

Aktuelles Mietrecht 2015

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Köln

Venloer St. 151 - 153

50672 Köln

0221-1792910

luetzenkirchen@ld-ra.de

INHALT

I. Einblick	1
II. Aktuelles Mietrecht	1
1 Abgrenzung Wohnraum- und Gewerberaummiete	1
1.1 Vereinbarte Wohnraummiete	1
2 Vertragsgemäßer Gebrauch	3
2.1 Rauchen als Belästigung der Mitmieter	3
3 Miete	4
3.1 Umsatzmiete mit Anwaltskanzlei.....	4
4 Mietzeit	6
4.1 Formularmäßiger Kündigungsausschluss.....	6
4.2 Nachmieterstellung	6
4.3 „stillschweigende Optionsausübung“	8
5 Schönheitsreparaturen	9
5.1 Wirksamkeit der Renovierungsklausel bei unrenoviertem oder renovierungsbedürftigem Anfangszustand	9
5.2 Starre Fristen in einer Teilregelung der Renovierungspflicht	17
5.3 Außergewöhnlicher Dekorationszustand bei der Rückgabe	19
5.4 Schadensersatz wegen „exzessiven Rauchens“	21
5.5 Abschied von vorformulierten Abgeltungs- bzw. Quotenklauseln	22
5.6 bestimmbare Fristsetzung	25
6 Gewährleistung	26
6.1 Konkludente Beschaffenheitsvereinbarung	26
6.2 Maßstab bei veränderten Umwelteinflüssen.....	30
6.3 Vorbehaltlose Zahlung und Minderungsausschluss	35
6.4 Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete	37
6.5 Vorbehaltlose Ausübung der Option bei Mangelkenntnis	39
6.6 Mängelbeseitigung bei Selbstverursachung durch den Mieter	43
6.7 Umsatzeinbußen infolge Mängelbeseitigung.....	47

6.8	Quadratmetermiete und Flächenabweichung	53
6.9	Minderung bei verhinderter Mängelbeseitigung	55
6.10	Minderung der Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB.....	56
6.11	Ausübung des Zurückbehaltungsrechts.....	61
7	Verjährung.....	67
7.1	Substanzverletzung?	67
7.2	Beginn bei nicht eingefriedetem Grundstück	71
8	Schriftform	71
8.1	Wesentliche Vertragsabreden.....	71
8.2	Bezeichnung einer Erbengemeinschaft	72
8.3	Vertretung einer Aktiengesellschaft	73
8.4	Urkundeneinheit bei Nachträgen	76
9	Kautio.....	77
9.1	Sicherheit zur Abwendung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges	77
9.2	Bürgschaft und Aufhebung der Kündigungswirkung.....	78
9.3	Offen ausgewiesenes Treuhandkonto	79
9.4	Inanspruchnahme nach Ende des Mietvertrages	80
9.5	Rückforderung vom früheren Vermieter.....	81
9.6	Anspruch des Zwangsverwalters auf Herausgabe der Kautio vom WEG- Verwalter	81
10	Modernisierung.....	83
11	Mieterhöhung	84
11.1	Erklärung des Erwerbers.....	84
11.2	Erklärung des Hausverwalters.....	86
11.3	Flächenabweichung bei § 558 BGB	87
11.4	Flächenabweichung und Anpassung nach § 313 BGB.....	91
11.5	wegen Modernisierung.....	93
12	Betriebskosten	94
12.1	Stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung.....	94

12.2	Abrechnung durch den Erwerber	95
12.3	Umlagepositionen	95
12.3.1	Verwaltungskosten im Gewerbe	95
12.3.2	Verwaltungskosten und Gebot der Wirtschaftlichkeit	96
12.4	Formelle Fehler der Abrechnung	99
12.4.1	Abrechnung nicht vereinbarter Heizkosten	99
12.4.2	Angabe der Gesamtkosten	100
12.4.3	Vorberechnung zu Gesamtkosten	102
12.4.4	Fehlende Angabe von Vorauszahlungen	103
12.5	Vorauszahlungen im Prozess	104
12.6	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels.....	106
12.6.1	Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts	106
12.6.2	Personenmonate.....	108
12.6.3	Personenschlüssel bei Leerstand	110
12.6.4	Leerstand und Warmwasserabrechnung.....	110
12.6.5	Bestreiten der Flächenansätze.....	114
12.7	Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete.....	115
12.8	Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummiete.....	116
12.9	Angabe von Schätzwerten bei Heizkosten	123
13	Heizkosten.....	125
13.1	Zulässigkeit der Verweisung in § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV	125
13.2	Formelle Anforderungen bei Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV.....	130
14	Beendigung des Mietvertrages	131
14.1	Kündigungsadressat bei Freigabe gemäß § 109 Abs. 1 InsO	131
14.2	Kündigung gegenüber einem von zwei Erben	133
14.3	Ordentliche Kündigung	135
14.3.1	Eigenbedarf bei Mischmietverhältnis	135
14.3.2	Ernsthaftigkeit des Eigenbedarfs.....	136

14.3.3	Weit überhöhter Eigenbedarf.....	136
14.3.4	Vorhersehbarer Eigenbedarf.....	141
14.3.5	Räumungsvergleich: stillschweigender Verzicht auf Schadensersatz	145
14.4	Erleichterte Kündigung nach § 573a BGB.....	147
14.5	Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist	148
14.5.1	Begründung der Kündigung des Nacherben	148
14.5.2	Kündigungsrecht des Nacherben nach §§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB ...	149
14.6	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	150
14.6.1	Nichterfüllung einer Duldungspflicht.....	150
14.6.2	Zahlungsverzug nach Mängelbeseitigung.....	153
14.6.3	Erheblicher Rückstand in der Gewerberaummiete	155
14.6.4	Kündigungssperre nach Freigabeerklärung.....	157
14.6.5	Leistungsunfähigkeit und Verzug	165
14.6.6	Erpressung durch Ablöseforderung	169

I. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2014/15 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 Verbraucherrechterichtlinie zum 13.06.2014.

II. Aktuelles Mietrecht

1 Abgrenzung Wohnraum- und Gewerberaummiete

1.1 Vereinbarte Wohnraummiete

Durch die Vermietung von Wohnraum an eine GmbH wird ein Wohnraummietverhältnis grundsätzlich nicht begründet. Bei der Frage, ob ein Mietverhältnis über Wohnraum vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des BGH auf den Zweck abzustellen, den der Mieter mit der Anmietung des Mietobjekts vertragsgemäß verfolgt. Geht der Zweck des Vertrages dahin, dass der Mieter die Räume weitervermietet oder sonst Dritten – auch zu Wohnzwecken – überlässt, sind die Vorschriften des Wohnraummietrechts auf das (Haupt-) Mietverhältnis nicht anwendbar¹. Eine juristische Person kann schon begrifflich nicht zu (eigenen) Wohnzwecken anmieten².

Die Geltung der Mieterschutzvorschriften der §§ 573 ff. BGB kann aber ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten der Parteien vereinbart werden, so

¹ vgl. BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 282/07, NJW 2008,3361, Rz. 11; BGH v. 23.4.1997 – VIII ZR 212/96, GE 1997,796 jeweils m.w.N.

² vgl. BGH v. 23.5.2007 – VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460; BGH v. 23.5.2006 – VIII ZR 113/06, NJW-RR 2007, 1516.

dass der gesetzliche Kündigungsschutz für den Vertrag maßgebend sein soll³. Maßgebend ist hierbei, ob der Vertrag inhaltliche Regelungen enthält, die (nur) das Wohnraummietrecht betreffen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Formular verwendet wird, das die hierfür maßgebenden Schutzvorschriften wiedergibt⁴.

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Vertrag mit „Mietvertrag für Wohnräume“ überschrieben ist und maßgebliche wohnungsmietrechtliche Vereinbarungen enthält⁵. Durch die Zugrundelegung dieses Formulars haben die Parteien zu erkennen gegeben, dass sie den Vertrag im Rahmen der Formular-klauseln dem Wohnraummietrecht unterstellen wollen⁶. Maßgebliche Vorschriften des verwendeten Formularymietvertrages orientieren sich an dem für Wohnraummietverhältnisse geltenden Recht. Dies gilt insbesondere für die Ausgestaltung der ordentlichen Kündigung (§ 2 Ziffer 2 des Vertrages). So werden in § 2 Ziffer 2 die Kündigungsfristen für den Mieter und den Vermieter vereinbart, wie sie sich aus § 573 c BGB a.F. ergeben. Danach verlängert sich die Kündigungsfrist für den Vermieter in Abhängigkeit von der Zeit der Überlassung des Wohnraums. Zwar würde die Überschrift „Mietvertrag für Wohnräume“ und die Aufnahme von Kündigungsfristen entsprechend § 573 c BGB allein nicht ausreichen. Vorliegend ist aber weiter geregelt, dass die Kündigung schriftlich erfolgen muss unter Angabe sämtlicher Kündigungsgründe und unter Hinweis auf das Widerspruchsrecht. Eine solche Regelung findet sich nur im Wohnraummietrecht, wonach für die ordentliche Kündigung – anders als im Gewerberaummietrecht – dem Mieter mitzuteilende Kündigungsgründe vorliegen müssen. Das angesprochene Widerrufsrecht ergibt sich aus § 574 BGB, der nur im Wohnraummietrecht gilt.

³ vgl. BGH v. 13.2.1985 – VIII ZR 36/84, NJW 1985, 1772, Tz. 14; vgl. OLG Hamburg v. 29.10.1997 – 4 U 61/97, NJW-RR 1998, 1382; OLG Naumburg v. 22.7.1993 – 2 RE-Miet 1/92, WuM 1995, 142, Tz. 18f.

⁴ vgl. LG Berlin v. 9.9.2011 – 63 S 605/10, GE 2011,1484; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Auflage, Vor § 535 BGB Rz. 103.

⁵ KG v. 27.8.2015 – 8 U 192/14, WuM 2015, 666 = GE 2015, 1397.

⁶ vgl. OLG Hamburg v. 29.10.1997 – 4 U 61/97, NJW-RR 1998,1382.

2 Vertragsgemäßer Gebrauch

2.1 Rauchen als Belästigung der Mitmieter

Nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB kann das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt werden. Ein solcher Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. § 569 Abs. 2 BGB ergänzt dies dahin, dass auch die nachhaltige Störung des Hausfriedens einen solchen wichtigen Grund darstellen kann.

Eine nachhaltige Störung des Hausfriedens setzt voraus, dass eine Mietpartei die gemäß § 241 Abs. 2 BGB aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme folgende Pflicht, sich bei der Nutzung der Mietsache so zu verhalten, dass die anderen Mieter nicht mehr als unvermeidlich gestört werden, in schwerwiegender Weise verletzt⁷.

Ein rauchender Mieter verletzt seine mietvertraglichen Pflichten nicht schon dadurch, dass er in seiner Wohnung täglich 15 Zigaretten raucht, solange die Parteien eine (Individual-)Vereinbarung, wonach das Rauchen innerhalb der Wohnung nicht erlaubt ist, nicht getroffen wurde⁸. Ein dahingehendes gesetzliches Verbot besteht ebenfalls nicht. Zwar hat der BGH entschieden, dass sog. „exzessives Rauchen“, das zu Verschlechterungen der Wohnung führt, die sich mit normalen Schönheitsreparaturen nicht mehr beseitigen lassen, den vertragsgemäßen Gebrauch überschreitet und eine Schadensersatzpflicht des Mieters zur Folge haben kann⁹. Der Vermieter hat aber nicht geltend gemacht, dass ein solcher Fall hier vorliege, sondern seine Kündigung darauf gestützt, dass es zu Geruchsbelästigungen im Treppenhaus komme, weil der Mieter in seiner Wohnung die Aschenbecher nicht leere und nicht ausreichend über die Fenster

⁷ Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 569 BGB Rz. 24 m.w.N.; Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 19.

⁸ BGH v. 18.2.2015 – VIII ZR 186/14, WuM 2015, 289 = ZMR 2015, 376 = GE 2015, 509.

⁹ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rz. 21 ff.

lüfte. Es ist daher davon auszugehen, dass sich das Rauchen des Mieters in seiner Wohnung im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs hält.

Ein Mieter, der in seiner Wohnung raucht, kann aufgrund des mietvertraglichen Gebots der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) gehalten sein, einfache und zumutbare Maßnahmen (etwa die Lüftung über die Fenster) zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der Mitmieter zu ergreifen. Eine durch Verletzung einer solchen Rücksichtnahmepflicht verursachte Geruchsbelästigung der Mitbewohner kann auch eine Störung des Hausfriedens darstellen, insbesondere wenn die Intensität der Beeinträchtigungen ein unerträgliches und/oder gesundheitsgefährdendes Ausmaß erreicht. Ob diese Umstände die weitere Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar machen und ihn deshalb zur fristlosen Kündigung berechtigen, ist im Wege der tatrichterlichen Würdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

Bei der Feststellung und Würdigung der insoweit maßgeblichen Tatsachen kann sich das Gericht nicht auf einen zeugen stützen, der nicht im Hause wohnt und die Wohnung des Mieters nur einmal besichtigt hat. Im Übrigen sind andere Ursachen für die Geruchsbelästigung auszuschließen und muss bei der Abwägung bedacht werden, dass die Mieter nur kurzzeitig, wenn sie an der Wohnung im Treppenhaus vorbeigehen, gestört werden¹⁰.

3 Miete

3.1 Umsatzmiete mit Anwaltskanzlei

Nach § 49b Abs. 1 BRAO ist es unzulässig, geringere Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vorsieht. Gemäß § 4 Abs. 1 RVG kann in außergerichtlichen Angelegenheiten eine niedrigere als die gesetzliche Vergütung vereinbart werden, die aber in einem angemessenen Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts stehen muss. Für die anwaltliche Vertretung in gerichtlichen Verfahren gibt es keine entsprechende Bestimmung. Insoweit enthalten die Bestimmungen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes zwingendes Recht.

¹⁰ BGH v. 18.2.2015 – VIII ZR 186/14, WuM 2015, 289 = ZMR 2015, 376 = GE 2015, 509.

Die Frage, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen § 49b Abs. 1 BRAO nach sich zieht, ist damit allerdings noch nicht beantwortet. Der BGH hat entschieden, dass eine Vergütungsvereinbarung zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandant, die gegen die Formvorschriften des § 3a Abs. 1 Satz 1 und 2 RVG und die Voraussetzungen für den Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung nach § 4a Abs. 1 und 2 RVG verstößt, wirksam ist; aus ihr kann die vereinbarte Vergütung bis zur Höhe der gesetzlichen Vergütung gefordert werden¹¹. Auf einen Verstoß gegen § 49b Abs. 1 BRAO kann diese Rechtsprechung nicht ohne besondere Begründung übertragen werden. Die Vorschrift des § 4b RVG gilt jedenfalls ihrem Wortlaut nach nur für Vergütungsvereinbarungen, die den Formvorschriften des § 3a Abs. 1 Satz 1 und 2 RVG nicht genügen oder ein Erfolgshonorar ohne Einhaltung der in § 4a Abs. 1 und 2 RVG gezogenen Grenzen zum Gegenstand haben.

Im Ergebnis kommt es auf diese Frage jedoch nicht an¹², wenn der Rechtsanwalt für seinen Vermieter Mandate führt und seine Tätigkeiten nach den Vorschriften des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes abgerechnet werden. Eine "Rückvergütung" betraf die Verwendung der vom Rechtsanwalt verdienten Gebühren, nicht deren Höhe. Die Gebühren in gesetzlicher Höhe, welche der Vermieter dem Rechtsanwalt für dessen Tätigkeit schuldete, bildeten einen Teil des Umsatzes, auf dessen Grundlage die vom Rechtsanwalt zu zahlende Miete berechnet wurde. Zu welchem Zweck der Rechtsanwalt die von ihm verdienten Gebühren einsetzen darf, ist weder in der Bundesrechtsanwaltsordnung noch im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz geregelt. Der Rechtsanwalt unterliegt insoweit keinen auf seinen Berufsstand bezogenen Einschränkungen¹³. Geht er Verträge ein, hat er diese grundsätzlich ebenso zu erfüllen wie jede andere geschäftsfähige Person. Er kann nicht die Erfüllung eines Vertrages mit der Begründung verweigern, dadurch werde im Ergebnis sein Gebührenaufkommen verkürzt. Das gilt auch dann, wenn der Vertragspartner ein Mandant von ihm ist. Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages sowie die Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen und sonstigen Störungen des Vertragsverhältnisses richten sich nach allgemeinem Vertragsrecht, nicht nach den Vorschriften des

¹¹ BGH v. 5.6.2014 - IX ZR 137/12, WPM 2014, 1352.

¹² BGH v. 13.11.2014 - IX ZR 267/13, NZM 2015, 453.

¹³ BGH v. 13.11.2014 - IX ZR 267/13, NZM 2015, 453.

Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes. Der Anwendungsbereich des § 49b Abs. 1 BRAO ist nicht berührt.

4 Mietzeit

4.1 Formularmäßiger Kündigungsausschluss

Ein Kündigungsausschluss für die Dauer von längstens vier Jahren kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss die Kündigung aber jedenfalls zum Ablauf von vier Jahren seit Abschluss des Mietvertrages möglich sein. Eine Formulklausel, die das nicht gewährleistet, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 1 BGB insgesamt unwirksam¹⁴.

Über diese Grenze geht die folgende Regelung hinaus: „Das Mietverhältnis beginnt am 01.05.2011 und läuft fest bis zum 30.04.2015. Innerhalb dieser Festlaufzeit kann das Mietverhältnis von keiner Vertragspartei gekündigt werden. Ab dem 01.05.2015 läuft das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit und kann von beiden Parteien mit gesetzlicher Kündigungsfrist gekündigt werden.“¹⁵ Die Kündigung kann nach dieser Regelung frühestens zum Ablauf des 31. Juli 2015 erklärt werden, so dass die Bindung des Mieters mehr als vier Jahre seit Vertragsabschluss betragen würde.

4.2 Nachmieterstellung

Haben die Parteien infolge eines Auszuges des Mieters eine Ersatzmieterstellung vereinbart, kann der Mieter bei Stellung eines geeigneten und zumutbaren Nachmieters die vorzeitige Entlassung aus dem Mietverhältnis verlangen. Insoweit ist es unerheblich, welche Anforderungen an das berechnete Interesse des Mieters an einer vorzeitigen Entlassung aus einem längerfristigen Mietverhältnis zu stellen sind, wenn der Mieter einen Arbeitsplatzwechsel, der einen Umzug erforderlich macht, selbst herbeigeführt hat¹⁶.

¹⁴ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 86/10, NJW 2011, 597 Rz. 14 ff.

¹⁵ BGH v. 7.10.2015 - VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

¹⁶ BGH v. 7.10.2015 - VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

Es obliegt allein dem Mieter, einen geeigneten Nachfolger zu benennen, wenn er vom Vermieter mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine vorzeitige Entlassung aus dem Mietverhältnis begehrt¹⁷. Denn der Mieter trägt gemäß § 537 Abs. 1 BGB das Verwendungsrisiko der Mietsache. Es ist deshalb allein seine Sache, einen geeigneten Nachfolger zu suchen, den Vermieter über die Person des Nachfolgers aufzuklären und ihm sämtliche Informationen zu geben, die dieser benötigt, um sich ein hinreichendes Bild über die persönliche Zuverlässigkeit und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Nachmieters machen zu können. Der Vermieter ist demgegenüber nicht gehalten, aktiv an der Suche eines Nachmieters mitzuwirken¹⁸.

Deshalb hat sich allein der Mieter um Mietinteressenten zu bemühen, erforderliche Besichtigungstermine durchzuführen sowie die vom Vermieter – wie bei der ursprünglichen Anmietung – verlangten Unterlagen über die Bonität und Zuverlässigkeit vorzuschlagender Nachmieter anzufordern und dem Vermieter zu übermitteln¹⁹. Vor dem Hintergrund dieser Aufgaben- und Risikoverteilung kann es dem Vermieter nicht als widersprüchliches oder sonst rechtsmissbräuchliches Verhalten angelastet werden, dass er die Durchführung von Besichtigungsterminen, die für ihn mit einer Anreise von 120 Kilometern verbunden gewesen wäre, von der Durchführung einer Vorauswahl möglicher Nachmieter abhängig gemacht hat. Andernfalls wird insoweit außer Acht gelassen, dass es dem Mieter frei gestanden hat, vor der Räumung des Mietobjekts auch ohne Vorauswahl selbst Besichtigungstermine durchzuführen oder zu diesem Zweck die Schlüssel für das Anwesen zurückzuverlangen. Dass der Vermieter entsprechende Bemühungen des Mieters behindert hätte, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Der Vermieter hat die Suche nach einem Nachmieter auch nicht dadurch vereitelt, dass er ihm untersagt hat, im Garten ein Hinweisschild eines Maklers aufzustellen und im Rahmen der Suche nach einem Nachmieter die von ihm gefertigten Fotos, Texte und Grundrißzeichnungen zu verwenden. Denn der Vermieter war auch mit Rücksicht auf Treu und Glauben weder gehalten, dem Mieter die Verwendung des vorhandenen Datenmaterials zu gestatten noch Werbemaßnahmen eines Maklers auf seinem Grundstück zu

¹⁷ BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

¹⁸ BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

¹⁹ BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

dulden oder hinzunehmen, dass auf diese Weise die Aufmerksamkeit Dritter auf den Leerstand des Anwesens gelenkt würde. Im Übrigen ist bereits nicht ersichtlich, dass das Verhalten des Vermieters die Nachmietersuche nennenswert beeinträchtigt hätte. Diese hätten die Wohnung etwaigen Interessenten schon im Vorfeld selbst zeigen können.

4.3 „stillschweigende Optionsausübung“

Bei einer Verlängerungsoption handelt es sich um das der begünstigten Partei eingeräumte Recht, ein befristetes Mietverhältnis vor Ablauf der Mietzeit durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung um einen bestimmten Zeitraum zu verlängern²⁰. Demgegenüber führt eine Verlängerungsklausel die Vertragsverlängerung allein durch Schweigen herbei²¹.

Vorliegend haben die Mietvertragsparteien eine Kombination dieser Regelungsmöglichkeiten vorgenommen, indem sie allein dem Mieter die Möglichkeit eingeräumt haben, eine Vertragsverlängerung (um fünf Jahre) nach Ablauf der zehnjährigen Vertragslaufzeit durch schriftliche Erklärung zu verhindern. Dies ändert aber – ebenso wenig wie der Umstand, dass in der Vertragsklausel von einer "Option" die Rede ist – nichts daran, dass die Verlängerung nicht an eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern allein an die Nichtabgabe einer "gegenteiligen schriftlichen Erklärung" und damit das Schweigen der Beklagten gebunden ist²². Das Unterbleiben der Beendigungserklärung führte mithin zur Fortsetzung des Mietverhältnisses mit demselben Inhalt bei Wahrung des in die Zukunft verlängerten Vertrags²³.

²⁰ vgl. etwa BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rz. 21; BGH v. 14.7.1982 - VIII ZR 196/81 - NJW 1982, 2770; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Leonhard, Gewerberaummiete, Vor § 535 BGB Rz. 542; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl., § 542 BGB Rz. 184 f.

²¹ vgl. etwa BGH v. 29.04.2002 - II ZR 330/00, BGHZ 150, 373 = NJW 2002, 2170 (2171); OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 910; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Leonhard, Gewerberaummiete, Vor § 535 BGB Rz. 542.

²² BGH v. 14.10.2015 - XII ZR 84/14, WuM 2015, 721 = NZM 2015, 861.

²³ Vgl. BGH v. 29.04.2002 - II ZR 330/00, BGHZ 150, 373 = NJW 2002, 2170 (2171).

5 Schönheitsreparaturen

5.1 Wirksamkeit der Renovierungsklausel bei unrenoviertem oder renovierungsbedürftigem Anfangszustand

Der BGH hat in der Vergangenheit entschieden, dass Vornahmeklauseln auch bei unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnungen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB jedenfalls dann standhielten, wenn der Mieter nur zu den auf seine eigene Vertragszeit entfallenden Renovierungsleistungen verpflichtet werde²⁴. Durch Rechtsentscheid vom 6. Juli 1988²⁵ hat der BGH diese Beurteilung auf Quotenabgeltungsklauseln übertragen. In der Folgezeit hat der VIII. Senat seine Rechtsprechung zu den Vornahmeklauseln mehrfach bestätigt²⁶.

Diese Auffassung hält er nicht mehr aufrecht²⁷.

Dabei hält er jedoch an dem Ausgangspunkt der bisherigen Betrachtung fest, wonach der Mieter auch bei Übernahme einer unrenovierten oder renovierungsbedürftigen Wohnung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nur zu den auf seine eigene Vertragszeit entfallenden Renovierungsleistungen verpflichtet werden darf. Er darf zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung - jedenfalls nicht ohne Gewährung eines angemessenen Ausgleichs durch den Vermieter - formularmäßig nicht mit der Beseitigung von Gebrauchsspuren der Wohnung belastet werden, die bereits in einem vorvertraglichen Abnutzungszeitraum entstanden sind²⁸.

In der Vergangenheit hat der BGH allerdings angenommen, es sei gewährleistet, dass der Mieter einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung nur die auf seine eigene Vertragszeit entfallenden Renovierungsleistungen vorzunehmen habe, wenn das Klauselwerk dahingehend ausgelegt

²⁴ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 ff).

²⁵ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71 (84 ff).

²⁶ BGH v. 28.4.2004 - VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087 unter III d; BGH v. 26.5.2004 - VIII ZR 77/03, NJW 2004, 3042 unter II 2 a cc; BGH v. 20.10.2004 - VIII ZR 378/03, NJW 2005, 425 unter II 1 a; BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 17/04, NJW 2005, 1426 unter II; BGH v. 18.11.2008 - VIII ZR 73/08, WuM 2009, 36 Rz. 2.

²⁷ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

²⁸ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71 (84 ff); BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 ff).

werden könne, dass die üblichen Renovierungsfristen mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu laufen beginnen²⁹. Dabei ist er von der Vorstellung ausgegangen, dass der Mieter nur mit Renovierungsarbeiten für seine eigene Vertragslaufzeit belastet würde, wenn die "üblichen" Renovierungsfristen im Falle der Überlassung einer unrenovierten Wohnung an den Mietbeginn anknüpfen.

An dieser Sichtweise kann jedoch unter Berücksichtigung der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zu den Maßstäben der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht mehr festgehalten werden³⁰. Bei Erlass der Rechtsentscheide vom 1.7.1987 und 6.7.1988 entsprach es noch der Praxis des BGH, den Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Rückgriff auf § 242 BGB in einer Weise einzuschränken, die nach heutiger Sichtweise als unzulässige geltungserhaltende Reduktion einer Klausel auf den gerade noch zulässigen Inhalt eingestuft würde³¹. Diese Handhabung wurde durch die ab 2004 einsetzende Rechtsprechung des VIII. Senats zum Erfordernis eines flexiblen Fristenplans und später zusätzlich durch die Anwendung der kundenfeindlichsten Auslegung auch im Individualprozess abgelöst.

Die Entwicklung zu einer strengeren Klauselkontrolle wird zunächst durch die Rechtsprechung des VIII. Senats zu "flexiblen" Renovierungsfristen verdeutlicht. Die Rechtsentscheide vom 1.7.1987 und 6.7.1988 gingen noch davon aus, dass die Schönheitsreparaturen nach einem bestimmten Fristenplan ausgeführt werden, mithin nach – aus heutiger Sicht - "starren" Fristen. Mit Urteil vom 23.6.2004³² hat der BGH seine Rechtsprechung dahin abgeändert und weiterentwickelt, dass die Wirksamkeit formularmäßiger Vornahmeklauseln einen flexiblen Fristenplan voraussetzt, der Mieter mithin auch nach Ablauf üblicher Fristen seit der letzten Renovierung nur dann renovieren muss, wenn der Erhaltungszustand der Dekoration es erfordert. Der (Ausnahme-)Fall, dass die Vornahme von Schönheitsreparaturen trotz Ablauf üblicher Renovierungsfristen noch nicht erforderlich ist, wurde damit nicht mehr über eine korrigierende

²⁹ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71 (84 ff); BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 ff).

³⁰ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

³¹ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71 (84 ff); BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 ff).

³² BGH v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586.

Auslegung (§§ 133, 157 BGB) oder Anwendung von § 242 BGB vom Anwendungsbereich der Formarklausel ausgenommen, sondern führte dazu, dass die Klausel, weil sie auch diesen Fall erfasst und den Mieter in dieser Konstellation unangemessen benachteiligt, insgesamt unangemessen und unwirksam ist.

Das Urteil vom 26.9.2007³³ hat die Entwicklung zu einer strengeren Inhaltskontrolle von Vornahme- und Quotenabgeltungsklauseln fortgesetzt. In diesem Urteil, welches eine Quotenabgeltungsklausel betraf, hat der BGH Zweifel erkennen lassen, ob eine entsprechende Klausel bei einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung der Inhaltskontrolle am Maßstab von § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB standhält. Er hat diese Bedenken damit begründet, dass entweder - wenn der Mieter während der Mietzeit keine Schönheitsreparaturen durchgeführt habe - sich am Ende der Mietzeit nicht feststellen lasse, in welchem Umfang die Abnutzung durch den Mieter selbst oder durch den Vormieter herbeigeführt worden sei, oder der Mieter - sofern er im Laufe seiner Mietzeit renoviert habe - doppelt belastet werde, indem er zusätzlich zu dem Schönheitsreparaturaufwand eine Kostenquote zu tragen habe, obwohl beziehungsweise weil er die von ihm (jedenfalls auch zur Beseitigung der Abnutzung durch den Vormieter) vorgenommenen Dekorationsarbeiten noch nicht vollständig abgenutzt habe. Einer abschließenden Entscheidung, ob eine Änderung der Rechtsprechung bezüglich unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassener Wohnungen geboten sei, bedurfte es in diesem Fall nicht, weil die betreffende Wohnung renoviert übergeben worden war.

Im Urteil vom 29. Mai 2013³⁴ hat der VIII. Senat dann eine Quotenabgeltungsklausel, die als Berechnungsgrundlage den Kostenvoranschlag eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäftes bestimmte, für unangemessen erachtet und dabei entscheidend darauf abgestellt, dass bei der Prüfung der Wirksamkeit der jeweils zu beurteilenden Abgeltungsklausel diejenige Auslegung zugrunde zu legen sei, 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 Allgemeinen Geschäftsbedin-

³³ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632.

³⁴ BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, NJW 2013, 2505.

gung nicht nur im Verbandsprozess, sondern auch im Individualprozess von mehreren möglichen Deutungen die kundenfeindlichste Auslegung, also diejenige maßgebend, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt³⁵. 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 wäre.

In seinem Beschluss vom 22.1.2014³⁶ hat der BGH schließlich angedeutet, dass die im Urteil vom 26.9.2007 genannten Erwägungen auf die Inhaltskontrolle von Vornahmeklauseln übertragbar sein könnten, mit der Folge, dass bei einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung bereits die Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen als unangemessene Benachteiligung des Mieters angesehen werden könnte. Denn auch eine solche Klausel verpflichte den Mieter zur Beseitigung von Gebrauchsspuren, die nicht er, sondern der Vormieter verursacht habe.

Gemessen an der dargestellten Fortentwicklung der Maßstäbe für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist eine Formulklausel, die dem Mieter einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen ohne angemessenen Ausgleich auferlegt, unwirksam (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB)³⁷. Denn eine solche Klausel verpflichtet den Mieter zur Beseitigung sämtlicher Gebrauchsspuren des Vormieters und führt - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung - dazu, dass der Mieter die Wohnung vorzeitig renovieren oder gegebenenfalls in einem besseren Zustand zurückgeben müsste als er sie selbst vom Vermieter erhalten hat.

Die Verpflichtung des Mieters zur Vornahme während des Mietverhältnisses anfallender Schönheitsreparaturen lässt sich bereits nach dem Wortlaut derartiger Regelungen nicht auf nach Mietbeginn entstehende Abnutzungsspuren beschränken. Denn sie stellen nicht auf den Zeitpunkt der Verursachung, sondern auf den Zeitpunkt der Renovierungsbedürftigkeit ab und schließen damit den

³⁵ 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.

³⁶ BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 352/12, WuM 2014, 135 Rz. 5.

³⁷ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

vom Vormieter mitverursachten Renovierungsbedarf ein. Auch das Klauselwerk, wonach „der Mieter ... verpflichtet [ist], die während des Mietverhältnisses anfallenden Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen“, ermöglicht ein solches Verständnis nicht nur, sondern legt es sogar nahe. In der für einen Mieter als Gegner des Klauselverwenders ungünstigsten Auslegung könnte der Mieter bei entsprechendem Zustand der Mieträume sogar bereits unmittelbar nach Mietbeginn zur Renovierung verpflichtet sein, obwohl die Abnutzung der Wohnung nicht auf ihn zurückgeht.

Noch deutlicher würde die Benachteiligung des Mieters, wenn die Dekoration der Wohnung bei der Übergabe an diesen bereits so abgewohnt oder verbraucht ist, dass eine weitere Verschlechterung während der Vertragslaufzeit schon aus diesem Grund praktisch nicht mehr in Betracht kommt. Führt der Mieter in diesem Fall bei Vertragsbeginn eine Renovierung durch, zu der er nicht verpflichtet ist, müsste er spätestens bei Vertragsende gleichwohl renovieren, obwohl sich die Wohnung in keinem schlechteren Zustand befindet als sie ihm bei Nutzungsbeginn überlassen worden war. Auch diese Konstellation ist nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung zugrunde zu legen und führt zur Unwirksamkeit der Vornahmeklausel, weil diese dem Mieter die Verpflichtung auferlegt, die Wohnung gegebenenfalls in einem gegenüber dem Vertragsbeginn verbesserten Zustand zurückzugeben³⁸.

Die von der früheren Rechtsprechung befürwortete Anknüpfung an den Ablauf von Renovierungsfristen nach Beginn des Mietverhältnisses ist demgegenüber nicht geeignet, eine unangemessene Benachteiligung des Mieters einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung zu verhindern³⁹. Der noch im Rechtsentscheid vom 1.7.1987⁴⁰ vertretenen gegenteiligen Rechtsauffassung ist bereits durch die ab 2004 einsetzende Rechtsprechung des VIII. Senats, wonach die formularmäßige Abwälzung der Schönheitsreparaturen den Mieter nur dann nicht unangemessen benachteiligt, wenn ein vorgesehener Fristenplan "flexibel" ausgestaltet ist, die Grundlage entzogen worden. Flexible Fristen stellen auf den tatsächlichen Erhaltungszustand beziehungsweise einen bestehenden Renovierungsbedarf ab. Der Mieter ist bei einer flexiblen Renovierungsfrist

³⁸ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

³⁹ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

⁴⁰ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 ff).

zur Ausführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet, sobald es der (abgenutzte) Erhaltungszustand der Dekoration erfordert, und zwar unabhängig davon, inwieweit dieser vom Mieter oder seinem Vormieter verursacht worden ist.

Entgegen einer vereinzelt in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassung⁴¹ ist eine Vornahmeklausel allerdings nicht schon deshalb unwirksam, weil sie so formuliert ist, dass sie sowohl auf renoviert als auch auf unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassene Wohnungen Anwendung finden kann. Zwar erfolgt die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auf der Grundlage einer generalisierenden Betrachtungsweise des Klauselinhalts; sie darf aber den konkreten Vertragsgegenstand nicht außer Acht lassen. Bei der Inhaltskontrolle ist im Individualprozess daher jeweils danach zu unterscheiden, ob Gegenstand der Renovierungsverpflichtung des Mieters eine bei Vertragsbeginn renovierte oder eine unrenovierte beziehungsweise renovierungsbedürftige Wohnung ist⁴².

Nach diesen Grundsätzen bedarf es in Fällen, in denen streitig ist, ob die Wohnung dem Mieter bei Vertragsbeginn unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergeben worden ist, tatrichterlicher Feststellungen (§ 286 Abs. 1 ZPO)⁴³.

Unrenoviert oder renovierungsbedürftig ist eine Wohnung nicht erst dann, wenn sie übermäßig stark abgenutzt oder gar völlig abgewohnt ist. Auch in der Vergangenheit hat der BGH nicht zwischen mehr oder weniger abgewohnten Mieträumen unterschieden⁴⁴. Maßgeblich ist, ob die dem Mieter überlassene Wohnung Gebrauchsspuren aus einem vorvertraglichen Zeitraum aufweist. Auf eine Abgrenzung zwischen einer nicht renovierten und einer renovierungsbedürftigen Wohnung kommt es dabei nicht an, weil beide Begriffe Mieträume mit Gebrauchsspuren beschreiben und die Grenze fließend ist⁴⁵.

Um vorvertragliche Abnutzungs- und Gebrauchsspuren zu beseitigen und damit eine "renovierte" Wohnung zu übergeben, muss der Vermieter die

⁴¹ AG Dortmund, NZM 2014, 826, 828; *Schach*, ZMR 2014, 944.

⁴² BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (264); Staudinger/*Coester*, Neubearb. 2013, § 307 BGB Rz. 113; siehe auch *Pfeiffer* in Wolf/Lindacher/ Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 307 BGB Rz. 86.

⁴³ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

⁴⁴ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (264).

⁴⁵ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (269).

Mieträume bei Vertragsbeginn nicht stets komplett frisch renovieren⁴⁶. Im Einzelfall kann die Vornahme geringer Auffrischungsarbeiten genügen. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bleiben überdies Abnutzungs- und Gebrauchsspuren außer Acht, die so unerheblich sind, dass sie bei lebensnaher Betrachtung nicht ins Gewicht fallen. Es kommt letztlich darauf an, ob die überlassenen Mieträume den Gesamteindruck einer renovierten Wohnung vermitteln. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen unterliegt dies einer in erster Linie dem Tatrichter vorbehaltenen Gesamtschau unter umfassender Würdigung aller für die Beurteilung des Einzelfalles maßgeblichen Umstände.

Es ist Sache des Mieters, darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die Wohnung bereits bei Mietbeginn unrenoviert oder renovierungsbedürftig war. Die Darlegungs- und Beweislast für tatsächliche Umstände, aus denen sich die Unwirksamkeit einer AGB-Regelung ergibt, trägt im Individualprozess der sich auf die Unwirksamkeit der Klausel berufende Vertragspartner des Verwenders⁴⁷.

Zwar kann dies Beweisschwierigkeiten aufwerfen, zumal sich die Frage der Wirksamkeit einer formularmäßigen Abwälzung der Renovierungsverpflichtung auf den Mieter häufig erst bei Vertragsende stellt. Jedoch stehen dem Mieter insoweit verschiedene Beweismittel zur Verfügung. So kann er bei Mietbeginn darauf hinwirken, dass ein gemeinsames Übergabeprotokoll gefertigt wird; daran wird regelmäßig auch der Vermieter Interesse haben. Des Weiteren kann der Mieter den Zustand der Wohnung bei Mietbeginn fotografisch festhalten. Beweiswert kommt auch Belegen zu, welche die Renovierungskosten des Mieters dokumentieren. Schließlich können etwaige Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis oder beauftragte Handwerker als Zeugen für den Zustand der Wohnung bei Mietbeginn benannt werden.

⁴⁶ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

⁴⁷ BGH v. 18.5.1983 - VIII ZR 83/82, NJW 1983 (1854) unter II 3; BGH v. 29.5.1991 - IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763 unter II 3 a; BGH v. 21.11.1995 - XI ZR 255/94, NJW 1996, 388 unter II 2 b bb; BGH v. 6.12.2002 - V ZR 220/02, BGHZ 153, 148 (155); Staudinger/Coester, Neubearb. 2013, § 307 BGH Rz. 104; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., Vor §§ 308, 309 BGB Rz. 19; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Vorb. v. § 307 BGB Rz. 109; Palandt/Grüneberg, 74. Aufl., § 307 BGB Rz. 9; Erman/Roloff, 14. Aufl., Vorbemerkung zu §§ 307-309 BGB Rz. 21; Baumgärtel/Schmidt-Eichhorn, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., § 307 BGB Rz. 2; Lehmann-Richter, NZM 2014, 818 (819).

Allerdings kann die formularvertragliche Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergebenen Wohnung gleichwohl wirksam vereinbart werden, sofern die Verpflichtung des Mieters zur Beseitigung vorvertraglicher Abnutzungsspuren durch einen vom Vermieter gewährten Ausgleich kompensiert wird, durch den der Mieter so gestellt wird, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden⁴⁸. Die Parteien können sich etwa dafür entscheiden, dass der Mieter zum Ausgleich für den Renovierungsaufwand für eine bestimmte Zeit weniger oder gar keine Miete zu entrichten hat⁴⁹.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Gewährung einer angemessenen Ausgleichsleistung obliegt dem Vermieter als Klauselverwender, da es sich um besondere tatsächliche Umstände handelt, die eine Benachteiligung des Vertragspartners dennoch gerechtfertigt erscheinen lassen können⁵⁰.

Nach diesen Grundsätzen fehlt es an einem mit Rücksicht auf den Zustand der Wohnung bei Mietbeginn genügenden Ausgleich der Benachteiligung, wenn der Mieter zu Beginn des Mietverhältnisses Streicharbeiten in drei Zimmern von vier Zimmern vornehmen mussten und im Gegenzug eine halbe Miete (= 318,62 €) erlassen wurde. Dies stellt mit Rücksicht darauf, dass hier drei von vier Zimmern der Mietwohnung betroffen waren, keine taugliche Kompensation dar⁵¹.

Die Unwirksamkeit kann nicht auf diejenigen Teile der Wohnung beschränkt werden, die dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassen worden sind. Eine teilweise Aufrechterhaltung oder Umgestaltung der Klauseln kommt wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion nicht in Betracht⁵². Ob die Übertragung der Schönheitsreparaturverpflichtung auf renovierte Teile der Wohnung beschränkt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.

⁴⁸ vgl. BGH v. 25.10.1995 - VIII ZR 258/94, NJW 1996, 389 unter II 2 d; BGH v. 23.4.1991 - XI ZR 128/90, BGHZ 114, 238 (246) m.w.N.

⁴⁹ vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/5663, S. 76.

⁵⁰ BGH v. 29.5.1991 - IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763.

⁵¹ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

⁵² vgl. BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, NJW 2013, 2505 Rz. 23 m.w.N.

Die streitigen Klauseln sind nicht unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes für das hier gegebene Vertragsverhältnis als wirksam zu behandeln. Dies macht auch die Revisionserwiderung nicht geltend. Zwar hat der Senat in früheren Entscheidungen Vornahmeklauseln auch bei unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnungen als wirksam erachtet. Selbst in Fällen, in denen eine vergleichbare Klausel zuvor nicht beanstandet worden ist, hat ihr Verwender aber - unbeschadet besonders gelagerter Sachverhalte - im Allgemeinen das Risiko zu tragen, dass die Klausel in späteren höchstrichterlichen Entscheidungen wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners als unwirksam beurteilt wird⁵³.

5.2 Starre Fristen in einer Teilregelung der Renovierungspflicht

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats halten als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehende vorformulierte Vertragsklauseln, die dem Mieter die Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen übertragen, der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB nur stand, wenn und soweit die in der Vornahmeklausel enthaltenen Renovierungsfristen nicht unveränderbar sind, sondern durch ihre flexible Gestaltung Raum lassen, den konkreten Renovierungsbedarf der angesprochenen Mieträume zu berücksichtigen, so dass die genannten Fristen letztlich nur den Charakter einer Richtlinie oder unverbindlichen Orientierungshilfe haben⁵⁴.

Diesen rechtlichen Vorgaben wird eine Klausel, wonach die die Anstrich- und Lackierarbeiten an Fenstern, Türen und Heizkörpern auf den Mieter geregelt werden, für sich genommen gerecht⁵⁵, wenn darin die Formulierung enthalten ist, die Schönheitsreparaturen seien "alle fünf Jahre ..." durchzuführen, "... es sei denn, sie sind nicht erforderlich ...". Denn dadurch wird der Mieter lediglich verpflichtet, die Schönheitsreparaturen nur dann alle fünf Jahre vorzunehmen, wenn ein entsprechender Renovierungsbedarf tatsächlich zu dieser Zeit besteht. Die Klausel sagt mit für jeden durchschnittlichen und verständigen Mieter hin-

⁵³ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438 Rz. 20; BGH v. 31.7.2013 - VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 Rz. 63; jeweils m.w.N.

⁵⁴ BGH v. 18.2.2009 - VIII ZR 210/08, NJW 2009, 1408 Rz. 13; BGH v. 13.7.2005 - VIII ZR 351/04, NJW 2005, 3416 unter II 2; BGH v. 20.3.2012 - VIII ZR 192/11, NZM 2012, 527 Rz. 3 f.; jeweils m.w.N.; BGH v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2568 unter II 2.

⁵⁵ BGH v. 18. 3. 2015 - VIII ZR 21/13; WuM 2015, 348.

reichender Klarheit aus, dass bei normaler Abnutzung der Räume die Schönheitsreparaturen in dem genannten Zeitabstand vorzunehmen sind, der Mieter jedoch bei einem geringeren Grad der Abnutzung eine längere Renovierungsfrist in Anspruch nehmen kann⁵⁶. Damit hat diese Klausel des Mietvertrags für sich genommen lediglich den Charakter einer unverbindlichen Orientierungshilfe zur Bestimmung des im konkreten Fall maßgebenden Renovierungsintervalls.

Unwirksam ist jedoch die im vorherigen Absatz stehende Bestimmung des Mietvertrags, der die Abwälzung der Malerarbeiten an Wänden und Decken auf den Mieter betrifft, als eine den Mieter unangemessen benachteiligende Regelung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, da diese Klausel eine bedarfsorientierte Einschränkung der Renovierungsverpflichtung nicht enthält, sondern sich in einer starren Fristenregelung erschöpft⁵⁷.

In der gebotenen Gesamtbetrachtung führt dies dazu, dass die Abwälzung der Schönheitsreparaturverpflichtung auf den Mieter insgesamt nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen und damit unwirksam ist⁵⁸. Die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen ist, soweit sie dem Mieter im Mietvertrag auferlegt ist, eine einheitliche, nicht in Einzelmaßnahmen aufspaltbare Rechtspflicht mit der Folge, dass die Unwirksamkeit der einen Einzelaspekt dieser einheitlichen Pflicht betreffenden Bestimmung in der gebotenen Gesamtschau der Regelung zur Unwirksamkeit der gesamten Vornahmeklausel führt⁵⁹. Denn Konkretisierungen der Schönheitsreparaturverpflichtung hinsichtlich ihres gegenständlichen und zeitlichen Umfangs sowie ihrer Ausführungsart sind inhaltlich derart eng mit der Verpflichtung selbst verknüpft, dass diese bei einer Beschränkung der Unwirksamkeit auf die unzulässige Ausführungsmodalität inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten würde; eine solche inhaltliche Umgestaltung der Vornahmepflicht widerspräche dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener formularvertraglicher Regelungen⁶⁰. Dies gilt auch, wenn die inhaltliche Ausgestaltung der ein-

⁵⁶ BGH v. 13.7.2005 - VIII ZR 351/04, NJW 2005, 3416 unter II 2.

⁵⁷ BGH v. 18. 3. 2015 - VIII ZR 21/13; WuM 2015, 348.

⁵⁸ BGH v. 18. 3. 2015 - VIII ZR 21/13; WuM 2015, 348.

⁵⁹ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NJW 2010, 674 Rz. 14.

⁶⁰ BGH v. 28.3.2007 - VIII ZR 199/06, NJW 2007, 1743 Rz. 11 m.w.N.

heitlichen Pflicht in verschiedenen, sprachlich voneinander unabhängigen Klauseln geregelt ist⁶¹.

5.3 Außergewöhnlicher Dekorationszustand bei der Rückgabe

Eine ungewöhnliche Farbwahl bei der Dekoration einzelner Räume führt nach allgemeiner Meinung⁶² 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 beseitigen⁶³.

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 zurückgibt⁶⁴. 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 ablehnen⁶⁵.

Insoweit wird vertreten⁶⁶, die Rückgabe eines Mietobjekts in einem Zustand, der beim Vermieter zusätzliche Kosten für die dekorative Herrichtung auslöst,

⁶¹ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NJW 2010, 674 Rz. 14.

⁶² 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

⁶³ 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.

⁶⁴ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 = GE 2014, 49 Rz. 15.

⁶⁵ BGH v. 10. 1.1983 - VIII ZR 304/81, BGHZ 86, 204, 209 f.; Staudinger/*Rolfs*, Neubearb. 2011, § 546 BGB Rz. 19.

⁶⁶ *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., E Rz. 373.

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 abzuwälzen⁶⁷. Dagegen wird eingewandt⁶⁸, 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 werden⁶⁹, und dass die farbliche Gestaltung der Mieträume während der Dauer des Mietverhältnisses dem Mieter überlassen ist, somit zum vertragsgemäßen Gebrauch einer angemieteten Wohnung gehört⁷⁰. Der Mieter verletzt jedoch seine Pflicht zur Rücksichtnahme nach §§ 241 Abs. 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, 241 Abs. 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 (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB). So hat der Mieter das berechtigte Interesse, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren, während das berechtigte Interesse des Vermieters dahin geht, die Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren Interessen-

⁶⁷ Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., E Rz. 373.

⁶⁸ Eisenschmid, WuM 2010, 459, 466 f.

⁶⁹ BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rz. 21.

⁷⁰ 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.

tenkreises entspricht und somit einer baldigen Weitervermietung nicht entgegensteht⁷¹.

Aus der Entscheidung des BGH zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung im Falle des Rauchens⁷² folgt nichts anderes⁷³. 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 lassen⁷⁴. Darum geht es hier indes nicht.

Exzessives Rauchen führt zu einer übermäßigen Abnutzung der Mieträume, die Beseitigungsmaßnahmen erfordert, die über normale Schönheitsreparaturen hinausgehen⁷⁵. 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 berechtigte Interesse des Vermieters, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzu erhalten, 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.

5.4 Schadensersatz wegen „exzessiven Rauchens“

Ein Mieter, der in der angemieteten Wohnung raucht, verhält sich grundsätzlich nicht vertragswidrig⁷⁶. Ein Schadensersatzanspruch wegen Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn die Wohnung durch das Rauchen derart beschädigt wird, dass die Gebrauchs-

⁷¹ 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.

⁷² BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439.

⁷³ A.A. *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 466 f.

⁷⁴ BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439.

⁷⁵ BGH v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 = GE 2014, 49 Rz. 15.

⁷⁶ BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915 Rz. 23; BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rz. 21.

spuren im Rahmen der Vornahme von üblichen Schönheitsreparaturen i.S.d. § 28 Abs. 4 S. 3 II.BV nicht mehr beseitigt werden können⁷⁷.

Ist weder festgestellt noch ersichtlich, dass Schönheitsreparaturen i.S.d. § 28 Abs. 4 S. 3 II.BV nicht ausgereicht hätten, die in der Wohnung vorhandenen Gebrauchsspuren zu beseitigen, kommt ein Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wegen "exzessiven Rauchens" nicht in Betracht⁷⁸. Dies kann z.B. durch Rückschluss aus einer vorgelegten Malerrechnung ermittelt werden, wenn dort lediglich Leistungen (Tapezieren, Spachteln, Grundieren, Streichen) genannt werden, die üblicherweise veranlasst sind, um Schönheitsreparaturen auszuführen. Soweit in der "POS 4" dieser Rechnung aufgeführt ist "Decken und Wandflächen mit Isolierfarbe (Nikotin vergilbt) zwischen und schlussbeschichten" geht aus dem Vortrag des Vermieters nicht hervor, ob diese Maßnahme ausschließlich zur Renovierung erforderlich war oder ob sie ganz oder teilweise der Vorbeugung gegen künftige Rauchspuren in der Wohnung dient.

5.5 Abschied von vorformulierten Abgeltungs- bzw. Quotenklauseln

Der BGH hat Quotenabgeltungsklauseln, denen Vornahmeklauseln zugrunde lagen, die starre, unveränderbare Renovierungsfristen vorsahen, für wirksam angesehen, wenn die für die Durchführung wie für die anteilige Abgeltung maßgeblichen Fristen nicht vor dem Anfang des Mietverhältnisses zu laufen beginnen⁷⁹. Die Anknüpfung an "starre", vom konkreten Bedarf losgelöste Renovierungsintervalle, sei es in Gestalt "üblicher" Renovierungsfristen⁸⁰ oder in Form von Mindestfristen⁸¹, ist jedoch seit längerem überholt. Seit dem Urteil vom 23. Juni 2004⁸² ist es ständige Rechtsprechung des VIII: Senats, dass vorformulierte Fristenpläne, um der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB standzuhalten, so abgefasst sein müssen, dass der konkrete Renovierungsbedarf der einzelnen Räume Berücksichtigung findet, mithin der Fristenplan nur den Charakter einer Richtlinie und unverbindlichen Orien-

⁷⁷ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rz. 23.

⁷⁸ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 242/13, WuM 2015, 343.

⁷⁹ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 84 ff.

⁸⁰ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253, 266, 268.

⁸¹ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 72.

⁸² BGH v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586 unter II 2.

terierungshilfe hat, von der im Einzelfall bei gutem Erhaltungszustand der Mieträume auch nach oben abgewichen werden kann.

In seinem Urteil vom 26. September 2007⁸³ hat der VIII. Senat diese Erwägungen aufgegriffen und hat - den Rechtsentscheid vom 6. Juli 1988⁸⁴ fortentwickelnd - entschieden, dass eine an eine Vornahmeklausel mit flexiblem Fristenplan anknüpfende Quotenabgeltungsklausel die Interessen des Mieters, jedenfalls bei einer zu Vertragsbeginn renoviert überlassenen Wohnung, in den Fällen wahrer, in denen die Abgeltungsklausel dahin ausgelegt werden könne, dass die bisherige Wohndauer ins Verhältnis zu setzen sei zu der Zeit, nach der bei Fortdauer des Mietverhältnisses, also bei einer weiteren Nutzung der Wohnung durch den bisherigen Mieter, voraussichtlich eine Renovierung erforderlich sein würde. Der Mieter werde bei dieser Auslegung an den Kosten der Renovierung nur in dem Umfang beteiligt, in dem sie von ihm selbst verursacht worden seien⁸⁵. Der VIII. Senat hat in der Entscheidung vom 23. September 2007 weiter ausgeführt, dass es für die Bestimmung des Fristenzeitraums, nach dem unter Berücksichtigung des konkreten Erhaltungszustands der Wohnung eine Renovierung erforderlich sein wird, einer hypothetischen Fortschreibung des bisherigen Wohnverhaltens des Mieters bedürfe sowie der Feststellung, wann bei einer Fortdauer des Mietverhältnisses Renovierungsbedarf zu erwarten sei.

Der Senat hat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 22. Januar 2014⁸⁶ grundsätzliche Bedenken geäußert, ob Quotenabgeltungsklauseln, die den tatsächlichen Erhaltungszustand der Wohnung in der Weise berücksichtigen, 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, der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten können. Diese Bedenken greifen durch⁸⁷.

⁸³ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632.

⁸⁴ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71.

⁸⁵ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632 Rz. 14 ff., 17.

⁸⁶ BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 352/12, WuM 2014, 135 Rz. 6 ff.

⁸⁷ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 242/13, WuM 2015, 343.

Quotenabgeltungsklauseln müssen dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) genügen und dürfen nicht so gefasst sein (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB), dass der Vermieter als Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen⁸⁸. Es kann dahinstehen, ob die eine Quotenabgeltungsklausel für sich genommen ausreichend transparent i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ausgestaltet ist. Denn Quotenabgeltungsklauseln halten jedenfalls einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht stand⁸⁹. Sie benachteiligen den Mieter unangemessen, weil sie dem Mieter bei Vertragsschluss keine realistische Einschätzung der auf ihn zukommenden Kostenbelastung ermöglichen.

Denn es ist für den durchschnittlichen und verständigen Mieter bei dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁹⁰ nicht erkennbar, welcher tatsächliche Abnutzungsgrad der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses, dessen Zeitpunkt bei Vertragsschluss noch nicht feststeht, unter Zugrundelegung seines (möglicherweise Veränderungen unterworfenen) individuellen Nutzungsverhaltens erreicht sein wird⁹¹. Aber nicht nur der tatsächliche Zustand der Wohnung bei Vertragsende ist für den Mieter bei Vertragsschluss nicht einschätzbar. Um eine Kostenquote ermitteln zu können ist darüber hinaus die empirische Prognose notwendig, zu welchem Zeitpunkt bei unterstellter gleicher Nutzungsart und gleicher Nutzungsintensität voraussichtlich Renovierungsbedarf eintreten wird. Quotenabgeltungsklauseln verlangen vom Mieter daher bei Vertragsschluss seine bei Beendigung des Mietverhältnisses bestehende Zahlungspflicht aufgrund eines in der Zukunft liegenden, auf mehreren Variablen beruhenden hypothetischen und damit fiktiven Sachverhalts einzuschätzen. Derartige Bestimmungen benachteiligen den Mieter nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen und sind unwirksam⁹².

⁸⁸ vgl. BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 154/04, NJW 2006, 1056 Rz. 21 m.w.N.

⁸⁹ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 242/13, WuM 2015, 343.

⁹⁰ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rz. 37; BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12, 21 f.; jeweils m.w.N.

⁹¹ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 242/13, WuM 2015, 343.

⁹² vgl. auch V. *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein, Miete*, 11. Aufl., § 535 BGB Rz. 62.

5.6 bestimmbare Fristsetzung

Für eine Fristsetzung genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht. Der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht. Weder lässt sich dem Begriff der Fristsetzung entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben ist, noch erfordert es der Zweck der Fristsetzung gemäß § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 oder nach § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 BGB, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angibt. Dem Schuldner soll mit der Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt ist. Dieser Zweck wird durch eine Aufforderung, sofort, unverzüglich oder umgehend zu leisten, hinreichend erfüllt⁹³.

Daran gemessen reicht die Erklärung: "Entweder wird das Pferd ausgetauscht oder wir gehen rechtlich gegen Euch vor" für eine Fristsetzung aus⁹⁴. Diese Äußerung trägt den Anforderungen an eine Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 S. 1, § 323 Abs. 1 BGB Rechnung. Eine ordnungsgemäße Nacherfüllungsaufforderung ist nicht von der Nennung eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins abhängig. Dessen bedarf es nicht. Bereits in dem Verlangen, das Pferd "auszutauschen", verbunden mit der die Ernsthaftigkeit der Erklärung verdeutlichenden Warnung, andernfalls rechtliche Schritte zu ergreifen, liegt bei verständiger Würdigung unmissverständlich die Aufforderung, umgehend Abhilfe durch Übergabe eines gesunden Pferdes zu schaffen.

⁹³ BGH v. 12.8.2009 - VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153 Rz. 10 f., zu § 281 BGB.

⁹⁴ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 176/14, MDR 2015, 176.

6 Gewährleistung

6.1 Konkludente Beschaffenheitsvereinbarung

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 Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist. Soweit allerdings 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 bestimmt⁹⁵.

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 - hier die von einem "normalen" Schulbetrieb ausgehenden Geräuschimmissionen - als für ihn hinnehmbar wahrnimmt und er sich ungeachtet dieser von ihm als (noch) erträglich empfundenen Vorbelastung dafür entscheidet, die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wird dieser Umstand 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

⁹⁵ zum Ganzen: BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rz. 8 m.w.N.

der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt⁹⁶. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist⁹⁷. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert⁹⁸.

Soweit es um Lärmimmissionen geht, die von öffentlichen Straßen oder von einem Nachbargrundstück auf die Mietsache einwirken, ist im Übrigen der offensichtliche und beiden Parteien bekannte Umstand zu berücksichtigen, wonach der Vermieter regelmäßig keinen Einfluss darauf hat, dass die zu Mietbeginn bestehenden Verhältnisse während der gesamten Dauer des Mietvertrages unverändert fortbestehen⁹⁹. Der Mieter kann daher im Allgemeinen nicht erwarten, dass der Vermieter die vertragliche Haftung für den Fortbestand derartiger "Umweltbedingungen" übernehmen will. Die Annahme einer dahingehenden konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung wird deshalb allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen und jedenfalls konkrete Anhaltspunkte für die Übernahme einer so weit gehenden und vom Vermieter nicht beherrschbaren Haftung voraussetzen¹⁰⁰.

Soweit danach konkrete Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, beantwortet sich die Frage, was im Einzelnen zu dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der in Rede stehenden Wohnung gehört, den der Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB während der Mietzeit zu erhalten hat, nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in – ggfs. ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben¹⁰¹.

⁹⁶ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

⁹⁷ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

⁹⁸ BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 6 Rz. 10; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009, 659 Rz. 14.

⁹⁹ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹⁰⁰ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹⁰¹ vgl. BGH v. 7.6.2006 - XII ZR 34/04, NZM 2006, 626 Rz. 13; BGH v. 16.5.2007 - VIII ZR 207/04, WuM 2007, 381 Rz. 8; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009, 659 Rz. 11; BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rz. 8; jeweils m.w.N.

Aber auch nach den sich daraus ergebenden Maßstäben kann dem Vermieter nicht einseitig das Risiko einer lärmintensiven Nutzungsänderung auf dem Nachbargrundstück zugewiesen werden¹⁰². Es kommt vielmehr darauf an, welche Regelung die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als redliche Vertragspartner getroffen hätten, wenn ihnen bei Vertragsschluss die von ihnen nicht bedachte Entwicklung, also die künftige Errichtung eines Bolzplatzes auf dem benachbarten Schulgelände und dessen unbeschränkte Zugänglichkeit und Benutzung durch die Öffentlichkeit über den "normalen" Schulbetrieb hinaus sowie die dadurch verursachte erhöhte Lärmbelastung, bewusst gewesen wäre¹⁰³. Das hätte nicht notwendig zu einer unbedingten Einstandspflicht des Vermieters für diese nachteilige Entwicklung und damit zu einem Mangel der Mietsache geführt, der den Mieter aum ohne Weiteres zur Minderung der Miete berechtigt hätte.

Insoweit kann trotz der Bestimmung in § 22 Abs. 1a BImSchG eine erhöhte Lärmbelastung darstellen, wenn neben dem zu tolerierenden Kinderlärm der als Mangel zu bewertende Lärm möglicherweise gar nicht oder nur unwesentlich von Kindern, sondern von Jugendlichen und (jungen) Erwachsenen ausgeht und auf einem Bolzplatz entsteht, so dass ein Sachverhalt vorliegt, auf den § 22 Abs. 1a BImSchG nach seinem Anwendungsbereich nicht zugeschnitten ist¹⁰⁴.

Der durch Art. 1 des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes - Privilegierung des von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgehenden Kinderlärms vom 20. Juli 2011¹⁰⁵ in § 22 BImSchG eingefügte Absatz 1a bestimmt, dass Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder hervorgerufen werden, im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung sind, und dass bei der Beurteilung der Geräuscheinwirkungen Immissionsgrenz- und -richtwerte nicht herangezogen werden dürfen. Für den Begriff der Kinder, deren Lärm als Aus-

¹⁰² BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹⁰³ vgl. BGH v. 3.12.2014 - VIII ZR 370/13, WM 2015, 306 Rz. 26 m.w.N.

¹⁰⁴ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹⁰⁵ BGBl. I S. 1474.

druck eines besonderen Toleranzgebots der Gesellschaft durch die Vorschrift privilegiert werden soll, hat der Gesetzgeber die Definition in § 7 Abs. 1 SGB VIII heranziehen wollen, wonach Kind ist, wer noch nicht 14 Jahre alt ist, und Jugendlicher, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist¹⁰⁶. Hinsichtlich der gegenständiglich in die Privilegierung einbezogenen Kinder- und Ballspielplätze hat der Gesetzgeber mit Blick auf den Nutzerkreis zugleich klargestellt, dass davon zu unterscheiden sind Spiel- und Bolzplätze sowie Skateranlagen und Streetballfelder für Jugendliche, die großräumiger angelegt seien und ein anderes Lärmprofil hätten als Kinderspielplätze¹⁰⁷.

Wenn von Kindern ausgehender Lärm eine wesentliche Ursache für die als Mangel beanstandeten Geräuschmissionen gewesen sein sollte, wäre allerdings § 22 Abs. 1a BImSchG zur Bewertung der Lärmeinwirkungen als Mangel der gemieteten Wohnung mit heranzuziehen¹⁰⁸. Denn diese Privilegierungsregelung ist nach dem Willen des Gesetzgebers darauf angelegt, über seinen eigentlichen Anwendungsbereich und das damit vielfach verklammerte zivilrechtliche Nachbarrecht hinaus auch auf das sonstige Zivilrecht, insbesondere das Mietrecht und das Wohnungseigentumsrecht, auszustrahlen, sofern dieses jeweils für die Bewertung von Kinderlärm relevant ist¹⁰⁹. Diese Ausstrahlungswirkungen, die zugleich die Verkehrsanschauung zu Art und Maß der als sozialadäquat hinzunehmenden Geräuschmissionen prägen, würden sich insbesondere dahin äußern, dass bei einer Auslegung der beiderseitigen mietvertraglichen Rechte und Pflichten Kinderlärm der in § 22 Abs. 1a BImSchG beschriebenen Art jedenfalls bei Beachtung des Gebots zumutbarer gegenseitiger Rücksichtnahme¹¹⁰ in der Regel als den Mietgebrauch nicht oder nur unerheblich beeinträchtigend einzustufen wäre. Dass das hierin zum Ausdruck kommende Toleranzgebot erst im Jahr 2011 und damit z.B. lange nach Abschluss des Mietvertrages seinen gesetzlichen Niederschlag in § 22 Abs. 1a BImSchG gefunden hat, stünde seiner Berücksichtigungsfähigkeit nicht entgegen. Denn abgesehen davon, dass dieses Gebot ohnehin nur die Konkretisierung einer bereits bei

¹⁰⁶ BT- Drucks. 17/4836, S. 4, 6.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 17/4836, S. 6.

¹⁰⁸ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹⁰⁹ BT-Drucks. 17/4836, S. 7; vgl. auch BGH v. 13.7.2012 - V ZR 204/11, WuM 2012, 515 Rz. 11.

¹¹⁰ vgl. dazu OVG Koblenz, NVwZ 2012, 1347 (1349).

Mietvertragsschluss zumindest angelegten Verkehrsanschauung enthält¹¹¹, könnte eine Weiterentwicklung der Verkehrsanschauungen jedenfalls im Hinblick auf hinzunehmende Umwelteinwirkungen bei Fehlen konkreter vertraglicher Regelungen zum "Soll-Zustand" auch zu gewissen Anpassungen des vertraglich geschuldeten Standards einer Gebrauchsgewährung führen¹¹².

6.2 Maßstab bei veränderten Umwelteinflüssen

Die Maßstäbe, die bei Fehlen konkreter Parteiabreden an eine Hinnahme von nachträglich entstehenden oder sich vergrößernden Geräuschmissionen auf die Mietsache durch Dritte und die damit zusammenhängende Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) anzulegen sind, sind umstritten.

In Teilen der Instanzrechtsprechung¹¹³ sowie im mietrechtlichen Schrifttum¹¹⁴ wird maßgeblich darauf abgestellt, ob der Mieter bei Abschluss des Vertrages insbesondere aufgrund der Lage des Mietgrundstücks und der das Grundstück umgebenden Nachbarschaft bereits konkrete Anhaltspunkte für einen Eintritt oder eine Zunahme bestimmter Geräuschmissionen hatte, aus diesem Grunde mit dem Entstehen einer später als Mangel gerügten Geräuschkulisse ohne Weiteres rechnen musste und dies deshalb bei Bemessung der Miethöhe (ermäßigend) berücksichtigen konnte¹¹⁵. Dabei wird zugleich ganz überwiegend angenommen, dass die im Nachbarschaftsrecht gemäß § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB bedeutsame Ortsüblichkeit keinen Maßstab für die mietrechtliche Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB bilden könne¹¹⁶.

Demgegenüber wird von einem anderen Teil der Instanzrechtsprechung eine abweichende Auffassung dahin vertreten, dass bei Fehlen konkreter Beschaffenheitsabreden nach der Verkehrsanschauung nicht schon jede nachteilige

¹¹¹ vgl. BVerwG, NJW 1992, 1779 (1780).

¹¹² BGH v. 7.6.2006 - XII ZR 34/04, NZM 2006, 626; BGH v. 10.5.2006 - XII ZR 23/04, NZM 2006, 582 Rz. 10.

¹¹³ BayObLG, NJW 1987, 1950, 1951; OLG München, NJW-RR 1994, 654 f.; LG Itzehoe v. 11.10.2010 - 3 O 509/09, juris Rz. 24; LG Berlin v. 13.3.2013 - 65 S 321/11, juris Rz. 20.

¹¹⁴ Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 536 BGB Rz. 29a f. m.w.N.; Erman/*Lützenkirchen*, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 18; *Lehmann-Richter*, NZM 2012, 849 (852); ähnlich auch *Kraemer*, WuM 2000, 515 (519).

¹¹⁵ nur eine positive Kenntnis des Mieters für maßgeblich haltend: *Blank*, WuM 2012, 175 (178).

¹¹⁶ BayObLG, NJW 1987, 1950 (1951); OLG München, NJW-RR 1994, 654; LG Itzehoe v. 11.10.2010 - 3 O 509/09, juris Rz. 24; *Lehmann-Richter*, NZM 2012, 849 (850); *Blank* WuM 2012, 175 (176); *Börstinghaus*, NZM 2004, 48 (49); a.A. LG Berlin v. 27.9.2011 - 63 S 641/10, juris Rz. 27.

Veränderung des Wohnumfelds und der Geräuschsituation als Mangel der Mietsache angesehen werden könne. Vielmehr müsse ein Mieter grundsätzlich in Rechnung stellen, dass es im weiteren oder näheren Umfeld seiner Wohnung zu Veränderungen kommen könne, die sich auf die Mietsache nachteilig auswirken könnten. Es sei deshalb zu fragen, ob der Mieter bestimmte Eigenschaften seines Wohnumfeldes als unveränderlich habe voraussetzen dürfen oder ob er mit bestimmten nachteiligen Änderungen etwa wegen bestehender Gemengelagen grundsätzlich habe rechnen müssen¹¹⁷.

Der BGH hat zu dieser Frage noch nicht abschließend Stellung genommen. Er hat allerdings in einer Fallgestaltung, in der es darum ging, ob in der durch die zeitweilige straßenbaubedingte Umleitung des Verkehrs verursachten erhöhten Lärmbelastung ein zur Mietminderung berechtigender Mangel zu sehen ist, ausgesprochen, dass bei einer vermieteten Wohnung, die sich in einer bestimmten Innenstadtlage und damit in einer Lage befunden hat, bei der jederzeit mit Straßenbauarbeiten größeren Umfangs und längerer Dauer zu rechnen ist, die Mieter die mit den Arbeiten verbundene (erhöhte) Lärmbelastung redlicherweise hinzunehmen haben. Eine solche vorübergehende erhöhte Lärmbelastung stellt deshalb unabhängig von ihrer zeitlichen Dauer jedenfalls dann, wenn sie sich innerhalb der in solchen Innenstadtlagen üblichen Grenzen hält, keinen zur Minderung berechtigenden Mangel dar¹¹⁸.

In einem weiteren Fall hat der BGH angenommen, dass die in einem Lichthof von den Zu- und Abluftleitungen ausgehenden Geräuschimmissionen auch bei ihrer nachträglichen Zunahme dann nicht zu einem Mangel der Mietsache führen, wenn bei Fehlen einer Abrede der Mietvertragsparteien zum Maß einer Immissionsbelastung der zum Lichthof hin gelegenen Räumlichkeiten die hierfür maßgeblichen technischen Normen eingehalten sind. Denn ein Mieter kann bei Fehlen gegenteiliger Abreden nicht ohne Weiteres erwarten, dass der Vermieter Veränderungen, die durch die Nutzungsbedürfnisse anderer Mieter erforderlich werden, unterlässt, wenn dadurch die Geräuschimmissionen zwar steigen, die Belastung aber auch nach der Veränderung noch den technischen Normen genügt, deren Einhaltung vom Vermieter geschuldet ist. Weist das Ge-

¹¹⁷ KG, NZM 2003, 718; LG Berlin v. 27.9.2011 - 63 S 641/10, juris Rz. 25 f.; LG Heidelberg, NJOZ 2010, 2557 f.; LG Hamburg, WuM 1998, 19.

¹¹⁸ BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rz. 12.

bäude im Zeitpunkt der Begründung des Mietverhältnisses tatsächlich einen Immissionsstandard auf, der besser ist als der, den der Mieter nach den maßgeblichen technischen Normen vom Vermieter verlangen kann, kann er gleichwohl im Allgemeinen nicht davon ausgehen, dass der Vermieter ihm gegenüber dafür einstehen will, dass dieser Zustand während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses erhalten bleibt¹¹⁹.

Der BGH führt diese Rechtsprechung dahin fort, dass nachträglich erhöhte Geräuschimmissionen durch Dritte jedenfalls dann grundsätzlich keinen gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung führenden Mangel der Mietwohnung begründen, wenn auch der Vermieter sie ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss¹²⁰. Die nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB durch den Mietvertrag entstehende Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren, gestaltet § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zum einen dahin aus, dass der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen hat (Überlassungspflicht). Zum anderen trifft den Vermieter danach auf Dauer die Verpflichtung, die Mietsache während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (Erhaltungspflicht), was zugleich die Pflicht beinhaltet, eine nach Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen¹²¹. Das dem Vermieter durch diese Regelungen auferlegte Besitzverschaffungsrisiko (vgl. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB) hat jedoch nicht notwendig zur Folge, dass die Überlassungspflicht und die Erhaltungspflicht in jeder Hinsicht deckungsgleich sind. Während die Überlassungspflicht an einen gegenwärtigen Zustand der Mietsache anknüpft, über den der Vermieter sich ohne Weiteres vergewissern und dessen Beherrschung ihm deshalb auch ohne Weiteres zugemutet werden kann, bedarf es zur Erhaltungspflicht und der Beherrschbarkeit der dabei jedenfalls durch äußere Einflüsse auf die Mietsache einwirkenden Risiken eines prognostischen Blicks in die Zukunft, deren Entwicklung nicht in jeder Hinsicht überschaubar ist. Dementsprechend bedarf es für den Umfang der Erhaltungspflicht einer differenzierteren Betrachtung

¹¹⁹ BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009, 659 Rz. 15, 17.

¹²⁰ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹²¹ BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13, NJW 2015, 699 Rz. 25 m.w.N., BGH v. 3.4.2003 - IX ZR 163/02, NZM 2003, 472 unter II 2.

tung. Denn auch für die Beurteilung eines übernommenen Beschaffungsrisikos ist es anerkannt, dass dieses sich bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte nicht darauf erstreckt, schlechthin für jedes Unvermögen zur Erfüllung der übernommenen Pflichten eintreten zu wollen, sondern nur auf die Fähigkeit zur Überwindung der typischen Beschaffungshindernisse bei Geschäften der fraglichen Art¹²². Die Übernahme eines Beschaffungsrisikos schließt deshalb insbesondere die Berücksichtigung des unvorhergesehenen Eintritts höherer Gewalt oder ähnlicher Umstände nicht aus, welche nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) das Verlangen des Gläubigers nach uneingeschränkter Leistung als unbillig und ungerechtfertigt erscheinen lassen¹²³. Es ist in diesen Fällen vielmehr bereits durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln, wie weit eine im Vertrag übernommene Beschaffungspflicht nach diesen Maßstäben reicht¹²⁴.

Dieser Gesichtspunkt ist auch bei der - ergänzenden - Auslegung des Mietvertrages der Parteien zur Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, was im Einzelnen zu dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der in Rede stehenden Mietwohnung gehört, den der Vermieter insbesondere nach deren Lage und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB während der Mietzeit in Bezug auf Geräuschimmissionen zu erhalten haben¹²⁵. Dabei ist namentlich zu fragen, ob die Parteien, wenn sie bei Vertragsschluss die spätere Entwicklung der Verhältnisse auf dem benachbarten Grundstück in Betracht gezogen hätten, diese als den geschuldeten Mietgebrauch nunmehr prägend hingenommen hätten, oder ob die Parteien den Vermieter als verpflichtet angesehen hätten, den Mietgebrauch jedenfalls im Wesentlichen nach dem bei Vertragsschluss bestehenden Immissionsstandard aufrechtzuerhalten. Insoweit ergibt eine Auslegung des Mietvertrags der Parteien, dass Letzteres zu verneinen ist¹²⁶.

¹²² BT-Drucks. 14/6040, S. 132; BeckOK- BGB/Lorenz, Stand: 1. März 2011, § 276 Rz. 42; Erman/Westermann, 14. Aufl., § 276 BGB Rz. 19 m.w.N.

¹²³ RGZ 99, 1, 2; vgl. auch BGH v. 12.7.1972 - VIII ZR 200/71, WM 1972, 1251 unter III 1 b; BGH v. 1.12.1993 - VIII ZR 259/92, WM 1994, 301 unter II 2 b.

¹²⁴ MünchKommBGB/Grundmann, 6. Aufl., § 276 BGB Rz. 179 m.w.N.

¹²⁵ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹²⁶ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

Hätten die Parteien bei Vertragsschluss die eingetretene Entwicklung mit den daraus resultierenden erhöhten Geräuschimmissionen bedacht, hätte sich ihnen die Frage aufdrängen müssen, ob und mit welchem Ergebnis der Vermieter überhaupt in der Lage sein würden, dem erhöhten Immissionsanfall zu begegnen. Zwar trifft einen Vermieter - und zwar unabhängig von etwaigen eigenen Abwehrmöglichkeiten des Mieters - im Rahmen seiner Verpflichtung zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache grundsätzlich auch die Pflicht, von Dritten ausgehende Störungen vom Mieter fernzuhalten und zu diesem Zweck gegen den Störer jedenfalls im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Möglichen vorzugehen¹²⁷. Hierbei wären aber zugleich die Gegebenheiten des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses und die in § 906 BGB konkretisierten Duldungspflichten sowie die daraus abgeleiteten Abwehr- und Ausgleichsmöglichkeiten zu bedenken gewesen, die auch bei Immissionen einer wie hier - hoheitlich betriebenen Anlage den Maßstab bilden¹²⁸.

Dass die Parteien vor diesem Hintergrund davon ausgegangen wären, der Vermieter hätte den ursprünglich bestehenden Immissionsstandard ungeachtet etwa nach § 906 BGB bestehender Duldungspflichten unverändert gewährleisten sollen, kann redlicherweise nicht angenommen werden. Denn damit hätte der Mieter ihnen eine Erhaltungspflicht abverlangt, deren Erfüllung gemäß § 275 Abs. 1, 2 BGB tatsächlich oder jedenfalls wirtschaftlich unmöglich gewesen wäre. Dass sich der Vermieter hierauf eingelassen hätten oder billigerweise hätten einlassen müssen, liegt fern. Vielmehr hätten sich die Parteien nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) darauf verständigt, die Störung durch Geräuschimmissionen Dritter nur dann als Mangel der Mietwohnung anzusehen, wenn der Vermieter selbst diese Immissionen gemäß § 906 BGB nicht oder jedenfalls nicht entschädigungslos dulden müssten. Im Falle einer Duldungspflicht gegen Entschädigung wäre diese Verständigung dahin gegangen, dass sich ein dann gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bestehender Ausgleichsanspruch

¹²⁷ vgl. BGH v. 23.2.1966 - VIII ZR 63/64, WM 1966, 763 unter II 1; BGH v. 10.12.1986 - VIII ZR 349/85, BGHZ 99, 182 (191).

¹²⁸ vgl. nur OVG Berlin-Brandenburg, BImSchG-Rspr. § 22 Nr. 187; VGH Mannheim, BImSchG- Rspr. § 22 Nr. 216; jeweils m.w.N.

in einer adäquaten Minderung der vereinbarten Miete hätte niederschlagen müssen¹²⁹.

Entgegen einer verbreitet vertretenen Auffassung¹³⁰, die allerdings die vorstehend dargestellte Risikoverteilung außer Acht lässt, spricht gegen das dargestellte Auslegungsergebnis auch nicht, dass § 906 BGB im Verhältnis der Mietvertragsparteien untereinander keine Anwendung findet¹³¹. Denn das schließt eine Beachtung der nachbarrechtlichen Ausstrahlungswirkungen dieser Norm zur näheren Bestimmung der mietvertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien nicht aus. Vielmehr nimmt der einem Mieter zukommende Mietgebrauch bei Fehlen entgegenstehender Abreden an der jeweiligen Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks und der aus der Nachbarschaft entstammenden Einwirkungen einschließlich der damit verbundenen Veränderungsrisiken jedenfalls in einem Umfang teil, den der an § 906 BGB gebundene Vermieter angesichts des ihm danach billigerweise zuzumutenden Gebrauchsüberlassungsrisikos nicht beeinflussen kann.

6.3 Vorbehaltlose Zahlung und Minderungsausschluss

Nach § 814 BGB kann das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Die Norm beruht auf dem Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens. Sie will den Leistenden benachteiligen, während der Empfänger darauf vertrauen darf, dass er eine Leistung, die bewusst zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit erbracht worden ist, behalten darf¹³². Der Ausschluss der Rückforderung setzt neben dem objektiven Nichtbestehen der Leistungspflicht im Zeitpunkt der Leistung¹³³ Kenntnis des Leistenden nicht nur der Tatumstände voraus, aus denen

¹²⁹ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, GE 2015, 849.

¹³⁰ BayObLG, NJW 1987, 1950 (1951); OLG München, NJW-RR 1994, 654; LG Itzehoe v. 11.10.2010 - 3 O 509/09, juris Rz. 24; *Lehmann-Richter*, NZM 2012, 849 (850); *Blank WuM* 2012, 175 (176); *Börstinghaus*, NZM 2004, 48 (49).

¹³¹ BGH v. 12.12.2003 - V ZR 180/03, BGHZ 157, 188 (192).

¹³² BGH, NJW 1997, 2381 (2382) unter II.4.; BGH, NJW 2009, 363 (365) Rz. 15.

¹³³ BGH, NJW 2008, 1878 (1879) Tz. 15.

sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch dass er weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet¹³⁴.

Die Rechtskenntnis, dass ein Sachmangel kraft Gesetzes zur Minderung der Mietforderung führt (§ 536 BGB), ist allerdings in den üblichen Kreisen von (zumal Gewerbe)Mietern im Wege des Anscheinsbeweises regelmäßig anzunehmen¹³⁵. Der Leistende kann den Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens vermeiden, wenn er bei Zahlung einen Rückforderungsvorbehalt erklärt¹³⁶.

Die Erklärung einer Minderungsabsicht, der keine Taten, sondern eine vorbehaltslose Mietzahlung folgen, genügt grundsätzlich zur Wahrung der Rechte nach § 814 BGB nicht. Gerade die ausdrückliche Erklärung, eine Mietkürzung wegen eines Mangels vornehmen zu wollen, zeigt nämlich in der Regel die Kenntnis des Mieters von seinem Minderungsrecht und lässt die dennoch erfolgte vollständige Mietzahlung als widersprüchlich erscheinen. Die Erklärung des Mieters, die „vorgenommenen Mietminderungen ..so lange weiter vorzunehmen, bis ..die ..Mängel beseitigt“ sind, begründet danach grundsätzlich keinen zur Rechtswahrung nach § 814 BGB geeigneten Vorbehalt¹³⁷.

Jedoch steht der schädlichen Rechtskenntnis i.S. von § 814 BGB ein (wenn auch unwirksamer) Minderungsausschluss im Mietvertrag entgegen¹³⁸. § 814 BGB setzt das Nichtbestehen einer Leistungspflicht im Zeitpunkt der Leistung voraus. Eine (wirksame) Klausel, die den Mieter ungeachtet von Mängeln zunächst zur vollen Mietzahlung verpflichtet, führt jedoch zu einer Leistungspflicht. Dem Vermieter steht ungeachtet der späteren Klärung der Minderungsfrage zunächst ein (wenn auch vorläufiger) Zahlungsanspruch zu. Ein Vorbehalt zur Vermeidung eines „widersprüchlichen“ Verhaltens ist dann von vornherein nicht erforderlich, da der Tatbestand des § 814 BGB nicht erfüllt ist. Ein Grundsatz des Inhalts, dass zum Erhalt einer späteren Rückforderungsmöglichkeit nach § 812 BGB, mit der der Leistende rechnet, stets ein Vorbehalt er-

¹³⁴ BGH, NJW 1997, 2381 (2382) unter II.4.a.

¹³⁵ s. BGHZ 155, 380 = NJW 2003, 2601 (2603) unter III.2.a; KG, MDR 2013, 396; Palandt/*Sprau*, 73. Aufl., § 814 BGB Rz 11.

¹³⁶ vgl. allg. MünchKomm/*Schwab*, BGB, 6. Aufl., § 814 BGB Rz. 9 und für die Zahlung trotz Mietmangels KG, GE 2007, 1551; Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete., 4. Aufl., III Rz. 3241; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 12. Aufl., § 536b BGB Rz. 34.

¹³⁷ KG v. 11.9.2014 – 8 U 77/13, MDR 2014, 1437 = ZMR 2015, 221 = NZM 2014, 909.

¹³⁸ KG v. 11.9.2014 – 8 U 77/13, MDR 2014, 1437 = ZMR 2015, 221 = NZM 2014, 909.

klärt werden muss, ist aus § 814 BGB nicht herzuleiten. § 814 BGB setzt voraus, dass der Leistende „die Wahl“ hat, die Leistung zu erbringen oder davon abzu-
sehen, verpflichtet aber nicht dazu, die Leistung, zu der im Zeitpunkt der Leis-
tungshandlung eine Pflicht besteht, als „vorläufig“ oder „endgültig“ zu kenn-
zeichnen. Der Vermieter, der eine die Minderungsbefugnis beschränkende
Klausel verwendet, ist insoweit auch nicht schutzwürdig. Zahlt der Mieter trotz
Mangelanzeige, muss er als Verwender der Klausel, die quasi per se zu einer
Vorläufigkeit der Zahlungen führt, mit einer späteren Rückforderung rechnen.

Kennt der Mieter den Sachmangel und die Unwirksamkeit der minderungsbe-
schränkenden Klausel, ist hingegen die von § 814 BGB geforderte Rechtskennt-
nis anzunehmen¹³⁹. Zweifel daran, dass diese Voraussetzungen vorliegen, ge-
hen zu Lasten des darlegungs- und beweispflichtigen Leistungsempfängers¹⁴⁰.
Haben sich die Parteien über die Frage der Wirksamkeit der Regelung zum
Minderungsausschluss im Mietvertrag nicht ausgetauscht, hat sich jedoch der
Mieter vorgerichtlich ständig auf ein Recht zur Kürzung der Mietzahlung beru-
fen und die Zahlungen auch nur gekürzt erbracht, ist daraus allein ein An-
scheinsbeweis für die Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klausel nicht abzu-
leiten. Denn ebenso nahe liegt, dass der Mieter sich über etwaige Auswirkun-
gen des Minderungsausschlusses im Mietvertrag keine Gedanken gemacht hat.

Auch der Umstand, dass der Mieter bereits Minderungen vorgenommen hat,
sodann aber nicht mehr, lässt die Rückforderung ohne Vorbehalt nicht als wi-
dersprüchliches Verhalten erscheinen. Dieses Verhalten kann etwa darauf zu-
rückzuführen sein, dass sie zwischenzeitlich den Vertrag zur Kenntnis genom-
men hat und sich (mangels Rechtsberatung über AGB-rechtlichen Fragen)
nunmehr zur vollen Mietzahlung für verpflichtet gehalten hat.

6.4 Minderungsausschluss in der Gewerberaummieta

Die Beschränkung der Aufrechnung auf „anerkannte“ (und nicht nur unbestrit-
tene) Gegenforderungen ist unwirksam¹⁴¹. Fraglich ist, ob dies auch für die
Minderungsbeschränkung gilt.

¹³⁹ KG v. 11.9.2014 – 8 U 77/13, MDR 2014, 1437 = ZMR 2015, 221 = NZM 2014, 909.

¹⁴⁰ BGH, NJW 2002, 3772 (3773) unter 3.

¹⁴¹ BGH v. 16.3.2006 – I ZR 65/03, NJW-RR 2006, 1350; BGH v. 1.12.1993 – VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657 (658).

Das KG hält dies für zulässig¹⁴². In Geschäftsraummietverträgen stelle die Beschränkung des Minderungsrechts des Mieters in der Form, dass ihm nur der Abzug von der Mietzahlung versagt und er wegen des Minderungsbetrags auf einen Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB verwiesen wird, keine unangemessene Benachteiligung i.S. von § 307 BGB dar¹⁴³. Daran ändere nichts, dass vorliegend die Minderungsbeschränkung nur dann ohne weiteres entfallen soll, wenn die Minderung "ausdrücklich vom Vermieter zugestanden" ist, und nicht bereits dann, wenn sie "unbestritten" ist. Die Rechtsprechung des BGH zum Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung (§ 307 BGB i.V.m. § 309 Nr. 3 BGB) durch eine Klausel, die die Aufrechnung nur mit rechtskräftig festgestellten oder "anerkannten" Gegenforderungen erlaubt¹⁴⁴, lasse sich auf den Fall einer entsprechend formulierten Minderungsklausel nicht übertragen. Denn nur das (aktive) Zugestehen, also das "Anerkenntnis" der Minderung auch der Höhe nach entspreche dem Unstreitigsein einer Aufrechnungsforderung i.S. von § 309 Nr. 3 BGB. Die Minderung erfordert keine Bezifferung durch den Mieter, vielmehr sei sie vom Gericht grundsätzlich ohne Bindung an die Angaben des Mieters festzusetzen¹⁴⁵. Das Nichtbestreiten des Vermieters kann daher nur die Tatsachengrundlage der Minderung erfassen, nicht aber den Umfang des Rechts. Dementsprechend sind Klauseln, die die sofortige Minderung von der Zustimmung oder dem Anerkenntnis des Vermieters abhängig machen, in der obergerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres als wirksam angesehen worden¹⁴⁶.

Diese Auffassung erscheint zweifelhaft. Denn ein Unstreitigsein kann auch durch ein stillschweigendes Zugeständnis der Tatsachen, die die Minderung begründen sollen, entstehen. Nach kundenfeindlichster Auslegung ist dieser Fall vom aktiven Anerkenntnis jedoch nicht erfasst.

¹⁴² KG v. 13.7.2015 – 8 W 45/15, GE 2015, 1594; KG v. 11.9.2014 – 8 U 77/13, GE 2014, 1528.

¹⁴³ s. BGHZ 91, 375 = NJW 1984, 2404; NJW-RR 1993, 519, 520; BGHZ 176, 191 = NJW 2008, 2497, 2498 Rn 18, 19; KGR 2002, 122.

¹⁴⁴ vgl. BGH v. 16.3.2006 – I ZR 65/03, NJW-RR 2006, 1350 = NJW 2007, 3421 (3422) m.w.N.

¹⁴⁵ vgl. *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VIII 271 ff.

¹⁴⁶ vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 1999, 23, 24; OLG Düsseldorf v. 8.6.2006 - 10 U 159/05, GuT 2006, 265; KG GE 2001, 345

6.5 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 vorzubehalten¹⁴⁷. Die Vertreter dieser Ansicht führen zur Begründung an, die Ausübung einer Verlängerungsoption stelle eine Zäsur in der Vertragsgestaltung dar, argumentieren mit dem Gesetzeszweck und beziehen sich insbesondere auf die Entscheidung des BGH v. 13.7.1970¹⁴⁸. 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 begründet¹⁴⁹.

Die letztgenannte Auffassung ist lt. BGH zutreffend¹⁵⁰. § 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 verlän-

¹⁴⁷ 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; Feldhahn in Elzer/Riecke, *Mietrechtskommentar*, § 536b BGB Rz. 1; Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, *Geschäftsraummiete*, 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.

¹⁴⁸ BGH v. 13.7.1970 - VIII ZR 230/68 - NJW 1970, 1740 (1742).

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ BGH v. 14.10.2015 - XII ZR 84/14, WuM 2015, 721 = GE 2015, 1527; BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, GE 2014, 1646 = NZM 2015, 84.

gern, ist ein schon im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht¹⁵¹. 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 hinzufügt¹⁵². Im Übrigen wird der Mietvertrag aber - ebenso wie bei der Fortsetzung eines Mietverhältnisses aufgrund eines Verlängerungsmechanismus¹⁵³ - 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 darstellt¹⁵⁴.

auch eine entsprechende Anwendung des § 536 b BGB kommt bei vorbehaltloser Ausübung einer Verlängerungsoption nicht in Betracht¹⁵⁵. 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 § 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 gelten¹⁵⁶. 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 2001¹⁵⁷ an einer für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. § 536b BGB ist hinsichtlich Sachmängeln die Nachfolgebestimmung zu § 539 BGB a.F., der einen vergleichbaren Rege-

¹⁵¹ BGH v. 25.02.1985 - VIII ZR 116/84, BGHZ 94, 29 = NJW 1985, 2481; MünchKomm/*Busche*, 6. Aufl., Vorbem. Rz. 70; Staudinger/*Bork*, [2010], Vorbem. zu §§ 145 ff. BGB Rz. 73; *Wolff/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 860.

¹⁵² BGH v. 25.2.1985 - VIII ZR 116/84, 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).

¹⁵³ BGH v. 29.4.2002 - II ZR 330/00, BGHZ 150, 373 = NJW 2002, 2170 (2171).

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, GE 2014, 1646 = NZM 2015, 84.

¹⁵⁶ BGH v. 13.7.1970 - VIII ZR 230/68, NJW 1970, 1740 (1742).

¹⁵⁷ BGBl. I S. 1149

lungsgehalt 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 weiterzahlte¹⁵⁸. 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 ist¹⁵⁹. 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 geboten¹⁶⁰. 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

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ 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; BGH v. 16.07.2003 - VIII ZR 274/02, BGHZ 155, 380 (385 f.) = MDR 2003, 1103 = ZMR 2003, 561.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, GE 2014, 1646 = NZM 2015, 84.

Mangel beeinträchtigte Gebrauch der vermieteten Sache solle der vertragsgemäße Gebrauch sein, für den er den vom Vermieter geforderten und schließlich auch vereinbarten Mietzins zu entrichten gewillt ist¹⁶¹. 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 verstoße¹⁶². 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 kann¹⁶³. 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

¹⁶¹ BGH v. 21.12.1960 - VIII ZR 214/59, MDR 1961, 683 zu § 539 BGB a.F.

¹⁶² vgl. Mugdan, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II S. 210, 126 f.

¹⁶³ vgl. Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 536b BGB Rz. 2.

Vertragsverlängerung unter Berücksichtigung etwaiger vermierterseitiger Vertrauenstatbestände im Einzelfall rechtlich angemessen auch für die Zukunft Rechnung zu tragen¹⁶⁴.

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 - Vertragsverlängerung¹⁶⁵ steht bereits im Widerspruch dazu, dass das Gesetz ein aktives Tun des Mieters - Vertragsschluss oder Annahme der Mietsache - erfordert. Die schematische Unterscheidung nach Verlängerungstatbeständen¹⁶⁶ wiederum lässt außer Betracht, dass die Rechtsfolge des Rechtsverlusts in jedem Fall daran anknüpfen soll, dass bei Vertragsverlängerung ein Mangelvorbehalt unterbleibt.

Die vorbehaltlose Ausübung der Verlängerungsoption stellt für sich genommen kein widersprüchliches Verhalten des Mieters dar¹⁶⁷, das es nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB rechtfertigen könnte, dass der Mieter seine Rechte aus §§ 536, 536a BGB für die Zukunft verliert.

6.6 Mängelbeseitigung bei Selbstverursachung durch den Mieter

Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Grundsätzlich obliegen somit ihm die Instandhaltung und die Instandsetzung des Mietobjekts¹⁶⁸. Entsteht während der Mietzeit ein Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB, schuldet der Vermieter dessen Beseitigung im Rahmen seiner Erfüllungspflicht gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB unabhängig

¹⁶⁴ BGH v. 5.11.2014 – XII ZR 15/12, GE 2014, 1646 = NZM 2015, 84.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ so etwa Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III.B Rz. 3398; FA-MietRWEG/Harting, 4. Aufl., Kap. 9 Rz. 276; Feldhahn in Elzer/Riecke, Mietrechtskommentar, § 536b BGB Rz. 1; Lammell, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 536b BGB Rz. 23; MAH MietR/Groll, § 57 Rz. 37.

¹⁶⁷ BGH v. 5.11.2014 – XII ZR 15/12, GE 2014, 1646 = NZM 2015, 84.

¹⁶⁸ BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, ZMR 2005, 844 = NZM 2005, 863 unter II 3 a.

davon, ob die Mangelursache in seinem eigenen oder im Gefahrenbereich des Mieters zu suchen ist¹⁶⁹.

Die Pflicht zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands entfällt jedoch, soweit der Mieter den Mangel der Mietsache zu vertreten hat¹⁷⁰. In diesem Fall steht dem Vermieter vielmehr bei einer Beschädigung der Mietsache ein Anspruch auf Schadensersatz - nach Wahl des Vermieters¹⁷¹ in Form der Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder des Geldersatzes (§ 249 Abs. 2 BGB) - gegen den Mieter zu¹⁷².

Nach der 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 durch die Interessen der Vertragsparteien gerechtfertigte ergänzende Auslegung des Gebäudeversicherungsvertrages einen konkludenten Regressverzicht des Versicherers für die Fälle ergibt, in denen der Wohnungsmieter einen Brandschaden durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat¹⁷³. Der Mieter steht hierdurch im Ergebnis nicht anders da, als wenn er selbst eine Versicherung abgeschlossen hätte¹⁷⁴.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Mieter eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat und diese für den Brandschaden ebenfalls eintrittspflichtig wäre¹⁷⁵.

¹⁶⁹ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432 Rz. 9; OLG Hamm, OLGR 2007, 540, 541; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 297.

¹⁷⁰ BGH v. 26.11.1997 - XII ZR 28/96, NJW 1998, 594 unter 2 a; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432; *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 28a; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 297.

¹⁷¹ vgl. *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Aufl., § 535 BGB Rz. 93.

¹⁷² *Palandt/Weidenkaff*, 73. Aufl., § 535 BGB Rz. 58; *Erman/Lützenkirchen*, 14. Aufl., § 535 BGB Rz. 40; *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 106.

¹⁷³ BGH v. 8.11.2000 - IV ZR 298/99, BGHZ 145, 393 (398 ff.); 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 [betr. Wohnungseigentümer]; 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. 12.12.2001 - XII ZR 153/99, NJW-RR 2002, 1243; BGH v. 15.11.2011 - II ZR 304/09, NJW-RR 2012, 280 Rz. 11; BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661 Rz. 4.

¹⁷⁴ BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381.

¹⁷⁵ BGH v. 8.11.2000 - IV ZR 298/99, BGHZ 145, 393 (399 f.); BGH v. 20.12.2006 - VIII ZR 67/06, NJW-RR 2007, 684; BGH v. 13.9.2006 - IV ZR 273/05, BGHZ 169, 86 Rz. 9 ff.

Diese sog. versicherungsrechtliche Lösung schützt den Mieter allerdings nur, wenn der Vermieter/Versicherungsnehmer die Versicherung tatsächlich in Anspruch nimmt. Verzichtet der Vermieter darauf und fordert er unmittelbar Schadensersatz vom Mieter, wird dieser in seiner Erwartung enttäuscht, als Gegenleistung für die von ihm (anteilig) übernommenen Versicherungskosten im Schadensfall einen Nutzen von der Gebäudeversicherung zu haben. Der Vermieter hat dagegen insoweit, als er durch die Versicherung geschützt ist, im Regelfall kein vernünftiges Interesse daran, den Schadensausgleich durch den Mieter zu suchen, obwohl dieser bereits durch die Zahlung der Versicherungsprämie zur Deckung des Schadens beigetragen hat. Aus dieser Interessenlage folgt die mietvertragliche Pflicht des Vermieters, die Versicherung in Anspruch zu nehmen (oder auf Schadensersatz zu verzichten), 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 seinerseits ein Schadensersatzanspruch zu, den er dem Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen seiner Obhutspflichtverletzung gemäß § 242 BGB ("dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est") entgegen halten kann¹⁷⁶.

Ist nach diesen Grundsätzen der Mieter weder zur Beseitigung des Brandschadens noch sonst insoweit zum Schadensersatz verpflichtet, verbleibt es bei der vom Gesetz als dauerhafte vertragliche Hauptpflicht ausgestalteten Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist dieser regelmäßig auch dann zur Wiederherstellung eines zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands der Mietsache verpflichtet, wenn er die von ihm abgeschlossene Wohngebäudeversicherung wegen des Brandschadens nicht in Anspruch nimmt¹⁷⁷.

Grundsätzlich kann zwar ein besonderes Interesse des Vermieters ausnahmsweise gegen eine Inanspruchnahme der Wohngebäudeversicherung sprechen. Dieses besondere Interesse kann aber nicht durch den pauschalen Hinweis des Vermieters auf möglicherweise steigende Versicherungsbeiträge begründet

¹⁷⁶ BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381 unter II 3; BGH v. 10.11.2006 - V ZR 62/06, NJW 2007, 292; jeweils m.w.N.; BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661 Rz. 5.

¹⁷⁷ BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13, WuM 2015, 88 = GE 2015, 181 = ZMR 2015, 112 = IMR 2015, 50.

werden¹⁷⁸. Vielmehr hat der Vermieter insoweit, als er durch die Versicherung geschützt ist, im Regelfall kein vernünftiges Interesse daran, den Schadensausgleich nicht durch die Versicherung zu suchen¹⁷⁹. Der Mieter wiederum darf im Verhältnis zum Vermieter die berechtigte Erwartung haben, dass ihm seine Aufwendungen für die Wohngebäudeversicherung im Schadensfall zugutekommen und er durch diese Versicherung geschützt ist, wenn er leicht fahrlässig einen Schaden verursacht¹⁸⁰.

Aus der gebotenen Anwendung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Lösung auf den Erhaltungsanspruch des Mieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt, dass der Vermieter verpflichtet ist, den von dem Mieter verursachten Brandschaden zu beheben. Diesem Anspruch steht auch nicht entgegen, dass der Mieter wegen des Brandschadens zugleich die Minderung der Miete geltend machen¹⁸¹.

Die Frage, ob und inwieweit die Grundsätze der versicherungsrechtlichen Lösung auch für die Beurteilung der Frage des Bestehens eines Mangelbeseitigungsanspruchs des Mieters in Bezug auf einen von diesem durch einfache Fahrlässigkeit verursachten Brandschaden maßgeblich sind, hat der BGH bisher nicht entschieden. Der VIII. Senat hat allerdings bereits in einem vor der Entwicklung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Lösung ergangenen Urteil, welches den Fall eines außerhalb des Mietgebrauchs durch Brand unbenutzbar gewordenen Mietobjekts betraf, entschieden, dass der Vermieter in diesem Fall den vertragsmäßigen Zustand wiederherzustellen hat, auch wenn im Mietvertrag Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts sowie Schönheitsreparaturen grundsätzlich auf den Mieter abgewälzt worden sind¹⁸².

Nichts anderes hat für den Fall zu gelten, dass die mit leichter Fahrlässigkeit verursachte Beschädigung der Mietsache zwar innerhalb des Mietgebrauchs erfolgt ist, der Schaden des Vermieters aber durch dessen Wohngebäudeversi-

¹⁷⁸ BGH v. 19.11.2014 – VIII ZR 191/13, WuM 2015, 88 = GE 2015, 181 = ZMR 2015, 112 = IMR 2015, 50.

¹⁷⁹ BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381.

¹⁸⁰ vgl. BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381 unter II 2 und 3; BGH v. 13.9.2006 - IV ZR 273/05, BGHZ 169, 86 Rz. 19.

¹⁸¹ vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 529; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., Vorbem zu §§ 536 ff. BGB Rz. 5.

¹⁸² BGH v. 25.2.1987 - VIII ZR 88/86, MDR 1987, 753 = ZMR 1987, 257 = WPM 1987, 822 unter 3 b und c; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 297.

cherung abgedeckt ist und der Mieter deshalb nach den Grundsätzen der versicherungsrechtlichen Lösung für den Brandschaden nicht einzustehen hat¹⁸³. Auch bei dieser Fallgestaltung bleibt die Erhaltungspflicht des Vermieters gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehen und ist der Vermieter zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands des Mietobjekts verpflichtet. Wäre der Vermieter weder zu einer Inanspruchnahme seiner Wohngebäudeversicherung noch sonst zu einer Beseitigung des Brandschadens verpflichtet und auch eine Mietminderung nicht eingetreten, liefe das darauf hinaus, dass der Mieter als Gegenleistung für die von ihm (anteilig) übernommenen Versicherungskosten im Schadensfall zwar vor einer Inanspruchnahme durch den Vermieter auf Schadensersatz sowie vor einem Rückgriff des Wohngebäudeversicherers geschützt wäre, er jedoch entweder den in dem vorliegenden Brandschaden zu sehenden erheblichen Mangel der Mietsache hinzunehmen oder diesen auf eigene Kosten zu beseitigen hätte. Dies ist mit der Zielsetzung der versicherungsrechtlichen Lösung unvereinbar. Diese dient dem Schutz der Interessen des Vermieters und des Mieters¹⁸⁴ und hierbei insbesondere auch dazu, den Mieter im Ergebnis nicht anders zu stellen, als wenn er selbst eine Versicherung abgeschlossen hätte¹⁸⁵.

Eine Minderung ist zwar grundsätzlich ausgeschlossen, wenn ein Mangel der Sphäre des Mieters zuzurechnen ist¹⁸⁶. Die Voraussetzungen einer Mietminderung sind hier jedoch gegeben, da der Vermieter unter Berücksichtigung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Lösung zur Beseitigung des Mangels verpflichtet ist und zwar ab dem Zeitpunkt, zu dem der Mangel bei Inanspruchnahme der Versicherung durch den Vermieter hätte beseitigt sein können¹⁸⁷.

6.7 Umsatzeinbußen infolge Mängelbeseitigung

Liegen die Voraussetzungen des § 555a Abs. 1 BGB, nach dem der Mieter Maßnahmen zu dulden hat, die zur Erhaltung (Instandsetzung und Instandhaltung)

¹⁸³ BGH v. 19.11.2014 – VIII ZR 191/13, WuM 2015, 88 = GE 2015, 181 = ZMR 2015, 112 = IMR 2015, 50.

¹⁸⁴ BGH v. 27.1.2010 - IV ZR 129/09, BGHZ 184, 148 Rz. 9 m.w.N.

¹⁸⁵ BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381 unter II 2; BGH v. 13.12.1995 - VIII ZR 41/95, BGHZ 131, 288 (293 f.).

¹⁸⁶ BGH v. 15.12.2010 - VIII ZR 113/10, WuM 2011, 97 Rz. 18 m.w.N.

¹⁸⁷ BGH v. 19.11.2014 – VIII ZR 191/13, WuM 2015, 88 = GE 2015, 181 = ZMR 2015, 112 = IMR 2015, 50.

der Mietsache erforderlich sind, vor, hat also der Vermieter insbesondere seiner in § 555a Abs. 2 BGB geregelten Pflicht genügt, die geplante Maßnahme rechtzeitig anzukündigen, kann der Mieter die Mängelbeseitigung nicht von einem vorhergehenden Anerkenntnis des Vermieters, den durch die mit der Mängelbeseitigung verbundenen zeitweiligen Schließung der Mieträume entstehenden Umsatzausfall zu ersetzen, abhängig machen. Denn ein solcher Ersatzanspruch steht ihm zu.

Er folgt nicht aus §§ 578 Abs. 2 Satz 1, 555a Abs. 3 BGB, wonach der Vermieter Aufwendungen, die der Mieter infolge einer Erhaltungsmaßnahme machen muss, in angemessenem Umfang zu ersetzen und auf Verlangen Vorschuss zu leisten hat.

Bei der infolge einer Erhaltungsmaßnahme erlittenen Umsatzeinbuße handelt es sich nach zutreffender einhelliger Meinung nicht um eine Aufwendung i.S.v. § 555a Abs. 3 BGB¹⁸⁸. Der Begriff der Aufwendung, der sich im BGB an vielen Stellen findet, ist gesetzlich nicht definiert. Auch wenn sein Inhalt bezogen auf die jeweilige Norm zu bestimmen ist, besteht Einigkeit darüber, dass unter einer "Aufwendung" die freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten für die Interessen eines anderen zu verstehen ist¹⁸⁹, wobei von einer Freiwilligkeit nur dann ausgegangen werden kann, wenn die Aufwendung auf einer Leistung beruht¹⁹⁰. Daran fehlt es aber bei einer Umsatzeinbuße.

Dass der Gesetzgeber entgegen diesem allgemeinen Verständnis des Aufwendungsbegriffs mit dem durch das Mietrechtsänderungsgesetz vom 11. März 2013¹⁹¹ eingeführten § 555 a Abs. 3 BGB einen nicht auf einer Leistung beruhenden Vermögensschaden erfassen wollte, ist nicht ersichtlich¹⁹². Nach der Gesetzesbegründung war der Gesetzgeber der Auffassung, der Aufwendungsersatzanspruch folge an sich schon aus der Vorschrift des § 536 BGB a.F., "da der Vermieter zur Beseitigung aller durch die Erhaltungsmaßnahmen verursachten

¹⁸⁸ vgl. etwa OLG Saarbrücken v. 20.12.2010 - 8 U 507/09 Rz. 46, zitiert nach juris; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 4. Aufl., § 555a BGB Rz. 24; *Bub/Treier/Schüller*, *Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 4. Aufl., III.A Rz. 2713; *MünchKomm/Bieber*, 6. Aufl., § 554 BGB Rz. 40; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, *Mietrecht*, 11. Aufl., § 555a BGB Rz. 58.

¹⁸⁹ vgl. etwa BGH v. 26.4.1989 - IVb ZR 42/88, *FamRZ* 1989, 850 (853) m.w.N.

¹⁹⁰ *Staudinger/Bittner*, [2014], § 256 BGB Rz. 5; vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, [2014], § 555d BGB Rz. 19.

¹⁹¹ BGBl. I S. 434.

¹⁹² BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, *MDR* 2015, 878 = *WuM* 2015, 619.

Schäden und Beschränkungen des Mieters in den vertragsgemäßen Gebrauch verpflichtet" sei¹⁹³. Unabhängig davon, ob diese Rechtsauffassung jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt zutreffend war, lässt sich dem lediglich entnehmen, dass der Bestimmung für den Bereich des Aufwendungsersatzes klarstellende Funktion zukommen sollte. Wie die Gesetzgebungsgeschichte belegt, enthält § 555 a Abs. 3 BGB keine abschließende Regelung der dem Mieter bei Duldung der Erhaltungsmaßnahme zustehenden Ansprüche, so dass insbesondere mietrechtliche Gewährleistungsrechte nach §§ 536, 536a BGB nicht ausgeschlossen sind. Bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen kann sich der Mieter daher auf eine Mietminderung während der Erhaltungsmaßnahmen berufen und Schadensersatz nach § 536a BGB verlangen¹⁹⁴.

Der von den Mietern als Gegenrecht gegen die Duldung eingewandte Anspruch folgt aber auch nicht aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB. Die insoweit bestehende Garantiehafteung des Vermieters greift nur bei anfänglichen Mängeln ein. Solche lagen nicht vor.

Ohne Erfolg beruft sich der Mieter auf § 536a Abs. 1 Alt. 2 BGB, nach dem der Mieter Schadensersatz verlangen kann, wenn nach Vertragsschluss ein Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB entsteht, den der Vermieter zu vertreten hat.

Allerdings ist streitig, ob der Vermieter auch dann, wenn ihn weder im Zusammenhang mit Entstehung oder Umfang des Mietmangels noch mit dem konkreten Schadenseintritt beim Mieter ein zurechenbares Verschulden trifft, für Schäden des Mieters infolge der Erhaltungsmaßnahme allein deshalb haftet, weil er die Maßnahme veranlasst hat.

Die dies bejahende Auffassung¹⁹⁵ führt zur Begründung an, andernfalls würde das dem Vermieter gemäß § 538 BGB obliegende Abnutzungsrisiko teilweise auf den Mieter übertragen. Zudem übernehme der Vermieter die Garantie für

¹⁹³ BT-Drucks. 14/4553 S. 50.

¹⁹⁴ Allgemeine Meinung, vgl. etwa *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 555a BGB Rz. 13; *MünchKomm/Bieber*, 6. Aufl., § 554 BGB Rz. 8; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, *Mietrecht*, 11. Aufl., § 555a BGB Rz. 66 ff.

¹⁹⁵ *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, *Mietrecht*, 11. Aufl., § 555a BGB Rz. 69; vgl. auch *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 555a BGB Rz. 13; *MünchKomm/Bieber*, 6. Aufl., § 554 BGB Rz. 8; *Staudinger/Emmerich*, [2014], § 555 a BGB Rz. 14.

die vertragsgemäße Beschaffenheit. Greife er einseitig in das Vertragsverhältnis ein, um seiner Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht nachzukommen, sei es gerechtfertigt, ihn für Folgeschäden haftbar zu machen.

Die überwiegende Meinung argumentiert hingegen, der Vermieter handele wegen seiner Erhaltungspflicht und der Duldungspflicht des Mieters rechtmäßig und daher nicht schuldhaft¹⁹⁶. Zudem sei andernfalls § 555a Abs. 3 BGB überflüssig.

Die Streitfrage beantwortet der BGH im Sinne der überwiegenden Auffassung¹⁹⁷. Zwar ist zutreffend, dass der Mieter gemäß § 538 BGB Veränderungen oder Verschlechterungen, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat. Dies besagt jedoch nur, dass der Mieter von Gesetzes wegen nicht verpflichtet ist, während oder bei Beendigung des Mietverhältnisses eine durch den vertragsgemäßen Gebrauch notwendigerweise eingetretene Beschädigung der Mietsache zu beseitigen¹⁹⁸. Eine gesetzliche Anordnung dahingehend, dass der Vermieter für Einnahmeausfälle des Mieters während der Mangelbeseitigungsmaßnahme aufzukommen hätte, ist damit jedoch nicht verbunden. Diese Frage wird durch § 538 BGB vielmehr nicht geregelt.

Nichts anderes gilt für § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, der dem Vermieter die Pflicht auferlegt, die Mietsache während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten. Dem lässt sich nicht entnehmen, dass der Vermieter im Wege einer Garantiehftung immer dann und ohne Hinzutreten weiterer Umstände auf Schadensersatz haftet, wenn er dieser Verpflichtung vorübergehend nicht genügen kann¹⁹⁹. Vielmehr sieht das Gesetz eine solche Garantiehftung in § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB für an-

¹⁹⁶ OLG Saarbrücken v. 20.12.2010 - 8 U 507/09 Rz. 42, zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 531 (532); LG Berlin, GE 1997, 619; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB 3. Aufl. § 554 Rn. 38; Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 555a BGB Rz. 32; Bub/Treier/Kraemer/Schüller, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III. Rz. 2650; Hau, NZM 2014, 809 (816); Spielbauer/Schneider/Kellendorfer, Mietrecht, § 555a BGB Rz. 22; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 555a BGB Rz. 14; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 34; Schmid, Miete und Mietprozess, 4. Aufl., S. 522; Scholz, WuM 1995, 12 (13); Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VII 126; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 633.

¹⁹⁷ BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, MDR 2015, 878 = WuM 2015, 619.

¹⁹⁸ vgl. BGH v. 10.7.2002 - XII ZR 107/99, NZM 2002, 913 (915).

¹⁹⁹ so aber Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl., § 555a BGB Rz. 69.

fängliche Mängel vor, was den Umkehrschluss erlaubt, dass sie ansonsten ausscheidet²⁰⁰. Dass der Gesetzgeber bei Einführung der Vorgängervorschrift des § 554 Abs. 4 BGB²⁰¹ möglicherweise von einer entsprechend weitgehenden Schadensersatzpflicht des Vermieters ausgegangen ist²⁰², bleibt schon deswegen ohne durchgreifende Bedeutung, weil er selbst durch die spätere Einführung von § 536a Abs. 1 Alt. 2 BGB die Rechtslage anders geregelt hat. Kein maßgebliches Argument für die überwiegende Meinung stellt allerdings der Verweis darauf dar, § 555a Abs. 3 BGB werde überflüssig, wenn bereits die bloße Veranlassung der Maßnahme eine Schadensersatzpflicht des Vermieters begründe. Abgesehen davon, dass Satz 2 der Bestimmung ausdrücklich eine Vorschusspflicht vorsieht, hatte der Gesetzgeber die Regelung zum Aufwendungsersatzanspruch selbst als reine Klarstellung angesehen. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass § 536a Abs. 1 Alt. 2 BGB ein Vertretenmüssen und damit ein – ggfs. über § 278 BGB zuzurechnendes - Verschulden des Vermieters i.S.d. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt. Der Vorwurf schuldhaften Verhaltens beinhaltet aber ein Werturteil, indem dem Handelnden vorgeworfen wird, er habe vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Rechtsordnung verstoßen. Verschulden setzt daher Rechtswidrigkeit voraus²⁰³. Unabhängig davon, ob man insoweit auf das Verhaltens- oder das Erfolgsunrecht abstellt²⁰⁴, scheidet ein Schuldvorwurf aus, wenn es an einem Rechtsverstoß fehlt. So liegt es jedoch, wenn der Vermieter lediglich die Erhaltungsmaßnahme veranlasst²⁰⁵. Damit handelt er in Erfüllung seiner ihm aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB erwachsenden Verpflichtung zum Erhalt der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand, mit der die Pflicht des Mieters zur Duldung dieser Erhaltungsmaßnahme in § 555a Abs. 1 BGB korrespondiert. Sofern die Erfüllung der Erhaltungspflicht eine vorübergehende Einschränkung oder Unterbindung des Gebrauchs der Mietsache durch den Mieter bedingt, führt dies zwar zu der - auf eine willentliche Entscheidung des Vermieters zurückzuführenden - vorübergehenden Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht des Vermieters zur Gewährung des Mietge-

²⁰⁰ vgl. *Hau*, NZM 2014, 809 (816).

²⁰¹ in Anlehnung an *Staudinger/Emmerich*, 13. Bearb., §§ 541 a, 541 b BGB Rz. 23.

²⁰² vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 50.

²⁰³ *Staudinger/Caspers*, [2014], § 276 BGB Rz. 12 m.w.N.

²⁰⁴ vgl. hierzu die Darstellungen bei *Erman/Westermann*, 14. Aufl., § 276 BGB Rz. 4 ff.; *Münch-Komm/Grundmann*, 6. Aufl., § 276 BGB Rz. 12 ff.; *Staudinger/Caspers*, [2014], § 276 BGB Rz. 12 ff.

²⁰⁵ BGH v. 13.5.2015 – XII ZR 65/14, MDR 2015, 878 = WuM 2015, 619.

brauchs. Dies begründet aber keinen Schuldvorwurf, wenn es - wie hier - gerade notwendige Folge der Erfüllung dieser Pflicht ist. Die anders lautende Rechtsauffassung würde zu dem widersprüchlichen Ergebnis führen, allein aus der Erfüllung einer gegenüber dem Vertragspartner bestehenden Pflicht ein schuldhaftes Verhalten zu Lasten gerade dieses Vertragspartners abzuleiten. Es erscheint auch sachgerecht, durch Erhaltungsmaßnahmen verursachte Einnahmeeinbußen dann, wenn den Vermieter weder am Auftreten des Mietmangels noch an Umfang und Dauer der Mangelbeseitigung ein Verschulden trifft, dem Mieter aufzuerlegen. Seinen Interessen wird durch die in § 555a Abs. 2 BGB geregelte Pflicht des Vermieters, die Erhaltungsmaßnahme rechtzeitig anzukündigen, Rechnung getragen, so dass sich der Mieter nach Möglichkeit darauf einstellen kann. Die zeitlichen Anforderungen an die Rechtzeitigkeit der Ankündigung richten sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls, dem Umfang und der Dringlichkeit der Maßnahme²⁰⁶. Gerade bei der Gewerberaummieta kann die besondere Rücksichtnahmepflicht des Vermieters bei nicht dringlichen Maßnahmen zudem eine zeitliche Abstimmung mit dem Mieter gebieten, die etwa auf saisonale Besonderheiten Bedacht nimmt und dem Mieter ermöglicht, seinen Gewinnausfall möglichst gering zu halten, beispielsweise indem er für die Zeit der Erhaltungsmaßnahme Betriebsurlaub anordnet.

Ein Schadensersatzanspruch der Mieter lässt sich schließlich auch nicht auf § 536a Abs. 1 Alt. 3 BGB stützen. Dabei kann dahinstehen, ob der Vermieter sich mit der Mangelbeseitigung im Verzug befand, als er dem Mieter die Durchführung der Erhaltungsmaßnahmen ankündigte. Denn § 536a Abs. 1 BGB knüpft für die Schadensersatzpflicht des Vermieters an das sachliche Vorliegen der dort beschriebenen Mängel oder den Verzug mit der Mangelbeseitigung und einen dadurch verursachten Schaden an²⁰⁷. Die Umsatzeinbuße wäre hier jedoch nicht Folge der Mängel der Mietsache, hinsichtlich deren Beseitigung die Beklagten einen Verzug der Klägerin behaupten, sondern notwendige Folge der Beseitigung selbst. Um einen Verzug mit der Behebung dieser aus der Mangelbeseitigung selbst folgenden (vorübergehenden) Gebrauchsbeeinträchtigung als eigenständigem Mangel geht es jedoch bei der von den Mietern geltend gemachten Umsatzeinbuße nicht.

²⁰⁶ vgl. BGH v. 4.3.2009 - VIII ZR 110/08, NJW 2009, 1736 Rz. 16.

²⁰⁷ BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 191/12, NZM 2013, 675 Rz. 10.

6.8 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 Flächenabweichung²⁰⁸ 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 Flächendifferenz 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 Tauglichkeit des Mietobjektes zum vertragsgemäßen Gebrauch im Einzelfall auch dann vorliegen kann, wenn die Flächendifferenz nicht erheblich ist. Der Mieter muss in diesem Fall nur konkret darlegen, dass die Tauglichkeit vertragsgemäßen Gebrauch erheblich beeinträchtigt ist²⁰⁹. Im Übrigen können die Parteien des Mietvertrages die Flächengröße unabhängig von den tatsächlichen Umständen verbindlich festlegen oder einen Flächenberechnungsmodus vereinbaren²¹⁰. Maßgeblich für die Frage, inwieweit sich eine Flächenabweichung - auch im Wege der Minderung -

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ 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.

²¹⁰ 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.

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 sind²¹¹.

Eine ausdrückliche Vereinbarung, aus der sich die Bedeutung der Flächengröße ergibt, existiert, wenn sich die Miete aufgrund der tatsächlichen Fläche multipliziert mit einem Geldbetrag errechnet²¹². 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 wird²¹³. 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.

²¹¹ vgl. BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173.

²¹² OLG Dresden v. 1.7.2014 – 5 U 1890/13, MDR 2014, 1069 = IMR 2014, 422.

²¹³ vgl. dazu BGH v. 18.07.2012- XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173.

6.9 Minderung bei verhinderter Mängelbeseitigung

Nach § 536 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB hat der Mieter für die Zeit, während der die Tauglichkeit der Mietsache durch Mängel gemindert ist, nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Verhindert er jedoch unberechtigt die Mängelbeseitigung durch den Vermieter, folgt aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB (und hierbei aus dem Verbot des *venire contra factum proprium*), dass der Mieter grundsätzlich wieder die ungeminderte Miete zu entrichten hat²¹⁴. Eine treuwidrige Verhinderung der Mängelbeseitigung durch den Mieter ist etwa dann anzunehmen, wenn er entgegen seiner aus § 555a Abs. 1 BGB folgenden Pflicht, Maßnahmen zur Instandhaltung oder Instandsetzung (Erhaltungsmaßnahmen) zu dulden, Einwirkungen auf die Mietsache nicht zulässt oder ihre Duldung von ungerechtfertigten Forderungen abhängig macht²¹⁵.

Der in die Darlegungs- und Beweislast des Vermieters fallende, eine Mietminderung hindernde Einwand, der Mieter habe die Mängelbeseitigung treuwidrig verhindert, beruht auf der Erwägung, dass es der Mieter nicht in der Hand haben darf, durch eigenes Handeln bzw. Unterlassen die Mangelsituation und damit die Minderung der Miete zu perpetuieren²¹⁶. Hinsichtlich der geschuldeten Miete soll der Vermieter so gestellt werden, als ob er die Mängelbeseitigung durchgeführt hätte. Dann können die Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB aber nur dazu führen, dass sich der Mieter ab dem Zeitpunkt nicht mehr auf die Minderung berufen kann, ab dem die Mängelbeseitigung ohne sein verhinderndes Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussichtlich abgeschlossen gewesen wäre und der Vermieter wieder die ungeminderte Miete hätte verlangen dürfen. Denn den für die - fiktive - Mängelbeseitigung erforderlichen Zeitraum unberücksichtigt und den Mieter auch hierfür auf die volle Miete haften zu lassen, würde im Ergebnis einerseits den Vermieter ungerechtfertigt begünstigen und andererseits den Mieter über das hinaus

²¹⁴ BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rz. 46; BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. Mai 2014], § 536 BGB Rz. 107 m.w.N.; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. Aufl., § 536 BGB Rz. 184; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 32; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, *Mietrecht*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 628.

²¹⁵ BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, MDR 2015, 878 = WuM 2015, 619; BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. Mai 2014], § 536 BGB Rz. 107 m.w.N.; Palandt/Weidenkaff, 74. Aufl., § 536 BGB Rz. 37.

²¹⁶ BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, MDR 2015, 878 = WuM 2015, 619

belasten, was er bei vertragsgemäßigem Verhalten schuldete. Dafür bietet § 242 BGB keine Grundlage.

6.10 Minderung der Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB

Ob die Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB i.S.d. § 536 BGB gemindert werden kann, hat der BGH im Jahr 1960²¹⁷ entschieden und ausgesprochen, dass es für den Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung unerheblich sei, ob sich der Mietwert der vorenthaltenen Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses (weiter) verringert habe. Aus § 536 Abs. 1 BGB ergebe sich nichts anderes. Die Mietminderung sei eine kraft Gesetzes eintretende Änderung der Vertragspflicht. Daraus folge zugleich, dass bei Vorenthaltung einer Mietsache, deren Mietwert im Augenblick der Beendigung des Mietverhältnisses gemindert gewesen sei, sich auch der Mindestbetrag des Schadens, den der Vermieter als Nutzungsentschädigung verlangen könne, nach diesem geminderten Mietzins richte, weil der kraft Gesetzes geminderte Betrag der im Augenblick der Beendigung des Mietverhältnisses vereinbarte Mietzins sei²¹⁸. Demgegenüber könne sich der frühere Mieter nicht darauf berufen, dass während der Vorenthaltung der Mietsache eine weitere Verschlechterung der Mietsache eingetreten und die Nutzungsentschädigung daher (weiter) zu mindern sei. Denn die bei einem bestehenden Mietverhältnis kraft Gesetzes eintretende Abänderung der Vertragspflicht des Mieters zur Zahlung der Miete folge aus der besonderen Verpflichtung des Vermieters, seinem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache fortgesetzt zu gewähren; diese Verpflichtung entfalle mit Beendigung des Mietverhältnisses. Der Vermieter könne daher trotz weiterer Verschlechterung der ihm vorenthaltenen Mietsache den letzten Mietzins als "Mindestschaden" weiter fordern²¹⁹.

Dieser Entscheidung haben sich in der Folgezeit die obergerichtliche Rechtsprechung²²⁰ und weite Teile der Literatur angeschlossen²²¹.

²¹⁷ BGH v. 7.12.1960 - VIII ZR 16/60, NJW 1961, 916.

²¹⁸ vgl. dazu auch BGHZ 179, 361 = NJW 2009, 1488 Rz. 25; BGH v. 21.3.2001 - XII ZR 241/98, NJOZ 2001, 1084 (1086); BGH v. 21.2.1990 - VIII ZR 116/89, NJW-RR 1990, 884 (885).

²¹⁹ BGH v. 7.12.1960 - VIII ZR 16/60, NJW 1961, 916.

²²⁰ OLG Düsseldorf, DWW 1992, 52 (53); OLG Düsseldorf, ZMR 2001, 447; OLG Düsseldorf, GE 2007, 514 (515); OLG München v. 29.1.2015 - 23 U 3353/14, juris Rz. 17; OLG München, ZMR 1993, 466 (468); KG,

Die vorgenannte Rechtsprechung des BGH hat in jüngerer Zeit allerdings auch Kritik aus dem Schrifttum erfahren²²². Diese knüpft im rechtlichen Ausgangspunkt vor allem daran an, dass der BGH den Nutzungsentschädigungsanspruch gemäß § 546 a BGB (früher § 557 BGB a.F.) in den Gründen seiner Entscheidung aus dem Jahr 1960 noch ausdrücklich als "reinen Schadensersatzanspruch" angesehen habe, während er in späterer Zeit von dieser Sichtweise abgerückt sei und den Anspruch auf Nutzungsentschädigung in seiner nunmehr ständigen Rechtsprechung als einen vertraglichen Anspruch eigener Art behandle, der an die Stelle des weggefallenen Anspruches auf Miete getreten sei²²³.

Wenn aber der Anspruch auf Nutzungsentschädigung vertraglicher oder vertragsähnlicher Natur sei, müsse nach Ansicht der Gegenmeinung auch das Prinzip der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung im Grundsatz erhalten bleiben²²⁴. Zwar sei es zutreffend, dass es nach Ende des Mietverhältnisses keine erzwingbare Rechtspflicht des Vermieters zur Beseitigung von nachträglichen Mängeln der vorenthaltenen Mietsache mehr gebe. Für den Vermieter bestehe allerdings eine Obliegenheit, auch nachträglich entstandene Mängel der Mietsache zu beseitigen; dies sei das notwendige Äquivalent zur

ZMR 2013, 26 (27); OLG Brandenburg v. 1.10.2007 - 3 U 10/07, juris Rz. 20; ebenso LG Rostock v. 3.5.2012 - 3 O 447/10, juris Rz. 25.

²²¹ Staudinger/Rolfs, Stand: 2014, § 546 a BGB Rz. 42; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 546a BGB Rz. 8; Palandt/Weidenkaff, 74. Aufl., § 546a BGB Rz. 11; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1131; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 546a BGB Rz. 27; Scheuer/Emmerich in Bub/Treier Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., V Rz. 132; Pietz/Oprée in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 16 Rz. 69; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XIII 114; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 546a BGB Rz. 25; Gerber/Eckert/Günter, Gewerbliches Miet- und Pachtrecht, 8. Aufl., Rz. 651; Stangl in Harz/Riecke/Schmid, Hb des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl., Kap. 14 Rz. 612; BeckOK /Ehlert, Stand: Oktober 2012, § 546a BGB Rz. 13; Kinne, GE 2007, 825 (826); noch weitergehend Lehmann-Richter, PiG 90 [2011], 199, 204, der dem Vermieter die ungekürzte Nutzungsentschädigung in der Vorenthaltingszeit auch dann zuerkennen will, wenn der Mieter bei Vertragsende nur eine geminderte Miete schuldet.

²²² vgl. MünchKomm/Bieber, 6. Aufl., § 546a BGB Rz. 10; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 546a BGB Rz. 13; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 546a BGB Rz. 69; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 546a BGB Rz. 21; Kossmann/Mayer-Abich, Hb der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 96 Rz. 14; BeckOGK/Zehlein, Stand: Oktober 2014, § 546a BGB Rz. 66; Derleder, WuM 2011, 551 (555).

²²³ vgl. BGHZ 68, 307 (310) = NJW 1977, 1335 (1336); BGHZ 90, 145 (151) = NJW 1984, 1527 (1528); BGHZ 104, 285 (290) = NJW 1988, 2665 (2666); BGH v. 20.11.2002 - VIII ZB 66/02, NJW 2003, 1365.

²²⁴ vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 546a BGB Rz. 69.

weiterhin als Entschädigung erhaltenen Miete²²⁵. Entscheide sich der Vermieter dafür, die Mängel nicht zu beseitigen und sein Leistungsniveau entsprechend bewusst zu verringern, müsse er konsequenterweise auch die daraus resultierenden Folgen für die Höhe seines Nutzungsentschädigungsanspruches hinnehmen. Alles andere liefe auf eine Bestrafung des Mieters und damit auf eine unzulässige Druckausübung hinaus²²⁶.

Der letztgenannten Auffassung folgt der BGH nicht²²⁷. Das Mietverhältnis hat sich nach seiner Beendigung in ein gesetzliches Schuldverhältnis verwandelt, in dem Rechte und Pflichten bestehen, die sich inhaltlich aus dem bisherigen Mietverhältnis ergeben. Da dieses Schuldverhältnis aber vorübergehender Natur und gerade auf Abwicklung angelegt ist, ergeben sich in der Vorenthaltungszeit beträchtliche Einschränkungen gegenüber den früheren mietvertraglichen Rechtsbeziehungen²²⁸. Mit Beendigung des Mietverhältnisses erlischt insbesondere die Pflicht des Vermieters, die Mietsache gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten²²⁹. Der frühere Mieter hat daher im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich keinen Anspruch auf Mangelbeseitigung gegen den Vermieter mehr.

Die Auffassung, dass den Vermieter im Falle einer (weiteren) Verschlechterung der Mietsache während der Vorenthaltungszeit eine Obliegenheit zur Mangelbeseitigung treffe, deren Verletzung eine Minderung der Nutzungsentschädigung entsprechend § 536 Abs. 1 BGB nach sich ziehen müsse, lässt sich mit dem Zweck des § 546a Abs. 1 BGB nicht vereinbaren. Bereits in den Motiven zum Entwurf des BGB ist die besondere Bedeutung der Vorschrift darin gesehen worden, den Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung in der Vorenthaltungszeit "ein für alle Mal" auf einen Mindestbetrag zu bestimmen und Streitigkeiten zwischen den früheren Vertragsparteien über die Höhe dieses

²²⁵ *Kandelhard* in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 546a BGB Rz. 21.

²²⁶ Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 11. Aufl., § 546a BGB Rz. 69.

²²⁷ BGH v. 27.5.2015 - XII ZR 66/13, WuM 2015, 493 = ZMR 2015, 754.

²²⁸ *Scheuer/Emmerich* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., V Rz. 115; *Staudinger/Rolfs*, Stand: 2014, § 546a BGB Rz. 6.

²²⁹ BGHZ 180, 300 = NJW 2009, 1947 Rz. 16.

Anspruchs "in ebenso einfacher wie angemessener Weise abzuschneiden"²³⁰. §546a Abs. 1 BGB soll dem Vermieter einen leicht durchsetzbaren Ersatzanspruch gewähren, der in seiner Höhe weder davon abhängig ist, ob und inwieweit dem Vermieter aus der Vorenthaltung der Mietsache ein wirtschaftlicher Schaden erwachsen ist, noch davon, ob der Mieter aus der vorenthaltenen Mietsache einen dem Wert der von ihm zu entrichtenden Nutzungsentschädigung entsprechenden Nutzen hat ziehen können²³¹. Damit stünde es nicht in Einklang, wenn sich der Vermieter in der Vorenthaltungszeit generell mit der Einwendung auseinandersetzen müsste, dass der frühere Mieter wegen einer nachträglichen mangelbedingten Verschlechterung der Mietsache keinen ausreichenden Gegenwert für die von ihm verlangte Nutzungsentschädigung mehr erhalte.

Der BGH hat vor diesem Hintergrund auch in späteren Entscheidungen ausdrücklich betont, dass durch die Regelung des § 546a Abs. 1 BGB durchaus zusätzlicher Druck auf den früheren Mieter ausgeübt werden soll, die vertraglich geschuldete Rückgabe der Mietsache zu vollziehen²³². Insoweit würden gegenläufige Anreize gesetzt werden, wenn es dem Mieter in jedem Fall der (weiteren) Verschlechterung der Mietsache gestattet wäre, sich auf die Minderung der Nutzungsentschädigung in entsprechender Anwendung mietrechtlicher Gewährleistungsvorschriften berufen zu können. Durch den Ausschluss der Minderung wird dem Anspruch auf Nutzungsentschädigung kein Sanktionierungs- oder Bestrafungscharakter beigelegt, der mit seiner vertraglichen oder vertragsähnlichen Natur nicht in Einklang zu bringen wäre. Vielmehr ist das schuldrechtliche Verhältnis der Vertragsparteien in der Vorenthaltungszeit nur noch auf Abwicklung und damit auf Rückgabe der Mietsache angelegt, die vom Willen des Mieters abhängig ist. Könnte sich der Mieter in der Vorenthaltungszeit auf jede weitere Verschlechterung der Mietsache berufen, um eine Kürzung des Anspruchs auf Nutzungsentschädigung zu erreichen, würde ihn dies in seinem Willen zur weiteren widerrechtlichen Vorenthaltung der Mietsache nur bestär-

²³⁰ Motive II, S. 415, zitiert bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II S. 231 f.

²³¹ BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 57/05, NZM 2006, 52; BGHZ 107, 123, 128 = NJW 1989, 1730 (1732); BGH v. 13.4.2005 - VIII ZR 377/03, NJW-RR 2005, 1081.

²³² BGHZ 107, 123, 128 = NJW 1989, 1730 (1732); BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 57/05, NZM 2006, 52.

ken²³³ und damit gerade den Zweck des schuldrechtlichen Abwicklungsverhältnisses gefährden.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass im Fall einer nachträglichen Verschlechterung der Mietsache in der Vorenthaltungszeit eine Herabsetzung des Nutzungsentschädigungsanspruchs unter entsprechender Anwendung des mietvertraglichen Gewährleistungsrechts schlechthin ausgeschlossen wäre.

Auch innerhalb des bestehenden Abwicklungsverhältnisses können nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB einzelne Verpflichtungen des Vermieters aus dem beendeten Mietvertrag noch nach der Vertragsbeendigung fortbestehen. Solche Pflichten können sich im Einzelfall aus der Eigenart des beendeten Mietvertrags oder den besonderen Belangen des Mieters ergeben; zu diesen Pflichten kann im Einzelfall auch die Erhaltung des nach den Bestimmungen des beendeten Mietvertrags vertragsgemäßen Zustands gehören. Insoweit bestehen nachvertragliche Verpflichtungen des Vermieters allerdings nur, als sie seinen berechtigten Interessen im Abwicklungsverhältnis nicht in einer Weise zuwiderlaufen, die ihm die Übernahme dieser Pflichten unzumutbar macht²³⁴. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der BGH für die Geschäftsraummiete bereits entschieden, dass der Vermieter zur Abwendung eines bei seinem früheren Mieter durch eine Versorgungssperre drohenden hohen Schadens zur Fortsetzung der Versorgung der vorenthaltenen Mieträume mit Wasser, Strom und Heizenergie verpflichtet sein kann, wenn dem Mieter eine Räumungsfrist gewährt worden ist und dem Vermieter wegen der regelmäßigen Entrichtung der Nutzungsentschädigung kein wirtschaftlicher Schaden entsteht.

Nach diesen Maßstäben ist auch die Frage zu beurteilen, ob den Vermieter im Abwicklungsverhältnis eine Verpflichtung zur Beseitigung von Mängeln der vorenthaltenen Mietsache trifft, die wie hier über die Erfüllung allgemeiner und jedem Dritten gegenüber zu erfüllenden Verkehrssicherungspflichten hinausgeht. Dies wird schon im Ausgangspunkt nur der Fall sein, wenn durch das Unterlassen von Maßnahmen zur Instandhaltung oder Instandsetzung der

²³³ vgl. bereits BGH v. 7.12.1960 - VIII ZR 16/60, NJW 1961, 916 (917).

²³⁴ BGHZ 180, 300 = NJW 2009, 1947 Rz. 16.

Mietsache akute und schwerwiegende Gefahren für Leben, Gesundheit oder hohe Eigentumswerte des Mieters drohen²³⁵.

Eine besonders hohe Gefahr für Rechtsgüter des früheren Mieters vermag für sich genommen noch keine nachvertragliche Mangelbeseitigungspflicht des Vermieters zu begründen. Denn der frühere Mieter hat es grundsätzlich selbst zu verantworten, dass er widerrechtlich noch im Besitz der Mietsache ist, und es liegt in seiner Hand, sich den durch den Zustand der Mietsache drohenden Gefahren für seine Rechtsgüter dadurch zu entziehen, dass er die geschuldete Rückgabe der Mietsache an den Vermieter vollzieht. Eine Mangelbeseitigungspflicht des Vermieters kann daher als Ausfluss nachvertraglicher Pflichten nach Treu und Glauben nur in solchen Konstellationen angenommen werden, in denen die fortgesetzte Vorenthaltung der Mietsache durch den früheren Mieter in einem milderen Licht erscheint. Davon wird jedenfalls dann auszugehen sein, wenn und soweit gesetzliche Regeln insbesondere die Vollstreckungsschutzvorschriften (§§ 721, 765 a ZPO) dem Mieter eine Weiterbenutzung der Mietsache gestatten²³⁶. Es ist aber auch an solche Fälle zu denken, in denen der Mieter etwa während eines Streits um die Wirksamkeit einer von dem Vermieter ausgesprochenen Kündigung mit nachvollziehbaren Erwägungen davon ausgehen durfte, weiterhin zum Besitz der Mietsache berechtigt zu sein.

6.11 Ausübung des Zurückbehaltungsrechts

Grundsätzlich gewährt § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der gesamten Gegenleistung. Hat allerdings eine Partei die von ihr geschuldete Leistung teilweise erbracht, kann die Gegenleistung gemäß § 320 Abs. 2 BGB insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

In der Rechtsprechung und Literatur werden unterschiedliche Auffassungen zu der Frage vertreten, nach welchen Kriterien ein infolge der Mangelhaftigkeit

²³⁵ vgl. auch LG Berlin MDR 1992, 478 (479); *Pietz/Oprée* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsräummierte, 3. Aufl., Kap. 16 Rz. 98; *Scheuer/Emmerich* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummierte, 4. Aufl., V Rz. 115.

²³⁶ vgl. auch *Lehmann-Richter*, PiG 90 [2011], 199 (206).

der Mietsache vorgenommener Einbehalt zu bemessen und unter welchen Umständen er noch als verhältnismäßig im Sinne des § 320 Abs. 2 BGB anzusehen ist. Hierbei ist insbesondere streitig, ob die Beurteilung an der Höhe der monatlichen berechtigten Mietminderung oder der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten auszurichten ist.

Nach einer Auffassung sind die Mangelbeseitigungskosten für die Bemessung des nach § 320 Abs. 2 BGB noch angemessenen Einbehalts maßgeblich. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages sei als Druckmittel gedacht, das einen Bezug zur Mangelbeseitigung aufweise²³⁷. Im Hinblick auf die konkrete Höhe des Zurückbehaltungsrechts wird teilweise angenommen, der Mieter sei regelmäßig berechtigt, jedenfalls einen Betrag in Höhe des Dreifachen²³⁸ bzw. des Drei- bis Fünffachen²³⁹ der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten einzubehalten. Andere Stimmen stellen mit Blick auf die in § 641 Abs. 3 BGB enthaltene Regelung lediglich auf das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten ab²⁴⁰. Vereinzelt wird der Einbehalt auf die Höhe des Mangelbeseitigungsaufwandes beschränkt²⁴¹.

Eine weitere Auffassung will den nach § 320 Abs. 2 BGB noch angemessenen Einbehalt nach Maßgabe der berechtigten Minderung berechnen. Die mangelhafte Leistung des Vermieters störe die Ausgewogenheit des synallagmatischen Verhältnisses, welches durch den Minderungsbetrag wieder hergestellt werde. Es sei sachgerecht, den Einbehalt im Rahmen des § 320 BGB an dem Minderungsbetrag auszurichten, da auf diese Weise bei kleineren Mängeln auch dann nur ein geringer Druck auf den Vermieter ausgeübt werde, wenn die Mangelbeseitigung mit einem hohen Kostenaufwand einhergehe²⁴². Bei größeren Mängeln könne auf diese Weise hingegen entsprechend der Funktion des Zurück-

²³⁷ so etwa *Lützenkirchen*, Mietrecht, 2013, § 535 BGB Rz. 892.

²³⁸ LG Saarbrücken NZM 1999, 757 f.; *Derleder* NZM 2002, 676 (680); wohl auch *Gramlich*, Mietrecht, 12. Aufl., § 536 BGB Rz. 5; vgl. auch zu einem das Gewerberaummietrecht betreffenden Einzelfall: BGH v. 26.3.2003 - XII ZR 167/01, NJW-RR 2003, 873 unter 4.

²³⁹ LG Bonn, ZMR 1990, 58 (59); LG Bonn, WuM 1991, 262; OLG Naumburg, NZM 2001, 100 (102).

²⁴⁰ *Neuhaus*, Hb der Geschäftsraummiets, 5. Aufl., Kap. 20 Rz. 25; *Soergel/Gsell*, 13. Aufl., § 320 BGB Rz. 88; wohl auch *Kraemer/Ehlert* in *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiets, 4. Aufl. III Rz. 3284; *Palandt/Grüneberg*, 74. Aufl., § 320 BGB Rz. 11; *BeckOK-BGB/Ehlert*, Stand Mai 2014, § 536 BGB Rz. 101.

²⁴¹ *Fritz*, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Kap. IV 2.5. Rz. 279.

²⁴² *Conrad*, MDR 2013, 1381 (1383).

behaltungsrechts ein höherer Druck auf den Vermieter ausgeübt werden²⁴³. Ein an die Mangelbeseitigungskosten anknüpfender Einbehalt laufe auf eine Gleichsetzung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit einem Zurückbehaltungsrecht des Mieters aus § 273 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 536a Abs. 2 BGB (Anspruch eines Kostenvorschusses zur Selbstbeseitigung des Mangels) hinaus, was nicht sachgerecht sei²⁴⁴.

Im Hinblick auf die Höhe des auf der Basis des Minderungsbetrages zu berechnenden Einbehalts begrenzen einige Autoren - teilweise unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 641 Abs. 3 BGB - das Zurückbehaltungsrecht auf das Doppelte des monatlichen Minderungsbetrages²⁴⁵. Überwiegend wird hingegen vertreten, der Mieter könne monatlich etwa das Dreifache²⁴⁶ bzw. das Drei- bis Fünffache des Minderungsbetrages von der laufenden Miete zurückbehalten²⁴⁷.

Andere Autoren billigen dem Mieter ein Wahlrecht zu, ob er den zurückbehaltenen Betrag aus einem Vielfachen der Minderung oder der Mangelbeseitigungskosten berechne²⁴⁸.

Soweit das Zurückbehaltungsrecht auf der Grundlage der berechtigten Mietminderung ermittelt werden soll, ist weiter streitig, für welchen Zeitraum der Mieter die monatliche Mietzahlung mit Blick auf die Mängel zurückbehalten darf. Hierzu wird vereinzelt vertreten, das Zurückbehaltungsrecht wirke sich nur für den jeweiligen Monat aus; wenn dieser abgelaufen sei, dürfe der Mieter die Miete nicht mehr einbehalten, weil der vertragliche Erfüllungsanspruch für die Vergangenheit durch Zeitablauf unmöglich geworden sei und das Zurück-

²⁴³ vgl. *Schmidt*, NZM 2013, 705 (715).

²⁴⁴ *Gellwitzki*, WuM 1999, 10 (14) m.w.N.

²⁴⁵ *Schmidt-Futterer/Eisenschmidt*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 425 f. m.w.N.; *Schmidt*, NZM 2013, 705 (715).

²⁴⁶ AG Bergheim, WuM 2012, 580 (581); AG Waldbröl v. 27.10.1988 - 3 C 2/88, juris Rz. 19.

²⁴⁷ OLG Naumburg, GuT 2002, 15 (18) [zur Gewerberaummieta]; LG Berlin, GE 1994, 403 [höchstens das Fünffache]; WuM 1998, 28 f.; GE 1990, 1037, 1038; LG Hamburg, ZMR 2010, 855; ZMR 1984, 128; ZMR 2010, 855; AG München, WuM 1987, 216 (217); AG Charlottenburg v. 31.8.2010 - 226 C 111/10, BeckRS 2011, 26546 [fünffacher Minderungsbetrag]; Köhler/Kossmann/*Meyer-Abich*, Hb der Wohnraummieta, 7. Aufl., § 79 Rz. 15; *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, Mieta, 4. Aufl., § 536 BGB Rz. 189; *Gellwitzki*, WuM 1999, 10 (15); *Börstinghaus*, NZM 1998, 656 (657).

²⁴⁸ MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., Vorbem. zu § 536 BGB Rz. 15; BeckOG/*Bieber*, § 536 BGB Rz. 25; wohl auch *Selk*, NZM 2009, 142; vgl. *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2014, § 536 BGB Rz. 61.

behaltungsrecht daher seine Druckfunktion nicht mehr entfalten könne²⁴⁹. Dem Mieter erwachse hieraus kein Nachteil, weil er mit dem ihm zustehenden Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung gegenüber dem Anspruch auf Mietzahlung aufrechnen könne²⁵⁰.

Demgegenüber wird überwiegend mit Blick auf die während des gesamten Mietverhältnisses fortbestehende Gebrauchsüberlassungspflicht und die mit dem Zurückbehaltungsrecht verbundene Druckfunktion angenommen, der Mieter könne den Einbehalt so lange vornehmen, bis ihm die Mietsache wieder in mangelfreiem Zustand zur Verfügung stehe²⁵¹.

Nach Auffassung des BGH²⁵² ist das vorstehend skizzierte Meinungsbild geprägt von dem Bemühen, einen über den Einzelfall hinausreichenden, allgemein gültigen Rahmen vorzugeben, innerhalb dessen der angemessene Umfang des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich Bemessungsmaßstab, Höhe und Dauer gefunden werden soll. Die Frage, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum dem Mieter, der die mit Mängeln behaftete Wohnung weiter nutzen kann und auch nutzt, danach ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, entzieht sich jedoch einer allgemein gültigen Betrachtung. Sie ist vielmehr vom Tatrichter im Rahmen seines Beurteilungsermessens aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 320 Abs. 2, § 242 BGB) zu beantworten²⁵³ und kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob die Wertungsgrenzen erkannt, die tatsächliche Wertungsgrundlage ausgeschöpft und die Denk- und Erfahrungssätze beachtet worden sind²⁵⁴. Das dem Tatrichter

²⁴⁹ OLG Frankfurt, ZMR 1999, 628, 629 f. [zum Gewerberaummietrecht]; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., Vorbem. zu § 536 BGB Rz. 15.

²⁵⁰ MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., Vorbem. zu § 536 BGB Rz. 15.

²⁵¹ OLG Naumburg, GuT 2002, 15 (18); Schmidt-Futterer/Eisenschmidt, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 419; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 536 BGB Rz. 188 f.; BeckOK-BGB/Ehlert, Stand Mai 2014, § 536 BGB Rz. 101; Kraemer/Ehlert, in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. III Rz. 3286; Köhler/Kossmann/Meyer-Abich, Hb der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 79 Rz. 17; Lützenkirchen, Miete, § 891 Rz. 891; Conrad, MDR 2013, 1381 (1383); vgl. auch Bieber, NZM 2006, 683 (687).

²⁵² BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, MDR 2015, 876 = GE 2015, 1089.

²⁵³ BGH v. 18.4.2007 - XII ZR 139/05, NZM 2007, 484 Rz. 29; BGH v. 26.3.2003 - XII ZR 167/01, NJW-RR 2003, 873 unter 4; vgl. auch Conrad, MDR 2013, 1381 (1382); Schmidt, NZM 2013, 705 (714); Schmidt-Futterer/Eisenschmidt, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 424.

²⁵⁴ vgl. BGH v. 30.4.1993 - V ZR 234/91, BGHZ 122, 308, 314; BGH v. 8.5.2003 - VII ZR 216/02, NJW 2003, 2448 unter III 2; BGH v. 12.1.2011 - XII ZR 83/08, BGHZ 188, 50 Rz. 25; jeweils m.w.N.

eingräumte Beurteilungsermessen ist überschritten, wenn das Zurückbehaltungsrecht schematisch mit dem in zeitlicher Hinsicht praktisch unbegrenzten vierfachen Minderungsbetrag bemessen wird. Denn eine solche Bemessung des Zurückbehaltungsrechts führte dazu, dass der Mieter, dem ein Minderungsbetrag von 20 % der Miete (oder mehr) zusteht, auf unabsehbare Zeit überhaupt keine Miete zu zahlen hätte. Eine derartige Betrachtung lässt rechtsfehlerhaft die Besonderheiten des auf dauernden Leistungsaustausch gerichteten Wohnraummietverhältnisses außer Acht und wird darüber hinaus weder dem Zweck des Zurückbehaltungsrechts noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht.

Das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB dient dazu, auf den Schuldner (Vermieter) - vorübergehend - Druck zur Erfüllung der eigenen, im Gegenseitigkeitsverhältnis zur geltend gemachten Mietforderung stehenden Verbindlichkeit auszuüben²⁵⁵. Deshalb endet das Zurückbehaltungsrecht nicht nur bei Beseitigung des Mangels, sondern auch - unabhängig von einer Mangelbeseitigung - bei Beendigung des Mietverhältnisses²⁵⁶; mit dem Wegfall des Zurückbehaltungsrechts werden die gesamten zunächst zu Recht einbehaltenen Beträge grundsätzlich sofort zur Zahlung fällig²⁵⁷.

Anders als etwa beim Kauf- oder Werkvertrag, bei dem durch die Mängelbeseitigung die Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung vollständig möglich ist, kann bei einem Dauerschuldverhältnis wie der Miete das mangelbedingte Ungleichgewicht nur für die Zukunft beseitigt werden. Für die bereits abgelaufenen Zeitabschnitte verbleibt es zwangsläufig bei der mangelbedingt eingeschränkten Gebrauchstauglichkeit. Für diese abgelaufenen Zeitabschnitte ist dem Äquivalenzverhältnis aber bereits dadurch (abschließend) Rechnung getragen, dass der Mieter gemäß § 536 BGB nur eine geminderte Miete zu zahlen hat. Die Besonderheit, dass das Zurückbehaltungsrecht angesichts des Charakters der Miete als Dauerschuldverhältnis nur auf zukünftige Nutzungszeiträume abzielen kann, ist bei der Bemessung des Umfangs des Zurückbehaltungsrechts im Rahmen des § 320 Abs. 2 BGB zu beach-

²⁵⁵ BGH v. 3.11.2010 - VIII ZR 330/09, MDR 2011, 92 = ZMR 2011, 275.

²⁵⁶ vgl. BGH v. 3.11.2010 - VIII ZR 330/09, MDR 2011, 92 = ZMR 2011, 275 Rz. 13.

²⁵⁷ vgl. BGH v. 16.9.2014 - VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681 Rz. 5; BGH v. 26.10.1994 - VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245 (253).

ten. Es ist daher grundsätzlich verfehlt, das Leistungsverweigerungsrecht des Wohnraummieters aus § 320 BGB ohne zeitliche Begrenzung auf einen mehrfachen Betrag der monatlichen Minderung oder der Mangelbeseitigungskosten zu bemessen.

Darüber hinaus kann das Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Mietzahlungen redlicherweise nur so lange ausgeübt werden, als es noch seinen Zweck erfüllt, den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mangelbeseitigung anzuhalten. Ist es aufgrund der Höhe des Mieteinbehalts und/oder der verstrichenen Zeit seit dem erstmaligen Einbehalt der Miete nicht mehr zu erwarten, dass der Vermieter seiner Verpflichtung auf Beseitigung des Mangels unter dem Druck der Leistungsverweigerung nachkommen wird, hat das Leistungsverweigerungsrecht seinen Zweck verfehlt, den Vermieter zur eigenen Vertragstreue anzuhalten. Mit einer weiteren Fortsetzung eines über die Minderung hinausgehenden Einbehalts würde der Zustand eintreten, dass der Mieter einen Mangel, der die Gebrauchstauglichkeit lediglich einschränkt, aber nicht aufhebt, hinnimmt, aber für einen längeren Zeitraum nicht die geschuldete (geminderte) Miete entrichtet.

Schließlich muss der insgesamt einbehaltene Betrag in einer angemessenen Relation zu der Bedeutung des Mangels stehen. Das Zurückbehaltungsrecht ist deshalb grundsätzlich betragsmäßig begrenzt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Vermieter bis zur Beseitigung des Mangels nur eine geminderte Miete erhält und er damit einem erheblichen Druck zur (Wieder-)Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes ausgesetzt ist. Anders als im Kauf- oder Werkvertragsrecht tritt im Wohnraummietrecht das Zurückbehaltungsrecht neben die Minderung.

Den vorstehend dargelegten Besonderheiten bei der Miete von Wohnraum ist dadurch Rechnung zu tragen, dass das Leistungsverweigerungsrecht insbesondere bei Mängeln, die die Gebrauchstauglichkeit nur in beschränktem Umfang mindern, schonend auszuüben ist und grundsätzlich sowohl einer zeitlichen als auch einer betragsmäßigen Beschränkung unterliegt. Dabei mag ein zusätzlicher Einbehalt eines Teils der geschuldeten Miete für einen gewissen, etwas längeren Zeitraum ebenso in Betracht kommen wie der Einbehalt der gesamten Miete für einen kurzen Zeitraum. Allgemein gültige Grundsätze lassen sich insoweit aber nicht aufstellen; vielmehr sind die gesamten Umstände des Einzel-

falls, wie etwa die Bedeutung des Mangels, die Frage, ob er mit geringem Aufwand oder nur unter größeren Schwierigkeiten zu beseitigen ist, gegebenenfalls auch das Verhalten der Vertragsparteien im Zusammenhang mit dem aufgetretenen Mangel zu berücksichtigen.

Die zeitliche und betragsmäßige Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB stellt den Wohnraummieter nicht rechtlos. Denn er kann unbeschadet der Minderung (§ 536 BGB) gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Mangelbeseitigung klagen, im Falle des Verzuges des Vermieters mit der Mangelbeseitigung Schadensersatz geltend machen (§ 536a Abs. 1 BGB) sowie in geeigneten Fällen von der Befugnis Gebrauch machen, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der Aufwendungen zu verlangen (§ 536a Abs. 2 BGB). Außerdem hat der Mieter im Fall eines bestehenden Selbstbeseitigungsrechts Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten²⁵⁸, mit dem er gegen die Miete aufrechnen kann. Schließlich kommt auch eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB (gegebenenfalls in Kombination mit der Geltendmachung des Kündigungsfolgeschadens) in Betracht.

7 Verjährung

7.1 Substanzverletzung?

Nach § 548 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in 6 Monaten ab Erhalt der Mietsache. Dabei spielt die Art der verletzten Pflicht des Mieters (Obhutspflicht, Unterlassung der Mängelanzeige, vertragswidrige Wegnahme einer Einrichtung) keine Rolle, sofern nur die Folge der Pflichtverletzung eine Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache ist²⁵⁹. Der monatelange Leerstand einer Gaststätte ist nun ein Faktor, der die Mietsache selbst nicht unmittelbar nachteilig verändert. Andererseits wirkt sich ein solcher Leerstand aber unzweifelhaft negativ auf den Wert der Gaststätte aus. Ob eine Verschlechterung der Mietsache i.S.v. § 548 Abs. 1 S. 1 BGB nur dann vorliegt,

²⁵⁸ BGH v. 7.5.1971 - V ZR 94/70, BGHZ 56, 136 (141); BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432 Rz. 8.

²⁵⁹ vgl. *Emmerich/Sonnenschein, Miete*, 11. Auflage, 2013, § 548 BGB Rz. 3.

wenn eine Substanzbeeinträchtigung der Mietsache vorliegt, oder ob die - indirekte - negative Beeinträchtigung des Verkehrswertes der Mietsache ausreicht, ist streitig.

Einer Auffassung nach soll § 548 Abs. 1 S. 1 BGB nur solche Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung und Verschlechterung der Mietsache erfassen, die auf einer Substanzbeeinträchtigung der Mietsache beruhen²⁶⁰. Die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Betriebspflicht im vorliegenden Fall würden hiernach gemäß § 195 BGB in drei Jahren verjähren, weil der Leerstand die Substanz der Gaststätte nicht berührt.

Anderer Auffassung nach sollen Ersatzansprüche wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache auch dann gemäß § 548 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB in sechs Monaten ab Rückgabe verjähren, wenn der vertragswidrige Gebrauch die Mietsache selbst nicht verändert hat, aber deren Verkehrswert negativ beeinflusst. Wertungsmäßig mache es keinen Unterschied, ob die (vorübergehende) Verkehrswertbeeinflussung auf einem substanzverändernden oder einem sonstigen vertragswidrigen Gebrauch beruhe²⁶¹. So soll ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Schädigung des Geschäftswertes (good will) eines verpachteten Unternehmens durch pflichtwidrige oder vertragswidrige Einstellung des Geschäftsbetriebs der kurzen Verjährung unterliegen²⁶².

Das Reichsgericht²⁶³ hat ohne weitere Begründung angenommen, dass Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Betriebspflicht einer Bäckerei der kurzen mietvertraglichen Verjährung unterliegen. Auch der BGH²⁶⁴ hat Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen Schädigung des Geschäftswertes (good will) eines verpachteten Unternehmens durch die Einstellung eines verpachteten Betriebs der kurzen Verjährung unterstellt²⁶⁵. Auch nach einem weiteren Urteil des BGH soll es nicht gerechtfertigt sein, die kurze Verjährungsfrist auf diejenigen Fälle zu begrenzen, in denen eine Veränderung der Pachtsache in

²⁶⁰ Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 548 BGB Rz. 88 vor allem im Hinblick auf Bodenkontaminationen; *Fuerst* in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummietsache, 3. Auflage 2012, Kap. 17 Rz. 6 ff.

²⁶¹ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Auflage, 2013, § 548 BGB Rz. 16.

²⁶² vgl. Bub/Treier/Gramlich, Hb der Geschäfts- und Wohnraummietsache, 4. Auflage, 2014, VI Rz. 24; Emerich/Sonnenschein Mietsache, 11. Auflage, § 548 BGB Rz. 3.

²⁶³ RG v. 15.6.1933 - VIII 46/33, GE 1933, 684.

²⁶⁴ BGH v. 17.6.1993 - IX ZR 206/92, NJW 1993, 2797 = MDR 1993, 1126 = ZMR 1993, 458.

²⁶⁵ Ebenso: OLG Karlsruhe v. 13.2.1969 - 9 U 184/67, BB 1970, 147.

ihrer natürlichen Beschaffenheit selbst stattgefunden hat²⁶⁶. In seinem Urteil vom 24.11.1993 hat der BGH für die Anwendbarkeit der kurzen Verjährungsfrist auf einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung von Obhutspflichten des Mieters verlangt, dass der Schaden hinreichenden Bezug zum Mietobjekt selbst haben müsse²⁶⁷.

Der OLG Frankfurt schließt sich der zuletzt genannte Auffassung, nach der auch der Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen einer Verletzung der Betriebspflicht durch den Mieter der kurzen Verjährung nach § 548 Abs. 1 S. 1 BGB unterfällt, an²⁶⁸: Nach dem Wortlaut des § 548 Abs. 1 S. 1 BGB gilt die kurze Verjährung für Ersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterungen der Mietsache. Die negative Beeinträchtigung des Verkehrswerts durch Nichtbetrieb einer Gaststätte ist eine Verschlechterung der Mietsache; dass eine Substanzbeeinträchtigung der Mietsache vorliegen muss, ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht.

Der Zweck des § 548 BGB besteht darin, zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine möglichst schnelle Klarstellung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen²⁶⁹. Hinzu kommt, dass der Zustand der Sache bei Vertragsende schon kurze Zeit nach ihrer Rückgabe an den Vermieter erfahrungsgemäß nicht mehr verlässlich festzustellen ist²⁷⁰. Dies rechtfertigt eine weite Auslegung der Vorschrift²⁷¹. Die gleiche Interessenlage besteht ohne Weiteres auch bei Schadensersatzansprüchen des Vermieters wegen der Verletzung der Betriebspflicht durch den Mieter.

Darüber hinaus hat der Mieter auch bei einer Verletzung der Betriebspflicht Nebenpflichten aus dem Mietvertrag mit Bezug auf die Mietsache - im Unterschied zu sonstigen Nebenpflichten aus dem Mietvertrag - verletzt. Es kann keinen Unterschied machen, ob die Mietsache nicht oder nur zu einem geringeren Mietzins weitervermietet werden kann, weil sie - etwa wegen Nichtdurchführung der Schönheitsreparaturen - nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand

²⁶⁶ BGH v. 24.4.1997 - LwZR 4/96, BGHZ 135, 284.

²⁶⁷ BGH v. 24.11.1993 - XII ZR 79/92, BGHZ 124, 186.

²⁶⁸ OLG Frankfurt v. 17.10.2014 - 2 U 43/14, ZMR 2015, 18 = MietRB 2015, 5 = IMR 2015, 65.

²⁶⁹ BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

²⁷⁰ vgl. Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 548 BGB Rz. 1 m.w.N.). (

²⁷¹ vgl. nur BGH v. 22.02.2006 - XII ZR 48/03, NJW 2006, 1963.

ist oder weil der *good will* der Mietsache wegen des Nichtbetriebs einer Gaststätte bei vereinbarter Betriebspflicht beeinträchtigt ist. In beiden Fällen hat der Mieter Nebenpflichten aus dem Mietvertrag in Bezug auf die Mietsache verletzt. Gerade die Mietsache ist - in ihrer Substanz oder in ihrem Verkehrswert - in beiden Fällen beeinträchtigt. Ansprüche auf Ersatz des Mietausfalles wegen Nichtdurchführung der Schönheitsreparaturen unterliegen aber der kurzen Verjährung aus § 548 Abs. 1 S. 1 BGB²⁷².

Schließlich spricht auch der Vergleich mit dem Begriff des Mangels, der in gewisser Weise ja auch eine Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache ist, für die Anwendbarkeit des § 548 Abs. 1 S. 1 BGB auf Verschlechterungen ohne Substanzbeeinträchtigungen der Mietsache. Für das Vorliegen eines Mangels ist es nicht entscheidend, ob die Untauglichkeit der Sache zum Vertragszweck auf dem Zustand der Sache selbst oder auf sonstigen rechtlichen, tatsächlichen oder wirtschaftlichen Verhältnissen beruht, die infolge ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluss auf die Brauchbarkeit der Sache auszuüben pflegen. Damit fallen beispielsweise auch Umweltfehler unter § 536 Abs. 1 BGB, solange sie die Tauglichkeit der Mietsache unmittelbar beeinträchtigen²⁷³. Eine solche unmittelbare Beeinträchtigung ist auch bei der Verletzung des *good will* einer Gaststätte durch Leerstand gegeben.

Die Entscheidung des BGH vom 10.05.2000²⁷⁴ steht der Anwendung des § 548 Abs. 1 S. 1 BGB auf Schadensersatzansprüche ohne Substanzbeeinträchtigung der Mietsache nicht entgegen. In dem dort entschiedenen Fall ging es um die vorübergehende Lagerung von kontaminiertem Material auf einem Grundstück und die Frage, ob eine Veränderung oder Verschlechterung des Mietobjekts im Sinne von § 548 Abs. 1 S. 1 BGB schon darin zu sehen wäre, dass eine Gefährdung für das Mietgrundstück und das Rheinwasser in der Lagerung zu sehen wäre. Dies hielt der Bundesgerichtshof für „*durchaus zweifelhaft*“²⁷⁵, ohne letztlich eine Entscheidung in der Sache treffen zu müssen.

²⁷² vgl. *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 4. Auflage 2014, § 536 BGB Rz. 9 m.w.N.

²⁷³ BGH v. 19.11.1997 - XII ZR 281/95, NJW 1998, 1303; OLG Düsseldorf v. 16.2.2009 - 24 U 6/08, BeckRS 2009, 19326.

²⁷⁴ BGH v. 10.5.2000 - XII ZR 149/98, NJW 2000, 3203.

²⁷⁵ BGH v. 10.5.2000 - XII ZR 149/98, NJW 2000, 3203.

7.2 Wegnahmerecht des Mieters

Das Gesetz beschränkt den Mieter in Bezug auf die von ihm geschaffenen Einrichtungen nach Beendigung des Vertrags auf den gemäß § 258 BGB verdinglichten Anspruch, ihre Wegnahme gemäß § 539 Abs. 1 BGB zu dulden²⁷⁶. Mit Verjährung des Wegnahmerechts entsteht ein dauerndes Besitzrechts des Vermieters und gesetzliche Zahlungsansprüche, gleich aus welchem Rechtsgrund, sind ausgeschlossen²⁷⁷. Die Verjährung von 6 Monaten beginnt gemäß § 548 Abs. 2 BGB nicht erst mit der Rückgabe der Mieträume, sondern mit der rechtlichen Beendigung des Mietverhältnisses²⁷⁸. Das Wegnahmerecht verjährt daher auch, wenn sich der Mieter gegen eine berechtigte Kündigung verteidigt und es daher zunächst nicht zur Räumung kommt; die Frage der rechtlichen Beendigung falsch zu beurteilen, ist sein Risiko²⁷⁹. Die materiell-rechtlichen Wirkungen des Verjährungseintritts sind von Amts wegen zu berücksichtigen, so dass es nicht darauf ankommt, ob sich der Vermieter auf Verjährung berufen hat²⁸⁰. Die Ausübung des Vermieterpfandrechts, das sich auch auf im Eigentum des Mieters verbliebene Einrichtungen erstreckt, hemmt die Verjährung nicht²⁸¹.

Dies ergibt sich jetzt bereits aus § 205 BGB, der anordnet, dass eine Hemmung nur eintritt, wenn das Leistungsverweigerungsrecht auf einer Vereinbarung beruht²⁸².

8 Schriftform

8.1 Wesentliche Vertragsabreden

Beurkundungsbedürftig i.S.d. § 550 BGB sind nach dem Schutzzweck dieser Vorschrift nicht stets sämtliche, sondern nur die wesentlichen Vertragsbedingungen, bei welchen die Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktion für die Ent-

²⁷⁶ BGHZ 81, 146 = NJW 1981, 2564, 2565 unter II.2.

²⁷⁷ BGHZ 101, 37 = NJW 1987, 2861, 2862 unter IV.3; Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl., § 539 BGB Rz. 4.

²⁷⁸ BGH, NJW 2008, 2256 (2257) Tz 15 m.w.N.

²⁷⁹ s. OLG Bamberg, NZM 2004, 342, bei Juris Tz 9; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 539 BGB Rz. 73.

²⁸⁰ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 734, bei Juris Tz 33.

²⁸¹ s. BGHZ 101, 37 = NJW 1987, 2861, 2862 unter II.2.a.cc: analoge Anwendung von § 202 II BGB a.F.

²⁸² KG v. 13.7.2015 – 8 W 45/15, GE 2015, 1594.

scheidung des Vertragspartners relevant sind²⁸³. Der Schutzzweck der Vorschrift des § 550 BGB ist nicht mit derjenigen des § 311b BGB identisch, da im Falle einer Grundstücksübertragung oder eines Grundstückserwerbs auch die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts gewährleistet und eine sachgemäße Beratung der Parteien sichergestellt werden sollen²⁸⁴.

Eine unwesentliche Vertragsänderung ist gegeben, wenn der Mieter nachträglich einen Teil der Kosten für einen vom Vermieter nach dem Mietvertrag geschuldeten Ausbau der Mieteinheit übernimmt²⁸⁵. Diese Kostenübernahme ändert nichts an künftigen Gewährleistungs- und sonstigen Rechten des Mieters. Denn unabhängig von der Frage der Kostentragung gehörte die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes zu den Aufgaben des Vermieters, für welche er grundsätzlich einzustehen hat (§§ 535 Abs. 1, 538 BGB), soweit nicht der Mietvertrag zu einer entsprechenden Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht des Mieters führt. Der Umfang der Rechte und Pflichten insoweit wird durch die Frage, wer die Kosten (teilweise) getragen hat, nicht beeinflusst. Insbesondere wird hierdurch der Umfang der späteren Rückbaupflicht nicht beeinflusst. Insbesondere ändern solche Vereinbarungen nichts an dem Umfang des „ursprünglichen Zustands“, den der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses gegebenenfalls in technisch einwandfreier Weise auf seine Kosten wiederherzustellen hat.

8.2 Bezeichnung einer Erbengemeinschaft

Zur Einhaltung der Schriftform müssen alle wesentlichen Vertragsabreden, also mindestens zur Mietsache, Miete, Mietzeit und den Parteien in einer der Schriftform entsprechenden Weise niedergelegt sein²⁸⁶. Bei der Angabe der Vertragsparteien muss daher eine Bezeichnung verwendet werden, die einen Erwerber zumindest in die Lage versetzt, anhand des Grundbuchs zu ermitteln, ob er vom Vermieter erwirbt, was für § 566 BGB maßgeblich ist. Diesen Anforderungen genügt die "Erbengemeinschaft X" [= Name] nicht, weil dann unklar ist,

²⁸³ vgl. BGH, NJW 2013, 3361 ff.; BGH, NZM 2009, 198 f.

²⁸⁴ vgl. BGH, NJW 2004, 3626 ff.

²⁸⁵ OLG Frankfurt v. 27.2.2015 – 2 U 144/14, ZMR 2015, 709.

²⁸⁶ 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 (Rz. 18).

ob die Erben nach dem Erblasser diesen Namens gemeint sind oder Erben mit diesem Namen²⁸⁷.

Der Vermieter ist in ausreichender Weise bezeichnet, wenn die Vertragsurkunde ausreichende Angaben für die - zur Wahrung der Schriftform nach § 550 BGB erforderliche - Bestimmbarkeit der vermietenden Miterben enthält. Das ist der Fall, wenn eine Erbengemeinschaft durch den Zusatz des Namens der Erblasserin als die frühere Grundstückseigentümerin benannt ist ("M.M.")²⁸⁸. Damit können die Mitglieder der Erbengemeinschaft nach ihr anhand der Vertragsurkunde und des Grundbuches ohne weiteres ermittelt werden²⁸⁹. Es auch unschädlich, dass nicht noch zusätzlich die frühere Anschrift der Erblasserin angegeben war, denn diese Angabe ist nicht erforderlich, um durch Grundbucheinsicht die Mitglieder der Erbengemeinschaft nach der Erblasserin M. M. und somit die Vermieter zu identifizieren.

8.3 Vertretung einer Aktiengesellschaft

Die Schriftform ist gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere über den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses, aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt. Von der Schriftform ausgenommen sind nur solche Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind²⁹⁰.

Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien geleistet worden sind. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für die und in Vertretung der anderen genannten Vertragsparteien, zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrags so lan-

²⁸⁷ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389.

²⁸⁸ BGH v. 17.3.2015 - VIII ZR 298/14, MietRB 2015, 226 = IMR 2015, 264.

²⁸⁹ vgl. BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389 unter II 5, 2.

²⁹⁰ vgl. nur BGH, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rz. 18.

ge hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien diesen unterschrieben haben²⁹¹.

Handelt es sich bei einer Mietvertragspartei dagegen nicht um eine Personenmehrheit, sondern um eine Kapitalgesellschaft, die von mehreren Personen vertreten wird, kann der Eindruck, die Urkunde sei in Bezug auf die Unterschriften noch unvollständig, nicht entstehen, wenn ein Mitglied des Vorstands und ein Prokurist unterzeichnet haben²⁹². Ein Rechtsnachfolger, dessen Schutz die Schriftform in erster Linie dient, kann in diesem Fall erkennen, dass die Unterzeichnung für alle Vorstandsmitglieder erfolgt ist²⁹³. Denn nach § 78 Abs. 3 AktG kann die Satzung der Gesellschaft unter anderem bestimmen, dass einzelne Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Deshalb genügt die Unterzeichnung durch ein Vorstandsmitglied und einen mit dem Zusatz "ppa" unterschreibenden Prokuristen dem Schriftformerfordernis.

Dies gilt auch für einen Nachtrag. Nach der sog. Auflockerungsrechtsprechung ist die gesetzliche Schriftform des gesamten Vertragswerks gewahrt, wenn eine Nachtragsurkunde auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt und zum Ausdruck bringt, es solle unter Einbeziehung der Nachträge bei dem verbleiben, was früher formgültig niedergelegt worden sei²⁹⁴. Daher bestehen keine Bedenken, wenn ein Nachtrag von dem Vorstandsmitglied und einem Vertreter unterzeichnet wurden. Damit kann insofern nicht der Eindruck eintreten, die Urkunde sei im Hinblick auf die geleisteten Unterschriften unvollständig²⁹⁵.

Bedenken ergeben sich auch nicht, wenn ein (weiterer) Nachtrag nur von einem Vorstandsmitglied unterzeichnet wurde, obwohl die Aktiengesellschaft ausweislich des Handelsregisters nur von zwei Vorstandsmitgliedern oder einem Vorstandsmitglied und einem Prokuristen vertreten werden kann, und ein Vertretungszusatz fehlt²⁹⁶.

²⁹¹ BGH v. 22.4.2015 – XII ZR 55/14, IMR 2015, 279.

²⁹² BGH v. 22.4.2015 – XII ZR 55/14, IMR 2015, 279.

²⁹³ BGH, BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rz. 13 ff.

²⁹⁴ BGH v. 23.2.2000 - XII ZR 251/97, NJW-RR 2000, 744, 745 m.w.N.

²⁹⁵ BGH v. 22.4.2015 – XII ZR 55/14, IMR 2015, 279.

²⁹⁶ BGH v. 22.4.2015 – XII ZR 55/14, IMR 2015, 279.

Für Fälle, in denen die Vertretungsregelung der Aktiengesellschaft im Rubrum des Mietvertrages angegeben ist, hat der BGH zwar entschieden, dass sich der ohne Vertretungszusatz geleisteten einzelnen Unterschrift nicht entnehmen lasse, ob die übrigen Vorstandsmitglieder noch unterzeichnen müssten; deshalb könne der Eindruck entstehen, es bedürfe zur Wirksamkeit der Vereinbarung einer weiteren Unterschrift. Bei einer solchen Gestaltung folgen die Zweifel an der Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unmittelbar aus der Urkunde selbst²⁹⁷.

Enthält das Rubrum des Mietvertrags jedoch keine Angaben zur Vertretungsregelung der Aktiengesellschaft, können vergleichbare Zweifel nicht entstehen²⁹⁸. Dies gilt selbst dann, wenn es im Rubrum des Nachtrags heißt "C. K. AG, vertreten durch den Vorstand". Gemäß § 76 Abs. 2 AktG kann der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus einer oder mehreren Personen bestehen. Selbst wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, kann die Satzung einer Aktiengesellschaft nach § 78 Abs. 3 AktG bestimmen, dass einzelne Vorstandsmitglieder allein zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. In einem solchen Fall steht der Wahrung der Schriftform das Fehlen eines Vertretungszusatzes nicht entgegen. Denn da der unterzeichnende Vorstand nicht selbst Vertragspartei war, kann seine Unterschrift auf der mit Mieter gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass er die im Rubrum des Vertrags als Mieter genannte Aktiengesellschaft allein vertreten wollte²⁹⁹. Dieser Würdigung steht nicht entgegen, dass im Rubrum eines früheren Nachtrags die C. K. AG, vertreten durch zwei benannte Vorstände angegeben ist. Denn diese Vertretungsregelung kann in der Folgezeit eine Änderung dahin erfahren haben, dass ein Vorstandsmitglied allein vertretungsberechtigt ist.

Für die Beurteilung, ob die Urkunde den Eindruck der Unvollständigkeit erwecken kann, ist nicht auf die aus dem Handelsregister ersichtliche Vertretungsregelung abzustellen, sondern auf die Angaben im Mietvertrag bzw. dem betreffenden Nachtrag³⁰⁰. Allein aus diesen muss sich eindeutig entnehmen lassen, ob

²⁹⁷ BGH, BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rz. 2, 18 ff.

²⁹⁸ BGH v. 22.4.2015 – XII ZR 55/14, IMR 2015, 279.

²⁹⁹ vgl. BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 Rz. 39; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346 Rz. 9 ff. - jeweils für eine GmbH -; BGH, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rz. 27 f.

³⁰⁰ BGH v. 22.4.2015 – XII ZR 55/14, IMR 2015, 279.

der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften zustande gekommen ist oder ob dessen Wirksamkeit so lange hinausgeschoben sein soll, bis weitere Unterschriften geleistet werden³⁰¹. Entscheidend ist mithin auf die äußere Form der Vertragsurkunde abzustellen³⁰². Danach würde auch eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht der Einhaltung der Schriftform nicht entgegenstehen. Ob der Vertrag bereits mit dieser Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern des Vertragsschlusses. Denn § 550 BGB will den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob ein wirksamer Vertrag besteht³⁰³. Das Handelsregister gibt demgegenüber Auskunft über die tatsächlichen Vertretungsverhältnisse, auf die es für die Wahrung der Schriftform nicht ankommt.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass im Fall der Unterzeichnung eines Mietvertrags durch einen Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Schriftform als gewahrt angesehen wird, weil dieser seiner Unterschrift einen Betriebsstempel beigefügt hat. In jenem Fall diene das Hinzusetzen des Stempels zu der Unterschrift dem Zweck, die Unterschriftsleistung eines nur gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern vertretungsberechtigten Gesellschafters als zugleich in deren Namen abgegeben auszuweisen³⁰⁴. Einer solchen Kenntlichmachung bedurfte es im vorliegenden Fall nicht.

Enthält ein Nachtrag keine eigenständigen Regelungen, ist es ohne rechtliche Bedeutung, ob die Schriftform insoweit eingehalten wurde.

8.4 Urkundeneinheit bei Nachträgen

Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen oder Nachträgen ausgelagert, so dass sich der Gesamtinhalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem

³⁰¹ BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11 - NJW 2013, 1082 Rz. 13; BGH, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 27 f.

³⁰² BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 14; BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 120/06 - NJW 2010, 1518 Rz. 22 ff. m.w.N.

³⁰³ BGH, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rz. 29 m.w.N.

³⁰⁴ BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 14.

Zusammenspiel dieser "verstreuten" Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen. Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung dieser Schriftstücke. Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss³⁰⁵.

Diesen Anforderungen ist genügt, wenn in einem zweiten Nachtrag nur der Mietvertrag, nicht aber der erste Nachtrag genannt wird³⁰⁶. Aus der Bezeichnung des Nachtrags als "2. Nachtrag zum Mietvertrag ..." ergibt sich, dass es einen ersten Nachtrag geben muss. Das folgt auch aus der Formulierung im Text des zweiten Nachtrags, der Mieter habe das Recht, das Mietverhältnis nach Ablauf des 30. November 2013 auf der Grundlage des genannten Mietvertrags um weitere fünf Jahre zu verlängern. Damit kommt klar zum Ausdruck, dass es über die Laufzeitvereinbarung im Mietvertrag hinaus, die sich bis zum 30. November 2008 erstreckt, eine weitere, die Laufzeit betreffende Vereinbarung gibt. Damit ist der Nachtrag vom 15. März 2004 gedanklich zweifelsfrei in Bezug genommen, da beide Nachträge keine anderweitigen Regelungen als die die Laufzeit betreffenden enthalten.

9 Kautio

9.1 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 Sicherheitsbedürfnisses 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 können³⁰⁷. Dieser Schutzzweck ist nicht betroffen, wenn Eltern für ihre Kinder - anstelle einer Anmietung im eigenen Namen -

³⁰⁵ BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181 Rz. 24 m.w.N.

³⁰⁶ BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, IMR 2015, 279.

³⁰⁷ vgl. BT - Drucks. 9/2079 S. 10 zu § 550b Abs. 1 S. 1 BGB a.F., der Vorgängervorschrift zu § 551 Abs. 1 BGB.

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 entgegen³⁰⁸.

Ähnlich verhält es sich bei einer Sicherheit, die im laufenden Mietverhältnis zur Abwendung einer drohenden Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzugs gewährt wird³⁰⁹. 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 damit in ihr Gegenteil verkehrt. Auf eine Kautionskündigung des Vermieters abgewendet werden soll, findet § 551 Abs. 1, 4 BGB deshalb generell keine Anwendung³¹⁰; darauf, ob der Bürge eine derartige Sicherheit unaufgefordert beigebracht oder der Vermieter eine zusätzliche Sicherheit verlangt hat, kommt es nicht an.

9.2 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 sollte³¹¹. 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 annimmt³¹².

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die Parteien einen Mietvertrag nach dessen wirksamer Beendigung fortsetzen. Kündigt der Vermieter den Mietver-

³⁰⁸ BGH v. 7.6.1990 - IX ZR 16/90, BGHZ 111, 361, 363.

³⁰⁹ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 379/12, MDR 2013, 641 = GE 2013, 673 = WuM 2013, 357.

³¹⁰ 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.

³¹¹ BGH v. 17.2.2000 - IX ZR 32/99, MDR 2000, 714 = NJW 2000, 1569.

³¹² BGH v. 30.3.1995 - IX ZR 98/94, MDR 1995, 892 = NJW 1995, 1886.

trag (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) gilt³¹³.

9.3 Offen ausgewiesenes Treuhandkonto

Die Regelung des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB, wonach der Vermieter eine ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen bei einem Kreditinstitut anzulegen hat, soll sicherstellen, dass die Kautions vor dem Zugriff der Gläubiger des Vermieters gesichert ist³¹⁴. In den Gesetzesmaterialien wird zur Begründung der Anlagepflicht des Vermieters insoweit ausgeführt, dass die Kautions wie ein Treuhandvermögen oder Mündelgeld zu behandeln sei, um sie im Falle der Insolvenz des Vermieters zu schützen und das Pfandrecht der Banken an dem Kautionskonto auszuschließen³¹⁵. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass aus dem Erfordernis der Trennung von dem Vermögen des Vermieters folge, es sei ein treuhänderisches Sonderkonto anzulegen³¹⁶. Das Pfandrecht der Banken sowie ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht könne bei Kennzeichnung als Sonderkonto nicht Platz greifen³¹⁷.

Diesem Anliegen wird jedoch nur eine Anlage gerecht, die den Treuhandcharakter eindeutig für jeden Gläubiger des Vermieters erkennen lässt³¹⁸. Dementsprechend wird einhellig verlangt, dass die Kautions auf einem offen ausgewiesenen Sonderkonto ("Mietkautionskonto") angelegt wird³¹⁹.

Andernfalls unterliefe die Kautions - der ausdrücklich erklärten Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufend - dem banküblichen Pfandrecht des Kreditinstituts für Forderungen gegen den Vermieter als Kontoinhaber (Nr. 14 Abs. 1 AGB-

³¹³ OLG Düsseldorf v. 22.3.2011 – 10 U 158/10, ZMR 2013, 628.

³¹⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 48; Palandt/*Weidenkaff*, 74. Aufl., § 551 BGB Rz. 11; Münch-KommBGB/*Bieber*, 6. Aufl., § 551 BGB Rz. 18.

³¹⁵ BT-Drucks. 9/2079, S. 11; vgl. BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 Rz. 19.

³¹⁶ BT-Drucks. 9/2079, S. 11 mit Hinweis auf BGH v. 25.6.1973 - II ZR 104/71, BGHZ 61, 72 (79).

³¹⁷ BT-Drucks. 9/2079, S. 11.

³¹⁸ BGH v. 9.6.2015 - VIII ZR 324/14, WuM 2015, 549 = 2015, 847 = NZM 2015, 736.

³¹⁹ BayObLG, NJW 1988, 1796 (1797); Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 551 BGB Rz. 18; Erman/*Lützenkirchen*, 14. Aufl., § 551 BGB Rz. 11; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 551 BGB Rz. 15; BeckOGK-BGB/*Kaiser*, Stand 1. Juni 2015, § 551 BGB Rz. 53; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 551 BGB Rz. 65; *Gramlich*, Mietrecht, 2013, § 551 BGB Ziffer 4; jurisPK-BGB/*Schur*, 7. Aufl., § 551 BGB Rz. 17.

Banken³²⁰ bzw. Nr. 21 Abs. 1 AGB-Sparkassen³²¹). Denn dieses erstreckt sich auch auf verdeckt treuhänderisch geführte Konten und Sparbücher³²²; es wird auch nicht aufgehoben, wenn der Treuhandcharakter der Einlage nachträglich offengelegt wird³²³. Ausgeschlossen ist das Pfandrecht des Geldinstituts an dem Sparguthaben vielmehr nur, wenn der Treuhandcharakter von Anfang an offen gelegt wird (AGB-Banken Nr. 14 Abs. 3 sowie AGB-Sparkassen Nr. 21 Abs. 2³²⁴).

9.4 Inanspruchnahme nach Ende des Mietvertrages

Der Vermieter ist auch nach dem Ende des Mietverhältnisses bis zur endgültigen Abrechnung über die Kautionspflicht, die gesetzlichen Anforderungen an die Anlage der Mietsicherheit zu erfüllen³²⁵. Die Mietkaution dient - soweit nicht ausnahmsweise etwas anderes vereinbart ist - ausschließlich der Sicherung von Forderungen des Vermieters aus dem konkreten Mietverhältnis. Die darin liegende Zweckbindung endet nicht schon dann, wenn die Kautionsanlage am Ende des Mietverhältnisses nicht mehr für Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis benötigt wird, sondern erst mit der Rückgewähr der Kautionsanlage an den Mieter³²⁶. Dementsprechend enden sowohl das Sicherheitsbedürfnis des Mieters, dem § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB Rechnung trägt, als auch die treuhänderische Bindung nicht bereits mit dem Ende des Mietverhältnisses, sondern erst mit der Rückgewähr der Kautionsanlage.

Ist der Vermieter dem Anspruch auf eine getrennte und entsprechend gekennzeichnete Anlage der Kautionsanlage nicht nachgekommen, steht dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht an den Mieten in Höhe der Kautionsanlage gemäß §§ 273, 274 BGB zu³²⁷. Der fortdauernden treuhänderischen Bindung entsprechend gilt dies auch über das Ende des Mietverhältnisses hinaus.

³²⁰ abgedruckt bei *Bunte*, AGB-Banken, 4. Aufl., Teil 2.

³²¹ abgedruckt bei *Bunte*, AGB-Banken, 4. Aufl., Teil 3.

³²² BGH v. 25.9.1990 - XI ZR 94/89, NJW 1991, 101 unter II 2; *Bunte*, AGB-Banken, 4. Aufl., Teil 2 Nr. 14 Rz. 307a; *Heymann*, HGB, 2. Aufl., AGB-Banken Rz. II/135.

³²³ BGH v. 25.9.1990 - XI ZR 94/89, MDR 1991, 339 = NJW 1991, 101 unter II 3.

³²⁴ vgl. BGH v. 25.9.1990 - XI ZR 94/89, MDR 1991, 339 = NJW 1991, 101 unter II 3 a; BGH v. 25.6.1973 - II ZR 104/71, BGHZ 61, 72 (79); jeweils m.w.N.

³²⁵ vgl. LG Hamburg v. 19.02.2004 - 333 S 84/03, NJW-RR 2004, 1530 = NZM 2005, 255; *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2014, § 551 BGB Rz. 19.

³²⁶ BGH v. 9.6.2015 - VIII ZR 324/14, WuM 2015, 549 = 2015, 847 = NZM 2015, 736; BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 36/12, WuM 2012, 502 Rz. 10.

³²⁷ vgl. BGH v. 20.12.2007 - IX ZR 132/06, WPM 2008, 367 Rz. 8.

9.5 Rückforderung vom früheren Vermieter

Bei der Vorschrift des § 566a BGB handelt es sich um eine mieterschützende Bestimmung, die dem Mieter zwei Schuldner - den früheren Vermieter und den Grundstückserwerber - für seinen Anspruch auf Rückzahlung der Mietsicherheit verschafft, und zwar unabhängig davon, ob der frühere Vermieter dem Erwerber die Mietsicherheit ausgehändigt hat oder nicht³²⁸. Der frühere Vermieter haftet allerdings gemäß § 566a S.2 BGB grundsätzlich nur subsidiär, wenn der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sicherheit nicht vom Erwerber erlangen kann.

Ohne vorherige Inanspruchnahme des Erwerbers ist eine Klage gegen den früheren Vermieter auch möglich, wenn der Vermieter die Mietsicherheit nicht an den Erwerber weitergeleitet hat und der Erwerber keine Ansprüche mehr gegen den Mieter hat³²⁹. Wenn nur Ansprüche im Verhältnis zwischen dem früheren Vermieter und dem Mieter in Rede stehen und der Erwerber die Mietsicherheit weder erhalten hat noch benötigt, erscheint es unsinnig und stünde im Widerspruch zu dem mit der Bestimmung des § 566a BGB beabsichtigten Mieterschutz, wenn man den Mieter darauf verwies, sich zunächst an den Erwerber zu halten.

9.6 Anspruch des Zwangsverwalters auf Herausgabe der Kautions vom WEG-Verwalter

Der Zwangsverwalter ist befugt, von dem Schuldner (Vermieter und Wohnungseigentümer) die Überlassung einer vor der Beschlagnahme von einem Wohnungsmieter geleisteten Mietkaution zu verlangen. Wurde das beschlagnahmte Objekt vor der Beschlagnahme einem Mieter oder Pächter überlassen, ist der Miet- oder Pachtvertrag auch gegenüber dem Zwangsverwalter wirksam (§ 152 Abs. 2 ZVG). Davon ist die Kautionsabrede als Bestandteil des Mietverhältnisses erfasst³³⁰. Die Kautionsabrede sichert die Mietansprüche, auf die sich die Beschlagnahme nach §§ 148 Abs. 1 Satz 1, 21 Abs. 2 ZVG erstreckt. Eine ordnungsgemäße Verwaltung des Grundbesitzes (§ 152 Abs. 1 ZVG) erfordert da-

³²⁸ BGH v. 7.3.2012 - XII ZR 13/10, WuM 2012, 278 = ZMR 2012, 535 = GE 2012, 610 Rz.8.

³²⁹ OLG Hamburg v. 4.2.2014 - 8 W 7/14, ZMR 2014, 784 = GE 2014, 1527; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 566a BGB Rz. 26.

³³⁰ BGH v. 16.7.2003 - VIII ZR 11/03, NJW 2003, 3342 unter II 2.

her, dass der Zwangsverwalter anstelle des Schuldners, dem die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks durch die Beschlagnahme entzogen wird (§ 148 Abs. 2 ZVG), in die Lage versetzt wird, erforderlichenfalls auf die Kautions zugreifen, um gegen den Wohnungsmieter gerichtete Ansprüche abzudecken. Der Zugriff auf die Kautions muss dem Zwangsverwalter zudem auch deshalb ermöglicht werden, weil er dem Mieter gegenüber zur Herausgabe der Kautions nach Wegfall des Sicherungszwecks verpflichtet ist³³¹, selbst wenn der Schuldner dem Zwangsverwalter die Kautions nicht ausgehändigt hat³³².

Ist die Mietkautions vom Mieter vereinbarungsgemäß nicht dem Vermieter, sondern dem Verwalter der Wohnungseigentumsanlage entrichtet worden, ist der Zwangsverwalter gemäß § 152 Abs. 1, 2 ZVG berechtigt, die Überlassung der Kautions direkt von diesem zu fordern³³³. Zwar tritt der Zwangsverwalter nicht in einen von der Wohnungseigentümergeinschaft mit dem Verwalter der Wohnungseigentumsanlage geschlossenen Vertrag ein³³⁴. Daraus folgt jedoch nicht, dass nur der Schuldner berechtigt sei, die Auszahlung der Kautions von dem Verwalter des Wohnungseigentums zu verlangen. Vielmehr obliegt dem Zwangsverwalter nach § 152 Abs. 1 ZVG die Aufgabe, das verwaltete Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten³³⁵ und ordnungsgemäß zu verwalten³³⁶. Hieraus folgt als Teil des Rechts zur Verwaltung und Benutzung des Grundstücks (§ 148 Abs. 2 ZVG) die Befugnis, eine Schmälerung der nach § 155 ZVG zu verteilenden Nutzungen abzuwenden und wegen anderer als Miet- oder Pachtforderungen Klage – auch gegen Dritte – zu erheben³³⁷.

Vor diesem Hintergrund macht es keinen Unterschied, ob sich die vom Mieter entrichtete Kautions in den Händen des Schuldners oder bei einer Hausverwaltung befindet, die sie für den Schuldner eingezogen, aber noch nicht an diesen ausgekehrt hat. Um der Verpflichtung des Zwangsverwalters Rechnung zu tragen, den Gläubigern den möglichst ungeschmälersten Erhalt der Haftungsmasse

³³¹ BGH v. 14.4.2005 – V ZB 6/05, NZM 2006, 71 unter II 2 b cc.

³³² BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 11/03, NJW 2003, 3342 unter II 2 b, 3; BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 330/03, NZM 2005, 596 unter II 3; BGH v. 11.3.2009 – VIII ZR 184/08, NJW 2009, 1673 Rz. 8.

³³³ BGH v. 23.9.2015 – VIII ZR 300/14, GE 2015, 1457 = NZM 2015, 859.

³³⁴ vgl. BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 330/03, NZM 2005, 596 unter II 3 a.

³³⁵ vgl. BGH v. 22.1.2014 – VIII ZR 391/12, NJW 2014, 1951 Rz. 16.

³³⁶ BGH v. 14.4.2005 – V ZB 6/05, NZM 2006, 71.

³³⁷ BGH v. 24.9.2009 – IX ZR 149/08, NJW-RR 2010, 17 Rz. 14 m.w.N.

zu gewährleisten, ist es vielmehr geboten, dass der Zwangsverwalter einer Eigentumswohnung die Mietkaution in diesen Fällen auch von dem Verwalter der Wohnungseigentumsanlage herausverlangen kann. Beachtliche Eigeninteressen des Verwalters der Wohnungseigentumsanlage sind dabei nicht berührt, weil dieser bei der Entgegennahme der Kaution für den Vermieter nur als dessen Zahlstelle fungiert. Ihm kommt kein größeres Schutzbedürfnis zu als dem Schuldner selbst, für den er tätig geworden ist.

10 Modernisierung

Will der Vermieter die Wohnung mit Rauchwarnmeldern nachträglich ausstatten, ergibt sich ein Duldungsanspruch gegen den Mieter gemäß § 555d Abs. 1, § 555b Nr. 4 und 5 BGB bezüglich aller Räume unter dem Gesichtspunkt einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts der Mietsache und der dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse zu³³⁸. Daneben ergibt sich der Duldungsanspruch jedenfalls für den Schlafraum, das Kinderzimmer und den Flur zusätzlich aus § 555d Abs. 1, § 555b Nr. 6 BGB in Verbindung mit § 47 Abs. 4 BauO LSA unter dem Gesichtspunkt einer vom Vermieter nicht zu vertretenden Maßnahme³³⁹; offen bleiben kann, ob dies auch für das vom Wortlaut des § 47 Abs. 4 BauO LSA nicht erfasste Wohnzimmer gilt, etwa im Hinblick auf eine mögliche und dem Eigentümer nicht unbedingt bekannte Nutzung als Schlafraum³⁴⁰.

Die Ausstattung einer Wohnung mit Rauchwarnmeldern führt regelmäßig zu einer Verbesserung der Sicherheit und damit auch zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts der Mietsache³⁴¹ sowie zu einer dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse³⁴². Dies gilt insbesondere dann, wenn– ein Mehrfamilienhaus durch den Vermieter einheitlich mit solchen Geräten ausgestattet wird³⁴³. Dadurch, dass der Einbau und die spätere Wartung

³³⁸ BGH v. 17.6.2015 – VIII ZR 216/14, MDR 2015, 819 = NZM 2015, 588 = MietRB 2015, 290.

³³⁹ vgl. BGH v. 17.6.2015 – VIII ZR 290/14, MDR 2015, 818 = NZM 2015, 587 unter II 1.

³⁴⁰ BGH v. 17.6.2015 – VIII ZR 216/14, MDR 2015, 819 = NZM 2015, 588 = MietRB 2015, 290.

³⁴¹ Palandt/*Weidenkaff*, 74. Aufl., § 555b BGB Rz. 7; BeckOK BGB/*Schlosser*, (Stand: 1. Mai 2015), § 555b BGB Rz. 30; BeckOGK/*Schepers*, (Stand: 1. Juni 2015), § 555b BGB Rz. 47 f.

³⁴² Blank/*Börstinghaus*, *Miete*, 4. Aufl., § 555b BGB Rz. 55; Bub/*Treier/Schüller*, *Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 4. Aufl., Kap. III. Rz. 2669 "Rauchwarnmelder".

³⁴³ BGH v. 17.6.2015 – VIII ZR 216/14, MDR 2015, 819 = NZM 2015, 588 = MietRB 2015, 290.

von Rauchwarnmeldern für das gesamte Gebäude "in einer Hand" sind, wird ein hohes Maß an Sicherheit gewährleistet, das auch für die Wohnung des Mieters ausgehend von dem durch den von ihm selbst vorgenommenen Rauchwarnmeldereinbau erreichten Zustand zu einer nachhaltigen Verbesserung i.S.v. § 555b Nr. 4 und 5 BGB führt. Der Vermieter muss sich nicht darauf verweisen lassen, die Wohnung des Mieters mit Rücksicht darauf von der beabsichtigten Modernisierung auszunehmen, dass er sie mit von ihm ausgewählten Rauchwarnmeldern ausgestattet hat.

11 Mieterhöhung

11.1 Erklärung des Erwerbers

Der Rechtsinhaber kann einen Dritten zur Geltendmachung eines unselbständigen Gestaltungsrechts im eigenen Namen ermächtigen³⁴⁴. 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 entgegen³⁴⁵. § 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.

³⁴⁴ 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.

³⁴⁵ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, GE 2014, 663 = ZMR 2014, 620.

Schließlich erfordern auch Gesichtspunkte des Mieterschutzes keine abweichende Beurteilung³⁴⁶. 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 werde³⁴⁷. 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 nicht³⁴⁸. 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 Ermächtigung 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

³⁴⁶ BGH v. 19.3.2014 – VIII ZR 203/13, GE 2014, 663 = ZMR 2014, 620.

³⁴⁷ 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.

³⁴⁸ BGH v. 19.3.2014 – VIII ZR 203/13, GE 2014, 663.

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.

11.2 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 werde³⁴⁹. Dies sei zum Schutz des Mieters gerechtfertigt, der in dem vom Gesetzgeber bewusst formalisiert gestalteten Mieterhöhungsverfahren Klarheit über den Erklärenden haben müsse³⁵⁰. Nur so könne er binnen der Überlegungsfrist des § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB die Berechtigung des Erhöhungsverlangens prüfen³⁵¹. Mit dem Auftreten als Hausverwaltung sei zudem ohne weitere Umstände auch ein Eigengeschäft vereinbar.

Diese Auffassung teilt der BGH³⁵² 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 Mieterhöhungsverlangen nach § 558a BGB eine ausdrückliche Offenlegung der Vertretung zu fordern. Die erforderliche Klarheit über den Vertragspartner bei einer Stellvertretung ist

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ LG Berlin, GE 2013, 483.

³⁵¹ LG Potsdam, GE 2013, 689 (691).

³⁵² BGH v. 2.4.2014 – VIII ZR 231/13, GE 2014, 658 = IMR 2014, 227.

- 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 handelt³⁵³.

11.3 Flächenabweichung bei § 558 BGB

Nach der Rechtsprechung des BGH beinhaltet die in einem Wohnraummietvertrag enthaltene Wohnflächenangabe im Allgemeinen zugleich eine dahin gehende vertragliche Festlegung der Sollbeschaffenheit der Mietsache i.S. einer Beschaffenheitsvereinbarung³⁵⁴. Dementsprechend geht der VIII. Senat – woran festzuhalten ist – in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein zur Minderung der Miete führender Mangel der Wohnung i.S.d. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB infolge Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) gegeben ist, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10% unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt³⁵⁵.

Das bedeutet jedoch nicht, dass mit einer solchen bei Vertragsschluss getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung auch die bei einer späteren Mieterhöhung gemäß § 558 Abs. 2 BGB in die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete einzustellende Größe der Wohnung in gleicher Weise durch einen von den tatsächlichen Verhältnissen abweichenden fiktiven Wert verbindlich festgelegt ist. Soweit der VIII. Senat dies in seiner bisherigen Rechtsprechung anders gesehen hat, indem er Abweichungen von bis zu 10% für unbeachtlich gehalten hat³⁵⁶, hält er daran nicht mehr fest³⁵⁷. Vielmehr ist jede im Wohnraummietvertrag enthaltene, von der tatsächlichen Wohnungsgröße abweichende Wohnflächenangabe für die in § 557 Abs. 3 HS 1 BGB vorgeschriebene Anwendbarkeit des §

³⁵³ 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.

³⁵⁴ BGH v. 24.3.2004 – VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947 unter II 2 a; BGH v. 10.3.2010 – VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 8 m.w.N.; ebenso für die Gewerberaummietsache BGH v. 18.7.2012 – XII ZR 97/09, WPM 2013, 1087 Rz. 15.

³⁵⁵ BGH v. 24.3.2004 – VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947 unter II 2 c; BGH v. 10.11.2010 – VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14 m.w.N.

³⁵⁶ zuletzt BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 205/08, NJW 2009, 2739 Rz. 10, 13 m.w.N.

³⁵⁷ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, ■.

558 BGB und die nach dessen Maßstäben zu beurteilende Mieterhöhung ohne rechtliche Bedeutung. Maßgeblich für den nach dieser Bestimmung vorzunehmenden Abgleich der begehrten Mieterhöhung mit der ortsüblichen Vergleichsmiete ist allein die tatsächliche Größe der vermieteten Wohnung³⁵⁸.

Hinsichtlich der Anforderungen an eine Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete ist der Gesetzgeber von Anfang an davon ausgegangen, dass für den Vergleich allein der objektive Wohnwert der zur Mieterhöhung anstehenden Wohnung maßgebend ist. Dementsprechend hat er etwa die Art der Wohnungsfinanzierung ebenso wie die Kosten der Herstellung, der Erhaltung und der Modernisierung außer Betracht lassen und auch dem Alter der Wohnung nur insoweit Bedeutung beimessen wollen, als dadurch der Wohnwert etwa über den Erhaltungszustand beeinflusst wird³⁵⁹. Damit hat er unübersehbar zum Ausdruck gebracht, dass er nur den objektiven Wohnwert in den Vergleich eingestellt wissen, subjektiven Elementen, zu denen auch Vereinbarungen zu bestimmten Wohnwertmerkmalen – hier die Wohnungsgröße – zählen, dagegen keinen Raum geben wollte.

Die Maßgeblichkeit des in den Vergleich einzustellenden objektiven Wohnwerts hat dementsprechend in den hierauf ergangenen Rechtsentscheiden der Oberlandesgerichte mit Recht stets außer Frage gestanden³⁶⁰. Denn andernfalls wäre der Vermieterseite wertungswidrig, insbesondere dem in § 10 Abs. 1 MHG geregelten Abweichungsverbot zuwider, ein Spielraum zugestanden worden, über Vereinbarungen zum Wohnwert oder zu bestimmten Wohnwertmerkmalen, zu denen auch die Wohnungsgröße gehört, den bei künftigen Mieterhöhungen vorzunehmenden Vergleich schon vorab zu ihren Gunsten zu verändern oder gar zu verfälschen. Dass zu solchen (unzulässig) abweichenden Vereinbarungen auch schon anfängliche Regelungen zählen können, hat der Gesetzgeber – am Beispiel von Mietgleitklauseln, die die ortsübliche Vergleichsmiete als Obergrenze unberücksichtigt lassen – seinerzeit ebenfalls zum

³⁵⁸ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, ■.

³⁵⁹ BT-Drucks. 7/2011, S. 10 zu Art. 3 § 2 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum – Gesetz zur Regelung der Mieterhöhung.

³⁶⁰ OLG Karlsruhe, NJW 1982, 890, 891; OLG Hamm, NJW 1983, 1622, 1623; OLG Hamburg, NJW-RR 2000, 1321, (1322); jeweils m.w.N.

Ausdruck gebracht³⁶¹ und dieses Verbot unverändert in § 558 Abs. 6 BGB überführt³⁶².

Genauso verhält es sich mit der den Vergleichsmaßstab bildenden ortsüblichen Vergleichsmiete, an der zu messen ist, ob sich die neue Miete innerhalb des hierdurch vorgegebenen Rahmens hält. Auch diese wird nach objektiven Maßstäben, nämlich aus den üblichen Entgelten gebildet, die in der Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder geändert worden sind³⁶³.

Auf beiden Seiten des Vergleichs ist danach objektiv anzuknüpfen, es sei denn, die Vertragsparteien hätten gemäß § 557 Abs. 1, 3 Halbs. 2 BGB anlässlich der konkreten Mieterhöhung in zulässiger Weise (vgl. § 557 Abs. 4, § 558 Abs. 6 BGB) Abweichendes vereinbart.

Entgegen der von dem Beklagten in den Instanzen vorgetragenen Auffassung ist die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nicht schon deshalb zugrunde zu legen, weil

Mit der Angabe einer kleineren als der tatsächlichen Wohnfläche haben die Parteien keinen teilweisen Ausschluss künftiger Mieterhöhungen des Vermieters hätten vereinbaren wollen³⁶⁴. Dies entspricht zwar einer in der Instanzrechtsprechung und im mietrechtlichen Schrifttum verbreitet und mit unterschiedlicher Begründung vertretenen Auffassung³⁶⁵. Teilweise wird demgegenüber aber auch darauf hingewiesen, man könne einer Beschaffenheitsvereinbarung ohne besondere zusätzliche Anhaltspunkte nicht die Bedeutung eines Feststellungsvertrages in dem Sinne beimessen, dass die Vertragsparteien damit umfassend die Realität fingieren und etwa auch für künftige Mieterhöhungen das Wohnwertmerkmal der Größe ein für alle Mal abschließend dahin festlegen wollten, dass sie mit der Angabe einer zu geringen Wohnfläche im Mietvertrag hinsichtlich der überschießenden Fläche zugleich eine Ausschlussvereinbarung

³⁶¹ BT-Drucks. 7/2011, S. 14 zu dem § 10 MHG entsprechenden Art. 3 § 8 Abs. 1 des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum.

³⁶² BT-Drucks. 14/4553, S. 54.

³⁶³ BGH v. 21.11.2012 – VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 13; BGH v. 3.7.2013 – VIII ZR 354/12, BGHZ 197, 366 Rz. 20; vgl. auch BVerfGE 53, 352 (358).

³⁶⁴ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, ■.

³⁶⁵ zum Meinungsstand Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2014, § 557 BGB Rz. 65.

gemäß § 557 Abs. 3 BGB treffen wollten³⁶⁶. Die letztgenannte Auffassung trifft zu³⁶⁷. Vor dem Hintergrund, dass die gesetzlichen Bestimmungen zur Erhöhung der Miete für Wohnraum in §§ 558 ff. BGB es dem Vermieter ermöglichen sollen, eine am örtlichen Markt orientierte, die Wirtschaftlichkeit der Wohnung regelmäßig sicherstellende Miete zu erzielen, kann sich nach der Rechtsprechung des BGH auf Seiten des Mieters, dessen Interessen dabei durch die Grenze der ortsüblichen Vergleichsmiete, die Jahressperrfrist, die 15-monatige Wartezeit, die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB und das Sonderkündigungsrecht des § 561 BGB ausreichend Rechnung getragen wird, ein schutzwürdiges Vertrauen dahin, dass ihm der Vorteil einer unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegenden Miete unbeschränkt verbleibt, grundsätzlich nicht bilden. Der Mieter muss im Gegenteil von vornherein damit rechnen, dass in dem (eingeschränkten) Rahmen des § 558 BGB eine stufenweise Anpassung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete erfolgt, soweit die Parteien nicht gemäß § 557 Abs. 3 Halbs. 2 BGB eine Erhöhung der Miete durch Vereinbarung ausgeschlossen haben oder sich der Ausschluss aus den Umständen ergibt³⁶⁸. Solche Umstände können allerdings insbesondere nicht schon darin gesehen werden, dass die ortsübliche Vergleichsmiete die vereinbarte Miete bereits bei Vertragsabschluss überschritten hat. Denn ein rechtsgeschäftlicher Wille der Parteien, die vereinbarte Miete als solche oder einen (prozentualen oder betragsmäßigen) Abstand der Miete von der jeweiligen ortsüblichen Vergleichsmiete auf Dauer festzulegen, ergibt sich daraus regelmäßig nicht, es sei denn, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass der Vermieter dem Mieter derart weit entgegenkommen und auf die ihm durch die gesetzliche Bestimmung des § 558 BGB eingeräumte Möglichkeit der Mieterhöhung (teilweise) verzichten wollte.

Somit ist dem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters, das sich mangels abweichender Parteivereinbarung gemäß § 557 Abs. 3 HS 1 BGB nach den hierzu in § 558 BGB getroffenen Regelungen bestimmt, die tatsächliche Wohnfläche zugrunde zu legen. Gleichzeitig findet aber auch die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB Anwendung, zu deren Bemessung die zu Beginn des Vergleichszeitraums geltende Ausgangsmiete der ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüber

³⁶⁶ *Kraemer*, NZM 1999, 156 (160, 162); ähnlich z.B. OLG Hamburg, NJW-RR 2000, 1321, (1322).

³⁶⁷ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, ■.

³⁶⁸ BGH v. 20.6.2007 – VIII ZR 303/06, NJW 2007, 2546 Rz. 11 f., 15.

zu stellen ist³⁶⁹. Die Ausgangsmiete wiederum bestimmt sich nicht danach, wie sie möglicherweise – fiktiv – hätte gebildet werden können. Maßgeblich dafür ist vielmehr grundsätzlich nur ihr zum Vergleichstichtag tatsächlich geltender Betrag, ohne dass es zusätzlich darauf ankommt, wie er zustande gekommen ist.

11.4 Flächenabweichung und Anpassung nach § 313 BGB

Ein Anspruch des Vermieters auf eine weitere, das Verhältnis der Abweichung der tatsächlichen von der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche berücksichtigende Anpassung der Miete ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage³⁷⁰. § 557 Abs. 3 BGB sieht vor, dass der Vermieter bei Fehlen einer (wirksamen) Erhöhungsvereinbarung nach Absatz 1 oder 2 Mieterhöhungen "Im Übrigen ... nur" nach Maßgabe der §§ 558 bis 560 BGB verlangen kann, soweit eine Erhöhung nicht vereinbarungsgemäß ausgeschlossen ist. Bereits der Wortlaut dieser Bestimmung lässt deshalb erkennen, dass die Möglichkeiten einer Mieterhöhung hierdurch eine abschließende Regelung erfahren und einseitige Mieterhöhungen allein Maßgabe der §§ 558 ff. BGB zugelassen sein sollten³⁷¹.

Doch selbst wenn § 313 Abs. 1 BGB für anwendbar erachtet wird, kommt die Anpassung eines Vertrages wegen einer nach Vertragsschluss eingetretenen schwerwiegenden Änderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nur in Betracht, wenn und soweit einem Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. In dem Verweis auf die gesetzliche Risikoverteilung kommt zum Ausdruck, dass eine Anwendung der Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage auszuschließen hat, wenn und soweit es um Veränderungen geht, deren Auswirkungen auf den Vertrag der Gesetzgeber bereits durch Aufstellung bestimmter gesetzlicher Regeln zu erfassen versucht hat. Für § 313 BGB bleibt daneben nur dort noch Raum, wo der Gesetzgeber einen typischen Fall geänderter Vertragsgrundlage nicht bis ins Einzelne zu regeln und

³⁶⁹ BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 16.

³⁷⁰ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, ■.

³⁷¹ vgl. BeckOGK-BGB/Orel, Stand Oktober 2015, § 557 BGB Rz. 2.

darüber einer angemessenen Lösung zuzuführen versucht hat³⁷² oder wo eine an sich abschließend gedachte Regelung sich nachträglich als für besonders gelagerte Fallgestaltungen schlechthin unpassend erweist³⁷³.

Von einem solchen, über § 313 BGB auszufüllenden rechtlichen Gestaltungsbedürfnis kann hier indessen nicht ausgegangen werden. Soweit dem Urteil vom 23. Mai 2007³⁷⁴ entnommen werden könnte, dass in Fällen, in denen die Abweichungen zwischen der tatsächlichen und der vereinbarten Wohnfläche mehr als 10% betragen, die Abweichungen gegebenenfalls nach den Grundsätzen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage berücksichtigungsfähig sein und dann sogar unter Außerachtlassung der Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB zum Tragen kommen könnten, hält der BGH daran nicht fest³⁷⁵.

Das vom Gesetzgeber für einseitige Mieterhöhungen gewählte und namentlich in § 558 BGB ausgeformte Regelungskonzept geht dahin, es dem Vermieter zu ermöglichen, im Rahmen eines Vergleichsmietensystems eine die Wirtschaftlichkeit der Wohnung regelmäßig sicherstellende angemessene, allerdings nicht an den Kosten, sondern am Markt orientierte Miete zu erzielen, dabei aber zugleich auch den Interessen der Mieterseite an einer Verhinderung allzu abrupten oder einer Bewältigung sonst untragbarer Änderungen durch zeitliche und höhenmäßige (Kappungs-) Grenzen beziehungsweise ein Sonderkündigungsrecht Rechnung zu tragen³⁷⁶. Allerdings hat der Gesetzgeber bei der getroffenen Regelung nicht die Verhältnisse bei Vertragsschluss wie etwa die ursprüngliche Anfangsmiete oder zu Wohnwertmerkmalen getroffene (Beschaffenhheits-) Vereinbarungen als Ausgangspunkt und/oder Maßstab einer Mieterhöhung gewählt. Er hat die Mieterhöhung vielmehr, bezogen auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme, an die jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse am Markt knüpfen und dazu sowohl die ortsübliche Vergleichsmiete als auch den daran zu messenden Wohnwert der Mietwohnung allein nach objektiven Kriterien bestimmen wollen.

³⁷² vgl. BGH v. 26.11.1981 – IX ZR 91/80, BGHZ 82, 227 (232); BGH v. 25.11.1998 – VIII ZR 380/96, WPM 1999, 596 unter III 1 c; BGH v. 6.3.2002 – XII ZR 133/00, BGHZ 150, 102 (106).

³⁷³ vgl. BGH v. 24.3.2010 – VIII ZR 160/09, NJW 2010, 1663 Rz. 20; BGH v. 7.7.2010 – VIII ZR 279/09, juris Rz. 20.

³⁷⁴ BGH v. 23.5.2007 – VIII ZR 138/06, NJW 2007, 2626 Rz. 19.

³⁷⁵ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, ■.

³⁷⁶ BGH v. 20.6.2007 – VIII ZR 303/06, NJW 2007, 2546 Rn. 11 f. m.w.N.

Der Umstand, dass die in Rede stehende Wohnfläche sich gegenüber der vereinbarten nachträglich als größer herausgestellt hat, ist deshalb für eine nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers vorzunehmenden Mieterhöhung ohne rechtliche Bedeutung und schließt schon aus diesem Grunde zusätzliche Korrekturen unter dem Gesichtspunkt einer Störung der Geschäftsgrundlage, noch dazu unter Außerachtlassung der Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB, aus. Insbesondere liegt auch keine Fallgestaltung vor, bei der die Ausgangsmiete aus Gründen, die in der beiderseitigen Risikosphäre liegen, von der ortsüblichen Vergleichsmiete derart weit entfernt ist, dass der Stand der ortsüblichen, die Kosten deckenden Vergleichsmiete selbst für die Zukunft mit Rücksicht auf die Kappungsgrenze und die Sperrfrist in absehbarer Zeit nicht erreicht werden kann und deshalb der mit § 558 BGB verfolgte Zweck grundlegend verfehlt wird.

11.5 wegen Modernisierung

Werden mit einer Modernisierungsmaßnahme fällige Instandsetzungsmaßnahmen erspart, kann der auf die Instandsetzung entfallende Kostenanteil nicht auf den Mieter umgelegt werden³⁷⁷. Aus der Modernisierungsmieterhöhungserklärung muss deshalb hervorgehen, in welchem Umfang durch die durchgeführten Maßnahmen fällige Instandsetzungskosten erspart wurden³⁷⁸. Da insofern keine überhöhten formellen Anforderungen an das Begründungserfordernis zu stellen sind, bedarf es entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung³⁷⁹ keiner umfassenden Vergleichsrechnung zu den hypothetischen Kosten einer bloßen Instandsetzung³⁸⁰. Vielmehr ist es erforderlich, aber auch ausreichend, den ersparten Instandsetzungsaufwand zumindest durch Angabe einer Quote von den aufgewendeten Gesamtkosten nachvollziehbar darzulegen³⁸¹.

³⁷⁷ KG, WuM 2006, 450; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 11. Aufl., § 559 Rz. 67 f., 70; vgl. auch BGH v. 3.3.2004 - VIII ZR 149/03, NJW 2004, 1738 unter II 2 d (zum preisgebundenen Wohnraum).

³⁷⁸ Emmerich/*Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 559b BGB Rz. 8; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 11. Aufl., § 559b BGB Rz. 18.

³⁷⁹ Vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 11. Aufl., § 559b BGB Rz. 18; Blank/*Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 559b BGB Rz. 8; BeckOK-BGB/*Schüller*, Stand 1. Mai 2014, § 559b BGB Rz. 12 f.; jeweils m.w.N.

³⁸⁰ BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, MDR 2015, 199 = GE 2015, 245.

³⁸¹ KG, WuM 2006, 450; LG Kassel, WuM 1992, 444; LG Stralsund, WuM 1996, 229; LG Dresden, WuM 1998, 216 f. [jeweils zu § 3 MHG]; LG Landau (Pfalz), ZMR 2009, 211; LG Berlin, ZMR 2012, 352; Erman/*Dickersbach*, 13. Aufl., § 559b BGB Rz. 7 und 9; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 559b BGB Rz. 6; ju-

Der Wirksamkeit einer Mieterhöhungserklärung steht nicht entgegen, dass der Vermieter sich weitere Mieterhöhungen wegen noch nicht fertiggestellter Modernisierungsmaßnahmen vorbehält³⁸². Zwar kann das Mieterhöhungsverlangen nach § 559b BGB a.F. grundsätzlich erst nach Abschluss der Arbeiten gestellt werden. Wurden aber tatsächlich trennbare Maßnahmen durchgeführt, können mehrere Mieterhöhungserklärungen für die jeweils abgeschlossenen Maßnahmen erfolgen³⁸³. Da der Mieter von bereits abgeschlossenen Baumaßnahmen bereits profitiert, ist es nicht unangemessen, ihn im Rahmen der durch §§ 554, 559, 559b BGB aF eingeräumten Möglichkeiten an den hierfür erforderlichen Kosten zu beteiligen.

12 Betriebskosten

12.1 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 wollen³⁸⁴.

Derartige besondere Umstände können vorliegen, wenn der Vermieter dem Mieter eine Änderung der Nebenkosten jeweils telefonisch oder schriftlich mitteilt³⁸⁵. 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

risPK-BGB/Heilmann, 6. Aufl., § 559b BGB Rz. 5; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 559b BGB Rz. 8.

³⁸² BGH v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, MDR 2015, 199 = GE 2015, 245.

³⁸³ Erman/Dickersbach, 13. Aufl., § 559b BGB Rz. 17; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 11. Aufl., § 559b BGB Rz. 43.

³⁸⁴ 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.

³⁸⁵ BGH v. 9.7.2014 – VIII ZR 36/14, WuM 2014, 550 = GE 2014, 1134 = ZMR 2014, 965 = NZM 2014, 748.

durch Begleichung einer auf der Abrechnung beruhenden Nachforderung oder Zahlung der daraufhin angepassten (erhöhten) Vorauszahlungen akzeptieren kann.

12.2 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 sollen³⁸⁶.

12.3 Umlagepositionen

12.3.1 Verwaltungskosten im Gewerbe

Verwaltungskosten sind im Gewerberaummietvertrag umlagefähig, sofern sie in der Umlagevereinbarung ausdrücklich genannt sind³⁸⁷. 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 der Mieter von Geschäftsraum in der Regel in der Lage ist, die entstehenden Kosten wenigstens im Groben abzuschätzen³⁸⁸.

Wird im Verwaltervertrag als Bezugsgröße für die Vergütung die "Bruttowarmsołlmiete" als Berechnungsgrundlage genannt, sind die vereinbarten Mieten,

³⁸⁶ BGH v. 19.3.2014 – VIII ZR 203/13, MDR 2014, 517 = WuM 2014, 286 = ZMR 2014, 620.

³⁸⁷ BGH v. 24.2.2010 – XII ZR 69/08, MDR 2010, 687 = GE 2010, 482 = NZM 2010, 279 = GuT 2010, 96.

³⁸⁸ BGH v. 9.12.2009 – XII ZR 109/08, NJW 2010, 671 = MDR 2010, 313 = ZMR 2010, 351.

nicht jedoch zusätzlich die erzielbaren Mieten bei leerstehenden Wohnungen heranzuziehen³⁸⁹. 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 jedanfalls 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.

12.3.2 Verwaltungskosten und Gebot der Wirtschaftlichkeit

Gegen die Umlegung überhöhter oder nicht erforderlicher Kosten ist der Mieter durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt. Dieses bezeichnet die auf Treu und Glauben beruhende vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, den Mieter nur mit Nebenkosten zu belasten, die erforderlich und angemessen sind³⁹⁰. Nur solche Kosten darf der Vermieter in Ansatz bringen. Für die Wohnraummiete ist diese Verpflichtung in § 556 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 BGB niedergelegt. Sie gilt gemäß § 242 BGB auch für die Geschäftsräummiete³⁹¹. Auch der Vermieter von Geschäftsräumen darf nach Treu und Glauben nur solche Kosten auf den Mieter umlegen, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügen³⁹². Veranlasst der Vermieter den Anfall überhöhter Kosten, verletzt er die aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot folgende vertragliche Nebenpflicht und ist insoweit zur Freihaltung des Mieters verpflichtet³⁹³.

Den Vermieter trifft dementsprechend die Darlegungs- und Beweislast lediglich dafür, dass die umgelegten Kosten angefallen und von der vertraglichen

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ vgl. BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14.

³⁹¹ BGH v. 17.12.2014 – XII ZR 170/13, GE 2015, 249 = NZM 2015, 132.

³⁹² BGH v. 13.10.2010 - XII ZR 129/09, NJW 2010, 3647 Rz. 17 f. m.w.N.

³⁹³ BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 11; BGH v. 4.5.2011 - XII ZR 112/09, GuT 2011, 48 Rz. 19; BGH v. 3.8.2011 - XII ZR 205/09, NJW 2012, 54 Rz. 14; BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14.

Vereinbarung abgedeckt sind. Demgegenüber folgt aus der Einordnung des Wirtschaftlichkeitsgebots als vertragliche Nebenpflicht, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB auslöst, dass die Darlegungs- und Beweislast insoweit den Mieter trifft³⁹⁴. Grundsätzlich trägt der Vermieter insoweit auch keine sekundäre Darlegungslast, die ihn zur näheren Darlegung der für die Wirtschaftlichkeit erheblichen Tatsachen, etwa eines Preisvergleichs, verpflichten würde³⁹⁵. Die Beurteilung der Angemessenheit von Verwaltungskosten, von denen sich der Mieter durch Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen Kenntnis verschaffen kann, ist dem Mieter ebenso möglich wie dem Vermieter. Für eine sekundäre Darlegungslast des Vermieters fehlt somit die Rechtfertigung.

Die Anforderungen an die dem Mieter obliegende Darlegung der Umstände, die für einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot sprechen, dürfen einerseits nicht überspannt werden³⁹⁶. Insbesondere dürfen die Anforderungen an die Darlegung nicht so weit gehen, dass sie das Gericht von der Richtigkeit der behaupteten Tatsache bereits überzeugen müssen³⁹⁷. Auf der anderen Seite genügt es für die Darlegung einer Nebenpflichtverletzung des Vermieters noch nicht, wenn der Mieter die Angemessenheit und Üblichkeit der Kosten nur bestreitet oder lediglich pauschal behauptet, dass die betreffenden Leistungen zu überhöhten Preisen beschafft worden seien. Vielmehr ist von ihm die Darlegung zu erwarten, dass gleichwertige Leistungen nach den örtlichen Gegebenheiten zu einem deutlich geringeren Preis zu beschaffen gewesen wären³⁹⁸. Nur dann kann dem Vermieter, dem bei der Auswahl seiner Vertragspartner ein Ermessensspielraum zuzugestehen ist, eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden.

Das OLG Rostock³⁹⁹ vermag nicht nachzuvollziehen, ob die von dem Mieter vorgetragene Kosten für die Verwaltung anderer Objekte sich mit den streit-

³⁹⁴ BGH v. 17.12.2014 – XII ZR 170/13, GE 2015, 249 = NZM 2015, 132; BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NJW 2011, 3028 Rz. 16.

³⁹⁵ BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NJW 2011, 3028 Rz. 21.

³⁹⁶ vgl. *Milger*, NZM 2012, 657.

³⁹⁷ BGH v. 17.12.2014 – XII ZR 170/13, GE 2015, 249 = NZM 2015, 132.

³⁹⁸ BGH v. 17.12.2014 – XII ZR 170/13, GE 2015, 249 = NZM 2015, 132.

³⁹⁹ OLG Rostock v. 17.10.2013 – 3 U 158/06, GE 2014, 1060 (1061); bestätigt durch BGH v. 17.12.2014 – XII ZR 170/13, GE 2015, 249 = NZM 2015, 132.

gegenständlichen 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 Verwaltungskosten auf die Mieter übergewälzt worden sind, die über den Verwaltungskostenbegriff 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. Vor-

liegend handelt es sich aber um ein kleineres Objekt, für welches auch in der näheren Umgebung von T. vergleichbare Objekte anzutreffen sind.

12.4 Formelle Fehler der Abrechnung

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

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren 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.⁴⁰⁰

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.⁴⁰¹ Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechen-schritten) 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.

12.4.1 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

⁴⁰⁰ 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.

⁴⁰¹ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

innerhalb von zwölf Monaten seit Erhalt einer Betriebskostenabrechnung mitteilen muss, dass (einzelne) Betriebskosten nicht abzurechnen sind⁴⁰². 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 ist⁴⁰³.

12.4.2 Angabe der Gesamtkosten

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 nachzuprüfen⁴⁰⁴. 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

⁴⁰² 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.

⁴⁰³ BGH v. 18.2.2014 - VIII ZR 83/13, WuM 2014, 336.

⁴⁰⁴ st. Rspr., z.B. BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, WuM 2010, 493 Rz. 11 m.w.N.

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 Kosten⁴⁰⁵.

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 ist⁴⁰⁶.

Ob dieser Kritik Rechnung zu tragen ist, lässt der BGH dahinstehen⁴⁰⁷. Denn 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

⁴⁰⁵ 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.

⁴⁰⁶ vgl. insoweit *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Auflage, H Rz. 140.

⁴⁰⁷ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

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 entfallen⁴⁰⁸. 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 hervor⁴⁰⁹. 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.

12.4.3 Vorberechnung zu Gesamtkosten

Die Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung setzt die Angabe der auf die Mieter der Abrechnungseinheit verteilten Gesamtkosten voraus. Dies heißt aber

⁴⁰⁸ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

⁴⁰⁹ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

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 legen⁴¹⁰. 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 Brennstoffkosten mitgeteilt, der im Abrechnungszeitraum für die abgerechnete Wirtschaftseinheit angefallen ist. Etwaige inhaltliche Fehler bei dem angegebenen 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 Gesamtkosten um nicht umlagefähige Kostenbestandteile, etwa bei den Hauswartkosten⁴¹¹. 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 umlagefähiger Kosten möglicherweise nicht festzuhalten sein wird⁴¹².

12.4.4 Fehlende Angabe von Vorauszahlungen

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß und damit wirksam, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben in eine Betriebskostenabrechnung aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläuterung der zu-

⁴¹⁰ BGH v. 2.4.2014 – VIII ZR 201/13, GE 2014, 659 = IMR 2014, 228 = ZMR 2014, 624.

⁴¹¹ 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.

⁴¹² vgl. BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651 Rz. 15 f.

grunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen⁴¹³.

Dabei hat der BGH mehrfach deutlich gemacht, dass an die Abrechnungen in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Abrechnung haben sich am Zweck der Abrechnung zu orientieren. Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen. Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, in welchen Rechenschritten die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist⁴¹⁴. Etwaige Fehler - zu hoch oder zu niedrig angesetzte Vorauszahlungen, Ansatz der Soll- statt der Ist-Vorauszahlungen - stellen (nur) materielle Fehler der Abrechnung dar, die nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen führen, weil der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres nachprüfen kann, ob der Vermieter die geleisteten Zahlungen korrekt berücksichtigt hat⁴¹⁵.

Das gilt ebenso, wenn der Vermieter überhaupt keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht hat⁴¹⁶. Auch in diesem Fall kann der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres feststellen, ob dies zu Recht nicht geschehen ist. Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung wird dadurch nicht in Frage gestellt. In einem solchen Fall wäre es, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, eine sinnlose Förmelerei, wenn der Vermieter in der Abrechnung Vorauszahlungen des Mieters ausdrücklich mit "Null" zu beziffern hätte.

12.5 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 ergeben⁴¹⁷. Hieran ist trotz einzelner

⁴¹³ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 Rz. 8 m.w.N.

⁴¹⁴ st. Rspr.: BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283 Rz. 21 22 m.w.N.

⁴¹⁵ BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 Rz. 16 m.w.N.

⁴¹⁶ BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278.

⁴¹⁷ 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

abweichender instanzgerichtlicher Entscheidungen und Stimmen im Schrifttum⁴¹⁸ 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 bringen⁴¹⁹, 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 ist⁴²⁰. In einer weiteren Entscheidung hat der BGH⁴²¹ 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 KG⁴²² für möglich, während eines laufenden Rechtsstreits über die Nebenkostenvorschüsse (oder nach dessen Abschluss) unter Berücksichtigung schon eingeklagter (bzw. titulierter) Sollvorauszahlun-

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.

⁴¹⁸ insbesondere *Schmid*, ZMR 2007, 555.

⁴¹⁹ 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.

⁴²⁰ BGH v. 27.11.2002 - VIII ZR 108/02, NZM 2003, 196, Tz. 8.

⁴²¹ BGH v. 22.1.2003 - VIII ZR 244/02, NJW 2003, 1246, Tz. 16.

⁴²² KG v. 16.6.2014 - 8 U 29/14, WuM 2014, 551 = GE 2014, 1137 = ZMR 2014, 973.

gen abzurechnen - auch wenn diese nur einen Teil des Abrechnungszeitraums betreffen und der Mieter die Vorschüsse im Übrigen geleistet hat - und die Klage nur in Höhe eines sich zugunsten des Vermieters ergebenden Saldos zu erweitern bzw. nur in Höhe eines sich zugunsten des Mieters ergebenden Saldos für erledigt zu erklären⁴²³. Diese Möglichkeit erscheint prozessual sinnvoll und auch interessengerecht. Dem durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieter, auf den insoweit abzustellen ist, wird, wenn er schon zuvor auf Zahlung der Vorschüsse verklagt (oder gar verurteilt) worden ist, aus einer solchen Abrechnung ohne Weiteres erkennbar, dass die eingeklagten 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 wird⁴²⁴.

12.6 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels

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

12.6.1 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 (formal) eine Be-

⁴²³ ebenso *Langenberg*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 7. Auflage, Rz. G 81.

⁴²⁴ BGH v. 27.11.2002 - VIII ZR 108/02, NZM 2003, 196, Tz. 9.

schränkung besteht. Denn § 556a Abs. 3 BGB, wonach zum Nachteil des Mieters 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 festzulegen, 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 Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen um eine wirksame andere Regelung des Umlagemaßstabs im Sinne von § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB⁴²⁵. Weder der Wortlaut noch der Gesetzeszweck von § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB stehen einer solchen Vereinbarung entgegen⁴²⁶. Dem 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 bereitstellen⁴²⁷. Sofern die Parteien jedoch dem Vermieter durch eine entsprechende Vereinbarung das Recht vorbehalten, den Abrechnungsmaßstab einseitig

⁴²⁵ BGH v. 5.11.2014 – VIII ZR 257/13, GE 2015, 50 = NZM 2015, 130 = HKA 2014, 43.

⁴²⁶ 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., § 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., Rz. 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.

⁴²⁷ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 51; Staudinger/*Weitemeyer*, § 556a BGB Rn. 2 f.

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 notwendigen 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.

12.6.2 Personenmonate

Der BGH hat bereits mehrfach deutlich gemacht, dass an die Anforderungen in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind⁴²⁸. 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 ist⁴²⁹.

Diesen Anforderungen wird die Abrechnung eines Vermieters nach Personenmonaten gerecht⁴³⁰. Sie ermöglicht es dem Mieter, gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Denn die Abrechnung 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 Wirk-

⁴²⁸ 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.

⁴²⁹ st. Rspr.; BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, NJW 2012, 1502 Rz. 24 m.w.N.

⁴³⁰ BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 97/14, WuM 2014, 722 = GE 2014, 1645 = NZM 2014, 902 ZMR 2015, 110.

samkeit einer Betriebskostenabrechnung zu stellen sind. Der Verteilerschlüssel "Personenmonate" ist weder unverständlich noch intransparent. Schon aus seiner Bezeichnung ergibt sich, wie er sich zusammensetzt⁴³¹. Es ist für den - insofern maßgeblichen durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten⁴³² - 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 bestimmt⁴³³. 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 sind⁴³⁴. 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 überfrachtet⁴³⁵.

⁴³¹ *Lützenkirchen* in *Lützenkirchen*, Mietrecht, § 556 BGB Rz. 526; vgl. auch *J. Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 556 Rz. 48.

⁴³² 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.

⁴³³ vgl. BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, NJW 2010, 3570 Rz. 10.

⁴³⁴ BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, NJW 2010, 3570 Rz. 12.

⁴³⁵ BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, NJW 2010, 3570 Rz. 12.

12.6.3 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 müssen⁴³⁶.

Dies begegnet Bedenken⁴³⁷. Denn wenn vereinbart ist, dass für die Verteilung der Betriebskosten die Anzahl der Bewohner maßgeblich sein soll, kommt es auf die tatsächliche Benutzung an und nicht z.B. auf die melderechtliche Registrierung⁴³⁸. Dann können aber auch bei dem Gesamtverteiler keine fiktiven Personen angesetzt werden. Die Belastung hat der Mieter bis zur Grenze der krasen Unbilligkeit zu tragen.

12.6.4 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 Ordnungsgeber vorgeschriebenen Verteilungsschlüssels wie auch der gesamten Heizkostenverordnung ist es, das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig zu beeinflussen und damit Energieeinspareffekte zu erzielen⁴³⁹.

⁴³⁶ 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).

⁴³⁷ BGH v. 28.1.2013 - VIII ZR 180/12; WuM 2013, 227 = GE 2013, 411.

⁴³⁸ BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 82/07, MDR 2008, 498 = WuM 2008, 151 = GE 2008, 401; *Schmid*, Nebenkosten, Rz. 4145.

⁴³⁹ BR-Drucks. 570/08, S. 7; vgl. auch BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 Rz. 14.

Allerdings wird die Auffassung vertreten⁴⁴⁰, 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 nicht⁴⁴¹. 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 vorgegebenen verbrauchsabhängigen Abrechnung verbleiben. Insbesondere eine befürwortete⁴⁴² 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 ist⁴⁴³. 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

⁴⁴⁰ Betriebskostenkommentar/Wall, 3. Aufl., Rz. 3030 unter Hinweis auf LG Gera, WuM 2007, 511.

⁴⁴¹ BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, GE 2015, 114.

⁴⁴² 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.

⁴⁴³ BGH v. 13.7.1988 - IVa ZR 55/87, BGHZ 105, 140 (143).

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 werden⁴⁴⁴.

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 Wärmehäufigkeit) 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) abzulei-

⁴⁴⁴ BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, GE 2015, 114.

tenden Anspruchsbegrenzung Rechnung getragen werden⁴⁴⁵. Das Prinzip von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung und setzt der (auch gesetzlich zulässigen) Rechtsausübung dort Schranken, wo sie zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit offensichtlich unvereinbaren Ergebnissen führt⁴⁴⁶. 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 hätte⁴⁴⁷.

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 wird⁴⁴⁸. 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.

⁴⁴⁵ BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, GE 2015, 114.

⁴⁴⁶ vgl. BGH v. 16.2.2005 - IV ZR 18/04, NJW-RR 2005, 619 unter II 2 a.

⁴⁴⁷ BGH v. 27.4.1977 - IV ZR 143/76, BGHZ 68, 299 (304).

⁴⁴⁸ BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz. 17.

12.6.5 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 Darlegung⁴⁴⁹. 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 begnügen⁴⁵⁰.

Die Verpflichtung zu einem substantiierten Gegenvortrag setzt voraus, dass ein solches Vorbringen der erklärungsbelasteten Partei möglich und zumutbar ist⁴⁵¹. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die behaupteten Umstände in ihrem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben⁴⁵². 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 sind⁴⁵³. 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 vorzutragen⁴⁵⁴.

Im Schrifttum wird zwar vereinzelt die Auffassung vertreten, dass eine Flächenberechnung der eigenen Räume vom Mieter nicht verlangt werden könne,

⁴⁴⁹ Schmid, ZMR 2009, 335 (336).

⁴⁵⁰ BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 27/07, NJW 2008, 1801 Rz. 29.

⁴⁵¹ BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 41/14, WuM 2014, 744 = GE 2014, 1649.

⁴⁵² 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.

⁴⁵³ Staudinger/Weitemeyer, Neubearbeitung 2014, § 556a BGB Rz. 23

⁴⁵⁴ Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., J Rz. 36.

weil billigerweise nicht zu erwarten sei, dass er über die Anwendung der Berechnungsmethoden Bescheid wisse⁴⁵⁵. 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 kann⁴⁵⁶. 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.

12.7 Einwendungsausschluss in der Gewerberaummieta

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 Lücke⁴⁵⁷.

Die Geltung der Einwendungsfrist kann jedoch vereinbart werden, und zwar auch AGB-mäßig. Die Formulklausel, wonach die Abrechnung als anerkannt

⁴⁵⁵ Schmid, ZMR 2009, 335 (337); zu den Berechnungsmethoden siehe Betriebskosten-Kommentar/*Eisenschmid*, 3. Aufl., Rz. 4008 ff.

⁴⁵⁶ vgl. BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, NZM 2010, 858 Rz. 29.

⁴⁵⁷ 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.

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 wird⁴⁵⁸. Enthält die Klausel den Hinweis auf die Belehrung bei Übersendung nicht, ist sie unwirksam⁴⁵⁹. 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 hat⁴⁶⁰. 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 Formular-klausel 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 steht⁴⁶¹.

Für den Fall, dass der Saldo aus der Betriebskostenabrechnung (Nachforderung oder Guthaben) vorbehaltlos ausgeglichen werden, besteht ebenfalls kein Hindernis zur Korrektur oder Rückforderung⁴⁶². 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.

12.8 Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummieta

Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001⁴⁶³ wurde in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend die Auffassung

⁴⁵⁸ KG v. 8.10.2001 – 8 U 6267/00, NZM 2002, 954; *Wolff/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).

⁴⁵⁹ BGH v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, MDR 2014, 1308 = NZM 2014, 830 = DWW 2014, 373 = IMR 2014, 516.

⁴⁶⁰ KG v. 28.6.2010 – 8 U 167/09, ZMR 2011, 116.

⁴⁶¹ Vgl. im Einzelnen: *Ludley*, NZM 2014, 374 (383).

⁴⁶² BGH v. 10.7.2013 – XII ZR 296/09, GE 2013, 1130.

⁴⁶³ BGBl. I S. 1149.

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 ausschließe⁴⁶⁴. Gleiches sollte gelten, wenn der Vermieter ein sich aus der Abrechnung ergebendes Guthaben vorbehaltlos an den Mieter auskehrte⁴⁶⁵. 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 wurde im Schrifttum kein Bedürfnis mehr für die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses durch den vorbehaltlosen Ausgleich des Betriebskostensaldos 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 eines zugunsten des Mieters errechneten Guthabens durch den Vermieter ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gesehen werden⁴⁶⁶.

Der BGH hat sich für den Bereich der Wohnraummiete dieser Auffassung angeschlossen⁴⁶⁷. 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 Abrechnungssicherheit dienen und Streit vermeiden sollen. Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum

⁴⁶⁴ vgl. Staudinger/Weitemeyer, [2010], § 556 BGB Rz. 133 mit umfangreichen Nachweisen.

⁴⁶⁵ so noch Langenberg, Betriebskostenrecht, 5. Aufl., Rz. G 198

⁴⁶⁶ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 404; Emerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 85; Stornel, 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.; Stornel, 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; Streyll, WuM 2005, 505, 508.

⁴⁶⁷ 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.

entweder über ein sich bei der Abrechnung zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss. Ebenso dienen die auf Anregung 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 absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht. Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend 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 Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht deshalb jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr.

Der XII. Senat⁴⁶⁸ hat sich für den Bereich des Gewerberaummietrechts der Auffassung angeschlossen, dass weder durch die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter noch durch die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande kommt, das einer späteren Korrektur der Betriebskostenabrechnung entgegensteht.

Insoweit kann die Begründung, mit der der BGH für die Wohnraummiete die 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 hat⁴⁶⁹. Die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB findet dagegen bei der Gewerbe-

⁴⁶⁸ 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.

⁴⁶⁹ BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 38.

raummiete keine Anwendung⁴⁷⁰. 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 gilt⁴⁷¹. 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 Schuldanerkenntnis⁴⁷² 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 binden⁴⁷³. 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 wollen⁴⁷⁴.

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

⁴⁷⁰ BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 17 ff.; BGH v. 17.11.2010 - XII ZR 124/09, NJW 2011, 445 Rz. 12.

⁴⁷¹ vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 6.

⁴⁷² vgl. hierzu BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 8.

⁴⁷³ vgl. MünchKomm/Habersack, 5. Aufl., § 781 BGB Rz. 4.

⁴⁷⁴ 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.

Bindungswillen⁴⁷⁵. 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 unstrittig stellen zu wollen. Diese Bewertung steht auch im Einklang mit der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum deklaratorischen Schuldanerkenntnis, wonach aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung einer Rechnung für sich genommen nicht auf die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses geschlossen werden kann⁴⁷⁶. Auch der Mieter, der zunächst vorbehaltlos eine Betriebskostennachforderung begleicht, erbringt damit eine reine Erfüllungshandlung, ohne dass daraus geschlossen werden kann, der Mieter erkenne den Abrechnungssaldo endgültig 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 kann⁴⁷⁷. Würde er mit der Übersendung der Betriebskostenabrechnung und der sofortigen Auszahlung eines Guthabens an den Mieter innerhalb der Abrechnungsfrist ein Angebot auf ein deklaratorisches 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 möglich⁴⁷⁸. 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 Erklärung entgegen, kann diesem Verhalten ebenfalls kein Rechtsbindungswille ent-

⁴⁷⁵ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz 8 m.w.N.

⁴⁷⁶ 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.

⁴⁷⁷ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 397.

⁴⁷⁸ vgl. Flatow, WuM 2010, 606 (608).

nommen 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 ansehen⁴⁷⁹. Die Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Schuldanerkenntnisses würde nämlich auch in diesem Fall dazu führen, dass der Mieter durch die bloße Entgegennahme 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 überschaubaren Zeitraums eine Verbindlichkeit des errechneten Betriebskostensaldos zu erlangen, das nur durch die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses befriedigt werden könne⁴⁸⁰. Dabei wird verkannt, dass das durchaus aner kennenswerte 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 Vertragsschluss 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 dafür gesehen hat, durch die Schaffung von kurzen Fristen für die Erstellung der Betriebskostenabrechnung 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.

⁴⁷⁹ vgl. *Flatow*, WuM 2010, 606 (608).

⁴⁸⁰ ähnlich auch *Fritz*, NJW 2012, 980 (981); *Beyerle* in Lindner-Figura/Oprea/Stellmann, Geschäftsraummiете, 3. Aufl., Kap. 11 Rn. 233.

Deshalb kann sich eine andere Beurteilung auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben⁴⁸¹. Nur aufgrund des Umstandes, dass der Mieter die Erstattung eines zu seinen 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 erfolgt, nur eine Zahlung entgegen und bleibt im Übrigen schlicht untätig. Aus diesem Verhalten des Mieters kann bereits deshalb nicht abgeleitet werden, er erkenne den errechneten 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 Vermieter 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 Geltendmachung weiterer Betriebskosten zu verzichten. Im Übrigen bleibt es den Parteien eines gewerblichen Mietvertrages unbenommen, den Zeitpunkt der Verbindlichkeit der Betriebskostenabrechnung vertraglich zu regeln. § 556 Abs. 4 BGB, der für Mietverträge über Wohnraum entsprechende vertragliche Regelungen zum Nachteil des Mieters verbietet, findet bei der Gewerberaummieta keine Anwendung. Dies schließt allerdings nicht aus, dass die Mietvertragsparteien im Einzelfall hinsichtlich des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgeben und damit den Saldo für beide Seiten als verbindlich ansehen wollen. Hierzu bedarf es jedoch weiterer Umstände, aus denen auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen der Mietvertragsparteien geschlossen werden kann. Die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldverhältnisses kann danach in Betracht kommen, wenn die Parteien zunächst über einzelne Positionen der Betriebskostenabrechnung gestritten haben und dann der Saldo von einer der beiden Vertragsparteien ausgeglichen wurde oder wenn die Parteien eine Ratenzahlungs- bzw. Stundungsvereinbarung getroffen haben⁴⁸².

⁴⁸¹ so aber *Beyerle* in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl., Kap. 11 Rz. 233.

⁴⁸² vgl. auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 406.

12.9 Angabe von Schätzwerten bei Heizkosten

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 nachzuprüfen⁴⁸³.

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 ersichtlich⁴⁸⁴. 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.

⁴⁸³ 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.

⁴⁸⁴ BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, GE 2015, 49 = NZM 2015, 129 = ZMR 2015, 111 = HKA 2014, 42.

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 Beurteilung⁴⁸⁵.

Entgegen einer vor allem in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Auffassung⁴⁸⁶, sind an die 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.

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 überfrachtet⁴⁸⁷. 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.

⁴⁸⁵ BGH v. 12.11.2014 – VIII ZR 112/14, GE 2015, 49 = NZM 2015, 129 = HKA 2014, 42.

⁴⁸⁶ 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; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 523; Staudinger/Weitemeyer, Neubearb. 2014, Anhang B zu § 556c BGB - HeizkostenV Rz. 9.

⁴⁸⁷ 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

13 Heizkosten

13.1 Zulässigkeit der Verweisung in § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV kann der Wärmeverbrauch der Nutzer in Gebäuden, in denen die freiliegenden Leitungen der Wärmeverteilung überwiegend ungedämmt sind und deswegen ein wesentlicher Anteil des Wärmeverbrauchs nicht erfasst wird, nach anerkannten Regeln der Technik bestimmt werden. Nach § 7 Abs. 1 Satz 4 HeizkostenV wird der so bestimmte Verbrauch der einzelnen Nutzer als erfasster Wärmeverbrauch nach Satz 1 der Vorschrift berücksichtigt.

Die aufgrund der Verordnung zur Änderung der Verordnung über Heizkostenabrechnung vom 2. Dezember 2008⁴⁸⁸ am 1. Januar 2009 in Kraft getretene Regelung beruht darauf, dass von ungedämmten Rohrleitungen abgegebene Wärmemengen durch das Verbrauchsverhalten der Nutzer nicht beeinflusst werden können und nicht oder nur unzureichend von Ablesegeräten erfasst werden. Ein Teil der Mieter, nämlich diejenigen, die ihren Wärmebedarf vor allem über Heizkörper abdecken oder - etwa aufgrund einer ungünstigen Lage ihrer Wohnung - abdecken müssen, muss daher nahezu den gesamten Wärmeverbrauch begleichen, weil die Heizkostenverteiler die Rohrwärme nicht erfassen⁴⁸⁹. § 7 Abs. 1 Satz 3, 4 HeizkostenV eröffnet für diese Fälle die Möglichkeit, unbillige Kostenverschiebungen nach anerkannten Regeln der Technik auszugleichen oder jedenfalls zu reduzieren⁴⁹⁰.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV sind gegeben, wenn die Versorgungsleitungen in den Wohnungen des Hauses ungedämmt sind und ein "wesentlicher" Anteil des Wärmeverbrauchs durch die an den Heizkörpern angebrachten Messgeräte nicht erfasst wird. Der Begriff des "wesentlichen Anteils" wird dahingehend konkretisiert, dass durch freiliegende und ungedämmte Leitungen zumindest 20% des Wärmeverbrauchs nicht durch Ablesung verursachergerecht erfasst werden kann⁴⁹¹. Im konkreten Fall war

⁴⁸⁸ BGBl. I S. 2375.

⁴⁸⁹ vgl. *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., Rz. K 174 ff.

⁴⁹⁰ Begründung der Bundesregierung zur Änderung der Heizkostenverordnung vom 8. August 2008, BR-Drucks. 570/08, S. 14

⁴⁹¹ Beschluss des Bundesrates vom 19. September 2008, BR-Drucks. 570/08 [B], Anlage S. 2.

unstreitig, dass der Anteil der erfassten Verbrauchswärme bei lediglich 6% liegt⁴⁹²; das bedeutet, dass über elektronische Heizkostenverteiler nur 6% der Verbrauchswärme erfasst werden.

Als Rechtsfolge ermöglicht es § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV dem Vermieter, den Wärmeverbrauch der Nutzer nach anerkannten Regeln der Technik zu bestimmen. Nach allgemeiner Ansicht enthält das Beiblatt "Verfahren zur Berücksichtigung der Rohrwärmeabgabe" der VDI-Richtlinie 2077 anerkannte Regeln der Technik im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV⁴⁹³. Bereits die amtliche Begründung weist auf das vorgenannte Beiblatt zur Richtlinie VDI 2077 hin; dieses stelle unterschiedliche Verfahren - unter anderem das hier gewählte Bilanzverfahren - zur Verfügung, wobei die Auswahl des Verfahrens im Einzelfall unter Berücksichtigung der im Gebäude vorhandenen Erfassungsgeräte zu erfolgen hat, um zusätzliche Kosten zu vermeiden⁴⁹⁴.

Solange die technischen Kenngrößen der VDI-Richtlinie 2077 - der dort bestimmte Verbrauchswärmeanteil, der Anteil der Niedrigverbraucher im Gebäude sowie die Standardabweichung der Verbrauchsfaktoren - vorliegen, kann es dahinstehen, ob die Anwendbarkeit der VDI-Richtlinie 2077 nur vom Verbrauchswärmeanteil oder zusätzlich von den beiden anderen Kriterien abhängt⁴⁹⁵.

§ 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV ist auch mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der dynamischen Verweisung auf Regelwerke nicht demokratisch legitimierter Normgeber vereinbar⁴⁹⁶.

Gemäß § 5 Abs. 3 EnEG "kann" wegen technischer Anforderungen auf Bekanntmachungen sachverständiger Stellen unter Angabe der Fundstelle ver-

⁴⁹² Vgl. BGH v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266.

⁴⁹³ LG Dresden, WuM 2013, 671, 673; LG Karlsruhe v. 20.2.2014 - 9 S 248/13, juris Rn. 21; *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., Rz. K 176; *Wall* in *Eisenschmid/Wall*, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 3022b; *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rz. 6111; *Pfeifer* in *Kreuzberg/Wien*, Handbuch der Heizkostenabrechnung, 8. Aufl., S. 62 f.; *Mügge* in *Kreuzberg/Wien*, Handbuch der Heizkostenabrechnung, 8. Aufl., S. 254; *Schmidt-Futterer/ Lammel*, Mietrecht, 11. Aufl., § 7 HeizkostenV Rz. 12; *Wasser*, HKA 2010, 25 ff.

⁴⁹⁴ BR-Drucks. 570/08, S. 14.

⁴⁹⁵ vgl. LG Dresden, WuM 2013, 671, 673; *Peruzzo*, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 7. Aufl., Rz. 194b; jeweils m.w.N.

⁴⁹⁶ BGH v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266.

wiesen werden. Im Gesetzgebungsverfahren der 1980 in das Energieeinsparungsgesetz eingefügten Vorschrift wurde es als notwendig erachtet, auf technische Normen verweisen zu können⁴⁹⁷. Es handelt sich um eine gesetzliche Ermessensvorschrift, die die Möglichkeit des Ordnungsgebers, die Bestimmung des Wärmeverbrauchs - ohne Verweis auf eine bestimmte Fassung eines technischen Regelwerks - an anerkannte Regeln der Technik zu knüpfen, nicht ausschließt.

Der Verweis auf anerkannte Regeln der Technik begegnet unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit⁴⁹⁸ keinen Bedenken⁴⁹⁹. Das BVerfG hat eine solche Regelungstechnik gebilligt und auf deren Vorzug hingewiesen, dass Schwierigkeiten der verbindlichen Konkretisierung und der Anpassung an die wissenschaftliche und technische Entwicklung auf die Ebene des Verwaltungsadressaten und - soweit es zu Rechtsstreitigkeiten kommt - auf die judikative Ebene verlagert werden⁵⁰⁰. Daraus folgt, dass es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist, wenn anerkannte Regeln der Technik erst nach Inkrafttreten des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV entstanden oder veröffentlicht worden sind.

Zwar müssen Verweisungsnormen hinreichend klar erkennen lassen, welche Regelungen im Einzelnen gelten sollen⁵⁰¹. Ebenso ist eine dynamische Verweisung auf eine Bekanntmachung sachverständiger Stellen verfassungsrechtlich bedenklich, weil Gesetz- und Ordnungsgeber ihre Normsetzungsbefugnis nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen dürfen⁵⁰². Eine solche Fallgestaltung liegt hier ersichtlich nicht vor, denn durch den Maßstab anerkannter Regeln der Technik wird kein bestimmtes Regelwerk für verbindlich erklärt⁵⁰³. Vielmehr wird in verfassungskonformer Weise eine Generalklau-

⁴⁹⁷ Beschlussempfehlung und Ausschussbericht, BT-Drucks. 8/3924, S. 7.

⁴⁹⁸ entgegen *Lammel*, Heizkostenverordnung, 4. Aufl., § 7 Rz. 47 ff.; siehe auch Schmidt-Futterer/ *Lammel*, Mietrecht, 7. Aufl., § 7 HeizkostenV Rz. 13.

⁴⁹⁹ BGH v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266.

⁵⁰⁰ BVerfGE 49, 89, 135 f.

⁵⁰¹ BVerfGE 47, 285, 311.

⁵⁰² BVerfGE 64, 208, 214 ff. m.w.N.

⁵⁰³ BGH v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266.

sel verwendet, bei der die Gerichte die herrschende Auffassung unter den technischen Praktikern zu ermitteln haben⁵⁰⁴.

Der weiteren Auffassung von *Lammel*⁵⁰⁵, wonach § 7 Abs. 1 Satz 4 HeizkostenV mit § 3a Satz 1 Nr. 2 EnEG nicht vereinbar sei, kann nicht gefolgt werden⁵⁰⁶. Danach wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates vorzuschreiben, dass die Betriebskosten so auf die Benutzer von heizungstechnischen gemeinschaftlichen Anlagen zu verteilen sind, dass dem "Energieverbrauch" der Benutzer Rechnung getragen wird. Soweit § 7 Abs. 1 Satz 4 HeizkostenV bestimmt, dass der nach Satz 3 bestimmte Verbrauch als "erfasster Wärmeverbrauch" nach Satz 1 zu berücksichtigen ist, handelt es sich ebenfalls um "Energieverbrauch" im Sinne von § 3a Satz 1 Nr. 2 EnEG. Zwar kann die Rohrwärmeabgabe durch das Verbrauchsverhalten der Nutzer nicht beeinflusst werden⁵⁰⁷. Dennoch wird auch durch Rohrwärmeabgabe Energie verbraucht. Eine Beschränkung des § 3a Satz 1 Nr. 2 EnEG auf willentlich steuerbaren Verbrauch ist weder dem Wortlaut der Vorschrift noch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen⁵⁰⁸. Der Gesetzgeber hat im Gegenteil berücksichtigt, dass bei den Gegebenheiten des Heizungsbetriebs ein Teil der anfallenden Kosten unabhängig von der individuellen Nutzung entsteht⁵⁰⁹.

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch entfällt auch nicht deshalb, weil die Klägerin die Bestimmung des Rohrwärmeverbrauchs anhand der VDI-Richtlinie 2077 nicht vor Beginn des Abrechnungszeitraumes angekündigt hat⁵¹⁰.

Gemäß § 6 Abs. 4 Satz 3 HeizkostenV ist eine Änderung der in Satz 1 genannten Abrechnungsmaßstäbe nur mit Wirkung zum Beginn eines Abrechnungszeitraumes zulässig. Eine Änderung der Abrechnungsmaßstäbe liegt nicht vor. Die Bestimmung des Wärmeverbrauchs nach anerkannten Regeln der Technik ge-

⁵⁰⁴ vgl. BVerfGE 49, 89, 135 f.

⁵⁰⁵ *Lammel*, Heizkostenverordnung, 4. Aufl., § 7 Rz. 52; siehe auch Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 7. Aufl., § 7 HeizkostenV Rz. 13.

⁵⁰⁶ BGH v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266.

⁵⁰⁷ vgl. BR-Drucks. 570/08, S. 14.

⁵⁰⁸ zutreffend: LG Berlin, WuM 2013, 227, 228.

⁵⁰⁹ so der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf des Ersten Gesetzes zur Änderung des Energieeinsparungsgesetzes vom 12. November 1979, BT-Drucks. 8/3348, S. 5.

⁵¹⁰ BGH v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266.

mäß § 7 Abs. 1 Satz 3, 4 HeizkostenV durch den Vermieter unterliegt entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht⁵¹¹ nicht der Ankündigungspflicht, denn sie betrifft nicht die Verteilung der Heizkosten anhand eines bestimmten Abrechnungsmaßstabes, sondern die davon zu unterscheidende Ermittlung des Verbrauchs⁵¹².

Durch die Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung soll zwar das Nutzerverhalten bei der Raumheizung sowie beim Warmwasserverbrauch mit dem Ziel der Energieeinsparung beeinflusst werden⁵¹³. Dies bietet jedoch keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass eine Wärmeerfassung nach der VDI-Richtlinie 2077 vor dem Abrechnungszeitraum anzukündigen wäre, weil der betreffende Mieter andernfalls sein Verbrauchsverhalten nicht ändern könne. Denn § 6 Abs. 4 Satz 1, 2 HeizkostenV sieht das Ankündigungserfordernis zwar etwa für eine Änderung des Verteilerschlüssels im Sinne von § 7 Absatz 1 Satz 1 HeizkostenV vor⁵¹⁴, nicht aber für die Verbrauchserfassung nach anerkannten Regeln der Technik bei Gebäuden mit erhöhter Rohrwärmeabgabe gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3, 4 HeizkostenV. Mit der Verordnung zur Änderung der Verordnung über Heizkostenabrechnung vom 2. Dezember 2008⁵¹⁵ hat der Verordnungsgeber § 6 Abs. 4 HeizkostenV ausdrücklich dahingehend eingeschränkt.

Dies wird auch dem Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 Satz 3, 4 HeizkostenV gerecht. Die Regelung dient dazu, unbillige Kostenverschiebungen unter den Nutzern auszugleichen bzw. zu reduzieren⁵¹⁶. Das Vertrauen eines Mieters auf den Fortbestand unbilliger Kostenverschiebungen, die einzelne Mitmieter übervorteilen, andere hingegen ohne sachlichen Grund benachteiligen, ist jedoch nicht schützenswert.

⁵¹¹ Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 11. Aufl., § 6 HeizkostenV Rz. 51; Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 7 HeizkV Rz. 38

⁵¹² vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rz. 6113

⁵¹³ BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 Rz. 14, unter Hinweis auf die Entwurfsbegründung, BR-Drucks. 632/80, S. 13, 15 f.

⁵¹⁴ vgl. BGH v. 21.1.2004 - VIII ZR 137/03, NZM 2004, 254 unter II 2.

⁵¹⁵ BGBl. I S. 2375.

⁵¹⁶ vgl. BR-Drucks. 570/08, S. 14.

13.2 Formelle Anforderungen bei Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die formelle Wirksamkeit einer Heizkostenabrechnung anzunehmen, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: die Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters sowie der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen. 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 nachzuprüfen⁵¹⁷.

Vor diesem Hintergrund berührt es die formelle Ordnungsgemäßheit der Abrechnung nicht, dass der Vermieter im Rahmen der Heizkostenabrechnung zwar auf die Anwendung der VDI-Richtlinie 2077, welche mathematisch-technische Methoden zur Heizkostenermittlung und -verteilung beschreibt, hingewiesen hat, jedoch deren technische Anwendungsvoraussetzungen nicht (vollständig) mitgeteilt hat⁵¹⁸. Es steht der formellen Ordnungsgemäßheit nicht entgegen, wenn der Vermieter den Anteil der Niedrigverbraucher sowie die Standardabweichung nicht wiedergibt⁵¹⁹. Der Vermieter muss nicht bereits auf dieser Ebene darlegen und erläutern, auf welche Weise er die als Verbrauchswerte der Wohnung anzusetzenden Werte im Einzelnen ermittelt hat. Es bedarf insoweit keiner weiteren Angaben, anhand derer der Mieter die materielle Richtigkeit der für seine Wohnung angesetzten Werte im Einzelnen nachvollziehen kann, denn damit würde die Abrechnung überfrachtet⁵²⁰.

⁵¹⁷ st. Rspr.; z.B. BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, NZM 2015, 129 Rz. 11; BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 97/14, NJW 2015, 51 Rz. 12 f.; 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.; jeweils m.w.N.

⁵¹⁸ BGH v. 6.5.2015 - VIII ZR 193/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266.

⁵¹⁹ A.A. Wall in Eisenschmid/Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 3024b

⁵²⁰ BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, NZM 2015, 129 Rz. 18; BGH v. 26.10.2011 - VIII ZR 268/10, NJW 2012, 603 Rz. 13; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 14; BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NJW 2005, 3135 unter II 2 c; jeweils m.w.N.

Ebenso wenig wie der Vermieter dem Mieter die Vorschriften der Heizkostenverordnung mitteilen oder erläutern muss⁵²¹, muss er ihm den Text der VDI-Richtlinie 2077 aushändigen oder ihm deren Inhalt in anderer Weise zur Kenntnis bringen. Die VDI-Richtlinie 2077 ist mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B, die allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen enthält und gegenüber einem weder im Baugewerbe tätigen noch sonst im Baubereich bewanderten Vertragspartner nicht durch bloßen Hinweis auf ihre Geltung in den Vertrag einbezogen werden kann⁵²², schon deshalb nicht vergleichbar, weil die VDI-Richtlinie 2077 - anders als die VOB/B - nicht kraft Parteivereinbarung Geltung erlangt. Ihre Maßstäbe finden vielmehr gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV als anerkannte Regeln der Technik Anwendung.

Der Vermieter ist berechtigt, den Wärmeverbrauch nach Maßgabe der VDI-Richtlinie 2077 zu bestimmen. Dies folgt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aus § 7 Abs. 1 Satz 3, 4 HeizkostenV.

14 Beendigung des Mietvertrages

14.1 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 Enthaltungserklärung 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

⁵²¹ BGH v. 26.10.2011 - VIII ZR 268/10, NJW 2012, 603.

⁵²² BGH v. 9.11.1989 - VII ZR 16/89, BGHZ 109, 192, 196 f.; BGH v. 9.10.2008 - VII ZR 80/07, NJW 2009, 354 Rz. 14; jeweils m.w.N.

dem Wirksamwerden der Enthftungserklrung entfallen sollten⁵²³. Nach dieser Auffassung kann der Vermieter nur durch eine gegenber dem Treuhnder abgegebene Erklrung wirksam kndigen.

Nach der Gegenauffassung kann der Vermieter nach dem Wirksamwerden der Erklrung gemf § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gegenber dem Mieter selbst kndigen⁵²⁴. Die Enthftungserklrung des Treuhnders bewirke, dass das Mietverhltnis "freigegeben" werde und vollstndig der alleinigen Verwaltungs- und Verfgungsbefugnis des Mieters unterliege⁵²⁵.

Der BGH⁵²⁶ entscheidet die von ihm bisher offen gelassene Frage⁵²⁷ nunmehr im letztgenannten Sinn. Zwar geht die Erklrung des Treuhnders nach dem Wortlaut des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO lediglich dahin, dass die Masse fr künftige Verbindlichkeiten aus dem Mietverhltnis nicht mehr hafte. Daraus, dass die Erklrung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO an die Stelle der Kndigung tritt, ergibt sich indes, dass die Zustndigkeit des Verwalters fr die weitere Vertragsdurchfhrung ab diesem Zeitpunkt wieder dem Mieter zufllt, dieser also die Verfgungs- und Verwaltungsbefugnis zurckerhlt. Fr eine derartige Wirkung der Erklrung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO spricht auerdem die Gesetzesbegrndung. Danach dient die Regelung dem Schutz des Wohnraummieters, der seine Wohnung nicht verlieren soll, wenn der Treuhnder das Mietverhltnis nicht fortsetzen will; das Mietverhltnis soll vielmehr nach Ablauf der Kndigungsfrist mit dem Mieter fortgesetzt werden⁵²⁸. Eine Fortdauer der Verwaltungs- und Verfgungsbefugnis des Verwalters ber den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklrung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO hinaus wre im bbrigen fr die Parteien des Mietvertrages umstndlich und wenig praktikabel und fr den Treuhnder mit einem Verwaltungsaufwand verbunden, der sich fr die Masse nachteilig auswirken knnte. Denn smtliche Erklrungen des Vermieters (Abmahnung, Kndigung, Mieterhhung, Betriebskostenabrech-

⁵²³ Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 109 Rz. 22 ff; Eckert, NZM 2006, 803, 806; Cymutta, WuM 2008, 441, 443; Flatow, NZM 2011, 607, 610.

⁵²⁴ Kbler/Prtting/Tintelnot, InsO, § 109 Rz. 21; Pape, NZM 2004, 401, 410 f.; Marotzke in Heidelberger Kommentar, InsO, 7. Aufl., § 109 Rz. 16.

⁵²⁵ vgl. auch MnchKommInsO/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.

⁵²⁶ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, MDR 2014, 643 = WuM 2014, 333 = NZM 2014, 429.

⁵²⁷ vgl. BGH v. 9.5.2012 – VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 32.

⁵²⁸ vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

nung) 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 können⁵²⁹. Die Frage, ob mit einem Übergang der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis auch ein (bedingter) Kautionsrückzahlungsanspruch auf den Mieter zurückfällt⁵³⁰, 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 Enthäftungserklärung⁵³¹.

14.2 Kündigung gegenüber einem von zwei Erben

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 richtet⁵³².

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.

⁵²⁹ vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

⁵³⁰ 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.

⁵³¹ BGH v. 22.5.2014 – IX ZR 136/13, GE 2014, 932 = ZMR 2014, 971.

⁵³² BGH v. 10.12.2014 – VIII ZR 25/14, WuM 2015, 85 = GE 2015, 113.

Der Erklärungsempfänger ist verpflichtet, unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände zu prüfen, was der Erklärende gemeint hat⁵³³. Entscheidend ist dabei der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert des Verhaltens des Erklärenden⁵³⁴. 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.

Es kann dahinstehen, ob die formularmäßige Vollmachtsklausel des Mietvertrags, die - anders als die in dem Rechtsentscheid des Senats vom 10. September 1997⁵³⁵ 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.

⁵³³ st. Rspr.; BGH v. 21.5.2008 - IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702 Rz. 30.

⁵³⁴ BGH v. 5.10.1961 - VII ZR 207/60, BGHZ 36, 30 (33); Palandt/Ellenberger, 74. Aufl., § 133 BGB Rz. 9.

⁵³⁵ BGH v. 10.9.1997 - VIII ARZ 1/97, BGHZ 136, 314.

14.3 Ordentliche Kündigung

14.3.1 Eigenbedarf bei Mischmietverhältnis

Gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB hat der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Beendigung eines Mietverhältnisses, wenn er die Räume als Wohnung für sich oder einen Angehörigen benötigt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Wunsch des Vermieters, die Wohnung einem Angehörigen zur Verfügung zu stellen, auf vernünftigen, nachvollziehbaren Gründen beruht⁵³⁶.

Diese Voraussetzung erfüllt der Wunsch des Vermieters, die vom Mieter bewohnten Räume seiner bisher noch im Haus der Eltern untergebrachten Tochter und deren Kind zwecks Begründung eines eigenen Hausstandes zur Verfügung zu stellen⁵³⁷. Insoweit ist es unerheblich, dass die Tochter des Vermieters lediglich die Wohnräume nutzen will und keinen Bedarf an einer Nutzung der übrigen, vom Mieter für ihr Ladengeschäft benutzten Räume hat. Denn bei einem Mischmietverhältnis braucht sich, der Eigenbedarf nur auf die Wohnräume zu beziehen.

Zwar ist auch ein solches Mietverhältnis nur in seiner Gesamtheit nach den Kündigungsvorschriften für Wohnraum kündbar⁵³⁸. Das besagt aber nicht, dass ein nach § 573 Abs. 1 BGB für die Kündigung erforderliches berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses, insbesondere ein Eigenbedarf im Sinne von Absatz 2, sich auch auf die gewerblich genutzten Räumlichkeiten beziehen muss. Denn der mit dieser Vorschrift auf den Mieter von Wohnraum zugeschnittene Schutz schließt eine in das Mietverhältnis mit aufgenommene gewerbliche Nutzung der Mietsache nicht ein. Bei gewerblich oder geschäftlich genutzten Räumen hängt die Befugnis des Vermieters zur ordentlichen Kündigung gerade nicht vom Vorliegen eines berechtigten Interesses (§ 573 Abs. 1 BGB) ab. Die gegenteilige Auffassung, würde dazu führen, dass der Vermieter zwar berechtigterweise Eigenbedarf an den zu Wohnzwe-

⁵³⁶ BGH v. 20.1.1988 - VIII ARZ 4/87, BGHZ 103, 91, 100; BGH v. 4.3.2015 - VIII ZR 166/14, ZMR 2015, 923 = NJW 2015, 1590 Rz. 14 f.

⁵³⁷ BGH v. 1.7.2015 - VIII ZR 14/15, MDR 2015, 936 = WuM 2015, 553.

⁵³⁸ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, NJW 2012, 224 Rz. 11.

cken vermieteten Räumlichkeiten geltend machen könnte, damit aber gleichwohl regelmäßig scheitern müsste, weil er oder der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB genannte Personenkreis für sich keine Möglichkeiten zu einer (sinnvollen) gewerblichen Nachnutzung sieht und damit keinen entsprechenden gewerblichen Nutzungsbedarf geltend machen kann. Es besteht kein Anlass, das für Wohnraum zu Gunsten des Mieters eingerichtete hohe Schutzniveau wertungswidrig auf die nicht vergleichbar schutzwürdigen Teile des Mietverhältnisses in gewerblicher Nutzung zu erstrecken und damit für Mischmietverhältnisse eine Eigenbedarfskündigung im praktischen Ergebnis weitgehend auszuschließen.

14.3.2 Ernsthaftigkeit des Eigenbedarfs

Für eine Kündigung wegen Eigenbedarfs gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB reicht ein noch unbestimmtes Interesse einer möglichen späteren Nutzung (sog. Vorratskündigung) nicht aus; vielmehr muss sich der Nutzungswunsch so weit "verdichtet" haben, dass ein konkretes Interesse an einer alsbaldigen Eigennutzung besteht⁵³⁹.

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Vermieter bei seiner persönlichen Anhörung seinen Umzugswunsch nur "zaghafte" vorbringt und auch nicht angeben kann, dass er sich überhaupt Gedanken darüber gemacht habe, warum er von mehreren Dreizimmerwohnungen in dem Anwesen die Wohnung des Mieters als seine künftige Wohnung gewählt habe⁵⁴⁰. Dies hat das Amtsgericht - in lebensnaher Würdigung - dazu veranlasst, an der Ernsthaftigkeit des Nutzungswunsches der Klägerin zu zweifeln. Denn die Annahme, dass sich ein Vermieter, der Eigentümer eines Hauses mit 15 Wohnungen ist und bisher in einem Einfamilienhaus wohnt, sich vor einem Umzug im Seniorenalter nicht im Einzelnen überlegt, welche Anforderungen er an den neuen Lebensmittelpunkt stellt und welche der ihm gehörenden Wohnungen nach Größe, Lage und Zuschnitt für seine eigenen Zwecke am besten geeignet ist, ist lebensfremd.

14.3.3 Weit überhöhter Eigenbedarf

Bei der Auslegung und Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB haben die Gerichte die in § 573 Abs. 2 Nr. 2, §§ 574 ff. BGB zum Ausdruck kommende Inte-

⁵³⁹ BGH v. 23.9.2015 – VIII ZR 297/14, WuM 2015, 677 = GE 2015,1393.

⁵⁴⁰ BGH v. 23.9.2015 – VIII ZR 297/14, WuM 2015, 677 = GE 2015,1393.

ressenabwägung des Gesetzgebers zwischen dem Erlangungsinteresse des Vermieters und dem Bestandsinteresse des Mieters in einer Weise nachzuvollziehen, die dem beiderseitigen Eigentumsschutz Rechnung trägt und die beiderseitigen Belange in einen verhältnismäßigen Ausgleich bringt⁵⁴¹. Der Vermieter wird durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG in seiner Freiheit geschützt, die Wohnung bei Eigenbedarf selbst zu nutzen oder durch privilegierte Angehörige nutzen zu lassen⁵⁴². Dabei haben die Fachgerichte den Entschluss des Vermieters, die vermietete Wohnung nunmehr selbst zu nutzen oder durch den - eng gezogenen - Kreis privilegierter Dritter nutzen zu lassen, grundsätzlich zu achten und ihrer Rechtsfindung zugrunde zu legen⁵⁴³. Ebenso haben sie grundsätzlich zu respektieren, welchen Wohnbedarf der Vermieter für sich oder seine Angehörigen als angemessen ansieht⁵⁴⁴. Die Gerichte sind daher nicht berechtigt, ihre Vorstellungen von angemessenem Wohnen verbindlich an die Stelle der Lebensplanung des Vermieters (oder seiner Angehörigen) zu setzen⁵⁴⁵.

Dem Erlangungswunsch des Vermieters sind allerdings zur Wahrung berechtigter Belange des Mieters Grenzen gesetzt⁵⁴⁶. Die Gerichte dürfen den Eigenutzungswunsch des Vermieters daraufhin nachprüfen, ob dieser Wunsch ernsthaft verfolgt wird, ob er von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen ist⁵⁴⁷ oder ob er missbräuchlich ist, etwa weil der geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht ist, die Wohnung die Nutzungswünsche des Vermieters überhaupt nicht erfüllen kann oder der Wohnbedarf in einer anderen (frei gewordenen) Wohnung des Vermieters ohne wesentliche Abstriche befriedigt werden kann⁵⁴⁸. Ferner wird der Mieter über die sogenannte Sozial-

⁵⁴¹ BVerfGE 89, 1 (8 ff); BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098).

⁵⁴² BVerfGE 89, 1 (9).

⁵⁴³ BVerfGE 68, 361 (373 f.); 79, 292 (304 f); BVerfG, NJW 1991, 158; BVerfG, NJW 1994, 309 (310); BVerfG, NJW 1995, 1480 (1481).

⁵⁴⁴ BVerfGE 68, 361, (373 f); BVerfGE 79, 292 (304 f.); BVerfGE 89, 1 (9); BVerfG, NJW 1993, 1637; BVerfG, NJW-RR 1994, 333; BVerfG, NJW 1994, 995; BVerfG, NJW 1995, 1480; BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG, WuM 2002, 21.

⁵⁴⁵ BVerfGE 79, 292 (305 f); BVerfGE 89, 1 (9); BVerfG, NJW-RR 1994, 333 f.; BVerfG, NJW 1994, 995; BVerfG, NJW 1994, 2605; BVerfG, NJW 1995, 1480; BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098).

⁵⁴⁶ BGH v. 4.3.2015 – VIII ZR 166/14, ZMR 2015, 923 = WuM 2015, 304.

⁵⁴⁷ BGH [Rechtsentscheid] vom 20. Januar 1988 - VIII ARZ 4/87, BGHZ 103, 91, 100; BVerfG, WuM 2002, 21 f. mwN

⁵⁴⁸ BVerfG v. 11.11.1993 - 1 BvR 696/93, NJW 1994, 309, 310; BVerfG v. 19.03.1993 - 1 BvR 1714/92, NJW 1993, 1637 (1638); BVerfG v. 31.01.1994 - 1 BvR 1465/93, NJW 1994, 994; BVerfG v. 20.02.1995 - 1 BvR 665/94, NJW 1995, 1480 (1481).

klausel des § 574 BGB geschützt⁵⁴⁹, indem er Härtegründe anbringen kann. Dabei hat der Mieter im Hinblick darauf, dass das vom Vermieter abgeleitete Besitzrecht des Mieters ebenfalls durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist, Anspruch darauf, dass die Gerichte seinen gegen den Eigennutzungswunsch und den geltend gemachten Wohnbedarf vorgebrachten Einwänden in einer Weise nachgehen, die der Bedeutung und Tragweite seines Bestandsinteresses gerecht wird⁵⁵⁰.

Bei der Prüfung, ob mit dem Erlangungswunsch ein weit überhöhter und damit rechtsmissbräuchlicher Wohnbedarf geltend gemacht wird⁵⁵¹, haben die Gerichte, die die Entscheidung des Vermieters über den für sich und seine Angehörigen angemessenen Wohnbedarf grundsätzlich zu achten haben, ihre Wertung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen anhand objektiver Kriterien unter konkreter Würdigung der Einzelfallumstände zu treffen⁵⁵². Pauschale oder formelhafte Wendungen, wie etwa Wohnungen einer bestimmten Größenordnung seien generell für eine bestimmte Personenzahl "ausreichend", erfüllen diese Anforderungen nicht⁵⁵³.

Diesen Vorgaben wird nicht entsprochen, wenn zum einen die Nutzung einer Wohnung mit einer Fläche von 100 qm oder mehr durch eine alleinstehende Person ohne erhebliche Einkünfte als regelmäßig unangemessen angesehen wird, sofern keine besonderen Gründe eine solche Nutzung rechtfertigen, oder zum anderen dadurch in unzulässiger Weise in die aus dem Eigentumsrecht abzuleitende Entscheidungsfreiheit des Vermieters eingegriffen wird, dass der vom ihm akzeptierte Wunsch seines Sohnes, mit einem langjährigen Freund und Studienkollegen zusammenzuziehen, als unbeachtlich bewertet wird⁵⁵⁴.

Die in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum teilweise vertretene und vom Landgericht geteilte Auffassung, ein von einer alleinstehenden Person mit

⁵⁴⁹ vgl. BVerfG, NJW 1994, 309 (310) m.w.N.; BGH v. 20.1.1988 - VIII ARZ 4/87, BGHZ 103, 91, 100 f.; BVerfGE 79, 292, 302 f.

⁵⁵⁰ BVerfGE 89, 1 (9 f).

⁵⁵¹ BVerfGE 79, 292 (305); BVerfG, NJW 1993, 1637; BVerfG, NJW 1994, 2605; BVerfG, NJW 1995, 1480.

⁵⁵² BVerfGE 68, 361 (373 f); BVerfG, NJW 1993, 1637 (1638); BVerfG, WuM 1993, 380 (384); BVerfG, NJW 1994, 995 (996); BVerfG, NJW 1994, 2605 (2606); BVerfG, NJW 1995, 1480 f.

⁵⁵³ BVerfG, NJW 1994, 2605 (2606); BVerfG, NJW 1993, 1637 (1638); BVerfG, NJW 1994, 995 (996); BVerfG NJW 1988, 1075 (1076).

⁵⁵⁴ BGH v. 4.3.2015 - VIII ZR 166/14, ZMR 2015, 923 = WuM 2015, 304.

geringen Einkünften, insbesondere einem Studenten oder Auszubildenden, beanspruchter Wohnbedarf von etwa 100 qm sei unangemessen, sofern nicht besondere Gründe einen erhöhten Bedarf rechtfertigten⁵⁵⁵, ist aus mehreren Gründen rechtsfehlerhaft⁵⁵⁶.

Sie verkehrt das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Verhältnis zwischen dem grundsätzlich zu respektierenden Entschluss des Vermieters über einen angemessenen Wohnbedarf und den bei objektiver Betrachtung nicht mehr hinzunehmenden Fällen eines Rechtsmissbrauchs in sein Gegenteil. Denn sie nimmt ab einem bestimmten Richtwert einen weit überhöhten Wohnbedarf an und macht dessen Ausräumung von der Darlegung besonderer Gründe abhängig. Damit macht sie in diesen Fallgestaltungen den an sich auf Ausnahmefälle beschränkten Rechtsmissbrauch⁵⁵⁷ faktisch zum Regelfall und die grundsätzlich zu achtende Entscheidung des Vermieters über den für seine Zwecke angemessenen Wohnbedarf zur Ausnahme. Hierbei berücksichtigt sie nicht hinreichend, dass dem Vermieter im Hinblick auf die grundrechtlich verbürgte Eigentumsgewährleistung ein weiter Ermessensspielraum bei der Bedarfsbemessung eingeräumt ist⁵⁵⁸. Der von ihm angemeldete Wohnbedarf ist daher nicht auf Angemessenheit, sondern nur auf Rechtsmissbrauch zu überprüfen. Rechtsmissbräuchlich ist aber nicht schon der überhöhte, sondern erst der weit überhöhte Wohnbedarf. Gleichzeitig lässt diese Auffassung eine Begründung dafür vermissen, aufgrund welcher objektiven Kriterien sie einen Wohnbedarf von mehr als 100 qm für eine alleinstehende Person mit geringen Einkünften - von besonderen Fällen abgesehen - als weit überhöht bewertet. Es werden etwa weder statistische Erkenntnisse noch sonstige Erfahrungswerte zu durchschnittlichen oder "üblichen" Wohnflächen bei Singlehaushalten angeführt, noch wird dargelegt, ab welcher (gravierenden) Überschreitung der durchschnittlichen oder "üblichen" Wohnfläche von einem weit überhöhten Wohnbedarf auszugehen

⁵⁵⁵ vgl. LG Frankfurt am Main, NJW 1990, 3277 f. [107 qm]; LG München I, WuM 1990, 352, 353 [117 qm]; LG Köln, WuM 1990, 119, 120 [134 qm]; LG Kiel, WuM 1991, 492 [110 qm]; LG Bremen, WuM 1992, 20 [105 qm]; LG Münster, WuM 1992, 372 [100 qm]; LG Bremen, WuM 1994, 541 [84 qm]; AG Schöneberg, MM 1991, 229 [126 qm]; AG Charlottenburg, GE 1992, 1155 [95 qm]; AG Burgdorf, WuM 1993, 403 [ca. 97 qm]; AG Köpenick, WuM 2013, 678 f. [102 qm]; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 573 Rz. 29; vgl. auch LG Gießen, ZMR 1994, 565, 567 [100 qm]; LG Köln, WuM 1995, 110 [100 qm]

⁵⁵⁶ BGH v. 4.3.2015 – VIII ZR 166/14, ZMR 2015, 923 = WuM 2015, 304.

⁵⁵⁷ vgl. MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 573 Rz. 79; Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 573 Rz. 251, 254.

⁵⁵⁸ vgl. Barthelmess, Wohnraumkündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., § 564b BGB Rz. 73.

sein könnte. Weiter lässt die genannte Auffassung außer Acht, dass es letztlich nicht allein von der in Anspruch genommenen Wohnfläche oder der Anzahl der Räume abhängt, ob ein weit überhöhter Wohnbedarf gegeben ist, sondern von einer umfassenden Würdigung der vom Tatrichter festzustellenden Gesamtumstände des Einzelfalls⁵⁵⁹.

Hierbei können neben der Wohnfläche und der Anzahl der Zimmer viele weitere Faktoren eine Rolle spielen, wie etwa der Zuschnitt und die Ausstattung der Wohnung, die Bedürfnisse der Bedarfsperson, ihr Lebensentwurf und ihre Lebensplanungen, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Bedarfsperson und des (ggfs. unterhaltspflichtigen) Vermieters, die Lage auf dem Wohnungsmarkt, die Höhe der von der Bedarfsperson zu zahlenden oder vom Vermieter erlassenen Miete sowie die Frage, ob die gekündigte Wohnung nur sporadisch genutzt werden soll. Von Bedeutung sein kann schließlich, ob auch der Mieter für seine eigene Nutzung einen großzügigen Maßstab angelegt hat⁵⁶⁰. Auch das Erfordernis eines gesonderten Arbeitszimmers für praktische Arbeiten (etwa Lötarbeiten) kann relevant sein⁵⁶¹.

Schließlich ist der Umstand, dass der Sohn des Vermieters mit einem langjährigen Freund eine Wohngemeinschaft gründen will, beachtlich. Aus der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorgesehenen Beschränkung auf einen eng gezogenen Personenkreis kann Gegenteiliges nicht gefolgert werden. Denn es ist nicht allein der Nutzungswille des Vermieters, sondern auch des Angehörigen maßgebend⁵⁶². Dazu muss zu dem Dritten keine stabile und auf dauerhaftes Zusammenleben ausgelegte Lebensbeziehung bestehen, wie dies bei Familienangehörigen, aber auch bei nichtehelichen Lebenspartnern der Fall ist⁵⁶³. Mit einer solchen einschränkenden Anforderungen wird die Reichweite des in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB konkretisierten berechtigten Interesses des Vermieters an einer Beendigung des Mietverhältnisses verkannt.

⁵⁵⁹ so zutreffend LG Gießen, NJW-RR 1994, 910 (912)

⁵⁶⁰ vgl. BVerfG, NJW 1994, 2605 (2606); OLG Düsseldorf, WuM 1993, 49 (50).

⁵⁶¹ vgl. zu diesem Aspekt LG Berlin, NJW-RR 1994, 850; AG Hamburg, ZMR 2010, 453, 454.

⁵⁶² BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 154/14, WuM 2015, 296 = ZMR 2015, 367 unter II 2 b cc 2 (bb); BayObLG, WuM 1986, 271 (272).

⁵⁶³ A.A. LG Frankfurt, NJW 1990, 3277; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2014, § 573 BGB Rz. 102; BeckOGK-BGB/Geib, Stand: 1. Oktober 2014, § 573 BGB Rz. 70.

14.3.4 Vorhersehbarer Eigenbedarf

Eine Eigenbedarfskündigung ist dann wegen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) unwirksam, wenn sich der Vermieter mit ihrem Ausspruch zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzt⁵⁶⁴. Wie der BGH im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁶⁵ entschieden hat, liegt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten in diesem Sinne dann vor, wenn der Vermieter Wohnraum auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, ihn alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen. Er darf in diesen Fällen dem Mieter, der mit einer längeren Mietdauer rechnet, die mit jedem Umzug verbundenen Belastungen dann nicht zumuten, wenn er ihn über die Absicht oder zumindest die Aussicht begrenzter Mietdauer nicht aufklärt⁵⁶⁶. 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 will⁵⁶⁷.

Mit Rücksicht darauf ist es für die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Vermieters nicht ausreichend, dass der Vermieter einen künftigen Eigenbedarf bei Abschluss des Mietvertrags zwar nicht konkret erwägt, aber bei vorausschauender Planung aufgrund hinreichend konkreter Anhaltspunkte hätte in Erwägung ziehen müssen und den mit einer längeren Mietdauer rechnenden Mieter nicht ungefragt über einen solchen möglichen Eigenbedarf unterrichtet⁵⁶⁸.

Zwar wird in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum überwiegend die Meinung vertreten, der Vermieter, der einen unbefristeten Mietvertrag abschließen will, sei verpflichtet, eine vorausschauende Prüfung über das künftige Entstehen eines Eigenbedarfs anzustellen (sog. „Bedarfsvorschau“), wobei

⁵⁶⁴ vgl. BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rz. 16 f.; BGH v. 20.3.2013 - VIII ZR 233/12, NJW 2013, 1596 Rz. 12.

⁵⁶⁵ BVerfGE 79, 292, 308 ff.; BVerfG, NJW-RR 1993, 1357.

⁵⁶⁶ BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rz. 17; BGH v. 20.3.2013 - VIII ZR 233/12, NJW 2013, 1596 Rz. 12; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 Rz. 2; BGH v. 6.7.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 512 Rz. 3.

⁵⁶⁷ BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rz. 19; BGH v. 20.3.2013 - VIII ZR 233/12, NJW 2013, 1596; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 Rz. 2.

⁵⁶⁸ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 154/14, WuM 2015, 296 = ZMR 2015, 367 = GE 2015, 445.

meist in Anlehnung an die nach altem Recht bei Zeitmietverträgen geltende Höchstfrist (§ 564c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F.) auf einen Bedarfszeitraum von fünf Jahren abgestellt wird. Dabei soll nach einer Auffassung ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Vermieters schon dann vorliegen, wenn der bei Abschluss des Mietvertrags nicht offenbarte (künftige) Eigenbedarf lediglich eine bloße Möglichkeit darstellte, die der Vermieter angesichts seiner familiären Umstände bei vorausschauender Planung hätte in Betracht ziehen müssen⁵⁶⁹. Andere, überwiegend im Schrifttum anzutreffende Stimmen nehmen einen etwas restriktiveren Standpunkt ein und bejahen mit unterschiedlichen Nuancen einen Rechtsmissbrauch nur dann, wenn bei Abschluss des Mietvertrags konkrete (greifbare) Anhaltspunkte für einen künftigen Eintritt eines Eigenbedarfs vorlagen, aufgrund derer der Vermieter einen solchen bei vorausschauender Planung hätte in Erwägung ziehen müssen⁵⁷⁰. Beiden Auffassungen ist gemein, dass letztlich bereits eine fahrlässige Fehleinschätzung den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs rechtfertigen soll; es sei nicht erforderlich, dass der Vermieter den vorhersehbaren Eigenbedarf tatsächlich in Erwägung gezogen habe⁵⁷¹.

Eine andere Auffassung nimmt demgegenüber ein widersprüchliches Verhalten des Vermieters nicht bereits dann an, wenn der Vermieter das Entstehen eines künftigen Eigenbedarfs (als bloße Möglichkeit oder aufgrund konkreter Anhaltspunkte) hätte vorhersehen können oder müssen, sondern verlangt hierfür das Vorliegen eines über die Fahrlässigkeit hinausgehenden subjektiven Elements, nämlich die „Absicht“ (das „Entschlossensein“), den Wohnraum einer

⁵⁶⁹ LG Wuppertal, WuM 1991, 691 f.; LG Hamburg, NJW-RR 1993, 80; NJW-RR 1994, 465, 466; LG Paderborn, WuM 1994, 331 f.; LG Gießen, WuM 1996, 416 f.; LG Berlin, NZM 1998, 433, 434; LG Ulm, DWW 2008, 387, 388; LG Göttingen v. 8.7. 2009 - 5 S 54/08, BeckRS 2010, 18173; LG Lüneburg, ZMR 2012, 357; OLG München, WuM 2009, 359 unter Bezugnahme auf AG Erding, WuM 2009, 358, 359; AG Winsen, WuM 2006, 622, 623; wohl auch BeckOK-BGB/*Hannappel*, Stand Mai 2014, § 573 BGB Rz. 67.

⁵⁷⁰ LG Ravensburg, WuM 2003, 332; AG Bremen v. 4.2.2004 - 23 C 0363/03, juris Rz. 16; Bub/Treier/*Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. IV Rz. 145 f.; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 159 und Rz. 162; *Barthelmess*, Wohnraumkündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., § 564b BGB a.F. Rz. 72; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573 BGB Rz. 138; MünchKommBGB/*Häublein*, 6. Aufl., § 573 BGB Rz. 79; *Lützenkirchen*, Mietrecht, 2013, § 573 BGB Rz. 81, 85; Köhler/Kossmann/*Meyer-Abich*, Handbuch der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 117 Rz. 21; *Benedict*, GE 2014, 976, 978; ähnlich auch LG Frankfurt, WuM 2007, 635 (637).

⁵⁷¹ LG Berlin, NZM 1998, 433, 434; LG Hamburg, NJW-RR 1994, 465, 466; LG Gießen, aaO S. 417; LG Ravensburg, WuM 2003, 33; LG Göttingen v. 8.7. 2009 - 5 S 54/08, BeckRS 2010, 18173.

baldigen Eigennutzung zuzuführen, oder zumindest das (ernsthafte) "Erwägen" einer solchen Nutzung⁵⁷².

Dieser letztgenannten Auffassung folgt der BGH⁵⁷³. Denn nur sie stehe mit den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs in Gestalt eines widersprüchlichen Verhaltens in Einklang. Die Stimmen in der Instanzrechtsprechung und in der Literatur, die dem Vermieter in unterschiedlichen Ausprägungen die Verpflichtung auferlegen, eine "Bedarfvorschau" anzustellen, und ihm ein rechtsmissbräuchliches Verhalten schon dann anlasten, wenn er einen sich mehr oder minder abzeichnenden künftigen Eigenbedarf nicht in Betracht zieht, verkennen den auf Missbrauchsfälle beschränkten Charakter des widersprüchlichen Verhaltens und ersetzen diesen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit langem ausgeformten Tatbestand durch allgemeine Billigkeitserwägungen. Dabei berücksichtigen sie zum einen nicht hinreichend die von Art. 14 Abs. 1 GG geprägte Rechtsstellung des Vermieters bei der Festlegung eines Eigenbedarfs und wählen zum anderen einen unzutreffenden Ausgangspunkt für die im Rahmen des § 242 BGB anzustellende Beurteilung, ob sich der Vermieter mit seinem späteren Vorgehen in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt und ob dieses einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat.

Ein widersprüchliches Verhalten liegt vor, wenn sich eine Partei zu ihrem früheren Verhalten inhaltlich in Widerspruch setzt⁵⁷⁴. Nicht jeder Widerspruch zwischen zwei Verhaltensweisen ist jedoch als unzulässige Rechtsausübung zu werten. Vielmehr ist widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) erst dann rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen⁵⁷⁵. Entscheidend sind

⁵⁷² LG Oldenburg, WuM 1998, 316; LG Münster, NJW-RR 1990, 1354, 1355; LG Mannheim, DWW 1990, 309; LG Köln, WuM 1992, 542 (543); LG Berlin, GE 1990, 255 und 493; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 573 BGB Rz. 37; Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, § 573 BGB Anm. 21; wohl auch Sonnenschein, NJW 1993, 161 (168); Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2014, § 573 BGB Rz. 116; Emmerich/Sonnenschein/Haug, Miete, 11. Aufl., § 573 BGB Rz. 53.

⁵⁷³ BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14, WuM 2015, 296 = ZMR 2015, 367 = GE 2015, 445.

⁵⁷⁴ BGH v. 5.6.1997 - X ZR 73/95, NJW 1997, 3377 unter II 4 b.

⁵⁷⁵ BGH v. 5.6.1997 - X ZR 73/95, NJW 1997, 3377 unter II 4 b; BGH v. 17.2.2005 - III ZR 172/04, BGHZ 162, 175 (181); BGH v. 15.11.2012 - IX ZR 103/11, NJW-RR 2013, 757 Rz. 12; BGH v. 16.7.2014 - IV ZR 73/13, NJW 2014, 2723 Rz. 33.

letztlich die Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Für die Bewertung, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt, fallen auch ein etwaiges Verschulden und dessen Grad ins Gewicht⁵⁷⁶. Ein Verschulden ist für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, der aus widersprüchlichem Verhalten hergeleitet werden soll, aber nicht zwingend erforderlich⁵⁷⁷. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann daher eine Rechtsausübung unzulässig sein, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick darauf vorrangig schutzwürdig erscheinen⁵⁷⁸. Hierbei handelt es sich allerdings um einen engen Ausnahmetatbestand⁵⁷⁹. Ist durch das frühere Verhalten der Partei kein schutzwürdiges Vertrauen der Gegenseite begründet worden, ist ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nur in besonders gelagerten Einzelfällen in Betracht zu ziehen, etwa bei einem unlösbaren Widerspruch zwischen früherer und späterer Rechtsausübung⁵⁸⁰.

Gemessen an diesen Maßstäben liegt in den Fällen, in denen ein Vermieter einen unbefristeten Mietvertrag wegen eines nach Vertragsabschluss entstandenen Eigenbedarfs kündigt, kein Rechtsmissbrauch vor, wenn das künftige Entstehen des Eigenbedarfs zwar im Rahmen einer „Bedarfsvorschau“ zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erkennbar gewesen wäre, der Vermieter aber zu diesem Zeitpunkt weder entschlossen war, alsbald Eigenbedarf geltend zu machen, noch ein solches Vorgehen erwogen, also ernsthaft in Betracht gezogen, hat. In diesen Fällen ist dem Vermieter schon ein widersprüchliches Verhalten nicht anzulasten. Zudem wird durch den Abschluss des unbefristeten Mietvertrags kein schutzwürdiges Vertrauen des Mieters dahin begründet, dass eine spätere Eigenbedarfskündigung nicht auf solche Umstände gestützt wird, deren Eintritt für den Vermieter im Rahmen einer vorausschauender Lebensplanung

⁵⁷⁶ BGH v. 12.6.2002 - VIII ZR 187/01, NJW 2002, 3110 unter II 3.

⁵⁷⁷ BGH v. 20.3.1968 - VIII ZR 127/67, WPM 1968, 876 unter 3 c; BGH v. 31.1.1975 - IV ZR 18/74, BGHZ 64, 5 (9); BGH v. 12.11.2008 - XII ZR 134/04, NJW 2009, 1343 Rz. 41.

⁵⁷⁸ st. Rspr.; vgl. BGH v. 12.11.2008 - XII ZR 134/04, NJW 2009, 1343 Rz. 41; BGH v. 15.11.2012 - IX ZR 103/11, NJW-RR 2013, 757 Rz. 12; BGH v. 9.5.2014 - V ZR 305/12, NJW 2014, 2790 Rz. 41; BGH v. 16.7.2014 - IV ZR 73/13, NJW 2014, 2723 Rz. 33; jeweils m.w.N.

⁵⁷⁹ BGH v. 15.11.2012 - IX ZR 103/11, NJW-RR 2013, 757 Rz. 13.

⁵⁸⁰ BGH v. 20.9.1995 - VIII ZR 52/94, WPM 1995, 2073 unter II 2; BGH v. 1.7.2014 - VI ZR 391/13, VersR 2014, 1226 Rz. 42; jeweils m.w.N.

allgemein oder jedenfalls aufgrund konkreter Anhaltspunkte vorhersehbar gewesen wäre, von ihm aber nicht zumindest erwogen worden ist.

14.3.5 Räumungsvergleich: stillschweigender Verzicht auf Schadensersatz

An das Vorliegen des Willens einer Partei, auf Ansprüche zu verzichten, sind strenge Anforderungen zu stellen und der Verzichtswille muss - auch unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände - unmissverständlich sein⁵⁸¹. Sofern ein stillschweigender Verzicht zu prüfen ist, bedarf es regelmäßig bedeutender Umstände, die auf einen solchen Verzichtswillen schließen lassen⁵⁸². Derartige Umstände können bei einem Räumungsvergleich etwa darin liegen, dass sich der Vermieter zu einer substantiellen Gegenleistung verpflichtet. So kann im Einzelfall in der Zahlung einer namhaften Abstandszahlung oder einem Verzicht auf Schönheitsreparaturen der Wille der Parteien entnommen werden, dass damit auch etwaige Ansprüche des Mieters wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs abgegolten sein sollen⁵⁸³. Dies mag insbesondere dann in Betracht kommen, wenn eine solche Einigung in einer Situation erheblicher Unsicherheit für beide Parteien erfolgt, also etwa in der ersten Instanz vor Durchführung einer sonst erforderlichen umfangreichen Beweisaufnahme.

Derartige Umstände sind allerdings nicht gegeben, wenn der auf dem Vorschlag des Gerichts basierende Räumungsvergleich ein allenfalls formales Nachgeben des Vermieters enthält⁵⁸⁴.

Dass die Zubilligung einer rund sechsmonatigen Räumungsfrist in dem Vergleich ein ins Gewicht fallendes Entgegenkommen des Vermieters darstellt, kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil dieser anderenfalls auf eine streitige Entscheidung des Gerichts angewiesen wäre, die nicht notwendig sogleich am Verhandlungstag als Stuhlorteil hätte ergehen müssen, und weil

⁵⁸¹ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 21.11.2006 - VI ZR 76/06, NJW 2007, 368 Rz. 9; BGH v. 26.10.2009 - II ZR 222/08, NJW 2010, 64 Rz. 18; BGH v. 18.9.2012 - II ZR 178/10, WM 2012, 2231 Rz. 22; BGH v. 22.4.2015 - IV ZR 504/14, juris Rz. 15; jeweils m.w.N.

⁵⁸² vgl. BGH v. 11.10.2000 - VIII ZR 276/99, juris Rz. 18; BGH v. 20.9.2006 - VIII ZR 100/05, WPM 2007, 177 Rz. 22; BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, juris Rz. 27; jeweils m.w.N.

⁵⁸³ vgl. OLG Frankfurt v. 6.9.1994 - 20 REMiet 1/93, ZMR 1995, 67 = NJW-RR 1995, 145; OLG Celle v. 24.11.1993 - 2 U 6/93, MDR 1995, 252 = OLGR 1995, 4 f.; Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 573 BGB Rz. 57; Gramlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 573 BGB unter 8; a.A. wohl Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2014, § 573 BGB Rz. 228 m.w.N.

⁵⁸⁴ BGH v. 10.6.2015 - VIII ZR 99/14, WuM 2015, 510.

mit einer Entscheidung ohne Zubilligung einer gewissen Räumungsfrist nach den Umständen nicht zu rechnen war. Denn der Mieter, der aufgrund einer Eigenbedarfskündigung oder einer Kündigung wegen "Betriebsbedarfs" erstmals in der Berufungsinstanz zur Räumung verurteilt wird, kann regelmäßig - sogar von Amts wegen - mit der Zubilligung einer gewissen Räumungsfrist rechnen und hat zudem die Möglichkeit, nach § 721 Abs. 3 ZPO eine Verlängerung der Räumungsfrist oder aus Härtegründen Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO zu beantragen. Nach dem Wortlaut des Vergleichs sind diese Schutzvorschriften indes - ebenso wie eine Räumungsfristbewilligung nach § 794a ZPO - gleichfalls ausgeschlossen worden. Dass der Mieter nach dem Vergleich nur bis zu seinem Auszug Miete zu zahlen hatte, stellt kein oder jedenfalls kein nennenswertes Entgegenkommen des Beklagten dar, denn gemäß § 546a BGB hat der Mieter nach der Beendigung des Mietvertrags nur bis zur Rückgabe der Mietsache Miete zu zahlen und setzt ein weitergehender Schadensersatzspruch wegen unterbliebener Rückgabe voraus, dass sie vom Mieter zu vertreten ist und die Billigkeit eine Schadloshaltung des Vermieters erfordert (§ 571 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB).

Schließlich muss dem Umstand, dass die Rechtsposition des Mieters im Vorprozess als aussichtslos angesehen wird und das Gericht dies den Parteien auch mitgeteilt hat, Beachtung geschenkt werden. Denn in einer Prozesssituation, in der das Gericht den Mieter auf die Aussichtslosigkeit seiner Rechtsverteidigung hinweist, nachdem vernommene Zeugen den vom Vermieter behaupteten Bedarf bestätigt haben, liegt es eher fern, dass die Parteien mit einem sodann abgeschlossenen Räumungsvergleich nicht nur die zu erwartende Entscheidung des Gerichts über den streitgegenständlichen Räumungsanspruch vorwegnehmen, sondern darüber hinaus etwaige Ansprüche der Mieters wegen vorgetäuschten Bedarfs abgelten wollen.

Auch weitere Erwägung, wonach beide Parteien sich im Laufe des Prozesses wechselseitig diverse Vertragsverletzungen vorgeworfen hätten, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass mit dem Vergleich auch Ansprüche wegen vorgetäuschten Bedarfs abgegolten werden sollten. Denn dazu müssten Feststellungen dazu getroffen werden, ob die behaupteten wechselseitigen Vorwürfe zutrafen; es ist auch nicht ersichtlich, dass beide Vertragsparteien das Mietver-

hältnis inzwischen als zerrüttet ansahen und es deshalb - unabhängig von der vom Vermieter geltend gemachten Bedarfssituation - beenden wollten.

14.4 Erleichterte Kündigung nach § 573a BGB

Ein Mietverhältnis über Wohnraum kann, ohne dass es eines berechtigten Interesses des Vermieters i.S.v. § 573 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB an der Beendigung des Mietverhältnisses bedarf, nach § 573a Abs. 1 S. 1 BGB gekündigt werden, wenn der Mieter in einem vom Vermieter selbst bewohnten Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen wohnt.

Unter einer Wohnung wird ein selbständiger, räumlich und wirtschaftlich abgegrenzter Bereich verstanden, der eine eigenständige Haushaltsführung ermöglicht. Für die Beurteilung, ob in einem Gebäude mehr als zwei Wohnungen vorhanden sind, ist - ungeachtet einer etwaigen abweichenden baurechtlichen Einordnung - die Verkehrsanschauung maßgebend⁵⁸⁵. Da eine eigenständige Haushaltsführung gemeinhin voraussetzt, dass eine Küche oder eine Kochgelegenheit vorhanden ist, müssen die dafür erforderlichen Versorgungsanschlüsse (Wasser, Abwasser, Strom) vorhanden sein. Hingegen ist nicht erforderlich, dass die Küche mit Möbeln und Geräten ausgestattet ist⁵⁸⁶.

Hiernach kann keinen Zweifeln unterliegen, dass ein Appartement im Dachgeschoss eine eigenständige Wohnung darstellt, die zwar gewerblich genutzt wird, aber über einen durch eine Wohnungseingangstür räumlich abgeschlossenen Wohnbereich mit Bad und die für eine Küchenzeile erforderlichen Anschlüssen verfügt⁵⁸⁷. Damit hat der Mieter seine Wohnung in einem Gebäude angemietet, in dem drei selbständige Wohneinheiten geplant waren und entstanden und nach wie vor vorhanden sind.

Der Wohnungsbestand von drei selbständigen Wohnungen hat sich nicht dadurch reduziert, dass das Appartement im Dachgeschoss seit etwa zwei Jahren vor der Kündigung durch eine vom Vermieter betriebene GmbH als Büro- und Geschäftsraum und somit gewerblich genutzt wird. Zwar hat der Gesetz-

⁵⁸⁵ vgl. BGH v. 17.11.2010 – VIII ZR 90/10, NJW-RR 2011, 158 Rz. 8 m.w.N.; BGH v. 25.6.2008 – VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 Rz. 19 f.

⁵⁸⁶ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573a BGB Rz. 21.

⁵⁸⁷ BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 127/14, WuM 2015, 309 = ZMR 2015, 375 = NZM 2015, 452.

geber die Beschränkung auf reine Wohngebäude (§ 564a Abs. 4 BGB in der bis zum 31. August 2001 geltenden Fassung) in der Neuregelung durch § 573a BGB bewusst nicht beibehalten⁵⁸⁸. Ebenso zutreffend ist eine Kündigung nach § 573a BGB ausgeschlossen, wenn der Vermieter eine weitere eigenständige Wohnung im Gebäude für sich selbst zu erweiterten Wohnzwecken als Besucherzimmer, Bügelzimmer oder Arbeitszimmer nutzt, da durch diese Erweiterung des Wohnbereichs sich der einmal gegebene Wohnungsbestand nicht reduziert. Diese Rechtslage ist nicht anders zu beurteilen, wenn sich in dem Gebäude außer der Wohnung des Vermieters und der Wohnung des Mieters nur noch Gewerberäume befinden unabhängig davon, ob die Gewerberäume vom Vermieter selbst oder einem Dritten genutzt werden. Denn durch die Umwidmung des neben der Wohnung des Mieters liegenden Apartments von Wohnraum zu Gewerberaum hat sich der einmal gegebene Wohnungsbestand nicht reduziert. Auch wenn in den gewerblich genutzten Räumen statt der ehemals vorhandenen Küchenzeile nunmehr ein Regal vorhanden ist, ändert dies nichts daran, dass in diesen, eine abgeschlossene Wohneinheit bildenden Räumlichkeiten jederzeit eine eigenständige Haushaltsführung möglich ist.

Von diesen Grundsätzen kommt nur dann eine Ausnahme in Betracht, wenn die weitere Wohnung schon vor Abschluss des zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrages nicht mehr als Wohnung, sondern als Gewerberaum genutzt wurde⁵⁸⁹.

14.5 Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

14.5.1 Begründung der Kündigung des Nacherben

Gemäß § 573d Abs. 1 BGB sind §§ 573, 573a BGB entsprechend anwendbar, wenn ein Mietverhältnis - wie z.B. bei der Kündigung nach §§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB - außerordentlich mit gesetzlicher Frist gekündigt werden kann. Dies bedeutet, dass ein Mietverhältnis über Wohnraum auch in diesem Fall nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Beendigung des Mietverhältnisses (§ 573 Abs. 1 Satz 1 BGB) gekündigt werden kann. Gemäß § 573 Abs. 3 BGB

⁵⁸⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 66.

⁵⁸⁹ BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 127/14, WuM 2015, 309 = ZMR 2015, 375 = NZM 2015, 452.

hat der Vermieter dabei die Gründe für ein berechtigtes Interesse an der Kündigung im Kündigungsschreiben anzugeben.

Diesem Erfordernis kommt der Vermieter nach, wenn er z.B. eine ordentliche Kündigung mit einem eingetretenen Zahlungsverzug und unpünktlichen Mietzahlungen begründet⁵⁹⁰. Diese Angaben genügen zum berechtigten Interesse; eines zusätzlichen Hinweises auf den Nacherbfall oder auf die Vorschriften der §§ 2135, 1056 BGB im Kündigungsschreiben bedarf es nicht.

Die Begründungspflicht des § 573 Abs. 3 BGB verlangt, dass der Kündigungsgrund - das berechtigte Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses - so genau beschrieben ist, dass er von anderen Kündigungsgründen unterschieden werden kann; der Mieter kann sich dann darauf beschränken, diesen konkreten Kündigungsgrund zu prüfen und sich ggfs. dagegen zu verteidigen, denn nach § 573 Abs. 3 Satz 2 BGB werden andere Gründe als die in der Kündigung angegebenen nur berücksichtigt, wenn sie nachträglich entstanden sind⁵⁹¹. Die Begründungspflicht dient nicht dazu, den Mieter schon im Vorfeld eines etwaigen späteren Kündigungsprozesses auf rechtliche Verteidigungsmöglichkeiten hinzuweisen.

14.5.2 Kündigungsrecht des Nacherben nach §§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB

Der Umstand, dass der mit einem Vorerben abgeschlossene Mietvertrag einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung vorsieht, steht einer Kündigung des Nacherben gemäß §§ 2135, 1056 Abs. 2, § 573d Abs. 1, 2 BGB nicht entgegen. Denn diese gesetzliche Regelung räumt dem Nacherben grundsätzlich die Möglichkeit ein, das Wohnraummietverhältnis bei Bestehen eines berechtigten Interesses außerordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Für den vergleichbaren Fall des Eigentümers, auf den das Mietverhältnis nach Beendigung des Nießbrauchs gemäß § 1056 Abs. 1 BGB übergeht, hat der Senat dies bereits entschieden⁵⁹². Für den in das Mietverhältnis nach §§ 2135, 1056 Abs. 1 BGB eintretenden Nacherben gilt nichts anderes⁵⁹³.

⁵⁹⁰ BGH v. 1.7.2015 - VIII ZR 278/13, GE 2015, 1479.

⁵⁹¹ BGH v. 30.4.2014 - VIII ZR 284/13, NJW 2014, 2102 Rz. 7 f. m.w.N.

⁵⁹² BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 50/11, NZM 2012, 558 Rz. 12.

⁵⁹³ BGH v. 1.7.2015 - VIII ZR 278/13, GE 2015, 1479.

Allerdings ist dem in das Mietverhältnis gemäß § 1056 Abs. 1 BGB eintretenden Eigentümer nach der Rechtsprechung des BGH nach Treu und Glauben eine Kündigung nach § 1056 Abs. 2 BGB verwehrt, wenn er unabhängig von § 1056 Abs. 1 BGB persönlich an den Mietvertrag gebunden ist, etwa wenn er ihn vor der Bewilligung des Nießbrauchs noch als Eigentümer selbst abgeschlossen hatte, wenn er dem Mietvertrag beigetreten war oder Alleinerbe des Vermieters geworden ist⁵⁹⁴.

Diese Grundsätze sind auf den all des Eintritts eines Nacherben in das Mietverhältnis nach §§ 2135, 1056 Abs. 1 BGB zu übertragen⁵⁹⁵. Eine Kündigung nach §§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB ist dem Nacherben etwa auch dann verwehrt, wenn er dem Abschluss des Mietvertrags durch den Vorerben zugestimmt hat oder der Abschluss eines für den Vermieter unkündbaren Mietvertrags über den Nacherbfall hinaus einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses⁵⁹⁶ entsprochen hat, so dass der Nacherbe gegenüber dem Vorerben verpflichtet gewesen wäre, dem Mietvertrag zuzustimmen (§ 2120 Satz 1 BGB)⁵⁹⁷.

14.6 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

14.6.1 Nichterfüllung einer Duldungspflicht

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis aus wichtigem Grund von jeder Vertragspartei fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kann der Vermieter das Mietverhältnis ordentlich kündigen, wenn der Mieter seine Vertragspflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat. Die Beurteilung der Unzumutbarkeit im Sinne des § 543 Abs. 1

⁵⁹⁴ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 50/11, NZM 2012, 558 Rz. Rn. 13 m.w.N.

⁵⁹⁵ BGH v. 1.7.2015 - VIII ZR 278/13, GE 2015, 1479.

⁵⁹⁶ vgl. hierzu BGH v. 10.2.1993 - IV ZR 274/91, NJW 1993, 1582 unter 3.

⁵⁹⁷ MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl., § 2135 BGB Rz. 3; *Kummer* in Prütting/Wegen/Weinreich, 10. Aufl., § 2135 BGB Rz. 5; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand 1. Mai 2015, § 2135 Rz. 1; jurisPK/B. *Hamdan/ M. Hamdan*, 7. Aufl., § 2135 Rz. 14; NK-BGB/*Gierl*, 4. Aufl., § 2135 BGB Rz. 7; Palandt/*Weidlich*, 74. Aufl., § 2135 BGB Rz. 2; RGRK/*Johannsen*, 12. Aufl., § 2135 BGB Rz. 5.

Satz 2 BGB unterliegt dabei - ebenso wie die Erheblichkeit einer Pflichtverletzung im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB - der tatrichterlichen Würdigung, die vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden kann, ob die maßgebenden Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt und ob die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt worden sind⁵⁹⁸.

Eine fristlose Kündigung kann nicht erst dann auf eine Verletzung von Duldungspflichten des Mieters gestützt werden, wenn der Mieter einen rechtskräftigen Duldungstitel missachtet oder sein Verhalten "querulatorische Neigungen" zeigt⁵⁹⁹. Dem Vermieter kann die Fortsetzung des Mietverhältnisses vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen auch schon vor Erhebung einer Duldungsklage und Erwirkung eines Titels unzumutbar sein, wenn der Mieter seine Pflicht gemäß § 554 BGB a.F. (vgl. jetzt §§ 555a bis 555d BGB) verletzt, die Instandsetzung oder Modernisierung der Mietsache zu dulden⁶⁰⁰. Auch eine die ordentliche Kündigung rechtfertigende erhebliche Vertragsverletzung setzt bei einem Verstoß gegen Duldungspflichten nicht generell voraus, dass sich der Vermieter zuvor einen rechtskräftigen Duldungstitel verschafft hat.

Die vereinzelt in der Instanzrechtsprechung und in der mietrechtlichen Literatur vertretene Auffassung, die eine Kündigung wegen der Verletzung nicht titulierter Duldungspflichten generell ausschließen will⁶⁰¹, findet im Gesetz keine Stütze⁶⁰². Weder können derartige Vertragsverletzungen generell als "nicht so gewichtig" angesehen werden⁶⁰³ noch stellt § 554 BGB a.F. eine abschließende Regelung für den Interessenausgleich zwischen Mieter und Vermieter im Konflikt über Instandsetzungen und Modernisierungen dar⁶⁰⁴. Der Gesetzgeber hat

⁵⁹⁸ BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NJW 2006, 1585 Rz. 12 m.w.N.

⁵⁹⁹ BGH v. 15.4.2015 - VIII ZR 281/13, WuM 2015, 416 = GE 2015, 853.

⁶⁰⁰ Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2014, § 573 BGB Rz. 35; Lützenkirchen, Mietrecht, § 543 BGB Rz. 20 f.; vgl. auch Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 543 BGB Rz. 5; Bub/Treier/Grapentin, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. IV Rz. 389; BGH v. 5.10.2010 - VIII ZR 221/09, WuM 2011, 13 Rz. 2 f. [zu vertraglichen Duldungspflichten].

⁶⁰¹ LG Saarbrücken, ZMR 2008, 975; AG München, ZMR 2012, 365 f.; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 210.

⁶⁰² BGH v. 15.4.2015 - VIII ZR 281/13, WuM 2015, 416 = GE 2015, 853.

⁶⁰³ So wohl Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 210.

⁶⁰⁴ LG Saarbrücken, ZMR 2008, 975.

vielmehr die Kündigung des Vermieters, unabhängig davon, auf welcher Pflichtverletzung des Mieters sie beruht, allgemein in § 543 und § 573 BGB geregelt, ohne spezielle Regelungen für die Fälle der Verletzung von Duldungspflichten zu treffen.

Die Auffassung, ein Verstoß gegen (nicht rechtskräftig titulierte) Duldungspflichten sei - solange der Mieter keine "querulatorische Einwendungen" erhebe - nicht so gravierend, dass er die Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigen könnte, verkennt in grundlegender Weise, dass Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen für die Erhaltung des Mietobjekts und seines wirtschaftlichen Wertes von wesentlicher Bedeutung sein können, so dass der Vermieter an deren alsbaldiger Durchführung ein erhebliches wirtschaftliches Interesse haben kann. Ein anderer (verfehlter) Maßstab läuft darauf hinaus, dass dem Mieter die Möglichkeit gegeben wird, Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen, zu deren Duldung er rechtlich verpflichtet ist und an deren umgehender Durchführung der Vermieter ein berechtigtes Interesse hat, für einen unabsehbaren Zeitraum (nämlich bis zur rechtskräftigen Titulierung einer Duldungsklage) hinauszuzögern, ohne die Konsequenzen tragen zu müssen, die mit einer derartigen im Einzelfall auch sehr gravierenden Vertragsverletzung grundsätzlich verbunden sein können. Damit wird dem Mieter geradezu ein Anreiz dazu geboten, sich den aus seiner Sicht möglicherweise nicht gewünschten, nach der Rechtslage aber gerechtfertigten und von ihm deshalb zu dulddenden baulichen Maßnahmen zumindest zeitweise zu widersetzen. Dies widerspricht dem Anliegen des Gesetzgebers, der dem Mieter bei Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen nicht nur im Hinblick auf wirtschaftliche Interessen des Vermieters, sondern auch mit Blick auf das wohnungspolitische Ziel der Verbesserung der allgemeinen Wohnbedingungen umfangreiche Duldungspflichten auferlegt hat⁶⁰⁵.

Die Verweigerung von begründeten Duldungsansprüchen ist grundsätzlich auch schuldhaft⁶⁰⁶. Nach der Rechtsprechung des BGH handelt ein Gläubiger grundsätzlich nicht schon dann fahrlässig, wenn er nicht erkennt, dass seine

⁶⁰⁵ vgl. BT- Drucks. 14/4553, S. 36 f.; BT-Drucks. 9/2079, S. 9 f. zu § 541b BGB i. d. F. vom 20. Dezember 1982.

⁶⁰⁶ BGH v. 15.4.2015 – VIII ZR 281/13, WuM 2015, 416 = GE 2015, 853.

Forderung unberechtigt ist⁶⁰⁷. Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass dem Gläubiger die Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschwert würde, wenn man von ihm verlangte, die sicher nur in einem Rechtsstreit zu klärende Berechtigung einer geltend gemachten Forderung schon im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits vorauszusehen. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht der Gläubiger demgemäß regelmäßig schon dann, wenn er sorgfältig prüft, ob der eigene Rechtsstandpunkt plausibel ist. Dies gilt auch dann, wenn die zu beurteilende Rechtslage unklar ist⁶⁰⁸.

Diese Rechtsprechung ist indes nicht anwendbar, wenn es um die Beurteilung einer Pflichtverletzung des Schuldners geht; insoweit gelten die (strengen) Maßstäbe, die der BGH in ständiger Rechtsprechung an einen unverschuldeten Rechtsirrtum stellt. Danach fordert der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Verpflichtete grundsätzlich das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt⁶⁰⁹, so dass ein unverschuldeter Rechtsirrtum nur ausnahmsweise in Betracht kommt⁶¹⁰. Der Schuldner darf das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage nicht dem Gläubiger zuschieben. Entscheidet er sich bei zweifelhafter Rechtslage dafür, die von ihm geforderte Leistung nicht zu erbringen, geht er - von besonderen Sachlagen abgesehen - das Risiko, dass sich seine Einschätzung später als falsch erweist, zumindest fahrlässig ein und hat deshalb seine Nichtleistung zu vertreten, wenn er - wie in einem späteren Rechtsstreit festgestellt wird - zur Leistung verpflichtet war⁶¹¹.

14.6.2 Zahlungsverzug nach Mängelbeseitigung

Hat der Mieter wegen eines Mangels der Mietsache ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, stellt sich die Frage, wann der Vermieter nach einer Mängelbeseitigung zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges berechtigt ist.

⁶⁰⁷ vgl. BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 Rz. 33; BGH v. 1.3.2013 - V ZR 31/12, NJW-RR 2013, 1028 Rz. 64 f.

⁶⁰⁸ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 Rz. 33.

⁶⁰⁹ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 Rz. 34; BGH v. 30.4.2014 - VIII ZR 103/13, BGHZ 201, 91 Rz. 23.

⁶¹⁰ grundlegend BGH v. 9.1.1951 - I ZR 35/50, NJW 1951, 398.

⁶¹¹ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 Rz. 34; BGH v. 30.4.2014 - VIII ZR 103/13, BGHZ 201, 91 Rz. 23.

Der BGH geht davon aus, dass es sich hierbei um eine Entscheidung des Einzelfalls handelt, die sich einer generalisierenden Betrachtung entzieht⁶¹². Er kann jedenfalls einen Rechtsfehler nicht erkennen, wenn ein Gericht davon ausgeht, dass nach Beseitigung des Mangels der Mietsache am 8. Juni 2013 zum Kündigungszeitpunkt am 25. Juni 2013 kein Zurückbehaltungsrecht (§ 320 BGB) mehr bestanden und der Mieter die zurückbehaltene Miete nachzuzahlen habe. Der Mieter habe den Zahlungsverzug zu vertreten (§ 286 Abs. 4 BGB). Zwar habe er geltend gemacht, dass er von dem Schreiben der Kläger vom 11. Juni 2013 erst nach Rückkehr von einem Auslandsaufenthalt am 19. Juni 2013 erfahren habe. Er hätte jedoch Vorkehrungen für den Abwesenheitsfall treffen müssen. Zudem habe er sich lediglich damit entschuldigt, das Geld erst "flüssig machen" zu müssen. Es habe kein weiterer Prüfbedarf im Hinblick auf die Forderungshöhe bestanden. Die Rechnung sei denkbar einfach und vom Zurückbehaltenden ohnehin jeden Monat selbst zu aktualisieren. Schließlich sei die Beseitigung des Mangels mit beträchtlichem finanziellem Druck gefordert worden, weshalb jederzeit mit ihr zu rechnen gewesen sei. Es ist auch keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), "wie viel Zeit der Vermieter dem Mieter zur Rückzahlung zurückbehaltener Miete gewähren muss, wenn der Vermieter den angezeigten Mangel jahrelang nicht beseitigt und die Beseitigung dann plötzlich und ohne Ankündigung vornimmt." Gleiches gilt für die Frage, ob dem Mieter "eine zusätzliche Prüfungsfrist zuzuerkennen ist, wenn der Vermieter seine Forderung auf Auskehr des zurückbehaltenen Betrages in ein mehrseitiges Aufrechnungsrechenwerk einbettet, insbesondere dann, wenn danach auch Nebenkostenvorauszahlungen als solche auszukehren sind, obwohl für die betroffenen Jahre bereits Abrechnungsreife eingetreten ist". Diese Fragen entziehen sich einer generalisierenden Betrachtung. Vielmehr hat der Tatrichter aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob der Zahlungsverzug wegen fehlenden Verschuldens entfällt, wenn der Mieter die nachzuzahlende Miete auch nach Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts nicht begleicht.

⁶¹² BGH v. 16.9.2014 – VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681 = IMR 2015, 10.

14.6.3 Erheblicher Rückstand in der Gewerberaummiete

Nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB kann der Vermieter fristlos kündigen, wenn über zwei Termine ein nicht unerheblicher Rückstand entstanden ist. Die Aufnahme der Erheblichkeitsschwelle in das Gesetz trägt dem von der Rechtsprechung für alle Mietverhältnisse unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entwickelten Grundsatz Rechnung, dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht fristlos gekündigt werden kann⁶¹³. Wann von einem nicht unerheblichen Teil der Miete im Sinn dieser Bestimmung auszugehen ist, ist lediglich für Wohnraummietverhältnisse in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB ausdrücklich geregelt. Danach ist der rückständige Teil der Miete nur dann als nicht unerheblich anzusehen, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt. Da es sich hierbei um eine Schutzvorschrift zugunsten des Wohnraummieters handelt, ist nach einhelliger Auffassung ein Mietrückstand von über einer Monatsmiete bei gewerblichen Mietverhältnissen erst recht erheblich⁶¹⁴.

Ob und unter welchen Voraussetzungen auch ein diese Grenze unterschreitender Gesamtrückstand nicht unerheblich sein kann, ist streitig.

Nach einer Auffassung soll aus § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB geschlossen werden können, dass auch für dort ausgenommene Mietverhältnisse (nur) ein Rückstand von mehr als einer Monatsmiete nicht unerheblich sei⁶¹⁵. Nach der Gegenmeinung ergibt der Umkehrschluss aus dem für den Wohnraummieter geltenden besonderen Schutz, dass bei anderen Mietverhältnissen auch ein eine Monatsmiete unterschreitender Rückstand ohne weiteres als nicht unerheblich anzusehen sein⁶¹⁶ bzw. dass bei einem über 50% einer Monatsmiete hinausgehenden Rückstand von einem nicht unerheblichen Teil der Miete ausgegangen werden könne⁶¹⁷. Die Vertreter einer vermittelnden Lösung sehen die Erheblichkeit des Rückstands als Frage des Einzelfalls, die von Umständen wie der

⁶¹³ vgl. BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 (905).

⁶¹⁴ BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 30 m.w.N.; vgl. auch BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 (905).

⁶¹⁵ in Spielbauer/Schneider/Wellendorfer, Mietrecht, § 543 BGB Rz. 24; so wohl auch MünchKomm/Bieber, 6. Aufl., § 543 Rz. 46; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1003

⁶¹⁶ Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 543 BGB Rz. 32; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 543 BGB Rz. 23.

⁶¹⁷ Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 543 BGB Rz. 116.

Kreditwürdigkeit des Mieters oder seiner Vertragstreue im Übrigen⁶¹⁸ oder auch der Höhe der Miete⁶¹⁹ abhängen könne.

Nach Auffassung des BGH⁶²⁰ kann bei Mietverhältnissen, die nicht Wohnraum betreffen, ein Rückstand von einer Monatsmiete oder weniger auch - und nur dann - erheblich sein, wenn besondere Einzelfallumstände hinzutreten. Die in § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB für die Wohnraummiete geregelte Grenze von einer Monatsmiete erlaubt zwar den Erst-Recht-Schluss, dass bei Gewerberaummietverhältnissen jedenfalls ein Rückstand von über einer Monatsmiete nicht als unerheblich angesehen werden kann. Dass Rückstände unterhalb dieser Schwelle keinesfalls als erheblich einzustufen sind, lässt sich dem jedoch nicht entnehmen. Anderenfalls, also wenn § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB stets nur bei einem Rückstand von über einer Monatsmiete anwendbar wäre, hätte es der speziellen Schutzvorschrift für Wohnraummieter in § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB nicht bedurft.

Allerdings beinhaltet diese Bestimmung die allgemeine Wertung des Gesetzgebers, dass ein Rückstand für sich genommen regelmäßig erst ab der im Gesetz genannten Grenze zur außerordentlichen fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB berechtigen soll. Diese Einschätzung korrespondiert zum einen mit der anderen in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a BGB enthaltene Regelung, wonach Kündigungsgrund die Nichtentrichtung zweier voller Monatsmieten ist. Mit Blick darauf erscheint es sachgerecht, für die Erheblichkeit teilweiser Nichtzahlungen regelmäßig zumindest die Hälfte dessen, mithin also eine Monatsmiete zu verlangen. Sie wird zum anderen dadurch gerechtfertigt, dass die außerordentliche fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung möglich ist (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BGB). Diese einschneidende Sanktion erfordert im Regelfall mindestens eine offene Monatsmiete.

Um ausnahmsweise auch bei einem geringeren Rückstand zur Erheblichkeit zu gelangen, bedarf es daher des Hinzutretens besonderer Umstände des Einzel-

⁶¹⁸ BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. August 2012], § 543 BGB Rz. 25a; Bub/Treier/*Grapentin*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., IV Rz. 374; NK-BGB/Klein-Blenkers 2. Aufl. § 543 Rn. 38; *Oprée* in Lindner-Figura/*Oprée*/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 15 Rz. 217; Palandt/*Weidenkaff*, 74. Aufl., § 543 BGB Rz. 24.

⁶¹⁹ *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 543 BGB Rz. 150; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 119.

⁶²⁰ BGH v. 13.5.2015 – XII ZR 65/14, MDR 2015, 878 = WuM 2015, 619.

falls, die den Schluss auf die Erheblichkeit im betreffenden Mietverhältnis zu lassen. In der Gewerberaummiete werden hierfür neben der Kreditwürdigkeit des Mieters insbesondere die finanzielle Situation des Vermieters und die Auswirkungen des konkreten Zahlungsrückstands auf diese Bedeutung erlangen können.

14.6.4 Kündigungssperre nach Freigabeerklärung

Nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO kann der Insolvenzverwalter ein Miet- oder Pachtverhältnis über einen unbeweglichen Gegenstand oder über Räume, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung kündigen; die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Ist Gegenstand des Mietverhältnisses die Wohnung des Schuldners, so tritt an die Stelle der Kündigung das Recht des Insolvenzverwalters zu erklären, dass Ansprüche, die nach Ablauf der in Satz 1 genannten Frist fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO).

Wie der BGH bereits entschieden hat, geht das Mietverhältnis mit der Enthaltungserklärung - auch Freigabeerklärung genannt - nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wieder vollständig in die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Mieters/Schuldners über⁶²¹.

Ob dies zur Folge hat, dass der Vermieter eine außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB mit Erfolg auch auf vor der Insolvenzantragstellung aufgelaufene Rückstände mit der Mietzahlung stützen kann, ist im Hinblick auf § 112 Nr. 1 InsO umstritten. Nach dieser Vorschrift kann ein Miet- oder Pachtverhältnis, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen eines Verzugs mit der Entrichtung der Miete oder Pacht, der in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten ist, nicht gekündigt werden.

Eine verbreitete Auffassung will es dem Vermieter unter Verweis auf den Wortlaut und die systematische Stellung des § 112 Nr. 1 InsO verwehren, unter Beru-

⁶²¹ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, MDR 2014, 643 = WuM 2014, 333 = NZM 2014, 429 Rz. 13 ff.; BGH v. 22.5.2014 - IX ZR 136/13, WPM 2014, 1239 Rz. 10 ff., jeweils m.w.N.

fung auf vor Insolvenzantragstellung aufgelaufene Mietrückstände zu kündigen. § 112 Nr. 1 InsO enthalte keine Einschränkung für die Fälle des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Wolle man eine Kündigung durchgreifen lassen, werde das mit § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO verfolgte Ziel, die Obdachlosigkeit eines in Insolvenz gefallenen Mieters zu vermeiden, nicht erreicht. Auch seien Mietforderungen aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung bloße Insolvenzforderungen, die nur nach den Regeln des Insolvenzverfahrens befriedigt werden könnten und gegebenenfalls von einer Restschuldbefreiung erfasst würden. Es widerspräche daher dem insolvenzrechtlichen Verteilungssystem, wenn der Vermieter eine Kündigung nach der Freigabe der Wohnung durch die Enthftungserklärung auf insolvenzbehaftete Forderungen stützen könnte⁶²².

Nach anderer Auffassung entfällt die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO mit Abgabe, jedenfalls aber mit Wirksamwerden der Enthftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Die Enthftungserklärung bewirke, dass das Mietverhältnis nicht mehr massebefangen sei, sondern in die Verfügungsbefugnis der Vertragsparteien zurückfalle, so dass eine Kündigung möglich sei. Insolvenzzrechtliche Gründe stünden der Kündigungsbefugnis des Vermieters nicht entgegen. Der Mieter könne die Kündigungsfolgen durch Zahlung der Mietrückstände gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB aus seinem pfändungsfreien Vermögen abwenden; auch sei eine Befriedigung der Mietschulden von dritter Seite, insbesondere öffentlichen Stellen, trotz des laufenden Insolvenzverfahrens möglich. Die Gegenauffassung übersehe, dass § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO keine Vorschrift des sozialen Mieterschutzes sei, sondern eine Norm, die ausschließlich insolvenzzrechtliche Ziele verfolge und daher die Massebefangenheit des Mietverhältnisses voraussetze. Auch mute die Gegenauffassung dem Ver-

⁶²² LG Neubrandenburg, WuM 2001, 551; AG Hamburg, NZI 2009, 331 (334); Flatow, NZM 2011, 607 (614 f.); Derleder, ZAP 2005, Fach 14, S. 513 (517 f.); Derleder in Festschrift für Blank, 2006, S. 673 (687); Wegener in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, 13. Aufl., § 109 InsO Rz. 20 und § 112 Rz. 7; Belz/Lüke in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII Rz. 480; Gürlevik, Die Rechtsstellung des insolventen Wohnraummieters, 2011, S. 149 ff.; Mohrbutter/Ringstmeier/Homann, Hb Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 7 Rz. 88; Franken/Dahl, Mietverhältnisse in der Insolvenz, 2. Aufl., 7. Teil Kap. IV Rz. 45; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 542 BGB Rz. 138, 143; Schmidt, Privatsolvenz, 4. Aufl., VI. 1; Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, 2. Aufl., § 109 InsO Rz. 18; Graf-Schlicker/Breitenbücher, 4. Aufl., § 109 InsO Rz. 12; Schmidt/Ringstmeier, 18. Aufl., § 109 InsO Rz. 25; HmbKommInsO/Pohlmann-Weide, 5. Aufl., § 109 InsO Rz. 30 und § 112 Rn. 1; Werres in Vallender/Undritz, Praxis des Insolvenzrechts, 2012, Kap. 6 Rz. 41; Pape/Uhländer/Wedekind, § 109 InsO Rz. 72.

mieter zu, trotz des vor Verfahrenseröffnung aufgelaufenen, an sich zur Kündigung berechtigenden Mietrückstands, einen weiteren Zahlungsverzug abzuwarten. Diese Besserstellung des Insolvenzschuldners gegenüber dem nicht im Insolvenzverfahren befindlichen Mieter könne nicht mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens gerechtfertigt werden⁶²³.

Der BGH⁶²⁴ entscheidet die Streitfrage im Sinne der letztgenannten Auffassung. Auf den ersten Blick spricht der Wortlaut des § 112 Nr. 1 InsO allerdings dafür, dass der Vermieter in der Insolvenz des Mieters gehindert ist, eine Kündigung wegen eines vor Insolvenzantragstellung eingetretenen Zahlungsverzugs auszusprechen. Gewichtigere Gründe, insbesondere die systematische Stellung der Norm sowie deren Sinn und Zweck, stehen jedoch deren Fortgeltung über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Enthaltungserklärung hinaus entgegen. Zu Unrecht berufen sich die Befürworter einer Fortgeltung der Kündigungssperre des § 112 InsO über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Enthaltungserklärung hinaus auf die systematische Stellung des § 112 in der Insolvenzordnung. § 112 InsO steht im Dritten Teil der Insolvenzordnung, der mit "Wirkungen der Insolvenzeröffnung" überschrieben ist. Von § 112 InsO werden daher nur solche Mietverhältnisse erfasst, die im Zeitpunkt der Kündigungserklärung (noch) insolvenzbehaftet sind. Daran fehlt es bei Mietverhältnissen, hinsichtlich derer der Insolvenzverwalter/Treuhänder eine Enthaltungserklärung abgegeben hat, denn diese hat zur Folge, dass die Verbindung des Mietverhältnisses zur Insolvenzmasse für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist vollständig gelöst wird⁶²⁵. § 112 InsO beruht auf der insolvenzrechtlichen Überlegung, dass die wirtschaftliche Einheit im Besitz des Schuldners nicht zur Unzeit auseinandergerissen werden darf. Gemietete oder gepachtete Gegenstände sollen dem Insolvenzverwalter nicht aufgrund von Zahlungsrückständen des Schuldners entzogen werden, da sie etwa für die Fortführung eines Unternehmens erfor-

⁶²³ MünchKomm/Eckert, 3. Aufl., § 109 InsORn. 59; *Tintelnot* in Kübler/Prütting/Bork, Stand Februar 2015, § 109 InsO Rz. 19; Pape, NZM 2004, 401 (410); Pape, InsBüro 2005, 169 (174 f.); Pape, ZMR 2009, 885 (890 f.); Hinz, NZM 2014, 137 (150); Tetzlaff, NZI 2006, 87 (91); Grote, ZInsO 2009, 9 (12); Eckert, ZVI 2006, 133 (138); im Ergebnis auch: Andres/Leithaus/Andres, 3. Aufl., § 109 InsO Rz. 14; Wendler in Schmid/Harz, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 109 InsO Rz. 25; Wagner in Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Hb des Fachanwalts Insolvenzrecht, 6. Aufl., Kap. 6 Rz. 125; Jablonski, GE 2008, 716 (719).

⁶²⁴ BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, MDR 2015, 876 = GE 2015, 1089.

⁶²⁵ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, MDR 2014, 643 = WuM 2014, 333 = NZM 2014, 429 Rz. 15, 23.

derlich sein können⁶²⁶. Die Kündigungssperre dient somit dem Schutz der Insolvenzmasse und einer möglichen Fortführung des Schuldnerunternehmens und gerade nicht dem persönlichen Schutz des bei Insolvenzantragsstellung im Zahlungsverzug befindlichen und damit vertragsuntreuen Mieters/Schuldners vor dem Verlust der Wohnung. Auch deshalb kann aus dem Wortlaut des § 112 Nr.1 InsO kein überzeugender Grund dafür hergeleitet werden, es dem Vermieter auch nach dem Wirksamwerden der Enthaltungserklärung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO) zu verwehren, eine Kündigung (auch) auf Rückstände aus der Zeit vor Insolvenzantragstellung zu stützen.

Verstärkt wird dieser Befund durch die Überlegungen, die den Gesetzgeber zur Einführung der Enthaltungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bewogen haben. Nach den Gesetzesmaterialien dient die Vorschrift des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nur insoweit dem Schutz des Mieters von Wohnraum, als sie verhindern soll, dass der Mieter das Verfahren der Verbraucherinsolvenz nur um den Preis des Verlustes seiner Wohnung durchführen kann. Denn Anlass der Einführung der Enthaltungserklärung war die zu beobachtende Praxis, dass Insolvenzverwalter/Treuhänder das Mietverhältnis nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO gekündigt haben, um die Kautions zur verwertbaren Masse ziehen zu können, auch wenn dem Mieter keine Pflichtverletzung zur Last fiel⁶²⁷. Dieser unerwünschten Entwicklung ist der Gesetzgeber dadurch entgegengetreten, dass der Insolvenzverwalter/Treuhänder bei Wohnraummietverhältnissen nicht mehr kündigen, sondern nur noch die Erklärung abgeben kann, dass die Insolvenzmasse nach Ablauf der in § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bestimmten Frist nicht mehr für die danach fällig werdenden Ansprüche hafte. Dass mit dieser ersichtlich im Interesse des vertragstreuen Mieters vorgenommenen Gesetzesänderung eine Ausweitung des Mieterschutzes dahingehend beabsichtigt war, dem Vermieter die Verpflichtung aufzuerlegen, ein Mietverhältnis mit einem vertragsuntreuen Mieter auch dann, ohne dass die Begleichung der Mietrückstände sichergestellt ist, fortzuführen, wenn das Mietverhältnis nicht mehr massebefangen ist, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen.

⁶²⁶ BT-Drucks. 12/2443, S. 148; vgl. BGH v. 18.7.2002 - IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353 (372) m.w.N.

⁶²⁷ BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

Im Ausgangspunkt ist anerkannt, dass § 112 InsO nicht über das Insolvenzverfahren hinaus gilt und die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses nach dessen Aufhebung daher auch mit Rückständen aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung begründet werden kann⁶²⁸. Dennoch wollen manche Instanzgerichte und einige Autoren die Kündigungssperre des § 112 InsO - wohl in analoger Anwendung - auf das Restschuldbefreiungsverfahren erstrecken. Der Schuldner habe innerhalb des sich an das Insolvenzverfahren anschließenden Restschuldbefreiungsverfahrens mit Rücksicht auf § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 Nr. 4 InsO nicht die Möglichkeit, die Mietschulden zu begleichen, und wäre schutzlos gestellt, wenn dem Vermieter eine Kündigung aufgrund der vor der Stellung des Insolvenzantrags aufgelaufenen Rückstände gestattet würde. Entgegen der Intention des Gesetzgebers stünde dem Mieter in diesem Fall nicht die Möglichkeit der Fortführung des Mietverhältnisses zu⁶²⁹.

Dem folgt der BGH⁶³⁰ nicht. Zum einen fehlt es an einer Regelungslücke als Voraussetzung einer Analogie; zum anderen lässt sich auch aus den vom Gesetzgeber mit dem Restschuldbefreiungsverfahren verfolgten Intentionen nichts für diese Auffassung gewinnen. Angesichts des insolvenzrechtlichen Regelungszwecks des § 112 InsO, die wirtschaftliche Einheit für das Insolvenzverfahren im Besitz des Schuldners zu halten⁶³¹, kann eine planwidrige Regelungslücke nicht angenommen werden. Der Schutz des vertragsuntreuen Mieters/Schuldners vor dem Verlust der angemieteten Wohnung ist nicht Zweck des § 112 InsO. Vielmehr sind die im Bürgerlichen Gesetzbuch hierzu getroffenen Regelungen abschließend. Der Gesetzgeber hat in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB die Wertung getroffen, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter jedenfalls dann unzumutbar ist, wenn sich der Mieter mit zwei vollen Monatsmieten in Verzug befindet. In einem solchen Fall ist der Vermieter allein aufgrund des Verzuges zur fristlosen Kündigung berechtigt, ohne dass es

⁶²⁸ Schmidt/Ringstmeier, 18. Aufl., § 112 InsO Rz. 21; *Belz/Lüke* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII Rz. 480.

⁶²⁹ LG Neubrandenburg, WuM 2001, 551; AG Hamburg, NZI 2009, 331 (334); Graf-Schlicker/*Breitenbücher*, 4. Aufl., § 112 InsO Rz. 10; Pape/Uhländer/*Wedekind*, § 112 InsO Rz. 38; *Flatow*, NZM 2011, 607 (614 f.); Gürlevik, Die Rechtsstellung des insolventen Wohnraummieters, 2011, S. 154 f.; *Flöther/Wehner/Hergenröder* in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, 2. Aufl., § 112 InsO Rz. 14; Jaeger/*Jacoby*, 2014, § 112 InsO Rz. 58.

⁶³⁰ BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, MDR 2015, 876 = GE 2015, 1089.

⁶³¹ BT-Drucks. 12/2443, S. 148.

noch einer Abwägung zwischen Mieter und Vermieterinteressen bedarf⁶³². Dem Interesse des vertragsuntreuen Mieters, der einen erheblichen Mietrückstand hat auflaufen lassen, die Wohnung gleichwohl zu erhalten, ist der Gesetzgeber dadurch entgegengekommen, dass er ihm - allerdings vorrangig zum Zwecke der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit - durch § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB eine Schonfrist zur einmaligen Nachholung rückständiger Mietzahlungen innerhalb von zwei Jahren eingeräumt hat, um bei deren Einhaltung eine auf den eingetretenen Mietzahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam werden zu lassen⁶³³. Zugleich hat es der Gesetzgeber bei Verfolgung dieses Ziels genügen lassen, dass eine Befriedigung des Vermieters nicht sofort, wie in § 535 Abs. 2 BGB vorgesehen, durch Entrichtung der bis dahin fälligen Miete oder Entschädigung, sondern durch Vorlage der entsprechenden Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle erfolgt⁶³⁴. Durch diese Sonderregelung⁶³⁵ hat der Gesetzgeber - allerdings abschließend - im allgemeinen Interesse zugleich auch dem Anliegen eines leistungsunfähigen Mieters, eine auf einen erheblichen Mietzahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nachträglich ungeschehen zu machen und ihm darüber die gemietete Wohnung zu erhalten, Rechnung getragen⁶³⁶. Dem Vermieter wird eine Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem vertragsuntreuen Mieter mithin nur dann zugemutet, wenn die gesamten Mietrückstände ausgeglichen werden oder - was dem im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommt - sich eine öffentliche Stelle innerhalb der Schonfrist dazu verpflichtet.

Hierzu kann es auch im Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff. InsO) kommen. Weder dessen Vorschriften noch der mit diesem Verfahren vom Gesetzgeber verfolgte Zweck schließen einen Ausgleich der rückständigen Mietschulden aus. Geht dem Mieter im Restschuldbefreiungsverfahren eine fristlose Kündigung des aufgrund der Enthftungserklärung nicht mehr massebefangenen Mietverhältnisses zu, die (jedenfalls auch) mit vor Insolvenzantragstellung aufgelaufenen Mietschulden begründet wird, kann der Mieter diese Mietrück-

⁶³² BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196 Rz. 21; BGH v. 29.4.2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297 Rz. 16; jeweils m.w.N.

⁶³³ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁶³⁴ vgl. bereits BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁶³⁵ vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 21.

⁶³⁶ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196 Rz. 25 m.w.N.

stände aus seinem pfändungsfreien Vermögen begleichen oder es kann sich eine öffentliche Stelle zur Zahlung verpflichten. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 294 Abs. 2 InsO oder eine Obliegenheitsverletzung nach § 295 Abs. 1 Nr. 4 InsO liegt in beidem nicht: Leistungen an einzelne Insolvenzgläubiger aus seinem pfändungsfreien Vermögen sind dem Mieter/Schuldner nach ganz überwiegender Auffassung jederzeit gestattet⁶³⁷.

Letztlich bedarf diese vom BGH bislang offen gelassene⁶³⁸ Frage auch hier keiner Entscheidung, denn jedenfalls fehlt es einer derartigen Zahlung an der für die Versagung der Restschuldbefreiung erforderlichen Gläubigerbenachteiligung nach § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO⁶³⁹. Sofern öffentliche Stellen die vor Insolvenzantragsstellung aufgelaufenen Mietrückstände begleichen, werden sie im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig und handeln nicht als Erfüllungsgehilfe des Schuldners⁶⁴⁰. Im Übrigen wird die Haftungsmasse durch die Zahlung Dritter nicht verkürzt.

Die im Rahmen eines Verbraucherinsolvenzverfahrens nach Maßgabe der §§ 286 ff. InsO zu gewährende Restschuldbefreiung dient dem Ziel, dem Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen⁶⁴¹. Erfüllt der Schuldner seine Obliegenheiten in der Wohlverhaltensphase (vgl. § 295 InsO), kommt ihm nach deren erfolgreichen Abschluss die Befreiung von den noch nicht getilgten Insolvenzforderungen zu Gute, zu denen, sofern der Schuldner Mieter ist, auch die bei Insolvenzantragstellung vorhandenen Mietrückstände unabhängig von einer etwaig danach erfolgten Enthaltungserklärung gehören. Mit der Restschuldbefreiung kann der Vermieter Ansprüche auf Zahlung rückständiger

⁶³⁷ Ahrens in Kohte/Ahrens/Grote/Busch, *Verfahrenskostenstundung, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren*, 7. Aufl., § 295 InsO Rz. 134; FK-InsO/Ahrens, 8. Aufl., § 294 InsO Rz. 59 und § 295 InsO Rz. 139; Vallender in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, 13. Aufl., § 295 InsO Rz. 55; HmbKomm-InsO/Streck, 5. Aufl., § 294 InsO Rz. 11; MünchKomm/Ehricke, § 294 InsO aF Rz. 32; Wenzel in Kübler/Prütting/Bork, § 294 InsO Rz. 5; Kupka, ZInsO 2010, 113 (115); Pape, InVO 2006, 454 (460); a.A. HK-InsO/Waltenberger, 7. Aufl., § 295 InsO aF Rz. 31.

⁶³⁸ BGH v. 14.1.2010 - IX ZR 93/09, WPM 2010, 523 Rz. 10.

⁶³⁹ MünchKomm/Ehricke, § 294 InsO aF Rz. 32; Vallender in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, 13. Aufl., § 295 InsO Rz. 56; FK-InsO/Ahrens, 8. Aufl., § 294 InsO Rz. 134.

⁶⁴⁰ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 27 ff.). Im Übrigen wird die Haftungsmasse durch die Zahlung Dritter nicht verkürzt (vgl. MünchKommInsO/Ehricke, aaO; Hinz, NZM 2014, 137, 150; FK-InsO/Ahrens, aaO, Rn. 135).

⁶⁴¹ BT-Drucks. 12/2443, S. 188; BT-Drucks. 14/5680, S. 11, 27; BGH v. 17.9.2009 - IX ZR 63/09, NZM 2010, 359 Rz. 8.

Miete, soweit es sich um Insolvenzforderungen handelt, endgültig nicht mehr gegen den Mieter durchsetzen. Denn die Restschuldbefreiung führt zur Entstehung einer unvollkommenen Verbindlichkeit, die zwar weiterhin erfüllbar, aber nicht erzwingbar ist⁶⁴².

In dieser allein die Zahlungspflicht betreffenden Regelung erschöpft sich allerdings der Schutz des Mieters/Schuldners durch das Verfahren der Verbraucherinsolvenz beziehungsweise der Restschuldbefreiung. Die Auffassung, dass darüber hinaus ein umfassender Kündigungsschutz aus einer vom Verbraucherinsolvenzverfahren bezweckten "Reorganisation der Schuldnerexistenz einschließlich seiner Wohnung" abzuleiten wäre⁶⁴³ findet im Gesetz keine Stütze. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der vertragsuntreue Mieter durch das Verfahren der Verbraucherinsolvenz auf Kosten des Vermieters einen über die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinausreichenden Kündigungsschutz dahin erfahren sollte, dass der Vermieter das Mietverhältnis mit dem Mieter, der einen Rückstand von mindestens zwei Monatsmieten hat auflaufen lassen, auf längere Zeit fortsetzen muss, ohne dass die Begleichung der Rückstände gesichert ist.

Mit dem Wirksamwerden der Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters/Treuhänders gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO entfällt deshalb die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO. Der Vermieter ist ab diesem Zeitpunkt nicht gehindert, eine Kündigung des Mietverhältnisses auf Mietrückstände zu stützen, mit denen der Mieter bereits vor Stellung des Insolvenzantrags in Verzug gewesen war.

Entgegen einer vereinzelt anzutreffenden Meinung⁶⁴⁴ endet der Verzug nicht etwa mit der Insolvenzeröffnung. Der Schuldnerverzug endet für die Zukunft grundsätzlich nur dann, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt, die zu seinem Eintritt geführt haben oder wenn gegen die Forderung eine materiellrechtliche Einrede besteht beziehungsweise geltend gemacht wird, die der Forderung die Durchsetzbarkeit nimmt, wie etwa die Einrede der Verjährung oder ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Stundungsabrede. Die Insolvenzeröff-

⁶⁴² vgl. BGH v. 25.9.2008 - IX ZB 205/06, WPM 2008, 2219 Rz. 11.

⁶⁴³ so *Derleder*, ZAP 2005, Fach 14, S. 513 (518).

⁶⁴⁴ Jaeger/Jacoby, 2014, § 109 InsO Rz. 65 und § 112 InsO Rz. 58.

nung ändert an einem zuvor eingetretenen Verzug indes nichts, sondern lässt diesen fortbestehen⁶⁴⁵. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist vielmehr als ein Leistungshindernis im Sinne des § 287 Satz 2 BGB anzusehen, das der Schuldner während des Verzugs zu vertreten hat. Auch die Insolvenzordnung geht ersichtlich von einem Fortbestand eines bei Insolvenzeröffnung bereits eingetretenen Verzugs aus, bestimmt sie doch in § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dass die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen der Forderungen der Insolvenzgläubiger nachrangig zu berichtigen sind.

14.6.5 Leistungsunfähigkeit und Verzug

Zur Verantwortlichkeit des Schuldners und damit auch zu der von § 286 Abs. 4 BGB geforderten Zurechnung einer Nichtleistung trotz Fälligkeit sieht § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Eine solche strengere Haftung besteht aber nach allgemeiner Auffassung bei Geldschulden. Danach befreit eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten, um die es hier geht, den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der (rechtzeitigen) Leistung, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht. Vielmehr hat jedermann nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, das § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB genauso zugrunde liegt wie der Vorgängerregelung des § 279 BGB a.F. und das im Übrigen auch aus dem geltenden Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht abzuleiten ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen⁶⁴⁶.

Dieses Verständnis des Vertretenmüssens im Falle mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit gilt auch für Mietzahlungspflichten und die bei Ausbleiben der Miete bestehenden Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters aus wichti-

⁶⁴⁵ Henckel in Henckel/Jaeger, 2004, § 39 InsO Rz. 12; Hess, Insolvenzrecht, 2. Aufl., § 39 InsO Rz. 26 ff.; Hirte in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, 13. Aufl., § 39 InsO Rz. 16; Staudinger/Löwisch/Feldmann, Neubearb. 2014, § 286 BGB Rz. 132; MünchKomm/Ernst, 6. Aufl., § 286 BGB Rz. 99; Soergel/Benicke/Nalbantis, 13. Aufl., § 286 BGB Rz. 202.

⁶⁴⁶ BGH v. 28.2.1989 - IX ZR 130/88, BGHZ 107, 92 (102) m.w.N.; BGH v. 11.12.2001 - VI ZR 350/00, WPM 2002, 347 unter II 3 b; BGH v. 15.3.2002 - V ZR 396/00, BGHZ 150, 187 (194); ebenso auch BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

gem Grund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB⁶⁴⁷. Soweit in der Instanzrechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten oder jedenfalls erwogen wird, ein Mieter, der Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle beziehe, genüge seinen Pflichten zur Beschaffung der zur Entrichtung der Miete benötigten Geldmittel bereits dann, wenn er alles ihm Obliegende und Zumutbare getan habe, um die öffentliche Stelle zur pünktlichen Zahlung der für seine Unterkunft geschuldeten Miete zu veranlassen⁶⁴⁸, trifft dies nicht zu.

Zwar braucht sich ein hilfebedürftiger Wohnungsmieter die Säumnis einer öffentlichen Stelle, die die Kosten seiner Unterkunft zu übernehmen hat, nicht gemäß § 278 BGB als eigenes Verschulden zurechnen zu lassen. Denn eine Behörde, die im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen an einen Bürger erbringt, ist hierbei nicht Erfüllungsgehilfe des Mieters zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Vermieter⁶⁴⁹. Das ändert aber nichts daran, dass der Mieter verschuldensunabhängig für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat⁶⁵⁰.

Dementsprechend sind auch die nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB allein auf den Umstand des Zahlungsverzugs abstellenden Kündigungsgründe vom Gesetzgeber so konzipiert worden, dass sie - anders als § 543 Abs. 1, § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB⁶⁵¹ - eine Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich nicht zulassen⁶⁵². Vielmehr ist danach bei Vorliegen der Tatbestände des § 543 Abs. 2 BGB allein aus diesem Grund eine außerordentliche fristlose Kündigung möglich, ohne dass die in § 543 Abs. 1 BGB genannten Abwägungsvoraussetzungen noch zusätzlich erfüllt sein müssen. Denn nach der Gesetzessystematik und den ihr zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen handelt es sich bei den in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

⁶⁴⁷ BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d cc; Staudinger/*Emmerich*, , Neubearb. 2014, § 543 BGB Rz. 56a; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 96 f.; *Wiek*, WuM 2010, 204 (205); jeweils m.w.N.

⁶⁴⁸ LG Bonn v. 10.11.2011 - 6 T 198/11, MietRB 2012, 65 = juris Rz. 5; LG Bonn v. 6.11.2014 - 6 S 154/14, juris Rz. 15; LG Wiesbaden, WuM 2012, 623 (624); ähnlich LG Berlin, NZM 2013, 121 (122); LG Berlin, WuM 2014, 607.

⁶⁴⁹ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 30.

⁶⁵⁰ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

⁶⁵¹ dazu BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334; BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 26.

⁶⁵² BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, WM 1987, 932 unter II 1 c.

bis 3 BGB aufgeführten, die (objektive) Verletzung bestimmter mietrechtlicher (Kardinal-)Pflichten von erheblichem Gewicht betreffenden Kündigungsgründen um gesetzlich typisierte Fälle der Unzumutbarkeit einer weiteren Fortsetzung des Mietverhältnisses. Soweit deren tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt sind, ist danach grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung gegeben⁶⁵³.

Gegenläufige Wertungskriterien, die eine abweichende rechtliche Beurteilung der aufgrund mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit des Mieters und seinem Angewiesensein auf öffentliche Sozialleistungen ausgebliebenen Mietzahlungen und einer hierauf gestützten Kündigung tragen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere steht der Umstand, dass der Mieter bei dem für ihn zuständigen Sozialhilfeträger rechtzeitig die Übernahme seiner Wohnungskosten beantragt und dieser die Übernahme zunächst zu Unrecht verweigert hatte, einer Wirksamkeit der Kündigung des Vermieters nicht entgegen⁶⁵⁴.

Der Gesetzgeber, der es seit langem als eine in der Sozialstaatsverpflichtung des Art. 20 Abs. 1 GG angelegte Aufgabe begreift, den vertragstreuen Mieter vor willkürlichen beziehungsweise vor nicht von berechtigten Interessen des Vermieters getragenen Kündigungen und damit dem Verlust seiner Wohnung zu schützen⁶⁵⁵, hat die in Rede stehende Problemlage gesehen, sie jedoch nicht dadurch zu bereinigen versucht, dass er - abweichend von den sonst geltenden rechtlichen Maßstäben - die Anforderungen an die Leistungspflichten des Mieters und ein Vertretenmüssen von Mietzahlungsrückständen zu Lasten des Vermieters herabgesetzt und dadurch die Kündigungsvoraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB verändert hat. Er hat dem Interesse des durch einen erheblichen Mietrückstand vertragsuntreu gewordenen Mieters an einem Erhalt der gemieteten Wohnung vielmehr dadurch Rechnung getragen, dass er ihm - allerdings vorrangig zum Zwecke der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit - durch § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB die Möglichkeit zur einmaligen Nachholung rückständiger Mietzahlungen innerhalb

⁶⁵³ vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 15; BGH v. 29.4.2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297 Rz. 16 m.w.N.; BGH v. 26.3.1969 - VIII ZR 76/67, WM 1969, 625 unter IV 3 c.

⁶⁵⁴ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

⁶⁵⁵ vgl. nur BT-Drucks. 7/2011, S. 7.

von zwei Jahren eingeräumt hat, um bei deren Einhaltung eine auf den eingetretenen Mietzahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam werden zu lassen⁶⁵⁶.

Zugleich hat der Gesetzgeber es bei Verfolgung dieses Ziels genügen lassen, dass eine Befriedigung des Vermieters nicht sofort, wie in § 535 Abs. 2, § 556b Abs. 1 BGB vorgesehen, durch Entrichtung der bis dahin fälligen Miete oder Entschädigung, sondern durch Vorlage der entsprechenden Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle erfolgt⁶⁵⁷. Aufgrund der Erkenntnis, dass sich die ursprünglich vorgesehene Nachholungsfrist von einem Monat für die Sozialhilfebehörden häufig als zu kurz erwiesen hat, hat er, um diesen Behörden ein auf die Vermeidung von Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter gerichtetes Tätigwerden zu erleichtern, bei Schaffung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB schließlich die Schonfrist für die Nachholung der Zahlung der rückständigen Miete und der fälligen Nutzungsentschädigung oder der Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung um einen Monat auf zwei Monate verlängert⁶⁵⁸.

Durch diese Sonderregelung⁶⁵⁹ hat der Gesetzgeber - allerdings abschließend - im allgemeinen Interesse zugleich auch dem Anliegen eines leistungsunfähigen Mieters, eine auf einen erheblichen Mietzahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nachträglich ungeschehen zu machen und ihm so die gemietete Wohnung zu erhalten, Rechnung getragen⁶⁶⁰. Die dem Mieter auf diese Weise kraft Gesetzes einmalig eingeräumte Nachfrist zur Beschaffung der zur Mietzahlung erforderlichen Mittel, zumindest aber zur Herbeiführung der erforderlichen Verpflichtungserklärung, kann deshalb nicht dahin erweitert werden, dass über den eindeutigen Gesetzeswortlaut hinaus bereits die Beantragung der zur Erbringung der Mietzahlungen erforderlichen öffentlichen Mittel genügen soll⁶⁶¹. Denn die damit verbundene Ungewissheit, den Gebrauch

⁶⁵⁶ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁶⁵⁷ vgl. bereits BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁶⁵⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 64; vgl. dazu auch BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 21.

⁶⁵⁹ vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020.

⁶⁶⁰ im Ergebnis ebenso Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 554 BGB Rz. 97.

⁶⁶¹ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

der Mietsache weiterhin gewähren zu müssen, ohne als Gegenleistung zumindest die Sicherheit einer Begleichung der bis dahin fälligen Mietrückstände zu haben, hat der Gesetzgeber dem Vermieter über den zweimonatigen Schonfristzeitraum hinaus gerade nicht mehr aufbürden wollen.

14.6.6 Erpressung durch Ablöseforderung

Ein Rechtsanwalt wurde zum Schadensersatz verurteilt, weil er für seine Mandantin, eine Pächterin, nach einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges vom Verpächter für die freiwillige Räumung Verzicht auf die Pachtzinsrückstände und sofortige Herausgabe der Kaution verlangt hatte. Das Urteil⁶⁶² wurde wie folgt begründet:

Dem Kläger steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 8.050,- € wegen Beteiligung an der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung in Gestalt einer Erpressung seitens der Gesellschafterin Frau A der vormaligen Pächterin des Klägers, die ihn zu einer Zahlung in Höhe dieses Betrages an sie veranlasste und die der Beklagte seinerzeit anwaltlich vertreten hat, zu (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 253 StGB, §§ 826, 830 Abs. 1, 2, § 249 BGB).

Der Beklagte hat sich vorsätzlich mindestens an der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch die bereits durch das Urteil des Oberlandesgerichts vom 17.5.2013 (.../13) verurteilte Frau A beteiligt. Dabei hat Frau A zugleich vorsätzlich den Tatbestand der Erpressung verwirklicht.

Der Beklagte haftet für diese Handlungen. Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Dabei stehen Anstifter und Gehilfen einem Mittäter gleich (§ 830 Abs. 1, 2 BGB). Der Beklagte war seinerzeit aufgrund seiner Tätigkeit als anwaltlicher Vertreter der damaligen Pächterin über sämtliche relevanten Umstände informiert und hat die Gesellschafterin der vormaligen Pächterin bei den Verhandlungen mit dem Kläger aktiv umfassend anwaltlich vertreten. Es hätte ihm seiner Mandantin gegenüber frei gestanden, ein Tätigwerden in dem konkreten Umfang zu unterlassen und sich auf die anwaltliche Vertretung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu beschränken. Das tatsächlich Geschehen bis hin zur Übergabe des Geldes durch den Kläger an Frau A ent-

⁶⁶² OLG Frankfurt v. 10.6.2015 – 2 U 201/14, GE 2015, 1529.

sprach insgesamt den vorangegangenen Vorstellungen des Beklagten, wie sie in dem von ihm verfassten Anwaltsschreiben vom 18.9.2012 zum Ausdruck kamen.

Frau A hat dem Kläger seinerzeit mit einem empfindlichen Übel gedroht, auf dessen Eintritt sie Einfluss hatte, was sie auch mitteilte, indem sie dem Kläger gegenüber androhte, die damalige Pächterin, für welche sie handelte, werde ihrer aufgrund der wirksamen fristlosen Kündigung fälligen Pflicht zur Räumung und Herausgabe des damaligen Pachtobjekts C in Stadt1 an ihn nur dann nachkommen, wenn der Kläger die von ihr mit Schriftsatz des Beklagten vom 18.9.2012 in ihrem Namen vorgeschlagene Vereinbarung unterzeichnete; mit der Unterzeichnung dieser Vereinbarung sollte er erklären, auf sämtliche offenen Pachtzinsforderungen zu verzichten und sich zudem verpflichten, Frau A die Kautions von 3.400,- € und den Betrag der von der vormaligen Pächterin seinerzeit gezahlten Maklercourtage von 4.650,- € netto zu erstatten.

Frau A hatte dem Kläger mit der Ankündigung, das Objekt vorerst nicht zu räumen und herauszugeben, ein empfindliches Übel in Aussicht gestellt. Denn sofern der Kläger das Pachtobjekt nicht zurückerhielt, konnte er es nicht weiter verwerten, insbesondere es nicht an den Erwerber des Objekts, an den er es bereits veräußert hatte, übergeben. Infolgedessen würden ihm erhebliche finanzielle Nachteile entstehen, etwa in Gestalt einer Verpflichtung, Schadenersatz zu leisten. Diese Umstände waren Frau A bekannt unabhängig davon, in welchem Maße sie über Einzelheiten des Veräußerungsgeschäfts zwischen dem Kläger und dem Erwerber informiert war. Ihre eigenen schlechten finanziellen Verhältnisse, die angeblich sie sowie die Pächterin bereits in der Vergangenheit gehindert hatten, die geschuldete Pacht zu bezahlen, und welche sie auch weiterhin daran hinderten, für den Verbleib in den Räumen Nutzungsentschädigung gemäß § 546a BGB und gegebenenfalls weiteren Schadenersatz zu zahlen, waren ihr gleichfalls bekannt.

Der Einschätzung der Ankündigung, die Pachtsache einzubehalten, als Ankündigung eines empfindlichen Übels steht nicht entgegen, dass Frau A dies damit begründete, sie habe für ihr Kind und sich noch keine andere Unterkunft gefunden. Denn dies ändert nichts an dem Inaussichtstellen des empfindlichen Übels des Unterlassens der Räumung und Herausgabe des gesamten Pachtobjekts. Das Verbleiben in dem Objekt war rechtswidrig; nach wirksamer fristloser Kündigung hatte die Pächterin kein Besitzrecht an dem Pachtobjekt mehr, was ihren Gesellschafterinnen auch bekannt war. Frau A war auch nicht ausnahmsweise an einer Räumung tatsächlich gehindert, da sie kurzfristig noch keine andere Wohnung hätte finden können. Hierfür bestanden und bestehen kei-

nerlei konkrete Anhaltspunkte. Der Beklagte hat auch weiterhin nichts dazu vorgetragen, dass und gegebenenfalls aus welchem Grund Frau A seinerzeit noch keine andere Wohnmöglichkeit gefunden hätte. Insoweit sind niemals auch nur irgendwelche Bemühungen, eine andere Wohnmöglichkeit zu finden, gegebenenfalls auch über das Wohnungsamt, vorgetragen worden. Frau A oder die damalige Pächterin hatte auch niemals gerichtlich eine Räumungsfrist beantragt, sofern eine solche Frist im Rahmen des insgesamt als gewerbliches Verhältnis zu qualifizierenden Pachtverhältnisses überhaupt in Betracht gekommen wäre. Darüber hinaus bestand jedenfalls keinerlei Grund, nicht nur die Wohnung, sondern das gesamte Pachtobjekt einschließlich Hotel und Restaurant nicht herauszugeben, was einen Schaden für den Kläger gegebenenfalls hätte begrenzen können.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass ein Verpächter nach der gesetzlichen Regelung gehindert ist, sich nach einer wirksamen Kündigung selbst wieder in den Besitz des Pachtobjekts zu setzen, und er statt dessen einen Herausgabetitel erwirken und diesen mangels freiwilliger Räumung durch den Schuldner auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg nur durch Inanspruchnahme staatlicher Vollstreckungsorgane durchsetzen kann. Das gesetzliche Verbot der eigenmächtigen Durchsetzung einer Rechtsposition hat nicht zur Folge, dass der rechtswidrige Einbehalt des an sich herauszugebenden Besitzes rechtmäßig würde.

Unerheblich ist auch, welche Verzögerung in der Weiterverwertung des Objekts durch den Kläger aufgrund der Weigerung der Pächterin und ihrer Gesellschafterinnen, das Pachtobjekt herauszugeben, eintreten würde. Denn bereits eine geringfügige Verzögerung um wenige Monate erschien für den Kläger als ein empfindliches Übel. Zudem hatte Frau A bereits mit Anwaltsschreiben des Beklagten vom 24.8.2012 gerade darauf hinweisen lassen, dass es zu einem Räumungsrechtsstreit mit weiteren Kosten kommen könne. Dies erweckte für den Kläger den Anschein, dass Frau A das Objekt nicht nur gegenwärtig nicht räumen und herausgeben würde, sondern dass es für den Kläger auch erforderlich sein würde, sich einen Räumungstitel zu verschaffen und diesen durch die Veranlassung von Vollstreckungsmaßnahmen durchzusetzen. Die Durchführung eines Räumungsrechtsstreits erfordert eine Mindestdauer von jedenfalls mehreren Monaten, bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung erster Instanz gegebenenfalls einen noch erheblich längeren Zeitraum. Ein erstinstanzliches Urteil wäre gegebenenfalls nur gegen Sicherheitsleistung des Klägers vorläufig vollstreckbar gewesen (§ 708 Nr. 7 ZPO; vgl. OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029). Diese Folge ergibt sich

bereits aus dem faktischen Innehaben des Pachtobjekts durch die Pächterin. In dem genannten anwaltlichen Schriftsatz stellte der Beklagte im Namen von Frau A eine Verknüpfung des Inaussichtstellens eines Räumungsrechtsstreits mit der bereits am 23.7.2012 erfolgten Veräußerung des Pachtobjekts her. Damit wurden gerade die für den Kläger infolge der Veräußerung in besonderem Maße drohenden Nachteile in Gestalt von Schadenersatzansprüchen des Erwerbers herausgestellt, die sich infolge des Erfordernisses, einen Räumungstitel erwirken und durchsetzen zu müssen, deutlich erhöhen würden.

Frau A brachte den Kläger durch ihre Ankündigung im anwaltlichen Schriftsatz des Beklagten vom 24.8.2012, das Pachtobjekt zunächst nicht herauszugeben, in eine Zwangslage. Diese Zwangslage ergab sich nicht schon aus der Veräußerung des Objekts und der für den Kläger dadurch begründeten Pflicht, das Objekt an den Erwerber geräumt zu übergeben. Vielmehr entstand die Zwangslage gerade dadurch, dass Frau A als Gesellschafterin der Pächterin das Pachtobjekt nicht räumte und herausgab und dadurch dem Kläger die Erfüllung seiner Übergabepflicht vorerst unmöglich machte. Frau A stellte den Eintritt und die Fortdauer des Übels damit als von ihrem Willen abhängig dar. Die Drohung musste nicht ausdrücklich erfolgen, auch eine versteckte Drohung ist tatbestandsmäßig. Weder höfliche Formulierungen noch die Verwendung von Argumenten, die ersichtlich keinen tatsächlichen Hintergrund haben und nur floskelhaft die vermeintliche Verständlichkeit der Weigerung der Herausgabe darstellen sollen, hindern den deutlich erkennbaren Charakter des Schreibens als Drohung. Dem Kläger, der nach dem Inhalt des Pachtvertrages und der erfolgten fristlosen Kündigung eine sofortige Herausgabe des Pachtobjekts erwarten durfte, wurde ein Nachteil in Aussicht gestellt, der ihn angesichts seiner Pflicht dem Erwerber gegenüber, das Objekt geräumt zu übergeben, in eine Zwangslage brachte (vgl. hierzu BGH, NJW 1995, 3052 f.; 1982, 384 f.; 2301 f.; OLG Saarbrücken, MDR 1999, 1313).

Frau A nötigte den Kläger durch ihre Drohung zum Abschluss der von ihr in dem anwaltlichen Schriftsatz des Beklagten vom 25.9.2012 geforderten Vereinbarung. Frau A erreichte den Abschluss der Vereinbarung vom 27.9.2012 und nachfolgend die Zahlung des Betrages von 8.050,- € durch den Kläger gerade durch die Ankündigung, sie und damit die Pächterin werde das Pachtobjekt anderenfalls entgegen ihrer Verpflichtung und damit rechtswidrig nicht räumen, so dass der Kläger auf das Erwirken eines Titels und dessen Durchsetzung angewiesen gewesen wäre, und damit gerade durch das Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels.

Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger aufgrund eines Gesprächs mit den Gesellschafterinnen der damaligen Pächterin am 12.9.2012 selbst zunächst anbot, im Falle einer kurzfristigen Räumung des Objekts vollständig auf die offenen Pachtzinsansprüche zu verzichten. Denn Frau A hatte sich nicht auf die Annahme dieses Angebots beschränkt, sondern mit Anwaltsschreiben des Beklagten vom 18.9.2012 darüber hinaus weitere Forderungen gestellt und Leistungen verlangt, auf welche sie oder die vormalige Pächterin gleichfalls keinerlei Anspruch hatten, nämlich den Verzicht auch auf die Zahlung von Betriebskosten sowie Erstattung der von der Pächterin an ihn geleisteten Kautions in Höhe von 3.600,- €, tatsächlich 3.400,- €, und der anlässlich des Abschlusses des Pachtvertrages an den Makler gezahlten Provision von 5.000,- €, tatsächlich 4.650,- € netto. Die Ankündigung der Frau A, sich mit diesen Zahlungen kurzfristig eine neue Wohnung bzw. eine Wohngelegenheit verschaffen bzw. „über die Runden kommen“ zu können, vermag die Ankündigung, ansonsten in den Räumen zu verbleiben, nicht zu rechtfertigen. Ein Anspruch auf Erstattung der von ihr angeblich für das Inventar aufgewendeten Kosten in Höhe von ca. 20.000,- €, welche nunmehr vergebens aufgewendet seien, kam ohnehin aus keinerlei rechtlichem Grund in Betracht. Auch aus dem Inhalt des Schriftsatzes vom 18.9.2012, in dem dieser Betrag genannt ist, ergab sich nicht ansatzweise, dass und aus welchem Grunde der Pächterin oder Frau A hieraus ein Anspruch gegen den Kläger hätte zustehen können.

Die Unterzeichnung der Vereinbarung fügte dem Vermögen des Klägers einen Nachteil zu. Bereits durch die Vereinbarung mit dem Kläger erhielten die vormalige Pächterin sowie deren Gesellschafterinnen erhebliche Vermögenswerte, auf die sie keinen Anspruch hatten, nämlich neben dem Freiwerden von erheblichen Verbindlichkeiten aus dem Pachtverhältnis einen Anspruch der Frau A auf Zahlung von 8.050,- €. Es handelt sich auch nicht um eine mögliche Rechtsposition der Pächterin oder ihrer Gesellschafterinnen, über welche die Beteiligten verhandelt hätten. Denn die Pächterin und ihre Gesellschafterinnen hatten in der Sache keinerlei Einwände gegen ihre Zahlungspflichten erhoben, und sie hatten keinerlei Anspruch auf Rückzahlung des Kautionsbetrages und auf Erstattung der Maklerkosten.

Der Annahme eines Schadens bereits durch Abschluss der Vereinbarung steht nicht entgegen, dass die genannte Vereinbarung unwirksam ist, da der Kläger sie wirksam wegen Drohung mit einem empfindlichen Übel angefochten hat (§ 142 Abs. 1, § 123 Abs. 1, § 124 Abs. 1 BGB). Denn auch eine Vermögensgefährdung, welche bereits durch den Abschluss der Vereinbarung begründet wurde, reicht insoweit aus. Die

schriftlich getroffene Vereinbarung (§ 126 Abs. 2 BGB) bewirkte jedenfalls den erheblichen Anschein einer Verpflichtung des Klägers und begründete das nicht unerhebliche Risiko für ihn, die Wirksamkeit einer Anfechtung auch gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen. Die Wertung der Vereinbarung als anfechtbar war keineswegs sicher, wie bereits das klageabweisende Urteil des Landgerichts ..., Az. .../12, in dem von dem Kläger gegen die Pächterin sowie ihre Gesellschafterinnen geführten Parallelrechtsstreit zeigt, welches dem Urteil des Oberlandesgerichts ..., Az. .../13, vorausging.

Der bereits durch die Unterzeichnung der Vereinbarung begründete Vermögensnachteil wurde nochmals vertieft durch die auf der Grundlage der geschlossenen Vereinbarung erfolgte Übergabe des Betrages von 8.050,- € an Frau A anlässlich der Herausgabe des Pachtobjekts durch diese. Auch für diese Geldübergabe bestand die Kausalität der Drohung fort; sie war nicht dadurch unterbrochen, dass Frau A für die Pächterin das Pachtobjekt durch Übergabe der Schlüssel bereits herausgegeben hätte, so dass der Kläger, der zwar nicht bei der Übergabe des Pachtobjekts, aber zuvor anwaltlich beraten war, die Zahlung an sie und den Verzicht auf bestehende Ansprüche möglicherweise freiwillig und nicht unter dem Eindruck der Ankündigung, das Objekt nicht zu räumen, geleistet hätte. Die maßgebende Vereinbarung über die Vorgehensweise hatten die Beteiligten bereits zuvor schriftlich getroffen. Sie begründete wie oben dargelegt jedenfalls den Anschein entsprechender Ansprüche der Pächterin und deren Gesellschafterinnen. Am 27.9.2012 erfolgte lediglich die Durchführung dieser Vereinbarung. Das Unterlassen der Geldübergabe hätte die zuvor getroffene Vereinbarung nicht beseitigt. Dass auch der Kläger anwaltlich vertreten war, ist für diese Beurteilung ohne Bedeutung.

Zudem hatte die Pächterin mit der Übergabe der Schlüssel noch nicht jeden Besitzwilen und damit den Besitz an dem Pachtobjekt endgültig aufgegeben (§ 856 Abs. 1 BGB). Die Aufgabe des Besitzes als Voraussetzung der Herausgabe des Pachtobjekts erforderte, dass auch sämtliche Personen, welche für die Pächterin tätig waren, das Mietobjekt verließen. Dies war zum Zeitpunkt der Übergabe des Geldes jedoch noch nicht der Fall. Der gemeinsame Übergabetermin war noch nicht abgeschlossen. Die Räumung des Objekts dauerte unstreitig bis zum selben Abend gegen 19.00 Uhr fort. Das nachfolgende Verlassen des Grundstücks seitens der Vertreter und Mitarbeiter der Pächterin war auch nicht unabhängig von dem Erhalt des Geldes jedenfalls zu erwarten, da Frau A die Schlüssel ersichtlich nur im Hinblick auf das ihr anschließend zu übergebende Geld herausgab. Frau A ging zu diesem Zeitpunkt ersichtlich davon aus, im Gegenzug für

die Herausgabe der Schlüssel noch das in der unterzeichneten Vereinbarung zugesagte Geld zu erhalten. Ersichtlich wollte sie den Besitz an dem Mietobjekt endgültig erst mit Erhalt des Geldes aufgeben.

Schließlich spricht eine Vermutung dafür, dass die Übergabe von Geld, die eine zuvor erzwungene entsprechende Zusage im Sinne einer Erpressung umsetzt, nun nicht freiwillig erfolgt, sondern weiterhin aufgrund der vorangegangenen Drohung mit einem empfindlichen Übel. Das Eingehen auf eine Forderung, welche unter Drohung mit einem empfindlichen Übel gestellt wird, ist nicht als freiwillig und als Ausdruck von Berechnung anzusehen, auch wenn hiermit gerade das Eintreten des angedrohten Übels vermieden werden soll. Vielmehr trägt es gerade der Zwangslage Rechnung und vollendet mithin gerade den Tatbestand der Erpressung.

Aus den gleichen Gründen kann in der Aushändigung des Geldes durch den Kläger auch keine Bestätigung des nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäfts gesehen werden (§ 141 Abs. 1, § 144 BGB). Denn während des Termins zur Übergabe der Pachtsache bestand die für den Kläger geschaffene Zwangslage wie dargelegt fort. Die Übergabe des Geldes durch den Kläger hatte vor dem dargelegten Hintergrund die Funktion, den Abschluss der Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts zu sichern, nicht aber offenbarte es den Willen des Klägers, trotz der Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit an dem Rechtsgeschäft festzuhalten. Während die Herausgabe des Pachtobjekts an den Kläger noch nicht abgeschlossen war, bestand vielmehr für ihn weiterhin nicht die geringste Veranlassung, der Pächterin und Frau A die geforderten erheblichen Vermögensvorteile zukommen zu lassen. Sie konnten unter diesen Umständen in keiner Weise den Eindruck erhalten, der Kläger wollte durch die Übergabe des Geldes bestätigen, an der getroffenen Vereinbarung ungeachtet ihrer Anfechtbarkeit jedenfalls festhalten zu wollen (§§ 133, 157 BGB).