätzlich muss der Vermieter den Mieter nicht über sein Widerrufsrecht belehren. Unterbleibt eine Belehrung, erlischt das Widerrufsrecht des Mieters allerdings gemäß §§ 356 Abs. 3, 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB erst zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss. Insoweit ist es unbeachtlich, ob der Mieter in der Zwischenzeit die getroffene Einigung vollzogen hat, also z.B. aufgrund eines Haustürgeschäftes über diesen Zeitraum die Wohnung (gegen Mietzahlung) bereits genutzt oder die erhöhte Miete gezahlt hat⁴⁰. Maßgeblich ist grundsätzlich allein, ob er belehrt wurde.

Zur Form des Widerrufs stellen die einschlägigen Normen keine Anforderungen. Zwar sieht die Anlage 2 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und § 2 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB letztlich eine schriftliche (mindestens in Textform) abzugebende Erklärung vor. Eine Formbestimmung lässt sich daraus aber nicht herleiten. Deshalb kann die Widerrufserklärung auch mündlich erfolgen⁴¹. Dennoch ist es schon aus Beweisgründen angezeigt, innerhalb der maßgeblichen Frist mindestens in der Textform des § 126b BGB einen nachweisbaren Zugang zu bewirken.

Die Erklärung des Widerrufs muss keine Begründung enthalten. Es reicht eine Mitteilung, aus der sich der Wille, das Rechtsgeschäft (hier: den Mietvertrag) aufzulösen, eindeutig ergibt. Eine Bestätigung des Widerrufs durch den Vermieter ist nur für die in § 356 Abs. 1 BGB beschriebene besondere Situation vorgesehen.

1.5 Rechtsfolgen des Widerrufs

1.5.1 Widerruf des Mietvertrages

Wird das Widerrufsrecht zum Mietvertrag, mit dem das Mietverhältnis (erstmalig) begründet wurde, ausgeübt und hatte eine Übergabe i.S.v. § 535 Abs. 1 BGB bereits stattgefunden, muss der Mieter innerhalb von vierzehn Tagen räumen und dem Vermieter den unmittelbaren Besitz zurückgeben, §§ 355 Abs. 3, 357 Abs. 1 BGB. Der Vermieter seinerseits muss die empfangenen Leistungen (Miete, Kautions etc.) innerhalb der gleichen Zeit erstatten. Insoweit ist § 357 Abs. 3 BGB für die Wahl der Zahlungsmittel zu beachten.

Die Frist von vierzehn Tagen beginnt für den Mieter mit der Absendung des Widerrufs und für den Vermieter mit dessen Zugang, § 355 Abs. 3 BGB.

³⁷ Vgl. dazu *Löfflad*, MietRB 2004, 87.

³⁸ *Erman/Koch*, § 312b BGB Rz. 4.

³⁹ *Staudinger/Thüsing*, § 312 BGB Rz. 43; *Erman/Koch*, § 312b BGB Rz. 7 BGB.

⁴⁰ OLG Braunschweig v. 15.9.1999 - 1 REMiet 2/99, WuM 1999, 631.

⁴¹ LG Bochum v. 6.8.2014 - I-13 O 102/14, ■.

Dem Mieter steht ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu, § 570 BGB. Diese Vor- 20

schrift ist zumindest entsprechend anwendbar. Zum Einen regelt § 357 Abs. 4 BGB ausdrücklich, inwieweit nach einem Widerruf ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann. Zum anderen ist die Zweckrichtung in den gegebenen Situationen vergleichbar. Demgegenüber kann der Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Leistung geltend machen. Zwar ist der Abschluss eines Mietvertrages kein Verbrauchsgüterkauf i.S.v. § 474 BGB, für den § 357 Abs. 4 BGB ein Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich regelt. Die Situation ist aber auch hier vergleichbar: bei nicht rechtzeitiger Räumung stehen dem Vermieter zumindest Ansprüche aus den §§ 987 ff., 812 BGB auf Nutzungsent-schädigung zu. Zum Anderen hält er mit den zurückzugewährenden Leistungen ein Druckmittel in der Hand, dass den Mieter zur fristgerechten Räumung anhalten kann.

Der Vermieter muss geldwerte Leistungen, die er vom Mieter erhalten hat, wie z.B. Miete oder Kautions, zurückzahlen. Zu Leistungen, die der Mieter nicht in Geld erbracht hat, enthält § 357 BGB keine Regelung. Als eine solche Leistung kann z.B. die Anfangsrenovie-rung der Wohnung durch den Mieter angesehen werden. Da § 357 BGB nur im Hinblick auf die Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher einen abschließenden Charakter hat, regeln sich derartige Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter nach den allgemei-nen Vorschriften. Demnach erhält der Mieter für eine Anfangsrenovierung Wertersatz nach §§ 812, 818 BGB⁴².

Wertersatz für die Nutzung der Wohnung kann der Vermieter vom Mieter grundsätzlich erst verlangen, wenn die vierzehn Tage gemäß § 357 Abs. 1 BGB überschritten sind und der Mieter dem Vermieter die Wohnräume „vorenthält“. Denn nach § 357 Abs. 8 BGB kann er Wertersatz nur verlangen, wenn der Mieter ausdrücklich vom Vermieter verlangt hat, dass die Übergabe und Nutzung bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnen soll. Das setzt aber auch eine entsprechende Belehrung voraus. Nach § 357 Abs. 7 BGB steht dem Vermieter für die Zeit bis zum Widerruf Wertersatz nur zu, wenn ein Wertverlust eingetreten ist und eine Belehrung des Mieters über das Widerrufsrecht stattgefunden hat. Dann konnte vom Mieter ein sorgfältiger Umgang mit der Mietsache erwartet wer-den. Zwar kann ein Wertverlust auch durch normale Abnutzung durch einen über die Prü-fung hinausgehenden Umgang mit der Wohnung⁴³ stattfinden⁴⁴. Der Wertverlust muss je-doch feststellbar sein. Davon kann bei einer Wohnung in der Regel nur bei Beschädigun-gen der Mietsache ausgegangen werden. Denn die Abnutzung aufgrund vertragsgemäßen Gebrauchs wird in aller Regel innerhalb von zwei Wochen keinen Wertverlust herbeifüh-ren. Insoweit geht auch der Gesetzgeber von einer „intensiven“ Nutzung als anspruchsbe-gründendes Merkmal aus⁴⁵.

Auf Verträge mit Dritten hat der Widerruf grundsätzlich nur im Rahmen des § 360 BGB Auswirkungen. Dafür muss es sich um einen sog. zusammenhängenden Vertrag handeln. Voraussetzung dafür ist nach § 360 Abs. 2 BGB das Bestehen eines Vertrages, nachdem der Unternehmer des widerrufenen Vertrages oder ein Dritter auf der Grundlage einer

⁴² BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, MDR 2009, 916 = MietRB 2009, 254 = WuM 2009, 395 = ZMR 2009, 829.

⁴³ Erman/Koch, § 357 BGB Rz. 15.

⁴⁴ BT-Drucks. 17/12637, S. 63.

⁴⁵ BT-Drucks. 17/5097, S. 23.

Vereinbarung zwischen dem Dritten und diesem Unternehmer eine Leistung erbracht haben. In der mietrechtlichen Praxis kann eine derartige Konstellation vorliegen, wenn 21

- der Vermieter einen Makler einschaltet und entgegen dem Bestellerprinzip eine Provision gezahlt wurde,
- mit dem Vormieter ein mit dem Vermieter abgesprochener Vertrag geschlossen wurde.

Liegt ein derartiger zusammenhängender Vertrag vor, wird er so behandelt, als sei er selber widerrufen und die empfangenen Leistungen sind nach der Anspruchsgrundlage des § 355 Abs. 3 BGB rückabzuwickeln⁴⁶. Danach kann der Mieter eine Maklerprovision, sofern nicht ohnehin das Bestellerprinzip gilt, vom Makler zurückverlangen. Hat der Mieter mit dem Vormieter im Zuge des Wohnungswechsels z.B. einen Vertrag über den Kauf von Einrichtungsgegenständen gegen die Übernahme seiner Endrenovierungspflicht geschlossen, sind Leistung und Gegenleistung zurückzugewähren, sofern der Vertrag mit Zustimmung des Vermieters geschlossen wurde.

1.5.2 Widerruf von Vertragsänderungen

Auch in dieser Konstellation ist davon auszugehen, dass der Widerruf für den Verbraucher/Mieter grundsätzlich folgenlos bleiben soll. Sollte also ein Leistungsaustausch bereits stattgefunden haben, sind die empfangenen Leistungen innerhalb von vierzehn Tagen zurückzugewähren, § 355 Abs. 3 BGB.

Die Rückgewähransprüche beziehen sich aber allein auf den Gegenstand des Änderungsvertrages. Keinesfalls wird der (gesamte) Mietvertrag als solcher widerrufbar, wenn eine Vertragsänderung vereinbart wurde. Demnach kommt es allein darauf an, ob auf der Grundlage der Vertragsänderung ein (geänderter) Leistungsaustausch stattgefunden hat.

III. Aktuelles Mietrecht

2 Mietvertrag

2.1 Haftung vor Überlassung

Ist ein schriftlicher Mietvertrag noch nicht abgeschlossen worden, ist es dem Mieter im Vorgriff darauf gestattet gewesen, schon vor Abschluss des Mietvertrages Geräte und Einrichtungen z.B. für den Betrieb eines MRT in den Mieträumen aufzustellen und zu installieren, stellt sich die Frage, ob und ggfs. in welchem Umfang die Parteien sich schadensersatzpflichtig machen können. .

Werden die späterhin zu vermietenden Räumlichkeiten dem künftigen Mieter vor Beginn des Mietverhältnisses unentgeltlich überlassen, damit dieser die für den vertragsgemäßen Gebrauch erforderlichen Maßnahmen ergreifen und die Einrichtung der Räumlichkeiten vornehmen kann, liegt hierin nicht bereits ein Mietverhältnis oder der Abschluss eines

⁴⁶ Erman/Koch, § 360 BGB Rz. 2.

Mietvertrages, sondern vielmehr ein Überlassungsverhältnis eigener Art⁴⁷. Der Inhalt des Überlassungsverhältnisses bestimmt sich danach, zu welchem Gebrauchszweck die Räumlichkeiten vorab dem künftigen Mieter überlassen worden sind. Dementsprechend gestalten sich sowohl die Hauptpflichten als auch die gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten i.S.d. § 241 BGB nach dem Zweck dieses Überlassungsvertrages.

Die Mieter kann eine Schadensersatzpflicht des Vermieters in einem solchen Fall weder aus § 280 BGB i.V.m. dem Überlassungsvertrag noch aus §§ 241, 280 BGB i.V.m. dem Überlassungsvertrag herleiten⁴⁸. Hauptpflicht des Vermieters aus dem Überlassungsvertrag war es, dem Mieter die Räume zur Verfügung zu stellen und die baulicherseits erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Räume in einen geeigneten Zustand zu versetzen. Die Aufstellung und Installation des MRT-Gerätes und der für dessen Betrieb erforderlichen Anlagen und Einrichtungen hingegen oblag dem Mieter. Vertragszweck des Überlassungsvertrages war es somit, dem Mieter die Aufstellung und Installation des MRT-Gerätes und der für dessen Betrieb erforderlichen Einrichtungen zu ermöglichen und ihnen insoweit den Gebrauch an den Räumlichkeiten zu überlassen. Hieran haben sich die über die bauseitig hinausgehenden Haupt- und Nebenpflichten des Vermieters auszurichten.

Der Vertragszweck des Überlassungsvertrages ist vorliegend mit der Berechtigung eines Mieters im Rahmen eines bestehenden Mietverhältnisses, Einrichtungen anzubringen und dabei bauliche Veränderungen vorzunehmen, vergleichbar. Insoweit lassen sich die hierfür entwickelten Grundsätze zur Umschreibung der Vertragspflichten des Vermieters entsprechend anwenden. Ein Vermieter ist hiernach nur dann ohne weiteres zur Duldung verpflichtet, wenn er durch die Maßnahmen des Mieters nicht erheblich beeinträchtigt wird⁴⁹. Handelt es sich hingegen um solche Maßnahmen, die mit baulichen Veränderungen verbunden sind und Eingriffe in die Bausubstanz erfordern, bedürfen diese grundsätzlich der Zustimmung des Vermieters⁵⁰. Eine solche Zustimmung kann bereits bei Vertragsabschluss erklärt werden, wenn dies für die Erfüllung des Vertragszwecks unumgänglich ist und der Vermieter insoweit zumindest konkludent durch den Vertragsabschluss sein Einverständnis erklärt hat. Da dem Mieter und dem Vermieter bis unmittelbar konkreten Schadensereignis die konkrete Installationsplanung für die Klimaanlage, die wiederum der Temperaturregulierung für die Technik- und Schaltschänke des MRT-Gerätes diene, nicht bekannt war, erstreckte sich die Zustimmungserklärung des Vermieters beim mündlichen Abschluss des Überlassungsvertrages eigener Art auch nur auf die grundsätzliche Befugnis des Mieters, die für den Betrieb des MRT-Gerätes erforderlichen Anlagen und Einrichtungen zu installieren. Die Zustimmung zu einer konkreten Ausführungsart war hiervon folglich nicht erfasst.

Haben die Parteien bei Ein- und Umbauten durch den Mieter vertragliche Absprachen nicht getroffen, sind die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen⁵¹. Im Rahmen

⁴⁷ Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 535 BGB Rz. 347.

⁴⁸ OLG Rostock v. 27.3.2014 - 3 U 90/12, GE 2014, 1058.

⁴⁹ Knops in Herrlein/Kandelhard, MietR, 4. Aufl., § 535 BGB Rz. 22.

⁵⁰ Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 535 BGB Rz. 748; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 88.

⁵¹ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl. § 535 Rz. 424.

eines Mietverhältnisses ist das Interesse des Mieters an der von ihm beabsichtigten Maßnahme gegenüber der Entscheidungsfreiheit des Vermieters betreffend die wirtschaftliche Nutzung seines Eigentums abzuwägen⁵². Im Ergebnis der Abwägung kann der Vermieter berechtigt sein, die Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme zu verweigern, wenn von ihr nachteilige Folgewirkungen auf die bauliche Substanz der Mietsache ausgehen⁵³ oder solche Auswirkungen auch nur zu befürchten sind⁵⁴. Zur Vermeidung von Beeinträchtigungen des Eigentums des Vermieters kann der Vermieter seine Zustimmung aber auch mit Auflagen verbinden, wenn diese sachgerecht und angemessen sind⁵⁵. Zuerst steht das Wahlrecht mit Blick auf Art. 14 GG dem Vermieter zu, solange hierdurch der Mieter nicht unangemessen benachteiligt wird⁵⁶.

Diese für das bestehende Mietverhältnis entwickelten Grundsätze lassen sich ohne weiteres auf das Zustimmungserfordernis im Rahmen der Zweckverwirklichung des vorgeschalteten Überlassungsvertrages übertragen⁵⁷. Im vorliegenden Fall ergibt sich für die Duldungspflicht des Vermieters, dass er zwar einer Installation grundsätzlich zugestimmt hat, er jedoch nicht jede von dem Mieter gewählte Ausführungsform hinnehmen muss. Insoweit die Parteien hierüber konkrete Absprachen nicht getroffen hatten, ist vielmehr anhand der vorbezeichneten Grundsätze abzuwägen, ob der Vermieter die von dem Mieter beabsichtigte Ausführung der Einbindung der Kondensatableitung des Klimagerätes hinnehmen muss oder ob er auf eine anderweitige Ausführung hinwirken kann. Insoweit der Vermieter befürchtete, dass es bei der geplanten Kondensatableitung wegen einer Hebepumpe zu Überflutungen kommen könnte, hat er ein legitimes Schutzinteresse betreffend sein Eigentum in die Interessenabwägung eingebracht. Die von ihm aufgezeigte Installationsalternative hätte dagegen aus seiner Sicht schon deshalb eine Eigentumsgefährdung ausgeschlossen, weil die bisher im Kreiskrankenhaus vorgenommene Einbindung von Kondensatableitungen anderer Klimaanlage unbestritten zu keinen Zwischenfällen geführt hatte. Auch der Senat⁵⁸ ist in Auswertung der Erfahrungen der Senatsmitglieder aus anderen Zivilprozessen und unter Heranziehung des allgemeinen Wissensstandes davon überzeugt, dass bei fachgerechter Ausführung der vom Vermieter vorgeschlagenen Einbindung der Leitungen jedenfalls für das Eigentum sowohl des Mieters als auch des Vermieters keine oder jedenfalls eine geringere Gefährdung ausgegangen wäre. Bei fachgerechter Ausführung nämlich hätte das Kondensatableitungsrohr und damit auch die Klimaanlage durch entsprechende technische Schutzeinrichtungen (Rückstauventil, Rückschlagklappe) vor den nachteiligen Auswirkungen eines Abwasserrückstaus geschützt werden können. Somit stellt sich die Ablehnung der Installationsplanung und der Verweis auf seinen Installationsvorschlag nicht als Pflichtverletzung, sondern als nicht zu beanstandende Ausübung der vertraglichen Befugnisse des Vermieters dar. Aus vorgenannten Gründen ist darüber hinaus auch ein schuldhaftes Verhalten des Vermieters zu verneinen.

⁵² Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 535 BGB Rz. 758.

⁵³ LG Hamburg v. 23.11.1973, 11 S 93/73, WuM 1974, 145; Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 535 BGB Rz. 759.

⁵⁴ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl. § 535 Rz. 436.

⁵⁵ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl. § 535 Rz. 430; Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 535 BGB Rz. 760.

⁵⁶ Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 554a BGB Rz. 29.

⁵⁷ OLG Rostock v. 27.3.2014 - 3 U 90/12, GE 2014, 1058.

⁵⁸ OLG Rostock v. 27.3.2014 - 3 U 90/12, GE 2014, 1058.

Wenn gleichwohl von dem Mieter gegen die geforderte Installationsweise Bedenken bestanden hätten, wäre es ihre Sache gewesen, diese geltend zu machen und so in die Interessenabwägung einzubringen. 24

2.2 Formbedürftiger Mietvertrag

Grundsätzlich bedürfen Geschäftsraummietverträge zu ihrer Wirksamkeit keiner Form. Mietverträge bedürfen jedoch ausnahmsweise einer notariellen Beurkundung, wenn in einem einheitlichen Vertrag neben den rein mietrechtlichen Vereinbarungen auch die Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks enthalten ist⁵⁹. Ein Mietvertrag ist daher insbesondere dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstückskaufvertrag rechtlich zusammenhängt. Dies ist i. d. R. der Fall, wenn die Vereinbarungen über Kauf und Miete nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, dass sie miteinander „stehen und fallen sollen“⁶⁰. Dabei werden an diese Voraussetzung keine übermäßig hohen Anforderungen gestellt. Es genügt bereits, wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen lässt und der andere diesen Willen anerkennt oder zumindest hinnimmt.

Enthält der Mietvertrag die Bestimmung

Das Mietverhältnis beginnt am 01.02.2012 und wird für 3 Monate fest abgeschlossen. Die angemietete Liegenschaft wird von dem Mieter bis spätestens 30.04.2012 käuflich erworben. Sollte es zu keinem Kaufvertrag kommen, wird das Mietverhältnis auf 5 Jahre fest abgeschlossen. Dem Mieter steht das Recht zu, das Mietverhältnis 3-malig um jeweils weitere 5 Jahre zu verlängern. Will er von diesem Recht Gebrauch machen, wird er dies dem Vermieter spätestens 12 Monate vor Ablauf der festen Vertragslaufzeit mitteilen.

lässt sich dem entnehmen, dass die Parteien ein kurzfristiges Mietverhältnis angedacht haben, das lediglich der Überbrückung dienen sollte, bis der Mieter das Grundstück erworben hat⁶¹. Die enge Verbindung und Abhängigkeit zwischen dem Mietvertrag und dem geplanten Erwerb des Objekts durch den Mieter kommt insbesondere auch zum Ausdruck, wenn die vereinbarte Miete so hoch angesetzt wurde, weil er auf den Kaufpreis angerechnet werden sollte. Der vereinbarte Mietpreis war deshalb gar nicht am Mietmarkt orientiert, sondern sollte eine Anzahlung auf den Kaufpreis darstellen. Dem steht auch nicht eine seitens des Vermieters später gewährte Mietreduzierung entgegen, insbesondere nicht, dass diese nur vorübergehend geltend sollte.

Die Vertragsurkunde und der Parteiwille beider Vertragspartner zeigen, dass der Mietvertrag und der Erwerb des Grundstücks nicht nur in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stand, sondern dass beide Verträge miteinander stehen und fallen sollten, und vor allem auch die Mietpreisabreden ganz am geplanten Verkauf ausgerichtet waren. Es wurde somit durch das Vertragswerk auch ein indirekter Zwang zum Abschluss des Kaufvertrags bewirkt⁶².

⁵⁹ BGH v. 10.10.1986 - V ZR 247/85, NJW 1987, 1069; Ludwig in jurisPK, § 311b BGB Rz. 241.

⁶⁰ BGH v. 10.10.1986 - V ZR 247/85, NJW 1987, 1069 = juris Rz.19.

⁶¹ OLG Stuttgart v. 28.7.2014 - 5 U 40/14, IMR 2014, 517.

⁶² OLG Karlsruhe v. 24.4.2009 - 14 U 53/06, ZMR 2010, 680.

Welcher Vertragszweck bei Mischmietverhältnissen im Vordergrund steht, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der getroffenen Vereinbarungen zu ermitteln. Entscheidend ist der wahre, das Rechtsverhältnis prägende Vertragszweck⁶³, also die gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Vertragsparteien darüber, wie das Mietobjekt genutzt werden soll und welche Art der Nutzung im Vordergrund steht⁶⁴. Ein hiervon abweichender, im Vertrag nur vorgetäuschter Vertragszweck ist unbeachtlich⁶⁵.

Dabei lassen sich keine festen Regeln aufstellen⁶⁶. Insbesondere lässt der Umstand, dass die Vermietung nicht nur zu Wohnzwecken, sondern auch zur Ausübung einer gewerblichen/freiberuflichen Tätigkeit vorgenommen wird, durch die der Mieter seinen Lebensunterhalt bestreitet, keine tragfähigen Rückschlüsse auf einen im Bereich der Geschäftsräummierte liegenden Vertragsschwerpunkt zu.

Zwar hat der VIII. Senat in seinem Urteil vom 16. April 1986⁶⁷ ausgeführt, wenn ein Einfamilienhaus einem Rechtsanwalt zur Nutzung als Kanzlei und zugleich als Wohnung überlassen werde, sei im Allgemeinen anzunehmen, dass die Vermietung in erster Linie zu gewerblichen Zwecken vorgenommen werde. Dies gelte selbst für den Fall, dass die für den Betrieb der Kanzlei zur Verfügung stehende Fläche des Hauses geringer sei als die für Wohnzwecke gedachte. Denn die Kanzlei sei für den Rechtsanwalt die Stätte, ohne die er im Allgemeinen seine Berufstätigkeit nicht ausüben und die Geldmittel erwerben könne, die er benötige, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, zu denen auch die Miete für die Wohnung gehöre. Der Vermieter könne im Allgemeinen eine höhere Miete für sein Haus verlangen, wenn er es nicht ausschließlich zu Wohnzwecken, sondern zugleich auch zum Betrieb der Anwaltskanzlei des Mieters vermiete. Die Größe der vermieteten Flächen spiele nur eine untergeordnete Rolle, es sei denn, die Fläche, die zur Benutzung als Wohnung zur Verfügung stehe, überwiege die Fläche, die zur Nutzung als Kanzlei in Betracht komme, derart, dass der für die Kanzlei zur Verfügung stehenden nur eine geringe Bedeutung zukomme.

An diesem Abgrenzungskriterium, das der VIII. Senat zur Beurteilung der Anwendbarkeit des Miethöheregulierungsgesetzes (MHRG) entwickelt hat⁶⁸, hält der BGH mehr nicht fest⁶⁹. Das Bestreiten des Lebensunterhalts als vorrangiges Kriterium für das Vorliegen eines gewerblichen Nutzungsschwerpunkts ist im Hinblick auf die weitgefaste Formulierung im Urteil vom 16. April 1986 ("im Allgemeinen") von den Instanzgerichten und vom Schrifttum als verallgemeinerungsfähiger Grundsatz aufgefasst worden⁷⁰. Dieser Gesichtspunkt

⁶³ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877; OLG Düsseldorf, MDR 2012, 20 (21).

⁶⁴ OLG Stuttgart v. 31.3.2008 - 5 U 199/07, MDR 2008, 1091; KG, ZMR 2010, 956; OLG Saarbrücken, MDR 2012, 1335, 1336; OLG Karlsruhe, WuM 2012, 666 (668).

⁶⁵ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877.

⁶⁶ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539 = GE 2014, 1129 = DWW 2014, 254 = IMR 2014, 365.

⁶⁷ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877.

⁶⁸ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877.

⁶⁹ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539 = DWW 2014, 254 = IMR 2014, 365.

⁷⁰ vgl. KG, GE 1995, 1205 f.; OLG Köln v. 12.06.2001 - 3 U 172/00, ZMR 2001, 963, 965; OLG Stuttgart v. 31.3.2008 - 5 U 199/07, MDR 2008, 1091]; OLG Saarbrücken, MDR 2012, 1335, 1336; LG Frankfurt v. 31.1.2013 - 2/32 O 176/12, juris Rz. 30 f.; LG Hamburg, WuM 1993, 36; Staudinger/*Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, Vorbem. zu § 535 BGB Rz. 28; MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl., § 549 BGB Rz. 6; Er-

stellt jedoch kein sachgerechtes Unterscheidungskriterium dar⁷¹. Ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass bei einem Mischmietverhältnis die Schaffung einer Erwerbsgrundlage Vorrang vor der Wohnnutzung hat, besteht nicht⁷². Dass das Wohnen als wesentlicher Aspekt des täglichen Lebens generell hinter der Erwerbstätigkeit des Mieters zurücktreten soll, lässt sich weder mit der Bedeutung der Wohnung als Ort der Verwirklichung privater Lebensvorstellungen noch mit dem Stellenwert, dem das Wohnen in der heutigen Gesellschaft zukommt, in Einklang bringen.

Die Nutzung zu Wohnzwecken dient dazu, dem Mieter die Verwirklichung seiner privaten Lebensvorstellungen zu ermöglichen. Die Wohnung ist für jedermann regelmäßig der Mittelpunkt der privaten Existenz⁷³. Der einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Sicherung seiner Freiheit und zur Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen. Im Falle der Anmietung von Wohnraum erfüllt das Besitzrecht des Mieters Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukommen, und stellt daher eine privatrechtliche Position dar, die den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt⁷⁴. Die Wohnung bildet letztlich die Stätte, die der Mieter im Allgemeinen benötigt, um die Kraft und Energie für die Ausübung seiner Berufstätigkeit gewinnen zu können. Es lässt sich damit nicht sagen, dass die gewerbliche/freiberufliche Nutzung bei Mischmietverhältnissen generell überwiegt. Umgekehrt lässt sich auch kein Erfahrungssatz aufstellen, dass die Wohnungsnutzung im Allgemeinen Vorrang vor der Nutzung zu gewerblichen/freiberuflichen Zwecken hat.

Für die Ermittlung des nach dem Willen der Parteien vorherrschenden Vertragszwecks ist beim Fehlen ausdrücklicher Regelungen auf objektive (äußerliche) Umstände zurückzugreifen, sofern diese tragfähige Anhaltspunkte für den Parteiwillen bilden⁷⁵. Als Indiz kommt etwa - je nach Fallgestaltung - die Verwendung eines auf eine der beiden Nutzungsarten (Geschäftsraum- oder Wohnraummiete) zugeschnittenen Vertragsformulars in Betracht⁷⁶. Dabei können nicht nur der Inhalt der darin enthaltenen Regelungen⁷⁷ oder - unter Umständen - die Bezeichnung des Mietverhältnisses in der Überschrift Bedeutung

man/Lützenkirchen, 13. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 15; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 11. Aufl., Vor §§ 557 - 557b BGB Rz. 25; BeckOK-BGB/Ehlert, Stand: 1. Mai 2014, § 549 BGB Rz. 10 m.w.N.

⁷¹ LG Köln v. 11.07.1988 - 32 O 182/88, WuM 1988, 313 (314); LG Berlin, WuM 1988, 22; AG Fürth (Bayern) v. 6.12.2000 - 330 C 2618/00, WuM 2001, 599, 601; Bühler, ZMR 2010, 897 (908 ff.); Münch-Komm/Häublein, 6. Aufl., § 573 BGB Rz. 22 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 109 m.w.N.

⁷² Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VI 13.

⁷³ BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, NJW 1993, 2035.

⁷⁴ vgl. auch BVerfG v. 4.4.2011 - 1 BvR 1803/08, WuM 2011, 355 (356 f).

⁷⁵ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539 = DWW 2014, 254 = IMR 2014, 365.

⁷⁶ OLG Hamburg, ZMR 1995, 120, 121; OLG Düsseldorf, GE 2006, 647; OLG Stuttgart, MDR 2008, 1091; OLG Celle, ZMR 1999, 469, 470; LG Berlin, WuM 1988, 22; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 15;; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 109; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VI 12

⁷⁷ KG Berlin v. 17.6.2010 - 12 U 51/09 ZMR 2010, 956 (957); OLG München v. 24.4.2006 - 17 U 2291/06 ZMR 2007, 119 (120).

gewinnen⁷⁸, sondern auch der Aufbau der vertraglichen Regelungen (Wohnraumnutzung oder Gewerberaumnutzung als Zusatz oder Anhang zu den übrigen Vertragsregelungen⁷⁹. 27

Indizwirkung kann auch dem Verhältnis der für eine gewerbliche/freiberufliche Nutzung vorgesehenen Flächen und der für Wohnzwecke bestimmten Flächen zukommen⁸⁰. Entsprechendes gilt - falls die Miete für die verschiedenen Nutzungen gesondert ausgewiesen ist - für die Verteilung der Gesamtmiete auf die einzelnen Nutzungsanteile⁸¹, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass für Gewerberäume regelmäßig eine höhere Miete entrichtet wird⁸². Auch die baulichen Gegebenheiten (Zuschnitt, Einrichtung etc.) können gegebenenfalls Rückschlüsse auf einen von den Parteien gewollten Vorrang einer Nutzungsart zulassen⁸³. Ein Indiz für das Überwiegen eines Nutzungsanteils kann sich auch aus Umständen im Vorfeld des Vertragsschlusses⁸⁴ oder aus einem nachträglichen Verhalten der Parteien - soweit dieses Rückschlüsse auf den übereinstimmenden Willen bei Vertragsschluss zulässt - ergeben⁸⁵. Die aufgeführten Indizien sind nicht abschließend. Es obliegt dem Tatrichter, auf der Grundlage der Einzelfallumstände zu beurteilen, ob Indizien vorliegen, die einen tragfähigen Rückschluss auf den übereinstimmenden Parteiwillen über den Nutzungsschwerpunkt zulassen, und diese zu gewichten.

Lässt sich bei der gebotenen Einzelfallprüfung ein Überwiegen der gewerblichen Nutzung nicht feststellen (also auch bei einer Gleichwertigkeit beider Nutzungen), ist von der Geltung der Vorschriften der Wohnraummiete auszugehen⁸⁶. Denn ansonsten würden die zum Schutz des Wohnraummieters bestehenden zwingenden Sonderregelungen, insbesondere die eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters (§§ 573, 543, 569 BGB) und die ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts (§ 23 Nr. 2a GVG), unterlaufen.

2.4 Einheitliches Mietverhältnis

Nach der Rechtsprechung des BGH⁸⁷ spricht bei einem schriftlichen Wohnungsmietvertrag und einem separat abgeschlossenen Mietvertrag über eine Garage eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der beiden Vereinbarungen. Es bedarf dann der Widerlegung der Vermutung durch besondere Umstände, welche die Annahme rechtferti-

⁷⁸ OLG München, ZMR 1995, 295 (296); OLG Düsseldorf v. 16.4.2002 - 24 U 199/01, NZM 2002, 739 (740); OLG Karlsruhe v. 21.5.2012 - 9 U 18/12, WuM 2012, 666 (668) und OLG Köln v. 21.6.2005 - 22 U 8/05, juris Rz. 9 einerseits und OLG Stuttgart, MDR 2008, 1091; OLG München, ZMR 2010, 962 andererseits.

⁷⁹ vgl. OLG Köln v. 12.6.2001 - 3 U 172/00, ZMR 2001, 963; OLG Saarbrücken v. 21.6.2012 - 8 U 451/11, juris Rz. 23, insoweit in MDR 2012, 1335 nicht abgedruckt.

⁸⁰ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877; OLG Karlsruhe v. 21.5.2012 - 9 U 18/12, MDR 2012, 1401; OLG Düsseldorf, GE 2006, 647 m.w.N.; LG Berlin, MM 2002, 383; LG München v. 14.11.2006 - 3 O 7669/06, juris Rz. 20.

⁸¹ vgl. OLG Düsseldorf, GE 2006, 647; LG Berlin, WuM 1988, 22; Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl., Einf. v. § 535 BGB Rz 101 f.

⁸² LG Köln v. 11.7.1988 - 32 O 182/88, MDR 1988, 1061.

⁸³ OLG Saarbrücken v. 21.6.2012 - 8 U 451/11, juris Rz. 23, insoweit in MDR 2012, 1335 nicht abgedruckt

⁸⁴ OLG München, ZMR 1995, 295 (296)

⁸⁵ OLG Karlsruhe v. 21.5.2012 - 9 U 18/12, WuM 2012, 666 (668).

⁸⁶ OLG Stuttgart v. 7.11.1985 - 8 REMiet 3/84, NJW 1986, 322, 323; LG Frankfurt v. 31.1.2013 - 2/32 O 176/12, juris Rz. 51; LG Berlin, MM 1990, 347; Bamberger/Roth/Ehlert, 3. Aufl., § 535 BGB Rz. 122a.

⁸⁷ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, WuM 2012, 14 = GE 2012, 58.

gen, dass die Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen. 28

Daran fehlt es, wenn der Mietvertrag über die Garage für beide Vertragspartner - abweichend von den für Wohnraum geltenden Regelungen - eine ordentliche Kündigung mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende vorsieht⁸⁸. Dies lässt auf den Willen der Parteien schließen, dass es sich bei dem Mietvertrag über die Garage um ein separates Mietverhältnis handeln sollte, das für beide Parteien mit einer verhältnismäßig kurzen Frist und unabhängig vom Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Beendigung des Mietverhältnisses (vgl. § 573 BGB) kündbar sein sollte. Dies wird nicht dadurch entkräftet, dass der Vermieter bei früheren Mieterhöhungen die Garagenmiete und die Wohnraum-miete im selben Verhältnis angehoben hat.

Ebenso unerheblich ist es, wenn sich Garage und Wohnung auf derselben Grundstückspar-zelle befänden. Zum einen steht dies im Widerspruch zu den tatbestandlichen Feststel-lungen des Berufungsgerichts, wonach die beiden Mietobjekte auf verschiedenen Grund-stücken liegen; einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat der Beklagte nicht gestellt. Zum anderen käme es hierauf auch nicht an. Denn der Umstand, dass bezüglich der Gara-ge Kündigungsfristen vorgesehen sind, die von den für den Wohnraummietvertrag gelten- den Kündigungsfristen abweichen, lässt unabhängig von der Lage der Mietobjekte auf den Willen der Vertragsparteien schließen, dass die Verträge gerade keine Einheit bilden sol- len.

2.5 Schlüssige Erweiterung des Mietvertrages

Die Grundsätze für den schlüssigen Vertragsabschluss gelten entsprechend für Änderun- gen/Erweiterungen im laufenden Mietverhältnis. Maßgeblich ist die Würdigung der Um- stände des Einzelfalls, die im Wesentlichen durch ein Verhalten der Parteien geprägt sein müssen, die einen Rückschluss auf ihren Rechtsbindungswillen zulassen.

Vor diesem Hintergrund kann eine schlüssige Vertragserweiterung anzunehmen sein, wenn der Vermieter eine Flächenerweiterung (29 m²) im Rahmen einer Modernisierung gegen Erhöhung der Miete ankündigt, der Mieter dem Anbau zustimmt, sich aber das Recht vorbehält, seine mangelnde Verpflichtung zur Duldung feststellen zu lassen⁸⁹. In- soweit ist in die Betrachtung einzubeziehen, dass der Mieter den Anbau seit seiner Errich- tung nutzt. Mit der Nutzung des Anbaus hat der Mieter das Angebot des Vermieters auf Gebrauchsüberlassung der erweiterten Wohnfläche gegen Zahlung einer um monatlich 307,13 € erhöhten Nettomiete konkludent angenommen. Eine dem Erklärenden zure- chenbare objektive Bedeutung seines Verhaltens hat aus der Sicht des Erklärungsgegners Vorrang vor einem etwa entgegenstehenden Willen des Erklärenden⁹⁰. Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass der Mieter sich vor Beginn der Maßnahme den Einwand vorbe- halten hat, zu ihrer Duldung nicht verpflichtet zu sein. Dahingehende Einwände hat er

⁸⁸ BGH v. 4.6.2013 - VIII ZR 422/12, WuM 2013, 536 = GuT Beilage zu Heft 4/2013, S. 63; BGH v. 9.4.2013 - VIII ZR 245/12, WuM 2013, 421 = GE 2013, 941.

⁸⁹ BGH v. 2.7.2014 - VIII ZR 298/13, WuM 2014, 546 = GE 2014, 1133.

⁹⁰ BGH v. 2.7.2014 - VIII ZR 298/13, WuM 2014, 546 = GE 2014, 1133; BGH v. 2.11.1989 - IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171 (177); BGH v. 7.6.1984 - IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324 (329).

nicht geltend gemacht, sondern im Gegenteil durch ihr tatsächliches Nutzungsverhalten zu verstehen gegeben, dass sie die Vergrößerung der Wohnfläche billigt. Etwaige Anhaltspunkte dafür, dass sie nach dem Zuschnitt der Wohnung nicht umhin konnte, die zusätzliche Wohnfläche zu nutzen, sie sind nicht ersichtlich.

3 Vertragsgemäßer Gebrauch

3.1 Kündigung trotz Haftung für konzessionsfähigen Zustand

Erhält der Mieter von Gewerberäumen keine Betriebserlaubnis, weil die Mieträume nicht den notwendigen Genehmigungszustand aufweisen, kann er neben einer Minderung (§ 536 BGB) auch den Mietvertrag fristlos kündigen (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Für den Vermieter ist ein Kündigungsrecht nicht vorgesehen.

Allerdings kann in einem Fall, in dem die Parteien eine Risikoverteilung auf den Mieter (unwirksam) vereinbart hatten, daran gedacht werden, dass der Vermieter Rechte aus einer Störung der Geschäftsgrundlage herleiten kann, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann⁹¹.

Zwar ist für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum, wenn nach der vertraglichen Regelung derjenige das Risiko zu tragen hat, der sich auf die Störung beruft⁹². Im konkreten Fall wurde jedoch ausweislich der unwirksamen Klausel fälschlicherweise angenommen, das Konzessionsrisiko liege beim Mieter. In einer vergleichbaren Konstellation hat der BGH⁹³ entschieden, dass eine ergänzende Vertragsauslegung zulasten der Partei geboten sein kann, welcher das Risiko vermeintlich vertraglich auferlegt worden war. Auch sollte einer Partei, die gesetzlich oder vertraglich ein Risiko zu tragen hat, in Fällen krasser Unbilligkeit gleichwohl ein Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage zustehen können⁹⁴.

Im konkreten Fall wäre es krass unbillig gewesen, wenn der Vermieter die Räume für die vereinbarte Grundmietzeit bis zum 30.4.2015 oder im Falle der Optionsausübung gar noch für weitere fünf Jahre dem Mieter ohne Gegenleistung hätte belassen müssen⁹⁵. Zum Zeitpunkt der Kündigung vom 17.2.2012 hatte der Vermieter seit zehn Monaten keine Mietzahlungen erhalten und gab es keinerlei Anhalt, dass die vertragsgemäße Nutzung als Spielhalle noch möglich werden könnte, zumal gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 des Spielhallengesetzes Berlin vom 20.5.2011⁹⁶ der Abstand zwischen Spielhallen 500 m nicht unterschreiten soll und sich nach Vortrag des Beklagten eine Vielzahl von Spielhallen in der Gegend befindet.

Zwar begründet ein Fehlen oder ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in der Regel nur einen Anspruch auf Anpassung des Vertrages und nicht ein Recht sich vom Vertrag zu lö-

⁹¹ vgl. BGH v. 31.5. 2006 - VIII ZR 159/05, NJW 2006, 2771 Rz. 11.

⁹² BGH v. 16.1.2004 - V ZR 166/03, BGH-Report 2004, 776, zitiert nach juris Rz. 20 m. w. N.

⁹³ BGH v. 1.6.1979 - V ZR 80/77, BGHZ 74, 370, zitiert nach juris Rz. 13.

⁹⁴ s. a BGH v. 31.5.2006 - VIII ZR 159/05, NJW 2006, 2771, Rz. 15.

⁹⁵ KG v. 14.7.2014 - 8 U 140/13, MDR 2014, 952 = ZMR 2014, 872 = GE 2014, 1452 = IMR 2014, 385.

⁹⁶ GVBl. 2011, Seite 223 ff.

sen⁹⁷. Eine Anpassung des Vertrages kommt hier aber nicht in Betracht, denn 30
der Mieter war ersichtlich nicht daran interessiert, eine Untervermietung oder
anderweitige (eigene) Nutzung des Objektes zu vereinbaren⁹⁸. Auf die Behauptung des
Vermieters im Schriftsatz, seine Hausverwaltung habe den Mieter mehrfach darauf hin-
gewiesen, dass er die Räume zu einem genehmigungs-konformen Geschäftszweck betrei-
ben, andernfalls aber zurückgeben solle, kommt es nicht entscheidend an. Die Behauptung
des Mieters, er habe den Vermieter mehrfach aufgefordert ihm die Stellung eines Nach-
mieters zu bewilligen, ist unerheblich, denn dies wäre gerade eine Auflösung und keine
Anpassung des Vertrages der Parteien gewesen.

3.2 Geschäftliche Tätigkeit in der Wohnung

Unter den nach der Verkehrsanschauung zu bestimmenden Begriff des "Wohnens" fallen
nach der Rechtsprechung des BGH lediglich solche berufliche Tätigkeiten, die der Mieter -
etwa im häuslichen Arbeitszimmer - in einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden
Weise ausübt. Der BGH hat beispielhaft hierfür die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers,
die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors sowie den
Empfang oder die Bewirtung von Geschäftsfreunden angeführt⁹⁹. Für die Aufnahme derar-
tiger Tätigkeiten, die mit dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck im Einklang ste-
hen, bedarf es keiner Erlaubnis des Vermieters.

Hingegen muss der Vermieter in ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen
geschäftliche (gewerbliche oder [frei-]berufliche) Aktivitäten des Mieters, die nach außen
in Erscheinung treten, grundsätzlich nicht ohne entsprechende vorherige Vereinbarung
dulden¹⁰⁰. Im Hinblick darauf liegt eine vertragswidrige geschäftliche Aktivität mit Publi-
kumsverkehr vor, wenn der Mieter in den ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten
Räumen nach seinen Angaben an drei Werktagen in der Woche zehn bis zwölf Schülern
Gitarrenunterricht erteilt, für deren Zulässigkeit es an einer Vereinbarung der Parteien
fehlt¹⁰¹. Zwar hat der BGH entschieden, dass der Vermieter im Einzelfall nach Treu und
Glauben verpflichtet sein kann, eine Erlaubnis zur teilweisen gewerblichen oder (frei-
)beruflichen Nutzung zu erteilen. Eine solche Verpflichtung des Vermieters, eine nach
den Bestimmungen des Mietvertrags vertragswidrige Nutzung zu gestatten, wird jedoch
nur dann in Betracht kommen, wenn von der beabsichtigten Tätigkeit - was der Mieter
darzulegen und zu beweisen hat¹⁰² - keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsa-
che oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung. Beispielhaft hat der
BGH dabei eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr
genannt¹⁰³. Um eine derartige Tätigkeit handelt es sich bei Gitarrenunterricht offensicht-
lich nicht.

⁹⁷ BGH v. 21.11.1968 - VII ZR 89/66, NJW 1969, 233.

⁹⁸ KG v. 14.7.2014 - 8 U 140/13, MDR 2014, 952 = IMR 2014, 385.

⁹⁹ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 14.

¹⁰⁰ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

¹⁰¹ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, MDR 2013, 698 = WuM 2013, 349 = ZMR 2013, 623.

¹⁰² BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 17.

¹⁰³ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

3.3 Untervermietung und Veränderung des Lebensmittelpunktes 31

Nach § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter vom Vermieter die Erlaubnis verlangen, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, wenn für ihn nach Abschluss des Mietvertrags ein berechtigtes Interesse hieran entsteht. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift nicht, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann. Davon ausgehend hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Kläger auf Gestattung der Untervermietung von zwei Räumen der Dreizimmerwohnung an Frau H. rechtsfehlerfrei bejaht.

Ein nach dem Abschluss des Mietvertrages entstandenes berechtigtes Interesse des Mieters kann darin gesehen werden, dass dieser seinen Lebensmittelpunkt für mehrere Jahre im Ausland begründet, weil er dort z.B. eine befristete Lehrtätigkeit aufnehmen will und durch die Untervermietung die Kosten einer doppelten Haushaltsführung verringern will¹⁰⁴. Ein Interesse des Mieters im Sinne von § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB ist schon dann anzunehmen, wenn ihm vernünftige Gründe zur Seite stehen, die seinen Wunsch nach Überlassung eines Teils der Wohnung an Dritte nachvollziehbar erscheinen lassen¹⁰⁵.

Als berechtigt ist dabei jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang steht¹⁰⁶. Der Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung aus § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB ist - vor allem in der durch Mobilität und Flexibilität geprägten heutigen Gesellschaft - nicht auf die Fälle beschränkt, in denen der Mieter seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung hat. Denn dies würde dem Zweck des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB zuwiderlaufen, dem Mieter auch dann die Wohnung zu erhalten, wenn er einen Teil untervermieten möchte, und der grundsätzlich anzuerkennenden Entscheidung des Mieters, sein Privatleben "innerhalb der eigenen vier Wände" nach seinen Vorstellungen zu gestalten¹⁰⁷. Daher ist der Wunsch eines Mieters, der am Ort seiner in einer anderen Stadt gelegenen Arbeitsstelle unter Beibehaltung der bisherigen Wohnung eine weitere Wohnung angemietet hat, von berufsbedingt entstehenden Reise- und Wohnungskosten entlastet zu werden, als berechtigtes Interesse zur Untervermietung eines Teils der Wohnung anzuerkennen¹⁰⁸. Dies gilt auch für die Aufnahme einer (befristeten) Arbeitstätigkeit im Ausland.

Der Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis besteht auch, wenn der Mieter mehr als die Hälfte der Wohnung untervermieten und auch den verbleibenden Teil nicht zum Wohnen nutzen will¹⁰⁹.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum finden sich allerdings zahlreiche Bestrebungen, den Anwendungsbereich des § 553 Abs. 1 BGB durch qualitative

¹⁰⁴ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998.

¹⁰⁵ vgl. BGH v. 3.10.1984 - VIII AZR 2/84, BGHZ 92, 213, 218 zur Vorgängerregelung des § 549 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F.

¹⁰⁶ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 8 (zu § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB); BGH v. 3.10.1984 - VIII AZR 2/84, BGH Z 92, 213, 219 (zu § 549 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F.).

¹⁰⁷ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 13.

¹⁰⁸ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 13.

¹⁰⁹ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998.

und/oder durch quantitative Anforderungen an die verbleibende Nutzung 32 durch den Mieter einzuschränken. Nach der wohl strengsten Auffassung setzt § 553 BGB voraus, dass die Wohnung auch nach der Untervermietung Lebensmittelpunkt des Mieters bleibt¹¹⁰. Andere Stimmen sehen das entscheidende Kriterium für die Anwendung des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB darin, dass der Mieter nach wie vor die Sachherrschaft (Obhut) über die Wohnung behält¹¹¹. Bei einer nur marginalen Nutzung, wie etwa bei der Einlagerung von Möbeln oder bei einer gelegentlichen Übernachtung in einem nicht untervermieteten Zimmer einer größeren Wohnung, seien die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB von vornherein nicht erfüllt¹¹².

Eine andere Auffassung will dem Mieter in Anlehnung an eine Entscheidung des Landgerichts Mannheim¹¹³ aus dem Jahr 1997 nur dann einen Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis zubilligen, wenn ihm mindestens die Hälfte des Wohnraums zur Eigennutzung verbleibt¹¹⁴.

Im Gegensatz dazu halten ein Teil der Instanzgerichte und des Schrifttums eine großzügigere Betrachtungsweise für geboten¹¹⁵. Nach dieser Ansicht soll eine Anwendung des § 553 Abs. 1 BGB nur dann ausscheiden, wenn der Mieter der Sache nach die Wohnung zu Gunsten eines anderen vollständig aufgibt, also die Sachherrschaft endgültig und vollständig verliert¹¹⁶. Daher sei die genannte Vorschrift anzuwenden, wenn der Mieter weiterhin Mitgewahrsam ausübe, etwa indem er ein Zimmer für sich belege, persönliche Gegenstände in der Wohnung belasse oder im Besitz von Schlüsseln sei¹¹⁷.

Der letztgenannten Auffassung gibt der BGH den Vorzug¹¹⁸. § 553 Abs. 1 BGB stellt weder quantitative Vorgaben hinsichtlich des beim Mieter verbleibenden Anteils des Wohnraums noch qualitative Anforderungen bezüglich seiner weiteren Nutzung durch den Mieter auf. Die Stimmen in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum, die in unterschiedlicher Ausprägung dem Mieter nur dann einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung gewähren wollen, wenn ihm ein wesentlicher Teil der Wohnung zur Eigennutzung (zu Wohnzwecken) verbleibt, wenden bei der Auslegung des § 553 Abs. 1 BGB Kriterien an, die im Gesetz keine Stütze finden und die dem Regelungszweck der genannten Vorschrift zuwiderlaufen.

¹¹⁰ OLG Hamm, MDR 1998, 1127 f.; LG Berlin, GE 1995, 1277, 1279; LG Berlin, ZMR 2002, 49; LG Berlin, GE 2005, 126; LG Frankfurt, WuM 2002, 92; *Hinz* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 1. Aufl., § 553 BGB Rz. 8; a.A. *Hinz* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 2. Aufl., § 553 BGB Rz. 8.

¹¹¹ LG Berlin v. 27.3.2008 - 62 S 376/07, juris; Münch-Komm/Bieber, 6. Aufl., § 553 BGB Rz. 6; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 553 BGB Rz. 8; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 553 Rz. 3; jurisPK-BGB/Schur, 6. Aufl., § 553 BGB Rz. 6.

¹¹² Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 553 BGB Rz. 7; LG Berlin, GE 1982, 947.

¹¹³ LG Mannheim, WuM 1997, 263.

¹¹⁴ Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 3. Aufl., § 553 Rn. 4; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 553 BGB Rz. 6.

¹¹⁵ LG Hamburg, WuM 1994, 535; LG Hamburg, NJW-RR 2000, 602; LG Hamburg, ZMR 2001, 973; LG Berlin, GE 1993, 653; NJW-RR 1994, 1289; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 553 BGB Rn. 6; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 553 BGB Rz. 3.

¹¹⁶ LG Hamburg, NJW-RR 2000, 602; LG Hamburg WuM 1994, 535; LG Berlin, NJW-RR 1994, 1289; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 553 BGB Rz. 6; *Hinz* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 2. Aufl., § 553 BGB Rz. 8.

¹¹⁷ LG Berlin, GE 1993, 653; NJW-RR 1994, 1289; LG Hamburg, WuM 1994, 535; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 553 BGB Rz. 3; a.A. LG Berlin, GE 1982, 947.

¹¹⁸ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998.

Die Bestimmung des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB macht den Anspruch auf Gestattung der Untervermietung lediglich vom Vorliegen eines berechtigten Interesses des Mieters sowie davon abhängig, dass er nur einen Teil des Wohnraums einem Dritten überlässt. Dass der Mieter mehr als die Hälfte des Wohnraums oder wenigstens einen signifikanten Anteil zur Eigennutzung zurückbehalten müsse, ist dieser Vorschrift (und auch § 549 Abs. 2 BGB a.F.) nicht zu entnehmen. Die abweichende Auffassung stützt sich auf eine Entscheidung des Landgerichts Mannheim aus dem Jahr 1997¹¹⁹, die solche Anforderungen jedoch nicht aus § 549 Abs. 2 BGB a.F. (heute § 553 Abs. 1 BGB), sondern allein aus der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Sonderregelung des § 21 Abs. 1 Satz 1 WoBindG abgeleitet hat. Nach dieser Bestimmung gelten für den Inhaber einer öffentlich geförderten Wohnung die Vorschriften des Wohnungsbindungsgesetzes entsprechend, wenn dieser die gesamte Wohnung oder mehr als die Hälfte der Wohnfläche an einen Dritten untervermietet. Auch zur Art und zum Umfang der dem Mieter verbleibenden Nutzung (etwa: Wohnung als Lebensmittelpunkt, Ausübung der Sachherrschaft, nicht nur gelegentliche Nutzung zu Wohnzwecken) macht § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Vorgaben.

Solche Einschränkungen ergeben sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte dieser Regelung oder aus der mit ihr verfolgten Zielsetzung.

§ 553 BGB entspricht, von geringen redaktionellen Änderungen abgesehen, § 549 Abs. 2 BGB a.F.¹²⁰. § 549 Abs. 2 BGB a.F. war in das Mietrecht eingefügt worden, um einen billigen Ausgleich zwischen den Interessen des Vermieters und des Mieters zu schaffen¹²¹. Dass dem Mieter nur dann ein Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung eingeräumt werden sollte, wenn er nur einen Teil des Mietraums dem Untermieter überlassen will, beruhte auf der Überlegung, dass den berechtigten Interessen eines Mieters, der den gesamten Wohnraum weitervermieten will, durch das bereits in § 549 Abs. 1 Satz 2 a.F. (heute § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB) geregelte Sonderkündigungsrecht genügt wird¹²². Dieses seit längerem bestehende Kündigungsrecht sollte nun bei Vorliegen eines nach Mietvertragsabschluss entstandenen berechtigten Interesses daran, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zu überlassen, durch einen gesetzlichen Anspruch des Mieters auf Gestattung der Untervermietung ergänzt werden¹²³. Der Gesetzgeber empfand es als unbillig, dass der Mieter nach bisheriger Rechtslage darauf angewiesen war, von diesem Kündigungsrecht auch dann Gebrauch zu machen, wenn er ein Interesse daran hatte, den Wohnraum nicht vollständig aufzugeben¹²⁴.

Zum Schutz gegenläufiger Belange des Vermieters sollte der Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte allerdings dann ausgeschlossen sein, wenn sie dem Vermieter wegen eines wichtigen Grundes in der Person des Untermieters, wegen einer Überbelegung des Wohnraums oder aus sonstigen Gründen nicht zuzumuten ist (§ 549 Abs. 2 a.F.).

¹¹⁹ LG Mannheim, WuM 1997, 263.

¹²⁰ BT-Drucks. 14/4553, S. 49.

¹²¹ BT-Drucks. IV/806 S. 9; Bericht zu BT-Drucks. IV/2195, S. 3 f.

¹²² BT-Drucks. IV/806 S. 9.

¹²³ BT-Drucks. IV/806 S. 9; Bericht zu BT-Drucks. IV/2195, S. 3 f.

¹²⁴ BT-Drucks. IV/806 S. 9.

Die zu § 549 Abs. 2 BGB a.F. angestellten Erwägungen sind auch für die Auslegung der nahezu gleichlautenden Bestimmung des § 553 BGB und für die Abgrenzung dieser Vorschrift zu § 540 Abs. 1 BGB maßgebend. Daneben kommt der in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz hervorgehobenen Mobilität und Flexibilität in der heutigen Gesellschaft Bedeutung zu¹²⁵.

Der Zweck des § 553 Abs. 1 BGB besteht darin, dem Mieter die Wohnung, an der er festhalten will, zu erhalten¹²⁶. Dieser Gesichtspunkt ist maßgebend dafür, dass der Gesetzgeber dem Mieter - anders als in den Fällen des § 540 Abs. 1 BGB - nicht nur ein Sonderkündigungsrecht, sondern einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung gewährt. Dabei stellt § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB - ebenso wie die Vorgängerregelung des § 549 Abs. 2 BGB a.F. - keine hohen Hürden für einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung auf. Es genügt, dass der Mieter ein nach Vertragsschluss entstandenes berechtigtes Interesse an der Untervermietung vorweisen kann und den Wohnraum nicht vollständig dem Dritten überlässt.

Etwaigen gegenläufigen Interessen des Vermieters wird durch die ergänzenden Regelungen des § 553 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB Rechnung getragen. Nach § 553 Abs. 1 Satz 2 BGB ist ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis ausgeschlossen, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann. In den Fällen, in denen dem Vermieter die Gestattung der Gebrauchsüberlassung an Dritte nur gegen angemessene Erhöhung der Miete zuzumuten ist, sieht § 553 Abs. 2 BGB vor, dass der Vermieter die Erlaubnis von einer entsprechenden Einverständniserklärung des Mieters abhängig machen kann.

§ 553 Abs. 1, 2 BGB trägt damit den unterschiedlichen Interessen der Mietvertragsparteien bei einer Untervermietung durch eine abgestufte Interessen- und Zumutbarkeitsprüfung Rechnung. Dagegen legt § 553 Abs. 1 BGB dem Mieter nicht zusätzlich ungeschriebene Pflichten auf, denen er sich zum Schutz des Vermieters durch eine Untervermietung nicht entziehen können soll.

Dem steht schon entgegen, dass § 553 Abs. 1 BGB die zu berücksichtigenden Interessen abschließend festlegt. Ein schutzwürdiges Interesse des Vermieters daran, dem Mieter eine Untervermietung nur dann zu gestatten, wenn er den Wohnraum im Wesentlichen selbst nutzt oder zumindest die Sachherrschaft über den Wohnraum ausübt, besteht nicht. Denn der Vermieter wird ausreichend dadurch geschützt, dass der Untermieter Erfüllungsgehilfe des Mieters hinsichtlich der Obhut über die Mietsache ist und der Mieter demzufolge dem Vermieter gemäß § 278 BGB für Verletzungen der Obhutspflicht haftet¹²⁷. Darüber hinaus verkennen die Stimmen in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum, die für die Anwendung des § 553 Abs. 1 BGB - in unterschiedlichen Ausprägungen - eine signifikante Weiternutzung des Wohnraums durch den Mieter verlangen,

¹²⁵ BT-Drucks. 14/4553, S. 38 f. zu den Kündigungsfristen.

¹²⁶ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 11, 13.

¹²⁷ vgl. BGH v. 5.3.2013 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 Rz. 12 (zur Erfüllungsgehaltenschaft des Mieters hinsichtlich Verhaltenspflichten des Vermieters); vgl. auch Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 540 BGB Rz. 37 (zu § 540 Abs. 2 BGB).

dass das Wohnraummietrecht dem Mieter generell keine Gebrauchspflicht auferlegt¹²⁸. Insbesondere ist ein Mieter nicht verpflichtet, in der Wohnung seinen Lebensmittelpunkt zu begründen; wo er im herkömmlichen Sinn "wohnt", ist seinen persönlichen Vorstellungen und seiner freien Entscheidung überlassen¹²⁹. Weswegen im Falle einer Untervermietung, die gerade der Verwirklichung persönlicher Lebensvorstellungen dienen soll, etwas anderes gelten soll, ist nicht zu erkennen.

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Überlassung eines Teils des Wohnraums" hat sich letztlich allein daran auszurichten, dass der Gesetzgeber durch § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Mieter, der ein nachträglich entstandenes berechtigtes Interesse an einer Untervermietung hat, nur dann eine Untermieterlaubnis verwehren will, wenn er den gesamten Wohnraum an einen Dritten weitergeben möchte. In einem solchen Fall geht es dem Mieter nicht darum, sich den Wohnraum zu erhalten; seinen Belangen wird durch das Sonderkündigungsrecht in § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB ausreichend Rechnung getragen¹³⁰. Genügt dagegen das Kündigungsrecht nach § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht, um den Bedürfnissen des Mieters in der heutigen durch Flexibilität und Mobilität geprägten Gesellschaft vollständig gerecht zu werden, steht ihm, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt sind und keine Ausschlussgründe nach Satz 2 dieser Vorschrift bestehen, ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis zu.

Dabei ist in Anbetracht des mieterschützenden Zwecks des § 553 Abs. 1 BGB, dem Mieter den Wohnraum zu erhalten¹³¹, ein großzügiger Maßstab anzulegen. Von einer "Überlassung eines Teils des Wohnraums an Dritte" ist daher regelmäßig bereits dann auszugehen, wenn der Mieter den Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgibt. Hierfür genügt es, wenn der Mieter ein Zimmer einer größeren Wohnung zurückbehält, um hierin Einrichtungsgegenstände zu lagern und/oder dieses gelegentlich zu Übernachtungszwecken (Urlaub, kurzzeitiger Aufenthalt) zu nutzen.

3.4 Untervermietung an Touristen

Wird dem Mieter eine generelle Untervermietungserlaubnis erteilt, kann dennoch zweifelhaft sein, ob damit jede Nutzung erlaubt ist. Im Zweifel wird anzunehmen sein, dass zumindest der Vertragszweck nicht geändert werden darf¹³².

Der BGH beschränkt sich auf eine Auslegung der erteilten Erlaubnis und verschafft seiner Entscheidung damit Einzelfallcharakter¹³³. Eine Untervermietung von Wohnraum finde für gewöhnlich in der Weise statt, dass der Mieter die Wohnung oder einen Teil davon mit Genehmigung des Vermieters einem Dritten auf unbestimmte Zeit oder für einen (nach Monaten oder Jahren) befristeten Zeitraum überlässt, jedenfalls für eine gewisse Dauer. Hiervon unterscheide sich die aus den Werbeanzeigen des Mieters ersichtliche Art der Überlassung der Wohnung an Touristen grundlegend. Der Fall ist auch nicht anders zu beurteilen, weil der Mieter die Wohnung an zwei Wochenenden im Monat selbst benötigte.

¹²⁸ vgl. BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 93/10, NZM 2011, 151 Rz. 14 m.w.N.

¹²⁹ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 93/10, NZM 2011, 151 Rz. 14.

¹³⁰ vgl. BT-Drucks. IV/806, S. 9.

¹³¹ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 11.

¹³² Schmidt-Futterer/Blank, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 49; Lützenkirchen, Mietrecht, § 540 BGB Rz. 13.

¹³³ BGH v. 8.1.2014 - VIII ZR 210/13, WuM 2014, 142 = NJW 2014, 622 = GE 2014, 248.

Denn für den Vermieter lag es nicht auf der Hand, dass nur eine Vermietung an Feriengäste in Betracht käme und deshalb die Untervermietung an Touristen stillschweigend von der Erlaubnis umfasst wäre. Vielmehr hätte es nahe gelegen, eines der beiden Zimmer der Wohnung einem "normalen" Untermieter - etwa einem "Wochenendfahrer" - zu überlassen. Mangels ausdrücklicher Erlaubnis einer Überlassung an Touristen konnte der Mieter deshalb nicht davon ausgehen, dass die ihm erteilte Erlaubnis eine solche ungewöhnliche Nutzung umfasste. Zudem hatte die Vermieterin bei der Erteilung der Untervermietungserlaubnis verlangt, dass der Mieter den Untermietern Postvollmacht für alle Willenserklärungen der Hausverwaltung im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis erteilen sollte; schon daraus konnte der Mieter erkennen, dass sich die Erlaubnis nicht auf die Vermietung an Touristen bezog, die eine derartige Funktion offensichtlich nicht wahrnehmen konnten.

3.5 Ehegatte als Dritter i.S.v. § 540 BGB?

Dritter im Sinne des § 540 BGB ist grundsätzlich jede Person, die nicht Partei des Mietvertrages ist. Hiervon ausgenommen ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehungen¹³⁴. Kein Dritter im Sinne des § 540 BGB ist namentlich der Ehegatte des Mieters¹³⁵. Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Ehegatte, der allein Mietvertragspartei ist, anlässlich der Trennung der Ehegatten aus der Wohnung auszieht und sie dem anderen Ehegatten, der nicht Mietvertragspartei ist, (zunächst) allein überlässt. Maßgeblich ist insoweit allein die Frage, ob es sich nach wie vor um eine Ehwohnung handelt. Solange dies der Fall ist, ist der in der Wohnung verbliebene Ehegatte kein Dritter im Sinne der §§ 540, 553 BGB¹³⁶.

Die Qualifizierung als Ehwohnung hängt nicht davon ab, dass noch beide Ehegatten in der Wohnung leben bzw. der in der Wohnung verbliebene Ehegatte auch Mietvertragspartei ist¹³⁷. Die Wohnung verliert ihre Eigenschaft als Ehwohnung deshalb nicht schon dadurch, dass der (mietende) Ehegatte die Wohnung dem anderen - ggf. auch für einen längeren Zeitraum - überlassen hat bzw. diese nur noch sporadisch nutzt¹³⁸. Erst wenn der Ehegatte, der die Wohnung verlassen hat, diese endgültig aufgibt, verliert sie ihren Charakter als Ehwohnung¹³⁹. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob die Überlassung an den anderen Ehegatten noch den aktuellen Erfordernissen in der Trennungssituation geschuldet ist oder ob ihr schon eine endgültige Nutzungsüberlassung zugrunde liegt.

Eine andere Sichtweise würde die vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit der Wohnungszuweisung (nach § 1361b BGB während des Getrenntlebens und nach § 1568a BGB für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung) unterlaufen¹⁴⁰. Denn oftmals hat einer der

¹³⁴ BGH v. 5.11.2003 - VIII ZR 371/02, MDR 2004, 141 = ZMR 2004, 100 = NJW 2004, 56.

¹³⁵ vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 72. Aufl., § 540 BGB Rz. 5; NK-BGB/*Klein-Blenkers*, 2. Aufl., § 540 BGB Rz. 5; NK-BGB/*Hinz*, 2. Aufl., § 553 BGB Rz. 10; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 24.

¹³⁶ BGH v. 12.6.2013 - XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

¹³⁷ BGH v. 12.6.2013 - XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

¹³⁸ so aber Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 26.

¹³⁹ *Johannsen/Henrich/Götz*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1361 b BGB Rz. 11 m.w.N.

¹⁴⁰ BGH v. 12.6.2013 - XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = GE 2013, 999.

Ehegatten vor einer gerichtlichen Zuweisung die Ehwohnung bereits verlassen. Wäre dieser zufällig der alleinige Mieter, könnte der Vermieter das Mietverhältnis wegen vertragswidriger Überlassung an einen Dritten noch vor einer Entscheidung über eine Zuweisung der Wohnung kündigen; eine Wohnungszuweisung wäre dann nicht mehr möglich. 37

Kündigt der ausgezogene Mieter infolge der Trennung, kann der zurückbleibende Ehegatte nicht mehr nach § 1361b BGB vorgehen. Danach kann nämlich nur die (alleinige) Überlassung erreicht werden. Im Verhältnis zum Vermieter bleibt dieses Verfahren ohne Bedeutung. Der zurückbleibende Ehegatte kann allenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen¹⁴¹.

3.6 Haftung für Tierhaltung

Ist die Tierhaltung zulässig, halten sich durch das Tier hervorgerufene Abnutzungerscheinungen grundsätzlich im Rahmen des § 538 BGB¹⁴². Dazu gehören z.B. Kratzspuren im Parkett, die durch das Umhrlaufen eines Hundes entstehen¹⁴³.

Schadensersatzansprüche wegen Beschädigung der Mietsache können daher nur geltend gemacht werden, wenn es sich um vermeidbare Beeinträchtigungen handelt oder individuell vereinbart wurde, dass der Mieter für die besondere Abnutzung durch das Tier aufkommen muss. Danach kommt eine Haftung in Betracht, wenn die Tiere z.B. nicht ausreichend beaufsichtigt werden, so dass eine übermäßige Abnutzung eintritt. Diese Pflicht verletzt der Mieter, wenn mehrere Katzen gehalten werden, die tagsüber unbeaufsichtigt sind und Substanzschäden durch Verunreinigung verursachen¹⁴⁴. Im Übrigen kann nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls entschieden werden, ob das Halten von Haustieren als übermäßige Beanspruchung einer Mietwohnung anzusehen ist. Danach führt das Urinieren von zwei Katzen auf den Teppichboden zur Haftung des Mieters¹⁴⁵. Eine übermäßige Beanspruchung der Mietsache kann auch durch das durch Gewährenlassen der Tiere beim Kratzen an der Tapete hervorgerufen werden¹⁴⁶.

3.7 Periodisches Besichtigungsrecht des Vermieters

Ob dem Vermieter ein periodisches, etwa alle ein bis zwei Jahre zu gewährendes Recht, ohne besonderen Anlass den Zustand der Wohnung zu kontrollieren, zusteht, ist umstritten¹⁴⁷.

Diese ein anlassloses Betretungsrecht regelnde Klausel benachteiligt den Mieter unangemessen und ist daher unwirksam (§ 307 Abs. 1 BGB).

¹⁴¹ OLG Frankfurt v. 20.02.2013 - 5 UF 14/13, ZMR 2014, 279.

¹⁴² AG Koblenz v. 20.12.2013 - 162 C 939/13, IMR 2014, 58.

¹⁴³ LG Hannover v. 15.8.1997 - 8 S 334/96, zfs 1998, 60.

¹⁴⁴ OLG Saarbrücken v. 9.9.2013 - 5 W 72/13, ZMR 2014, 357.

¹⁴⁵ AG Karlsruhe v. 10.11.1994 - 10 C 326/94, WuM 2000, 331.

¹⁴⁶ AG Wiesbaden v. 29.11.1988 - 96 C 1201/88, zfs 1989, 245.

¹⁴⁷ dagegen: LG München II, ZMR 2009, 371; dafür: LG Tübingen, GE 2008, 1055; Lützenkirchen, NJW 2007, 2152 f.

Nach Auffassung des BGH ist das nicht der Fall¹⁴⁸. Während der Dauer des Mietvertrags ist das alleinige und uneingeschränkte Gebrauchsrecht an der Wohnung dem Mieter zugewiesen. Zudem steht die Wohnung des Mieters als die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet, unter dem Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG, der das Recht gewährleistet, in diesen Räumen "in Ruhe gelassen zu werden"¹⁴⁹. Vor diesem Hintergrund kann dem Vermieter von Wohnraum entgegen einer Auffassung, die teilweise in der Instanzrechtsprechung¹⁵⁰ und der Literatur¹⁵¹ vertreten wird, nicht das Recht zugebilligt werden, die Mietsache auch ohne besonderen Anlass in einem regelmäßigen zeitlichen Abstand von ein bis zwei Jahren zu besichtigen. Vielmehr besteht eine vertragliche, aus § 242 BGB herzuleitende Nebenpflicht des Mieters, dem Vermieter - nach entsprechender Vorankündigung - den Zutritt zu seiner Wohnung zu gewähren, nur dann, wenn es hierfür einen konkreten sachlichen Grund gibt, der sich zum Beispiel aus der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Objektes ergeben kann¹⁵².

Entgegenstehende Formulklauseln sind nach § 307 BGB unwirksam¹⁵³.

4 Vertragsparteien

4.1 Geschäftsführer als Mitmieter

Bei Abschluss von Mietverträgen, wo auf Mieterseite eine juristische Person handelt, gehen die Vermieter immer mehr dazu über, die handelnden natürlichen Personen mit zu verpflichten. Ist z. B. in einem Mietvertrag eine GmbH als Mieter 1 bezeichnet und deren Geschäftsführer als Mieter 2 und unterzeichnet der Geschäftsführer den Mietvertrag ohne Vertretungszusatz nur auf der für „Mieter 1“ vorgesehenen Unterschriftenleiste, muss der Mietvertrag ausgelegt werden.

Diese Auslegung kann ergeben, dass der Geschäftsführer seine Unterschrift sowohl in eigenem Namen als auch in Vertretung für den Mieter zu 1 geleistet hat¹⁵⁴. Bei der Frage, ob der Geschäftsführer, als er die Unterschrift geleistet hat, nur in Vertretung der GmbH oder auch im eigenen Namen gehandelt hat, kommt es, wie stets im Rechtsverkehr bei der Auslegung von Willenserklärungen, auf den objektiven Erklärungswert an, darauf also, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben für den Empfänger darstellt¹⁵⁵. Da zwischen dem Vertreter der Mieterin 1 und dem Mieter zu 2 Personenidentität besteht und der Mieter 2 ohne Vertretungszusatz unterzeichnet hat, durfte der Vermieter nach Treu

¹⁴⁸ BGH v. 4.6.2014 - VIII ZR 289/13, WuM 2014, 495 = GE 2014, 1053.

¹⁴⁹ BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, 23; BVerfG v. 16.1.2004 - 1 BvR 2285/03, NZM 2004, 186, 187.

¹⁵⁰ LG Stuttgart, ZMR 1985, 273, LG Frankfurt v. 17.12.2012 - 2-11 S 146/12, BeckRS 2013, 06643; AG Münster, WuM 2009, 288; AG Saarbrücken, ZMR 2005, 372; AG Rheine, WuM 2003, 315; vgl. auch LG Tübingen, GE 2008, 1055 zur Gewerberaummieta.

¹⁵¹ Palandt/*Weidenkaff*, 73. Aufl., § 535 BGB Rz. 82; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 535 BGB Rz. 76; *Krämer/ Schüller* in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl., III. A Rz. 2720; Hannemann/Wiegner/*Kühn*, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl., § 15 Rz. 132.

¹⁵² LG München II, ZMR 2009, 371; LG Hamburg, WuM 1994, 425; AG Bonn, NZM 2006, 698; Münch-Komm/*Häublein*, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 134 ff.; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 535 BGB Rz. 98; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 535 BGB Rz. 43; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Aufl., § 535 BGB Rz. 206; BeckOK/*Ehlert*, Stand Mai 2014, § 535 BGB Rz. 218b.

¹⁵³ BGH v. 4.6.2014 - VIII ZR 289/13, WuM 2014, 495.

¹⁵⁴ KG v. 8.1.2014 - 8 U 132/14, ZMR 2014, 352.

¹⁵⁵ BGHZ 36, 30; BGHZ 125, 175.

und Glauben davon ausgehen, dass der Geschäftsführer seine Unterschrift auch im eigenen Namen abgegeben hat. Dagegen spricht nicht, dass er seine Unterschrift nur auf die Unterschriftenleiste der Mieterin 1 gesetzt hat. Im Hinblick auf die Personenidentität zwischen dem Vertreter des Mieters 1 und dem Mieter 2 selbst ersetzte die ohne Vertretungszusatz geleistete Unterschrift die Wiederholung der Unterschrift auf der Unterschriftenleiste des Mieters 2. Der Geschäftsführer hätte seinen als "Mieter 2" im Rubrum des Mietvertrages aufgeführten Namen streichen, zumindest aber die Unterschrift auf der Unterschriftenleiste des Mieters 1 mit einem Vertretungszusatz versehen müssen, wenn er hätte zum Ausdruck bringen wollen, dass er die Unterschrift nicht in eigenem Namen sondern nur als Vertreter leisten will.

4.2 Haftung des Mietererben

Stirbt der Mieter ist selbst bei Anwendung des § 564 BGB eine Fortsetzung des Mietvertrages mit dem Erben bis zum Ablauf der Kündigungsfrist vorgesehen. Bis dahin schuldet der Mietererbe die anfallenden Mieten. Die Einordnung derartiger Forderungen ist allerdings umstritten. Nach einer teilweise vertretenen Auffassung haftet der Erbe für die nach dem Erbfall entstehenden mietrechtlichen Verbindlichkeiten aufgrund seiner Stellung als Mieter auch persönlich¹⁵⁶. Nach der Gegenmeinung handelt es sich jedenfalls dann, wenn das Mietverhältnis durch Kündigung nach § 564 BGB beendet wird, um reine Nachlassverbindlichkeiten¹⁵⁷, so dass der Erbe seine Haftung durch Erhebung der Dürftigkeitseinrede auf den Nachlass beschränken kann.

Der BGH hat sich der zuletzt wiedergegebenen Meinung angeschlossen, dass auch die nach dem Tod des Erblassers fällig werdenden Forderungen aus dem Mietverhältnis jedenfalls dann reine Nachlassverbindlichkeiten sind, wenn das Mietverhältnis innerhalb der in § 564 S. 2 BGB bestimmten Frist beendet wird¹⁵⁸.

Als sog. Nachlasserschulden werden im Allgemeinen Verbindlichkeiten bezeichnet, die durch Rechtsgeschäfte des Erben bei der Verwaltung des Nachlasses entstehen und die deshalb sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch - soweit sie auf ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses beruhen - Nachlassverbindlichkeiten sind¹⁵⁹. Unter diesem Blickwinkel lässt sich eine persönliche Haftung des Erben in der Regel nicht begründen, solange kein rechtsgeschäftliches Handeln zur Fortsetzung des Mietverhältnisses vorliegt.

Aus § 564 S. 1 BGB ergibt sich auch keine persönliche Haftung der Erben. Diese Vorschrift knüpft den Eintritt in das Mietverhältnis an die Erbenstellung an; der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung bietet somit keine Anhaltspunkte für eine zusätzliche persönliche Haftung des in das Mietverhältnis eintretenden Erben. Auch aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift lässt sich nichts dafür entnehmen, dass dem Erben im Hin-

¹⁵⁶ Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 564 BGB Rz. 3; *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 564 BGB Rz. 3; wohl auch *MünchKommBGB/Häublein*, 6. Aufl., § 564 BGB Rz. 6

¹⁵⁷ KG v. 9.1.2006 - 8 U 111/05, ZMR 2006, 526 = NJW 2006, 2561, 2562; OLG Düsseldorf v. 28.10.1993 - 10 U 12/93, WuM 1994, 78 = ZMR 1994, 114; LG Wuppertal v. 27.9.1996 - 10 S 195/96, MDR 1997, 34; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1967 BGB Rz. 2, 11; *Staudinger/Rolfs*, BGB, Neubearb. 2011, § 564 BGB Rz. 7.

¹⁵⁸ BGH v. 23.1.2013 - VIII ZR 68/12, GE 2013, 348 = WuM 2013, 236.-

¹⁵⁹ vgl. BGH v. 31.1.1990 - IV ZR 326/88, BGHZ 110, 176, 179.

blick auf das Wohnraummietverhältnis des Erblassers eine über die allgemeine Rechtsnachfolge (§ 1922 BGB) hinausgehende und mit einer persönlichen Haftung verbundene Sonderstellung zugewiesen wäre. Denn die Regelung des § 564 S. 1 BGB erklärt sich aus der Besonderheit, dass im Falle des Todes eines Mieters von Wohnraum vorrangig der Eintritt von Familien- und Haushaltsangehörigen oder Mitmietern des Erblassers in Betracht kommt (§§ 563, 563a BGB) und es deshalb einer Regelung dahin bedarf, dass der Erbe (nur) dann in das Mietverhältnis eintritt, wenn das Mietverhältnis nicht nach §§ 563, 563a BGB fortgesetzt wird. Dies ändert indes nichts daran, dass das Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis nach §§ 1922, 1967 BGB auf den Erben übergeht und die daraus resultierenden Verbindlichkeiten den Erben nur als solchen treffen. Insofern ist auch zu beachten, dass § 580 BGB für sonstige Mietverhältnisse lediglich eine dem § 564 S. 2 BGB entsprechende außerordentliche Kündigungsmöglichkeit vorsieht und somit den Übergang des Mietverhältnisses auf den Erben (nach §§ 1922, 1967 BGB) voraussetzt.

Da es sich somit bei den Mietschulden um (reine) Nachlassverbindlichkeiten handelt, haftet der Erbe nur beschränkt auf den Nachlass. Die auf Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit gerichtete Klage abzuweisen ist, wenn der Erbe die Dürftigkeitseinrede erhoben hat und die Erschöpfung des Nachlasses feststeht¹⁶⁰.

5 Mietzeit

5.1 Rechtsfolge unwirksamer Befristung

Die Befristung eines Mietvertrags über Wohnraum ist gemäß § 575 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zulässig, wenn der Vermieter die Räume nach Ablauf der Mietzeit als Wohnraum für sich oder seine Familien- oder Haushaltsangehörigen nutzen will oder die Absicht hat, die Räume zu beseitigen oder so wesentlich zu verändern oder instand zu setzen, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden. Sind diese Voraussetzungen nicht bei Abschluss des Mietvertrages schriftlich mitgeteilt, ist die Befristung unwirksam. Gemäß § 575 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt der Vertrag deshalb grundsätzlich als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Infolge der Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung ist eine planwidrige Vertragslücke entstanden, die im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist¹⁶¹. Die Parteien haben mit der Befristung des Vertrages eine beiderseitige langfristige Bindung bezweckt. Dies ergibt sich daraus, dass die Befristung auf Wunsch des Mieters aufgenommen worden ist, der sich durch eine feste Vertragslaufzeit eine lange Mietzeit sichern wollte und deshalb in Kauf genommen hat, dass er während der festen Vertragslaufzeit auch selbst nicht ordentlich kündigen kann. Mit diesem Wunsch des Mieters nach einer beiderseitigen Bindung für die Dauer von sieben Jahren hat sich der Vermieter durch die Aufnahme der Befristung in den Mietvertrag einverstanden erklärt. Sie hat damit gleichfalls eine langfristige Bindung beider Seiten gewollt.

¹⁶⁰ vgl. BGH v. 9.3.1983 - IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378 unter 2.

¹⁶¹ BGH v. 11.12.2013 - VIII ZR 235/12, WuM 2014, 148 = IMR 2014, 98; BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = WuM 2013, 617 = GE 2013, 1197 = ZMR 2013, 952 = NZM 2013, 646.

Durch die Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung ist im vertraglichen Regelungsgefüge eine Lücke eingetreten, weil die bezweckte langfristige Bindung beider Parteien entfallen ist. Das dispositive Recht, nach dem das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt (§ 575 Abs. 1 Satz 2 BGB) und somit innerhalb der Fristen des § 573c BGB ordentlich gekündigt werden kann, wird dem Willen der Parteien nicht gerecht.

§ 575 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält keine abschließende, eine ergänzende Vertragsauslegung verbotende gesetzliche Regelung der Folgen einer unwirksamen Befristung¹⁶². Denn mit der Neuregelung des Zeitmietvertrages verfolgte der Gesetzgeber nicht das Ziel, die Möglichkeit einer langfristigen Bindung der Mietparteien an den Vertrag zu beschränken. Es ging vielmehr darum, dass durch die Beschränkung der Befristungsgründe ein Missbrauch zur Umgehung der dem Mieterschutz dienenden Kündigungs- und Mieterhöhungsvorschriften ausgeschlossen werden sollte. Langfristige Bindungen der Vertragsparteien, zum Beispiel durch einen Kündigungsausschluss, sollten hingegen weiterhin möglich sein¹⁶³.

Eine planwidrige Regelungslücke ist unter Berücksichtigung dessen zu schließen, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der vereinbarten Vertragsbestimmung bekannt gewesen wäre¹⁶⁴. Danach ist die Lücke hier dahin zu schließen, dass an die Stelle der unwirksamen Befristung ein beiderseitiger Kündigungsverzicht in der Weise tritt, dass eine Kündigung frühestens zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit möglich ist¹⁶⁵. Auf diese Weise wird das von beiden Parteien erstrebte Ziel der langfristigen Bindung erreicht.

Ein Kündigungsausschluss kann im Wege der Individualvereinbarung auch für einen Zeitraum vereinbart werden, der über die bei einer allgemeinen Geschäftsbedingung höchstens zulässige Frist von vier Jahren deutlich hinausgeht¹⁶⁶. Insoweit gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch eine langfristige Bindung - wie hier von bis zu 13 Jahren - ermöglicht, soweit nicht - wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen - die Grenze des § 138 BGB überschritten ist. Das Eigentumsgrundrecht des Vermieters ist nicht tangiert, wenn er sich mit einer Individualvereinbarung auf eine Bindung von bis zu 13 Jahren einlässt, die nur unter den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung vorzeitig beendet werden kann.

5.2 Anwendbarkeit des § 167 ZPO auf § 545 BGB

Nach § 545 Satz 1 BGB verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, wenn der Mieter den Gebrauch der Mietsache nach Ablauf der Mietsache fortsetzt und keine Vertragspartei ihren entgegenstehenden Willen der anderen Partei binnen zwei Wochen mitteilt. Umstritten ist, ob die Frist gewahrt ist, wenn die (Räumungs-) Klageschrift dem

¹⁶² BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = WuM 2013, 617 = GE 2013, 1197 = ZMR 2013, 952 = NZM 2013, 646.

¹⁶³ BT-Drucks. 14/4553, S. 69; BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448 unter II 2.

¹⁶⁴ BGH v. 12.7.1989 - VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115 unter III 1 c; BGH v. 14.3.2012 - VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rz. 24.

¹⁶⁵ BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = GE 2013, 1197 = NZM 2013, 646.

¹⁶⁶ vgl. BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448; BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 Rz. 25.

Mieter ohne dem Vermieter zuzurechnende Verzögerungen und deshalb "demnächst" i.S.d. § 167 ZPO zugestellt wurde. 42

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur wird unter Bezugnahme auf eine ältere Rechtsprechung des BGH¹⁶⁷ überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Vorschrift des § 167 ZPO auf die Frist des § 545 BGB [früher § 568 BGB aF] keine Anwendung finde¹⁶⁸. Zur Begründung wird vor allem angeführt, dass die Vorschrift des § 167 ZPO restriktiv auszulegen sei und deshalb nur für Fristen gelte, die nicht durch außergerichtliche Geltendmachung, sondern nur durch Inanspruchnahme der Gerichte gewahrt werden könnten, wie etwa die Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Auch stehe der Zweck des § 545 BGB, alsbald Klarheit über die Beendigung des Mietverhältnisses zu erlangen, einer Anwendung des § 167 ZPO entgegen.

In der grundlegenden Entscheidung vom 17. Juli 2008¹⁶⁹ hat der Bundesgerichtshof allerdings seine ältere, restriktive Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass § 167 ZPO regelmäßig auch auf Fristen anzuwenden ist, die auch durch außergerichtliche Geltendmachung gewahrt werden können. Er hat dabei vor allem auf Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes abgestellt. Der Wortlaut des § 167 ZPO bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zustellung davon abhängt, ob mit der Zustellung eine nur gerichtlich oder auch eine außergerichtlich geltend zu machende Frist gewahrt werden soll und ob die Zustellung durch Vermittlung des Gerichts oder eines Gerichtsvollziehers (§ 132 BGB) erfolgt. Wer mit der Klage die stärkste Form der Geltendmachung von Ansprüchen wählt, muss sich darauf verlassen können, dass die Einreichung der Klageschrift die Frist wahre.

Für die Wahrung der in § 545 BGB bestimmten Frist gilt nichts anderes, auch insoweit findet § 167 ZPO Anwendung¹⁷⁰. Eindeutiger als durch die Einreichung einer Räumungsklage kann der Vermieter seinen Widerspruch gegen die Verlängerung des Mietverhältnisses nach § 545 BGB nicht zum Ausdruck bringen. Derjenige, der mit der Klage die stärkste Form der Geltendmachung von Ansprüchen wählt, muss sich aber darauf verlassen können, dass die Einreichung der Klageschrift die Frist wahrt¹⁷¹. Ein rechtzeitiger Widerspruch gegen die Verlängerung des Mietverhältnisses kann mithin auch dadurch erfolgen, dass innerhalb der Widerspruchsfrist eine Räumungsklage eingereicht wird, deren Zustellung "demnächst" im Sinne des § 167 ZPO erfolgt¹⁷². Der Widerspruch nach § 545 BGB ist auch nicht mit der Anfechtung nach §§ 119 f. BGB vergleichbar. Für diese Anfechtung wird eine Ausnahme anerkannt, weil die Anfechtung "unverzüglich" zu erklären ist (§ 121

¹⁶⁷ BGH v. 21.10.1981 - VIII ZR 212/80, NJW 1982, 172 unter II 3 b [zur befristeten Bürgschaft]; BGH v. 10.2.1971 - VIII ZR 208/69, WM 1971, 383 unter II 3 b [zur Mieterhöhungserklärung]

¹⁶⁸ OLG Stuttgart v. 9.3.1987 - 8 RE-Miet 1/86, WuM 1987, 114; LG Berlin, NZM 2001, 40; LG Berlin, MM 1997, 40; Palandt/*Weidenkaff*, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl., § 545 Rn. 9; Staudinger/*Emmerich*, Neuberb. 2011, § 545 BGB Rz. 13; MünchKomm/*Bieber*, § 545 BGB Rz. 13; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 545 BGB Rz. 9; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 545 BGB Rz. 9; *Feldhahn* in Prütting/*Wegen/Weinreich*, BGB, 9. Aufl., § 545 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 545 BGB Rz. 22; BeckOK BGB/*Herrmann*, Stand Februar 2014, § 545 BGB Rz. 5; Musielak/*Wittschier*, 11. Aufl. § 167 ZPO Rz. 2a; Stein/*Jonas/Roth*, 22. Aufl., § 167 ZPO Rz. 3.

¹⁶⁹ BGH v. 17.7.2008 - I ZR 109/05, BGHZ 177, 319.

¹⁷⁰ BGH v. 25.6.2014 - VIII ZR 10/14, WuM 2014, 485 (486) = NZM 2014, 580.

¹⁷¹ BGH v. 17.7.2008 - I ZR 109/05, BGHZ 177, 319 Rz. 25.

¹⁷² so auch Spielbauer/*Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2013, § 545 BGB Rz. 17; *Franke* in Fischer-Dieskau/*Pergande/Schwender*, Wohnungsbaurecht, Stand Juni 2004, § 545 BGB Anm. 6.6

steht, alsbald darüber Klarheit zu erlangen, ob der Anfechtungsberechtigte von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch macht¹⁷³. Demgegenüber bezweckt § 545 BGB, einen vertragslosen Zustand zu vermeiden, der ohne diese Vorschrift - von den Parteien unbemerkt - auch für einen längeren Zeitraum eintreten und zu erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten bei der in diesem Fall erforderlichen Abwicklung nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts oder des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses führen könnte¹⁷⁴. Diesem Gesetzeszweck steht es nicht entgegen, die innerhalb der zweiwöchigen Frist eingereichte und "demnächst" im Sinne des § 167 ZPO zugestellte Räumungsklage für die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs ausreichen zu lassen. Denn auch durch die Einreichung einer Räumungsklage ist sichergestellt, dass binnen einer Frist von zwei Wochen ab Ende des Mietverhältnisses die alsbaldige Abwicklung des Mietverhältnisses in die Wege geleitet wird.

5.3 Verlängerungswiderspruch

Mit dem Mietvertrag vom 21./29.12.2002 haben die Parteien ein Mietverhältnis auf bestimmte Zeit (Zeitmietvertrag) mit Verlängerungsklausel begründet. Das Mietverhältnis läuft nach der Regelung in § 6 Ziff. 1 des Mietvertrages jeweils bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, dem 31. Dezember des Jahres 2004 bzw. der Folgejahre, und verlängert sich dann um ein Jahr, wenn es nicht bis zum 31. Mai desselben Jahres gekündigt wird. Mit dem Begriff der "Kündigung" wird danach - abweichend von dem gewöhnlichen Verständnis - nicht die Beendigung eines unbefristet laufenden Dauerschuldverhältnisses mit Wirkung für die Zukunft bezeichnet, sondern eine Erklärung, welche die Verlängerung des bis zu einem bestimmten Zeitpunkt laufenden Vertrages verhindert. Der BGH hat dies für eine vergleichbare Regelung in einem Pachtvertrag in seinem Urteil vom 16.10.1974¹⁷⁵ klargestellt. Danach enthält die vertragliche Regelung bereits das wechselseitige Angebot der Vertragsparteien, das Mietverhältnis um ein Jahr zu verlängern, welches durch Schweigen der Vertragspartner angenommen wird.

Gleichzeitig wird den Vertragspartnern die Möglichkeit eröffnet, mit einer Erklärung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Vertragsverlängerung i.S.v. § 542 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu verhindern. Auf eine solche Erklärung aber ist die Regelung in § 193 BGB anzuwenden¹⁷⁶. Wendet man aber die Regelung des § 193 BGB im folgenden Falle an, dann ging die "Kündigung" des Beklagten am 2.6.2009 rechtzeitig zu, denn der 31.5.2009 war ein Sonntag und der 1.6.2009 ein gesetzlicher Feiertag, der Pfingstmontag. Nach Rückgabe des Mietobjektes durch den Beklagten spätestens am 28.6.2010 hat die Klägerin demnach weder einen Anspruch auf Zahlung von Miete aus dem Mietvertrag gemäß § 535 Abs. 2 BGB noch auf Zahlung von Nutzungsentschädigung aus § 546a Abs. 1 BGB.

¹⁷³ BGH v. 17.7.2008 - I ZR 109/05, BGHZ 177, 319 Rz. 26 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 11. Oktober 1974 - V ZR 25/73, NJW 1975, 39 f.

¹⁷⁴ vgl. BT-Drucks. 14/1454, S. 44, 98.

¹⁷⁵ BGH v. 16.10.1974 - VIII ZR 74/73, NJW 1975, 40.

¹⁷⁶ OLG Dresden v. 8.11.2013 - 5 U 1101/13, MDR 2014, 80 = GuT 2013, 211 = ZMR 2014, 277 = NZM 2014, 473; ebenso BGH v. 16.10.1974 - VIII ZR 74/73, NJW 1975, 40; OLG Düsseldorf v. 29.7.1993, 10 U 253/92, ZMR 1993, 521.

6.1 Summierungseffekt in der Gewerberaummieta

Grundsätzlich bestehen keine Bedenken, in einem Formularmietvertrag die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter zu übertragen. Zwar obliegt nach der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Vermieter die Verpflichtung, das Mietobjekt während der gesamten Vertragszeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Allerdings weicht die mietvertragliche Praxis, insbesondere in Formularverträgen, seit langem von diesem gesetzlichen Leitbild ab. Wegen dieser langjährigen Übung, die bereits allgemeine Verkehrssitte geworden ist, hat es der Bundesgerichtshof gebilligt, dass in Formularverträgen Schönheitsreparaturen regelmäßig auf den Mieter verlagert werden, obwohl nach § 307 BGB Bestimmungen, die vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, in der Regel als unangemessen und damit unwirksam anzusehen sind¹⁷⁷.

Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenze in den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB. Zwar sind die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht anwendbar, wenn sie im Rahmen eines gewerblichen Mietvertrags gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Auch in solchen Fällen kann die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB allerdings zur Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führen, insbesondere wenn sich die Regelung noch weiter als im Rahmen der mietrechtlichen Praxis erforderlich vom gesetzlichen Leitbild entfernt und zu einer unangemessenen Verschärfung der vertraglichen Verpflichtungen zu Lasten des Mieters führt¹⁷⁸.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Mit Blick hierauf hat der VIII. Zivilsenat des BGH unter anderem Allgemeine Geschäftsbedingungen, mit denen Schönheitsreparaturen nach einem "starren" Fristenplan auf den Mieter übertragen werden, für unwirksam erachtet, weil sie den Mieter mit Renovierungspflichten belasten, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen und dem Mieter eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegen, als sie den Vermieter ohne eine solche vertragliche Klausel treffen würde¹⁷⁹. Ausnahmen lässt der VIII. Zivilsenat nur für solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu, die eine Renovierung innerhalb bestimmter Fristen zwar für den Regelfall vorsehen, diese aber vom tatsächlichen Erhaltungszustand der Mieträume abhängig machen¹⁸⁰. Knüpft die Vertragsklausel die Renovierungspflicht des Mieters dagegen allein an feste zeitliche Grenzen und

¹⁷⁷ vgl. BGHZ 92, 363 = NJW 1985, 480, 481; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006, 2007; BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 12.

¹⁷⁸ BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 15.

¹⁷⁹ BGH v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586, 2587.

¹⁸⁰ vgl. BGH v. 13.7.2005 - VIII ZR 351/04, NJW 2005, 3416; BGH v. 18.10.2006 - VIII ZR 52/06, NJW 2006, 3778 Rz. 17; BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632 Rz. 12.

führt die Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu, dass der Erhaltungszustand für die Verpflichtung keine Rolle spielt, führt dies regelmäßig zur Unwirksamkeit der Klausel¹⁸¹. Dieser Rechtsprechung hat sich der XII. Senat für den Bereich der Gewerberaummiete angeschlossen¹⁸².

Gemessen an diesen Grundsätzen hält die Regelung einem Mietvertrag der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB stand, die den Mieter verpflichtet, die Schönheitsreparaturen in einem angemessenen Turnus auszuführen und zusätzlich regelt, dass im Hinblick auf das Gewerbe des Mieters alle drei Jahre Renovierungsbedürftigkeit eintreten könne¹⁸³.

Ob eine formularvertragliche Regelung im Einzelfall zulässig ist, hängt von ihrem Inhalt ab, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden¹⁸⁴. Die Vertragsklausel in § 7 Nr. 3 des Mietvertrags ist dahingehend auszulegen, dass der Mieter zwar zu einer regelmäßigen Renovierung der Mieträume verpflichtet sein sollte, die Mietvertragsparteien die Erforderlichkeit von Schönheitsreparaturen jedoch zusätzlich von einem tatsächlich vorhandenen Bedarf abhängig machen wollten. Die in § 7 Nr. 3 Satz 2 des Mietvertrags enthaltene Regelung, wonach die Parteien im Hinblick auf das Gewerbe des Mieters davon ausgehen, dass alle drei Jahre Renovierungsbedarf eintreten kann, ist nicht als zwingend einzuhaltende Frist anzusehen keine starre Fristenregelung.

Entgegen der Auffassung der Revision wird die Klägerin durch die Übertragung der Schönheitsreparaturen auch nicht deshalb unangemessen benachteiligt, weil sie zusätzlich durch § 12 Nr. 1 des Mietvertrags verpflichtet wird, bei Beendigung des Mietverhältnisses das Mietobjekt in bezugsfertigem Zustand zurückzugeben¹⁸⁵.

Eine Regelung in einem Formularvertrag, die den Mieter verpflichtet, die Mieträume unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der letzten Schönheitsreparaturen bei Vertragsende renoviert zu übergeben, ist allerdings wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam¹⁸⁶. Die in Formularmietverträgen enthaltene Verpflichtung des Mieters, neben der Durchführung der Schönheitsreparaturen die Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses renoviert zurückzugeben, entfernt sich noch weiter vom gesetzlichen Leitbild und führt zu einer zusätzlichen Verschärfung zu Lasten des Mieters. Er muss in diesen Fällen eine Endrenovierung vornehmen unabhängig davon, wann die letzte Schönheitsreparatur erfolgt ist und ob ein Bedarf hierfür besteht. Eine so weit gehende Abweichung vom gesetzlichen Leitbild ist mit § 307 BGB nicht mehr verein-

¹⁸¹ BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 178/05, NJW 2006, 1728 Rz. 11; BGH v. 7.3.2007 - VIII ZR 247/05, WuM 2007, 260, 261.

¹⁸² BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 21 ff.

¹⁸³ BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, MDR 2014, 518 = NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 ZMR 2014, 622.

¹⁸⁴ BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 14.

¹⁸⁵ BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, MDR 2014, 518 = NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 = ZMR 2014, 622.

¹⁸⁶ BGH v. 3.6.1998 - VIII ZR 317/97, NJW 1998, 3114, 3115; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006, 2007.

bar. Dies hat zur Folge, dass sowohl die Endrenovierungsklausel als auch die Klausel, die die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter regelt, unwirksam sind¹⁸⁷. 46

§ 12 Nr. 1 des Mietvertrags enthält keine (versteckte) Endrenovierungsklausel, die den Mieter unabhängig vom tatsächlichen Erhaltungszustand der Mieträume zur Vornahme einer umfassenden Renovierung verpflichtet¹⁸⁸. Nach dem Wortlaut der Vertragsklausel schuldet der Mieter die Rückgabe der Mieträume in bezugsfertigem Zustand. Um diese Verpflichtung zu erfüllen, muss der Mieter die Mieträume, jedenfalls grundsätzlich, nicht umfassend renovieren. Ausreichend ist vielmehr, wenn er die Mieträume in einem Erhaltungszustand zurückgibt, die es dem Vermieter ermöglichen, einem neuen Mieter die Räume in einem bezugsgeeigneten und vertragsgemäßen Zustand zu überlassen¹⁸⁹. Nur wenn die Räume diesen Anforderungen nicht genügen, etwa weil der Mieter während der Mietzeit keine Schönheitsreparaturen durchgeführt hat, die letzten Schönheitsreparaturen lange zurückliegen oder sich die Mieträume aufgrund übermäßig starker Abnutzung trotz durchgeführter Schönheitsreparaturen nicht in einem zur Weitervermietung geeigneten Zustand befinden, hat der Mieter bei seinem Auszug Renovierungsarbeiten zu bringen. Dies folgt jedoch bereits aus der Verpflichtung des Mieters, Schönheitsreparaturen durchzuführen, wenn es der Erhaltungszustand der Mieträume erfordert¹⁹⁰. Eine zusätzliche Belastung erfährt der Mieter durch die Regelung, die Mieträume in bezugsfertigem Zustand zurückzugeben, damit nicht¹⁹¹.

Aus § 12 Nr. 1 i.V.m. § 5 Nr. 2 des Mietvertrags ergibt sich auch keine vom tatsächlichen Zustand der Räume unabhängige Verpflichtung zur Endrenovierung in Form eines Neuanstrichs der Wände¹⁹². Zwar hat das Berufungsgericht eine Auslegung der Vertragsklausel erwogen, wonach mit dem Begriff des bezugsfertigen Zustands auch gemeint sein könnte, dass die Mieträume so wieder herzurichten seien, wie sie bei Vertragsbeginn übernommen wurden. Daraus möchte die Revision schließen, dass die Klägerin durch § 12 Nr. 1 i.V.m. § 5 Nr. 2 des Mietvertrags unabhängig vom Zustand der Mieträume jedenfalls einen Neuanstrich der Wände schulde. Damit versucht die Revision jedoch nur, die Vertragsklausel in einem für sie vorteilhaften Sinn auszulegen. Dies kann keinen Erfolg haben. In einer Gesamtschau der für die Auslegung maßgeblichen Umstände sind die Regelungen in § 7 Nr. 3 und § 12 Nr. 1 des Mietvertrags vielmehr dahingehend zu verstehen, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen nur bei Bedarf auszuführen hat und hierfür weder ein festes Intervall besteht noch die zwingende Notwendigkeit, die Mieträume beim Auszug frisch zu renovieren¹⁹³.

¹⁸⁷ vgl. BGH v. 14.5.2003 - VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234, 2235; BGH v. 25.6.2003 - VIII ZR 335/02, NZM 2003, 755; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006, 2007.

¹⁸⁸ BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, MDR 2014, 518 = NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 = ZMR 2014, 622.

¹⁸⁹ vgl. BGHZ 49, 56, 58 = NJW 1968, 491; BGH v. 14.7.1971 - VIII ZR 28/70, NJW 1971, 1839; BGH v. 13.1.1982 - VIII ZR 186/80, ZMR 1982, 180, 181.

¹⁹⁰ vgl. BGH v. 10.7.1991 - XII ZR 105/90, NJW 1991, 2416, 2417.

¹⁹¹ a.A. *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., I. Teil Rz. 229.

¹⁹² BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 = MDR 2014, 518.

¹⁹³ zur Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Revisionsgericht vgl. BGH v. 13.11.2012 - XI ZR 145/12, juris Rz. 20.

Eine ungewöhnliche Farbwahl bei der Dekoration einzelner Räume führt nach allgemeiner Meinung¹⁹⁴ zu einer vom Vermieter nicht hinzunehmenden Verschlechterung der zurückgegebenen Mieträume, wenn eine Weitervermietung der Wohnung in diesem Zustand praktisch unmöglich ist. So hat auch der BGH bereits ausgesprochen, dass dem Vermieter vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ein Interesse daran, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, nicht abzusprechen ist und der Mieter nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB gehalten ist, eine von ihm angebrachte ungewöhnliche Dekoration bei Rückgabe der Wohnung wieder zu beseitigen¹⁹⁵.

Der Mieter ist gemäß §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine in neutraler Dekoration übernommene Wohnung mit einem farbigen Anstrich zurückgibt¹⁹⁶. Dies ergibt sich allerdings nicht aus § 546 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben ist, da der Zustand der Wohnung für die Rückgabe selbst ohne Bedeutung ist. Nach der vom Gesetz getroffenen Regelung kann der Vermieter wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache zwar Schadensersatz verlangen, nicht aber die Rücknahme der Mietsache ablehnen¹⁹⁷.

Insoweit wird vertreten¹⁹⁸, die Rückgabe eines Mietobjekts in einem Zustand, der beim Vermieter zusätzliche Kosten für die dekorative Herrichtung auslöst, sei als Vertragsverletzung i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB anzusehen. Diese bestehe nicht darin, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen während der Mietzeit nach seinen sehr singulären Vorstellungen durchführe, sondern in der Rückgabe in einem Zustand, der es nicht ermögliche, allein mit den üblichen Vorarbeiten die Dekoration zu erneuern. In diesem Fall versuche der Mieter, die zusätzlichen Kosten, die aus der Selbstverwirklichung durch Farbwahl und sonstige Gestaltung stammten, auf den Vertragspartner abzuwälzen¹⁹⁹. Dagegen wird eingewandt²⁰⁰, dass das, was während der Mietzeit erlaubt sei, bei Ende des Mietverhältnisses nicht zu einer Vertragsverletzung werden könne.

Zutreffend ist insoweit zwar, dass der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache dann nicht nach § 538 BGB zu vertreten hat, wenn sie durch einen vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden²⁰¹, und dass die farbliche Gestaltung der Mieträume während der Dauer des Mietverhältnisses dem Mieter überlassen ist, somit zum vertragsgemäßen Gebrauch einer angemieteten Wohnung gehört²⁰². Der Mieter ver-

¹⁹⁴ vgl. BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 Rz. 18 m.w.N.; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 535 BGB Rz. 109a

¹⁹⁵ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NJW 2010, 674 Rz. 16; BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62 Rz. 17.

¹⁹⁶ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 = GE 2014, 49 Rz. 15.

¹⁹⁷ BGH v. 10. 1.1983 - VIII ZR 304/81, BGHZ 86, 204, 209 f.; Staudinger/*Rolfs*, Neubearb. 2011, § 546 BGB Rz. 19.

¹⁹⁸ *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., E Rz. 373.

¹⁹⁹ *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., E Rz. 373.

²⁰⁰ *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 466 f.

²⁰¹ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rz. 21.

²⁰² BGH v. 21.9.2011 - VIII ZR 47/11, WuM 2011, 618 Rz. 8; BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2599 Rz. 17.

48
letzt jedoch seine Pflicht zur Rücksichtnahme nach §§ 241Abs. 2, 242 BGB, wenn er die in neutraler Dekoration übernommene Wohnung bei Mietende in einem Zustand zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird. Der Schadenersatzanspruch des Vermieters beruht in diesem Fall auf §§ 535, 280, 241Abs. 2, 242 BGB. Der Schaden des Vermieters besteht darin, dass er die für breite Mieterkreise nicht akzeptable Art der Dekoration beseitigen muss.

Vermieter und Mieter müssen bei der Gebrauchsüberlassung beziehungsweise Nutzung der Wohnung auf die Interessen des jeweils anderen Vertragspartners Rücksicht nehmen (§§ 241Abs. 2, 242 BGB). So hat der Mieter das berechnigte Interesse, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren, während das berechnigte Interesse des Vermieters dahin geht, die Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren Interessentenkreises entspricht und somit einer baldigen Weitervermietung nicht entgegensteht²⁰³.

Aus der Entscheidung des BGH zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung im Falle des Rauchens²⁰⁴ folgt nichts anderes²⁰⁵. Denn diese Entscheidung betraf die Frage, wann beim Rauchen die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs überschritten sind; dort hat der Senat entschieden, dass Rauchen nicht mehr als vertragsgemäßer Gebrauch der Mietsache anzusehen ist ("exzessives Rauchen"), wenn die damit verbundenen negativen Auswirkungen auf die Mietsache Schäden verursachen, die über die Abnutzung der Dekoration hinausgehen und sich dementsprechend nicht mehr durch bloße Ausführung von Schönheitsreparaturen beseitigen lassen²⁰⁶. Darum geht es hier indes nicht.

Exzessives Rauchen führt zu einer übermäßigen Abnutzung der Mieträume, die Beseitigungsmaßnahmen erfordert, die über normale Schönheitsreparaturen hinausgehen²⁰⁷. Um Abnutzung der Mieträume geht es bei deren farblicher Gestaltung in ungewöhnlichen Farben jedoch nicht. Maßnahmen zu deren Beseitigung sind deshalb im Rechtssinne auch keine Schönheitsreparaturen. Das zeigt schon die schlichte Überlegung, dass das berechnigte Interesse des Vermieters, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, auch dann ohne Einschränkung zu bejahen ist, wenn der Mieter die Wohnung vor der Rückgabe in ungewöhnlichen Farben frisch renoviert hat.

6.3 Abgeltungsklausel

6.3.1 Auswirkungen der kundefeindlichsten Auslegung

Der Zweck einer Quotenabgeltungsklausel besteht darin, dem Vermieter, der von dem ausziehenden Mieter mangels Fälligkeit der Schönheitsreparaturen nach dem Fristenplan keine Endrenovierung verlangen kann, wenigstens einen prozentualen Anteil an Renovie-

²⁰³ BGH v. 22.2.2012 - VIII ZR 205/11, NJW 2012, 1280 Rz. 12; BGH v. 14.12.2010 - VIII ZR 198/10, WuM 2011, 96 Rz. 3; BGH v. 14.12.2010 - VIII ZR 218/10, WuM 2011, 212 Rz. 3.

²⁰⁴ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439.

²⁰⁵ A.A. *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 466 f.

²⁰⁶ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439.

²⁰⁷ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 = GE 2014, 49 Rz. 15.

rungskosten für den Abnutzungszeitraum seit den letzten Schönheitsreparaturen während der Mietzeit zu sichern. Eine solche Klausel benachteiligt den Mieter grundsätzlich nicht unangemessen, weil die Abwälzung turnusmäßiger Schönheitsreparaturen - deren Kosten der Mieter zu tragen hätte, wenn das Mietverhältnis bis zum Eintritt der Fälligkeit der Schönheitsreparaturverpflichtung fortbestanden hätte - rechtlich und wirtschaftlich einen Teil der Gegenleistung des Mieters für die Gebrauchsüberlassung der Räume darstellt, die er andernfalls - bei einer den Vermieter treffenden Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen (§ 535 Abs. 1 Satz 2, § 538 BGB) - über eine höhere Bruttomiete im Voraus abgelten müsste²⁰⁸. Insbesondere stellt sie keine unzulässige "verkappte Endrenovierungsklausel" dar, denn sie verpflichtet den Mieter gerade nicht zur Renovierung der Räume²⁰⁹.

Bei der inhaltlichen Gestaltung einer Quotenabgeltungsklausel ist jedoch auf die berechtigten Belange des Mieters angemessen Rücksicht zu nehmen. Diesen Anforderungen wird eine Klausel, in der die Berechnungsgrundlage für die vom Mieter zu zahlenden Beträge "ein Kostenvoranschlag eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäfts" sein soll, nicht gerecht²¹⁰. Diese Bestimmung ist mehrdeutig. Sie kann zum einen dahingehend ausgelegt werden, dass sich der Mieter nur an notwendigen Renovierungskosten zu beteiligen hat und der Kostenvoranschlag dazu nur als (unverbindliche) Berechnungsgrundlage dient, deren Richtigkeit und Angemessenheit der Mieter bestreiten kann²¹¹. Zum anderen lässt die genannte Klausel aber auch die Deutung zu, dass dem Kostenvoranschlag des vom Vermieter ausgewählten Malerfachgeschäfts bindende Wirkung für die Bemessung der Abgeltungsquoten zukommt, also dem Mieter die Möglichkeit abgeschnitten ist, Einwendungen gegen dessen Richtigkeit und Angemessenheit zu erheben oder gar auf eine Berechnung nach Maßgabe eines von ihm eingeholten günstigeren Kostenvoranschlags zu dringen.

Einer solchen Auslegung steht nicht entgegen, dass der Klägerin ohne eine entsprechende Regelung im Zweifel ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1, 3, § 316 BGB zustünde. Diese Argumentation verfängt schon deswegen nicht, weil ein solches Leistungsbestimmungsrecht voraussetzt, dass der Beklagte dem Grunde nach eine quotale Abgeltung schuldet. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn eine vertragliche Quotenabgeltungsregelung nicht oder jedenfalls nicht wirksam getroffen worden ist. Davon abgesehen fehlt in der verwendeten Klausel ein Hinweis darauf, dass der Kostenvoranschlag nach billigem Ermessen zu erfolgen hat. Dass er von einem Malerfachgeschäft zu erstellen ist, besagt noch nichts über die Billigkeit der darin aufgeführten Kostenpositionen.

Bei der Prüfung der Wirksamkeit der Abgeltungsklausel ist diejenige Auslegung zugrunde zu legen, nach der dem vom Vermieter einzuholenden Kostenvoranschlag verbindliche Wirkung zukommt und es dem Mieter verwehrt ist, hiergegen Einwendungen zu erheben. Denn nach neuerer Rechtsprechung ist für die Inhaltskontrolle einer mehrdeutigen Allge-

²⁰⁸ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff.; BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684 Rz. 15 m.w.N.

²⁰⁹ BGH v. 26.5.2004 - VIII ZR 77/03, NJW 2004, 3042 unter II 2 a cc.

²¹⁰ BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, MDR 2013, 900 = GE 2013, 997.

²¹¹ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 82; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 unter II 1.

meinen Geschäftsbedingung nicht nur im Verbandsprozess, sondern auch im - 50
hier gegebenen - Individualprozess von mehreren möglichen Deutungen die
kundenfeindlichste Auslegung, also diejenige maßgebend, die zur Unwirksamkeit der
Klausel führt²¹². Hierdurch wird zum einen § 305c Abs. 2 BGB Rechnung getragen, wonach
sich Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders auswirken, und zum anderen
vermieden, dass die Entscheidung im Individualprozess auf eine Klausel gegründet wird,
die im Verbandsprozess für unwirksam zu erklären wäre²¹³.

Soweit sich aus früheren Senatsentscheidungen (Beschluss vom 6. Juli 1988 - VIII ARZ
1/88; BGH v. 6. Oktober 2004 - VIII ZR 215/03) etwas anderes ergibt, sind die dort ge-
troffenen Aussagen durch die beschriebene Entwicklung überholt. Der VIII. Senat hält da-
her an diesen Entscheidungen nicht mehr fest.

6.3.2 Alles neu?

Der VIII. Senat des BGH²¹⁴ hat folgenden Beschluss abgesetzt:

„Aufgrund der nach der mündlichen Verhandlung durchgeführten Beratung haben sich für
den Senat folgende bislang nicht (ausreichend) erörterte Fragen ergeben.

1. Im Urteil vom 26. September 2007 (VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632) hat der Senat Be-
denken geäußert, ob eine Quotenabgeltungsklausel bei unrenoviert oder renovierungsbe-
dürftig überlassener Wohnung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB standhält. Er
hat diese Zweifel damit begründet, dass entweder - wenn der Mieter während der Mietz-
eit keine Schönheitsreparaturen durchgeführt hat - sich am Ende der Mietzeit nicht fest-
stellen lässt, in welchem Umfang die Abnutzung durch den Mieter selbst und wie weit sie
durch den Vormieter herbeigeführt worden ist, oder der Mieter - wenn er im Laufe seiner
Mietzeit renoviert hat - doppelt belastet wird, indem er zusätzlich zu dem Schönheitsre-
paraturaufwand eine Kostenquote zu tragen hat, obwohl beziehungsweise weil er die von
ihm (jedenfalls auch zur Beseitigung der Abnutzung durch den Vormieter) vorgenomme-
nen Dekorationsarbeiten noch nicht vollständig abgenutzt hat (Senatsurteil vom 26. Sep-
tember 2007 - VIII ZR 143/06, aaO Rn. 20).

Dahinter steht der Gedanke, dass es eine unangemessene Benachteiligung des Mieters
darstellen könnte, wenn der Mieter die Kosten für die Beseitigung von Gebrauchsspuren
(mit) zu tragen hat, die nicht er, sondern der Vormieter verursacht hat (Senatsurteil vom
26. September 2007 - VIII ZR 143/06, aaO Rn.17).

Wenn diese Bedenken - entgegen dem Rechtsentscheid des Senats vom 6. Juli 1988 (VIII
ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 84 ff.) - für durchgreifend erachtet würden, käme es im Streit-
fall darauf an, ob die Wohnung renoviert oder unrenoviert übergeben wurde. Zu dieser
zwischen den Parteien streitigen Tatsache hat das Berufungsgericht keine Feststellungen
getroffen.

²¹² BGH v. 29.4.2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rz. 19 m.w.N.; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 344/08, NJW
2009, 3716 Rz. 8.

²¹³ BGH v. 29.4.2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rz. 19.

²¹⁴ BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 352/12, WuM 2014, 135.

Die dargestellte Argumentation könnte zur Folge haben, dass bei unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassener Wohnung - entgegen dem Rechtsentscheid des Senats vom 6. Juli 1988 (VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff.) - auch bereits die Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen als den Mieter unangemessen benachteiligend anzusehen wäre. Denn auch durch eine solche Klausel würde der Mieter zur Beseitigung von Gebrauchsspuren verpflichtet, die nicht er, sondern der Vermieter verursacht hat. 51

2. Unabhängig von den Erwägungen unter 1 stellt sich dem Senat die grundsätzliche Frage, ob Quotenabgeltungsklauseln der Inhaltskontrolle unter einem anderen Gesichtspunkt überhaupt standhalten können.

Der Senat hat zwar in seinem Urteil vom 26. September 2007 (VIII ZR 143/06, aaO Rn.15 ff.) im Anschluss an den Rechtsentscheid des Senats vom 6. Juli 1988 (VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff.) eine Quotenabgeltungsklausel über eine vom Vermieter renoviert überlassene Wohnung für unbedenklich gehalten, wenn sie eine Berücksichtigung des tatsächlichen Erhaltungszustands der Wohnung in der Weise ermöglicht, dass für die Berechnung der Quote das Verhältnis zwischen der Mietdauer seit Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen und dem Zeitraum nach Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen maßgeblich ist, nach dem bei einer hypothetischen Fortsetzung aufgrund des Wohnverhaltens des Mieters voraussichtlich Renovierungsbedarf bestünde (Senatsurteil vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06, aaO Rn. 17 f., 29).

Es ist jedoch fraglich, ob sich auf der Grundlage des tatsächlichen Zustands der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses eine realistische Feststellung dazu treffen lässt, welcher hypothetischen Nutzungsdauer bei "normaler" Nutzung der bei Beendigung des Mietverhältnisses bestehende Abnutzungsgrad der einzelnen Wohnräume entspricht und ob darüber hinaus eine empirische Prognose über den (hypothetischen) Zeitpunkt des voraussichtlich eintretenden Renovierungsbedarfs bei unterstellter Fortdauer des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Mieters zuverlässig möglich ist oder ob dies nicht vielmehr einer Fiktion gleichkommt. Darin könnte eine unangemessene Benachteiligung des Mieters gesehen werden. Auf die Frage, ob die Wohnung renoviert oder unrenoviert überlassen wurde, käme es dann nicht an.“

Der Beschluss legt die Annahme nahe, dass formularmäßige Abgeltungsklauseln insgesamt unwirksam sind. Darüber hinaus stellt sich - erneut - die Frage, ob Renovierungsklauseln AGB-mäßig wirksam vereinbart werden können, wenn die Wohnung unrenoviert übergeben wurde. Denn mittlerweile ist auch im Individualprozess der Maßstab der kundenfeindlichsten Auslegung bei der Inhaltskontrolle anzulegen. Damit könnte die ursprüngliche Überlegung des BGH, die nicht abweichend vereinbarte Anfangsrenovierung führe zu einem Anspruch des Mieters nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB den der Mieter nach ca. sechs Monaten verwirkt²¹⁵, obsolet sein. Denn in einem solchen Fall könnte der Vermieter den vertragstreuen Mieter durch Hinweis auf den Mietvertrag, in dem zur Anfangsrenovierung nicht geregelt ist, mit Rücksicht auf die Pflicht, laufende Schönheitsrepara-

²¹⁵ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, MDR 1987, 927 = WuM 1987, 306.

turen durchzuführen, davon abhalten, den Anspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geltend zu machen. 52

In diesem Sinne hat nun das LG Heilbronn eine dem Mustermietvertrag von 1976 nachgebildete Renovierungsklausel verworfen, weil die Wohnung unrenoviert überlassen wurde.²¹⁶

6.4 Vorformulierte Auftragserteilung zur Renovierung

Vorgefertigte Rücknahmeprotokolle enthalten häufig am Ende vorformulierte Erklärungen des Mieters, die die Rechtsfolge nach Beendigung der Rückgabe manifestieren soll. Oftmals wird u.a. vorformuliert, dass der Mieter den Vermieter beauftragt, die fälligen Schönheitsreparaturen auf seine (des Mieters) Kosten auszuführen und sich verpflichtet, dem Vermieter den notwendigen Aufwand zu ersetzen.

Derartige Renovierungsauftragsklauseln sind gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam²¹⁷. Eine solche Klausel legt dem Mieter Schönheitsreparaturen auf, obwohl diese noch nicht fällig sind und obwohl er z.B. ausdrücklich "die Durchführung der Arbeiten im Hinblick auf die (...) Beanstandungen ernsthaft und endgültig" abgelehnt hat.

6.5 Kostenerstattungsklausel

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden²¹⁸. Verbleiben nach Ausschöpfung aller danach in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel und sind zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar, kommt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung²¹⁹. Hiernach gehen Zweifel bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Nur Auslegungsmöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen, bleiben dabei außer Betracht²²⁰. Dabei gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen zwischen einem Unternehmer - hier der Rechtsvorgängerin der Beklagten - und einem Verbraucher - hier den Klägern gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden.

Ausgehend von diesem Maßstab ist § 11 Ziffer 3 des Mietvertrages

1. Die Kosten der Schönheitsreparaturen innerhalb der Wohnung werden vom Vermieter getragen.

²¹⁶ LG Heilbronn v. 22.7.2014 - 2 S 63/13, IMR 2014, 368.

²¹⁷ BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, GE 2013, 997.

²¹⁸ st. Rspr.; BGH v. 18.7.2012 - VIII ZR 337/11, BGHZ 194, 121 Rz. 16 ; BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 404/12 , BGHZ 200, 362 Rz. 57; jeweils m.w.N.

²¹⁹ BGH v. 5.5.2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rz. 14 ; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 28 jeweils m.w.N.

²²⁰ BGH v. 5.5.2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rz. 14 ; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 28 jeweils m.w.N.

2. Umfang und Ausführung der Schönheitsreparaturen erfolgt im Rahmen der hierfür nach den Vorschriften der 2. Berechnungsverordnung § 28 (4) vorgesehenen Kostenansätze. 53

3. Sofern der Mieter Schönheitsreparaturen selbst ausführt oder durch entsprechende Fachfirmen ausführen läßt, werden ihm auf Antrag die anteiligen Beträge, wie sie sich nach der obigen Verordnung errechnen, ausgezahlt, sofern die Ausführung sach- und fachgerecht erfolgt ist."

- jedenfalls in Anwendung der Unklarheitenregel gemäß § 305c Abs. 2 BGB - so auszulegen, dass der Mieter entscheiden kann, ob er fällige Schönheitsreparaturen (sach- und fachgerecht) selbst durchführen und im Anschluss den mietvertraglich geregelten Zahlungsanspruch geltend macht, oder ob er die Durchführung der Schönheitsreparaturen dem Vermieter überlassen. Ein Zustimmungserfordernis oder einen Vorbehalt des Vermieters, der Selbstvornahme zu widersprechen, sieht die Klausel dagegen nicht vor.

Für diese - dem Mieter als Gegner der Klauselverwenderin günstigste²²¹ - Auslegung der Klausel sprechen sowohl der Wortlaut der Klausel als auch eine Abwägung der berechtigten beiderseitigen Interessen²²².

Nach dem Wortlaut des § 11 Ziffer 3 des Mietvertrags werden dem Mieter, sofern er "Schönheitsreparaturen selbst ausführt oder durch entsprechende Fachfirmen ausführen lässt, [...] auf Antrag die anteiligen Beträge, wie sie sich nach der obigen Verordnung errechnen, ausgezahlt, sofern die Ausführung sach- und fachgerecht erfolgt ist." Weitere Voraussetzungen für den Zahlungsanspruch sieht die Regelung dem Wortlaut nach nicht vor. Ebenso wenig enthält sie den Vorbehalt, dass der Vermieter der Selbstvornahme nicht widerspricht. Ein solcher Vorbehalt lässt sich auch nicht darauf stützen, dass § 11 Ziffer 3 des Mietvertrags die grundsätzlich bestehende Verpflichtung des Vermieters zur Vornahme der Schönheitsreparaturen unberührt lässt.

Es ist zwar zutreffend, dass der Mieter nach § 11 des Mietvertrags nicht anstelle des Vermieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet ist. Vielmehr bleibt es bei der gesetzlichen Regelung, wonach dem Vermieter die Schönheitsreparaturen als Teil der Instandhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) obliegen²²³. Denn bei verständiger Würdigung unter Berücksichtigung der ursprünglich bestehenden Preisbindung der Wohnung (§ 3 des Mietvertrags) bezieht sich § 11 Ziffer 1 des Mietvertrags, wonach "die Kosten der Schönheitsreparaturen [...] vom Vermieter getragen" werden, ausschließlich auf die Zusammensetzung der Kostenmiete gemäß §§ 8 ff. Wohnungsbindungsgesetz (WoBindG) in Verbindung mit § 1 Abs. 1, § 28 Abs. 4 II. BV. Hiernach sind die Kosten der Schönheitsreparaturen in den normalerweise anzusetzenden Instandhaltungskosten nicht enthalten (§ 28 Abs. 4 Satz 1 II. BV). Gemäß § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV kann der Vermieter

²²¹ vgl. BGH v. 29.4.2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rz. 19 mwN; BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293 Rz. 13; BGH v. 30.3.2010 - XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rz. 26 m.w.N.

²²² BGH v. 3.12.2014 - VIII ZR 224/13, ■.

²²³ vgl. hierzu BGH v. 9.6.2010 - VIII ZR 294/09, NJW 2010, 2877 Rz. 20; Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl., § 535 BGB Rz. 41 f.

allerdings einen Zuschlag zur Kostenmiete verlangen, wenn er die Kosten der Schönheitsreparaturen trägt. 54

§ 11 Ziffer 1 des Mietvertrags legt dementsprechend offen, dass der Vermieter die Kosten der Schönheitsreparaturen im Sinne von § 28 Abs. 4 II. BV trägt und in der Miete ein Zuschlag für Schönheitsreparaturen enthalten ist, setzt aber die gesetzlich vorgesehene Verpflichtung des Vermieters zu Schönheitsreparaturen voraus. § 11 Ziffer 2 des Mietvertrags legt ergänzend den Umfang der Schönheitsreparaturen fest. Auch § 11 Ziffer 3 des Mietvertrags eröffnet den Mietern lediglich die Möglichkeit, Schönheitsreparaturen selbst durchzuführen, verpflichtet sie hierzu aber nicht.

Hieraus ergibt sich nicht die Berechtigung des Vermieters zu entscheiden, die Schönheitsreparaturen künftig selbst vornehmen zu wollen und die Regelung in § 11 Ziffer 3 des Mietvertrags hierdurch gegenstandslos werden zu lassen. Ein solcher Vorbehalt folgt nicht aus der beim Vermieter verbliebenen Instandhaltungspflicht. Denn die Verpflichtung zu Schönheitsreparaturen sagt nichts darüber aus, ob und in welchem Umfang die Vermieterin mit den Mietern vereinbart, dass diese an ihrer Stelle und in ihrem Pflichtenkreis tätig werden und hierfür Zahlungsansprüche - etwa Aufwendungsersatzung nach Auftragsrecht oder in vorher vereinbarter Höhe - geltend machen können. Sofern eine solche Regelung, wie hier in § 11 Abs. 3 des Mietvertrags, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen wird, gehen Unklarheiten über die Reichweite der Vereinbarung zu Lasten des Verwenders (§ 305c Abs. 2 BGB). Auf einen Widerrufsvorbehalt oder die Absicht, selbst tätig zu werden, kann der Vermieter sich daher nur berufen, wenn dies in der Klausel hinreichend deutlich zum Ausdruck gekommen wäre.

Auch bei einer Abwägung der beiderseitigen Interessen lässt sich der Klausel weder ein Zustimmungserfordernis noch ein Vorbehalt des Vermieters entnehmen, den von den Mietern beabsichtigten, notwendigen Schönheitsreparaturen zu widersprechen und diese selbst vorzunehmen. Im Gegenteil entspricht es hier gerade der Interessenlage verständiger Mietvertragsparteien, dass die Mieter entscheiden können, ob sie entsprechend § 11 Abs. 3 selbst auf Kosten der Vermieterin Schönheitsreparaturen durchführen, oder ob sie die Durchführung der Vermieterin überlassen. § 11 Ziffer 3 des Mietvertrags trägt in erster Linie dem eigenen Interesse des Vermieters Rechnung, ihren Mietern einen Anreiz zu bieten, die Schönheitsreparaturen selbst durchzuführen. Denn der Vermieter erspart sich in diesem Fall die eigene Planung der Schönheitsreparaturen und den bei der Ausführung von Schönheitsreparaturen in einer bewohnten Wohnung regelmäßig erforderlichen Abstimmungsaufwand. Zudem verlagert sie das finanzielle Risiko der mangelhaften Ausführung der Schönheitsreparaturen auf die Mieter, da deren Zahlungsanspruch nach dem Wortlaut der Klausel nur und erst entsteht, wenn die Schönheitsreparaturen sach- und fachgerecht durchgeführt worden sind. Eine überteuerte Durchführung der Schönheitsreparaturen steht dabei nicht zu befürchten, da der Zahlungsanspruch der Mieter auf die - als pauschal kostendeckend kalkulierten - Kostenansätze in der II. BV begrenzt ist. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Wohnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Preisbindung als öffentlich geförderter Wohnraum unterlag (§ 3 des Mietvertrags). Wäre der Vermieter aufgrund besonderer Umstände in der Lage gewesen, die Schönheitsreparaturen zu deutlich geringeren Kosten als dem in § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV vorgesehenen

Schönheitsreparaturenzuschlag durchzuführen, hätte er gemäß § 24 Abs. 2 55

Satz 2 II. BV auch einen geringeren Schönheitsreparaturenzuschlag in die Kostenmiete einstellen müssen²²⁴. § 11 Ziffer 3 des Mietvertrags beruht vor diesem Hintergrund auch auf der für beide Vertragspartner erkennbaren Erwägung, dass der hierin geregelte Zahlungsanspruch der Mieter den Kosten, die die damalige Vermieterin für Schönheitsreparaturen hätte aufwenden müssen, weitgehend entspricht.

Die mit der vorgenannten Regelung beabsichtigte Entlastung des Vermieters benachteiligt die Mieter nicht unbillig, sondern nimmt hinreichend auf deren Interessen Rücksicht. Denn wälzt die Klausel die Schönheitsreparaturverpflichtung nicht etwa auf die Mieter ab, sondern eröffnet diesen nur die Möglichkeit, selbst tätig zu werden. Ein Anreiz hierzu wird neben der Möglichkeit, die mit Schönheitsreparaturen verbundenen Unannehmlichkeiten durch eigenverantwortliche Organisation minimieren zu können, vor allem in finanzieller Hinsicht gesetzt. Denn sofern die Kosten der Selbstvornahme - etwa bei der in der Klausel ausdrücklich erlaubten Durchführung in Eigenregie - unter dem in § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV vorgesehenen Schönheitsreparaturzuschlag liegen²²⁵, verbleibt den Mietern die Differenz zwischen dem Zahlungsanspruch und den tatsächlichen Kosten. Dem könnte der Vermieter nicht entgegenhalten, dass es für ihn kostengünstiger wäre, die Schönheitsreparaturen selbst durchzuführen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die der Klausel zu Grunde liegende Interessenlage des Vermieters nachträglich ändern könnte und er sich deshalb vorbehalten hätte, Schönheitsreparaturen selbst durchzuführen, sind jedoch weder § 11 Ziffer 3 des Mietvertrags zu entnehmen noch vorgetragen oder sonst ersichtlich.

Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte, dass die Parteien der AGB-Klausel - auch stillschweigend oder durch schlüssige Handlungen - einen von der objektiven Auslegung abweichenden Sinn gegeben hätten, der dann gemäß § 305b BGB vorginge²²⁶. Im Gegenteil spricht das spätere Verhalten der Vertragsparteien dafür, dass sie der Klausel keinen Widerrufsvorbehalt des Vermieters entnommen haben. Denn seit dem Beginn des Mietverhältnisses hat der Mieter turnusmäßig in Eigenregie renoviert und jeweils im Anschluss daran den Zahlungsanspruch geltend gemacht, ohne dass sich der Vermieter zu irgendeinem Zeitpunkt darauf berufen hätte, selbst tätig werden oder der Renovierung vorab ausdrücklich nochmals zustimmen zu wollen. Dem grundsätzlich berechtigten Interesse des Vermieters, nicht durch eine unangekündigte, eigenmächtige Renovierung seitens des Mieters vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden und hierdurch Nachteile, etwa bei der Feststellung, ob die Renovierung überhaupt notwendig war, zu erleiden²²⁷, ist hier schon durch die rechtzeitige Ankündigung des Mieters, er wolle nach Ablauf von fünf Jahren renovieren, Rechnung getragen worden.

²²⁴ vgl. *Schubart/Kohlenbach/Bohndick*, Wohn- und Mietrecht Teil II, Stand September 2004, § 24 II. BV Anm. 3; *Schmid/Harz*, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 24 II. BV Rz. 5

²²⁵ vgl. zu den erfahrungsgemäß geringeren Kosten bei Eigenrenovierung: BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, (78 und 82 f.); BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 unter II 1; BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 25.

²²⁶ vgl. BGH v. 23.1.1991 - VIII ZR 122/90, BGHZ 113, 251 (259); BGH v. 22.3.2002 - V ZR 405/00, NJW 2002, 2102 unter II 2 a; BGH v. 10.6.2008 - XI ZR 331/07, WPM 2008, 1350 Rz. 15; BGH v. 29.5.2009 - V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rz. 10; MünchKomm/Basedow, 6. Aufl., § 305c BGB Rz. 26; jeweils m.w.N.

²²⁷ vgl. BGH v. 16.1.2008 - VIII ZR 222/06, NJW 2008, 1216 Rz. 22

§ 11 des Mietvertrags ist auch nicht gegenstandslos geworden, nachdem die Wohnung nicht mehr der Preisbindung unterliegt. Das folgt schon daraus, dass das Mietverhältnis nicht auf die Dauer der (durch die öffentliche Förderung bedingten) Mietpreisbindung beschränkt war und die Parteien dennoch für die Zeit nach dem Ende der Mietpreisbindung eine abweichende Regelung hinsichtlich der Schönheitsreparaturen nicht vorgesehen haben. Darüber hinaus ist die Berechnung des Zahlungsanspruchs anhand der II. BV auch nach dem Auslaufen der Preisbindung weiterhin möglich. Denn die Klausel nimmt lediglich zur Berechnung Bezug auf die II. BV, ohne deren Geltung zur Voraussetzung des Zahlungsanspruchs zu machen. Die Fortgeltung der Klausel ist schließlich auch interessengerecht. Der Wegfall der Preisbindung führt nicht zu einer Änderung der Miethöhe. Vielmehr gilt die zuletzt geschuldete Kostenmiete - vorliegend einschließlich des darin enthaltenen Schönheitsreparaturzuschlags - als Ausgangsmiete für die nicht mehr preisgebundene Wohnung fort. Zudem ist die Vermieterin berechtigt, diese "Marktmiete" nach Entlassung der Wohnung aus der Preisbindung nach Maßgabe von §§ 558 ff. BGB an die ortsübliche Vergleichsmiete heranzuführen, wenn und soweit sie dahinter zurückbleibt²²⁸. Vor diesem Hintergrund war es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht ersichtlich, dass sich die Kalkulationsgrundlage - wonach es für den Vermieter voraussichtlich nicht teurer ist, wenn er die laufenden Schönheitsreparaturen dem Mieter gegen Auszahlung der zunächst vereinnahmten Kostenanteile überlässt - nach dem Wegfall der Preisbindung maßgeblich ändern würde. Die in § 11 Abs. 3 des Mietvertrags getroffene Regelung war jedenfalls aus maßgeblicher damaliger Sicht auch nach dem Auslaufen der Preisbindung sinnvoll und von den Parteien mangels anderer Anhaltspunkte auch gewollt.

6.6 Geldersatz wegen Umbau

Ein Anspruch des Vermieters auf Geldersatz für die vom Mieter geschuldeten Reparaturen und Instandsetzungsmaßnahmen kann sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergeben²²⁹. Danach kommt ein Anspruch auf Geldersatz in Fällen in Betracht, in denen ein Mieter bei Auszug die von ihm geschuldeten Schönheitsreparaturen und Instandsetzungsmaßnahmen nicht ausführt, weil der Vermieter die Mieträume anschließend umbauen will und deshalb auch an einer Sachleistung des Mieters nicht mehr interessiert ist und wenn der Mietvertrag für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung enthält. Bei dieser Sachlage wäre es zum einen widersinnig, den zum Umbau entschlossenen Vermieter an dem Anspruch auf Erfüllung der von dem Mieter vertraglich übernommenen Verpflichtung festzuhalten, obwohl bei Erfüllung dieser Pflicht das Geschaffene alsbald wieder zerstört würde. Zum anderen würde es regelmäßig in Widerspruch zum Inhalt des Mietvertrages stehen, den Mieter von seiner Verpflichtung zu befreien, ohne dass er hierfür einen Ausgleich entrichten müsste.

Der Anspruch setzt voraus, dass der Mietvertrag keine ausdrückliche Abrede darüber enthält, ob der Vermieter, wenn bei Beendigung des Mietverhältnisses fällige Instandset-

²²⁸ vgl. BGH v. 9.11.2011 - VIII ZR 87/11, NJW 2012, 145 Rz. 16, 20; BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145 Rz. 13, 16.

²²⁹ BGH v. 20.10.2004 - VIII ZR 378/03, WuM 2005, 50 = ZMR 2005, 109; BGH v. 5.6.2002 - XII ZR 220/99, MDR 2002, 1304 = WuM 2002, 484 = ZMR 2002, 735; BGH v. 30.10.1984 - VIII ARZ 1/84, MDR 1985, 400 = WuM 1985, 46 = ZMR 1985, 84.

zungs- und Reparaturmaßnahmen nicht ausgeführt sind, ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung zusteht, wenn er beabsichtigt, die Mietsache umzubauen und durch den Umbau etwaige Instandsetzungs- und Reparaturmaßnahmen wieder zerstört würden²³⁰. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet nicht daran, dass der Vermieter bereits bei Abschluss des Mietvertrages wußte, dass die Schönheitsreparatur-, Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Endrenovierungsverpflichtung bei Beendigung des Mietverhältnisses so gut wie sinnlos wird. Das gilt auch, wenn der Vermieter die Räume des Geschäftshauses nach den Bedürfnissen des Mieters zum Betrieb eines Therapiezenters umgestaltet und hergerichtet haben, und wegen der Größe des Objektes eine Neuvermietung notwendigerweise mit dem Umbau und der Umgestaltung des Objektes verbunden ist, um es nach den Bedürfnissen des zukünftigen Mieters herzurichten. Dazu hätte bei Abschluss des Mietvertrages dem Vermieter klar gewesen sein müssen, dass eine Neuvermietung ohne Umbau nicht möglich sein würde. Für diese Annahme reicht die Durchführung der Arbeiten zu Beginn des Mietvertrages nicht aus.

Der Ausgleichsanspruch im Wege ergänzender Vertragsauslegung soll auch nicht dadurch entfallen, dass der Vermieter die Mietsache veräußert hat, ohne zuvor tatsächlich Umbaumaßnahmen durchgeführt zu haben. Der Vermieter hatte dem Mieter unstreitig mit Schreiben vom 25. September 2009 mitgeteilt, dass er im Zuge der beabsichtigten Neuvermietung des Objektes umfangreiche Umbau- und Renovierungsarbeiten durchführen würde und deshalb an Stelle der Durchführung der Schönheitsreparaturen und Renovierungsarbeiten den hierfür noch zu ermittelnden Geldbetrag einfordern würde. Der Zahlungsanspruch des Vermieters entsteht dabei, sobald der Mieter von der Absicht des Vermieters, die Mieträume umzubauen, Kenntnis erlangt. Er wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Mieter in Kenntnis der Umbauabsichten des Vermieters vor Rückgabe renoviert oder sich zur Renovierung nach dem Umbau bereiterklärt²³¹.

Diese Auffassung hat der BGH verworfen²³². Denn sollte allein der Verkauf für die Entstehung des Geldanspruchs ausreichen, könnte der Vermieter die Voraussetzungen des § 281 BGB umgehen. Dass der Vermieter aufgrund einer Veräußerung des Mietobjekts subjektiv kein Interesse an der Erbringung der Renovierungsarbeiten mehr hat, rechtfertigt es ebenfalls nicht, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die Stelle des primären Erfüllungsanspruchs einen Ausgleichsanspruch treten zu lassen. Der vertragliche Anspruch gegen den Mieter auf Erbringung der übernommenen Renovierungsarbeiten erlischt erst durch ein Schadensersatzverlangen nach § 281 Abs. 4 BGB. Da der Anspruch nach Beendigung des Mietverhältnisses und dem Auszug des Mieters bis zu diesem Verlangen fortbesteht, geht er gemäß § 566 Abs. 1 BGB auf den Erwerber des Mietobjekts über. Dieser kann vom Mieter Erfüllung verlangen oder, falls der Mieter nicht zur Vornahme der Renovierungsarbeiten bereit ist, die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 281 Abs. 1 BGB schaffen und die Erklärung nach § 281 Abs. 4 BGB abgeben²³³. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass der Mieter auch bei einer Veräußerung des Mietobjekts

²³⁰ OLG Koblenz v. 12.4.2013 - 10 U 832/12, MDR 2013, 964 = ZMR 2013, 882.

²³¹ OLG Oldenburg v. 14.1.2000 - 13 U 66/99, WuM 2000, 301 = ZMR 2000, 528 = NZM 2000, 828; *Hannemann/Wiegner*, Münchner Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl. 2010, § 19 Rz. 218.

²³² BGH v. 12.2.2014 - XII ZR 76/13, WuM 2014, 201 = GE 2014, 453.

²³³ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 130.

nicht kompensationslos von der übernommenen Verpflichtung zur Vornahme 58

von Renovierungsarbeiten befreit wird. Dann besteht auch kein Bedürfnis dafür, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die Stelle des vereinbarten Anspruchs auf Durchführung von Schönheitsreparaturen oder Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsarbeiten einen Ausgleichsanspruch des Vermieters treten zu lassen.

7 Miete

7.1 Verwirkung von Zahlungstiteln

Bei dem Rechtsgedanken der Verwirkung kommt es in erster Linie auf das Verhalten des Berechtigten an. Mit der Verwirkung soll die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten gegenüber dem Verpflichteten ausgeschlossen werden. Dabei ist das Verhalten des Berechtigten nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Maßgebend ist insoweit, ob bei objektiver Beurteilung der Verpflichtete dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, ob er sich also darauf einrichten durfte, dass er mit einer Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen brauche²³⁴. Im Hinblick darauf müssen daher zu dem reinen Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen²³⁵. Der Vertrauenstatbestand kann nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden²³⁶.

Dies gilt erst recht für titulierte Ansprüche²³⁷. Lässt ein Gläubiger seinen Anspruch durch Gerichtsurteil titulieren, gibt er bereits dadurch zu erkennen, dass er die Forderung durchsetzen will und sich dazu eines Weges bedient, der ihm dies grundsätzlich für die Dauer von 30 Jahren ermöglicht. Bei dieser Ausgangslage liegt die Annahme, ein anschließendes Ruhen der Angelegenheit könne bedeuten, der Gläubiger wolle den Anspruch endgültig nicht mehr durchsetzen, umso ferner. Abgesehen davon ist der Schuldner nach etwaiger Erfüllung der Schuld keineswegs schutzlos. Er kann nicht nur eine Quittung beanspruchen (§ 368 BGB), sondern auch den Titel selbst vom Gläubiger heraus verlangen (§ 371 BGB analog).

8 Gewährleistung

8.1 Vorbehaltlose Ausübung der Option bei Mangelkenntnis

Die in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretene Auffassung geht davon aus, dass § 536b BGB auch dann eingreift, wenn der Mieter in Kenntnis des Mietmangel seine Verlängerungsoption ausübt, ohne sich seine Rechte vorzubehalten²³⁸. Die Vertreter die-

²³⁴ BGHZ 25, 47 = NJW 1957, 1358; RGZ 155, 152

²³⁵ BGH v. 18.1.2001 - VII ZR 416/99, NJW 2001, 1649; BGH v. 14.11.2002 - VII ZR 23/02, NJW 2003, 824; BGH v. 30.10.2009 - V ZR 42/09, NJW 2010, 1074.

²³⁶ BGH v. 20.12.1968 - V ZR 97/65; BGH v. 29.2.1984 - VIII ZR 310/82, NJW 1984, 1684; BGH v. 27.3.2001 - VI ZR 12/00, NZV 2001, 464, 466; BGH v. 14.11.2002 - VII ZR 23/02, NJW 2003, 824.

²³⁷ BGH v. 9.10.2013 - XII ZR 59/12, GE 2014, 52.

²³⁸ vgl. etwa OLG Koblenz v. 21.7.2014 - 2 U 901/13, ZMR 2014, 883 - juris Rz. 6; OLG Rostock v. 12.3.2007 - 3 U 67/06 - juris Rz. 27; BeckOK BGB/Ehlert [Stand: 1.5.2014] § 536b BGB Rz. 2 im Widerspruch zu Rz. 9; Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 536b BGB Rz. 7; Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III.B Rz. 3395; FA-MietRWEg/Harting, 4. Aufl., Kap. 9 Rz. 276;

ser Ansicht führen zur Begründung an, die Ausübung einer Verlängerungsoption 59

stelle eine Zäsur in der Vertragsgestaltung dar, argumentieren mit dem Gesetzeszweck und beziehen sich insbesondere auf die Entscheidung des BGH v. 13.7.1970²³⁹. Die Gegenmeinung verweist darauf, diese höchstrichterliche Rechtsprechung sei noch zu § 539 BGB a.F. ergangen, wohingegen § 536b BGB im laufenden Mietverhältnis nicht analog anzuwenden sei. Durch die Realisierung des im Vertrag geregelten Verlängerungsmechanismus werde nur das bisherige Mietverhältnis fortgesetzt, nicht aber ein neues begründet²⁴⁰.

Die letztgenannte Auffassung ist lt. BGH zutreffend²⁴¹. § 536 b BGB findet auf die Ausübung einer Verlängerungsoption keine unmittelbare Anwendung, weil es sich dabei nicht um einen Vertragsschluss im Sinn dieser Vorschrift handelt.

Eine Option, die einer oder beiden Parteien das Recht einräumt, das bestehende Mietverhältnis durch einseitige Erklärung um eine bestimmte Zeit zu verlängern, ist ein schon im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht²⁴². Durch ihre Ausübung kommt kein neuer Vertrag zustande. Vielmehr wirkt sie unmittelbar auf das bestehende Mietverhältnis ein, indem sie mit ihrer Gestaltungswirkung lediglich die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit ändert und ihr einen neuen Zeitabschnitt hinzufügt²⁴³. Im Übrigen wird der Mietvertrag aber - ebenso wie bei der Fortsetzung eines Mietverhältnisses aufgrund eines Verlängerungsmechanismus²⁴⁴ - mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt und die Identität des Vertrags bleibt erhalten. Mithin bewirkt die Ausübung einer Verlängerungsoption keine Änderung der vertraglichen Beziehungen, die einen Neuabschluss des Mietvertrags darstellt²⁴⁵.

auch eine entsprechende Anwendung des § 536 b BGB kommt bei vorbehaltloser Ausübung einer Verlängerungsoption nicht in Betracht²⁴⁶. Zur alten Rechtslage entsprach es höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass die Ausübung einer Verlängerungsoption eine entsprechende Anwendung von § 539 BGB a.F. rechtfertigte. Der BGH hat dabei offen gelassen, ob die Optionsausübung dem Neuabschluss des Mietvertrags gleichzustellen ist. Nachdem

Feldhahn in Elzer/Riecke, Mietrechtskommentar, § 536b BGB Rz. 1; *Hübner/Griesbach/Fuerst* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl., Kap. 14 Rz. 362; *jurisPK-BGB/Münch*, [Stand: 1.10.2014] § 536b Rz. 4; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 536b BGB Rz. 23; *Palandt/Weidenkaff*, 73. Aufl., § 536b BGB Rz. 1; *Soergel/Heintzmann*, 13. Aufl., § 536b BGB Rz. 7; *Spielbauer* in Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht [Stand: August 2011], § 536b BGB Rz. 10 und 14; *Staudinger/Emmerich*, [2014] § 536b BGB Rz. 7; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 364; vgl. auch OLG Brandenburg, NJW-RR 2013, 76 f. zur Vertragsverlängerung mangels Mieterwiderspruchs; zweifelnd *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 536b BGB Rz. 15: nur bei Änderung, die Neuabschluss gleichsteht.

²³⁹ BGH v. 13.7.1970 - VIII ZR 230/68 - NJW 1970, 1740 (1742).

²⁴⁰ BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1.5.2014], § 536b BGB Rz. 9; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 536b Rz. 12; Lützenkirchen, Mietrecht, § 536b BGB Rz. 36; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl., § 536b BGB Rz. 5 und 37; "nur" Verwirkung: Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VIII 417.

²⁴¹ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, ■.

²⁴² BGHZ 94, 29 = NJW 1985, 2481; MünchKomm/Busche, 6. Aufl., Vorbem. Rz. 70; Staudinger/Bork, [2010], Vorbem. zu §§ 145 ff. BGB Rz. 73; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 860.

²⁴³ BGHZ 94, 29 = NJW 1985, 2481; BGH v. 20.12.1967 - VIII ZR 119/65, NJW 1968, 551, 552; vgl. auch BGH v. 10.9.1997 - XII ZR 222/95, NJW 1998, 374 (375).

²⁴⁴ BGHZ 150, 373 = NJW 2002, 2170 (2171).

²⁴⁵ vgl. auch BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300 Rz. 28 m.w.N. zum Schriftformerfordernis; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 536b BGB Rz. 15.

²⁴⁶ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, ■.

§ 539 BGB entsprechend auch in den Fällen angewendet werde, in denen der Mieter erst während des Mietverhältnisses Mängel entdecke, den Vertrag aber gleichwohl, ohne Beanstandungen zu erheben, fortsetze und erfülle, müsse das erst recht für die vorbehaltlose Ausübung einer Verlängerungsoption gelten²⁴⁷. Aufgrund der seit dem Inkrafttreten der §§ 536 b, 536 c BGB bestehenden neuen Rechtslage ist diesem Erst-Recht-Schluss aber die Grundlage entzogen. Es fehlt nämlich seit der Neuregelung durch das am 1. September 2001 in Kraft getretene Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001²⁴⁸ an einer für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. § 536b BGB ist hinsichtlich Sachmängeln die Nachfolgebestimmung zu § 539 BGB a.F., der einen vergleichbaren Regelungsgehalt hatte. Für diese Vorschrift war anerkannt, dass der Mieter das Recht zur Mietminderung wegen eines nachträglich eingetretenen oder ihm bekannt gewordenen Mangels der Mietsache in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. verlor, wenn er die Miete ungekürzt, über einen längeren Zeitraum und ohne Vorbehalt weiterzahlte²⁴⁹. Im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, eine Regelung für den Fall zu treffen, dass der Mieter den Mangel erst nach Vertragsschluss erkennt und trotz Kenntnis des Mangels die Miete über einen längeren Zeitraum hinweg vorbehaltlos in voller Höhe weiterzahlt. Vielmehr hat er bereits die analoge Anwendung des § 539 BGB a.F. mit Blick auf § 545 BGB a.F. und die durch §§ 242, 814 BGB zusätzlich zur Verfügung stehende rechtliche Handhabe als nicht gerechtfertigt erachtet und klargestellt, dass es sich bei § 536 c BGB um die abschließende Regelung für nachträglich sich zeigende Mängel handeln soll. Dies hat er im Gesetz auch dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die beiden Vorschriften unmittelbar aufeinanderfolgend angeordnet sind und ihr Anwendungsbereich durch die Überschriften deutlicher gekennzeichnet worden ist²⁵⁰. Die gesetzliche Regelung, die in § 536b BGB nur für bei Vertragsschluss bzw. Annahme der Mietsache vorliegende und dem Mieter bekannte (bzw. unter den Voraussetzungen des Satz 2 unbekannt) Mängel die für den Mieter einschneidende Folge des Ausschlusses der Rechte aus den §§ 536 und 536a BGB anordnet, für alle anderen Mängel in § 536c BGB aber eine andere Regelung trifft, ist nicht nur sprachlich eindeutig. Es entspricht auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers, dass bei nachträglich eintretenden oder bekannt werdenden Mängeln der für die Zukunft wirkende Rechtsverlust des § 536b BGB nicht eintritt.

Im Übrigen wäre eine entsprechende Anwendung des § 536 b BGB auf die vorbehaltlose Ausübung der Verlängerungsoption durch den Mieter auch nicht in Ansehung des Gesetzeszwecks geboten²⁵¹. Tragender Grund für die in dieser Vorschrift getroffene Regelung ist der Gedanke, dass derjenige, der trotz Kenntnis eines Mangels vorbehaltlos mietet, zu erkennen gibt, der durch den Mangel beeinträchtigte Gebrauch der vermieteten Sache solle der vertragsgemäße Gebrauch sein, für den er den vom Vermieter geforderten und

²⁴⁷ BGH v. 13.7.1970 - VIII ZR 230/68, NJW 1970, 1740 (1742).

²⁴⁸ BGBl. I S. 1149

²⁴⁹ vgl. z.B. BGH v. 26.2.2003 - XII ZR 66/01, NJW-RR 2003, 727; BGH v. 31.5.2000 - XII ZR 41/98, NJW 2000, 2663.

²⁵⁰ BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NJW 2007, 147 Rz. 15 ff.; BGH v. 16.2.2005 - XII ZR 24/02, ZMR 2005, 770; **BGHZ 155, 380, 385 f.**

²⁵⁰ BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NJW 2007, 147 Rz. 15 ff.; Senatsb. = NJW 2003, 2601, 2602; vgl. auch BT-Drucks. 14/4553 S. 41 f.

²⁵¹ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, ■.

schließlich auch vereinbarten Mietzins zu entrichten gewillt ist²⁵². Der Gesetzgeber sah bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in einem solchen Verhalten einen Verzicht des Mieters auf seine auf den Mangel bezogenen Gewährleistungsrechte, deren spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoße²⁵³. Mit § 539 BGB a.F. wurde letztlich hinsichtlich der Gewährleistungsrechte ein Gleichklang zwischen der Vereinbarung, eine objektiv mangelhafte Mietsache solle als vertragsgemäß anzusehen sein, und einer Hinnahme dieser Situation durch den Mieter ohne rechtsgeschäftlichen Erklärungswert bei Mietvertragsschluss oder Annahme der Mietsache hergestellt. Darüber hinaus soll die Vorschrift der Rechtssicherheit dienen, indem bei Beginn des Mietverhältnisses feststeht, ob der vorhandene Zustand Rechte nach §§ 536, 536a BGB begründen kann²⁵⁴. Die vorbehaltlose Optionsausübung des Mieters während des laufenden Mietverhältnisses ist von der Situation des Vertragsschlusses bzw. Vertragsbeginns jedoch verschieden. Die Grundentscheidung für das Mietverhältnis und den konkreten Zustand der Mietsache als vertragsgemäß ist gefallen, die mietvertraglichen Rechte und Pflichten sind festgelegt und das Dauerschuldverhältnis von Mieter und Vermieter besteht (oft seit längerer Zeit). Der Mieter setzt sich daher nicht dem Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens aus, dergestalt, dass er eine mangelhafte Sache von vorneherein als vertragsgerecht akzeptiert, hiervon abweichend aber zu einem späteren Zeitpunkt die Rechte aus §§ 536 und 536a BGB geltend machen will.

Auch der dargestellte Gesetzeszweck von § 536b BGB erfordert mithin keine spezielle mietrechtliche Bestimmung, die die Folgen eines solchen Verhaltens für die zukünftige Vertragsbeziehung regelt. Vielmehr hat es insoweit bei den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen und insbesondere bei den Anwendungsfällen des § 242 BGB sein Bewenden. Für die zurückliegende Vertragsdauer sind die Rechtswirkungen hingegen durch § 536 c BGB festgelegt.

Die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB ermöglicht es, dem jeweiligen Verhalten des Mieters im Zusammenhang mit einer Vertragsverlängerung unter Berücksichtigung etwaiger vermierterseitiger Vertrauenstatbestände im Einzelfall rechtlich angemessen auch für die Zukunft Rechnung zu tragen²⁵⁵.

Eine solche Einzelfallbeurteilung ist auch sachgerecht. Dies zeigt der Blick auf die unterschiedlichen Konzepte, die zur entsprechenden Anwendung des § 536b BGB von ihren Befürwortern vertreten werden. Eine unterschiedslose Analogie zu § 536b BGB bei jeder - also auch der auf einer Verlängerungsklausel im Ursprungsvertrag oder auf § 545 BGB beruhenden - Vertragsverlängerung²⁵⁶ () steht bereits im Widerspruch dazu, dass das Gesetz ein aktives Tun des Mieters - Vertragsschluss oder Annahme der Mietsache - erfordert. Die schematische Unterscheidung nach Verlängerungstatbeständen²⁵⁷ wiederum lässt außer

²⁵² BGH v. 21.12.1960 - VIII ZR 214/59, MDR 1961, 683 zu § 539 BGB a.F.

²⁵³ vgl. Mugdan, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II S. 210, 126 f.

²⁵⁴ vgl. Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 536b BGB Rz. 2.

²⁵⁵ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, ■.

²⁵⁶ vgl. etwa BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1.5.2014], § 536b BGB Rz. 2; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 536b BGB Rz. 7; Staudinger/Emmerich, [2014], § 536b BGB Rz. 7.

²⁵⁷ so etwa Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III.B Rz. 3398; FA-MietRWE/G/Harting, 4. Aufl., Kap. 9 Rz. 276; Feldhahn in Elzer/Riecke, Mietrechtskommentar, § 536b BGB Rz. 1; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 536b BGB Rz. 23; MAH MietR/Groll, § 57 Rz. 37.

Betracht, dass die Rechtsfolge des Rechtsverlusts in jedem Fall daran anknüpfen soll, dass bei Vertragsverlängerung ein Mangelvorbehalt unterbleibt. 62

Die vorbehaltlose Ausübung der Verlängerungsoption stellt für sich genommen kein widersprüchliches Verhalten des Mieters dar²⁵⁸, das es nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB rechtfertigen könnte, dass der Mieter seine Rechte aus §§ 536, 536a BGB für die Zukunft verliert.

8.2 Opfergrenze bei vorsätzlich errichteten Anbau

Die Verpflichtung des Vermieters zur Beseitigung eines Mangels (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) endet dort, wo der dazu erforderliche Aufwand die "Opfergrenze" überschreitet. Unter welchen Umständen diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist, muss unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden. Besteht etwa ein krasses Missverhältnis zwischen dem Mangelbeseitigungsaufwand einerseits und dem Nutzen der Mangelbeseitigung für den Mieter andererseits, ist das Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze indiziert. Im Extremfall kann dieses Indiz so stark sein, dass es schwer vorstellbar erscheint, welche weiteren Umstände zu einer anderen Abwägung sollten führen können²⁵⁹. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Einzelfall ist Sache des Tatrichters.

Eine solche Abwägung fällt zugunsten des Vermieters aus, wenn der Mieter auf Herstellung eines Mindestabstands von drei Metern zwischen den zwei Gebäuden klagt²⁶⁰. In der Sache ging es darum, dass der Vermieter in den Jahren 2010/2011 auf dem Grundstück M.-straße 16 in Berlin ein mehrstöckiges Wohnhaus errichten ließ, das mit einer Außenwand unmittelbar an die Giebelseite des Anwesens C.-straße 21 angrenzt, in der sich die Fenster von Küche und Bad der von dem Mieter genutzten Wohnung befinden. Zwar sei zugunsten des Mieters eine vorsätzlich mietvertragswidrige Errichtung des Neubaus zu unterstellen. Der Erfolg der erstrebten Mangelbeseitigung stehe jedoch in keinem Verhältnis zum Aufwand der Mangelbeseitigung, der sich wegen des dafür erforderlich werdenden Teilabrisses des neu errichteten Gebäudes zumindest auf einen namhaften sechsstelligen Betrag belaufe. Zwischen dem Mangelbeseitigungsaufwand und dem Mangelbeseitigungserfolg bestehe daher ein krasses Missverhältnis, zumal von den Beeinträchtigungen nicht zentrale Wohnräume, sondern allein Funktionsräume betroffen seien. In die wertende Gesamtbetrachtung sei einzubeziehen, dass die Beklagte den Baufortschritt hingenommen habe, ohne die Klägerin auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen.

Nach dem Gesetz ist bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Vorschrift des § 275 Abs. 2 BGB schließt es mithin nicht aus, dass es Umstände geben kann, unter denen sich auch ein Schuldner, der das Leistungshindernis vorsätzlich herbeigeführt hat, mit Erfolg auf die Einrede berufen kann. Es ob-

²⁵⁸ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, ■.

²⁵⁹ vgl. BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 131/09, NJW 2010, 2050 Rz. 21 ff.; BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284 unter II 2.

²⁶⁰ BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 135/13, WuM 2014, 277 = GE 2014, 313 = ZMR 2014, 870 = MM 2014, Heft 6, S.28.

liegt mithin auch bei einem vorsätzlich herbeigeführten Leistungshindernis der wertenden Gesamtbetrachtung des Tatrichters, ob er angesichts der von ihm zu berücksichtigenden Gesamtumstände des Einzelfalls die Einrede für begründet erachtet²⁶¹.

8.3 Beschaffenheitsvereinbarung zu Verkehrslärm

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien²⁶², die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können²⁶³. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler)²⁶⁴, wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist²⁶⁵. Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt²⁶⁶.

Vor diesem Hintergrund kann bei gegenüber dem Zustand bei Vertragsschluss in der Wohnung vernehmbarer erhöhter Lärmbelastung grundsätzlich nicht von einem zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache ausgegangen werden²⁶⁷. Insoweit kann nicht unterstellt werden, die Parteien hätten bei Abschluss des Mietvertrages hinsichtlich zukünftiger, von Dritten verursachter Lärmbelastungen den zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Zustand für die gesamte Dauer des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrags als unverändert bestehend bleibend "stillschweigend vereinbart". Auch eine konkludente Vereinbarung setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung bezüglich eines sog. Umweltfehlers reicht es jedoch nicht aus, dass der Mieter bei Vertragsschluss einen von außen auf die Mietsache einwirkenden Umstand - wie hier den in der Wohnung zu vernehmenden Straßenlärm - in einer für ihn vorteilhaften Weise wahrnimmt (etwa: "ruhige Lage") und er sich (möglicherweise auch) wegen dieses Umstands dafür entscheidet, die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wird dieser Um-

²⁶¹ BGH v. 18.7.2008 - V ZR 171/07, NJW 2008, 3123 Rz. 23.

²⁶² BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 11; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2442 Rz. 9; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218 unter II 1.

²⁶³ BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 14; BGH v. 2.11.2006 - VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774 Rz. 2.

²⁶⁴ vgl. zu diesem Begriff: MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 14 f.; Bamberger/Roth/Ehlert, 3. Aufl., § 536 BGB Rz. 29a; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 536 BGB Rz. 26 ff.; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 536 BGB Rz. 8 ff.

²⁶⁵ vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 12 ff.; BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899 Rz. 19.

²⁶⁶ vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133; BGH v. 10.5.2006 - XII ZR 23/04, NZM 2006, 582 Rz. 10.

²⁶⁷ BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, GE 2013, 261.

stand vielmehr nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert²⁶⁸.

Auch die Bestimmung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) führt nicht dazu, dass in der durch die straßenbaubedingte Umleitung des Verkehrs verursachten erhöhten Lärmbelastung ein Mangel zu sehen wäre, der die Mieter zur Minderung berechtigt. Die von den Mietern vorgetragene (gegenüber den Verhältnissen bei Vertragsschluss erhöhten) Lärmwerte stellen, ausgehend von der im Berliner Mietspiegel 2009 aufgestellten Grenze der Verkehrslärmbelastung, keine hohe Belastung dar. Unter Berücksichtigung dessen, dass sich die vermietete Wohnung in der Berliner Innenstadt befindet, mithin in einer Lage, bei der jederzeit mit Straßenbauarbeiten größeren Umfangs und längerer Dauer zu rechnen ist, haben die Mieter diese (erhöhte) Lärmbelastung redlicherweise hinzunehmen.

8.4 Quadratmetermiete und Flächenabweichung

Nach der Rechtsprechung des BGH zum Mangel des Mietobjektes i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB bei einer für den Mieter nachteiligen Flächenabweichung²⁶⁹ bekannt. Auch nach dieser Rechtsprechung tritt aber eine Minderung der Miete nicht ausnahmslos nur dann ein, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10 % hinter der vertraglich vereinbarten Größe des Mietobjektes zurückbleibt.

Im Ausgangspunkt ist vielmehr festzuhalten, dass eine vereinbarte Mietfläche Teil der vertraglich festgelegten Sollbeschaffenheit des Mietobjektes ist. Da nicht jede Flächen-differenz zwingend zu einer Beeinträchtigung der Tauglichkeit des Mietobjektes zum vertragsgemäßen Gebrauch für den Mieter führen muss, wie dies § 536 Abs. 1 BGB voraussetzt, war vor der Entscheidung des BGH vom 24.03.2004 umstritten, ob der Mieter zur Begründung eines Mangel zusätzlich darzulegen hatte, dass die konkrete Minderfläche zu einer (erheblichen) Beeinträchtigung der Tauglichkeit geführt hat. Der BGH entschied im Urteil vom 24.03.2004 dahin, dass bei einem erheblichen Flächenmangel eine tatsächliche Vermutung für eine (erhebliche) Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit spreche, so dass kein gesonderter Nachweis des Mieters für eine konkrete Beeinträchtigung erforderlich sei. Ein erheblicher Flächenmangel in diesem Sinne liege vor, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10 % hinter der vereinbarten Größe zurückbleibe. Aus dieser Überlegung ergibt sich aber im Umkehrschluss, dass eine Beeinträchtigung der Tauglich-

²⁶⁸ vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 14.

²⁶⁹ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947 zur Wohnraummiete; BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 zur Geschäftsraummiete.

keit des Mietobjektes zum vertragsgemäßen Gebrauch im Einzelfall auch dann 65 vorliegen kann, wenn die Flächendifferenz nicht erheblich ist. Der Mieter muss in diesem Fall nur konkret darlegen, dass die Tauglichkeit vertragsgemäßen Gebrauch erheblich beeinträchtigt ist²⁷⁰. Im Übrigen können die Parteien des Mietvertrages die Flächengröße unabhängig von den tatsächlichen Umständen verbindlich festlegen oder einen Flächenberechnungsmodus vereinbaren²⁷¹. Maßgeblich für die Frage, inwieweit sich eine Flächenabweichung - auch im Wege der Minderung - auf die Höhe der Miete auswirkt, ist danach in erster Linie, was die Parteien im konkret zu beurteilenden Vertrag vereinbart haben. Die Vertragsparteien legen nämlich fest, inwieweit eine bestimmte Eigenschaft des Mietobjektes, etwa die Größe von dessen Fläche, für den vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters von (besonderer) Bedeutung ist. Danach kann eine erhebliche Flächenabweichung auch ein geringeres Gewicht haben, wenn davon Flächen betroffen sind, die nach der vertraglichen Vereinbarung als Nebenfläche anzusehen sind²⁷².

Eine ausdrückliche Vereinbarung, aus der sich die Bedeutung der Flächengröße ergibt, existiert, wenn sich die Miete aufgrund der tatsächlichen Fläche multipliziert mit einem Geldbetrag errechnet²⁷³. Jede Veränderung der tatsächlichen Mietfläche führt danach unmittelbar eine Änderung der Miete herbei. Sieht man diese Regelung nicht als Vereinbarung einer echten Quadratmetermiete, ergibt sich aus ihr jedenfalls, dass jede Abweichung von der vertraglich vorausgesetzten Mietfläche zu Lasten des Mieters einen zur Minderung berechtigenden erheblichen Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB begründet. Die Parteien haben nämlich durch diese Regelung die Gleichwertigkeit von Miete und Gebrauchsüberlassung in der Weise festgelegt, dass ein bestimmter Mietbetrag für jeden qm der überlassenen Räume gezahlt werden soll. Wird diese Gleichwertigkeit dadurch gestört, dass die Flächengröße zu Lasten des Mieters abweicht, führt die Minderung dazu, dass die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den beiderseitigen Leistungen wiederhergestellt wird²⁷⁴. Der bei dieser Sichtweise im Falle einer Flächenabweichung unter 10 % erforderliche Nachweis der erheblichen Beeinträchtigung der Tauglichkeit des Mietobjektes für den vereinbarten Gebrauch des Mieters ist folglich jedenfalls über die Vereinbarung in § 4 des Mietvertrages geführt. Die von dem Mieter geltend gemachte Überzahlung der Miete ist deshalb unabhängig davon eingetreten, ob man die Regelung in § 4 des Mietvertrages als Vereinbarung einer echten Quadratmetermiete oder als Konkretisierung der Bedeutung der Flächengröße für den vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters ansieht.

8.5 Sollbeschaffenheit bei baulichen Veränderungen

Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Mieter erwarten, dass Lärmschutzmaßnahmen getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen genügen, wenn der Vermieter selbst bauliche Veränderungen in einem älteren

²⁷⁰ ebenso KG v. 15.8.2005 - 8 U 81/05, NZM 2005; 865; KG v. 5.2.2009 - 12 U 122/07, ZMR 2009, 523; OLG Düsseldorf v. 17.11.2011 - 24 U 56/11, GE 2012, 616.

²⁷¹ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947; BGH v. 22.2.2006 - VIII ZR 219/04, NZM 2006, 375.

²⁷² vgl. BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173.

²⁷³ OLG Dresden v. 1.7.2014 - 5 U 1890/13, MDR 2014, 1069 = IMR 2014, 422.

²⁷⁴ vgl. dazu BGH v. 18.07.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173.

Gebäude vornimmt, die (im Zusammenhang mit einer damit einhergehenden Nutzungsänderung) zu Lärmimmissionen führen können²⁷⁵. Der BGH hat dies in einem Fall entschieden, in dem das über der Wohnung des Mieters gelegene Dachgeschoss zunächst nur als Abstellraum gedient hatte und während der Mietzeit von dem Vermieter erstmals als Wohnung ausgebaut und genutzt wurde, womit eine erhebliche Änderung der Nutzungsgewohnheiten einherging²⁷⁶. In Abgrenzung hierzu wurde im Urteil vom 17. Juni 2009²⁷⁷ entschieden, dass der Mieter bei einem bloßen Austausch des Fußbodenbelags in der Oberwohnung - ohne Veränderung des darunter liegenden Estrichs und der Geschossdecke - nicht erwarten kann, dass die Maßnahme so durchgeführt wird, dass der Trittschallschutz anschließend den höheren Anforderungen der zur Zeit des Austauschs geltenden DIN-Normen genügt²⁷⁸. Denn diese Maßnahme ist von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her - anders als der erstmalige Ausbau eines Dachgeschosses für eine Wohnnutzung - mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes nicht vergleichbar; sie hat vielmehr keine nachhaltige Auswirkung auf die Gebäudesubstanz.

Nichts anderes gilt, wenn der Vermieter in einem 1952 wiederaufgebauten Haus im Jahre 2003 aus einer Wohnung zwei macht und dabei ca. 12% der mit Estrich bedeckten Fläche erneuert und die restliche Fläche begradigt wurde²⁷⁹. Nach der angeführten Rechtsprechung des BGH finden, wenn der Vermieter bauliche Veränderungen in einem älteren Gebäude vornimmt, nur dann die zur Zeit der Durchführung dieser Maßnahmen geltenden, den Tritt- und Luftschallschutz betreffenden DIN-Normen und nicht die bei Errichtung des Gebäudes geltenden Maßstäbe Anwendung, wenn die Maßnahmen von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes vergleichbar sind. Für Maßnahmen, die diese Schwelle nicht erreichen, bleibt es hingegen bei dem Grundsatz der Anwendung der bei Errichtung des Gebäudes geltenden Maßstäbe. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass etwa auch erforderliche Erhaltungsmaßnahmen und Modernisierungsmaßnahmen seitens des Vermieters unterbleiben könnten, um die mit einer Anpassung der Mietsache an die zur Zeit der baulichen Veränderung geltenden DIN-Normen verbundenen Kosten zu vermeiden.

Maßgeblich ist insoweit, dass eine Begradigung oder ein Ausgleich des Estrichs, um hierauf einen neuen Fußbodenbelag aufbringen zu können, nach dem Gewicht des Eingriffs in die Gebäudesubstanz nicht als derartig gravierend angesehen werden kann, dass hiermit eine Änderung der maßgeblichen Schallschutzmindestanforderungen einhergeht. Solche Arbeiten sind in dem über der Wohnung des Mieters gelegenen Wohngeschoss auf insgesamt 155 m² der bearbeiteten Bodenfläche von 176 m² vorgenommen worden. Auf einer Fläche von 21 m² erfolgten eine Entfernung und eine - mit der Einbringung sogenannter L. -Schwalbenschwanzplatten verbundene - Erneuerung des Estrichs. Diese Arbeiten sind mit einem Neubau oder einem Eingriff in die Gebäudesubstanz, der einer grund-

²⁷⁵ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, GE 2004, 1586 = NJW 2005, 218; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, GE 2009, 973 = NJW 2009, 2441 Rz. 11; ebenso Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 28.

²⁷⁶ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, GE 2004, 1586 = NJW 2005, 218.

²⁷⁷ BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, GE 2009, 973 = NJW 2009, 2441.

²⁷⁸ ebenso BGH v. 1.6.2012 - V ZR 195/11, NJW 2012, 2725.

²⁷⁹ BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, MDR 2013, 834 = GE 2013, 938 = WuM 2013, 481.

genden Veränderung des Gebäudes gleich kommt und der es erfordert, den Tritt- und Luftschallschutz der Geschossdecke insgesamt durch Lärmschutzmaßnahmen den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen anzupassen, , nicht vergleichbar. 67

8.6 Öffentlich-rechtlicher Mangel

Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich Geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache in Betracht kommen²⁸⁰. Außer reinen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache können unter anderem auch behördliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen ihre Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, dass sie einen Mangel im Sinne von § 536 BGB begründen²⁸¹. Letztere stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nur dann einen Mangel dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben²⁸². Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden²⁸³. Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; dem Mieter ist es deshalb grundsätzlich zuzumuten, die behördlichen Anordnungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen²⁸⁴. Allerdings kann ein möglicher Sachmangel im Einzelfall auch darin gesehen werden, dass eine langwährende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können²⁸⁵.

In der vorliegenden Konstellation ist ein Mangel im vorgenannten Sinne zu verneinen²⁸⁶.

Ausweislich § 1 Nr. 3 des Mietvertrages der Parteien ist der Mieter berechtigt, das Mietobjekt als Einzelhandelsgeschäft zu nutzen. Gemäß § 5 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 des Mietvertrages hat der Vermieter die Einstandspflicht dafür übernommen, dass alle Genehmigungen bei der Übergabe des Mietobjektes vorliegen, die zum Betrieb eines Lebensmittelmarktes/Lebensmitteldiscountmarktes erforderlich sind. Diese vertraglichen Bedingungen waren bei Übergabe des Mietobjekts an die ursprüngliche Mieterin P. Warenhandels-gesellschaft mbH unstreitig erfüllt.

Unbeschadet der Frage, ob die Nutzung des Mietobjektes auch in Form eines - wie nun von der Untermieterin angestrebt - Bettengeschäftes vertraglich geschuldet ist, wurde sie von der Behörde jedenfalls nicht untersagt. Vielmehr hat der Landkreis mit seinem

²⁸⁰ vgl. BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09, NJW 2011, 3151 Rz. 8 zur Pacht.

²⁸¹ vgl. BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226, 3227.

²⁸² vgl. BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3151 Rz. 8 zur Pacht.

²⁸³ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 Rz. 6; OLG Düsseldorf DWW 2012, 377, 379.

²⁸⁴ vgl. BGH v. 20.1.1971 - VIII ZR 167/69, WPM 1971, 531, 532.

²⁸⁵ vgl. BGH v. 20.1.1971 - VIII ZR 167/69, WPM 1971, 531, 532; BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, ZMR 2008, 274; BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226, 3227.

²⁸⁶ BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12, MDR 2014, 141 = ZMR 2014, 266.

Schreiben vom 15. Juli 2010 die Untermieterin lediglich im Verwaltungsverfahren gemäß § 28 VwVfG angehört. Mit diesem Schreiben ist, dass trotz der hiermit zugleich erfolgten Mitteilung, den Bauantrag ablehnen zu wollen, noch keine endgültige Entscheidung getroffen worden. Nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist dem Beteiligten im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. Denn es ist darauf abzustellen, dass aufgrund des Schreibens des Landkreises vom 15. Juli 2010 bekannt war, dass sich die Bedenken des Landkreises nicht auf die zukünftige Nutzung durch die Untermieterin, sondern auf eine frühere Planung bezogen haben, die das Grundstück immer noch als "Fläche für den Gemeinbedarf Schule" ausgewiesen hat. Danach wurde die der ursprünglichen Mieterin (P. Warenhandelsgesellschaft mbH) erteilte Baugenehmigung im Vorgriff auf eine beabsichtigte Bebauungsplanänderung erteilt; zu dieser Änderung ist es danach allerdings nicht mehr gekommen. Damit lag für die Mieterseite nahe, dass die ursprüngliche Genehmigung jedenfalls für das - auch von der Untermieterin beabsichtigte - Betreiben eines Einzelhandelsgeschäftes Bestandschutz entfalten konnte²⁸⁷.

Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass die Behörde bei Aufnahme des Geschäftsbetriebes durch die Untermieterin vor Erteilung der Baugenehmigung die Nutzung bauordnungsrechtlich untersagt hätte; zudem hätte die Untermieterin in diesem Fall möglicherweise eine Ordnungswidrigkeit begangen. Das ändert aber nichts daran, dass die Mieterseite unter Berücksichtigung der vorerwähnten Gesichtspunkte, wonach es im Ergebnis an einer begründeten Besorgnis der mangelnden Nutzbarkeit fehlte, gehalten war, den Fortgang des Verwaltungsverfahrens abzuwarten.

Die Verzögerung aufgrund des von der Untermieterin initiierten Genehmigungsverfahrens stellt für sich gesehen keinen Mangel im Sinne des § 536 BGB dar und fällt deshalb nicht in die Sphäre der Klägerin. Zwar kann die behördlich bewirkte Nutzungsbeschränkung einer Sache - wie dargelegt - einen solchen Mangel begründen. Die Ursache hierfür liegt dann aber in der Regel in dem bei Errichtung oder Benutzung der Sache aufgetretenen - vorläufig oder endgültig festgestellten - Verstoß gegen maßgebliche gesetzliche Vorschriften, der das behördliche Verfahren ausgelöst hat, und nicht in der Tatsache des Verfahrens als solchem²⁸⁸. Wie nicht zuletzt die am 5. Oktober 2010 - und damit relativ zeitnah erteilte - Baugenehmigung zeigt, war das Mietobjekt indes nicht wegen eines Verstoßes gegen öffentliches Baurecht fehlerhaft.

8.7 Unwirtschaftliche Heizung als Mangel

Oftmals beanstanden Mieter die Unwirtschaftlichkeit der vom Vermieter eingebauten Heizungsanlage.

In diesem Fall liegt ein Mietmangel auch nicht deshalb vor, weil der Mieter die Kosten für die Heizung trägt und der Energieverlust erheblich ist. Eine verlustreich arbeitende Heizung stellt per se keinen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache dar. Der

²⁸⁷ vgl. dazu BVerwG NVwZ 1991, 264, OLG Düsseldorf, DWW 2012, 377, 379.

²⁸⁸ vgl. BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226, 3227.

Kostenaspekt ist für den Begriff des Sachmangels irrelevant²⁸⁹. Selbst außer- 69

gewöhnlich hohe Heizkosten stellen als solche keinen Fehler der Mietsache dar²⁹⁰. Nur wenn diese hohen Heizkosten auf einem Fehler der Heizungsanlage beruhen, kann ein Mangel der Mietsache vorliegen. Ob ein Fehler der Heizungsanlage vorliegt, ist aber nach dem Stand der Technik zur Zeit des Einbaus der Heizungsanlage zu beurteilen²⁹¹. Der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf²⁹², wonach der Vermieter nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verpflichtet ist, dem Mieter eine wirtschaftlich arbeitende Heizungsanlage bereitzustellen, ist nicht zu folgen. Der Mieter hat grundsätzlich einen Anspruch auf eine Heizung, die den vertraglichen Vereinbarungen entspricht oder aber, falls eine ausdrückliche Vereinbarung fehlt, jedenfalls dem Stand der Technik entspricht. Da die Heizungs- und Belüftungsanlage nach dem Vortrag der Beklagten dem Stand der Technik entspricht, liegt ein Mangel nicht vor.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass sich die Mietsache nicht ausreichend beheizen lässt. Das ist nicht nur der Fall, wenn die gewöhnlichen Zimmertemperaturen nicht erreicht werden. Vielmehr kommt ein Mangel i.S.d. § 536 BGB auch in Betracht, wenn die Mietsache nicht die vereinbarte und vertraglich vorausgesetzte Beheizbarkeit aufweist, da diese nicht mit zumutbarem Aufwand und innerhalb angemessener Zeit beheizt und dauerhaft temperiert werden kann, ohne die Nutzung zu stören²⁹³.

8.8 Schimmel als Gesundheitsgefährdung

Ob eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit i.S.v. § 569 Abs. 1 BGB vorliegt, ist gemäß der inzwischen wohl ganz herrschenden Meinung²⁹⁴ nach dem jeweils aktuellen Erkenntnisstand allein anhand objektiver Maßstäbe zu beurteilen. Der Gesetzgeber wollte mit § 569 Abs. 1 BGB aus sozialpolitischen Gründen eine zwingende Mieterschutzvorschrift schaffen, die bewusst über den sonst maßgeblichen subjektiven Fehlerbegriff hinausgeht²⁹⁵. Deshalb reicht es einerseits nicht aus, wenn sich eine Gesundheitsgefährdung - aufgrund spezieller Umstände wie etwa gesundheitlicher Auffälligkeiten - allein für Einzelpersonen wie den Mieter selbst, einzelne Angehörige, Mitarbeiter, Besucher oder Kunden ergibt. Andererseits ist es jedoch nicht erforderlich, dass zu dieser Gruppe gehörige Personen deutlich zu erkennen geben, sie fühlten sich durch den gesundheitsgefährdenden Umstand auch subjektiv beeinträchtigt. Zudem reicht es aus, wenn die Gesundheitsgefährdung nur für bestimmte Personengruppen - etwa Kleinkinder oder gesundheitlich prädisponierte Menschen wie Allergiker oder Asthmatiker - besteht²⁹⁶. Daraus folgt zugleich die Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung, soweit das Kündigungsbegehren auf

²⁸⁹ KG v. 28.4.2008 - 12 U 6/07, MDR 2008, 966 = MietRB 2008, 328 = ZMR 2008, 892 = GE 2008, 990 = GuT 2008, 344; OLG Düsseldorf v. 4.11.1982 - 10 U 109/82, MDR 1983, 229 = WuM 1984, 54 = ZMR 1983, 377 (Energieverlust von 60%).

²⁹⁰ BGH v. 18.12.2013 - XII ZR 80/12, GE 2014, 245 = IMR 2014, 110; KG v. 21.5.2012 - 8 U 217/11, GE 2012, 1227 = ZMR 2012, 858.

²⁹¹ KG v. 28.4.2008 - 12 U 6/07, MDR 2008, 966 = MietRB 2008, 328 = ZMR 2008, 892 = GE 2008, 990 = GuT 2008, 344; Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III, Rz.1305.

²⁹² OLG Düsseldorf v. 4.11.1982 - 10 U 109/82, MDR 1983, 229 = WuM 1984, 54 = ZMR 1983, 377.

²⁹³ OLG Dresden v. 29.11.2011 - 5 U 763/11, n.v.

²⁹⁴ OLG Brandenburg, ZMR 2009, 190; KG, ZMR 2004, 513; LG Berlin, ZMR 1999, 27; LG Lübeck, NZM 2002, 431.

²⁹⁵ vgl. Jauernig/Teichmann, 10. Aufl., § 569 BGB Rz. 2.

²⁹⁶ LG Lübeck, NZM 2002, 431; LG Mannheim, ZMR 1977, 154; Stornel, Mietrecht, 4. Aufl. Rz. VIII 374.

Gesundheitsgefahren gestützt wird, die - wie z.B. bei Auftreten eines weit- 70
räumigen Schimmelpilzbefalls - von Raum- und Umweltgiften ausgehen: Es be-
darf insoweit der Feststellung, dass von dem den Mietgebrauch beeinträchtigenden Stoff
konkrete, d.h. naheliegende, Gesundheitsgefahren für alle Benutzer der Räumlichkeiten
oder jedenfalls Gruppen von ihnen ausgehen²⁹⁷. Um dies nachweisen zu können, wird es
regelmäßig der Vorlage entsprechender, die Belastung der Raumluft mit Umweltgiften
bzw. Schimmelpilzsporen analysierender sowie bewertender, Sachverständigengutachten
bedürfen²⁹⁸. Hingegen genügt es gerade nicht, in diesem Zusammenhang lediglich auf die
allgemeine, grundsätzliche Gefährlichkeit von Raumgiften bzw. Schimmel für die mensch-
liche Gesundheit hinzuweisen²⁹⁹.

An dem danach erforderlichen Nachweisen fehlt es, wenn der Mieter keine tragfähigen
Anknüpfungstatsachen vorträgt, die ihm eine Beweisführung hinsichtlich des Bestehens
einer erheblichen Gesundheitsgefahr ermöglichen könnte³⁰⁰. Denn die Vorlage eines Prüf-
berichts und eine darauf fußende Gefahren einschätzung des Umweltamtes der Stadt C...
reicht dazu nicht aus, wenn sich daraus lediglich ergibt, dass sich an einer aus dem Büro
des Geschäftsführers des Mieters entnommenen Materialprobe (Tapete) u.a. ein „reichli-
ches Wachstum von *Acremonium spec.*“, und an einer Tupferprobe aus dem Regallager
ein „vereinzelt Wachstum von *Cladosporium spec.*“ habe feststellen lassen, wobei es
sich um Schimmelpilzbefall gehandelt habe und die Pilze der Gattung *Acremonium* sowie
Cladosporium Schimmelpilzgifte bildeten, die Mykotoxikosen (Pilzinfektionen) verursa-
chen könnten, derartige Erkrankungen jedoch „immer abhängig von der individuellen Ab-
wehrlage des Körpers sowie der Einwirkzeit und Sporenkonzentration in der Raumluft“
seien. Abgesehen davon, dass den Berichten des Gesundheitsamtes keine Raumluftprobe
zugrunde lag, lässt sich ihnen gerade nicht entnehmen, dass der von der Beklagten be-
hauptete Befall des Mietobjekts mit Schimmelpilzen ein für ihre Mitarbeiter (konkret)
gefährliches Ausmaß angenommen hatte; die Stellungnahmen referieren vielmehr ledig-
lich allgemeine Gefahrenlagen, die mit Schimmelpilzbefall in geschlossenen Räumlichkei-
ten verbunden sein können. Selbst wenn man die Angaben der bei dem Mieter beschäftig-
ten Zeugen, Allergikern bzw. Asthmatikern, mitberücksichtigt, wonach sie in den Räumen
verstärkte allergische Reaktionen bzw. Hustenreiz an sich bemerkt haben, gilt im Ergeb-
nis nichts anders. Denn die Zeugen haben selbst einräumen müssen, den insoweit not-
wendigen Kausalitätsnachweis nicht führen zu können; es ist insofern bei bloßen Mutma-
ßungen geblieben, die als Anknüpfungstatsachen nicht genügen.

8.9 Aufhebung der Tauglichkeit

Ob eine vollständige Gebrauchsuntauglichkeit vorliegt, muss im Einzelfall geprüft wer-
den. Maßstab ist der Vertragszweck. Kann die danach vorausgesetzte Nutzung nicht mehr
stattfinden, ist die Gebrauchstauglichkeit aufgehoben. Insoweit ist aber Vorsicht gebo-
ten: allein das Auftreten giftiger Substanzen und eine Überschreitung der einschlägigen

²⁹⁷ KG, ZMR 2004, 513.

²⁹⁸ KG v. 3.6.2010 - 12 U 164/09, MDR 2010, 1375 = MietRB 2010, 356 = GE 2010, 1201; LG Kiel v. 20.1.2005
- 1 S 100/04, zit. nach juris; AG Charlottenburg, GE 2007, 1387.

²⁹⁹ so aber noch LG Duisburg, NZM 2002, 214; ferner: *Selk/Hankammer*, NZM 2008, 65; *Streyll*, WuM 2007,
365; allgemein kritisch: *Staudinger/Emmerich*, 2011, § 569 BGB Rz. 4, 14.

³⁰⁰ OLG Brandenburg v. 25.2.2014 - 3 U 154/11, GE 2014, 460.

Grenzwerte, muss eine Wohnung nicht unbewohnbar machen. Die Annahme einer Unbewohnbarkeit in solchen Fällen würde darauf hinauslaufen, dass der Mieter kostenfrei wohnen könnte³⁰¹. Abgesehen davon ist zu prüfen, ob der Mieter durch eigene geeignete Maßnahmen (z.B. Lüften) die Auswirkungen reduzieren kann³⁰².

8.10 Ersatz von Umzugskosten

Es wird vertreten, dass die Ersatzpflicht für die geltend gemachten Schäden aus mangelbedingtem Umzug des Mieters in eine andere Wohnung von der Wirksamkeit des Ausspruchs seiner danach an sich berechtigten Kündigung abhängt.

Das Erfordernis der Wirksamkeit des Kündigungsausspruchs unabhängig vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes ergibt sich nicht aus dem dafür in Bezug genommenen Urteil vom 13. Juni 2007³⁰³. Soweit dort ausgeführt ist, dass nach der ständigen, im Einzelnen näher bezeichneten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages veranlasst hat, dieser Partei zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet ist, ist es - genauso wie in weiteren Fallgestaltungen³⁰⁴ - immer nur um Fragen des Kündigungsgrundes und der Ersatzpflicht für hierdurch verursachte Schäden gegangen. Mit der Frage, ob zusätzliche Voraussetzung für eine Ersatzpflicht auch die formell wirksame Ausübung eines gegebenen Kündigungsrechts ist, hat sich der BGH indessen nicht befasst.

Diese Frage entscheidet er nunmehr dahin, dass die von einem sachlichen Grund zur fristlosen Kündigung getragene Kündigung eines Mietverhältnisses, auch wenn sie an einem formellen Mangel leidet, einem auf § 536a Abs. 1 BGB gestützten Ersatz derjenigen Schäden nicht entgegen steht, die darauf beruhen, dass der Mieter bestehende Mängel der Mietwohnung berechtigterweise zum Anlass nimmt, wegen einer nicht mehr vorhandenen Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch eine den Umständen nach angemessene neue Wohnung anzumieten³⁰⁵. Für eine zusätzliche Einschränkung der Ersatzpflicht des Vermieters dahingehend, dass diese ungeachtet des Kündigungsgrundes, der dadurch herausgeforderten Anmietung der Ersatzwohnung und einer damit einhergehenden Freigabe der bisherigen Wohnung erst mit Ausspruch einer auch formell in jeder Hinsicht wirksamen Kündigung entstehen soll, gibt der Wortlaut des § 536a Abs. 1 BGB nichts her. Dieser knüpft für die Schadensersatzpflicht des Vermieters vielmehr nur an das sachliche Vorliegen der dort beschriebenen Mängel oder den Verzug mit der Mängelbeseitigung und einen dadurch verursachten Schaden an.

³⁰¹ LG Berlin v. 13.1.2003 - 61 S 152/02, GE 2003, 884; LG Lübeck v. 6.11.1997 - 14 S 135/97, ZMR 1998, 433 = NZM 1998, 190.

³⁰² BGH v. 15.1.2013 - VIII ZR 411/12, GE 2013, 609 mit Vorinstanz LG München I v. 6.12.2012 - 14 S 12138/12, NZM 2013, 508.

³⁰³ BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 281/06, WuM 2007, 570 Rn. 9.

³⁰⁴ vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WuM 1974, 213 unter II 1; BGH v. 3.6.1992 - VIII ZR 138/91, BGHZ 118, 282, 294 f.

³⁰⁵ BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 191/12, WuM 2013, 538 = GE 2013, 1129 = NZM 2013, 675.

9.1 Umfang der erfassten Ansprüche

Die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB gilt auch für Ansprüche des Vermieters auf Erfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Instandhaltungspflicht bzw. auf Schadensersatz wegen deren Nichterfüllung. Denn die Regelung des § 548 Abs. 1 BGB soll zwischen den Parteien des Mietvertrags eine rasche Auseinandersetzung gewährleisten und eine beschleunigte Klarstellung der Ansprüche wegen des Zustands der überlassenen Sache bei Rückgabe erreichen. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des § 548 BGB weit ausgedehnt. So unterfallen unter anderem Ansprüche auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mietsache ebenso der kurzen Verjährung des § 548 BGB wie Ansprüche wegen einer vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht. Ferner erfasst § 548 Abs. 1 BGB sämtliche Schadensersatzansprüche des Vermieters, die ihren Grund darin haben, dass der Mieter die Mietsache als solche zwar zurückgeben kann, diese sich aber nicht in dem bei der Rückgabe vertraglich geschuldeten Zustand befindet³⁰⁶.

Die Verjährung auch des auf §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs beginnt bereits mit Rückgabe der Mietsache zu laufen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Anspruch zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden war. Denn mit § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB ist im Sinn des § 200 Satz 1 BGB ein anderer Verjährungsbeginn als der der Entstehung des Anspruchs bestimmt³⁰⁷. Daher kann der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht bereits verjähren, bevor die gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Fristsetzung durch den Vermieter erfolgt ist.

Dabei hemmt die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch Klageerhebung die Verjährung selbst dann rechtzeitig, wenn die Voraussetzungen erst nach Rechtshängigkeit eintreten³⁰⁸. Dem steht zum einen nicht entgegen, wenn der Vermieter ursprünglich den Klagebetrag in erster Linie als Vorschuss und lediglich hilfsweise als Schadensersatz gefordert hat. Denn für die verjährungshemmende Wirkung einer Klage ist die prozessuale Gestaltung als Haupt- oder Hilfsantrag unschädlich³⁰⁹. Zum anderen ist der Klageerhebung eine Hemmungswirkung nicht bereits deshalb abzuspochen, weil zu diesem Zeitpunkt mangels Fristsetzung gegebenenfalls noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorgelegen haben. Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB wird die Verjährung durch die Erhebung einer Leistungsklage gehemmt. Dem liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass der Gläubiger durch aktives Betreiben seines Anspruchs seinen Rechtsverfolgungswillen so deutlich macht, dass der Schuldner gewarnt wird und sich auf eine Erfüllung auch nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist einstellen muss. Dabei ist

³⁰⁶ BGH v. 23.6.2010 - XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 Rz. 12 m.w.N.; BGH v. 7.11.1979 - VIII ZR 291/78, NJW 1980, 389, 390; vgl. auch Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 11. Aufl., § 548 BGB Rz. 13, 19, 25 m.w.N.

³⁰⁷ BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 9.

³⁰⁸ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, WuM 2014, 140 = GE 2014, 313 = ZMR 2014, 526 = NZM 2014, 242; kritisch dazu *Priebe*, ZMR 2014, 524.

³⁰⁹ BGH v. 7.5.1997 - VIII ZR 253/96, NJW 1997, 3164, 3165; BGH v. 19.1.1994 - XII ZR 190/92, NJW-RR 1994, 514, 515; MünchKomm/*Grothe*, 6. Aufl., § 204 BGB Rz. 6.

zwar nur die wirksam erhobene Leistungsklage geeignet, die Verjährung zu 73 hemmen, weil die unwirksame Klage, die insbesondere den Mindestanforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO nicht entspricht, nicht als Klage im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann. Im Gegensatz dazu löst aber eine wirksame, wenn auch mit Fehlern behaftete Klageschrift die Hemmung aus, gleich ob sie unzulässig oder unbegründet ist. Denn auch sie macht für den Schuldner den Rechtsverfolgungswillen des Gläubigers deutlich³¹⁰. Nach ständiger Rechtsprechung entfaltet die wirksame Klageerhebung ihre verjährungshemmende Wirkung daher auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung von der Sachbefugnis abgesehen noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen³¹¹.

Die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche des Vermieters sind insgesamt nicht verjährt³¹². Die verjährungshemmende Wirkung ist hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs nicht auf den bei Klageerhebung bezifferten Betrag (mit oder ohne Mehrwertsteuer) beschränkt, so dass der darüber hinausgehende, derzeit mit dem Feststellungsantrag verfolgte Anspruch ebenfalls nicht verjährt ist. Zwar erstreckt sich die Hemmung bei einer "verdeckten Teilklage", d.h. einer solchen, bei der weder für die Beklagtenseite noch für das Gericht erkennbar ist, dass die bezifferte Forderung nicht den Gesamtschaden abdeckt, nur auf den geltend gemachten Anspruch im beantragten Umfang. Etwas anderes gilt für die Anwendung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf Schadensersatzansprüche aber, wenn mit der Klage von Anfang an ein bestimmter Anspruch in vollem Umfang geltend gemacht wird und sich dann Umfang und Ausprägung des Klageanspruchs ändern, nicht aber der Anspruchsgrund. Der Schadensersatzkläger klagt dann nicht eine Geldsumme, sondern den Schaden ein und unterbricht damit die Verjährung der Ersatzforderung in ihrem betragsmäßig wechselnden Bestand. Für die endgültige Bemessung des Schadens ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend, aufgrund derer das Urteil ergeht, so dass dem Umfang der Verjährungswirkung daher durch den ursprünglich bezifferten Leistungsantrag keine Grenzen gezogen werden³¹³. So liegt der Fall, wenn der Vermieter z.B. von Anfang an ausreichend deutlich macht, dass er den gesamten für die nachzuholenden Instandsetzungsarbeiten erforderlichen Betrag als Schadensersatz begehrt und diesen auf der Grundlage des vorgerichtlichen Gutachtens, das die angegebenen Kosten als "grob geschätzt" bezeichnet, vorläufig beziffert hat. Damit wird die Verjährung auch für über den Klageantrag hinausgehende Beträge gehemmt, soweit diese ebenfalls auf dem Anspruchsgrund der nicht von Mieterseite ausgeführten Arbeiten beruhen.

9.2 Schlüsselrückgabe an den Hausmeister

Nach § 548 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB beginnt die sechsmonatige Verjährungsfrist für die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Miet-

³¹⁰ BGH v. 24.5.2012 - IX ZR 168/11, FamRZ 2012, 1296 Rz. 16 f.; BGH v. 19.1.1994 - XII ZR 190/92, NJW-RR 1994, 514, 515.

³¹¹ BGHZ 172, 42 = NJW 2007, 1952 Rz. 43 zum Mahnbescheidsantrag; BGH v. 27.2.2003 - VII ZR 48/01, NJW-RR 2003, 784; BGH v. 3.5.1999 - II ZR 119/98 NJW 1999, 2115; vgl. auch Erman/*Schmidt-Räntsch*, 13. Aufl., § 204 BGB Rz. 3; Palandt/*Ellenberger*, 73. Aufl., § 204 BGB Rz. 5.

³¹² BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, WuM 2014, 140 = GE 2014, 313 = NZM 2014, 242.

³¹³ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, WuM 2014, 140 = GE 2014, 313 = NZM 2014, 242; BGHZ 151, 1 = NJW 2002, 2167, 2168.

sache in dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält. Die Beendigung des Mietvertrags ist nicht Voraussetzung für den Beginn der kurzen Verjährung³¹⁴. Andererseits ist der Vermieter nicht dazu verpflichtet, die Mietsache jederzeit - sozusagen "auf Zuruf" - zurückzunehmen, etwa wenn der Mieter kurzfristig auszieht und den Schlüssel zur Wohnung an den Vermieter zurückgeben will³¹⁵.

Zweck des § 548 BGB ist es, zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine möglichst schnelle Klarstellung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen³¹⁶. Das bedeutet zum einen, dass der Vermieter in die Lage versetzt werden muss, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen³¹⁷. Zum anderen ist es erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt, wobei der Vermieter hiervon Kenntnis erlangen muss³¹⁸. Ohne Kenntnis von der Besitzaufgabe des Mieters an der Wohnung, etwa durch Rückgabe der Wohnungsschlüssel an den Vermieter oder seinen Bevollmächtigten, ist der Vermieter grundsätzlich nicht in der Lage, den Zustand der Wohnung zu prüfen. Die Rückerlangung der Mietsache im Sinne von § 558 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt mithin außer der Übertragung des Besitzes an der Wohnung vom Mieter an den Vermieter die Kenntnis des Vermieters von der Besitzaufgabe voraus³¹⁹.

Diese Voraussetzungen liegen bei einer bloßen Übergabe der Schlüssel an einen Hauswart, der zur Wohnungsrückgabe keinen besonderen Auftrag hat, noch nicht vor³²⁰. In der Rückgabe der Wohnungsschlüssel vom Mieter an den Hauswart liegt zwar die erforderliche vollständige und unzweideutige Besitzaufgabe des Mieters. Insoweit ist der Hauswart auch als Besitzdiener des Vermieters gemäß § 855 BGB anzusehen ist. Dies gilt jedenfalls, wenn der Hauswart beauftragt ist, Wohnungsbesichtigungen durchzuführen und nach Rücksprache mit der Hausverwaltung zum Teil auch Schlüssel zurückzunehmen. Soweit der Hauswart also im Besitz von Schlüsseln ist, sei es auch, um Besichtigungen durchzuführen und gegebenenfalls für den Notfall Zutritt zu den Wohnungen nehmen zu können, übt er als Hauswart die Sachherrschaft über die Wohnungen im Rahmen seines weisungsgebundenen Angestelltenverhältnisses mit Wissen und Willen des Vermieters als dessen Besitzdiener aus (§ 855 BGB). Dies allein reicht jedoch für die Rückgabe der Wohnung im Sinne von § 548 Abs. 1 S. 2 BGB nicht aus.

Der Vermieter ist damit noch nicht in die Lage versetzt worden, sich durch die nunmehr erlangte unmittelbare Sachherrschaft - vermittelt durch den Hauswart als Besitzdiener - ein Bild vom Zustand der Wohnung machen zu können³²¹. Denn er selbst hatte keine Kenntnis von der Wohnungsrückgabe, während der Hauswart, der die Kenntnis hatte,

³¹⁴ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 14 m.w.N.; BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 unter II 2 a.

³¹⁵ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 19.

³¹⁶ BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rz. 12; BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 195/10, NJW 2011, 1866 Rz. 12.

³¹⁷ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 14 m.w.N.

³¹⁸ BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 unter II 2 e aa; BGH v. 19.11.2003 - XII ZR 68/00, NJW 2004, 774 unter II 3 a.

³¹⁹ vgl. OLG München, ZMR 2010, 285, 286.

³²⁰ BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, WuM 2013, 729 = GE 2013, 1647 = ZMR 2014, 270.

nicht bevollmächtigt war, Wohnungsabnahmen durchzuführen. Gleiches gilt 75 für die Kenntnis der vom Vermieter bevollmächtigten Hausverwaltung, solange diese keine Kenntnis von der Schlüsselrückgabe hat.

Ein Vermieter muss sich oder die zuständige Hausverwaltung auch nicht die Kenntnis von der Schlüsselübergabe an den Hauswart spätestens ab dem Zeitpunkt analog § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, zu dem üblicherweise davon auszugehen ist, dass diese im Geschäftsbetrieb vom Hauswart erlangte Information an den Vermieter oder die Hausverwaltung weitergegeben wird³²². Für eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB zur Kenntniserlangung durch einen Besitzdiener ist kein Raum. Dies setzt voraus, dass der Hauswart als "Wissensvertreter" des Vermieters eingesetzt ist³²³.

Die Frage, ob ein Hauswart oder ein Hausmeister eine zum Empfang der Schlüssel berechtigte Person ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere kommt es auf die konkrete Ausgestaltung seiner Tätigkeit an, also ob er allgemein oder für den konkreten Fall vom Vermieter (oder der von ihm bevollmächtigten Hausverwaltung) mit der Rücknahme der Wohnung beauftragt ist³²⁴. Die Kenntnis des Hauswarts von der Rückgabe der Wohnungsschlüssel ist dem Vermieter oder der ihn vertretenden Hausverwaltung nur dann zuzurechnen, wenn der Hauswart konkret damit beauftragt ist, die Wohnungsschlüssel zum Zweck der Übergabe der Wohnung entgegenzunehmen. Ansonsten erhält der Vermieter durch die Schlüsselrückgabe an den Hauswart zwar die Sachherrschaft über die Wohnung zurück, er ist jedoch mangels Kenntnis davon nicht in der Lage, sich daraufhin ein umfassendes Bild vom Zustand der Wohnung zu machen.

9.3 Beginn bei nicht eingefriedetem Grundstück

Für den Verjährungsbeginn ist maßgebend der Zeitpunkt, in dem der Verpächter die Sache zurückerhält, weil er sich erst nach der Rückgabe von der Verschlechterung überzeugen kann. Der BGH hat dazu dargelegt³²⁵, dass die "Rückgabe" der Mietsache, an die § 548 BGB den Beginn der kurzen Verjährungsfrist knüpft, nach dem Sinn und Zweck der Regelung grundsätzlich eine Veränderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters erfordert. Dieser soll durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft in die Lage versetzt werden, sich ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn der Vermieter nicht die Möglichkeit hat, das Mietobjekt seinerseits in Besitz zu nehmen, sondern nur während des Besitzes des Mieters einen von diesem gestatteten - damit aber gerade nicht freien - Zutritt erhält, um sich in den Mieträumen umzusehen³²⁶.

Dabei spricht nach Auffassung des OLG Koblenz bei einem unbefriedeten Grundbesitz, bei dem keine Schlüssel o.ä. zurückgegeben sind, eine grundsätzliche Vermutung dafür, dass

³²¹ BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, WuM 2013, 729 = GE 2013, 1647 = ZMR 2014, 270.

³²² BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, WuM 2013, 729 = GE 2013, 1647 = ZMR 2014, 270.

³²³ zu den Voraussetzungen vgl. BGH vom 20.10.2004 - VIII ZR 36/03, NJW 2005, 365 unter II 3 m.w.N.

³²⁴ Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rz. 62.

³²⁵ BGH NJW 2000, 3203; BGH NJW 1991, 2416; BGH NJW 1992, 687.

³²⁶ BGH NJW 1991, 2416.

mit dem Ende der Mietzeit auch die Rückgabe erfolgt ist³²⁷. Entsprechend dem Zweck der Regelung des Verjährungsbeginns muss hinzukommen, dass der Verpächter in diesem Zeitpunkt die Möglichkeit hat, die Sache auf etwaige Mängel zu untersuchen, ohne eine Erlaubnis bei dem bisherigen Pächter einholen zu müssen und einzuholen. Bei Grundstücken genügt es danach, wenn er freien Zutritt erlangt hat³²⁸. Das ist auch der Fall, wenn es aus Gründen, die im Verantwortungsbereich des Vermieters liegen, nicht zu einer förmlichen Rückgabe der Sache gekommen ist. Es ist dabei nicht einmal erforderlich, dass er unmittelbaren oder ausschließlichen Besitz hat. Nur wenn die Parteien einen nach Ende des Mietverhältnisses liegenden Besichtigungstermin vereinbaren, ist dieser und nicht das Vertragsende für den Beginn der Verjährungsfrist maßgeblich³²⁹. Der Zeitpunkt der Zurückerlangung ist auch dann maßgebend, wenn der Schaden zu diesem - oder einem späteren - Zeitpunkt nicht erkennbar war³³⁰.

10 Schriftform

10.1 Bezeichnung des Vermieters als „Grundstücksgemeinschaft“

Die Regelung des § 550 ZPO dient in erster Linie dem Schutz des Immobilienerwerbers, der in die Lage versetzt werden soll, sich anhand des schriftlichen Mietvertrages über den Umfang und den Inhalt eines nach § 566 BGB auf ihn übergehenden Mietverhältnisses zu unterrichten; darüber hinaus hat die Bestimmung aber auch Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktionen im Verhältnis der Mietparteien untereinander und soll insbesondere auch die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherstellen³³¹. Daher gehören zu den in die Vertragsurkunde aufzunehmenden Vereinbarungen nicht nur alle Essentialia wie Parteien des Mietvertrages, Mietgegenstand, Miethöhe und Dauer des Vertrages, sondern auch alle weiteren Abreden, die nach dem Willen der Vertragsparteien von wesentlicher Bedeutung sind³³².

Diesen Anforderungen genügt ein Mietvertrag, in dem der Vermieter mit „Grundstücksgemeinschaft N.-K.“ bezeichnet ist. Denn auch formbedürftige Vertragsklauseln sind der Auslegung durch Rückgriff auf ggf. außerhalb der Urkunde liegende Umstände zugänglich und deshalb formwirksam, wenn der Inhalt der Urkunde auf diese Weise zumindest eindeutig bestimmbar ist³³³. So liegt der Fall hier. Der Mietvertrag vom Januar 2005 weist als Vermieter(in) die „Grundstücksgemeinschaft N.-K.“ aus. Aus § 1 des MV ergibt sich, dass dieser Vermieter der Eigentümer des Grundstücks K., O. 150 ist, in dem die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten vermieteten Räume belegen sind. Damit muss es sich bei der „Grundstücksgemeinschaft“ um die Gesellschaft bzw. die Personen handeln, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Eigentümer(in) im Grundbuch eingetragen war(en), und damit waren der oder die Vermieter(in) eindeutig bestimmbar. Ein potenzieller Er-

³²⁷ OLG Koblenz v. 21.10.2013 - 5 U 507/13, IMR 2014, 290.

³²⁸ MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl. 2012, § 548 BGB Rz. 13.

³²⁹ OLG München, GE 2010, 285; MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl. 2012, § 548 BGB Rz. 13.

³³⁰ OLG Frankfurt, GuT 2002, 81.

³³¹ BGH seit BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58, 61; OLG Düsseldorf, NZM 2007, 643

³³² BGH, NJW 2007, 3202.

³³³ OLG Düsseldorf v. 21.11.2013 - 10 U 49/13 ZMR 2014, 628.

werber des Grundstücks konnte den Vermieter bei Veräußerung ohne weiteres 77
ermitteln und so Klarheit darüber gewinnen, wer Vertragspartner des Mietver-
trages ist und ob er (Erwerber) in einen unbefristeten oder befristeten Mietvertrag ein-
tritt.

10.2 Handeln nur eines Vorstandes einer AG

Die wirksame Dokumentation einer Einigung, an der auf mindestens einer Seite Gesamt-
vertreter mitgewirkt haben, erfordert grundsätzlich die Unterschrift sämtlicher Personen,
so dass ein Verstoß gegen § 550 BGB z.B. eintritt, wenn von zwei Vermietern, die nur ein-
heitlich handeln dürfen, nur einer unterschreibt und die Vollmacht des Unterzeichners
weder aus der Urkunde noch aus außerhalb liegenden objektiven Umständen (z.B. Han-
delsregister) hervorgeht³³⁴. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeu-
tig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für und in Ver-
tretung der anderen Vertragsparteien, zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit
des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Parteien unter-
schrieben haben. Das ist für die GbR wegen § 719 BGB³³⁵, die Aktiengesellschaft wegen
§ 78 Abs. 1 S. 1 AktG³³⁶ und die Erbengemeinschaft³³⁷ entschieden, allerdings in den je-
weils vorliegenden Konstellationen des Einzelfalles.

Heißt es auf Seiten des Mieters in der Urkunde "vertreten durch den Vorstand" und unter-
zeichnet nur ein Vorstandsmitglied ohne Vertretungszusatz, soll aber kein Schriftform-
mangel entstehen³³⁸. Unstreitig wurde die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt durch zwei
Vorstandsmitglieder vertreten. Die Unterzeichnung erfolgte nur durch ein Vorstandmit-
glied; dass dieser Vorstand auch für das weitere Vorstandsmitglied unterschreiben wollte,
ist nicht ersichtlich. Ein Vertretungszusatz und eine zweite Unterschrift fehlen. Dennoch
hält der Senat den Nachtrag für formwirksam, da der Mietvertrag keine Angaben über die
konkreten Vertretungsverhältnisse des Mieters enthält. Darin unterscheidet sich der vor-
liegende Sachverhalt von dem, der der Entscheidung des BGH vom 4.11.2009³³⁹ zugrunde
lag. In dieser Entscheidung ergab sich aus dem Mietvertrag, dass die dortige Mieterin,
eine AG, durch zwei namentlich genannte Vorstandsmitglieder vertreten wurde. Der BGH
hat die Unterschrift nur eines Vorstandsmitgliedes ohne einen Zusatz, der erkennen ließ,
dass dieses auch für den weiteren Vorstand unterschrieben hat, nicht als für die Wahrung
der Schriftform ausreichend angesehen. Im hier zu entscheidenden Fall können Zweifel
daran, ob das unterzeichnende Vorstandsmitglied nur für sich oder auch für weitere Vor-
standsmitglieder unterzeichnen will, nicht auftreten, da sich die Vertretungsverhältnisse
aus dem Nachtrag nicht ergeben. Es kann daher nicht der Eindruck entstehen, die Urkun-
de sei unvollständig. Es ist denkbar, dass es nur ein Vorstandsmitglied gibt oder ein Vor-
standsmitglied alleinvertretungsberechtigt ist. Ein Erwerber, der durch die Wahrung der
Schriftform geschützt werden soll, geht nicht ohne weiteres davon aus, dass immer sämt-

³³⁴ OLG Rostock v. 25.9.2000 - 3 U 75/99, NZM 2001, 46.

³³⁵ BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, MDR 2004, 325 = ZMR 2004, 106 = NJW 2004, 1103; BGH v. 16.7.2003 -
XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053.

³³⁶ BGH v. 4.11.2009 - XII ZR 86/07, GE 2010, 53 = BGHZ 183, 67.

³³⁷ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389 (3391).

³³⁸ OLG Koblenz v. 28.4.2014 - 12 U 1419/12, IMR 2014, 380, 381.

³³⁹ BGH v. 4.11.2009 - XII ZR 86/07, GE 2010, 53 = BGHZ 183, 67.

liche Vorstandsmitglieder unterzeichnen müssen, da eine abweichende Regelung getroffen sein kann³⁴⁰. Der potentielle Rechtsnachfolger ist nur dann nicht ausreichend geschützt, wenn aufgrund einer Abweichung des Rubrums in dem Mietvertrag oder in dem Nachtrag von den geleisteten Unterschriften der Eindruck der Unvollständigkeit bzw. Unrichtigkeit entstehen kann. Das ist hier nicht der Fall. Die Schriftform des § 550 BGB ist damit gewahrt. Die Frage der wirksamen Vertretung ist allein für die Wirksamkeit des Vertrages maßgeblich. Darum geht es hier nicht. Die Klägerin beruft sich allein auf die Nichteinhaltung der Schriftform, da dann die weitere Verlängerung des Mietverhältnisses unwirksam wäre und der Mietvertrag mit gesetzlicher Kündigungsfrist gekündigt werden konnte oder die Vertragslaufzeit zum 30.11.2013 endete.

10.3 Formunwirksamer Mieterbeitritt

Ein schriftlich geschlossener Vertrag, der nachträglich formlos geändert wird, entbehrt nunmehr insgesamt der Schriftform, wenn er nachträglich in einem wesentlichen Punkt geändert wird³⁴¹. Dass in der Aufnahme eines zweiten Mieters in den zwischen dem Vermieter und dem (ersten) Mieter bestehenden Mietvertrag eine Vertragsänderung liegt, ist nicht zweifelhaft. Der BGH³⁴² hat jedoch eine Ausnahme für einen Verlängerungsvertrag zugelassen und dabei erwogen, dass dieser in den Inhalt des bereits bestehenden, formgültigen, ursprünglichen Vertrages während dessen Laufzeit in keiner Weise eingreift, sondern nur zur Folge hat, dass der vereinbarten Mietzeit, bei der es nach dem Willen der Vertragsschließenden bleibt, ein weiterer Zeitabschnitt vertraglich angefügt wird. Der Gedanke, dass der als unteilbare Einheit aufgefasste Inhalt des Vertrages formgültig nur abgeändert werden kann, wenn er insgesamt von der Schriftform umfasst wird, treffe dann nicht mehr in vollem Umfang zu, wenn die Änderung nur in einer den sonstigen Inhalt nicht berührenden Verlängerung besteht. Daraus folge, dass nur der Verlängerungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen und deshalb kündbar ist, während der ursprüngliche formgültige Vertrag bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit fest abgeschlossen bleibt.

Diese Grundsätze können auf den Fall übertragen werden, in dem ein Vertragsbeitritt durch einen zweiten Mieter stattfindet³⁴³. Die Rechtsstellung des ersten Mieters soll grundsätzlich dadurch nicht geändert werden. Er soll und wollte Mieter mit allen sich aus dem Ursprungsvertrag ergebenden Rechten und Pflichten bis zum Ablauf der Mietzeit bleiben. Lediglich ein neuer Mieter trat hinzu. Bei einer solchen Fallgestaltung sind keine Gründe erkennbar, warum die Erstbeklagte ihre schuldrechtlichen Verpflichtungen durch eine vorzeitige Kündigung praktisch nur deshalb sollte beenden können, weil ein Zusatzvertrag nicht den Formvorschriften entspricht, der den Eintritt eines weiteren Mieters zum Gegenstand hat, im übrigen aber seine Rechtsbeziehungen zum Vermieter nicht berührt.

³⁴⁰ so auch OLG Düsseldorf v. 31.1.2012 - 24 U 152/11, MDR 2012, 902 ff.; *Weiner*, MDR 2010, 184 ff.

³⁴¹ BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653 = WPM 1975, 824 = BGHZ 65, 49.

³⁴² BGH v. 27.03.1968 - VIII ZR 71/66, NJW 1968, 1229 = BGHZ 50, 39.

³⁴³ OLG Düsseldorf v. 6.12.2012 - 10 U 63/12, ZMR 2013, 794 = GE 2013, 1586 unter Hinweis auf BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653 = WPM 1975, 824 = BGHZ 65, 49.

Die Mietzeit kann insbesondere bei der Vermietung vom Reißbrett oder sonstigen Vorhaben, bei denen die Mietsache noch in einen vertragsgemäßen Zustand versetzt werden muss, problematisch sein, wenn der Fertigstellungstermin ungewiss ist. Vielfach wird hier die Mietzeit an die Übergabe geknüpft, die vom Vermieter mit einer bestimmten Frist anzukündigen sein soll. Insoweit ist maßgeblich auf den Zeitpunkt der Einigung abzustellen. Wird die Mietzeit im Vertrag mit „ab der Übergabe 15 Jahre“ festgehalten, ist die Schriftform eingehalten, weil die Mietzeit ausreichend bestimmbar ist³⁴⁴. Denn die Übergabe ist ein Ereignis, das objektiv - ggf. durch Zeugenbeweis oder Urkunde - festgestellt werden kann und an das durch § 550 BGB keine höheren Anforderungen gestellt werden können als an die Wirksamkeit der Einigung.

Das Gleiche gilt, wenn eine Regelung im Mietvertrag den durch die Übergabe bestimmbareren Mietbeginn verschiebt, sofern Änderungswünsche des Mieters realisiert werden oder eine Verzögerung infolge der nicht rechtzeitigen Vorlage von Unterlagen (z.B. Bauzeichnungen, Pläne etc.) eintritt³⁴⁵. Maßgeblich ist, dass die Parteien in der Urkunde einen Sachverhalt so genau beschreiben, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt.

10.5 Einseitige Erhöhung von Betriebskostenvorauszahlungen

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH müssen sich gemäß §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 Satz 1 BGB bei einem für eine längere Zeit als ein Jahr geschlossenen Mietvertrag die wesentlichen Vertragsbedingungen insbesondere Mietgegenstand, Miete sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses aus der Vertragsurkunde ergeben.

Mit Rücksicht darauf führt die einseitige Erhöhung der Nebenkostenvorauszahlungen nicht dazu, dass das Vertragsverhältnis wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis als auf unbestimmte Zeit geschlossen anzusehen ist³⁴⁶. Der Vermieter war in § 5 Ziffer 1 letzter Absatz Satz 2 des Mietvertrags das Recht eingeräumt, die Höhe der Vorauszahlungen unter anderem dann neu festzusetzen, wenn sich aus der Nebenkostenabrechnung eine entsprechende Nachforderung ergab. Diese Klausel entspricht sinngemäß dem nur auf Wohnraummietverhältnisse anwendbaren § 560 Abs. 4 BGB. Dieser gewährt den Vertragsparteien das Recht, durch einseitige, in Textform gemäß § 126b BGB abzugebende Willenserklärung eine Anpassung der Vorauszahlungshöhe zu bewirken, ohne dass es der Zustimmung der Gegenseite bedarf³⁴⁷.

Damit korrespondierend besteht der Regelungsgehalt der Vertragsklausel darin, dass der Vermieter eine Anpassung der Nebenkostenvorauszahlungen durch einseitige Erklärung gegenüber dem Mieter herbeiführen konnte und nicht lediglich berechtigt war, seine Zustimmung zur Vertragsänderung zu verlangen. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn

³⁴⁴ BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 212/03, MDR 2006, 561 = ZMR 2006, 115 = NZM 2006, 54; BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, MDR 2007, 1063 = ZMR 2007, 611 = NZM 2007, 443.

³⁴⁵ BGH v. 24.7.2013 - XII ZR 104/12, WuM 2013, 668 (670) = ZMR 2014, 22.

³⁴⁶ BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, GE 2014, 455 = NZM 2014, 308.

³⁴⁷ vgl. MünchKomm/Schmid, 6. Aufl., § 560 BGB Rz. 35; Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl. § 560 BGB Rz. 17; BeckOK/Schüller, [Stand: 1. November 2013], § 560 BGB Rz. 22.

die Vertragsparteien bei der Gewerberaummieta in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbaren, dass der Vermieter im Anschluss an Nebenkostenabrechnungen die Höhe der Nebenkostenvorauszahlungen durch einseitige Erklärung anpassen darf³⁴⁸. Die mit der einseitigen, auf Erhöhung der Nebenkostenvorauszahlung gerichteten Willenserklärung des Vermieters verbundene Änderung der von der Beklagten geschuldeten Gesamtmieta unterlag nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB.

Der BGH hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es eine Reihe von Fallgestaltungen gibt, in denen § 550 BGB den Zweck, einem späteren Grundstückserwerber Klarheit über die Bedingungen eines langfristigen Mietvertrags zu verschaffen, in den er kraft Gesetzes eintritt, nicht umfassend gewährleisten kann. Dies gilt unter anderem für die einem Grundstückserwerber wichtige Kenntnis, bis zu welchem Zeitpunkt ein langfristiges Mietverhältnis besteht. Enthält die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption zu Gunsten des Mieters, kann der Grundstückserwerber der Urkunde nicht entnehmen, ob der Mieter diese Option vor dem Eigentumsübergang ausgeübt hat oder nicht, so dass Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald enden oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Der Erwerber des Grundstücks ist aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Verlängerungsoption hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich gegebenenfalls bei dem Verkäufer oder bei dem Mieter zu erkundigen³⁴⁹.

Nicht anders liegt es bei der streitgegenständlichen Klausel zur Anpassung der Nebenkostenvorauszahlungen. Auch sie eröffnet einer Vertragspartei - dem Vermieter - in zulässiger Weise das Recht, durch eine einseitige Willenserklärung eine Vertragsänderung herbeizuführen. Sie soll eine flexible Anpassung der Vorauszahlungshöhe ermöglichen und ist daher gerade auch bei einem auf mehrere Jahre befristeten Mietvertrag sinnvoll. Die entsprechende Erklärung kann aber, ebenso wie die Ausübung einer Verlängerungsoption, nicht Bestandteil der von § 550 BGB geforderten Vertragsurkunde sein. Dem Schutzbedürfnis eines späteren Grundstückserwerbers ist dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass ihn die entsprechende Vertragsbestimmung deutlich darauf hinweist, dass eine die Vorauszahlungshöhe gegenüber der Vertragsurkunde ändernde Festsetzung erfolgt sein kann.

Das Gleiche gilt für die Umsetzung einer Wertsicherungsklausel³⁵⁰.

10.6 Änderung der Umlagevereinbarung

Zur Einhaltung der Schriftform müssen alle wesentlichen Vertragsabreden, also mindestens zur Mietsache, Mieta, Mietzeit und den Parteien in einer der Schriftform entsprechenden Weise niedergelegt sein³⁵¹. Auf das Merkmal der Wesentlichkeit der Abrede kann nicht verzichtet werden³⁵². Denn im Gegensatz zu § 313b BGB steht die Warnfunktion nicht im Vordergrund. Vielmehr wird durch § 550 BGB in erster Linie der Erwerber ge-

³⁴⁸ BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz. 31; vgl. auch BGH v. 9.5.2012 - XII ZR 79/10, NJW 2012, 2187 zur Klauselkontrolle eines Leistungsbestimmungsrechts des Vermieters die Änderung der Mieta betreffend.

³⁴⁹ BGH v. 24.7.2013 - XII ZR 104/12, NJW 2013, 3361 Rz. 25; BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, NJW 2007, 3273 Rz. 27.

³⁵⁰ BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, GE 2014, 455.

³⁵¹ Vgl. BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07, NJW 2009, 2195 (2196); BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 (Tz. 18).

³⁵² A.A. Schmidt-Futterer/Lammel, § 550 BGB Rz. 33 m.w.N.

schützt. Dieser Schutzzweck gebietet es nicht, auch Abreden von geringer Bedeutung in die Urkunde aufzunehmen. Denn der Erwerber ist regelmäßig daran interessiert, aus dem Mietvertrag Aspekte zu erfahren, die seine Finanzierung gefährden können oder erhebliche Erschwerungen bei der Abwicklung des Mietvertrages herbeiführen.

Auch die Umlagevereinbarung zu den Betriebskosten betrifft die Miete und damit eine wesentliche Vertragsabrede. Insoweit kann z.B. die stillschweigende Abänderung der Nebenkosten dazu führen, dass der schriftliche Mietvertrag hinsichtlich der Höhe der monatlichen Nebenkostenvorauszahlungen und des Umfangs der Nebenkostenübernahme unvollständig wird. Hierin soll jedoch nur ein unerheblicher Verstoß gegen § 550 BGB liegen, wenn eine grundsätzliche Umlage der Nebenkosten auf den Mieter vereinbart und auch der Umfang der Nebenkosten grundsätzlich klar ist, demgegenüber lediglich zwei Positionen nicht ausdrücklich (schriftlich) aufgeführt worden sind³⁵³. Dabei wird die Unwesentlichkeit aus dem Verhältnis der Miete (12.685,15 Euro) zu den Nebenkostenvorauszahlungen (ca. 590,00 Euro) hergeleitet.

Ein Verstoß gegen § 550 BGB wird aber angenommen, wenn die Parteien mündlich vereinbaren, dass der Mieter Nebenkosten von 5.113,00 Euro zu zahlen hat und damit von der Umlagevereinbarung abgewichen wird, wonach der Mieter ganz bestimmte Kosten selbst zu entrichten und die Kosten der Versicherung und Grundsteuer dem Vermieter zu erstatten hat³⁵⁴. Denn schon der Betrag macht deutlich, dass der Mieter erhebliche Mehrkosten zu tragen hat, so dass von einer wesentlichen Änderung des Mietvertrages auszugehen ist im Gegensatz zu den Fällen, in denen der Mieter zusätzlich ein oder zwei Positionen übernimmt³⁵⁵.

10.7 Optionsausübung

Die Ausübung einer Option, die eine Verlängerung von mehr als einem Jahr herbeiführen soll, muss nicht in der Schriftform der §§ 550, 126 BGB erfolgen³⁵⁶. Die Gegenansicht³⁵⁷ verkennt, dass der Schutzzweck des § 550 BGB sich auf den Mietvertrag beschränkt. Daraus soll der Erwerber aus dem Mietvertrag (sicher) ersehen können, wie sich die Laufzeit des Mietvertrages gestaltet. Deshalb muss im Mietvertrag geregelt sein, ob und wenn ja, welche Formerfordernisse für die ansonsten formfreie mögliche Option gelten sollen. Es ist aber nicht die Aufgabe des § 550 BGB, dem Erwerber auch die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände, die ihre Ursache im Vertrag haben, in der Form des § 126 BGB zu

³⁵³ OLG Hamm v. 26.10.2005 - 30 U 121/05, OLGR 2006, 138.

³⁵⁴ BGH v. v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, MDR 2014, 142 = NZM 2014, 34; OLG Brandenburg v. 17.10.2012 - 3 U 75/11, ZMR 2013, 184, 186.

³⁵⁵ Zur zusätzlichen Übernahme der Kosten der Versicherung: OLG Naumburg v. 25.9.2007 - 9 U 89/07, ZMR 2008, 371 (kein Schriftformmangel).

³⁵⁶ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, MDR 2008, 851 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482 (Rz. 15); BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, NJW 2007, 3273, 3275 (Rz. 27); Zöll in Lindner-Figura u.a., Kap. 9 Rz. 26 m.w.N.

³⁵⁷ KG v. 2.5.2013 - 8 U 130/12, GE 2013, 808 = ZMR 2013, 702; OLG Düsseldorf v. 22.1.2013 - 24 U 97/12, ZMR 2013, 43; OLG Köln v. 29.11.2005 - 22 U 105/05, MDR 2006, 925 = GuT 2006, 122; OLG Frankfurt v. 20.5.1998 - 23 U 121/97, NZM 1998, 1006.

präsentieren³⁵⁸. Deshalb wird die für die für die Ausübung der Option vereinbarte Schriftform nach § 127 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch durch ein Telefax eingehalten. 82

10.8 Heilungsklausel

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

Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrages zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre³⁵⁹.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wenn die Parteien eine Schriftformheilungsklausel vereinbart haben, schließt der BGH³⁶⁰ jedenfalls für den Erwerber grundsätzlich aus, und zwar sowohl als Individual- als auch als Formularklausel.

Allerdings kann eine Mitwirkungspflicht der Vertragsparteien am Zustandekommen eines der Schriftform entsprechenden Mietvertrages bestehen. Das kann etwa der Fall sein, wenn in einem Vorvertrag vereinbart worden ist, ein langfristiges Mietverhältnis zu begründen³⁶¹. Möglich ist es etwa auch, dass sich Vertragsparteien im Hinblick auf nachträglich zustande gekommene Vereinbarungen verpflichten, insofern dafür zu sorgen, dass die Schriftform gewahrt und damit die langfristige Bindung an den Mietvertrag sichergestellt wird³⁶². In derartigen Fällen geht es entweder darum, den Vorgaben des Vorvertrags zu entsprechen und in Anknüpfung an die darin getroffenen Abreden einen formwirksamen Mietvertrag zu vereinbaren oder einem konkret befürchteten Formmangel entgegenzuwirken.

Im Unterschied hierzu haben die Vertragsparteien sich in § 24 Nr. 6 des Mietvertrages von vornherein verpflichtet, "alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun, und den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der gesetzlichen Schriftform

³⁵⁸ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, MDR 2008, 851 = GE 2008, 798 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482.

³⁵⁹ BGH v. 25.7.2007 - XII ZR 143/05, NJW 2007, 3202 Rz. 23; BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 233/03, NJW 2006, 140 Rz. 23 jew. m.w.N.

³⁶⁰ BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, GE 2014, 385 = NZM 2010, 239.

³⁶¹ BGH v. 7.3.2007 - XII ZR 40/05, NJW 2007, 1817 Rz. 15.

³⁶² BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2227.

vorzeitig zu kündigen". Ob eine derartige Schriftformheilungsklausel durch Individualvertrag rechtswirksam getroffen werden kann oder - falls es sich um einen Formularvertrag handelt - der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB standhält, wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet. Ebenso besteht Streit über die Frage, ob eine solche Klausel - ihre Wirksamkeit unterstellt - nur eine der ursprünglichen Vertragsparteien hindern kann, den Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel zu kündigen, oder ob ihr auch gegenüber einem Erwerber des Grundstücks Rechtswirkung zukommt.

Teilweise wird ohne Weiteres davon ausgegangen, Schriftformheilungsklauseln seien wirksam mit der Folge, dass die auf den Formmangel gestützte Kündigung treuwidrig sei, solange nicht erfolglos versucht worden sei, die andere Partei zu einer Heilung des Mangels zu veranlassen³⁶³.

Teilweise wird eine entsprechende Klausel vor allem im Hinblick auf einen möglichen Erwerbsfall für grundsätzlich unwirksam gehalten³⁶⁴.

Darüber hinaus wird die Auffassung vertreten, eine Heilungsklausel sei jedenfalls gegenüber einem Grundstückserwerber unwirksam³⁶⁵.

Das Oberlandesgericht Rostock³⁶⁶ hat es im Ergebnis offen gelassen, ob eine Heilungsklausel wirksam ist. Es hält die ordentliche Kündigung eines formunwirksamen Mietvertrages nicht für treuwidrig, weil dem Kündigenden gegebenenfalls ein Schadensersatzanspruch gegen die andere Vertragspartei aus der Verletzung einer Vertragspflicht zustehe.

Bei dem Eintritt eines Erwerbers gemäß § 566 Abs. 1 BGB in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ist allein von Bedeutung, ob einem Erwerber angelastet werden kann, sich treuwidrig zu verhalten, wenn er trotz einer im Mietvertrag enthaltenen Heilungsklausel das Mietverhältnis wegen eines Schriftformmangels kündigt. Das ist nach Auffassung des BGH nicht der Fall³⁶⁷.

Da die in Rede stehende Heilungsklausel keine Einschränkung dahingehend enthält, dass sie nur im Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien Geltung beanspruchen soll, würde sie - im Falle ihrer Wirksamkeit - auch den Grundstückserwerber betreffen. Auch er hätte deshalb der Verpflichtung nachzukommen, zunächst auf die Heilung des Form-

³⁶³ OLG Naumburg v. 26.7.2012 - 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808; KG v. 13.11.2006 - 8 U 51/96, NJW-RR 2007, 805; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 - 24 U 264/03, DWW 2004, 224; OLG Köln v. 23.9.2005 - 1 U 43/04, OLGR 2005, 697; OLG Celle v. 22.7.2004 - 13 U 71/04, NZM 2005, 219; *Lindner-Figura* in *Lindner-Figura/Opree/Stellmann*, Geschäftsraummieta, 3. Aufl., Kap. 6 Rz. 103; *ders.* in NZM 2007, 705, 713; *Lindner-Figura/Schnieders* in 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, S. 436, 438 ff.; *Kreikenbohm/Niederstetter*, NJW 2009, 406 ff.; *Scheer-Hennigs/Quast*, ZMR 2009, 180, 181 f.; *Lammel* in *Schmidt-Futterer Mietrecht*, 10. Aufl., § 550 BGB Rz. 66; *Disput/Wortberg*, ZfIR 2009, 57, 59; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. I 145; *Gratz*, juris AnwZert MietR 26/2008 Anm. 1.

³⁶⁴ *Gerber*, ZfIR 2008, 632, 633 f.; *Leo*, NZM 2006, 815, 816; *Ghassemi-Tabar/Leo*, AGB im Gewerbebaummietrecht, II. Teil Rz. 383; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., A III Rz. 136; *Staudinger/Emmerich*, [2011], § 550 BGB Rz. 45 ff.; *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, Mieta, 3. Aufl., § 550 BGB Rz. 89; *BeckOK BGB/Hermann*, [Stand: 1. Februar 2013], § 550 BGB Rz. 17; *Robles y Zepf/Piepers*, ZfIR 2010, 569, 575.

³⁶⁵ *Klinke*, WuM 2010, 8, 12; *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313, 3316; *MünchKomm/Bieber*, 6. Aufl., § 550 BGB Rz. 20.

³⁶⁶ OLG Rostock v. 10.7.2008 - 3 U 108/07, NZM 2008, 446.

³⁶⁷ BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, MDR 2014, 334 = GE 2014, 385.

mangels hinzuwirken und könnte den formunwirksamen Mietvertrag erst kündigen, nachdem entsprechende Bemühungen erfolglos geblieben sind. Damit ergäbe sich indessen die Situation, vor der § 550 BGB den Grundstückserwerber gerade schützen will.

§ 550 BGB will nach ständiger Rechtsprechung des BGH in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Darüber hinaus dient § 550 BGB dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen. Hinsichtlich des Schutzes des Erwerbers gibt es zwar zahlreiche Fallgestaltungen, in denen § 550 BGB den Zweck, diesem letzte Klarheit über die Geltung eines langfristigen Mietvertrags zu verschaffen, nicht umfassend gewährleisten kann. Sinn und Zweck der Schriftform ist es nämlich nicht, ihm Gewissheit zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch besteht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben wurde. Denn soweit ein Eintritt des Grundstückserwerbers in den Mietvertrag nicht stattfindet, weil dieser nicht oder nicht mehr besteht, bedarf es auch nicht des Schutzes der Schriftform vor einer langjährigen Bindung an unbekanntes Bedingungen. Auch im Fall einer im Mietvertrag vorgesehenen Verlängerungsoption kann der Grundstückserwerber der Mietvertragsurkunde nicht entnehmen, ob die Option vor dem Eigentumserwerb ausgeübt wurde, so dass Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald endet oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Dann ist der Erwerber aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Option hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich bei dem Verkäufer oder dem Vermieter hierüber zu erkundigen³⁶⁸.

Auch wenn der Schutz des § 550 BGB danach nicht umfassend sein kann, soll erreicht werden, dass der Erwerber die Bedingungen, zu denen er in ein Mietverhältnis eintritt, im Grundsatz aus der Mietvertragsurkunde ersehen kann. Er soll davor geschützt werden, sich auf einen Mietvertrag einzulassen, dessen wirtschaftliche Bedingungen sich, etwa infolge einer Mietreduzierung, anders als erwartet und deshalb finanziell einkalkuliert darstellen. Ist das infolge formunwirksamer, z.B. nur mündlicher Abreden gleichwohl der Fall, so hat er die Möglichkeit, sich vorzeitig durch ordentliche Kündigung von dem Mietvertrag zu lösen. Diese Möglichkeit würde ihm genommen, wenn er infolge der Heilungsklausel verpflichtet wäre, den langfristigen Bestand des Mietverhältnisses sicherzustellen. Dass ihm im Fall unterlassener Information über ihm nachteilige formunwirksame Vereinbarungen gegenüber dem Veräußerer Schadensersatzansprüche zustehen mögen, rechtfertigt nicht die Annahme, der Schutzzweck des § 550 BGB trete deshalb zurück. Nach der gesetzlichen Konzeption soll der Erwerber bei einer derartigen Fallgestaltung nämlich nicht allein auf Schadensersatzansprüche verwiesen werden, sondern ihm soll ein ordentliches Kündigungsrecht zustehen, um die aus der Mietvertragsurkunde nicht in allen maßgeblichen Einzelheiten erkennbaren Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis be-

³⁶⁸ BGH, NJW 2008, 2178 Rz. 13 ff.

enden zu können. Da bei einer Geltung der Heilungsklausel auch ihm gegenüber diese Möglichkeit im Falle einer vollzogenen Heilung genommen würde, würde der Schutzzweck des § 550 BGB verfehlt. Die Bestimmung stellt indessen nach allgemeiner Meinung zwingendes Recht dar³⁶⁹. Mit Rücksicht darauf ist es ungeachtet der Frage, ob es sich bei dem Mietvertrag um eine Individualvereinbarung oder einen Formularvertrag handelt, mit § 550 BGB nicht vereinbar, den Erwerber aufgrund einer Heilungsklausel als verpflichtet anzusehen, von einer ordentlichen Kündigung Abstand zu nehmen. Er verhält sich deshalb nicht nach § 242 BGB treuwidrig, wenn er von der in diesem Fall vorgesehenen gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch macht. Das gilt unabhängig davon, ob dem Erwerber im Einzelfall die Umstände, die vor seinem Eintreten in den Mietvertrag zu der Formunwirksamkeit geführt haben, bekannt waren³⁷⁰. Denn wenn der Erwerber aufgrund des Schutzzwecks des § 550 BGB durch eine Heilungsklausel nicht gebunden ist, kann auch eine Kenntnis des Formmangels nicht dazu führen, dass er an dessen Heilung mitwirken müsste. Im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt kommt eine Treuwidrigkeit der Kündigung deshalb nicht in Betracht.

Diese Sichtweise gilt im gleichen Umfang für den Nießbraucher, der in den laufenden Mietvertrag nach den §§ 1056, 566 BGB eingetreten ist³⁷¹.

11 Kautio

11.1 Sicherheit zur Abwendung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Die in § 551 Abs. 1 BGB enthaltene Begrenzung der Mietsicherheit auf drei Monatsmieten dient - bei Anerkennung des grundsätzlichen Sicherungsbedürfnisses des Vermieters - dem Interesse des Mieters vor zu hohen Belastungen. Insbesondere soll damit Erschwerungen für den Abschluss eines Mietvertrages entgegengewirkt werden, die in mobilitätshemmender Weise von hohen Kautionsforderungen ausgehen können³⁷². Dieser Schutzzweck ist nicht betroffen, wenn Eltern für ihre Kinder - anstelle einer Anmietung im eigenen Namen - von sich aus dem Vermieter eine Bürgschaft für den Fall eines Vertragsschlusses zusagen; in einem solchen Fall steht die gesetzliche Begrenzung der Mietsicherheit einer wirksamen Übernahme einer Bürgschaft durch die Eltern nicht entgegen³⁷³.

Ähnlich verhält es sich bei einer Sicherheit, die im laufenden Mietverhältnis zur Abwendung einer drohenden Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzuges gewährt wird³⁷⁴. Ein unabdingbares Verbot, in dieser Situation eine drei Monatsmieten übersteigende Sicherheit zu vereinbaren, würde in erster Linie den Mieter benachteiligen, weil der Vermieter in diesem Fall keine wirksame zusätzliche Sicherheit erhalten könnte und die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen des eingetretenen Zahlungsverzuges die Folge wäre; die dem Schutz des Mieters dienende Begrenzung der Mietsicherheit würde da-

³⁶⁹ vgl. nur BT-Drucks. 14/4553 S. 47; Staudinger/*Emmerich*, [2011], § 550 BGB Rz. 45.

³⁷⁰ a.A. Bub/*Treier/Heile*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 789; Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 BGB Rz. 65.

³⁷¹ BGH v. 30.04.2014 - XII ZR 146/12, GE 2014, 865 = NZM 2014, 471.

³⁷² vgl. BT - Drucks. 9/2079 S. 10 zu § 550b Abs. 1 S. 1 BGB a.F., der Vorgängervorschrift zu § 551 Abs. 1 BGB.

³⁷³ BGH v. 7.6.1990 - IX ZR 16/90, BGHZ 111, 361, 363.

³⁷⁴ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 379/12, MDR 2013, 641 = GE 2013, 673 = WuM 2013, 357.

mit in ihr Gegenteil verkehrt. Auf eine Kautio, mit der eine drohende Zahlungsverzugskündigung des Vermieters abgewendet werden soll, findet § 551 Abs. 1, 4 BGB deshalb generell keine Anwendung³⁷⁵; darauf, ob der Bürge eine derartige Sicherheit unaufgefordert beigebracht oder der Vermieter eine zusätzliche Sicherheit verlangt hat, kommt es nicht an.

11.2 Bürgschaft und Aufhebung der Kündigungswirkung

Eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung liegt selbst dann vor, wenn im Zeitpunkt der Hingabe der Bürgschaft der Mietvertrag noch nicht geschlossen wurde. Maßgeblich und ausreichend ist, dass objektiv festgestellt werden kann, für welche Schuld der Bürge einstehen sollte³⁷⁶. Das ist ohne weiteres möglich, wenn im Zeitpunkt der Abgabe der Bürgschaftserklärung in schriftlicher Form (§ 766 BGB) das Angebot des Vermieters vorliegt, das der Mieter später annimmt³⁷⁷.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die Parteien einen Mietvertrag nach dessen wirksamer Beendigung fortsetzen. Kündigt der Vermieter den Mietvertrag (wirksam) fristlos und verständigen sich die Mietparteien nachfolgend auf die Fortsetzung liegt darin entgegen dem Wortlaut der Abschluss eines neuen Mietvertrages für den die Bürgschaft grundsätzlich nicht (mehr) gilt³⁷⁸.

11.3 Inanspruchnahme im laufenden Mietvertrag

Die Mietkaution dient nicht dazu, dem Vermieter eine Verwertungsmöglichkeit zum Zwecke schneller Befriedigung behaupteter Ansprüche gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses zu eröffnen. Gemäß § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB hat der Vermieter die ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen anzulegen.

Mit der Pflicht zur treuhänderischen Sonderung der vom Mieter erbrachten Kautio wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz des Vermieters ungeschmälert auf die Sicherheitsleistung zurückgreifen kann, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen³⁷⁹. Diese Zielsetzung würde unterlaufen, wenn der Vermieter die Mietkaution bereits während des laufenden Mietverhältnisses auch wegen streitiger Forderungen in Anspruch nehmen könnte³⁸⁰. Die davon zum Nachteil des Mieters abweichende Zusatzvereinbarung zu § 7 des Mietvertrags ist deshalb gemäß § 551 Abs. 4 BGB unwirksam. Dieses Ergebnis entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum³⁸¹.

³⁷⁵ LG Kiel, NJW-RR 1991, 1291; Palandt/*Weidenkaff*, 72. Aufl., § 551 BGB Rz. 3; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 551 BGB Rz. 33; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., III 174; a.A. *Staudinger/Emmerich*, *BGB*, Neubearb. 2011, § 551 BGB Rz. 4 und 9.

³⁷⁶ BGH v. 17.2.2000 - IX ZR 32/99, MDR 2000, 714 = NJW 2000, 1569.

³⁷⁷ BGH v. 30.3.1995 - IX ZR 98/94, MDR 1995, 892 = NJW 1995, 1886.

³⁷⁸ OLG Düsseldorf v. 22.3.2011 - 10 U 158/10, ZMR 2013, 628.

³⁷⁹ BGH v. 20.12.2007 - IX ZR 132/06, WuM 2008, 367 Rz. 8; BGH v. 13.10.2011 - VIII ZR 98/10, NJW 2010, 59 Rz.19; jeweils unter Hinweis auf BT-Drucks. 9/2079, S. 10 f.

³⁸⁰ BGH v. 7.5.2014 - VIII ZR 234/13, MDR 2014, 704 = WuM 2014, 418 = GE 2014, 866.

³⁸¹ LG Mannheim, WuM 1996, 269; LG Wuppertal, NZM 2004, 298; LG Darmstadt, ZMR 2005, 193; LG Darmstadt, WuM 2008, 726; LG Halle, NZM 2008, 685; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., Rz. III 184; *Kramer*, NZM 2001, 737, 741; *Derleder*, NZM 2006, 601, 607; *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2011, §

Der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautionsleistung wird nicht bereits im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses fällig. Vielmehr ist dem Vermieter, nach Beendigung des Mietvertrages eine angemessene Frist einzuräumen, innerhalb deren er sich zu entscheiden hat, ob und in welcher Weise er die Kautionsleistung zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will; erst danach wird der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautionsleistung fällig³⁸². Schon daraus folgt, dass es dem Vermieter jedenfalls bis zum Ablauf der ihm zuzubilligenden Abrechnungsfrist gestattet ist, die Kautionsleistung in der Höhe einzubehalten, die zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Mietverhältnis angemessen ist; anderenfalls würde die Mietkaution ihrer Sicherungsfunktion nicht gerecht.

Wie viel Zeit dem Vermieter zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Diese können so beschaffen sein, dass mehr als sechs Monate für den Vermieter erforderlich und dem Mieter zumutbar sind³⁸³. Danach steht dem Mieter vor Ablauf der angemessenen Prüfungsfrist kein Recht zur Aufrechnung mit dem Kautionsrückzahlungsanspruch zu.

Im Falle der Bürgschaft als Mietsicherheit kann dem Mieter aber ein Anspruch gegen den Vermieter gemäß § 812 Abs.1 BGB wegen zu Unrecht gezogener Bürgschaft zugestanden haben. Einem solchen Anspruch stünde aber gemäß § 390 BGB ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters gemäß § 273 BGB entgegen.

Unstreitig hat der Vermieter am 5. Dezember 2012 die von dem Mieter gestellte Mietbürgschaft in Anspruch genommen und sich von der Commerzbank einen Betrag in Höhe von 14.743,61 € auszahlen lassen. Der Geschäftsraumvermieter ist ebenso wie der Wohnungsvermieter verpflichtet, die vom Mieter geleistete Barkautionsleistung von seinem Vermögen getrennt und insolvenzsicher anzulegen³⁸⁴. Diese Verpflichtung endet nicht, bevor er über die Kautionsleistung abgerechnet hat. Hat der Mieter eine Bürgschaftskautionsleistung geleistet, hat diese nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion. Ebenso wie bei der Barkautionsleistung darf der Vermieter - bei beendetem Mietverhältnis - grundsätzlich auf die verpfändete Forderung zugreifen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Abrechnung über seine noch offenen Forderungen aufstellt und diese von der Kautionsleistung abzieht³⁸⁵.

Greift der Vermieter auf die Bürgschaftskautionsleistung zu, ohne zugleich abzurechnen, verwandelt er die Bürgschaftskautionsleistung nicht etwa in eine Barkautionsleistung, sondern verleiht er sich fremdes Geld, das ihm jedenfalls ohne Abrechnung nicht zusteht, jedenfalls dann ein, wenn er dieses nicht durch Anlage auf einem gesonderten Konto von seinem Vermögen

551 BGB Rz. 27; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 551 BGB Rz. 91; Palandt/*Weidenkaff*, 73. Aufl., Einf. v. § 535 BGB Rz. 123; BeckOK BGB/Ehlert, Stand: 1. Mai 2013, § 551 Rz. 32; anders *Kluth/Grün*, NZM 2002, 1015, 1016 f., *Kießling*, JZ 2004, 1146, 1153; MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl., § 551 BGB Rz. 14.

³⁸² BGHZ 101, 244, 250.

³⁸³ BGHZ 101, 244, 250.

³⁸⁴ KG v. 9.9.2013 - 8 U 254/12, GE 2013, 1586; KG v. 4.12.2003 - 8 U 121/03, DWW 2004, 85; OLG Frankfurt v. 1.10.1998 - 20 W 6592/98, NZM 1999, 376.

³⁸⁵ OLG Karlsruhe v. 18.8.2008 - 8 W 34/08, MDR 2009, 320 = ZMR 2009, 120 = NZM 2009, 817

getrennt hält³⁸⁶. Der Mieter hat in einem solchen Fall gegen den Vermieter einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs.1 BGB. Diesem Bereicherungsanspruch steht aber gemäß § 390 BGB ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters entgegen.

88

Der Vermieter hat nämlich im Gegenzug, solange das Mietverhältnis noch nicht abgewickelt ist, gegen den Mieter einen Anspruch auf erneutes Stellen einer Bürgschaftskaution und hat daher ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB. Diesen Anspruch macht die Klägerin hier zwar nicht geltend. § 390 BGB, wonach eine Forderung, der eine Einrede entgegen steht, nicht aufgerechnet werden kann, greift aber auch dann ein, wenn die Einrede noch nicht erhoben ist³⁸⁷.

11.5 Vorbehaltlose Rückzahlung der Kaution

An die Feststellung eines Verzichtswillens, der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen³⁸⁸. Gerade bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsvernichtend gewertet werden sollen, ist das Gebot einer interessengerechten Auslegung zu beachten und haben die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung. Wenn feststeht oder davon auszugehen ist, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. Das bildet in solchen Fällen die Ausnahme³⁸⁹. Die Partei, die sich auf einen Ausnahmefall beruft, muss deshalb einen nachvollziehbaren Grund darlegen, warum der Forderungsinhaber bereit gewesen sein sollte, auf seine Forderung zu verzichten³⁹⁰.

Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggf. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten³⁹¹. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kaution nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusammenhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein unzweideutiges Verhalten voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall einer ausdrücklichen Willenserklärung. Das Vermieterverhalten kann auch den Umständen nach (§§ 133, 157 BGB) als konkludenter Verzicht oder Erlass zu werten sein. In Betracht kommt, dass damit nicht berücksichtigte Forderungen des Vermieters erlassen werden³⁹², wenn dieser ein Mietverhältnis unter Berücksichtigung der Kaution abrechnet und er das Abrechnungsguthaben an den Mieter auszahlt. Als weitere Option ist denk-

³⁸⁶ KG v. 9.9.2013 - 8 U 254/12, GE 2013, 1586.

³⁸⁷ Palandt/*Grüneberg*, 72. Auflage, § 390 BGB Rz. 1.

³⁸⁸ z. B. BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 353/07, MDR 2008, 1051 = NJW 2008, 2842; BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris.

³⁸⁹ BGH v. 15.1.2002 - X ZR 91/00, MDR 2002, 749 = NJW 2002, 1044.

³⁹⁰ BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris; BGH v. 10.5.2001 - VII ZR 356/00, MDR 2001, 859 = NJW 2001, 2325.

³⁹¹ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

³⁹² OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, ZMR 2001, 962.

bar, dass der Verpächter durch eine vorbehaltlose Rückzahlung der Kautionsrückzahlung 89 trotz erkannter oder zumindest leicht erkennbarer Mängel in der Regel aus der Sicht des Mieters schlüssig zu erkennen gibt, dass er den Zustand der Pachtsache als vertragsgemäß anerkennt und insoweit auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet³⁹³.

Eine vergleichbare Fallgestaltung liegt nicht vor, wenn der notarielle Erwerbsvertrag, mit dem der Mieter das an ihn vermietete Ladenlokal vom Vermieter erworben hat, die Regelung "Das Mietverhältnis erlischt mit dem Tage der vollständigen Kaufpreiszahlung; die Kautionsrückzahlung wird erstattet"³⁹⁴. Da der Notarvertrag zugleich keinen Hinweis auf rückständige Mietforderungen gegenüber dem Mieter enthält, liegt hierin zwar bei isolierter Betrachtung und ohne Kenntnis der Vertragshistorie ein starkes Indiz dafür, dass mit der vereinbarten vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung die wechselseitigen Ansprüche der Parteien abgegolten sein sollten. Diese Wertung der Rückzahlungsklausel wird jedoch durch das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme widerlegt. Danach steht aufgrund der Aussage des Notars, des Zeugen Dr. W., fest, dass die Parteien vor Abschluss des Kaufvertrages über die offenen Mietforderungen des Vermieters verhandelt und den noch im ersten Entwurf des Notarvertrages enthaltenen Zusatz, "Gegenseitige Ansprüche zwischen den Parteien sind abgegolten", mangels Einigung hierüber ausdrücklich gestrichen haben. Eine Abgeltung der Mietforderungen sollte nach Aussage des Zeugen durch die Änderung der ersten Entwurfsfassung gerade nicht getroffen werden. Unter diesen Umständen hatte der Mieter als verständiger Vertragspartner keinen Anlass die endgültige Fassung der Kautionsregelung des Notarvertrages als Verzicht oder Erlass des Klägers in Bezug auf die streitgegenständlichen Mietforderungen zu interpretieren (§ 133 BGB).

12 Modernisierung

12.1 Modernisierung und Indexmiete

Es steht dem Duldungsanspruch des Vermieters nicht entgegen, dass die Parteien eine Indexmiete vereinbart haben und dem Vermieter deshalb eine Mieterhöhung nach § 559 BGB verwehrt ist. Denn einen Ausschluss der Duldungspflicht sieht § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. nur für den Fall vor, dass die Maßnahme für den Mieter mit einer unzumutbaren Härte verbunden ist³⁹⁵. Anhaltspunkte dafür, dass die von dem Vermieter geplanten Modernisierungsmaßnahmen mit Rücksicht darauf, dass der Vermieter die Kosten der Fernwärmeversorgung anschließend anteilig auf den Mieter umlegen will und insoweit monatliche Vorauszahlungen in Höhe von 104,59 € begehrt, eine unzumutbare Härte darstellen, sind nicht ersichtlich. Zwar verbietet der Schutzzweck des § 557b Abs. 2 BGB, die für eine zentrale Beheizung erforderlichen Investitionen durch den Lieferanten der Fernwärme vornehmen und in die dem Mieter auferlegten Kosten der Fernwärmeversorgung einfließen zu lassen. Dies kann aber von vornherein nicht dazu führen, dass der Mieter die Modernisierungsmaßnahmen nicht zu dulden hätte. Denn § 557b Abs. 2 Satz 2 BGB verwehrt dem

³⁹³ OLG München v. 14.07.1989 - 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20.

³⁹⁴ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

³⁹⁵ BGH v. 12.3.2014 - VIII ZR 147/13, GE 2014, 665 = NZM 2014, 304.

Vermieter lediglich eine auf § 559 BGB gestützte Mieterhöhung, gibt dem Mieter aber nicht das Recht, die Duldung einer Modernisierungsmaßnahme unabhängig von den Voraussetzungen des § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. zu verweigern. 90

Die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Betriebskosten (der Fernwärme) auf den Mieter umgelegt werden können, waren im Rahmen des allein zu entscheidenden Duldungsanspruchs nicht streitgegenständlich.

13 Mieterhöhung

13.1 Erklärung des Erwerbers

Der Rechtsinhaber kann einen Dritten zur Geltendmachung eines unselbständigen Gestaltungsrechts im eigenen Namen ermächtigen³⁹⁶. Eine derartige Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung ist der Regelung in einem Kaufvertrag zu entnehmen, wonach der Erwerber bevollmächtigt wird, ab sofort bis zum Eigentumsvollzug im Grundbuch den Mietern gegenüber sämtliche mietrechtlichen Erklärungen abzugeben und ggfs. im eigenen Namen entsprechende Prozesse zu führen.

§ 566 BGB steht einer solchen rechtsgeschäftlich erteilten Ermächtigung nicht entgegen³⁹⁷. § 566 BGB ordnet für den Fall der Veräußerung vermieteten Eigentums an, dass der Erwerber für die Dauer seines Eigentums in die Vermieterstellung einrückt. Dies schließt es nicht aus, dass der bisherige Vermieter schon zu einem früheren Zeitpunkt Ansprüche aus dem Mietverhältnis abtritt oder einem Erwerber eine Ermächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen erteilt. Für eine Differenzierung, eine Ermächtigung nur bezüglich einer Kündigung oder einer Modernisierungsankündigung, nicht aber bezüglich eines Mieterhöhungsverlangens zuzulassen, besteht kein sachlicher Grund.

Schließlich erfordern auch Gesichtspunkte des Mieterschutzes keine abweichende Beurteilung³⁹⁸. Allerdings wird teilweise die Auffassung vertreten, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, das von einer vom Vermieter dazu ermächtigten Person vorgenommen wird, nur wirksam sei, wenn die Ermächtigung offen gelegt werde³⁹⁹. Zur Begründung wird angeführt, dass die Offenlegung der Ermächtigung dem Mieter bei einem einseitigen Rechtsgeschäft die Möglichkeit gebe, das Rechtsgeschäft entsprechend § 182 Abs. 3, § 111 BGB zurückzuweisen, falls die Ermächtigung nicht in schriftlicher Form beigelegt gewesen sei.

Dieser Auffassung folgt der BGH nicht⁴⁰⁰. Anders als die Stellvertretung gestattet die Ermächtigung dem Berechtigten das Handeln im eigenen Namen, so dass es eines Hinweises auf den eigentlichen Rechtsinhaber gerade nicht bedarf. Es besteht auch kein Anlass, von diesem Grundsatz für den hier vorliegenden Fall abzuweichen, dass von einer Ermächti-

³⁹⁶ BGH v. 10.12.1997 - XII ZR 119/96, NJW 1998, 896 unter II 2; BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, unter II 6, jeweils zum Kündigungsrecht; vgl. auch BGH v. 13.2.2008 - VIII ZR 105/07, NJW 2008, 1218 Rz. 26 ff. zur Modernisierungsankündigung.

³⁹⁷ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, GE 2014, 663 = ZMR 2014, 620.

³⁹⁸ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, GE 2014, 663 = ZMR 2014, 620.

³⁹⁹ LG Berlin GE 2009, 326; *Börstinghaus*, NZM 2009, 681, 683; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., IV Rn. 81; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 46.

⁴⁰⁰ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, GE 2014, 663.

91
gung im Rahmen eines Mietverhältnisses Gebrauch gemacht wird. Insbesondere ist das Argument nicht gerechtfertigt, nur durch das Erfordernis einer Offenlegung der Ermächtigung könne eine doppelte Inanspruchnahme des Mieters vermieden werden. Denn der Mieter, der aus dem Mietvertrag von einer anderen Person als seinem ursprünglichen Vermieter in Anspruch genommen wird, kann sich zunächst dessen Berechtigung nachweisen lassen, wenn er Zweifel daran hat, ob eine entsprechende Vollmacht oder Ermächtigung vorliegt oder ein Rechtsübergang nach § 566 BGB stattgefunden hat. Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Mieter ein Mieterhöhungsverlangen, das ihm der noch nicht eingetragene Erwerber aufgrund einer Ermächtigung des bisherigen Vermieters stellt, analog §§ 180 Abs. 1, 174 BGB oder entsprechend §§ 182 Abs. 3, 111 BGB zurückweisen kann, wenn ihm keine Urkunde beigelegt ist, aus der sich die Ermächtigung zur Geltendmachung des Mieterhöhungsverlangens ergibt. Denn eine Zurückweisung hätte jedenfalls nur unverzüglich erfolgen können; hieran mangelt es bei der von dem Mieter mit Schreiben vom 31.5.2012 erklärten Zurückweisung der in den Jahren 2006, 2008 und 2009 gestellten Mieterhöhungsverlangen. Insoweit käme es auf den Zeitpunkt des Zugangs des jeweiligen Mieterhöhungsverlangens an und nicht auf den späteren Zeitpunkt, in dem dem Mieter bekannt geworden ist, dass der Eigentumswechsel im Grundbuch erst im Jahr 2010 vollzogen wurde und der Erwerber die vorangegangenen Mieterhöhungsverlangen nicht aufgrund einer ihm nach § 566 Abs. 1 BGB zustehenden Vermieterstellung, sondern aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung der bisherigen Vermieterin gestellt hat.

13.2 Erklärung des Hausverwalters

Gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, für und gegen den Vertretenen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgt (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Allerdings wird teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Mieterhöhungsverlangen, das durch einen Bevollmächtigten wie beispielsweise eine Hausverwaltung gestellt werde, nur wirksam sei, wenn die Stellvertretung ausdrücklich offen gelegt und der Vermieter darin namentlich benannt werde⁴⁰¹. Dies sei zum Schutz des Mieters gerechtfertigt, der in dem vom Gesetzgeber bewusst formalisiert gestalteten Mieterhöhungsverfahren Klarheit über den Erklärenden haben müsse⁴⁰². Nur so könne er binnen der Überlegungsfrist des § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB die Berechtigung des Erhöhungsverlangens prüfen⁴⁰³. Mit dem Auftreten als Hausverwaltung sei zudem ohne weitere Umstände auch ein Eigengeschäft vereinbar.

⁴⁰¹ LG Potsdam, GE 2013, 689 ff.; LG Berlin, GE 2013, 483; LG Berlin, GE 2011, 168; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 558 BGB, Rz. 43; MünchKomm/Artz, 6. Aufl., § 558a BGB Rz. 12; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 558a BGB Rz. 5; jurisPK-BGB/Heilmann, 6. Aufl., § 558 BGB Rz. 10.

⁴⁰² LG Berlin, GE 2013, 483.

⁴⁰³ LG Potsdam, GE 2013, 689 (691).

Diese Auffassung teilt der BGH⁴⁰⁴ nicht, weil sie mit der gesetzlichen Regelung in § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach auch ein konkludentes Handeln in fremdem Namen genügt, nicht vereinbar ist. Es besteht auch kein Anlass, in Abweichung hiervon aus Gründen des Mieterschutzes für das Mieterhöhungs-verlangen nach § 558a BGB eine ausdrückliche Offenlegung der Vertretung zu fordern. Die erforderliche Klarheit über den Vertragspartner bei einer Stellvertretung ist - wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft - durch eine Auslegung der Erklärung und der sie begleitenden Umstände gemäß § 164 Abs. 1 BGB gewährleistet. Gibt eine Hausverwaltung, die nicht selbst Vermieterin ist, im Rahmen eines Mietverhältnisses eine Erklärung gegenüber dem Mieter ab, ist aus diesen Umständen regelmäßig zu entnehmen, dass sie im Namen des Vermieters handelt⁴⁰⁵.

13.3 Mieterhöhung zu späterem Termin

Nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁰⁶ ist der Vermieter nicht gehindert, eine Mieterhöhung erst mit Wirkung zu einem späteren als dem in § 558b BGB bestimmten Zeitpunkt geltend zu machen. Ein derartiger Fall liegt vor, wenn bei einer § 558b Abs. 1 BGB folgenden Mieterhöhung die Mieter bei Zustimmung die erhöhte Miete grundsätzlich mit Beginn des dritten Kalendermonats nach Zugang des Erhöhungsverlangens (Januar 2011), mithin ab 1. April 2011 und nicht erst ab 1. August 2011 geschuldet hätten.

Fraglich ist aber, ob das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters deshalb unwirksam ist, weil ein Anspruch auf Zahlung der erhöhten Miete nicht schon zum 1. April 2011, sondern erst zum 1. August 2011 besteht. Immerhin ist die Auffassung nicht fernliegend, die Nennung eines späteren als des sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebenden Wirksamkeitszeitpunkts sei nur in den Fällen zulässig, in denen dem Vermieter auch bereits zu dem sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebenden früheren Zeitpunkt ein Anspruch auf die erhöhte Miete zustehe. Nur dann wirke sich die Nennung eines späteren Wirksamkeitszeitpunkts ausschließlich zugunsten des Mieters aus. Anders sei dies zu beurteilen, wenn dem Vermieter erst ab dem von ihm genannten späteren Zeitpunkt ein Anspruch auf die erhöhte Miete zustehe. In einem derartigen Fall sei das verfrühte Erhöhungsverlangen unwirksam, da es die Rechte des Mieters aus § 561 Abs. 1 BGB unzulässig beschneide.

So verhält es sich im Streitfall. Dem Vermieter habe erst ab 1. August ein Anspruch auf die erhöhte Miete zugestanden. Durch den bereits im Januar 2011 erfolgten Zugang des Erhöhungsverlangens zum 1. August 2011 hätte es den Mietern - wenn sie denn der Mieterhöhung hätten entgegen wollen - nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB obliegen, das Mietverhältnis bis spätestens 31. März 2011 zum 31. Mai 2011 zu kündigen; wäre das Mieterhöhungsverlangen hingegen erst im Mai 2011 zugegangen, hätten die Beklagten das Mietverhältnis spätestens am 31. Juli 2011 erst zum 30. September 2011 kündigen müssen. Rechtsfolge einer zum 30. September 2011 ausgesprochenen Kündigung wäre es aber gewesen, dass die Beklagten die Wohnung bis zu diesem Zeitpunkt gegen Zahlung der nicht

⁴⁰⁴ BGH v. 2.4.2014 - VIII ZR 231/13, GE 2014, 658 = IMR 2014, 227.

⁴⁰⁵ LG Berlin, GE 1994, 1447; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 294; Erman/*Maier-Reimer*, BGB, 13. Aufl., § 164 BGB Rz. 8; vgl. auch BGH v. 8.1.2004 - VII ZR 12/03, NJW-RR 2004, 1017 unter II 2 a, zur Vergabe von Bauleistungen durch den Hausverwalter.

⁴⁰⁶ BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 204/10, NJW-RR 2011, 1382 Rz.11.

erhöhten Miete hätten nutzen können (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Möglichkeit sei den Beklagten durch den verfrühten Zugang des Erhöhungsverlangens genommen worden.

Diese Auffassung trifft indes bei der gebotenen, sich an dem Zweck der Vorschrift orientierenden Auslegung des § 561 Abs. 1 BGB nicht zu⁴⁰⁷. Nach § 558b Abs. 1 BGB schuldet der Mieter, soweit er der Erhöhung zustimmt, die erhöhte Miete mit Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens. Macht der Vermieter eine Mieterhöhung nach § 558 BGB oder § 559 BGB geltend, kann der Mieter bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang der Erklärung des Vermieters das Mietverhältnis außerordentlich zum Ablauf des übernächsten Monats kündigen (§ 561 Abs. 1 Satz 1 BGB). Kündigt der Mieter, tritt die Mieterhöhung nicht ein (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB).

§ 558b Abs. 1 BGB und § 561 Abs. 1 BGB sind aufeinander abgestimmte Regelungen, deren Verständnis sich nur aus einer Zusammenschau erschließt. Erreicht den Mieter das Verlangen des Vermieters, einer Mieterhöhung zuzustimmen, stehen ihm grundsätzlich zwei Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung: Er kann der Mieterhöhung nach § 558b Abs. 1 BGB zustimmen bzw. sich auf Zustimmung verklagen lassen (§ 558b Abs. 2 BGB), oder er kann das Mietverhältnis nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB kündigen, wenn er der Mieterhöhung (sicher) entgehen will. Der Zeitpunkt, zu dem die Mieterhöhung - von deren materiell-rechtlicher Wirksamkeit das Gesetz ausgeht - gemäß § 558b Abs. 1 BGB nach Zustimmung des Mieters wirksam wird ("... zu Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens."), folgt unmittelbar auf den Zeitpunkt, zu dem der Mieter nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB spätestens kündigen muss, wenn er der Mieterhöhung entgehen will ("...bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang der Erklärung des Vermieters..."). Zweck des § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB ist es mithin, dem Mieter bis unmittelbar vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Mieterhöhung (hier 31. Juli 2011) die Möglichkeit offen zu lassen, sich vom Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung zum Ende des übernächsten Monats (hier 30. September 2011) zu lösen mit der sich anschließenden Rechtsfolge, dass dem Mieter noch weitere zwei Monate die Nutzungsmöglichkeit der Wohnung gegen Zahlung der nicht erhöhten Miete verbleibt (§ 561 Abs.1 Satz 2 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision wird der Mieter durch ein verfrühtes Mieterhöhungsverlangen somit nicht benachteiligt.

13.4 Anforderungen an ein prozessuales Mietwertgutachten

Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind (§ 558 Abs. 2 BGB). Nach diesen gesetzlichen Vorgaben ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll⁴⁰⁸. Die ortsübliche Vergleichsmiete darf im Prozess daher nur auf der Grundlage von Erkenntnisquellen bestimmt werden, die die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer

⁴⁰⁷ BGH v. 25.9.2013 - VIII ZR 280/12, GE 2013, 1581 = WuM 2013, 737 = NJW 2013, 3641.

⁴⁰⁸ BVerfGE 53, 352, 358.

für die freie trichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) hinreichenden 94
Weise ermittelt haben⁴⁰⁹.

Diesen Anforderungen genügt ein Gutachten eines gerichtlich beauftragten Sachverständigen nicht, wenn der Sachverständige bei der Ermittlung der Einzelvergleichsmiete kein breites Spektrum von Vergleichswohnungen aus der Gemeinde berücksichtigt, sondern nur Vergleichswohnungen aus einer einzigen Siedlung, die im Eigentum ein und desselben Vermieters steht⁴¹⁰. Das ist das nicht deshalb anders zu beurteilen, weil der Ortsteil, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet, gewisse Besonderheiten aufweist und sich dort eine Reihe fast identischer Vergleichsobjekte befindet. Diese Umstände nötigen auch nicht dazu, eine Art "Spezialmietspiegel" für diesen Ortsteil aufzustellen. Denn Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete ist das Mietniveau in der gesamten Gemeinde. Zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete können deshalb auch Objekte herangezogen werden, die nach Ausstattung, Art, Größe und Lage nur ungefähr vergleichbar sind. Einzelnen Unterschieden bei den Vergleichswohnungen kann gegebenenfalls durch Zu- oder Abschläge Rechnung getragen werden. Im Übrigen kann der Vermieter nach der Rechtsprechung des BGH zwar zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens nach § 558a BGB auf den eigenen Bestand zurückgreifen⁴¹¹. Ferner hat es der BGH nicht beanstandet, dass der gerichtliche Sachverständige die Vergleichswohnungen nur durch Befragungen verschiedener Vermieter ermittelt⁴¹². Eine Auswahl von Wohnungen, die sämtlich dem die Mieterhöhung begehrenden Vermieter gehören, stellt aber keine repräsentative Stichprobe für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Prozess dar.

13.5 Angriff gegen qualifizierten Mietspiegel

Voraussetzung für die Berücksichtigung des Mietspiegels als Indiz oder als Vermutung im Rahmen der Überzeugungsbildung des Trichters ist, dass der Mietspiegel die Tatbestandsmerkmale des § 558c Abs. 1 BGB bzw. des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt. Insoweit verkürzt es die Tatbestandsvoraussetzungen des § 558d Abs. 3 BGB, wenn für das Eingreifen der dort geregelten Vermutungswirkung allein ausreichen soll, dass "die Vorschrift des Abs. 2 eingehalten", also der Mietspiegel im Abstand von zwei Jahren der Marktentwicklung angepasst oder nach vier Jahren neu erstellt worden ist (vgl. § 558d Abs. 2 BGB)⁴¹³. Bei dieser Sichtweise bleibt außer Betracht, dass § 558d Abs. 3 BGB ausdrücklich an die "im qualifizierten Mietspiegel genannten Entgelte" anknüpft, in § 558d Abs. 2 BGB ebenfalls von einem qualifizierten Mietspiegel die Rede ist und sich damit beide Absätze auf die in § 558d Abs. 1 BGB enthaltene Legaldefinition des qualifizierten Mietspiegels beziehen.

Da an einen qualifizierten Mietspiegel bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind (Hinweispflicht im Rahmen des Mieterhöhungsverlangens nach § 558a Abs. 3 BGB, Vermutungswirkung nach § 558d Abs. 3 BGB), muss die Frage, ob es sich um einen - ordnungsgemäß er-

⁴⁰⁹ BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, ZMR 2013, 262 = NJW 2013, 775 m.w.N.; vgl. BVerfGE 37, 132, 143.

⁴¹⁰ BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 263/12, ZMR 2013, 954 = NZM 2013, 612; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 359/12, ZMR 2013, 25.

⁴¹¹ BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, NZM 2010, 576 Rz. 12.

⁴¹² BGH v. 21.10.2010 - VIII ZR 30/09, NJW 2010, 149 Rz. 13.

⁴¹³ BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, WuM 2013, 110 = IMR 2013, 49 = ZMR 2013, 262.

stellten und anerkannten - qualifizierten Mietspiegel handelt, für die betroffenen Parteien auch überprüfbar sein⁴¹⁴. Diese Überprüfung erfolgt nicht im Verwaltungsprozess⁴¹⁵, sondern inzident im Rahmen eines Zivilprozesses über die Berechtigung einer Mieterhöhung⁴¹⁶. 95

Auf die Prüfung, ob ein Mietspiegel die Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt, kann im Bestreitensfall nicht schon deswegen verzichtet werden, weil der Mietspiegel von seinem Ersteller als qualifizierter Mietspiegel bezeichnet oder von der Gemeinde und/oder von den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter als solcher anerkannt und veröffentlicht worden ist. Denn diese Umstände beweisen noch nicht, dass die Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB auch tatsächlich erfüllt sind, insbesondere der Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist⁴¹⁷. Das Gericht muss vielmehr - gegebenenfalls unter Einholung amtlicher Auskünfte gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 2 oder § 358a Nr. 2 ZPO - über das Vorliegen der in § 558d Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen Beweis erheben. Die Einhaltung/Nichteinhaltung anerkannter wissenschaftlicher Grundsätze wird sich, sofern sie sich nicht bereits - etwa aufgrund der im Mietspiegel oder den hierzu veröffentlichten Erläuterungen enthaltenen (aussagekräftigen) Angaben zum Verfahren der Datengewinnung und -auswertung sowie zu den einzelnen Bewertungsschritten - als offenkundig darstellt oder vom Gericht in eigener Sachkunde beurteilt werden kann, häufig nur durch ein Sachverständigengutachten klären lassen⁴¹⁸. Es wird aber durchaus auch Fälle geben, in denen eine ausreichende Klärung durch die Anhörung von sachverständigen Zeugen (§ 414 ZPO) - etwa von Experten, die an der Erstellung des Mietspiegels maßgeblich beteiligt waren - herbeigeführt werden kann. Ob im Bestreitensfall ein Sachverständigengutachten erforderlich ist, hängt vorrangig von der Art der gegen den Mietspiegel vorgebrachten Einwendungen, der Aussagekraft der vorhandenen und zugänglichen Dokumentation der Datenerhebung und Datenauswertung, dem Inhalt der Erläuterungen zu der im Mietspiegel angewandten Methodik und der eigenen Sachkunde des Gerichts ab.

Die Notwendigkeit, bei Bestreiten des Vorliegens eines qualifizierten Mietspiegels hierüber Beweis zu erheben, birgt allerdings die Gefahr in sich, dass die in § 558d Abs. 3 BGB vorgesehene Vermutung ihre verfahrensvereinfachende Funktion im Ergebnis weitgehend einbüßt. Denn die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde, ist in aller Regel kosten- und zeitaufwändig. Diese Auswirkungen sind jedoch als unvermeidbar hinzunehmen. Denn das Gesetz knüpft die - verfahrenserleichternde - Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB nur an einen Mietspiegel, der den Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB unstreitig, offenkundig (§ 291 ZPO) oder nachweislich genügt⁴¹⁹. Sie lassen sich zu-

⁴¹⁴ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 57 zum Merkmal der Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Methoden.

⁴¹⁵ BVerwG, NJW 1996, 2046 ff. (für einen einfachen Mietspiegel); OVG Münster, NZM 2006, 906 (für einen qualifizierten Mietspiegel).

⁴¹⁶ vgl. LG Bochum, DWW 2007, 298; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 10. Aufl., § 558d BGB Rz. 106; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 558d BGB Rz. 2

⁴¹⁷ vgl. Kinne in Beierlein u.a., Der Mietprozess, 2006, Kap. 4 Rz. 41; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 20; Langenberg, WuM 2001, 523, 525

⁴¹⁸ vgl. Börstinghaus, NZM 2000, 1087, 1092; Mersson, ZMR 2002, 806, 809.

⁴¹⁹ Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 15.

dem durch eine sachgerechte Anwendung zivilprozessualer Grundsätze auf ein für die beteiligten Parteien vertretbares Maß verringern. 96

Von der Partei, die das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels in Abrede stellt, ist zunächst zu verlangen, dass sie im Rahmen des Möglichen substantiierte Angriffe gegen den Mietspiegel vorbringt, sofern die Erstellung des Mietspiegels in allgemein zugänglichen Quellen dokumentiert ist⁴²⁰. Der Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes ist bei Einführung des qualifizierten Mietspiegels davon ausgegangen, dass dessen Erstellung dokumentiert wird⁴²¹. Auch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen hat im Rahmen seiner - in den Gesetzesmaterialien in Bezug genommenen - "Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln" aus dem Jahr 2002 ausgeführt, dass ein qualifizierter Mietspiegel "zwingend zu dokumentieren" ist, "um die Ergebnisse nachvollziehen und überprüfen zu können". Hierzu sollen "insbesondere die angewandten Methoden ausführlich und möglichst verständlich" dargestellt werden⁴²². Geschieht dies - wie die "Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln" ebenfalls voraussetzen⁴²³ - in allgemein zugänglicher Form, lassen sich manche Fragestellungen (wie beispielsweise die der einer Wohnlageneinordnung zugrunde gelegten Kriterien) ohne weiteres klären. Informationen, die sich aus einer derartigen Dokumentation ergeben, kann die Partei, die den qualifizierten Mietspiegel nicht anerkennen will, nicht mehr mit Nichtwissen bestreiten. Sie muss sich vielmehr mit dem Inhalt der Dokumentation substantiiert auseinandersetzen, soweit dies ohne Fachkenntnisse - etwa auf dem Gebiet der Statistik - möglich ist. Liegt ein substantiiertes Bestreiten vor, wird sich in manchen Fällen die richterliche Überzeugung über die Einhaltung/Nichteinhaltung wissenschaftlich anerkannter Grundsätze bei der Erstellung des Mietspiegels auf einfachere Weise als durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gewinnen lassen, etwa aufgrund ergiebiger Erläuterungen im Mietspiegel und ergänzend eingeholter amtlicher Auskünfte, durch Anhörung sachverständiger Zeugen oder kraft ausreichender eigener Sachkunde des Gerichts.

Schließlich kann auch in den Fällen, in denen für eine ausreichende Klärung der Streitfragen ein Sachverständigengutachten unverzichtbar ist, unter Umständen die Möglichkeit bestehen, auf bereits existierende Gutachten zurückzugreifen. Ein in einem anderen Verfahren über die Frage der Einhaltung anerkannter wissenschaftlicher Methoden erhobenes Gutachten kann gegebenenfalls entweder nach § 411a ZPO als Sachverständigenbeweis oder nach §§ 415 ff. ZPO als Urkundenbeweis verwertet werden.

Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen reicht das Bestreiten aus, der Mietspiegel 2009 der Stadt Berlin sei nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden⁴²⁴. Dieses Bestreiten ist auch hinreichend substantiiert. Der Vermieter hat moniert, die Einordnung der Wohngebiete im Berliner Mietspiegel 2009 beruhe - anders als etwa beim Münchner Mietspiegel - nicht auf überprüfbareren anerkannten wissenschaftlichen

⁴²⁰ vgl. Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 15, 19; großzügiger dagegen Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 10. Aufl., § 558d BGB Rz. 99.

⁴²¹ BT-Drucks. 14/4553, S. 57.

⁴²² Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln, S. 33; vgl. auch S. 34.

⁴²³ Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln, S. 34.

⁴²⁴ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 346/12, GE 2013, 1645; BGH v. 21.11. 2012 - VIII ZR 46/12, WuM 2013, 110 = IMR 2013, 49.

Erkenntnissen und Erhebungen, sondern auf einer willkürlichen und realitätsfremden, nicht am tatsächlichen Mietniveau orientierten Einteilung einzelner Straßen und Gebiete in die drei Wohnlagen "einfach", "mittel" und "gut", wobei die im Münchner Mietspiegel vorgesehene Kategorie "beste Wohnlage" gar nicht vorgesehen sei. Hierbei hat er insbesondere die im Straßenverzeichnis zum Mietspiegel 2009 vorgenommene Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in die Kategorie "einfache Wohnlage" bemängelt und dazu vorgetragen, die Wohnung liege in einem - vor allem wegen seiner Infrastruktur - besonders beliebten Innenstadtgebiet (Berlin-Mitte), in dem deutlich über dem einschlägigen Höchstwert des Berliner Mietspiegels 2009 liegende Mieten erzielt würden. Dies werde exemplarisch dadurch belegt, dass von 30 Wohnungen im Bestand des Vermieters nur drei innerhalb der im einschlägigen Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne lägen. Der Vermieter hat damit die Richtigkeit und Repräsentativität des dem Mietspiegel zugrunde gelegten Datenmaterials substantiiert in Frage gestellt.

13.6 Anforderungen an die Mietänderungserklärung nach § 10 WoBindG

Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1, 2 WoBindG kann der Vermieter die Miete durch schriftliche Erklärung erhöhen, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines geringeren als des nach dem Gesetz zulässigen Entgelts verpflichtet ist. Die Erklärung ist nur wirksam, wenn in ihr die Erhöhung berechnet und erläutert wird. Zusätzlich verlangt § 10 Abs. 1 Satz 3 WoBindG, dass der Berechnung der Kostenmiete eine Wirtschaftlichkeitsberechnung oder ein Auszug daraus beigelegt wird, der die Höhe der laufenden Aufwendungen erkennen lässt⁴²⁵.

Diese Voraussetzungen erfüllt ein Mieterhöhungsverlangen, wenn in dem Schreiben die Grundlage der Mieterhöhung, z.B. erhöhte Instandhaltungs- und Verwaltungspauschalen sowie höhere Darlehensaufwendungen, mitgeteilt und auf dieser Grundlage die Erhöhung der Durchschnittsmiete berechnet wird und ein Auszug aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung zu diesen Punkten der Mieterhöhungserklärung beigelegt ist⁴²⁶. Einer Erläuterung, wie die Einzelmiete gebildet wird, bedarf es nicht⁴²⁷. Insbesondere kann nicht verlangt werden, den Wohnwert der einzelnen Wohnung (hier des Reihenhauses) nicht nur zu Anfang der Vermietung gemäß § 8a Abs. 5 WoBindG, sondern in jeder Mieterhöhungserklärung zu erläutern.

Schon nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 Satz 2 WoBindG ist nur die Erhöhung selbst zu erläutern und zu berechnen. Bei der Erläuterung der Mieterhöhung sind nach § 4 Abs. 7 Satz 2 NMV 1970 lediglich die Gründe anzugeben, aus denen sich die einzelnen Aufwendungen erhöht haben, und die darauf entfallenden Beträge. Zur Errechnung und Erläuterung und demzufolge zum Verständnis lediglich der Mieterhöhung ist die Berechnung und Erläuterung der früheren Miete nicht erforderlich⁴²⁸. Dasselbe gilt für die gemäß § 8b Abs. 5 Satz 1 WoBindG, § 3 Abs. 3 NMV 1970 vom Vermieter berechnete Einzelmiete. Bei einer Mieterhöhung, die mangels Auswirkungen auf den Wohnwert der vermieteten Wohnungen

⁴²⁵ BGH v. 6.4.2011 - VIII ZR 199/10, WuM 2011, 371 Rz. 8.

⁴²⁶ BGH v. 4.12.2013 - VIII ZR 32/13, WuM 2014, 102 = GE 2014, 185 = ZMR 2014, 351.

⁴²⁷ A.A. *Bellinger* in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Bd. 5, Stand: Juli 2006, § 10 WoBindG Anm. 3.3 unter 5. "Einzelmiete".

⁴²⁸ BGH v. 11.1.1984 - VIII ARZ 10/83, BGHZ 89, 284, 294.

keinen Einfluss auf das Verhältnis der bisherigen Einzelmiete zur Durchschnittsmiete hat, bedarf die Bildung der Einzelmiete keiner Erläuterung. 98

Die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 2 bis 4 WoBindG enthält im Zusammenhang mit den sie ausfüllenden und ergänzenden Vorschriften (§ 4 Abs. 7 und § 9 Satz 1 NMV 1970 i.V.m §§ 39, 39a II. BV) eine bis ins Detail gehende Aufzählung der an die Mieterhöhungserklärung zu stellenden formalen Erfordernisse. Es besteht keine Veranlassung zur Verschärfung dieser Anforderungen, zumal dem von einer Mieterhöhung nach § 10 Abs. 1 WoBindG betroffenen Mieter zur Klärung etwaiger Unklarheiten das an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 8 Abs. 4 WoBindG, § 29 Abs. 1 NMV 1970 zusteht⁴²⁹. Es ist daher bei einer Mieterhöhung nicht die Erläuterung der Bildung der erhöhten Einzelmiete insgesamt, sondern lediglich die Erläuterung der Erhöhung erforderlich.

Auch die gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 WoBindG erforderliche Schriftform des Mieterhöhungsverlangens ist eingehalten. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 5 WoBindG bedarf die Mieterhöhungserklärung keiner eigenhändigen Unterschrift des Vermieters, wenn die Erklärung mit Hilfe automatischer Einrichtungen gefertigt worden ist. Zwar ist die Mieterhöhungserklärung im vorliegenden Fall lediglich mit "Ihr Serviceteam Mietmanagement" unterschrieben, so dass weder die natürliche Person noch die juristische Person, die hinter der Erklärung steht, aus der Unterschrift erkennbar ist. Allerdings sind sowohl die juristische Person als auch die die Erklärung abgebenden natürlichen Personen unter der dem Schreiben anliegenden tabellarischen Gegenüberstellung angegeben. Da hierauf in dem Mieterhöhungsschreiben Bezug genommen wird, wäre es "leere Förmerei" zu verlangen, dass die im Übrigen aus dem Briefkopf des Mieterhöhungsverlangens ersichtliche juristische Person oder deren Vertreter zusätzlich in der maschinellen Unterschrift bezeichnet sein müssten⁴³⁰.

13.7 Wirksamkeit einer Wertsicherungsklausel

Seit dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes am 14. September 2007 richtet sich die Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln nach diesem Gesetz. Das folgt aus der Übergangsvorschrift des § 9 PrKG, wonach nur für solche Preisklauseln, die nach früherem Recht schon genehmigt waren oder deren Genehmigung nach früherem Recht bereits beantragt war, die Genehmigung fort gilt bzw. die bislang geltenden Vorschriften weiter anzuwenden sind. Andere Preisklauseln, deren schwebende Unwirksamkeit sich bis zum 13. September 2007 aus dem Genehmigungserfordernis nach § 2 Abs. 2 PaPKG i.V.m. § 3 PrKG ergab, können seit dem 14. September 2007 nicht mehr durch ein Genehmigungsverfahren, sondern nur noch nach den Vorschriften des Preisklauselgesetzes Wirksamkeit erlangen⁴³¹.

Nach § 8 PrKG tritt die Unwirksamkeit einer Preisklausel zum Zeitpunkt des rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen dieses Gesetz ein, soweit nicht eine frühere Unwirksam-

⁴²⁹ BGH v. 6.4.2011 - VIII ZR 199/10, WuM 2011, 371 Rz. 11; BGH v. 11.1.1984 - VIII ARZ 10/83, BGHZ 89, 284, 291.

⁴³⁰ vgl. BGH v. 7.7. 2010 - VIII ZR 321/09, NJW 2010, 2945 Rz. 15 f.

⁴³¹ Vgl. *Neuhaus*, MDR 2010, 848; *Heller/Rousseau*, NZM 2009, 301, 303; *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564, 566; vgl. auch OLG Celle, NJW-RR 2008, 896, 897; BT-Drucks. 16/4391 S. 29.

keit vereinbart ist. Die Rechtswirkungen der Preisklausel bleiben bis zum Zeitpunkt der Unwirksamkeit unberührt. Damit gelten Preisklauseln - abweichend von der früheren Rechtslage - als auflösend bedingt wirksam⁴³². 99

Die Regelung betrifft nicht nur die Unwirksamkeit von Preisklauseln nach den Bestimmungen des Preisklauselgesetzes, sondern die auch schon nach früherem Recht unwirksamen Klauseln⁴³³. Denn die Unwirksamkeit dieser Klauseln richtet sich seit dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes nach diesem Gesetz und nicht mehr nach früherem Recht. Lediglich die Folgen des Schwebezustandes hat das Gesetz geändert, indem es Klauseln, die nach früherem Recht bis zur Erteilung der Genehmigung als schwebend unwirksam galten, nunmehr als anfänglich wirksam behandelt, auflösend bedingt durch die gerichtliche Feststellung des Verstoßes. Dass daran auch die vor dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes vereinbarten Wertsicherungsklauseln teilhaben, ist schon deshalb geboten, weil es bei dem alten Zustand der schwebenden Unwirksamkeit nicht bleiben könnte. Denn das neue Recht kennt kein Genehmigungsverfahren mehr, welches einer schwebend unwirksamen Klausel noch zur Wirksamkeit verhelfen könnte⁴³⁴. Die Geltung des neuen Preisklauselgesetzes für alle Preisklauseln, die unter der Geltung des § 2 PaPkg oder des § 3 WährG vereinbart worden waren und für die bis zum Tag der Verkündung des neuen Gesetzes kein Genehmigungsantrag beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle gestellt war, entspricht erkennbar auch der Vorstellung des Regierungsentwurfs⁴³⁵.

Darin liegt keine unangemessene Benachteiligung der Vertragsparteien, weil die Folge der - zumindest auflösend bedingten - Wirksamkeit der Klausel dem zwischen ihnen Vereinbarten entspricht⁴³⁶. Da ein Verstoß der vereinbarten Wertsicherungsklausel gegen das Preisklauselgesetz bisher nicht gerichtlich festgestellt ist, stehen die Vorschriften dieses Gesetzes einer Anwendung der vereinbarten Klausel nicht entgegen. Daher kommt es auf die verschiedentlich unter dem Blickwinkel der Gesetzgebungskompetenz angezweifelte Vereinbarkeit des Preisklauselgesetzes mit dem Grundgesetz⁴³⁷ im Ergebnis nicht an.

Die durch das Preisklauselgesetz eingeführte, auflösend bedingte Wirksamkeit vereinbarter Preisklauseln greift allerdings nur ab dem Inkrafttreten dieses Gesetzes mit Wirkung für die Zukunft⁴³⁸. Eine Rückwirkung auf Zeiträume vor seinem Inkrafttreten ordnet das Preisklauselgesetz nicht an. Gegen eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses sprechen auch Vertrauens Gesichtspunkte, weil Vertragsparteien sonst rückwirkenden Zahlungspflichten auch aus solchen Preisklauseln ausgesetzt sein könnten, welche nach früherem Recht nicht genehmigungsfähig waren. Für den Zeitraum vor dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes richtet sich die Wirksamkeit der vereinbarten Klausel daher weiterhin nach dem bis 13. September 2007 geltenden Recht, wobei ab Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes kein Genehmigungsantrag mehr möglich ist.

⁴³² vgl. *Neuhaus*, MDR 2010, 848.

⁴³³ BGH v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, GE 2014, 50 = NJW 2014, 52.

⁴³⁴ im Ergebnis ebenso *Heller/Rousseau*, NZM 2009, 301, 303; *Schultz*, NZM 2008, 425, 427; *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564, 567; *Neuhaus*, MDR 2010, 848, 850; vgl. auch *Gerber*, NZM 2008, 152.

⁴³⁵ BT-Drucks. 16/4391 S. 29.

⁴³⁶ BGH v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, GE 2014, 50 = NJW 2014, 52.

⁴³⁷ vgl. *Schultz*, NZM 2008, 425, 427; *Hellner/Rousseau*, NZM 2009, 301, 302; *MünchKomm/Grundmann*, 6. Aufl., § 245 BGB Rz. 71; ferner *Kirchhof*, Wertsicherungsklauseln für Euro-Verbindlichkeiten S. 159 ff.

⁴³⁸ BGH v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, GE 2014, 50 = NJW 2014, 52.

14.1 Stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung

Eine (stillschweigende) Änderung der mietvertraglichen Umlagevereinbarung kommt nicht schon dadurch zustande, dass der Vermieter Betriebskosten abrechnet, zu deren Umlage er nach dem Mietvertrag nicht berechtigt ist, und der Mieter eine darauf beruhende Nachzahlung begleicht. Denn aus Sicht des Mieters ist der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht, nicht ohne Weiteres, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände ein Angebot des Vermieters zu entnehmen, eine Änderung des Mietvertrags herbeiführen zu wollen⁴³⁹.

Derartige besondere Umstände können vorliegen, wenn der Vermieter dem Mieter eine Änderung der Nebenkosten jeweils telefonisch oder schriftlich mitteilt⁴⁴⁰. Eine derartige Ankündigung sowie die nachfolgende Übersendung einer Abrechnung, in die auch die mitgeteilten zusätzlichen Betriebskosten eingestellt sind, stellt aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängers ein Angebot zur Änderung der Betriebskostenumlagevereinbarung dar, das der Mieter durch Begleichung einer auf der Abrechnung beruhenden Nachforderung oder Zahlung der daraufhin angepassten (erhöhten) Vorauszahlungen akzeptieren kann.

14.2 Abrechnung durch den Erwerber

Betriebskostenabrechnungen sind nicht deshalb unwirksam, weil sie von einem Erwerber zu einem Zeitpunkt erteilt wurden, als er mangels Eintragung im Grundbuch noch nicht in die Stellung des Vermieters (vgl. § 566 Abs. 1 BGB) eingerückt war. Der Vermieter braucht die Abrechnung von Betriebskosten - selbstverständlich - nicht persönlich vorzunehmen, sondern kann sich dafür Hilfspersonen oder Dritter bedienen. In einem solchen Fall ist regelmäßig schon aus den Umständen - nämlich dem Bezug zur Wohnung des Mieters - ersichtlich, dass mit der von einem Dritten erstellten Abrechnung die Abrechnungspflichten des Vermieters erfüllt werden sollen⁴⁴¹.

14.3 Umlagepositionen

14.3.1 Verwaltungskosten im Gewerbe

Verwaltungskosten sind im Gewerberaummietvertrag umlagefähig, sofern sie in der Umlagevereinbarung ausdrücklich genannt sind⁴⁴². Die Transparenz dieser Position ergibt sich zwar aus der Definition des § 26 II. BV. Davon abweichende Tätigkeiten können jedoch nicht umgelegt werden. Auch im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kosten bedarf es grundsätzlich keiner näheren Konkretisierung in allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch nicht der Festlegung einer Höchstgrenze, jedenfalls solange sich der Umfang der Tätigkeit durch § 26 II. BV begrenzen lässt. Denn prinzipiell ist ein legitimes Interesse des Vermieters an der variablen Ausgestaltung der Kostenregelung anzuerkennen, zumal

⁴³⁹ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NJW 2008, 283 Rz. 18 f.; BGH v. 13.2.2008 - VIII ZR 14/06, NJW 2008, 1302 Rz. 10.

⁴⁴⁰ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 36/14, WuM 2014, 550 = GE 2014, 1134.

⁴⁴¹ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, MDR 2014, 517 = WuM 2014, 286 = ZMR 2014, 620.

der Mieter von Geschäftsraum in der Regel in der Lage ist, die entstehenden 101 Kosten wenigstens im Groben abzuschätzen⁴⁴³.

Wie im Verwaltervertrag als Bezugsgröße für die Vergütung die "Bruttowarmsollmiete" als Berechnungsgrundlage genannt, sind die vereinbarten Mieten, nicht jedoch zusätzlich die erzielbaren Mieten bei leerstehenden Wohnungen heranzuziehen⁴⁴⁴. Verträge sind nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen, §§ 133, 157 BGB. Insoweit ist es unerheblich, ob die "Immobilienwirtschaft" in gewissen Zusammenhängen Bruttowarmsollmieten als die erzielbaren Mieten auch bei Leerstand versteht. Beweis hierzu muss jedenfalls nicht erhoben werden, wenn der Vermieter nicht Teil dieser Spezialgruppe ist, so dass von ihnen nur das Sprachverständnis des "Normalbürgers", nicht das Sprachverständnis von Immobilienwirten, verlangt werden kann. Nach objektivem Empfängerhorizont sind "Bruttowarmsollmieten" die mietvertraglich vereinbarten Mieten. Auch sind nur diese klar nachweisbar und damit als Berechnungsgrundlage geeignet, anders als ein erst jeweils nach Marktlage zu ermittelnder "Mietwert" leerstehender Flächen.

14.3.2 Verwaltungskosten und Gebot der Wirtschaftlichkeit

Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Mieter, der wegen einer Verletzung des Gebots der Wirtschaftlichkeit Ansprüche erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für ein pflichtwidriges Verhalten des Vermieters und den Eintritt eines Schadens trägt. Macht der Mieter die Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebotes geltend, muss er Umstände vortragen und unter Beweis stellen, die den vielfältigen, je nach Region bzw. Kommune unterschiedlichen Bedingungen des Vermietungsmarkts sowie den unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten des jeweils in Rede stehenden Anwesens hinreichend Rechnung tragen⁴⁴⁵. Macht der Mieter also geltend, der Vermieter habe die Leistung des Verwalters übersteuert eingekauft, muss sich aus seinem Vortrag ergeben, dass die konkret in Anspruch genommene Leistung in der Region üblicherweise günstiger zu erhalten ist. Dabei sind an den Vortrag des Mieters, insbesondere dann, wenn es sich wie bei der Höhe eines Pauschalpreises für Leistungen des Vertragspartners des Vermieters um Umstände handelt, die der Mieter auch nach Belegeinsicht nicht auf ihre Angemessenheit überprüfen kann, keine übertriebenen Anforderungen zu stellen⁴⁴⁶. Greift der Mieter hingegen den Umfang oder die Erforderlichkeit beauftragter Leistungen an, wird er regelmäßig in der Lage sein, hierzu substantiierten Vortrag zu leisten.

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 lassen⁴⁴⁷. Es genügt, wenn der Mieter auch nur gewisse (grobe) Anhaltspunkte

⁴⁴² BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 69/08, MDR 2010, 687 = GE 2010, 482 = NZM 2010, 279 = GuT 2010, 96.

⁴⁴³ BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, NJW 2010, 671 = MDR 2010, 313 = ZMR 2010, 351.

⁴⁴⁴ KG v. 27.9.2012 - 20 U 221/11, GE 2013, 617 = ZMR 2013, 879; KG v. 31.7.2012 - 13 U 41/11, GE 2013, 616.

⁴⁴⁵ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, NJW 2010, 3363; BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NZM 2011, 705; *Hinz*, NZM 2012, 137.

⁴⁴⁶ vgl. hierzu auch ausführlich *Hinz*, NZM 2012, 137; *Artz*, PiG Bd. 92, 173; *Flatow*, WuM 2012, 235; *Milger*, NZM 2012, 657.

⁴⁴⁷ BGH v. 29.02.2012 - VIII ZR 155/11, NZM 2012, 381.

für seine Behauptung hat, deren Richtigkeit er vermutet⁴⁴⁸. Zumindest aber 102 muss sein Vortrag erkennen lassen, dass er nachvollziehbar zu dem Schluss gelangt ist, der Vermieter habe einen überhöhten Preis für die zugrunde liegende Leistung bezahlt.

Das OLG Rostock⁴⁴⁹ vermag nicht nachzuvollziehen, ob die von dem Mieter vorgetragene Kosten für die Verwaltung anderer Objekte sich mit den streitgegenständlichen Kosten vergleichen lassen und so zu Recht bei der Beklagten die Vermutung der Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebotes begründet haben. Ob den vom Mieter vorgelegten Verträgen und Betriebskostenabrechnungen annähernd vergleichbare Leistungen zugrunde gelegen haben, konnte schon deshalb nicht beurteilt werden, weil der Umfang der dort beauftragten, den jeweiligen Verträgen zugrunde gelegten Verwaltungstätigkeiten nicht dargelegt war. Auch konnte nicht geprüft werden, ob in den dortigen Verträgen Verwalterkosten auf die Mieter übergewälzt worden sind, die über den Verwalterkostenbegriff der BetrKV hinausgehen. Da aber die Verwaltung von Gewerbeimmobilien schon ihrem Umfang nach, aber auch in ihrer einzelnen Ausprägung, nicht unwesentlich vom konkreten Verwaltungsobjekt bestimmt wird, kann die pauschale Bezifferung jährlicher Entgelte für andere Objekte keinen Aufschluss darüber geben, ob das von der Klägerin vereinbarte Entgelt für die konkret auf das Mietobjekt bezogenen Verwaltungsleistungen noch angemessen ist.

Zweifel bestehen überdies an der Vergleichbarkeit der Objekte, da das Objekt in Neubrandenburg bereits erheblich kleiner ist, als das streitgegenständliche Objekt und daher möglicherweise einen gänzlich anderen Umfang der Verwaltungstätigkeit erfordert. Erst recht gilt dies für das Objekt in G., welches aus 12 Mieteinheiten besteht, deren Nutzung jedoch nicht näher vorgetragen ist. Insbesondere Überwachungstätigkeiten etc. können sich je nach der konkreten Nutzung des Mietobjektes in unterschiedlichem Maße erforderlich machen. So kann etwa die Überwachung von Reinigungsarbeiten und deren Beauftragung vom Umfang eines vorhandenen Publikumsverkehrs abhängen.

Schließlich fehlt für das Mietobjekt in C. der vom BGH hervorgehobene regionale Bezug. Dabei verkennt der Senat nicht, dass je nach Art des Vermietungsobjektes der regionale Bezug unterschiedlich zu definieren sein kann. Während bei Wohnungen in der Regel eine Vielzahl vergleichbarer Objekte in einer relativ eng gefassten Region vorhanden sind, kann dies je nach Struktur des Gewerbemietobjektes für dieses anders zu beurteilen sein. Weil insbesondere der Aufwand der Verwaltung von Größe, Struktur und Nutzungsart des Objektes abhängig ist, kann es im Einzelfall geboten sein - etwa für ein besonders großes Einkaufszentrum - zur Beurteilung der Angemessenheit der Kosten einen Vergleich mit weiter entfernten Objekten gleicher Art und Größe anzustellen. Vorliegend handelt es sich aber um ein kleineres Objekt, für welches auch in der näheren Umgebung von T. vergleichbare Objekte anzutreffen sind.

⁴⁴⁸ vgl. hierzu *Milger*, NZM 2012, 657.

⁴⁴⁹ OLG Rostock v. 17.10.2013 - 3 U 158/06, GE 2014, 1060 (1061).

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

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.⁴⁵⁰

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.⁴⁵¹ 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.

14.4.1 Abrechnung nicht vereinbarter Heizkosten

Die Rechtsfrage, inwieweit der Einwendungsausschluss nach § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB auch in den Fällen eingreift, in denen eine Übernahme von Betriebskosten überhaupt nicht oder als Pauschale vereinbart ist und der Vermieter gleichwohl abgerechnet hat, hat der BGH bereits entschieden. Danach führt die Abrechnung von Betriebskosten, für die es an einer Umlagevereinbarung fehlt oder für die eine Pauschale vereinbart ist, nicht zur Unwirksamkeit der Betriebskostenabrechnung aus formellen Gründen und der Mieter dem Vermieter innerhalb von zwölf Monaten seit Erhalt einer Betriebskostenabrechnung mitteilen muss, dass (einzelne) Betriebskosten nicht abzurechnen sind⁴⁵². Dabei ist es unerheblich, ob lediglich für einzelne Betriebskostenarten oder für die Betriebskosten insgesamt keine Umlagevereinbarung zwischen den Mietvertragsparteien getroffen worden ist. In beiden Fällen kann der Mieter anhand des Mietvertrags und gegebenenfalls weiterer mietvertraglicher Abreden überprüfen, ob die ihm in Rechnung gestellten Betriebskosten nach den vertraglichen Vereinbarungen abrechenbar sind.

Dies gilt auch dann, wenn die Umlage von Heizkosten entgegen § 2 HeizKV nicht vereinbart ist⁴⁵³.

⁴⁵⁰ 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.

⁴⁵¹ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

⁴⁵² BGH v. 31.1.2012 - VIII ZR 335/10, GE 2012, 543 Rz. 2; BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 Rz. 12 f.

⁴⁵³ BGH v. 18.2.2014 - VIII ZR 83/13, WuM 2014, 336.

Der Nachzahlungsanspruch eines Vermieters aus einer Betriebskostenabrechnung setzt voraus, dass dem Mieter innerhalb der einjährigen Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB eine formell ordnungsgemäße Abrechnung zugegangen ist. Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Ob die Betriebskostenabrechnung die Voraussetzungen erfüllt, die an ihre Wirksamkeit zu stellen sind, richtet sich danach, ob der Mieter in der Lage ist, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und anhand des ihm mitgeteilten Verteilerschlüssels den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten rechnerisch nachzuprüfen⁴⁵⁴. Hiernach sind bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben in die Abrechnung aufzunehmen: Eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Abrechnung der Klägerin bezüglich der Positionen Wasser, Schornsteinfeger und Hauswart nicht deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil die Gesamtkosten nicht hinreichend ausgewiesen wären.

Die Gesamtkosten einer Abrechnungsposition sind - aus formellen Gründen - auch dann vollständig anzugeben, wenn einzelne Kostenanteile nicht umlagefähig sind. Danach genügt es nicht, nur die - um die nicht umlagefähigen Anteile - schon bereinigten Kosten anzugeben. Entsprechendes gilt, wenn der Vermieter Kosten, die sich auf eine größere Wirtschaftseinheit als die der Abrechnung zugrunde gelegte Einheit beziehen, in einem internen Rechenschritt auf die einzelne Wirtschaftseinheit umrechnet und in der Abrechnung lediglich die auf diese Weise bereinigten Kosten mitteilt. Dem Mieter muss ersichtlich sein, ob und in welcher Höhe nicht umlagefähige Kosten vorab abgesetzt worden sind, denn auch dies hat Einfluss auf die dem Mieter angelasteten Kosten⁴⁵⁵.

Allerdings führt diese Sichtweise dazu, dass eine für sich genommen nachvollziehbare (und den Mindestanforderungen genügende) Abrechnung, die Angaben zu den Gesamtkosten der Abrechnungseinheit, dem Verteilerschlüssel und dem Anteil des Mieters enthält, im Nachhinein als aus formellen Gründen unwirksam behandelt wird, wenn durch Einsichtnahme in die Belege offenbar wird, dass der Vermieter Vorwegabzüge oder andere Rechenschritte vorgenommen hat, die aus der Abrechnung nicht ersichtlich oder darin nicht ausreichend erläutert sind. In der Literatur wird zudem kritisiert, dass ein Vermieter, der eine erforderliche Bereinigung um nicht umlagefähige Kosten vornimmt, mit einer Nachforderung ausgeschlossen ist, wenn der Vorwegabzug aus der Abrechnung selbst nicht ersichtlich und deshalb aus formellen Gründen unwirksam ist, während dem Vermieter, der einen gebotenen Vorwegabzug unterlässt, eine spätere Korrektur seiner Abrechnung nicht verwehrt ist⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ st. Rspr., z.B. BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, WuM 2010, 493 Rz. 11 m.w.N.

⁴⁵⁵ BGH v. 7.12.2011 - VIII ZR 118/11, WuM 2012, 22 Rz. 22 f.; BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 Rz. 24.

⁴⁵⁶ vgl. insoweit *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Auflage, H Rz. 140.

Ob dieser Kritik Rechnung zu tragen ist, lässt der BGH dahinstehen⁴⁵⁷. Denn 105 die konkret zu beurteilende Abrechnung war formell wirksam.

Hinsichtlich der Hauswartkosten ist zwar dasselbe Hauswartunternehmen für mehrere Wohnblocks beschäftigt worden. Indessen wurden die Leistungen für jeden Block gesondert abgerechnet. Wenn bereits das Hauswartunternehmen eine gesonderte Rechnung für jede Wohneinheit erstellt, braucht der Vermieter selbstverständlich nur den sich daraus ergebenden Betrag anzugeben und nicht, welche Gesamtkosten auf die gesamte Wirtschaftseinheit entfallen⁴⁵⁸. Es liegt dann schon keine Umrechnung durch den Vermieter vor, wenn er den seitens des jeweiligen Leistungserbringers für die der Abrechnung zugrunde liegende Wohneinheit ermittelten Rechnungsbetrag lediglich weitergibt.

Ähnlich verhält es sich bei der Position der Schornsteinfegerkosten. Der Mieter hat in diesem Zusammenhang schon nicht geltend gemacht, dass Kosten, die sich auf eine größere Wirtschaftseinheit als die Wohneinheit des Mieters beziehen, vom Vermieter in einem internen Rechenschritt auf die von dem Mieter bewohnte Wirtschaftseinheit umgerechnet worden seien. Gerügt wird insoweit nur, dass sich aus den bei der Belegeinsicht vorgelegten Rechnungen lediglich ein niedrigerer Betrag ergeben habe als für diese Position bezogen auf sämtliche Gebäude der Wirtschaftseinheit. Dies wäre jedoch ein materieller Mangel der Abrechnung.

Bezüglich der Position Wasser ist in der Abrechnung ein Gesamtkostenbetrag in Höhe von 3.322,88 € und als zu verteilende Kosten ein Betrag in Höhe von 3.156,74 € ausgewiesen. Entsprechendes gilt für die Entwässerungskosten, wo als Gesamtkosten 3.608,74 € angegeben werden und die zu verteilenden Kosten 3.428,30 € betragen. Dass von den Gesamtkosten ein Abzug von jeweils 5 % gemacht wird und die zu verteilenden Kosten geringer als die Gesamtkosten sind, geht somit aus der Abrechnung selbst hervor⁴⁵⁹. Also steht auch hier kein interner Rechenschritt, der zur (formellen) Unwirksamkeit der Abrechnung führen könnte, in Rede. Im Gegenteil: Der Mieter wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht die Gesamtkosten, sondern lediglich ein geringerer Betrag verteilt wird.

14.4.3 Vorberechnung zu Gesamtkosten

Die Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung setzt die Angabe der auf die Mieter der Abrechnungseinheit verteilten Gesamtkosten voraus. Dies heißt aber nicht, dass der Vermieter aus formellen Gründen gehalten wäre, nicht nur den Gesamtbetrag der im Kalenderjahr umzulegenden Kosten anzugeben, sondern sämtliche zur Ermittlung dieses Betrags erforderlichen Rechenschritte offen zu legen⁴⁶⁰. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vermieter aus den jahresübergreifenden Abrechnungen seines Energieversorgers die auf das jeweilige Kalenderjahr entfallenden Kosten errechnet, weil er gegenüber seinen Mietern nach dem Kalenderjahr abzurechnen hat. Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung wird nicht durch die unterbliebene Offenlegung der Zwischenschritte beeinträchtigt, denn dem Mieter wird der für die Abrechnung maßgebliche Gesamtbetrag der Brenn-

⁴⁵⁷ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

⁴⁵⁸ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

⁴⁵⁹ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

⁴⁶⁰ BGH v. 2.4.2014 - VIII ZR 201/13, GE 2014, 659 = IMR 2014, 228 = ZMR 2014, 624.

stoffkosten mitgeteilt, der im Abrechnungszeitraum für die abgerechnete 106
Wirtschaftseinheit angefallen ist. Etwaige inhaltliche Fehler bei dem angege-
benen Gesamtbetrag sind der materiellen Ebene zuzuordnen und berühren die formelle
Wirksamkeit der Betriebskostenabrechnung nicht.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des BGH zur Bereinigung der Ge-
samtkosten um nicht umlagefähige Kostenbestandteile, etwa bei den Hauswartkosten⁴⁶¹.
Eine derartige Kostenbereinigung ist mit der hier vorliegenden Konstellation, dass der
Vermieter aus jahresübergreifenden Abrechnungen die auf das Kalenderjahr entfallenden
Kosten ermitteln muss, nicht vergleichbar. Im Übrigen hat der Senat bereits angedeutet,
dass an der genannten Rechtsprechung zur Erforderlichkeit auch der Angabe nicht umla-
gefähiger Kosten möglicherweise nicht festzuhalten sein wird⁴⁶².

14.4.4 Fehlende Angabe von Vorauszahlungen

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß und damit wirksam, wenn sie
den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusam-
menstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden ge-
troffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regel-
mäßig folgende Mindestangaben in eine Betriebskostenabrechnung aufzunehmen: eine
Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläute-
rung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters
und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen⁴⁶³.

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 Wirk-
samkeit einer Abrechnung haben sich am Zweck der Abrechnung zu orientieren. Die Ab-
rechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprü-
fen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen. Erforderlich ist dafür, dass der
Mieter erkennen kann, in welchen Rechenschritten die Umlage der Betriebskosten erfolgt
ist⁴⁶⁴. 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 Mie-
ter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres nachprüfen kann, ob der Vermieter die ge-
leisteten Zahlungen korrekt berücksichtigt hat⁴⁶⁵.

Das gilt ebenso, wenn der Vermieter überhaupt keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht
hat⁴⁶⁶. Auch in diesem Fall kann der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres fest-
stellen, 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 Berufungsge-

⁴⁶¹ vgl. BGH v. 7.12.2011 - VIII ZR 118/11, WuM 2012, 22 Rz. 22 f.; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW
2008, 2260 Rz. 12; BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 Rz. 24; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR
1/06, NJW 2007, 1059 Rz. 10.

⁴⁶² vgl. BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651 Rz. 15 f.

⁴⁶³ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 Rz. 8 m.w.N.

⁴⁶⁴ st. Rspr.: BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283 Rz. 21 22 m.w.N.

⁴⁶⁵ BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 Rz. 16 m.w.N.

⁴⁶⁶ BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278.

richt mit Recht angenommen hat, eine sinnlose Förmerei, wenn der Vermieter 107 in der Abrechnung Vorauszahlungen des Mieters ausdrücklich mit "Null" zu beziffern hätte.

14.5 Vorauszahlungen im Prozess

Nach einhelliger obergerichtlicher Rechtsprechung kann der Vermieter nach Erteilung der Abrechnung bzw. vom Zeitpunkt der Abrechnungsreife an einen Anspruch auf Nebenkostenvorauszahlungen für den betreffenden Abrechnungszeitraum nicht mehr geltend machen, sondern nur noch die Beträge verlangen kann, die sich aus der Abrechnung ergeben⁴⁶⁷. Hieran ist trotz einzelner abweichender instanzgerichtlicher Entscheidungen und Stimmen im Schrifttum⁴⁶⁸ festzuhalten. Dem Vermieter, der über die Nebenkosten bereits abgerechnet hat oder hätte abrechnen müssen, steht trotz (vormaligen) Zahlungsverzuges des Mieters kein schutzwürdiges Interesse mehr zu, die Vorauszahlungen, die seine Aufwendungen vorübergehend abdecken sollten, unabhängig vom Ergebnis der vorliegenden oder überfälligen Abrechnung zu erhalten.

In der Nebenkostenabrechnung sind grundsätzlich die vom Mieter im Abrechnungszeitraum tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen in Abzug zu bringen⁴⁶⁹, denn der Mieter soll die ihm angelasteten Kosten aus der Abrechnung ersehen und überprüfen können.

Allerdings entspricht eine Abrechnung, in der lediglich die geschuldeten Vorschüsse aufgeführt sind, jedenfalls dann den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung, wenn zum Zeitpunkt der Erteilung der Abrechnung der Mieter für den Abrechnungszeitraum keinerlei Vorauszahlungen erbracht hat, die offenen Vorauszahlungsansprüche vom Vermieter bereits eingeklagt sind und auch noch keine Abrechnungsreife eingetreten ist⁴⁷⁰. In einer weiteren Entscheidung hat der BGH⁴⁷¹ in einem Fall, in dem die Vorauszahlungen für einen Abrechnungszeitraum teilweise gezahlt waren, gebilligt, dass der Vermieter die Bruttomiete geltend macht, auf die darin enthaltenen Nebenkostenvorauszahlungen die nach seiner Abrechnung geschuldeten Nebenkosten anrechnet und den zugunsten des Beklagten verbleibenden Saldo mit der geschuldeten Nettomiete verrechnet; dadurch werde der Mieter im Ergebnis nicht schlechter gestellt als bei einer isolierten Nebenkostenabrechnung, weil der überschießende Betrag ihm auf jeden Fall gut gebracht wird.

Hieran anknüpfend erachtet es das KG⁴⁷² für möglich, während eines laufenden Rechtsstreits über die Nebenkostenvorschüsse (oder nach dessen Abschluss) unter Berücksichtigung schon eingeklagter (bzw. titulierter) Sollvorauszahlungen abzurechnen - auch wenn

⁴⁶⁷ BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145, Tz. 22 m w. N.; BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41, Tz. 29; OLG Hamburg v. 2.11.1988 - 4 U 150/88, NJW-RR 1989, 82; OLG Frankfurt v. 23.4.1999 - 24 U 110/97, ZMR 1999, 628; OLG Düsseldorf v. 9.3.2000 - 10 U 194/98, ZMR 2000, 287; OLG Hamburg v. 21.1.2004 - 4 U 100/03, ZMR 2004, 509; OLG Düsseldorf v. 27.1.2005 - 10 U 105/04, GuT 2005, 53; OLG Brandenburg v. 8.5.2006 - 3 W 18/06, WuM 2006, 579.

⁴⁶⁸ insbesondere Schmid, ZMR 2007, 555.

⁴⁶⁹ BGH v. 23.9.2009 - VIII ZA 2/08, NJW 2009, 3575, Tz. 6; BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786, Tz. 16; s.a. VerfGH Berlin v. 11.10.2001 - 7/01, NJW-RR 2002, 80.

⁴⁷⁰ BGH v. 27.11.2002 - VIII ZR 108/02, NZM 2003, 196, Tz. 8.

⁴⁷¹ BGH v. 22.1.2003 - VIII ZR 244/02, NJW 2003, 1246, Tz. 16.

⁴⁷² KG v. 16.6.2014 - 8 U 29/14, WuM 2014, 551 = GE 2014, 1137.

diese nur einen Teil des Abrechnungszeitraums betreffen und der Mieter die 108
Vorschüsse im Übrigen geleistet hat - und die Klage nur in Höhe eines sich zu-
gunsten des Vermieters ergebenden Saldos zu erweitern bzw. nur in Höhe eines sich zu-
gunsten des Mieters ergebenden Saldos für erledigt zu erklären⁴⁷³. Diese Möglichkeit er-
scheint prozessual sinnvoll und auch interessengerecht. Dem durchschnittlich gebildeten,
juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieter, auf den insoweit abzustel-
len ist, wird, wenn er schon zuvor auf Zahlung der Vorschüsse verklagt (oder gar verur-
teilt) worden ist, aus einer solchen Abrechnung ohne Weiteres erkennbar, dass die einge-
klagten Vorauszahlungen weiter gesondert geltend gemacht werden und mit dem Saldo
der Abrechnung lediglich der sich im Fall der Zahlung der Vorschüsse noch ergebende
Nachzahlungsbetrag geltend gemacht wird⁴⁷⁴.

14.6 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels

Die Abgrenzung zwischen formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung einer-
seits 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 An-
teil an den Gesamtkosten zu Grunde gelegt wird, betrifft die inhaltliche Richtigkeit.

14.6.1 Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts

Für Mietverträge, die seit 1.9.2001 geschlossen wurden, wird der Zulässigkeitsrahmen für
die Wahl des Umlageschlüssels allein durch § 556a BGB bestimmt, Art. 229 § 3 Abs. 9
EGBGB. Danach gilt mangels abweichender Vereinbarung der Flächenmaßstab bzw. ist bei
einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung ein Maßstab anzuwenden,
der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung
trägt. Die Vorschrift lässt ausdrücklich abweichende Vereinbarungen zu, ohne dass (for-
mal) eine Beschränkung besteht. Denn § 556a Abs. 3 BGB, wonach zum Nachteil des Mie-
ters abweichende Vereinbarungen unwirksam sind, bezieht sich ausdrücklich nur auf
§ 556a Abs. 2 BGB.

Räumt der Mietvertrag dem Vermieter ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i.S.d. §
315 BGB ein, mit der ersten Betriebskostenabrechnung den Verteilerschlüssel festzule-
gen, stellt sich die Frage, ob es sich insoweit um eine ausreichende andere Vereinbarung
handelt oder der Flächenschlüssel gilt.

Nach Auffassung des BGH handelt es sich bei der Einräumung eines Leistungsbestim-
mungsrecht nach billigem Ermessen um eine wirksame andere Regelung des Umlagemaß-
stabs im Sinne von § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB⁴⁷⁵. Weder der Wortlaut noch der Gesetzes-
zweck von § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB stehen einer solchen Vereinbarung entgegen⁴⁷⁶. Dem

⁴⁷³ ebenso *Langenberg*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 7. Auflage, Rz. G 81.

⁴⁷⁴ BGH v. 27.11.2002 - VIII ZR 108/02, NZM 2003, 196, Tz. 9.

⁴⁷⁵ BGH v. 5.11.2014 - VIII ZR 257/13, GE 2015, 50 = HKA 2014, 43.

⁴⁷⁶ ebenso *Staudinger/Weitemeyer*, Neubearb. 2014, § 556a BGB Rz. 9; *MünchKomm/Schmid*, 6. Aufl., §
556a BGB Rz. 23; *Palandt/Grüneberg*, 73. Aufl., § 556a BGB Rz. 3; *Erman/Lützenkirchen*, 14. Aufl., §

Wortlaut von § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrecht durch die Parteien unzulässig ist. Auch § 556a Abs. 3 BGB begrenzt die Vertragsfreiheit der Mietvertragsparteien nur in Bezug auf die in § 556a Abs. 2 BGB formulierten Voraussetzungen der gesetzlich zugelassenen einseitigen Änderung des Abrechnungsmaßstabs durch den Vermieter. Im Umkehrschluss ist § 556a Abs. 1 BGB in vollem Umfang abdingbar. Daher steht es den Mietparteien auch frei, anstelle eines konkreten Umlageschlüssels ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zu vereinbaren.

Dem steht auch nicht das Anliegen des Gesetzgebers entgegen, Streitigkeiten in den Fällen zu verhindern, in denen die Parteien keinen Verteilungsmaßstab vereinbart haben. § 556a Abs. 1 BGB soll für diese Fälle anstatt des nach der vor dem 1.9.2001 geltenden Rechtslage lückenfüllend herangezogenen einseitigen Bestimmungsrechts des Vermieters einen konkreten Abrechnungsmaßstab bereitstellen⁴⁷⁷. Sofern die Parteien jedoch dem Vermieter durch eine entsprechende Vereinbarung das Recht vorbehalten, den Abrechnungsmaßstab einseitig nach billigem Ermessen zu bestimmen, nehmen sie das Risiko von Streitigkeiten über dessen Ausübung "sehenden Auges" in Kauf. Dass der Gesetzgeber die Parteien vor solchen, auch in anderen Fällen mit einem vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrecht notwendig verbundenen Risiko bewahren wollte und hierzu die Vertragsfreiheit weiter einschränken wollte, als in § 556a Abs. 3 BGB zum Ausdruck gebracht worden ist, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Schließlich ist eine solche Formulklausel auch nicht wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 BGB unwirksam. Denn eine unangemessene Benachteiligung des Mieters ist angesichts des Umstandes, dass die einseitige Festlegung entsprechend §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen zu erfolgen hat, nicht gegeben.

14.6.2 Personenmonate

Der BGH hat bereits mehrfach deutlich gemacht, dass an die Anforderungen in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind⁴⁷⁸. 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 ist⁴⁷⁹.

Diesen Anforderungen wird die Abrechnung eines Vermieters nach Personenmonaten gerecht⁴⁸⁰. Sie ermöglicht es dem Mieter, gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Denn die Abrech-

556a BGB Rz. 4; BeckOK-BGB/Ehlert, Stand Mai 2014, § 556a BGB Rz. 6; Bub/Treier/von Brunn/Emmerich, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Rn. III. 305; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 556a BGB Rz. 7; Börstinghaus, NZM 2004, 801 (804); a.A. Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 556a BGB Rz. 50.

⁴⁷⁷ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 51; Staudinger/Weitemeyer, § 556a BGB Rn. 2 f.

⁴⁷⁸ BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278 Rz. 24; vgl. auch BGH v. 2.4.2014 - VIII ZR 201/13, MDR 2014, 581 Rz. 9.

⁴⁷⁹ st. Rspr.; BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, NJW 2012, 1502 Rz. 24 m.w.N.

⁴⁸⁰ BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 97/14, WuM 2014, 722 = GE 2014, 1645 = NZM 2014, 902.

110
nung enthält sowohl die zu verteilenden Gesamtkosten als auch die Gesamtzahl der der Verteilung zugrunde liegenden Einheiten (hier: 56,34 Personenmonate) und die auf die Beklagten entfallenden Einheiten (hier: 32,20 Personenmonate) sowie das daraus folgende rechnerische Ergebnis. Nicht erforderlich ist es hingegen, die in der Abrechnung für den Umlagemaßstab gewählte Bezeichnung "Personenmonate" zu erläutern. Damit werden die Anforderungen überspannt, die in formeller Hinsicht an die Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung zu stellen sind. Der Verteilerschlüssel "Personenmonate" ist weder unverständlich noch intransparent. Schon aus seiner Bezeichnung ergibt sich, wie er sich zusammensetzt⁴⁸¹. Es ist für den - insofern maßgeblichen durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten⁴⁸² - Mieter ohne weitere Erläuterung ersichtlich, dass sich bei diesem Schlüssel (nicht anders als bei der Verwendung des Umlagemaßstabs "Personen") sein Anteil an den Betriebskosten nach dem Verhältnis der in seiner Wohnung lebenden Personen zu dem in dem abgerechneten Gebäude insgesamt wohnenden Personen bestimmt⁴⁸³. Insoweit wird bei dem Verteilerschlüssel "Personenmonate" lediglich unter Einbeziehung eines Zeitelements die Anzahl der im Gebäude wohnenden Personen in ein Verhältnis zur Dauer ihres Aufenthalts im Abrechnungszeitraum gesetzt. Ein Unterschied zum Verteilerschlüssel "Personen" besteht nicht.

In der Abrechnung muss nicht angegeben werden, für welchen Zeitraum wie viele Personen pro Wohnung berücksichtigt worden sind⁴⁸⁴. Die Nachvollziehbarkeit einer Betriebskostenabrechnung, die nach Personen oder Personenbruchteilen abrechnet, wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich aus ihr nicht ergibt, wie der Vermieter die Gesamtpersonenzahl im Einzelnen ermittelt hat. Dasselbe gilt für die Abrechnung nach Personenmonaten. 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. Die Angabe derartiger Details ist für die formelle Wirksamkeit der Abrechnung jedoch nicht erforderlich. Der Mieter könnte die Ermittlung der Gesamtpersonenzahl nur dann im Einzelnen überprüfen, wenn ihm eine Belegungsliste für das Mietobjekt im Abrechnungszeitraum zur Verfügung gestellt würde; damit würde die Betriebskostenabrechnung jedoch überfrachtet⁴⁸⁵.

14.6.3 Personenschlüssel bei Leerstand

Bei einem Personenschlüssel soll der Vermieter wegen der statischen Kosten, die auch bei verbrauchsabhängigen Kosten trotz Leerstand weiterlaufen (z.B. Grundkosten, Zählermiete), für die Dauer des Leerstandes eine Person ansetzen müssen⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Lützenkirchen in Lützenkirchen/Dickersbach, Mietrecht, § 556 BGB Rz. 526; vgl. auch J. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 556 Rz. 48.

⁴⁸² BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, ZMR 2011, 454 unter II 1 b; BGH v. 18.1.2011 - VIII ZR 89/10, WuM 2011, 367 Rz. 14.

⁴⁸³ vgl. BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, NJW 2010, 3570 Rz. 10.

⁴⁸⁴ BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, NJW 2010, 3570 Rz. 12.

⁴⁸⁵ BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, NJW 2010, 3570 Rz. 12.

⁴⁸⁶ AG Köln v. 7.3.1997 - 201 C 609/96, WuM 1998, 290; vgl. auch BGH v. 8.1.2013 - VIII ZR 180/12, WuM 2013, 227 = GE 2013, 411 (Einzelfallentscheidung aus Billigkeitsgründen).

Dies begegnet Bedenken⁴⁸⁷. Denn wenn vereinbart ist, dass für die Verteilung 111 der Betriebskosten die Anzahl der Bewohner maßgeblich sein soll, kommt es auf die tatsächliche Benutzung an und nicht z.B. auf die melderechtliche Registrierung⁴⁸⁸. Dann können aber auch bei dem Gesamtverteiler keine fiktiven Personen angesetzt werden. Die Belastung hat der Mieter bis zur Grenze der krassen Unbilligkeit zu tragen.

14.6.4 Leerstand und Warmwasserabrechnung

Nach §§ 6 ff. HeizkV ist eine bestimmte (anteilige) Verbrauchserfassung der Kosten für Heizung und Warmwasser nach dem gemessenen Verbrauch gesetzlich vorgeschrieben. Ist die zentrale Anlage zur Versorgung mit Wärme mit der zentralen Warmwasserversorgungsanlage verbunden, sind die einheitlich entstandenen Kosten nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HeizkV aufzuteilen. Der Anteil an den Kosten der Wärmeversorgung ist sodann nach § 7 Abs. 1 HeizkV, der Anteil an den Kosten der Versorgung mit Warmwasser nach § 8 Abs. 1 HeizkV zu verteilen, soweit die Heizkostenverordnung nichts anderes bestimmt oder zulässt (§ 9 Abs. 4 HeizkV). Gemäß § 8 Abs. 1 HeizkV sind mindestens 50%, höchstens 70% nach dem erfassten Warmwasserverbrauch, die übrigen Kosten nach der Wohn- oder Nutzfläche zu verteilen. Wie der Verteilungsschlüssel innerhalb dieses Rahmens im konkreten Einzelfall zu bemessen ist, obliegt nach § 315 BGB dem billigen Ermessen des Vermieters. Zweck dieses vom Verordnungsgeber vorgeschriebenen Verteilungsschlüssels wie auch der gesamten Heizkostenverordnung ist es, das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig zu beeinflussen und damit Energieeinspareffekte zu erzielen⁴⁸⁹.

Allerdings wird die Auffassung vertreten⁴⁹⁰, dass der Zweck der Heizkostenverordnung dann nicht mehr zum Tragen kommen könne, wenn die von der Heizkostenverordnung vorgeschriebene Kostenverteilung zu unzumutbaren Belastungen der verbleibenden Mieter/Nutzer führe. Immerhin werden bei der verbrauchsabhängigen Umlage Fixkosten der leerstehenden Wohnungen berücksichtigt, zu einer Mehrbelastung der Mieter führe, die auf die Mieter der leerstehenden Räume nicht nach Verbrauch umgelegt werden könnten, weil dort kein Verbrauch stattfindet.

Diese Auffassung teilt der BGH nicht⁴⁹¹. Auch wenn die allein auf den Vorschriften der Heizkostenverordnung beruhende verbrauchsbezogene Abrechnung im Einzelfall zu als unangemessen empfundenen Ergebnissen führen kann, wird dadurch der über die Einzelfallgerechtigkeit hinausreichende Zweck der Heizkostenverordnung, dem jeweiligen Nutzer den Zusammenhang zwischen dem individuellen Verbrauch und den daraus resultierenden Kosten bewusst zu machen und dadurch Energiespareffekte zu erzielen, nicht in Frage gestellt. Denn die Frage der Sinnhaftigkeit der Vorschriften der Heizkostenverordnung einerseits und die Frage, ob die von der Heizkostenverordnung vorgeschriebene verbrauchsbezogene Abrechnung im Einzelfall zu als billig und gerecht empfundenen Ergebnissen führt andererseits, liegen auf verschiedenen Beurteilungsebenen. Es muss daher auch bei hohen Leerständen grundsätzlich bei der von der Heizkostenverordnung vorge-

⁴⁸⁷ BGH v. 28.1.2013 - VIII ZR 180/12; WuM 2013, 227 = GE 2013, 411.

⁴⁸⁸ BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 82/07, MDR 2008, 498 = WuM 2008, 151 = GE 2008, 401; Schmid, Nebenkosten, Rz. 4145.

⁴⁸⁹ BR-Drucks. 570/08, S. 7; vgl. auch BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 Rz. 14.

⁴⁹⁰ Betriebskostenkommentar/Wall, 3. Aufl., Rz. 3030 unter Hinweis auf LG Gera, WuM 2007, 511.

gebenen verbrauchsabhängigen Abrechnung verbleiben. Insbesondere eine be- 112
fürwortete⁴⁹² analoge Anwendung des § 9a HeizkV kommt nicht in Betracht.

Die analoge Anwendung einer Einzelnorm verlangt, dass der von dieser Vorschrift nicht geregelte Sachverhalt, der in den Anwendungsbereich der Norm gezogen werden soll, mit den von ihr erfassten Sachverhalten vergleichbar ist⁴⁹³. Daran fehlt es hier. Die unter § 9a Abs. 1 HeizkV zu subsumierenden Sachverhalte haben ersichtlich Fallgestaltungen zum Gegenstand, in denen aus zwingenden Gründen (namentlich eines Geräteausfalls) eine ordnungsgemäße Erfassung des Verbrauchs nicht möglich ist. Derartige Sachverhalte sind nicht mit den hier in Rede stehenden Fällen vergleichbar, die dadurch gekennzeichnet sind, dass eine Verbrauchserfassung sehr wohl möglich ist und auch erfolgt.

Unzuträglichkeiten in der Abrechnung aufgrund eines hohen Leerstands kann im Einzelfall in anderer Weise Rechnung getragen werden⁴⁹⁴.

Ist etwa im Mietvertrag ein Abrechnungsmaßstab vereinbart, der eine höhere Verbrauchsquote als 50% bestimmt, kann der Vermieter im Einzelfall aus dem in § 241 Abs. 2 BGB verankerten Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Vertragsteils verpflichtet sein, dem Verlangen des Mieters auf eine Vertragsänderung dahin gehend zuzustimmen, den nach Verbrauch zu berechnenden Teil der Kosten zukünftig auf das gesetzliche Mindestmaß von 50% abzusenken, um die Fixkosten bei hohen Leerständen angemessen zu verteilen. Eine darüber hinausgehende Absenkung des verbrauchsabhängigen Kostenanteils oder eine Berechnung der Warmwasserkosten ausschließlich auf der Grundlage des Wohnflächenanteils sieht die Heizkostenverordnung dagegen nicht vor mit der Folge, dass eine völlige Abwälzung des Leerstandsrisikos auf den Vermieter nach der Heizkostenverordnung nicht möglich ist.

Die strikte Anwendung der Vorgaben der Heizkostenverordnung kann allerdings bei hohen Leerständen in Einzelfällen auch unter Zugrundelegung des nach § 8 Abs. 1 HeizkV für den Mieter günstigsten Verteilungsmaßstabs (50% nach Verbrauch, 50% nach Wohnfläche) zu Ergebnissen führen, die nicht mehr als billig und gerecht empfunden werden. Das ist etwa der Fall, wenn die im Haus für die Warmwasseraufbereitung (laut Wärmezähler) aufgewendete Energiemenge von 61.130 kWh ein Vielfaches der Energiemenge beträgt, die nach der Berechnungsformel des § 9 Abs. 2 Satz 2 HeizkV für die Erwärmung des im gesamten Haus verbrauchten Wassers (78,22 m³) zu erwarten gewesen wäre (8.800 kWh), so dass der tatsächliche Energieverbrauch etwa das Siebenfache des an sich für die Erwärmung von 78,22 m³ zu erwartenden Energieverbrauchs beträgt.

Derartigen leerstandsbedingten Kostenverschiebungen zu Lasten des Nutzers kann mit einer aus dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleitenden Anspruchsbegrenzung Rechnung getragen werden⁴⁹⁵. Das Prinzip von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung und setzt der (auch gesetzlich zulässigen)

⁴⁹¹ BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, ■.

⁴⁹² Betriebskostenkommentar/Wall, 3. Aufl., Rz. 3030; Wall, WuM 2007, 415 (418) [differenzierend und eine Lösung de lege ferenda fordernd]; Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., K Rz. 189.

⁴⁹³ BGH v. 13.7.1988 - IVa ZR 55/87, BGHZ 105, 140 (143).

⁴⁹⁴ BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, ■.

⁴⁹⁵ BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, ■.

Rechtsausübung dort Schranken, wo sie zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit offensichtlich unvereinbaren Ergebnissen führt⁴⁹⁶. Insbesondere muss § 242 BGB dann in Betracht gezogen werden, wenn die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften einen im Einzelfall bestehenden Interessenkonflikt nicht hinreichend zu erfassen vermag und für einen der Beteiligten ein unzumutbar unbilliges Ergebnis zur Folge hätte⁴⁹⁷.

Eine allgemeine Aussage dazu, in welcher Fallkonstellation sich eine nach den Vorschriften der Heizkostenverordnung zutreffend berechnete Forderung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für den betroffenen Mieter als unzumutbare Belastung darstellt, so dass eine Begrenzung des Anspruchs des Vermieters der Höhe nach angezeigt ist, verbietet sich. Ob eine Anspruchskürzung geboten ist und gegebenenfalls in welchem Umfang, obliegt der Beurteilung des Tatrichters, der hierbei alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat. Dabei hat der Tatrichter auch in seine Betrachtung einzubeziehen, dass eine absolute Verteilungsgerechtigkeit bei der Umlage von Betriebskosten vom Gesetz nicht gefordert wird⁴⁹⁸. Es geht vielmehr darum, die beiderseitigen Interessen in der Gesamtschau zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. In Gebäuden mit sehr hohen Leerständen erleiden sowohl der Vermieter als auch die verbleibenden Mieter erhebliche Nachteile. Die verbleibenden Mieter können von hohen Verbrauchskostenumlagen betroffen sein, während der Vermieter, ohne Mieteinnahmen zu haben, über den von ihm zu tragenden Wohnflächenanteil von 50% ebenfalls nicht unbeträchtliche Kosten zu tragen hat. Deshalb erscheint es auch nicht unbillig, wenn die verbleibenden Mieter einen angemessenen Teil der leerstandsbedingten Mehrkosten zu tragen haben.

14.6.5 Bestreiten der Flächenansätze

Rechnet der Vermieter die Betriebskosten nach Fläche ab, kann sich im nachfolgenden Prozess die Frage stellen, welche Folgen das Bestreiten der Flächenansätze herbeiführt.

Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Vermieter, der eine Betriebskostennachforderung erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für die Flächenansätze. Wenn er bestimmte Flächenwerte vorträgt, genügt dies den Anforderungen an eine substantiierte Darlegung⁴⁹⁹. Der sodann erklärungsbelastete Mieter hat - soll sein Vortrag beachtlich sein - auf die Behauptungen des Vermieters grundsätzlich ebenfalls substantiiert (d.h. mit näheren positiven Angaben) zu erwidern und muss erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen er ausgeht. Denn mit einfachem Bestreiten darf der Mieter sich nur bei pauschalem Vorbringen des Vermieters begnügen⁵⁰⁰.

Die Verpflichtung zu einem substantiierten Gegenvortrag setzt voraus, dass ein solches Vorbringen der erklärungsbelasteten Partei möglich und zumutbar ist⁵⁰¹. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die behaupteten Umstände in ihrem Wahrnehmungsbereich

⁴⁹⁶ vgl. BGH v. 16.2.2005 - IV ZR 18/04, NJW-RR 2005, 619 unter II 2 a.

⁴⁹⁷ BGH v. 27.4.1977 - IV ZR 143/76, BGHZ 68, 299 (304).

⁴⁹⁸ BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz. 17.

⁴⁹⁹ Schmid, ZMR 2009, 335 (336).

⁵⁰⁰ BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 27/07, NJW 2008, 1801 Rz. 29.

⁵⁰¹ BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 41/14, WuM 2014, 744 = GE 2014, 1649.

verwirklicht haben⁵⁰². Nach diesen Grundsätzen genügt ein einfaches Bestreiten der Wohnfläche der gemieteten Wohnung bereits deshalb nicht, weil der Mieter substantiiert darlegen kann, dass die vom Vermieter angegebenen Quadratmeterzahlen unrichtig sind⁵⁰³. Unabhängig davon, ob die Größe der gemieteten Wohnung in der Mietvertragsurkunde angegeben ist oder nicht, ist es dem Mieter in aller Regel selbst möglich, die Wohnfläche der gemieteten Wohnung zu vermessen und seinerseits einen bestimmten Flächenwert vorzutragen⁵⁰⁴. 114

Im Schrifttum wird zwar vereinzelt die Auffassung vertreten, dass eine Flächenberechnung der eigenen Räume vom Mieter nicht verlangt werden könne, weil billigerweise nicht zu erwarten sei, dass er über die Anwendung der Berechnungsmethoden Bescheid wisse⁵⁰⁵. Substantiiertes Bestreiten verlangt jedoch nicht, dass der Mieter sich an einer bestimmten Berechnungsmethode, etwa den Vorgaben der Wohnflächenverordnung, orientiert, zumal die Berechnung etwa bei Dachgeschosswohnungen aufgrund von Schrägen und Winkeln kompliziert sein kann⁵⁰⁶. Um die vom Vermieter vorgetragene Quadratmeterzahl wirksam zu bestreiten, genügt es daher, wenn ihm der Mieter das Ergebnis einer laienhaften, im Rahmen seiner Möglichkeiten liegenden Vermessung entgegen hält. Auch das einfache Bestreiten der Gesamtwohnfläche des Gebäudes ist unzureichend. Selbst zu äußerlich wahrnehmbaren Gegebenheiten, wie Gebäudezuschnitt sowie Anzahl der Wohnungen und Stockwerke, aus denen sich Ansatzpunkte für Zweifel an der behaupteten Gesamtwohnfläche ergeben könnten, können Angaben vom Mieter gemacht. Schließlich lässt sich dem pauschalen Bestreiten der Flächenangaben nicht entnehmen, dass das in der Betriebskostenabrechnung angenommene Verhältnis der Fläche der Mietwohnung (40 m²) zur Gesamtwohnfläche (240 m²) zu Lasten des Mieters unrichtig ist. Es wird nicht deutlich, dass das Verhältnis der Fläche der Mietwohnung zur Gesamtwohnfläche für die Beklagte günstiger ist, denn ihr Bestreiten lässt nicht erkennen, ob die von ihr gemietete Wohnung (wesentlich) kleiner oder die Gesamtwohnfläche größer sein soll als vom Vermieter vorgetragen.

14.7 Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete

Zwar hat der Mieter von Wohnraum gemäß § 556 Abs. 3 S. 5 BGB Einwendungen gegen die Abrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zugang der Abrechnung mitzuteilen, ohne dass er bei Übersendung der Abrechnung auf die Bedeutung des Schweigens hinzuweisen ist. Diese Vorschrift findet jedoch auf Mietverträge über Geschäftsräume keine (analoge) Anwendung. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Lücke⁵⁰⁷.

⁵⁰² BGH v. 25.3.2014 - VI ZR 271/13, NJW-RR 2014, 830 Rz. 7; BGH v. 11.3.2010 - IX ZR 104/08, WM 2010, 815 Rz. 16; BGH v. 6.7.2007 - V ZR 128/06, juris Rz. 17; BGH v. 7.12.1998 - II ZR 266/97, BGHZ 140, 156 (158); BGH v. 6.10.1989 - V ZR 223/87, NJW-RR 1990, 78 unter II 3 b aa; BGH v. 17.3.1987 - VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190 (196), jeweils m.w.N.

⁵⁰³ Staudinger/Weitemeyer, Neubearbeitung 2014, § 556a BGB Rz. 23

⁵⁰⁴ Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., J Rz. 36.

⁵⁰⁵ Schmid, ZMR 2009, 335 (337); zu den Berechnungsmethoden siehe Betriebskosten-Kommentar/Eisenschmid, 3. Aufl., Rz. 4008 ff.

⁵⁰⁶ vgl. BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, NZM 2010, 858 Rz. 29.

⁵⁰⁷ Argument gegen die analoge Anwendung des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB: BGH v. 17.11.2010 - XII ZR 124/09, WuM 2011, 220; BGH v. 27.1.2010 - XII ZR 22/07, GE 2010, 406 = NZM 2010, 240 = MDR 2010, 496.

Die Geltung der Einwendungsfrist kann jedoch vereinbart werden, und zwar 115 auch AGB-mäßig. Die Formulklausel, wonach die Abrechnung als anerkannt gilt, wenn der Mieter nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht, ist - unter Berücksichtigung des in § 308 Nr. 5 BGB enthaltenen Rechtsgedankens - grundsätzlich nur dann wirksam, wenn mit der Übersendung der Abrechnung der Mieter auf die Bedeutung des Schweigens hingewiesen und ihm eine großzügige Prüfungs- und Erwiderungsfrist von mindestens einem Monat bewilligt wird⁵⁰⁸. Enthält die Klausel den Hinweis auf die Belehrung bei Übersendung nicht, ist sie unwirksam⁵⁰⁹. Ebenso gemäß § 307 BGB unwirksam ist eine Klausel, wonach der Mieter etwaige Rügen gegenüber einer ihm erteilten Abrechnung binnen einer Ausschlussfrist von sechs Monaten konkret und schriftlich beim Vermieter vorzubringen hat⁵¹⁰. Dies ergibt sich schon mit Blick auf § 556 Abs. 3 BGB, der nicht nur sechs Monate, sondern zwölf Monate vorsieht und im Übrigen dieser Einwendungsausschlussfrist eine Abrechnungsausschlussfrist des Vermieters von ebenfalls zwölf Monaten gegenübersteht. Allerdings kann die Einwendungsausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S 5, 6 BGB auch als Formulklausel grundsätzlich übernommen werden. Insoweit sind klare und verständliche Regelungen erforderlich, die insbesondere dann keine Frist unter zwölf Monaten festlegen können, wenn dem Vermieter eben diese (kürzere) Frist zur Abrechnung zur Verfügung steht⁵¹¹.

Für den Fall, dass der Saldo aus der Betriebskostenabrechnung (Nachforderung oder Guthaben) vorbehaltlos ausgeglichen werden, besteht ebenfalls kein Hindernis zur Korrektur oder Rückforderung⁵¹². Denn dieser Vorgang begründet für sich keine Vereinbarung (vgl. dazu § 556 BGB Rz. 565), die zu einem Anerkenntnis der Abrechnung oder einem Einwendungsausschluss führen könnten.

14.8 Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummiete

Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001⁵¹³ wurde in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend die Auffassung vertreten, dass durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung und den vorbehaltlosen Ausgleich einer sich daraus ergebenden Nachforderung durch den Mieter zwischen den Mietvertragsparteien ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande komme, das den errechneten Saldo verbindlich werden lasse und spätere Nachforderungen des Mieters und auch des Vermieters ausschließe⁵¹⁴. Gleiches sollte gelten, wenn der Vermieter ein sich aus der Abrechnung ergebendes Guthaben vorbehaltlos an den Mieter auskehrte⁵¹⁵. Im Hinblick auf die durch das Mietrechtsänderungsgesetz eingeführten ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 sowie Satz 5 und 6 BGB

⁵⁰⁸ KG v. 8.10.2001 - 8 U 6267/00, NZM 2002, 954; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 537; Neuhaus, Rz. 706; BGH v. 4.10.1984 - III ZR 119/83, MDR 1985, 556 = NJW 1985, 617 zu Konditionsanpassungsklauseln in den AGB einer Hypothekenbank; zweifelnd Ludley, NZM 2014, 374 (378).

⁵⁰⁹ BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, MDR 2014, 1308 = NZM 2014, 830 = DWW 2014, 373 = IMR 2014, 516.

⁵¹⁰ KG v. 28.6.2010 - 8 U 167/09, ZMR 2011, 116.

⁵¹¹ Vgl. im Einzelnen: Ludley, NZM 2014, 374 (383).

⁵¹² BGH v. 10.7.2013 - XII ZR 296/09, GE 2013, 1130.

⁵¹³ BGBl. I S. 1149.

⁵¹⁴ vgl. Staudinger/Weitemeyer, [2010], § 556 BGB Rz. 133 mit umfangreichen Nachweisen.

⁵¹⁵ so noch Langenberg, Betriebskostenrecht, 5. Aufl., Rz. G 198

wurde im Schrifttum kein Bedürfnis mehr für die Annahme eines deklaratori- 116
schen Schuldanerkenntnisses durch den vorbehaltlosen Ausgleich des Be-
triebskostensaldos gesehen, weil durch die Neuregelung - anders als nach bisherigem
Recht - eine rasche Abwicklung der Betriebskosten gewährleistet werde. Deshalb könne
weder allein in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus der Betriebskostenabrechnung
ergebenden Nachforderung durch den Mieter noch in dem vorbehaltlosen Ausgleich ei-
nes zugunsten des Mieters errechneten Guthabens durch den Vermieter ein deklaratori-
sches Schuldanerkenntnis gesehen werden⁵¹⁶.

Der BGH hat sich für den Bereich der Wohnraummiete dieser Auffassung angeschlossen⁵¹⁷.
Zur Begründung hat er darauf abgestellt, dass die ausschlussbewehrten Abrechnungs- und
Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 S. 2 und 3 sowie S. 5 und 6 BGB der Abrechnungssi-
cherheit dienen und Streit vermeiden sollen. Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrech-
nung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Ab-
rechnungszeitraum entweder über ein sich bei der Abrechnung zu seinen Gunsten erge-
bendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe
er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss. Ebenso dienen die auf Anre-
gung des Bundesrates im Interesse der Ausgewogenheit in das Mietrechtsreformgesetz
aufgenommene Frist für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung
(§ 556 Abs. 3 S. 5 BGB) und der durch § 556 Abs. 3 S. 6 BGB auch insoweit angeordnete
Einwendungsausschluss nach Fristablauf zugleich der Rechtssicherheit, da dadurch in ab-
sehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig gel-
tend gemachten Ansprüche besteht. Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfas-
send gewährleistet, dass sich die Mietvertragsparteien zeitnah über ihre Verpflichtungen
aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum im Klaren sind. Ein Erfordernis für die
Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vorbehaltlosen Gut-
schrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht deshalb jedenfalls
nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr.

Der XII. Senat⁵¹⁸ hat sich für den Bereich des Gewerberaummietrechts der Auffassung an-
geschlossen, dass weder durch die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforde-
rung durch den Mieter noch durch die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Be-
triebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen
ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande kommt, das einer späteren Korrektur
der Betriebskostenabrechnung entgegensteht.

⁵¹⁶ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 404; Em-
merich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 85; Sternel, Mietrecht aktuell, 4.
Aufl., Rz. V 453; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 159; MünchKomm/Schmid, 6.
Aufl., § 556 BGB Rz. 103; Bamberger/Roth, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 71 f; Palandt/Weidenkaff, 72.
Aufl., § 556 BGB Rz. 13; Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Aufl., Rz. H 231 f.;
Sternel, ZMR 2010, 81, 82; Flatow, WuM 2010, 606, 609; Milger, NZM 2009, 497, 499; Blank, NZM
2008, 745, 751; a.A. Beyerle in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap.
11 Rz. 233; Eisenschmid in Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rz. 1973; Fritz, NJW 2012, 980, 981;
Streyl, WuM 2005, 505, 508.

⁵¹⁷ BGH v. 12.1.2011- VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 18; noch offen gelassen in BGH v. 18.1.2006 - VIII
ZR 94/05, NJW 2006, 903, 904.

⁵¹⁸ BGH v. 28.5.2014 - XII ZR 6/13, GE 2014, 1003 = NZM 2014, 641; BGH v. 10.7.2013 - XII ZR 62/12, GE
2013, 1130 = NZM 2013, 648.

Insoweit kann die Begründung, mit der der BGH für die Wohnraummiete die 117 Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses abgelehnt hat, für den Bereich des gewerblichen Mietrechts nicht herangezogen werden. Zwar ist nach der Rechtsprechung des XII. Senats der Vermieter von Gewerberäumen entsprechend der in § 556 Abs. 3 S. 2 BGB enthaltenen Regelung verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Abrechnungszeitraums die Betriebskostenabrechnung zu erstellen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder der Vermieter die verspätete Abrechnung nicht zu vertreten hat⁵¹⁹. Die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB findet dagegen bei der Gewerberaummiете keine Anwendung⁵²⁰. Ebenso wenig gilt die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 6 BGB für die Möglichkeit des Mieters, Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung zu erheben, weil diese Vorschrift nur für die Wohnraummiete gilt⁵²¹. Die Grenze für die Korrektur einer Betriebskostenabrechnung ergibt sich daher im gewerblichen Mietrecht nur durch den Eintritt der Verjährung oder in Ausnahmefällen aufgrund von Verwirkung (§ 242 BGB).

Gleichwohl kann auch bei gewerblichen Mietverhältnissen nicht angenommen werden, dass allein durch die vorbehaltlose Erstattung oder Zahlung des sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Saldos ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zwischen den Mietvertragsparteien zustande kommt. Es fehlt in diesem Fall bereits an den allgemeinen Voraussetzungen für das Entstehen eines wirksamen Vertrages. Das deklaratorische Schuldanerkenntnis setzt als vertragliches kausales Schuldanerkenntnis⁵²² das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen voraus (§§ 145 ff. BGB). Zwar können diese auch durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Willensbekundungen der Parteien von dem Willen getragen sind, sich entsprechend vertraglich zu binden⁵²³. Nach der Rechtsprechung des BGH setzt die Wertung einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung als Angebot zum Abschluss eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses regelmäßig voraus, dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen und sich dahingehend einigen wollen⁵²⁴.

Kehrt der Vermieter nach Übersendung der Betriebskostenabrechnung vorbehaltlos ein errechnetes Guthaben an den Mieter aus, gibt er aus der maßgeblichen Sicht des Mieters (§§ 133, 157 BGB) keine auf den Abschluss eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses gerichtete Willenserklärung ab. Die Betriebskostenabrechnung ist eine reine Wissenserklärung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungswillen⁵²⁵. Durch die Auszahlung des Guthabens an den Mieter erbringt der Vermieter eine reine Erfüllungshandlung (§ 363 BGB), der kein weiterer rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt. Insbesondere erklärt der Vermieter hiermit nicht, den sich aus der Abrechnung ergebenden Saldo unstreitig stellen zu

⁵¹⁹ BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 38.

⁵²⁰ BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 17 ff.; BGH v. 17.11.2010 - XII ZR 124/09, NJW 2011, 445 Rz. 12.

⁵²¹ vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 6.

⁵²² vgl. hierzu BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 8.

⁵²³ vgl. MünchKomm/Habersack, 5. Aufl., § 781 BGB Rz. 4.

⁵²⁴ st. Rspr. vgl. BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 8; BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 11 jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

⁵²⁵ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz 8 m.w.N.

wollen. Diese Bewertung steht auch im Einklang mit der außerhalb des Miet- 118
rechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum deklaratori-
schen Schuldanerkenntnis, wonach aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung einer Rechnung
für sich genommen nicht auf die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldanerkennt-
nisses geschlossen werden kann⁵²⁶. Auch der Mieter, der zunächst vorbehaltlos eine Be-
triebskostennachforderung begleicht, erbringt damit eine reine Erfüllungshandlung, ohne
dass daraus geschlossen werden kann, der Mieter erkenne den Abrechnungssaldo endgül-
tig für verbindlich an.

Außerdem spricht gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens, dass der Vermieter
selbst bei einem Mietverhältnis über Wohnraum innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3
S. 2 BGB die Betriebskostenabrechnung auch zulasten des Mieters abändern kann⁵²⁷. Wür-
de er mit der Übersendung der Betriebskostenabrechnung und der sofortigen Auszahlung
eines Guthabens an den Mieter innerhalb der Abrechnungsfrist ein Angebot auf ein dekla-
ratorisches Schuldanerkenntnis abgeben, wäre er gemäß § 145 BGB daran gebunden, bis
der Mieter das Angebot ablehnt oder die Frist zur Annahme (§ 147 Abs. 2 BGB) verstrichen
ist. Eine Korrektur der Abrechnung wäre für den Vermieter in dieser Zeit nicht möglich⁵²⁸.
Verstünde man den Ausgleich einer sich aus der Abrechnung ergebenden Nachforderung
durch den Mieter als dessen Annahme des Vertragsangebots, hätte der Vermieter sich
allein durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung der Möglichkeit begeben,
innerhalb der Jahresfrist die Abrechnung noch korrigieren zu können. Ein entsprechender
Wille des Vermieters kann jedoch ohne weitere Umstände nicht angenommen werden.
Nimmt der Mieter seinerseits ein vom Vermieter erstattetes Guthaben ohne weitere Er-
klärung entgegen, kann diesem Verhalten ebenfalls kein Rechtsbindungswille entnommen
werden. Der Mieter ist in diesem Fall schlicht untätig, so dass daran nicht die Wertung
geknüpft werden kann, der Mieter wolle die Betriebskostenabrechnung als verbindlich
ansehen⁵²⁹. Die Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Schuldanerkenntnisses
würde nämlich auch in diesem Fall dazu führen, dass der Mieter durch die bloße Entge-
gennahme der Zahlung die Möglichkeit verlieren würde, noch Einwendungen gegen die
Abrechnung zu erheben.

Das Vorliegen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses bei einem vorbehaltlosen
Ausgleich des Betriebskostensaldos kann auch nicht mit der Erwägung begründet werden,
die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ausschluss- und Einwendungsfristen des §
556 Abs. 3 BGB auf die Wohnraummiete führe bei gewerblichen Mietverhältnissen dazu,
dass die Mietvertragsparteien andernfalls bis zum Eintritt der Verjährung damit rechnen
müssten, weiteren Ansprüchen der jeweils anderen Partei ausgesetzt zu sein; auch bei
der Gewerberaummiете bestehe jedoch das Bedürfnis der Parteien, innerhalb eines über-
schaubaren Zeitraums eine Verbindlichkeit des errechneten Betriebskostensaldos zu er-
langen, das nur durch die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses befrie-

⁵²⁶ vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 12; BGH v. 11.11.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 9.

⁵²⁷ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 397.

⁵²⁸ vgl. Flatow, WuM 2010, 606 (608).

⁵²⁹ vgl. Flatow, WuM 2010, 606 (608).

digt werden könne⁵³⁰. Dabei wird verkannt, dass das durchaus anerken- 119
werte Interesse der Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses, zeitnah
Rechtssicherheit über den Betriebskostensaldo zu erlangen, nicht die Prüfung der nach
allgemeinen Grundsätzen notwendigen Voraussetzungen für einen wirksamen Vertrags-
schluss ersetzen kann. Der fehlende Verweis in § 578 Abs. 2 BGB auf § 556 Abs. 3 BGB
zeigt zudem, dass der Gesetzgeber nur im Bereich der Wohnraummiete ein Bedürfnis da-
für gesehen hat, durch die Schaffung von kurzen Fristen für die Erstellung der Betriebs-
kostenabrechnung und für hiergegen gerichtete Einwendungen des Mieters alsbald eine
Verbindlichkeit des errechneten Betriebskostensaldos herbeizuführen. Diese Wertung
kann bei der Prüfung, ob der vorbehaltlose Ausgleich des Betriebskostensaldos zu einem
deklaratorischen Schuldanerkenntnis führt, nicht unberücksichtigt bleiben.

Deshalb kann sich eine andere Beurteilung auch nicht aus Gründen des Vertrauensschut-
zes ergeben⁵³¹. Nur aufgrund des Umstandes, dass der Mieter die Erstattung eines zu sei-
nen Gunsten bestehenden Betriebskostensaldos vorbehaltlos entgegennimmt, kann der
Vermieter nicht darauf vertrauen, dass der Mieter den Betriebskostensaldo als verbindlich
hinnehmen will und keine weiteren Nachforderungen mehr geltend machen wird. Der
Mieter nimmt, insbesondere wenn die Erstattung durch Überweisung auf sein Konto er-
folgt, nur eine Zahlung entgegen und bleibt im Übrigen schlicht untätig. Aus diesem Ver-
halten des Mieters kann bereits deshalb nicht abgeleitet werden, er erkenne den errech-
neten Saldo als verbindlich an und verzichte auf die Geltendmachung von Einwendungen,
weil er bei einem gewerblichen Mietverhältnis gerade nicht verpflichtet ist, innerhalb
einer gesetzlich vorgesehenen Frist Einwendungen zu erheben. Gleiches gilt für den Ver-
mieter von Gewerberaum. Da auch er für die Abrechnung der Betriebskosten nicht an die
Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB gebunden ist, bringt er durch die Übersendung
der Betriebskostenabrechnung nicht zum Ausdruck, auf eine nachträgliche Geltendma-
chung weiterer Betriebskosten zu verzichten. Im Übrigen bleibt es den Parteien eines
gewerblichen Mietvertrages unbenommen, den Zeitpunkt der Verbindlichkeit der Be-
triebskostenabrechnung vertraglich zu regeln. § 556 Abs. 4 BGB, der für Mietverträge
über Wohnraum entsprechende vertragliche Regelungen zum Nachteil des Mieters verbie-
tet, findet bei der Gewerberaummiете keine Anwendung. Dies schließt allerdings nicht
aus, dass die Mietvertragsparteien im Einzelfall hinsichtlich des Saldos aus der Betriebs-
kostenabrechnung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgeben und damit den Saldo
für beide Seiten als verbindlich ansehen wollen. Hierzu bedarf es jedoch weiterer Um-
stände, aus denen auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen der Mietvertragspar-
teien geschlossen werden kann. Die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldverhält-
nisses kann danach in Betracht kommen, wenn die Parteien zunächst über einzelne Posi-
tionen der Betriebskostenabrechnung gestritten haben und dann der Saldo von einer der
beiden Vertragsparteien ausgeglichen wurde oder wenn die Parteien eine Ratenzahlungs-
bzw. Stundungsvereinbarung getroffen haben⁵³².

⁵³⁰ ähnlich auch *Fritz*, NJW 2012, 980 (981); *Beyerle* in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäfts-
raummiete, 3. Aufl., Kap. 11 Rn. 233.

⁵³¹ so aber *Beyerle* in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 11 Rz. 233.

⁵³² vgl. auch Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 406.

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Die Angaben in der Betriebskostenabrechnung müssen es dem Mieter ermöglichen, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten gedanklich und rechnerisch nachzuprüfen⁵³³.

Diesen Anforderungen wird eine Betriebskostenabrechnung gerecht, aus der sowohl der Gesamtbetrag der umzulegenden Heiz- und Warmwasserkosten (Heizung 6.483,24 €; Warmwasser 3.171,03 €) als auch der angewendete Umlagemaßstab ersichtlich⁵³⁴. Die Umlage nach Grundkosten (jeweils 30% der Gesamtkosten) ist jeweils nach dem Flächenmaßstab erfolgt, wobei sowohl die Gesamtfläche als auch die Fläche der Wohnung des Mieters angegeben sind, so dass der sich für ihn ergebende Anteil rechnerisch nachvollziehbar ist. Bei der Umlage nach Verbrauch (70% der Gesamtkosten, bei den Heizkosten 4.538,27 €, bei den Warmwasserkosten 2.219,72 €) lässt sich der Abrechnung entnehmen, dass bezüglich der Heizkosten Verbrauchseinheiten und beim Warmwasser die verbrauchte Warmwassermenge zugrunde gelegt wurden. Auch für die Wohnung des Mieters sind eine konkrete Warmwassermenge (22,82 cbm) angegeben, ferner für jeden Raum in der Wohnung konkrete Verbrauchseinheiten, deren Summe sich auf 8.260,75 Einheiten beläuft. Da in der Abrechnung außerdem die Gesamtsumme aller Verbrauchseinheiten im Abrechnungsobjekt angegeben ist (22.702,97 Einheiten), kann der als Anteil des Mieters ausgewiesene Betrag der Verbrauchskosten der Heizung (1.651,30 €) rechnerisch nachvollzogen werden. Entsprechendes gilt für die Umlage von 70 % der Warmwasserkosten nach Verbrauch, die nach dem Verhältnis des für die Wohnung des Klägers angegebenen Verbrauchs (22,82 cbm) zum Gesamtverbrauch (232,51 cbm) im Abrechnungsobjekt verteilt wurden. Eine in diesem Sinne verstandene Nachvollziehbarkeit genügt für die formelle Ordnungsgemäßheit der Abrechnung.

Dass die für die Wohnung des Mieters angesetzten Verbrauchseinheiten nicht auf abgelesenen Werten beruhen, sondern aufgrund einer "prozentualen Schätzung aufgrund des Vorjahresverbrauchs" ermittelt worden sind und die als Verbrauch angesetzte Warmwassermenge nicht auf einer Messung, sondern auf "einer Schätzung anhand vergleichbarer Räume" beruht, rechtfertigt keine andere Beurteilung⁵³⁵.

Entgegen einer vor allem in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Auffassung⁵³⁶ der Revisionserwiderung und einer in der vertretenen Ansicht, sind an die

⁵³³ st. Rspr.; z. B. BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 Rz. 13; BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, NJW 2012, 1502 Rz. 23 f.; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, WuM 2010, 493 Rz. 11; jeweils m.w.N.

⁵³⁴ BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, GE 2015, 49 = HKA 2014, 42.

⁵³⁵ BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, GE 2015, 49 = HKA 2014, 42.

⁵³⁶ AG Schöneberg, WuM 1978, 23; AG Neuruppin, WuM 2004, 538, 539; LG Berlin, GE 2007, 1190; LG Berlin, GE 2011, 612; AG Charlottenburg, GE 2011, 756, 757; AG Köln, WuM 2012, 582; AG Tiergarten, WuM 2012, 618, 619; OLG Köln v. 25.7.2014 - 1 U 45/13, BeckRS 2014, 18065 unter II 2 c bb [zum Gewerberaum]; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 11. Aufl., § 9a HeizKV Rz. 30; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 523; Staudinger/Weitemeyer, Neubearb. 2014, Anhang B zu § 556c BGB - HeizkostenV Rz. 9.

formelle Ordnungsgemäßheit einer Heizkostenabrechnung keine weitergehenden Anforderungen zu stellen. Insbesondere muss der Vermieter nicht bereits auf dieser Ebene darlegen und erläutern, auf welche Weise er in Fällen einer in der abzurechnenden Wohnung unterbliebenen Verbrauchsablesung die dann gemäß § 9a Abs. 1 Heizkostenverordnung als Verbrauchswerte dieser Wohnung anzusetzenden Werte im Einzelnen ermittelt hat. 121

Es bedarf insoweit weder einer Beifügung der Vorjahresabrechnung, aus der die damals ermittelten Werte ersichtlich sind, noch weiterer Angaben oder Erläuterungen, anhand derer der Mieter die materielle Richtigkeit des für ihn angesetzten Werts im Einzelnen nachvollziehen kann, denn damit würde die Abrechnung überfrachtet⁵³⁷. Für die formelle Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung ist es ohne Bedeutung, ob die dort für den jeweiligen Mieter angesetzten Kosten auf abgelesenen Messwerten oder einer Schätzung beruhen und ob eine eventuell vom Vermieter vorgenommene Schätzung den Anforderungen des § 9a Heizkostenverordnung entspricht.

15 Beendigung des Mietvertrages

15.1 Kündigungsadressat bei Freigabe gemäß § 109 Abs. 1 InsO

Die Frage, welche Auswirkungen die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO und der Ablauf der in § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO genannten Frist für das betreffende Wohnraummietverhältnis hat, wird unterschiedlich beurteilt.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die Bedeutung der Enthftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO beschränke sich darauf, dass die Masse für die nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht mehr hafte. Das Mietverhältnis bleibe aber weiterhin massebehaftet und der Treuhänder weiterhin Mietvertragspartei, denn § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO enthalte keinen Hinweis darauf, dass die Rechtswirkungen des § 80 Abs. 1 InsO mit dem Wirksamwerden der Enthftungserklärung entfallen sollten⁵³⁸. Nach dieser Auffassung kann der Vermieter nur durch eine gegenüber dem Treuhänder abgegebene Erklärung wirksam kündigen.

Nach der Gegenauffassung kann der Vermieter nach dem Wirksamwerden der Erklärung gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gegenüber dem Mieter selbst kündigen⁵³⁹. Die Enthftungserklärung des Treuhänders bewirke, dass das Mietverhältnis "freigegeben" werde und vollständig der alleinigen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Mieters unterliege⁵⁴⁰.

Der BGH⁵⁴¹ entscheidet die von ihm bisher offen gelassene Frage⁵⁴² nunmehr im letztgenannten Sinn. Zwar geht die Erklärung des Treuhänders nach dem Wortlaut des § 109 Abs.

⁵³⁷ vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 14; ähnlich: *Lützenkirchen*, Mietrecht 2013, § 9a HeizkV Rz. 3; *Langenberg*, Betriebskostenrecht, 7. Aufl., Rz. K 250

⁵³⁸ Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 109 Rz. 22 ff; *Eckert*, NZM 2006, 803, 806; *Cymutta*, WuM 2008, 441, 443; *Flatow*, NZM 2011, 607, 610.

⁵³⁹ Kübler/Prütting/*Tintelnot*, InsO, § 109 Rz. 21; *Pape*, NZM 2004, 401, 410 f.; *Marotzke* in Heidelberg Kommentar, InsO, 7. Aufl., § 109 Rz. 16.

⁵⁴⁰ vgl. auch MünchKommInsO/*Eckert*, 3. Aufl., § 109 Rz. 56 unter Hinweis auf das zu den Auswirkungen des § 35 Abs. 2 InsO ergangene Urteil des BGH v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

⁵⁴¹ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, MDR 2014, 643 = WuM 2014, 333 = NZM 2014, 429.

⁵⁴² vgl. BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 32.

1 Satz 2 InsO lediglich dahin, dass die Masse für künftige Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis nicht mehr hafte. Daraus, dass die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO an die Stelle der Kündigung tritt, ergibt sich indes, dass die Zuständigkeit des Verwalters für die weitere Vertragsdurchführung ab diesem Zeitpunkt wieder dem Mieter zufällt, dieser also die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis zurückerhält. Für eine derartige Wirkung der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO spricht außerdem die Gesetzesbegründung. Danach dient die Regelung dem Schutz des Wohnraummieters, der seine Wohnung nicht verlieren soll, wenn der Treuhänder das Mietverhältnis nicht fortsetzen will; das Mietverhältnis soll vielmehr nach Ablauf der Kündigungsfrist mit dem Mieter fortgesetzt werden⁵⁴³. Eine Fortdauer der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO hinaus wäre im Übrigen für die Parteien des Mietvertrages umständlich und wenig praktikabel und für den Treuhänder mit einem Verwaltungsaufwand verbunden, der sich für die Masse nachteilig auswirken könnte. Denn sämtliche Erklärungen des Vermieters (Abmahnung, Kündigung, Mieterhöhung, Betriebskostenabrechnung) müssten zunächst dem Treuhänder gegenüber erklärt und von diesem an den Mieter weitergeleitet werden. Auch ein Rechtsstreit, etwa eine Klage des Vermieters auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung, müsste gegen den Treuhänder geführt werden, obwohl dieser Prozess allein für die ursprünglichen Mietvertragsparteien von Interesse ist, nicht aber für den Treuhänder oder die Masse.

Auch aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Mietkaution (beziehungsweise der bedingte Rückgewähranspruch) in die Masse fällt, ergibt sich keine andere Beurteilung. Ein tragfähiger Rückschluss, dass aus diesem Grund von einer fortbestehenden Verfügungsbefugnis des Treuhänders auszugehen sei, ergibt sich daraus nicht. Denn dem Gesetzgeber ging es nicht vorrangig darum, dass die Kautionsrückzahlung der Masse zur Verfügung steht. Vielmehr sollte der Mieter davor bewahrt werden, dass der Treuhänder den Mietvertrag kündigt, um die Kautionsrückzahlung verwerten zu können⁵⁴⁴. Die Frage, ob mit einem Übergang der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis auch ein (bedingter) Kautionsrückzahlungsanspruch auf den Mieter zurückfällt⁵⁴⁵, bedarf hier deshalb keiner abschließenden Entscheidung.

Im Hinblick darauf fehlt dem Insolvenzverwalter auch die Prozessführungsbefugnis für Ansprüche gegen den Vermieter auf Auszahlung von Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen an die Masse für einen Zeitraum nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung⁵⁴⁶.

⁵⁴³ vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

⁵⁴⁴ vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

⁵⁴⁵ bejahend FK-InsO/Wegener, 7. Aufl., § 109 Rn. 16; Flatow, NZM 2011, 607, 610; a.A. Hain, ZInsO 2007, 192, 197; Pape, aaO S. 411.

⁵⁴⁶ BGH v. 22.5.2014 - IX ZR 136/13, GE 2014, 932.

Auch die Kündigung gemäß § 564 BGB muss gegenüber sämtlichen Erben als Rechtsnachfolgern des verstorbenen Mieters erfolgen. Diese Voraussetzungen können auch vorliegen, wenn die Kündigung sich nur an einen Erben richtet⁵⁴⁷.

Zwar handelt es sich bei der Ermittlung des Sinngelhalts einer von den Parteien abgegebenen Willenserklärung um eine in erster Linie dem Tatrichter obliegende Auslegung, die revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar ist, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen hat (st. Rspr., so BGH, Urteile vom 17. April 2012 - II ZR 198/10 , [...] Rn. 22; vom 27. Juni 2001 - VIII ZR 235/00 , NJW 2001, 3775 unter II 1). Solche Rechtsfehler sind hier indes gegeben.

Insoweit kann nicht allein auf den Wortlaut des Schreibens einschließlich der darauf vermerkten handschriftlichen Zusätze, in denen die Weitergabe an den anderen Mieter zugesagt wird, abgestellt werden. Denn auf diese Weise wird unzulässig deren rechtsgeschäftlichen Bedeutungsgehalt verkürzt. Insbesondere wird unberücksichtigt gelassen, dass der Vermieter seine auf § 564 BGB gestützte Kündigung ersichtlich an beide Erben richten wollte, §§ 133, 157 BGB, und dies auch - wie allein schon der auf das Kündigungsschreiben gesetzte Weiterleitungsvermerk zeigt - für alle Beteiligten ersichtlich war.

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung - wie die Kündigungserklärung - ist gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Der Erklärungsempfänger ist verpflichtet, unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände zu prüfen, was der Erklärende gemeint hat⁵⁴⁸. Entscheidend ist dabei der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert des Verhaltens des Erklärenden⁵⁴⁹. Zwar ist ein entsprechender Wille des Vermieters aus der maßgeblichen Sicht des Erben als Empfänger nicht schon der allgemein gehaltenen Anrede "Sehr geehrte Damen und Herren" zu entnehmen, wohl jedoch dem Inhalt des handschriftlichen Zusatzes auf diesem Schreiben. Hiernach verpflichtete sich der anwesende Erbe, die Kündigung umgehend an die namentlich genannte Schwester weiterzuleiten.

Diesem Vermerk kann nicht allein der Sinn beigemessen werden, die Schwester habe auf diesem Weg lediglich von der Kündigung gegenüber dem Erben erfahren sollen. Eine derart beschränkende Erklärungsbedeutung hätte für den Vermieter in rechtlicher Hinsicht keinen Sinn ergeben. Ihm ging es ersichtlich nicht um eine Kenntnis der Schwester von der gegenüber dem Erben erfolgten Kündigung, sondern um die Beendigung des Mietverhältnisses insgesamt. Dies war nur durch die Kündigung des Mietverhältnisses gegenüber beiden Erben zu erreichen. Dieser objektive Erklärungsgehalt des Weiterleitungszusatzes konnte einem redlichen Erklärungsempfänger nicht verborgen bleiben.

⁵⁴⁷ BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 25/14, ■.

⁵⁴⁸ st. Rspr.; BGH v. 21.5.2008 - IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702 Rz. 30.

⁵⁴⁹ BGH v. 5.10.1961 - VII ZR 207/60 , BGHZ 36, 30 (33) ; Palandt/*Ellenberger*, 74. Aufl., § 133 BGB Rz. 9.

Es kann dahinstehen, ob die formularmäßige Vollmachtsklausel des Mietvertrags, die - anders als die in dem Rechtsentscheid des Senats vom 10. September 1997⁵⁵⁰ zu beurteilende Klausel - mit der Bestimmung kombiniert ist, dass für die Rechtswirksamkeit einer Willenserklärung des Vermieters die Abgabe gegenüber einem von mehreren Mietern genügt, einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhielte. Denn in dem von beiden Erben gemeinsam verfassten und unterzeichneten Schreiben vom 1. Februar 2012 ist der Vermieter ausdrücklich gebeten worden, den Schriftverkehr im Mietverhältnis an den einen der Erben zu richten.

15.3 Ordentliche Kündigung

15.3.1 Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Vermieters

Aus § 573 Abs. 4 BGB folgt, dass Abweichungen zugunsten des Mieters, z.B. eine Erschwerung der Kündigung in jedem Fall zulässig sind. Ein solcher Fall ist bereits anzunehmen, wenn im Mietvertrag z.B. ein „besonders wichtiges berechtigtes Interesse“ für die Kündigung verlangt wird. Allerdings greift diese Beschränkung auch im Anwendungsbereich des § 307 BGB nicht ein, wenn ein wichtiger Grund i.S.v. § 543 BGB vorliegt⁵⁵¹.

Regelt der Mietvertrag, dass der Vermieter das Mietverhältnis nur in besonderen Ausnahmefällen kündigen kann, wenn wichtige berechnete Interessen eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen, schließt eine solche Bestimmung nach dem Wortlaut sowie ihrem Sinn und Zweck die erleichterte Kündigung gemäß § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB, die kein berechtigtes Interesse des Vermieters im Sinne des § 573 BGB voraussetzt, aus⁵⁵². Diesem Verständnis der Kündigungsbeschränkung steht nicht entgegen, dass in dem Gebäude zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses drei Wohnungen vorhanden waren und eine erleichterte Kündigung nach § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB damals schon tatbestandlich nicht in Betracht kam⁵⁵³. Denn dieser Umstand ändert nichts daran, dass die Kündigung des Vermieters im Mietvertrag auf besondere Ausnahmefälle beschränkt worden ist, in denen wichtige berechnete Interessen des Vermieters die Beendigung des Mietvertrages erforderlich machen.

Eine solche Kündigungsbeschränkung schließt eine Eigenbedarfskündigung nicht generell aus⁵⁵⁴. Sie verschärft lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen, so dass das in § 573 Abs. 2 BGB genannte "berechnete Interesse" nicht ausreicht, sondern darüber hinaus ein besonderer Ausnahmefall vorliegen muss, in dem wichtige Interessen des Vermieters eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen. Mit einer solchen Klausel wird dem Mieter ein gegenüber üblichen Mietverhältnissen erhöhter Bestandsschutz zugebilligt⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ BGH v. 10.9.1997 - VIII ARZ 1/97, BGHZ 136, 314.

⁵⁵¹ Vgl. dazu BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, GE 2012, 889 (Rz. 23 f.) m.w.N.

⁵⁵² vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 89 f.; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573a BGB Rz. 6.

⁵⁵³ BGH v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13, WuM 2013, 739 = GE 2013, 1584.

⁵⁵⁴ BGH v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13, WuM 2013, 739 = GE 2013, 1584.

⁵⁵⁵ BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 27.

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 befinde⁵⁵⁶.

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 führe⁵⁵⁷; auch Rückstände unterhalb einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer unterhalb eines Monats werden gelegentlich als ausreichend angesehen⁵⁵⁸. Überwiegend wird jedoch eine erhebliche Pflichtverletzung erst bei einem Rückstand von einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat angenommen⁵⁵⁹.

Der Auffassung, dass auch unterhalb der in § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs möglich ist, gebührt der Vorzug⁵⁶⁰. 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. Allerdings müsse bei der Bewertung einer Pflichtverletzung als "nicht unerheblich" die Dauer und die Höhe des Zahlungsverzugs berücksichtigt werden. Nicht jeder geringfügige oder nur kurzfristige Zahlungsverzug rechtfertige die Annahme einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung. In Anlehnung an die überwiegend vertretenen Auffassungen sei die Er-

⁵⁵⁶ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 10. Auflage, § 573 BGB Rz. 27; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 573 Rz. 59

⁵⁵⁷ *Schmid*, DWW 1982, 77, 84.

⁵⁵⁸ Bub/*Treier Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rz. IV 64.

⁵⁵⁹ 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.

⁵⁶⁰ BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, MDR 2013, 24 = WuM 2012, 682 = NZM 2013, 20.

heblichkeitsgrenze nicht überschritten, wenn der Rückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und zudem die Verzugsdauer weniger als einen Monat betrage.

15.3.3 Gewerbliche Tätigkeit in der Wohnung

Die teilweise Nutzung der Wohnung zu gewerblichen Zwecken ist grundsätzlich unzulässig⁵⁶¹.

Die Voraussetzungen sind auch gegeben, wenn von dem Betrieb des Mieters bisher keine konkreten Störungen ausgegangen sind, weil er in dem gemieteten Einfamilienhaus in der Vergangenheit keine geschäftlichen Besuche von Mitarbeitern oder Kunden empfangen hat⁵⁶². Dies gilt auch, wenn er die für seinen Betrieb benötigten Fahrzeuge nicht auf dem Wohngrundstück oder auf der Straße in der Nähe des Grundstücks abstellt, sondern ausschließlich auf einem dafür gesondert angemieteten Platz. Bei geschäftlichen Aktivitäten freiberuflicher oder gewerblicher Art, die nach außen in Erscheinung treten, liegt eine Nutzung vor, die der Vermieter einer Wohnung ohne entsprechende Vereinbarung grundsätzlich nicht dulden muss. Denn ein - auf Treu und Glauben gestützter - Anspruch auf Gestattung der gewerblichen Tätigkeit kommt nur ausnahmsweise in Betracht⁵⁶³.

15.3.4 Kein absehbarer Eigenbedarf bei Geburt eines Urenkels

Ein Vermieter setzt sich zu seinem eigenen Verhalten dann in Widerspruch, wenn er eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, sie alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen⁵⁶⁴. Er darf dem Mieter, der mit einer längeren Mietdauer rechnet, die mit jedem Umzug verbundenen Belastungen nicht zumuten, wenn er ihn über die Absicht oder zumindest die Aussicht begrenzter Mietdauer nicht aufklärt. Denn für den Mieter ist ein sich abzeichnender Eigenbedarf des Vermieters vor allem für die Entscheidung von Bedeutung, ob er eine Wohnung überhaupt anmieten und damit das Risiko eines Umzugs nach verhältnismäßig kurzer Mietzeit eingehen will⁵⁶⁵.

Diese Fallgestaltung liegt nicht vor, wenn es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags für keinen der Beteiligten absehbar war, dass ein Eigenbedarf an dem Einfamilienhaus für den Enkel der Vermieterin durch die Geburt seiner Tochter und die daraufhin geänderte Lebensplanung der Familie entstehen würde⁵⁶⁶. Der Eigenbedarf ist vielmehr aufgrund einer erst nach der Vermietung eingetretenen Änderung der persönlichen Verhältnisse des Enkels der Vermieterin entstanden. Durch die Erklärung des Schwiegersohns der Vermieterin anlässlich der Hausbesichtigung, ein Eigenbedarf komme nicht in Betracht, höchstens ein Hausverkauf, ist kein der Vermieterin zuzurechnender besonderer

⁵⁶¹ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 13 ff.; BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, NJW 2013, 1806 Rz. 14.

⁵⁶² BGH v. 31.7.2013 - VIII ZR 149/13, WuM 2013, 554 = GE 2013, 1132 = ZMR 2014, 273.

⁵⁶³ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 13 ff.

⁵⁶⁴ BVerfGE 79, 292, 308 f.; BVerfG, NJW-RR 1993, 1357; BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 [Hinweisbeschluss]; BGH v. 6.7.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 512 [Zurückweisungsbeschluss] jeweils m.w.N.

⁵⁶⁵ BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rz. 17, 19; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 Rz. 2

⁵⁶⁶ BGH v. 20.3.2013 - VIII ZR 233/12, NJW 2013, 1596 = MDR 2013, 641 = GE 2013, 674 = WuM 2013, 363 = ZMR 2013, 620.

Vertrauenstatbestand geschaffen worden, der ihre Kündigung wegen Eigenbedarfs rechtsmissbräuchlich erscheinen ließe. Die Äußerung, die im Übrigen eine reine Wissenserklärung darstellt und der kein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt zukommt, entsprach seinerzeit den Tatsachen. Sie bezog sich auf den damaligen Stand, bei dem eine Änderung nicht absehbar war. Durch sie ist auch kein auf künftige Entwicklungen bezogener Vertrauenstatbestand erweckt worden, denn die persönlichen Verhältnisse eines Vermieters und seiner Familienangehörigen können sich ändern. Will ein Mieter für solche Fälle eine Kündigung wegen Eigenbedarfs ausschließen, bedarf es einer dahin gehenden Vereinbarung.

15.3.5 Kein namentliche Nennung des Lebensgefährten der Tochter

Gemäß § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB setzt die Wirksamkeit einer Kündigungserklärung voraus, dass die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses in dem Kündigungsschreiben angegeben sind. Der Zweck dieser 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 veranlassen⁵⁶⁷. 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 Person, für die die Wohnung benötigt wird, und die Darlegung des Interesses, das diese Person an der Erlangung der Wohnung hat, ausreichend⁵⁶⁸.

Nach diesen Maßstäben ist es nicht erforderlich, neben der Tochter auch den Lebensgefährten, der mit in die Wohnung einziehen soll, in dem Kündigungsschreiben namentlich zu benennen⁵⁶⁹. Das Begründungserfordernis soll gewährleisten, dass der Kündigungsgrund derart konkretisiert ist, dass er von anderen Kündigungsgründen unterschieden werden kann. Diese Konkretisierung ermöglicht es dem Mieter, der die Kündigung nicht hinnehmen will, seine Verteidigung auf den angegebenen Kündigungsgrund auszurichten, denn eine Auswechslung des Kündigungsgrundes ist dem Vermieter verwehrt. Im Falle der Eigenbedarfskündigung genügt es, die Eigenbedarfsperson - hier die Tochter - identifizierbar zu benennen und das Interesse darzulegen, dass diese an der Erlangung der Wohnung hat. Insoweit reicht die Angabe, dass die Tochter in die größere Wohnung der Beklagten ziehen wolle, um dort mit ihrem Lebensgefährten einen gemeinsamen Hausstand zu begründen. Weiterer Angaben bedurfte hingegen nicht.

15.3.6 Anrechnung einer unentgeltlichen Nutzung auf § 573c BGB?

In Rechtsprechung und Literatur ist es umstritten, ob zu der für die Länge der Kündigungsfrist gemäß § 573c Abs. 1 BGB maßgeblichen Zeit der Überlassung der Mietsache auch ein solcher Zeitraum hinzuzurechnen ist, in welchem der Vermieter dem Mieter den

⁵⁶⁷ vgl. BT-Drucks. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.

⁵⁶⁸ so schon BayObLG, WuM 1981, 200, 202 f.; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NZM 2007, 679 Rz. 23; BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8.

⁵⁶⁹ BGH v. 30.4.2014 - VIII ZR 284/13, MDR 2014, 766 = NZM 2014, 466.

Gebrauch der Mietsache aus einem anderen Rechtsgrund als dem später ge- 128
kündigten Mietvertrag gewährt hat.

Überwiegend gehen die Instanzrechtsprechung und die Literatur davon aus, es spiele für die nach § 573c Abs. 1 BGB maßgebliche Zeit der Überlassung keine Rolle, aus welchem Rechtsgrund der Vermieter den Gebrauch gewährt habe⁵⁷⁰. Aus diesem Grund sei etwa auch eine vorherige Überlassung aufgrund eines Nießbrauchsrechts bei der Berechnung der Frist des § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB einzubeziehen⁵⁷¹. Begründet wird diese Ansicht damit, § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB stelle mit der Überlassung allein auf die tatsächlichen Besitzverhältnisse ab⁵⁷². Insbesondere ergebe sich dies aber aus dem Zweck des § 573c Abs. 1 BGB⁵⁷³. Die Norm trage dem bei längerer Mietdauer zunehmend schützenswerten Interesse des Mieters Rechnung, nicht kurzfristig ausziehen zu müssen und genügend Zeit zu haben, seine sozialen Wurzeln durch Suche einer nahegelegenen Ersatzwohnung zu wahren⁵⁷⁴.

Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Literatur die Auffassung, die Frist des § 573c Abs. 1 BGB beginne erst mit einer Überlassung der Mietsache zur Mietnutzung⁵⁷⁵, so dass beispielsweise eine vorherige Übergabe der Mietsache für eine Renovierung oder einen vorzeitigen Einzug nicht mit einzubeziehen sei⁵⁷⁶. Eine solche Überlassung bereite die Nutzung als Mietsache lediglich vor⁵⁷⁷.

Einer generellen Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen mit Rücksicht auf die Verwurzelung des Mieters in der streitigen Wohnung für die Berechnung der Kündigungsfrist des § 573c BGB gleichwohl auch der Zeitraum anzurechnen ist, in dem die Wohnung dem (späteren) Mieter aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses überlassen war, trifft der BGH nicht⁵⁷⁸. Jedenfalls in der Konstellation, dass der spätere Mieter zunächst als Familienangehöriger des Vermieters in dessen Wohnung gelebt hat, kommt eine Anrechnung dieser Zeit nicht in Betracht. Ein derartiges unentgeltliches Nutzungsverhältnis, das keinen Kündigungsschutz genießt und vom "Vermieter" jederzeit beendet werden kann, begründet keinen Vertrauenstatbestand, der Grundlage für eine Berücksichtigung dieses Überlassungszeitraums im Wege analoger Anwendung des § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB sein könnte.

⁵⁷⁰ OLG Stuttgart 30.12.1983 - 8 ReMiet 3/83, NJW 1984, 875- zur Anrechnung der Wohndauer als Ehegatte des früheren Mieters; AG Kaiserslautern, ZMR 1967, 301 f. - zur Anrechnung der Wohndauer aufgrund eines vorangegangenen dinglichen Wohnrechts; Staudinger/*Rolfs*, Neubearb. 2011, § 573c BGB Rz. 20; *Ermann/Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 573c BGB Rz. 6; *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 8; *BeckOK BGB/Hannappel*, Stand Februar 2014, § 573 BGB Rz. 12; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573c BGB Rz. 12; *NK-BGB/Hinz*, 2. Aufl., § 573c BGB Rz. 9; *Spielbauer/Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2013, § 573c BGB Rz. 15; *Schmid/Harz/Gahn*, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 573c BGB Rz. 6; *Emmerich/Sonnenschein/Haug*, Miete, 10. Aufl., § 573c BGB Rz. 10; *jurisPK-BGB/Mössner*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 18.

⁵⁷¹ *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573c BGB Rz. 12; *Spielbauer/Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2013, § 573c BGB Rz. 15.

⁵⁷² *Schmid/Harz/Gahn*, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 573c BGB Rz. 6; *NK-BGB/Hinz*, 2. Aufl., § 573c BGB Rz. 9.

⁵⁷³ *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 8; *Bub/Treier/Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. IV Rz. 97.

⁵⁷⁴ *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 1.

⁵⁷⁵ *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 573c BGB Rz. 25.

⁵⁷⁶ *Soergel/Heinzmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., § 573c BGB Rz. 4.

⁵⁷⁷ *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 573c BGB Rz. 25.

⁵⁷⁸ BGH v. 25.6.2014 - VIII ZR 10/14, WuM 2014, 485 (486) = GE 2014, 1135 NZM 2014, 580.

15.4.1 § 57a ZVG bei einheitlich vermietetem Grundstück

Gemäß § 57a ZVG ist der Ersteher in der Zwangsversteigerung (nicht in der Teilungsversteigerung, § 183 ZVG) berechtigt, ein bestehendes Miet- oder Pachtverhältnis mit der gesetzlichen Frist zum erstmöglichen Termin zu kündigen. Dies beruht darauf, dass bei der Zwangsversteigerung die Interessen des Mieters grundsätzlich hinter denen des Realcredits zurückstehen (vgl. z.B. §§ 1123 f. BGB). Denn von Mietern genutzte Grundstücke werden sich ohne das Sonderkündigungsrecht in der Regel schlechter versteigern lassen und darum weniger gern beliehen⁵⁷⁹. Durch den Zuschlag wird staatlich Eigentum verliehen. Diesem Eigentumserwerb liegen grundsätzlich die im ZVG geregelten Bedingungen zugrunde. Dazu gehört das in § 57a ZVG bestimmte Sonderkündigungsrecht als einer gesetzlichen Versteigerungsbedingung⁵⁸⁰. Damit überlagern die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes insoweit das Zivilrecht. Dies hat der Gesetzgeber in § 57 ZVG zum Ausdruck gebracht. Danach rückt der Ersteher als Erwerber zwar gemäß dem von § 57 ZVG für entsprechend anwendbar erklärten § 566 BGB als Vermieter in das Mietverhältnis ein. Ist nur ein Teil eines einheitlich vermieteten Grundstücks versteigert worden, führt der Erwerb in der Zwangsversteigerung über §§ 57 ZVG, 566 BGB zum Beitritt zu einer Vermietergemeinschaft, die als Bruchteilsgemeinschaft vertragliche Kündigungsrechte grundsätzlich nur im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung gemäß §§ 744, 745 BGB ausüben kann⁵⁸¹. Darüber hinaus ist schuldrechtlich die nur auf eine Teilfläche bezogene Kündigung regelmäßig unzulässig⁵⁸². Allerdings bestimmt § 57 ZVG, dass § 566 BGB nur nach Maßgabe des § 57a ZVG gilt. Mit Rücksicht auf die Zielrichtung und den Regelungszusammenhang des § 57a ZVG kann bei der Versteigerung nur eines Teils einer vermieteten Fläche der Ersteher den Pachtvertrag für diese Teilfläche kündigen (räumliche Teilkündigung)⁵⁸³.

Diese Konstellation ist auch anzunehmen, wenn ein gewerblicher Zwischenvermieter eingesetzt wurde, so dass der Endmieter nach § 565 BGB Kündigungsschutz auch gegenüber dem Ersteher genießt⁵⁸⁴.

15.4.2 § 563 Abs. 4 BGB

Gemäß § 563 Abs. 4 BGB kann der Vermieter das Mietverhältnis innerhalb eines Monats, nachdem er von dem endgültigen Eintritt in das Mietverhältnis Kenntnis erlangt hat, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn in der Person des Eingetretenen ein wichtiger Grund vorliegt. Ob und gegebenenfalls in welcher Weise sich der in § 563 Abs. 4 BGB genannte wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung von dem in § 543 Abs. 1 BGB genannten wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung unterscheidet, ist bisher noch ungeklärt. Jedenfalls muss dieser Grund aber so beschaffen sein, dass er dem Ver-

⁵⁷⁹ KG v. 8.11.2010 - 8 U 43/10, NZM 2012, 304, 305 m.w.N.

⁵⁸⁰ vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 83/08, NJW 2009, 2312 Rz. 16 f. m.w.N.

⁵⁸¹ vgl. BGH v. 26.4.2012 - V ZR 276/11, ZMR 2012, 692 Rz. 17; BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 f.

⁵⁸² BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, NJW 2012, 224 Rz. 11.

⁵⁸³ KG v. 8.11.2010 - 8 U 43/10, NZM 2012, 304.

⁵⁸⁴ BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, GE 2013, 1648.

mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses aufgrund von Umständen unzumutbar macht, die in der Person des Mieters liegen⁵⁸⁵. 130

Dies ist anzunehmen, wenn der eingetretene Mieter die Wohnräume unzulässigerweise zu beruflichen Zwecken nutzt⁵⁸⁶. Unter den nach der Verkehrsanschauung zu bestimmenden Begriff des "Wohnens fallen" lediglich solche berufliche Tätigkeiten, die der Mieter - etwa im häuslichen Arbeitszimmer - in einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Weise ausübt. Als Beispiel hierfür gilt z.B. die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers, die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors sowie den Empfang oder die Bewirtung von Geschäftsfreunden⁵⁸⁷ angeführt. Für die Aufnahme derartiger Tätigkeiten, die mit dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck im Einklang stehen, bedarf es keiner Erlaubnis des Vermieters. Hingegen muss der Vermieter in ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen geschäftliche (gewerbliche oder [frei-]berufliche) Aktivitäten des Mieters, die nach außen in Erscheinung treten, grundsätzlich nicht ohne entsprechende vorherige Vereinbarung dulden⁵⁸⁸. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Mieter in den ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen an drei Werktagen in der Woche zehn bis zwölf Schülern Gitarrenunterricht erteilt. Zwar kann der Vermieter im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein, eine Erlaubnis zur teilweisen gewerblichen oder (frei-)beruflichen Nutzung zu erteilen. Eine solche Verpflichtung des Vermieters, eine nach den Bestimmungen des Mietvertrags vertragswidrige Nutzung zu gestatten, wird jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn von der beabsichtigten Tätigkeit - was der Mieter darzulegen und zu beweisen hat⁵⁸⁹ - keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung. Beispielhaft hat der Senat dabei eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr genannt

15.5 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

15.5.1 „frei erfundene“ Vorvermieterbescheinigung

Die Vorlage einer gefälschten oder "frei erfundenen" Vorvermieterbescheinigung stellt eine erhebliche Verletzung (vor)vertraglicher Pflichten dar, die eine Vertragsfortsetzung für den Vermieter unzumutbar machen und die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigen kann⁵⁹⁰.

Eine Pflichtverletzung entfällt nicht deswegen, weil die in dem Formular über das vorangegangene Mietverhältnis gestellten Fragen unzulässig gewesen wären und es dem Mieter deshalb freigestanden hätte, insoweit unwahre Angaben zu machen. Fragen nach der Person und Anschrift des Vorvermieters, der Dauer des vorangegangenen Mietverhältnisses und der Erfüllung der mietvertraglichen Pflichten sind - ebenso wie Fragen nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen - grundsätzlich geeignet, sich über die Bonität und Zuverlässigkeit des potentiellen Mieters ein gewisses Bild zu machen; es handelt sich

⁵⁸⁵ BGH v. 20.4.2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rz. 6.

⁵⁸⁶ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, MDR 2013, 698 = GE 2013, 677 = WuM 2013, 349.

⁵⁸⁷ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 14.

⁵⁸⁸ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

⁵⁸⁹ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 17.

⁵⁹⁰ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, MDR 2014, 643 = WuM 2014, 333 = NZM 2014, 429.

auch nicht um Fragen, die den persönlichen oder intimen Lebensbereich des 131 Mieters betreffen und aus diesem Grund unzulässig sein könnten.

Zwar hat der Mieter nach der Rechtsprechung des Senats keinen Anspruch gegen seinen bisherigen Vermieter auf Ausstellung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung⁵⁹¹. Dies führt aber nicht dazu, dass der neue Vermieter vor Abschluss eines Mietvertrages eine diesbezügliche Bescheinigung vom Mietinteressenten nicht erbitten und dieser eine solche Bescheinigung fälschen dürfte.

15.5.2 Kündigung wegen unzulässiger Untervermietung

Der Vermieter kann nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB nur kündigen, wenn die unberechtigte Gebrauchsüberlassung im Zeitpunkt der Kündigung noch fortbesteht. Hat der Mieter seinerseits dem Untermieter zur Beseitigung der Untervermietung gekündigt, kommt es darauf an, ob dem Vermieter zumutbar ist, bis zur tatsächlichen Beendigung der Untervermietung abzuwarten. Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn der Untermieter erklärt hat, nicht ausziehen zu wollen, so dass der Mieter zunächst eine Räumungsklage führen müsste.

Hat der Mieter aber seinerseits einen Räumungsprozess gegen den Untermieter angestrengt, in dem er einen Räumungsvergleich mit einer viermonatigen Ziehfrist schließt, liegen die Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht vor⁵⁹².

15.5.3 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 ist⁵⁹³. 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 auszutragen⁵⁹⁴.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden⁵⁹⁵. 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 mildereren Sorgfaltsmaßstab anzulegen⁵⁹⁶. Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen - wie z.B. der Ursache einer Schimmelpilzbildung angesiedelten Irrtums - ist eine geänderte Beurteilung nicht gerechtfertigt⁵⁹⁷. 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 Ent-

⁵⁹¹ BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 Rz. 18 ff.

⁵⁹² BGH v. 4.12.2013 - VIII ZR 5/13, WuM 2014, 27.

⁵⁹³ 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;

⁵⁹⁴ LG Berlin v. 22.2.2007 - 62 S 277/05, GE 2007, 1486; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 103 f.

⁵⁹⁵ BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161 = ZMR 2012, 1161 m. Anm. *Schläger* ZMR 2013, 178.

⁵⁹⁶ BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103 Rz. 25 ff.

⁵⁹⁷ vgl. BGH v. 27.9.1989 - IVa ZR 156/88, NJW-RR 1990, 160, 161.

schuldigung des Mieters ausreichen zu lassen, liefe dies darauf hinaus, dass sich die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte⁵⁹⁸. Für eine derartige Privilegierung des Mieters besteht kein Anlass, zumal er nicht mindern muss. Denn der Mieter kann den Minderungsbetrag, 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. 132

16 Rückgabe

16.1 Ausschlusswirkung der Rückgabe

Einem Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Verschlechterung der Mietsache (§ 280 Abs. 1 BGB) besteht nicht, wenn er die Mietsache vorbehaltlos abnimmt⁵⁹⁹. Denn es ist anerkannt, dass bei Bescheinigung des Vermieters im Abnahmeprotokoll bezüglich der Mangelfreiheit der Mietsache es dem Vermieter versagt ist, sich später auf bestehende Mängel, die dieser hätte wahrnehmen können, zu berufen⁶⁰⁰. Entsprechendes wird angenommen, wenn es nicht zur Erstellung eines Übergabeprotokolls kommt, der Vermieter aber nach Übergabe der Mietsache und Abnahme des Zustandes der Mietsache keinerlei Vorbehalte mehr macht⁶⁰¹.

Ob der Vermieter die Mietsache allerdings "vorbehaltlos" abgenommen hat, beruht auf tatsächlichen Feststellungen, nämlich auf dem Erklärungswert des Verhaltens des Vermieters im Einzelfall⁶⁰². Der rechtliche Gehalt der Rückgabe einer Mietsache, die mit Feststellung ihres Zustands verbunden ist, ist daher durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln⁶⁰³. Deshalb kann es ausreichen, dass der Vermieter der Wohnung anlässlich der Rückgabe erklärt, die Wohnung sei "in Ordnung"⁶⁰⁴ und der Mieter könne sich die Kautions in ein bis zwei Tagen abholen⁶⁰⁵.

Rechtsgrundlage des Abschneidens von Ansprüchen des Vermieters nach vorbehaltloser Rücknahme einer Mietwohnung kann im Einzelfall ein Erlassvertrag, eine Verzichtserklärung bzw. ein negatives Schuldanerkenntnis im Sinne von § 397 Abs. 2 BGB sein, unter Umständen auch ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis oder ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB sein⁶⁰⁶.

⁵⁹⁸ BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161.

⁵⁹⁹ KG v. 13.2.2003 - 8 U 371/01, GE 2003, 524.

⁶⁰⁰ vgl. BGH v. 10.11.1982 - VIII ZR 22/81, BGHZ 85, 267 = NJW 1983, 446, unter VI = juris, Rz. 32.

⁶⁰¹ vgl. hierzu *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., II Rz. 434; LG Mannheim, WuM 1975, S. 119, Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V A Rz. 193.

⁶⁰² OLG Hamm v. 10.5.2012 - 28 U 166/11, ZMR 2012, 864.

⁶⁰³ Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 BGB Rz. 55.

⁶⁰⁴ LG Berlin v. 7.5.1999 - 63 S 446/98, GE 1999, 1053.

⁶⁰⁵ LG Mannheim v. 21.3.1974, WuM 1975, 118, 119.

⁶⁰⁶ Nachweise bei Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 BGB Rz. 55; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XIII 33 f.; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 538 Rz. 6; *Lehmann-Richter*, ZMR 2006, 833 f.

Ein Erklärungswert, der die Voraussetzungen einer dieser Rechtsgrundlagen 133 erfüllt, ist nicht festzustellen, nur weil der Vermieter den Zustand der Mietsache gesichtet hat⁶⁰⁷ und keine Erklärung in der Art abgibt, dass die Wohnung "in Ordnung" sei oder ähnlich. Dies gilt selbst dann, wenn der Vermieter verbal nichts bemängelt oder nur wenig verbal beanstandet (z.B. Matratze, loser Dreck auf einem neuen Teppich, Ausgestaltung des Bades), aber schriftlich nichts festgehalten wird, aber zahlreiche Fotografien des Zustands der Mietsache gefertigt werden. Fertigt der Vermieter bei Rückgabe der Mietsache Lichtbilder der Mietsache, kann der Mieter dem regelmäßig nicht den Erklärungswert beimessen, dass der Vermieter keine Ansprüche wegen des Zustands der Mietsache verfolgen will⁶⁰⁸. Denn das Anfertigen von Fotografien dient in einer solchen Situation typischerweise zu Beweis Zwecken. Denn Sinn und Zweck dessen ist es, den Zustand der Mietsache möglichst beweissicher festzuhalten.

16.2 Räumungspflicht des Zwischenvermieters

Hat der Vermieter das Mietverhältnis mit dem Zwischenvermieter gekündigt, könnte ein Räumungsanspruch nach § 546 BGB in Betracht kommen. Diese Auffassung kann sich zwar auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stützen, die auf mangelnden Kündigungsschutz abstellt, wenn der Endmieter wusste, dass ein Zwischenmietverhältnis besteht⁶⁰⁹. Diese Rechtsprechung ist jedoch mit der Einführung des § 549 a BGB a.F. durch das Vierte Mietrechtsänderungsgesetz vom 21. Juli 1993⁶¹⁰, der mit geringfügigen Wortlautänderungen als § 565 BGB übernommen worden ist⁶¹¹, überholt. Denn seitdem rückt bei gewerblicher Weitervermietung von Wohnraum der Vermieter im Falle der Beendigung des Hauptmietverhältnisses als Vermieter in das Mietverhältnis mit dem Endmieter ein.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 565 BGB liegen hier vor⁶¹². Die Vertragsparteien hatten ein Mietverhältnis mit dem Zweck abgeschlossen, dass der Zwischenvermieter die Wohneinheiten als Wohnraum weitervermieten sollte. Dass diese Weitervermietung im Rahmen des "betreuten Wohnens" erfolgen sollte und erfolgte, steht dem nicht entgegen. Damit gegebenenfalls verbundene Betreuungsleistungen sind weder Bestandteil des ursprünglichen Gesamtmietvertrags zwischen Bauträger und dem Zwischenvermieter, in den die Wohnungseigentümer auf Vermieterseite eingetreten sind, noch des zwischen dem Zwischenvermieter und den Endmietern abgeschlossenen Mietvertrags die Wohnung Nr. 7 betreffend.

16.3 Gemeinnütziger Zwischenmieter mit Gewinnabsicht

Die Entstehungsgeschichte des § 565 BGB zeigt, dass der Gesetzgeber allein den Fall der gewerblichen Weitervermietung im Sinne einer geschäftsmäßigen, auf Dauer gerichteten, mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübten Vermietungstätigkeit des Zwischenvermieters regeln wollte. Denn durch die Einführung des § 549a BGB a.F. sollte nicht der Kündigungsschutz im Verhältnis zwischen Eigen-

⁶⁰⁷ OLG Hamm v. 10.5.2012 - 28 U 166/11, ZMR 2012, 864

⁶⁰⁸ OLG Hamm v. 10.5.2012 - 28 U 166/11, ZMR 2012, 864

⁶⁰⁹ BGHZ 114, 96 = NJW 1991, 1815; BGHZ 84, 90 = NJW 1982, 1696.

⁶¹⁰ BGBl. I S. 1257; vgl. BT-Drucks. 12/5342 S. 3.

⁶¹¹ BT-Drucks. 14/4553 S. 63.

⁶¹² BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, GE 2013, 1648.

tümer und Untermieter neu begründet werden, sondern es sollten ausschließ- 134
lich die mietrechtlichen Konsequenzen der zum Bauherrenmodell ergangenen
Entscheidung des BVerfG vom 11.06.1991⁶¹³ klargestellt werden, nach welcher gemäß
Art. 3 GG auch einem Mieter, der Wohnraum von einem gewerblichen Zwischenmieter
gemietet hat, der Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zusteht⁶¹⁴.

Handelt es sich bei dem Zwischenmieter um einen karitativen, gemeinnützigen Verein,
der ideelle Zwecke verfolgt, fehlt es am Merkmal der gewerblichen Weitervermietung⁶¹⁵.

Insbesondere ein Verein, der in Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben an von ihm
betreute Personen Wohnraum vermietet, betreibt keine gewerbliche Weitvermietung,
und auch eine analoge Anwendung des § 565 BGB ist jedenfalls in dieser Fallgestaltung
mangels einer der gewerblichen Weitervermietung vergleichbaren Interessenlage nicht
möglich⁶¹⁶. Zwar steht der Endmieter, der von einem karitativen Verein mietet, welcher
seinerseits nur Zwischenmieter ist und die Weitvermietung in Erfüllung seiner satzungsmäßigen
Aufgaben vornimmt, bei Kündigung des Hauptmietverhältnisses schlechter als
der Mieter, der entweder vom Eigentümer selbst oder von einem gewerblichen Zwischenmieter
mietet, weil er anders als dieser im Verhältnis zum Eigentümer/Hauptvermieter keinen Kündigungsschutz genießt. Auch ist das Schutzbedürfnis der
betroffenen Nutzergruppe nicht geringer als dasjenige der Mieter, für die der Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts gilt.

Jedoch ist die Ungleichbehandlung der Endmieter in diesen Fällen sachlich gerechtfertigt⁶¹⁷. Ob eine Schlechterstellung einer bestimmten Mietergruppe durch Gründe gerechtfertigt ist, die vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben, kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶¹⁸ nur mit einem Blick auch auf die Interessen des Eigentümers beantwortet werden; sozialer Mieterschutz und entgegenstehende Interessen des Eigentümers stehen nicht in einem Regel-Ausnahmeverhältnis zueinander, sondern es sind die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen.

Zur Abwägung dieser Interessen führt der BGH⁶¹⁹ sodann weiter aus:

„Bei der typischen gewerblichen Zwischenvermietung fehlt es an einem dem sozialen Mieterschutz entgegenstehenden Interesse des Eigentümers, weil dieser lediglich aus eigenen Interessen, sei es an Steuervorteilen, sei es an einer Verwaltungsvereinfachung, den Weg der gewerblichen Zwischenvermietung wählt und seine Wohnung ebenso dem allgemeinen Wohnungsmarkt zur Verfügung stellt wie bei einer unmittelbaren Vermietung an den Endmieter.

⁶¹³ BVerfGE 84, 179 = NJW 1991, 2272.

⁶¹⁴ BGH, NJW 2003, 3054; BGHZ 133, 142 = NJW 1996, 2862 (2863).

⁶¹⁵ Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 565 BGB Rz 5; Bamberger/Roth/Herrmann, 3. Aufl., § 565 BGB Rz 5; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 565 BGB Rz 9.

⁶¹⁶ BGHZ 133, 142 = NJW 1996, 2862 (2863); KG v. 23.08.2012 -8 U 22/12, GE 2012, 1559 Tz. 60 ff für „betreutes Wohnen“.

⁶¹⁷ KG v. 6.1.2014 - 8 U 83/13, MDR 2014, 645 = GE 2014, 935.

⁶¹⁸ BVerfG, NJW 1993, 2601; NJW 1991, 2272 (2273).

⁶¹⁹ BGHZ 133, 142 = NJW 1996, 2862 (2864).

Die Vermietung an einen Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Versorgung von betreuungsbedürftigen Jugendlichen mit Wohnraum gehört, mag ebenfalls den Interessen des Eigentümers entgegenkommen, der mit dem Verein einen zuverlässigen und zahlungskräftigen Mieter erhält. Überlässt der Eigentümer dem Verein die Auswahl der Person des Endmieters und die Vereinbarung der Bedingungen, die im Verhältnis des Vereins zum Endmieter gelten sollen, dient sie jedoch mindestens gleichgewichtig originären Interessen des Vereins, der durch solche Mietverhältnisse erst die Möglichkeit erhält, seine satzungsmäßige Aufgabe der Betreuung von Jugendlichen zu erfüllen. Sie liegt weiter im Interesse der betreuten Personengruppe, die auf dem freien Wohnungsmarkt erfahrungsgemäß eher geringe Chancen hat, Wohnraum zu finden. Letzteres ist zugleich ein Indiz dafür, dass der Eigentümer ohne Zwischenschaltung des Vereins nicht an den betroffenen Endmieter vermietet hätte. Vielmehr bildet die Einschaltung des Vereins regelmäßig die Grundlage dafür, dass der Eigentümer bereit ist, seine Wohnung gezielt einem auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt eher benachteiligten Personenkreis zur Verfügung zu stellen. .. Der Eigentümer hat deshalb ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, die Nutzung der Wohnung durch vom Verein betreute Personen an den Fortbestand des Hauptmietverhältnisses zu binden. Diese Umstände rechtfertigen es, im Unterschied zu anderen Fällen der Zwischenvermietung dem Endmieter hier gegenüber dem Eigentümer den Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zu versagen.“

Diese Ausführungen des BGH sind auch im vorliegenden Fall einschlägig⁶²⁰. Der Zwischenmieter (A... e.V.) verfolgt nach seiner Satzung nicht wirtschaftliche, sondern ausschließlich gemeinnützige und mildtätige Zwecke. Sein Zweck ist nach der Satzung die Förderung der Jugendhilfe, die Unterstützung hilfsbedürftiger Personen, die Förderung der Fürsorge für Strafgefangene und ehemalige Strafgefangene und deren Angehörige, sowie die Förderung der Hilfe für Obdachlose und Migranten. Die Ziele sollen durch ambulante Betreuung der genannten Personengruppen, insbesondere durch Sozialarbeiter, erreicht werden. Dort heißt es weiter:

„Die Förderung der Hilfe für Migranten bezieht sich insbesondere auf die hier lebenden Roma und Sinti, die teilweise mit ihren Kindern in öffentlichen Parks unter völlig desolaten hygienischen Zuständen leben. Auch hier wird der Verein mittels Beratung u. Begleitung versuchen, die Lebensbedingungen dieser Menschen zu verbessern und sie in adäquaten Wohnraum zu vermitteln.

Der Satzungszweck wird insbesondere verwirklicht durch:

die Anmietung von Wohnraum um die KlientInnen im Rahmen des betreuten Einzelwohnen ambulant bzw. in einer sozialpädagogischen Wohngemeinschaft stationär zu betreuen.“

Danach sollte der Wohnraum vom Hauptmieter A... e.V. zur Versorgung von Personengruppen dienen, die auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt erfahrungsgemäß geringe Chancen haben, Wohnraum zu finden, und die vom Verein betreut werden sollten. Die Klägerin als Eigentümerin hatte ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, die Nutzung

⁶²⁰ KG v. 6.1.2014 - 8 U 83/13, MDR 2014, 645 = GE 2014, 935.

der Wohnung an den Fortbestand des Hauptmietverhältnisses zu binden. Es 136 kann nicht angenommen werden, dass sie ohne Zwischenschaltung des Vereins, der vermeintlich auf die Mieter durch Betreuung Einfluss nahm und die Mietzahlungen aus öffentlichen Kassen sicherstellte, unmittelbar an eine der in der Satzung genannten Personengruppen bzw. speziell an die Beklagten vermietet hätte.

Die Interessenlage des vorliegenden Falles rechtfertigt somit⁶²¹ keine analoge Anwendung des § 565 BGB dahin, dass ein Vertragseintritt trotz fehlender gewerblicher Tätigkeit des Zwischenmieters erfolgt⁶²².

Eine Anwendung des § 565 BGB folgt nicht daraus, dass der A... e.V. offenbar seine satzungsmäßigen Aufgaben missachtet und die Wohnung (sowie weitere 72 Wohnungen) mit einem Gewinnaufschlag weitervermietet und (nach der Behauptung des Endmieters) tatsächlich keine Betreuungsleistungen zugunsten der Endmieter entfaltet hat.

Nicht nur nach dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch nach ihrem Zweck, die vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) erfolgte Interessenabwägung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf eine Gewährung von sozialem Mieterschutz in Fällen der Zwischenvermietung nachzuvollziehen, kann die eigenmächtige Abweichung des Zwischenmieters von den für den Eigentümer bei Abschluss des Hauptmietvertrags erkennbaren Umständen weder eine direkte noch eine analoge Anwendung des § 565 BGB rechtfertigen. Denn sein schutzwürdiges Interesse, nicht kraft Gesetzes ein Mietverhältnis mit Personen eingehen zu müssen, an die er ohne Zwischenschaltung des Hauptmieters nicht vermietet hätte, wird durch das vertragswidrige Verhalten des Zwischenmieters nicht berührt. Umgekehrt konnten die Beklagten bei der Anmietung von dem eine gemeinnützige Tätigkeit und Betreuung versprechenden A... e.V. nicht damit rechnen, dass sie Mieterschutz gegenüber der Klägerin genossen. Wollte man das für beide Seiten unvorhersehbare Verhalten des Vereins der Anwendung von § 565 BGB zugrunde legen, würde das eine unberechtigte Verschlechterung der Rechtsstellung der Klägerin und eine ebenso sachlich nicht gerechtfertigte Verbesserung der Rechtsstellung der Beklagten darstellen.

Für eine Absicht der Vermieterin, im Zusammenwirken mit dem A... e.V. den Mieterschutz zu umgehen, ist nichts ersichtlich. Schon die unstreitigen Mietausfälle legen nahe, dass sie von den Machenschaften des Vereins ebenfalls überrascht wurde.

17 Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB

17.1 Vorenthalten und Rückbau

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs. 1 BGB liegen vor, wenn der Mieter dem Vermieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses vorenthält. Vorenthalten bedeutet die Nichterfüllung der Rückgabepflicht

⁶²¹ anders als ggf. im Fall der Vermietung an einen gemeinnützigen Verein, der Wohnraum an seine Mitglieder, die Künstler sind, weitervermietet, vgl. BGH NJW 2003, 3054.

⁶²² zu einer analogen Anwendung des § 565 BGB in solchen Fällen: *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 10. Aufl., § 565 BGB Rz. 4; *Schmidt-Futterer/Blank*, *Mietrecht*, 11. Aufl., § 565 BGB Rz. 14 f.

aus § 546 Abs. 1 BGB gegen den Willen des Vermieters⁶²³. Die Rückgabepflicht 137 erfüllt der Mieter, wenn er die Mietsache räumt und die Verfügungsgewalt über sie vollständig aufgibt, bei Räumen in der Regel durch Schlüsselübergabe und vollständiger Entfernung der Sachen des Mieters. In welchem Zustand sich die Mietsache bei der Rückgabe befindet, ist für die Rückgabe selbst grundsätzlich ohne Bedeutung. Deshalb kann allein darin, dass der Mieter dem Vermieter die Räume in verwaarlostem Zustand oder mit von ihm zu beseitigenden Einrichtungen versehen überlässt, keine Vorenthaltung gesehen werden⁶²⁴. Hat die Räumung stattgefunden, befindet sich die Mietsache aber nicht in vertragsgerechtem Zustand, gerät der Vermieter in Annahmeverzug, wenn er die Rücknahme verweigert⁶²⁵. Nur ausnahmsweise kann der Umstand, dass der Mieter Einrichtungen in der Mietsache nicht entfernt, der Annahme einer Rückgabe entgegenstehen und damit eine Vorenthaltung begründen, wenn wegen des Belassens der Einrichtungen nur eine teilweise Räumung des Mietobjektes anzunehmen ist⁶²⁶. Einer Vorenthaltung der Mietsache steht dies nur gleich, wenn hierdurch eine anschließende Nutzung durch den Vermieter vollständig verhindert wird⁶²⁷. Da die Nutzungsentschädigung als Ausgleich für die nachvertragliche Leistung des Vermieters der Möglichkeit der weiteren Nutzung durch den Mieter dienen soll und gerade keinen Schadensersatzanspruch darstellt, muss eine nicht nur unerhebliche Weiternutzung durch den Mieter vorliegen. Andernfalls liegt nur eine Schlechterfüllung der Rückgabepflicht vor, die zu Schadensersatzansprüchen führen kann, den Vermieter jedoch nicht zur Ablehnung der Rücknahme berechtigt⁶²⁸. Ob die Mietsache in diesem Sinne geräumt ist oder nicht, hängt von den konkreten Umständen ab und bedarf tatrichterlicher Feststellung im Einzelfall⁶²⁹.

Gemessen an diesen Maßstäben ist eine Vorenthaltung durch den Beklagten nicht gegeben, wenn der Mieter die auf seine Veranlassung eingezogenen Zwischenwände und die eingebauten Bäder/WC's nicht entfernt und damit gegen seine vertragliche Rückbaupflicht verstößt⁶³⁰. Auch wenn der Rückbau Kosten in nicht unerheblicher Höhe erfordert, nämlich 32.000.00 €, ist nicht von einer nur teilweisen Räumung auszugehen. Denn durch den unterlassenen Rückbau wird der Vermieter nicht daran gehindert, das Mietobjekt in Besitz zu nehmen, zu nutzen und aus dieser Nutzung Einnahmen zu erzielen. Eine solche Nutzung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Vermieter einzelne Räume an Senioren weiter vermietet und der Mieter seinen Besitz an den Mieträumen vollständig aufgegeben hat. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass der unterlassene Rückbau der Zwischenwände und Bäder einer Weitervermietung als Büroräume in einem Ausmaße entgegenstehen würde, dass dies einer Vorenthaltung der Mietsache gleich kommen würde.

⁶²³ vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1119.

⁶²⁴ vgl. BGH WM 1974, 260, 261; BGHZ 86, 204, zitiert nach juris, Rz. 14; BGHZ 104, 285, zitiert nach juris, Rz. 13.

⁶²⁵ vgl. BGH WM 1974, 260, 261; OLG Düsseldorf, NZM 2002, 742; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 23.

⁶²⁶ vgl. BGHZ 104, 285.

⁶²⁷ vgl. OLG Brandenburg, ZMR 1997, 584.

⁶²⁸ vgl. Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546a BGB Rz. 40 und § 546 BGB Rz. 48; Münch-Komm/*Bieber*, 6. Aufl., § 546a BGB Rz. 6; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1126; Lindner-Figura/*Oprée/Stellmann*, Gewerberaummietrecht, Kap. 16 Rz. 84.

⁶²⁹ vgl. BGHZ 86, 204, 211.

⁶³⁰ OLG Brandenburg v. 16.7.2013 - 6 U 11/12, GE 2014, 252.

Gibt der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete verlangen (§ 546a Abs. 1 BGB). Rückgabe der Mietsache bedeutet Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Zur Rückgabe von Mieträumen gehört außer der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt auch die Räumung⁶³¹. Dabei hat der Mieter auch solche von ihm eingebrachte Sachen zu entfernen, die durch einen Brand zerstört worden und von denen nur noch Brandreste vorhanden sind⁶³². Nimmt der Mieter nur eine teilweise Räumung des Mietobjekts vor, hat dies, da Teilleistungen des Mieters bei Erfüllung der Rückgabepflicht unzulässig sind, zur Folge, dass - wenn sich aus dem Vertrag nichts Gegenteiliges ergibt - dem Vermieter die gesamte Mietsache vorenthalten wird. Bleiben nur einzelne Gegenstände zurück, kann im Einzelfall dennoch anzunehmen sein, dass der Mieter seine Räumungspflicht erfüllt hat⁶³³.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist von einer nur teilweisen Räumung des Mieters auszugehen, wenn der Mieter verbrannte Einrichtungsgegenstände zurücklasst⁶³⁴. Die vom Vermieter abgeschlossene Wohngebäudeversicherung ändert nichts am Vorliegen der Voraussetzungen des § 546a Abs. 1 BGB. Allerdings sind in dieser Gebäudeversicherung die infolge des Versicherungsfalles notwendigen Kosten für das Aufräumen und den Abbruch von versicherten Sachen mitversichert (§ 2 Nr. 1 Buchst. a VGB 2003). Es kann dahingestellt bleiben, ob hiervon auch die auf die Beseitigung der durch den Brand unbrauchbar gewordenen - an sich nicht zu den versicherten Sachen gehörenden - Möbel des Mieters entfallenden Kosten umfasst sind. Denn dies änderte nichts daran, dass zunächst der Mieter verpflichtet ist, für eine vollständige Beseitigung der von ihr eingebrachten Möbel zu sorgen⁶³⁵.

Eine Vorenthaltung der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses (§ 546a Abs. 1 BGB) ist auch nicht zweifelhaft, wenn der Vermieter zwar Zugang zur Wohnung hat, der Mieter aber die Schlüssel der Wohnung nicht herausgibt. Denn eine Vorenthaltung ist selbst dann anzunehmen, wenn der Mieter zwar - wie hier noch nicht einmal der Fall - seine Sachen aus den Räumen entfernt, die Schlüssel aber zurückbehält⁶³⁶. Dies gilt selbst dann, wenn

die Feuerwehr das Schloss der Haustür aufgebrochen und ausgetauscht hat und in der Folgezeit eine vom Vermieter beauftragte Firma mit einem Schlüssel in das Mietobjekt gelangt ist⁶³⁷. Denn Voraussetzung für eine Rückgabe der Mietsache im Sinne des § 546a Abs. 1 BGB ist die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch den Mieter in der Wei-

⁶³¹ BGH v. 11.5.1988 - VIII ZR 96/87, BGHZ 104, 285, 288; BGH v. 5.10.1994 - XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156, 165; jeweils m.w.N.

⁶³² vgl. BGH v. 19.10.1995 - IX ZR 82/94, BGHZ 131, 95, 100; OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2006, 493, 494; jeweils m.w.N.

⁶³³ BGH v. 11.5.1988 - VIII ZR 96/87, BGHZ 104, 285, 289 m.w.N.; BGH v. 5.10.1994 - XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156, 166 f.

⁶³⁴ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

⁶³⁵ vgl. OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2006, 493, 494; vgl. auch BGH v. 19.10.1995 - IX ZR 82/94, BGHZ 131, 95, 100; jeweils m.w.N.

⁶³⁶ BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, WuM 2010, 688 Rz. 55 m.w.N.

⁶³⁷ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

se, dass der Vermieter ungestört über die Mietsache verfügen kann⁶³⁸. Eine 139
solche Verschaffung der alleinigen Sachherrschaft der Klägerin ergibt sich indes aus dem Vorbringen der Revision nicht. Für eine Rückgabe der Mietsache nach § 546a Abs. 1 BGB reicht es nicht aus, wenn der Vermieter neben dem Mieter und ohne dessen Zutun einen Zugang zur Wohnung erhält.

17.3 Inanspruchnahme von Mieter und Untermieter

Gegen den Untermieter besteht kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung, da er mit dem Mieter über einen Mietvertrag und nicht mit dem Vermieter verbunden ist/war. Ist der Vermieter zugleich Eigentümer kann er mit Eintritt der Bösgläubigkeit des Untermieters einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen geltend machen, der sich nach den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses bestimmt. Nach gefestigter Rechtsprechung finden die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB auf den Besitzer, dessen ursprüngliches Besitzrecht entfallen ist, und damit auch auf den infolge des Wegfalls des Hauptmietvertrags nicht mehr zum Besitz berechtigten Untermieter oder sonstigen Nutzer Anwendung⁶³⁹.

Für den Anspruch nach § 987, § 990 Abs. 1 BGB kommt es darauf an, in welchem Umfang der Untermieter Besitz an der herauszugebenden Sache hatte⁶⁴⁰.

Soweit vereinzelt vertreten wird, dass die von dem Untermieter herauszugebenden Nutzungen sich nicht auf die von ihm genutzten Räume beschränken⁶⁴¹, kann dem nicht gefolgt werden. Die hierfür gegebene Begründung, dass eine Wohnung ebenso wie ein Einfamilienhaus nur als Einheit zurückgegeben werden könne, hat im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 990 Abs. 2, § 286 BGB ihre Berechtigung; auf Ansprüche nach § 987, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt sie sich jedoch nicht übertragen⁶⁴². Gibt ein unmittelbarer Besitzer eines Raums einer Wohnung diesen nicht heraus und ist es dem Eigentümer nicht zumutbar, nur Teile der Wohnung zu vermieten, setzt der unmittelbare Besitzer des Raums die Ursache dafür, dass die gesamte Wohnung nicht vermietet werden kann und daher ein entsprechender Mietausfallschaden entsteht⁶⁴³. Im Rahmen der § 987, § 990 Abs. 1 BGB geht es demgegenüber um von dem Besitzer gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen. An Räumlichkeiten, an denen kein Besitz besteht, können Nutzungen nicht gezogen werden⁶⁴⁴.

Der Untermieter durch ein gegen ihn ergangenes Räumungsurteil nicht daran gehindert, einen Besitz an sämtlichen Räumen in Abrede zu stellen⁶⁴⁵. Durch die Rechtskraft des Räumungsurteils steht nicht fest, in welchem Umfang der Untermieter Besitz an den herauszugebenden Räumen hatte. Ebenso wenig wie bei der auf § 985 BGB gestützten Räu-

⁶³⁸ vgl. BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, WuM 2010, 688; Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rz. 28.

⁶³⁹ vgl. BGH v. 3.6.2005 - V ZR 106/04, NZM 2005, 830; BGH v. 19.10.1995 - IX ZR 82/94, BGHZ 131, 95, 102 jeweils m.w.N.

⁶⁴⁰ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, WuM 2014, 347 = GE 2014, 739 = IMR 2014, 230 = NZM 2014, 582.

⁶⁴¹ OLG Düsseldorf, ZMR 2010, 755 f.

⁶⁴² BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, WuM 2014, 347 = GE 2014, 739 = IMR 2014, 230 = NZM 2014, 582.

⁶⁴³ OLG Köln, NJW 1961, 30; OLG Hamburg, ZMR 1958, 298; LG Kiel, WuM 1995, 540.

⁶⁴⁴ vgl. BGH v. 6.11.1968 - V ZR 85/65, WPM 1968, 1370 (1371).

⁶⁴⁵ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, WuM 2014, 347 = GE 2014, 739 = IMR 2014, 230 = NZM 2014, 582.

mungsklage rechtskräftig über das Eigentum entschieden wird⁶⁴⁶, kann dem 140 Räumungsurteil eine Bindungswirkung dahingehend entnommen werden, in welchem Umfang der Beklagte Besitzer der herauszugebenden Sache war.

Der Untermieter und der Mieter können hinsichtlich des Zahlungsanspruchs wie Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden⁶⁴⁷.

Der Eigentümer kann unter den Voraussetzungen der § 987, § 991 BGB den mittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Rechtsfrüchte - wie etwa den Mietzins oder eine Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB aus dem Untermietverhältnis - in Anspruch nehmen. Von dem unmittelbaren Besitzer kann der Eigentümer unter den Voraussetzungen der § 987, § 990 BGB die tatsächlich gezogenen Nutzungen, also den objektiven Mietwert der innegehabten Räume⁶⁴⁸, verlangen. Zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer liegt in diesen Fällen keine Gesamtschuld vor⁶⁴⁹. Die Ansprüche haben jeweils einen anderen Inhalt. Sie decken sich bei einer Abweichung des objektiven Mietwerts von dem jeweils vereinbarten Mietzins auch nicht in ihrer Höhe⁶⁵⁰. Der Eigentümer wiederum darf keine doppelte Befriedigung erlangen⁶⁵¹.

Der BGH⁶⁵² hat dem Eigentümer daher ein Wahlrecht eingeräumt, welchen Schuldner er in Anspruch nehmen will. Dieses Wahlrecht ist aber noch nicht dadurch endgültig ausgeübt, dass er einen der Schuldner verklagt. Vielmehr hat es der BGH zugelassen, dass der Eigentümer nach der erfolglosen Inanspruchnahme eines Besitzers auch noch gegen den anderen Besitzer vorgeht. Mit der bloßen Inanspruchnahme des einen Schuldners erlischt die Haftung des anderen nicht; jeder von ihnen haftet vielmehr weiter, solange der Eigentümer nicht in voller Höhe befriedigt ist.

Die Gefahr einer unstatthaften doppelten Befriedigung ist allerdings auch dann nicht gegeben, wenn der Eigentümer zugleich beide Besitzer - sowohl den mittelbaren als auch den unmittelbaren - in Anspruch nimmt und sichergestellt ist, dass er die Leistung - wie bei einer Gesamtschuld - nur einmal beanspruchen kann. Insoweit sind die §§ 421 ff. BGB entsprechend heranzuziehen⁶⁵³. Diese Analogie liefert über die entsprechende Anwendung des § 422 Abs. 1 BGB die Begründung dafür, dass die Erfüllung durch einen Schuldner auch zugunsten des anderen wirkt. Auch erscheint die entsprechende Heranziehung des § 426 BGB für den Ausgleich zwischen den Schuldnern sachgerechter als die Heranziehung der Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung, auf die sich der Innenausgleich ansonsten beschränkte⁶⁵⁴. Zudem führt die Analogie zu §§ 421 ff. BGB zu prozessökonomischen Ergebnissen. Würde eine Inanspruchnahme des Mieters und des Untermieters nur zugelassen, wenn die Zwangsvollstreckung des Vermieters gegen den Mieter fruchtlos

⁶⁴⁶ vgl. BGH v. 13.11.1998 - V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376 (377).

⁶⁴⁷ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, WuM 2014, 347 = GE 2014, 739 = IMR 2014, 230 = NZM 2014, 582.

⁶⁴⁸ BGH v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NJW-RR 1998, 803 (804).

⁶⁴⁹ MünchKomm/Baldus, 6. Aufl., § 991 BGB Rz. 9; BeckOK BGB/Fritzsche, Edition 30, § 987 BGB Rz. 73.

⁶⁵⁰ vgl. BGH v. 12.8.2009 - XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522 Rz. 24.

⁶⁵¹ BGH v. 6.11.1968 - V ZR 85/65, WPM 1968, 1370; RGRK/Pickart, 2. Aufl., § 991 BGB Rz. 6; Staudinger/Gursky, [2013], § 987 BGB Rz. 28; Soergel/Stadler, 13. Aufl., § 987 BGB Rz. 27; Scheuer/Emmerich in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., V.A. Rz. 168.

⁶⁵² BGH v. 6.11.1968 - V ZR 85/65, WPM 1968, 1370.

⁶⁵³ MünchKom/Baldus, 6. Aufl., § 991 BGB Rz. 9.

⁶⁵⁴ vgl. dazu Staudinger/Gursky, [2013], § 987 BGB Rz. 28.

bliebe und ließe sich dies noch nicht feststellen, müsste die Klage gegen den 141 Untermieter als derzeit unbegründet abgewiesen werden. Eine nur nachrangige Haftung eines der Besitzer, die zudem davon abhängig wäre, gegen welchen der Eigentümer zunächst vorgeht⁶⁵⁵, nähme diesem auch die Möglichkeit, zeitnah die Zwangsvollstreckung gegen beide zu betreiben. Schutzwürdige Schuldnerinteressen stehen dem nicht entgegen, weil die entsprechende Heranziehung der §§ 421 ff. BGB hinreichende Absicherungen bietet.

Die Vermieterin ist für den Umfang des Besitzes der Beklagten zu 1 an den Räumen zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (§ 987 BGB) oder des Eintritts ihrer Bösgläubigkeit (§ 990 Abs. 1 Satz 2 BGB) darlegungs- und beweisbelastet⁶⁵⁶.

18 Schadensersatz

18.1 Schlüsselverlust

Kann der Mieter am Ende der Mietzeit nicht alle Schlüssel zur Mietsache zurückgeben, verletzt er seine mietvertragliche Nebenpflicht zur Obhut über den nicht mehr auffindbaren Schlüssel, § 241 Abs. 2 BGB⁶⁵⁷ und ist daher dem Vermieter gegenüber - grundsätzlich - zum Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 535 Abs. 1, 546 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet. Solange er dabei zum Verbleib des Schlüssels nichts vorträgt, wird sein Verschulden vermutet. Ist der Vermieter Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft, kann er als Schadensersatz vom Mieter Freistellung (Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft) verlangen, soweit er wegen des abhanden gekommenen Schlüssels seinerseits Schadensersatzansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft ausgesetzt ist.

Der Wohnungseigentümergeinschaft steht ein solcher Schadensersatzanspruch aber erst zu, wenn die Schließanlage ausgetauscht worden ist⁶⁵⁸. Zwar besteht zwischen den Mitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft ein gesetzliches Schuldverhältnis, durch das die Verhaltenspflichten des § 14 WEG begründet werden, aber auch darüber hinaus gehende Treue- und Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB folgen können. Der Wohnungseigentümer hat im Rahmen dieser rechtlichen Sonderverbindung für das Verschulden von Hilfspersonen nach § 278 BGB einzustehen⁶⁵⁹. Dies gilt auch für Fremdnutzer, denen er die Wohnung überlassen hat⁶⁶⁰. So ist anerkannt, dass ein Wohnungseigentümer den übrigen Miteigentümern nach § 278 BGB für das Verschulden seiner Mieter und Untermieter haftet⁶⁶¹.

Diese Schutz- und Obhutspflicht erstreckt sich auch auf Schließanlagen, die im Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer stehen⁶⁶². Denn zwischen den Wohnungseigen-

⁶⁵⁵ vgl. OLG Hamburg, WuM 1997, 223; LG Tübingen, WuM 1990, 217 f.

⁶⁵⁶ vgl. MünchKomm/Baldus, 6. Aufl., § 985 BGB Rz. 141.

⁶⁵⁷ vgl. KG, NJW-RR 2008, 1245; Flatow, NZM 2011, 660 (661); Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. VI 262a; Schmid, MDR 2010, 1367 (1369).

⁶⁵⁸ BGH v. 5.3.2014 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 = NZM 2014, 303 = GE 2014, 659 = ZMR 2014, 626.

⁶⁵⁹ BGH v. 10.11.2006 - V ZR 62/06, NJW 2007, 292 Rz. 8; BGH v. 22.4.1999 - V ZB 28/98, BGHZ 141, 224, 228 f.; Armbrüster, ZMR 1997, 395 (397).

⁶⁶⁰ Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl., § 14 Rz. 45 ff.

⁶⁶¹ BayObLG, NJW 1970, 1551; KG, NZM 2002, 869; LG Dortmund, NZM 2000, 1016; Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl., § 14 Rz. 48 m.w.N.; Kirchhoff, ZMR 1989, 323, 324; Schmid, MDR 2010, 1367 (1369).

⁶⁶² vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2004, 1310; Schmid, MDR 2010, 1367 (1368).

tümern besteht eine Schutz- und Obhutspflicht hinsichtlich der im Gemein- 142
schaftseigentum stehenden Gegenstände, §§ 14 Nr. 1 WEG, 241 Abs. 2 BGB. Zu
dieser Schließanlage gehören auch die hierfür gefertigten Schlüssel. Daher ist der Ver-
mieter als Miteigentümer gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft in gleicher
Weise zur Obhut über die ihm ausgehändigten Schlüssel der Schließanlage verpflichtet
wie der Mieter im Rahmen des Mietverhältnisses gegenüber dem Vermieter. Schließlich
ist es denkbar, dass der Verlust des Wohnungsschlüssels einer Schließanlage aus Sicher-
heitsgründen den Austausch der gesamten Schließanlage erforderlich machen kann, falls
eine missbräuchliche Verwendung des nicht auffindbaren Schlüssels durch Unbefugte zu
befürchten ist⁶⁶³.

Jedoch hat die Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Vermieter keinen Anspruch
auf Zahlung des für den Austausch der Schließanlage erforderlichen Geldbetrages⁶⁶⁴. Zwar
kann ein Geschädigter den für die Beseitigung eines Sachschadens erforderlichen Auf-
wand im Hinblick auf § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich auch fiktiv abrechnen⁶⁶⁵. Dies
setzt aber voraus, dass ein erstattungsfähiger Vermögensschaden entstanden ist. Hieran
fehlt es im Streitfall.

Nach einer in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Litera-
tur teilweise vertretenen Auffassung soll der Verlust eines einzelnen, zu einer Schließan-
lage gehörenden Schlüssels allerdings zu einem Sachschaden an der Schließanlage führen.
Denn die Sachgesamtheit "Schließanlage" sei durch den Verlust des Schlüssels und die da-
mit verbundene Missbrauchsgefahr in ihrer Funktion beeinträchtigt. Der Eigentümer kön-
ne deshalb seinen Schaden abstrakt berechnen und die (fiktiven) Kosten eines Austau-
sches der Schließanlage gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB als den zur Wiederherstellung er-
forderlichen Geldbetrag verlangen⁶⁶⁶. Die Gegenmeinung sieht in dem Verlust eines
Schlüssels keine Beschädigung der Schließanlage als Sachgesamtheit⁶⁶⁷. Der Verlust eines
nachlieferbaren Schlüssels sei kein Eingriff in die Sachsubstanz der Schließanlage. Die
Mietsache erleide durch den Verlust des Schlüssels auch keine Wertminderung⁶⁶⁸. Solange
die Schließanlage nicht erneuert worden sei, bestehe kein Schaden, denn allein die Sor-
ge, es könne mit dem verlorenen Schlüssel Missbrauch getrieben werden, sei nicht kom-
merzialisierbar. Der Austausch der Schließanlage sei eine Maßnahme der Schadensverhü-
tung, für die Schadensersatz erst nach Durchführung verlangt werden könne, da sich der
Geschädigte andernfalls die bloße Besorgnis weiterer Schäden in Geld bezahlen ließe.

⁶⁶³ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rz. 35 m.w.N.; Flatow, NZM 2011, 660 (661);
Ruthe, NZM 2000, 365; Schach in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 546 BGB
Rz. 6; Schmid, MDR 2010, 1367 (1369); KG, NJW-RR 2008, 1245 (1246); LG Berlin, ZMR 2000, 535 (536);
LG Münster, WuM 1989, 508; LG Mannheim, WuM 1977, 121.

⁶⁶⁴ BGH v. 5.3.2014 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 = NZM 2014, 303.

⁶⁶⁵ st. Rspr.; vgl. BGH v. 23.3.1976 - VI ZR 41/74, BGHZ 66, 239, 241 [zur Beschädigung eines Kfz].

⁶⁶⁶ KG, NJW-RR 2008, 1245 (1246); LG Münster, WuM 1989, 508; Lützenkirchen, Mietrecht, § 546 BGB Rz.
121.

⁶⁶⁷ LG Wiesbaden, NZM 1999, 308, AG Ludwigsburg, WuM 2010 355; AG Rheinbach, NZM 2005, 822; Ruthe,
NZM 2000, 365 (366); Flatow, NZM 2011, 660 (662); Drasdo, NJW-Spezial 2011, 161, 162; Zich, MietRB
2004, 302, 303; Schmidt/Harz/Harsch, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 535 BGB Rz. 284d.

⁶⁶⁸ Kossmann/Meyer-Abich, Handbuch der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 94 Rz. 22.

Der letztgenannten Auffassung gibt der BGH⁶⁶⁹ den Vorzug. Eine Sache oder Sachgesamtheit ist nur dann beschädigt, wenn ihre Sachsubstanz verletzt ist⁶⁷⁰. Der Verlust eines Schlüssels führt aber bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht zu einer - über die hier nicht streitgegenständliche Einbuße des verlorenen Schlüssels hinausgehende - Beeinträchtigung der Sachsubstanz der Schließanlage. Dass die Schließanlage in ihrer Sicherungsfunktion beeinträchtigt ist, wenn sich Unbefugte mit dem verloren gegangenen Schlüssel Zutritt verschaffen könnten, ist keine unmittelbare Folge eines Substanzeingriffs. Dies zeigt sich schon daran, dass diese Funktionsbeeinträchtigung durch einen neu angefertigten Schlüssel und die damit verbundene Kompensation der eingebüßten Sachsubstanz nicht beseitigt werden könnte. Soweit das Berufungsgericht die durch den Verlust des Schlüssels bedingte Funktionsbeeinträchtigung als Eingriff in die "substantielle Funktionalität" der Sachgesamtheit "Schließanlage" wertet, vermengt es die Verletzung der Sachsubstanz und die Beeinträchtigung der Sicherungsfunktion der Schließanlage. Während im ersten Fall schon aufgrund der schadensrechtlichen Differenzhypothese vom Vorliegen eines Sachschadens auszugehen ist, bedarf es bei der beschriebenen Beeinträchtigung der Sicherungsfunktion einer wertenden Betrachtung unter Einbeziehung der Verkehrsauffassung, ob sich das wegen einer Missbrauchsgefahr bestehende Sicherheitsrisiko zu einem Vermögensschaden verfestigt hat. Dies ist nicht der Fall. Das rein abstrakte Gefährdungspotential stellt regelmäßig keinen erstattungsfähigen Vermögensschaden dar. Ein ersatzfähiger Schaden entsteht vielmehr erst dann, wenn sich der Geschädigte aus objektiver Sicht unter den konkret gegebenen Einzelfallumständen zur Beseitigung einer fortbestehenden Missbrauchsgefahr veranlasst sehen darf, die Schließanlage zu ersetzen, und diesen Austausch auch tatsächlich vornimmt. In einem solchen Fall hat sich das Gefährdungspotential in einer Vermögenseinbuße realisiert. An diesen Voraussetzungen fehlt es hier.

18.2 Mietausfallschaden

Der Umfang des weitergehenden Schadens i.S.v. § 546a BGB richtet sich nach §§ 249ff. BGB, insbesondere auch nach § 252 BGB. Zur Berechnung dieses Mietausfallschadens ist die Darlegung des Vermieters erforderlich, wann und zu welcher Miete das Mietobjekt bei rechtzeitiger Rückgabe hätte vermietet werden können.⁶⁷¹ Daran ändert die Darlegungserleichterung gemäß § 252 S. 2 BGB nichts. Der Geschädigte hat Anknüpfungstatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der geltend gemachte Gewinn zu erzielen gewesen wäre. Denn die durch § 252 S. 2 BGB zugelassene Wahrscheinlichkeitsprüfung erfordert den Vortrag greifbarer Tatsachen, weil sich nur an Hand eines bestimmten Sachverhalts sagen lässt, wie sich die Dinge weiter entwickelt hätten, und dass die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Vermutung erst nach Beibringung der erforderlichen (Ausgangs- oder Anknüpfungs-)Tatsachen zum Tragen kommen kann⁶⁷². Darüber hinaus ist es für die Darlegung eines durch die verspätete

⁶⁶⁹ BGH v. 5.3.2014 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 = NZM 2014, 303.

⁶⁷⁰ Staudinger/*Schiemann*, BGB, Neubearb. 2005, § 249 BGB Rz. 218; MünchKomm/*Oetker*, 6. Aufl., § 249 BGB Rz. 424, jeweils m.w.N.

⁶⁷¹ BGH v. 25.1.2007 - IX ZR 216/05, MDR 2007, 798 = MietRB 2007, 114 = WPM 2007, 606.

⁶⁷² BGHZ 54, 45, 55 f.; BGH v. 17.6.1998 - XII ZR 206/96, WPM 1998, 1787, unter 3 a; BGH v. 27.9.2001 - IX ZR 281/00, MDR 2002, 169 = WPM 2001, 2450, unter III 1 a.

Rückgabe der Mietsache entstandenen konkreten Mietausfallschadens sogar als 144 erforderlich angesehen worden, dass dargetan wird, wann, an wen und zu welchem Entgelt die Mietsache hätte vermietet werden können⁶⁷³. Allerdings ist immer auch darauf hingewiesen worden, dass sich eine feste Regel nicht aufstellen lässt, sondern vieles von den Umständen des jeweiligen Falles abhängt und deshalb die Beurteilung einer hinreichenden Schadenswahrscheinlichkeit Aufgabe des Tatrichters ist⁶⁷⁴.

Mit Rücksicht darauf genügt der Vermieter den Anforderungen an die Darlegungslast nicht, wenn er lediglich zwei in einem Monat hervorgetretene Mietinteressenten benennt, ohne angeben zu können, ab wann diese die Wohnung überhaupt hätten anmieten wollen. Dies gilt umso mehr, wenn der Wohnungsmarkt am Ort nicht derart angespannt ist, dass allein schon aus dem Angebot der Wohnung am Markt auf deren umgehende Weitervermietung hätte geschlossen werden können⁶⁷⁵. Trägt der Vermieter aber den Anforderungen entsprechend vor, kann es nicht dahinstehen, ob der von ihm benannte Mietinteressent tatsächlich einen Mietvertrag abgeschlossen hätte⁶⁷⁶. Zwar ist es in der Tat dem Vermieter nicht zuzumuten, einen Nachfolgevertrag mit kalendermäßig bestimmtem Mietbeginn abzuschließen, wenn zunächst ungewiss ist, wann der säumige Mieter die Sache zurückgibt. Er braucht sich nicht der Gefahr auszusetzen, sich dem Nachfolgemietler gegenüber schadensersatzpflichtig zu machen⁶⁷⁷. Indessen kann auch unter Berücksichtigung des § 252 BGB eine für § 286 ZPO ausreichende Wahrscheinlichkeit eines Vertragschlusses erst angenommen werden, wenn beide potentiellen Partner abschlussbereit sind.

18.3 Versicherungsrechtliche Lösung

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist der Mieter, der einen Brandschaden durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat, (regelmäßig) vor einem Rückgriff des Gebäudeversicherers (§ 86 Abs. 1 VVG) in der Weise geschützt, dass eine ergänzende Auslegung des Gebäudeversicherungsvertrages einen konkludenten Regressverzicht des Versicherers für die Fälle ergibt, in denen der Wohnungsmieter einen Brandschaden durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat⁶⁷⁸. Der BGH hat auch bereits entschieden, dass der Vermieter im Rahmen dieser sog. versicherungsrechtlichen Lösung verpflichtet ist, den Gebäudeversicherer und nicht den Mieter auf Schadensausgleich in Anspruch zu nehmen, wenn ein Versicherungsfall vorliegt, ein Regress des Versicherers gegen den Mieter ausgeschlossen ist und der Vermieter nicht ausnahmsweise ein besonderes Interesse an einem Schadensausgleich durch den Mieter hat; verletzt der Vermieter diese Pflicht, steht dem Mieter ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung zu, den er dem Scha-

⁶⁷³ BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382, unter 2; OLG Düsseldorf v. 21.12.2006 - I - 10 U 80/06, 10 U 80/06, GE 2006, 327, 329; OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 - 10 U 150/01, ZMR 2003, 105.

⁶⁷⁴ BGH v. 5.5.1970 - VI ZR 212/68, MDR 1970, 752 = BGHZ 54, 45, 56 m.w.N.

⁶⁷⁵ BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, WuM 2010, 632 = GE 2010, 1265 NZM 2010, 815.

⁶⁷⁶ OLG Düsseldorf v. 8.5.2012 - -24 U 195/11, ZMR 2012, 861.

⁶⁷⁷ vgl. Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Auflage, Rz. 1144

⁶⁷⁸ BGH v. 8.11.2000 - IV ZR 298/99, BGHZ 145, 393, 397 ff.; BGH v. 12.12.2001 - XII ZR 153/99, NJW-RR 2002, 1243; BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381 unter II 2; BGH v. 13.9.2006 - IV ZR 273/05, BGHZ 169, 86 Rz. 8; BGH v. 10.11.2006 - V ZR 62/06, NJW 2007, 292 Rz. 7; BGH v. 20.12.2006 - VIII ZR 67/06, NJW-RR 2007, 684 Rz. 8; BGH v. 27.1.2010 - IV ZR 129/09, BGHZ 184, 148 Rz. 8 f.; BGH v. 10.5.2011 - VI ZR 196/10, NJW-RR 2011, 1055 Rz. 6; BGH v. 15.11.2011 - II ZR 304/09, NJW-RR 2012, 280 Rz. 11.

densersatzanspruch des Vermieters wegen seiner Obhutspflichtverletzung gemäß § 242 BGB entgegen halten kann⁶⁷⁹. 145

Davon für den Fall abzuweichen, dass der Mieter wegen Untauglichkeit der Mietsache zum Wohnen die Mietzahlung einstellt, ist nicht gerechtfertigt⁶⁸⁰. Insbesondere ist der Mieter nicht unter den gleichen Voraussetzungen wesentlich schlechter gestellt als im Falle der vom BGH früher vertretenen sog. haftungsrechtlichen Lösung⁶⁸¹. Denn dem Vermieter steht auch für die Zeit bis zur Beendigung des Mietvertrages ein Anspruch auf Zahlung der Miete oder jedenfalls einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB zu und für die Zeit danach ein Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls, wofür er allerdings vorrangig seinen Gebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen hat. Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag durch ordentliche Kündigung des Mieters oder durch Mietaufhebungsvereinbarung beendet wurde. Wenn der Mieter die Zerstörung der Mietsache zu vertreten hat, ist er gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB bis zur Beendigung des Mietvertrages weiterhin zur Zahlung der Miete oder jedenfalls einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB verpflichtet⁶⁸². Eine Pflicht des Vermieters zur vorrangigen Inanspruchnahme des Gebäudeversicherers besteht insoweit nicht, da es an einem Mietausfallsschaden im Sinne der vom Vermieter abgeschlossenen Wohngebäudeversicherung fehlt. Denn im vorliegenden Fall sieht der vom Vermieter abgeschlossene Wohngebäudeversicherungsvertrag, dem die Allgemeinen Wohngebäude-Versicherungsbedingungen 2003 (VGB 2003) zugrunde liegen, den Ersatz des Mietausfallsschadens (nur) für den Fall vor, dass der Mieter infolge eines Versicherungsfalles - hier: Wohnungsbrand - berechtigt ist, die Zahlung der Miete ganz oder teilweise zu verweigern. Eine solche Berechtigung besteht im Streitfall gerade nicht, weil der Mangel der Mietsache aus dem Risikobereich des Mieters stammt. Ein (versicherungsrechtlicher) Mietausfallsschaden liegt auch insoweit nicht vor, als dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses zwar kein Mietzahlungsanspruch, aber mangels Rückgabe der Mietsache bis zur Beendigung des Mietvertrages stattdessen ein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB in Höhe der vereinbarten Miete zusteht.

Aus der Anwendung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Lösung ergibt sich aber eine Verpflichtung des Vermieters, hinsichtlich der für den Zeitraum ab der Beendigung des Mietvertrages begehrten Zahlung vorrangig seinen Wohngebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang im Anschluss an ein Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig (NJW-RR 2009, 307, 308)

Der Annahme eines Mietausfallsschadens ist auch gerechtfertigt, wenn die Berechtigung des Mieters, die Mietzahlung zu verweigern, nicht unmittelbar auf dem Versicherungsfall, sondern auf einer deswegen erfolgten Kündigung des Mieters beruht. Macht der Mieter

⁶⁷⁹ BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381 unter II 3; BGH vo.10.11.2006 - V ZR 62/06, NJW 2007, 292 Rz. 7; jeweils m.w.N.

⁶⁸⁰ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

⁶⁸¹ vgl. BGH v. 13.12.1995 - VIII ZR 41/95, BGHZ 131, 288, 292 ff.

⁶⁸² vgl. OLG Düsseldorf, RuS 2004, 23; LG Frankfurt/Main, ZMR 2006, 776 und 779; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 50; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 378; Bruck/Möller/Johannsen, 9. Aufl., VGB 2008/2010 A, § 9 VVG Rz. 2; Veith/Gräfe/Hoenicke, Der Versicherungsprozess, 2. Aufl., § 2 Rz. 64.

infolge des Versicherungsfalles von einem ihm zustehenden Recht zur Kündigung des Mietverhältnisses Gebrauch, ist er ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung zur Verweigerung der Mietzahlung im Sinne der hier bestehenden Gebäudeversicherung berechtigt. Dem Vermieter entsteht mithin ein Mietausfallschaden. Der Umstand, dass der Mieter den Wohnungsbrand durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Denn auch in diesem Fall besteht grundsätzlich ein Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses.

Für den Fall einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses gilt im Grundsatz nichts anderes⁶⁸³. Jedenfalls dann, wenn die Parteien vor dem Hintergrund, dass der zur ordentlichen Kündigung berechtigte Mieter, erkennbar eine Beendigung des Mietverhältnisses infolge des Schadensereignisses anstrebt, das Mietverhältnis zu einem dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer möglichen ordentlichen Kündigung des Mieters entsprechenden oder zu einem späteren Zeitpunkt einvernehmlich beenden, ist von einem Mietausfall und einer Pflicht des Vermieters zur vorrangigen Inanspruchnahme des Gebäudeversicherers auszugehen. Denn es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, den Mieter in einem solchen Fall nur wegen des vorhandenen Einverständnisses des Vermieters mit der Vertragsbeendigung schlechter zu stellen, als er bei Ausübung seines Rechts zur ordentlichen Kündigung stünde.

19 Vermieterpfandrecht

19.1 Schicksal des Vermieterpfandrechts beim Vermieterwechsel

Gemäß §§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB tritt der Erwerber eines vermieteten Grundstücks anstelle des Veräußerers als Vermieter in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, jedoch mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat⁶⁸⁴.

Hieraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dem dem Erwerber zustehenden Vermieterpfandrecht gemäß §§ 578 Abs. 1, 562 Abs. 1 Satz 1 BGB unterfielen nur die im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch im Eigentum des Mieters stehenden Sachen⁶⁸⁵.

Richtig ist zwar, dass hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche durch den Eigentumsübergang und das Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber gemäß § 566 BGB eine Zäsur eintritt. Die schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter, und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu⁶⁸⁶, weshalb die

⁶⁸³ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

⁶⁸⁴ st. Rspr., vgl. BGH v. 15.10.2014 - XII ZR 163/12, WuM 2014, 733; BGH v. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 25 m.w.N.

⁶⁸⁵ BGH v. 15.10.2014 - XII ZR 163/12, WuM 2014, 733.

⁶⁸⁶ st. Rspr., vgl. BGH v. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 32 m.w.N.; zur Ausnahme bei Nebenkosten vgl. BGH v. 29.9.2004 - XII ZR 148/02, NZM 2005, 17.

Wirkung der Zäsur auch mit dem Begriff "Fälligkeitsprinzip" umschrieben 147 wird⁶⁸⁷. Diese Zäsur bewirkt aber keinen Einschnitt dergestalt, dass der vor ihr liegende Zeitraum bei der Bestimmung des Inhalts der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten i.S.d. § 566 Abs. 1 BGB unberücksichtigt bliebe.

Mit Hilfe des Fälligkeitsprinzips wird die Frage beantwortet, welche mietvertraglichen Rechte und Pflichten infolge eines Eigentumsübergangs dem Erwerber und welche dem Veräußerer zuzurechnen sind⁶⁸⁸. Für den Inhalt der so als dem Erwerber zuzurechnend ermittelten Rechte und Pflichten bleibt die Zäsur hingegen ohne Auswirkung. Insoweit ordnet § 566 Abs. 1 BGB an, dass der Erwerber an die Stelle des Veräußerers tritt, so dass seine Rechte und Pflichten inhaltlich mit denen übereinstimmen, die dem Veräußerer bei Hinwegdenken des Eigentumsübergangs zustünden bzw. ihn träfen.

Soweit es für den Inhalt der mietvertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Erwerber und Mieter auf den Beginn des Mietverhältnisses ankommt, ist deshalb auf den Beginn des ursprünglichen Mietverhältnisses zwischen Veräußerer und Mieter abzustellen⁶⁸⁹. Dies hat beispielsweise zur Folge, dass für das neue Mietverhältnis, sofern es Wohnraum betrifft, gemäß § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB ggf. längere Kündigungsfristen gelten⁶⁹⁰. Auch die 30-Jahresfrist des § 544 Satz 1 BGB wird vom ursprünglichen Überlassungszeitpunkt ab berechnet und beginnt nicht etwa mit dem Eigentumswechsel neu zu laufen⁶⁹¹.

Aus dem gleichen Grund laufen sonstige vertragliche Fristen wie die für Mieterhöhungen und Schönheitsreparaturen ebenso unbeschadet der Zäsur weiter⁶⁹² wie der im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bestehende Verzug des Veräußerers in der Person des Erwerbers fortwirkt⁶⁹³.

Der Eigentumsübergang ist nicht der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine in die Mieträume eingebrachte Sache dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers unterfällt⁶⁹⁴. Vielmehr kommt es gemäß § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB auch insoweit auf den Zeitpunkt der Einbringung der Sache in die Mieträume an. Eine Sicherungsübereignung der Sache im Zeitraum zwischen ihrer Einbringung in die Mieträume und dem Eigentumswechsel verhindert daher nicht, dass das Vermieterpfandrecht des Erwerbers die Sache erfasst. Das gesetzliche Vermieterpfandrecht entsteht gemäß § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Einbringung der dem Mieter gehörenden Sache in die Mieträume. Dies gilt auch, soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert. Der Zeitpunkt der Einbringung bestimmt daher entsprechend §§ 1257, 1209 BGB den Rang des Vermieterpfandrechts im Verhältnis zu anderen Pfandrechten⁶⁹⁵. Dabei gelten auch sol-

⁶⁸⁷ vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 86 m.w.N.

⁶⁸⁸ vgl. BGH v. 29.9.2004 - XII ZR 148/02, NZM 2005, 17.

⁶⁸⁹ BGH v. 15.10.2014 - XII ZR 163/12, WuM 2014, 733.

⁶⁹⁰ *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 566 BGB Rz. 69 und § 573c BGB Rz. 10; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 8; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573c BGB Rz. 12; vgl. auch OLG Hamm, NJW 1981, 584 zu § 565 Abs. 2 BGB a.F.

⁶⁹¹ OLG Karlsruhe, OLGR 2008, 367 (368); vgl. auch OLG Düsseldorf, NJWE-MietR 1997, 155 (157) zu § 567 BGB a.F.

⁶⁹² MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 565 BGB Rz. 16; NK-BGB/*Hinz*, 2. Aufl., § 565 BGB Rz. 17.

⁶⁹³ BGH v. 9.2.2005 - VIII ZR 22/04, NJW 2005, 1187 (1188).

⁶⁹⁴ BGH v. 15.10.2014 - XII ZR 163/12, WuM 2014, 733.

⁶⁹⁵ BGHZ 170, 196 = NZM 2007, 212 Rz. 11 m.w.N.; BGH v. 20.3.1986 - IX ZR 42/85, NJW 1986, 2426 (2427).

che Sachen des Mieters als eingebracht, die sich schon vor Beginn des Mietverhältnisses in den Mieträumen befunden haben und die der Mieter dann in den Mieträumen belässt⁶⁹⁶. Ein gutgläubiger Erwerb des Vermieterpfandrechts ist hingegen nicht möglich⁶⁹⁷. Eine erst nach der Einbringung - auch durch Raumsicherungsübereignungsvertrag - erfolgende Sicherungsübereignung der Sache des Mieters lässt das bereits entstandene Pfandrecht des Vermieters unberührt. Dieses genießt insoweit Vorrang⁶⁹⁸.

Dabei geht das Vermieterpfandrecht des Veräußerers nicht auf den Erwerber über⁶⁹⁹. Denn der Erwerber ist nicht der Rechtsnachfolger des Veräußerers, sondern es findet ein unmittelbarer Rechtserwerb kraft Gesetzes statt⁷⁰⁰. Daher entsteht neben dem Vermieterpfandrecht des Veräußerers, das dessen Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert, ein eigenständiges Vermieterpfandrecht des Erwerbers⁷⁰¹.

Dieses Vermieterpfandrecht bleibt seinem Umfang nach nicht hinter demjenigen des Veräußerers zurück und wird insbesondere nicht durch eine Sicherungsübereignung nach Einbringung der Sache berührt. Vielmehr ist für die Frage, ob dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers die bei Eigentumsübergang in den Mieträumen befindlichen Sachen unterfallen, ebenfalls der Zeitpunkt von deren Einbringung maßgeblich, so dass die Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber insoweit dieselben Sachen erfassen⁷⁰². Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Erwerber gemäß § 566 Abs. 1 BGB an die Stelle des Veräußerers tritt. Die Vorschrift weist ihm die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte - um ein solches handelt es sich bei dem Vermieterpfandrecht - und Pflichten mithin in dem Umfang zu, den sie ohne den Eigentumsübergang beim Veräußerer hätten. Das im Augenblick des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes entstehende neue Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter hat uneingeschränkt denselben Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat⁷⁰³, und übernimmt dabei auch Überlassungszeitpunkt, Vertragsbeginn und vertragliche Fristläufe. Daher ist es folgerichtig, als Zeitpunkt der Entstehung auch des Vermieterpfandrechts des Erwerbers den des ursprünglichen Einbringens i.S.d. § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen.

⁶⁹⁶ BeckOK BGB/Ehlert, [Stand 1.8.2012], § 562 BGB Rz. 11; Bub/Treier/von der Osten, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III Rz. 2190; MünchKomm/Artz, 6. Aufl. § 562 BGB Rz. 12; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 11. Aufl., § 562 BGB Rz. 33.

⁶⁹⁷ BGHZ 34, 153 = NJW 1961, 502 (503); allgemein zum gesetzlichen Pfandrecht: BGHZ 119, 75 = NJW 1992, 2570 (2574); BGHZ 87, 274 = NJW 1983, 2140 (2141).

⁶⁹⁸ BGH BGHZ 117, 200 = NJW 1992, 1156 (1157); BGH v. 4.12.2003 - IX ZR 222/02, NJW-RR 2004, 772 (773).

⁶⁹⁹ daher missverständlich: jurisPK-BGB/Mössner, 6. Aufl., § 562 BGB Rz. 12; Müller/Walther/Kellendorfer, Miet- und Pachtrecht, [Stand: November 2011], § 562 BGB Rz. 28; Prütting/Wegen/Weinreich/Riecke, 8. Aufl., § 562 BGB Rz. 35; Schmid/Harz/Riecke, Fachanwaltskommentar Mietrecht, § 562 BGB Rz. 56; Spielbauer/Schneider/Kellendorfer, Mietrecht, § 562 BGB Rz. 28; Staudinger/Emmerich, [2014], § 562 BGB Rz. 35.

⁷⁰⁰ BGH v. 3.5.2000 - XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346; BGH v. 23.2.2012 - IX ZR 29/11, NJW 2012, 1881 Rz. 17; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NJW 2008, 2256 Rz. 17.

⁷⁰¹ vgl. BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. August 2012], § 562 Rz. 7; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 562 BGB Rz. 15; MünchKomm/Artz, 6. Aufl. § 562 BGB Rz. 24; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 11. Aufl., § 562 BGB Rz. 55.

⁷⁰² vgl. BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. August 2012], § 562 BGB Rz. 7; Jaeger/Henckel, § 50 InsO Rz. 37; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 11. Aufl., § 562 BGB Rz. 55; Spielbauer/Schneider/Kellendorfer, Mietrecht, § 562 BGB Rz. 28.

⁷⁰³ BGH v. 3.5.2000 - XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346.

Dass das Vermieterpfandrecht nicht vor Beginn des Mietverhältnisses entste- 149

hen kann⁷⁰⁴, steht dem somit nicht entgegen. Denn wegen § 566 Abs. 1 BGB ist der ursprüngliche Vertragsbeginn auch für das neue Vertragsverhältnis maßgeblich. Dieses Ergebnis entspricht zudem Sinn und Zweck des § 566 Abs. 1 BGB. Bei dieser Norm handelt es sich um eine mieterschützende Vorschrift. Sie bezweckt, dem Mieter gegenüber dem neuen Vermieter die Rechtsposition zu erhalten, die er aufgrund des Mietvertrages hätte, wenn der frühere Vermieter Eigentümer geblieben wäre⁷⁰⁵. Dagegen soll sie keine Besserstellung des Mieters, dessen Vermieter veräußerungsbedingt gewechselt hat, gegenüber dem Mieter ohne Vermieterwechsel bewirken. Eine derartige Besserstellung wäre aber die Folge der vom Berufungsgericht vertretenen Rechtsauffassung. Denn diese würde dazu führen, dass die sicherungsübereigneten Sachen für die ab dem Eigentumsübergang entstehenden Neuverbindlichkeiten nicht mehr dem Vermieterpfandrecht unterfielen. Demgegenüber hat eine nachträgliche Sicherungsübereignung der eingebrachten Sachen bei unverändertem Vermieter keinen Einfluss auf den Umfang des Vermieterpfandrechts⁷⁰⁶, das auch erst zukünftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert⁷⁰⁷. Im Übrigen stehen die Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber gleichrangig nebeneinander⁷⁰⁸. Denn ein solcher Gleichrang kann nur bestehen, wenn beide Pfandrechte den gleichen Entstehungszeitpunkt haben⁷⁰⁹. Andernfalls müsste das Vermieterpfandrecht des Veräußerers nach dem gemäß §§ 1257, 1209 BGB geltenden Prioritätsprinzip Vorrang genießen. Für einen solchen Vorrang ist auch kein durchgreifender Grund ersichtlich. Das Vermieterpfandrecht trägt dem Sicherheitsbedürfnis des Vermieters Rechnung. Dieses ist für Veräußerer und Erwerber nicht unterschiedlich, nachdem sich die vor und nach dem Eigentumsübergang bestehenden Mietverhältnisse inhaltlich entsprechen. Daraus, dass in § 566a BGB eine ausdrückliche Regelung für vom Mieter ge-

⁷⁰⁴ BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. August 2012], § 562 BGB Rz. 11; Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 562 BGB Rz. 11; Bub/Treier/von der Osten, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III Rz. 2190; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 562 BGB Rz. 6; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 562 BGB Rz. 25; zum "vorzeitigen Einzug" vgl. Staudinger/Emmerich, [2014], § 562 BGB Rz. 11.

⁷⁰⁵ BGH v. 9.2.2005 - VIII ZR 22/04, NJW 2005, 1187 (1188).

⁷⁰⁶ BGH BGHZ 117, 200 = NJW 1992, 1156 (1157); BGH v. 20.6.2005 - II ZR 189/03, NJW-RR 2005, 1328 (1329); BGH v. 4.12.2003 - IX ZR 222/02, NJW-RR 2004, 772 (773).

⁷⁰⁷ BGH BGHZ 170, 196 = NZM 2007, 212 Rz. 11 m.w.N.; BGH v. 20.3.1986 - IX ZR 42/85, NJW 1986, 2426 (2427).

⁷⁰⁸ so die nahezu einhellige Literaturlauffassung, vgl. BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. August 2012], § 562 BGB Rz. 7; Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 566 BGB Rz. 92; Bub/Treier/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II Rz. 2682; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 562 BGB Rz. 15; Herrlein/Kandelhard/Herrlein, Mietrecht, 4. Aufl., § 562 BGB Rz. 19; Jaeger/Henckel, § 50 InsO Rz. 37; jurisPK-BGB/Mössner, 6. Aufl., § 562 BGB Rz. 12; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 562 BGB Rz. 53; Lützenkirchen/Dickersbach, Mietrecht, § 562 BGB Rz. 36; in Müller/Walther/Kellendorfer, Miet- und Pachtrecht, [Stand: November 2011], § 562 BGB Rz. 28; MünchKomm/Artz, 6. Aufl., § 562 BGB Rz. 24; MünchKomm/Ganter, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 91a; Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl., § 566 BGB Rz. 17; Prütting/Wegen/Weinreich/Riecke, 9. Aufl., § 562 BGB Rz. 35; RGRK/Gelhaar, 12. Aufl., § 571 BGB Rz. 22; Schmid/Harz/Riecke, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 562 BGB Rz. 56; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 11. Aufl., § 562 BGB Rz. 55; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 142; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 566 BGB Rz. 21 a.E.; Spielbauer/Schneider/Kellendorfer, Mietrecht, § 562 BGB Rz. 28; Staudinger/Emmerich, [2014], § 562 BGB Rz. 35; Stern/Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, 4. Aufl., S. 557; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1404; a.A. - soweit ersichtlich - lediglich in Bub/Treier/von der Osten, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III Rz. 2224: Vorrang des Alt-Eigentümers.

⁷⁰⁹ dies ausdrücklich bejahend Jaeger/Henckel, § 50 InsO Rz. 37; MünchKomm/Ganter, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 91a; RGRK/Gelhaar, 12. Aufl., § 571 BGB Rz. 22; Stern/Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, 4. Aufl., S. 557.

leistete vertragliche Sicherheiten getroffen ist, folgt nichts anderes. Mit dieser 150 - hinsichtlich des Eintritts des Erwerbers im Wesentlichen § 572 BGB a.F. entsprechenden - Bestimmung wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass der Anspruch des Mieters auf Rückgabe der Sicherheit nicht zu den von § 571 BGB a.F. (als der Vorgängervorschrift des § 566 BGB) erfassten Rechten und Pflichten gehörte⁷¹⁰. Für das Vermieterpfandrecht als gesetzliche Sicherheit bedurfte es keiner gesonderten Regelung, weil es zu den sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechten gehört, die schon von der Bestimmung des § 566 Abs. 1 BGB erfasst sind. Mithin verbleibt es mangels Sonderregelung insoweit bei den allgemeinen Grundsätzen zum Eintritt des Erwerbers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten.

Schließlich gebietet auch der Grundsatz, dass das Vermieterpfandrecht nicht zu einer übermäßigen Benachteiligung der übrigen Gläubiger des Mieters führen und deshalb der Begriff der durch das Vermieterpfandrecht gesicherten Forderungen nicht ausdehnend ausgelegt werden darf⁷¹¹, kein anderes rechtliches Ergebnis. Denn die übrigen Gläubiger werden dadurch, dass auch für das Vermieterpfandrecht des Erwerbers auf den Zeitpunkt des Einbringens der Sachen abgestellt wird, nicht schlechter gestellt als ohne Vermieterwechsel. Im Gegenteil würde die Auffassung des Berufungsgerichts zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung der übrigen Gläubiger führen, weil deren Mobilienvollstreckung kein Vermieterpfandrecht wegen nach dem Eigentumswechsel fällig gewordener Vermieterforderungen entgegenstünde.

19.2 Verbringen des Inventars in anderweitig vermietete Räume

Ob ein Vermieterpfandrecht erlischt, wenn Gegenstände des Mieters in anderweitig vermietete Räumlichkeiten verbracht werden, die sich auf dem Grundstück des Vermieters befinden, ist umstritten. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung, erlischt das Vermieterpfandrecht nicht, wenn der Gegenstand in andere vermietete Räumlichkeiten verbracht wird, solange es sich um das Grundstück des Vermieters handele, weil er sich dann noch in dem Machtbereich des Vermieters befinde⁷¹². Dagegen wird allerdings auch die Auffassung vertreten, dass sich das Vermieterpfandrecht nur auf Gegenstände erstrecke, die sich noch auf dem vermieteten Grundstück befinden⁷¹³. Unter Grundstück im Sinne des Gesetzes sei die Mietsache zu verstehen⁷¹⁴. Für das Entstehen des Vermieterpfandrechts sei erforderlich, dass die Sachen in die Mieträume eingebracht werden. Für den umgekehrten Fall könne nichts anderes gelten. Die Entfernung erfordere deshalb bei der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen nur das Herausschaffen der Sachen aus der Mietsache⁷¹⁵. Eine Ausdehnung des Sperrrechts des Vermieters auf nicht mitvermietete

⁷¹⁰ vgl. BGH BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857 (1858 f.); hiervon für den Kautionszahlungsanspruch abgrenzend BGHv. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 28.

⁷¹¹ BGHZ 60, 22 = WPM 1973, 148 (149).

⁷¹² Prot II. S. 207 f.; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, § 562a BGB Rz. 10; MünchKomm/Artz, 6. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; Palandt/Weidenkaff, 71. Aufl., § 562a BGB Rz. 4

⁷¹³ OLG Stuttgart v. 10.04.2008 - 13 U 139/07, juris, Tz. 11; Staudinger/Emmerich, 562a BGB Rz. 4; Blank/Börstinghaus, Miete, 562a BGB Rz. 3; Ehlert in BeckOK, BGB, § 562a BGB Rz. 4

⁷¹⁴ OLG Stuttgart v. 10.04.2008 - 13 U 139/07, juris, Tz. 11.

⁷¹⁵ Ehlert in BeckOK, § 562a BGB Rz. 4.

te Gebäude- und Grundstücksteile widerspreche auch offenkundig dem mieterschützenden Zweck der Vorschrift⁷¹⁶. 151

Das OLG Bremen⁷¹⁷ folgt der zuletzt genannten Auffassung. Den Interessen des Vermieters wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass er, sofern die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung seiner Forderung nicht ausreichen, der Entfernung aus der Mietsache widersprechen kann. Dass es solche Rückstände gegeben hat, ist nicht ersichtlich und wird von dem Beklagten auch nicht dargelegt, zumal im Zeitpunkt der Verwertung der Wert der Anlagen der Insolvenzschuldnerin ohne Weiteres zur Deckung der offenen Mietsforderungen ausgereicht hat. Letztlich führt eine Erstreckung des Vermieterpfandrechts auf Gegenstände, die sich in an Dritte vermieteten Räumlichkeiten befinden, auch zu zufälligen Ergebnissen, da das Erlöschen des Pfandrechts allein davon abhängt, ob derselbe Vermieter vorhanden ist.

19.3 Herausgabe der Nutzungen der Pfandsachen

Gemäß § 1257 BGB finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht wie z.B. das nach § 562 BGB entstandene Vermieterpfandrecht die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfand erfolgt nach eingetretener Pfandreife durch Verkauf (§ 1228 BGB). Nutzungen aus der Pfandsache stehen dem Pfandgläubiger zur Anrechnung auf die besicherte Forderung nur zu, wenn ein Nutzungspfand vereinbart ist (§ 1213 BGB). In dem Fall wird der Reinertrag der Nutzungen auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet (§ 1214 Abs. 1, 2 BGB). Eine solche Vorabbefriedigung ist - auch vor dem Hintergrund des in § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO normierten Aufrechnungsverbots - insolvenzfest, weil sich der Insolvenzgläubiger auf diese Weise nicht nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine zuvor nicht vorhandene Befriedigungsmöglichkeit verschafft, sondern bereits mit der Bestellung eines solchen Pfandrechts und somit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine die Nutzungen umfassende Sicherheit und das daraus resultierende Vorabbefriedigungsrecht entstanden waren.

Ist kein Nutzungspfand vereinbart und zieht der Pfandgläubiger Nutzungen aus dem Pfand, ohne dass ein Nutzungsrecht oder ein Nutzungspfand vereinbart war, so ist anerkannt, dass die gezogenen Nutzungen wirtschaftlich dem Pfandschuldner zustehen⁷¹⁸. Allerdings ist in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, ob dies auf § 1214 Abs. 2 BGB beruht, sei es, dass die Vorschrift auf die unberechtigte Früchteziehung analoge Anwendung findet⁷¹⁹, oder dass die Vorschrift unmittelbar anwendbar ist, weil der Pfandschuldner durch seine Klage auf Auskehrung des Reinertrags der Nutzungen das an sich gesetzeswidrige Früchteziehen nachträglich genehmigt hat⁷²⁰ oder darauf, dass der

⁷¹⁶ Staudinger/*Emmerich*, 562a BGB Rz. 4.

⁷¹⁷ OLG Bremen v. 18.7.2013 - 5 U 7/13, ZMR 2014, 30.

⁷¹⁸ grundlegend RGZ 105, 408 (409 f.).

⁷¹⁹ so in einem obiter dictum BGH v. 26.9.2006 - XI ZR 156/05, NJW 2007, 216 Rz. 23; vgl. auch Staudinger/*Wiegand*, [2002], § 1214 BGB Rz. 5; MünchKomm/*Damrau*, 6. Aufl., § 1214 BGB Rz. 6.

⁷²⁰ vgl. RGZ 105, 408 (409).

Pfandgläubiger mit der Vermietung des Inventars ein fremdes Geschäft besorgt 152
und das Erlangte nach den §§ 681, 667 BGB herauszugeben hat⁷²¹.

Eine analoge Anwendung des § 1214 Abs. 2 BGB würde allerdings dazu führen, dass der Pfandgläubiger durch eigenmächtige Fruchtziehung eine größere Sicherheit in Anspruch nähme, als ihm vertraglich zugestanden ist⁷²². Dies widerspräche den Wertungen des § 1213 BGB, wonach sich die Sicherheit nur dann auf die Nutzungen erstreckt, wenn zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner eine ausdrückliche Vereinbarung darüber getroffen ist (Nutzungspfand). Fehlt es an dieser Abrede und ist die Pfandsache nicht von Natur fruchttragend (§ 1213 Abs. 2 BGB), soll der Pfandgläubiger nach den gesetzlichen Wertungen gerade nicht berechtigt sein, die Reinerträge der von ihm gezogenen Nutzungen auf die Forderung anzurechnen. Es liegt somit schon keine planwidrige Regelungslücke vor.

Ebenso kann ohne besondere Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, dass der Mieter durch seine Klage auf Auskehrung des Reinertrags der Nutzungen das an sich gesetzeswidrige Früchteziehen nachträglich genehmigt hat⁷²³. Denn soweit die nachträgliche Genehmigung der Fruchtziehung nach der pfandrechtlichen Systematik wiederum eine Anrechnung nach § 1214 Abs. 2 BGB zur Folge hätte, würde der auf Auszahlung gerichtete Klagezweck verfehlt. Die Anrechnung der Reinerträge auf eine Mietforderung, die in der Insolvenz des Mieters ansonsten eine einfache Insolvenzforderung (§§ 38, 174 ff. InsO) darstellt, erfüllt für den Insolvenzverwalter keinen erstrebenswerten Zweck. Deshalb kann seine auf Zahlung gerichtete Klage nicht als nachträgliche Zustimmung zur Fruchtziehung im Sinne eines nach § 1214 Abs. 2 BGB anzurechnenden Nutzungspfands verstanden werden.

Rechtlich zutreffend ist jedenfalls die bereits vom Reichsgericht⁷²⁴ erwogene Herleitung aus den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag⁷²⁵. Ohne vereinbartes Nutzungspfand steht dem Pfandgläubiger nicht zu, Nutzungen aus der Pfandsache zu ziehen, weil dies der Verwahrungspflicht nach § 1215 BGB widerspricht⁷²⁶. Zieht der Pfandgläubiger gleichwohl ihm nicht zustehende Nutzungen, besorgt er ein Geschäft des Pfandschuldners entweder für diesen (§ 677 BGB) oder als eigenes Geschäft (vgl. § 687 Abs. 2 BGB). In jedem Fall hat er das dadurch Erlangte gemäß §§ 681 Satz 2, 667 BGB an den Pfandschuldner herauszugeben. Der Pfandgläubiger kann das Herauszugebende nicht gemäß § 1214 Abs. 2 BGB auf die Forderung anrechnen, weil der Ertrag der Nutzungen ohne eine hierüber getroffene Vereinbarung (§ 1213 Abs. 1 BGB) weder zur Erhöhung der Sicherheit noch zur Vorabbefriedigung des Pfandgläubigers bestimmt ist.

Die Herausgabepflicht trifft auch den Insolvenzverwalter, der die Fruchtziehung als Pfandgläubiger fortsetzt und die Erträge für die Masse einnimmt⁷²⁷. Der auf §§ 681 Satz 2, 667 BGB gründende Herausgabeanspruch gehört, soweit er nach Eröffnung der Insolvenz

⁷²¹ vgl. RGZ 105, 408 (409 f.).

⁷²² BGH v. 17.9.2014 - XII ZR 140/12, NZM 2014, 865 = DWW 2014, 372.

⁷²³ BGH v. 17.9.2014 - XII ZR 140/12, NZM 2014, 865 = DWW 2014, 372.

⁷²⁴ RGZ 105, 408 (409 f.).

⁷²⁵ BGH v. 17.9.2014 - XII ZR 140/12, NZM 2014, 865 = DWW 2014, 372.

⁷²⁶ MünchKomm/Damrau, 6. Aufl., § 1213 BGB Rz. 2.

⁷²⁷ BGH v. 17.9.2014 - XII ZR 140/12, NZM 2014, 865 = DWW 2014, 372.

über das Vermögen des Pfandgläubigers entsteht, zu den Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Ob und unter welchen Voraussetzungen der Pfandgläubiger den gegen ihn gerichteten Herausgabeanspruch mit der gesicherten Forderung zumindest ab Pfandreife (§ 1228 Abs. 2 BGB) gemäß § 387 BGB aufrechnen könnte, bedarf keiner Entscheidung. Denn im Revisionsverfahren stehen nur noch Ansprüche aus Nutzungen im Streit, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Pfandschuldners gezogen worden sind. Die in dieser Zeit entstandenen Herausgabeansprüche können wegen § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht gegen die noch offen stehende Mietschuld aufgerechnet werden.

Aus den Vorschriften über die Verwertung von Gegenständen mit Absonderungsrechten (§§ 50, 165 ff. InsO) ergibt sich nichts anderes⁷²⁸. Zwar müsste der Mieter/Insolvenzverwalter, wenn er die Sachen selbst in Besitz hielte und für die von ihm verwaltete Insolvenzmasse benutzte, den dadurch entstehenden Wertverlust von der Eröffnung seines Insolvenzverfahrens an durch laufende Zahlungen an den Vermieter als Pfandgläubiger ausgleichen (§ 172 Abs. 1 InsO). Durch diese Regelung soll einerseits der Erhalt insolvenzbefangener Unternehmen als Ganzes geschützt, andererseits sichergestellt werden, dass der absonderungsberechtigte Sicherungsnehmer trotz gegebener Pfandreife keine weitere Wertschmälerung seiner Sicherheit durch die laufende Benutzung für die Insolvenzmasse hinnehmen muss. Dieser, dem Aufopferungsgedanken folgende Nachteilsausgleich bewirkt aber weder, dass dem absonderungsberechtigten Sicherungsnehmer die Nutzungen des Sicherungsgutes zugewiesen wären⁷²⁹, noch hat er Ausstrahlungswirkung auf den Fall, in dem der Pfandgläubiger die Sachen selbst in Besitz hat und Nutzungen zieht, ohne hierzu durch ein Nutzungspfand berechtigt zu sein. Die Insolvenz des Mieters bewirkt insoweit keine Erweiterung der Verwertungsmöglichkeiten des Vermieters.

20 Vermieterwechsel

Voraussetzung für die wirksame Begründung der Vermieterstellung ist, dass die Erbengemeinschaft hinreichend bestimmbar bezeichnet ist. Das ist grundsätzlich nicht der Fall, wenn als Vermieter die „Erbengemeinschaft S“ angegeben ist⁷³⁰, zumal wenn damit nicht alle Mitglieder der Erbengemeinschaft identifizierbar sind.

Im Mietvertrag ist als Vermieter angegeben „S.-B., P.“, vertreten durch die Hausverwaltung N. K., der den Mietvertrag zugleich „als Vermieter“ unterzeichnet hat⁷³¹. Zwar sind mit der vorgenannten Bezeichnung nicht alle Mitglieder der Eigentümergemeinschaft einzeln als Eigentümer, die bei Vertragsabschluss von dem Hausverwalter vertreten worden sind, als Vermieter benannt. Dies ist für die Wahrung der Identität indes nicht zwingend erforderlich. Ungeachtet der Frage, ob der Mietvertrag in der vorliegenden Fassung insoweit nicht bereits einer Auslegung dahingehend zugänglich ist, dass die Erbengemein-

⁷²⁸ BGH v. 17.9.2014 - XII ZR 140/12, NZM 2014, 865 = DWW 2014, 372.

⁷²⁹ vgl. MünchKomm/Tetzlaff, 3. Aufl., § 172 InsO Rz. 1.

⁷³⁰ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389; LG Hamburg v. 20.12.2012 - 307 S 78/12, ZMR 2013, 349.

⁷³¹ OLG Saarbrücken v. 15.5.2013 - 2 U 7/13, MDR 2013, 962 = ZMR 2014, 35.

schaft „S.-B., P.“ Vermieter ist⁷³², ist jedenfalls nach § 566 BGB analog das 154 Identitätserfordernis gewahrt. Nach der maßgeblich in der Literatur vertretenen Auffassung ist eine analoge Anwendung des § 566 BGB dann gerechtfertigt, wenn ein Dritter, so beispielsweise der Hausverwalter, Treuhänder oder eine Gesellschaft, deren Gesellschaftern das Grundstück gehört, zwar im eigenen Namen, aber doch letztlich für den Eigentümer gehandelt hat, ebenso bei einer Vermietung durch einen von mehreren Miteigentümern oder einen von mehreren Gesellschaftern einer Eigentümergesellschaft oder bei einer Vermietung durch mehrere Personen, die aber nicht alle Eigentümer sind⁷³³. In Anlehnung an diese Auffassung sind die veräußernden Eigentümer, vertreten durch den Hausverwalter, der nicht im eigenen Namen gehandelt hat, „erst recht“ wirksam Mietvertragspartei geworden. Dass der Hausverwalter wirksam bevollmächtigt worden ist, für die Eigentümer zu handeln, wird von dem darlegungs- und beweispflichtigen Erwerber⁷³⁴ nicht in Frage gestellt. Auch der Umstand, dass der Verwalter neben seine Unterschrift den (schlecht leserlichen) Zusatz (wohl) „i.A.“ gesetzt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil hierdurch unter den obwaltenden Umständen weder die Bevollmächtigung noch das Vertretungsverhältnis in Frage gestellt werden, zumal er ausdrücklich „als Vermieter“ unterzeichnet hat und nichts dafür spricht, dass sich der Hausverwalter bei Vertragsabschluss nicht im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung (Vertretungsmacht) gehalten hat⁷³⁵. Nichts anderes gilt nach dieser Auffassung, soweit der Erwerber dahingehend argumentiert, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur die Damen S. und B., wie im Mietvertrag bezeichnet, auf Vermieterseite aufgetreten seien. Denn auch in dem Fall, dass nur durch einen (oder mehrere) von mehreren Miteigentümern oder nur durch einen (oder mehrere) von mehreren Gesellschaftern einer Eigentümergesellschaft vermietet wird, ist eine analoge Anwendung des § 566 BGB geboten, weil das Handeln der Miteigentümer bzw. Mitgesellschafter - hier die Bevollmächtigung des Hausverwalters zum Mietvertragsabschluss durch die Damen S. und B. - nach Lage der Dinge von der Ermächtigung bzw. Genehmigung oder Zustimmung der übrigen Eigentümer / Gesellschafter gedeckt ist⁷³⁶. Dass die Beteiligten den Vertrag als mit der vorbezeichneten Eigentümergemeinschaft abgeschlossen betrachtet haben, wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass der Mietvertrag in Vollzug gesetzt und über Jahre, gar Jahrzehnte, „gelebt“ worden ist⁷³⁷.

21 Vorkaufrecht

Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen Wohnungseigentum im Sinne von § [577](#) Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB "begründet werden soll", wenn ein ungeteiltes Mehrfamilienhaus veräußert wird.

⁷³² BGH v. 2.6.2010 - XII ZR 110/08, ZMR 2010, 844 = NZM 2010, 704 = GE 2010, 973.

⁷³³ vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 67 ff, m.z.w.N.; Staudinger/Emmerich, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB Rz. 21 ff.

⁷³⁴ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 71.

⁷³⁵ Palandt/Ellenberger, , 73. Aufl., Einf. V. § 164 BGB Rz. 11.

⁷³⁶ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 71; Staudinger/Emmerich, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB Rz. 21 ff. m.w.N.; siehe auch Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566 BGB Rz. 33, m.w.N.; OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1278.

⁷³⁷ vgl. BGH, NJW 2002, 3389; OLG Düsseldorf, ZMR 1994, 505.

Nach überwiegender Ansicht setzt die Entstehung des Vorkaufsrechts zum einen voraus, dass bei Abschluss des Kaufvertrages beabsichtigt gewesen sei, Wohnungseigentum zu begründen; zum anderen müsse die von dem Mieter bewohnte Wohnung einen rechtlich bestimmten oder zumindest bestimmbar Teil des Vertragsgegenstands bilden⁷³⁸.

Im Hinblick auf die erste Voraussetzung wird uneinheitlich beantwortet, wann die Umwandlungsabsicht ausreichend manifestiert ist.

Teilweise wird vertreten, es genüge schon, dass sich die Umwandlungsabsicht in einer "beliebigen äußeren Form konkretisiert" habe⁷³⁹, etwa wenn im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eine Abgeschlossenheitsbescheinigung erteilt oder jedenfalls beantragt worden sei⁷⁴⁰. Nach ganz überwiegender Ansicht reichen reine Vorbereitungshandlungen - zu denen auch das Bewirken der Abgeschlossenheitsbescheinigung gezählt wird - dagegen nicht aus. Der gesetzlichen Regelung könne nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber die Ausübung des Vorkaufsrechts auch bei einer Gesamtveräußerung eines Grundstücks habe zulassen wollen, dessen Umwandlung in Wohnungseigentum noch nicht eingeleitet sei⁷⁴¹. Genügen soll es vornehmlich, wenn bei Vertragsschluss bereits eine Teilungserklärung nach § 8 WEG beurkundet ist⁷⁴². Ausreichen soll es auch, wenn sich der Verkäufer zu der Teilung verpflichtet⁷⁴³ oder die Parteien gegenseitige Vertragspflichten übernehmen, die die Begründung von Wohnungseigentum herbeiführen sollen⁷⁴⁴.

Ob die erforderliche Umwandlungsabsicht auch dann besteht, wenn erst die Erwerber Wohnungseigentum begründen sollen, ist streitig. Manche halten eine Teilungsvereinbarung der Erwerber gemäß § 3 WEG allgemein für ausreichend⁷⁴⁵. Überwiegend wird dies jedoch verneint⁷⁴⁶.

Die zweite Voraussetzung - die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des zukünftigen Wohnungseigentums - soll erfüllt sein, wenn die Wohnung in dem Kaufvertrag selbst als Teilobjekt so hinreichend bestimmt ist, dass sie in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil

⁷³⁸ so zu § 2b WoBindG a.F. KG, KGR 1994, 146, 148 - die Revision wurde nicht angenommen: Senat, Beschluss vom 24. März 1994 - V ZR 111/93, unveröffentl.; MünchKomm- BGB/Häublein, 6. Aufl., § 577 BGB Rz. 7; Soergel/Heintzmann, , 13. Aufl., § 577 BGB Rz. 3; Staudinger/Rolfs, [2011], § 577 BGB Rz. 23, 31; Emmerich/Sonnenschein/Rolfs, Miete, 10. Aufl., § 577 BGB Rz. 13; BeckOK BGB/Hannappel, Edition 26, § 577 BGB Rz. 8 f.; Heintz, Vorkaufsrecht des Mieters [1998], § 5 Rz. 150 ff., 176; Wirth, NZM 1998, 390, 392; vgl. auch BayObLGZ 1992, 100 ff. zu § 2b WoBindG a.F.

⁷³⁹ Staudinger/Rolfs, [2011], § 577 BGB Rz. 23.

⁷⁴⁰ Staudinger/Rolfs, [2011], § 577 BGB Rz. 23; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, § 577 BGB, 4. Aufl., Rz. 8 f.; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 262.

⁷⁴¹ BayObLGZ 1992, 100, 109 zu § 2b Abs. 1 WoBindG aF).

⁷⁴² BayObLGZ 1992, 100, 109 iVm 106; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 16; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rz. 4184; Spielbauer/Krenek, Mietrecht, § 577 BGB Rz. 20 ff.; Mössner in: jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 577 Rz. 22 m.w.N.; Rüßmann, RNotZ 2012, 97, 110; F. Schmidt, WE 1993, 328, 334.

⁷⁴³ Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 17; Derleder, NJW 1996, 2817, 2821; Langhein, DNotZ 1993, 650, 654 f.

⁷⁴⁴ KG, KGR 1994, 146 ff.

⁷⁴⁵ Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XI 262; Wienicke, WuM 1980, 93, 96 zu § 2b WoBindG aF). Überwiegend wird dies jedoch verneint (Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rn. 19; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rn. 16; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 4184; BeckOK BGB/Hannappel, Edition 26, § 577 Rn. 8; Wirth, NZM 1998, 390, 392

⁷⁴⁶ Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 19; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 16; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rz. 4184; BeckOK BGB/Hannappel, Edition 26, § 577 BGB Rz. 8; Wirth, NZM 1998, 390, 392.

an dem Grundstück der rechtlich selbständige Gegenstand eines rechtsgültigen Kaufvertrags sein kann⁷⁴⁷. Dafür ist es als ausreichend angesehen worden, dass bei Abschluss des Kaufvertrags ein Aufteilungsplan vorlag⁷⁴⁸. Nicht genügen soll es dagegen, wenn das Grundstück "als Ganzes" verkauft wird⁷⁴⁹. 156

Gesondert betrachtet werden häufig sog. "Erwerbermodelle", bei denen ein Mietshaus mit mehreren Wohnungen en bloc an eine Mehrheit von Erwerbern verkauft wird, die erst nach dem Erwerb Wohnungseigentum begründen wollen, um die neu geschaffenen Einheiten später jeweils selbst zu nutzen. Hier soll nach verbreiteter Ansicht ein Vorkaufsrecht auch dann entstehen, wenn auf die Erwerber nicht unmittelbar Wohnungseigentum übertragen wird, sondern andere rechtsgeschäftliche Gestaltungsformen gewählt werden, wie etwa die Begründung von Miteigentum und die anschließende Schaffung von Wohnungseigentum⁷⁵⁰. Gegenstand des Vorkaufsrechts sei der betroffene Miteigentumsanteil⁷⁵¹. Teilweise wird darüber hinaus gefordert, dass jedem Erwerber von vornherein eine hinreichend bestimmte Wohnung zur alleinigen Nutzung zugewiesen sein müsse⁷⁵². Wieder andere halten auch mit Blick auf Erwerbermodelle daran fest, dass das Vorkaufsrecht nur dann entstehe, wenn die Umwandlung durch den Veräußerer erfolge, nicht aber, wenn erst die Erwerber eine Teilung gemäß § 3 WEG vereinbarten⁷⁵³.

Der BGH⁷⁵⁴ entscheidet die Streitfrage dahingehend, dass das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB bei dem Verkauf eines (noch) ungeteilten Mehrfamilienhauses im Grundsatz nur dann entsteht, wenn sich der Veräußerer vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohnungseigentumseinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist; dies gilt auch im Fall eines Erwerbermodells. Der Wortlaut der Vorschrift, wonach Wohnungseigentum "begründet werden soll", ist für die Anforderungen an die Entstehung des Vorkaufsrechts im Einzelnen unergiebig. Er lässt offen, ob die Parteien des Kaufvertrages die Umwandlung vereinbaren müssen, ob die erkennbare subjektive Umwandlungsabsicht des Erwerbers ausreicht oder die Umwandlung nur objektiv mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit bevorstehen muss. Auch die historische Auslegung führt nicht zu einem eindeutigen Ergebnis. Die Regelung geht zurück auf § 2b WoBindG a.F., der zum 1. Juli 1980 in Kraft trat und ein Vorkaufsrecht zunächst nur für öffentlich geförderte Mietwohnungen einführte, "um den spekulativen Verdrängungen von Mietern insbesondere im Zusammenhang mit dem Aufkauf und der

⁷⁴⁷ BayObLGZ 1992, 100 ff.; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 22, 24; *Klühs*, RNotZ 2012, 555, 561 f.; *Wirth*, NZM 1998, 390, 392; *Schilling/Meyer*, ZMR 1994, 497, 503 f.

⁷⁴⁸ KG, KGR 1994, 146, 148 zu § 2b WoBindG a.F.

⁷⁴⁹ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 18; *Blank*, WuM 1993, 573, 578.

⁷⁵⁰ MünchKomm-BGB/*Häublein*, 6. Aufl., § 577 Rz. 8; *Staudinger/Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 32; § 577 BGB analog; *Derleder*, NJW 1996, 2817, 2821; *Sonnenschein*, NJW 1980, 2055, 2057; *Wienicke*, WuM 1980, 93, 96.

⁷⁵¹ *Staudinger/Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 32; *Blank*, WuM 1993, 573, 578; *Maciejewski*, MM 1994, 137, 138.

⁷⁵² *Emmerich/Sonnenschein/Rolfs*, Miete, 10. Aufl., § 577 BGB Rz. 13; *Staudinger/Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 32; *Kandelhard* in *Herrlein/Kandelhard*, Mietrecht, 4. Aufl., § 577 BGB Rz. 8; *Heintz*, Vorkaufsrecht des Mieters [1998], § 5 Rz. 178 ff., 184; *Blank*, WuM 1993, 573, 578.

⁷⁵³ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 16 und 20; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 19; *Klühs*, RNotZ 2012, 555, 561 f.; *Wirth*, NZM 1998, 390, 392.

⁷⁵⁴ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, WuM 2014, 98 GE 2014, 182.

Umwandlung ganzer Sozialmietwohnanlagen zu begegnen und gleichzeitig die Veräußerung der Wohnungen grundsätzlich an den bisherigen Mieter zu sichern⁷⁵⁵. Andere Gestaltungsformen wie die Begründung von Miteigentum werden in den Gesetzesmaterialien zwar kurz erwähnt, aber nur im Zusammenhang mit der Mitteilungspflicht gegenüber der zuständigen Behörde⁷⁵⁶. Durch die zum 1. September 1993 in Kraft getretene Vorschrift des damaligen § 570b BGB wurde das Vorkaufsrecht auf alle Mietwohnungen ausgeweitet⁷⁵⁷; ein vorangehender Entwurf, der "andere rechtliche Gestaltungen", die "zu einem wirtschaftlich vergleichbaren Ergebnis führen", mit Blick auf die Bildung von Bruchteilseigentum der Umwandlung gleichsetzen sollte⁷⁵⁸, ist nicht Gesetz geworden. Später wurde der Regelungsgehalt des § 570b BGB in den jetzigen § 577 BGB übernommen⁷⁵⁹. Mit den Anforderungen an die gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB noch bevorstehende Begründung von Wohnungseigentum im Einzelnen hat sich der Gesetzgeber nicht befasst⁷⁶⁰.

Dass der Veräußerer sich vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichten muss, ergibt sich vor allem aus systematischen Überlegungen⁷⁶¹.

Auf das Vorkaufsrecht finden gemäß § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB ergänzend die allgemeinen Bestimmungen über den Vorkauf Anwendung (§§ 463 ff. BGB). Gemäß § 464 Abs. 2 BGB wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts als Gestaltungsrecht zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein (weiterer) selbständiger Kaufvertrag neu begründet zu den gleichen Bedingungen, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossen war; der Berechtigte tritt also nicht in den zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer geschlossenen Vertrag ein⁷⁶². Vielmehr bestehen zwei Verträge, soweit der Vertrag mit dem Drittkäufer nicht unter einer auflösenden Bedingung steht⁷⁶³. Die beiden Kaufverträge unterscheiden sich in der Regel nur darin, dass als Käufer anstelle des Dritten der Berechtigte steht⁷⁶⁴.

Das Vorkaufsrecht gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB soll allerdings gerade nicht zum Erwerb des gesamten Grundstücks berechtigen. Ebenso wenig soll der Mieter dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil in einer Bruchteilsgemeinschaft ohne Sondereigentum an der angemieteten Wohnung erwerben. Vielmehr ist ein zwar sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum Gegenstand des Vorkaufsrechts⁷⁶⁵. Das folgt aus dem systematischen Bezug des Vorkaufsrechts zu der Umwandlung in Wohnungseigentum.

Es entspricht auch seinem Zweck, dem Mieter ungeachtet der Aufteilung die weitere alleinige Nutzung der bislang mietweise überlassenen Wohnräume zu sichern. Deshalb muss

⁷⁵⁵ BT-Drucks. 8/3403, S. 35, vgl. auch BVerfG, NZM 2011, 479, 480.

⁷⁵⁶ Ausschussbericht zu §§ 2a, 2b WoBindG aF, BT-Drucks. 8/3403, S. 40.

⁷⁵⁷ BT-Drucks. 12/3254, S. 40.

⁷⁵⁸ BT-Drucks. 12/3013, S. 8, 18.

⁷⁵⁹ BT-Drucks. 14/4553, S. 72.

⁷⁶⁰ vgl. BayObLGZ 1992, 100, 108.

⁷⁶¹ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, WuM 2014, 98.

⁷⁶² BGH v. 13.3.2009 - V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172 Rz. 14; RGZ 121, 137, 138.

⁷⁶³ dazu BGH v. 13.3.2009 - V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172 Rz. 16 f.

⁷⁶⁴ BGH v. 13.6.1980 - V ZR 11/79, BGHZ 77, 359, 362.

⁷⁶⁵ vgl. BayObLGZ 1992, 100, 109.

zunächst gewährleistet sein, dass der Mieter einen Anspruch auf die Begründung des Wohnungseigentums erwirbt. Dies ist nur der Fall, wenn der Verkäufer als Vorkaufsverpflichteter in dem Kaufvertrag eine Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat. Die Teilungserklärung des Veräußerers gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 8 WEG reicht für sich genommen nicht aus. Diese wird nämlich erst mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam und ist bis dahin frei widerruflich⁷⁶⁶. Aus diesem Grund muss die Auslegung des Kaufvertrags ergeben, dass die vollendete Aufteilung geschuldet ist; das kann auch aus einer Bezugnahme auf die Teilungserklärung folgen. Fehlt es daran, kann der Umstand, dass der Verkäufer im Zusammenhang mit der Veräußerung eine Teilungserklärung einreicht, ein Indiz für eine dahingehende Vertragspflicht im Wege einer Nebenabrede sein; ist diese zum Zwecke der Umgehung des Vorkaufsrechts nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen worden, dürfte sich der Veräußerer gegenüber dem Mieter nicht auf die Formunwirksamkeit der Nebenabrede berufen (§ 242 BGB). Jedenfalls besteht nur bei einer vertraglichen Verpflichtung ein Anspruch auf Durchführung der Aufteilung, den auch der Mieter als Vorkaufsberechtigter gegenüber dem Veräußerer geltend machen kann.

Vertragsgegenstand des zweiten Vertrags zwischen dem Veräußerer und dem Mieter ist - sofern die weitere Voraussetzung vorliegt, das zukünftige Wohnungseigentum also vertraglich hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist - die Durchführung der Aufteilung und Übereignung des an den von dem Mieter bewohnten Räumen neu begründeten Sondereigentums mit einem entsprechenden Miteigentumsanteil; als Gegenleistung schuldet der Mieter - ebenso wie bei dem gebündelten Verkauf mehrerer Eigentumswohnungen nach bereits vollzogener Aufteilung - den auf seine Wohnung entfallenden anteiligen Kaufpreis⁷⁶⁷.

Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn die Aufteilung durch den oder die Erwerber durchgeführt werden soll. Vereinbaren mehrere Erwerber die Teilung gemäß § 3 WEG, so erwirbt der Mieter keinen Rechtsanspruch auf die Durchführung der Aufteilung. Wird die Teilungsvereinbarung - wie hier - erst nach dem Verkauf beurkundet, besteht bei Abschluss des Kaufvertrags nur eine (noch) unverbindliche Umwandlungsabsicht; dies ergibt sich schon aus der Formbedürftigkeit einer Vereinbarung gemäß § 3 WEG (§ 4 Abs. 3 WEG, § 311b Abs. 1 BGB). Aber selbst dann, wenn die Beurkundung schon vor Abschluss des Kaufvertrags erfolgt, entsteht das Vorkaufsrecht nicht, weil der Mieter nicht in die Teilungsvereinbarung eintritt. Ein Vorkaufsrecht begründet grundsätzlich keine Rechtsbeziehungen des Mieters zu den teilenden Erwerbern als den Drittkäufern⁷⁶⁸. Es richtet sich gegen den Verkäufer und erstreckt sich deshalb nicht auf Vereinbarungen der Käufer untereinander.

Die Erwerber schulden gegenüber dem Mieter keine seinen Interessen entsprechende Aufteilung des Grundstücks. Sie könnten von der zuvor geplanten Aufteilung ohne weiteres Abstand nehmen und eine bereits beurkundete Teilungsvereinbarung einverständlich auf-

⁷⁶⁶ *Armbrüster* in Bärmann, 12. Aufl., § 8 WEG Rz. 21; *Then* in Spielbauer/Then, 2. Aufl., § 8 WEG Rz. 5.

⁷⁶⁷ eingehend BGH v. 22.6.2007 - V ZR 269/06, NJW 2007, 2699 Rz. 11.

⁷⁶⁸ vgl. RGZ 121, 137, 138 f.; Palandt/*Weidenkaff*, 72. Aufl., vor § 463 BGB Rz. 9, § 464 BGB Rz. 5.

heben, ohne dass der Mieter dies verhindern könnte⁷⁶⁹. Ebenso liegt es, wenn 159 ein einzelner Erwerber bei Abschluss des Kaufvertrags die Absicht hat, nach der Übereignung eine Teilung gemäß § 8 WEG vorzunehmen.

Rechtsmissbräuchen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Parteien des Kaufvertrags nur zur Ausschaltung des Vorkaufsrechts bewusst auf eine an sich beabsichtigte Teilung durch den Veräußerer verzichten und die Teilung den Erwerbern überlassen, kann im Einzelfall mit der Anwendung von § 242 BGB begegnet werden⁷⁷⁰. Dafür reicht es allerdings nicht aus, dass der Verkäufer den Käufern die für die Teilung erforderlichen Informationen zukommen lässt oder Kenntnis von der Aufteilungsabsicht der Erwerber hat. Denn den Parteien steht es im Prinzip frei, die mit der Einräumung des Sondereigentums verbundenen Abreden den Käufern zu überlassen. Hierfür kann es nachvollziehbare Gründe geben, etwa weil der Verkäufer die Gewähr für eine den Vorstellungen der Erwerber entsprechende Aufteilung nicht übernehmen möchte oder die Erwerber den Zuschnitt der Einheiten und die Einräumung von Sondernutzungsrechten nicht dem Verkäufer überlassen wollen. Wie das Berufungsgericht der Sache nach zutreffend ausführt, setzt ein Umgehungsgeschäft deshalb jedenfalls ein eigenes Interesse des Verkäufers an der späteren Aufteilung voraus.

Diese Auslegung widerspricht nicht dem Zweck des § 577 BGB, den Mieter vor einer Verdrängung im Zuge der Umwandlung von Mehrfamilienhäusern in Wohnungseigentum zu schützen.

Geschützt ist der Mieter ohnehin, wenn der oder die Erwerber die Teilung durchführen wollen, um das jeweilige Wohnungseigentum als Kapitalanlage zu nutzen. Denn das Mietverhältnis bleibt durch den Verkauf unberührt (§ 566 Abs. 1 BGB), eine Eigenbedarfskündigung ist nicht beabsichtigt und der (einmalige) Vorkaufsfall tritt dann ein, wenn das Wohnungseigentum nach der Aufteilung erstmals an einen Dritten veräußert wird (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB⁷⁷¹).

Anders liegt es allerdings dann, wenn der Erwerb zum Zwecke der späteren Eigennutzung erfolgt. Enthält der Vertrag keine Aufteilungspflicht des Verkäufers und sprechen die Erwerber vor oder nach Abschluss der Teilungsvereinbarung erfolgreich eine Kündigung wegen Eigenbedarfs aus, kommt der Mieter nicht in den Genuss eines Vorkaufsrechts, weil es an einer (weiteren) Veräußerung fehlt. Dieses Ergebnis ist deshalb hinzunehmen, weil - auch im Interesse des Mieters - verhindert werden muss, dass er anstelle von Wohnungseigentum einen Miteigentumsanteil erwirbt, der es ihm nicht ermöglicht, die Aufteilung durchzusetzen. Andernfalls wäre die Ausübung des Vorkaufsrechts für den Mieter mit ganz erheblichen Risiken verbunden, die umso schwerer wiegen, als die Ausübung ohne vorangehende notarielle Beratung durch privatschriftliche Erklärung erfolgen kann (§ 577 Abs. 3 BGB). Denn ein ideeller Miteigentumsanteil kann die alleinige Nutzung der gemieteten Wohnung nicht ohne weiteres sichern. Darüber hinaus haftet ein Miteigentümer

⁷⁶⁹ vgl. *Klühs*, RNotZ 2012, 555, 561 f.; allgemein *Armbrüster* in Bärmann, 12. Aufl., § 8 WEG Rz. 17.

⁷⁷⁰ vgl. BGH v. 22.6.2007 - V ZR 269/06, NJW 2007, 2699 Rz. 9 a. E.; BGH v. 11.10.1991 - V ZR 127/90, BGHZ 115, 335, 340; BGH v. 14.4.1999 - VIII ZR 384/97, BGHZ 141, 194, 200.

⁷⁷¹ vgl. BGH v. 22.6.2007 - V ZR 269/06, NJW 2007, 2699 Rz. 8 f.; BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 250/05, BGHZ 167, 58, 60 ff.

gegenüber Dritten in der Regel unbeschränkt, ein Wohnungseigentümer ge- 160
genüber Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft dagegen grundsätz-
lich nur nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils (§ 10 Abs. 8 WEG). Insbesondere
wäre ein Miteigentumsanteil im Vergleich zu Wohnungseigentum in der Regel nur unter
erschweren und finanziell weniger attraktiven Bedingungen veräußerlich; die Aufhebung
der Gemeinschaft könnte, sofern sich die Miteigentümer nicht über die Veräußerung des
gesamten Grundstücks einig werden, nur im Wege der Teilungsversteigerung erfolgen (§§
180 ff. ZVG⁷⁷²).

Schließlich hat der Gesetzgeber die Kündigungsbeschränkung des § 577a Abs. 1 BGB durch
die am 1. Mai 2013 in Kraft getretene Vorschrift des § 577a Abs. 1a BGB auf die Veräuße-
rung an eine Erwerbermehrheit erstreckt⁷⁷³. Auf diese Weise hat er das Verdrängungsrisi-
ko für den Mieter entschärft, das in der Vergangenheit in dieser Fallgruppe vor allem
deshalb besonders hoch war, weil insoweit die Beschränkung der Kündigung wegen Eigen-
bedarfs gemäß § 577a BGB in der bis zum 30. April 2013 geltenden Fassung der Norm
nicht galt⁷⁷⁴. Damit hat der Gesetzgeber eine im Kündigungsschutzrecht bestehende Ge-
setzeslücke geschlossen. Dass in Altfällen weder die Sperre für die Eigenbedarfskündigung
eingreift noch ein Vorkaufsrecht entsteht, ist aus den genannten Gründen hinzuneh-
men⁷⁷⁵.

Weitere Voraussetzung für die Entstehung des Vorkaufsrechts ist, dass das Wohnungsei-
gentum vertraglich bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Diese
Anforderung stellt keine Besonderheit des Mietervorkaufsrechts gemäß § 577 BGB dar.
Allgemein kann ein unselbständiger Teil einer Sache nur dann Gegenstand eines Kaufver-
trages oder eines Vorkaufsrechts sein, wenn er im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses
bereits rechtlich bestimmt oder zumindest bestimmbar ist⁷⁷⁶.

22 Prozessuales

22.1 Mangelhafte Mietsache und Urkundenprozess

Das Nichtvorhandensein von nachträglich entstandenen Mängeln der Mietsache gehört
grundsätzlich nicht zu den zur Begründung des Anspruchs auf Mietzahlung erforderlichen
Tatsachen⁷⁷⁷. Der Mieter kann zwar auch im Falle einer unstreitig mangelfrei übergebe-
nen Mietsache schon im Urkundenprozess mit nachträglich entstandenen unstreitigen o-
der urkundlich belegten Mängeln Gehör finden⁷⁷⁸. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob
dies zu der Schlussfolgerung nötigt, dass der Urkundenprozess dadurch in jedem Falle
unstatthaft wird, zumal das Gericht gegebenenfalls schon mit den im Urkundenprozess zu
Gebote stehenden Mitteln zu denen auch die Schätzung nach § 287 ZPO gehört in der La-

⁷⁷² vgl. *Armbrüster* in Bärman, 12. Aufl., § 8 WEG Rz. 17.

⁷⁷³ vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 2, 26.

⁷⁷⁴ BGH v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 f.

⁷⁷⁵ a. A. Staudinger/*Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 23.

⁷⁷⁶ zum Kauf noch zu begründenden Wohnungseigentums BGH v. 8.11.1985 - V ZR 113/84, NJW 1986, 845;
zum Vorkaufsrecht BayObLG, NJW-RR 1998, 86 f.; Soergel/*Wertenbruch*, 13. Aufl., § 463 BGB Rz. 32;
MünchKomm- BGB/*Westermann*, 6. Aufl., § 463 BGB Rz. 14.

⁷⁷⁷ BGH v. 1.6.2005 - VIII ZR 216/04, NZM 2005, 661.

⁷⁷⁸ BGH v. 10.3.1999 - XII ZR 321/97, NZM 1999, 401.

ge sein wird, das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung durch den unstreitigen 161
bzw. urkundlich belegten Mangel zu bestimmen⁷⁷⁹.

Auf diese Rechtsfrage kommt es nicht entscheidungserheblich an, wenn angesichts der im Wesentlichen unstreitigen schwerwiegenden Feuchtigkeitsschäden die Tauglichkeit des Mietobjektes zur vertraglich vereinbarten "Nutzung als Gaststättenbetrieb" erkennbar vollständig aufgehoben ist⁷⁸⁰. Denn in diesem Fall muss der Vermieter die streitige Verursachung des Mangels durch den Mieter beweisen, was er mit den Beweismitteln des Urkundenprozesses nicht kann.

22.2 Betriebskostennachforderung im Urkundenprozess

§ 592 Satz 1 ZPO eröffnet den Urkundenprozess unterschiedslos für alle Ansprüche, welche die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand haben. Betriebskostennachforderungen sind davon nicht auszunehmen. Ebenso wenig wie bei Ansprüchen auf Miete aus Wohnraummietverträgen, für die der BGH bereits entschieden hat, dass diese im Urkundenprozess geltend gemacht werden können⁷⁸¹, bestehen bei Betriebskostennachforderungen Gründe, den Wortlaut des § 592 ZPO in der Weise einzuschränken, dass solche Ansprüche generell vom Urkundenprozess ausgeschlossen wären⁷⁸².

Das entspricht der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum⁷⁸³.

Die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses setzt nicht voraus, dass auch unstreitige Anspruchsvoraussetzungen mit Urkunden bewiesen werden. Vielmehr bedürfen unstreitige, zugestandene oder offenkundige Tatsachen auch im Urkundenverfahren, abgesehen von dem hier nicht gegebenen Fall der Säumnis der beklagten Partei (§ 597 Abs. 2 ZPO), keines Beweises und somit auch keiner Urkundenvorlage⁷⁸⁴.

22.3 Anwendung des § 940a Abs. 2 ZPO in der Gewerberaummieta

Ob § 940a Abs.2 ZPO in entsprechender Anwendung eine Heranziehung des dortigen Rechtsgedankens im Gewerbemietrecht erfolgen kann, ist umstritten⁷⁸⁵.

⁷⁷⁹ vgl. OLG München v. 25.9.2007 - 19 U 3454/07, zitiert nach juris Rz. 2 ff.; Musielak/Voit, 10. Aufl., § 592 ZPO Rz. 9 a mit Fn. 76; Dötsch, IMR 2012, 259.

⁷⁸⁰ BGH v. 16.10.2013 - XII ZR 64/12, GE 2013, 1582.

⁷⁸¹ BGH v. 1.6.2005 - VIII ZR 216/04, NJW 2005, 2701; BGH v. 20.12.2006 - VIII ZR 112/06, NJW 2007, 1061; BGH v. 8.7.2009 - VIII ZR 200/08, NJW 2009, 3099; einschränkend für den Fall anfänglicher Mängel: BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 111/09, WuM 2010, 761 Rz. 11 f.

⁷⁸² BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 41/14, WuM 2014, 744 = GE 2014, 1649.

⁷⁸³ Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., J Rz. 84 ff.; Staudinger/Weitemeyer, , Neubearbeitung 2014, § 556 BGB Rz. 147; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XIV 110; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rz. 7017m; ders. MDR 2013, 1266 (1268); Bub/Treier/Fischer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. IX Rz. 117; Both, NZM 2007, 156 (158); Flatow, DWW 2008, 88, (91 f.); Wichert/Sommer, ZMR 2009, 503 (509 f.); Musielak/Voit, 11. Aufl., § 592 ZPO Rz. 9a; Bub/von der Osten, FD-MietR 2009, 292917; Herlitz, jurisPR-MietR 13/2014 Anm. 4; siehe auch KG, WuM 2012, 156; anders Blank, NZM 2000, 1083, 1084; differenzierend LG Bonn, WuM 2012, 155.

⁷⁸⁴ BGH v. 24.4.1974 - VIII ZR 211/72, BGHZ 62, 286 (289 ff.); BGH v. 4.2.1985 - II ZR 142/84, WM 1985, 738 unter 2.

⁷⁸⁵ Dagegen: KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = GE 2013, 1514; LG Köln v. 12.6.2013 - 1 T 147/13, ZMR 2013, 721 = MietRB 2013, 204; dafür: LG Hamburg v. 27.6.2013 - 334 O 104/13, NZM 2013, 860; Schmidt-Futterer/Streyll, § 940a BGB Rz. 2, 3.

Nach Auffassung des KG⁷⁸⁶ spricht gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 940a Abs. 2 ZPO auch auf sonstige Mieträume bereits der klare Wortlaut der Norm, der ausdrücklich von "Räumung von Wohnraum" spricht. Auch die Gesetzessystematik spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit der amtlichen Überschrift "Räumung von Wohnraum" angesiedelt hat⁷⁸⁷. 162

Dass § 940a Abs.2 ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung⁷⁸⁸. Dort wird unter A. "Problem und Ziel" ausgeführt, dass das bestehende Recht den Erfordernissen eines modernen und effizienten Mietrechts nicht mehr uneingeschränkt gerecht werde und dass dies insbesondere Konstellationen betreffe, in denen sich einzelne Mieter planmäßig ihren vertraglichen Zahlungsverpflichtungen entziehen und insbesondere private Kleinanbieter auf dem Wohnungsmarkt im Einzelfall erheblich schädigten. Die Einführung des § 940a Abs.2 ZPO wird in der Begründung des Gesetzentwurfes unter B. "Besonderer Teil" damit begründet, dass nach früher herrschender Meinung Familienangehörigen, nichtehelichen Lebensgefährten und Untermietern kein (Mit-)Besitz an Räumlichkeiten zugestanden worden sei, wenn diese Personen nicht selbst (Haupt-)Mietvertragspartei gewesen seien. Bei einem Räumungsrechtsstreit und der nachfolgenden Vollstreckung habe der Vermieter gewusst, gegen wen er seinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe gerichtlich geltend machen und die Räumungsvollstreckung betreiben musste, nämlich gegen seinen Mieter. Nach heutiger Rechtsprechung sei (Mit-)Besitzer der Wohnung nicht nur derjenige, der den Mietvertrag abgeschlossen habe, sondern jeder Dritte, der (Mit-)Besitz an der Wohnung oder Teilen davon begründet habe. Darunter falle z.B. auch der in der Mietwohnung lebende Ehegatte des Mieters, der selbst nicht Mietvertragspartei sei. Ebenso der nichteheliche Lebensgefährte des Mieters, Untermieter oder sonstige nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommene Dritte, wie z.B. Angehörige des Mieters.

Das heißt, der Gesetzgeber stellt zur Begründung der Einführung des § 940a Abs.2 ZPO auf die ganz spezielle, mit der eines Gewerbevermieters nur teilweise (nämlich in Bezug auf unbekannte Untermieter) vergleichbare Situation des Vermieters von Wohnraum ab. Anders als der Vermieter von Gewerberaum hatte der Vermieter von Wohnraum beim Betreiben der Räumung nicht nur mit einem ihm nicht bekannten Untermieter, sondern darüber hinaus mit in der Wohnung lebenden

Ehegatten, Lebensgefährten, Angehörigen oder sonstigen nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommenen Dritten zu rechnen. Der Vermieter von Wohnraum hatte nach der bis zur Einführung von § 940a Abs.2 ZPO geltenden Rechtsprechung zu ermitteln, ob neben dem Mieter eine oder mehrere dieser vorgenannten Personen (Mit-) Besitz an der zu räumenden Wohnung haben und hatte die Räumungsklage auch auf diese (mit-) besit-

⁷⁸⁶ KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = GE 2013, 1514; ebenso OLG Celle v. 24.11.2014 - 2 W 237/14, GE 2015, 54.

⁷⁸⁷ So: LG Köln v. 12.6.2013 - 1 T 147/13, ZMR 2013, 721 = MietRB 2013, 204.

⁷⁸⁸ BT-Drucks. 17/10485 vom 15. August 2012, Seite 1, 2, 33 und 34.

zenden Personen zu erstrecken. Daraus folgt, dass es sich bei § 940a Abs.2 ZPO 163 um eine auf Wohnraum zugeschnittene Spezialvorschrift handelt.

Bei der Ermittlung des objektivierbaren Willens des Gesetzgebers ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass sich die Literatur⁷⁸⁹ vor der abschließenden Beratung des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 im Deutschen Bundestag mit dem Referentenentwurf auseinandergesetzt und darauf hingewiesen hat, dass es an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für die Räumung von Gewerberaum fehlt.

Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte lassen eine Analogie nicht zu. Deshalb kann der Vermieter von Gewerberaum oder sonstigen Mietsachen nur nach § 940 ZPO vorgehen. Insoweit kommt der Erlass einer entsprechenden Leistungsverfügung regelmäßig nur in Betracht, wenn der Vermieter aufgrund einer besonderen Notlage dringend auf die Herausgabe der streitbefangenen Gewerbeeinheit angewiesen ist⁷⁹⁰.

22.4 Herausgabe des Titels bei zwei Schuldern

Eine auf § 371 BGB analog gestützte Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist zulässig, wenn über eine Vollstreckungsabwehrklage rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist und die Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstrittig ist oder vom Titelschuldner zur Überzeugung des Gerichts bewiesen wird⁷⁹¹.

Das gilt auch dann, wenn der Titel noch zur Vollstreckung gegen einen weiteren Schuldner berechtigen könnte⁷⁹². Denn soweit mehrere Schuldner als Gesamtschuldner verurteilt sind und einer der Gesamtschuldner die Schuld beglichen hat, bleibt für den Gläubiger nichts mehr zu vollstrecken. Soweit sie hingegen nach Kopfteilen verurteilt sind, sind so viele Ausfertigungen zu erteilen, wie Schuldner vorhanden sind; jede Ausfertigung ist insoweit nur mit der Klausel gegen je einen der Schuldner zu versehen⁷⁹³. Der Schuldner könnte daher diejenige Ausfertigung heraus verlangen, die mit der gegen ihn gerichteten Vollstreckungsklausel versehen ist. Zur Vollstreckung gegen den anderen Schuldner müsste sich der Gläubiger eine andere Ausfertigung mit Vollstreckungsklausel nur gegen diesen erteilen lassen.

22.5 Räumung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung

Wird aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, einem Arrestbefehl oder einer einstweiligen Verfügung vollstreckt, tritt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB⁷⁹⁴ und damit auch keine Erledigung der Haptsache i.S.v. § 91a ZPO ein. Dasselbe gilt für Leistungen, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel erbracht werden⁷⁹⁵. Die Leistung er-

⁷⁸⁹ Dötsch, ZMR 2012, 83; Hinz, ZMR 2012, 163; Streyll, NZM 2012, 256.

⁷⁹⁰ OLG Celle v. 26.7.2000 - 2 W 58/00, ZMR 2000, 752.

⁷⁹¹ BGH v. 5.3.2009 - IX ZR 141/07, NJW 2009, 1671 m.w.N.

⁷⁹² BGH v. 9.10.2013 - XII ZR 59/12, GE 2013, 52.

⁷⁹³ Zöller/Stöber, 29. Aufl., § 724 ZPO Rz. 12; Seiler in Thomas/Putzo, 33. Aufl., § 724 ZPO Rz. 11; Saenger, 4. Aufl., § 724 ZPO Rz. 10; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, 4. Aufl., § 724 ZPO Rz. 8.

⁷⁹⁴ BGH v. 19.1.1983 - VIII ZR 315/81, BGHZ 86, 267 (269).

⁷⁹⁵ BGH v. 8.5.1985 - IVa ZR 38/83, BGHZ 94, 268, 274; BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 256/03, NJW-RR 2006, 16.

folgt in beiden Fällen unter dem Vorbehalt des Rechtskrafteintritts⁷⁹⁶, sofern 164
der Schuldner nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt⁷⁹⁷. Daher stellt auch
die Räumung im Wege der Zwangsvollstreckung keine Erfüllung des Rückgewähranspruchs
nach § 546 Abs. 1 ZPO⁷⁹⁸ und damit kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar⁷⁹⁹.

Für den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gilt nichts anderes⁸⁰⁰.

Allerdings wird vertreten, dass jeder Besitzverlust zum Wegfall der Vindikationslage führe
und deshalb auch der auf einer (drohenden) Zwangsvollstreckung eines vorläufig voll-
streckbaren, auf die Herausgabe einer Sache gerichteten Titels beruhende Besitzverlust
die Erledigung der Hauptsache zur Folge habe⁸⁰¹. Diese Auffassung vermag jedoch nicht
zu überzeugen⁸⁰². Ein sachgerechter Grund, die Rechtsfolgen einer Zwangsvollstreckung
aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel bei einem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB
abweichend von anderen Ansprüchen zu behandeln, ist nicht erkennbar. Der Streitgegen-
stand des Verfahrens wird mit der zwangsweisen Herausgabe der Sache nicht beseitigt.
Sie erfolgt, wie andere Erfüllungshandlungen, unter dem Vorbehalt des Rechtskraftein-
tritts und soll nur für diesen Fall materiellrechtliche Wirkungen entfalten. Das rechtfer-
tigt es, bis zum Eintritt der Rechtskraft für den Herausgabeanspruch von einer fortbeste-
henden Vindikationslage zwischen den Parteien auszugehen⁸⁰³. Nur so lassen sich zudem
Wertungswidersprüche insbesondere zu dem Herausgabeanspruch nach § 546 Abs. 1 BGB
vermeiden. Bei diesem hat die zwangsweise Räumung einer Wohnung keine Erledigung
der Hauptsache zur Folge⁸⁰⁴. Konkurriert der Anspruch aus § 546 BGB, wie häufig, mit ei-
nem Anspruch aus § 985 BGB⁸⁰⁵, wäre es unverständlich, wenn die Vollstreckung aus ei-
nem stattgebenden Urteil den einen Anspruch unberührt, den anderen dagegen entfallen
ließe.

⁷⁹⁶ BGH v. 19.1.1983 - VIII ZR 315/81, BGHZ 86, 267 (269).

⁷⁹⁷ MünchKomm/Fetzer, 6. Aufl., § 362 BGB Rz. 28; MünchKomm/Götz, 4. Aufl., § 708 ZPO Rz. 5; Mu-
sielak/Lackmann, 10. Aufl., § 708 ZPO Rz. 4; Saenger/Kindl, 5. Aufl., § 708 ZPO Rz. 2; Krüger, NJW
1990, 1208 (1210).

⁷⁹⁸ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, NJW 2004, 1736 (1737).

⁷⁹⁹ BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, NJW 2011, 1135 Rz. 11.

⁸⁰⁰ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 115/13, ZMR 2014, 707.

⁸⁰¹ BeckOK-BGB/Fritzsche, Edition 29, § 985 BGB Rz. 10; Staudinger/Gursky, [2013], § 985 BGB Rz. 48, 55.

⁸⁰² BGH v. 14.3.2014 - V ZR 115/13, ZMR 2014, 707.

⁸⁰³ so im Ergebnis auch RG, HRR 1929 Nr. 104; OLG Düsseldorf, ZMR 2010, 677 (679); OLGR 2009, 341, 342;
Palandt/Bassenge, 73. Aufl., § 985 BGB Rz. 5; MünchKomm/Baldus, 6. Aufl., § 985 BGB Rz. 153.

⁸⁰⁴ BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, NJW 2011, 1135 Rz. 11.

⁸⁰⁵ vgl. dazu BGH v. 22.11.1995 - VIII ZR 41/80, BGHZ 79, 232 (235).