



Aktuelles Mietrecht 2016

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Lehrbeauftragter an der TH Köln

✉ Aachener Str. 1055-1057, 50958 Köln

✉ luetzenkirchen@ld-ra.de

☎ 0221-1792910

INHALT

I. Einblick	1
II. Aktuelles Mietrecht	1
1 Abgrenzung Wohnraum- und Gewerberaummiete	1
1.1 unentgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag.....	1
1.2 vereinbarte Wohnraummiete	5
2 Mietvertrag	6
2.1 Zustandekommen unter Abwesenden, § 147 Abs. 2 BGB	6
2.2 stillschweigende Annahme.....	8
2.3 stillschweigende Änderung	10
2.4 Konfusion	10
2.5 Widerruf bei Fernabsatzgeschäft	16
2.6 Verwender von AGB	17
2.7 Aushandeln i.S.v. § 305 BGB	20
2.8 Wirksame Verpflichtung zum Beitritt einer Werbegemeinschaft.....	24
2.9 Fehlerhafter Beitritt zur Werbegemeinschaft.....	27
3 vertragsgemäßer Zustand.....	28
4 Hausrecht.....	31
5 Mietzeit	31
5.1 Formularmäßiger Kündigungsausschluss	31
5.1.1 Kündigung nach Ablauf von vier Jahren	31
5.1.2 Kündigung zum Ablauf von vier Jahren.....	32
5.2 unterschiedliche Laufzeit im gewerblichen Mietvertrag.....	33
5.3 Nachmieterstellung.....	34
5.4 „stillschweigende Optionsausübung“.....	36
5.5 stillschweigende Vertragsverlängerung	37
6 Miete	39
6.1 Fertigstellung als Mietzahlungsbeginn	39
6.2 Aufrechnungsverbot	39
7 Schönheitsreparaturen	42
7.1 Wirksamkeit der Renovierungsklausel bei unrenoviertem oder renovierungsbedürftigem Anfangszustand.....	42

7.2	weiterführende Entscheidungen.....	51
7.2.1	renovierungsbedürftiger Zustand	51
7.2.2	Höhe der Ausgleichsleistung.....	51
7.2.3	Anforderungen an die Darlegungslast	53
7.2.4	Geltung für die Gewerberaummiete.....	53
8	Gewährleistung.....	55
8.1	Sachmangel wegen gestohlener Einbauküche?	55
8.2	Umdenken bei Umweltfehlern?	60
8.2.1	Die Entscheidung des BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14	60
8.2.2	Auswirkungen der Entscheidung	69
8.2.2.1	Darlegungs- und Beweislast.....	69
8.2.2.2	Baulärm.....	70
8.2.2.3	Veränderungen im Umfeld.....	71
8.2.2.4	Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit.....	71
8.3	Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete.....	73
9	Verjährung.....	74
9.1	Wegnahmerecht des Mieters.....	74
9.2	Schadensersatzansprüche Dritter.....	75
10	Schriftform	80
10.1	Nachträgliche Umbauarbeiten des Mieters	80
10.2	unwesentliche Anhebung der Miete	81
10.3	Änderung des Nutzungszwecks	83
10.4	nachträgliche Dokumentation	85
10.5	Austausch von Blättern des Mietvertrages.....	85
10.6	Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Schriftformmangel	88
10.7	qualifizierte Schriftformklausel.....	89
10.8	Heilungsklausel.....	91
11	Kaution.....	92
11.1	Freigabe des verpfändeten Sparbuchs.....	92
11.2	Bürgschaft der Ehefrau.....	97
11.3	Bürgenhaftung für Optionszeit?.....	98
11.4	Inanspruchnahme des Bürgen im laufenden Mietvertrage	100

12 Mieterhöhung	101
12.1 Flächenabweichung bei § 558 BGB	101
12.2 Flächenabweichung und Anpassung nach § 313 BGB	104
12.3 Begründung durch Sachverständigengutachten	107
12.4 wegen Modernisierung	109
12.4.1 Umfang der Verschiebung nach § 559b Abs. 2 BGB.....	109
13 Betriebskosten	110
13.1 Kosten der Gartenpflege (öffentlicher Park).....	110
13.2 Kosten der Gartenpflege (Beseitigung von Hundekot).....	111
13.3 Bezugnahme auf Anlage 3 zu § 27 II.BV	111
13.4 Umlagevereinbarung zu erhöhter Grundsteuer bei Neubau.....	115
13.5 Umlagevereinbarung zu Wartungskosten im Gewerbe.....	117
13.6 Umlageschlüssel „vermietete Fläche“ im Gewerbe	120
13.7 Vorauszahlungen oder Pauschale.....	123
13.8 Formelle Fehler der Abrechnung	123
13.8.1 bereinigte Gesamtkosten.....	124
13.8.2 Anspruch auf Neuerteilung einer Abrechnung?	128
13.9 Ausschlussfrist in Altverträgen?	130
13.10 Einwendungsausschluss	138
13.10.1 nicht umlagefähige Kosten	138
13.11 Einführung eines verursachungsabhängigen Verteilerschlüssels	140
14 Heizkosten	143
14.1 formelle Wirksamkeit und Schätzung	143
14.2 Anwendung des § 12 HeizkV.....	144
15 Vermieterwechsel	146
15.1 Auszug des Mitmieters	146
16 Beendigung des Mietvertrages	147
16.1 gewerbliche Weitervermietung	147
16.2 Erleichterte Kündigung nach § 573a BGB.....	149
16.3 Fristgerechte Kündigung	151
16.3.1 wegen schuldhafter nicht unerheblicher Pflichtverletzung	151
16.3.2 richtiger Zeitpunkt für die Anbietspflicht	153

16.4	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.....	154
16.4.1	Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB.....	154
16.4.2	unpünktliche Mietzahlung.....	157
16.4.3	Erlöschen der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB.....	159
16.4.4	Erheblicher Rückstand in der Gewerberaummieta.....	160
16.4.5	Leistungsunfähigkeit und Verzug.....	162
16.4.6	Schonfristzahlung und fristgerechte Kündigung.....	166
16.4.7	Erpressung durch Ablöseforderung.....	167
17	Räumung und Rückgabe.....	174
17.1	Erlöschen eines Anmietrechts.....	174
18	Nutzungsentschädigung.....	176
18.1	§ 546a Abs. 1, 2. Alt. BGB.....	176
18.2	Fortdauer des vertraglichen Aufrechnungsverbot.....	178
19	Vorkaufsrecht.....	180
19.1	§ 577 Abs. 1 Variante 2 BGB.....	180
19.2	analoge Anwendung auf Realteilung.....	184
20	Widerruf von Fernabsatzgeschäften.....	186

I. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2015/16 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Diese wurden, soweit möglich, in den Text eingearbeitet. Die vollständige Erfassung der Rechtslage kann diese Darstellung aber nicht ersetzen. Neben den weiterführenden Zitaten im Text und der einschlägigen Literatur kann insoweit auf meinen kalenderjährlichen Überblick verwiesen werden, der unter

www.ld-ra.de/news

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

II. Aktuelles Mietrecht

1 Abgrenzung Wohnraum- und Gewerberaummiete

1.1 unentgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag

In Fällen der Vereinbarung eines unentgeltlichen schuldrechtlichen Wohnrechts liegt in der bloßen vorübergehenden Gebrauchsüberlassung einer Sache in der Regel keine das Vermögen mindernde Zuwendung, wie sie für eine Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB erforderlich wäre. Denn die Sache verbleibt im Eigentum und mithin im Vermögen des Leistenden. Auch der unmittelbare Besitz wird dann nicht endgültig, sondern nur vorübergehend aus der Hand gegeben. Allein das Merkmal der Unentgeltlichkeit macht die Zuwendung noch nicht zu einer Schenkung. Wer sich vertraglich verpflichtet, einem anderen den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten, begründet vielmehr einen formlos zulässigen Leihvertrag gemäß § 598 BGB. Da eine Leihe gerade die Gestattung des unentgeltlichen Gebrauchs zum Gegenstand hat, kann auch in der damit verbundenen Zuwendung des Wertes einer sonst möglich gewesenen Eigennutzung der Sache keine Schenkung gesehen werden¹. Dass die Gebrauchsüberlassung auch über den Tod des Überlassenden hinaus andauern sollte, etwa weil

¹ BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820; BGH v. 20.6.1984 - IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553; BGH v. 10.10.1984 - VIII ZR 152/83, NJW 1985, 313; BGH v. 11.7.2007 - IV ZR 218/06, FamRZ 2007, 1649 (1650).

eine Überlassung auf Lebenszeit des Wohnberechtigten vereinbart und ein Vorversterben des Überlassenden zu erwarten ist, macht insoweit keinen Unterschied. Auf das jeweilige Alter der Vertragsschließenden und die Wahrscheinlichkeit, dass der eine den anderen überlebt, kann für die rechtliche Behandlung derartiger Abreden nicht abgehoben werden².

Für die Gebrauchsüberlassungsverträge, bei denen dem Begünstigten nicht lediglich eine Nutzung der Räume zu eigenen Wohnzwecken ermöglicht wird, sondern darüber hinaus auch eine Gebrauchsüberlassung an Dritte, gilt nichts anderes³. Denn das Eigentum der Immobilie verblieb beim Eigentümer und es handelte sich um eine - wenn auch lang andauernde - Gebrauchsüberlassung nur auf Zeit. Ob dann, wenn die Gebrauchsüberlassung der wirtschaftlichen Weggabe der Sache nahe kommt, von einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB auszugehen ist⁴, bedarf keiner Entscheidung⁵. Denn ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Dass der Wert der streitgegenständlichen Immobilie nach Ablauf der Vertragslaufzeiten von 31 Jahren erschöpft wäre, ist nicht ersichtlich.

Auch die von den Vertragsparteien vereinbarten Abweichungen von der in §§ 598 ff. BGB gesetzlich vorgesehenen Ausgestaltung der Leihe rechtfertigen nicht die Annahme, es liege kein Leihvertrag vor⁶. Dies gilt sowohl für die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte, deren Erteilung das Gesetz in § 603 Satz 2 BGB vorsieht, als auch dafür, dass sich die Erblasserin abweichend von § 601 Abs. 1 BGB zur Übernahme der gewöhnlichen Erhaltungskosten verpflichtet hat. Diese Gesetzesbestimmung ist ebenso abdingbar⁷ wie das in § 605 Nr. 1 BGB vorgesehene Recht des Entleihers zur Eigenbedarfskündigung⁸. Die von den Vertragsparteien gegenüber dem gesetzlichen Modell vorgenommenen Modifikationen ändern nichts daran, dass eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung und mithin eine Leihe vorliegt.

² BGH v. 20.6.1984 - IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553.

³ BGH v. 27.1.2016 - XII ZR 33/15, WuM 2016, 227 = DWW 2016, 103.

⁴ offen gelassen von BGH v. 20.6.1984 - IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553.

⁵ BGH v. 27.1.2016 - XII ZR 33/15, WuM 2016, 227 = DWW 2016, 103.

⁶ BGH v. 27.1.2016 - XII ZR 33/15, WuM 2016, 227 = DWW 2016, 103.

⁷ jurisPK-BGB/*Colling*, [Stand: 1. Oktober 2014], § 601 BGB Rz. 12; Palandt/*Weidenkaff*, 75. Aufl., § 601 BGB Rz. 3; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 601 BGB Rz. 5.

⁸ allgM, vgl. etwa BeckOK BGB/*Wagner*, [Stand: 1. Februar 2015], § 605 BGB Rz. 1; jurisPK-BGB/*Colling*, [Stand: 1. Oktober 2014], § 605 BGB Rz. 11; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 605 BGB Rz. 6; Staudinger/*Reuter*, [2013], § 605 BGB Rz. 1.

Die Gebrauchsüberlassungsverträge waren auch nicht entsprechend § 518 BGB formbedürftig⁹. Verträge über die Gestattung des unentgeltlichen Gebrauchs einer Sache sind ungeachtet eines etwa hierdurch dem Eigentümer entstehenden wirtschaftlichen Nachteils generell als Leihe zu qualifizieren (§ 598 BGB). In diese Richtung weist auch das Schenkungsrecht selbst. Denn nach § 517 BGB liegt keine Schenkung vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen lediglich einen Vermögenserwerb unterlässt. Auf den Leihvertrag sind deshalb schenkungsrechtliche Vorschriften grundsätzlich auch dann nicht anzuwenden, wenn dem Eigentümer infolge der Gebrauchsüberlassung Vermögensvorteile entgehen, die er bei eigenem Gebrauch hätte erzielen können¹⁰.

Weil die Regelung über den Leihvertrag nicht auf nur kurzfristige Gestattungsverträge beschränkt ist (vgl. § 604 BGB), kann die Dauer des Vertragsverhältnisses für die Frage der entsprechenden Anwendung von Bestimmungen aus dem Schenkungsrecht wie etwa dem Formerfordernis des § 518 BGB keine entscheidende Bedeutung erlangen¹¹. Soweit das Gesetz nicht für bestimmte Verträge Formerfordernisse vorschreibt, wie die schriftliche Form bei für längere Zeit als ein Jahr geschlossenen Mietverträgen (§ 550 BGB mit der Folge vorzeitiger Kündbarkeit), ist ein Rechtsgeschäft nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit mit dem formlos vereinbarten Inhalt wirksam. Für den Abschluss eines Leihvertrags ist keine bestimmte Form vorgesehen. Dieser Vertrag ist mithin auch dann formlos zulässig, wenn er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls ein Risiko in sich birgt oder einen Nachteil mit sich bringen kann, wie dies mit der langfristigen Überlassung von Räumen zum unentgeltlichen Besitz und Gebrauch einhergeht. Es spielt keine Rolle, ob sich diese Gefahr nur aus der Länge der verabredeten Bindungsdauer oder erst aus der mit der Gebrauchsgewährung verknüpften Aufgabe eines Vermögensvorteils der sonst möglichen Eigennutzung ergibt¹².

Eine Ausnahme von der Formfreiheit besteht im vorliegenden Fall auch nicht wegen des in den Gebrauchsüberlassungsverträgen enthaltenen - unterstellt

⁹ BGH v. 27.1.2016 - XII ZR 33/15, WuM 2016, 227 = ZMR 2016, 434 = GE 2016, 387 = DWW 2016, 103.

¹⁰ BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820 (821).

¹¹ BGH v. 27.1.2016 - XII ZR 33/15, WuM 2016, 227 = ZMR 2016, 434 = GE 2016, 387 = DWW 2016, 103.

¹² BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820 (821).

wirksamen - Ausschlusses einer Eigenbedarfskündigung nach § 605 Nr. 1 BGB¹³. Zwar ist die Kündigungsbefugnis nach § 605 Nr. 1 BGB eine Rechtfertigung dafür, dass das Gesetz die Belange des Verleihers auch ohne Formzwang als ausreichend gewahrt ansieht¹⁴. Deshalb wird teilweise vertreten, dass im Falle des Ausschlusses der Eigenbedarfskündigung die analoge Anwendung des § 518 BGB in Betracht zu ziehen sei¹⁵.

Dem ist jedoch nicht zu folgen¹⁶. Auch bei Ausschluss der Eigenbedarfskündigung stellt die Leihe ein Minus zur Schenkung dar, weil das Eigentum beim Verleiher verbleibt und der Entleiher die geliehene Sache nur als Fremdbesitzer nutzt¹⁷. Darüber hinaus steht dem Verleiher bei Dauerschuldverhältnissen wie der Leihe auf Zeit jedenfalls die Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB offen, um sich bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses von diesem zu lösen¹⁸. Zwar ist dieses Sonderkündigungsrecht durch die vertraglichen Regelungen dahin modifiziert, dass der Eigenbedarf des Verleihers eine Unzumutbarkeit im Sinne des § 314 Abs. 1 BGB - eigentlich - nicht begründen kann. Es ist jedoch in den Blick zu nehmen, dass die Leihe aufgrund ihrer Unentgeltlichkeit zu den Gefälligkeitsverträgen gehört¹⁹. Dem Entleiher kann es daher, zumal bei Hinzutreten eines verwandtschaftlichen Näheverhältnisses zwischen den Vertragsparteien, im Einzelfall gemäß § 242 BGB verwehrt sein, sich auf den vertraglich vereinbarten Kündigungsausschluss zu berufen²⁰. Im Ergebnis führt daher auch der Ausschluss der Eigenbedarfskündigung des § 605 Nr. 1 BGB nicht zu einer mit der Schenkung vergleichbaren Interessenlage, so dass die entsprechende Anwendung der schenkungsrechtlichen Formvorschriften ausscheidet²¹.

¹³ BGH v. 27.1.2016 - XII ZR 33/15, WuM 2016, 227 = ZMR 2016, 434 = DWW 2016, 103.

¹⁴ BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820 (821).

¹⁵ MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 598 BGB Rz. 14; Nehlsen von Stryck, AcP 187, 552 (590); Grundmann, AcP 198, 457 (479 f.).

¹⁶ BGH v. 27.1.2016 - XII ZR 33/15, WuM 2016, 227 = ZMR 2016, 434 = DWW 2016, 103.

¹⁷ Staudinger/Reuter, [2013], § 598 BGB Rz. 9.

¹⁸ BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820 (821).

¹⁹ Staudinger/Reuter, [2013], Vorbem zu §§ 598 BGB ff. Rz. 8.

²⁰ vgl. zur sog. Ausübungskontrolle grundlegend BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (606).

²¹ so etwa Staudinger/Reuter, [2013], § 598 BGB Rz. 9; vgl. auch Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, S. 151 f.; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl., Einf v § 598 BGB Rz. 4; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., Vor § 598 BGB Rz. 6.

1.2 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 anwendbar²². Eine juristische Person kann schon begrifflich nicht zu (eigenen) Wohnzwecken anmieten²³.

Die Geltung der Mieterschutzvorschriften der §§ 573 ff. BGB kann aber ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten der Parteien vereinbart werden, so dass der gesetzliche Kündigungsschutz für den Vertrag maßgebend sein soll²⁴. 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 wiedergibt²⁵.

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Vertrag mit „Mietvertrag für Wohnräume“ überschrieben ist und maßgebliche wohnungsmietrechtliche Vereinbarungen enthält²⁶. Durch die Zugrundelegung dieses Formulars haben die Parteien zu erkennen gegeben, dass sie den Vertrag im Rahmen der Formulklauseln dem Wohnraummietrecht unterstellen wollen²⁷. Maßgebliche Vorschriften des verwendeten Formularmietvertrages 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

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ KG v. 27.8.2015 – 8 U 192/14, WuM 2015, 666 = GE 2015, 1397; vgl. auch KG v. 8.12.2014 – 8 U 117/14, GE 2016, 257.

²⁷ vgl. OLG Hamburg v. 29.10.1997 – 4 U 61/97, NJW-RR 1998,1382.

§ 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.

2 Mietvertrag

2.1 Zustandekommen unter Abwesenden, § 147 Abs. 2 BGB

Für einen gegenüber einem Abwesenden abgegebenen Antrag auf Abschluss eines Vertrags regelt § 147 Abs. 2 BGB, dass der Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, in welchem der Antragende den Eingang der Annahmeerklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Die nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Frist zur Annahme setzt sich zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie der Zeit der Übermittlung der Antwort an den Antragenden. Sie beginnt daher schon mit der Abgabe der Erklärung und nicht erst mit deren Zugang bei dem Empfänger²⁸. Die Überlegungsfrist bestimmt sich vor allem nach der Art des Angebots. Nach seinem Inhalt ist zu beurteilen, ob der Antragende die Behandlung des Angebots als eilbedürftig erwarten darf²⁹.

Zu den regelmäßigen Umständen im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB gehören auch verzögernde Umstände, die der Antragende kannte oder kennen muss-

²⁸ BGH v. 27.9.2013 – V ZR 52/12, NJW 2014, 854 Rz. 11; BGH v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 11 m.w.N.

²⁹ BAGE 104, 315 = BAG BB 2003, 1731 (1732).

te³⁰. Als solche kommen etwa die Organisationsstruktur großer Unternehmen, die Erfordernisse der internen Willensbildung bei Gesellschaften oder juristischen Personen³¹ oder auch absehbare Urlaubszeiten in Betracht³², sofern von einem verzögernden Einfluss auf die Bearbeitungsdauer auszugehen ist³³.

Zu beweisen hat das Zustandekommen des Vertrags und damit auch die Rechtzeitigkeit der Annahme grundsätzlich derjenige, der den Vertragsschluss behauptet und daraus Rechtsfolgen ableitet³⁴. Den anderen Vertragspartner kann insoweit allenfalls eine sekundäre Darlegungslast treffen. Beruft sich der das Vertragsangebot Annehmende darauf, dass der Vertrag wirksam sei, hat er mithin darzulegen und zu beweisen, dass seine unter Abwesenden erfolgte Annahmeerklärung rechtzeitig im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB zugegangen ist. An dieser Verteilung von Darlegungs- und Beweislast ändert auch die Umkehr der prozessualen Parteirollen nichts, die mit einer negativen Feststellungsklage verbunden ist³⁵.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Annahmefrist des § 147 Abs. 2 BGB bei Mietverträgen – selbst solchen über Gewerberaum mit hohen Mieten und Unternehmen mit komplexer Struktur als Annehmenden – in der Regel zwei bis drei Wochen nicht übersteigt³⁶. Diese zeitliche Obergrenze wird auch nach Auffassung des BGH³⁷ dem Regelfall eines gewerblichen Mietvertrags gerecht und stellt keine zu kurze Frist dar. Binnen zwei bis drei Wochen kann der auf einen

³⁰ BGH v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 12; BGH v. 19.12.2007 – XII ZR 13/06, NJW 2008, 1148 Rz. 21 m.w.N.

³¹ BGH v. 4.4.2000 – XI ZR 152/99, NJW 2000, 2984 (2985).

³² vgl. BGH v. 4.4.2000 – XI ZR 152/99, NJW 2000, 2984 (2985); MünchKomm/Busche, 7. Aufl., § 147 BGB Rz. 33.

³³ vgl. dazu RGZ 59, 296, 300; Erman/Armbrüster, 14. Aufl., § 147 BGB Rz. 19; Staudinger/Bork, [2015], § 147 BGB Rz. 12.

³⁴ BGH v. 24.2.2016 – XII ZR 5/15, GE 2016, 455; Baumgärtel/Laumen, Hb der Beweislast, 3. Aufl., § 146 Rz. 1 und § 147 Rz. 1; MünchKomm/Busche, 7. Aufl., § 147 BGB Rz. 36; Staudinger/Bork, [2015], § 147 BGB Rz. 16.

³⁵ BGH v. 22.1.2013 – XI ZR 471/11, NJW-RR 2013, 948 Rz. 9 m.w.N.

³⁶ vgl. etwa OLG Düsseldorf, MDR 2009, 1385; OLG Oldenburg, v. 14.2.2008 – 8 U 165/07, juris Rz. 56; KG, ZMR 2008, 615 (616); KG, NZM 2007, 731 (733); OLG Naumburg, NZM 2004, 825 (826); OLG Dresden, NZM 2004, 826 (828); Bub/Treier/Bub, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II Rz. 767; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Makowski, Gewerberaummiete, Vor § 535 BGB Rz. 456; Palandt/Ellenberger, BGB 75. Aufl. § 147 Rz. 6; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 24.

³⁷ BGH v. 24.2.2016 – XII ZR 5/15, MDR 2016, 578 = GE 2016, 455 = NZM 2016, 356.

Mietvertrag Antragende jedenfalls erwarten, dass sein in Aussicht genommener Vertragspartner die Annahme des Angebots erklärt. Damit in Einklang steht die Rechtsprechung des BGH zur Annahmefrist bei anderen Vertragsarten, die selbst für finanzierte Bauträgerverträge³⁸ oder den finanzierten Kauf einer Eigentumswohnung, dessen Abschluss eine Bonitätsprüfung vorausgeht³⁹, von einer Annahmefrist von in der Regel vier Wochen ausgeht.

Mit Blick hierauf ist auch unter Berücksichtigung einer absehbaren feiertagsbedingten Verzögerung, der für die Klägerin erkennbaren Unternehmensstruktur des Mieters und deren absehbaren internen Klärungsbedarfs sowie des Inhalts des Angebots vorliegend eine vier Wochen übersteigende Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB rechtlich nicht vertretbar⁴⁰. Dem Mieter war der Inhalt des Angebots weitestgehend bekannt, stammte der – für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte – Vertragstext doch von ihm. Die von dem Vermieter vorgenommene Abänderung war marginal. Der Vermieter musste nach all dem davon ausgehen, dass sich der interne Prüfungs- und Abstimmungsbedarf des Mieters selbst bei Beteiligung mehrerer Abteilungen in überschaubaren zeitlichen Grenzen halten würde. Aus dem mit dem Aufbau des Funkmasts verbundenen finanziellen Aufwand des Mieters folgt unabhängig davon, ob er dem Vermieter bekannt war oder auch nur bekannt sein musste, kein erhöhter Zeitbedarf; denn es ist schon nicht ersichtlich, dass er das üblicherweise mit einer solchen – zum normalen Geschäftsbetrieb des Mieters gehörenden – technischen Einrichtung verbundene Investitionsvolumen übersteigt. Der Umstand, dass der Mietgegenstand keine besondere Eilbedürftigkeit bedingte, führt nicht zu einer Verlängerung über die in der Regel bei Mietverträgen geltende Höchstfrist hinaus. Schließlich kann auch die Zeit von Heiligabend bis zum Feiertag Heilige Drei Könige keine Verlängerung der Annahmefrist auf über vier Wochen rechtfertigen.

2.2 stillschweigende Annahme

Sofern eine Annahmeerklärung verspätet erfolgt ist, gilt sie gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag. Ist dieses Angebot gegenüber einem Abwesenden im

³⁸ BGH v. 27.9.2013 – V ZR 52/12, NJW 2014, 854 Rz. 12.

³⁹ BGH v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 12.

⁴⁰ BGH v. 24.2.2016 – XII ZR 5/15, GE 2016, 455.

Sinne des § 147 Abs. 2 BGB abgegeben, muss die Annahme dieses Angebots binnen der Frist des § 147 Abs. 2 BGB⁴¹ durch eine ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung erfolgen. Der bloße Vollzug eines vermeintlich zustande gekommenen Vertrages rechtfertigt keine stillschweigende Annahme i.S.v. § 147 Abs. 2 BGB. Denn die Qualifizierung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung setzt das Bewusstsein voraus, für das Zustandekommen des Vertrags sei möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich⁴². Der Erklärende muss zumindest Zweifel am Zustandekommen des Vertrags haben⁴³. Nach Darstellung des Mieters gingen beide Parteien von einem bestehenden Vertrag aus.

Aus diesem Grund ist auch ausgeschlossen, einem etwaigen tatsächlichen Verhalten des Vermieters im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung, das ohne ein Erklärungsbewusstsein oder ohne einen Rechtsbindungswillen erfolgt ist, die Wirkungen einer Willenserklärung beizulegen. Dies kommt zwar ausnahmsweise zum Schutz des redlichen Rechtsverkehrs in Betracht und setzt einen Zurechnungsgrund voraus. Ein solcher liegt aber nur vor, wenn ein sich in missverständlicher Weise Verhaltender bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass die in seinem Verhalten liegende Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn beide Parteien von einem wirksamen Vertragsschluss ausgehen⁴⁴.

Eine stillschweigende Annahme gemäß § 151 Satz 1 BGB des in der verspäteten Annahme liegenden Angebots scheidet ebenfalls aus. Denn auch wenn der Antragende auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet hat, ist ein als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers erforderlich, aus dem sich dessen Annahmewille unzwei-

⁴¹ vgl. hierzu BeckOK/Eckert, [Stand: 1. November 2015], § 150 BGB Rz. 5; Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 150 BGB Rz. 5; Staudinger/Bork, [2015], § 150 BGB Rz. 5.

⁴² BGH v. 24.2.2016 – XII ZR 5/15, GE 2016, 455.

⁴³ BGH v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 18 m.w.N.; BGH v. 27.9.2013 – V ZR 52/12, NJW 2014, 854 Rz. 19.

⁴⁴ BGH v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 18 m.w.N.

deutig ergibt⁴⁵. An einem solchen Annahmewillen fehlt es aber demjenigen, der sich als Partner eines bereits geschlossenen Vertrags wähnt.

2.3 stillschweigende Änderung

Eine Änderung des Mietvertrags kann nur unter Beteiligung sämtlicher Vertragspartner wirksam vereinbart werden, so dass bei zwei Beteiligten auf der Mieterseite eine Vereinbarung allein zwischen Vermieter und einem Mieter eine Änderung des Mietvertrags nicht bewirken kann, sondern es einer Mitwirkung des zweiten Mieters an der Vertragsänderung bedarf, solange der handelnde Mieter nicht auch im Namen des anderen Mieters auftritt.

Bei Eheleuten auf Mieterseite ist die Mitwirkung des weiteren Mieters an der Änderung des Mietvertrages nicht deshalb entbehrlich, weil er nach § 1357 BGB wirksam von dem handelnden Mieter vertreten worden wäre. Denn bei der Änderung einer vertraglichen Vereinbarung über die Abrechnung von Nebenkosten in einem bestehenden Mietverhältnis handelt es sich nicht um ein Geschäft zur Deckung des angemessenen Lebensbedarfs. Im Gegenteil ist der Wohnbedarf durch das bestehende Mietverhältnis gedeckt⁴⁶.

Auch eine „Bestätigung“ einer Pauschalierung der Nebenkosten entbehrt im Regelfall jeder Grundlage. Die bloße Nichtabrechnung von Nebenkostenvorauszahlungen durch den Vermieter kann - aus der maßgeblichen Empfänger-sicht des Mieters - regelmäßig schon nicht als Angebot einer Änderung der mietvertraglichen Umlagevereinbarung oder des Verzichts auf eine Abrechnung angesehen werden⁴⁷. Dazu müssen besondere Umstände, die aus Sicht der Mieter dafür hätten sprechen können, dass der Vermieter ihnen mit der Nichtabrechnung der Betriebskosten ein Angebot zu einer Vertragsänderung hätte unterbreiten wollen, vorliegen.

2.4 Konfusion

Ein Schuldverhältnis setzt nach allgemeiner Auffassung voraus, dass Gläubiger und Schuldner verschiedene Personen sind. Genauso wie ein Schuldverhältnis zwischen denselben Personen nicht entstehen kann, erlischt es in der Regel

⁴⁵ BGH v. 10.5.2001 – XII ZR 60/99, NJW 2001, 2324 m.w.N.

⁴⁶ BGH v. 16.3.2016 - VIII ZR 326/14, WuM 2016, 353 = ZMR 2016, 519.

⁴⁷ BGH v. 13.2.2008 - VIII ZR 14/06, NJW 2008, 1302 Rz. 10.

wieder, wenn sich Forderung und Schuld nachträglich in einer Person vereinen⁴⁸. Dementsprechend kann ein Mietverhältnis nicht wirksam entstehen, wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermietterstellung einnimmt⁴⁹, und ein Mietverhältnis erlischt, wenn der Mieter nachträglich das Eigentum mit dem daraus fließenden Gebrauchsrecht an der Mietsache erwirbt⁵⁰.

Das hinsichtlich eines von mehreren Mietern durch Konfusion eingetretene Erlöschen des Mietverhältnisses an eine Wohnung beendet zugleich auch das Mietverhältnis mit dem/den anderen Mieter im gleichen Umfang⁵¹.

§ 566 Abs. 1 BGB, wonach bei Veräußerung eines dem Mieter überlassenen Wohnraums von dem Vermieter an einen Dritten der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt, bewirkt, dass im Augenblick des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter entsteht, und zwar mit demselben Inhalt, den es zuvor mit dem Veräußerer besessen hat⁵².

Hinsichtlich der Rechtsstellung des bisherigen Vermieters folgt daraus, dass der bisherige Vermieter mit dem Verlust seiner aus der Eigentümerstellung resultierenden Möglichkeit zur weiteren Gewährung eines Mietgebrauchs auch nicht mehr in einem Mietverhältnis zum Mieter steht; die Modalitäten einer künftigen Gebrauchsgewährung bestimmen sich vielmehr allein nach dem mit dem Eigentumswechsel zum Tragen kommenden (neuen) Nutzungsrechtsverhältnis mit dem Erwerber. Das Mietverhältnis des eines Mieters ist also vorbehaltlich einer im Streitfall nicht relevanten Haftung nach § 566 Abs. 2 BGB in der Weise beendet worden, dass allein der der erwerbende Mieter für die nach dem Eigen-

⁴⁸ BGH v. 1.6.1967 - II ZR 150/66, BGHZ 48, 214 (218); BGH v. 4.7.1991 - III ZR 101/90, BGHZ 115, 116 (121); BGH v. 14.6.1995 - IV ZR 212/94, WPM 1995, 1693 unter 3 a; BVerwG, NVwZ-RR 2014, 310 (311); BFH v. 7.6.2006 - IX R 14/04 Rz. 15; jeweils m.w.N.

⁴⁹ BGH v. 4.7.1991 - III ZR 101/90, BGHZ 115, 116 (121); BFH v. 7.6.2006 - IX R 14/04 Rz. 15.

⁵⁰ BGH v. 9.6.2010 - VIII ZR 189/09, WuM 2010, 518 Rz. 18 m.w.N.; ebenso schon RGZ 49, 285 (286).

⁵¹ BGH v. 27.04.2016 - VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 = ZMR 2016, 771 = NZM 2016, 467 = GE 2016, 849.

⁵² BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NJW 2008, 2256 Rz. 17; BGH v. 2.2.2006 - IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rz. 14; BGH v. 3.5.2000 - XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346 unter 2; jeweils m.w.N.

tumswechsel entstehenden oder fällig werdenden Verpflichtungen aus dem nunmehr nur noch mit ihm bestehenden Nutzungsrechtsverhältnis einzustehen hatte⁵³.

Ungeachtet der mit der Veräußerung der Dachgeschosswohnung einhergehenden Beendigung des Mietverhältnisses zwischen dem bisherigen Vermieter und dem einen Mieter konnte das neue Nutzungsrechtsverhältnis zum erwerbenden Mieter jedoch aus Rechtsgründen nicht in Gestalt eines gleichartigen Mietverhältnisses im Sinne von § 535 BGB fortgesetzt werden. Denn zu der einen Mietvertrag gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB prägenden Hauptpflicht des Vermieters, dem Mieter den (ungestörten) Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren⁵⁴, gehört nach dessen Satz 2 die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung. Eine Gebrauchsüberlassung wiederum ist mehr als die Gestattung oder Duldung eines (Mit-) Gebrauchs oder die bloße Einräumung der Möglichkeit zum (Mit-)Gebrauch⁵⁵. Sie erfordert, wenn der Gebrauch der Mietsache notwendig deren Besitz voraussetzt, die vom Vermieter vorzunehmende Verschaffung des ungestörten alleinigen Besitzes an den Mieter, damit dieser die Mietsache ausschließlich, und zwar insbesondere auch unter Ausschluss des Vermieters, benutzen kann⁵⁶.

An diesem für die Existenz eines Mietverhältnisses unerlässlichen Überlassen, das über die Zurverfügungstellung einer Wohnung zur Mitbenutzung das Recht des Mieters zur ausschließlichen ungehinderten Benutzung der ganzen Wohnung oder zumindest eines abgegrenzten Teils davon voraussetzt⁵⁷, fehlt es im Verhältnis der Mieter untereinander. Insoweit regelt sich die Benutzung der Wohnung vielmehr ausschließlich nach Maßgabe des zwischen ihnen bereits zuvor bestehenden Rechtsverhältnisses, gleich ob dieses etwa durch Familienrecht oder Gesellschaftsrecht geprägt ist⁵⁸. Ein die Identität des ursprünglichen

⁵³ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NJW 2008, 2256 Rz. 17.

⁵⁴ vgl. BGH v. 12.12.2012 - XII ZR 6/12, NZM 2013, 191 Rz. 17.

⁵⁵ BGH v. 8.5.2015 - V ZR 62/14, NZM 2015, 592 Rz. 18; BGH v. 18.11.1955 - V ZR 162/54, BGHZ 19, 85 (93); BFHE 139, 408 (410); jeweils m.w.N.

⁵⁶ vgl. BGH v. 17.7.2002 - XII ZR 86/01, NJW 2002, 3322 unter 2 b bb; BGH v. 1.2.1989 - VIII ZR 126/88, NJW-RR 1989, 589 unter II 1 a; BGH v. 22.10.1975 - VIII ZR 122/74, BGHZ 65, 137 (139 f.); BFHE 132, 124 (128).

⁵⁷ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 540 BGB Rz. 3; Jauernig/*Teichmann*, 16. Aufl., § 535 BGB Rz. 11.

⁵⁸ vgl. LSG Halle v. 13.11.2014 - L 5 AS 585/13 Rz. 33.

Mietverhältnisses kennzeichnendes Überlassen der Mieträume an die Mieter durch einen außerhalb dieser Rechtsbeziehung stehenden Dritten ist dagegen mit dem Erwerb der Wohnung durch den einen Mieter entfallen, so dass ein dem ursprünglichen Mietverhältnis gleichartiges Rechtsverhältnis zwischen den Mietern nicht mehr neu entstehen konnte⁵⁹.

Mit dem Erwerb der Dachgeschosswohnung durch den erwerbenden Mieter und dessen damit einhergehenden Eintritt in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist zugleich das Mietverhältnis mit den Klägern über die im Streit stehende Gartenfläche erloschen.

Das hinsichtlich des erwerbenden Mieters mit dem Erwerb der Dachgeschosswohnung eingetretene Erlöschen des Mietverhältnisses durch Konfusion erstreckt sich auch auf das Mietverhältnis an der Gartenfläche⁶⁰. Mit der Einräumung des Vorkaufsrechts im Umwandlungsfall nach § 577 BGB hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, den Mieter vor spekulativen Umwandlungen von Mietwohnungen durch Verschaffung der Möglichkeit zu schützen, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch ein Dritter für die Wohnung zu zahlen bereit ist⁶¹. Dem Mieter, der seine in Wohnungseigentum umgewandelte Mietwohnung durch Ausübung des Vorkaufsrechts erwirbt, sollte daher nach den Absichten des Gesetzgebers eine Rechtsposition verschafft werden, wie sie bestanden hätte, wenn ihm die Wohnung unmittelbar vom Vermieter zu marktüblichen, also weder besseren noch schlechteren Bedingungen angeboten worden wäre⁶². Verbunden ist diese durch den Eigentumserwerb neu begründete Rechtsposition allerdings mit der Auflösung des bis dahin bestehenden Mietverhältnisses und der Unterstellung der künftigen Nutzungs- und Gebrauchsmöglichkeiten unter die Teilungserklärung und die Gemeinschaftsordnung. Dementsprechend kann sich der Wohnungserwerber, soweit keine abweichenden Nutzungs- und Gebrauchsabreden getroffen sind, gegenüber den anderen Wohnungseigentümern nicht auf fortbestehende Nutzungsbefugnisse

⁵⁹ BGH v. 4.7.1991 - III ZR 101/90, BGHZ 115, 116 (121); BFH v. 7.6.2006 - IX R 14/04 Rz. 15.

⁶⁰ BGH v. 27.04.2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 = ZMR 2016, 771 = NZM 2016, 467 = GE 2016, 849.

⁶¹ BGH v. 21.1.2015 - VIII ZR 51/14, WPM 2015, 687 Rz. 37 m.w.N.

⁶² vgl. BGH v. 17.12.2008 - VIII ZR 13/08, WPM 2009, 1000 Rz. 18.

aus dem ehemaligen Mietverhältnis berufen, die mit der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung nicht in Deckung zu bringen sind⁶³.

Abreden, die unabhängig von den Nutzungszuweisungen der Teilungserklärung oder der Gemeinschaftsordnung den Mietern ein über das Erlöschen des Mietverhältnisses an der Dachgeschosswohnung hinausreichendes Nutzungsrecht an der im Streit stehenden Gartenfläche einräumen könnten, bestehen nicht. Sie sind auch nicht ersichtlich. Im Gegenteil ergibt sich aus dem Kaufvertrag über die Dachgeschosswohnung zwischen dem Erwerber und dem früheren Vermieter und der darin in Bezug genommenen Teilungserklärung, nach der das Sondernutzungsrecht am Garten nunmehr endgültig und ausschließlich der Erdgeschosswohnung zugeordnet war, dass dem jeweiligen Eigentümer der Dachgeschosswohnung gerade kein Nutzungsrecht am Garten (mehr) zustehen sollte.

Dieser für den jeweiligen Eigentümer der Dachgeschosswohnung ersichtlich abschließend gedachte Ausschluss von der Gartennutzung bindet auch den erwerbenden Mieter, nachdem er von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat und dadurch unter Aufgabe seiner bisherigen Mieterstellung als Wohnungseigentümer mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten in die Eigentümergemeinschaft eingerückt ist⁶⁴. Zwar wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 577 Abs. 1, 3, § 464 Abs. 2 BGB zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein selbstständiger Kaufvertrag neu begründet. Dies geschieht allerdings zu denselben Bedingungen, wie sie zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer vereinbart worden sind. Die beiden Kaufverträge unterscheiden sich deshalb grundsätzlich nur dadurch, dass an die Stelle des Erstkäufers der Vorkaufsberechtigte tritt, der vertragliche Regelungsgehalt, wie er sich aus der Kaufvertragsurkunde erschließt, im Übrigen aber unverändert bleibt⁶⁵. Auf diese Weise wird unmittelbar über die Festlegung des Vertragsinhalts gewährleistet, dass den Vorkaufsberechtigten nach dem Inhalt seines Kaufvertrages keine anderen Bedingungen treffen als diejenigen, die für

⁶³ so zutreffend KG, NZM 2003, 561 (563).

⁶⁴ BGH v. 27.04.2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 = ZMR 2016, 771 = NZM 2016, 467 = GE 2016, 849.

⁶⁵ BGH v. 14.12.1995 - III ZR 34/95, BGHZ 131, 318 (320); BGH v. 14.7.1995 - V ZR 31/94, WPM 1995, 1996 unter II 2; jeweils m.w.N.; BGH v. 28.11.1962 - VIII ZR 236/61, WPM 1963, 31.

den Erstkäufer aufgrund seines Kaufvertrages mit dem durch die Vorkaufsverpflichtung gebundenen Verkäufer gegolten hätten⁶⁶.

Dass der Erwerber bei Abschluss des Kaufvertrages über die Dachgeschosswohnung mit dem früheren Vermieter kollusiv zu Lasten der Mieter zusammengewirkt und dabei Bedingungen vereinbart hätten, die für den erwerbenden Mieter keine Verbindlichkeit entfalten könnten⁶⁷, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass der frühere Vermieter den Vertrag nicht an etwaigen Nutzungsinteressen der Mieter ausgerichtet, sondern es hinsichtlich des Sondernutzungsrechts am Garten bei dem bestehenden Zustand belassen und mit Verkauf der Dachgeschosswohnung als der letzten Wohnung auf sein insoweit noch bestehendes Änderungsrecht verzichtet hat⁶⁸.

Ebenso wenig kann die im Kaufvertrag über die Erdgeschosswohnung zugunsten der Mieter eingegangene Gestattung der Gartennutzung schließlich dahin ausgelegt werden, dass diese auch für den Fall eines späteren Eigentumserwerbs der Mieter an der Dachgeschosswohnung und eines damit einhergehenden Erlöschens des Mietverhältnisses an dieser Wohnung fortgelten sollte⁶⁹. Weder der Wortlaut noch die Interessenlage würden ein solches Verständnis abdecken.

Diese Erlöschungswirkung greift auch im Verhältnis zum nicht erwerbenden Mieter ein. Denn das Erlöschen des Mietverhältnisses in Bezug auf die Dachgeschosswohnung und der damit einhergehende Fortfall des den Vertragscharakter prägenden Wohnraums sowie erst recht das ersatzlose Ausscheiden des erwerbenden Mieters aus dem Mietverhältnis, von dem der nicht erwerbende seine Nutzungsbefugnisse am Grundstück allein noch herleiten kann, entfaltet mit Rücksicht auf den Grundsatz der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses eine Gesamtwirkung dahin, dass ein "Mietvertragsrest", der nur noch auf den nicht

⁶⁶ BGH v. 14.7.1995 - V ZR 31/94, WPM 1995, 1996 unter II 2.

⁶⁷ Vgl. dazu BGH v. 14.7.1995 - V ZR 31/94, WPM 1995, 1996 unter II 3 c.

⁶⁸ vgl. BGH v. 2.12.2011 - V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rz. 16.

⁶⁹ BGH v. 27.04.2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 = ZMR 2016, 771 = NZM 2016, 467 = GE 2016, 849.

erwerbenden Mieter und den als Nebenfläche mitvermieteten Gartenanteil bezogen wäre, keinen Bestand mehr haben kann⁷⁰.

2.5 Widerruf bei Fernabsatzgeschäft

Aufgrund der Ausübung des Widerrufs ist der Verbraucher nicht mehr an seine auf Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung gebunden, § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Damit hat er Anspruch auf Rückzahlung seiner Leistung, § 346 Abs. 1 BGB.

Dem kann der Unternehmer in aller Regel nicht den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegenhalten, weil der Verbraucher das Widerrufsrecht in sachfremder Weise zur Durchsetzung vermeintlicher Ansprüche aus einem anderen Sachverhalt eingesetzt habe⁷¹. Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben⁷². Ein Ausschluss des Widerrufsrechts wegen Rechtsmissbrauchs bzw. unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) kommt nur ausnahmsweise - unter dem Gesichtspunkt besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers - in Betracht, etwa bei arglistigem Verhalten des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer⁷³. Dazu muss ein arglistiges Verhalten des Verbrauchers festgestellt werden, etwa dass es ihm darauf angekommen wäre, den Unternehmer zu schädigen oder zu schikanieren. Dafür reicht es nicht aus, wenn der Verbraucher lediglich versucht, mit Hilfe der ihm zustehenden (Verbraucher-) Rechte für sich selbst günstigere Vertragsbedingungen auszuhandeln. Ein solches Verhalten steht im Einklang mit den vorbezeichneten gesetzlichen Regelungen zum Widerrufsrecht des Verbrauchers. Insbesondere ist es für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung, ob der Verbraucher die Nichtausübung des Widerrufs von der Gewährung eines nicht in voller Höhe berechtigten Vorteils abhängig gemacht hat. Mit einem solchen Verhalten nutzt der Verbraucher schlicht zu seinem Vorteil das ihm eingeräumte

⁷⁰ BGH v. 27.04.2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 = ZMR 2016, 771 = NZM 2016, 467 = GE 2016, 849.

⁷¹ BGH v. 16.3.2016 - VIII ZR 146/15, ■.

⁷² vgl. BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rz. 17 m.w.N.

⁷³ BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rz. 20.

und an keine weiteren Voraussetzungen gebundene Widerrufsrecht. Die Grenze zur Arglist oder Schikane ist dabei - offensichtlich - nicht überschritten.

Dagegen kann nicht eingewendet werden, der Ausübung des Widerrufsrechts seien mit Rücksicht auf dessen (eingeschränkter) Schutzzweck nach § 242 BGB Schranken gesetzt, geht schon im Ansatz fehl. Denn der Zweck des bei Fernabsatzgeschäften vorgesehenen Widerrufsrechts beschränkt sich nicht darauf, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, die Ware zu prüfen und bei Nichtgefallen zurückzugeben. Denn das Gesetz knüpft die Ausübung des Widerrufsrechts - wie schon das Fehlen einer Begründungspflicht (§ 355 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.) zeigt - nicht an ein berechtigtes Interesse des Verbrauchers (etwa an das Nichtgefallen der Ware nach Überprüfung), sondern überlässt es allein seinem freien Willen, ob und aus welchen Gründen er seine Vertragserklärung widerruft. Nur dieses Verständnis wird dem oben genannten Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag, dem Verbraucher ein einfaches und effektives Recht zur Lösung von einem im Fernabsatzgeschäft geschlossenen Vertrag an die Hand zu geben, gerecht. Dass ein Verbraucher nach der Bestellung Preise vergleicht und mit dem Verkäufer darüber verhandelt, bei Zahlung einer Preisdifferenz vom Widerruf des Vertrages Abstand zu nehmen, ist lediglich eine Folge der sich aus dem grundsätzlich einschränkungslos gewährten Widerrufsrecht ergebenden Wettbewerbssituation. Diese darf der Verbraucher zu seinen Gunsten nutzen, ohne sich dem Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens auszusetzen.

2.6 Verwender von AGB

Verwender ist nach der Legaldefinition in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB diejenige Vertragspartei, die der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrages vorformulierte Vertragsbedingungen "stellt". Demgegenüber regelt § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vorliegen, soweit die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind, selbst wenn sie im Übrigen die Merkmale des § 305 Abs. 1 BGB aufweisen. Auch vorformulierte Klauseln des Verwenders können deshalb im Einzelfall Gegenstand und Ergebnis von Individualabreden sein⁷⁴.

⁷⁴ vgl. BT-Drucks. 7/3919, 15 f. [zu § 1 Abs. 1, 2 AGBG].

Das wesentliche Charakteristikum von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Gesetzgeber in der Einseitigkeit ihrer Auferlegung sowie in dem Umstand gesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann⁷⁵. Mit Rücksicht darauf ist das Merkmal des Stellens erfüllt, wenn die Formularbestimmungen auf Initiative einer Partei oder ihres Abschlussgehilfen⁷⁶ in die Verhandlungen eingebracht und ihre Verwendung zum Vertragsschluss verlangt werden⁷⁷. Der (einseitige) Wunsch einer Partei, bestimmte von ihr bezeichnete vorformulierte Vertragsbedingungen zu verwenden, ist grundsätzlich ausreichend⁷⁸. Dabei kommt es nicht darauf an, wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat. Entscheidend ist, ob eine der Vertragsparteien sie sich als von ihr gestellt zurechnen lassen muss⁷⁹.

An dem durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlt es hingegen, wenn deren Einbeziehung sich als Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird⁸⁰. Erforderlich hierfür ist, dass diese Vertragspartei in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen⁸¹.

Nach diesen Grundsätzen ist der Vermieter im vorliegenden Fall Klauselverwender i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil er die vorformulierten Vertragsbedingungen gestellt hat⁸². Insofern ergibt sich kein anderes Ergebnis mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 17.2.2010⁸³. Dort lagen nämlich besondere

⁷⁵ vgl. BT-Drucks. 7/3919, 15 f. [zu § 1 Abs. 1, 2 AGBG].

⁷⁶ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 26/14, NJW-RR 2015, 738 Rz. 14 m.w.N.

⁷⁷ BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rz. 11; ebenso BGH v. 20.2.2014 - IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937 Rz. 9; BGH v. 13.5.2014 - XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133 Rz. 24; siehe auch BGH v. 20.3.2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rz. 23.

⁷⁸ BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rz. 12.

⁷⁹ BGH v. 1.3.2013 - V ZR 31/12, NJW-RR 2013, 1028 Rz. 17; BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rz. 10; BGH v. 30.6.1994 - VII ZR 116/93, BGHZ 126, 326 (332).

⁸⁰ BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rz. 18; BGH v. 4.3.1997 - X ZR 141/95, NJW 1997, 2043 unter I 2 c.

⁸¹ BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rz. 18; BGH v. 20.2.2014 - IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937; BGH v. 13.5.2014 - XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133.

⁸² BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 26/15, GE 2016, 852.

⁸³ BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259.

Umstände vor, die eindeutig gegen eine Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht sprachen. Denn in jenem Fall ging es den (privaten) Parteien nach den getroffenen Feststellungen vorrangig um die Verwendung eines rechtlich einwandfreien Vertragsmusters und weniger um die Durchsetzung eines bestimmten Vertragstextes und war dem Käufer zudem die Möglichkeit eingeräumt worden, ein Vertragsformular eigener Wahl mitzubringen. Vergleichbare Umstände liegen im Streitfall nicht vor.

Der Vertragstext wurde dem Mieter im vorliegenden Fall mit dem Anschreiben vom 23. August 2006 übersandt, das mit der Bitte um Unterzeichnung im Fall des Einverständnisses verbunden war. Das Schweigen des Mieters auf die im Anschreiben geäußerte Bitte, "Anmerkungen oder Änderungswünsche" mitzuteilen, lässt die Verwendereigenschaft des Vermieters nicht entfallen⁸⁴. Der Mieter hat keine effektive Möglichkeit zur Durchsetzung eigener Textvorschläge erhalten. Das Anschreiben vom 23. August 2006 stellt dem Mieter gerade nicht frei, ohne Weiteres ein abweichendes Vertragsformular auszuwählen oder den Vertragstext abzuändern. Mit der Bitte, ihr "Anmerkungen oder Änderungswünsche" mitzuteilen, hat der Vermieter sich zwar offen dafür gezeigt, entsprechende Erklärungen entgegenzunehmen. Allenfalls hat er damit eine gewisse Verhandlungsbereitschaft signalisiert. Dem Mieter ist durch die bloße Frage nach "Anmerkungen oder Änderungswünschen" jedoch nicht eine tatsächliche Gelegenheit eröffnet worden, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit seiner Durchsetzung in die Verhandlung einzubringen. An der Eigenschaft des Vermieters als Klauselverwender ändert es somit nichts, dass der Mieter von einer etwaigen Verhandlungs- und Gestaltungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat⁸⁵. Soweit der Vermieter geltend macht, er sei uneingeschränkt bereit gewesen, auf Änderungswünsche des Mieters einzugehen, reicht dies nach den vorstehend aufgeführten Umständen nicht aus, um seine Verwendereigenschaft zu verneinen. Entsprechendes gilt für das Vorbrin-

⁸⁴ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 26/15, GE 2016, 852.

⁸⁵ vgl. auch das Urteil des BGH v. 9.4.1987 - III ZR 84/86, NJW 1987, 2011 unter I 1 a, b, das unausgesprochen davon ausgeht, dass Vertragsbedingungen selbst dann gestellt sind, wenn dem Vertragspartner die Möglichkeit zur Änderung oder Streichung ausdrücklich im Vertragstext eingeräumt wird; dazu Palandt/*Grüneberg*, 75. Aufl., § 305 BGB Rz. 10; *Erman/Roloff*, 14. Aufl., § 305 BGB Rz. 12.

gen, wonach es im kaufmännischen Verkehr nicht üblich sei, der anderen Vertragspartei Gelegenheit zu Änderungswünschen zu geben.

2.7 Aushandeln i.S.v. § 305 BGB

Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert Aushandeln gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann eine Vertragsklausel auch dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt⁸⁶.

Nach diesen Grundsätzen ist die Klausel in § 2 Ziffer 3. des Mietvertrages nicht zwischen den Parteien ausgehandelt worden⁸⁷. Immobilienfonds bzw. Baubetreuungsgesellschaften (hier der Vermieter) bzw. deren Vertreter arbeiten erfahrungsgemäß mit Formularverträgen. Der Vertrag enthält denn auch zahlreiche formelhafte Klauseln, die typischerweise in Standardmietverträgen, gerade auch im gewerblichen Bereich, enthalten sind, so dass bereits aus diesem Grund der äußere Anschein für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen spricht. Jedenfalls aber erzeugt das von dem Vermieter umfassend vorformulierte Vertragswerk den äußeren Anschein eines für eine mehrfache Verwendung entworfenen Vertrages. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die das Vertragsobjekt selbst betreffenden Angaben individuell gestaltet oder einzelne Teile des Vertrages ausgehandelt worden sind. Ein den §§ 305 ff

⁸⁶ BGH v. 22.11.2012 - VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 m.w.N.

⁸⁷ OLG Saarbrücken v. 24.6.2015 – 2 U 37/14, MDR 2015, 1173 = ZMR 2016, 539 = NZM 2016, 50.

BGB unterliegender Formularvertrag liegt auch in einem solchen Fall vor⁸⁸. Das Ausfüllen von Leerstellen in dem Formulartext, durch die das Vertragsobjekt selbst betreffenden Angaben (Bezeichnung, Größe, Beschreibung, Mietvertragsbeginn, Mietvertragsende, Mietzins) konkret dargestellt werden, begründet kein Aushandeln im Sinne des Gesetzes⁸⁹. Aber auch der Umstand, dass nach Übersendung eines Vertragsentwurfes an den Mieter § 2 Ziffer 5. (Sonderkündigungsrecht für den Fall des Wegfalls des Hauptmieters) in den Vertragstext eingefügt worden ist, rechtfertigt keine andere Sicht, weil das Aushandeln einzelner Teile des Vertrages gerade nicht genügt. Dass konkret § 2 Ziffer 3. zwischen den Parteien ausgehandelt worden ist, behauptet der Vermieter selbst nicht. Die insoweit vorgetragenen Argumente vermögen eine abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen.

Der allgemeine Hinweis des Vermieters, der Mieter sei nach einer Besprechung über die wesentlichen Punkte der Entwurf zugeleitet worden, womit sie ggf. darauf abheben will, dass alle Vertragsbedingungen zur Disposition gestanden hätten, also aushandelbar waren, genügt nicht⁹⁰. Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass als Ergebnis der Übermittlung des Entwurfs zu Gunsten des Mieters ein Sonderkündigungsrecht für den Fall des Wegfalls des Hauptmieters (§ 2 Ziffer 5.) aufgenommen worden ist. Diese vorgeschlagene Regelung betraf nur einen einzelnen Punkt und nicht das Klauselwerk als Ganzes. Deshalb können nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB allenfalls diejenigen Vertragsbestimmungen als Individualvereinbarungen angesehen werden, auf welche sich die Änderungsvorschläge des Mieters konkret bezogen. Denn der Tatbestand des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB greift nur ein, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartnern im Einzelnen ausgehandelt sind. Aushandeln kann sein, dass im vorformulierten Vertragstext nachträglich Änderungen eingefügt werden⁹¹. Die restlichen Klauseln bleiben jedoch Allgemeine Geschäftsbedingungen; eine

⁸⁸ vgl. BGH v. 20.3.2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326; BGH v. 14.5.1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, zum alten Recht.

⁸⁹ siehe hierzu auch Palandt/ *Grüneberg*, 74. Aufl., § 305 BGB Rz. 8, m.w.N.

⁹⁰ BGH v. 20.3.2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326.

⁹¹ BGH v. 5.12.1995 - X ZR 14/93, NJW-RR 1996, 783; siehe auch BGH v. 26.2.1992 - XII ZR 129/90, BGHR AGBG § 1 Abs. 2 - Aushandeln 8.

„Ausstrahlungswirkung“ von der Änderung zentraler Klauseln auf den Charakter der nicht in die Verhandlungen einbezogenen Teile besteht nicht⁹².

Zu keiner anderen Beurteilung führt die Sicht, dass ein Aushandeln i.S. des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht nur dann vorliegt, wenn die vom Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorformulierte Bestimmung tatsächlich abgeändert oder ergänzt worden ist, sondern dass auch bei unverändert bleibendem Text eine Individualvereinbarung dann vorliegen kann, wenn der andere Teil nach gründlicher Erörterung von der Sachgerechtigkeit der Regelung überzeugt wird und sich ausdrücklich einverstanden erklärt. Hierbei soll es im Verkehr zwischen Unternehmern für die Anwendung des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB genügen können, dass der Verwender dem anderen Teil eine angemessene Verhandlungsmöglichkeit einräumt und dieser seine Rechte in der konkreten Verhandlungssituation mit zumutbarem Aufwand selbst wahrnehmen kann. Ungeachtet dessen, dass letztgenannte Auffassung umstritten ist⁹³, liegen die Voraussetzungen für einen solchen Sonderfall insgesamt nicht vor. Hierfür ist nämlich erforderlich, dass der Verwender den Kunden auf ein einzelnes Regelungsproblem hinweist, an dessen wirksamer vertraglicher Regelung er ein besonderes sachlich berechtigtes Interesse hat, und er dem Kunden insoweit nachweisbar eine reale Möglichkeit des Aushandelns insbesondere dadurch eröffnet, dass er nach dessen Information über den Klauselinhalt um Alternativvorschläge bittet oder solche von sich aus zur Diskussion stellt⁹⁴. Dass dies geschehen bzw. überhaupt über die in § 2 Ziffer 3. enthaltenen Regelungen gesprochen worden ist, ist nicht ersichtlich und wird von dem Vermieter auch nicht behauptet.

Nichts anderes vermag der Vermieter aus § 28 des Mietvertrages für sich herzuleiten, in dem es am Ende heißt, dass die festgehaltenen Individualvereinbarungen das Ergebnis beidseitiger, eingehender Besprechung (Aushandelns) sind. Dieser Regelung bzw. Erklärung, wonach es sich bei dem Vertrag um einen Individualvertrag handelt, kommt keine rechtserhebliche Bedeutung zu, da

⁹² *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl., § 305 BGB Rz. 54, m.w.N.; siehe auch OLG Hamm v. 9.1. 2012 - 2 U 104/11, juris.

⁹³ vgl. *Palandt/Grüneberg*, 74. Aufl., § 305 BGB Rz. 22 m.w.N.; OLG Frankfurt, EnWZ 2014, 140.

⁹⁴ OLG Saarbrücken v. 24.6.2015 – 2 U 37/14, MDR 2015, 1173 = NZM 2016, 50 = ZMR 2016, 539 m. Anm. *Wichert*.

die §§ 305 ff BGB selbst im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliegen, sondern zwingendes Recht sind⁹⁵. Zwingendes, der Vertragsfreiheit Grenzen ziehendes Recht ist anzunehmen, wenn Sinn und Zweck des Gesetzes einer privatautonomen Gestaltung entgegenstehen. Der Zweck der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff BGB besteht darin, zum Ausgleich ungleicher Verhandlungspositionen und damit zur Sicherung der Vertragsfreiheit Schutz und Abwehr gegen die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch den Verwender zu gewährleisten. Deshalb findet eine Inhaltskontrolle vertraglicher Regelungen nicht statt, wenn die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). In diesem Fall befinden sich die Vertragsparteien in einer gleichberechtigten Verhandlungsposition, die es ihnen gestattet, eigene Interessen einzubringen und frei zu verhandeln. Mit diesem Schutzzweck ist es nicht vereinbar, wenn die Vertragsparteien unabhängig von den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB die Geltung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen individualrechtlich ausschließen. Dadurch wird die Prüfung verhindert, ob eine gleichberechtigte Verhandlungsposition bestanden hat. Diese kann nicht allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass individualrechtlich die Geltung der §§ 305 ff. BGB ausgeschlossen wurde. Eine solche Vereinbarung kann vielmehr auf der wirtschaftlichen Überlegenheit einer Vertragspartei beruhen, die unter Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen

ihre Gestaltungsmacht einseitig verwirklicht. Dem will das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegenwirken, indem es nur unter den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB von einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff BGB absieht. Deshalb ist auch der in § 28 des Vertrages enthaltene Hinweis, dass die festgehaltenen Individualvereinbarungen das Ergebnis eines „Aushandelns“ sind, zur Darlegung des Aushandelns bedeutungslos. Könnte der Verwender allein durch eine solche Klausel die Darlegung eines Aushandelns stützen, bestünde die Gefahr der Manipulation und der Umgehung des Schutzes der §§ 305 ff BGB.

⁹⁵ BGH v. 20.3.2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326.

2.8 Wirksame Verpflichtung zum Beitritt einer Werbegemeinschaft

Bei der formularvertraglichen Verpflichtung eines Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft beizutreten, die von allen Mietern und vom Betreiber des Einkaufszentrums gebildet wird, handelt es sich nicht um eine überraschende Klausel im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB handelt⁹⁶.

Durch die formularvertraglich begründete Pflicht, einer in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins organisierten Werbegemeinschaft beizutreten, wird der Mieter auch nicht im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt⁹⁷. Nach dieser Vorschrift sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine Klausel ist unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nimmt und eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen⁹⁸.

Die vertragliche Verpflichtung des Mieters, einer Werbegemeinschaft beizutreten, dient zwar auch dem Interesse des Vermieters, durch gemeinsame Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen aller Mieter die Attraktivität des Einkaufszentrums zu erhöhen. Dieses Interesse könnte der Vermieter aber auch auf andere Weise realisieren, etwa indem er selbst die gemeinsame Werbung für das Einkaufszentrum übernimmt und durch die hierfür erforderlichen Kosten auf der Grundlage einer entsprechenden vertraglichen Regelung als Betriebskosten auf die einzelnen Mieter umlegt⁹⁹. An den Kosten für Werbemaßnahmen wäre der Mieter auch bei dieser Gestaltungsform beteiligt. Durch die Pflichtmitgliedschaft in der Werbegemeinschaft erhält er hingegen zusätzlich Mitwirkungs- und Kontrollrechte, die ihm bei einem reinen Umlageverfahren nicht zustünden. Außerdem genießen die jeweils getroffenen Werbemaßnahmen, wenn sie von der aus allen Mietern bestehenden Gemeinschaft getragen werden, eine höhe-

⁹⁶ vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 39/04, NJW 2006, 3057 Rz. 10 m.w.N.

⁹⁷ BGH v. 13.4.2016 – XII ZR 146/14, NZM 2016, 520 = ZMR 2016, 527.

⁹⁸ BGH v. 14.1.2015 - XII ZR 176/13, NJW 2015, 928 Rz. 12 m.w.N.

⁹⁹ vgl. OLG Hamburg ZMR 2004, 509 (510).

re Akzeptanz bei den Mietern, als wenn sie der Vermieter allein träfe. Dies wiederum kann zu einem besseren Einvernehmen zwischen den Mietern des Einkaufszentrums und damit zu dessen Erfolg beitragen¹⁰⁰.

Durch die Pflichtmitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft wird der Mieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufszentrum auch nicht im Hinblick auf die durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Vereinigungsfreiheit unangemessen benachteiligt¹⁰¹. Dieses Grundrecht, das wegen seiner mittelbaren Drittwirkung bei der Auslegung des § 307 BGB mit zu beachten ist, schützt nicht nur den Beitritt zu einer Vereinigung, sondern auch das Recht, einer privatrechtlichen Vereinigung von vornherein fernzubleiben oder aus ihr auszutreten¹⁰². Die (negative) Vereinigungsfreiheit ist jedoch nicht schrankenlos geschützt. Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit - auch in Form einer Allgemeinen Geschäftsbedingung - ist im vorliegenden Fall jedenfalls durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Der Mieter ist aus eigenem Entschluss Mieter in einem Einkaufszentrum geworden, in dem eine weitgehend übliche und für effektiv gehaltene Werbegemeinschaft aller Mieter besteht. Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich daraus nicht¹⁰³.

Soweit der BGH eine unangemessene Benachteiligung des Mieters in einer Vertragsklausel gesehen hat, nach der eine Werbegemeinschaft für ein Einkaufszentrum auch in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet werden konnte, liegen die Dinge im vorliegenden Fall anders¹⁰⁴. Ist die Werbegemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert, wäre der Mieter als Gesellschafter weitgehenden Haftungsrisiken ausgesetzt, insbesondere würde er auch persönlich für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft haften¹⁰⁵. Im vorliegenden Fall ist die Werbegemeinschaft jedoch als eingetragener Verein organisiert, bei dem die Vereinsmitglieder für Verbindlichkeiten des Vereins grundsätzlich nicht persönlich haften. Eine Durchgriffshaftung einzelner Mitglieder besteht selbst dann nicht, wenn ein eingetragener Idealverein

¹⁰⁰ vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 39/04, NJW 2006, 3057.

¹⁰¹ BGH v. 13.4.2016 – XII ZR 146/14, NZM 2016, 520 = ZMR 2016, 527.

¹⁰² sog. negative Vereinigungsfreiheit; vgl. BGHZ 130, 243, 254 = NJW 1995, 2981 (2983); BVerfG, NJW 2001, 2617 m.w.N.

¹⁰³ vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 39/04, NJW 2006, 3057 f.

¹⁰⁴ BGH v. 13.4.2016 – XII ZR 146/14, NZM 2016, 520 = ZMR 2016, 527.

¹⁰⁵ vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 39/04, NJW 2006, 3057 (3058) m.w.N.

sich wirtschaftlich betätigt und dabei das Nebenzweckprivileg überschreitet¹⁰⁶. Ein unkalkulierbares wirtschaftliches Risiko für den Mieter, welches zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB führt, besteht bei einer in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins gebildeten Werbegemeinschaft folglich nicht.

Die in § 20 Nr. 2 des Mietvertrags enthaltene Verpflichtung, der Werbegemeinschaft beizutreten, verstößt auch nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)¹⁰⁷.

Zwar hat der BGH mit Urteil vom 12. Juli 2006¹⁰⁸ entschieden, dass in einem Formularmietvertrag die Höhe der Beiträge, die der Mieter in einem Einkaufszentrum an eine Werbegemeinschaft zu leisten hat, wegen der nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Transparenz bestimmbar sein muss, z.B. durch die Angabe eines bestimmten Prozentsatzes der Miete oder durch eine festgesetzte Höchstgrenze, damit der Mieter die auf ihn zukommenden Kosten kalkulieren kann. Dieser Entscheidung lag jedoch eine mietvertragliche Bestimmung zu Grunde, die den Mieter verpflichtete, auf Verlangen des Vermieters einer Werbegemeinschaft beizutreten, und zur Kostenbeteiligung des Mieters an der Werbegemeinschaft nur die Regelung enthielt, dass die Kosten gemäß den Mietflächen abgerechnet werden. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags war weder die Werbegemeinschaft gegründet noch bestanden sonstige Regelungen zur konkreten Höhe der Kostenbeteiligung an der Werbegemeinschaft. Für den Mieter bestanden daher bei Abschluss des Mietvertrags keinerlei Anhaltspunkte, um die wirtschaftliche Belastung, die für ihn durch den Beitritt zu der noch zu gründenden Werbegemeinschaft entstehen wird, wenigstens grob einschätzen zu können. Dies war der entscheidende Gesichtspunkt, weshalb der Senat in dieser Entscheidung die Klausel für intransparent und daher insgesamt für unwirksam erachtet hat.

Im vorliegenden Fall liegen die Dinge auch insoweit anders¹⁰⁹. Zwar enthält § 20 Nr. 2 des Mietvertrags keine Regelung zur Höhe der an die Werbegemein-

¹⁰⁶ vgl. BGHZ 175, 12 = NZG 2008, 670 Rz. 14; BGH v. 2.4.1979 - II ZR 141/78, NJW 1979, 2304 (2306).

¹⁰⁷ BGH v. 13.4.2016 – XII ZR 146/14, NZM 2016, 520 = ZMR 2016, 527.

¹⁰⁸ BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 39/04, NJW 2006, 3057 f.

¹⁰⁹ BGH v. 13.4.2016 – XII ZR 146/14, NZM 2016, 520 = ZMR 2016, 527.

schaft zu leistenden Beiträge. Jedoch sind in § 6.1 der Satzung des Klägers die monatlichen Beiträge, nach der Größe der Mietfläche gestaffelt, genau beziffert. Die Satzung des Klägers wurde von den Vertragsparteien zum Bestandteil des Mietvertrags gemacht und als Anlage 1 dem Vertrag beigelegt. Der Mieter konnte sich daher vor Abschluss des Mietvertrags ein genaues Bild über die wirtschaftliche Belastung durch die Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft machen. Im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB bedurfte es daher weder im Mietvertrag noch in der Satzung des Klägers einer weiteren Festsetzung einer Höchstgrenze der Beiträge.

Der Mieter konnte bei Abschluss des Mietvertrags zwar nicht unmittelbar aus dem Mietvertrag und der Satzung erkennen, ob und in welcher Höhe zukünftige Beitragsänderungen zu erwarten sind. Dies allein führt jedoch nicht zur Intransparenz der mietvertraglichen Klausel. Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangt nicht, dass die auf den Mieter umgelegten Kosten schon bei Abschluss des Mietvertrags für die gesamte Dauer des Mietverhältnisses unabänderlich aus der Klausel erkennbar sein müssen. Eine Vereinbarung, mit der weitere Kosten neben der Miete auf den Mieter übertragen werden sollen, genügt schon dann dem Transparenzgebot, wenn sich der Mieter bei Vertragsabschluss zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen¹¹⁰. Dem wird die Regelung in § 20 Nr. 2 des Mietvertrags in Verbindung mit § 6.1 der Satzung des Klägers gerecht.

2.9 Fehlerhafter Beitritt zur Werbegemeinschaft

Die im formularmäßigen Mietvertrag vorgesehene Verpflichtung des Mieters zum Beitritt zu einer Werbegemeinschaft ist nach § 307 BGB unwirksam¹¹¹.

Ob dies auch dann gilt, wenn der Mietvertrag keine entsprechende Beitrittsverpflichtung für den Mieter vorsieht, und ob eine gleichwohl erfolgte Beitrittserklärung als Umgehungsgeschäft nach § 306a BGB unwirksam ist, kann jedoch dahinstehen¹¹². Denn sollte der Beitritt des Mieters zur Werbegemeinschaft unwirksam sein, würde der Mieter die Werbebeiträge nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft schulden. Diese finden auch bei einem fehlerhaften

¹¹⁰ BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NJW-RR 2006, 84 (85).

¹¹¹ BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057.

¹¹² BGH v. 11.05.2016 – XII ZR 147/14, ■.

Beitritt zu einer Personengesellschaft Anwendung¹¹³. Der fehlerhaft vollzogene Beitritt ist damit regelmäßig nicht von Anfang an unwirksam, sondern kann nur mit Wirkung für die Zukunft durch eine von dem Gesellschafter erklärte Kündigung geltend gemacht werden. Der Gesellschafter, der sich auf den Mangel berufen will, hat aber das Recht, sich jederzeit im Wege der außerordentlichen Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft zu lösen¹¹⁴. Bis zum Zugang der Kündigungserklärung ist der vollzogene Beitritt grundsätzlich voll wirksam, so dass sich die Rechte und Pflichten der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag richten¹¹⁵. Daher bleibt der Gesellschafter bis zur Kündigung auch zur Leistung der von ihm nach dem Gesellschaftsvertrag zu erbringenden Beiträge verpflichtet. Ein Beitritt ist dann vollzogen, wenn Rechtstatsachen geschaffen worden sind, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann. Dies ist der Fall, wenn der Beitretende Beiträge geleistet oder gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt hat¹¹⁶.

3 vertragsgemäßer Zustand

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch entgegenstehen, stellen grundsätzlich einen Sachmangel i.S.v. § 536 BGB dar, wenn sie mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben¹¹⁷. Der Vermieter schuldet nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB mangels abweichender wirksamer Vereinbarungen die Überlassung in einem genehmigungsfähigen Zustand und hat etwaige Baumaßnahmen, welche zu dessen Erreichung erforderlich sind, auf eigene Kosten zu veranlassen¹¹⁸.

¹¹³ vgl. BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252 (1254) m.w.N.; BGH v. 14.10.1991 - II ZR 212/90, NJW 1992, 1501 (1502) m.w.N.

¹¹⁴ BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 198/10, - NJW 2014, 305 Rz. 13.

¹¹⁵ vgl. BGH v. 14.10.1991 - II ZR 212/90, NJW 1992, 1501 (1502).

¹¹⁶ BGH v. 27.6.2000 - XI ZR 174/99, NJW 2000, 3558 (3560) m.w.N.

¹¹⁷ BGH WPM 1994, 1136 (1137); BGH, NJW-RR 2014, 264 Tz 20.

¹¹⁸ vgl. RGZ 94, 138; BGH, GE 2008, 120 Tz 14, 17 betr. Nutzungsänderungsgenehmigung; OLG Koblenz, NJW-RR 2010, 203 - juris Tz 26; OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 21 - juris Tz 49; OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 739 - juris Tz 9 - Brandschutz -; OLG Düsseldorf, MDR 2006, 1277 - juris Tz 29; *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz 11, 12; *Ghassemie-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, *Gewerberaummiete*, 2015, § 536 BGB Rz 180; *Kraemer/Ehlert* in: *Bub/Treier*, *Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 4. Aufl., III.B Rz 2787, 2790

Eine davon abweichende Vereinbarung über die Beschaffenheit der Räume bzw. die Risikotragung betreffend das hier allein maßgebliche Vorliegen eines baurechtswidrigen Zustands der Räume vor dem Umbau haben die Parteien nicht getroffen¹¹⁹. Abreden betreffend eine Risikoübernahme durch den Mieter in Bezug auf öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse befreien den Vermieter von seiner Kardinalpflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und sind gemäß §§ 133, 157, 242 BGB - nach allgemeinen Grundsätzen eng auszulegen¹²⁰.

§ 1 Nr. 1 lit a des Mietvertrags ("Der Mieter hat behördliche Auflagen auf eigene Kosten zu erfüllen.") enthält keine Risikoabwälzung auf den Mieter. Zum einen steht diese AGB-Klausel im Kontext mit dem vorhergehenden Satz "Der Vermieter haftet nicht dafür, dass die für den Gewerbebetrieb des Mieters erforderlichen behördlichen Genehmigungen wegen nur in der Person des Mieters liegenden Gründen nicht erteilt werden können." und stellt damit schon nach der Systematik der Klausel eine Regelung nur für Hindernisse aus der Person des Mieters und nicht für objektbezogene Hindernisse dar. Zum anderen wäre auch eine isolierte AGB-Klausel, wonach der Mieter Auflagen auf eigene Kosten zu erfüllen hat, einschränkend im Sinne einer Regelung für personenbezogene Hindernisse auszulegen und anderenfalls nach § 307 BGB unwirksam¹²¹.

Der Anlage 1 zum Mietvertrag, die erkennbar eine auf den Fall zugeschnittene Individualvereinbarung darstellt, ist eine entsprechende Risikoübernahme durch den Mieter ebenfalls nicht zu entnehmen. Die Anlage 1 enthält eine - in Gewerbemietverträgen nicht unübliche - Abrede dahin, dass der Mieter die Räume auf eigene Kosten herzurichten hat und im Gegenzug eine Mietfreiheit von 6 Monaten erhält. Indem die Parteien sodann ein dreimonatiges Rücktrittsrecht des Mieters unter Hinweis auf die "noch nicht vorliegende behördliche Genehmigung" vereinbart haben, haben sie dem Mieter die Zuständigkeit für die Einholung der Nutzungsänderungsgenehmigung und das Risiko wegen einer fehlenden öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit (gerade) der beabsichtigten Nutzung in diesen Räumen zugewiesen. Denn das Rücktrittsrecht hat erkennbar den Sinn, dem Mieter die Einholung der Genehmigung oder zumindest eine Vorklärung

¹¹⁹ KG v. 23.5.2016 – 8 U 10/15, ZMR 2016, 685 = DWW 2016, 374.

¹²⁰ OLG Düsseldorf, MDR 1988, 866 - juris Tz 23; Emmerich a.a.O., § 536 BGB Rz 12; *Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummieta, 2015, § 536 BGB Rz 72, 79.

¹²¹ OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 21 - juris Tz 50.

der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse zu ermöglichen, was dessen Zuständigkeit und grundsätzliche Risikotragung impliziert. Aus der Dauer des Rücktrittsrechts von nur drei Monaten ergibt sich nicht, dass mit "Genehmigung" eine personenbezogene Erlaubnis, also offenbar eine Konzession zum Betrieb der Gastronomie und Kochschule, gemeint gewesen sei, weil baurechtliche Genehmigungsverfahren grundsätzlich länger dauerten. Bereits aus der Korrespondenz unmittelbar vor Vertragsabschluss ergibt sich klar, dass die (naheliegender erforderliche) Nutzungsänderungsgenehmigung gemeint war. ...

Jedoch folgt daraus nicht, dass der Mieter auch das hier maßgebliche Risiko eines bauordnungswidrigen Zustands der Räume, welcher einer Baugenehmigung auf Nutzungsänderung von vornherein entgegenstand, übernahm¹²². Dahinstehen kann, ob dies bereits daraus herzuleiten ist, dass in der Anlage 1 von einer Renovierung und Sanierung, nicht jedoch von einem "Umbau" die Rede ist, und das Schließen der rechtswidrig eingebauten Fenster und die Erstellung von Oberlichtern als Ersatzlichtquelle einen "Umbau" darstelle. Jedenfalls folgt aus dem Gebot enger Auslegung, dass sich die Risikoübernahme des Mieters nicht auf Risiken erstreckt, welche den Räumen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anhaften und die er nicht erkannt hat¹²³. Es entspricht weder einem vernünftigen Willen des Mieters noch der berechtigten Erwartung des Vermieters, dass der Mieter den Vermieter von unkalkulierbaren wirtschaftlichen Risiken, welche unabhängig von den spezifischen Nutzungsabsichten des Mieters bestehen, freistellt und damit die Kosten für die Behebung einer bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Baurechtswidrigkeit, welche zudem regelmäßig dem Vermieter, nicht aber dem Mieter erkennbar ist, übernimmt. Angemessen und in der Regel gewollt ist nur die Übernahme des Risikos durch den Mieter, dass die von ihm nach seinen Vorstellungen ausgebauten Räume den behördlichen Anforderungen für den vorgesehenen Betrieb entsprechen¹²⁴.

¹²² KG v. 23.5.2016 – 8 U 10/15, ZMR 2016, 685.

¹²³ vgl. RGZ 94, 138 (140); *Ghassemie-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummieta, 2015, § 536 Rz 72, 79.

¹²⁴ vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz 286.

4 Hausrecht

Alle Mitbewohner einer Wohngemeinschaft oder eines Wohnheims üben das Hausrecht gleichrangig aus¹²⁵, weshalb jeder Mitbewohner im Regelfall allein darüber entscheiden kann, wem er den Zutritt zu den Gemeinschaftsräumen gestattet; eine Zustimmung aller ist nicht erforderlich¹²⁶. Den anderen Berechtigten steht in diesem Fall grundsätzlich kein Widerspruchsrecht zu. Allerdings ist als Grenze zu beachten, ob der Aufenthalt des Dritten zumutbar ist¹²⁷.

Die Prüfung einer Seniorenwohngemeinschaft durch die Aufsichtsbehörde entspricht nicht nur dem sozialgesetzlichen Leitbild (§ 17 WTG Bln), sie liegt darüber hinaus im objektiven Interesse der Heimbewohner; sie dient ihrem Schutz. Die Aufsichtsbehörde einzulassen, war somit auch für jene Mitbewohnerin, welche die Zustimmung versagt hatte, zumutbar; ihre Verweigerung stellte sich als willkürliche Beschränkung der Freiheitsrechte ihrer Mitbewohner dar und war offensichtlich treu- und rechtswidrig¹²⁸.

5 Mietzeit

5.1 Formularmäßiger Kündigungsausschluss

5.1.1 Kündigung nach Ablauf von vier Jahren

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 unwirksam¹²⁹.

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

¹²⁵ RG v. 10.12.1879 - 562/79, RGSt 1, 121.

¹²⁶ vgl. *Heinrich*, JR 1997, 95 m.w.N.

¹²⁷ KG v. 1.2.2016 – 3 Ws (B) 29/16, GE 2016, 327.

¹²⁸ KG v. 1.2.2016 – 3 Ws (B) 29/16, GE 2016, 327.

¹²⁹ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 86/10, NJW 2011, 597 Rz. 14 ff.

beiden Parteien mit gesetzlicher Kündigungsfrist gekündigt werden.“¹³⁰ 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.

5.1.2 Kündigung zum Ablauf von vier Jahren

Nach der Rechtsprechung des Senats ist zwar ein formularmäßiger Kündigungsausschluss dann gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn er einen Zeitraum von vier Jahren – gerechnet vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Mieter den Vertrag erstmals beenden kann – überschreitet¹³¹. Daher hat der BGH formularmäßige Kündigungsausschlussklauseln für unwirksam erachtet, die den zulässigen Bindungszeitraum von vier Jahren um drei Monate verlängern, indem sie bestimmen, dass eine ordentliche Kündigung erstmals "nach Ablauf des bezeichneten Zeitraums" zulässig ist¹³².

Eine solche Klausel enthält der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag jedoch nicht¹³³. Sie lautet:

„Die Parteien verzichten wechselseitig auf die Dauer von 4 (in Worten: vier) Jahren auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietvertrags. Sie ist erstmals zum Ablauf dieses Zeitraums mit der gesetzlichen Frist zulässig.“

Die Klausel sieht vor, dass die ordentliche Kündigung erstmals „zum Ablauf dieses Zeitraums“ zulässig ist und entspricht damit der gesetzlichen Regelung des § 557a Abs. 3 Satz 2 BGB. Die Auslegung ergibt, dass das Kündigungsrecht nicht erst nach Verstreichen der Vierjahresfrist, sondern – unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist – zu deren Ablauf ausgeübt werden kann. Dies entspricht nicht nur dem üblichen und von § 557a Abs. 3 Satz 2 BGB aufgegrif-

¹³⁰ BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

¹³¹ st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH v. 8.12.2011 – VIII ZR 86/10, NJW 2011, 597 Rz. 15; BGH v. 2.3.2011 – VIII ZR 163/10, WuM 2011, 294 Rz. 11.

¹³² BGH v. 8.12.2011 – VIII ZR 86/10, NJW 2011, 597 Rz. 13 ff.; BGH v. 2.3.2011 – VIII ZR 163/10, WuM 2011, 294 Rz. 11.

¹³³ BGH v. 23.8.2016 – VIII ZR 23/16, GE 2016, 1441.

fenen Sprachgebrauch, sondern auch dem bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzulegenden objektiven Maßstab.

Ausgehend von dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Frage stehenden Klausel ist diese von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise¹³⁴, dahin auszulegen, dass die Parteien für die Dauer von vier Jahren an den Mietvertrag gebunden sind (Satz 1), jedoch noch vor Verstreichen dieser Zeitspanne eine Kündigung "zum Ablauf dieses Zeitraums" unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zulässig ist (Satz 2). Das Zusammenwirken der beiden Sätze der Klausel stellt sicher, dass das Mietverhältnis zwar vier Jahre andauert, der Mieter jedoch durch rechtzeitige Ausübung seines Kündigungsrechts „zum Ablauf dieses Zeitraums“ erreichen kann, dass diese – nach der Wertung des § 557a Abs. 3 BGB angemessene – Zeitspanne nicht überschritten wird. Jedes andere Verständnis ist angesichts der bei verständiger Würdigung klaren und in sich widerspruchsfreien Regelung ausgeschlossen, so dass die von der Revision bemühte kundenfeindlichste Auslegung nicht zum Tragen kommt. Der Senat hat schon zu § 10 Abs. 2 Satz 6 MHG, der Vorgängerregelung des § 557a Abs. 3 BGB, der wiederum als "Vorbild" für die Kündigungsausschlussklausel diene, entschieden, dass eine fristgerechte Kündigung zum Ablauf des Vierjahreszeitraums möglich ist und der Mieter nicht erst das Ende dieses Zeitraums abwarten muss, um anschließend wirksam kündigen zu können¹³⁵.

5.2 unterschiedliche Laufzeit im gewerblichen Mietvertrag

Eine Laufzeit von 30 Jahren weicht bei Mietverträgen nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, wie § 544 BGB zeigt¹³⁶. Danach kann ein Mietvertrag auch für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen werden, dann aber nach Ablauf von 30 Jahren von jeder Vertragspartei mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden.

¹³⁴ vgl. zu diesem Maßstab BGH v. 10.2.2016 – VIII ZR 137/15, NJW 2016, 1308 Rz. 14 m.w.N.

¹³⁵ BGH v. 29.6.2005 – VIII ZR 344/04, WuM 2005, 519 unter II 4 m.w.N.

¹³⁶ vgl. BGH v. 10.2.1993 – XII ZR 74/91, NJW 1993, 1133 (1134); a.A. offenbar Staudinger/*Emmerich*, [2014], § 544 BGB Rz. 1.

Hier hat der Mobilfunkbetreiber ein berechtigtes Interesse an einer langen Laufzeit¹³⁷. Dies gilt schon mit Blick darauf, dass der Betrieb eines Mobilfunknetzes ohne langfristige Verträge nur schwer möglich erscheint. Denn Funkmasten – deren Errichtung fraglos mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden ist – können nicht beliebig aufgestellt werden. Vielmehr bedarf es hierfür neben der gegebenenfalls langwierigen Standortsuche auch mitunter zeitraubender Genehmigungsverfahren. Auf die Frage, in welchem Zeitraum sich die mit der Aufstellung verbundenen Kosten amortisieren, kommt es insoweit nicht an. Das Interesse des Vermieters, über die vertragsgegenständliche Freifläche zu disponieren, wiegt demgegenüber gering.

Eine unangemessene Benachteiligung des Vermieters folgt auch nicht daraus, dass § 4 Abs. 2 des Mietvertrags der Beklagten ein ordentliches Kündigungsrecht nach Ablauf von 20 Jahren einräumt und § 4 Abs. 3 des Mietvertrags der Mieterin bestimmte Sonderkündigungsrechte gewährt¹³⁸. Unterschiedliche Kündigungsfristen für Vermieter und Mieter sind dem Mietrecht ebenso wenig fremd wie nach der jeweiligen Vertragspartei differenzierende Kündigungsmöglichkeiten. Die am Gerechtigkeitsgedanken ausgerichteten wesentlichen Grundsätze des gesetzlichen Mietrechts fordern gerade nicht eine unterschiedslos gleich lange Bindung beider Vertragspartner an das Mietverhältnis¹³⁹. Vorliegend hat der Vermieter für den Regelfall mit der 20-jährigen Bindung des Mieters ebenfalls eine langfristige Planungssicherheit. Nachdem der Mieter den Aufbau vorzunehmen hat und das Risiko für den wirtschaftlichen Erfolg trägt, während der Vermieter sich keinen vergleichbaren Gefahren gegenüber sieht, ist die vorliegende Differenzierung bei den Kündigungsmöglichkeiten gerechtfertigt.

5.3 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 berechtigte Interesse des Mieters an einer vorzeitigen Entlassung aus einem längerfristigen Mietverhältnis

¹³⁷ BGH v. 24.2.2016 – XII ZR 5/15, GE 2016, 455.

¹³⁸ BGH v. 24.2.2016 – XII ZR 5/15, GE 2016, 455.

¹³⁹ BGH v. 30.5.2001 – XII ZR 273/98, NJW 2001, 3480 (3482).

zu stellen sind, wenn der Mieter einen Arbeitsplatzwechsel, der einen Umzug erforderlich macht, selbst herbeigeführt hat¹⁴⁰.

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 begehrt¹⁴¹. 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 mitzuwirken¹⁴².

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 übermitteln¹⁴³. 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

¹⁴⁰ BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

¹⁴¹ BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

¹⁴² BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

¹⁴³ BGH v. 7.10.2015 – VIII ZR 247/14, WuM 2015, 723 = ZMR 2015, 927.

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 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.

5.4 „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 verlängern¹⁴⁴. Demgegenüber führt eine Verlängerungsklausel die Vertragsverlängerung allein durch Schweigen herbei¹⁴⁵.

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 ist¹⁴⁶. Das Unterbleiben der Beendigungserklärung führte mithin zur Fortsetzung des Mietverhältnisses mit demselben Inhalt bei Wahrung des in die Zukunft verlängerten Vertrags¹⁴⁷.

¹⁴⁴ 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, Gewerberaummieta, Vor § 535 BGB Rz. 542; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl., § 542 BGB Rz. 184 f.

¹⁴⁵ 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, Gewerberaummieta, Vor § 535 BGB Rz. 542.

¹⁴⁶ BGH v. 14.10.2015 – XII ZR 84/14, WuM 2015, 721 = NZM 2015, 861.

¹⁴⁷ Vgl. BGH v. 29.04.2002 - II ZR 330/00, BGHZ 150, 373 = NJW 2002, 2170 (2171).

5.5 stillschweigende Vertragsverlängerung

Der Inhalt von Klauseln ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei die allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB gelten. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie ein verständiger und redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise versteht, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt für die nicht am Willen des konkreten Vertragspartners zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften der in Rede stehenden Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Verbleiben nach Ausschöpfung aller danach in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel und sind zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar, kommt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung. Völlig fernliegende Auslegungsmöglichkeiten, von denen eine Gefährdung des Rechtsverkehrs nicht ernsthaft zu befürchten ist, bleiben dabei außer Betracht¹⁴⁸.

§ 2 Ziffer 3. des Mietvertrages

„Nach Ablauf der Mietzeit einschließlich der Optionszeiträume verlängert sich das Mietverhältnis jeweils um 1 Jahr, falls es nicht seitens einer Vertragspartei spätestens 12 Monate vor seiner Beendigung gekündigt wird.“

regelt nicht eindeutig, wann die Verlängerungsklausel eingreift. Weder der Wortlaut noch die Interessenlage der Parteien rechtfertigen eine Auslegung ausschließlich in dem von der Klägerin verstandenen Sinn¹⁴⁹.

¹⁴⁸ BGH v. 4.7.2013, I ZR 156/12, NJW-RR 2014, 215, m.w.N.

¹⁴⁹ OLG Saarbrücken v. 24.6.2015 – 2 U 37/14, MDR 2015, 1173 = ZMR 2016, 539 = NZM 2016, 50.

Bereits der Wortlaut der Klausel, wonach nach Ablauf der Mietzeit einschließlich der Optionszeiträume sich das Mietverhältnis jeweils um ein Jahr verlängert, falls es nicht seitens einer Vertragspartei spätestens zwölf Monate vor seiner Beendigung gekündigt wird, führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Die Formulierung „nach Ablauf der Mietzeit (einschließlich der Optionszeiträume)“ lässt die Auslegung zu, dass es erst nach Ausübung aller der Mieterin eingeräumter Optionsmöglichkeiten (hier also nach 15 Jahren Vertragslaufzeit) zu einer Verlängerung des Mietvertrages nach Ziffer 3. kommen soll. Aber auch die Meinung, dass schon nach Ablauf der regulären Mietzeit von fünf Jahren sowie jeweils nach Ablauf eines der Optionszeiträume eine Vertragsverlängerung gemäß Ziffer 3. eintritt, wenn keine der Parteien ein Jahr vor Ablauf der Mietzeit die Beendigung erklärt, ist mit dem Wortlaut der Klausel ohne weiteres vereinbar. Lässt der Wortlaut mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu, so ist, wie das Landgericht richtig sieht, derjenigen der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werdenden Ergebnis führt¹⁵⁰.

Auch aus dem vom Vermieter bemühten Gesamtzusammenhang ergibt sich kein eindeutiges Auslegungsergebnis, zumal die Verlängerungsklausel mit der einjährigen Kündigungsfrist (§ 2 Ziffer 3.) und die Optionsregelung mit ebenfalls einjähriger Frist (§ 2 Ziffer 2.) selbständig nebeneinander stehen und das Verlängerungsrecht in Ziffer 3. nicht als Unterfall des Optionsrechts in Ziffer 2. geregelt ist. Dafür spricht bereits die Ausgestaltung beider Regelungen in jeweils selbständigen Absätzen¹⁵¹. Aber auch inhaltlich beeinträchtigen sich die Verlängerungsklausel und das Optionsrecht nicht, weil der Mieter das Optionsrecht auch nach Ablauf der Verlängerung uneingeschränkt ausüben kann bzw. dann, wenn der Vermieter „kündigt“, das Optionsrecht ausgeübt werden kann¹⁵².

Es kann auch keine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der Interessen der Klägerin festgestellt werden, wenn der Mietvertrag zum vertraglich bestimmten Zeitpunkt ohne Kündigung bzw. Widerspruch endet. Denn auch in diesem Fall weiß die Klägerin – ebenso wie im Falle des (nach der von ihr vertretenen

¹⁵⁰ BGH v. 14.12.2005, XII ZR 236/03, ZMR 2006, 266 = NZM 2006, 294.

¹⁵¹ vgl. BGH v. 14.12.2005, XII ZR 236/03, ZMR 2006, 266 = NZM 2006, 294; siehe auch OLG Düsseldorf v. 11.7.2013, 24 U 136/12, juris.

¹⁵² BGH v. 14.12.2005, XII ZR 236/03, ZMR 2006, 266 = NZM 2006, 294; siehe auch OLG Düsseldorf v. 11.7.2013, 24 U 136/12, juris.

Rechtsauffassung notwendigen) Ausspruchs einer Kündigung - ein Jahr vor Ablauf der befristeten Mietzeit, dass eine Verlängerung des Mietverhältnisses nicht, auch nicht durch die Ausübung der der Mieterin eingeräumten Option, die ebenfalls (spätestens) zwölf Monate vor Mietende ausgeübt werden muss, eintritt, und kann sich hierauf einrichten. Soweit sie in der Berufung darauf abhebt, dass sie ohne Kündigung im Ungewissen sei, legt sie nur ihr Auslegungsergebnis zu Grunde und übersieht, dass sich die Situation bei dem von ihrer Interpretation abweichenden Auslegungsergebnis nicht anders darstellt.

6 Miete

6.1 Fertigstellung als Mietzahlungsbeginn

Der Begriff "Fertigstellung" ist nach allgemein rechtlichem Sprachgebrauch nicht gleichzusetzen mit der "Bezugsfertigkeit". Während die Bezugsfertigkeit schon vorliegt, wenn das Objekt genutzt werden kann, ist "Fertigstellung" erst gegeben, wenn alle Arbeiten erbracht und sämtliche, vorhandenen Mängel, jedenfalls die wesentlichen, beseitigt sind¹⁵³.

Auch im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die der Mieter gestellt hat, ist eine Klausel, wonach die Fertigstellungsmeldung für den Beginn der Mietzahlungspflicht maßgeblich sein soll, nicht unwirksam¹⁵⁴. Die Fertigstellungsmeldung ist insbesondere bei einem Mietobjekt, das im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses noch nicht vertragsgemäß fertig gestellt ist, nicht überraschend, § 305c BGB. § 309 Nr. 13 BGB ist ausdrücklich eingehalten. Ein Verstoß gegen § 307 BGB zulasten des Vermieters ist nicht ersichtlich, weil die Fertigstellungsmeldung in seiner Hand liegt. Da wegen der Anschlussarbeiten es möglich ist, dass die Übergabe schon vor Fertigstellung der dem Vermieter obliegenden Leistungen liegt, ist die Mitteilung im Interesse beider Parteien.

6.2 Aufrechnungsverbot

Die Mietminderung kann bei der Geschäftsraummieta – anders als bei der Wohnraummieta – eingeschränkt werden. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 536 Abs. 4 BGB. Eine solche Einschränkung ist grundsätzlich auch formu-

¹⁵³ vgl. BGH v. 20.01.2000 - VII ZR 224/98, NJW 2000, 1403; OLG Düsseldorf v. 30.9.2002 - 21 U 16/02, BauR 2003, 93.

¹⁵⁴ OLG München v. 13.11.2015 – 32 U 3524/15, ZMR 2016, 112.

larmäßig möglich¹⁵⁵. Gleiches gilt grundsätzlich für eine formularmäßige Einschränkung der Aufrechnung auf unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Gegenforderungen¹⁵⁶.

Vor diesem Hintergrund hält die Bestimmung

„Der Mieter kann gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Hiervon ausgenommen sind Forderungen des Mieters wegen Schadenersatz für Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, und andere Forderungen aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind.“

in einem formularmäßigen Mietvertrag einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB nicht stand¹⁵⁷.

Der Inhaltskontrolle vorgeschaltet ist die gegebenenfalls durch Auslegung vorzunehmende Ermittlung des objektiven Inhalts der Klausel. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn ausgehend von ihrem Wortlaut einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Kreise verstanden werden¹⁵⁸.

Nach dem Wortlaut der streitigen Klausel ist eine Minderung der Miete ebenso wie die Aufrechnung und die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts gegen die Miete ausgeschlossen. Ausgenommen hiervon sind Forderungen des Mieters auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Ferner sind ausgenommen andere Forderungen des Mieters aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind.

¹⁵⁵ BGHZ 176, 191 = NJW 2008, 2497 Rz. 8.

¹⁵⁶ vgl. BGH v. 14.11.2007 – VIII ZR 337/06, WuM 2008, 152.

¹⁵⁷ BGH v. 6.4.2016 – XII ZR 29/15, MDR 2016, 876 = GE 2016, 671 = NZM 2016, 585; BGH v. 6.4.2016 – XII ZR 30/15, ZMR 2016, 609.

¹⁵⁸ st. Rspr., BGHZ 176, 191 = NJW 2008, 2497 Rn. 10 f. m.w.N.

Die Ausnahme für unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Forderungen beschränkt sich sonach ausdrücklich auf Forderungen "aus dem Mietverhältnis". In Bezug auf nicht aus dem Mietverhältnis stammende Forderungen bleibt es klauselgemäß bei dem uneingeschränkten Aufrechnungsverbot. Danach erlaubt die Klausel keine Aufrechnung gegen die Miete mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aus einem außerhalb des Mietvertrags stehenden Rechtsverhältnis¹⁵⁹.

Mit diesem Inhalt hält die Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab von § 307 BGB nicht stand¹⁶⁰. Nach § 309 Nr. 3 BGB ist eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Diese Bestimmung ist zwar im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar, weil der Mieter die Räume als Unternehmerin gemietet hat (§ 310 Abs. 1 BGB i. V. m. § 14 BGB). Sie stellt aber eine konkretisierte Ausgestaltung des Benachteiligungsverbots des § 307 BGB dar, da es sich bei dem Ausschluss der Aufrechnung in den genannten Fällen um eine besonders schwerwiegende Verkürzung der Rechte des Vertragspartners handelt, die auch im Geschäftsverkehr nicht hingenommen werden kann¹⁶¹.

Der danach materiell an § 309 Nr. 3 BGB auszurichtenden Inhaltskontrolle hält das in § 8 Ziffer 1 des Mietvertrags geregelte Aufrechnungsverbot nicht stand, indem es die Zulässigkeit der Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen auf solche aus dem Mietverhältnis beschränkt. Eine derartige Verkürzung der Gegenrechte des Beklagten benachteiligt diesen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher gemäß § 307 BGB unwirksam. Der Verstoß hat zur Folge, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist. Eine geltungserhaltende Reduktion des Aufrechnungsverbots auf ein inhaltlich noch zulässiges Maß kommt nicht in Betracht¹⁶².

¹⁵⁹ BGH v. 6.4.2016 – XII ZR 29/15, MDR 2016, 876 = GE 2016, 671 = NZM 2016, 585; BGH v. 6.4.2016 – XII ZR 30/15, ZMR 2016, 609.

¹⁶⁰ BGH v. 6.4.2016 – XII ZR 29/15, MDR 2016, 876 = GE 2016, 671 = NZM 2016, 585; BGH v. 6.4.2016 – XII ZR 30/15, ZMR 2016, 609.

¹⁶¹ BGH v. 27.6.2007 – XII ZR 54/05, NJW 2007, 3421 Rz. 20 m.w.N.

¹⁶² BGH v. 27.6.2007 – XII ZR 54/05, NJW 2007, 3421 Rz. 21 m.w.N.

Zwar ist, wenn sich eine Formulklausel nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt, die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils rechtlich unbedenklich¹⁶³. Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor. Denn die klauselmäßige Gestattung der Aufrechnungsmöglichkeit mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen ist inhaltlich derart eng mit der Beschränkung auf Forderungen aus dem Mietverhältnis selbst verknüpft, dass diese bei einem Herausstreichen der Beschränkung inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten würde. Gleiches gilt für die mit gleicher Zielrichtung in einem einheitlichen Satz vereinbarten grundsätzlichen Verbote der Aufrechnung, der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts und der Berufung auf eine Minderung der Miete.

7 Schönheitsreparaturen

7.1 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 werde¹⁶⁴. Durch Rechtsentscheid vom 6. Juli 1988¹⁶⁵ hat der BGH diese Beurteilung auf Quotenabgeltungsklauseln übertragen. In der Folgezeit hat der VIII. Senat seine Rechtsprechung zu den Vornahmeklauseln mehrfach bestätigt¹⁶⁶.

Diese Auffassung hält er nicht mehr aufrecht¹⁶⁷.

¹⁶³ BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 32 m.w.N.; BGH v. 14.1.2015 – XII ZR 176/13, NJW 2015, 928 Rz. 23.

¹⁶⁴ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 ff).

¹⁶⁵ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71 (84 ff).

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

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 sind¹⁶⁸.

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 werden könne, dass die üblichen Renovierungsfristen mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu laufen beginnen¹⁶⁹. 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 werden¹⁷⁰. 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 würde¹⁷¹. Diese Handhabung wurde durch die ab 2004 einsetzende Rechtsprechung des VIII. Senats zum

¹⁶⁸ 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).

¹⁶⁹ 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).

¹⁷⁰ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

¹⁷¹ 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).

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 23.6.2004¹⁷² 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 Auslegung (§§ 133, 157 BGB) oder Anwendung von § 242 BGB vom Anwendungsbereich der Formulklausel 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 26.9.2007¹⁷³ 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

¹⁷² BGH v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586.

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 2013¹⁷⁴ 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 Geschäftsbedingung nicht nur im Verbandsprozess, sondern auch im Individualprozess von mehreren möglichen Deutungen die kundenfeindlichste Auslegung, also diejenige maßgebend, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt¹⁷⁵. 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 22.1.2014¹⁷⁶ 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.

¹⁷³ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632.

¹⁷⁴ BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, NJW 2013, 2505.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 352/12, WuM 2014, 135 Rz. 5.

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)¹⁷⁷. 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 vom Vermieter 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

¹⁷⁷ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

Verpflichtung auferlegt, die Wohnung gegebenenfalls in einem gegenüber dem Vertragsbeginn verbesserten Zustand zurückzugeben¹⁷⁸.

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 verhindern¹⁷⁹. Der noch im Rechtsentscheid vom 1.7.1987¹⁸⁰ 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 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 Auffassung¹⁸¹ 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 ist¹⁸².

¹⁷⁸ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

¹⁷⁹ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

¹⁸⁰ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 ff).

¹⁸¹ AG Dortmund, NZM 2014, 826, 828; *Schach*, ZMR 2014, 944.

¹⁸² 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.

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)¹⁸³.

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 unterschieden¹⁸⁴. 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 ist¹⁸⁵.

Um vorvertragliche Abnutzungs- und Gebrauchsspuren zu beseitigen und damit eine "renovierte" Wohnung zu übergeben, muss der Vermieter die Mieträume bei Vertragsbeginn nicht stets komplett frisch renovieren¹⁸⁶. 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

¹⁸³ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

¹⁸⁴ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (264).

¹⁸⁵ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (269).

¹⁸⁶ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

der sich auf die Unwirksamkeit der Klausel berufende Vertragspartner des Verwenders¹⁸⁷.

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.

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 worden¹⁸⁸. 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 hat¹⁸⁹.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Gewährung einer angemessenen Ausgleichsleistung obliegt dem Vermieter als Klauselverwender, da es sich um be-

¹⁸⁷ 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 BGB 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).

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/5663, S. 76.

sondere tatsächliche Umstände handelt, die eine Benachteiligung des Vertragspartners dennoch gerechtfertigt erscheinen lassen können¹⁹⁰.

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 dar¹⁹¹.

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 Betracht¹⁹². Ob die Übertragung der Schönheitsreparaturverpflichtung auf renovierte Teile der Wohnung beschränkt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.

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 wird¹⁹³.

¹⁹⁰ BGH v. 29.5.1991 - IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763.

¹⁹¹ BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

¹⁹² vgl. BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, NJW 2013, 2505 Rz. 23 m.w.N.

¹⁹³ 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.

7.2 weiterführende Entscheidungen

7.2.1 renovierungsbedürftiger Zustand

- *Eine Wohnung, die 1/4 Jahr vor dem Einzug des Mieters vom Vermieter renoviert worden und dann von dem Vormieter noch für diesen Zeitraum bewohnt worden ist, ist eine nicht renovierte Wohnung.*

LG Karlsruhe v. 2.11.1989 - 5 S 164/89, WuM 1990, 201; a.A. LG Berlin v. 12.2.2016 – 63 S 106/13, GE 2016, 592 (Feststellung von Gebrauchsspuren ist notwendig).

- *Eine (2-Zimmer-)Wohnung ist renovierungsbedürftig, wenn die Fenster zum Zeitpunkt der Übergabe an den Mieter nicht frisch gestrichen sind und Lackabplatzungen aufweisen.*

LG Berlin v. 4.6.2015 – 67 S 140/15, MDR 2016, 821 = WuM 2015, 541 = ZMR 2015, 714 = GE 2015, 917.

- *Vereinbaren die Parteien, dass der Mieter Instandsetzungen und Renovierungen bei Vertragsbeginn vornimmt, folgt daraus deren Erforderlichkeit.*

LG Berlin v. 9.2.2016 – 63 S 216/14, GE 2016, 395.

7.2.2 Höhe der Ausgleichsleistung

- *Die Angemessenheit der Kompensation ist anhand der Ersparnis des Vermieters zu ermitteln.*

Wiek, WuM 2016, 71; a.A. für eine Orientierung an den Kosten der Eigenarbeit des Mieters: Langenberg, NZM 2015, 684.

- *Die für eine bestimmte Zeit gewährte Mietfreiheit stellt keinen angemessenen finanziellen Ausgleich für die neben den Schönheitsreparaturen übernommene Anfangsrenovierung dar, wenn der Mieter die Wohnung während der mietfreien Zeit nicht zu Wohnzwecken nutzen kann, sondern in ihr ausschließlich die von ihm übernommenen Renovierungsarbeiten durchführt. Das Gleiche gilt, wenn die vom Mieter für die Anfangsrenovierung zu erbringenden Aufwendungen (Materialkosten und Kosten der Eigenarbeit) höher sind als die Ersparnis durch die gewährte Mietfreiheit (hier: von drei Monaten).*

AG Mitte v. 11.2.2003 – 25 C 362/01, MM 2003, 384.

- *Die formularvertragliche Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergebenen Wohnung kann 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 worden. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Mieter zum Ausgleich für den Renovierungsaufwand für eine bestimmte Zeit weniger oder gar keine Miete (hier: 700 €) zu entrichten hat.*

Mängel der Renovierung in diesem Fall: *Es ist allerdings klarzustellen, dass insoweit außer Betracht bleibt, dass der Herd samt Ofen unsauber war und sich auf den Badfliesen und -armaturen Flecken von Rost befanden. Denn die Beseitigung der genannten Beeinträchtigungen hätte begrifflich keine Schönheitsreparatur dargestellt. Maßgeblich kann allenfalls sein, dass der Holzfußboden sich in einem zu überarbeitenden Zustand befand und gleiches für die Scheuerleisten und Türen galt. Hinzu kommt noch, dass die Heizungsrohre und die entsprechenden Deckendurchbrüche nicht gestrichen waren. Schließlich waren auch Wände in Bad und Küche nicht tapeziert.*

LG Berlin v. 2.10.2015 – 63 S 335/14, GE 2015, 1403 = NZM 2016, 124.

- *Eine Ausgleichszahlung von 200 DM, die im Jahr 1969 gezahlt wurden, ist kein angemessener Ausgleich für die Überbürdung von Schönheitsreparaturen bei Vermietung einer unrenovierten Wohnung.*

LG Berlin v. 9.2.2016 – 63 S 216/14, GE 2016, 395.

- *Die Vereinbarung einer geringeren Miete zum Ausgleich für die Übergabe einer unrenovierten Wohnung ergibt sich nicht aus dem Verhältnis der vereinbarten zur bei Vertragsschluss gültigen örtlichen Vergleichsmiete. Vielmehr sind dafür konkrete Absprachen der Parteien erforderlich.*

LG Berlin v. 9.2.2016 – 63 S 216/14, GE 2016, 395.

7.2.3 Anforderungen an die Darlegungslast

- *Eine Vereinbarung betreffend die Vornahme der laufenden Schönheitsreparaturen durch den Mieter ist nicht unter dem Gesichtspunkt unwirksam, dass dem Mieter bei Vertragsbeginn eine renovierungsbedürftige Wohnung überlassen worden war, wenn ein solcher renovierungsbedürftiger Zustand nicht fest steht. Denn beruft sich ein Mieter auf die Unwirksamkeit der Renovierungsklausel, ist es an ihm, darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die Wohnung bei Mietbeginn unrenoviert oder renovierungsbedürftig war*

LG Berlin v. 18.8.2015 – 63 S 114/14, GE 2015, 1163 = NZM 2016, 46.

- *Ist im Übergabeprotokoll festgehalten, dass der Renovierungszustand (x) in Ordnung ist, kann der Mieter mit der einfachen Behauptung, die Wohnung sei unrenoviert gewesen, nicht gehört werden.*

LG Berlin v. 12.2.2016 – 63 S 106/13, GE 2016, 592.

7.2.4 Geltung für die Gewerberaummiete

Der BGH bislang zur Wirksamkeit von Renovierungsklauseln bei unrenovierter Mietsache nur betreffend die Vermietung von Wohnräumen entschieden. Mit Urteil vom 18. März 2015¹⁹⁴ hat er seine Rechtsprechung dahingehend geändert, dass die formularmäßige Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen dann gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei, wenn die Wohnung den Mietern ohne angemessenen Ausgleich nicht renoviert oder renovierungsbedürftig überlassen werde.

Diese Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit der formularmäßigen Überwälzung der Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen einer dem Mieter unrenoviert übergebenen Wohnung ohne die Gewährung eines angemessenen Ausgleichs ist auf die Vermietung von Geschäftsraum zu übertragen¹⁹⁵. Der VIII. Zivilsenat des BGH begründet nämlich die Aufgabe sei-

¹⁹⁴ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594.

¹⁹⁵ OLG Celle v. 13.7.2016 – 2 U 45/16, ■; LG Lüneburg v. 4.8.2015 - 5 O 353/14, NJW 2016, 578; Lützenkirchen, NZM 2016, 113, 116; Schmidt, NJW 2016, 1201, 1204 mit kritischen Anmerkungen; Lindner-Figura/Reuter, NJW 2016, 1059, 1061; Drettmann, NJW 2015, 3694, 3695; Boerner, NZM 2015, 686, 689; Lehmann-Richter, NJW 2015, 1594 [Anmerkung zu BGH VIII ZR 185/14]; Lehmann-Richter, NZM 2014, 818, 821; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR

ner früheren Rechtsprechung, dass ein derartiges Klauselwerk dahingehend ausgelegt werden könne, dass die üblichen Renovierungsfristen erst mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu laufen beginnen¹⁹⁶, mit der Rechtsentwicklung zu einer strengeren Klauselkontrolle, welche die einschränkende Auslegung der Klausel nicht mehr zulasse, weil sie nach heutiger Sichtweise als unzulässige geltungserhaltende Reduktion der Klausel auf den gerade noch zulässigen Inhalt eingestuft würde. Ausdrücklich verweist der VIII. Zivilsenat dabei auf seine Rechtsprechungsänderung zu Renovierungsfristen. Während früher bei der Vereinbarung starrer Fristen eine korrigierende Auslegung für den Ausnahmefall vorgenommen wurde, dass trotz Ablaufs üblicher Renovierungsfristen eine Vornahme von Schönheitsreparaturen nicht erforderlich war, gilt seit der Entscheidung vom 23. Juni 2004¹⁹⁷, dass eine derartige Klausel mit starren Fristen insgesamt unangemessen und unwirksam ist, weil sie auch den vorgenannten Ausnahmefall erfasst und den Mieter in dieser Konstellation unangemessen benachteiligt. Dieser Rechtsprechung ist der XII. Zivilsenat des BGH¹⁹⁸ für das gewerbliche Mietrecht mit der Begründung gefolgt, dass die Unwirksamkeit einer starren Fristenregelung für Schönheitsreparaturen durch den Mieter in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus der gesetzlichen Wertung folge, die insoweit nicht zwischen Wohnungsmiete und gewerblicher Miete unterscheide, und dass der Schutzzweck in Bezug auf starre Fristenregelungen für Schönheitsreparaturen bei gewerblichen Mietverhältnissen nicht grundsätzlich anders zu bewerten sei als bei der Wohnraummiete. Für den Bereich der Schönheitsreparaturen fehle eine Privilegierung des Wohnraummieters. Vor diesem Hintergrund der Parallelität der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Schönheitsreparaturen im Bereich der gewerblichen Miete und der Wohnraummiete ist es nicht zu rechtfertigen, die neue Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH zur Unwirksamkeit der Abwälzung von Schönheitsreparaturen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen bei unrenoviert überlassenem Wohnraum nicht auf die Vermietung von Gewerberaum zu übertragen¹⁹⁹. Vielmehr ist die Übertragung die Konsequenz aus der strengeren Rechtsprechung

308/02, NJW 2005, 2006 noch zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Wohnraummiete auf die Geschäftsraummiete unter § 9 AGBG

¹⁹⁶ vgl. BGH NJW 1988, 2790

¹⁹⁷ BGH, NJW 2004, 2586

¹⁹⁸ BGH, NJW 2008, 3772 (3723).

¹⁹⁹ OLG Celle v. 13.7.2016 – 2 U 45/16, ■.

zur Klauselkontrolle bei Schönheitsreparaturverpflichtungen, die der XII. Zivilsenat für den Fall der starren Fristenregelung bereits übernommen hat. Der XII. Zivilsenat²⁰⁰ hat außerdem bereits in seiner Entscheidung zur Unwirksamkeit der Kombination einer Endrenovierungsklausel mit einer solchen über turnusmäßig vorzunehmende Schönheitsreparaturen die Rechtsprechung zur Wohnraummiete übernommen, welche sanktioniert, dass dem Mieter in diesen Fällen ein Übermaß an Renovierungspflichten auferlegt wird. Es könne nicht von einer geringeren Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters ausgegangen werden. Das gilt gerade auch für die Vereinbarung einer AGB-Klausel über turnusmäßige Schönheitsreparaturen, wenn die Räume unrenoviert bzw. renovierungsbedürftig übergeben wurden und kein angemessener Ausgleich gewährt wurde²⁰¹.

8 Gewährleistung

8.1 Sachmangel wegen gestohlener Einbauküche?

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert. Ein derartiger Mangel, der dem Mieter sowohl ein Recht zur Mietminderung (§ 536 Abs. 1 BGB) als auch einen Anspruch auf Mangelbeseitigung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) gewährt, setzt eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand voraus. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Mietvertragsparteien²⁰².

Gehört nach dem Mietvertrag eine Einbauküche zum Mietgegenstand, kann der Mieter sie nur mit Genehmigung des Vermieters ausbauen. Will der Mieter eine eigene Einbauküche installieren, kann der Vermieter den Ausbau der vorhandenen Küche an Bedingungen knüpfen. Insoweit ist es insbesondere unproblematisch, wenn der Vermieter formuliert:

²⁰⁰ BGH, NJW 2005, 2006 (2007).

²⁰¹ OLG Celle v. 13.7.2016 – 2 U 45/16, ■.

²⁰² st. Rspr.; vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 11; BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rz. 8; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 18.

- „Sämtliche durch die Veränderung freiwerdenden Bauteile bzw. Einrichtungsgegenstände der Grundausstattung der Wohnung sind von Ihnen so aufzubewahren und zu warten, dass sie in gebrauchsfähigem Zustand erhalten bleiben.
- Für alle im Zusammenhang mit der genehmigten Maßnahme eintretenden Schäden sowie für den Verlust oder Beschädigung der gemäß Ziffer 4 aufzubewahrenden Teile sind Sie haftpflichtig. [...]
- Bei Beendigung des Mietverhältnisses sind Sie verpflichtet, [...] auf unser Verlangen den ursprünglichen bauseitigen Zustand so rechtzeitig auf Ihre Kosten wiederherzustellen, dass keine Verzögerung in der Neuvermietung der Wohnung eintritt.
- Wenn meine Küche ausbauen, akzeptieren Sie diese Bedingungen.“

Fraglich ist, ob er den Mietanteil der Einbauküche kürzen kann, wenn ihm die Möbel gestohlen werden und der Versicherer an den Vermieter eine Entschädigung leistet.

Das Ergebnis muss im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) gefunden werden²⁰³.

Insoweit ist davon auszugehen, dass die im Schreiben des Vermieters genannten Bedingungen für den von dem Mieter gewünschten Austausch der Küche Inhalt des Mietvertrags geworden sind. Denn der Mieter hat diese Bedingungen zumindest stillschweigend akzeptiert, indem er im Anschluss an das genannte Schreiben die Küche des Vermieters ausgebaut und eine eigene Kücheneinrichtung eingebaut hat. Der Vermieter hat durch den in dem genannten Schreiben abschließend erteilten Hinweis, "wenn Sie von dieser Genehmigung Gebrauch machen, so erkennen Sie die vorgenannten Bedingungen an", auf den Zugang einer Annahmeerklärung ausdrücklich verzichtet (§ 151 Satz 1 BGB). Dadurch ist der Mietvertrag in der Weise geändert worden, dass die Verpflichtung des Vermieters, die Wohnung mit einer Einbauküche auszustatten, zumindest für den Zeitraum, in dem der Mieter eine von ihm angeschaffte Kücheneinrichtung nutzt, entfallen ist.

²⁰³ BGH v. 13.04.2016 – VIII ZR 198/15, WuM 2016, 350 = ZMR 2016, 525 = GE 2016, 721.

Nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen bildet der von den Parteien gewählte Wortlaut einer Vereinbarung und der diesem zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille den Ausgangspunkt einer nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmenden Auslegung²⁰⁴. Weiter sind nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen insbesondere der mit der Vereinbarung verfolgte Zweck und die Interessenlage der Parteien zu beachten, ferner die sonstigen Begleitumstände, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können²⁰⁵.

Nach diesen Grundsätzen kann nicht das Ergebnis bestehen bleiben, die bisherigen Vereinbarungen seien nur insoweit abgeändert worden, als die Einbauküche sich nicht mehr im Küchenraum der angemieteten Wohnung befinden, sondern anderweitig sorgfältig gelagert werden müsse. Zum einen widerspricht eine solche Deutung bereits dem Wortlaut der Vereinbarung. Zum anderen verstößt eine solche Auslegung gegen den Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung²⁰⁶.

In dem detailliert gefassten Genehmigungsschreiben des Vermieters, dessen Inhalt der Mieter akzeptiert hat, ist allein die Rede von einer Verpflichtung der Mieter zu einer sachgerechten Aufbewahrung der ausgebauten Küche, nicht aber davon, dass dieser befugt sein sollte, die für den Küchenraum der angemieteten Wohnung infolge des Einbaus einer eigenen Kucheneinrichtung derzeit nicht benötigte Einbauküche des Vermieters in dieser Zeit weiter zu nutzen, etwa als im Kellerraum befindlicher Stauraum zur Lagerung von Sachen. Damit gibt schon der Wortlaut der im Genehmigungsschreiben vom Vermieter formulierten und von dem Mieter akzeptierten Vorgaben nichts dafür her, dass dem Mieter die Berechtigung hätte erhalten bleiben sollen, die von ihr für den Küchenraum - zumindest derzeit - nicht benötigte Einbauküche der Vermieter auf andere Weise beziehungsweise an anderer Stelle zu nutzen, und demzufolge der Vermieter hätte verpflichtet sein sollen, auch für diese Zeitspanne eine im Kellerraum lagernde, funktionsfähige Einbauküche zu stellen.

²⁰⁴ st. Rspr.; vgl. BGH v. 15.10.2014 - XII ZR 111/12, MDR 2015, 141 = NZM 2015, 211 Rz. 48; BGH v. 21.10.2014 - XI ZR 210/13, NJW-RR 2015, 243 Rz. 15; BGH v. 11.11.2014 - VIII ZR 302/13, NJW 2015, 409 Rz. 11.

²⁰⁵ BGH v. 11.10.2012 - IX ZR 30/10, WPM 2012, 2144 Rz. 11 m.w.N.; BGH v. 13.11.2014 - IX ZR 277/13, WM 2015, 186 Rz. 8.

²⁰⁶ vgl. hierzu BGH v. 24.5.2000 - VIII ZR 329/98, WPM 2000, 1648 unter II 2 b mwN; BGH v. 13.3.2013 - VIII ZR 172/12, NJW 2013, 2749 Rz. 15.

Gegen die Auslegung spricht auch die beiderseitige Interessenlage, die ihren Ausdruck in dem Genehmigungsschreiben gefunden hat²⁰⁷. An einer wie auch immer gearteten Nutzung der ausgebauten und im Kellerraum gelagerten Küche hatte der Mieter infolge der von ihm neu angeschafften Kücheneinrichtung kein nennenswertes Interesse. Vielmehr konzentrierte sich sein Interesse darauf, die bauseits vorhandene Küche entfernen und künftig durch eine Küchenausstattung eigener Wahl ersetzen zu dürfen. Tragfähige Anhaltspunkte dafür, dass er daneben noch ein Nutzungsinteresse an der ausgebauten Kücheneinrichtung gehabt hätte, sind der Vereinbarung nicht zu entnehmen und auch sonst nicht ersichtlich. Die in dem – vom Mieter akzeptierten - Genehmigungsschreiben geforderte sachgerechte Lagerung der ausgebauten Küche diente erkennbar allein dem Interesse des Vermieters, der sich die Möglichkeit erhalten wollte, nach Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Mieter die Wohnung erneut mit der Einbauküche ausgestattet anbieten zu können. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Mieter nach seinem eigenen Vorbringen die im Keller gelagerte Küche zur Unterbringung insbesondere von Winterkleidung und einer Zeltausrüstung verwendet hat.

Das Interesse des Vermieters ging ersichtlich dahin, einerseits dem Mieter dessen Wunsch, eine eigene Küche einzubauen, zu erfüllen, andererseits aber durch die Genehmigung dieser Maßnahme keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Dies kommt in der dem Mieter zugewiesenen Verantwortlichkeit für eine sachgerechte Lagerung der ursprünglichen Kücheneinrichtung und deren Eintrittspflicht für eventuelle Schäden oder den Verlust der Küchenteile zum Ausdruck. Weiter lässt sich dieses Interesse aus dem Umstand ableiten, dass die Parteien die Miethöhe anlässlich der Vereinbarung nicht um den Anteil, der auf die Nutzung der bislang vom Vermieter gestellten Kücheneinrichtung entfiel, gekürzt haben und der Mieter auch nach dem Ausbau der Küche dem Vermieter die vereinbarte Gesamtmiete unverändert weiter gezahlt hat.

In Anbetracht der beschriebenen Interessenlage und des Wortlauts der Vereinbarung ist diese dahin auszulegen, dass die Parteien hierdurch die mietvertragliche Gebrauchsgewährungspflicht der Vermietern dahin abgeändert haben,

²⁰⁷ BGH v. 13.04.2016 – VIII ZR 198/15, MDR 2016, 640 = WuM 2016, 350 = ZMR 2016, 525 =

dass diese ab dem Ausbau der von ihr gestellten Einbauküche jedenfalls so lange nicht die Stellung der ursprünglich eingebauten KÜcheneinrichtung oder einer Ersatzküche schuldet, als die Mieter die Wohnung selbst mit einer Küche ausgestattet und damit keinen Bedarf für eine (weitere) Küche hatte. Das Abhandenkommen der im Keller eingelagerten Küche hat deshalb - jedenfalls bislang - nicht zu einer Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Mietsache von der Soll-Beschaffenheit geführt, so dass ein zur Minderung der Miete führender Sachmangel (§ 536 Abs. 1 BGB) nicht vorliegt. Ob die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters wieder "aufleben" würde, wenn die Mieter die eigene Küche aus der Wohnung entfernte oder diese unterginge, bedarf keiner Entscheidung, da ein solcher Fall nicht vorliegt.

Der Vermieter verhält sich auch nicht treuwidrig (§ 242 BGB), wenn er den von der Versicherung der Mieter gezahlten Betrag in Höhe von 2.790 € für die Küche behält, ohne derzeit eine neue Küche anzuschaffen und gleichwohl auf der Zahlung der für die Küchennutzung vereinbarten Miete besteht. Der Vermieter macht lediglich die ihm aus verschiedenen rechtlichen Gründen zustehenden Ansprüche geltend und "kassiert" insoweit nicht doppelt. Der von der Versicherung der Mieter geleistete Entschädigungsbetrag allein als geldwerter Ausgleich (§ 249 Abs. 2 BGB) für den dem Vermieter als Eigentümer und Vermieter der im Keller aufbewahrten Küchenteile entstandenen Schaden bestimmt war. Diese Ersatzleistung, die wirtschaftlich an die Stelle der im Keller gelagerten KÜcheneinrichtung getreten ist, hat keinen Einfluss auf die Frage, ob der Mieter für die abhanden gekommene KÜcheneinrichtung Miete zu zahlen hat. Denn die Mietzahlungspflicht beurteilt sich ausschließlich nach den von den Parteien getroffenen Absprachen, also nach der Genehmigungsvereinbarung. Danach blieb die Höhe der Miete unberührt von dem Umstand, dass während der Nutzungszeit der neu eingebauten Küche die Mieter kein nennenswertes Interesse an einer Nutzung der im Keller gelagerten KÜcheneinrichtung des Vermieters mehr hatte. Die vereinbarte Gesamtmiete ist damit - zumindest für den genannten Zeitraum - für eine Wohnung ohne eine vom Vermieter gestellte Einbauküche zu zahlen. Folglich ändert sich an der Zahlungspflicht des Mieters auch nichts dadurch, dass sich die vom Mieter derzeit nicht benötigte KÜcheneinrichtung nicht mehr im Kellerraum befindet.

GE 2016, 721 = WuM 2016, 350 = ZMR 2016, 525.

8.2 Umdenken bei Umweltfehlern?

8.2.1 Die Entscheidung des BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14

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 bestimmt²⁰⁸.

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

²⁰⁸ 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 zustimmt²⁰⁹. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist²¹⁰. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert²¹¹.

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 fortbestehen²¹². 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 voraussetzen²¹³.

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 Ver-

²⁰⁹ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849 = NZM 2015, 481.

²¹⁰ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849 = NZM 2015, 481.

²¹¹ 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.

²¹² BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849 = NZM 2015, 481.

²¹³ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849 = NZM 2015, 481.

kehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben²¹⁴.

Aber auch nach den sich daraus ergebenden Maßstäben kann dem Vermieter nicht einseitig das Risiko einer lärmintensiven Nutzungsänderung auf dem Nachbargrundstück zugewiesen werden²¹⁵. 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 wäre²¹⁶. 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 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 ist²¹⁷.

Der durch Art. 1 des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes - Privilegierung des von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgehenden Kinderlärms vom 20. Juli 2011²¹⁸ in § 22 BImSchG eingefügte Absatz 1a bestimmt, dass Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie

²¹⁴ 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.

²¹⁵ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849 = NZM 2015, 481.

²¹⁶ vgl. BGH v. 3.12.2014 - VIII ZR 370/13, WM 2015, 306 Rz. 26 m.w.N.

²¹⁷ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849 = NZM 2015, 481.

²¹⁸ BGBl. I S. 1474.

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 Ausdruck 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 ist²¹⁹. Hinsichtlich der gegenständlich 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 Kinderspielplätze²²⁰.

Wenn von Kindern ausgehender Lärm eine wesentliche Ursache für die als Mangel beanstandeten Geräuschemissionen gewesen sein sollte, wäre allerdings § 22 Abs. 1a BImSchG zur Bewertung der Lärmeinwirkungen als Mangel der gemieteten Wohnung mit heranzuziehen²²¹. 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 ist²²². Diese Ausstrahlungswirkungen, die zugleich die Verkehrsanschauung zu Art und Maß der als sozialadäquat hinzunehmenden Geräuschemissionen 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 Rücksichtnahme²²³ in der Regel als den Mietgebrauch nicht oder nur unerheblich beeinträchtigend einzustufen wäre. Dass das hierin zum Ausdruck kom-

²¹⁹ BT-Drucks. 17/4836, S. 4, 6.

²²⁰ BT-Drucks. 17/4836, S. 6.

²²¹ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849 = NZM 2015, 481.

²²² BT-Drucks. 17/4836, S. 7; vgl. auch BGH v. 13.7.2012 - V ZR 204/11, WuM 2012, 515 Rz. 11.

²²³ vgl. dazu OVG Koblenz, NVwZ 2012, 1347 (1349).

mende 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 Mietvertragsschluss zumindest angelegten Verkehrsanschauung enthält²²⁴, 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 führen²²⁵.

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 Instanzrechtsprechung²²⁶ sowie im mietrechtlichen Schrifttum²²⁷ 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 konnte²²⁸. Dabei wird zugleich ganz überwiegend angenommen, dass die im Nachbarschaftsrecht gemäß § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB bedeutsame Ortsüblichkeit keinen Maßstab für die mietrechtliche Ge-

²²⁴ vgl. BVerwG, NJW 1992, 1779 (1780).

²²⁵ 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.

²²⁶ 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.

²²⁷ 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).

²²⁸ nur eine positive Kenntnis des Mieters für maßgeblich haltend: *Blank*, WuM 2012, 175 (178).

brauchserhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB bilden könne²²⁹.

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 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 müssen²³⁰.

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 dar²³¹.

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 füh-

²²⁹ 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.

²³⁰ 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.

²³¹ BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rz. 12.

ren, 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 Gebäude 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 bleibt²³².

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 muss²³³. 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 wiederherzustellen²³⁴. Das dem Vermieter durch diese Regelungen auferlegte Besitzverschaffungsrisiko (vgl. § 276 Abs. 1 Satz

²³² BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009, 659 Rz. 15, 17.

²³³ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849.

²³⁴ 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.

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. 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 Art²³⁵. 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 lassen²³⁶. Es ist in diesen Fällen vielmehr bereits durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln, wie weit eine im Vertrag übernommene Beschaffungspflicht nach diesen Maßstäben reicht²³⁷.

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

²³⁵ 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.

²³⁶ 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.

²³⁷ MünchKommBGB/Grundmann, 6. Aufl., § 276 BGB Rz. 179 m.w.N.

Geräuschimmissionen zu erhalten haben²³⁸. 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 ist²³⁹.

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 vorzugehen²⁴⁰. 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 bilden²⁴¹.

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 gewe-

²³⁸ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849.

²³⁹ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849.

²⁴⁰ 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).

²⁴¹ vgl. nur OVG Berlin-Brandenburg, BlmSchG-Rspr. § 22 Nr. 187; VGH Mannheim, BlmSchG-Rspr. § 22 Nr. 216; jeweils m.w.N.

sen 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 in einer adäquaten Minderung der vereinbarten Miete hätte niederschlagen müssen²⁴².

Entgegen einer verbreitet vertretenen Auffassung²⁴³, 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 findet²⁴⁴. 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.

8.2.2 Auswirkungen der Entscheidung

8.2.2.1 Darlegungs- und Beweislast

- *Soweit der Vermieter sich wegen fehlender eigener Abwehrmöglichkeiten auf einen Ausschluss des Minderungsrechts des Mieters beruft, ist er hierfür darlegungs- und beweispflichtig. (amtlicher Leitsatz)*

²⁴² BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, MDR 2015, 819 = WuM 2015, 478 = ZMR 2015, 697 = GE 2015, 849.

²⁴³ 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).

²⁴⁴ BGH v. 12.12.2003 - V ZR 180/03, BGHZ 157, 188 (192).

LG München I v. 14.01.2016 – 31 S 20691/14; NJW-RR 2016, 334 = ZMR 2016, 290 = NZM 2016, 237; a.A. *Selk*, NZM 2016, 239, der zutreffend darauf hinweist, dass der BGH die Frage der Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit auf der Tatbestandsebene des § 536 BGB gestellt hat.

8.2.2.2 Baulärm

- *Die Entscheidung BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14 ist ohne Weiteres auf andere Umweltfehler, insbesondere Baulärm anzuwenden.*

Selk, NZM 2015, 855.

- *Nachträglich erhöhte Geräuschimmissionen, die von einem Nachbargrundstück ausgehen, begründen, sofern anders lautende Beschaffenheitsvereinbarungen fehlen, grundsätzlich keinen gemäß § 536 Abs. 1 BGB zur Minderung berechtigenden Mangel, wenn der Vermieter die Immissionen ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit nach § 906 BGB als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss.*

LG Berlin v. 9.2.2016 – 63 S 177/15, GE 2016, 329.

- *Die Entscheidung des BGH v. 29.04.2015 Az: VIII ZR 197/14 gilt nicht nur für Kinderlärm (hier: Lärm einer Großbaustelle). Nachträglich erhöhte Geräuschimmissionen, die von einem Nachbargrundstück ausgehen, begründen bei Fehlen anderslautender Beschaffenheitsvereinbarung grundsätzlich keinen zur Mietminderung berechtigenden Mangel, wenn auch der Vermieter die Immissionen ohne eigene Abwehrmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss. (amtlicher Leitsatz)*

LG München I v. 14.01.2016 – 31 S 20691/14; NJW-RR 2016, 334 = ZMR 2016, 290 = NZM 2016, 237; a.A. LG Berlin v. 16.6.2016 – 67 S 76/16, ZMR 2016, 693.

- *Handelt es sich bei der Instandsetzung oder Modernisierung um übliche Verfahren zur Anbringung einer Wärmedämmung durch Aufstellen eines Gerüsts und Andübeln der Dämmplatten, sind die damit verbundenen zeitweisen erhöhten Einwirkungen gemäß § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB als ortsüblich hinzunehmen.*

LG Berlin v. 7.4.2016 – 63 T 2/16, GE 2016, 590.

- *Das Aufstellen eines Gerüsts vor den zur Miete überlassenen Wohnräumen ist regelmäßig nicht als lediglich unwesentliche bzw. unerhebliche Beeinträchtigung des Gebrauchs der Mietsache anzusehen.*

LG Berlin v. 20.4.2016 – 65 S 424/15, GE 2016, 860.

8.2.2.3 Veränderungen im Umfeld

- *Der Mieter einer Wohnung in der Innenstadt muss damit rechnen, dass es im weiteren oder näheren Umfeld seiner Wohnung etwa durch Neubau, Umbau oder Sanierung von Gebäuden, Straßen o.Ä., durch Wechsel oder Zuzug von neuen (gewerbetreibenden) Nachbarn etc. – zu Veränderungen kommt, die sich auf die Mietsache nachteilig auswirken können (hier: Lärm aus einer Shisha-Bar in einer Straße mit nahezu lückenloser Gewerbenutzung im Erdgeschoss).*

LG Berlin v. 15.4.2016 – 63 S 223/15, GE 2016, 729.

- *Lärmbeeinträchtigungen des Mieters (insbesondere nachts) durch ein im Hinterhof liegendes Hotel liegendes Hotel, das bei Abschluss des Mietvertrages noch nicht vorhanden war, weichen vom Mindeststandard des Wohnens ab und berechtigen den Mieter daher zur Minderung.*

LG Berlin v. 11.8.2016 – 67 S 162/16, GE 2016, 1214.

8.2.2.4 Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit

- *1) Ist ein Planfeststellungsverfahren nach §§ 8, 9, 10 LuftVG durchgeführt worden, kommt ein zivilrechtlicher Entschädigungsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB wegen Lärmbelästigungen grundsätzlich nicht in Betracht.*
- *2) Wird eine Planfeststellung nach § 71 Abs. 2 Satz 1 LuftVG fingiert, gilt dasselbe. Dem von Lärmimmissionen Betroffenen steht in solchen Fällen Rechtsschutz in entsprechender Anwendung des § 75 Abs. 2 VwVfG zu Gebote.*
- *3) Die Sperrwirkung der Regelungen des Planfeststellungsverfahrens gilt nicht nur für den Anspruch auf Erstattung der Kosten für passive Schall-*

schutzmaßnahmen, sondern auch für Ansprüche auf Ausgleich eines verbleibenden Minderwerts des Grundstücks.

- *4) Bei der Beurteilung, ob Fluglärm eine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne des § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB bedeutet, ist der Tatrichter auf eine Würdigung aller die Lärmimmissionen charakterisierenden Umstände angewiesen. Die Vorschriften des Fluglärmsgesetzes, der TA-Lärm und der Verkehrslärmschutzverordnung (16. BImSchV) stellen keine Normen im Sinne des § 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB dar; von den dort geregelten Grenzwerten geht daher keine Indizwirkung aus, sie können aber bei der Gesamtwürdigung als Entscheidungshilfe Berücksichtigung finden.*

BGH v. 10.12.2004 – V ZR 72/04, MDR 2005, 623 = NZM 2005, 226.

- *Der Anlieger einer Straße, die auf der Grundlage eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses errichtet oder ausgebaut worden ist, kann nicht unter dem Gesichtspunkt des enteignenden Eingriffs einen Geldausgleich für im Planfeststellungsbeschluss nicht vorgesehene Schallschutzeinrichtungen auf dem betroffenen Grundstück verlangen (teilweise Abweichung von BGHZ 97, 117).*

BGH v. 21.1.1999 – III ZR 168/97, NJW 1999, 1247.

- *Hat der Mieter einer Eigentumswohnung die Miete berechtigt wegen Lärmimmissionen infolge von Bauarbeiten auf einem Nachbargrundstück (hier: um 20%) gemindert, hat der Eigentümer des Nachbargrundstücks die über die Zumutbarkeitsgrenze (hier: 6%) hinausgehende Mietzinsminderung auszugleichen. Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit des Ertragsverlustes für den Vermieter ist darauf abzustellen, ob das Mietgrundstück bzw. die vermietete Eigentumswohnung noch wirtschaftlich betrieben werden kann. Die Zumutbarkeitsgrenze orientiert sich an der durchschnittlichen Nettorendite bei der Wohnungsvermietung.*

LG Hamburg v. 3.12.1998 – 327 S 97/98, MDR 1999, 154 = NZM 1999, 169 (Diese Entscheidung dürfte obsolet sein, da sie auf das Recht zur Minderung abstellt und nicht darauf, ob der Vermieter überhaupt eine Entschädigungsmöglichkeit gemäß § 906 Abs. 2 BGB hat)

- *Der Vermieter kann von seinen Mietern nach § 535 BGB verlangen, dass ein Tor, das den Zutritt zum Hof versperrt verschlossen bleibt/nach der*

Nutzung verschlossen wird, um zu verhindern, dass die Besucher einer Gaststätte im gleichen Gebäude mit ihren Pkw's in den Hof gelangen und beim An- und Abfahren bis tief in die Nacht Lärm verursachen.

LG Berlin v. 18.12.2015 – 65 S 238/15, GE 2016, 785.

8.3 Minderungsausschluss in der Gewerberaummieta

Die Beschränkung der Aufrechnung auf „anerkannte“ (und nicht nur unbestrittene) Gegenforderungen ist unwirksam²⁴⁵. Fraglich ist, ob dies auch für die Minderungsbeschränkung gilt.

Das KG hält dies für zulässig²⁴⁶. 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 dar²⁴⁷. 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 erlaubt²⁴⁸, 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 festzusetzen²⁴⁹. 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

²⁴⁵ 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).

²⁴⁶ KG v. 13.7.2015 – 8 W 45/15, GE 2015, 1594; KG v. 11.9.2014 – 8 U 77/13, GE 2014, 1528.

²⁴⁷ 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.

²⁴⁸ vgl. BGH v. 16.3.2006 – I ZR 65/03, NJW-RR 2006, 1350 = NJW 2007, 3421 (3422) m.w.N.

²⁴⁹ vgl. *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VIII 271 ff.

der Zustimmung oder dem Anerkenntnis des Vermieters abhängig machen, in der obergerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres als wirksam angesehen worden²⁵⁰.

9 Verjährung

9.1 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 dulden²⁵¹. Mit Verjährung des Wegnahmerechts entsteht ein dauerndes Besitzrechts des Vermieters und gesetzliche Zahlungsansprüche, gleich aus welchem Rechtsgrund, sind ausgeschlossen²⁵². Die Verjährung von 6 Monaten beginnt gemäß § 548 Abs. 2 BGB nicht erst mit der Rückgabe der Mieträume, sondern mit der rechtlichen Beendigung des Mietverhältnisses²⁵³. 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 Risiko²⁵⁴. 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 hat²⁵⁵. Die Ausübung des Vermieterpfandrechts, das sich auch auf im Eigentum des Mieters verbliebene Einrichtungen erstreckt, hemmt die Verjährung nicht²⁵⁶.

Dies ergibt sich jetzt bereits aus § 205 BGB, der anordnet, dass eine Hemmung nur eintritt, wenn das Leistungsverweigerungsrecht auf einer Vereinbarung beruht²⁵⁷.

²⁵⁰ vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 1999, 23, 24; OLG Düsseldorf v. 8.6.2006 - 10 U 159/05, GuT 2006, 265; KG, GE 2001, 345

²⁵¹ BGHZ 81, 146 = NJW 1981, 2564, 2565 unter II.2.

²⁵² BGHZ 101, 37 = NJW 1987, 2861, 2862 unter IV.3; Palandt/*Weidenkaff*, 73. Aufl., § 539 BGB Rz. 4.

²⁵³ BGH, NJW 2008, 2256 (2257) Tz 15 m.w.N.

²⁵⁴ s. OLG Bamberg, NZM 2004, 342, bei Juris Tz 9; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 12. Aufl., § 539 BGB Rz. 73.

²⁵⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 734, bei Juris Tz 33.

²⁵⁶ s. BGHZ 101, 37 = NJW 1987, 2861, 2862 unter II.2.a.cc: analoge Anwendung von § 202 II BGB a.F.

²⁵⁷ KG v. 13.7.2015 – 8 W 45/15, GE 2015, 1594.

9.2 Schadensersatzansprüche Dritter

Fall: M, eine GmbH, schließt mit V einen Mietvertrag zum Betrieb eines Event-Cafés. Z hat M Kunstgegenstände zur Verfügung gestellt, die im Mietobjekt installiert sind. Der Mietvertrag endet im März 2012. Im Dezember 2013 verlangen die Gesellschafter der M aus abgetretenen Recht des Z Schadensersatz für die nach der Räumung von V vernichteten Kunstgegenstände.

V beruft sich auf Verjährung.

Die Entscheidung (auszugsweise)²⁵⁸:

Eine weitere Klärung der Voraussetzungen eines etwaigen Schadenersatzanspruchs der Kläger (Gesellschafter der M) konnte aber unterbleiben, da einem etwaigen Anspruch der Kläger jedenfalls die Einrede der Verjährung entgegensteht, so dass die Beklagte (Vermieter) die Zahlung verweigern kann.

Etwaige Ansprüche der Kläger aus eigenem und abgetretenem Recht des Zeugen Z auf Schadenersatz sind jedenfalls verjährt (§ 548 Abs. 2 BGB). Denn seit der Beendigung des Mietverhältnisses spätestens am 19.3.2012 waren zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage am 17.12.2013 jedenfalls mehr als sechs Monate vergangen. Ein Sachverhalt, welcher die Hemmung der Verjährung zur Folge gehabt hätte, ist nicht vorgetragen, insbesondere nicht mit Schriftsatz vom 3.2.2016 (§§ 203 ff. BGB).

Die Vorschrift des § 548 Abs. 2 BGB, nach welcher Ansprüche eines Mieters gegen den Vermieter auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung mit Ablauf von sechs Monaten seit der Beendigung des Mietverhältnisses verjähren, ist auf die seitens der Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Schadenersatz anwendbar.

Den Klägern kann nach ihrem Vortrag wie oben dargelegt als Eigentümern bzw. Berechtigten der Kunstinstallation gegen die Beklagte aus dem Mietvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ein vertraglicher Anspruch auf Schadenersatz wegen der Zerstörung bzw. Weggabe von Teilen der Kunstinstallation zustehen (§ 280 Abs. 1, § 249 BGB).

²⁵⁸ OLG Frankfurt v. 4.3.2016 – 2 U 182/14, ZMR 2016, 441.

Dieser vertragliche Anspruch der Kläger und des Zedenten Z als Dritter können aber nicht weiter gehen, als Ansprüche der Mieterin selbst gingen. Soweit die Kläger sowie der Zeuge Z aufgrund ihres Eigentums an der Kunstinstallation in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen waren, müssen sie sich auch die Einwände entgegenhalten lassen, die aus dem Mietverhältnis folgen. Denn der vertragliche Anspruch der Kläger und des Zedenten Z leitet sich aus den Vertragsbeziehungen der unmittelbaren Vertragspartner her, so dass es folgerichtig ist, daß ihnen keine größeren Rechte zustehen als der Mieterin als der unmittelbaren Vertragspartnerin der Beklagten²⁵⁹. Ein entsprechender vertraglicher Schadenersatzanspruch der B GmbH als Mieterin wegen der Vernichtung der Kunstinstallation wäre aber verjährt (§ 548 Abs. 2 BGB) mit der Folge, dass die Beklagte die Leistung dauerhaft verweigern kann (§ 214 Abs. 1 BGB).

Der B GmbH als Mieterin stand bis zur Übergabe des Mietobjekts an die Beklagte das mietvertragliche Recht zu, die in das Mietobjekt eingebrachte Kunstinstallation wegzunehmen, unabhängig davon, ob sie auch Eigentümerin der Kunstinstallation war (§ 539 Abs. 2 BGB). Es handelte sich bei dieser Kunstinstallation um eine Einrichtung in diesem Sinne, nicht um eine bewegliche Sache, welche die Mieterin jederzeit hätte wegnehmen können. Denn diese Kunstinstallation war in ihren wesentlichen Teilen in das Gebäude fest eingebaut und darum mit der Mietsache verbunden und war dabei dazu bestimmt, dem Zweck der Mietsache zu dienen. Hierbei wird die Kunstinstallation in ihrer Gesamtheit einschließlich einzelner nicht fest eingebauter Bestandteile als Einheit angesehen. ...

Gerade aus dem Zusammenwirken dieses Gesamtkunstwerks leiten die Kläger den von ihnen behaupteten außerordentlich hohen Wert des Kunstwerks her. Obwohl der Ausbau wohl die teilweise Zerstörung der Installation zur Folge hatte, hätte sie für die Mieterin nach der Wegnahme als Objekt von erheblichem Wert noch eigenständige Bedeutung gehabt. Nach Rückgabe der Mietsache an die Beklagte beschränkte sich dieses Recht der Mieterin auf einen Anspruch auf Gestattung der Wegnahme (§ 258 S. 2 BGB). Sofern dieses Recht zum Zeitpunkt des Ausbaus und der Vernichtung der Kunstinstallation noch bestand und durchsetzbar war, hat die Beklagte es wie dargelegt verletzt, indem sie die

²⁵⁹ vgl. BGH v. 23.06.1965 - VIII ZR 201/63, NJW 1965, 1757.

Kunstinstallation zerstörte oder weggab, ohne hierzu berechtigt zu sein. Daran konnte sich ein vertraglicher Anspruch der Mieterin gegen die Beklagte auf Schadenersatz anschließen. Auch dieser Anspruch als Sekundäranspruch wäre aber nach Ablauf von sechs Monaten von der Beendigung des Mietverhältnisses an verjährt (§ 548 Abs. 2 BGB)²⁶⁰.

Gleiches gilt auch für konkurrierende dingliche Ansprüche eines Mieters aus dem Eigentum selbst²⁶¹. Denn die Vorschrift des § 548 BGB dient dem Zweck, eine rasche und abschließende Auseinandersetzung der Ansprüche der an einem Mietvertrag Beteiligten nach dessen Beendigung herbeizuführen. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn konkurrierende außervertragliche Ansprüche, die auf demselben Sachverhalt beruhen und die ihrem Wesen nach nur Hilfscharakter tragen, weiter durchsetzbar wären²⁶². Anderes gilt nur für Ansprüche, die aus einer neben dem Mietvertrag bestehenden Rechtsbeziehung der Parteien fließen. Um einen solchen Anspruch handelt es sich bei einem Anspruch allein aus Eigentum ohne eine solche weitere Rechtsbeziehung, insbesondere bei Bestehen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach Aufforderung zur Duldung der Wegnahme²⁶³ nicht.

Entsprechendes gilt für vertragliche Ansprüche der Kläger und des Zedenten Z, die aus dem Mietvertrag mit der B GmbH als einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter herrühren. Ihre Einbeziehung in den Schutzbereich des Mietvertrages führt jedenfalls unter den konkreten Umständen des Einzelfalls dazu, dass der Anwendungsbereich der mietrechtlichen Verjährungsvorschrift auf ihre Ansprüche erstreckt wird. Auch diese auf dem Mietvertrag beruhenden Ansprüche gehen nicht weiter als entsprechende Ansprüche der B GmbH als Mieterin selbst und unterliegen damit der gleichen Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB²⁶⁴. Zwischen den Klägern und dem Zeugen Z einerseits sowie der

²⁶⁰ vgl. BGH, NJW 1987, 2861 ff. [BGH 13.05.1987 - VIII ZR 136/86]; 1981, 2564 f.; OLG Düsseldorf, ZMR 2006, 923 ff.; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 2015, § 548, Rz. 32.

²⁶¹ vgl. BGH v. 21.03.1997 - V ZR 217/95, NJW 1997, 1983; Palandt/Weidenkaff, 71. Aufl., § 548 BGB Rz. 7.

²⁶² vgl. BGH v. 13.02.1974 - VIII ZR 233/72, NJW 1974, 743.

²⁶³ vgl. BGH, NJW 1081, 2564.; Palandt/Grüneberg, 71. Aufl., § 258 BGB Rz. 2; Palandt/Weidenkaff, 71. Aufl., § 539 BGB Rz. 4.

²⁶⁴ vgl. LG Berlin, GE 2013, 269; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 12. Aufl., § 548 BGB Rz. 52.

B GmbH andererseits bestand eine enge wirtschaftliche und vor allem persönliche Verflechtung. Die Kläger sowie der Zeuge Z waren Gesellschafter der B GmbH, der Kläger zu 1) und der Zeuge Z auch ihre Geschäftsführer. Ihnen waren sämtliche Umstände im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis zwischen der B GmbH und der Beklagten bekannt. Die Kläger, der Zeuge Z und der weitere Gesellschafter E haben am 23.5.2007 als geschäftsführende Gesellschafter der B GmbH i.G. den Mietvertrag mit der Beklagten unterzeichnet. Die Kläger und der Zeuge Z haben - ihr Eigentum an der Kunstinstallation unterstellt - das Einbringen der Kunstinstallation in das Mietobjekt gerade zum Zwecke der Ausstattung der Gastronomieräume im Rahmen des von ihnen für die B GmbH i.G. abgeschlossenen Mietvertrages bewusst und gewollt gestattet. Damit haben sie vergleichbar der Mieterin selbst eine entsprechende Disposition über ihr Eigentum getroffen. Ihnen war es deshalb in gleicher Weise wie der Mieterin zumutbar, anlässlich der Rückgabe der Mietsache am 19.3.2012, bei der sie zudem sämtlich anwesend waren, in ihrem Eigentum stehende Einrichtungen, mit welchen die Mietsache bestimmungsgemäß versehen worden war, wegzunehmen bzw. dies im Laufe der Verjährungsfrist von sechs Monaten nachzuholen. Den Klägern und dem Zeugen Z ist es deshalb zumutbar, dass sie sich die mietrechtlichen Regelungen, zu denen auch die kurze Verjährung gehört, ebenso entgegenhalten lassen müssen, als wären sie selbst Mieter der Räume.

Dies entspricht dem Zweck der Vorschrift des § 548 BGB, eine rasche und abschließende Auseinandersetzung der Ansprüche der an einem Mietvertrag Beteiligten nach dessen Beendigung herbeizuführen. Aus der Sicht der Beklagten war das Auseinanderfallen von Mieterin und - angeblich - Eigentümern der Kunstinstallation nicht ohne weiteres erkennbar und ihr darum möglicherweise gar nicht bekannt, sondern lediglich zufällig. Wäre die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB nicht auch auf Ansprüche der von der Mieterin verschiedenen Eigentümer der Kunstinstallation anwendbar, könnte die kurze Verjährung dadurch ausgehöhlt werden, dass die Mieterin von Beginn an das Eigentum Dritter für die Einrichtung des Mietobjekts verwendete oder das Eigentum an solchen Einrichtungen vor der Rückgabe des Mietobjekts an Dritte übertrug und diese so etwaige Schadenersatzansprüche ohne Rücksicht auf die kurze mietrechtliche Verjährungsfrist verfolgen könnten. Jedenfalls für diese Konstellation besteht eine Regelungslücke, die aufgrund der vergleichbaren Interes-

senlage eine entsprechende Anwendung der Verjährungsvorschrift als geboten erscheinen lässt²⁶⁵.

Damit stehen die Kläger hinsichtlich der Frage der Verjährung ihrer Ansprüche gegen die Beklagte zwar im Ergebnis schlechter, als wenn sie lediglich einen allgemeinen Anspruch aus ihrem - behaupteten - Eigentum geltend machen könnten, sofern dessen Voraussetzungen vorlägen. Denn dieser Anspruch verjährte innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Verjährungsfrist von drei Jahren frühestens vom Schluss des Jahres an, in welchem der Anspruch entstanden ist (§§ 195, 199 BGB). Dies ist aber die Folge des von ihnen veranlassten bestimmungsgemäßen Einbaus der Kunstinstallation als Einrichtung in die Mieträume, welche die B GmbH von der Beklagten angemietet hatte. Die Kläger haben ihr - behauptetes - Eigentum der Mieterin bewusst zur Nutzung in den Mieträumen und im Rahmen von deren Nutzungszweck als Bistro-, Kunst- und Ausstellungs-, Clubbing- und Eventfläche zur Verfügung gestellt und sich damit in den Schutzbereich des Mietverhältnisses begeben.

Die Beklagte ist auch nicht gehindert, die Einrede der Verjährung zu erheben, selbst wenn sie die Entfernung der Kunstinstallation durch die Kläger und den Zeugen Z verhindert haben sollten. Der Eintritt der Verjährung selbst ist von einer etwaigen Kenntnis der Beteiligten oder - sofern nicht die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB vorliegen - von einer etwaigen vorsätzlichen Herbeiführung eines Schadenersatzanspruchs durch den Schuldner unabhängig. Die Beklagte ist auch nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gehindert, sich auf den Eintritt der Verjährung zu berufen (§ 242 BGB). Die Beklagte hat weder unredlich den Eintritt der Verjährung erreicht noch die Kläger daran gehindert, eine Hemmung der Verjährungsfrist, etwa durch rechtzeitige gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs (§ 204 Abs. 1 BGB), zu erreichen, oder sonst in unredlicher Weise etwa ein widersprüchliches Verhalten gezeigt.

²⁶⁵ vgl. auch BGH, NJW 1986, 254; vgl. hierzu im umgekehrten Fall der Personenverschiedenheit von Vermieter und Eigentümer BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717.

10 Schriftform

10.1 Nachträgliche Umbauarbeiten des Mieters

Nach der Rechtsprechung des XII. Senats unterliegen auch Nebenabreden der Schriftform, wenn sie den Inhalt des Mietverhältnisses gestalten und nach dem Willen der Vertragsparteien wesentliche Bedeutung haben²⁶⁶. Treffen die Mietvertragsparteien Vereinbarungen zu am Mietobjekt vorzunehmenden Um- und Ausbauarbeiten und dazu, wer diese vorzunehmen und wer die Kosten zu tragen hat, so liegt die Annahme nicht fern, dass diesen Abreden vertragswesentliche Bedeutung zukommt²⁶⁷. Dies gilt umso mehr, wenn der Grund der Änderung des Mietvertrages die Vergrößerung der Mieteinheit ist.

Eine vertragswesentliche Nebenabrede zu Um- und Ausbauarbeiten kann nicht nur bei einer Flächenvergrößerung oder bei einem verlorenen Baukostenzuschuss vorliegen²⁶⁸. Im Übrigen setzt ein verlorener Baukostenzuschuss nicht zwingend eine Zuschusszahlung des Mieters voraus, sondern kann auch etwa in Bauleistungen auf Kosten des Mieters bestehen²⁶⁹.

Einer Formbedürftigkeit der Abreden zu den Umbaumaßnahmen steht im Übrigen nicht entgegen, dass die Maßnahmen gegebenenfalls im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Vertragsschluss durchgeführt werden sollten²⁷⁰. Auch dann stünde nicht ohne weiteres fest, dass diese Abreden einen potenziellen Grundstückserwerber keinesfalls betreffen oder jedenfalls keine längere Gültigkeitsdauer als ein Jahr hätten²⁷¹. Die Pflicht des Mieters zur Vornahme einschließlich Kostentragung kann sich ebenso ohne weiteres noch nach der Jahresfrist des § 550 Satz 2 BGB auswirken wie die Pflicht des Vermieters zur Duldung. Vor allem kann ein verlorener Baukostenzuschuss auch

²⁶⁶ BGH v. 22.12.1999 - XII ZR 339/97, NJW 2000, 1105 (1106).

²⁶⁷ vgl. Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Schweitzer, Gewerberaummiete, § 550 BGB Rz. 43; *Lindner-Figura* in Lindner-Figura/Oprea/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 6 Rz. 31 f.

²⁶⁸ BGH v. 25.11.2015 – XII ZR 114/14, MDR 2016, 146 = WuM 2016, 28.

²⁶⁹ vgl. BGH v. 22.5.1967 - VIII ZR 25/65, NJW 1967, 2255 (2256); Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/*Guhling*, Gewerberaummiete, § 547 BGB Rz. 6; Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 12. Aufl., § 547 BGB Rz. 13.

²⁷⁰ BGH v. 25.11.2015 – XII ZR 114/14, WuM 2016, 28.

²⁷¹ vgl. dazu BGHZ 163, 27 = NJW 2005, 1861 (1862); Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/*Schweitzer*, Gewerberaummiete, § 550 BGB Rz. 46; Staudinger/*Emmerich*, BGB [2014; Updatestand: 22.9.2015] § 550 BGB Rz. 25 f.

nach Jahren noch dazu führen, dass bei vorzeitiger Vertragsbeendigung - etwa aufgrund außerordentlicher Kündigung des Vermieters - wegen des noch nicht "abgewohnten" Teils ein Bereicherungsanspruch des Mieters besteht²⁷². Der Schutz des potenziellen Grundstückserwerbers gebietet daher auch in einem solchen Fall, dessen Information durch die Schriftform sicherzustellen.

10.2 unwesentliche Anhebung der Miete

Die von §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 BGB geforderte Schriftform ist nur 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 ergibt²⁷³. Von der Schriftform ausgenommen sind lediglich solche Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind²⁷⁴. Für Vertragsänderungen gilt nichts anderes als für den Ursprungsvertrag. Sie müssen daher ebenfalls der Schriftform des § 550 BGB genügen, es sei denn, dass es sich um unwesentliche Änderungen handelt²⁷⁵.

Die Frage, ob eine nachträgliche dauerhafte Änderung der Miete stets und unabhängig von ihrer Höhe wesentlich ist oder es der Überschreitung einer Erheblichkeitsgrenze bedarf, ist umstritten und höchstrichterlich nicht geklärt. Die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht dahin, dass nur unerhebliche Mietänderungen nicht dem Formzwang des § 550 BGB unterfallen, wobei die (regelmäßig in Prozentwerten angegebene) Grenze der Erheblichkeit nicht einheitlich festgelegt wird²⁷⁶. Demgegenüber wird auch vertreten,

²⁷² vgl. Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Guhling, Gewerberaummieta, § 547 BGB Rz. 6; Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 12. Aufl., § 547 Rz. 15 ff.

²⁷³ BGH v. 30.4.2014 - XII ZR 146/12, NJW 2014, 2102 Rz. 23 m.w.N.

²⁷⁴ BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, NJW 2015, 2034 Rz. 15 m.w.N.

²⁷⁵ BGH v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, NJW 2014, 52 Rz. 22 m.w.N.; BGH v. 30.1.2013, XII ZR 38/12, NJW 2013, 1083 Rz. 22 m.w.N.

²⁷⁶ vgl. etwa OLG Jena NZM 2008, 572, 575 f.; OLG Naumburg OLGR 2008, 225, 227 f.; OLG Hamm OLGR 2006, 138, 140; BeckOK BGB/Herrmann, [Stand: 1. Mai 2015] § 550 Rn. 20; Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 550 BGB Rz. 17; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Schweitzer, Gewerberaummieta, § 550 BGB Rz. 61; Heile/Landwehr in Bub/Treier Hb der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl., Rz. 2508; Leo, NZM 2006, 452, 453; Neuhaus, Hb der Geschäftsraummieta, 5. Aufl., Kap. 5 Rz. 104 f.; Staudinger/Emmerich [2014; Updatestand: 22. September 2015], § 550 BGB Rz. 29a; Sternal, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. I 131; Timme/Hülk, NJW 2007, 3313 (3316).

eine dauerhafte Änderung der Miethöhe sei immer vertragswesentlich und daher stets nach § 550 BGB schriftlich zu vereinbaren²⁷⁷.

Die zuletzt genannte Auffassung ist nach Meinung des BGH zutreffend²⁷⁸. Die Änderung der Miethöhe stellt stets eine wesentliche und - jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann²⁷⁹ - dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar. Bei der Miete handelt es sich per se um einen vertragswesentlichen Punkt, der für den von § 550 BGB geschützten potenziellen Grundstückserwerber von besonderem Interesse ist. Dies gilt umso mehr, als sich Änderungen unmittelbar auf die Möglichkeit des Vermieters zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs auswirken. So kann sich etwa die Nichtzahlung selbst eines vergleichsweise geringfügigen Erhöhungsbetrags bei einem langfristigen Mietvertrag nicht nur aufsummieren und gegebenenfalls zu einem für eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b BGB ausreichenden Rückstand führen. Vielmehr kann der Verzug mit auch nur einem solchen Erhöhungsbetrag im Zusammenspiel mit anderweitigen Zahlungsrückständen des Mieters dazu führen, dass ein wichtiger Grund i.S.d. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB zu bejahen ist. Mithin kann jede Mietänderung unabhängig von ihrer relativen oder absoluten Höhe "das Fass zum Überlaufen bringen" und auch sonst kündigungsrelevant sein. Außerdem ist es - wie im Übrigen auch die Uneinheitlichkeit der von den Befürwortern einer Erheblichkeitsgrenze genannten Prozentwerte belegt - angesichts der Vielgestaltigkeit von Mietverhältnissen nicht möglich, eine feste Prozentgrenze (und noch viel weniger eine bestimmte Änderungssumme) festzulegen, bis zu der eine Mietänderung nicht wesentlich ist. Daher spricht auch das Gebot der Rechtssicherheit gegen die Annahme einer solchen Erheblichkeitsgrenze. Letztlich haben es die Parteien langfristiger Mietverhältnisse ohne weiteres in der Hand, bei der Vereinbarung von Mietänderungen (jedweder Höhe) der Formvorschrift des § 550 BGB zu genügen. Insoweit ist für die Formbedürftigkeit nach § 550 Satz 1 BGB ohne Bedeutung, ob die Mietänderung zu

²⁷⁷ vgl. etwa *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 4. Aufl., § 550 BGB Rz. 53; *FA-MietRWEg/Schmid*, 5. Aufl., Kap. 3 Rz. 362; *MünchKommBGB/Bieber*, 6. Aufl., § 550 BGB Rz. 7; *Schmidt-Futterer/Lammel*, *Miete*, 12. Aufl., § 550 BGB Rz. 41 f.; *Soergel/Heintzmann*, 13. Aufl., § 550 BGB Rz. 8; *Späth*, *ZMR* 2010, 585 (589); wohl auch *OLG Karlsruhe*, *NZM* 2003, 513 (517).

²⁷⁸ BGH v. 25.11.2015 – XII ZR 114/14, *WuM* 2016, 28.

²⁷⁹ vgl. hierzu *BGHZ* 163, 27 = *NJW* 2005, 1861 f.

einer dem Vermieter und damit auch dem potenziellen Grundstückserwerber günstigen Erhöhung oder aber zu einer Ermäßigung geführt hat. Dies folgt schon daraus, dass die Schriftform nicht nur den Grundstückserwerber, sondern auch die Vertragsparteien schützen soll²⁸⁰. Der Formzwang des § 550 Satz 1 BGB greift auch dann ein, wenn eine Vereinbarung keine Verpflichtungen für einen potenziellen Erwerber, sondern ausschließlich Verpflichtungen des Mieters zum Inhalt hat²⁸¹. Im Übrigen nützt dem Erwerber eine ihm grundsätzlich günstige Vertragsänderung nichts, wenn er von ihr mangels Beurkundung keine Kenntnis erlangen kann.

10.3 Änderung des Nutzungszwecks

Mit Schreiben vom 25. Juli 2006 hat der damalige Vermieter dem damaligen Mieter gemäß § 1 Ziffer 1.3 der Mietverträge bestätigt, dass ihm auch das Lagern von handelsüblichen Waren gestattet ist. Der damalige Mieter hat dem auch zumindest konkludent durch Nutzung der Räume in dem erweiterten Umfang zugestimmt. Hierin liegt eine Änderung der ursprünglichen Mietverträge, nach denen dem Mieter die Mietsache ausschließlich zu Lagerung und Verkauf von Stoffen und Kurzwaren sowie (hinsichtlich des Vertrages Nr. -8001) von Textilien und Baumaschinen überlassen war. Einer anderen Nutzung durfte der Mietgegenstand nach den Verträgen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vermieters zugeführt werden. Danach hat die Vermieterin mit der Zustimmung nicht nur eine bereits bestehende Vertragspflicht auf Zustimmung erfüllt. Denn es bestand hier kein Rechtsanspruch des Mieters auf Erteilung der Zustimmung²⁸². Denn die Verträge regeln keine Voraussetzungen, unter denen der Vermieter verpflichtet wäre, einer solchen anderen Nutzung zuzustimmen. Die Berechtigung zur anderweitigen Nutzung folgt daher vorliegend nicht bereits aus den Mietverträgen, sondern erst aus der insoweit konstitutiven Zustimmung der Vermieterin.

²⁸⁰ BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rz. 26; BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rz. 16 f.

²⁸¹ BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07, NJW 2009, 2195 Rn. 30; Staudinger/*Emmerich*, [2014; Updatestand: 22. September 2015], § 550 BGB Rz. 28.

²⁸² so in BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, juris, Rz. 19.

Die Änderung des Nutzungszweckes bedurfte der Schriftform. Zwar ist dies nicht der Fall bei solchen Abreden, die für den Inhalt des Vertrages von nur nebensächlicher Bedeutung sind²⁸³.

Dies ist hier aber nicht der Fall. Denn es stellt einen wesentlichen Unterschied dar, ob der Gebrauch der Mieträume auf Lagerung und Handel von einzelnen, bestimmt bezeichneten Warenarten beschränkt ist, oder ob dies für alle handelsüblichen Waren zulässig ist. Auch wenn die ursprünglich gestatteten Warengruppen von sehr unterschiedlicher Art waren (Stoffe, Baumaschinen), verbleibt doch eine überwiegende Anzahl an handelsüblichen Warengruppen, deren Lagerung und Handel ursprünglich nicht gestattet war. Dies ist nicht nur für den Mieter von erheblicher Bedeutung, sondern auch für den Vermieter und damit auch für einen potentiellen Erwerber. Denn dies betrifft nicht nur die Anforderungen, die die Mieträume gegebenenfalls erfüllen müssen, sondern auch den (vertragsimmanenten) Konkurrenzschutz, den der Vermieter sowohl diesem als auch etwaigen anderen Mietern gegebenenfalls gewähren muss und der durch das vertragsgemäße Handelsgut beeinflusst wird. Die Erweiterung der Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs ist daher wesentlich und bedarf der Schriftform²⁸⁴.

Die Vereinbarung über die Erweiterung des Nutzungszwecks ist nicht in schriftlicher Form erfolgt. Denn dies setzt nach § 126 Abs. 2 BGB voraus, dass Angebot und Annahme in schriftlicher Form erklärt werden²⁸⁵. Dies war hier nicht der Fall, da das Schreiben der Vermieterseite vom 25. Juli 2006 nicht von dem Mieter unterschrieben ist²⁸⁶. Es genügt insoweit auch nicht, dass die Vertragsparteien die Änderung tatsächlich vollzogen haben. Denn ein konkludenter Vertragsschluss genügt dem Formerfordernis des § 550 BGB nur dann, wenn eine von beiden Parteien unterzeichnete, die Vertragsbedingungen enthaltene Urkunde vorliegt, die dem später konkludent geschlossenen Vertrag entspricht²⁸⁷. An einer solchen auch von dem Mieter unterzeichneten Urkunde fehlt es hier.

²⁸³ vgl. BGH v. 30.6.1999 - XII ZR 55/07, juris, Rz. 29; BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, juris, Rz. 14; BGH v. 12.3.2008 - VIII ZR 71/07, juris, Tz. 19; Staudinger/*Emmerich*, 2014, § 550 BGB Rz. 28.

²⁸⁴ vgl. Staudinger/*Emmerich*, 2014, § 550 BGB Rz. 29b; Herberger/*Martinek/Rüßmann/Schur*, jurisPK-BGB, 7. Aufl., § 550 BGB Rz. 21; Palandt/*Weidenkaff*, 75. Aufl., § 550 BGB, Rz. 10.

²⁸⁵ vgl. BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, juris, Rz. 30.

²⁸⁶ vgl. BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, juris, Rz. 14.

²⁸⁷ vgl. BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, juris, Rz. 33.

Aus den späteren Nachträgen zu den Mietverträgen geht die Erweiterung des Nutzungszwecks in keiner Weise hervor.

10.4 nachträgliche Dokumentation

Für die Einhaltung der Schriftform einer Urkunde ist es grundsätzlich ohne Belang, ob die Unterzeichnung der Niederschrift des Urkundentextes zeitlich nachfolgt oder vorangeht. Für die Rechtsgültigkeit einer Änderung des Vertragstextes bedarf es keiner erneuten Unterschrift, wenn die Vertragspartner sich über die Änderung einig sind und es ihrem Willen entspricht, dass die Unterschriften für den veränderten Vertragsinhalt Gültigkeit behalten sollen²⁸⁸. An einem solchen übereinstimmenden Willen fehlt es aber, wenn lediglich eine Partei ohne Wissen der anderen auf einem Vertragsexemplar eine Änderung etwa nur zur Gedächtnisstütze vornimmt²⁸⁹.

10.5 Austausch von Blättern des Mietvertrages

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses – aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt²⁹⁰.

Der Mietvertrag der Parteien wahrt wegen der zu „§ 2 Mietzeit“ handschriftlich vorgenommenen Eintragung („5 Jahre und 5 Jahre Option“) nicht (mehr) die Schriftform i.S.v. §§ 550,126 BGB²⁹¹. Denn nach der vorgenommenen Änderung ist der Vertrag im Hinblick auf die Dauer nicht mehr eindeutig, weil in § 2 Ziffer 1 a) neben der vorstehenden handschriftlichen Eintragung vorgesehen ist, dass der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit läuft und spätestens am 3. Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres gekündigt werden kann. Ist unklar, ob ein Mietvertrag befristet oder unbefristet

²⁸⁸ BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07, NJW 2009, 2195 Rz. 32; vgl. auch BGH v. 27.6.1994 - III ZR 117/93, NJW 1994, 2300, 2301; BGH v. 24.1.1990 - VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518 (519); BGH v. 7.2.1973 - VIII ZR 205/71, WPM1973, 386 (387).

²⁸⁹ BGH v. 25.11.2015 – XII ZR 114/14, WuM 2016, 28.

²⁹⁰ vgl. BGH v. 7.5.2008 – XII ZR 69/06, NJW 2008, 2178; BGH v. 29.4.2009 – XII ZR 142/07, NZM 2009, 515 = NJW 2009, 2195; BGH v. 17.6.2015 – XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648; vgl. auch KG vom 5.7.2007 – 8 U 182/06.

²⁹¹ KG v. 21.1.2016 – 8 U 164/15, ZMR 2016, 438.

werden soll, weil sowohl eine bestimmte Laufzeit vereinbart worden ist, als auch in derselben Urkunde die Klausel enthalten ist, dass das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit laufe und ordentlich gekündigt werden könne, führt dies zur Formunwirksamkeit²⁹². Ob sich ein Schriftformverstoß auch daraus ergibt, dass der Mietgegenstand nicht ausreichend bestimmt ist, weil in dem Mietvertrag die Hausnummer 196 aufgenommen ist, sich das Mietobjekt aber in der ... straße 232 befindet oder ob es sich insoweit nur um eine offensichtliche Falschbezeichnung handelt und Vorort die Lage des Mietobjekts ohne Weiteres feststellbar ist, mag dahin gestellt bleiben.

Zwar kann bei etwaigen Mängeln einer Vertragsurkunde eine Heilung durch eine spätere formgerechte Vereinbarung hergestellt werden²⁹³. Dem Schriftformerfordernis ist aber durch die Neuausfertigung der Seiten 1 und 2 des Mietvertrages, nicht nachträglich hinreichend Genüge getan²⁹⁴. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass nach Abschluss des ursprünglichen Mietvertrages eine mündliche Vereinbarung zwischen der ehemaligen Vermieterin und dem Mieter getroffen worden ist, wonach der Mietvertrag auf bestimmte Zeit bis zum 30. September 2017 geschlossen sein sollte. Ferner ist unstreitig, dass daneben noch eine Option von 5 Jahren vereinbart worden ist. Zur Wahrung der Schriftform ist ausreichend, wenn ein mündlich oder konkludent abgeschlossener Mietvertrag mit den in der äußeren Form des § 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen inhaltsgleich ist²⁹⁵. Hierfür ist nicht stets die körperlich feste Verbindung der die Urkunde bildenden Schriftstücke erforderlich, sondern die Urkundeneinheit kann sich auch aus der fortlaufenden Paginierung, fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbarer Merkmale ergeben²⁹⁶. Eine solche die Schriftform des § 126 BGB wahrende einheitliche Urkunde ist aber durch die beiden geänderten Seiten 1 und 2 des Mietvertrages (Anlage K 2) nicht erstellt worden. Die Anlage K 2 enthält mehrere Änderungen des ursprünglichen Vertrages, welche von der Vermieterseite angebracht wor-

²⁹² vgl. Bub/Treier/Heile/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II Rz. 2483; vgl. OLG Köln NZM 1999, 1142; OLG Rostock NZM 2001, 426.

²⁹³ vgl. BGH v. 29.4.2009 – XII ZR 142/07, NZM 2009, 515 = NJW 2009, 2195 Rz. 24.

²⁹⁴ KG v. 21.1.2016 – 8 U 164/15, ZMR 2016, 43.

²⁹⁵ BGH v. 17.6.2015 – XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648.

²⁹⁶ vgl. BGH v. 24.9.1997 – XII ZR 234/95 NJW 1989, 58; Bub/Treier/Heile/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II, Rz. 2486 m.w.N.

den sind. So ist in § 1 die zutreffende Anschrift des Mietobjekts mit ... straÙe 232 angegeben. Ferner ist in § 2 Ziffer 1 b) („Verträge von bestimmter Dauer“) unter Ziffer 1 Satz 1 geregelt, dass der Mietvertrag am 30.09.2017 endet. In Satz 2 ist aufgenommen, dass der Mietvertrag sich jeweils um 5 Jahre verlängert, falls er nicht 6 Monate vor Ablauf des Mietverhältnisses gekündigt wird. Darüber hinaus enthält § 4 Ziffer 2 eine Regelung zu „Mieterhöhung/Wertsicherungsklausel“. Die in der Anlage K 2 vorgenommenen Änderungen sind von der Vermieterseite mit dem Vermerk „geändert 02.10.2012“ versehen und nur paraphiert, was für sich genommen als Unterschrift nach § 126 BGB nicht ausreichen würde. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2012 hat die Hausverwaltung die geänderte Fassung der Seiten 1 und 2 des Mietvertrages an den Mieter mit der Bitte um Unterzeichnung zurückgesandt. Unstreitig ist der Mieter dem nicht nachgekommen. Durch die Heftung der beiden von den Beklagten nicht unterschriebenen Seiten 1 und 2 auf den Ursprungsmietvertrag ist eine Urkundeneinheit im Sinne von § 126 BGB nicht hergestellt worden, weil die beiden Seiten auch in der Akte der Hausverwaltung nicht durch die zunächst gefertigten Seiten 1 und 2 ausgetauscht worden sind. Demzufolge beziehen sich die Unterschriften des Mieters (auch der äußeren Form nach) nur auf den ursprünglichen Mietvertrag. Die Anlage K 2 stellt sich danach als die bloÙe einseitige schriftliche Bestätigung mündlicher Änderungen dar, welche die Form des § 550 Abs. 1 BGB nicht wahr²⁹⁷.

Darüber hinaus entspricht die Anlage K 2 nicht der am 02. Oktober 2012 vereinbarten Vertragsänderung. So haben die Beklagten unbestritten vorgetragen, dass ihnen in der Besprechung am 02. Oktober 2012 von Vermieterseite eine Option von 5 Jahren eingeräumt worden sei. Die Vereinbarung einer Mietoption findet sich in der Anlage K 2 nicht und ist damit auch in der Gesamtschau mit dem ursprünglichen Mietvertrag, in den handschriftlich „5 Jahre Option“ eingefügt ist, nicht eindeutig niedergelegt²⁹⁸.

Demnach ist auch die die fünfjährige Laufzeit des Vertrages vom Willen des Mieters und damit auch von seiner auf dem Ursprungsmietvertrag geleisteten Unterschrift nicht gedeckt²⁹⁹. Denn eine mündliche Vertragsänderung in einem

²⁹⁷ vgl. BGH v. 22.1.2014 – XII ZR 68/10, BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087, Tz. 14.

²⁹⁸ KG v. 21.1.2016 – 8 U 164/15, ZMR 2016, 43.

²⁹⁹ KG v. 21.1.2016 – 8 U 164/15, ZMR 2016, 43.

wesentlichen beurkundungsbedürftigen Punkt wie es die Vereinbarung einer Option zugunsten des Mieters ist³⁰⁰, bringt die Schriftform insgesamt zu Fall³⁰¹. Ferner ist in § 4 Ziffer 2 der Anlage K 2 eine Wertsicherungsklausel aufgenommen. Dass in der Besprechung vom 2. Oktober 2012 auch hierüber eine Einigung erzielt worden sein soll, wird von beiden Parteien nicht vorgetragen.

10.6 Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Schriftformmangel

Grundsätzlich darf sich jede Vertragspartei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Partei sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre³⁰².

Eine Treuwidrigkeit folgt nicht daraus, dass die vereinbarte Vertragslaufzeit noch sechs Jahre beträgt, weil es gerade die langfristige Bindung ist, die von der Einhaltung der Schriftform abhängt³⁰³. Das Gleiche gilt mit Blick darauf, dass die Parteien ihren Pflichten aus dem Mietvertrag über einen längeren Zeitraum bis zur Kündigung durch die Kläger nachgekommen sind. Daraus lässt sich nicht herleiten, sie hätten darauf vertrauen können, der Vertragspartner werde nicht von der besonderen Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machen, die das Gesetz vorsieht, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist³⁰⁴.

Es liegt auch keine einseitig die Mieter begünstigende Änderung vor, bei der es gegen § 242 BGB verstoßen kann, wenn die Mieter aus ihr den weiteren Vorteil

³⁰⁰ vgl. BGH v. 24.6.1987 – VIII ZR 225/86, NJW-RR 1987, 1227; KG v. 2.5.2013 – 8 U 130/12, GE 2013, 808; vgl. Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 12. Auflage, § 550 BGB Rz. 12 m.w.N.

³⁰¹ vgl. Bub/Treier/Heile/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II Rz. 2507 ff.

³⁰² BGH v. 30.4.2014 - XII ZR 146/12, NJW 2014, 2102 Rz. 27 m.w.N.

³⁰³ BGHZ 99, 54 = NJW 1987, 948 (949).

³⁰⁴ st. Rspr. des BGH, vgl. etwa BGH v. 30.1.2013, XII ZR 38/12 - NJW 2013, 1083 Rz. 26 m.w.N.; BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181 Rz. 28 m.w.N.

ziehen wollen, sich nunmehr ganz von dem ihnen lästig gewordenen Mietvertrag zu lösen³⁰⁵. Schließlich kann für sich genommen nicht die Annahme eines Rechtsmissbrauchs rechtfertigen, dass der Änderungsbetrag vergleichsweise gering ist³⁰⁶. Denn die Änderung der Miethöhe ist unabhängig von ihrem Umfang vertragswesentlich, unterfällt daher § 550 BGB und führt dann, wenn sie nicht der Schriftform genügt, kraft gesetzlicher Anordnung zu einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietverhältnis und damit zur Kündbarkeit.

10.7 qualifizierte Schriftformklausel

Es ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob (auch) bei der Vereinbarung einer qualifizierten Schriftformklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vorrang individueller Vertragsabreden gilt (§ 305 b BGB) und/oder ob diese Klausel wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist³⁰⁷.

Das Bundesarbeitsgericht³⁰⁸ nimmt auch für den Fall, dass den Parteien bei einer mündlichen Abrede nach Vertragsschluss eine Kollision mit den AGB gar nicht bewusst war, an, dass die individuelle mündliche Absprache der qualifizierten Schriftformklausel vorgehe, und meint, die qualifizierte Schriftformklausel sei demzufolge gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie dazu diene, nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erwecke, eine mündliche Ab-

³⁰⁵ BGHZ 65, 49 = WM 1975, 824 (826).

³⁰⁶ BGH v. 25.11.2015 – XII ZR 114/14, WuM 2016, 28.

³⁰⁷ vgl. zum Stand der Rechtsprechung auch Bub/Treier/ Heile/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II, Rz. 2515 ff.: qualifizierte Schriftformklauseln in Formularmietverträgen sind in der Regel unwirksam unter Bezugnahme auf OLG Rostock v. 19.5.2009 - 3 U 16/09, NJW 2009, 3376 im Anschluss an BAG v. 20.5.2008 - 9 AZR 382/07, NJW 2009,316; Schmidt- Futterer/Lammel, Mietrecht, 12. Auflage, Vor § 535 BGB Rz. 49: unwirksam nach § 307 BGB ohne nach einfacher oder qualifizierter Schriftformklausel zu differenzieren; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, 2015, § 550 BGB Rz. 106: es spricht mehr gegen Wirksamkeit auch wegen § 305b BGB; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 156 ff; Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Auflage, Kap. 7 Rz. 82, 157f.: jeweils für Vorrang der Individualabrede; Staudinger/Emmerich, a.a.O., § 550 BGB, Rdnr. 47: umstritten; vgl. auch OLG München vom 07.04.2016 - 23 U 3162/15, juris, Tz. 41; OLG München vom 13.03.2008 - 23 U 4481/07, juris, Tz. 7; a.A. Senatsurteil vom 18.08.2005 - 8 U 106/04, NZM 2005,908; OLG Frankfurt Urteil vom 18.03. 2013 - 2 U 179/12, ZMR 2013,708; OLG Naumburg Urteil vom 26.07.2012 - 9 U 38/12, NZM 2012,808; Kammergericht Urteil vom 07.04.2014 - 22 U 86/13, GE 2014, 799, Tz. 6 für Werkvertrag

³⁰⁸ BAG v. 20.5.2008 - 9 AZR 382/07, NJW 2009,316.

rede sei entgegen § 305b BGB unwirksam und ihn damit über die Rechtslage täusche.

Der BGH hat die Konstellation einer qualifizierten Schriftformklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch nicht entschieden. Er hat allerdings zur einfachen Schriftformklausel in einem langfristigen Gewerbemietvertrag ausgeführt, dass der Vorrang der Individualabrede gelte, auch wenn man ein berechtigtes Interesse des Verwenders anerkenne, einem langfristigen Mietvertrag nicht durch nachträgliche Abreden die Schriftform zu nehmen³⁰⁹. Weiter argumentiert er damit, dass es nicht darauf ankomme, ob die Parteien bei ihrer mündlichen Absprache an die entgegenstehende Klausel gedacht haben. Ein bewusstes Abweichen sei nur erforderlich, wenn von einer individuell vereinbarten sog. qualifizierten Schriftformklausel abgewichen werde, weil in solchen Fällen der Vorrang der Individualvereinbarung nach § 4 AGBG (a.F.) keine Anwendung findet, sondern die individuell vereinbarte qualifizierte Schriftformklausel erst abgeändert werden muss³¹⁰.

Der BGH stellt im Vergleich der Klauselarten in erster Linie darauf ab, ob eine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegt oder eine Individualvereinbarung. Diese Argumentation, wonach der Vorrang einer Individualabrede gilt (§ 305b BGB), ist auf eine qualifizierte Schriftformklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen übertragbar³¹¹.

Die Wirkungslosigkeit der qualifizierten Schriftformklausel zugunsten des Vermieters als Verwender muss nicht außer Betracht bleiben³¹². Es ist mit § 550 BGB nicht vereinbar, wenn der Erwerber an die mündliche Vertragsänderung und zugleich auch an die Befristung des Mietvertrages gebunden sein soll³¹³.

Der Mieter kann sich auf die Unwirksamkeit der Schriftformklausel berufen mit der Folge, dass die späteren mündlichen Abreden gegenüber dem als Vermie-

³⁰⁹ BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 312/02, BGHZ 164,133 = NJW 2006,138.

³¹⁰ BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 312/02, BGHZ 164,133 = NJW 2006,138 Rz. 17; vgl. auch BGHZ 66,378 (381).

³¹¹ KG v. 19.5.2016 – 8 U 207/15, ZMR 2016, 613; siehe auch OLG München v. 13.3.2008 - 23 U 4481/07 Rz. 7 für AGB eines Dienstvertrages; OLG München v. 7.4.2016 - 23 U 3162/15, Rz. 41 für Mietvertrag.

³¹² vgl. BGH NJW 1987, 837.

³¹³ vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 157 mit Hinweis auf BGH NJW-RR 1990,613.

ter eingetretenen Erwerber wirksam sind. Könnte der Erwerber sich selber nicht auf die Unwirksamkeit der qualifizierten Schriftformklausel berufen, so wäre er für die gesamte restliche Vertragslaufzeit an den Vertrag gebunden einschließlich aller etwaigen mündlichen Änderungen, was § 550 BGB verhindern soll. Nach § 550 BGB soll der Erwerber gerade nicht länger als ein Jahr an einen Mietvertrag gebunden sein, dessen Bedingungen er nicht kennt.

10.8 Heilungsklausel

Eine sog. Nachholklausel (vgl. schon § 550 BGB Rz. 10) bedingt die Anwendung des § 550 BGB in der Regel nicht unmittelbar ab. Denn darin haben die Parteien nicht bestimmt, dass die Kündigung unter Berufung auf einen Schriftformmangel ausgeschlossen wird. Die Klausel verpflichtet die Vertragsparteien vielmehr dazu, an der Herstellung einer ordnungsgemäßen Schriftform des Vertrages und von Nachträgen sowie an der Heilung späterhin entdeckter Schriftformmängel mitzuwirken³¹⁴. Sofern zusätzlich ein „Verzicht“ auf die Kündigung geregelt wird, liegt in jedem Fall ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor. Werden in Nachträgen unterschiedliche Heilungsklauseln verwendet, die teilweise z.B. einen Verzicht auf das Kündigungsrecht regeln, kann diese Konstellation bereits nach § 305c BGB zur Unbeachtlichkeit führen, wenn nicht eindeutig feststeht, dass die zuletzt vereinbarte Klausel alleine gelten sollte. Jedenfalls liegt ein Verstoß gegen § 307 BGB vor, weil der Vermieter einerseits die Mitwirkung an einer Heilung verweigern könnte, den Mieter aber bei kundenfeindlicher Auslegung dennoch darauf verweisen könnte, dass sein Kündigungsrecht ausgeschlossen ist.

Die bislang zu dieser Frage ergangene überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung³¹⁵ und auch große Teile der Literatur³¹⁶ haben die ordentliche Kündigung wegen eines im Sinne einer Nachholungsklausel heilbaren Formversto-

³¹⁴ Vgl. zu den verschiedenen Typen von Nachholklauseln: *Sommer*, MietRB 2013, 54 (55).

³¹⁵ Vgl. u.a. OLG Braunschweig v. 17.9.2015 – 9 U 196/14, ZMR 2016, 108 = IMR 2015, 495; OLG Frankfurt v. 27.2.2015 – 2 U 144/14, ZMR 2015, 709 (712) m. Anm. *Wichert*; OLG Hamm v. 26.4.2013 – 30 U 82/12, ZMR 2013, 710 (713) = NZM 2013, 760 (766) m. Anm. *Breiholdt*, ZMR 2013, 878; OLG Naumburg v. 26.7.2012 – 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808; KG v. 13.11.2006 – 8 U 51/96, NJW-RR 2007, 805; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 – 24 U 264/03, DWW 2004, 224; OLG Köln v. 23.9.2005 – 1 U 43/04, OLGR 2005, 697 = GuT 2006, 14; OLG Celle v. 22.7.2004 – 13 U 71/04, NZM 2005, 219.

³¹⁶ *Möller*, ZfIR 2008, 87; *Lindner-Figura*, NZM 2007, 705; *Wichert*, ZMR 2006, 257; *Horst*, MDR 2008, 365; *Jud*, NZM 2006, 913 (916); MünchKomm/*Bieber*, § 550 BGB Rz. 19.

ßes für treuwidrig erachtet³¹⁷. Dabei sollen auch formularvertragliche Nachholklauseln wirksam sein³¹⁸. Nach vereinzelter Ansicht³¹⁹ soll bei individualvertraglichen Vereinbarungen zunächst durch Auslegung zu ermitteln sein, ob die Vertragspartner nur die Ursprungsparteien oder auch die jeweiligen Rechtsnachfolger binden wollten; sollten auch die Rechtsnachfolger gebunden werden, sei selbst bei individualvertraglicher Gestaltung die Regelung wegen Verstoßes gegen den zwingenden § 550 BGB unwirksam. Dies gilt für Formularklauseln erst recht³²⁰. Denn sie erfassen auch den Fall, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich ist, obwohl der Kündigungsgegner den Kündigenden davon abgehalten hat, die für die Einhaltung der Schriftform notwendigen Handlungen vorzunehmen.

Für die Kündigung des Erwerbers³²¹ oder des Nießbrauchers³²², der nach §§ 1056, 566 BGB in den Mietvertrag eingetreten ist, sollen weder individuell ausgehandelte noch formularmäßige Nachholklauseln bindend sein. Immerhin hebeln sie den Schutz des § 550 BGB aus, der aber gerade diese Personen schützen will.

Das KG³²³ hat nun eine Heilungsklausel für wirksam erachtet, in der sogar ein Verzicht auf das Recht zur Kündigung formuliert wurde.

11 Kaution

11.1 Freigabe des verpfändeten Sparbuchs

Dem Mieter, der eine Mietsicherheit geleistet hat, steht (frühestens) nach Beendigung des Mietverhältnisses und Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist des

³¹⁷ Vgl. auch *Guhling*, NZM 2014, 529 (534) der ein treuwidriges Verhalten der ursprünglichen Parteien für möglich hält.

³¹⁸ OLG Braunschweig v. 17.9.2015 – 9 U 196/14, GE 2016, 192; OLG Hamm v. 26.4.2013 – 30 U 82/12, ZMR 2013, 710 (713) = NZM 2013, 760 (766) m. Anm. *Breiholdt*, ZMR 2013, 878; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 – 24 U 264/03, DWW 2004, 224; a.A. *Sommer*, MietRB 2013, 54 (55).

³¹⁹ *Leo*, NZM 2006, 815 (816); ähnlich differenzierend *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313.

³²⁰ OLG Düsseldorf v. 29.11.2012 – 10 U 34/12, MietRB 2013, 41 = ZMR 2013, 276; OLG Düsseldorf, 11.5.2004, 24 U 264/03, DWW 2004, 224, Rz. 11, 15.; *Staudinger/Emmerich*, § 550 BGB Rz. 47.

³²¹ BGH v. 22.1.2014 – XII ZR 68/10, MDR 2014, 334 = ZMR 2014, 858 = GE 2014, 385 = NZM 2014, 239.

³²² BGH v. 30.04.2014 – XII ZR 146/12, GE 2014, 865 = NZM 2014, 471.

³²³ KG v. 9.5.2016 – 8 U 54/15, GE 2016, ■.

Vermieters³²⁴ ein Anspruch auf Freigabe der Sicherheit zu. Bei Verpfändung einer Sparbuchforderung ergibt sich der Anspruch des Mieters auf Freigabe der Sicherheit und Rückgabe des Sparbuchs sowohl aus §§ 1273, 1223 Abs. 1 BGB (dinglicher Anspruch) sowie aus der regelmäßig stillschweigend abgeschlossenen Sicherungsabrede. Dieser Anspruch wird allerdings erst dann fällig, wenn das Sicherungsbedürfnis entfallen ist, mithin zu dem Zeitpunkt, in dem dem Vermieter keine Forderungen mehr aus dem Mietverhältnis zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen kann³²⁵.

Mit Rücksicht darauf ist der Anspruch des Mieters auf Freigabe der Kautions nicht mit Ablauf des Monats November 2009 (= sechs Monate nach Mietende) fällig geworden. Zu diesem Zeitpunkt standen dem Vermieter nämlich die Betriebskostennachforderungen aus den Abrechnungen für die Jahre 2006 bis 2008 als unverjährte Forderungen zu und hätte er sich damals wegen dieser Forderungen (ihren Bestand vorausgesetzt) - unzweifelhaft - noch aus der Sicherheit befriedigen können³²⁶. Denn der älteste von dem Vermieter geltend gemachte Anspruch auf Zahlung restlicher Betriebskosten für das Jahr 2006 verjährte erst mit Ablauf des Jahres 2010, da diese Kosten am 31. August 2007 abgerechnet wurden mit der Folge, dass die dreijährige (regelmäßige) Verjährungsfrist dieses Anspruchs (§ 195 BGB) am 31. Dezember 2007 zu laufen begann (§ 199 Abs. 1 BGB) und am 31. Dezember 2010 endete. Die zeitlich nachfolgenden Ansprüche aus den in den Jahren 2008 und 2009 erfolgten Abrechnungen der Jahre 2007 und 2008 verjährten demgemäß mit Ablauf der Jahre 2011 und 2012; die erst im Jahr 2013 erhobene Widerklage hat die Verjährung wegen der Betriebskostennachforderungen für die Jahre 2006 bis 2008 nicht mehr hemmen und somit den Eintritt der Verjährung nicht verhindern können.

Die Frage, ob sich der Vermieter wegen der vorstehend behandelten Forderungen auch nach dem Eintritt der Verjährung noch aus der Sicherheit befriedigen kann, hängt davon ab, ob diese Forderungen als wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 216 Abs. 3 BGB einzuordnen sind. Allerdings geht es dabei nicht um ein Zurückbehaltungsrecht, das der Vermieter dem Freigabeanspruch des

³²⁴ BGH v. 24.3.1999 - XII ZR 124/97, BGHZ 141, 160 (162); BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 71/05, NJW 2006, 1422 Rz. 9.

³²⁵ BGH v. 24.3.1999 - XII ZR 124/97, BGHZ 141, 160 (162).

³²⁶ BGH v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14, WuM 2016, 620 = ZMR 2016, 768 = NZM 2016, 762 mit Anm. *Ludley*.

Mieters entgegenhalten könnte, sondern um die Frage, ob dieser Anspruch mangels durch das Pfandrecht gesicherter Forderungen zu diesem Zeitpunkt überhaupt erst entstanden und somit fällig geworden ist³²⁷.

Gemäß § 216 Abs. 1 BGB hindert die Verjährung eines Anspruchs, für den ein Pfandrecht bestellt ist, den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand zu suchen. Dieses Verwertungsrecht besteht allerdings, wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend gesehen hat, nicht uneingeschränkt. Denn § 216 Abs. 1 BGB findet nach § 216 Abs. 3 BGB keine Anwendung auf die Verjährung von Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen. So verhält es sich bei den hier in Rede stehenden Forderungen des Vermieters auf Betriebskostennachzahlungen.

Wegen des in § 216 Abs. 3 BGB (früher: § 223 Abs. 3 BGB a.F.) verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffs der "wiederkehrende[n] Leistungen" kann auf die Rechtsprechung des BGH zu § 197 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden. Demnach sind wiederkehrende Leistungen solche, die nach Gesetz oder Parteivereinbarung zu von vorneherein bestimmten regelmäßig wiederkehrenden Terminen erbracht werden müssen. Ob die Leistung, sofern sie in einer Geldzahlung besteht, in der immer gleichen Summe erbracht wird, ist für die Beurteilung ohne Bedeutung; der zu zahlende Betrag kann schwanken oder auch zu manchen Terminen ganz ausbleiben³²⁸.

So verhält es sich grundsätzlich auch bei (Nachzahlungs-) Forderungen aus Betriebskostenjahresabrechnungen. Soweit dies in der mietrechtlichen Literatur teilweise anders gesehen wird³²⁹, beziehen sich diese Stimmen auf die Frage, ob Rückstände aus Betriebskostenjahresabrechnungen zum Mietbegriff des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB zählen und deshalb eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses (mit-)begründen können.

Die dispositive Regelung des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB sieht vor, dass die Miete nach bestimmten Zeitabschnitten (periodisch) zu entrichten ist. Die vertragli-

³²⁷ BGH v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, WuM 2016, 620 = ZMR 2016, 768 = NZM 2016, 762 mit Anm. *Ludley*.

³²⁸ BGH v. 23.9.1958 - I ZR 106/57, BGHZ 28, 144 (150 f.); BGH v. 6.4.1981 - II ZR 186/80, BGHZ 80, 357 f.

³²⁹ Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2014, § 543 BGB Rz. 49; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 543 BGB Rz. 87; Palandt/*Weidenkaff*, 75. Aufl., § 543 BGB Rz. 23.

chen Regelungen über die Mietzahlungspflicht folgen in der Regel dieser gesetzlichen Vorgabe. Es unterliegt keinem Zweifel, dass derartige Mietzahlungen als regelmäßig wiederkehrende Leistungen i.S.d. § 216 Abs. 3 BGB bzw. des § 197 Abs. 2 BGB zu qualifizieren sind. Zu der periodisch zu leistenden Miete zählen indes nicht nur die Grundmiete, sondern - soweit sie aufgrund vertraglicher Bestimmung gemäß § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Mieter umgelegt sind - auch die Vorauszahlungen auf die für das jeweilige Jahr zu erwartenden Betriebskosten nach § 556 Abs. 2 Satz 1 BGB³³⁰. Darin ähnelt der Anspruch auf Betriebskostenvorauszahlung dem Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft auf (Voraus-)Zahlung von Wohngeld, der auf gesetzlicher Grundlage (§ 28 Abs. 2 WEG) beruht und der je nach Veranschlagung des jährlich aufzustellenden Wirtschaftsplans der Gemeinschaft in der Höhe schwanken kann³³¹.

Den Charakter als wiederkehrende Leistung verlieren Betriebskostenzahlungen des Mieters indes nicht dadurch, dass sie als Saldo einer Betriebskostenabrechnung verlangt werden, zumal auch die sich daraus ergebenden, üblicherweise von Jahr zu Jahr in der Höhe schwankenden Zahlungen - wenn die Abrechnung einen Saldo zugunsten des Vermieters ergibt regelmäßig wiederkehrend zu erbringen sind, da der Vermieter über die Betriebskosten jährlich abzurechnen hat (§ 556 Abs. 3 Satz 1 BGB)³³². Der Abrechnungsvorgang als solcher stellt den Charakter der sich aus ihm (etwaig) ergebenden Zahlung als wiederkehrende Leistung nicht in Frage. Denn der Betriebskostenjahresabrechnung kommt kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zu; die Jahresabrechnung ist vielmehr ein reiner Rechenvorgang im Sinne des § 259 BGB, der (lediglich) die Fälligkeit des Nachforderungsanspruchs herbeiführt³³³. Die Betriebskostenjahresabrechnung ist somit nicht rechtsbegründend (konstitutiv) für den Leistungsanspruch. Der Anspruch ist vielmehr bereits mit der (regelmäßig zu Mietbeginn getroffenen) Vereinbarung gemäß § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Übertragung der Betriebskostenlast auf den Mieter dem Grunde nach entstanden. Darin unterscheidet er sich etwa von dem Anspruch eines Gesellschafters

³³⁰ vgl. BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 31; BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rz. 41.

³³¹ vgl. BGH v. 24.6.2005 - V ZR 350/03, NJW 2005, 3146 unter III 2 b.

³³² BGH v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14, WuM 2016, 620 = ZMR 2016, 768 = NZM 2016, 762 mit Anm. *Ludley*.

³³³ BGH v. 10.8.2010 - VIII ZR 319/09, NJW-RR 2010, 1598 Rz. 6 m.w.N.

einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf Auszahlung des Gewinnanteils, der keine wiederkehrende Leistung zum Gegenstand hat. Denn letzterer erfordert zu seiner Entstehung einen rechtsbegründenden Akt in Gestalt eines Gesellschafterbeschlusses über die Aufstellung und Feststellung der Bilanz³³⁴.

Im Ergebnis darf sich der Vermieter daher gemäß § 216 Abs. 3, Abs. 1 BGB nicht mehr wegen der Nachforderungen für die Jahre 2006 bis 2008 aus der Sicherheit befriedigen, denn diese Forderungen sind mit Ablauf des Jahres 2012 sämtlich verjährt.

Aus § 215 BGB folgt nichts Abweichendes³³⁵. Nach dieser Vorschrift schließt die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Der Anspruch auf Freigabe der Sicherheit wird jedoch erst fällig, wenn keine gesicherten Forderungen mehr vorhanden sind; die Frage eines Zurückbehaltungsrechts stellt sich somit gegenüber dem Freigabeanspruch nicht³³⁶. Im Übrigen ist die Frage, ob der Gläubiger sich wegen eines verjährten Anspruchs noch aus der Sicherheit befriedigen kann, in § 216 Abs. 1, 3 BGB abschließend geregelt. Der mit dieser Regelung verfolgte Zweck besteht darin, dass hinsichtlich wiederkehrender Leistungen für die Befriedigung des Gläubigers aus einer Sicherheit nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung stehen soll, so dass der Schuldner nach Ablauf dieses Zeitraums und Eintritt der Verjährung der gesicherten Forderung die Verwertung der Sicherheit wegen derartiger Ansprüche verhindern und somit die Sicherheit zurückerhalten kann, wenn keine sonstigen gesicherten Forderungen mehr bestehen. Dieser Zweck würde indes vereitelt, wenn der Gläubiger in einem solchen Fall die Rückgabe einer Sicherheit unter Verweis auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter wiederkehrender Leistungen verweigern könnte.

Obwohl sämtliche Betriebskostennachforderungen für die Jahre 2008 und früher mit Ablauf des Jahres 2012 verjährt waren, ist der Freigabeanspruch des Mieters zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig geworden. Denn dem Vermieter

³³⁴ BGH v. 6.4.1981 - II ZR 186/80, BGHZ 80, 357 (358).

³³⁵ BGH v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, WuM 2016, 620 = ZMR 2016, 768 = NZM 2016, 762 mit Anm. *Ludley*.

³³⁶ BGH v. 24.3.1999 - XII ZR 124/97, BGHZ 141, 160 (162).

stand jedenfalls zu diesem Zeitpunkt die Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2009 zu. Die Verjährungsfrist für diese Forderung lief noch bis Ende 2013 und wurde durch die Erhebung der Widerklage im März 2013 gehemmt.

Wie durch das insoweit rechtskräftige Urteil des Amtsgerichts vom 20. November 2013 feststeht, belief sich diese Nachforderung des Vermieters indes auf (nur) 128,11 €, da das Amtsgericht der Widerklage nur in Höhe dieses Betrages stattgegeben und sie wegen des weitergehenden Betrages abgewiesen hat, wobei auch die (Teil-)Abweisung in Rechtskraft erwachsen ist. Wann und ob der Anspruch des Mieters auf Freigabe der sich auf 695,36 € belaufenden verpfändeten Forderung überhaupt fällig geworden ist, hängt somit davon ab, ob er die titulierte Forderung im Laufe des Rechtsstreits bezahlt hat.

11.2 Bürgschaft der Ehefrau

Zweifeln unterliegt, ob sich die Beklagte durch ihre Unterschrift über dem Text

„selbstschuldnerische Bürgin
Ehefrau“

unterhalb der Unterschrift des Mieters auf der Mietvertragsurkunde im Sinne von §§ 765 Abs. 1, 766 S. 1, 126 Abs. 1 BGB wirksam verbürgt hat³³⁷. Denn ist - wie durch § 766 S. 1 BGB - durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, muss die von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnete Urkunde nach § 126 Abs. 1 BGB das gesamte formbedürftige Rechtsgeschäft enthalten. Welchen Mindestinhalt die Urkunde haben muss, ist der jeweils maßgebenden Formvorschrift unter Berücksichtigung von deren Zweck zu entnehmen, hier also der Vorschrift des § 766 BGB.

Das Schriftformerfordernis für die Bürgschaftserklärung bezweckt die Warnung des Bürgen vor der mit der Bürgschaft verbundenen strengen Haftung. Der Warnfunktion wird nicht schon dadurch genügt, dass der Bürge überhaupt ein Schriftstück unterzeichnet, aus dem sich sein Verbürgungswille ergibt. Vielmehr ist das zu übernehmende Risiko in der Urkunde zu bezeichnen und einzugrenzen.

³³⁷ OLG Düsseldorf v. 14.4.2016 – 24 W 12/16, ZMR 2016, 615.

zen und so dem Bürgen bei Abgabe der Bürgschaftserklärung vor Augen zu führen. Der Bundesgerichtshof fordert deshalb in ständiger Rechtsprechung neben der Erklärung des Willens, für eine fremde Schuld einzustehen, auch die Bezeichnung des Gläubigers, der verbürgten Hauptschuld und damit des Hauptschuldners³³⁸. Verbleibende Unklarheiten gehen danach zulasten des Gläubigers³³⁹.

Ob das vorliegende Vertragsformular diesen Anforderungen gerecht wird, unterliegt berechtigten Zweifeln. Denn tatsächlich ist unklar, in welchem Umfang die Beklagte für die diversen von ihrem verstorbenen Ehemann mietvertraglich übernommenen Verpflichtungen haften will und soll.

11.3 Bürgenhaftung für Optionszeit?

Gemäß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB wird die Verpflichtung des Bürgen durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, nicht erweitert.

Streitgegenständlich sind im vorliegenden Verfahren ausschließlich solche Forderungen, die erst nach Ablauf des in § 2 Nr. 1 des Mietvertrages ursprünglich vereinbarten Vertragsendes zum 15. April 2007 und nach Ausübung der im Vertrag geregelten Verlängerungsoption entstanden sind. Ausweislich § 2 Nr. 1 des Mietvertrages begann das Mietverhältnis am 16. April 1997 und lief über einen Zeitraum von 10 Jahren, also bis einschließlich 15. April 2007. Gemäß § 2 Nr. 2 des Mietvertrages hatte der Mieter die Option zur Fortführung des Mietvertrages um jeweils fünf Jahre. Diese Option sollte nach der mietvertraglichen Regelung in § 2 Nr. 2 S. 2 wirksam werden, „wenn der Mieter diese spätestens 6 Monate vor Beendigung der laufenden Vertragszeit schriftlich dem B. gegenüber erklärt“. Die Ausübung der vertraglich eingeräumten Option erfolgt demgemäß durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung³⁴⁰, mithin durch Rechtsgeschäft.

Gemäß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB wird die Verpflichtung des Bürgen durch ein solches vom Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft getätigtes

³³⁸ BGH v. 2.2.1989, Az. IX ZR 99/88, juris, Rz. 15-17 m.w.N.

³³⁹ vgl. BGH v. 1.7.2003 - XI ZR 363/02, juris, Rz. 17.

³⁴⁰ vgl. *Leonhard* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, 1. Aufl. 2015, vor § 535 BGB Rz. 549

Rechtsgeschäft aber gerade nicht erweitert³⁴¹. Mit dieser Regelung wird das auch mit § 766 S. 1 BGB verfolgte Anliegen durchgesetzt, die Bürgenhaftung nicht völlig unkalkulierbar werden zu lassen. Der in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB festgeschriebene Rechtsgedanke zieht auch der Bestimmung der Bürgschaftschuld insbesondere für künftige Verbindlichkeiten Grenzen³⁴². § 767 Abs. 1 S. 3 BGB bezweckt nicht nur, den Bürgen vor einer späteren Erhöhung seiner Verpflichtung, der er nicht zugestimmt hat, zu schützen. Die Vorschrift soll auch verhindern, dass Gläubiger und Hauptschuldner durch eine nachträgliche Absprache das Haftungsrisiko des Bürgen in einer Weise verschärfen, die für ihn bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags nicht erkennbar war³⁴³.

Demgemäß umfasst eine sich auf alle Forderungen aus dem Mietverhältnis erstreckende Bürgschaftserklärung der Beklagten aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB jedenfalls nicht solche Forderungen, die – wie die streitgegenständlichen Forderungen - aus einem nach Ausübung einer entsprechenden Option verlängerten Mietvertrag resultieren.

Das Urteil des 15. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Düsseldorf³⁴⁴ steht der hier vertretenen Auffassung des Senats nicht entgegen. Zwar hat sich der 15. Zivilsenat in den Entscheidungsgründen seines Urteils für eine zwischen einer durch Verlängerung der vertraglich vereinbarten Laufzeit des Vertrages erfolgende Fortsetzung des ursprünglichen Mietvertrages einerseits und durch einen Nachtrag begründete neue Verbindlichkeiten andererseits differenzierende Betrachtung ausgesprochen. Indes handelt es sich insoweit nicht um tragende Erwägungen des Urteils. Zudem hat sich der 15. Zivilsenat in seinem Urteil nicht näher mit den diversen zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes auseinandergesetzt. Eine von der Auffassung des 15. Zivilsenats abweichende Sichtweise ist daher jedenfalls vertretbar und eine auf § 767 Abs. 1 S. 3 BGB gestützte Rechtsverteidigung der Beklagten in der Folge keineswegs ohne jede Aussicht auf Erfolg.

³⁴¹ OLG Düsseldorf v. 14.4.2016 – 24 W 12/16, ZMR 2016, 615 mit abl. Anm. *Geldmacher*.

³⁴² *Rohe* in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 01.02.2016, § 757 BGB Rz. 15.

³⁴³ BGH v. 3.11.2005 - IX ZR 181/04, NJW 2006, 228, 230 m.w.N.

³⁴⁴ OLG Düsseldorf v. 19.1.2005 - 15 U 35/04.

11.4 Inanspruchnahme des Bürgen im laufenden Mietvertrage

Ein eigener Anspruch des Mieters gegen den Vermieter kann sich dann ergeben, wenn der Vermieter nicht auf die Bürgschaft zugreifen durfte. Das liegt im vorliegenden Fall nahe, denn nach h.M. darf sich der Vermieter im laufenden Mietverhältnis nur wegen solcher Forderungen aus der Sicherheit befriedigen, wegen derer der Mieter sich bereits in Verzug befindet³⁴⁵, vor allem aber soll ein Zugriff auf die Kautions nicht wegen bestrittener Forderungen möglich sein³⁴⁶. Wenn Letzteres auch für die Inanspruchnahme einer Bürgschaft im Rahmen eines Geschäftsraummietverhältnisses gilt, dann lagen die vertraglichen Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Bürgschaft nicht vor: Denn mit den unter dem 8.2.2012 in Rechnung gestellten Beträgen befand sich der Mieter am 9.2.2012 weder in Verzug noch waren diese Forderungen unstreitig.

Ein solchermaßen vertragswidriges Verhalten des Vermieters kann zu einem Anspruch des Mieters führen, von solchermaßen vorzeitig ausgelösten Regressansprüchen des in Anspruch genommenen Bürgen freigestellt zu werden³⁴⁷. Ist bereits eine (erfolgreiche) Inanspruchnahme seitens des Bürgen erfolgt, wird dies auf einen Zahlungsanspruch in betreffender Höhe hinauslaufen (und zwar ggf. nur Zug um Zug gegen Neugestellung der vertraglich vorgesehenen Bürgschaft, denn der Anspruch der Vermieterin auf eine solche Sicherheit ist nicht mit deren vertragswidriger Inanspruchnahme entfallen).

Doch kann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sicherheit auch wegen streitiger Ansprüche in Anspruch nehmen³⁴⁸. Mit Ablauf des Mietvertrages sind damit etwaige Ansprüche des Mieters wegen einer bis dato vorzeitigen Inanspruchnahme der Bürgschaft seitens des Vermieters entfallen.

³⁴⁵ Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. III. 2036.

³⁴⁶ BGH, NJW 2014, S. 2496 für den Zugriff auf eine im Wohnraummietvertrag gestellte Kautions.

³⁴⁷ OLG Hamm v. 11.2.2016 – 18 U 42/15, ZMR 2016, 619.

³⁴⁸ z.B. Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 73. Aufl., vor § 535 Rz. 123; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht 12. Aufl. § 551 BGB Rz. 100.

12 Mieterhöhung

12.1 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 Beschaffenheitsvereinbarung³⁴⁹. 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 liegt³⁵⁰.

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 hat³⁵¹, hält er daran nicht mehr fest³⁵². Vielmehr ist jede im Wohnraummietvertrag enthaltene, von der tatsächlichen Wohnungsgröße abweichende Wohnflächenangabe für die in § 557 Abs. 3 HS 1 BGB vorgeschriebene Anwendbarkeit des § 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 Wohnung³⁵³.

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ 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.

³⁵¹ zuletzt BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 205/08, NJW 2009, 2739 Rz. 10, 13 m.w.N.

³⁵² BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, GE 2016, 49 = WuM 2016, 34.

³⁵³ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, GE 2016, 49 = WuM 2016, 34.

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 wird³⁵⁴. 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 gestanden³⁵⁵. 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 Ausdruck gebracht³⁵⁶ und dieses Verbot unverändert in § 558 Abs. 6 BGB überführt³⁵⁷.

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 Maß-

³⁵⁴ 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.

³⁵⁵ OLG Karlsruhe, NJW 1982, 890, 891; OLG Hamm, NJW 1983, 1622, 1623; OLG Hamburg, NJW-RR 2000, 1321, (1322); jeweils m.w.N.

³⁵⁶ 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.

³⁵⁷ BT-Drucks. 14/4553, S. 54.

stäben, 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 sind³⁵⁸.

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.

Mit der Angabe einer kleineren als der tatsächlichen Wohnfläche haben die Parteien keinen teilweisen Ausschluss künftiger Mieterhöhungen des Vermieters hätten vereinbaren wollen³⁵⁹. Dies entspricht zwar einer in der Instanzrechtsprechung und im mietrechtlichen Schrifttum verbreitet und mit unterschiedlicher Begründung vertretenen Auffassung³⁶⁰. 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 gemäß § 557 Abs. 3 BGB treffen wollten³⁶¹. Die letztgenannte Auffassung trifft zu³⁶². 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 Ver-

³⁵⁸ 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).

³⁵⁹ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, GE 2016, 49 = WuM 2016, 34.

³⁶⁰ zum Meinungsstand Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2014, § 557 BGB Rz. 65.

³⁶¹ *Kraemer*, NZM 1999, 156 (160, 162); ähnlich z.B. OLG Hamburg, NJW-RR 2000, 1321, (1322).

³⁶² BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, GE 2016, 49 = WuM 2016, 34.

trauen 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 ergibt³⁶³. Solche Umstände können allerdings insbesondere nicht schon darin gesehen werden, dass die ortsübliche Vergleichsmiete die vereinbarte Miete bereits bei Vertragsschluss 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 zu stellen ist³⁶⁴. Die Ausgangsmiete wiederum bestimmt sich nicht danach, wie sie möglicherweise – fiktiv – hätte gebildet werden können. Maßgeblich dafür ist vielmehr grundsätzlich nur ihr zum Vergleichsstichtag tatsächlich geltender Betrag, ohne dass es zusätzlich darauf ankommt, wie er zustande gekommen ist.

12.2 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

³⁶³ BGH v. 20.6.2007 – VIII ZR 303/06, NJW 2007, 2546 Rz. 11 f., 15.

³⁶⁴ BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 16.

Wegfalls der Geschäftsgrundlage³⁶⁵. § 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 sollten³⁶⁶.

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 darüber einer angemessenen Lösung zuzuführen versucht hat³⁶⁷ oder wo eine an sich abschließend gedachte Regelung sich nachträglich als für besonders gelagerte Fallgestaltungen schlechthin unpassend erweist³⁶⁸.

Von einem solchen, über § 313 BGB auszufüllenden rechtlichen Gestaltungsbedürfnis kann hier indessen nicht ausgegangen werden. Soweit dem Urteil vom 23. Mai 2007³⁶⁹ entnommen werden könnte, dass in Fällen, in denen die

³⁶⁵ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, GE 2016, 49 = WuM 2016, 34.

³⁶⁶ vgl. BeckOGK-BGB/*Orel*, Stand Oktober 2015, § 557 BGB Rz. 2.

³⁶⁷ 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).

³⁶⁸ 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.

³⁶⁹ BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 138/06, NJW 2007, 2626 Rz. 19.

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 fest³⁷⁰.

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 abrupter oder einer Bewältigung sonst untragbarer Änderungen durch zeitliche und höhenmäßige (Kappungs-) Grenzen beziehungsweise ein Sonderkündigungsrecht Rechnung zu tragen³⁷¹. 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.

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

³⁷⁰ BGH v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14, GE 2016, 49.

werden kann und deshalb der mit § 558 BGB verfolgte Zweck grundlegend verfehlt wird.

12.3 Begründung durch Sachverständigengutachten

Mit der nach § 558a BGB erforderlichen Begründung des Mieterhöhungsverlangens sollen dem Mieter im Interesse einer außergerichtlichen Einigung die Tatsachen mitgeteilt werden, die er zur Prüfung einer vom Vermieter nach § 558 BGB begehrten Mieterhöhung benötigt³⁷². Im Falle der Beifügung eines Sachverständigengutachtens ist der Begründungspflicht grundsätzlich Genüge getan, wenn das Gutachten Angaben über Tatsachen enthält, aus denen die geforderte Mieterhöhung hergeleitet wird, und zwar in einem Umfang, der es dem Mieter gestattet, der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachzugehen und diese zumindest ansatzweise selbst überprüfen zu können³⁷³. Der Sachverständige muss somit eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete treffen und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnen³⁷⁴.

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, muss ein Gutachten von einem zutreffenden Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ausgehen³⁷⁵. Dazu bedarf es keiner Darstellung über die Entwicklung der Mieten in den letzten vier Jahren. Denn auch bei den weiteren Begründungsmitteln, die § 558a BGB gleichberechtigt nebeneinander stellt, bestehen derartige Anforderungen nicht. Besonders deutlich wird das durch die Regelung des § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB, wonach die Benennung von drei Vergleichswohnungen ausreicht. Die Begründung des Mieterhöhungsverlangens dient nicht dazu, bereits den Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete zu führen oder dem Mieter ein etwaiges Prozessrisiko abzunehmen. Vielmehr soll das Begründungserfordernis den Mieter lediglich in die Lage versetzen, der Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens

³⁷¹ BGH v. 20.6.2007 – VIII ZR 303/06, NJW 2007, 2546 Rn. 11 f. m.w.N.

³⁷² BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, NZM 2010, 576 Rz. 10; BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 74/08, NJW 2009, 1667 Rz. 8; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NZM 2008, 124 Rz. 18; BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NJW-RR 2006, 1305 Rz. 17.

³⁷³ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 12; BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, NZM 2010, 576 Rz. 10.

³⁷⁴ BVerfG v. 5.5.1986 - 1 BvR 12/85, WuM 1986, 239; BVerfG v. 14.5.1986 - 1 BvR 494/85, NJW 1987, 313 f.; BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, NZM 2010, 576 Rz. 10.

³⁷⁵ BGH v. 3.2.2016 – VIII ZR 69/15, WuM 2016, 219 = GE 2016, 387 = ZMR 2016, 367.

nachzugehen und dieses zumindest ansatzweise nachzuvollziehen³⁷⁶. Dass das Typengutachten keinen ausdrücklichen Zeitpunkt bezeichnet, für den die ortsübliche Vergleichsmiete ermittelt wurde, ist ebenfalls unschädlich. Denn es liegt auf der Hand, dass es sich um eine aktuelle Ermittlung handelt.

Ein Gutachten wird auch nicht dadurch wertlos, dass nicht die Entwicklung der Mieten in den letzten vier Jahren darstellt, sondern nur Neuvertragsmieten berücksichtigt. Selbst wenn das der Fall wäre, wäre ein etwaiger Mangel des Gutachtens, nicht oder nicht im angemessenen Umfang auch Bestandsmieten berücksichtigt zu haben, nicht so gravierend, dass dies seiner Verwendung als Begründungsmittel des § 558a BGB entgegenstünde oder zur Unwirksamkeit eines hierauf gestützten Mieterhöhungsverlangens führte.

Schließlich wird ein Gutachten nicht dadurch unbrauchbar und damit ein Mieterhöhungsverlangen des Vermieters unwirksam, weil das zur Begründung beigefügte Sachverständigengutachten weder die besichtigte Musterwohnung gleichen Typs noch die für das Gutachten herangezogenen Vergleichswohnungen in der Weise identifizierbar angegeben hat, dass der Mieter diese Wohnungen besichtigen und die Angaben der Sachverständigen im Detail hätte überprüfen können³⁷⁷. Es genügt bei einer Begründung des Mieterhöhungsverlangens nach § 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB, dass ein öffentlich bestellter Sachverständiger in einem mit Gründen versehenen Gutachten Angaben zur ortsüblichen Vergleichsmiete macht und die streitige Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnet. Derartige konkrete Angaben ermöglichen es dem Mieter, der Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens des Vermieters nachzugehen und dieses zumindest ansatzweise zu überprüfen und so die Entscheidung zu treffen, ob er der begehrten Mieterhöhung zustimmen oder den Vermieter auf einen Prozess verweisen will.

³⁷⁶ BGH v. 8.4.2014 - VIII ZR 216/13, NZM 2014, 747 Rz. 1 m.w.N.; vgl. BGH v. 28.3.2012 - VIII ZR 79/11, NZM 2012, 415 Rz. 14.

³⁷⁷ BGH v. 3.2.2016 - VIII ZR 69/15, WuM 2016, 219 = GE 2016, 387 = ZMR 2016, 367.

12.4 wegen Modernisierung

12.4.1 Umfang der Verschiebung nach § 559b Abs. 2 BGB

Die gesetzliche Regelung in § 559b Abs. 2 BGB unterscheidet nicht danach, ob eine Modernisierungsankündigung ganz unterblieben ist oder nicht den gesetzlichen Anforderungen genügt oder ob die spätere tatsächliche Mieterhöhung die angekündigte um mehr als zehn Prozent übersteigt.

Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber mit der Möglichkeit der Mieterhöhung nach § 559 BGB einen Anreiz zur Modernisierung geben wollte, ergibt sich nicht, dass bei Überschreiten der angekündigten Mieterhöhung um mehr als zehn Prozent die Mieterhöhung nur im Umfang der Überschreitung der ursprünglich angekündigten Mieterhöhung später wirksam werde³⁷⁸. Denn der Gesetzgeber hat ersichtlich auch die Interessen des Mieters im Blick gehabt, über eine beabsichtigte Modernisierung rechtzeitig und zutreffend informiert zu werden. Dies gilt auch für die Berechtigung der verlangten Mieterhöhung, zu deren Überprüfung dem Mieter hinreichend Gelegenheit eingeräumt werden soll. Diese Intention des Gesetzgebers ergibt sich schon aus den Gesetzesmaterialien zu der Vorgängervorschrift, § 3 Abs. 4 MHG³⁷⁹. Am Ende der Gesetzesbegründung zu § 3 MHG ist insoweit ausgeführt, dass eine Ankündigung des Vermieters für den Mieter "ohne praktischen Wert" sei, wenn die tatsächliche Erhöhung um mehr als zehn Prozent höher ausfalle als die angekündigte, und dass deshalb die gleiche Folge eintreten solle wie in dem Fall, dass dem Mieter die voraussichtliche Mieterhöhung (überhaupt) nicht mitgeteilt worden sei. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei einer Überschreitung der zunächst angekündigten Mieterhöhung um mehr als zehn Prozent - gegen den Wortlaut - eine bloße Staffelung des Wirksamwerdens der Mieterhöhung hat ausreichen lassen wollen, sind somit nicht ersichtlich. Den Gesetzesmaterialien zu der hier anwendbaren Vorschrift des § 559b Abs. 2 BGB ist zu entnehmen, dass eine inhaltliche Änderung gegenüber der Regelung in § 3 Abs. 4 MHG insoweit nicht beabsichtigt war³⁸⁰.

³⁷⁸ BGH v. 6.10.2015 – VIII ZR 76/15, GE 2016, 49 = WuM 2016, 39.

³⁷⁹ vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 12, linke Spalte.

³⁸⁰ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 58.

Entgegen der vereinzelt Literaturmeinung³⁸¹ ergibt sich aus der Befugnis des Vermieters, zugunsten des Mieters eine Mieterhöhung so zu staffeln, dass sie teilweise erst zu einem späteren Zeitpunkt verlangt wird, als es nach den gesetzlichen Bestimmungen möglich wäre, keine andere Beurteilung. Denn bei einer Überschreitung der angekündigten Mieterhöhung um mehr als zehn Prozent steht dem Vermieter gerade nicht das Recht zu, die Mieterhöhung zu der in § 559b Abs. 2 Satz 1 BGB genannten Frist durchzuführen. Vielmehr wird eine derartige Mieterhöhung insgesamt erst zu einem um sechs Monate hinausgeschobenen Zeitpunkt wirksam.

13 Betriebskosten

13.1 Kosten der Gartenpflege (öffentlicher Park)

Ob die Kosten für die Pflege eines die Wohnanlage umgebenden Parks auf den Mieter umgelegt werden kann, ist problematisch.

Das Argument, weil sich der Park nicht im öffentlichen Eigentum, sondern im Eigentum des Vermieters befinde und der Mieter davon insoweit einen Nutzen hat, als er ihnen einen entsprechenden Erholungswert bietet, greift nicht durch. Vielmehr ist entscheidend, ob die Garten- oder Parkflächen durch bauplanerische Bestimmungen oder auch durch den Vermieter selbst für die Nutzung der Öffentlichkeit gewidmet wurden³⁸². Denn in diesem Fall geht den Flächen der erforderliche Bezug zur Mietsache verloren, der über das in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Merkmal des bestimmungsgemäßen Gebrauchs für die Umliegung von Betriebskosten vorausgesetzt ist. Liegt eine derartige Widmung zugunsten der Öffentlichkeit vor, so dass jedermann die Nutzung dieser Flächen unabhängig davon gestattet ist, ob er eine Wohnung in der Wohnanlage der Beklagten angemietet hat, können die Kosten der Pflege dieser Flächen nicht mehr als Nebenkosten den Mietern angelastet werden.

³⁸¹ Lützenkirchen/*Dickersbach*, Mietrecht, 2. Aufl., § 559b BGB Rz. 64.

³⁸² BGH v. 10.2.2016 – VIII ZR 33/15, WuM 2016, 214 = ZMR 2016, 434 = GE 2016, 387.

13.2 Kosten der Gartenpflege (Beseitigung von Hundekot)

Problematisch ist die Umlage der Kosten der Pflege der Außenanlage, wenn sie auf die Beseitigung von Verunreinigungen (etwa Hundekot) entfielen, die durch Dritte verursacht worden seien.

Nach der Rechtsprechung des BGH³⁸³ gehören die Kosten der Beseitigung des auf Gemeinschaftsflächen der Mietsache durch Mieter oder Dritte abgestellten Sperrmülls auch insoweit zu den umlagefähigen Betriebskosten, als sie auf die Beseitigung unberechtigt abgestellten Mülls entfallen. Für die Beseitigung einer Verunreinigung von Garten- oder Rasenflächen gilt nichts anderes. Der insoweit anfallende Aufwand gehört zu den Kosten der Gartenpflege. Entgegen einer teilweise in der mietrechtlichen Literatur vertretenen Auffassung³⁸⁴ ist es unerheblich, ob Verunreinigungen, die der Vermieter im Rahmen der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Grundstücks beseitigen lässt, durch Mieter oder Dritte verursacht worden sind und ob das Verhalten des Mieters oder des Dritten als "rechtswidrige Handlung" zu qualifizieren ist³⁸⁵. Denn eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks setzt - selbstverständlich - eine regelmäßige Pflege der Außenanlagen sowie eine wiederkehrende Beseitigung von Müll voraus. Sie umfasst deshalb auch den Aufwand, der auf die Beseitigung von Müll oder Verunreinigungen entfällt, für die Dritte verantwortlich sind. Dies gilt selbst dann, wenn derartige Verunreinigungen nur gelegentlich oder in unregelmäßigen Abständen anfallen. Dieses Phänomen nimmt den - laufend anfallenden - Kosten der Gartenpflege und Müllentsorgung nicht den Charakter wiederkehrender Kosten.

13.3 Bezugnahme auf Anlage 3 zu § 27 II.BV

Um eine wirksame Umlagevereinbarung zu Betriebskosten in der Wohnraummiete – auch in einem Formularvertrag – herbeizuführen, bedarf es nicht der Aufzählung der einzelnen Betriebskosten. Vielmehr genügt es – jedenfalls soweit es nicht um "sonstige" Betriebskosten im Sinne von Nr. 17 der Anlage 3 zu

³⁸³ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 137/09, NZM 2010, 274 Rz. 24.

³⁸⁴ vgl. etwa MünchKomm/Schmid, 6. Aufl., § 1 BetrKV Rz 16; Herrlein/Kandelhard/Both, Mietrecht, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 22.

³⁸⁵ BGH v. 10.2.2016 – VIII ZR 33/15, WuM 2016, 214 = ZMR 2016, 434 = GE 2016, 387.

§ 27 II.BV geht –, dass auf die Betriebskosten gemäß der Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung verwiesen wird³⁸⁶.

Entgegen der Auffassung, die *Langenberg*³⁸⁷ vertritt, ist es ohne Bedeutung, dass die Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung bei Abschluss des Mietvertrags nicht mehr in Kraft, sondern inzwischen durch die – im wesentlichen inhaltsgleiche – Betriebskostenverordnung ersetzt worden war³⁸⁸. Die im vorliegenden Mietvertrag vom 27. April 2007 zu den Betriebskosten getroffenen formularmäßigen Bestimmungen sind dahin auszulegen, dass der Mieter die Betriebskosten gemäß § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit dem Betriebskostenkatalog in der dazu erlassenen Betriebskostenverordnung zu tragen haben³⁸⁹.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden³⁹⁰. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass der Begriff der Betriebskosten seit vielen Jahrzehnten durch Rechtsverordnung und später durch Gesetz definiert ist. Bereits in der am 1. November 1957 in Kraft getretenen Zweiten Berechnungsverordnung³⁹¹ findet sich in § 27 die Definition, dass es sich dabei um die Kosten handelt, die „dem Eigentümer durch das Eigentum oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen“. Seit dem 1. Januar 2007 ist dieselbe Definition nunmehr in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB selbst enthalten – unter Verweis auf die Aufstellung der Betriebskostenverordnung vom 25. November 2003³⁹², die den bis 31. Dezember 2003

³⁸⁶ BGH v. 7.4.2004 – VIII ZR 167/03, NZM 2004, 417 unter II 1 b bb; BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, NJW 2007, 3060 Rz. 19; BGH v. 13.1.2010 – VIII ZR 128/08, NJW 2010, 1198 Rz. 19.

³⁸⁷ Schmidt-Futterer/*Langenberg*, 12. Aufl., § 556 BGB Rz. 46; ähnlich *Blum*, WuM 2010, 13; *Lützenkirchen*, Mietrecht, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 319; AG Hanau, NZM 2015, 47 (49).

³⁸⁸ BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, MDR 2016, 452 = WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = ZMR 2016,287 = NZM 2016, 235.

³⁸⁹ BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, MDR 2016, 452 = WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = ZMR 2016,287 = NZM 2016, 235.

³⁹⁰ st. Rspr.; vgl. BGH v. 9.4.2014 – VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rz. 37; BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 295/09, WM 2011, 1860 Rz. 29; BGH v. 23.2.2011 – XII ZR 101/09, WPM 2011, 1190 Rz. 10; BGH v. 17.4.2013 – VIII ZR 225/12, NJW 2013, 1805 Rz. 9; jeweils m.w.N.

³⁹¹ BGBl. I S. 1719.

³⁹² BGBl. I S. 2347.

geltenden Betriebskostenkatalog in der Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung abgelöst hat.

Angesichts der vorbeschriebenen Gesetzeslage, die den Begriff der Betriebskosten in der Wohnraummiete seit langem festlegt, ist der hier im Mietvertrag verwendete Begriff der Betriebskosten ohne Weiteres in diesem Sinne zu verstehen, das heißt wie jetzt in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelt und in dem aufgrund der darin enthaltenen Ermächtigung erlassenen Betriebskostenkatalog erläutert³⁹³. Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien von einem anderen Begriff der Betriebskosten ausgegangen sind, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ergibt sich aus dem Verweis auf die – im Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses bereits außer Kraft getretene – Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung nichts anderes. Dies gilt schon deshalb, weil § 4 des Mietvertrags auf die jeweils aktuelle Fassung der Zweiten Berechnungsverordnung verweist. Damit ist bei verständiger Würdigung unmissverständlich klargelegt, dass der jeweilige Betriebskostenkatalog gemeint ist, so wie er sich aus der gültigen Verordnung zu den in der Wohnraummiete umlegbaren Betriebskosten ergibt. Dass dieser Betriebskostenkatalog bereits bei Abschluss des Mietvertrags der Parteien nicht mehr in der Zweiten Berechnungsverordnung, sondern in der Betriebskostenverordnung enthalten war, ist eine unschädliche Falschbezeichnung.

Die mietvertraglichen Bestimmungen zu den Betriebskosten sind auch nicht unklar; insbesondere liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht vor³⁹⁴. Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben, die Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen³⁹⁵. Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein und verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen

³⁹³ BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, MDR 2016, 452 = WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = ZMR 2016,287 = NZM 2016, 235.

³⁹⁴ BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, MDR 2016, 452 = WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = ZMR 2016,287 = NZM 2016, 235.

³⁹⁵ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (16); BGH v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12 (21 f.).

und Rechtsfolgen einer Klausel so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen³⁹⁶. Allerdings gebietet es das Transparenzgebot darüber hinaus nicht, die aus dem Gesetz oder der Rechtsnatur eines Vertrages folgenden Rechte der Vertragsparteien ausdrücklich oder vollständig zu regeln oder den Vertragspartner darüber zu belehren³⁹⁷. Etwaige Missverständnisse muss der Verwender sich in dieser Hinsicht vielmehr nur dann zurechnen lassen, wenn er die Gefahr von Fehlvorstellungen bei seinen Kunden durch eine unklare oder mehrdeutige Klauselformulierung oder -gestaltung selbst hervorgerufen oder verstärkt hat³⁹⁸.

So liegt der Fall hier aber nicht³⁹⁹. Wie bereits ausgeführt, ist der Begriff der Betriebskosten seit langem gesetzlich definiert und durch die Aufzählung der einzelnen Betriebskostenarten in einer hierzu ergangenen Verordnung und dem darin enthaltenen Betriebskostenkatalog erläutert. Zudem ist es auch – sowohl im preisfreien als auch im preisgebundenen Wohnraum – seit Jahrzehnten allgemein üblich, in Mietverträgen die Umlage sämtlicher Betriebskosten zu vereinbaren und abzurechnen, die nach den genannten Definitionen umlagefähig sind. Angesichts dessen bedarf der Begriff der "Betriebskosten" in der Wohnraummiete grundsätzlich keiner Erläuterung oder Aufschlüsselung, da er als bekannt vorausgesetzt werden kann und für den durchschnittlichen Mieter hinreichend klar und verständlich (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) ist⁴⁰⁰. Die Möglichkeit, dass der Verwender sich ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume verschaffen könnte, erscheint angesichts der gesetzlichen Definition und Aufzählung der einzelnen Betriebskostenarten im Betriebskostenkatalog ausgeschlossen.

Eine andere Beurteilung käme allenfalls in Betracht, falls durch Zusätze oder weitere Bestimmungen im Mietvertrag unklar würde, ob "die Betriebskosten" im

³⁹⁶ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (16) m.w.N.

³⁹⁷ st. Rspr.; vgl. BGH v. 14.5.1996 – XI ZR 257/94, BGHZ 133, 25 (32); BGH v. 5.11.1998 – III ZR 226/97, NJW 1999, 276 unter 2; BGH v. 22.3.2000 – IV ZR 23/99, NJW 2000, 2103 unter II 4 a; BGH v. 16.4.2010 – V ZR 175/09, WPM 2010, 1861 Rz. 18; BGH v. 9.6.2011 – III ZR 157/10, WPM 2011, 1678 Rz. 44; BGH v. 8.11.2012 – VII ZR 191/12, WM 2014, 132 Rz. 19; jeweils m.w.N.

³⁹⁸ BGH v. 8.11.2012 – VII ZR 191/12, WM 2014, 132 Rz. 23; BGH v. 5.11.1998 – III ZR 226/97, NJW 1999, 276 unter 2.

³⁹⁹ BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, MDR 2016, 452 = WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = ZMR 2016,287 = NZM 2016, 235.

⁴⁰⁰ so bereits zutreffend *Schmid*, GE 2003, 446; MünchKomm/*Schmid*, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 18; ebenso *Lehmann-Richter*, WuM 2012, 647 (648).

Sinne sämtlicher umlegbarer Betriebskosten oder nur einzelner Betriebskostenarten gemeint sind. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Er ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass der Mietvertrag einen Hinweis auf die zum damaligen Zeitpunkt bereits außer Kraft getretene Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung enthält. Denn aus diesem Umstand ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass etwas anderes gemeint gewesen sein könnte als die Abwälzung sämtlicher umlegbarer Betriebskosten. Auch die in § 4 des Mietvertrags enthaltene beispielhafte Aufzählung einzelner Betriebskosten mit dem Zusatz „etc.“ zeigt unabweisbar, dass eine umfassende Umlagevereinbarung im gesetzlich zulässigen Umfang gemeint war.

13.4 Umlagevereinbarung zu erhöhter Grundsteuer bei Neubau

Eine Klausel unterliegt als allgemeine Geschäftsbedingung in vollem Umfang der Auslegung durch das Revisionsgericht, das dabei nicht an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden ist⁴⁰¹. Dafür gilt nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Grundsatz der objektiven Auslegung⁴⁰². Allgemeine Geschäftsbedingungen sind dementsprechend nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind⁴⁰³.

Nach diesen Maßstäben führt die Auslegung der Klausel

Die Grundsteuer zahlt die Vermieterin. Erhöhungen gegenüber der bei Übergabe des Objekts erhobenen Grundsteuer tragen die Mieter.

dazu, dass für den Fall der Neufestsetzung der Grundsteuer aufgrund der Bebauung und Vermietbarkeit des Grundstücks unklar bleibt, ob die sich daraus ergebenden Differenzbeträge auf die Mieter umlegbar sind⁴⁰⁴. Das Abstellen

⁴⁰¹ BGHZ 163, 321, 323 f. = NJW 2005, 2919, 2920

⁴⁰² BGH v. 18.7.2007 - VIII ZR 227/06, NJW-RR 2007, 1697 Rz. 23 m.w.N.; BGHZ 176, 191 = NJW 2008, 2497 Rz. 11 m.w.N.

⁴⁰³ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293 Rz. 11 m.w.N.; BGHZ 162, 39 = NJW 2005, 1183 (1184) m.w.N.

⁴⁰⁴ BGH v. 17.02.2016 – XII ZR 183/13, ZMR 2016, 368 = NZM 2016, 315.

der Klausel auf Erhöhungen der bei Übergabe des Objekts erhobenen Grundsteuer spricht dafür, dass maßgebliche Vergleichsgröße die bei Übergabe des Mietobjekts festgesetzte Grundsteuer ist. Dass die Klausel auf die „erhobene“ Grundsteuer verweist, deutet darauf hin, dass es auf die behördliche Steuerfestsetzung ankommt, wie sie zum Zeitpunkt der Übergabe erfolgt ist. Die Steuerfestsetzung beruhte im vorliegenden Fall bei Übergabe des Mietobjekts noch auf dem unbebauten Grundstück und dem sich daraus ergebenden Steuermessbetrag.

Eine solche Betrachtung wäre jedoch nicht vollständig. Sie wird vielmehr durch den Umstand in Frage gestellt, dass in der Klausel von dem Objekt die Rede ist. Damit enthält schon der Wortlaut der Klausel einen Hinweis darauf, dass anstelle der tatsächlich festgesetzten Grundsteuer auch eine Erhöhung der von vornherein auf das Mietobjekt bezogenen Grundsteuer gemeint sein kann⁴⁰⁵. Denn bei dem Objekt handelt es sich um das Mietobjekt, wie es sich aus der vertraglichen Vereinbarung ergibt. Dieses besteht aber nicht aus dem unbebauten Grundstück, auf welches sich der bei Übergabe geltende Steuermessbetrag (§ 13 Abs. 1 GrStG) bezieht, sondern aus den vertraglich als Mietgegenstand vereinbarten Räumen. Das lässt es wiederum als zumindest nicht fernliegend erscheinen, dass mit der erhobenen Grundsteuer diejenige gemeint ist, die für das bebaute Grundstück festzusetzen ist, und mithin die später so festgesetzte Steuer die Vergleichsgröße für auf die Mieter umzulegende Erhöhungen darstellt⁴⁰⁶.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der Grundsteuerbescheid mit dem erhöhten Steuermessbetrag in der Regel erst nach Übergabe des Mietobjekts ergeht. Daraus folgt noch nicht ohne weiteres, dass die Beklagte als Mieterin sich auch mit der Tragung des Differenzbetrags einverstanden erklären wollte⁴⁰⁷.

Dieses Ergebnis wird dadurch gestützt, dass durch die Klausel der Umfang der Grundsteuerumlage im Zweifel einheitlich festgelegt und nicht erst von den bei

⁴⁰⁵ BGH v. 17.02.2016 – XII ZR 183/13, ZMR 2016, 368 = NZM 2016, 315.

⁴⁰⁶ ebenso für eine ähnliche Klausel OLG Celle, ZMR 1990, 410 (411); vgl. auch OLG Hamm, ZMR 1986, 198 (199).

⁴⁰⁷ vgl. OLG Celle, ZMR 1990, 410, 411; OLG Hamm, ZMR 1986, 198 (199).

Vertragsschluss noch ungewissen Zeitpunkten der Übergabe und der steuerlichen Wertfortschreibung (§ 22 BewG) abhängig gemacht werden sollte⁴⁰⁸. Da die für die erhöhte Festsetzung des Einheitswerts und die daran gekoppelte Neufestsetzung der Grundsteuer maßgebliche Vermietbarkeit des bebauten Grundstücks bereits einige Zeit vor Übergabe des Objekts verwirklicht sein kann, hinge es vom zeitlichen Ablauf und von dem Vorgehen der Steuerbehörden ab, ob die Neufestsetzung noch vor Übergabe des Mietobjekts stattfindet oder nicht. Wäre etwa der Einheitswert nach Fertigstellung des Geschäftshauses und Eintritt der Vermietbarkeit bereits 2008 mit Wirkung ab dem Jahresbeginn 2009 (§§ 22 Abs. 4 Satz 1, 3 Nr. 1, 76 Abs. 1 Nr. 2, 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BewG) fortgeschrieben worden und in die Steuerfestsetzung für 2009 eingeflossen (vgl. §§ 17, 18 GrStG, § 22 Abs. 2 BewG⁴⁰⁹) und wäre die Übergabe des Mietobjekts erst nach dieser Steuerfestsetzung erfolgt, so hätte der Vermieter die höhere Grundsteuer zu tragen. Eine solche Auslegung würde mithin zu dem Ergebnis führen, dass wesentliche Aspekte der Grundsteuertragung bzw. -umlage bei Vertragsschluss noch nicht feststünden, sondern variabel wären und davon abhingen, wann das Mietobjekt fertiggestellt und vermietbar ist, wann die Grundsteuer nach dem höheren Einheitswert festgesetzt wird und wann die Übergabe des Objekts erfolgt. Das gilt erst recht im Hinblick auf eine möglicherweise rückwirkende Erhöhung der Grundsteuer⁴¹⁰.

Die somit verbleibenden Zweifel gehen nach § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten der Klägerin als Verwenderin der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ob auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 BGB vorliegt, braucht daher nicht entschieden zu werden⁴¹¹.

13.5 Umlagevereinbarung zu Wartungskosten im Gewerbe

Bei formularvertraglichen Umlagevereinbarungen ist auch in der Gewerberaummieta das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 3 BGB zu beachten⁴¹². Maßgeblich ist, ob die Umlagevereinbarung dem Mieter das Kostenrisiko über-

⁴⁰⁸ BGH v. 17.2.2016 – XII ZR 183/13, ZMR 2016, 368 = NZM 2016, 315.

⁴⁰⁹ FG Nürnberg v. 2.12.2010 - 4 K 1101/10, DStRE 2011, 1383.

⁴¹⁰ vgl. OLG Frankfurt, NZM 2000, 243 (244).

⁴¹¹ BGH v. 17.02.2016 – XII ZR 183/13, ZMR 2016, 368 = NZM 2016, 315.

⁴¹² BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, MDR 2006, 17 = NZM 2005, 863 = GuT 2005, 213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

schaubar vermittelt⁴¹³, er also aufgrund der Formulierungen in die Lage versetzt wird, die auf ihn entfallende Kostenlast richtig einzuschätzen. Dabei ist jedoch auch zu prüfen, inwieweit Erfahrungswerte herangezogen werden können. So verfügt der durchschnittlich gebildete, auch juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulte Mieter über Erfahrungen über die Höhe der üblichen Betriebskosten gemäß § 2 Nr. 1–16 BetrKV. Auch aus dem Begriff lässt sich zumeist ableiten, dass keine ungewöhnliche Kostenlast zu erwarten ist (z.B. Wartung von Feuerlöschern). Allerdings können bei großen Objekten (z.B. Einkaufszentren) umfassende Begriffe (z.B. Instandsetzung⁴¹⁴, Kosten einer Werbegemeinschaft⁴¹⁵) zusätzliche Formulierungen wie z.B. eine Kostenbegrenzung erfordern, um die notwendige Transparenz herbeizuführen.

Fraglich ist, ob eine Klausel, wonach „sämtliche Wartungskosten u.a. der Klimaanlage“ umlagefähig sein sollen, diesen Anforderungen entspricht und zur Umlage z.B. der Kosten der Wartung einer Brandmeldeanlage führt.

Nach Auffassung des OLG Frankfurt⁴¹⁶ ist diese Klausel wirksam. Sie ist nicht überraschend im Sinne des § 305c BGB, da ein gewerblicher Mieter mit seiner Zahlungspflicht auch für übliche Wartungskosten rechnen muss. Dabei ist eine Angabe der konkreten entstehenden Kosten im Mietvertrag nicht erforderlich. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses muss noch nicht feststehen, welche Kosten entstehen. Der Vermieter hat vielmehr wie bei anderen Nebenkosten ein legitimes Interesse daran, die Kosten variabel auszuweisen, um bei einer Änderung der durchzuführenden Wartungsarbeiten oder einer Änderung der entstehenden Kosten diese ohne eine Vertragsanpassung umlegen zu können. Der Mieter ist insoweit vor überhöhten Forderungen durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt, das den Vermieter dazu verpflichten würde, den Mieter von der Umlegung nicht erforderlicher Kosten freizustellen⁴¹⁷. Eine Diskrepanz der Nebenkostenvorauszahlungen zu den später tatsächlich entstehenden Kosten führt nicht zu einer anderen Beurteilung, da die Höhe der Vo-

⁴¹³ KG v. 8.10.2001 – 8 U 6267/00, GE 2002, 327 = NZM 2002, 954.

⁴¹⁴ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, MDR 2006, 17 = NZM 2005, 863 = GuT 2005, 213 = DWW 2005, 372 = ZMR 2005, 844.

⁴¹⁵ BGH v. 12.7.2006 – XII ZR 39/04, MDR 2007, 77 = NJW 2006, 3057 = ZMR 2006, 849.

⁴¹⁶ OLG Frankfurt v. 16.10.2015 – 2 U 216/14, MDR 2016, 388 = NZM 2016, 264 = GE 2016, 326.

⁴¹⁷ vgl. zur entsprechenden Argumentation bei der Umlegung von "Verwaltungskosten" BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, NJW 2010, 671 ff. m.w.N.

rauszahlungen grundsätzlich keinen zu schützenden Vertrauenstatbestand schafft⁴¹⁸.

Die Klausel benachteiligt den Mieter auch nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, insbesondere ist sie nicht intransparent (§ 307 Abs. 1 S. 1, 2 BGB). Dabei reicht es aus, dass in § 4 des Mietvertrages als zu erstattende Nebenkosten allgemein „sämtliche Wartungskosten“ genannt sind. Eine nähere Aufschlüsselung oder eine sonstige Begrenzung, insbesondere der Höhe nach, ist nicht geboten⁴¹⁹. Zwar sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen und wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen zu lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Hierfür reicht die Bezeichnung „Wartungskosten“ aber aus, da dieser Begriff allgemein ausreichend klar definiert ist. Zur Ausfüllung dieses Begriffs kann auf die übereinstimmenden Definitionen in § 2 Nrn. 4 d) und 5 c) BetrKV für Heizung und Warmwasserversorgung zurückgegriffen werden (vgl. auch § 2 Nrn. 4 a), 7, 15 und 16 BetrKV für Aufzug, Antennenanlage und Einrichtung für die Wäschepflege; vergleichbar für die Definition der Verwaltungskosten⁴²⁰. Wartungskosten sind danach „Kosten der regelmäßigen Prüfung der Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit und der damit zusammenhängenden Einstellung durch eine Fachkraft“⁴²¹. Unter Berücksichtigung dieser Definition handelt es sich bei Wartungskosten im Unterschied zu Instandhaltungs- oder Instandsetzungskosten mithin um wiederkehrende Kosten aus vorbeugenden Maßnahmen, welche der Überprüfung der Funktionsfähigkeit oder Betriebssicherheit einer technischen Anlage dienen⁴²². Danach sind auch die Wartungskosten für die Brandmeldeanlage, die Wartung RWA/BSK BTB, die Wartung der Störmeldeanlage, der VAC-Anlage und der

⁴¹⁸ vgl. BGH v. 28.4.2004 - XII ZR 21/02, NJW 2004, 2674 f.

⁴¹⁹ vgl. OLG Koblenz, ZMR 2013, 795 ff.; vgl. auch BGH v. 7.11.2012 - VIII ZR 118/12; BGH v. 11.11.2009 - VIII ZR 221/08, NJW 2010, 226 f.; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 f.; anders, wenn zugleich die Kosten für „die Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes“ ohne Begrenzung der Höhe nach umgelegt werden sollen, vgl. BGH v. 10.09.2014 - XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722 ff.; BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 ff.

⁴²⁰ BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, NJW 2010, 671 ff.

⁴²¹ vgl. hierzu *Langenberg*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 8. Aufl., A Rz. 252 ff. m.w.N.

⁴²² vgl. BGH v. 7.4.2004 - VIII ZR 167/03, NJW-RR 2004, 875 ff.; BGH v. 14.02.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007 1356 f.

Fäkalien-Hebeanlage anteilig zu erstatten. Bei den genannten Kosten handelt es sich um übliche Wartungskosten für ein derartiges nach den heutigen technischen Maßstäben neu errichtetes Objekt. Ein Vermieter muss nicht sämtliche Anlagen, für welche eine Wartung erforderlich ist ausdrücklich auführen. Vielmehr muss ein Mietinteressent bei einem derartigen neu errichteten Gebäude damit rechnen, dass auch die entsprechende übliche Technik installiert und verwendet wird. Demzufolge sind auch die Kosten für die Wartung der VAC-Anlage erstattungsfähig, obwohl diese Anlage in dem Mietvertrag einschließlich Baubeschreibung nicht genannt ist.

13.6 Umlageschlüssel „vermietete Fläche“ im Gewerbe

Die Klausel, wonach eine Anerkennung der Abrechnungen mangels Widerspruchs innerhalb von acht Wochen fingiert werden soll, ist gemäß § 307 BGB i.V.m. dem Gedanken des § 308 Nr. 5 BGB unwirksam, da sich die Klägerin in der Klausel nicht verpflichtet hat, den Mieter bei Beginn der Frist, also in der Abrechnung, auf die Bedeutung seines Schweigens gesondert hinzuweisen⁴²³.

Ebenso unwirksam ist der Umlagemaßstab, da die Kostenverteilung im Verhältnis der Mietfläche des jeweiligen Mieters zu den "tatsächlich vermieteten Mietflächen im Objekt" erfolgen soll⁴²⁴. Mit der Wahl dieses Umlagemaßstabs hält der Vermieter von vornherein jede eigene Beteiligung an den Nebenkosten, die auf Leerstandsflächen entfallen, von sich fern. Das ist jedoch in Bezug auf Kosten, die nicht ausschließlich verbrauchsabhängig anfallen, wegen unangemessener Benachteiligung des (auch gewerblichen) Mieters nach § 307 BGB unwirksam. Zu den wesentlichen Grundgedanken des Betriebskostenrechts gehört der Grundsatz, dass der Vermieter bei der Umlegung von Betriebskosten das Leerstandsrisiko zu tragen hat. Dies ist Konsequenz seines Vermietungsrisikos⁴²⁵. Eine Klausel, die dieses Risiko dem Mieter zuschiebt, ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren und benachteiligt den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Zweifel unangemessen nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1

⁴²³ KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687; KG v. 28.06.2010 - 8 U 167/09, ZMR 2011, 116; vgl. auch BGH NJW 2014, 3722 Tz 31 f.

⁴²⁴ KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

⁴²⁵ BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz 13, 23; BGH v. 31.5.2006 - VIII ZR 159/05, NJW 2006, 2771 Rz 13.

BGB⁴²⁶. Diese Wertung ist nicht auf die Wohnraummiete beschränkt⁴²⁷. Die Risikoverteilung ist bei der gewerblichen Miete dieselbe. Der gewerbliche Mieter ist gegenüber Versuchen, ihn mit Nebenkosten zu belasten, die nach dem Gesetz der Vermieter zu tragen hätte, nicht grundsätzlich weniger schutzwürdig. Auch er ist davor zu schützen, dass er mit Kosten belastet wird, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen⁴²⁸. Man kann nicht etwa argumentieren, dass im Fall der Abwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten vom BGH eine Unangemessenheit nur bei fehlender Beschränkung angenommen wird, während bei der Abwälzung von Leerstandskosten ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit in der Weise bewirkt wird, dass die Flächen des Hauses ersichtlich sind und die Kostenlast je qm abschätzbar sein mag. Denn während die auf Gemeinschaftsflächen entfallenden Kosten noch einen gewissen Bezug zur Mieternutzung haben, fehlt ein solcher bei Leerstandskosten gänzlich. Zudem ist gerade im Fall eines erheblichen Leerstands, der sich bei Wirksamkeit einer Abwälzungsklausel besonders stark zum Nachteil der verbliebenen Mieter auswirken würde, anzunehmen, dass dieser auf einem Willensentschluss des Vermieters beruht, der andere Ziele als eine Vollvermietung verfolgen mag. Es wäre jedoch als in besonderem Maß unangemessen anzusehen, wenn eine Partei nach ihrem Belieben der anderen Kosten überbürden könnte.

Es ist in der Literatur dementsprechend zu Recht anerkannt, dass eine Klausel, die (für nicht ausschließlich nutzungsabhängige Kosten) eine Kostenumlage im Verhältnis zur "vermieteten Fläche" vorsieht, nach § 307 BGB unwirksam ist⁴²⁹.

Zum gleichen Ergebnis kommt das OLG Hamburg⁴³⁰. Danach erlaubt eine Klausel, die eine Umlage im Verhältnis zu den vermieteten Flächen vorsieht,

⁴²⁶ BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 für einen Fall des Wohnraummietrechts.

⁴²⁷ KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

⁴²⁸ s. BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722 Rz 22; BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz 17, jeweils betreffend Abwälzung von Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten an Gemeinschaftsflächen.

⁴²⁹ *Wall*, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., Rz 1950; *Both* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 556a BGB Rz 10; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 556a BGB Rz 11; *Ehlert* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 556a BGB Rz 17; *Beyerle* in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 11 Rz 251; *Leo/Ghassemi-Tabar*, AGB im Gewerberaummietrecht, 2. Aufl., Rz 84; Schmidt-Futterer/Langenberg, Miet-

keine Umlage von Leerstandskosten. Allerdings nimmt das OLG Hamburg bloß eine einschränkende Auslegung der Klausel vor⁴³¹. Soweit das OLG Düsseldorf⁴³² die Wirksamkeit einer formularvertraglichen Klausel, welche die “vermieteten Flächen” als Umlagemaßstab ausweist, anerkannt habe, kann dem nicht gefolgt werden. Das OLG Düsseldorf hat in dieser Entscheidung lediglich ausgeführt “Vereinbarungen dieser Art sind in Mietverträgen über Geschäftsräume individualvertraglich uneingeschränkt und formularvertraglich jedenfalls dann zulässig, wenn sie ... hinreichend klar formuliert sind und damit dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB genügen...”⁴³³, und hat somit den maßgeblichen Aspekt der Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB) gar nicht behandelt.

Allerdings liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters nicht vor, soweit es um Kosten geht, die allein durch seine Nutzung verursacht werden⁴³⁴ (was aber z.B. auch bei Fixkostenanteilen von Verbrauchskosten nicht der Fall wäre⁴³⁵). Voraussetzung der Wirksamkeit der Klausel insoweit wäre ferner, dass sie sprachlich teilbar ist⁴³⁶.

Hier wird der Umlagemaßstab der vermieteten Flächen zum Grundsatz gemacht; etwas anderes soll nur gelten, soweit in den Nummern 6 bis 21 etwas anderes bestimmt ist. Die Klausel ist als (generelle) Regelung des Maßstabes der “vermieteten Mietflächen” unwirksam, gleich, ob man sie insgesamt als unwirksam ansieht oder unter Streichung der Worte “tatsächlich vermieteten” mit dem Inhalt eines Gesamt-Flächenmaßstabes aufrechterhalten will⁴³⁷. Indessen enthalten die Abrechnungen keine Kostenarten, die sich auf den Verbrauch allein der vermieteten Flächen beziehen, und für die im Mietvertrag durch eine sprachlich abtrennbare Regelung eine Umlage auf die “vermieteten” Flächen bestimmt wäre.

recht, 12. Aufl., § 556a BGB Rz 35; *Langenberg*, WuM 2002, 589; *Sternel*, WuM 2003, 243 (247).

⁴³⁰ OLG Hamburg v. 22.08.1990 - 4 U 51/89, WuM 2001, 343.

⁴³¹ s.a. *Staudinger/Weitemeyer*, BGB, Neub. 2014, § 556a BGB Rz 24.

⁴³² OLG Düsseldorf v. 21.05.2015 - 10 U 29/15, juris.

⁴³³ OLG Düsseldorf v. 21.05.2015 - 10 U 29/15, juris Rz 42.

⁴³⁴ KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

⁴³⁵ vgl. BGH v. 06.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz 22 f.

⁴³⁶ s. etwa BGH, NJW-RR 2006, 84 unter II.6, betr. zu weitgehende Abwälzung von Instandhaltungskosten.

⁴³⁷ KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

13.7 Vorauszahlungen oder Pauschale

Es ist unschädlich, dass in dem Formularmietvertrag – offenbar versehentlich – sowohl die Variante "Betriebskostenpauschale" als auch die Variante "Betriebskostenvorauszahlung" angekreuzt ist und die Betriebskosten nicht näher bezeichnet sind⁴³⁸. Bei einem Mietvertrag über Wohnraum genügt für eine – auch formularmäßige – Umlage von Betriebskosten, die Vereinbarung, dass der Mieter "die Betriebskosten" zu tragen habe, weil damit die nach § 556 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der dazu ergangenen Betriebskostenverordnung umlagefähigen Betriebskosten, also sämtliche umlagefähigen Betriebskosten, gemeint sind⁴³⁹. Ob insoweit eine Pauschale (die ggfs. nach § 560 Abs. 1, 3 BGB angepasst werden kann) oder aber Vorauszahlungen mit Abrechnungspflicht vereinbart sind, ist ohne Bedeutung⁴⁴⁰. Das Gleiche gilt für den Umstand, dass sich im Streitfall ein Hinweis auf die Betriebskostenverordnung nur im Zusammenhang mit einer Erhöhung einer Pauschale findet und bei einer etwaigen Ermäßigung einer Betriebskostenpauschale sowie bei der Umlage nur von "den Betriebskosten" die Rede ist. Dass mit "den Betriebskosten" deshalb in dem einen wie dem anderen Fall etwas anderes gemeint sein könnte als "sämtliche umlagefähigen Betriebskosten" und die getroffene Regelung deshalb unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten ernstlich Raum gäbe oder gar zu darüber hinausgehenden Unklarheiten über den Umfang der umlagererelevanten Betriebskosten führte, ist nicht ersichtlich.

13.8 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 Min-

⁴³⁸ BGH v. 7.6.2016 – VIII ZR 274/15, ZMR 2016, 682.

⁴³⁹ BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, MDR 2016, 452 = WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = ZMR 2016,287 = NZM 2016, 235.

⁴⁴⁰ BGH v. 7.6.2016 – VIII ZR 274/15, ZMR 2016, 682.

destangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.⁴⁴¹

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.⁴⁴² Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters. Allgemein verständliche Verteilungsmaßstäbe bedürfen keiner Erläuterung.

13.8.1 bereinigte Gesamtkosten

Eine Betriebskostenabrechnung ist nach der Rechtsprechung des BGH dann formell ordnungsgemäß und damit wirksam, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Dabei hat der BGH die bei der Abrechnung von Betriebskosten bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig aufzunehmenden Mindestangaben in zahlreichen Entscheidungen wie folgt umschrieben: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen⁴⁴³. Allerdings hat der BGH die Notwendigkeit, "Gesamtkosten" jeder Abrechnungsposition anzugeben, bisher nicht strikt darauf beschränkt, dass nur die jeweiligen (Gesamt-)Kosten angegeben werden müssen, die in der Abrechnungseinheit nach der Abrechnung auf die Wohnungsmieter umgelegt werden. Vielmehr hat er vom Vermieter in einigen Sonderfällen verlangt, auch darüber hinausgehende Kosten anzugeben sowie den Rechenschritt zu erläutern, mit dem die letztlich umgelegten Gesamtkosten der Abrechnungseinheit erst ermit-

⁴⁴¹ 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, Rz. 15.

⁴⁴² BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

⁴⁴³ st. Rspr.; BGH v. 6.5.2015 - VIII ZR 194/14, WuM 2015, 423 = IMR 2015, 266 Rz. 13; BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 Rz. 10; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258 Rz. 15; jeweils m.w.N.

telt worden sind⁴⁴⁴. Es handelt sich dabei zum einen um den Fall, dass dem Vermieter seinerseits Betriebskosten von einem Dritten einheitlich für eine größere Wohnanlage in Rechnung gestellt wurden, ohne dass bereits von diesem Dritten eine Aufschlüsselung auf das einzelne Gebäude als Abrechnungseinheit vorgenommen wurde. Zum anderen geht es um die Fälle, in denen einzelne dem Vermieter entstandene Kosten nicht vollständig als Betriebskosten umlagefähig sind, etwa weil ein angestellter Hausmeister teils umlagefähige Arbeiten ausführt und teils vom Vermieter mit der Ausführung nicht als Betriebskosten umlagefähiger Verwaltungstätigkeiten betraut ist oder weil im Hinblick auf eine gewerbliche Nutzung einzelner Einheiten ein Vorwegabzug vorgenommen wird⁴⁴⁵.

Diese Rechtsprechung zu den "bereinigten" Gesamtkosten in den beschriebenen Sonderfällen fügt sich indes nicht mehr in die vom VIII. Senat inzwischen weiterentwickelten rechtlichen Maßstäbe zur Bestimmung der Mindestanforderungen einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung ein, die der Vermieter innerhalb der Jahresfrist erfüllen muss, um nicht mit einer etwaigen Nachforderung ausgeschlossen zu sein⁴⁴⁶.

Der VIII. Senat hat zwischenzeitlich mehrfach betont, dass an die Abrechnung von Nebenkosten in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind⁴⁴⁷. Aus diesem Grundgedanken hat er in mehreren Entscheidungen Einschränkungen der beschriebenen Mindestanforderungen abgeleitet. So hat er bei den Vorauszahlungen jeden Fehler (zu hoch oder zu niedrig angesetzte Vorauszahlungen, Ansatz der Soll- statt der Istvorauszahlungen) als lediglich materiellen Fehler eingestuft, der nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen führt⁴⁴⁸. Später hat er gänzlich davon abgesehen, Angaben zu den Vorauszahlungen zu den Mindestanforderungen zu zählen, weil es auf eine leere Förmel hinausläufe, etwa eine ausdrückliche Angabe "Null Voraus-

⁴⁴⁴ vgl. nur BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 Rz. 14 m.w.N.

⁴⁴⁵ vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 Rz. 10; BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 Rz. 11 f.; BGH v. 7.12.2011 - VIII ZR 118/11, NJW-RR 2012, 215 Rz. 21 ff. [zum preisgebundenen Wohnraum].

⁴⁴⁶ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, MDR 2016, 262 = WuM 2016, 170 = ZMR 2016, 282 = GE 2016, 253 = NZM 2016, 192 = DWW 2016, 99.

⁴⁴⁷ vgl. nur BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, NJW 2012, 1502 Rz. 24 m.w.N.

⁴⁴⁸ vgl. BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 Rz. 16 m.w.N.

zahlungen" zu verlangen⁴⁴⁹. In gleicher Weise hat der VIII. Senat die Nichtvornahme eines gebotenen Vorwegabzugs für einzelne gewerbliche Einheiten allein als materiellen Fehler eingeordnet⁴⁵⁰.

Weiter hat es der VIII. Senat bei der Heizkostenabrechnung ausreichen lassen, dass nur die verbrauchte Brennstoffmenge und der Gesamtbetrag der dafür angefallenen Kosten angegeben werden, während die Mitteilung der Zählerstände, aus denen sich der Brennstoffverbrauch erst ergibt, nicht zu den Mindestvoraussetzungen gehört⁴⁵¹.

Ebenso gehört es nach der Rechtsprechung des Senats nicht zu den Voraussetzungen einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung, diejenigen Zwischenschritte offen zu legen, mit denen der Vermieter aus kalenderjahresübergreifenden Abrechnungen eines Versorgers die auf das abzurechnende Kalenderjahr entfallenden Betriebskosten ermittelt⁴⁵². Ohnehin kann der Mieter aus der Abrechnung regelmäßig nicht alle Rechenschritte ablesen, die zu ihrer Erstellung erforderlich waren, denn auch die Einzelbeträge einer Kostenposition (etwa die Einzelbeträge mehrerer in den Abrechnungszeitraum fallenden Rechnungen, die der Vermieter vom Versorger oder sonstigen Dritten seinerseits erhalten hat), müssen nicht angegeben werden, sondern nur der jeweilige Gesamtbetrag einer Kostenposition.

Bei der Frage, welche Mindestanforderungen an eine die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB wahrende Betriebskostenabrechnung zu stellen sind, geht es letztlich entscheidend darum, die insoweit betroffenen berechtigten Interessen von Mieter und Vermieter unter Berücksichtigung des Zwecks einer solchen Abrechnung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen⁴⁵³.

Mit der Betriebskostenabrechnung werden die für das Abrechnungsjahr vom Mieter zu tragenden Kosten, auf die er bisher nur Vorauszahlungen erbracht hat, mit dem exakten Betrag ermittelt. Aus Sicht des Vermieters sollte die dem

⁴⁴⁹ BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11 , NJW 2012, 1502 Rz. 24 f.

⁴⁵⁰ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10 , WuM 2010, 627 Rz. 11; BGH v. 7.12.2011 - VIII ZR 118/11 , NJW-RR 2012, 215 Rz. 18.

⁴⁵¹ vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07 , NJW 2008, 2260 Rz. 14; BGH v. 13.9.2011 - VIII ZR 45/11 , NZM 2012, 96 Rz. 3.

⁴⁵² BGH v. 2.4.2014 - VIII ZR 201/13 , NJW 2014, 1732 Rz. 8.

⁴⁵³ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 93/15, MDR 2016, 262 = WuM 2016, 170 = GE 2016, 253 = NZM 2016, 192 = DWW 2016, 99.

Mieter jeweils innerhalb der Jahresfrist zu übermittelnde Abrechnung nicht überfrachtet werden und sich der insoweit zu leistende Verwaltungsaufwand in vertretbaren Grenzen halten. Auch der Mieter hat grundsätzlich ein Interesse daran, dass die ihm erteilte Abrechnung möglichst übersichtlich gestaltet ist und nicht mit Details versehen wird, die für ihn regelmäßig nicht mit einem wesentlichen Erkenntniswert verbunden sind. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Mieter ein Anspruch auf Einsicht in die Abrechnungsunterlagen und Belege zusteht und er auf diese Weise - sofern im Einzelfall ein entsprechendes Interesse besteht - weitere Einzelheiten in Erfahrung bringen kann.

Typischerweise geht es dem Mieter vor allem darum, dass die entstandenen Kosten in übersichtlicher Weise (also getrennt nach unterschiedlichen Kostenarten) zusammengestellt sind und er darüber informiert wird, auf welche Weise (mit welchem Umlageschlüssel) der auf ihn entfallende Kostenanteil ermittelt worden ist und welche Beträge im Abrechnungsjahr auf ihn entfallen. Mit diesen Informationen kann er überprüfen, ob die ihm in Rechnung gestellten Kosten dem Grunde nach umlagefähig sind, ob der richtige Umlageschlüssel verwendet wurde und die für die Abrechnungseinheit angesetzten Gesamtkosten der Höhe nach für ihn plausibel sind oder er Anlass sieht, die Richtigkeit der angesetzten Kosten durch eine Einsicht in die Belege zu überprüfen.

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Interessenlage von Mieter und Vermieter und der dargestellten Entwicklung der Senatsrechtsprechung, hält der Senat die Auffassung, bei sogenannten "bereinigten" Kosten bedürfe es für die formelle Ordnungsgemäßheit einer Nebenkostenabrechnung zusätzlicher Angaben zu den Betriebskosten der gesamten Wohnanlage oder zu den Gesamtkosten einschließlich nicht umlagefähiger Kostenanteile und der Erläuterung insoweit angewendeter Rechenschritte, nicht mehr aufrecht. Vielmehr genügt es auch in diesen Fällen, wenn der Vermieter in der Abrechnung bei der jeweiligen Betriebskostenart – bzw., soweit eine Zusammenfassung mehrerer Betriebskostenarten zulässig ist⁴⁵⁴, bei dieser zusammengefassten Position - den Gesamtbetrag angibt, den er auf die Wohnungsmieter der gewählten Abrechnungseinheit umlegt. Ob der Vermieter diesen Gesamtbetrag zutreffend errechnet bzw. ermittelt hat oder dabei Kostenanteile mit angesetzt hat, die nicht umlagefähig

⁴⁵⁴ vgl. etwa BGH v. 15.7.2009 - VIII ZR 340/08, NZM 2009, 698 Rz. 18.

sind, ist ausschließlich eine Frage der materiellen Richtigkeit, deren Überprüfung der Mieter ohnehin nicht allein anhand der Abrechnung vornehmen kann, sondern nur mittels einer Einsicht in die Belege. Entsprechendes gilt für einen Vorwegabzug für die gewerbliche Nutzung einzelner Einheiten⁴⁵⁵.

13.8.2 Anspruch auf Neuerteilung einer Abrechnung?

Nach § 259 Abs. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter die im Abrechnungszeitraum angefallenen Betriebskosten durch eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltene Rechnung mitzuteilen. Hat er dem Mieter eine in diesem Sinne formell ordnungsgemäße Abrechnung übermittelt, ist dessen Abrechnungsanspruch erfüllt; nur wenn und soweit die Abrechnung an formellen Mängeln leidet, kann dieser eine erneute Abrechnung verlangen⁴⁵⁶. In dieser Hinsicht sind an die Abrechnung jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen⁴⁵⁷; sie soll den Mieter lediglich in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen und zu erkennen, in welchen Rechenschritten die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Ausreichend ist es daher, wenn der Mieter die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen erkennen und anhand des ihm mitgeteilten Verteilerschlüssels den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten rechnerisch nachprüfen kann. Ob die abgerechneten Positionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen oder sonstige Mängel der Abrechnung vorliegen, betrifft nicht die formelle Ordnungsmäßigkeit, sondern allein die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung⁴⁵⁸. Etwaige inhaltliche Fehler lassen daher auch das in § 362 Abs. 1 BGB angeordnete Erlöschen des Abrechnungsanspruchs unbe-

⁴⁵⁵ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 93/15, MDR 2016, 262 = WuM 2016, 170 = GE 2016, 253 = NZM 2016, 192 = DWW 2016, 99 Rz. 19.

⁴⁵⁶ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10 WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401 Rz. 17; BGH v. 5.12.2012 - XII ZR 44/11, MDR 2013, 267 = WuM 2013, 168 = ZMR 2013, 265 Rz. 30; *Schmid*, WuM 2010, 336.

⁴⁵⁷ BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278 Rz. 24; BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 97/14, WuM 2014, 722 Rz. 13.

⁴⁵⁸ BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, MDR 2009, 196 = WuM 2009, 42 = NZM 2009, 78 = GE 2009, 189 Rz. 22; BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, MDR 2010, 377 = WuM 2010, 156 = NZM 2010, 315 = GE 2010, 477 Rz. 11; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, WuM 2010, 493 = GE 2010, 1191 = ZMR 2010, 933 = NZM 2010, 781 Rz. 11; BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, MDR 2010, 1444 = WuM 2010, 742 = NZM 2010, 895 = GE 2010, 1682 Rz. 15; BGH v. 7.12.2011 - VIII ZR 118/11, WuM 2012, 22 = GE 2012, 123 Rz. 18; BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651 Rz. 13; BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651 Rz. 11; *Milger*, NJW 2009, 625 (628).

rührt, weil der Vermieter aus § 259 Abs. 1 BGB lediglich zur Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung verpflichtet ist⁴⁵⁹. Dies gilt selbst dann, wenn der Mieter den tatsächlich geschuldeten Betrag nicht selbst berechnen kann, weil er die maßgeblichen Bezugsdaten nicht kennt; die formelle Ordnungsmäßigkeit seiner Abrechnung bleibt hiervon unberührt⁴⁶⁰.

Auch § 242 BGB gibt dem Mieter keinen Anspruch auf Abrechnungskorrektur, wenn und soweit er auf weitergehende Informationen des Vermieters nicht angewiesen ist; er kann die erteilte Abrechnung vielmehr zur Ermittlung seiner Nachzahlungspflicht oder eines Erstattungsanspruchs in einer seinen Vorstellungen entsprechenden Weise anpassen⁴⁶¹. Ein trotz formell ordnungsgemäßer Abrechnung bestehender Anspruch auf erneute Abrechnung kommt daher nur ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen in Betracht; hierzu hat der Mieter für jede einzelne betroffene Abrechnungsposition nachvollziehbar darzulegen, dass die Erstabrechnung insoweit an einem schwerwiegenden Mangel leidet und er - der Mieter - sich die zur Behebung des Mangels erforderliche Kenntnis der maßgeblichen Daten nicht aus eigener Kraft zu verschaffen vermag⁴⁶². Inhaltlich ist er nicht auf eine "Neuabrechnung" im engeren Sinne gerichtet, weil der Vermieter seiner vertraglichen Verpflichtung zur Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung bereits nachgekommen ist; die von ihm geschuldete Leistung besteht lediglich darin, dem Mieter im Wege einer Korrektur des gerichtlich festgestellten Abrechnungsfehlers durch eine erneut (nur) den formellen Erfordernissen entsprechende Abrechnung die erforderliche Datenkenntnis zu verschaffen.

Im Übrigen sind selbst bei einem berechtigten Informationsbedarf des Mieters auch Erläuterungen zu berücksichtigen, die ihm der Vermieter außerhalb der Abrechnung erteilt hat. Dies gilt nicht nur für Erkenntnisse aus einem vorangegangenen Rechtsstreit der Mietvertragsparteien über Nebenkostenabrechnung

⁴⁵⁹ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10 WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401; BGH v. 5.12.2012 - XII ZR 44/11, MDR 2013, 267 = WuM 2013, 168 = ZMR 2013, 265.

⁴⁶⁰ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, MDR 2005, 263 = NJW 2005, 219; *Hinz*, ZMR 2013, 414 (415).

⁴⁶¹ OLG Düsseldorf v. 9.7.2015 – 10 U 126/14, MietRB 2016, 133 = IMR 2016, 152 (*Klose*).

⁴⁶² BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, GE 2010, 1682 = NZM 2010, 895 Rz. 16 mwN.; *Schmid*, CuR 2013, 10 (13); *Hinz*, ZMR 2013, 414 (416 f.).

gen für früherer Zeiträume⁴⁶³, sondern auch für Angaben während des laufenden Rechtsstreits einschließlich der Berufungsinstanz⁴⁶⁴. Die eingetretene Verzögerung hat allenfalls fälligkeits- und damit verzugshindernde Folgen; kostenrechtlichen Nachteilen kann der Mieter im Neuabrechnungsprozess durch Erledigungserklärung (§ 91a ZPO) oder im Nachforderungsrechtsstreit durch sofortiges Anerkenntnis entgehen (§ 93 ZPO).

Eine Nebenkostenabrechnung unterliegt kraft des Beibringungsgrundsatzes nicht einer umfassenden gerichtlichen Prüfung von Amts wegen; es obliegt vielmehr allein dem Mieter aufzuzeigen, dass und in welchen Punkten er die ihm erteilte Abrechnung für formell unzureichend oder inhaltlich unrichtig erachtet. Unbeanstandete Ansätze sind daher im Falle der Leistungsklage - wie hier bei Straßenreinigung oder Verwaltungskosten - unverändert fortzuschreiben; nichts anderes gilt, wenn der Mieter eine ihm erteilte Abrechnung als rechnerisch und gedanklich nicht nachvollziehbar oder aus eigener Kenntnis nicht inhaltlich korrigierbar ansieht. Auch in diesem Fall obliegt allein ihm die Entscheidung, in welchen Punkten und in welcher Hinsicht er eine Ergänzung der Erstabrechnung beanspruchen will; andere Umstände sind selbst dann nicht der Schlüssigkeitsprüfung zugrunde zu legen, wenn das Gericht auch insoweit ein Informationsbedürfnis für gegeben hält. Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass auch die sonstigen Ausführungen der angefochtenen Entscheidung zu diesen Kostenpositionen offensichtlich rechtsirrig sind⁴⁶⁵.

13.9 Ausschlussfrist in Altverträgen?

Nach § 5.6 des Mietvertrages aus dem Jahr 1980 ist der Vermieter – für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert – verpflichtet, „spätestens am 30. Juni eines jeden Jahres über die vorangegangene Heizperiode abzurechnen“. Diese Klausel ist dahin auszulegen, dass sie dem Vermieter eine Abrechnung bis spätestens zum 30. Juni des Jahres vorschreibt, in dem die abzurechnende Heizperi-

⁴⁶³ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, MDR 2010, 1102 = WuM 2010, 627 = ZMR 2011, 26 Rz. 18; BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 46/10, WuM 2010, 741 = NJW-RR 2011, 90 Rz. 18; OLG Düsseldorf v. 4.7.2013 - 10 U 52/13, IMR 2014, 67.

⁴⁶⁴ BGH v. 23.11.1981 - VIII ZR 298/80, MDR 1982, 483 = NJW 1982, 573 = WuM 1982, 207 (208); OLG Düsseldorf v. 4.7.2013 - 10 U 52/13, IMR 2014, 67.; OLG Dresden v. 12.3.2002 - 5/23 U 2557/01, ZMR 2002, 416 = NZM 2002, 437 = GE 2002, 994; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.4.2011, 24 U 106/10, GE 2011, 1616.

⁴⁶⁵ OLG Düsseldorf v. 9.7.2015 – 10 U 126/14, IMR 2016, 152 (Klose).

ode geendet hat, also keine erst zum 30. Juni des Folgejahres ablaufende Abrechnungsfrist vorsieht.

Die vereinbarte Abrechnungsfrist beträgt damit zwei Monate (1. Mai bis 30. Juni), wenn die Heizperiode bis zum 30.04. eines jeden Jahres läuft. Sie ist also deutlich kürzer als die - gemäß Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 9 EGBGB für die streitgegenständliche Abrechnung maßgebliche - gesetzliche Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach die Abrechnung dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen ist. Jedoch lässt § 556 Abs. 4 BGB Raum für abweichende Parteiabreden, soweit diese nicht zum Nachteil des Mieters von der Bestimmung des § 556 Abs. 3 BGB abweichen.

Eine solche, von § 556 Abs. 4 BGB nicht ausgeschlossene Abrede haben die Parteien in § 5.6 des Mietvertrags getroffen⁴⁶⁶. Die darin vereinbarte Abkürzung der Abrechnungsfrist über die Heizkosten auf zwei Monate ab Ende der Heizperiode stellt eine für den Mieter günstige Regelung dar. Denn sie gewährleistet in seinem Interesse eine zeitnahe Abrechnung angefallener Heizkosten und vermeidet dadurch die mit längeren Abrechnungsintervallen verbundenen Schwierigkeiten bei der Aufklärung der für die Abrechnung maßgeblichen Tatsachen⁴⁶⁷. Die vorherrschende Meinung im Schrifttum geht dementsprechend zu Recht davon aus, dass § 556 Abs. 4 BGB einer Verkürzung der gesetzlichen Abrechnungsfrist nicht entgegensteht⁴⁶⁸. Soweit vereinzelt Bedenken gegen eine Verkürzung der Abrechnungsfrist erhoben werden, weil dann nicht immer ein Gleichlauf der Abrechnungsfristen von Versorgungsunternehmen und von Vermietern gewährleistet sei⁴⁶⁹, wird übersehen, dass dies auch bei der gesetzlichen Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht sichergestellt ist⁴⁷⁰. Denn diese Frist wurde vom Gesetzgeber als Höchstfrist ausgestaltet ("spätestens"). Sie hindert den Vermieter folglich nicht daran, deutlich früher als vor Ablauf eines Jahres ab Ende des Abrechnungszeitraums über die Nebenkosten

⁴⁶⁶ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321 = ZMR 2016, 284.

⁴⁶⁷ vgl. *Wall*, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 2045.

⁴⁶⁸ *Wall*, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 2039; *Staudinger/Weitemeyer*, Neubearb. 2011, § 556 BGB Rz. 105; *MünchKomm/Schmid*, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 50; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 258; vgl. auch AG Spandau, GE 2007, 297.

⁴⁶⁹ *Schmidt-Futterer/Langenberg*, *Mietrecht*, 12. Aufl., § 556 BGB Rz. 451.

⁴⁷⁰ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321 = ZMR 2016, 284.

abzurechnen und eine erwartete Nachforderung schneller zu realisieren. Diese Überlegung zeigt, dass mit der Vereinbarung einer kurzen Abrechnungsfrist letztlich allein den Interessen des Mieters Rechnung getragen werden soll.

Es ist jedoch rechtsfehlerhaft, der in § 5.6 des Mietvertrags vereinbarten Abrechnungsfrist von zwei Monaten ab der zum 30. April endenden Heizperiode die Wirkung einer Ausschlussfrist beizumessen⁴⁷¹. Insoweit würden die bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geltenden Auslegungsregeln nicht hinreichend beachtet.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden⁴⁷². Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen⁴⁷³. Ansatzpunkt für die bei einer Formulklausel gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut⁴⁷⁴. Legen die Parteien allerdings der Klausel übereinstimmend eine von ihrem objektiven Sinn abweichende Bedeutung bei, ist diese maßgeblich⁴⁷⁵. Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zu Lasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung⁴⁷⁶. Hierbei bleiben allerdings Verständnismöglichkeiten unberücksichtigt, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend sind und für

⁴⁷¹ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321 = ZMR 2016, 284.

⁴⁷² st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 3.12.2014 - VIII ZR 224/13, WuM 2015, 80 Rz. 16; BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rz. 57 m.w.N.

⁴⁷³ st. Rspr.; vgl. BGH v. 18.7.2012 - VIII ZR 337/11, BGHZ 194, 121 Rz. 16; BGH v. 17.4.2013 - VIII ZR 225/12, NJW 2013, 1805 Rz. 9; BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rz. 24.

⁴⁷⁴ vgl. BGH v. 18.7.2007 - VIII ZR 227/06, NJW-RR 2007, 1697 Rz. 23 m.w.N.; BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 233/08, NJW-RR 2009, 1021 Rz. 19; BGH v. 17.4.2013 - VIII ZR 225/12, NJW 2013, 1805 Rz. 9.

⁴⁷⁵ vgl. BGH v. 16.6.2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rz. 16; BGH v. 29.5.2009 - V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rz. 10.

⁴⁷⁶ BGH v. 5.5.2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rz. 14 m.w.N.; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 28 m.w.N.; BGH v. 3.12.2014 - VIII ZR 224/13, WuM 2015, 80 Rz. 16.

die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen⁴⁷⁷.

Die Anwendung der vorgenannten Grundsätze führt hier zu der Auslegung dahin, dass § 5.6 des Mietvertrags, wonach „spätestens am 30. Juni jedes Jahres über die vorangegangene Heizperiode abzurechnen“ ist, keine Ausschlussfrist für die Heizkostenabrechnung vorsieht⁴⁷⁸. Diese Auslegung ergibt sich zwar nicht bereits daraus, dass beide Parteien die streitige Regelung übereinstimmend dahin verstanden hätten, dass sie bei nicht fristgerechter Abrechnung über die Heizkosten keine Ausschlussfrist für Nachforderungen des Vermieters enthält. Denn aus dem Umstand, dass der Vermieter die Heizkostenabrechnung in der Vergangenheit mehrfach verspätet erstellt und der Mieter dabei zu keinem Zeitpunkt unter Berufung auf eine vertragliche Ausschlussfrist Nachzahlungen verweigert, sondern teilweise sogar Mahnkosten gezahlt hat, lässt sich nicht ableiten, die Parteien hätten übereinstimmend der in § 5.6 des Mietvertrags genannten Frist keine Ausschlusswirkung beigemessen. Für das beschriebene Verhalten des Mieters kann es vielfältige Gründe geben. Es ist bereits offen, ob sich der Mieter überhaupt vor der streitgegenständlichen Abrechnung Gedanken über den Regelungsgehalt der in Frage stehenden Bestimmung gemacht hat. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände stellen frühere einwendungslose Zahlungen des Mieters kein tragfähiges Indiz dafür dar, dass sie in Übereinstimmung mit dem Vermieter die Regelung in § 5.6 des Mietvertrags nicht als Ausschlussfrist aufgefasst haben.

Dass sich die Klausel in § 5.6 des Mietvertrags in der Regelung einer reinen Abrechnungsfrist erschöpft und nicht ergänzend dazu eine Ausschlusswirkung bei verspäteten Abrechnungen entfaltet, ergibt sich aber aus einer am objektiven Inhalt und typischen Sinn der genannten Regelung orientierten Auslegung. Bei der gebotenen Zugrundelegung der Sichtweise redlicher und verständiger Vertragspartner und der weiter gebotenen Einbeziehung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise kommt allein die Auslegungsmöglichkeit in

⁴⁷⁷ BGH v. 5.5.2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rz. 14; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 28 jeweils m.w.N.; BGH v. 18.7.2012 - VIII ZR 337/11, BGHZ 194, 121 Rz. 16.

⁴⁷⁸ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321 = ZMR 2016, 284.

Betracht, dass § 5.6 des Mietvertrags Nachforderungen bei verspäteter Abrechnung der Heizkosten nicht ausschließt⁴⁷⁹.

Bereits der Wortlaut der Klausel spricht dafür, dass dort nur Regelungen über eine Abrechnungsfrist und nicht zugleich über Sanktionen für den Fall einer verspäteten Abrechnung getroffen worden sind⁴⁸⁰. Es ist allein die Rede davon, dass bis spätestens 30. Juni jedes Jahres abzurechnen ist, nicht aber, dass der Vermieter, der diese Frist nicht wahrt, (verschuldensunabhängig) mit Nachforderungen ausgeschlossen sein soll⁴⁸¹. Derartiges lässt sich aus dem „strikten und verbindlichen“ Wortlaut der Klausel („spätestens“) nicht ableiten⁴⁸². Vielmehr wird dadurch nur zum Ausdruck gebracht, dass die Abrechnungsfrist eine Höchstfrist darstellt. Der Vermieter darf also im Interesse des Mieters mit der Abrechnung nicht länger als zwei Monate zuwarten, er darf aber früher abrechnen, etwa wenn er mit hohen Nachforderungen rechnet. Der Mieter hingegen hat die Möglichkeit, vom Vermieter eine Abrechnung ab dem Ablauf der Frist (Abrechnungsreife) zu verlangen; einen Anspruch auf frühere Abrechnung hat er dagegen nicht.

Dass eine Abrechnung, die „spätestens“ zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erfolgen hat, nach objektivem Verständnis noch nichts über eine Ausschlusswirkung im Falle einer verspäteten Abrechnung besagt, zeigt auch ein Blick auf § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB⁴⁸³. Diese Bestimmung ist zwar erst im September 2001 in Kraft getreten, während die streitgegenständliche Klausel im Jahr 1980 vereinbart wurde. Sie lässt aber gleichwohl insoweit gewisse Rückschlüsse auf den objektiven Inhalt einer Formulklausel zu, als sie deren Regelungsgehalt nachzeichnet. So liegen die Dinge bei § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB. Mit dieser Vorschrift führte der Gesetzgeber für nicht preisgebundene Wohnungen erstmals eine gesetzliche Abrechnungsfrist ein, die „spätestens“ mit dem Ablauf von

⁴⁷⁹ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321 = ZMR 2016, 284; so auch für eine ähnliche Klausel LG Limburg, WuM 1997, 120 f.

⁴⁸⁰ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321; so auch AG Tempelhof-Kreuzberg, GE 2000, 1543; a.A. AG Diez, DWW 1994, 25; AG Spandau, GE 2007, 297.

⁴⁸¹ LG Limburg, WuM 1997, 120 f.

⁴⁸² vgl. ferner BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 295/12, NVwZ-RR 2013, 920 Rz. 12 (zu § 54 Abs. 1 EEG 2009, wonach „spätestens“ bis zum 30. November des folgenden Jahres über Differenzkosten abzurechnen ist).

⁴⁸³ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321 = ZMR 2016, 284.

zwölf Monaten nach Ende des Abrechnungszeitraums enden sollte⁴⁸⁴. Zusätzlich wurde - für den Fall einer vom Vermieter zu verantwortenden verspäteten Abrechnung - erstmals eine Ausschlussfrist für Nachzahlungsansprüche (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB) geschaffen⁴⁸⁵. Für die Regelung in § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB hätte aber kein Bedürfnis bestanden, wenn bereits der in Satz 2 angeordnete Pflicht zur Abrechnung „spätestens“ bis zum Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums bei objektivem Verständnis eine Ausschlusswirkung zu entnehmen gewesen wäre. Letztlich lässt sich § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB eine gesetzliche Klarstellung dahin entnehmen, dass auch schon vor dem Inkrafttreten dieser Vorschrift vereinbarten Formulklauseln, die den Vermieter zu einer Nebenkostenabrechnung bis „spätestens“ zu dem in der Klausel genannten Zeitpunkt verpflichten, allein die Bedeutung zukommt, eine Frist für die Abrechnung festzulegen.

Vor allem entspricht - und hierauf kommt es entscheidend an - die Auslegung, wonach die Klausel in § 5.6 des Mietvertrags keine Ausschlusswirkung im Falle einer verspäteten Abrechnung vorsieht, dem Verständnis redlicher und verständiger, die Interessen der normalerweise beteiligten Kreise, also von Mietern einerseits und Vermietern andererseits, berücksichtigender Vertragspartner⁴⁸⁶. Hierbei ist zunächst die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags im Jahr 1980 maßgebliche Gesetzeslage zu berücksichtigen. Zu diesem Zeitpunkt galt noch nicht § 556 Abs. 3 BGB, sondern die Vorgängerregelung des § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 MHG. Der Gesetzgeber hatte darin wegen damals im Zusammenhang mit der Erhöhung von Heizölkosten aufgetretener Zweifelsfragen bestimmt, dass nur angemessene, also an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausgerichtete Vorauszahlungen zulässig sind und dass über diese jährlich abgerechnet werden muss⁴⁸⁷. Mit der in § 4 Abs. 1 Satz 1 MHG angeordneten „jährlichen Abrechnung“ war lediglich der Abrechnungszeitraum (heute § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB) gemeint; eine Abrechnungsfrist sah diese Bestimmung nicht vor⁴⁸⁸. Rechtsprechung und Schrifttum hielten allerdings in Anlehnung an die für den preisgebundenen Wohnraum geltende Vorschrift des § 20 Abs. 3

⁴⁸⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

⁴⁸⁵ BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

⁴⁸⁶ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321.

⁴⁸⁷ BT-Drucks. 7/2011, S. 12; BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, NJW 2011, 2878 Rz. 12.

⁴⁸⁸ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 3 b, 5.

Satz 4 NMV („spätestens bis zum Ablauf von zwölf Monaten“) ein Jahr als Frist für die Erstellung der Abrechnung für angemessen⁴⁸⁹. Ein grundsätzlicher Ausschluss von Nachforderungen war mit der Versäumung dieser Abrechnungsfrist jedoch nicht verbunden⁴⁹⁰. Dem Mieter wurde lediglich im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) für den Fall einer nicht fristgerechten Abrechnung das Recht zugebilligt, laufende Vorauszahlungen zurückzubehalten (§ 273 BGB) oder eine Rückzahlung der geleisteten und noch nicht abgerechneten Vorauszahlungen zu verlangen⁴⁹¹. Dem Vermieter sollte hierdurch aber nicht das Recht abgeschnitten werden, die bislang versäumte Abrechnung über die Nebenkosten noch nachzuholen und den Mieter - auch nach Rechtskraft eines von diesem auf Rückzahlung geleisteter Vorauszahlungen erstrittenen Urteils - auf Zahlung der Betriebskosten beziehungsweise des sich aus der Abrechnung ergebenden Saldos in Anspruch zu nehmen⁴⁹². Schon vor diesem Hintergrund verbietet sich aus Sicht redlicher und verständiger Vertragspartner eine Deutung einer Klausel, die ausdrücklich nur eine deutliche Verkürzung der von der Rechtsprechung geforderten Abrechnungsfrist regelt, dahin, dass ein Vermieter, der diese Abrechnungsfrist nicht einhält, berechtigter Nachforderungen verlustig gehen soll.

Insbesondere widerspräche es aber den bei der gebotenen objektiven Auslegung redlicherweise zu berücksichtigenden beiderseitigen Interessen, der in § 5.6 des Mietvertrags vereinbarten Zweimonatsfrist zur Abrechnung über die Heizkosten auch eine Ausschlusswirkung für verspätete Nachforderungen beizumessen⁴⁹³. Denn bereits die in der Klausel geregelte Abrechnungsfrist ist gegenüber der von der Rechtsprechung und dem Schrifttum in Anlehnung an § 20 Abs. 3 NMV entwickelten Jahresfrist zum Nachteil des Vermieters deutlich verkürzt. Die darin vorgesehene Verschärfung der Abrechnungspflicht dient - wie bereits ausgeführt - ausschließlich dem Interesse des Mieters. Der Vermieter, der in Erwartung hoher Nachzahlungen ein Interesse an einer möglichst frühzeitigen Abrechnung hätte, wäre auch bei einer Verpflichtung zur Abrechnung

⁴⁸⁹ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 3 b, 2 c m.w.N.; BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

⁴⁹⁰ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 5.

⁴⁹¹ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 3 c, d, e.

⁴⁹² BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 3 e, g.

⁴⁹³ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 152/15, MDR 2016, 453 = GE 2016, 321 = ZMR 2016, 284.

"spätestens bis zum Ablauf von zwölf Monaten" nach dem Ende des Abrechnungszeitraums nicht daran gehindert, lange vor Ablauf dieser Höchstfrist über die Heizkosten abzurechnen. Für ihn bestand also bereits kein Bedürfnis, die Abrechnungsfrist überhaupt abzukürzen. Eine Auslegung, die § 5.6 des Mietvertrags zusätzlich zu der für den Vermieter ohnehin schon nachteiligen Abkürzung der Abrechnungsfrist entnimmt, dass dem Vermieter, dem es - aus welchen Gründen auch immer - nicht gelingt, innerhalb von zwei Monaten nach Ende der Heizperiode über die Heizkosten abzurechnen, die Geltendmachung berechtigter Nachforderungen (verschuldensunabhängig) abgeschnitten sein soll, führte zudem zu einer die Belange des Vermieters einseitig und in erheblichem Umfang außer Acht lassenden Betrachtung, die nicht (mehr) dem Verständnis redlicher und verständiger Vertragsparteien entspricht, die die Interessen beider Seiten angemessen in den Blick nehmen. Für den Vermieter, der sich eine Abrechnungspflicht binnen zweier Monate ab Ende der Heizperiode auferlegt, obwohl eine gesetzliche Abrechnungsfrist nicht besteht und von der Rechtsprechung eine Abrechnungsfrist von einem Jahr gewährt wird, besteht kein Anlass, ohne Kompensation dem Mieter auch noch die Vergünstigung zu gewähren, dass dieser von an sich geschuldeten Nachforderungen frei wird, wenn der Vermieter erst nach Ablauf der Zweimonatsfrist abrechnet.

Auch ein redlich und verständig gesinnter Mieter wird einer Klausel, wie sie in § 5.6 des Mietvertrags enthalten ist, eine solche Ausschlusswirkung nicht beimessen, schon gar nicht unter Einschluss der Fälle einer nicht vom Vermieter zu vertretenden Verspätung⁴⁹⁴. Vielmehr werden verständige und redliche Vertragspartner bei einer solchen Sachlage strenge Anforderungen an die Vereinbarung einer Ausschlussfrist stellen. Diese wird grundsätzlich nur dann angenommen werden können, wenn - wie dies nun auch bei § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB gesetzlich geregelt ist - die verspätete Abrechnung ausdrücklich mit der Sanktion des Nachforderungsausschlusses bewehrt ist.

Da somit nur eine Auslegung, nämlich die Deutung, dass § 5.6 des Mietvertrags berechnete Nachforderungen der Klägerin im Falle einer verspäteten Abrechnung nicht ausschließt, rechtlich vertretbar ist, ist für die Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB kein Raum.

⁴⁹⁴ vgl. auch OLG Düsseldorf, GE 2000, 341 (für ein Gewerberaummietverhältnis).

13.10 Einwendungsausschluss

13.10.1 nicht umlagefähige Kosten

Die Frage, ob vom Einwendungsausschluss gemäß § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB auch die gemäß § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenverordnung generell nicht auf den Mieter umlagefähigen Kosten - wie z.B. Instandsetzungs- und Verwaltungskosten sowie Rücklagen für die an den Mieter vermietete Eigentumswohnung - umfasst sind, ist umstritten und vom BGH bisher offengelassen worden⁴⁹⁵. Einige Stimmen⁴⁹⁶ sind der Auffassung, dass der Einwendungsausschluss nicht für abgerechnete Kosten gelte, die nicht zu den Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung zählten. Andernfalls entstünde ein Wertungswiderspruch, wenn das Gesetz die Umlage derartiger Kosten einerseits generell nicht gestatte und dem Mieter andererseits die Berufung darauf durch Fristablauf abschneiden würde.

Nach anderer Auffassung⁴⁹⁷ könne es nach dem Sinn und Zweck der Einwendungsobliegenheit des Mieters keinen Unterschied bedeuten, ob sich der Abrechnungsfehler aus dem Vertrag oder dem Gesetz ergebe. Nur ein vollständiger Einwendungsausschluss verwirkliche die gesetzgeberische Absicht, Rechtsfrieden über die Betriebskostenabrechnung herzustellen. Der Einwendungsausschluss gelte auch dann, wenn Kosten umgelegt seien, die nach § 556 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenverordnung nicht umgelegt werden dürften. Es könne nämlich durchaus Streitig sein, welche Kosten unter den Katalog der Betriebskostenverordnung fielen.

Der BGH beantwortet die bislang offen gelassene Frage nunmehr dahin, dass die Ausschlussfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB auch für die Einwendung des Mieters gilt, die Abrechnung enthalte Positionen, die generell nicht als Betriebskosten umlegbar seien⁴⁹⁸. Weder aus dem Wortlaut des § 556 Abs. 3

⁴⁹⁵ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NJW 2008, 283 Rz. 24 f.

⁴⁹⁶ AG Karlsruhe, ZMR 2012, 787 f.; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl., H Rz. 269; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 12. Aufl., § 556 BGB Rz. 503.

⁴⁹⁷ *Staudinger/Weitemeyer*, Neubearb. 2014, § 556 BGB Rz. 129a; *MünchKomm/Schmid*, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 96; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 4. Aufl., § 556 BGB, Rz. 224; *Schmid*, *Handbuch der Mietnebenkosten*, 10. Aufl., Rz. 3262c; *Streyll*, *WuM* 2005, 505 f.; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., Rz. V 464 f.

⁴⁹⁸ BGH v. 11.05.2016 – VIII ZR 209/15, *WuM* 2016, 420 = *GE* 2016, 854 = *NZM* 2016, 470.

Satz 5, 6 BGB noch aus dem Sinn und Zweck der Vorschriften⁴⁹⁹ ergeben sich Hinweise auf eine Beschränkung des Einwendungsausschlusses. Die Bestimmung stellt im Interesse der Ausgewogenheit⁵⁰⁰ dem Nachforderungsausschluss für den Vermieter (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB) einen Einwendungsausschluss für den Mieter gegenüber. Damit soll erreicht werden, dass in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht⁵⁰¹. Die insoweit beabsichtigte Befriedungsfunktion wäre hingegen nicht umfassend gewährleistet, wenn die Einwendung des Mieters, bestimmte Kosten seien generell nicht als Betriebskosten umlagefähig, auch noch nach Fristablauf erhoben werden könnte. Dies gilt umso mehr, als die Zuordnung zu umlegbaren und nicht umlegbaren Betriebskosten nicht immer eindeutig ist⁵⁰². Ein Wertungswiderspruch zu § 556 Abs. 1 BGB besteht nicht. Denn der Einwendungsausschluss setzt gerade voraus, dass auch eine - an sich unrichtige - Abrechnung Bestand hat, wenn der Mieter inhaltliche Einwendungen nicht rechtzeitig erhebt. Der Grund für die Unrichtigkeit der Abrechnung ist dabei nicht von Bedeutung; ebenso wenig kommt es darauf an, ob im konkreten Fall - wie hier nicht - überhaupt Streit über die Berechtigung der verspätet erhobenen Einwendungen besteht.

Gleichwohl greift der Einwendungsausschluss im vorliegenden Fall nicht durch und ist der Mieter deshalb zur Rückforderung der geleisteten Nachforderung berechtigt. Denn der Vermieter ist angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf den Einwendungsausschluss gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB zu berufen. Denn er hat sich in dem Abrechnungsschreiben auf die ihm als Wohnungseigentümer erteilte Abrechnung der Eigentümergemeinschaft bezogen und diese beigefügt. In dieser sind aber die von ihm nicht herausgenommenen Positionen Verwaltung, Instandhaltung und Rücklage ausdrücklich als nicht umlagefähig bezeichnet. Somit hat der Vermieter aus Sicht des Mieters schon bei der Abrechnung zum Ausdruck gebracht, dass ihm diese

⁴⁹⁹ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 Rz. 16.

⁵⁰⁰ BT-Drucks. 14/5663, S. 79.

⁵⁰¹ BT-Drucks. 14/5663, S. 79.

⁵⁰² BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 33/15, WuM 2016, 214 = ZMR 2016, 434 = GE 2016, 387 Rz. 15, zur Frage der Umlagefähigkeit von Kosten der Parkpflege.

Positionen nicht zustehen; hieran muss er sich auch nach Ablauf der Einwendungsfrist festhalten lassen

13.11 Einführung eines verursachungsabhängigen Verteilerschlüssels

Nach § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB sind Betriebskosten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung abhängen, nach einem Maßstab umzulegen, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Mit dieser Formulierung steckt das Gesetz einen Rahmen ab, innerhalb dessen sich die Umlegung verbrauchs- oder verursachungsabhängiger Betriebskosten zu bewegen hat, wenn der Verbrauch oder die Verursachung erfasst werden. Der Abrechnung muss ein Maßstab zugrunde liegen, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der Verursachung "Rechnung trägt", das heißt sie angemessen berücksichtigt⁵⁰³. § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB eröffnet damit bei erfasster Verursachung oder erfasstem Verbrauch einen gewissen Spielraum für die konkrete Ausgestaltung der Umlage verbrauchs- und verursachungsabhängiger Betriebskosten. Das Gesetz lässt es nicht nur zu, die Umlage solcher Betriebskosten nicht zu 100 % nach erfasstem Verbrauch bzw. erfasster Verursachung vorzunehmen, sondern erlaubt es auch, bei solchen Betriebskosten in gewissem Umfang verbrauchs- oder verursachungsunabhängige Kostenbestandteile in die Umlage einzubeziehen⁵⁰⁴.

Nach diesen Grundsätzen ist der Ansatz einer angemessenen Mindestmenge bei der Umlage der Kosten des verursachten Restmülls nicht zu beanstanden⁵⁰⁵.

Der Vermieter hat die Kostenverteilung nicht lediglich nach Wohnfläche vorgenommen, sondern - wie von § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich vorgesehen - einen verursachungsabhängigen Verteilerschlüssel gewählt. § 556a Abs. 2 Satz 1 BGB gestattet es, eine verursachungsgerechte Abrechnung auch unter Berücksichtigung eines Festanteils vorzunehmen, denn diese Bestimmung berechtigt den Vermieter, die Betriebskosten „ganz oder teilweise“ nach einem

⁵⁰³ BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz. 15.

⁵⁰⁴ BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz. 16 m.w.N.

⁵⁰⁵ BGH v. 6.4.2016 – VIII ZR 78/15, WuM 2016, 357 = ZMR 2016, 521 = GE 2016, 718 = DWW 2016, 172.

Maßstab umzulegen, der der erfassten unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Aus dem Gesetzeswortlaut ("teilweise") folgt, dass der kombinierte Ansatz einer festen Mindestmüllmenge bei der Kostenumlage zulässig ist⁵⁰⁶. Die Gegenauffassung, wonach auf diese Weise die Abrechnung nach Verbrauch beziehungsweise Verursachung verlassen werde⁵⁰⁷, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil das Gesetz eine solche Umlage billigt.

Dieses Verständnis entspricht dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, der mit der Regelung des § 556a Abs. 2 BGB unter anderem das Ziel verfolgt, mehr Abrechnungs- und Kostengerechtigkeit zu schaffen⁵⁰⁸. Dem trägt die Berücksichtigung einer angemessenen Mindestmenge an Restmüll Rechnung. Zwar mag es sein, dass sich hierdurch in gewissem Umfang Mieter benachteiligt sehen, die tatsächlich weniger Abfall produzieren. Die Berücksichtigung einer Mindestmüllmenge ist gleichwohl sachlich gerechtfertigt, weil sie dem Anreiz entgegenwirkt, dass sich einzelne Mieter zur Minimierung ihrer Betriebskosten der Erfassung des Restmülls entziehen, indem sie diesen auf den Standplätzen der Hausmüllcontainer abstellen, die Wertstofftonnen fehlerhaft befüllen oder den Restmüll an anderer Stelle entsorgen, sei es in Nachbarobjekten, öffentlichen Abfallbehältern oder auf Wald- und Freiflächen. Ein solches Verhalten beeinträchtigt die Kostengerechtigkeit, denn es ginge zu Lasten vertragstreuer Mieter, die für die kommunalen Abfallgebühren in unverhältnismäßig größerem Umfang aufzukommen hätten, wenn der kommunale Entsorgungsträger seinerseits Festkosten zugrunde legt, im gegebenen Fall ein Mindestvorhaltevolumen für Restmüll aus privaten Haushalten von zehn Litern pro Person und Woche⁵⁰⁹.

Die von dem Vermieter hier konkret angesetzte Mindestmenge einer Verursachung von zehn Litern Restmüll pro Woche bei einem Zweipersonenhaushalt ist aus Billigkeitsgründen (§ 315 BGB) schon deshalb nicht zu beanstanden, weil sie sich an dem vorgenannten, in der Abfallwirtschaftssatzung der Stadt E.

⁵⁰⁶ Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl., Rz. 3868; siehe auch Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rz. 4101; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl., § 556a BGB Rz. 8; Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 556a BGB Rz. 44.

⁵⁰⁷ Staudinger/Weitemeyer, Neubearbeitung 2014, § 556a BGB Rz. 21, unter Hinweis auf AG Schwedt, WuM 2013, 317; AG Remscheid v. 19.10.2010 - 27 C 171/09, juris Rz. 5.

⁵⁰⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 2, 37, 51; BGH v. 21.9.2011 - VIII ZR 97/11, NJW 2011, 226 Rz. 15.

⁵⁰⁹ vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 556a BGB Rz. 134.

bestimmten Mindestvorhaltevolumen orientiert. Diese Regelung verfolgt den berechtigten Zweck, eine illegale Abfallentsorgung als wirtschaftlich sinnlos erscheinen zu lassen⁵¹⁰. Die Wahl eines solchen Maßstabes durch den Vermieter ist grundsätzlich nicht zu beanstanden⁵¹¹. Dies gilt im gegebenen Fall umso mehr, weil die vom Vermieter vorgesehene Mindestmenge beträchtlich unter dem vom Entsorgungsträger festgelegten Mindestvorhaltevolumen von 10 Litern pro Woche und Person liegt. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Revisionserwiderung auch nicht geltend gemacht, dass diese Menge einem durchschnittlichen Mieter keinen Anreiz mehr bietet, Restmüll zu vermeiden beziehungsweise diesen von den Wertstoffen zu trennen.

Insoweit bedarf es keiner Feststellungen, ob es in dem konkreten Mehrfamilienhaus zu einer Restmüllbeseitigung unter Umgehung der Erfassung gekommen ist. Darauf könnte zwar möglicherweise hindeuten, dass im Haushalt des Mieters und seiner Ehefrau in den Jahren 2010 und 2011 nach eigenen Angaben weniger als ein Liter Restmüll pro Person und Woche verursacht worden sein soll. Dies kann jedoch dahinstehen. Dahingehender Feststellungen bedurfte es nicht, weil eine Abrechnung allein nach erfasster Müllmenge bereits die Gefahr anderweitiger Entsorgung birgt⁵¹². Der Vermieter ist deshalb nicht gehalten, mit der Bestimmung einer Mindestmenge von Restmüll zunächst zuzuwarten, bis sich die Gefahr verwirklicht und den Ansatz einer Mindestmenge vom vorherigen konkreten Nachweis einer Zweckentfremdung der Restmüllbeseitigung abhängig zu machen.

Einer Umlage der Kosten der Müllbeseitigung unter Berücksichtigung einer Mindestmüllmenge steht schließlich nicht entgegen, dass der Vermieter mit Schreiben vom 12. November 2007 zunächst eine verursachungsabhängige Umlage ohne Ansatz einer Mindestmüllmenge bestimmt hat. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁵¹³ ist die Ausübung des Bestimmungsrechts

⁵¹⁰ vgl. BVerwG v. 19.12.2007 - 7 BN 6/07, juris Rz. 8; Thüringer OVG v. 11.6.2001 - 4 N 47/96, juris Rz. 54; Thüringer OVG v. 16.2.2011 - 1 KO 1367/04, juris Rz. 104; Niedersächsisches OVG v. 10.11.2014 - 9 KN 33/14, juris Rz. 32; Niedersächsisches OVG v. 10.11.2014 - 9 KN 316/13, juris Rz. 42.

⁵¹¹ BGH v. 6.4.2016 – VIII ZR 78/15, WuM 2016, 357 = ZMR 2016, 521 = GE 2016, 718 = DWW 2016, 172.

⁵¹² vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 556 BGB Rz. 148; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl., Rz. 3866.

⁵¹³ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rz. 4098c, 4104c.

nicht nur einmal möglich, sofern der Mieter sich nicht mit einer weiteren Änderung einverstanden erklärt. Diese Ansicht findet im Gesetzeswortlaut keinen Anhalt. Die Änderung des Abrechnungsmaßstabes wirkt zwar nur für die Zukunft (§ 556a Abs. 2 Satz 1 BGB) und ist nur vor Beginn des Abrechnungszeitraums zulässig (§ 556a Abs. 2 Satz 2 BGB). Dies schließt jedoch nicht aus, dass das Änderungsrecht für einen künftigen Abrechnungszeitraum erneut ausgeübt wird. Dies ist auch sachgerecht, denn die Überprüfung, ob der gewählte Maßstab noch dem Gerechtigkeitsgebot entspricht, ist von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängig und kann nach Ablauf des Abrechnungszeitraums unter Umständen korrekturbedürftig sein⁵¹⁴.

14 Heizkosten

14.1 formelle Wirksamkeit und Schätzung

Der Vermieter muss nicht bereits auf der Ebene der formellen Ordnungsgemäßheit bei einer Heizkostenabrechnung darlegen und erläutern, auf welche Weise er bei unterbliebener Verbrauchsablesung die als Verbrauchswerte dieser Wohnung angesetzten Werte im Einzelnen ermittelt bzw. welches Verfahren er gemäß § 9a HeizkV angewendet hat. Für die formelle Ordnungsgemäßheit einer Heizkostenabrechnung 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 HeizkV entspricht⁵¹⁵.

Mit Rücksicht darauf ist die Auffassung nicht haltbar, eine im Wege der Schätzung auf der Grundlage des Durchschnittsverbrauchs des Gebäudes vorgenommene Abrechnung sei aus formellen Gründen unwirksam, weil in ihr nicht angegeben sei, dass der Durchschnittsverbrauch des Gebäudes und der Wohnung des Beklagten geschätzt worden seien⁵¹⁶. Es hätte einer Erläuterung bedurft, dass es sich bei dem als Gesamtverbrauch angegebenen Wert um den durchschnittlichen Verbrauch gehandelt habe, der auf der Grundlage des erfassten Verbrauchs von acht der zehn Wohneinheiten ermittelt worden sei. Da-

⁵¹⁴ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 556a BGB Rz. 17.

⁵¹⁵ BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, NJW 2015, 406 Rz. 18.

⁵¹⁶ BGH v. 24.8.2016 – VIII ZR 261/15, WuM 2016, 658 = GE 2016, 1272.

mit werden zu weitgehende Anforderungen an die formelle Ordnungsgemäßheit einer Heizkostenabrechnung gestellt.

14.2 Anwendung des § 12 HeizkV

Wird in dem Abrechnungsobjekt ein Teil der Wohnungen der Wärmeverbrauch durch Wärmemengenzähler erfasst und in dem restlichen Teil der Wohnungen Heizkostenverteiler installiert, muss für eine ordnungsgemäße Abrechnung nach § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkV zunächst der Verbrauchsanteil der jeweiligen Nutzergruppe vorerfasst und anschließend dieser Verbrauch auf die einzelnen Wohnungen verteilt werden⁵¹⁷. Ist das nicht geschehen, ist eine erteilte Heizkostenabrechnung inhaltlich fehlerhaft.

Insoweit verlangt § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV nicht, dass der Vermieter, der den Mieter auf der Grundlage einer hinsichtlich der Verbrauchserfassung inhaltlich fehlerhaften Abrechnung in Anspruch nimmt, eine neue Heizkostenabrechnung auf der Grundlage der Kostenverteilung nach Wohnflächen vorlegen müsse, auf deren Basis sodann die Kürzung vorgenommen werden kann. Diese Beurteilung widerspricht dem Urteil des Senats vom 16.7.2008⁵¹⁸, das auch nach erneuter Prüfung durch den BGH für richtig befunden wird⁵¹⁹. Denn in § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV ist bestimmt: "Soweit die Kosten der Versorgung mit Wärme oder Warmwasser entgegen den Vorschriften dieser Verordnung nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werden, hat der Nutzer das Recht, bei der nicht verbrauchsabhängigen Abrechnung der Kosten den auf ihn entfallenden Anteil um 15 vom Hundert zu kürzen." Bereits nach dem Wortlaut dieser Vorschrift liegt es fern anzunehmen, das Gesetz verlange vom Vermieter, der eine hinsichtlich der Verbrauchsermittlung inhaltlich fehlerhafte Heizkostenberechnung vorgenommen hat, die Vorlage einer neuen, auf der Grundlage der Wohnflächen erstellten Kostenberechnung, die dann die Basis für das Kürzungsrecht darstellen soll. Das im zweiten Halbsatz der Norm beschriebene Recht des Nutzers, "bei der nicht verbrauchsabhängigen Abrechnung" den auf ihn entfallenden Kostenanteil kürzen zu dürfen, nimmt ersichtlich Bezug auf den im ersten Halbsatz der Vorschrift beschriebenen Tatbestand einer "entgegen den

⁵¹⁷ vgl. BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 57/07, NJW-RR 2008, 1542 Rz. 21.

⁵¹⁸ BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 57/07, NJW-RR 2008, 1542.

⁵¹⁹ BGH v. 20.1.2016 – VIII ZR 329/14, ZMR 2016, 280.

Vorschriften dieser Verordnung nicht verbrauchsabhängigen" Abrechnung. Die Verwendung desselben Begriffs "nicht verbrauchsabhängige Abrechnung" im unmittelbaren Bezug von Tatbestand und Rechtsfolge legt es nahe, dass damit auch inhaltlich dieselbe Abrechnung gemeint ist, mit der Folge, dass die fehlerhaft ermittelten Kosten die Basis des Kürzungsrechts darstellen⁵²⁰. Zudem entspricht es dem Sinn und Zweck der Heizkostenverordnung, die Kürzung in der Regel auf der Grundlage der bereits erteilten Abrechnung vorzunehmen, die hinsichtlich des ermittelten Verbrauchskostenanteils fehlerhaft ist. Zweck der Heizkostenverordnung ist es, das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig zu beeinflussen und damit Energieeinspareffekte zu erzielen⁵²¹. Dem jeweiligen Nutzer soll durch die verbrauchsabhängige Abrechnung der Zusammenhang zwischen dem individuellen Verbrauch und den daraus resultierenden Kosten bewusst gemacht werden⁵²². Den individuellen Energieverbrauch zu erfassen, ist mithin die Kernforderung der Heizkostenverordnung. Deshalb ist grundsätzlich jede den Verbrauch des Nutzers einbeziehende Abrechnung, mag diese auch nicht in jedem Punkt den Vorschriften der Heizkostenverordnung entsprechen, einer ausschließlichen Abrechnung nach Wohnflächen vorzuziehen, da letztere den individuellen Verbrauch völlig unbeachtet lässt. Ausnahmen hiervon mögen dann anzuerkennen sein, wenn der in Ansatz gebrachte verbrauchsbezogene Kostenanteil das tatsächliche Nutzerverhalten im Einzelfall nicht wenigstens annähernd abbildet und somit der Zweck der Heizkostenverordnung aus diesem Grund nicht erfüllt wird. Im Übrigen ist im Rahmen der Ermittlung des Kürzungsbetrags nach § 12 Abs. 1 HeizkostenV eine rein wohnflächenbezogene Abrechnung, mangels einer Alternative, nur dann angezeigt, wenn ein auf den Verbrauch bezogener Kostenanteil nicht (einmal fehlerhaft) ermittelt worden ist und auch nicht mehr ermittelt werden kann⁵²³.

⁵²⁰ so im Ergebnis auch, ohne nähere Begründung: *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rz. 6321 f.; *Lammel*, HeizkV, 2. Aufl., § 5 HeizkV Rz. 83, § 12 Rn. 25; *Börstinghaus*, MDR 2000, 1345 (1349); *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., K Rz. 338; wohl a.A., ebenfalls ohne Begründung: *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 570.

⁵²¹ BR-Drucks. 570/08, S. 7; vgl. auch BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 Rz. 14.

⁵²² vgl. BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, NJW-RR 2015, 457 Rz. 21; siehe auch Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 12. Aufl., § 1 HeizkV Rz. 1.

⁵²³ vgl. BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 Rz. 14 ff. [zu dem Fall fehlender Ausstattung der Wohnungen mit geeigneten Messeinrichtungen]; BGH v. 13.3.2012 - VIII ZR 218/11, WuM 2012, 316 Rz. 3 [zu dem Fall einer unterbliebenen Ablesung].

15 Vermieterwechsel

15.1 Auszug des Mitmieters

Nach § 566 Abs. 1 BGB tritt der Erwerber anstelle des Vermieters nur dann in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein, wenn der vermietete Wohnraum nach Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert wird, also das Eigentum auf den Erwerber übergeht. Der Erwerber tritt dagegen nicht schon dann in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein, wenn die Wohnung zwar vermietet, aber zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch nicht an den Mieter überlassen war; gleiches gilt, wenn der Mieter einen ihm überlassenen Mietbesitz zum genannten Zeitpunkt - aus welchem Grunde auch immer - nicht mehr ausgeübt hat⁵²⁴.

So liegt der Fall, wenn der Mieter in dem Zeitpunkt, in dem der Erwerber sein Wohnungseigentum bezieht und etwa zeitgleich das damit verbundene Sondernutzungsrecht am streitigen Gartenanteil erwirbt und ausübt, keinen Besitz (mehr) an dieser Fläche hat⁵²⁵. Die Auffassung, sie hätten - wie sich aus den diversen mit ihrem damaligen Vermieter geführten Prozessen ergebe - nicht den Besitz an dem Gartenteilstück, sondern allenfalls die Sachherrschaft zeitweilig verloren, trifft nicht den Kern. Denn der Besitz einer Sache wird nach § 854 Abs. 1 BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben; es ist also gerade die tatsächliche Sachherrschaft, die den hier in Rede stehenden unmittelbaren Besitz ausmacht⁵²⁶. Zugleich sieht § 856 Abs. 1 BGB vor, dass der Besitz dadurch beendet wird, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert, wozu auch die Besitzergreifung durch Dritte gehört⁵²⁷. Erst die zum Erwerbszeitpunkt vom tatsächlichen Besitz eines Mieters ausgehende Publizitätswirkung ist es aber, die einem Erwerber ermöglicht, bereits aus der Besitzlage abzulesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss, so dass er im Gegensatz zum besitzenden Mieter und dessen Besitzerhaltungsinteresse nur eingeschränkten

⁵²⁴ BGH v. 11.12.2014 - IX ZR 87/14, BGHZ 204, 1 Rz. 26; BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068 Rz. 21.

⁵²⁵ BGH v. 5.4.2016 - VIII ZR 31/15, WuM 2016, 364 = GE 2016, 853.

⁵²⁶ vgl. BGH v. 2.12.2011 - V ZR 119/11, WPM 2012, 1926 Rz. 10 m.w.N.

⁵²⁷ Palandt/Bassenge, 75. Aufl., § 856 BGB Rz. 3.

Schutz verdient⁵²⁸. Die tatsächlich ausgeübte Sachherrschaft, wie sie in dem in § 566 Abs. 1 BGB geregelten Besitzüberlassungserfordernis ihren Ausdruck gefunden hat, bildet deshalb den Anknüpfungspunkt für den mit dieser Vorschrift bezweckten Mieterschutz⁵²⁹. Das im Streitfall nur in Rede stehende Besitzerlangungsinteresse der Beklagten rechtfertigt dagegen die Anwendung des § 566 BGB zu Lasten des Klägers nicht.

16 Beendigung des Mietvertrages

16.1 gewerbliche Weitervermietung

Die Bestimmung des § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB regelt den Fall, dass der Mieter nach dem Mietvertrag den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnzwecken weitervermieten soll. Sie ordnet insoweit an, dass der Vermieter bei Beendigung des (Haupt-) Mietvertrages in den zwischen dem Mieter und dem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag eintritt. Eine gewerbliche Weitervermietung gemäß § 565 BGB setzt eine geschäftsmäßige, auf Dauer gerichtete, mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübte Vermietungstätigkeit des Zwischenmieters voraus⁵³⁰.

Diese Voraussetzung sind nicht bereits deshalb erfüllt, weil es sich bei dem Zwischenmieter um eine gemeinnützige Genossenschaft handelt und damit um ein eigenwirtschaftliches, selbstverantwortliches Unternehmen. Denn würde jedes mehr als nur gelegentliche Anbieten von Leistungen gegen Entgelt genügen und würde die Voraussetzung der Gewinnerzielungsabsicht jedenfalls im praktischen Ergebnis aufgegeben⁵³¹. Auf dieses Erfordernis kann jedoch bei der Definition der gewerblichen Weitervermietung i.S.d. § 565 BGB - entgegen einer auch im Schrifttum vertretenen Auffassung nicht verzichtet werden⁵³². Zwar wird im Handelsrecht inzwischen zunehmend in Frage gestellt, ob eine gewerb-

⁵²⁸ BGH v. 11.12.2014 - IX ZR 87/14, BGHZ 204, 1 Rz. 26; BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068 Rz. 21; BGH v. 4.4.2007 - VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 Rz. 7 m.w.N.

⁵²⁹ vgl. BGH v. 11.12.2014 - IX ZR 87/14, BGHZ 204, 1 Rz. 26 f.; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 566 BGB Rz. 2; Eckert in Festschrift Blank, 2006, S. 129, 143 f.

⁵³⁰ BGH v. 3.7.1996 - VIII ZR 278/95, BGHZ 133, 142 (148) zur Vorgängerregelung in § 549a BGB a.F.

⁵³¹ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, WuM 2016, 221 = GE 2016, 389 = ZMR 2016, 276 = NZM 2016, 256 = NJW 2016, 1086.

⁵³² a.A. Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 565 BGB Rz. 6; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. § 565 BGB Rz. 8.

liche Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht zwingend voraussetzt⁵³³. Auch der BGH hat - für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs - entschieden, dass das Vorliegen eines Gewerbes und damit einer Unternehmerstellung nicht voraussetzt, dass die Geschäftstätigkeit mit der Absicht erfolgt, Gewinn zu erzielen⁵³⁴.

Für den Bereich des § 565 BGB besteht für eine Ausweitung des Gewerbebegriffs - etwa in der Weise, dass alle Fälle einer auf Dauer angelegten entgeltliche Weitervermietung erfasst werden - kein Anlass⁵³⁵. Dies ergibt sich aus dem Regelungszweck dieser Norm, der nicht darauf abzielt, den Schutz des Mieters generell für alle Fälle einer Weitervermietung durch den Hauptmieter auszuweiten, sondern nur für bestimmte Sachverhalte, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Eigentümer im eigenen Interesse einen Zwischenmieter einschaltet, der mit der Weitervermietung wiederum eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. Anlass für die Schaffung der Regelung in § 565 BGB (und der gleichlautenden Vorgängerregelung des § 549a BGB a.F.) war die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Mieterschutz bei Weitervermietung im Rahmen des sogenannten Bauherrenmodells⁵³⁶. Jene Entscheidung hat einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt und dies damit begründet, dass bei diesem Vermietungsmodell dem Endmieter bei Beendigung des Hauptmietvertrages nicht der soziale Kündigungsschutz zur Verfügung stehe, den er bei direkter Anmietung gehabt hätte, obwohl keine gewichtigen Interessen des Eigentümers ersichtlich seien, die eine Verkürzung des Kündigungsschutzes rechtfertigen könnten. Denn der Eigentümer habe die Wohnung errichtet oder erworben, um sie auf dem Wohnungsmarkt zu nutzen; die bloße Einschaltung eines gewerblichen Zwischenmieters könne daher eine Verkürzung des Kündigungsschutzes des Mieters nicht rechtfertigen⁵³⁷.

Im Gegensatz dazu besteht eine grundlegend andere Interessenlage, wenn der Zwischenmieter mit der Weitervermietung gemeinnützige, karitative oder ähnliche Zwecke verfolgt und die Zwischenvermietung deshalb vor allem in seinem

⁵³³ vgl. Baumbach/*Hopt*, 36. Aufl., § 1 HGB Rz. 16 m.w.N.

⁵³⁴ BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 173/05, BGHZ 167, 40 Rz. 16 ff.

⁵³⁵ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, WuM 2016, 221 = GE 2016, 389 = NZM 2016, 256 = NJW 2016, 1086.

⁵³⁶ BVerfG 11.06.1991 - 1 BvR 538/90, BVerfGE 84, 197.

⁵³⁷ BVerfG 11.06.1991 - 1 BvR 538/90, BVerfGE 84, 197 (202).

und insbesondere des Endmieters Interesse liegt⁵³⁸; in diesem Fall dient die Zwischenvermietung gerade nicht dazu, die Wohnung auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt zu üblichen Bedingungen anzubieten, und besteht ein gewichtiges Interesse des Eigentümers, die Wohnung nach Beendigung des Hauptmietvertrages zurückzuerhalten. Es besteht daher kein Anlass, von der bisherigen engen Definition der "gewerblichen Weitervermietung" in § 565 BGB abzurücken. Denn diese ermöglicht eine sachgerechte Abgrenzung der Zwischenvermietungsfälle, bei denen unter Berücksichtigung auch der Eigentümerinteressen ein sozialer Kündigungsschutz der Endmieter geboten ist; hierzu gehören die Fälle, in denen mit der Weitervermietung gemeinnützige, karitative oder ähnliche Zwecke verfolgt werden, nicht. Nichts anderes gilt für den vorliegenden Fall, dass eine Selbsthilfegenossenschaft mit der Weitervermietung die Interessen ihrer Mitglieder wahrnimmt (dazu sogleich).

Im Übrigen kommt es für § 565 BGB entscheidend darauf an, ob die gewerbliche Weitervermietung zu Wohnzwecken Vertragszweck des Hauptmietvertrages ist⁵³⁹. Deshalb ist es unerheblich, ob der Zwischenmieter im Hinblick auf die Weitervermietung eines ebenfalls zur Wohnanlage gehörenden Gewerberaums oder anderer von ihm sanierter Objekte gewerblich gehandelt oder er aus Sicht der Finanzbehörden eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt hat⁵⁴⁰. Im Rahmen des § 565 BGB ist vielmehr maßgeblich, ob nach dem Zweck des Hauptmietvertrages eine gewerbliche Weitervermietung der streitigen Wohnungen zu Wohnzwecken erfolgen sollte.

16.2 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.

⁵³⁸ vgl. BGH v. 3.7.1996 - VIII ZR 278/95, BGHZ 133, 142 (150 ff.); vgl. auch BVerfG 11.06.1991 - 1 BvR 538/90, BVerfGE 84, 197; BeckOKBGB/Herrmann, Stand November 2015, § 565 Rz. 5.1.

⁵³⁹ vgl. KG v. 6.1.2014 - 8 U 83/13, MDR 2014, 645.

⁵⁴⁰ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, WuM 2016, 221 = GE 2016, 389 = NZM 2016, 256 = NJW 2016, 1086.

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 maßgebend⁵⁴¹. 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 ist⁵⁴².

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 verfügt⁵⁴³. 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 Gesetzgeber 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 beibehalten⁵⁴⁴. 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

⁵⁴¹ 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.

⁵⁴² Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573a BGB Rz. 21.

⁵⁴³ BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 127/14, WuM 2015, 309 = ZMR 2015, 375 = NZM 2015, 452.

⁵⁴⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 66.

Vermieter selbst oder einem Dritten genutzt werden. Denn durch die Umwidmung des neben der Wohnung des Mieters liegenden Appartements 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 wurde⁵⁴⁵.

16.3 Fristgerechte Kündigung

16.3.1 wegen schuldhafter nicht unerheblicher Pflichtverletzung

Nach der Bestimmung des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht ein berechtigtes Interesse an einer fristgemäßen Beendigung des Mietverhältnisses, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat. Sie setzt damit die Verletzung einer aus dem Mietverhältnis resultierenden Haupt- oder Nebenpflicht voraus⁵⁴⁶.

Besteht gegen den Mieter aufgrund eines rechtskräftigen Urteils eine titulierte Schadensersatzforderung, die auf eine Verletzung der dem Mieter obliegenden Pflicht zur Obhut der Mietsache⁵⁴⁷ zurückzuführen ist, liegt in der Nichtzahlung der titulierten Forderung eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Beklagten im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB angenommen, die eine ordentliche Kündigung begründen kann⁵⁴⁸. Es kann offen bleiben, ob es hinsichtlich der Nichtzahlung der titulierten Schadensersatzforderung allein deshalb an einem Verschulden (im Sinne des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB) des Mieters fehlt, weil dieser inzwischen in der Folge eines erfolglosen Vollstreckungsversuchs des

⁵⁴⁵ BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 127/14, WuM 2015, 309 = ZMR 2015, 375 = NZM 2015, 452.

⁵⁴⁶ BGH v. 14.10.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 17 m.w.N.

⁵⁴⁷ vgl. hierzu grundlegend BGH v. 4.4.1977 - VIII ZR 143/75, BGHZ 68, 281, 285 unter II 2 b bb m.w.N.; vgl. auch Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 12. Aufl., § 535 BGB Rz. 275 ff.; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VI 258 ff., 267 ff.; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 93 ff.; jeweils m.w.N.

Vermieters die Vermögensauskunft nach § 802c Abs. 1 ZPO abgegeben hat und ihm danach keine finanziellen Mittel zur Tilgung der Forderung zur Verfügung standen.

Den Mieter - der bei einer auf § 543 Abs. 3 BGB gestützten fristlosen Kündigung wegen Verzugs mit der Mietzahlung für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzustehen hat und sich deswegen nicht mit Erfolg auf § 286 Abs. 4 BGB berufen kann - im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit entlastet⁵⁴⁹. Ob allerdings dieses mangelnde Verschulden, für das - wie § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entnommen werden kann⁵⁵⁰ - der Mieter darlegungs- und beweispflichtig ist, im Streitfall allein mit dem Hinweis auf eine abgegebene Vermögensauskunft festgestellt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.

Denn es müssen auch die im Kündigungsschreiben genannten und in engem Zusammenhang mit der Nichtzahlung der titulierten Forderung stehenden Aspekte in die Abwägung, ob dem Kläger ein berechtigtes Interesse an der ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB zusteht, einbezogen werden⁵⁵¹. Denn der Vermieter hat sich in seinem Kündigungsschreiben nicht nur auf die Nichtzahlung der titulierten Forderung berufen, sondern erläuternd und ergänzend hierzu angeführt, dass ihm aufgrund des zeitlich nach dem rechtskräftigen Urteil zu verzeichnenden Verhaltens des Mieters ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. So hat der Vermieter in dem Kündigungsschreiben ausgeführt, der Mieter habe seine - ihm durch den vorangegangenen Prozess bekannte - Verantwortung für in der Wohnung aufgetretene Feuchtigkeitsschäden beharrlich geleugnet, indem er erneute (unberechtigte) Mängelanzeigen vorgenommen und die Miete wiederum (unberechtigt) gemindert habe. Darüber hinaus wird die Kündigung darauf gestützt, dass der Mieter die pflichtwidrige und schuldhaft Vernachlässigung seiner Mieterpflichten fortsetze, indem er die Wohnung weiterhin nur unzureichend lüfte und heize.

⁵⁴⁸ BGH v. 13.4.2016 – VIII ZR 39/15, WuM 2016, 365 = ZMR 2016, 523.

⁵⁴⁹ BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d cc; BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508 Rz. 18.

⁵⁵⁰ KG, DWW 2001, 379; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2014, § 573 BGB Rz. 45; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl., § 573 BGB Rz. 22; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl., § 573 BGB Rz. 41.

⁵⁵¹ BGH v. 13.4.2016 – VIII ZR 39/15, WuM 2016, 365 = ZMR 2016, 523.

16.3.2 richtiger Zeitpunkt für die Anbietspflicht

Zu der sich aus dem Eigentumsgrundrecht ergebenden Befugnis des Vermieters gehört auch die Entscheidung darüber, von welchem Zeitpunkt an ein Wohnbedarf Anlass für eine Eigenbedarfskündigung geben soll⁵⁵². Dabei ist auch zu beachten, dass der Wunsch, eine bestimmte Wohnung zu nutzen, sich nicht ausschließen oder in erster Linie an objektiven Kriterien messen lässt⁵⁵³.

Dies bedeutet aber nicht, dass in dem Falle, in dem wenige Monate vor dem geltend gemachten Eigenbedarf eine geeignete Alternativwohnung frei geworden ist, nicht der Frage nachzugehen wäre, wann der die Eigenbedarfssituation auslösende Nutzungsentschluss konkret gefasst worden ist⁵⁵⁴. Denn wenn ein bereits endgültig feststehender Nutzungsentschluss nicht in einer vergleichbaren und freigewordenen Wohnung im selben Anwesen realisiert, sondern erst nach der Weitervermietung einer solchen Alternativwohnung in die Tat umgesetzt worden wäre, könnte dies Zweifel an der vom Tatrichter unter Würdigung aller Gesamtumstände zu prüfenden Ernsthaftigkeit des Nutzungswunsches aufkommen lassen. Anders lägen die Dinge, wenn es plausible Gründe für das Hinausschieben der Umsetzung eines feststehenden Nutzungsentschlusses gäbe oder die Nutzungsabsicht aus nachvollziehbaren Gründen erst zu einem Zeitpunkt endgültig gefasst worden wäre, als eine geeignete Alternativwohnung nicht mehr zur Verfügung stand.

Im Falle eines schon vor der Weitervermietung einer freigewordenen geeigneten Alternativwohnung endgültig gefassten Nutzungsentschlusses käme zudem eine Rechtsmissbräuchlichkeit der ausgesprochenen Eigenbedarfskündigung in Betracht⁵⁵⁵. Zwar ist bei der Kündigung einer Mietwohnung wegen Eigenbedarfs grundsätzlich die Entscheidung des Vermieters, welche der ihm gehörenden Wohnungen er nutzen will, zu respektieren⁵⁵⁶. Ausnahmsweise ist eine (berechtigte) Eigenbedarfskündigung aber dann rechtsmissbräuchlich, wenn dem Ver-

⁵⁵² BVerfG, NZM 1999, 659, 660; BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14, BGHZ 204, 145 Rz. 31.

⁵⁵³ BVerfGE 79, 292 (305); BVerfG, NJW 1994, 309 (310); BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14, BGHZ 204, 145.

⁵⁵⁴ BGH v. 23. 8. 2016 – VIII ZR 178/15, GE 2016, 1377 Rz 18.

⁵⁵⁵ BGH v. 23. 8. 2016 – VIII ZR 178/15, GE 2016, 1377 Rz 19.

⁵⁵⁶ BGH v. 13.10.2010 – VIII ZR 78/10, NJW 2010, 3775 Rz. 14; BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 276/02, NJW 2003, 2604 unter II 2.

mieter eine vergleichbare andere Wohnung zur Verfügung steht, in der er seinen Wohnbedarf ohne wesentliche Abstriche befriedigen kann⁵⁵⁷.

16.4 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

16.4.1 Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB

Der VIII. Senat des BGH hat bisher die Frage, ob § 314 Abs. 3 BGB auf die außerordentliche Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB anwendbar ist, offen gelassen⁵⁵⁸, weil sie nicht entscheidungserheblich war. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass es (bei Anlegung eines zutreffenden Maßstabes) im Falle einer nach § 314 Abs. 3 BGB durchgreifenden illoyalen Verspätung typischerweise ebenso an einer Unzumutbarkeit nach § 543 Abs. 1 BGB fehlen wird oder die Voraussetzungen des Einwandes von Treu und Glauben, insbesondere der Verwirkung, erfüllt sein werden⁵⁵⁹, wohingegen es bei Einhaltung einer angemessenen Frist nach § 314 Abs. 3 BGB ohnehin bei der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung nach § 543 BGB verbliebe.

Nunmehr entscheidet er, dass § 314 Abs. 3 BGB auf die fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses gemäß §§ 543, 569 BGB keine Anwendung findet⁵⁶⁰.

Schon der Wortlaut dieser Vorschriften spricht gegen eine zeitliche Schranke für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung⁵⁶¹. § 543 BGB, der - sei es als Generalklausel (Abs. 1), sei es als Regeltatbestände (Abs. 2) - die Voraussetzungen für die fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses regelt, bestimmt in seinen weiteren Absätzen im Einzelnen die Modalitäten der Kündigung. Eine zeitliche Beschränkung für den Ausspruch der Kündigung schreibt diese Bestimmung nicht vor. Ebenso wenig enthält sie einen Verweis auf § 314 Abs. 3 BGB. Auch § 569 BGB, der für Wohnraummietverhältnisse die Vorschrift des §

⁵⁵⁷ BGH v. 4.3.2015 – VIII ZR 166/14, BGHZ 204, 216 Rz. 15; BVerfG, NJW 1994, 309 (310); BVerfG, NJW 1993, 1637 (1638); BVerfG, NJW 1994, 994 f.; BVerfG, NJW 1995, 1480 (1481).

⁵⁵⁸ BGH v. 15.4.2015 - VIII ZR 281/13, NJW 2015, 2417 Rz. 29; BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 115/08, WuM 2009, 231 Rz. 17; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 206/09, NZM 2011, 32 Rz. 5; vgl. in diesem Zusammenhang ferner zur Gewerberaummieta BGH v. 21.3.2007 - XII ZR 36/05, NJW-RR 2007, 886 Rz. 21: dort wurde eine illoyale Verspätung sowohl im Rahmen der Verwirkung als auch im Rahmen des § 314 Abs. 3 BGB verneint, ohne dass dessen Anwendbarkeit näher erörtert wurde.

⁵⁵⁹ BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 206/09, NZM 2011, 32 Rz. 5.

⁵⁶⁰ BGH v. 13.07.2016 – VIII ZR 296/15, WuM 2016, 616.

⁵⁶¹ BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 206/09, NZM 2011, 32 Rz. 5.

543 BGB um weitere Tatbestände und Kündigungsmodalitäten ergänzt, sieht weder eine Zeitspanne, innerhalb derer die fristlose Kündigung auszusprechen ist, noch einen Verweis auf § 314 Abs. 3 BGB vor.

Dies wird bestätigt durch die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommene Zielsetzung des Gesetzgebers. Aus den Gesetzesmaterialien zu §§ 543, 569 BGB und zu § 314 BGB ergibt sich eindeutig, dass die Vorschriften über die fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses als abschließende spezielle Regelung konzipiert sind und von der Einfügung einer Bestimmung, wonach die Kündigung in "angemessener Frist" zu erfolgen habe, bewusst abgesehen wurde.

Die Neufassung der mietrechtlichen Kündigungsbestimmungen im Rahmen des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001⁵⁶² sollte die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze ablösen und das zuvor aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitete fristlose Kündigungsrecht aus wichtigem Grund sowie die über mehrere Einzelschriften verstreuten speziellen Kündigungsgründe ablösen⁵⁶³. Mit Ausnahme der Verlängerung der Schonfrist (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB) sollte damit eine inhaltliche Änderung nicht verbunden sein⁵⁶⁴. Die Regelung des § 314 BGB oder eine vergleichbare allgemeine Vorschrift gab es zum damaligen Zeitpunkt nicht. Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung war ein allgemeiner Grundsatz dieses Inhalts nicht entwickelt worden.

Es war allerdings seit langem anerkannt, dass eine längere Verzögerung der Kündigungserklärung Rechtsfolgen nach sich zieht, etwa in der Weise, dass es bei Kündigungstatbeständen, die auf eine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung abstellen, angesichts einer längeren Kündigungsverzögerung an einer solchen Unzumutbarkeit und somit an einem durchgreifenden Kündigungsgrund fehlen kann⁵⁶⁵. Ebenso stand und steht außer Frage, dass eine fristlose Kündigung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände treuwidrig, insbesondere verwirkt sein kann⁵⁶⁶.

⁵⁶² BGBl. I S. 1149.

⁵⁶³ BT-Drucks. 14/4553, S. 43.

⁵⁶⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁵⁶⁵ vgl. dazu BGH v. 23.9.1987 - VIII ZR 265/86, NJW-RR 1988, 77, unter II 2 a m.w.N.

⁵⁶⁶ vgl. BGH v. 29.4.2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297 Rz. 17; BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NJW 2007, 147 Rz. 11; vgl. ferner die frühere Rechtsprechung zur Verwirkung eines

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber bei der Mietrechtsreform vom 19. Juni 2001 bewusst davon abgesehen festzulegen, dass die Kündigung innerhalb einer "angemessenen Zeit" ab Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat⁵⁶⁷. Die Gesetzesbegründung verweist darauf, dass nach ständiger Rechtsprechung ein Kündigungsrecht verwirkt werden könne und deshalb ein Bedürfnis für eine solche Festlegung nicht bestehe. Zusätzlich wird darauf abgestellt, dass eine einheitliche konkrete Ausschlussfrist angesichts der Vielgestaltigkeit der Mietverhältnisse nicht festgelegt werden könne und eine "offenere" Bestimmung eine Auslegung durch die Rechtsprechung erfordere und somit kaum etwas zur Vereinfachung des Mietrechts beitragen könne. Wörtlich heißt es hierzu in den Gesetzesmaterialien⁵⁶⁸:

"Es wird davon abgesehen, festzulegen, dass die Kündigung innerhalb einer angemessenen Zeit seit der Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat. Ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund kann schon jetzt nach ständiger Rechtsprechung verwirkt werden [...]. Eine einheitliche feste Ausschlussfrist in Anlehnung an § 626 Abs. 2 BGB sowie §§ 6, 24 und 70 VVG erscheint wegen der Vielgestaltigkeit der Mietverhältnisse (Wohnraum, Geschäftsraum, Grundstücke, bewegliche Sachen) nicht möglich [...]. Eine offenere Bestimmung wäre durch die Rechtsprechung in jedem Falle auslegungsbedürftig. Die mögliche Regelung könnte damit nur wenig zur Vereinfachung des Mietrechts beitragen."

Hieran hat die Einführung des § 314 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001⁵⁶⁹ nichts geändert. Es erschien dem Gesetzgeber zwar geboten, bei einer allgemeinen Überarbeitung des Leistungsstörungenrechts die Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Dafür sprach sowohl die erhebliche praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts als auch die seit langem gefestigte Rechtsprechung zu seinem Anwendungsbereich⁵⁷⁰. Schon der Gesetzgeber sah jedoch, dass § 314 BGB damit als *lex generalis* in einem Konkur-

Rechts zur fristlosen Kündigung des Mieters gemäß § 542 BGB a.F. bei vorbehaltloser Weiterzahlung der Miete für eine gewisse Zeit, dazu BGH v. 31.5.2000 - XII ZR 41/98, NJW 2000, 2663 unter II 3.

⁵⁶⁷ BT-Drucks. 14/4553, S. 44.

⁵⁶⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 44.

⁵⁶⁹ BGBl. I S. 3138.

⁵⁷⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 177.

renzverhältnis zu zahlreichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze steht, in denen die Kündigung aus wichtigem Grund bei einzelnen Dauerschuldverhältnissen besonders geregelt ist. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung hierzu: "Diese Einzelbestimmungen sollen nicht aufgehoben oder geändert werden, sondern als *leges speciales* Vorrang vor § 314 RE haben."⁵⁷¹.

Dementsprechend hat der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zwar an manchen Stellen im Mietrecht Anpassungen vorgenommen, so auch bei § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB⁵⁷², jedoch davon abgesehen, in §§ 543, 569 BGB einen Verweis auf § 314 Abs. 3 BGB aufzunehmen.

Die von Teilen der Literatur⁵⁷³ (vgl.) vertretene gegenteilige Auffassung verkennt die aus den Materialien ersichtliche eindeutige Zielsetzung des Gesetzgebers.

16.4.2 unpünktliche Mietzahlung

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen, die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Ein Verschulden des Jobcenters bezüglich einer unpünktlichen Mietzahlung ist dem Mieter nicht zuzurechnen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH wird eine Behörde, die im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen erbringt, nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters tätig, wenn sie für ihn die Miete an den Vermieter zahlt⁵⁷⁴. Soweit in der Literatur dazu Kritik geäußert wird⁵⁷⁵, weil die Sozialbehörde Leistungen nur auf Antrag erbringe und somit vom Mie-

⁵⁷¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 177.

⁵⁷² vgl. die Übersicht zu den Änderungen bei Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl., Einf v § 535 BGB Rz. 77a.

⁵⁷³ *Häublein*, ZMR 2005, 1 f; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2014, § 543 BGB Rz. 2, 90; *Erman/Lützenkirchen*, 14. Aufl., § 543 BGB Rz. 12 ff.

⁵⁷⁴ BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 27 ff.; BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, BGHZ 204, 134 Rz. 20.

⁵⁷⁵ *Lorenz*, WuM 2013, 202 (205); *Rieble*, NJW 2010, 816.

ter bei der Mietzahlung gezielt eingeschaltet werde, ändert das nichts daran, dass die Behörde hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, um die Grundsicherung des Hilfebedürftigen zu gewährleisten⁵⁷⁶. Mit dieser Stellung ist die Annahme, die Behörde werde vom Leistungsempfänger als Erfüllungsgehilfe im Rahmen des Mietvertrages über seine Unterkunft eingesetzt, nicht vereinbar⁵⁷⁷. Im Übrigen besteht – auch aus Sicht des Vermieters – ein erheblicher Unterschied, ob unpünktliche Zahlungen (allein) auf dem Verhalten einer Behörde beruhen oder vom Mieter zu vertreten sind. Denn im letzteren Fall liegt auf Seiten des Mieters entweder Nachlässigkeit oder Zahlungsunwilligkeit vor, so dass aus Sicht des Vermieters für die Zukunft Zahlungsausfälle zu besorgen sind, die eine Fortsetzung des Vertrages mit dem unzuverlässigen Mieter unzumutbar erscheinen lassen können. Eine vergleichbare Situation ist hingegen nicht ohne weiteres gegeben, wenn unpünktliche Zahlungen ausschließlich auf einem Verhalten der Behörde beruhen.

Gleichwohl kann sich ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung i.S.d. § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB auch allein aus der in der unpünktlichen Zahlung liegenden objektiven Pflichtverletzung und den für den Vermieter daraus folgenden negativen Auswirkungen ergeben⁵⁷⁸. Denn das Verschulden einer Vertragspartei ist zwar ein in § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich hervorgehobener Umstand ("insbesondere"), dem bei der Gesamtabwägung regelmäßig ein erhebliches Gewicht zukommen wird; es stellt jedoch keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen eines wichtigen Grundes dar. Vielmehr kann die erforderliche Gesamtabwägung auch unabhängig von einem Verschulden des Mieters an den unpünktlichen Zahlungen zu dessen Lasten ausfallen, etwa weil zahlreiche Verspätungen aufgetreten sind, diese jeweils einen erheblichen Zeitraum und erhebliche Beträge betreffen oder der Vermieter in besonderem Maße auf den pünktlichen Erhalt der Miete angewiesen ist, beispielsweise weil er daraus seinen Lebensunterhalt bestreitet oder hiermit Kredite bedienen muss. Auch kann es für den Vermieter einen unzumutbaren Verwaltungsaufwand bedeuten, wenn die Miete oder Teile davon zu jeweils unterschiedlichen Zeitpunkten eingehen. Zudem kann es eine Rolle spielen, ob das Mietverhältnis abge-

⁵⁷⁶ BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

⁵⁷⁷ BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, ZMR 2010, 277 = NJW 2009, 3781 Rz. 30.

⁵⁷⁸ BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

sehen von den unpünktlichen Zahlungen bisher störungsfrei verlaufen ist oder kurze Zeit vorher bereits eine berechtigte fristlose Kündigung ausgesprochen worden ist, die erst durch eine Zahlung innerhalb der Schonfrist während des Räumungsprozesses unwirksam geworden ist.

Allgemein gültige Grundsätze können insoweit allerdings nicht aufgestellt werden; vielmehr obliegt die erforderliche Gesamtabwägung der tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall, die das Berufungsgericht nicht vorgenommen hat⁵⁷⁹.

Im Übrigen trifft den Mieter an den Verspätungen ein eigenes Verschulden. Denn das Verschulden wird bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung regelmäßig vermutet (Gedanke des § 280 Abs. 1 BGB)⁵⁸⁰. Allein durch den Umstand, dass ein Mieter auf staatliche Transferleistungen angewiesen ist, wird diese Vermutung noch nicht widerlegt. Vielmehr wird der Mieter regelmäßig darlegen und gegebenenfalls auch beweisen müssen, dass er die Leistung rechtzeitig und unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen beantragt und bei etwaigen Zahlungssäumnissen der Behörde bei dieser auf eine pünktliche Zahlung gedrungen und insbesondere auf eine bereits erfolgte Abmahnung des Vermieters und die deshalb drohende Kündigung hingewiesen hat.

16.4.3 Erlöschen der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b) BGB liegt ein wichtiger Grund für die Kündigung des Mietverhältnisses insbesondere dann vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht. Diese Voraussetzungen sind bei einer monatlichen Miete von 558,53 € und eines über einen längeren Zeitraum aufgelaufenen Mietrückstands von 1.340,78 € gegeben. Eine nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b) BGB grundsätzlich gerechtfertigte Kündigung wird nur unter bestimmten, vom Gesetz im Einzelnen aufgeführten Voraussetzungen ausgeschlossen ist oder unwirksam.

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ist eine Kündigung nach Satz 1 Nr. 3 ausgeschlossen, wenn der Vermieter vorher - das heißt vor dem Zugang der Kündi-

⁵⁷⁹ BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

⁵⁸⁰ BGH v. 13.4.2016 – VIII ZR 39/15, WuM 2016, 365 Rz. 17.

gung - befriedigt wird. Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB wird die Kündigung unwirksam, wenn sich der Schuldner von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Schließlich wird die Kündigung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch dann unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (sogenannte Schonfristzahlung). Sämtliche genannten Vorschriften setzen allerdings eine vollständige Befriedigung des Vermieters voraus⁵⁸¹.

Diese Voraussetzungen nicht vor, wenn der Mieter mit Beträgen von 131,40 € und 288,12 € (ihre Wirksamkeit vorausgesetzt) den Mietrückstand von 1.340,78 € vermindert. Denn es verbleibt ein Rückstand in Höhe von 921,26 €, so dass von einer auch nur annähernd vollständigen Befriedigung des Vermieters nach § 543 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB oder gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht die Rede sein kann⁵⁸². Wenn der Mieter zusätzliche Aufrechnungen gegenüber den mit der Kündigung bezeichneten Mietrückständen erst in der drei Monate später erfolgten Klageerwiderung erklärt, erfolgt sie nicht, wie in § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB verlangt, unverzüglich.

16.4.4 Erheblicher Rückstand in der Gewerberaummieta

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 kann⁵⁸³. 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 ge-

⁵⁸¹ vgl. BGH v. 14.7.1970 - VIII ZR 12/69, ZMR 1971, 27 unter II 4 [zu § 554 BGB aF als der wortgleichen Vorgängervorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB]; BGH v. 26.7.2004 - VIII ZB 44/03, WuM 2004, 547 unter II. 3 [zur Schonfristzahlung]; OLG Köln, ZMR 1998, 763, 766 [zu § 554 Abs. 1 Satz 3 BGB aF]; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 543 BGB Rz. 63, 66 sowie § 569 BGB Rz. 42.

⁵⁸² BGH v. 24.8.2016 – VIII ZR 261/15, WuM 2016, 658 = GE 2016, 1272.

⁵⁸³ vgl. BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 (905).

regelt. 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 einheitlicher Auffassung ein Mietrückstand von über einer Monatsmiete bei gewerblichen Mietverhältnissen erst recht erheblich⁵⁸⁴.

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 sei⁵⁸⁵. 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 sein⁵⁸⁶ bzw. dass bei einem über 50% einer Monatsmiete hinausgehenden Rückstand von einem nicht unerheblichen Teil der Miete ausgegangen werden könne⁵⁸⁷. Die Vertreter einer vermittelnden Lösung sehen die Erheblichkeit des Rückstands als Frage des Einzelfalls, die von Umständen wie der Kreditwürdigkeit des Mieters oder seiner Vertragstreue im Übrigen⁵⁸⁸ oder auch der Höhe der Miete⁵⁸⁹ abhängen könne.

Nach Auffassung des BGH⁵⁹⁰ 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 Wohnraummiets geregelte Grenze von ei-

⁵⁸⁴ 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).

⁵⁸⁵ in Spielbauer/Schneider/Wellendorfer, Mietrecht, § 543 BGB Rz. 24; so wohl auch Münch-Komm/Bieber, 6. Aufl., § 543 Rz. 46; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1003

⁵⁸⁶ Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 543 BGB Rz. 32; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 543 BGB Rz. 23.

⁵⁸⁷ Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 543 BGB Rz. 116.

⁵⁸⁸ BeckOK BGB/Ehlert, [Stand: 1. August 2012], § 543 BGB Rz. 25a; Bub/Treier/Grapentin, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiets, 4. Aufl., IV Rz. 374; NK-BGB/Klein-Blenkers 2. Aufl. § 543 Rn. 38; Oprée in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiets, 3. Aufl., Kap. 15 Rz. 217; Palandt/Weidenkaff, 74. Aufl., § 543 BGB Rz. 24.

⁵⁸⁹ Blank/Börstinghaus, Miets, 4. Aufl., § 543 BGB Rz. 150; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 119.

⁵⁹⁰ BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, MDR 2015, 878 = WuM 2015, 619 = GE 2015, 905.

ner 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 enthaltenen 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 Einzelfalls, die den Schluss auf die Erheblichkeit im betreffenden Mietverhältnis zulassen. In der Gewerberaummiете werden hierfür neben der Kreditwürdigkeit des Mieters insbesondere die finanzielle Situation des Vermieters und die Auswirkungen des konkreten Zahlungsrückstands auf diese Bedeutung erlangen können.

16.4.5 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 Übernah-

me 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 einzustehen⁵⁹¹.

Dieses Verständnis des Vertretenmüssens im Falle mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit gilt auch für Mietzahlungspflichten und die bei Ausbleiben der Miete bestehenden Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB⁵⁹². 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 veranlassen⁵⁹³, 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 Erfül-

⁵⁹¹ 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.

⁵⁹² 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.

⁵⁹³ 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.

lung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Vermieter⁵⁹⁴. Das ändert aber nichts daran, dass der Mieter verschuldensunabhängig für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat⁵⁹⁵.

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 BGB⁵⁹⁶ - eine Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich nicht zulassen⁵⁹⁷. 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 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 gegeben⁵⁹⁸.

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

⁵⁹⁴ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 30.

⁵⁹⁵ BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

⁵⁹⁶ 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.

⁵⁹⁷ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, WM 1987, 932 unter II 1 c.

⁵⁹⁸ 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.

beantragt und dieser die Übernahme zunächst zu Unrecht verweigert hatte, einer Wirksamkeit der Kündigung des Vermieters nicht entgegen⁵⁹⁹.

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 schützen⁶⁰⁰, 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 von zwei Jahren eingeräumt hat, um bei deren Einhaltung eine auf den eingetretenen Mietzahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam werden zu lassen⁶⁰¹.

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 erfolgt⁶⁰². 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

⁵⁹⁹ BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

⁶⁰⁰ vgl. nur BT-Drucks. 7/2011, S. 7.

⁶⁰¹ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁶⁰² vgl. bereits BT-Drucks. IV/806, S. 10.

Miete und der fälligen Nutzungsentschädigung oder der Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung um einen Monat auf zwei Monate verlängert⁶⁰³.

Durch diese Sonderregelung⁶⁰⁴ 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 getragen⁶⁰⁵. 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 soll⁶⁰⁶. Denn die damit verbundene Ungewissheit, den Gebrauch 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.

16.4.6 Schonfristzahlung und fristgerechte Kündigung

Wann und unter welchen Umständen der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder der auf Ausnahmefälle beschränkte Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, wenn eine innerhalb der Schonfrist des § 569 BGB erfolgte Begleichung der Mietrückstände erfolgt ist, entzieht sich einer generalisierenden Betrachtungsweise⁶⁰⁷. Dies liefere im praktischen Ergebnis darauf hinaus, die unzulässige analoge Anwendung der Schonfristregelung auf die ordentliche Kündigung doch herbeizuführen. Vielmehr ist die Würdigung, ob angesichts besonderer Umstände des Einzelfalls der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Durchsetzung des Räumungsanspruchs

⁶⁰³ BT-Drucks. 14/4553, S. 64; vgl. dazu auch BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 21.

⁶⁰⁴ vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020.

⁶⁰⁵ im Ergebnis ebenso Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 554 BGB Rz. 97.

⁶⁰⁶ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

⁶⁰⁷ BGH v. 23.2.2016 - VIII ZR 321/14, GE 2016, 453.

ausnahmsweise entgegensteht, der jeweiligen tatrichterlichen, revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Würdigung im konkreten Einzelfall vorbehalten.

Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann vorliegen, wenn der Mieter sich unmittelbar nach Erhalt der ersten Kündigung um eine Rückführung der Mietrückstände bemüht und erreicht, dass die Rückstände innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums und noch vor Zustellung der Räumungsklage vom Jobcenter beglichen werden⁶⁰⁸. Dies gilt umso mehr, wenn es in der Vergangenheit keine Zahlungsrückstände gegeben hat und keine Anhaltspunkte bestehen, dass es in der Zukunft noch einmal zu Zahlungsrückständen kommen wird. Auch kann relevant sein, ob der Mieter in der Vergangenheit sonstige mietvertraglichen Pflichten verletzt oder Anhaltspunkte für künftige (Fehl-) Verhaltensweisen des Mieters vorliegen, die das Vertrauen der Klägerin in eine gedeihliche Fortsetzung des Mietverhältnisses in Frage stellen könnten.

16.4.7 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 Urteil⁶⁰⁹ wurde wie folgt begründet:

Dem Kläger steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadenersatz 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.

⁶⁰⁸ BGH v. 23.2.2016 - VIII ZR 321/14, GE 2016, 453.

⁶⁰⁹ OLG Frankfurt v. 10.6.2015 – 2 U 201/14, GE 2015, 1529.

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 entsprach 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 finanziel-

len 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 Nutzungsent-schädigung gemäß § 546a BGB und gegebenenfalls weiteren Schadenersatz zu zahlen, waren ihr gleichfalls bekannt.

Der Einschätzung der Ankündigung, die Pachtsache einzubehalten, als Ankün-digung eines empfindlichen Übels steht nicht entgegen, dass Frau A dies damit begründete, sie habe für ihr Kind und sich noch keine andere Unterkunft gefun-den. 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 Kün-digung hatte die Pächterin kein Besitzrecht an dem Pachtobjekt mehr, was ih-ren Gesellschafterinnen auch bekannt war. Frau A war auch nicht ausnahms-weise an einer Räumung tatsächlich gehindert, da sie kurzfristig noch keine andere Wohnung hätte finden können. Hierfür bestanden und bestehen keinerlei konkrete Anhaltspunkte. Der Beklagte hat auch weiterhin nichts dazu vorge-tragen, 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, gegebe-nenfalls auch über das Wohnungsamt, vorgetragen worden. Frau A oder die damalige Pächterin hatte auch niemals gerichtlich eine Räumungsfrist bean-tragt, sofern eine solche Frist im Rahmen des insgesamt als gewerbliches Ver-hältnis zu qualifizierenden Pachtverhältnisses überhaupt in Betracht gekommen wäre. Darüber hinaus bestand jedenfalls keinerlei Grund, nicht nur die Woh-nung, 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 ge-setzlichen Regelung gehindert ist, sich nach einer wirksamen Kündigung selbst wieder in den Besitz des Pachtobjekts zu setzen, und er statt dessen einen Herausgabebetitel 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 kurz-

fristig 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 Besitzwillen 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 unstrittig 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 übergabende 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).

17 Räumung und Rückgabe

17.1 Erlöschen eines Anmietrechts

Die Anmietvereinbarung trifft eine Regelung für den Fall, dass der Mieter seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht nachkommt und deswegen vor Ende der Vertragslaufzeit ein Räumungsurteil gegen ihn erwirkt wird. Ausdrücklich ist in der Anmietvereinbarung nur vorgesehen, dass die Brauerei dann das Recht hat, das Mietobjekt zu den Bedingungen des mit dem Mieter bestehenden Mietvertrages zu mieten oder dieses Recht auf einen Interessenten zu übertragen. Dass die Parteien der Brauerei darüber hinaus ein Nutzungsrecht für die Räumlichkeiten des Vermieters im Hinblick auf den Verbleib der im Sicherheitseigentum der Brauerei stehenden Gegenstände vereinbaren wollten, lässt sich durch

Auslegung des Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB ermitteln. Für die Auslegung ist auf den von den Parteien beabsichtigten Zweck der Anmietvereinbarung abzustellen. Das Anmietrecht sollte insbesondere dazu dienen, dass das im Sicherungseigentum der Brauerei stehende Inventar bei frühzeitiger Beendigung des Mietvertrages durch die Brauerei selbst oder einen von ihr benannten Nachmieter weiter genutzt wird. Nur bei Weiternutzung durch den nachfolgenden Mieter oder die Brauerei hätte sich der Wert des Inventars amortisieren können, da das Inventar bei Entfernung sofort an Wert verloren hätte. Dies war beiden Parteien auch „von Anfang an“ bewusst. Die Parteien waren nicht davon ausgegangen, dass der Eintritt der Brauerei oder des von ihr vorgeschlagenen Mietinteressenten in den Mietvertrag zeitlich unmittelbar nach Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Vormieter erfolgen würde. Es war absehbar, dass es insbesondere dann, wenn die Brauerei ihr Anmietrecht auf einen Interessenten übertragen will, aufgrund der Verhandlungen über den potentiellen Nachmieter zu Verzögerungen kommen könnte. Das Inventar, das durch seine Entfernung sofort an Wert verloren hätte, in dieser Situation aus den Räumlichkeiten des Vermieters zu räumen, wäre dem von den Parteien beabsichtigten Vertragszweck der Anmietvereinbarung - Nutzung des Inventars in den Gaststättenräumen bis zu dessen Amortisation - zuwider gelaufen. Der Vermieter war zudem daran interessiert, dass der Geschäftsbetrieb in den Gaststättenräumen ohne größere Unterbrechungen fortgeführt wird, so dass die Zahlung des Mietzinses sichergestellt ist. Hätte die Brauerei in dem Verhandlungszeitraum das Inventar entfernen müssen, hätte sich auch bei erfolgreicher Ausübung des Anmietrechts die Fortführung des Geschäftsbetriebes verzögert. Beide Parteien hatten daher Interesse daran, dass das Inventar in der Schwebezeit - zwischen der Räumung des Mietobjekts durch den Mieter und dem Abschluss eines Mietvertrages - in den Gaststättenräumen verbleiben darf. Dieser Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss lässt sich entnehmen, dass die Parteien durch die Anmietvereinbarung konkludent eine Nutzungsüberlassung über die Räumlichkeiten des Vermieters zu Gunsten der Brauerei vereinbart haben⁶¹⁰.

Die Brauerei ist aus der Anmietvereinbarung verpflichtet, die Inventargegenstände aus den Räumlichkeiten zu entfernen, da die Ausübung des Anmiet-

⁶¹⁰ OLG Hamburg v. 17.12.2015 - 4 U 131/15, ZMR 2016, 369.

rechts aufgrund der Berechtigung des Vermieters den von der Brauerei benannten Nachmieter abzulehnen, gescheitert ist.

Die zwischenzeitliche Insolvenz des Zeugen ... steht der Räumungspflicht der Beklagten aus der Anmietvereinbarung ebenfalls nicht entgegen. Selbst wenn, wie die Beklagte vorträgt, das Inventar vorübergehend Teil der Insolvenzmasse gewesen wäre und die Beklagte als Sicherungsnehmer deswegen anstelle eines Herausgabeanspruchs nur ein Absonderungsrecht gemäß § 51 InsO gehabt hätte, hätte dies keine Konsequenz für das Bestehen eines Entfernungsanspruchs gegen die Beklagte zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung gehabt. Auch dann hätten die Inventargegenstände mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens (vgl. Schreiben des Insolvenzverwalters vom 06.08.2014 - Anlage K 16 nicht mehr dem Insolvenzbeschluss unterliegen. Zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt hätte der Insolvenzverwalter daher keine Verwaltungs- und Verfügungsmacht mehr an Inventargegenständen gehabt, die einer Entfernung der Inventargegenstände durch die Beklagte hätte entgegenstehen können.

18 Nutzungsentuschädigung

18.1 § 546a Abs. 1, 2. Alt. BGB

Das Gesetz sieht in § 546a Abs. 1 BGB nicht vor, dass ein Mieter, der nach Beendigung des Mietverhältnisses das Mietobjekt nicht zurückgibt und die Mietsache dem Vermieter vorenthält, als Nutzungsentuschädigung alternativ neben der bislang zu zahlenden Miete eine ortsübliche Miete zu zahlen habe. Vielmehr heißt es in § 546a Abs. 1 BGB ausdrücklich, der Vermieter könne in diesem Fall als Nutzungsentuschädigung „die Miete verlangen, die für vergleichbare Sachen ortsüblich“ sei.

Für den Fall, dass der Vermieter eine Nutzungsentuschädigung in dieser Alternative verlangt, ist die Höhe der zu zahlenden Nutzungsentuschädigung daher durch eine zweistufige Ermittlung zu bestimmen⁶¹¹: In einem ersten Schritt sind Objekte zu suchen, die mit dem Mietobjekt vergleichbar sind, in einem zweiten Schritt ist dann die ortsübliche Miete anhand der für die Vergleichsobjekte zu zahlenden Miete zu bestimmen. Maßstab der zu zahlenden Nutzungsentuschä-

⁶¹¹ OLG Celle v. 10.3.2016 – 2 U 128/15, ZMR 2016, 535.

digung ist insoweit der Marktmietzins, also diejenige Miete, zu der ein vergleichbares Objekt während der Zeit der Vorenthaltung hätte weitervermietet oder angemietet werden können. Der Begriff der Ortsüblichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang lediglich, dass bei den Vergleichsmieten nicht vereinzelte Spitzenwerte (nach unten oder oben) zu berücksichtigen sind, sondern ein gewisser Durchschnitt⁶¹². Danach richtet sich die Höhe der Nutzungsentschädigung also gerade nicht nach einer ortsüblichen (bzw. wie der gerichtliche Sachverständige meint: angemessenen) Miete, sondern ausschließlich und allein anhand derjenigen Miete, die für Vergleichsobjekte als Miete im Zeitpunkt der Vorenthaltung durchschnittlich vereinbart worden ist. Ob diese Miete objektiv betrachtet angemessen ist oder nicht, ist rechtlich ohne Belang.

Gemessen daran lässt sich im Streitfall eine Nutzungsentschädigung nicht anhand von Vergleichsmieten feststellen. Denn es gibt keine Vergleichsobjekte in L.. Es ist unstrittig und vom Sachverständigen Dipl.-Ing. T. in seinem schriftlichen Gutachten vom 21. Juli 2015 und bei seiner Anhörung im Termin vom 10. September 2015 ausdrücklich bestätigt worden, dass es sich bei dem streitbefangenen Mietobjekt um eine Spezialimmobilie handelt, die vergleichbar in L. nicht existent ist. Es gibt kein Mietobjekt am Rande der Innenstadt von L., das im 1. Obergeschoss gelegen, aus einem einzigen großen Raum mit einer knapp 1.000 m² großen Fläche, kaum Fenstern und veralteten Sanitäranlagen ohne Fenster besteht. Damit existieren keine Mieten für Vergleichsobjekte, die zur Bemessung einer Nutzungsentschädigung herangezogen werden könnten. Eine Nutzungsentschädigung lässt sich daher auch nicht anhand dieser gesetzlichen Berechnungsmöglichkeit darstellen.

Die Bestimmung der zu zahlenden Nutzungsentschädigung anhand einer „ortsüblichen Miete“ unabhängig von Vergleichsobjekten sieht das Gesetz in § 546a Abs. 1 BGB gerade nicht vor, weshalb dieser Maßstab entgegen der Ansicht des Sachverständigen und des Landgerichts auch nicht zur Bemessung einer zu zahlenden Nutzungsentschädigung herangezogen werden kann. Selbst wenn man aber annähme, entgegen der gesetzlichen Regelung sei die Nutzungsentschädigung nach einem abstrakten „ortsüblichen“ Maßstab zu bemessen, wenn - wie im Streitfall - Vergleichsobjekte nicht vorhanden sind, könnte

⁶¹² vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 12. Aufl., § 546a BGB Rz. 60.

die Klage keinen Erfolg haben. Denn es lässt sich auch nach den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. T. nicht feststellen, dass es eine „ortsübliche“ Mierte für das streitbefangene Objekt gibt, die oberhalb derjenigen Nutzungsentschädigung liegt, die der Beklagte bereits bezahlt hat.

18.2 Fortdauer des vertraglichen Aufrechnungsverbot

Für Geschäftsraummietverträge ist, dass ein Ausschluss der Aufrechnung zulässig ist, soweit es sich nicht um rechtskräftig festgestellte oder unstrittige Gegenforderungen handelt⁶¹³. Gegen die Wirksamkeit des Aufrechnungsverbot nach Maßgabe von § 307 BGB bestehen, sofern es sich überhaupt um einen Formularvertrag handelt, keine Bedenken. Gemäß § 309 Nr. 3 BGB ist nur ein solches Aufrechnungsverbot unwirksam, welches dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung aufzurechnen. Zwar dürfte der Mieter gemäß §§ 310 Abs. 1, 14 BGB von dem persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen sein. Ist die Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen jedoch schon gegenüber einem Verbraucher zulässig, kann eine derartige Einschränkung des Aufrechnungseinwandes gegenüber einem Unternehmer bzw. einer Gesellschaft im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen erst recht nicht als treuwidrige unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB gewertet werden⁶¹⁴. Der für das gewerbliche Mietrecht zuständige XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat die AGB-rechtliche Unbedenklichkeit einer entsprechenden Klausel mit Urteil vom 15. Dezember 2010 (Az. XII ZR 132/09) in einem Mietvertrag mit einem selbständigen Kinderarzt nochmals ausdrücklich bestätigt⁶¹⁵.

⁶¹³ BGH v. 27.1.1993 - XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519 (520); OLG Düsseldorf v. 8.6.2006 - 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 27; OLG Düsseldorf v. 25.7.2013 - 10 U 114/12, zitiert nach juris, Rz. 15 ff.; OLG Düsseldorf v. 4.3.2014 - 10 U 159/13, zitiert nach juris, Rz. 3; LG Berlin v. 14.8.2012, Az. 29 O 297/11, zitiert nach juris, Rz. 127; OLG Köln v. 15.7.2011 - 1 U 482/10, zitiert nach juris, Rz. 40; *Ghassemi-Tabar* in: *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummierte*, 1. Aufl. 2015, § 536 BGB Rz. 434 m.w.N.

⁶¹⁴ vgl. OLG Düsseldorf v. 8.8.2006 - 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 27 m.w.N.

⁶¹⁵ BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, zitiert nach juris, Rz. 21.

Die Aufrechnungsbeschränkung gilt auch nach Beendigung des Mietverhältnisses und Räumung des Mietobjekts⁶¹⁶. Denn der Schutzzweck des Aufrechnungsverbotens besteht darin, einseitig das Interesse des Vermieters daran zu sichern, dass dieser die laufenden Mieteinnahmen regelmäßig und ungeachtet von Einwendungen des Mieters erhält, die der Mieter auf wirkliche oder vermeintliche Gegenansprüche stützt, und ein langwieriges Prozessieren zur Durchsetzung der Mietansprüche möglichst weitgehend zu vermeiden. Das Interesse des Vermieters daran, die Mietforderungen möglichst problemlos durchsetzen zu können, endet auch nicht mit Beendigung des Mietverhältnisses. Es besteht deshalb kein Anlass, das vertraglich uneingeschränkt vereinbarte Aufrechnungsverbot abweichend von seinem Wortlaut einschränkend auszulegen. Andernfalls bestünde die Gefahr einer Besserstellung des vertragsuntreuen Mieters, welcher, insbesondere wenn er am Mietverhältnis nicht festhalten möchte, bereits Monate vor Beendigung des Vertrages unter Berufung auf Gegenforderungen seine Zahlungen einstellt⁶¹⁷.

Der Wirksamkeit des Aufrechnungsverbotens steht auch nicht entgegen, dass der Mieter gemäß § 11 Ziff. 2 2. Hs. des Mietvertrages gehalten ist, dem Vermieter die Aufrechnung einen Monat vor Fälligkeit „schriftlich“ anzuzeigen⁶¹⁸. Zwar besagt § 556b Abs. 2 S. 1 BGB, dass der Mieter entgegen einer vertraglichen Bestimmung gegen eine Mietforderung mit einer Forderung auf Grund der §§ 536a, 539 BGB oder aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen zu viel gezahlter Miete aufrechnen oder wegen einer solchen Forderung ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit der Miete in Textform angezeigt hat; eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist gemäß § 556b Abs. 2 S. 2 BGB unwirksam. Doch ist § 556b Abs. 2 BGB ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse anwendbar⁶¹⁹.

⁶¹⁶ OLG Düsseldorf v. 12.4.2016 - 24 U 143/15, GE 2016, 857; OLG Köln v. 15.7.2011 - 1 U 482/10, zitiert nach juris, Rz. 40; OLG Düsseldorf v. 8.8.2006, Az. 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 28 f.

⁶¹⁷ OLG Düsseldorf v. 8.8.2006 - 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 29 m.w.N.

⁶¹⁸ vgl. zur Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbotens bei der Wohnraummiete in diesem Fall LG Konstanz v. 19.12.2013 - 61 S 30/13, zitiert nach juris, Rz. 50.

⁶¹⁹ Schmid in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl. 2015, § 556b BGB Rz. 2.

19 Vorkaufsrecht

19.1 § 577 Abs. 1 Variante 2 BGB

Der Mieter ist nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB unter zwei - gleichberechtigt nebeneinander stehenden - Alternativen zum Vorkauf berechtigt. Voraussetzung der ersten Alternative ist, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist und dieses dann an einen Dritten verkauft wird⁶²⁰. Nach der zweiten Alternative ist die Entstehung eines Vorkaufsrechts davon abhängig, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll und das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten verkauft wird⁶²¹. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist in diesem Falle ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum⁶²². Das Vorkaufsrecht des Mieters entsteht in einem solchen Fall nur dann, wenn sich der Veräußerer beim Verkauf des noch ungeteilten Grundeigentums gegenüber dem Dritten vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohneinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist⁶²³.

Die Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheitern nicht daran, dass der Vermieter schon vor Überlassung der Mietsache an den Mieter (und sogar schon vor Abschluss des Mietvertrags) die für die Aufteilung in Wohnungseigentum erforderliche Teilungserklärung (§ 8 WEG) hat notariell beurkunden lassen⁶²⁴. Denn dies ändert nichts daran, dass Wohnungseigentum erst nach der Überlassung der Wohnräume an die Kläger begründet worden ist. Die Teilung wird gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG erst mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam. Entscheidend ist also der dingliche Vollzug, der hier mit der am 28. Dezember 2010 erfolgten Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch bewirkt worden ist. Da § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB allein

⁶²⁰ BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 250/05, NJW 2006, 1869 Rz. 10; BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5.

⁶²¹ Staudinger/Rolls, Neubearb. 2014, § 577 BGB Rz. 24, 16; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl., § 577 BGB Rz. 3.

⁶²² BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5.

⁶²³ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17.

⁶²⁴ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369 = GE 2016, 905 = NZM 2016, 540.

auf die Begründung von Wohnungseigentum abstellt, steht - anders als einzelne Stimmen im Schrifttum meinen⁶²⁵ - die bei Mietvertragsabschluss bestehende Kenntnis des Mieters von einer Umwandlungsabsicht der Anwendung dieser Alternative nicht entgegen⁶²⁶.

Für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB reicht es nicht aus, wenn nach der Überlassung der Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist⁶²⁷. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten der Begründung von Wohnungseigentum zeitlich nachfolgt. Wird dieses erst nach dem Verkauf begründet, scheidet ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB aus⁶²⁸.

Diese Sachlage ist gegeben, wenn der Kaufvertrag zwischen dem Vermieter und dem Erwerber am 16.12.2010 notariell beurkundet wurde und das Wohnungseigentum erst danach, nämlich mit der am 23.12.2010 erfolgten Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch, begründet wurde⁶²⁹. Es wurde also nicht - wie von § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB vorausgesetzt - eine Wohnung verkauft, an der bereits vor Abschluss des Kaufvertrags Wohnungseigentum entstanden war.

Auch die Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB sind nicht erfüllt⁶³⁰. Die Entstehung eines Vorkaufsrechts ist davon abhängig, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll und das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten verkauft wird. Die letztgenannte Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn sich der Veräußerer beim Verkauf des noch ungeteilten Grundeigentums gegenüber dem Dritten vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG ver-

⁶²⁵ *Wirth*, NZM 1998, 390, 391 f.

⁶²⁶ ebenso AG Frankfurt v. 22.09.1994 - 33 C 2338/94 - 26, NJW 1995, 1034; Palandt/*Weidenkaff*, 75. Aufl., § 577 BGB Rz. 3; Erman/*Lützenkirchen*, 14. Aufl., § 577 BGB Rz. 3; Staudinger/*Rolfs*, Neubearb. 2014, § 577 BGB Rz. 25; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 577 BGB Rz. 6 m.w.N.

⁶²⁷ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369 = GE 2016, 905 = NZM 2016, 540.

⁶²⁸ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5.

⁶²⁹ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369 = GE 2016, 905 = NZM 2016, 540.

⁶³⁰ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369 = GE 2016, 905 = NZM 2016, 540.

pflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohneinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist⁶³¹..

Ein Vorkaufsrecht der Kläger scheidet nämlich bereits daran, dass die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, nicht erst nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter gefasst und dokumentiert worden ist⁶³². Entgegen einer teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung⁶³³ ist es für die Anwendung des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB erforderlich, dass das Tatbestandsmerkmal "Wohnungseigentum soll begründet werden" zeitlich erst nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter erfüllt wird⁶³⁴. Denn das Gesetz spricht ausdrücklich von "vermieteten Wohnräumen, an denen nach Überlassung an den Mieter [...] Wohnungseigentum begründet werden soll". Das Gesetz legt damit eine bestimmte zeitliche Reihenfolge der einzelnen Vorgänge fest⁶³⁵.

Dass die Vorkaufsberechtigung nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB auch dann eingreifen soll, wenn die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, schon vor der Überlassung der Wohnräume an den Mieter gefasst und dokumentiert worden ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen⁶³⁶. Nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist ein Vorkaufsrecht des Mieters ausgeschlossen, wenn das Wohnungseigentum schon vor der Überlassung der Wohnräume an den Mieter begründet worden ist⁶³⁷. Angesichts des im Gesetz angeordneten Gleichlaufs der gleichberechtigt nebeneinander stehenden Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB gelten auch bezüglich der zweiten Alternative dieser Bestimmung die gleichen Grundsätze wie bei der ersten Alternative, allerdings bezogen darauf, dass an die Stelle eines begründeten Wohnungseigentums die - nach außen

⁶³¹ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17.

⁶³² BGH v. 6.4.2016 – VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369 = GE 2016, 905 = NZM 2016, 540.

⁶³³ *Schilling/Meyer*, ZMR 1994, 497, 503 f.; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 577 BGB Rz. 19; *BeckOK BGB/Hannappel*, Stand: 1. August 2015, § 577 BGB Rz. 10; unklar *Staudinger/Rolfs*, Neubearb. 2014, § 577 BGB Rz. 25.

⁶³⁴ so auch *Rüßmann*, RNotZ 2012, 97 (109); *Schmidt*, WE 1993, 328 (331); *Langhein*, DNotZ 1993, 650 (656); *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 14; im Ergebnis auch *Derleder*, PiG 49 [1996], 169 (176).

⁶³⁵ *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 577 BGB Rz. 5; *Staudinger/Rolfs*, Neubearb. 2014, § 577 BGB Rz. 16, 24.

⁶³⁶ BGH v. 6.4.2016 – VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369 = GE 2016, 905 = NZM 2016, 540.

⁶³⁷ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5.

hinreichend manifestierte - Absicht tritt, solches zu begründen⁶³⁸. Denn § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB unterscheidet sich von der ersten Alternative dieser Vorschrift allein dadurch, dass nicht an ein bereits entstandenes Wohnungseigentum, sondern an die Absicht angeknüpft wird, Wohnungseigentum zu begründen. Hieraus ergibt sich, dass dann, wenn die Überlassung der Mieträume an den Mieter erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem das Tatbestandsmerkmal "Wohnungseigentum soll begründet werden" bereits vorlag, ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB nicht entstehen kann, sondern allenfalls - infolge einer später vollzogenen Umwandlung in Wohnungseigentum - ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, sofern die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind.

Auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB lässt sich nichts anderes ableiten. In den Gesetzesmaterialien finden sich keine ergiebigen Stellungnahmen dazu, aus welchen Gründen die zweite Alternative (Wohnungseigentum soll begründet werden) der ersten Alternative (vollzogene Umwandlung in Wohnungseigentum) gleichgestellt wurde⁶³⁹. Das Vorkaufsrecht knüpft ausweislich der Gesetzesmaterialien daran an, dass für den Mieter nach Abschluss des Mietvertrags und nach Überlassung der Wohnräume die Gefahr der Verdrängung aus der Mietwohnung entsteht⁶⁴⁰. Wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, dass der Mieter im Rahmen des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB auch dann in den Genuss eines Vorkaufsrechts kommen soll, wenn die Gefahr für die Verdrängung des Mieters, an die das Gesetz anknüpft ("Wohnungseigentum soll begründet werden"), schon vor den genannten Zeitpunkten entstanden ist, hätte es nahegelegen, dass der Gesetzgeber die zweite Alternative der genannten Vorschrift nicht - wie geschehen - im Gleichklang zur ersten Alternative ausgestaltete, sondern die im Gesetz geregelte zeitliche Abfolge nur für die erste Alternative vorgesehen hätte.

Für eine Begründungsabsicht im Sinne des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB reicht eine rein innerlich bestehende Absicht nicht aus⁶⁴¹. Vielmehr muss sich

⁶³⁸ so auch Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2014, § 577 BGB Rz. 16 m.w.N.

⁶³⁹ BT-Drucks. 14/4553, S. 72 [zu § 577 BGB]; 12/3254, S. 40; 12/3013, S. 18; 9/791, S. 12 f. [jeweils zu § 570b BGB a.F.]; 8/3403, S. 40 f. [zu § 2b WoBindG].

⁶⁴⁰ vgl. BT-Drucks. 8/3403, S. 41; 9/791, S. 12; 12/3013, S. 18.

⁶⁴¹ BGH v. 6.4.2016 – VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369 = GE 2016, 905 = NZM 2016, 540 m.w.N.

die Absicht, die vermieteten Wohnräume in Wohnungseigentum umzuwandeln, nach außen hinreichend manifestieren. Denn ansonsten ließe sich nicht mit der für die Beteiligten erforderlichen Gewissheit feststellen, ob und ab welchem Zeitpunkt die gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB erforderliche Voraussetzung "Wohnungseigentum soll begründet werden" erfüllt ist.

19.2 analoge Anwendung auf Realteilung

Die für die Begründung von Wohnungseigentum geltende Bestimmung des § 577 BGB ist auf die Realteilung eines Grundstücks, das mit zu Wohnzwecken vermieteten Reihenhäusern bebaut ist, entsprechend anzuwenden⁶⁴². Dementsprechend kann ein Vorkaufsrecht des Mieters sowohl im Falle der Veräußerung eines Grundstücks nach vollzogener Realteilung (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB analog), die neben einer Teilungserklärung des Grundstückseigentümers - und gegebenenfalls erforderlichen behördlichen Genehmigungen - die Eintragung im Grundbuch voraussetzt⁶⁴³, als auch im Falle der Veräußerung eines ungeteilten Grundstücks bei beabsichtigter Realteilung (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB analog) in Betracht kommen⁶⁴⁴.

Ein Vorkaufsrecht des Mieters kann entsprechend § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB bei Veräußerung eines noch ungeteilten Gesamtgrundstücks und beabsichtigter Realteilung nur dann begründet werden, wenn den Anforderungen sinngemäß entsprochen wird, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB im Falle der Veräußerung eines ungeteilten Mehrfamilienhauses und beabsichtigter Begründung von Wohnungseigentum gefordert werden⁶⁴⁵.

Das für den Fall der Veräußerung künftigen Wohnungseigentums in § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB angeordnete Vorkaufsrecht soll gerade nicht zum Erwerb des gesamten Grundstücks berechtigen. Ebenso wenig soll der Mieter dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil in einer Bruchteilsgemeinschaft ohne

⁶⁴² BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 126/07, NZM 2008, 569 Rz. 8 f.; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 325/09, NJW 2010, 3571 Rz. 14.

⁶⁴³ vgl. BGH v. 13.12.2012 - V ZB 49/12, NJW-RR 2013, 588 Rz. 5; MünchKomm/Kohler, 6. Aufl., § 890 BGB Rz. 15, 16; Palandt/Bassenge, 75. Aufl., § 890 BGB Rz. 6.

⁶⁴⁴ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 126/07, NZM 2008, 569 Rz. 8 f.; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 325/09, NJW 2010, 3571 Rz. 14.

⁶⁴⁵ BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.

Sondereigentum erwerben. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist vielmehr ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum⁶⁴⁶. Deshalb muss zunächst gewährleistet sein, dass der Mieter einen Anspruch auf die Begründung von Wohnungseigentum erwirbt⁶⁴⁷. Hierfür genügt die Teilungserklärung des Veräußerers gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 8 WEG nicht, denn sie ist bis zur Anlegung der Wohnungsgrundbücher frei widerruflich. Ebenso wenig reicht es aus, dass eine Aufteilung durch den oder die Erwerber durchgeführt werden soll, denn in diesem Fall erwirbt ein das Vorkaufsrecht ausübender Mieter keinen Rechtsanspruch auf Durchführung der Aufteilung⁶⁴⁸. Erforderlich ist vielmehr, dass der Verkäufer als Vorkaufsverpflichteter in dem Kaufvertrag eine Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat⁶⁴⁹. Ob dies der Fall ist, ist dem Kaufvertrag im Wege der Auslegung zu entnehmen. Dabei kann sich bereits aus einer Bezugnahme auf eine erfolgte Teilungserklärung ergeben, dass vom Veräußerer die vollendete Aufteilung geschuldet ist⁶⁵⁰.

Weitere Voraussetzung für das Entstehen eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ist, dass die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohnungseigentumseinheit in dem Kaufvertrag mit dem Dritten bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist⁶⁵¹.

Die vorgenannten Anforderungen haben sinngemäß auch für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB analog bei einer beabsichtigten Realteilung eines Grundstücks zu gelten, das mit einem zu Wohnzwecken vermieteten Haus bebaut ist⁶⁵². Es reicht also nicht aus, dass der Vermieter das ungeteilte Grundstück an einen Dritten veräußert und dieser nach dem Erwerb die Realteilung durchführt. Vielmehr muss sich dem Kaufvertrag unter Anwendung der Auslegungsregeln nach §§ 133, 157 BGB entnehmen lassen, dass der Veräußerer auch den Vollzug der Realteilung schuldet und damit der Erwerber gegen den Veräußerer einen Anspruch auf die Begrün-

⁶⁴⁶ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

⁶⁴⁷ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

⁶⁴⁸ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 24.

⁶⁴⁹ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

⁶⁵⁰ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 23.

⁶⁵¹ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

⁶⁵² BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.

derung eines bestimmten oder wenigstens bestimmbaren Einzelgrundstücks erwirbt, das mit dem angemieteten Wohnhaus bebaut ist. Nur in diesem Fall ist gewährleistet, dass sich die mit der Ausübung des Vorkaufsrechts bewirkte Rechtsstellung des Mieters nicht darin erschöpft, einen sachenrechtlich noch nicht existierenden Gegenstand käuflich zu erwerben, sondern der Mieter die (künftige) Entstehung dieses Kaufgegenstands auch durchsetzen kann, weil ihm gegen den Veräußerer zugleich ein schuldrechtlicher Anspruch auf die Schaffung eines mit dem von ihm genutzten Wohnhaus bebauten Einzelgrundstücks zusteht.

20 Widerruf von Fernabsatzgeschäften

Aufgrund der Ausübung des Widerrufs ist der Verbraucher nicht mehr an seine auf Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung gebunden, § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Damit hat er Anspruch auf Rückzahlung seiner Leistung, § 346 Abs. 1 BGB.

Dem kann der Unternehmer in aller Regel nicht den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen halten, weil der Verbraucher das Widerrufsrecht in sachfremder Weise zur Durchsetzung vermeintlicher Ansprüche aus einem anderen Sachverhalt eingesetzt habe⁶⁵³. Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben⁶⁵⁴. Ein Ausschluss des Widerrufsrechts wegen Rechtsmissbrauchs bzw. unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) kommt nur ausnahmsweise - unter dem Gesichtspunkt besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers - in Betracht, etwa bei arglistigem Verhalten des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer⁶⁵⁵. Dazu muss ein arglistiges Verhalten des Verbrauchers festgestellt werden, etwa dass es ihm darauf angekommen wäre, den Unternehmer zu schädigen oder zu schikanieren. Dafür reicht es nicht aus, wenn der Verbraucher lediglich versucht, mit Hilfe der ihm zustehenden (Verbraucher-) Rechte für sich selbst günstigere Vertragsbedingungen auszuhandeln. Ein solches Verhalten steht im Einklang mit den vor-

⁶⁵³ BGH v. 16.3.2016 - VIII ZR 146/15, ■.

⁶⁵⁴ vgl. BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rz. 17 m.w.N.

⁶⁵⁵ BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rz. 20.

bezeichneten gesetzlichen Regelungen zum Widerrufsrecht des Verbrauchers. Insbesondere ist es für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung, ob der Verbraucher die Nichtausübung des Widerrufs von der Gewährung eines nicht in voller Höhe berechtigten Vorteils abhängig gemacht hat. Mit einem solchen Verhalten nutzt der Verbraucher schlicht zu seinem Vorteil das ihm eingeräumte und an keine weiteren Voraussetzungen gebundene Widerrufsrecht. Die Grenze zur Arglist oder Schikane ist dabei - offensichtlich - nicht überschritten.