



Aktuelles Mietrecht 2018

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Lehrbeauftragter an der TH Köln

✉ Aachener Str. 1053-1055, 50958 Köln

✉ luetzenkirchen@ld-ra.de

☎ 0221-1792910

INHALT

I. Einblick	1
II. Aktuelles Mietrecht	1
1 Der Anspruch auf Rückzahlung der Barkaution	1
1.1 Gläubiger des Anspruchs	2
1.2 Schuldner des Rückzahlungsanspruchs	3
1.3 Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs	3
1.4 Modalitäten der Erfüllung (Aufrechnung)	8
1.4.1 Allgemeines	8
1.4.2 Zeitpunkt der Auflösung des Sparbuchs	8
1.4.3 Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs	9
1.4.4 Verrechnungen des Mieters	13
1.5 Aufrechnung mit kautionsfremden Ansprüchen	13
1.6 Rechtsfolgen der Kautionsabrechnung	15
1.7 Verjährung	16
2 Mietrechtsanpassungsgesetz	17
3 Vermieter	78
4 Mietvertrag	79
4.1 Recht eine Photovoltaikanlage zu erreichen und zu nutzen	79
4.2 Stellen durch Kaufen eines Vertragsmusters?	80
4.3 Vollmachtsklausel	81
4.4 Absicht zum Abschluss eines weiteren Mietvertrages	83
5 vertragsgemäßer Gebrauch	85
5.1 Herbeiführen des vertragsgemäßen Zustandes	85
5.2 Reinigung nicht zu öffnender Fenster	87
5.3 Räum- und Streupflicht	87
5.4 Konkurrenzschutz für Eisdiele?	89
6 Miete	91
6.1 Bereicherungsanspruch des Jobcenters	91
6.2 Saldoklage	96
7 Schönheitsreparaturen	97
7.1 Übernahme der Endrenovierung für den Vormieter	97

7.2	Anfangsrenovierung bei preisgebundenem Wohnraum.....	100
8	Gewährleistung.....	102
8.1	Leistungsklage auf Mängelbeseitigung.....	102
8.2	öffentlich-rechtlicher Mangel.....	103
8.3	Vorbehaltlose Zahlung und § 814 BGB	105
8.4	Beweislast nach Mängelbeseitigung	106
8.5	Klimatisierte Mieträume für ein Modegeschäft.....	107
8.6	Selbsthilfe zur Vermeidung von Schäden.....	110
9	Wegnahmerecht an Außentür	111
10	Fortsetzung des Mietvertrages, § 545 BGB	112
10.1	Konkludenter Widerspruch.....	112
11	Verjährung.....	114
11.1	Verjährungsbeginn durch Annahmeverzug des Vermieters	114
12	Schriftform	116
12.1	Unterschriften auf verschiedenen Vertragsexemplaren	116
12.2	Vollmacht durch Firmenstempel.....	119
12.3	Geltendmachung eines Leistungsvorbehalts	122
12.4	Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Formmangel	124
13	Kaution.....	125
13.1	Ausschluss der Verzinsungspflicht vor dem 1.1.1983	125
14	Mieterhöhung	127
14.1	§ 558 BGB: ausgetauschte Einbauküche.....	127
14.2	Begründungsmittel Sachverständigengutachten.....	129
14.3	Verzicht auf Mieterhöhung nach § 559 BGB durch eine solche nach § 558 BGB.....	132
14.4	Fehlender Abzug wegen ersparter Instandsetzung.....	133
15	Betriebskosten.....	134
15.1	Mietausfall als Teil der Gebäudeversicherung.....	134
15.2	Umlagevereinbarung zu „Nebenkosten“	136
15.3	Umlageschlüssel Wohnfläche.....	139
15.4	Umfang der Belegeinsicht	141
15.5	Rechtsfolge des Zurückbehaltungsrechts	144
16	Heizkosten.....	146

16.1	Pauschale entgegen § 2 HeizkV	146
17	Vermieterpfandrecht.....	147
17.1	Erlöschen durch Entfernen eines Fahrzeugs	147
18	Beendigung des Mietvertrages	153
18.1	Sittenwidrigkeit eines Mietaufhebungsvertrages	153
18.2	Fristgerechte Kündigung	156
18.2.1	Kündigungsverzicht durch lebenslanges Wohnrecht im Kaufvertrag	156
18.2.2	Dauer des individuellen Kündigungsverzichts.....	158
18.2.3	Hilfsweise Kündigung wegen Zahlungsverzuges	159
18.2.4	Kündigungssperre nach § 577a BGB	160
18.2.5	Eigenbedarf zur Nutzung als Ferien- oder Zweitwohnung	164
18.3	außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist.....	166
18.3.1	§ 563 Abs. 4 BGB bei finanzieller Leistungsunfähigkeit?	166
18.4	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.....	170
18.4.1	Miete i.S.v. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Minderung	170
18.5	Zeitliche Wirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB	172
18.6	Umdeutung einer fristlosen in eine fristgerechte Kündigung	173
19	Nutzungsentschädigung	174
19.1	Vorenthaltung	174
19.2	Vorenthaltung und Vermieterpfandrecht	176
19.3	Nutzungsentschädigung nach §§ 812 ff. BGB	177
20	Schadensersatz	179
20.1	Rückgabe mit Beschädigungen.....	179
20.2	Mietausfallschaden nach einstweiliger Verfügung	185
20.3	Mietausfallschaden bei befristetem Mietvertrag	186
20.4	Schadensersatz des Mieters vom Nachbarn wegen beschädigter Tapete.....	187
21	Vorkaufsrecht.....	189
21.1	§ 577 Abs. 1 Variante 2 BGB.....	189
21.2	analoge Anwendung auf Realteilung.....	192
22	Zwangsvollstreckung.....	194
22.1	Schuldner bei der Räumungsvollstreckung.....	194

22.2	Zwangsvollstreckung aus § 885a ZPO gegen den Schuldner gemäß ZVG.....	200
22.3	Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 BGB	203
22.4	Einstweilige Verfügung gegen Dritte bei Vermietung von Gewerberaum	205
23	Zwangsverwaltung.....	208
23.1	schuldrechtliches Wohnrecht.....	208
24	Streitwert	208
24.1	Klage auf Zustimmung zur Tierhaltung	208

I. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2017/18 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und einiger 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 Der Anspruch auf Rückzahlung der Barkaution

Durch die Leistung der Kaution entsteht ein **Treuhandverhältnis** zwischen den Parteien. Diese Treuhandabrede enthält bereits den durch das Mietende **aufschiebend bedingten Rückzahlungsanspruch**¹. Tritt also das Mietende ein, entsteht der Rückzahlungsanspruch durch Eintritt der aufschiebenden Bedingung, seine Fälligkeit ist vom Ablauf der (angemessenen) Prüfungsfrist abhängig². Auch wenn der Anspruch nur in der Höhe entsteht, bis zu der dem Vermieter Gegenansprüche zustehen, trägt der Vermieter die **Darlegungs- und Beweislast** für seine Gegenforderungen³. Da der Mieter den Rückforderungsanspruch auch im **Urkundenprozess** geltend machen kann, wozu er in der Regel eine Quittung über die Zahlung benötigt, muss der Vermieter seine Gegenansprüche in diesem Fall durch Urkunden belegen.

¹ BGH v. 24.3.1999 – XII ZR 124/97, MDR 1999, 988 = WuM 1999, 397 = ZMR 1999, 537; BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, MDR 1982, 925 = WuM 1982, 240 = NJW 1982, 2186; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 551 BGB Rz. 95; *Emmerich/Sonnenschein*, § 551 BGB Rz. 22..

² Zur Formulierung der entsprechenden Klageanträge vgl. *Lehmann-Richter*, WuM 2014, 8 (10).

³ *Ludley*, NZM 2013, 777 (780).

1.1 Gläubiger des Anspruchs

Der Kautionsrückzahlungsanspruch ist grundsätzlich **vom Mieter**, also bei mehreren Mietern von allen geltend zu machen⁴, und zwar mit Zahlung an alle Berechtigten⁵. Die (alleinige) Aktivlegitimation der **Personenmehrheit** besteht auch dann, wenn die Sicherheit nur von einem Mieter geleistet wurde⁶. Wurde allerdings die Kautionsrückzahlung nach Beendigung eines Mietvertrages mit zwei Mietern auf den neuen Mietvertrag mit nur einem Mieter übertragen, ist auch nur dieser Mieter Gläubiger der Rückzahlung⁷. Hat die **Gemeinde/das Sozialamt** oder eine sonstige Behörde zu Beginn des Vertrages die Kautionsrückzahlung für beide Mieter gezahlt, soll die Abtretung eines Mieters ausreichen, um die Aktivlegitimation der Gemeinde zu begründen, jedenfalls dann, wenn die Kautionsrückzahlung für den Mieter erfolgt, welcher sodann seinen Kautionsrückzahlungsanspruch abtritt⁸. Die Aktivlegitimation der Mieter ist grundsätzlich nicht mehr gegeben, wenn einer der Mieter während der Mietzeit in **Insolvenz** gefallen ist⁹. Hat der Insolvenzverwalter die Wohnung des Schuldners (Mieters) nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO freigegeben, erfasst die **Freigabe** auch den (aufschiebend bedingten) Anspruch auf Rückzahlung der Kautionsrückzahlung¹⁰, so dass der Mieter (wieder) aktiv legitimiert ist.

Ist **einer von mehreren Mietern** während der Mietzeit **ausgezogen**, ist zu differenzieren. Wurde der Mietvertrag unter Ausscheiden des ausgezogenen Mieters mit dem/den verbliebenen Mieter/n fortgesetzt, sind grundsätzlich die Verbliebenen allein klagebefugt. Dafür spricht in der Regel, wenn der Vermieter nach einer Bitte um Entlassung die Korrespondenz mit der/den Verbliebenen weiterführt, insbesondere rechtsgeschäftliche Erklärungen nur diesen gegenüber abgibt¹¹. Lehnt der Vermieter ein Ausscheiden (schlüssig) ab, muss der Anspruch von allen geltend gemacht oder jedenfalls Zahlung an alle verlangt werden.

⁴ KG v. 2.2.2012 – 8 U 193/11, ZMR 2012, 695.

⁵ LG Flensburg v. 9.10.2008 – 1 S 56/08, GE 2009, 717.

⁶ KG v. 2.2.2012 – 8 U 193/11, ZMR 2012, 695.

⁷ AG München v. 3.12.2013 – 433 C 23094/13, ZMR 2014, 374.

⁸ AG Pinneberg v. 5.12.2003 – 66 C 202/03, ZMR 2004, 276.

⁹ AG Brandenburg v. 25.4.2012 – 31 C 175/10, GE 2012, 758.

¹⁰ BGH v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, GE 2017, 587.

¹¹ LG Berlin v. 20.7.2010 – 63 S 632/09, GE 2011, 266.

Verstirbt der Mieter und wird das Mietverhältnis nach **§ 563 BGB** fortgesetzt, wird der Eintretende Gläubiger des Rückzahlungsanspruchs. Das Gleiche gilt für den überlebenden Mitmieter i.S.d. **§ 563a BGB**¹². Nach dessen Tod treten dessen Erben nach **§ 564 BGB** auch in die Kautionsabrede ein, solange keine Berechtigten i.S.v. § 563 BGB vorhanden sind.

1.2 Schuldner des Rückzahlungsanspruchs

Der Rückzahlungsanspruch richtet sich **gegen den Vermieter**. Mehrere Vermieter haften als Gesamtschuldner nach den §§ 421 ff. BGB. Selbst wenn die Kautionsabrede an den Hausverwalter geleistet wurde, kann von ihm keine Rückforderung verlangt werden¹³, wenn nicht die Voraussetzungen für eine persönliche Haftung z.B. nach § 311 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB vorliegen.

Der **Zwangsverwalter** haftet auf Rückzahlung, wenn die Zwangsverwaltung vor Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs eingerichtet wird, und zwar unabhängig davon, ob er die Kautionsabrede (vom Schuldner) erhalten hat¹⁴. Seine Rückgewähspflicht erstreckt sich auch auf die Zinsen, selbst wenn sie nicht erwirtschaftet wurden¹⁵. Erwirbt der Mieter das Objekt in der **Zwangsversteigerung** selbst durch Zuschlag, besteht kein Anspruch gegen den Zwangsverwalter, und zwar auch kein Schadensersatzanspruch¹⁶. Der Mietvertrag erlischt durch Konfusion¹⁷.

Im Falle des **Vermieterwechsels** richtet sich die Rechtslage nach § 566a BGB. Insoweit besteht kein Hindernis für den (bisherigen) Vermieter, sich aus der Kautionsabrede zu befriedigen, selbst wenn er die Erklärung erst nach dem Vermieterwechsel abgegeben hat¹⁸.

1.3 Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs

Der Anspruch auf Rückzahlung der Mietsicherheit wird grundsätzlich erst fällig, wenn dem Vermieter keine Forderungen mehr aus dem Mietvertrag zustehen,

¹² AG Düsseldorf v. 18.8.2011 – 50 C 3305/11, ZMR 2012, 629.

¹³ LG Kaiserslautern v. 9.4.2002 – 1 S 12/02, WuM 2003, 630.

¹⁴ BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 11/03, WuM 2003, 630.

¹⁵ AG Wetzlar v. 15.3.2011 – 38 C 987/10, WuM 2012, 376.

¹⁶ BGH v. 9.6.2010 – VIII ZR 189/09, MDR 2010, 916 = NZM 2010, 698.

¹⁷ BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 13/08, NJW 2009, 1076 = WuM 2009, 127 = GE 2009, 260 = NZM 2009, 151.

¹⁸ OLG Frankfurt v. 15.4.2011 – 2 U 192/10, GE 2011, 885.

wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen kann¹⁹. Um dies feststellen zu können, wird dem Vermieter nach Beendigung des Mietvertrages eine **angemessene Frist zur Prüfung**²⁰ und Entscheidung, ob und inwieweit der Vermieter die Kautions für seine Forderungen aus dem Mietvertrag und dessen Abwicklung in Anspruch nehmen will²¹, eingeräumt. Diese Zeitspanne kann **ohne weiteres sechs Monate** dauern²² - aber auch länger²³. Aus Sinn und Zweck der Prüfungsfrist folgt, dass sie solange dauert, bis der Vermieter seine Ansprüche dem Grunde nach ermitteln und die Höhe in etwa nach Erfahrungswerten bestimmen kann, so dass der Mieter ersehen kann, ob und ggf. in welchem Umfang eine sofortige Rückzahlung stattfindet und/oder die Kautions für Ansprüche verbraucht werden soll. Umso mehr ist der Mieter aber nicht berechtigt, seine Kautions durch Nichtzahlung der Miete in den letzten Monaten „**abzuwohnen**“²⁴.

Die Prüfungsfrist ist mit sechs Monaten **nicht starr festgelegt**. Vielmehr ist der Vermieter berechtigt, die Kautions (ausnahmsweise) auch länger einzubehalten, wenn nach wie vor mögliche Ansprüche im Raum stehen, die ein **besonderes Sicherungsbedürfnis** rechtfertigen²⁵. Denn die Kautions sichert auch **künftige Ansprüche des Vermieters**²⁶. Deshalb ist die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs solange gehindert, wie ernsthaftige nicht bezifferbare Gegenansprüche in Betracht kommen. Diese liegen z.B. vor, wenn die Abwicklung eines vom Mieter verursachten Wasserschadens längere Zeit in Anspruch nimmt²⁷. Ande-

¹⁹ BGH v. 18.1.2017 - VIII ZR 263/15, MDR 2017, 324 = ZMR 2017, 354 (Leasing); BGH v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14, MDR 2016, 1323 = WuM 2016, 620 = NZM 2016, 762 mit Anm. *Ludley*; BGH v. 24.3.1999 - XII ZR 124/97, MDR 1999, 988 = WuM 1999, 397 = ZMR 1999, 53; AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; *Häublein*, ZMR 2017, 445 (453).

²⁰ BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 71/05, MDR 2006, 1100 = GE 2006, 510 = NZM 2006, 343 m.w.N.

²¹ OLG Düsseldorf v. 28.9.2006 - 10 U 61/06, GE 2006, 1613 = ZMR 2007, 269 = OLGR 2007, 302.

²² LG Berlin v. 30.12.2010 - 65 S 139/10, GE 2011, 268; LG Ulm v. 19.12.2007 - 1 S 164/07, DWW 2008, 96; LG Darmstadt v. 7.9.2005 - 7 S 72/05, WuM 2006, 708; AG Potsdam v. 30.8.2007 - 23 C 76/06, ZMR 2011, 48.

²³ AG Dortmund v. 19.6.2018 - 425 C 376/18, juris.

²⁴ AG München v. 7.4.2016 - 432 C 1707/16, ZMR 2017, 69.

²⁵ LG Köln v. 20.9.2006 - 10 S 78/05, Info M 2007, 110; OLG Düsseldorf v. 19.6.2007 - 24 U 55/07, OLGR 2008, 513 = ZMR 2008, 708 (33 Monate).

²⁶ BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 71/05, MDR 2006, 1100 = GE 2006, 510 = NZM 2006, 343 m.w.N.

²⁷ AG Hamburg-Blankenese v. 18.7.2012 - 531 C 347/11, ZMR 2012, 783.

rerseits verlängert sich die Prüfungsfrist nicht dadurch, dass der Vermieter seine Ansprüche noch nicht der Höhe nach vollständig bestimmen kann. Es reicht aus, dass sie bestimmbar sind, wie z.B. die Nachforderung aus einer zukünftigen Betriebskostenabrechnung²⁸.

Kann der Vermieter jedoch schon **früher abrechnen**, z.B. weil er dem Mieter alle Ansprüche mitgeteilt hat, wird der Rückzahlungsanspruch in diesem Zeitpunkt fällig, sofern keine Gegenansprüche mehr bestehen²⁹. Eine **Prüfungsfrist entfällt** völlig, wenn der Vermieter – insbesondere stillschweigend – zu erkennen gegeben hat, dass er die **Kautions nicht mehr in Anspruch nehmen will**. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn der Vermieter bei der Rückgabe erklärt, die Wohnung befinde sich in einem ordnungsgemäßen Zustand. Hier soll es ihm verwehrt sein, wegen Schadensersatzansprüchen auf die Kautions zurückzugreifen, wenn er nachträglich feststellt, dass noch Ansprüche aus dem **Rückgabezustand** hergeleitet werden könnten. Ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche soll erst recht gegeben sein, wenn die Kautions – vorbehaltlos – ganz oder teilweise zurückgezahlt wird³⁰, obwohl der Vermieter zuvor deutlich gemacht hat, dass seine Ansprüche jedenfalls höher sind als der noch einbehaltene Betrag. Insoweit muss in jedem Fall auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden, inwieweit das Verhalten des Vermieters geeignet ist, einen Verzicht auf die Inanspruchnahme der Kautions und damit auf Gegenansprüche zu begründen. Das kommt bei **Verpfändung eines Sparbuchs** in Betracht, wenn der Vermieter das Sparbuch an den Mieter herausgibt. Darin liegt die (stillschweigende) Abtretung, so dass auch ein Anspruch auf Freigabe besteht³¹. Andererseits muss jedenfalls bei Wohnraum, für den **§§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG** gelten, berücksichtigt werden, dass die Kautions ohnehin nur für Ansprüche gilt, die aus der Beschädigung der Mietsache oder unterlassenen Schönheitsreparaturen resultieren.

Bei der Annahme eines **Verzichts des Vermieters auf Inanspruchnahme der Kautions** ist **Vorsicht geboten**: denn an die Feststellung eines Verzichtswillens,

²⁸ AG Bergheim v. 6.10.2011 – 24 C 162/11, n.v.

²⁹ OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 – I-10 U 46/03, WuM 2003, 621.

³⁰ OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, WuM 2001, 439 = ZMR 2001, 962 = NZM 2001, 893; OLG München v. 14.7.1989 – 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20; AG Tiergarten v. 16.5.2007 - 4 C 592 06, GE 2007, 855.

³¹ LG Augsburg v. 23.2.2010 – 4 S 3445/09, WuM 2011, 366.

der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen³². Gerade bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsverrichtend gewertet werden sollen, ist das Gebot einer **interessengerechten Auslegung** zu beachten und haben die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung. Wenn feststeht oder davon auszugehen ist, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im Allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. Das bildet in solchen Fällen die Ausnahme³³. Die Partei, die sich auf einen Ausnahmefall beruft, muss deshalb einen nachvollziehbaren Grund darlegen, warum der Forderungsinhaber bereit gewesen sein sollte, auf seine Forderung zu verzichten³⁴. Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der **vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung** ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggf. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große **Zurückhaltung geboten**³⁵. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kautionsrückzahlung nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusammenhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein unzweideutiges Verhalten voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall einer ausdrücklichen Willenserklärung. Das Vermieterverhalten kann auch den Umständen nach (§§ 133, 157 BGB) als konkludenter Verzicht oder Erlass zu werten sein. In Betracht kommt, dass damit nicht berücksichtigte Forderungen des Vermieters erlassen werden³⁶, wenn dieser ein Mietverhältnis unter Berücksichtigung der Kautionsrückzahlung abrechnet und er das Abrechnungsguthaben an den Mieter auszahlt. Als weitere Option ist denkbar, dass der Vermieter durch eine vorbehaltlose Rückzahlung der Kautionsrückzahlung trotz erkannter oder zumindest leicht erkennbarer Mängel in der Regel aus der Sicht des Mieters schlüssig

³² z.B. BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 353/07, MDR 2008, 1051 = NJW 2008, 2842; BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris.

³³ BGH v. 15.1.2002 - X ZR 91/00, MDR 2002, 749 = NJW 2002, 1044.

³⁴ BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris; BGH v. 10.5.2001 - VII ZR 356/00, MDR 2001, 859 = NJW 2001, 2325.

³⁵ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

³⁶ OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, ZMR 2001, 962.

zu erkennen gibt, dass er den Zustand der Mietsache als vertragsgemäß anerkennt und insoweit auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet³⁷.

Ist die angemessene Prüfungsfrist im Einzelfall abgelaufen, entfällt ein etwaiges „**Recht**“ an der Kautions³⁸, sofern der Vermieter keine Abrechnung erteilt und keine relevanten Gründe für eine spätere Abrechnung darlegt. Ist nur noch über geleistete **Betriebskostenvorauszahlungen** abzurechnen³⁹, entsteht insoweit - vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen - ein Zurückbehaltungsrecht, das spätestens mit Eintritt der Abrechnungsreife hinsichtlich der Vorauszahlungen entfällt⁴⁰. Das Zurückbehaltungsrecht soll **ausnahmsweise** nicht bestehen, wenn für eine Nachforderung das Jobcenter einstandspflichtig ist⁴¹. Der **Höhe** nach ist der Einbehalt nicht auf den Betrag einer Monatsmiete beschränkt⁴², sondern orientiert sich an der Nachforderung aus der letzten Abrechnung zzgl. eines Sicherheitszuschlages für eingetretene Erhöhungen⁴³. Endete die letzte Abrechnung mit einem Guthaben, entfällt das Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich⁴⁴. Vielmehr kommt es auf die Höhe des Sicherheitszuschlages an, der sich an den bekannten Preissteigerungen orientiert.

Macht der Mieter den **Rückzahlungsanspruch verfrüht geltend**, kann darin eine Nebenpflichtverletzung liegen, die über § 280 BGB zum **Schadensersatz** verpflichtet. Dieser greift jedenfalls durch, wenn der Vermieter bereits sechs Wochen nach Ende der Mietzeit zur Rückgabe der Sicherheit aufgefordert wird⁴⁵. Ansonsten ist bei der Prüfung des Verschuldens darauf abzustellen, inwieweit der Mieter davon ausgehen konnte, dass die Prüfungsfrist bereits abgelaufen ist.

³⁷ OLG München v. 14.07.1989 - 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20.

³⁸ OLG Düsseldorf v. 15.11.2001 – 10 U 142/00, ZMR 2002, 109.

³⁹ BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 71/05, WuM 2006, 197 = NJW 2006, 1422; OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 – 10 U 58/09, IMR 2010, 134.

⁴⁰ OLG Düsseldorf v. 12.6.2001 – 24 U 168/00, ZMR 2002, 37.

⁴¹ AG Saarbrücken v. 23.8.2017 – 4 C 348/16 (04), WuM 2017, 634 (zweifelhaft).

⁴² A.A. AG Köln v. 9.8.2004 – 201 C 169/02, WuM 2004, 609.

⁴³ Häublein, ZMR 2017, 445 (451).

⁴⁴ A.A. AG Krefeld v. 12.6.2007 – 12 C 301/06, zitiert nach juris.

⁴⁵ LG Würzburg v. 20.4.2011 – 43 S 67/11, Info M 2011, 274.

1.4 Modalitäten der Erfüllung (Aufrechnung)

1.4.1 Allgemeines

Der bloße Rückzahlungsanspruch wird im Wege der Erfüllungsklage (**Zahlungsklage**) geltend gemacht. Ihr muss grundsätzlich eine **Abrechnung des Vermieters** vorausgehen, in der er nicht nur den Gesamtbetrag der durch die angewachsenen Zinsen erhöhten Kautionsanzahlung anzugeben hat, sondern den Betrag der Zinsen gesondert auswerfen muss⁴⁶. Auf diese Abrechnung hat der Mieter einen Anspruch, dessen Inhalt sich nach § 259 BGB richtet und daher auch im Wege der **Stufenklage** verfolgt werden kann. In der Abrechnung kann der Vermieter seine Gegenansprüche aufführen und im Wege der Aufrechnung jedenfalls dann in Abzug bringen, wenn sie unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind⁴⁷. Werden durch die Auflösung des Sparbuchs Kosten (z.B. Bankgebühren) ausgelöst, hat diese der Mieter im notwendigen Umfang zu tragen⁴⁸.

1.4.2 Zeitpunkt der Auflösung des Sparbuchs

Der Zweck der Kautionsstellung liegt vor allem darin, den Vermieter hinsichtlich seiner Ansprüche aus dem Mietvertrag (in begrenztem Umfang) abzusichern und sich auf vereinfachte Weise schnell befriedigen zu können⁴⁹. Trotz dieses Sicherungszwecks kann sich der Vermieter bei streitigen Ansprüchen nicht vor Austragung eines Streites über die Berechtigung seiner Ansprüche aus der Kautionszahlung befriedigen⁵⁰. Vielmehr steht ihm bis zur Entscheidung über die Begründetheit seiner Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht zu⁵¹. Demnach kann er den Liquiditätsvorteil, der durch eine Auflösung herbeigeführt wird, erst generieren, wenn er eine Abrechnung über die Kautionszahlung erteilt hat⁵² und seine Forde-

⁴⁶ AG Frankenthal v. 30.10.2014 – 3a C 270/14, ZMR 2016, 295.

⁴⁷ AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

⁴⁸ AG Frankenthal v. 30.10.2014 – 3a C 270/14, ZMR 2016, 295.

⁴⁹ LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164.

⁵⁰ BGH v. 9.6.2015 - VIII ZR 324/14, WuM 2015, 549 = 2015, 847 = NZM 2015, 736; BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 36/12, WuM 2012, 502 Rz. 10; LG Darmstadt v. 11.9.2007 – 25 S 135/07, WuM 2008, 726; AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

⁵¹ LG Halle v. 25.9.2007 – 2 S 121/07, NZM 2008, 685; LG Darmstadt v. 11.9.2007 – 25 S 135/07, WuM 2008, 726; Staudinger/*Emmerich*, § 551 BGB Rz. 31; a.A. LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164.

⁵² KG v. 9.9.2013 – 8 U 254/12, GE 2013, 1586, das dem Vermieter aber bei vorfälliger Inanspruchnahme der Kautionszahlung ein Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 390, 273 BGB zuerkennt, solange die Abrechnung noch nicht vorliegt.

rungen unstreitig, entscheidungsreif oder rechtskräftig festgestellt sind⁵³. Denn die Kautions hat grundsätzlich nur eine **Sicherungsfunktion**⁵⁴. Andernfalls wird dem Mieter das Insolvenzrisiko des Vermieters überbürdet, was durch § 551 Abs. 2 BGB gerade verhindert werden soll. Dieser Grundsatz tritt bei streitigen Forderungen nicht hinter den Zweck, dem Vermieter eine vereinfachte Befriedigungsmöglichkeit zu verschaffen, zurück⁵⁵. Deshalb kann der Vermieter bei streitigen Forderungen auch erst auf die **Kautions zurückgreifen** (z.B. durch **Auflösung des Sparbuchs**), wenn seine Forderungen **rechtskräftig festgestellt** sind.

Der Mieter kann deshalb auch im Wege der **einstweiligen Verfügung** verhindern, dass der Vermieter die Kautions bei Fälligkeit in Anspruch nimmt, weil nach seiner Auffassung keine aufrechenbaren Ansprüche bestehen⁵⁶. Zwar tritt mit dem Mietende die aufschiebende Bedingung, unter der der Rückzahlungsanspruch aus der Treuhandabrede steht⁵⁷, ein und der Rückzahlungsanspruch entsteht. Seine Fälligkeit ist aber noch vom Ablauf der Prüfungsfrist und der Abrechnung abhängig. Solange besteht die Treuhandabrede und die daraus resultierende Pflicht zur insolvenzfesten Anlegung aus § 551 Abs. 3 BGB fort. Insoweit spielt es für den Erlass einer einstweiligen Verfügung keine Rolle, ob die Ansprüche des Vermieters streitig sind. Dies gilt auch, wenn die Parteien vereinbart haben, dass sich der Vermieter jederzeit aus der Kautions befriedigen kann⁵⁸. Denn eine solche Klausel ist unwirksam.

1.4.3 Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs

Der Rückzahlungsanspruch erlischt durch **Erfüllung**, spätestens also durch Herausgabe der Sicherheit an den Mieter oder sonstigen Berechtigten. Der Anspruch kann nur in der Form verlangt und erfüllt werden, in der die Kautions vom

⁵³ LG Berlin v. 20.7.2017 – 67 S 111/17, WuM 2017, 527 = ZMR 2017, 730 = GE 2017, 1096; LG Halle v. 25.9.2007 – 2 S 121/07, NZM 2008, 685; AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

⁵⁴ AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

⁵⁵ a.A. LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164; Schmidt-Futterer/Blank, § 551 BGB Rz. 95.

⁵⁶ OLG Karlsruhe v. 18.8.2008 – 8 W 34/08, MDR 2009, 320 = ZMR 2009, 120 = NJW-RR 2009, 514; LG Berlin v. 20.7.2017 – 67 S 111/17, WuM 2017, 527 = ZMR 2017, 730 = GE 2017, 1096.

⁵⁷ BGH v. 8.7.1982 – VIII AZR 3/82, MDR 1982, 925 = WuM 1982, 240 = NJW 1982, 2186.

⁵⁸ LG Potsdam v. 21.1.2007 – 11 S 192/06, 2007, GE 1253.

Vermieter erlangt wurde. Deshalb kann z.B. keine Rückzahlung verlangt werden, wenn eine Bürgschaft überlassen wurde⁵⁹.

In der Regel erklärt der **Vermieter** zumindest teilweise die **Aufrechnung** gegenüber dem Rückzahlungsanspruch schon in der Abrechnung, wenn ihm eigene Ansprüche zustehen. Die Aufrechnung kann allerdings nur Tilgungswirkung (§ 387 BGB) erzeugen, wenn die Ansprüche rechtskräftig festgestellt oder unstreitig sind⁶⁰. Denn die „bloße“ **Sicherungsfunktion der Kautio**n gebietet es, dass die Kautio solange insolvenzfest angelegt bleibt, bis sicher feststeht, dass der Vermieter seine Ansprüche daraus befriedigen darf⁶¹. Daraus folgt ein **Aufrechnungsverbot für streitige Ansprüche**⁶². Bestreitet der Mieter die Ansprüche des Vermieters, muss dieser im Zweifel auf Zahlung (vor Ablauf der Verjährung) klagen. Denkbar ist u.U. auch eine Feststellungsklage, mit der das Recht zur Aufrechnung in Höhe der geltend gemachten Ansprüche festgestellt werden soll. Im Hinblick auf § 387 BGB müssen dafür seine Ansprüche zusätzlich fällig sein. Für den Kautionsrückzahlungsanspruch ist es ausreichend, wenn er erfüllbar ist⁶³. Dies ist – vorbehaltlich anderer Bestimmungen im Mietvertrag – ab Mietende der Fall.

Zur wirksamen Aufrechnung gehört eine **Aufrechnungserklärung gegenüber dem Mieter**. Diese kann stillschweigend abgegeben werden und wird oftmals in der Übersendung der Kautionsabrechnung zu sehen sein. Dies setzt aber voraus, dass die Aufrechnungserklärung zumindest **inhaltlich bestimmbar** ist und die Ansprüche identifizierbar dem Grund und der Höhe nach angegeben werden. Eine **Reihenfolge der Verrechnung** muss aber grundsätzlich nicht erklärt werden, denn im Zweifel gelten über § 396 BGB die §§ 366 Abs. 2, 367 BGB⁶⁴. Deshalb ist das Kautionsguthaben zunächst gegen fällige Nebenkostennachforderungen und erst dann auf die restliche Miete zu verrechnen⁶⁵, so-

⁵⁹ LG Kaiserslautern v. 9.4.2002 – 1 S 12/02, WuM 2003, 630.

⁶⁰ AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598 Rz. 20.

⁶¹ *Milger*, WImmoT 2014, 7 (15).

⁶² AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; *Milger*, WImmoT 2014, 7 (15).

⁶³ Vgl. dazu *Erman/Wagner*, § 387 BGB Rz. 21.

⁶⁴ BGH v. 9.1.2013 – VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = WuM 2013, 179 = GE 2013, 349 Rz. 17.

⁶⁵ OLG Düsseldorf v. 25.10.2001 – 10 U 122/00, DWW 2002, 28; a.A. OLG Düsseldorf v. 18.1.2001 – 10 U 152/99, ZMR 2001, 528.

fern der Vermieter die Verrechnungsreihenfolge bei der Kautionsabrechnung nicht bestimmt hat.

Ohne weitere Anhaltspunkte erlischt der Rückzahlungsanspruch noch nicht dadurch, dass der Vermieter eine **Forderungsaufstellung an einen Dritten** (z.B. den Bürgen) übermittelt. Deshalb kann er die vereinnahmte Kautionssumme (z.B. aus der Bürgschaft) gegenüber dem Mieter noch anders verrechnen⁶⁶.

Bei der Aufrechnung hat der Vermieter **Aufrechnungsverbote** zu beachten. Als solches wirkt die Sicherungsabrede, die die insolvenzfesten Anlage der Kautions gebietet. Daher besteht ein Aufrechnungsverbot für Ansprüche, die **nicht rechtskräftig festgestellt oder unstreitig** sind⁶⁷. Bestreitet der Mieter die Ansprüche des Vermieters, muss dieser im Zweifel auf Zahlung (vor Ablauf der Verjährung) klagen. Denkbar ist u.U. auch eine Feststellungsklage, mit der das Recht zur Aufrechnung in Höhe der geltend gemachten Ansprüche festgestellt werden soll. Auf jeden Fall ist zu beachten, dass **§ 215 BGB bei streitigen Ansprüchen** des Vermieters **nicht gilt**, weil wegen des Aufrechnungsverbots gerade keine Aufrechnungslage in unverjährter Zeit vorgelegen hat. Diese sollen sich z.B. aus der **Unwirksamkeit der Kautionsabrede** ergeben⁶⁸. In dieser Situation kann ein Aufrechnungsverbot aber nur aus einer (konkludenten) Einigung hergeleitet werden. Dafür fehlt es in der Regel an einem entsprechenden Willen des Vermieters. Aus der Natur der Sache oder dem Zweck der Verbotsnorm des § 551 Abs. 4 BGB lassen sich zu Lasten des Vermieters keine Aufrechnungsbeschränkungen ableiten. Das gilt auch bei preisgebundenem Wohnraum, wenn ein Verstoß nach §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG vorliegt. Denn der Mieter ist durch die Möglichkeit, mit seinem Bereicherungsanspruch im laufenden Mietvertrag aufzurechnen⁶⁹, ausreichend geschützt.

Hat der Vermieter die Kautions **ohne Grund** oder in der irrigen Annahme **in Anspruch genommen**, ihm würden Ansprüche zustehen, begeht er regelmäßig

⁶⁶ OLG Düsseldorf v. 16.12.1999 – 10 U 72/98, WuM 2000, 212.

⁶⁷ AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; *Milger*, *WImmoT* 2014, 7 (15).

⁶⁸ AG Gießen v. 31.8.2000 – 48 M 248/00, ZMR 2001, 459; AG Dortmund 28.2.1997 – 125 C 15016/96, WuM 1997, 212.

⁶⁹ Dazu LG Potsdam v. 13.2.2003 – 11 S 177/02, WuM 2003, 206 = MM 2003, 141.

eine fahrlässige Verletzung des Treuhandvertrages. Fahrlässig handelt er bei falscher Beurteilung der Rechtslage nur dann nicht, wenn er sich sicher sein konnte, dass ein Gericht nicht anders als von ihm angenommen entscheiden würde⁷⁰. Ansonsten kommt es darauf an, ob sein Handeln plausibel war und er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausreichend genutzt hat.

Erfüllungsort ist im Zweifel die Wohnung⁷¹. Die **Verjährung** richtet sich nach § 195 BGB, wobei Modifizierungen nach § 202 BGB in den Grenzen des § 307 BGB zulässig sind⁷².

Mangels Aufrechnungslage kann der Vermieter nicht mehr mit Ansprüchen aufrechnen, die bereits vor Mietende **verjährt** sind, § 215 BGB⁷³. Dieser Fall kann insbesondere eintreten, wenn die Rückgabe mehr als sechs Monate vor Beendigung des Mietvertrages stattgefunden hat und anlässlich der Rückgabe keine verjährungshemmenden Abreden getroffen oder keine entsprechenden Maßnahmen (z.B. Klageerhebung) eingeleitet wurden. Allerdings kann der Vermieter trotz rechtskräftiger Abweisung seiner Schadensersatzansprüche wegen Verjährung noch aufrechnen, wenn sich die Ansprüche in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenübergestanden haben⁷⁴.

In Fortentwicklung der Bestimmung des § 216 BGB ist davon auszugehen, dass der Vermieter, der im Besitz einer Barkautions ist, diese Sicherheit in Anspruch nehmen kann, obwohl die gesicherte Forderung bereits **vor Eintritt der Aufrechnungslage verjährt** ist⁷⁵. Nach § 216 BGB kann der Inhaber einer dinglichen Sicherung diese auch dann in Anspruch nehmen, wenn die gesicherte Forderung verjährt ist. Solange die Sicherungsabrede oder der Charakter der Sicherheit nichts anderes erfordern, kann der Vermieter jedenfalls die Barkautions auch für **verjäherte Ansprüche** verwerten, für die § 215 BGB nicht greift⁷⁶.

⁷⁰ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, MDR 2006, 802 m. Anm. *Walter* = WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340 = MietRB 2006, 157.

⁷¹ AG Freiburg v. 7.12.2007 – 7 C 2246/07, WuM 2010, 449.

⁷² AG Erfurt v. 9.6.2010 – 5 C 30/10, WuM 2010, 561.

⁷³ OLG Düsseldorf v. 30.10.2001 – 24 U 77/01, WuM 2002, 495 = ZMR 2002, 658; AG Montabaur v. 23.4.2013 – 5 C 309/12, zitiert nach juris.

⁷⁴ OLG Düsseldorf v. 14.12.2006 – 24 U 113/06, GuT 2007, 211.

⁷⁵ *Stellwaag*, ZMR 2014, 350.

⁷⁶ § 216 BGB ist analog auf ein abstraktes Schuldversprechen anzuwenden: BGH v. 12.1.2010 – XI ZR 37/09, NJW 2010, 8; BGH v. 17.11.2009 – XI ZR 36/09, NJW 2010, 1144.

Der Vermieter muss eine **Abrechnung über die Kautions** vorlegen, die den Anforderungen des § 259 BGB gerecht wird. Dazu ist die Vorlage einer nach Kapital, jeweiligem Zinssatz und Erhöhungsbetrag geordneten Zusammenstellung erforderlich. Klageweise kann dieser Anspruch im Wege der **Stufenklage** geltend gemacht werden⁷⁷.

1.4.4 Verrechnungen des Mieters

Eine Aufrechnung durch den Mieter ist **vor Ablauf der angemessenen Prüfungsfrist** bedeutungslos, weil noch kein fälliger Rückforderungsanspruch besteht⁷⁸. Es fehlt also an einer Aufrechnungslage nach § 387 BGB. Erklärt der Mieter **nach Eintritt der Fälligkeit** des Rückforderungsanspruchs die Aufrechnung mit mehreren Forderungen, findet über § 396 Abs. 1 BGB eine Verrechnung nach § 366 Abs. 2 BGB statt⁷⁹, wenn sie ohne Tilgungsbestimmung erfolgt oder der Vermieter einer bestimmten Verrechnung unverzüglich widerspricht⁸⁰. Dazu reicht aber der Hinweis des Vermieters, der Kautionsrückzahlungsanspruch sei noch nicht fällig, nicht aus⁸¹.

Ein **vertragliches Aufrechnungsverbot** kann der Verrechnung durch den Mieter entgegenstehen, soweit die Beschränkung wirksam ist⁸². Das setzt in der Regel nicht nur einen Vorbehalt für unbestrittene und rechtskräftige, sondern auch für entscheidungsreife Forderungen voraus (vgl. § 556b Rz. 58).

1.5 Aufrechnung mit kautionsfremden Ansprüchen

Der Vermieter kann nach Ablauf der Prüfungsfrist **mit allen Ansprüchen aufrechnen**, die ihm gegen den Mieter zustehen⁸³. Bei preisgebundenem Wohnraum gilt die Beschränkung des §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG nicht fort⁸⁴.

⁷⁷ OLG Karlsruhe v. 16.6.2009 – 19 W 23/09, NJW-RR 2010, 585.

⁷⁸ OLG Düsseldorf v. 16.12.1999 – 10 U 72/98, WuM 2000, 212.

⁷⁹ vgl. BGH v. 9.1.2013 – VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = WuM 2013, 179 = GE 2013, 349 Rz. 17.

⁸⁰ Vgl. auch OLG Düsseldorf v. 5.11.2009 – 24 U 12/09, DWW 2010, 182.

⁸¹ OLG Düsseldorf v. 15.11.2001 – 10 U 142/00, ZMR 2002, 109.

⁸² OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 – 10 U 58/09, ZMR 2010, 356.

⁸³ *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. III 183; *Blank/Börstinghaus*, § 551 Rz. 82; *Dickersbach*, WuM 2006, 595 m.w.N.

⁸⁴ AG Spandau v. 28.7.2011 – 10 C 222/11, GE 2011, 1488.

Die **h.M.**⁸⁵ geht allerdings davon aus, dass ein (stillschweigendes) **Aufrechnungsverbot** besteht, und zwar bei § 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG wegen der Beschränkung der Kautionsaufrechnung auf die darin ausdrücklich genannten (Schadensersatz-)Ansprüche (also keine Aufrechnung z.B. mit Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen⁸⁶) und bei preisfreiem Wohnraum auf Ansprüche aus dem Mietvertrag⁸⁷ (also z.B. keine Aufrechnung gegen Ansprüche aus einem zweiten Mietvertrag⁸⁸). Dies soll erst recht gegenüber dem Zwangsverwalter gelten oder für die **Rückzahlung einer Sonderkaution** (z.B. für die Anbringung einer Parabolantenne)⁸⁹.

Die durch die Kautionsvereinbarung hervorgerufene **Zweckbestimmung** und der durch die Leistung der Sicherheit hervorgerufene Treuhandscharakter sollen nicht in Abrede gestellt werden. Indessen ist die Zweckbestimmung insbesondere bei §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG auf die Befriedigung während der Mietzeit zugeschnitten. Hier erhält der Vermieter das Mietausfallwagnis mit der regelmäßigen Zahlung der Miete. Dieses Surrogat fließt dem Vermieter aber nach Ende der Mietzeit nicht mehr zu. Hat der Mieter nun seine Kautionsleistung abgewohnt und die letzten Mieten nicht bezahlt, müsste der Vermieter nach der h.M. die Kautionsleistung zurückzahlen und wegen der Mieten klagen. Auch im preisfreien Wohnraum bestehen weder dogmatische noch Gründe der Zweckmäßigkeit, den Vermieter mit der Aufrechnung auf Ansprüche aus dem Mietvertrag zu beschränken⁹⁰. Im Gegenteil: Die Sicherheitsleistung hat ihren Hauptzweck gerade am Ende der Mietzeit. Hier bleiben Forderungen offen, die nicht durchlaufende Leistungen (z.B. wiederkehrende Guthaben aus Betriebskostenabrechnungen) verrechnet werden können, so dass das Insolvenzrisiko voll durchschlägt. Selbst wenn der **Treuhandscharakter**, der das Aufrechnungsverbot im Wesentlichen begründet⁹¹, erst mit der Rückgabe der Sicherheit endet, ist es unserer Rechtsordnung nicht fremd, dass sich Rechte bei Eintritt besonderer

⁸⁵ BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12, MDR 2012, 954 = WuM 2012, 502 = GE 2012, 1093; OLG Düsseldorf v. 25.10.2007 – 10 U 24/07, ZMR 2008, 47; LG Hamburg v. 13.6.2016 – 307 T 1/16, ZMR 2016, 876; AG Schöneberg v. 12.12.1989 – 16 C 674/89, WuM 1990, 426; Staudinger/*Emmerich*, § 551 BGB Rz. 32.

⁸⁶ AG Köln v. 1.8.2007 – 203 C 175/07, WuM 2008, 222.

⁸⁷ BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12; GE 2012, 1093.

⁸⁸ LG Köln v. 31.1.2007 – 10 S 165/06, MietRB 2007, 113 m.w.N.

⁸⁹ AG Köln v. 7.4.2008 – 222 C 480/07, NZM 2009, 433.

⁹⁰ *Dickersbach*, WuM 2006, 595 m.w.N.

⁹¹ BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12, MDR 2012, 954 = WuM 2012, 502 = ZMR 2012, 855.

Umstände ändern können. Dies ist hier mit der Beendigung des Mietvertrages der Fall. Ansonsten würde der zahlungssäumige Mieter geschützt⁹². Dies gilt auf jeden Fall, wenn es **ausdrücklich vereinbart** ist. Letzteres ist auch formularvertraglich zulässig.

1.6 Rechtsfolgen der Kautionsabrechnung

Allein durch die vorbehaltlose Abrechnung des Vermieters über die Kauti- on nach Beendigung des Mietverhältnisses **entsteht** hinsichtlich weiterer dem Vermieter bekannter Ansprüche kein negatives Schuldanerkenntnis mit der Folge, dass diese Ansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können⁹³. Das Anerkenntnis setzt einen Vertrag voraus. Deshalb ist im Einzelfall zu prüfen, ob in der Kautionsabrechnung des Vermieters ein Angebot auf Abschluss eines **Schuldanerkenntnis- oder Erlassvertrages** zu sehen ist, dass der Mieter z.B. dadurch annimmt, dass er die Abrechnung widerspruchslos hinnimmt und den Nachforderungsbetrag ohne Vorbehalt zahlt⁹⁴. Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggfs. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten⁹⁵. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kauti- on nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusammenhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein **unzweideutiges Verhalten** voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall einer ausdrücklichen Willenserklärung. Im Ergebnis müssen die weiteren Umstände zeigen, dass sich die Parteien über den Bestand und die Rechtmäßigkeit der verrechneten Forderungen einig sind⁹⁶. Ein solches Anerkenntnis schließt die Einwendungen beider Parteien aus, die sie bei der Abgabe der Erklärung kannten oder

⁹² *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. III 159a, 183 a.E.

⁹³ A.A. AG Tiergarten v. 16.5.2007 – 4 C 592/06, GE 2007, 855.

⁹⁴ BGH v. 18.10.2006 – VIII ZR 52/06, MDR 2007, 262 = WuM 2006, 677 = ZMR 2007, 28.

⁹⁵ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 – 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

⁹⁶ LG Mannheim v. 8.2.2006 – 4 S 52/05, WuM 2006, 190 = NZM 2006, 223.

mit denen sie rechnen mussten⁹⁷. Allerdings kann die vorbehaltlose Herausgabe der Kautions den Tatbestand der **Verwirkung** begründen. Immerhin besteht ein Anspruch des Mieters auf Rückgabe erst, wenn keine Gegenansprüche des Vermieters (mehr) bestehen.

1.7 Verjährung

Der **Anspruch** des Mieters auf **Rückgewähr** verjährt nach § 195 BGB. Dies gilt für jede Art von Pfand (Barkautions, verpfändetes Sparbuch, Bürgschaft etc.). Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Rückforderungsanspruch fällig wird. Dementsprechend ist für die Berechnung der Dreijahresfrist i.d.R. auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Abrechnungsfrist von (bis zu) sechs Monaten abläuft⁹⁸. Gleichzeitig verjähren die Zinsen⁹⁹. Für die Verzugszinsen gilt § 217 BGB.

Ist Gegenstand der Rückgewähr eine **Bürgschaft**, führt der Eintritt der Verjährung zu einem dauernden Besitzrecht des Vermieters an der Urkunde. Einlösen kann der Vermieter die Urkunde/Bürgschaft nur, soweit nicht auch gegenüber dem Bürgen oder im Hinblick auf die Hauptforderung Verjährung eingetreten ist.

⁹⁷ BGH v. 23.3.1983 – VIII ZR 335/81, MDR 1983, 1017 = NJW 1983, 1903 (unter II 2a); BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 94/05, MDR 2006, 1038 = NJW 2006, 903 (unter II 1c), jeweils m.w.N.

⁹⁸ LG Oldenburg v. 11.2.2013 – 4 T 93/13, GE 2013, 623; *Schmid*, ZMR 2014, 257.

⁹⁹ LG Lübeck v. 22.7.2010 – 14 S 59/10, ZMR 2011, 42.

2 Mietrechtsanpassungsgesetz

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn und zur Anpassung der Regelungen über die Modernisierung der Mietsache

(Mietrechtsanpassungsgesetz – MietAnpG)

A. Problem und Ziel

Durch die anhaltend hohe Nachfrage nach Mietwohnungen in Ballungszentren steigen die Mieten dort weiter an. Die durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21. April 2015 (BGBl. I S. 610) eingeführten Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn (sogenannte Mietpreisbremse) haben bislang insgesamt nicht zu den erhofften Wirkungen geführt. Dies liegt wesentlich auch daran, dass Mieter aufgrund der Ausnahmetatbestände, insbesondere des Ausnahmetatbestandes einer höheren Vormiete, oft nicht ohne weiteres beurteilen können, ob die vom Vermieter verlangte Miete im Einzelfall zulässig ist. Gleichzeitig haben sich die Anforderungen an die erforderliche Rüge, mit der der Mieter die Miethöhe zunächst beanstanden muss, in der Praxis als zu weitgehend erwiesen.

Darüber hinaus führen die gewachsenen Anforderungen an den Gebäudebestand dazu, dass die Kosten für die Modernisierung deutlich zugenommen haben. Immer häufiger können sich Mieter die Miete für ihre Wohnung nach einer umfangreichen Modernisierung nicht mehr leisten und müssen ihr gewohntes Umfeld verlassen, weil sie auch in ihrer angestammten Nachbarschaft keine bezahlbare Wohnung finden. Für Mieter besonders belastend sind zudem Situationen, in denen der Vermieter eine bauliche Veränderung in missbräuchli-

cher Weise bzw. in der Absicht ankündigt oder durchführt, den Mieter zur Beendigung des Mietverhältnisses zu veranlassen (sogenanntes Herausmodernisieren).

Der Entwurf strebt einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Mietern und Vermietern an und berücksichtigt zugleich die sozial-, wohnungs-, wirtschafts-, demografie- und umweltpolitische Bedeutung des privaten Mietrechts.

B. Lösung

In Zukunft werden Mieter aufgrund einer neuen vorvertraglichen Auskunftspflichtung des Vermieters bereits bei Begründung des Mietverhältnisses erfahren, ob der Vermieter sich auf eine Ausnahme, insbesondere eine über der zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn liegende Vormiete beruft bzw. später berufen kann. Eine nach seiner Ansicht zu hohe Miete muss der Mieter dem Vermieter in Zukunft zudem nur noch in einfacher Weise mitteilen („rügen“); Tatsachen, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht, muss der Mieter dazu nicht länger vortragen.

Der Umlagesatz, mit dem der Vermieter die Kosten einer Modernisierung an die Mieter weitergeben kann, ist seit dem Jahr 1978 unverändert. Der Entwurf sieht vor, den Umlagesatz in Gebieten, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist (sogenannte Gebiete mit abgesenkter Kappungsgrenze) für die Dauer von zunächst fünf Jahren von 11 Prozent auf 8 Prozent abzusenken. In diesen Märkten haben Vermieter aufgrund der Wohnungsknappheit eine im Vergleich zum übrigen Bundesgebiet stärkere Position, die es ihnen in höherem Maße erlaubt, auch die Kosten teurer Modernisierungen auf Mieter umzulegen. Aufgrund der hier bereits höheren Ausgangsmieten kann dies Mieter besonders schnell überfordern. Die Absenkung erscheint auch mit Blick auf das in den vergangenen 40 Jahren deutlich verringerte Niveau für Hypothekenzinsen ein vertretbarer Schritt. Die Wirksamkeit dieser Regelung wird bis zum Laufzeitende untersucht werden. Für den Betrag, um den der Vermieter die Miete nach einer Modernisierung erhöhen kann, wird eine Kappungsgrenze eingeführt (3 Euro je Quadratmeter Wohnfläche innerhalb von sechs Jahren). Für Modernisierungsmaßnahmen bis zu einem Umfang von 10 000 Euro pro Wohnung wird ein vereinfachtes Verfahren eingeführt, mit dem Vermieter eine Mieterhöhung

nach Modernisierung ankündigen und geltend machen können. Des Weiteren wird zum Schutz der Mieter vor dem sogenannten Herausmodernisieren und zur Eindämmung der (weiteren) Gentrifizierung von Quartieren ein neuer Ordnungswidrigkeitentatbestand über die Durchführung einer baulichen Veränderung in missbräuchlicher Weise in das Wirtschaftsstrafgesetz 1954 eingefügt. Schließlich soll es Mietern durch neue gesetzliche Vermutungstatbestände erleichtert werden, vom Vermieter bei Pflichtverletzungen, die als „bewusstes Herausmodernisieren“ angesehen werden können, Ersatz desjenigen Schadens zu verlangen, der ihnen aufgrund der Pflichtverletzung entsteht.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Der Entwurf hat nur geringfügige Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte als Vermieter preisfreien Wohnraums. Darüber hinaus sind geringfügige Entlastungen der öffentlichen Haushalte zu erwarten, soweit sie Wohngeldleistungen bzw. Leistungen im Rahmen der Grundsicherung erbringen.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im jeweiligen Einzelplan ausgeglichen werden.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für Bürgerinnen und Bürger ergibt sich eine geringfügige Entlastung von rund 420 Stunden und 1 400 Euro jährlich.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Die Wirtschaft wird um jährlich 693 000 Euro entlastet. Diese Entlastung von laufendem Erfüllungsaufwand unterfällt der „One in, one out“-Regel.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Durch die Änderung bestehender Informationspflichten sinken die jährlichen Bürokratiekosten um 693 000 Euro.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Für die Verwaltung erhöht sich der Erfüllungsaufwand marginal um 18 500 Euro jährlich.

F. Sonstige Kosten

Von der Begrenzung der Mieterhöhung nach Modernisierung sind Kosteneinspareffekte für Mieter zu erwarten. In derselben Höhe kommt es bei Vermietern zu „entgangenem Gewinn“. Diese Summe beläuft sich insgesamt auf jährlich zwischen 6,3 und 8,4 Millionen Euro.

Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn und zur Anpassung der Regelungen über die Modernisierung der Mietsache (Mietrechtsanpassungsgesetz – MietAnpG)

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 wird nach der Angabe „§ 559“ die Angabe „oder § 559c“ eingefügt.
2. In § 556e Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „§ 559 Absatz 1 bis 3“ durch die Wörter „§ 559 Absatz 1 bis 3a“ ersetzt.
3. § 556g wird wie folgt geändert:
 - a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Soweit die Zulässigkeit der Miete auf § 556e oder § 556f beruht, ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter vor dessen Abgabe der Vertragserklärung über Folgendes unaufgefordert Auskunft zu erteilen:

1. im Fall des § 556e Absatz 1 darüber, wie hoch die Vormiete ein Jahr vor Beendigung des Vormietverhältnisses war,
2. im Fall des § 556e Absatz 2 darüber, dass in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt wurden,
3. im Fall des § 556f Satz 2 darüber, dass es sich um die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung handelt,
4. im Fall des § 556f Satz 1 darüber, dass die Wohnung nach dem 1. Oktober 2014 erstmals genutzt und vermietet wurde.

Soweit der Vermieter die Auskunft nicht erteilt hat, kann er sich nicht auf eine nach § 556e oder § 556f zulässige Miete berufen. Hat der Vermieter die Auskunft nicht in der vorgeschriebenen Form erteilt, so kann er sich auf eine nach § 556e oder § 556f zulässige Miete erst dann berufen, wenn er die Auskunft in der vorgeschriebenen Form nachgeholt hat.“

b) Absatz 2 Satz 2 wird aufgehoben.

c) In Absatz 4 werden die Wörter „nach den Absätzen 2 und 3“ durch die Wörter „nach den Absätzen 1a bis 3“ ersetzt.

4. In § 558 Absatz 5 werden die Wörter „des § 559a Abs. 1 mit 11 vom Hundert“ durch die Wörter „des § 559a Absatz 1 in den in § 559 Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Gebieten mit 8 Prozent und in allen übrigen Gebieten mit 11 Prozent“ ersetzt.

5. § 559 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„In Gebieten, die von der zuständigen Landesregierung nach § 558 Absatz 3 Satz 3 als Gebiete bestimmt worden sind, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist, beträgt der Prozentsatz abweichend von Satz 1 bis einschließlich ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Tag fünf Jahre nach Inkrafttreten nach Artikel 4 dieses Gesetzes] acht Prozent.“

b) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:

„(3a) Bei Erhöhungen der jährlichen Miete nach Absatz 1 darf sich die Miete innerhalb von sechs Jahren, von Erhöhungen nach § 558 oder § 560 abgesehen, nicht um mehr als monatlich 3 Euro je Quadratmeter Wohnfläche erhöhen.“

6. Nach § 559b werden die folgenden §§ 559c und 559d eingefügt:

„§ 559c
Vereinfachtes Verfahren

(1) Übersteigen die für die Modernisierungsmaßnahme geltend gemachten Kosten für die Wohnung vor Abzug der Pauschale nach Absatz 2 Satz 3 10.000 Euro nicht, so kann der Vermieter die Mieterhöhung nach einem vereinfachten Verfahren ankündigen und berechnen.

(2) In der Ankündigung der Modernisierungsmaßnahme muss der Vermieter angeben, dass er von dem vereinfachten Verfahren Gebrauch macht. § 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass es der Angabe der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten nicht bedarf. Als Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen wären (§ 559 Absatz 2), werden pauschal 30 Prozent der nach Absatz 1 geltend gemachten Kosten abgezogen. § 559 Absatz 4 und § 559a Absatz 2 Satz 1 bis 3 finden keine Anwendung.

(3) Hat der Vermieter die Miete in den letzten fünf Jahren bereits nach Absatz 1 oder nach § 559 erhöht, so mindern sich die Kosten, die nach Absatz 1 für die weitere Modernisierungsmaßnahme geltend gemacht werden können, um die Kosten, die in diesen früheren Verfahren für Modernisierungsmaßnahmen geltend gemacht wurden.

(4) § 559b gilt entsprechend. Der Vermieter muss in der Mieterhöhungserklärung angeben, dass er die Mieterhöhung nach dem vereinfachten Verfahren berechnet hat.

(5) Hat der Vermieter eine Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren geltend gemacht, so kann er innerhalb von fünf Jahren nach Zugang der Mieterhöhungserklärung beim Mieter keine Mieterhöhungen nach § 559 geltend machen. Dies gilt nicht, soweit der Vermieter in diesem Zeitraum Modernisierungsmaßnahmen aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung durchzuführen hat und er diese Verpflichtung bei Geltendmachung der Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren nicht kannte oder kennen musste.

§ 559d
Pflichtverletzungen bei Ankündigung oder Durchführung einer baulichen Veränderung

Es wird vermutet, dass der Vermieter seine Pflichten aus dem Schuldverhältnis verletzt hat, wenn

1. mit der baulichen Veränderung nicht innerhalb von zwölf Monaten nach deren angekündigtem Beginn, oder, wenn Angaben hierzu nicht erfolgt sind, nach Zugang der Ankündigung der baulichen Veränderung begonnen wird,

2. in der Ankündigung nach § 555c Absatz 1 ein Betrag für die zu erwartende Mieterhöhung angegeben wird, durch den die monatliche Miete mindestens verdoppelt würde,
3. die bauliche Veränderung in einer Weise durchgeführt wird, die geeignet ist, zu erheblichen, objektiv nicht notwendigen Belastungen des Mieters zu führen, oder
4. die Arbeiten nach Beginn der baulichen Veränderung mehr als zwölf Monate ruhen.

Diese Vermutung gilt nicht, wenn der Vermieter darlegt, dass für das Verhalten im Einzelfall ein nachvollziehbarer objektiver Grund vorliegt.“

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird folgender § ... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung] angefügt:

**„§ ... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung]
Übergangsvorschriften zum Mietrechtsanpassungsgesetz vom
...[einsetzen: Datum der Ausfertigung dieses Gesetzes]**

(1) Auf ein bis einschließlich ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten nach Artikel 4 dieses Gesetzes] entstandenes Mietverhältnis sind die §§ 555c und 559 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden, wenn dem Mieter bei Modernisierungsmaßnahmen die Mitteilung nach § 555c Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bis einschließlich ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten nach Artikel 4 dieses Gesetzes] zugegangen ist. Hat der Vermieter die Modernisierungsmaßnahme nicht oder nicht ordnungsgemäß nach § 555c Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs angekündigt, so gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass es an Stelle des Zugangs der Mitteilung nach § 555c Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf den Zugang der Mieterhöhungserklärung nach § 559b Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ankommt. § 559c ist nur anzuwenden, wenn der Vermieter die Modernisierungsmaßnahme nach dem ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten nach Artikel 4 dieses Gesetzes] angekündigt hat. § 559d des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nur anzu-

wenden auf ein Verhalten nach dem...[einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten nach Artikel 4 dieses Gesetzes]. hat.

(2) Auf ein bis einschließlich ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten nach Artikel 4 dieses Gesetzes] entstandenes Mietverhältnis ist § 556g Absatz 1a des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht anzuwenden. § 556g Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist in der bis einschließlich ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten nach Artikel 4 dieses Gesetzes] geltenden Fassung weiter auf Mietverhältnisse anzuwenden, die bis zu diesem Zeitpunkt im Anwendungsbereich der §§ 556d bis 556g des Bürgerlichen Gesetzbuchs abgeschlossen worden sind.“

Artikel 3

Änderung des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954

§ 6 des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954 in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juni 1975 (BGBl. I S. 1313), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 29 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„§ 6

Durchführung einer baulichen Veränderung in missbräuchlicher Weise

(1) Ordnungswidrig handelt, wer in der Absicht, einen Mieter von Wohnraum hierdurch zur Kündigung oder zur Mitwirkung an der Aufhebung des Mietverhältnisses zu veranlassen, eine bauliche Veränderung in einer Weise durchführt oder durchführen lässt, die geeignet ist, zu erheblichen, objektiv nicht notwendigen Belastungen des Mieters zu führen.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Euro geahndet werden.“

Artikel 4

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am ... [einsetzen: Datum des ersten Tages des auf die Verkündung folgenden Kalendermonats] in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

1. Änderungen im Hinblick auf die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten

Durch die anhaltend hohe Nachfrage nach Mietwohnungen in Ballungszentren steigen die Mieten dort weiter an. Die durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21. April 2015 eingeführten Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn (sogenannte Mietpreisbremse) sollten dazu beitragen, der direkten oder indirekten Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen entgegenzuwirken. Durch die Begrenzung der Wiedervermietungsrente sollte insbesondere auch für einkommensschwächere Haushalte und Durchschnittsverdiener, vornehmlich Familien mit Kindern, in größerem Umfang die Möglichkeit des Umzugs innerhalb ihres angestammten Quartiers erhalten bleiben (Entwurf eines Mietrechtsnovellierungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 18/3121, S. 15). Die Regelungen zur zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn haben bislang insgesamt

nicht zu den erhofften Wirkungen geführt. Die Mieten steigen auch in den von den Landesregierungen nach § 556d Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) festgestellten Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten weiter deutlich an (vgl. ConPolicy-Faktenblatt zur Mietpreisbremse: Wissen, praktische Hürden und Befürchtungen von Mietern vom 28. Juni 2016 von Prof. Dr. Christian Thorun; DIW-Wochenbericht Nummer 22/2016, S. 491ff: „Die Mietpreisbremse wirkt bisher nicht“ von Konstantin Kholodilin, Andreas Mense und Claus Michelsen; empirica paper Nummer 232 aus dem Januar

2016: „Mietpreisbremse: Fahrkarte geschossen? Effekte der Mietpreisbremse in ausgewählten Städten“ von Sebastian Hein u. Lorenz Thomschke; Regio-Context: Wiedervermietungsrenten und Mietpreisbremse in Berlin von Arnt von Bodelschwingh, Marleen Dettmann u. Hendrik Schlichting vom 27. Mai 2016). Dies liegt wesentlich auch daran, dass Mieter aufgrund der Ausnahmetatbestände, insbesondere einer höheren Vormiete, oft nicht ohne weiteres beurteilen können, ob die vom Vermieter verlangte Miete im Einzelfall zulässig ist, und daher nicht gegen eine überhöhte Miete vorgehen (vgl. ConPolicy-Faktenblatt zur Mietpreisbremse, a.a.O.; DIW-Wochenbericht Nummer 22/2016, a.a.O.; Regio-Context, a.a.O.). Gleichzeitig haben sich die Anforderungen an die erforderliche Rüge, mit der der Mieter die Miethöhe zunächst beanstanden muss, in der Praxis als zu weitgehend erwiesen. Diese Hürden für Mieter bei der Durchsetzung ihrer Rechte sollen beseitigt werden.

2. Änderungen im Hinblick auf Mieterhöhungen nach Modernisierung

Ziel der Modernisierungsmieterhöhung ist es, einen fairen Ausgleich zwischen Vermieter- und Mieterinteressen herzustellen. Das derzeitige Recht führt jedoch immer häufiger zu Belastungen, die für den Mieter kaum oder nicht mehr tragbar sind und ihn dazu veranlassen, von seinem Sonderkündigungsrecht nach Zugang einer Modernisierungsankündigung (§ 555e BGB) Gebrauch zu machen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Umfang von Modernisierungsmaßnahmen in der Praxis stark zugenommen hat und damit auch der absolute Betrag von Mieterhöhungen nach Modernisierung in vielen Fällen stark gestiegen ist und in Zukunft voraussichtlich weiter hoch bleiben wird. Ziel der Neuregelungen ist es daher, Mieter zu entlasten und zu verhindern, dass diese aufgrund von Modernisierungen ihre Wohnungen verlassen müssen.

Zweck der Mieterhöhungsmöglichkeit nach einer Modernisierung ist jedoch auch, Anreize für eine Modernisierung des Wohnungsbestandes und für den Umweltschutz zu setzen. Die Investition in bereits bestehende Gebäude soll sich für den Vermieter lohnen. Der Prozentsatz der Modernisierungskosten, um den der Vermieter die jährliche Miete erhöhen kann, ist seit 1978 unverändert und beträgt 11 Prozent. Seitdem haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wesentlich verändert, insbesondere ist das Zinsniveau stark gesunken, so dass alternative Anlagemöglichkeiten für den Vermieter unattraktiver geworden sind und die Finanzierungskosten einer Modernisierung im Falle des Einsatzes von Fremdkapital stark gesunken sind. Der Umlagesatz soll daher abgesenkt werden. Die Regelung wird zunächst auf fünf Jahre befristet und örtlich beschränkt auf Gebiete, die nach § 558 Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB als Gebiete ausgewiesen sind, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist (Gebiete mit abgesenkter Kappungsgrenze). In Gebieten mit ausgeglichenem Wohnungsmarkt verzichtet der Vermieter ohnehin oftmals zumindest zu einem Teil auf die Geltendmachung der möglichen Mieterhöhung nach § 559 Absatz 1 BGB, wenn die erhöhte Miete über der am Markt erzielbaren Miete liegen würde. Denn in diesem Fall müsste er damit rechnen, dass die Mieter von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen und er auch keine anderen Mieter findet, die bereit sind, eine so hohe Miete zu zahlen. Anders verhält es sich in angespannten Wohnungsmärkten mit hohen am Markt erzielbaren Mieten. Dort hat die nahezu unbeschränkte Möglichkeit der Mieterhöhung nach Modernisierung oftmals den Wegzug wirtschaftlich schwächerer Mieter zur Folge und führt zur

Gentrifizierung von Stadtteilen. Die örtlich und zeitlich beschränkte Regelung wird bis zum Fristablauf auf ihre Wirkungen untersucht werden.

Bislang besteht für die Mieterhöhung nach Modernisierung keine absolute Begrenzung nach oben mit der Folge, dass teure Modernisierungen zu sprunghaften, erheblichen und für die Mieter im Voraus kaum kalkulierbaren Mieterhöhungen führen können. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, soll eine allgemeine Kappungsgrenze für die Umlage von Modernisierungskosten eingeführt werden.

Bei Berechnung der Mieterhöhung nach Modernisierung müssen zunächst Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen wären, von den aufgewendeten Kosten der Maßnahme abgezogen werden (§ 559 Absatz 2 BGB). Zwar können diese durch Schätzung ermittelt werden. Dennoch entsteht über die Frage, wie hoch die fiktiven Instandhaltungskosten gewesen wären, häufig Streit zwischen Mieter und Vermieter. Insbesondere Vermieter, die nur ein oder zwei Wohnungen vermieten, scheuen daher oftmals den Aufwand, der mit einem Mieterhöhungsverlangen verbunden ist, und verzichten auf die Durchführung von Modernisierungen. Um insbesondere privaten Vermietern die Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen zu erleichtern, soll für Maßnahmen bis zu einem Umfang von 10 000 Euro pro Wohnung ein vereinfachtes Verfahren eingeführt werden.

Schließlich sollen Mieter besser vor dem sogenannten Herausmodernisieren bzw. vor der Ankündigung oder Durchführung einer baulichen Veränderung in missbräuchlicher Weise geschützt werden. Zu diesem Zweck werden eine Ordnungswidrigkeit sowie gesetzliche Vermutungen für das Vorliegen einer Schadensersatz begründenden Pflichtverletzung im Zusammenhang mit einer baulichen Veränderung eingeführt.

II.

Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

1. Änderungen im Hinblick auf die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten

Die unter I.1. genannten Schwierigkeiten für Mieter bei der Wahrnehmung und Durchsetzung ihres Rechts, nur die nach dem Gesetz zulässige Miete zu zahlen, sollen beseitigt werden.

Zum einen wird die Transparenz hinsichtlich der Ausnahmetatbestände, insbesondere hinsichtlich einer höheren Vormiete, verbessert. Ein Vermieter, der eine aufgrund einer der Ausnahmen von den Regelungen der sogenannten Mietpreisbremse zulässige höhere Miete fordert, muss den Mieter bereits vor Abgabe von dessen Vertragserklärung, also vor Abschluss des Mietvertrags, Auskunft darüber erteilen, dass eine solche Ausnahme vorliegt. Hierzu wird eine neue vorvertragliche Auskunftspflicht des Vermieters in das BGB aufgenommen. Soweit der Vermieter die Auskunft nicht erteilt, kann er sich auf eine nach diesen Ausnahmen zulässige Miete nicht berufen. Möchte der Vermieter sich also hinsichtlich der Zulässigkeit der Miethöhe zum Zeitpunkt des Vertragschlusses oder später, z. B. bei einer Rüge des Mieters, beispielsweise auf die Vormiete berufen, muss er dem Mieter die Höhe der Vormiete zum Zeitpunkt eines Jahres vor Beendigung des Vormietverhältnisses mitteilen. Für Vermieter, die sich nicht auf einen Ausnahmetatbestand berufen können oder wollen, besteht keine Pflicht zur Mitteilung. In diesen Fällen richtet sich die Zulässigkeit der geforderten Miete nach § 556d Absatz 1 BGB. In Zukunft werden Mieter also bereits bei Begründung des Mietverhältnisses erfahren, ob die Zulässigkeit der Miete auf einer Ausnahme beruht.

Zum anderen wird das Erfordernis einer qualifizierten Rüge des Verstoßes des Vermieters durch den Mieter nach § 556g Absatz 2 Satz 2 BGB gestrichen; zukünftig soll eine einfache Rüge ausreichen. Es hat sich für den Mieter als schwierig erwiesen, Tatsachen vorzutragen, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht. Hierfür notwendige Recherchen des Mieters sowie ein gegebenenfalls notwendiges Auskunftsverlangen gegenüber dem Vermieter halten den Mieter oftmals davon ab, sein Recht geltend zu machen bzw. führen zumindest zu einer deutlichen Verzögerung der Rüge. Für den Zeitraum der Verzögerung kann der Mieter die zu viel gezahlte Miete zudem nach § 556g Absatz 2 BGB nicht zurückverlangen. Dies wird als ungerecht empfunden. Zukünftig soll der Mieter eine nach seiner Ansicht zu hohe Miete dem Vermieter nur noch in einfacher Weise mitteilen („rügen“) müssen; Tatsachen, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht, muss er dazu nicht länger vortragen.

2. Änderungen im Mietmodernisierungsrecht

Bei der Mieterhöhung nach Modernisierung wird der seit 1978 unveränderte Umlagesatz in § 559 Absatz 1 BGB in Gebieten, die nach § 558 Absatz 3 Satz

2 und 3 BGB als Gebiete ausgewiesen sind, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist (Gebiete mit abgesenkter Kappungsgrenze), für zunächst fünf Jahre von 11 Prozent auf 8 Prozent abgesenkt.

Um zu verhindern, dass Mieter sich in Folge einer deutlichen Modernisierungsmieterhöhung ihre Wohnung nicht mehr leisten können, wird im neuen § 559 Absatz 3a des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Entwurfsfassung (BGB-E) eine Kappungsgrenze für Modernisierungen eingeführt. In Zukunft kann sich die Miete innerhalb eines Zeitraums von sechs Jahren maximal um 3 Euro je Quadratmeter Wohnfläche monatlich erhöhen. Dabei bleiben Mieterhöhungen nach § 558 oder § 560 BGB unberücksichtigt.

Für Maßnahmen, deren Kosten 10.000 Euro pro Wohnung nicht übersteigen, wird mit § 559c BGB-E ein vereinfachtes Verfahren eingeführt, das der Vermieter zur Ankündigung und Geltendmachung einer Mieterhöhung nach einer Modernisierung wählen kann. Im vereinfachten Verfahren werden die Instandhaltungskosten mit 30 Prozent pauschaliert. Dies gilt auch für die Ankündigung der Modernisierungsmaßnahme nach § 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 BGB. In dieser ist der Vermieter bei Wahl des vereinfachten Verfahrens zudem nicht verpflichtet, die künftigen voraussichtlichen Betriebskosten anzugeben. Darüber hinaus müssen Vorteile zinsverbilligter oder zinsloser Darlehen aus öffentlichen Haushalten nicht von den Kosten für die Modernisierungsmaßnahme abgezogen werden und der Mieter kann sich nicht auf das Vorliegen eines wirtschaftlichen Härtefalls berufen. Die Höchstgrenze von 10.000 Euro gilt für einen Zeitraum von fünf Jahren; daneben sind keine weiteren Mieterhöhungen nach § 559 BGB möglich. Eine Ausnahme gilt für Modernisierungen, die aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung durchzuführen sind.

Schließlich werden zum Schutz der Mieter vor dem sogenannten Herausmodernisieren sowohl gesetzliche Vermutungen für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit baulichen Veränderungen eingeführt, die insbesondere dann eingreifen, wenn der Vermieter die Ankündigung oder Durchführung einer baulichen Veränderung dazu instrumentalisiert, den Mieter zur Beendigung des Mietverhältnisses zu veranlassen (§ 559d BGB-E), als auch eine mit einer Geldbuße bewehrte Ordnungswidrigkeit über die Durchführung einer baulichen

Veränderung in missbräuchlicher Weise (§ 6 des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954 in der Entwurfsfassung – WiStrG-E).

III. Alternativen

Im Bereich des Rechts der Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten sind Alternativen, mit denen die Regelungsziele der Transparenz und Vereinfachung in gleicher Weise erreicht werden, nicht ersichtlich. Die Regelung ist verhältnismäßig und führt nur dann zu einer Auskunftspflicht über eine Ausnahme, soweit die Zulässigkeit der Miete auf dieser beruht. Die ebenfalls denkbare Streichung der Ausnahmen wäre deutlich einschneidender für die Vermieter.

Weniger einschneidende Maßnahmen, mit denen verhindert wird, dass sozial schwächere Mieter bzw. in angespannten Wohnungsmärkten auch Durchschnittsverdiener sich ihre Wohnung aufgrund von Modernisierungsmieterhöhungen nicht mehr leisten können, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Zwar können Vermieter durch Inanspruchnahme von Wohnbauförderungsmaßnahmen unter Umständen Kosten sparen, die dann nicht dem Mieter auferlegt werden können. Die Inanspruchnahme solcher Leistungen ist jedoch nicht zwingend. Vermieter zu verpflichten, bestehende Fördermaßnahmen in Anspruch zu nehmen, erscheint zudem weder sachgerecht noch praktikabel. Der insbesondere vom Deutschen Mieterbund e. V. (DMB) unterbreitete Vorschlag, § 559 BGB zu streichen und insbesondere energetische Modernisierungen allein durch bessere Abbildung der entsprechenden Ausstattungsmerkmale im Mietspiegel zu berücksichtigen (Stichwort: energetische Mietspiegel), ist nicht geeignet, Modernisierungsmieterhöhungen umfassend zu adressieren.

IV. Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Grundgesetzes (GG)

1. Änderungen im Hinblick auf die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten

Die Einfügung des neuen § 556g Absatz 1a BGB-E verfolgt ein legitimes Regelungsziel und stellt einen geeigneten, erforderlichen und angemessenen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. – bei gewerblichen Vermietern – die Berufsausübungsfreiheit dar.

Die Pflicht des Vermieters, dem Mieter vor Abgabe von dessen Vertragserklärung Auskunft über vorliegende Ausnahmen von den Vorschriften der soge-

nannten Mietpreisbremse zu erteilen, dient dem Ziel, die Regelung zur Begrenzung der zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn für die Mieter handhabbarer und damit wirksamer zu gestalten. Nur wenn sich Mieter auf ihre Rechte aus den Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn berufen und diese durchsetzen, können die Regelungen ihren legitimen Zweck erreichen, die direkte und indirekte Verdrängung von wirtschaftlich weniger starken Haushalten und Durchschnittsverdienern aus angespannten Wohnungsmärkten zu verhindern. Das Regelungsanliegen ist damit identisch mit dem Ziel der sogenannten Mietpreisbremse selbst.

Die Auskunftspflicht des Vermieters ist auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Aus diversen Studien lässt sich erkennen, dass Mieter in vielen Fällen von ihren Rechten keinen Gebrauch machen, weil ihnen die Tatsachen nicht bekannt sind, welche sie für die Prüfung der zulässigen Miethöhe benötigen (vgl. Con-Policy-Faktenblatt, a.a.O.; DIW-Wochenbericht Nummer 22/2016, a.a.O.). Obwohl dem Mieter ein Auskunftsanspruch nach § 556g Absatz 3 BGB zusteht, scheuen sich viele Mieter davor, diesen aktiv geltend zu machen. Vor diesem Hintergrund können die mit der Begrenzung der Miethöhe bei Mietbeginn verfolgten Wirkungen nur dann erreicht werden, wenn der Mieter die notwendigen Informationen zur Ermittlung der zulässigen Miethöhe erhält, ohne dass er gegenüber dem Vermieter aktiv tätig werden muss. Diesem Ziel dient die vorliegende Regelung. Teilt der Vermieter dem Mieter das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes mit, kann der Mieter zukünftig besser einschätzen, ob die verlangte Miete zulässig ist. Macht der Vermieter hingegen keine Angaben, kann sich der Mieter sicher sein, dass sich die zulässige Miete allein nach der ortsüblichen Vergleichsmiete plus 10 Prozent berechnet.

Die Regelung ist auch erforderlich und verhältnismäßig. Inhaltlich ist die Auskunftsverpflichtung auf die Fälle beschränkt, in denen die geforderte Miete aufgrund der Ausnahmetatbestände nach § 556e BGB oder § 556f BGB zulässig ist, der Vermieter sich also auf diese berufen kann. Hierdurch wird zum einen vermieden, dass auch Vermieter, die nur die nach § 556d BGB zulässige Miete verlangen, insoweit unnötige und unter Umständen personenbezogene Angaben, z. B. zur Höhe der Vormiete, machen müssen. Die Auskunftspflicht erfasst schließlich nur solche Umstände, die in der Sphäre des Vermieters liegen und die der Vermieter bereits kennt oder ohne weiteres ermitteln kann.

2. Änderungen im Hinblick auf die Mieterhöhung nach Modernisierung

a) Vereinbarkeit im Artikel 14 GG

Die Regelungen zur räumlich und zeitlich begrenzten Absenkung des Umlagesatzes, mit dem der Vermieter die Kosten einer Modernisierung an den Mieter weitergeben kann (§ 559 Absatz 1 Satz 2 BGB-E), sowie die Einführung einer Kappungsgrenze für die Mieterhöhung nach Modernisierung (3 Euro pro Quadratmeter innerhalb von sechs Jahren, § 559 Absatz 3a BGB-E) sind zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nach Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 GG. Sie verfolgen ein legitimes Ziel und sind zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen.

Die Regelungen verfolgen das Ziel, Mieterhöhungen nach einer Modernisierung zu begrenzen und auf diese Weise einen Beitrag dazu zu leisten, dass Mieter nach einer Modernisierung ihre Wohnung behalten und in ihrem gewohnten Umfeld bleiben können. Eine solche Regelung liegt im öffentlichen Interesse, weil sie letztlich darauf ausgerichtet ist, vertragstreue Mieter vor einem (unverschuldeten) Verlust ihrer Wohnung zu bewahren (vgl. BVerfGE 68, 361, 370; 79, 292, 302).

Die Regelungen sind geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Die Begrenzung der Mieterhöhung auf 3 Euro pro Quadratmeter innerhalb von sechs Jahren (Kappungsgrenze für Modernisierungen) legt erstmals einen absoluten Betrag für die zulässige Mieterhöhung nach einer Modernisierung fest. Die Regelung sorgt auch dafür, dass Mieter von vornherein wissen, bis zu welchem Betrag die Miete im Höchstfall ansteigen kann, und daher besser beurteilen können, ob sie sich die Miete für ihre Wohnung in den kommenden Jahren noch leisten können. In Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt, die ohnehin in besonderer Weise von Wohnungsknappheit und hohen Ausgangsmieten betroffen sind, führt zudem die Absenkung des Umlagesatzes von 11 Prozent auf 8 Prozent zu einem deutlich geringeren Betrag, um den der Vermieter die Miete nach einer Modernisierung erhöhen darf. Diese Absenkung des Umlagesatzes entfaltet vor allem dann ihre Wirkung, wenn die absolute Kappungsgrenze für die Mieterhöhung nach einer Modernisierung noch nicht erreicht ist.

Die Regelungen sind auch erforderlich; die Vermieter weniger beeinträchtigende Maßnahmen sind nicht ersichtlich (s. hierzu auch unter III. Alternativen). Insbesondere ist in Gebieten, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölke-

rung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist, auch die zusätzliche Absenkung des Umlagesatzes auf 8 Prozent der für die Modernisierung aufgewandten Kosten erforderlich. Denn hier steht in besonderem Maße zu befürchten, dass eine zusätzliche Mieterhöhung, die auf eine oft bereits hohe Ausgangsmiete aufsattelt, zu einer Überlastung der Mieter führt. Die absolute Belastungsgrenze kann dann insbesondere auch bei Mieterhöhungen unterhalb von 3 Euro pro Quadratmeter erreicht sein. Hinzu kommt, dass die Mieter in diesen Regionen aufgrund der hohen Marktmieten kaum eine andere, bezahlbare Wohnung in ihrem bisherigen Umfeld finden dürften. Die Absenkung des Umlagesatzes ist zudem zunächst befristet auf fünf Jahre. Der Entwurf schlägt daher Maßnahmen von geringer Eingriffsintensität vor (vgl. dazu BGH, Urteil vom 4. November 2015 – VIII ZR 217/14 zur Absenkung der Kappungsgrenze in § 558 Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB).

Die Regelungen sind auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Den Eigentümern steht es weiterhin frei, Modernisierungen nach ihren Wünschen und Vorstellungen durchzuführen. Sie können weiterhin zumindest einen erheblichen Teil der Modernisierungskosten auf die Mieter umlegen; die Wirtschaftlichkeit der Vermietung wird hierdurch nicht in Frage gestellt. Die Neuregelung begrenzt lediglich zukünftige Erträge aus der Vermietung von modernisiertem Wohnraum. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Regelungen ist zudem zu berücksichtigen, dass für kleinere Modernisierungen bis zum Höchstbetrag von 10 000 Euro zum Vorteil der Vermieter gleichzeitig ein alternatives vereinfachtes Verfahren eingeführt wird (§ 559c BGB-E), mit dem Vermieter eine Mieterhöhung nach Modernisierung geltend machen können.

b) Vereinbarkeit mit Artikel 3 GG

Die Absenkung des Umlagesatzes allein in Gebieten, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen nach § 558 Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB besonders gefährdet ist, ist auch mit dem Gleichheitssatz vereinbar.

Im Hinblick auf die Vermieter, die auf den beschriebenen besonders gefährdeten Märkten agieren, fehlt es bereits an einer Ungleichbehandlung. Aber auch sofern man die Vermieter in besonders gefährdeten Gebieten, für die ein abgesenkter Umlagesatz von 8 Prozent gilt, mit allen anderen Vermietern vergleicht, für die weiterhin ein Umlagesatz von 11 Prozent gilt, ist diese unterschiedliche

Behandlung sachlich gerechtfertigt und hält auch einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung stand. Für die Differenzierung liegt ein sachlicher Grund vor; zudem ist die Regelung zur Erreichung ihres legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen (s. hierzu unter a)).

V. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG (Bürgerliches Recht und Strafrecht).

VI. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Entwurf ist vereinbar mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat.

VII. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Eine Rechtsvereinfachung ergibt sich vor allem aus der Einführung eines vereinfachten Verfahrens für die Ankündigung und Geltendmachung der Mieterhöhung nach kleineren Modernisierungen in § 559c BGB-E. Insbesondere durch den pauschalierten Abzug von Kosten für ersparte Erhaltungsmaßnahmen wird ein typischer Streitpunkt in gerichtlichen Verfahren ausgeschlossen. Eine weitere wesentliche Vereinfachung ergibt sich aus dem Verzicht darauf, die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten in der Modernisierungsankündigung anzugeben.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Entwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie. Die Regelungen sind insbesondere unter den Gesichtspunkten wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und sozialer Verantwortung dauerhaft tragfähig.

Im Bereich der Änderungen des Modernisierungsrechts ist die Managementregel 6 der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung betroffen. Der technische Fortschritt erlaubt inzwischen klimatechnische Verbesserungen von Wohnimmobilien, die dem Umweltschutz dienen und zugleich neue wirtschaftliche Betätigungsfelder eröffnen. Diese Aspekte sind mit dem sozialen Schutz der Mieter in Einklang zu bringen. Die Kosten für Modernisierungen dür-

fen nicht einseitig den Mietern auferlegt werden. Ohne eine sozialverträgliche Ausgestaltung der Kostenlast droht eine Störung des sozialen Zusammenhalts, weil sich viele Mieter ihre Wohnung bzw. eine modernere Wohnung nicht mehr leisten können. Hierdurch wird zugleich der Managementregel 10 (Stärkung sozialen Zusammenhalts) Rechnung getragen, indem soziale Ausgrenzung durch Gentrifizierungsprozesse infolge von teuren Modernisierungen verringert wird.

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Die Rechtsänderungen werden voraussichtlich nur geringe Auswirkungen auf die Haushalte des Bundes, der Länder und Kommunen haben. Betroffen sind diese von den Rechtsänderungen, soweit sie preisfreien Wohnraum vermieten.

Entlastungen beim Wohngeld oder im Rahmen der Grundsicherung ergeben sich aus den Änderungen bei der Mieterhöhung nach Modernisierung, insbesondere durch die Absenkung des Prozentsatzes der Modernisierungskosten, um den die jährliche Miete erhöht werden kann, sowie durch die Einführung einer Kappungsgrenze.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im jeweiligen Einzelplan ausgeglichen werden.

4. Erfüllungsaufwand

a) Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

aa) Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten

Erfüllungsaufwand entfällt für Mieter durch den Wegfall des Erfordernisses der qualifizierten Rüge eines Verstoßes gegen die Mietpreisbremse sowie durch die Einführung einer Auskunftspflicht des Vermieters hinsichtlich der Ausnahmen von der Mietpreisbremse.

aaa) Wegfall des Erfordernisses einer qualifizierten Rüge (§ 556g Absatz 2 Satz 2 BGB)

Hierdurch entfällt jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von 200 Stunden; es entstehen allerdings jährliche Sachkosten von 500 Euro durch eine aufgrund der erleichterten Voraussetzungen voraussichtlich zunehmenden Anzahl an Rügen.

Sofern Mieter in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt aufgrund eines (möglichen) Verstoßes gegen § 556d BGB zu viel gezahlte Miete zurückfordern wollen, müssen sie zuvor den Sachverhalt gegenüber ihrem Vermieter gerügt haben. Diese Rüge muss durch den Wegfall von § 556g Absatz 2 Satz 2 BGB nicht mehr qualifiziert sein. Dies bedeutet, dass die Mieter zur Beanstandung nicht mehr die Tatsachen recherchieren und dokumentieren müssen, die ihrer Auffassung nach einen Verstoß gegen die Vorschriften der Mietpreisbremse zeitigen. Zu einer solchen Tatsache zählt z. B. die Ermittlung der im vorherigen Mietverhältnis vereinbarten Miete.

Mit der einfachen Rüge entfällt für die Mieter Zeitaufwand, sich in das Thema einzuarbeiten, die notwendigen Tatsachen zu recherchieren und zu dokumentieren. Für eine qualifizierte Rüge kann gemäß der Zeitwerttabelle für Informationspflichten der Bürgerinnen und Bürger im Anhang IV des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwandes von einem durchschnittlichen Aufwand von 30 Minuten pro Fall ausgegangen werden. Davon entfallen rund 25 Minuten auf das Sammeln und Aufbereiten von Daten und Informationen, die zur Rüge berechtigen, und fünf Minuten für das Aufsetzen des Schriftstücks. Durch die Möglichkeit zur einfachen Rüge (Zeitaufwand drei Minuten für das Aufsetzen eines einfachen Schriftstücks) verringert sich der Zeitaufwand um 27 Minuten pro Fall.

Bislang ist angesichts der geringen Klagebereitschaft der Mieter auch von einer niedrigen Anzahl der jährlich erteilten Rügen auszugehen. Orientiert man sich an der Auskunft des DMB (ZEIT ONLINE 2017: „Mieterschutz, der keiner ist“, abrufbar über: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2017-06/mietpreisbremse-gesetz-durchfuehrung-praxis> (zuletzt abgerufen am 3. April 2018)), werden Rügen bisher schätzungsweise in nur 500 Fällen pro Jahr ausgesprochen. Zwar ist durch die Vereinfachung mit einer Erhöhung der Fallzahl zu rechnen, da für die Mieter die Hürden zum Erteilen einer Rüge gesenkt werden. Eine verlässliche Schätzung kann allerdings nicht vorgenommen werden. Angesichts der geringen Klagegeneigung von Mietern ist jedoch unter Beachtung der nun gesenkten Hürden durch die vereinfachte Rüge mit nicht mehr als 1 000 Rügen pro Jahr zu rechnen. Die 500 zusätzlichen Fälle verursachen bei einem Aufwand von je drei Minuten einen positiven Zeitaufwandssaldo von 25 Stunden jährlich.

Weil der Zeitaufwand pro Fall aber bei den bisher 500 Fällen jährlich sinkt, reduziert sich insoweit die jährliche Gesamtzeitbelastung der Bürgerinnen und Bürger um 225 Stunden (500 Fälle x 27 Minuten), im Saldo beläuft sich die Entlastung auf 200 Stunden. Im Gegenzug können sich im Falle einer steigenden Zahl an Rügen die Sachkosten marginal erhöhen, da diese in Textform zu übermitteln sind, was in der Praxis üblicherweise – über die gesetzlichen Vorgaben hinaus überobligatorisch – noch per postalischer Zustellung erfolgt.

<i>Zeitaufwand pro Fall (qualifizierte Rüge)</i>	<i>Zeitaufwand pro Fall (einfache Rüge)</i>	<i>Sachaufwand pro Fall in Euro</i>	<i>Fallzahl (qual. Rüge)</i>	<i>Fallzahl (einf. Rüge)</i>	<i>Zeitaufwandsaldo in Stunden</i>	<i>Sachkostensaldo in Tsd. Euro</i>
30 Min.	3 Min.	1	ca. 500	ca. 1000	-200	+0,5

bbb) Einführung einer Auskunftspflicht in § 556g Absatz 1a BGB-E

Hierdurch entfällt bei den Bürgern Zeitaufwand von jährlich 220 Stunden sowie Sachaufwand von 1.900 Euro jährlich, da das Verlangen nach Auskunft gemäß § 556g Absatz 3 BGB weniger häufig gestellt werden wird.

Mietern in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt steht gemäß § 556g Absatz 3 BGB das Recht zu, vom Vermieter Auskunft über diejenigen Tatsachen zu verlangen, welche sie für die Prüfung der zulässigen Miethöhe benötigen, soweit diese Tatsachen nicht allgemein zugänglich sind und der Vermieter hierüber unschwer Auskunft geben kann. Mit der in § 556g Absatz 1a BGB-E vorgesehenen neuen Auskunftspflicht werden die Mieter im Regelfall bereits vor Vertragsschluss darüber informiert, ob sich der Vermieter auf einen Ausnahmetatbestand nach § 556e BGB oder § 556f BGB berufen will.

Dadurch sparen die Mieter insofern den Zeitaufwand dafür, von dem Vermieter zunächst Auskunft über das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands verlangen zu müssen.

Da durch die Einführung der genannten Auskunftspflicht damit zu rechnen ist, dass ein erheblicher Teil der Vermieter diese Information vor dem Vertragsabschluss an den Mieter übermittelt, wird sich die Zahl der Auskunftersuchen der Mieter schätzungsweise um bis zu 50 Prozent reduzieren. Die aktuell rund 3

900 Auskunftersuchen jährlich werden somit um etwa 1.900 Ersuchen auf ca. 2.000 zurückgehen.

Bei einem Zeitaufwand von rund sieben Minuten und Sachkosten von einem Euro pro Fall (regelmäßig postalische Zustellung des Auskunftersuchens) werden die Bürgerinnen und Bürger durch die sinkende Anwendungshäufigkeit um rund 220 Stunden (2.000 x sieben Minuten) und 1.900 Euro jährlich entlastet.

<i>Zeitaufwand pro Fall</i>	<i>Sachaufwand pro Fall in Euro</i>	<i>Fallzahl (Ist-Stand)</i>	<i>Fallzahl (m. unverlangter Auskunft)</i>	<i>Zeitaufwandssaldo in Stunden</i>	<i>Sachkostensaldo in Tsd. Euro</i>
7 Min.	1	3.900	2.000	-220	-1,9

bb) Änderungen im Bereich der Modernisierungsmaßnahmen

Auch wenn es sich hierbei nicht um Erfüllungsaufwand handelt, werden die Bürgerinnen und Bürger durch die Änderungen bei der Möglichkeit der Mieterhöhung nach Modernisierung (Absenkung des Prozentsatzes der jährlichen Umlage auf 8 Prozent, § 559 Absatz 1 Satz 2 BGB-E sowie Einführung einer Kappungsgrenze von 3 Euro je Quadratmeter je Monat, § 559 Absatz 3a BGB-E) spiegelbildlich zu weiteren Kosten für die Vermieter um zwischen 9,3 und 14 Millionen Euro pro Jahr entlastet.

Im Übrigen besteht bei Modernisierungsankündigungen und Mieterhöhungen nach dem vereinfachten Verfahren für die Bürger eine erhöhte Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Rechtssicherheit. Dadurch können künftig Rechtsstreitigkeiten vermieden werden.

b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

aa) Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit ange-spannten Wohnungsmärkten

Durch die Einführung einer Auskunftspflicht für Vermieter in § 556g Absatz 1a BGB-E entsteht den Vermietern jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 325.000 Euro. Zugleich werden die Vermieter jedoch um jährlichen Erfüllungsaufwand von 6.000 Euro entlastet, da mit weniger Auskunftsverlangen der Mie-

ter nach § 556g Absatz 3 BGB zu rechnen ist und insofern mit weniger Erfüllungsaufwand aus der Erfüllung von Informationspflichten zu rechnen ist.

aaa) Kosten durch die Erfüllung der Auskunftspflicht

Mit Einführung der neuen vorvertraglichen Auskunftspflicht müssen Vermieter in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten, sofern sie sich auf eine nach § 556e oder § 556f BGB zulässige Miete berufen können, vor Abgabe der Vertragserklärung der Mieter diesen unaufgefordert darüber Auskunft erteilen, dass die Miethöhe auf einem der Ausnahmetatbestände nach § 556e bzw. § 556f BGB beruht. Die Ausnahmetatbestände sind die Höhe der im vorherigen Mietverhältnis vereinbarten Miete (§ 556e Absatz 1 BGB), eine vorangegangene Modernisierung (§ 556e Absatz 2 und § 556f Satz 2 BGB), und die Vermietung eines Neubaus (§ 556f Satz 1 BGB).

Dieser Auskunftspflicht werden die Vermieter mit einer schriftlichen Information nachkommen, die im Regelfall postalisch zugestellt wird, wodurch Sachkosten entstehen. Nach dem Gesetz ausreichend ist allerdings auch eine Information in Textform, z.B. durch eine E-Mail.

Die Häufigkeit wie der Bearbeitungsaufwand variieren je nach Ausnahmetatbestand:

– § 556g Absatz 1a Satz 1 Nummer 1 BGB-E (Höhe der Vormiete):

Dieser Ausnahmetatbestand kann bei Neuvermietungen in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten auftreten, wenn die Vormiete höher als die nach § 556d Absatz 1 BGB zulässige Miete ist und im neuen Mietverhältnis fortgeführt werden soll. Nach Schätzung des Statistischen Bundesamtes kommt es jedes Jahr zu ca. 780.000 Wiedervermietungen in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten. Nach einer Auswertung des DIW liegt die Zahl der nach § 556d Absatz 1 BGB über der zulässigen Maximalmiete inserierten Wohnungen, ohne dass es eine Veranlassung wie eine vorangegangene Modernisierung gibt, bei rund 48 Prozent (374.400) (Institut der deutschen Wirtschaft 2017: Mietpreis-bremse funktioniert kaum, Pressemitteilung vom 25. April 2017). Darunter werden Fälle sein, in welchen der Vermieter unwissentlich eine unzulässige, d.h. zu hohe Miete verlangt. Schließlich konsultieren laut einer Umfrage nur rund 40 Prozent der kleinen Privatvermieter den örtlichen Mietspiegel bei

der Festlegung der Miete (Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung 2015 (Hrsg.): Privateigentümer von Mietwohnungen in Mehr-familienhäusern, S. 134 ff). Dagegen verlassen sich aber wesentlich mehr Vermieter auf die eigene Erfahrung (70 Prozent). Daher wird davon ausgegangen, dass rund die Hälfte der unzulässig hohen Mieten auf Unkenntnis bzw. Uninformiertheit zurückzuführen ist; diese Vermieter wären von einer solchen Auskunftspflicht daher nicht betroffen. Die Fallzahl der jährlich zu erteilenden Auskünfte beträgt danach 187.200 (= 374.400 ./ 2).

Wenn der Vermieter diesen Ausnahmetatbestand anführen möchte, sind hierfür zwei Minuten Zeitaufwand anzusetzen. Die Personalkosten liegen bei 1,05 Euro pro Fall. Zur Berechnung werden die Lohnsätze nach dem Wirtschaftszweig L (Grundstücks- und Wohnungswesen) bei mittlerem Qualifikationsniveau zugrunde gelegt (31,60 Euro pro Stunde als Durchschnitt über alle Unternehmen).

Hieraus resultieren Personalkosten in Höhe von rund 197.000 Euro jährlich (187.200 Fälle x 1,05 Euro).

– § 556g Absatz 1a Satz 1 Nummer 2 BGB-E (vorangegangene Modernisierung)

Zu diesem Ausnahmetatbestand zählen jene Wiedervermietungen in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten, bei denen die Wohnung kurz zuvor (umfassend) modernisiert wurde. Gemäß der Modernisierungsquote wird angenommen, dass dies bei drei Prozent der 780.000 jährlich wiedervermieteten Wohnungen der Fall ist (23.400). Nach verschiedenen Quellen liegt der Anteil der Wohnungen, die jedes Jahr umfassend energetisch modernisiert werden, zwischen einem und drei Prozent (vgl. Institut für Wohnungswesen, Immobilienwirtschaft, Stadt- und Regionalentwicklung 2014: Wirkungsanalyse der Mietrechtsänderungen. Teil II, S. 16; Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung 2018: Kommunalbefragung 2015; Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung 2016: Struktur der Bestandsinvestitionen 2014). Hinzu kommen gegebenenfalls weitere Modernisierungen, die seltener auftreten und statistisch oder durch Umfragen nicht erfasst werden.

Wenn der Vermieter die Miethöhe mit der letzten Modernisierung begründet, ist ein geringfügig höherer Zeitaufwand (fünf Minuten) zu erwarten, da ein zusätzlicher Rechercheaufwand erforderlich ist (u. a. Ermittlung des Zeitpunkts der letz-

ten Modernisierung). Die Personalkosten belaufen sich somit auf 2,63 Euro je Fall.

Daraus resultiert ein Mehraufwand von rund 62.000 Euro jährlich (23.400 Fälle x 2,63 Euro).

– § 556g Absatz 1a Satz 1 Nummer 3 BGB-E (Neubau)

Auf diesen Ausnahmetatbestand kann sich der Vermieter bei Vermietungen von Wohnungen berufen, die erstmals nach dem 1. Oktober 2014 genutzt oder vermietet wurden. Bei diesen Wohnungen handelt es sich in der Regel um Neubauwohnungen, von denen im Jahr 2016 in Deutschland 240.000 neu gebaut wurden (Statistisches Bundesamt 2017 (Hrsg.): Fachserie 5 Reihe 3, Tab. 1.3). Laut Zensus 2011 liegt die Eigentümerquote beim Neubau bei ca. 65 Prozent (156.000) (Statistische Ämter des Bundes und der Länder 2015 (Hrsg.): Gebäude- und Wohnungsbestand in Deutschland, S. 17), so dass ungefähr 84 000 Neubauwohnungen jedes Jahr erstmalig vermietet werden. Von diesen liegt gemäß einer Messung des Statistischen Bundesamtes ungefähr jede dritte in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt (28.000). Es wird angenommen, dass nicht alle dieser Wohnungen das örtlich zulässige Mietniveau übersteigen, da sie z. B. dem sozialen Wohnungsbau zuzurechnen sind oder die Kommune, in welcher das Bauland liegt, einen Mindestanteil von sozial verträglichen Miethöhen mit dem Bauinvestor vereinbart hat. Der Vermieter kann sich in diesen Fällen nicht auf einen Ausnahmetatbestand berufen. Es wird aber angenommen, dass dies in weniger als zehn Prozent der Fälle zutrifft (- 2.500). Es kommen somit jährlich 25 500 Neubauwohnungen auf den Markt, bei denen der Ausnahmetatbestand greift. Dieser ist aber auch für schon auf dem Markt befindliche Neubauten (Baujahr ab 1. Oktober 2014) anwendbar, wodurch die Grundgesamtheit Ende 2017 bei rund 83.000 Wohneinheiten lag. Bei einer angenommenen Umzugsquote von 10 Prozent werden jedes Jahr von den seit 2014 errichteten Neubauten 8.300 Wohneinheiten wiedervermietet. Da in den folgenden Jahren jeweils 25.500 Neubauwohnungen zusätzlich unter diesen Tatbestand fallen und diese in den Folgejahren ebenfalls zu 10 Prozent wiedervermietet werden, wächst die Zahl der jährlich zu erfüllenden Informationspflichten aufgrund von Wiedervermietung von Neubauten non-linear (vgl. Tabelle). Im Jahr 2019 liegt die Zahl der jährlichen Vermietungen, bei denen die Auskunftspflicht nach § 556g Absatz 1a Satz 1 Nummer 3 BGB-E zu erfüllen ist,

bei 38 900, von denen 25 500 aus erstmalig vermieteten Neubauten und 13 400 aus Wiedervermietungen stammen. Im Jahr 2020 wird die Zahl der Informationspflichten aus Wiedervermietungen bereits auf 15.950 gestiegen sein.

	Wohneinheiten insgesamt am 31.12.	Erstvermietungen	Wiedervermietungen	Informationspflichten
2018	108500	25.500	10 850	36 350
2019	134 000	25.500	13 400	38 900
2020	159 500	25.500	15 950	41 450
2021	185 000	25.500	18 500	44 000
2022	210 500	25.500	21 050	46 550

Für die Berufung auf diesen Tatbestand genügt ein einfacher Hinweis (Einzeiler). Hierfür wird ein Zeitaufwand von zwei Minuten angesetzt, was Personalkosten von 1,05 Euro pro Fall entspricht.

Hieraus ergeben sich zusätzliche Kosten für die Vermieter von rund 41.000 Euro im Jahr 2019 (38.900 Fälle x 1,05 Euro), für das Jahr 2020 von 43.500 Euro. Durch die kontinuierlich wachsende Fallzahl steigen die Personalkosten um etwas mehr als 3.000 Euro jährlich, so dass diese im Jahr 2022 bei knapp 50.000 Euro liegen werden.

– Gesamtkosten

Da diese Auskünfte in Textform zu erteilen sind, aber häufig wohl in Schriftform erteilt werden dürften, können für die Vermieter gegebenenfalls zusätzliche Sachkosten (Porto) anfallen. Die Erfahrung zeigt aber, dass dies nur selten der Fall sein sollte. So händigen nach Ermittlung des Statistischen Bundesamtes z.B. rund 95 Prozent der Vermieter die Wohnungsgeberbestätigung über den Einzug direkt bei der Schlüsselübergabe aus. Es wird in einer ähnlichen Größenordnung (90 Prozent) davon ausgegangen, dass der Vermieter der Auskunftspflicht dadurch nachkommt, dass er bei der Wohnungsbesichtigung oder bei der Zusendung des Mietvertrages die Information mitgibt. Für die verbleibenden zehn Prozent wird eine postalische Zustellung angenommen. Die Sachkosten liegen im Jahr 2019 bei 24.600 Euro und steigen wegen der wachsenden Fallzahl der dritten Fallgruppe bis 2022 auf etwa 25.700 Euro.

In der Summe entsteht den Vermietern durch die neu eingeführte Auskunftspflicht eine Belastung von rund 327.000 Euro jährlich.

<i>Auskunftsverpflichtung / Ausnahmeetatbestand</i>	<i>Paragraf</i>	<i>Fallzahl</i>	<i>Zeitaufwand pro Fall</i>	<i>Personalkostensaldo jährlich in Tsd. Euro</i>	<i>Sachkosten jährlich in Tsd. Euro (10 % der Fälle)</i>	<i>Erfüllungsaufwand jährlich in Tsd. Euro</i>
Höhe der Vormiete, wenn diese bereits im vorherigen Mietverhältnis vereinbart war	§ 556g Abs. 1a S 1 Nr. 1	187.200	2 Min.	197	18,7	215,7
Vorangegangene Modernisierung	§ 556g Abs. 1a S 1 Nr. 2	23.400	5 Min.	62	2,3	64,3
Erstnutzung bzw. -vermietung bei Neubauten (hier nur für 2019)	§ 556g Abs. 1a S 1 Nr. 3	38.900	2 Min.	41	3,89	44,89
Insgesamt		249 500		300	24,89	324,89

bbb) Entlastung durch weniger Auskunftsbegehren

Da zeitgleich mit der Einführung der Auskunftspflicht des Vermieters nach § 556g Absatz 1a BGB-E die Mieter seltener Auskunftsersuchen nach § 556g Absatz 3 BGB stellen dürften, werden die Vermieter in weniger Fällen auf die Gesuche reagieren müssen und entsprechend entlastet. Analog zu der Bürgervorgabe wird von einer Reduzierung der Fallzahl von 50 Prozent ausgegangen. Die aktuell rund 3.900 von den Vermietern zu bearbeitenden Auskunftsersuchen werden auf ca. 2.000 zurückgehen (-1.900). Bei einem Zeitaufwand von rund vier Minuten pro Fall (Übermittlung der Informationen an Mieter) und einem Lohnsatz von 31,60 Euro/Std. (Wirtschaftszweig L - Grundstücks- und Wohnungswesen) beläuft sich die Entlastung inklusive wegfallender Sachkosten (-2.000 Euro) auf 6.000 Euro.

<i>Zeitaufwand pro Fall</i>	<i>Sachaufwand pro Fall in Euro</i>	<i>Fallzahl (nur auf Verlangen)</i>	<i>Fallzahl (ohne Verlangen)</i>	<i>Personalkostensaldo in Tsd. Euro</i>	<i>Sachkostensaldo in Tsd. Euro</i>	<i>Erfüllungsaufwand jährlich in Tsd. Euro</i>
4 Min.	1	3.900	2.000	-4	-1,9	-6

bb) Änderungen im Bereich der Modernisierungsmaßnahmen

Für die Wirtschaft ergibt sich im Bereich der Modernisierungsmaßnahmen durch geänderte Informationspflichten eine Entlastung um Bürokratiekosten von 1.012.000 Euro.

Sofern Vermieter die Kosten von Modernisierungsmaßnahmen auf die Mieter umlegen möchten, haben sie dies diesen in Textform mitzuteilen. In dieser Mieterhöhungserklärung muss die Berechnung der durch die Modernisierungsmaßnahmen resultierenden Mieterhöhung dargelegt werden. Bereits zuvor, im Rahmen der Ankündigung der Modernisierung, ist nach § 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 BGB-E der Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung, sofern eine solche nach § 559 BGB oder § 559c BGB-E verlangt werden soll, anzugeben.

Bei der Berechnung dieser Modernisierungsumlage waren nach bisheriger Rechtslage immer die gesparten Instandhaltungskosten abzuziehen. Mit der Einführung des vereinfachten Verfahrens können bei kleineren Maßnahmen, deren Kosten 10 000 Euro nicht überschreiten, die Mieterhöhungen unbürokratischer berechnet werden, da auf die Berechnung der Kosten, die für eine eventuelle Instandhaltungsmaßnahme erforderlich gewesen wäre, verzichtet werden kann. Sowohl bei der Modernisierungsankündigung als auch bei der Mieterhöhungserklärung werden die aufzuführenden Angaben reduziert, wodurch die Vermieter bei deren Erstellung entlastet werden.

Eine weitere Erleichterung durch das vereinfachte Modernisierungsverfahren liegt darin, dass in der Modernisierungsankündigung nicht mehr nach § 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 BGB die Höhe der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten anzugeben ist.

Zudem müssen Vermieter üblicherweise in der Modernisierungsankündigung auf Form und Frist des Härteeinwands hinsichtlich der Mieterhöhung hinweisen, § 555c Absatz 2 in Verbindung mit § 555d Absatz 3 Satz 1 BGB. Dies entfällt für das vereinfachte Verfahren gemäß § 559c Absatz 2 Satz 4 BGB-E, wodurch auch insoweit für die Vermieter Erfüllungsaufwand entfällt.

Die Zahl der Vermieter, die von dem neuen Verfahren profitieren, wird auf Basis einer Sonderauswertung der „Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) 2013“ geschätzt. Danach haben im Jahr 2013 knapp 40 000 private Haushalte

Ausgaben für „werterhöhende Instandhaltungen“ in einer Höhe bis zu 10 000 Euro vorgenommen.

Allerdings sind in der EVS die wohlhabenden Haushalte untererfasst. Da unter diesen Haushalten der Anteil der Vermieter überproportional vertreten ist, dürfte die tatsächliche Zahl der Haushalte mit Ausgaben für „werterhöhende Instandhaltungen“ höher liegen. Auch ist zu erwarten, dass durch das vereinfachte Berechnungsverfahren Vermieter eher geneigt sind, Modernisierungen durchzuführen bzw. Mieterhöhungen aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen durchzusetzen. Im Gegenzug ist jedoch nicht jede kleinere Modernisierungsmaßnahme für die abzuschätzende Fallzahl relevant. Viele Modernisierungsmaßnahmen werden bei Mieterwechseln vorgenommen. Ebenso kann der Vermieter auf die Umlage der Modernisierungskosten im Rahmen einer Mieterhöhung ganz verzichten. In Abwägung der fallzahlerhöhenden wie -reduzierenden Gründe werden ca. 40.000 Anwendungsfälle für das neue vereinfachte Verfahren pro Jahr angenommen.

Für diese Fälle reduziert sich die zeitliche Belastung durch das vereinfachte Verfahren. Der Zeitaufwand für die Erstellung einer Modernisierungsankündigung nach bisheriger Rechtslage liegt nach Angaben der Wohnungswirtschaft bei ca. 20 Minuten pro Fall. Darin enthalten ist bereits die Kostenaufschlüsselung durch die Modernisierungsmaßnahme. Die Mieterhöhungserklärung verursacht ohne Darstellung des Berechnungsweges einen Zeitbedarf von ca. 19 Minuten. Der Berechnungsaufwand bei Modernisierungskosten wird aus den Angaben der Wohnungswirtschaft zum Erfüllungsaufwand bei ähnlichen Vorgaben sowie über die Zeitwerttabelle für Informationspflichten der Wirtschaft ermittelt (Statistisches Bundesamt 2012 (Hrsg.): Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands, S. 412). Nach geltender Rechtslage muss sich der Vermieter zunächst in die Abgrenzung von Modernisierungs- und Erhaltungsaufwand einarbeiten sowie sich mit den Informationspflichten hinsichtlich der Modernisierungsankündigung und der Erklärung zur Mieterhöhung vertraut machen (sechs Minuten). Bei der Vergabe der Modernisierungsmaßnahme an geeignete Handwerksbetriebe müssen entsprechende Informationen eingeholt werden (zehn Minuten). Es wird davon ausgegangen, dass die ausführenden Unternehmen die Kosten für Erhaltungs- und Modernisierungsaufwand getrennt darstellen oder dem Auftraggeber aufgrund ihrer Expertise Ab-

schätzungen zum erforderlichen Erhaltungsaufwand im Sinne des § 559 Absatz 2 BGB zur Verfügung stellen. Auf dieser Grundlage berechnet der Vermieter die Mieterhöhung (25 Minuten) und erstellt die entsprechenden Dokumente (vier Minuten). Diese Zeitaufwände sind der Mieterhöhungserklärung zuzuschlagen, deren Erstellung einen Zeitaufwand von 64 Minuten verursacht (19 Minuten reine Mieterhöhungserklärung zuzüglich 45 Minuten Berechnung nach dem standardisierten Verfahren).

Beim neu eingeführten vereinfachten Verfahren muss sich der Vermieter nicht mehr in die Abgrenzung von Modernisierungs- und Erhaltungsaufwand einarbeiten, benötigt weniger Informationen durch die ausführenden Handwerksbetriebe und wird bei der pauschalierten Berechnung entlastet. Der Zeitaufwand für die Erstellung einer Mieterhöhungserklärung reduziert sich damit auf 24 Minuten pro Fall (40 Minuten). Da bei der Modernisierungsankündigung weniger Angaben zu tätigen sind, reduziert sich der Aufwand für deren Erstellung insbesondere unter Berücksichtigung der entfallenden Angabe der zukünftigen Betriebskosten auf 13 Minuten (-sieben Minuten). Für den Wegfall des Hinweises auf den Härteeinwand hinsichtlich der Mieterhöhung ist zusätzlich eine Ersparnis von einer Minute anzusetzen. Die Zeitersparnis beträgt also gut eine Dreiviertelstunde pro Fall (-48 Minuten).

Die Lohnsätze sind dem Wirtschaftsabschnitt „L: Grundstücks- und Wohnungswesen“ entnommen und betragen für Tätigkeiten bei mittlerer Qualifikation 31,60 Euro die Stunde (Lohnkostentabelle Wirtschaft, Stand 15. November 2017). Die Zeitersparnis führt auf dieser Basis zu einem Personalkostensaldo von rund -25,3 Euro pro Fall. Auf Basis des genannten Lohnsatzes und der oben aufgeführten Fallzahl ergibt sich eine Bürokratiekosteneinsparung von etwa 1.012.000 Euro pro Jahr (40.000 Fälle x 25,3 Euro), die im Sinne der Regelungen zu „one in, one out“ zu berücksichtigen sind. Die Sachkosten bleiben unverändert, da die Mieterhöhungsberechnung und -ankündigung schon zuvor in Textform zu erfolgen hatte und sich deren Zahl durch das vereinfachte Verfahren gemäß der oben genannten Annahme nicht verändert.

<i>Informationspflicht</i>	<i>Fallzahl (Vereinfachtes Verfahren)</i>	<i>Zeitaufwand pro Fall (Standardverfahren)</i>	<i>Zeitaufwand pro Fall (vereinfachtes Verfahren)</i>	<i>Zeitaufwandsaldo pro Fall</i>	<i>Personalkostensaldo in Tsd. Euro</i>	<i>Sachkostensaldo in Tsd. Euro</i>	<i>Erfüllungsaufwand jährlich in Tsd. Euro</i>
Mieterhöhungserklärung bei Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen	40 000	64 Min.	24 Min.	-40 Min.	-843	0	-843
Modernisierungsankündigung bei Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen	40 000	20 Min.	12 Min.	-8 Min.	-168,32	0	-168,32
Gesamt	80 000	84 Min.	36 Min.	-48 Min.	-1011,32	0	-1011,32

c) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

Durch Einführung der mit einer Geldbuße bewehrten Vorschrift über die Ankündigung oder Durchführung einer baulichen Veränderung steigt der Erfüllungsaufwand für die zu-ständigen Behörden leicht um 37.000 Euro jährlich.

Es wird von einem Ausnahmesachverhalt ausgegangen, der höchstens 1 Prozent der Modernisierungen betreffen sollte. Die Zahl der jährlich verschickten Modernisierungsankündigungen bewegt sich nach einer Erhebung des Statistischen Bundesamtes bei deutschen Großvermietern (z. B. Wohnungsgenossenschaften) zwischen 100.000 und 110.000 jährlich. Hinzu kommen rund 40.000 von Kleinvermietern. Somit dürfte von etwa 150 000 Modernisierungen in jährlich maximal 1 500 Fällen (1 Prozent) der Vermieter mit der Modernisierung einen solchen Zweck verfolgen.

Es ist pro eingeleitetem Verfahren mit einem Zeitaufwand von rund 30 Minuten zu rechnen, da wegen der geringen Fallzahl nur in den wenigsten Behörden eine Bearbeitungsroutine für diese Vorgänge entstehen dürfte. Der Sachauf-

wand je Fall wird auf 6,33 Euro beziffert. Bei geschätzt 1.500 Fällen bedeutet dies eine Belastungssteigerung von 37.000 Euro jährlich (37,90 Euro/Std.; Ansatz aus Lohnkostentabelle Verwaltung (2018), Durchschnitt über alle Laufbahngruppen, kommunale Ebene inkl. Arbeitsplatzpauschale). Unerheblich ist es dabei, welche Behörde nach dem jeweiligen Landesrecht zuständig ist, denn für die Schätzung kommt es nur auf die Lohnkosten an. Diese unterscheiden sich zwischen den einzelnen staatlichen Ebenen marginal und bei der zu erwartenden geringen Fallzahl sind die Unterschiede im Erfüllungsaufwand, je nachdem wo das Verfahren angesiedelt wird, vernachlässigbar, zumal auch nicht abgeschätzt werden kann, in welchem Bundesland die Verfahren in welcher Anzahl anfallen werden.

Einleitung eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens bei Verstoß gegen zulässige Miethöhe	<i>Zeitaufwand pro Fall</i>	<i>Sachaufwand pro Fall in Euro</i>	<i>Fallzahl (Ist-Stand)</i>	<i>Personal-kostensaldo in Tsd. Euro</i>	<i>Sachkos-tensaldo in Tsd. Euro</i>	<i>Erfüllungsaufwand jährlich in Tsd. Euro</i>
	30 Min.	6,33	750	+14	+4,5	+18,5

5. Weitere Kosten

a) Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten

Etwaiger Mehraufwand bei den Gerichten durch einen möglichen Anstieg der Anzahl von Rechtsstreitigkeiten über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn unterfällt als hoheitliche Streitbeilegung in einem gerichtsförmigen Verfahren mit letztverbindlicher, der Rechtskraft fähiger Entscheidung dem justiziellen Kernbereich und löst daher nur weitere Kosten, nicht aber Erfüllungsaufwand aus. Da, wie oben dargestellt, mit einem Anstieg der Rügen einer Überschreitung der zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn nach § 556g Absatz 2 BGB um 500 Fälle pro Jahr gerechnet wird, ist von einem streitigen Anteil von 25 Prozent hiervon, also 125 Fällen pro Jahr zu rechnen.

b) Rechtsänderungen im Modernisierungsrecht

Die Änderungen im Modernisierungsrecht führen dazu, dass die mögliche Mieterhöhung begrenzt wird. Diese sozial erwünschten Effekte können dazu führen, dass Vermieter umfangreiche Modernisierungsmaßnahmen unterlassen. Hier-

von können auch energetische Modernisierungen betroffen sein. Soweit hierdurch erwünschte Energieeinspareffekte nicht oder nicht in vollem Umfang erreicht werden können, ist dies aus sozialpolitischen Gründen hinzunehmen, zumal in den davon betroffenen Fällen die Energieeinspareffekte häufig außerhalb einer angemessenen Kosten-Nutzen-Relation liegen.

Andererseits werden kleinere Modernisierungen durch das vereinfachte Verfahren erleichtert und dadurch mittelbar gefördert. Da solche Modernisierungsmaßnahmen häufig nicht den höchsten Modernisierungsgrad haben, aber die effektivsten Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache enthalten, sind sie besonders förderungswürdig. Insbesondere für Kleinvermieter und mittelständische Unternehmen, die Wohnungen vermieten, wird die Einführung eines optionalen vereinfachten Verfahrens zur Geltendmachung einer Mieterhöhung nach Modernisierung zu Entlastungen führen.

Für Mieter hat die Begrenzung der Möglichkeit einer Mieterhöhung nach Modernisierung in § 559 Absatz 1 Satz 2 und § 559 Absatz 3a BGB Kosteneinspareffekte, spiegelbildlich hierzu entgeht den Vermietern in dieser Höhe Gewinn. Diese Summe beläuft sich auf jährlich 6,3 Millionen bis 8,4 Millionen Euro.

Vermieter in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt müssen aufgrund der temporären Begrenzung der maximalen Mieterhöhung nach Modernisierung (§ 559 Absatz 1 Satz 2 BGB-E) mit 2,2 bis 4,4 Millionen Euro weniger Einnahmen pro Jahr rechnen. Dabei wird von rund 23 000 Modernisierungen von Mietwohneinheiten in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt ausgegangen. Dabei wird angenommen, dass auch in diesen Gebieten in 40 Prozent der Fälle Vermieter entweder ganz auf eine Mieterhöhung verzichten oder ohnehin eine Mieterhöhung unterhalb von 8 Prozent vornehmen, so dass die Herabsetzung der Modernisierungsumlage in 60 Prozent der Fälle (13 800 Maßnahmen) greift. Die Mindereinnahmen stehen in Abhängigkeit von der Kostenintensität der durchgeführten Maßnahmen, wobei nach verschiedenen Untersuchungen von Durchschnittswerten von 8 400 bis 16 000 Euro je Fall ausgegangen werden kann. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass Vermieter nur dann von der neuen Regelung betroffen sind, wenn sie tatsächlich eine Mieterhöhung zwischen 8 Prozent und 11 Prozent anstreben. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass ein Teil der Vermieter ohnehin lediglich Mieterhöhungen von 9 Prozent oder 10 Prozent vorgenommen hätten. Unterstellt man, dass die Ver-

mieter zu gleichen Teilen die Miete um 9, 10 oder 11 Prozent erhöhen würden, ergeben sich die in der nachfolgenden Tabelle dargestellten Mindereinnahmen von jährlich 2,3 Millionen Euro für ein Szenario, in dem die durchschnittlichen Modernisierungskosten mit 8 000 Euro angesetzt werden:

	Fälle	Mindereinnahmen in Tsd. Euro bei einer Mieterhöhung von			Summe
		9 Prozent	10 Prozent	11 Prozent	
Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt	13 800	-368	-736	-1.106	-2.208

In einem alternativen Szenario, für welches durchschnittliche Modernisierungskosten von 16.000 Euro angenommen werden, belaufen sich die jährlichen Mindereinnahmen auf knapp 10 Millionen Euro:

	Fälle	Mindereinnahmen in Tsd. EUR bei einer Mieterhöhung von			Summe
		9 Prozent	10 Prozent	11 Prozent	
Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt	13 800	-736	-1 472	-2.208	-4 416

Durch die Einführung einer Kappungsgrenze für Modernisierungsmaßnahmen in § 559 Absatz 3a BGB-E sind besonders Vermieter betroffen, die kostenintensive Modernisierungsmaßnahmen vornehmen. Hierzu zählen pro Jahr schätzungsweise 30 000 Fälle. Hierdurch sind Mindereinnahmen von 4 Millionen Euro jährlich zu erwarten.

Die absolute Kappungsgrenze begrenzt die Möglichkeiten zur Mieterhöhung in Folge von Modernisierungsmaßnahmen für die folgenden sechs Jahre auf maximal 3 Euro pro Quadratmeter. Damit reduzieren sich für die Vermietenden speziell bei kostenintensiven Modernisierungen die bisherigen Spielräume

zur Refinanzierung ihrer Maßnahmen durch Mieterhöhungen.

Die Schätzung der gegenüber der vorhergehenden Regelung niedrigeren Einnahmen erfolgt notwendigerweise annahmegestützt. Zwar konnten die exakten Grenzen von Investitionssumme und Quadratmeterzahl der Wohnung berech-

net werden, bei welchen der Effekt der Kappungsgrenze eintritt. Allerdings liegen keine Informationen dazu vor, in wie vielen Fällen die Vermietenden hiervon betroffen wären. Hierzu wären Einzel- oder Aggregatdaten zu den jährlichen Investitionssummen in Zusammenspiel mit der Wohnungsgröße erforderlich. Auch die Zahl an Modernisierungsmaßnahmen, bei welchen eine Mieterhöhung von Seiten des Vermieters angestrebt wird, ist nicht exakt bezifferbar. In der Schätzung wird von 30 000 betroffenen Fällen ausgegangen. Dies ist ein Richtwert, der sich aus den angenommenen 150 000 jährlichen Modernisierungen ergibt, von denen gemäß Auswertungen und Befragungen Dritter zum Investitionsverhalten von Vermietenden (u. a. Prognos AG, Berliner Mietervereins, KfW und IW) schätzungsweise 20 Prozent in einem relevanten Kostenbereich liegen, bei welchem Vermietende immer die Ausschöpfung der maximalen Mieterhöhung ersuchen. Es wurde in Ermangelung aussagekräftiger Daten des Weiteren angenommen, dass sich die Investitionen gleichmäßig über die Wohnungsgrößen verteilen, d. h. dass genauso viele Modernisierungen in Wohnungen mit 50 Quadratmetern vorgenommen werden wie in Wohnungen mit 100 Quadratmetern.

Modellhaft wurden die Einnahmeausfälle innerhalb von Größenklassen (jeweils in zehn-Quadratmeter-Schritten, d. h. 40 bis 49 Quadratmeter, 50 bis 59 Quadratmetern usw.) errechnet, da sich die Kappungsgrenzen in Zusammenspiel mit der Modernisierungssumme dynamisch verhalten. Daraus ergibt sich, dass je nach Wohnungsgröße ein unterschiedliches "Budget" zur Verfügung steht, bis die Kappungsgrenze tangiert wird. Bei einer Wohnungsgröße von 60 Quadratmetern liegt dieses bei etwa 26.000 Euro, bei 70 qm² bei ca. 30.000 Euro. Für jede Wohnungsgrößenklasse wurde die Zahl der Modernisierungsmaßnahmen geschätzt, deren Kosten oberhalb der Kappungsgrenze liegen dürfte. Über alle Wohnungsgrößenklassen hinweg ist von einer Betroffenzahl im niedrigen vierstelligen Bereich auszugehen. Für jede Wohnungsgrößenklasse wurde dann die Differenz zwischen der ehemals maximal möglichen Mieterhöhung und der Kappungsgrenze anhand der durchschnittlichen Investitionskosten geschätzt. Die Saldi (bezogen auf die Jahresmiete im Regelfall zwischen -1.000 und -1.200 Euro pro Fall) bilden die Einnahmeverluste der Vermietenden. Die Ergebnisse der einzelnen Größenklassen wurden schließlich summiert. Danach müssen Vermietende aufgrund der Einführung der absoluten Kappungsgrenze

von Mindereinnahmen aus Mieterhöhungen ausgehen, die in etwa im Bereich von 4 Millionen Euro jährlich liegen.

Etwaiger Mehraufwand bei den Gerichten durch Rechtsmittel gegen einen behördlichen Bußgeldbescheid wegen Verletzung von § 6 WiStG-E unterfällt als hoheitliche Streitbeilegung in einem gerichtsförmigen Verfahren mit letztverbindlicher, der Rechtskraft fähiger Entscheidung dem justiziellen Kernbereich und löst daher nur weitere Kosten, nicht aber Erfüllungsaufwand aus. Entsprechend der Annahme für den Erfüllungsaufwand der Verwaltung, dass es zu geschätzt 750 Fällen pro Jahr kommen wird, wird mit einer Rechtsmittelquote von 25 Prozent und demnach etwa 185 Fällen pro Jahr gerechnet.

Dasselbe gilt für Rechtsstreitigkeiten über einen Schadensersatzanspruch, der der Vermutungsregel in § 559d BGB unterfällt; auch hierbei handelt es sich um justiziellen Kernbereich. Da die Vermutungen in § 559d BGB-E weiter gefasst sind als § 6 WiStG-E und neben der Durchführung auch die Ankündigung baulicher Veränderungen erfassen, kann grundsätzlich von der doppelten Anzahl an potentiellen Fällen, also geschätzt 1.500, ausgegangen werden. Auch wenn keine neue Anspruchsgrundlage geschaffen wird, kann aufgrund der Vermutungsregelungen und der damit verbundenen Beweiserleichterungen für Mieter davon ausgegangen werden, dass es zu einer Zunahme an Verfahren kommen wird, wobei etwa die Hälfte der betroffenen Mieter Schadensersatzansprüche geltend machen dürfte. Da die Anrufung der Gerichte in Zivilsachen – anders als in Ordnungswidrigkeitenverfahren – unmittelbar erfolgt, wird es zu rund 750 Verfahren kommen.

6. Weitere Gesetzesfolgen

Das soziale Mietrecht dient u. a. dem Schutz des Wohnraummieters als der strukturell schwächeren Vertragspartei. Es regelt elementare Fragen der Existenzsicherung für breite Kreise der Bevölkerung. Zu beachten ist hierbei: Viele Vermieter in der Bundesrepublik Deutschland – eine Besonderheit im internationalen Vergleich – sind Privatvermieter, betreiben die Vermietung also aus unterschiedlichsten Gründen (z. B. Altersversorgung, Verwaltung ererbter Immobilien, Vermögensaufbau) und sind auch rechtlich nicht Unternehmer im Sinne des BGB. Unter diesem Gesichtspunkt tragen die Rechtsänderungen

verbraucherpolitischen Aspekten Rechnung, da sie sowohl die Interessen der Mieter als auch der Vermieter angemessen berücksichtigen.

Die Regelungen zur Begrenzung der Mieterhöhung wegen Modernisierung schützen vorwiegend sozial schwächere Mieter, die sich die erhöhten Kosten nach der Modernisierung nicht mehr leisten können.

VIII. Befristung; Evaluierung

Die Herabsetzung des Umlagesatzes von 11 Prozent auf 8 Prozent bei Modernisierungen wird von vornherein auf fünf Jahre befristet. Vor Ablauf der Regelung sollen ihre Auswirkungen evaluiert werden.

Die übrigen Regelungen werden spätestens acht Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes evaluiert. Dazu wird die Bundesregierung prüfen, ob die beabsichtigten Wirkungen auf die Praxis ganz, teilweise oder nicht erreicht worden sind. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob es gelungen ist, Mieter bei Modernisierungen besser vor dem Verlust ihrer Wohnung zu schützen.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1

(Änderung des § 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 BGB)

Der Vermieter hat künftig die Wahl, ob er die Mieterhöhung nach § 559 BGB-E oder im vereinfachten Verfahren nach § 559c BGB-E berechnen will. In beiden Fällen muss der Vermieter schon in der Modernisierungsankündigung mitteilen, wie hoch die zu erwartende Mieterhöhung sein wird.

Zu Nummer 2

(Änderung des § 556e – Berücksichtigung der Vormiete oder einer durchgeführten Modernisierung)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Einfügung eines neuen Absatzes 3a in § 559 BGB. Der Verweis in § 556e Absatz 2 Satz 1 wird um § 559 Absatz 3a ergänzt. Bei der Berücksichtigung einer durchgeführten Modernisierung für die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn nach § 559 kann auch die neue Kapazitätsgrenze für Modernisierungen relevant werden, weshalb sich der Verweis auch hierauf erstrecken sollte.

Zu Nummer 3

(Änderung des § 556g – Rechtsfolgen; Auskunft über die Miete)

Zu Buchstabe a

(Einfügung des § 556g Absatz 1a BGB)

Nach § 556g Absatz 1a Satz 1 BGB-E ist der Vermieter in den Fällen, in denen eine von § 556d Absatz 1 BGB abweichende und nach § 556e BGB oder § 556f BGB zulässige Miete gefordert wird, verpflichtet, dem Mieter vor Abgabe von dessen Vertragserklärung unaufgefordert in Textform Auskunft über den im Einzelfall vorliegenden Ausnahmetatbestand zu erteilen. Dies betrifft sowohl Modifizierungen der zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn aufgrund einer höheren Vormiete (§ 556e Absatz 1 BGB) oder aufgrund einer (einfachen) Moderni-

sierung (§ 556e Absatz 2 BGB) als auch vollständige Ausnahmen von der Mietpreisbegrenzung nach § 556d Absatz 1 BGB bei einer Wohnung, die nach dem 1. Oktober 2014 erstmals genutzt und vermietet wird/wurde (§ 556f Satz 1 BGB) oder bei der ersten Vermietung nach einer umfassenden Modernisierung (§ 556f Satz 2 BGB). Soweit der Vermieter dem Mieter diese Auskunft nicht erteilt hat, kann er sich nach Satz 2 nicht auf eine von § 556d Absatz 1 BGB abweichende und nach § 556e BGB oder § 556f BGB zulässige Miete berufen. Erteilt er die Auskunft nicht oder erst nach Abgabe der Vertragserklärung des Mieters, soll es – unabhängig davon, ob die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes vorliegen – hinsichtlich der Zulässigkeit der Miethöhe allein auf die ortsübliche Vergleichsmiete plus 10 Prozent ankommen. Satz 3 sieht hierzu eine Ausnahme vor, wenn die Auskunft zwar vor Abgabe der Vertragserklärung des Mieters erteilt, allerdings die erforderliche Textform dabei nicht eingehalten wurde. Hier lässt die Nachholung der Auskunft in der gebotenen Form ex nunc die Rechtsfolge des Satzes 2 entfallen.

Die Regelung ist so ausgestaltet, dass der Mieter nicht darauf angewiesen ist, den Auskunftsanspruch (gegebenenfalls bereits vor Vertragsschluss) gerichtlich durchzusetzen. Da Verstöße gegen die Auskunftspflicht zum Rechtsverlust des Vermieters führen, dürften auch weitergehende Ansprüche auf Schadensersatz mangels Vorliegens eines Schadens regelmäßig ausgeschlossen sein.

Die Regelung schafft einen erheblichen Anreiz für den Vermieter, den Mieter vor Vertragsschluss über das Vorliegen eines etwaigen Ausnahmetatbestands zu informieren. Der Vermieter muss sich also bereits vor Vertragsschluss aktiv Gedanken über die für die Wohnung zulässige Miete machen, wenn er nicht einen Rechtsverlust riskieren will.

Zu Satz 1

Der Mieter soll noch vor Abgabe seiner Vertragserklärung prüfen bzw. abschätzen können, ob die nach dem Gesetz zulässige Miethöhe bei Mietbeginn eingehalten wird, und das Ergebnis der Prüfung in die Entscheidung zum Vertragsschluss einbeziehen können. Die Interessen des Mieters werden dadurch gewahrt, dass der Vermieter, der sich auf einen im Einzelfall vorliegenden Ausnahmetatbestand berufen will, dem Mieter bereits vor Vertragsschluss über diesen Ausnahmetatbestand Auskunft erteilen muss.

Die Auskunft muss der Vermieter dem Mieter unaufgefordert geben. Eine gesonderte Erklärung bzw. ein gesondertes Schriftstück ist nicht erforderlich; es ist vielmehr ausreichend, wenn die Auskunft in das vom Mieter zu unterzeichnende Exemplar des Mietvertrags aufgenommen wird. Die Beweislast für die rechtzeitige Auskunftserteilung liegt beim Vermieter, der sich auf die Regelung berufen will.

Zu Nummer 1

Nach § 556g Absatz 1a Satz 1 Nummer 1 BGB-E muss der Vermieter dem Mieter Auskunft über die Höhe der Vormiete erteilen, wenn sich die Zulässigkeit der geforderten Miete daraus ergibt, dass bereits im vorherigen Mietverhältnis eine § 556d BGB übersteigende Miete vereinbart war. Zeitlicher Bezugspunkt für die mitzuteilende Vormiete ist der Zeitpunkt ein Jahr vor Beendigung des Vormietverhältnisses. Dies soll verhindern, dass der Vermieter eine zwar zuletzt gezahlte Vormiete angibt, die aber nach § 556e Absatz 1 Satz 2 BGB unberücksichtigt zu bleiben hat, da sie auf einer innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Vormieter vereinbarten Mieterhöhung beruht.

Seiner Auskunftsverpflichtung kommt der Vermieter durch bloße Angabe der Höhe der Vormiete nach, ohne dafür personenidentifizierende Daten des Vormieters mitzuteilen. Der Mieter kann aber gegebenenfalls nach § 556g Absatz 3 BGB Auskunft über weitere Informationen aus dem Vormietverhältnis verlangen (vgl. hierzu Bundestagsdrucksache 18/3121, S. 33f). Dabei darf der Vermieter Daten des bisherigen Mieters jedenfalls insoweit mitteilen, als dieser eingewilligt hat. Verlangt der Mieter einen Nachweis über die Höhe der Vormiete, ist der Vermieter in der Regel auch befugt, dem Mieter ein bis auf die erforderlichen Angaben geschwärztes Vertragsdokument vorzulegen. Vielfach wird bereits der Anwendungsbereich der 1. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) nicht eröffnet sein: Zum einen werden die personenbezogenen Daten eines Mietvertrages häufig weder automatisiert verarbeitet noch in einem Dateisystem gespeichert (Artikel 2 Absatz 1 Datenschutz-Grundverordnung). Zum anderen können durch die Schwärzung die personenbezogenen Daten des Vormieters

(und gegebenenfalls weiterer Personen) unkenntlich gemacht werden; kann der Nachmieter den Namen der Vormieter auch nicht anderweitig in Erfahrung bringen, werden an ihn keine personenbezogenen Daten übermittelt. Ist hingegen der Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung eröffnet, so darf nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f Datenschutz-Grundverordnung die Auskunft des Vermieters im Einzelfall personenbezogene Daten (des Vermieters) umfassen, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des betroffenen Vermieters an dem Ausschluss der Weitergabe überwiegen. Das berechtigte Interesse des Vermieters, die zulässige Miete zu erhalten, wird – sofern nicht im konkreten Fall besondere Umstände vorliegen – das eventuell entgegenstehende Interesse des betroffenen Vermieters überwiegen.

Zu Nummer 2

Nummer 2 betrifft Modernisierungen der Wohnung im Sinne von § 556e Absatz 2 BGB, also die Fälle, in denen eine in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses durchgeführte einfache Modernisierung dazu führt, dass die nach § 556d Absatz 1 BGB zulässige Miethöhe um einen festgelegten Betrag entsprechend § 556e Absatz 2 BGB überstiegen werden darf. Der Vermieter muss dem Mieter in diesem Fall lediglich Auskunft über den Umstand und den Zeitpunkt der Modernisierung erteilen. Weitreichende Erläuterungen zu Art und Umfang der Modernisierung im Sinne von § 559b Absatz 1 Satz 2 und 3 BGB sind nicht notwendig; dem Mieter kommt es zum maßgeblichen Zeitpunkt vor allem darauf an, ob überhaupt ein Ausnahmetatbestand vorliegt. Komplizierte und gegebenenfalls sehr umfangreiche Einzelheiten zu den Modernisierungsmaßnahmen sollen weiterhin einem etwaigen Auskunftsverlangen nach § 556g Absatz 3 BGB vorbehalten bleiben.

Zu Nummer 3

Nummer 3 betrifft die Fälle der ersten Vermietung nach umfassender Modernisierung im Sinne von § 556f Satz 2 BGB. Auch hier ist der Vermieter, wie in Nummer 2, nicht verpflichtet, über Umfang und Details der Modernisierung Auskunft zu erteilen, sondern zunächst nur über das Ob einer solchen umfassenden Modernisierung. Es obliegt anschließend dem Mieter, gegebenenfalls mittels eines Auskunftsverlangens nach § 556g Absatz 3 BGB weitere Einzel-

heiten und Nachweise zu erfragen, wenn er an der Richtigkeit der Auskunft zweifelt.

Zu Nummer 4

Wenn sich die Zulässigkeit der geforderten Miete daraus ergibt, dass die Wohnung nach dem 1. Oktober 2014 erstmals genutzt und vermietet wurde, muss der Vermieter dem Mieter vor dessen Vertragserklärung über diesen Umstand Auskunft erteilen. Auch hier muss der Vermieter dem Mieter weitere Einzelheiten und etwaige Nachweise erst im Rahmen eines Auskunftsbegehrens nach § 556g Absatz 3 BGB mitteilen.

Zu Satz 2

Satz 2 regelt die Rechtsfolgen einer unterbliebenen Auskunftserteilung. Der Vermieter kann sich danach auf eine nach § 556e oder § 556f BGB zulässige Miete in dem Umfang nicht berufen, in dem er die nach Satz 1 erforderliche Auskunft nicht erteilt hat. Der Mieter kann demnach ab der nach wie vor erforderlichen Rüge gemäß § 556g Absatz 2 BGB die Zahlung nicht geschuldeter Miete verweigern bzw. Rückzahlung verlangen. Der Mieter, dem eine Auskunft über die Voraussetzungen der Ausnahmeregelungen des § 556e BGB oder § 556f BGB nicht erteilt wurde, darf darauf vertrauen, dass von ihm grundsätzlich nur die nach § 556d Absatz 1 BGB zulässige Miete verlangt werden darf. Und der Vermieter, der keine Auskunft über die ihm ohne weiteres bekannten Voraussetzungen des § 556e BGB oder § 556f BGB erteilt hat, muss sich so behandeln lassen, als lägen diese Voraussetzungen nicht vor. Dies erscheint als sachgerechte Sanktionsregelung, die einerseits die gerichtliche Geltendmachung von Auskunftsansprüchen durch den Mieter und andererseits aufwendige Schadensersatzberechnungen für den Fall einer Auskunftspflichtverletzung vermeidet. Für die Beweislast gilt das zu Satz 1 Ausgeführte.

Zu Satz 3

Satz 3 regelt eine Heilungsmöglichkeit für den Fall, dass der Vermieter dem Mieter die nach Satz 1 geschuldete Auskunft zwar rechtzeitig erteilt hat, hierbei allerdings nicht die nach § 556g Absatz 4 BGB-E erforderliche Textform eingehalten hat. In diesen Fällen soll die Rechtsfolge nach Satz 2, die anderenfalls auch bei einer bloß formal fehlerhaften Auskunftserteilung eingreifen würde, ab

dem Moment der formgerechten Nachholung der Auskunft nicht mehr eingreifen. Dies bedeutet, dass der Mieter ab der Rüge nach § 556g Absatz 2 BGB-E, aber nur bis zur formgerechten Nachholung der geschuldeten Auskunft durch den Vermieter die eigentlich geschuldete Miete insoweit zurückverlangen kann, als diese die nach § 556d Absatz 1 BGB zulässige Höhe übersteigt. Ab der wirksamen Nachholung der Auskunft in der vorgeschriebenen Form kann der Vermieter sich wieder auf die Ausnahme berufen, also die höhere, vereinbarte Miete verlangen.

Satz 3 erfasst alle Fehler, die dazu führen, dass die Textform nach § 126b BGB nicht eingehalten ist.

Die Beweislast für die tatsächlich erfolgte, aber lediglich formunwirksame Erteilung der Auskunft trägt dabei der Vermieter. Kann dieser nicht darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass er die Auskunft überhaupt erteilt hat, bleibt es bei der in Satz 2 angeordneten Rechtsfolge.

Zu Buchstabe b

(Streichung des § 556g Absatz 2 Satz 2)

Das bislang in § 556g Absatz 2 Satz 2 BGB enthaltene Erfordernis einer qualifizierten Rüge des Verstoßes gegen die Vorschriften über die Mietpreisbremse wird gestrichen. Zukünftig soll eine einfache Rüge ausreichen. Es hat sich für den Mieter als schwierig erwiesen, Tatsachen vorzutragen, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht. Hierfür notwendige Recherchen des Mieters sowie ein gegebenenfalls notwendiges Auskunftsverlangen gegenüber dem Vermieter halten den Mieter oftmals davon ab, sein Recht geltend zu machen, bzw. führen zumindest zu einer deutlichen Verzögerung der Rüge. Für den Zeitraum der Verzögerung kann der Mieter die zu viel gezahlte Miete zudem nach § 556g Absatz 2 Satz 1 BGB nicht zurückverlangen. Dies erscheint ungerecht. Zukünftig soll der Mieter eine nach seiner Ansicht zu hohe Miete dem Vermieter nur noch in einfacher Weise mitteilen („rügen“) müssen; Tatsachen, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht, muss er dazu nicht länger vortragen.

Zu Buchstabe c

(Änderung des § 556g Absatz 4)

Durch die Ergänzung des § 556g Absatz 4 BGB um einen Verweis auf Absatz 1a wird geregelt, dass auch die Auskunftspflichten nach Absatz 1a in Textform erfüllt werden müssen.

Um dem Mieter das Verständnis und die Dokumentation der Information zu erleichtern, ist es erforderlich, dass der Vermieter dem Mieter in Textform nach § 126b BGB vor Vertragsschluss Auskunft über die in Absatz 1a Satz 1 angeführten Tatsachen erteilt. Der Vermieter kann zwar im Streitfall die höhere Miete nur verlangen, wenn er darlegen und beweisen kann, dass er seine Auskunftspflicht nach § 556g Absatz 1a BGB-E erfüllt hat. Der Mieter kann die Informationen, wenn sie in Textform vorliegen, aber besser verstehen und nutzen. Sie sind dann auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert und der Mieter kann sich mit den so dokumentierten Informationen besser vertraut machen und auch die Informationen wieder auffrischen. Könnte die Auskunft auch mündlich erteilt werden, würde dies die Gefahr bergen, dass sich viele Mieter schon nach kurzer Zeit nicht mehr an alle Informationen sicher erinnern und deshalb häufig nicht mehr zutreffend beurteilen können, ob sie erfolgreich Ansprüche gegen den Vermieter geltend machen können.

Ausreichend ist es dabei, die Auskunftspflicht gleichzeitig mit der in der Praxis ganz überwiegend stattfindenden Zuleitung eines Mietvertragsentwurfs bzw. des Angebots zum Abschluss eines Mietvertrags zu erfüllen. Denn die Information kann in das Mietvertragsdokument aufgenommen werden.

Rechtsfolge der Nichteinhaltung der Textform ist, dass der Vermieter seiner Auskunftspflicht nach § 556g Absatz 1a Satz 1 BGB-E nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist. In diesem Fall kann er sich, wie § 556g Absatz 1a Satz 2 BGB-E vorsieht, nicht auf eine nach § 556e Absatz 1 BGB zulässige Miete berufen, es sei denn, er hat die Auskunft, wie in § 556g Absatz 1a Satz 3 BGB-E geregelt, formgerecht nachgeholt.

Zu Nummer 4

Es handelt um eine Folgeänderung zu der Absenkung des Umlagesatzes für Modernisierungskosten auf 8 Prozent pro Jahr, die auf die in § 558 Absatz 3 Satz 3 BGB genannten Gebiete beschränkt ist. § 558 Absatz 5 BGB nimmt im zweiten Halbsatz, vermittelt über § 559a Absatz 1 BGB, Bezug auf den Umlagesatz für Modernisierungskosten. Da dieser nun, beschränkt auf fünf Jahre, in

den genannten Gebieten nur noch 8 Prozent pro Jahr beträgt, muss auch die in § 558 Absatz 5 BGB genannte Bezugsgröße für die Anrechnung von Baukostenzuschüssen für diese Gebiete abgesenkt werden. Anderenfalls müssten Vermieter hier bei einer Mieterhöhung nach § 558 BGB mehr Drittmittel abziehen als bei einer Mieterhöhung nach § 559 BGB. § 558 Absatz 5 BGB strebt aber im Hinblick auf die Anrechnung von Baukostenzuschüssen einen Gleichlauf der beiden Mieterhöhungen an (vgl. Börstinghaus in: Schmidt/Futterer, Mietrecht, 13. Auflage 2017, § 558 BGB, Rn. 200, 223; Emmerich in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2018, § 558 BGB, Rn. 41).

Zu Nummer 5

(Änderung des § 559 BGB – Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen)

Zu Buchstabe a

(Anfügung des § 559 Absatz 1 Satz 2 BGB-E)

Der Vermieter kann die Miete nach § 559 Absatz 1 BGB grundsätzlich um 11 Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen. Dieser Prozentsatz wird in Gebieten, die von der zuständigen Landesregierung nach § 558 Absatz 3 Satz 3 BGB als Gebiete bestimmt worden sind, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist, für fünf Jahre auf 8 Prozent abgesenkt. Die zunächst temporäre Senkung der Umlagemöglichkeit erfolgt vor dem Hintergrund der derzeit besonders angespannten Situation in diesen Gebieten. Hierfür erforderlich ist die Wirksamkeit der jeweiligen Verordnung nach § 558 Absatz 3 Satz 3 BGB. Nach Auslaufen einer solchen Verordnung findet mithin in dem entsprechenden Gebiet nicht mehr § 559 Absatz 1 Satz 2 BGB-E Anwendung, sondern die allgemeine Regel des § 559 Absatz 1 Satz 1 BGB. Dies gilt allerdings nicht etwa nach dem Auslaufen der Verordnung für bereits unter deren Geltung vorgenommene Modernisierungsmieterhöhungen; hier bleibt es bei der Regelung nach § 559 Absatz 1 Satz 2 BGB-E und der Vermieter kann nicht noch eine Erhöhung auf 11 Prozent nachholen.

Mit dieser Pilotregelung für Gebiete, in denen die Mieten regelmäßig besonders hoch und die Mieter daher besonders belastet sind, werden zwei Ziele verfolgt.

Zum einen sollen die ohnehin in diesen Gebieten durch hohe Ausgangsmieten betroffenen Mieter kurzfristig entlastet werden von einer gegebenenfalls hinzukommenden erheblichen Mieterhöhung nach einer Modernisierung ihrer Wohnung. Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der deutlich gesunkenen Finanzierungskosten für Modernisierungsmaßnahmen gerechtfertigt. Zum anderen ermöglicht es die räumliche Begrenzung der Regelung, die Auswirkungen der Vorschrift auf die Modernisierungsaktivitäten sowie die Folgen für die Mieter zu untersuchen, insbesondere im Vergleich mit Wohnungsmärkten, in denen weiterhin die 11-Prozent-Regelung gilt. Die zeitliche Begrenzung der Regelung bietet die Möglichkeit, die Auswirkungen der Vorschrift auf die Modernisierungsaktivitäten sowie auf die Folgen für die Mieter zu untersuchen, bevor über eine dauerhafte Absenkung des Umlagesatzes entschieden wird.

Die Absenkung des Umlagesatzes entfaltet dann eigenständige Wirkung, wenn die absolute Kappungsgrenze für die Mieterhöhung nach einer Modernisierung (s. § 559 Absatz 3a BGB-E) noch nicht erreicht ist. Dies gilt insbesondere bei Modernisierungen mit vergleichsweise geringem Kostenaufwand. Bei einer 40 Quadratmeter großen Wohnung ist dies z. B. der Fall, wenn die auf die Wohnung entfallenden umlagefähigen Modernisierungskosten geringer als 18 000 Euro sind. Erst bei umlagefähigen Modernisierungskosten von 18 000 führt eine Umlage von 8 Prozent zu einer monatlichen Mieterhöhung von 3 Euro pro Quadratmeter, sodass dem Vorteil eines abgesenkten Umlagesatzes keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt. Bei einer 80 bzw. 120 Quadratmeter großen Wohnung ergeben sich zusätzliche Vorteile hinsichtlich umlagefähiger Modernisierungskosten, die geringer als 36 000 Euro bzw. 54 000 Euro sind, denn erst ab diesen Summen greift die Kappungsgrenze für die Mieterhöhung nach Modernisierungen.

Die Regelung erscheint zudem vor folgendem Hintergrund auch angemessen:

Zweck des § 559 BGB ist neben einer gerechten Abwägung zwischen Mieter- und Vermieterinteressen auch, Anreize für eine permanente Modernisierung des Wohnungsbestandes und für den Umweltschutz zu setzen. Für die Anreizfunktion ist u. a. unter anderem das Zinsniveau von Bedeutung. Der Vermieter hat die Wahl, ob er sich für eine Modernisierungsmaßnahme oder für eine Alternativanlage seines Geldes entscheidet bzw. ob er einen Kredit zur Finanze-

rung der Modernisierungsmaßnahme aufnimmt oder auf die Maßnahme verzichtet.

Bei Einführung der Möglichkeit einer Mieterhöhung nach Modernisierung in § 3 Miethöhegesetz durch das 2. Wohnraumkündigungsgesetz vom 18. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3603) betrug der Umlagesatz zunächst 14 Prozent. Zum damaligen Zeitpunkt lag der durchschnittliche Zinssatz für Hypothekarkredite auf Wohngrundstücke bei 10,44 Prozent (Quelle: Bundesbank, Statistik der Sollzinsen Banken/Hypothekarkredite auf Wohngrundstücke, Zinsvereinbarungen aller Art, Effektivzins [SU0010]) und der durchschnittliche Zinssatz für Spareinlagen bei 5,51 Prozent (Quelle: Bundesbank: Statistik der Habenzinsen Banken/Spareinlagen mit Mindest-/Grundverzinsung mit dreimonatiger Kündigungsfrist/Durchschnittssatz [SU0022]). Durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungsmodernisierungsgesetzes vom 27. Juli 1978 (BGBl. I S. 878) wurde der Prozentsatz mit Wirkung ab 1. Juli 1978 auf 11 Prozent abgesenkt. Damit wurde die Entwicklung der Zinsen zwischen Dezember 1974 und Juli 1978 nachvollzogen. Zu diesem Zeitpunkt betrug der durchschnittliche Zinssatz für Hypothekarkredite 6,39 Prozent (Quelle: Bundesbank, Statistik der Sollzinsen Banken/Hypothekarkredite auf Wohngrundstücke, Zinsvereinbarungen aller Art, Effektivzins [SU0010]) und für Spareinlagen 2,51 Prozent (Quelle: Bundesbank: Statistik der Habenzinsen Banken/Spareinlagen mit Mindest-/Grundverzinsung mit dreimonatiger Kündigungsfrist/Durchschnittssatz [SU0022]). Seitdem ist der Umlagesatz konstant geblieben, obwohl das Zinsniveau stark gesunken ist, so dass im Januar 2018 der Zinssatz für nicht besicherte Wohnungsbaukredite an private Haushalte 1,65 Prozent (Quelle: Bundesbank.de, Zeitreihe BBK01.SUD118: Effektivzinssätze Banken DE / Neugeschäft / Wohnungsbaukredite an private Haushalte, anfängliche Zinsbindung über 5 bis 10 Jahre) und für Spareinlagen 0,17 Prozent betrug (Quelle: Bundesbank, Zeitreihe BBK01.SUD105: Effektivzinssätze Banken DE / Neugeschäft / Einlagen privater Haushalte, vereinbarte Kündigungsfrist bis drei Monate).

Zu Buchstabe b

(Einfügung von § 559 Absatz 3a BGB-E – Kappungsgrenze für Modernisierungen)

Durch die Modernisierung wird das Mietverhältnis einseitig umgestaltet. Der Mieter erhält ein verändertes Mietobjekt und muss hierfür eine höhere Miete zahlen, auch wenn die Veränderung von ihm nicht gewünscht ist oder er sich die erhöhte Miete nicht leisten kann. Zwar steht dem Mieter gemäß § 555e BGB ein Sonderkündigungsrecht zu. Er kann das Mietverhältnis zum Ablauf des übernächsten Monats nach Zugang der Modernisierungsankündigung beenden. Für viele Mieter stellt die Wohnung jedoch ihren Lebensmittelpunkt dar, den sie nicht aufgeben wollen. Und insbesondere in Gebieten mit Wohnungsmangel verlieren die Mieter bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts oftmals auch ihr soziales Umfeld (z. B. Ärzte, Kindergarten, Schulen), weil sie keine Wohnung in der Nähe finden.

Diese Effekte lassen sich nur dadurch verringern, dass die Möglichkeit der Mieterhöhung nach Modernisierung nach oben hin absolut und für Mieter vorhersehbar begrenzt wird. Dies geschieht durch die Einführung einer Kappungsgrenze im neuen Absatz 3a Satz 1. Die Miete kann in Zukunft innerhalb von sechs Jahren nicht um mehr als 3 Euro je Quadratmeter Wohnfläche monatlich steigen (Kappungsgrenze für Modernisierungen). Mit der Entscheidung für eine absolute Kappungsgrenze, die nicht an die Höhe der bisherigen Miete anknüpft, ist gewährleistet, dass auch bei Wohnungen mit niedrigen Ausgangsmieten sinnvolle Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt werden können.

Zusätzlich zur in § 559 Absatz 1 Satz 2 BGB-E vorgesehenen, auf einzelne Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt beschränkten Senkung des Prozentsatzes, zu dem Modernisierungskosten umgelegt werden können, sollen alle Mieterhöhungen nach Modernisierung auch einer absoluten Kappungsgrenze unterworfen werden. Anderenfalls wäre zwar in einzelnen Gebieten die Umlagemöglichkeit zugunsten der Mieter verringert, in allen anderen Gebieten und gerade bei großen, kostenträchtigen Modernisierungen bestünde jedoch nach wie vor die Gefahr einer Überforderung des Mieters im Einzelfall.

Die Mieterhöhung nach § 559 BGB-E berührt nicht die Möglichkeit einer Mieterhöhung nach § 558 BGB. Liegt die nach § 559 BGB-E erhöhte Miete unter der ortsüblichen Vergleichsmiete, so kann der Vermieter zusätzlich zur Mieterhöhung nach § 559 BGB-E auch noch eine Mieterhöhung nach § 558 BGB durchführen. Ebenso kann vor der Durchführung der Mieterhöhung nach § 559 BGB-

E die Miete nach § 558 BGB erhöht werden, sofern die ortsübliche Vergleichsmiete für die unmodernisierte Wohnung höher ist als die aktuelle Miete.

Anknüpfungspunkt für die Kappungsgrenze ist jeweils die Miete ohne Berücksichtigung von Betriebskostenvorauszahlungen oder -pauschalen, da sich Änderungen bei den Betriebs- und Heizkosten durch die Modernisierungsmaßnahmen nicht mit der erforderlichen Sicherheit prognostizieren lassen. Die Kappungsgrenze ist so gewählt worden, dass dem Vermieter die meisten Modernisierungsmaßnahmen noch möglich sind, ohne dass die Kappungsgrenze tangiert wird. Bei einer 65 Quadratmeter großen Wohnung steht – bei Umlage von 8 Prozent der Kosten pro Jahr – ein Investitionsvolumen von 29.250 Euro zur Verfügung, bei einer 100 Quadratmeter großen Wohnung sind es 45.000 Euro; bei einer Umlage von 11 Prozent der Kosten pro Jahr 21.272 Euro für 65 Quadratmeter und 32.727 Euro für 100 Quadratmeter. Die meisten Modernisierungsmaßnahmen wie der Einbau einer Gegensprechanlage, der Anbau von Balkonen, der Einbau einer Aufzugsanlage, ein umfassender altersgerechter Umbau oder auch eine Sanierung auf den „EH 100“-Standard werden damit in der Regel nicht von der Kappungsgrenze berührt (vgl. hierzu im Einzelnen die Beispiele im InWIS-Gutachten „Wirkungsanalyse der Mietrechtsänderungen“ – Teil 2: Mieterhöhung nach Modernisierung, S. 27 ff.).

Der Vermieter kann wählen, ob er die Kappungsgrenze durch eine einzelne Modernisierungsmaßnahme ausschöpfen möchte oder ob er mehrere Modernisierungsmaßnahmen durchführen möchte. Die Miete darf jeweils insgesamt innerhalb von sechs Jahren nicht um mehr 3 Euro je Quadratmeter monatlich steigen.

Zu Nummer 6

(Einfügung des § 559c BGB-E– Vereinfachtes Verfahren und des § 559d BGB-E – Pflichtverletzungen bei Ankündigung oder Durchführung einer baulichen Veränderung)

Zu § 559c BGB-E

Zu Absatz 1

Insbesondere Kleinvermieter verzichten oftmals auf die Durchführung von Modernisierungen, weil sie sich von den Anforderungen, die an die Modernisie-

rungsankündigung sowie insbesondere an ein anschließendes Mieterhöhungsverfahren gestellt werden, überfordert fühlen. Um hier Abhilfe zu schaffen, wird ein vereinfachtes Verfahren eingeführt.

Voraussetzung für die Modernisierungsankündigung sowie die Geltendmachung einer Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren ist zunächst, dass es sich bei den durchgeführten baulichen Maßnahmen überhaupt um Modernisierungsmaßnahmen handelt. Werden verschiedene Maßnahmen gleichzeitig durchgeführt und handelt es sich bei einem Teil der Maßnahmen um reine Instandhaltungsmaßnahmen, so müssen die Kosten, die auf diese Maßnahmen entfallen, zunächst herausgerechnet werden.

Da im vereinfachten Verfahren auf verschiedene Schutzmechanismen für die Mieter verzichtet wird, soll es nur bei kleineren Modernisierungsmaßnahmen bis zu einem Investitionsvolumen von 10.000 Euro je Wohnung zur Anwendung kommen.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Da das vereinfachte Verfahren dem Vermieter bereits bei der Modernisierungsankündigung nach § 555c BGB formale Erleichterungen bietet, ist es erforderlich und angemessen, wenn der Vermieter bereits in der Ankündigung angibt, dass er von dem vereinfachten Verfahren Gebrauch macht. Anderenfalls wüsste der Mieter, der eine Modernisierungsankündigung erhält, nicht, dass beispielsweise der Verzicht auf die Angabe der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten (§ 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 BGB) keinen Fehler der Modernisierungsankündigung darstellt, sondern aufgrund des vereinfachten Verfahrens zulässig ist (Satz 2).

Zu Satz 2

§ 559c Absatz 2 Satz 2 BGB-E enthält eine erste formale Erleichterung durch das vereinfachte Verfahren. Wählt der Vermieter dieses, so kann er in der Modernisierungsankündigung auf die anderenfalls nach § 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 2. Halbsatz BGB erforderliche Angabe der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten verzichten. Dies erscheint vor dem Hintergrund sinnvoll, dass gerade bei energetischen Modernisierungen im Sinne von § 555b Num-

mer 1 BGB die Berechnung der hiermit verbundenen Betriebskostensparnis und damit der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten mit hohem Aufwand verbunden sein kann. Für den Mieter hingegen sind mit dem Verzicht auf diese Angabe im Verhältnis hierzu lediglich geringere Nachteile verbunden. Denn aufgrund der betragsmäßigen Begrenzung der Modernisierungen im vereinfachten Verfahren dürfte die hierdurch erzielbare Reduzierung von Betriebskosten gegenüber investitionsintensiveren Maßnahmen in ähnlichem Verhältnis geringer sein wie die hierdurch mögliche Mieterhöhung.

Zu Satz 3

Einer der wesentlichen Vereinfachungsaspekte im vereinfachten Verfahren ist der Verzicht auf die Berechnung der Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen wären, wenn es keine Modernisierung gegeben hätte. Die Höhe dieser fiktiven Instandhaltungskosten kann sehr unterschiedlich ausfallen und zwar sogar bei der gleichen Maßnahme. So beträgt bei einem Fensteraustausch von Einfach- auf Doppelverglasung, wenn die Fenster sich vor der Durchführung der Maßnahme in einem einwandfreien Zustand befanden, der Modernisierungsanteil 100 Prozent. Waren die Fenster hingegen kaputt und hätten ohnehin ausgetauscht werden müssen, so beträgt der Instandsetzungsanteil 100 Prozent, da es keinen Markt für einfachverglaste Fenster mehr gibt. Man wird bei generalisierter Betrachtung davon ausgehen können, dass in den meisten Fällen eine Modernisierungsmaßnahme zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem auch Instandsetzungsarbeiten erforderlich gewesen wären, dass die Kosten für die Instandhaltungsarbeiten aber unter dem der Modernisierungsmaßnahme liegen. Die gemäß § 559 Absatz 2 BGB abzuziehenden Instandhaltungskosten werden daher mit 30 Prozent pauschaliert.

Zu Satz 4

Der Mieter soll sich auch nicht auf das Vorliegen einer finanziellen Härte berufen können, daher findet § 559 Absatz 4 BGB-E keine Anwendung. Dies schafft Sicherheit für den Vermieter. Aufgrund des geringen Betrages der Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren dürfte dies auch für den Mieter nicht zu unbilligen Härten führen. Der Mieter hat im Gegenzug die Sicherheit, bei Ausschöpfen des Maximalbetrags in den nächsten fünf Jahren keine weiteren Mieterhö-

hungen aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen zahlen zu müssen (vgl. § 559c Absatz 3 und 5 BGB-E).

Aus Vereinfachungsgründen wird zudem darauf verzichtet, den Zinsvorteil zinsvergünstigter oder zinsloser Darlehen gemäß § 559a Absatz 2 Satz 1 bis 3 BGB zum Abzug zu bringen. Dieser würde in Anbetracht der maximal geförderten Investitionssumme von 10.000 Euro ohnehin nur einen sehr geringen Betrag ausmachen. Anders verhält es sich mit Zuschüssen aus öffentlichen Haushaltsmitteln oder mit von Dritten übernommenen Kosten, die gemäß § 559a Absatz 1 BGB bzw. § 559a Absatz 2 Satz 4 BGB auch im vereinfachten Verfahren von den aufgewendeten Kosten abgezogen werden müssen. Hierzu zählen insbesondere auch Tilgungszuschüsse der Kreditanstalt für Wiederaufbau. Diese öffentlichen Fördermittel sollen auch dem Mieter zugutekommen.

Zu Absatz 3

Der Vermieter soll auch nicht die Möglichkeit haben, Mieterhöhungen nach § 559 BGB-E gezielt mit Mieterhöhungen im vereinfachten Verfahren zu kombinieren. Hat der Vermieter daher in den vergangenen fünf Jahren vor der Mieterhöhungserklärung eine oder mehrere Mieterhöhungen gemäß § 559 BGB oder § 559c BGB-E durchgeführt, so ermäßigen sich die 10.000 Euro um den Betrag, der für die früheren Modernisierungsmaßnahmen vor Abzug der Instandhaltungskosten nach § 559 Absatz 2 BGB bzw. nach § 559c Absatz 2 Satz 3 BGB-E geltend gemacht worden ist.

Zu Absatz 4

Auf das Mieterhöhungsschreiben gemäß § 559b BGB kann auch im vereinfachten Verfahren nicht verzichtet werden, da dem Mieter die Möglichkeit gegeben werden muss, die Angaben des Vermieters nachzuvollziehen. Hierfür muss der Vermieter angeben, welche Modernisierungsmaßnahmen er durchgeführt hat und wie hoch die Kosten für diese Maßnahmen insgesamt waren. Verteilen sich diese auf mehrere Wohnungen, so muss er nachvollziehbar berechnen, wie sich die Kosten auf die einzelnen Wohnungen verteilen. Werden verschiedene Maßnahmen durchgeführt, so muss er die Kosten auf diese Maßnahmen nur dann aufteilen, wenn neben Modernisierungsmaßnahmen auch reine Instandhaltungsmaßnahmen durchgeführt worden sind. Angaben zu den ersparten Instandhaltungskosten entfallen aufgrund der Pauschale nach Absatz 2 Satz 3.

Die Belege müssen nicht hinzugefügt werden, der Mieter hat jedoch ein Einsichtsrecht.

Der Vermieter muss im Mieterhöhungsschreiben angeben, dass er das vereinfachte Verfahren anwendet.

Zu Absatz 5

Die Nachteile des vereinfachten Verfahrens für den Mieter, insbesondere die Pauschalierung der Instandhaltungskosten und die fehlende Möglichkeit, sich auf einen wirtschaftlichen Härtefall zu berufen, lassen sich nur dann rechtfertigen, wenn sich die Belastungen des Mieters in Grenzen halten. Neben der Begrenzung der Modernisierungskosten auf einen Höchstbetrag von 10.000 Euro ist daher auch eine zeitliche Begrenzung erforderlich. Wird der Höchstbetrag ausgeschöpft, so sind daher nach § 559c Absatz 5 Satz 1 BGB-E in den kommenden fünf Jahren keine weiteren Mieterhöhungen, und zwar weder nach § 559 BGB-E noch nach § 559c BGB-E, möglich. Wird der Höchstbetrag durch die erste Modernisierungsmaßnahme nicht ausgeschöpft, so kann der Vermieter innerhalb dieses Zeitraums weitere Modernisierungsmieterhöhungen im vereinfachten Verfahren bis zur Grenze des Höchstbetrags geltend machen. Mieterhöhungen nach § 558 oder § 560 BGB bleiben hiervon unberührt.

Satz 2 sieht eine Ausnahme von dieser Sperrfrist für solche Modernisierungen vor, die der Vermieter aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen innerhalb dieser Frist durchzuführen hat, wenn er die Verpflichtung bei Geltendmachung der Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren nicht kannte oder kennen musste. Ausdrücklich nicht erfasst sind damit Modernisierungen, die zwar für den Vermieter gesetzlich verpflichtend sind, allerdings nicht innerhalb der Sperrfrist durchgeführt werden müssen.

Unter die von Satz 2 erfassten gesetzlich verpflichtenden Modernisierungen können beispielsweise Modernisierungen von Fassaden fallen, die aufgrund der Energieeinsparverordnung (EnEV) durchzuführen sind.

Zu § 559d BGB-E

Mit dem neu eingefügten § 559d BGB-E soll die Vorgabe des Koalitionsvertrags, dass ein gezieltes „Herausmodernisieren“ von Mietern durch den Vermieter einen Schadensersatzanspruch begründen soll, umgesetzt werden. Anstelle

des im Referentenentwurf vorgeschlagenen neuen Schadensersatzanspruchs wird nunmehr eine Vermutung für pflichtwidriges Verhalten bei Verhaltensweisen in Zusammenhang mit der Ankündigung oder Durchführung baulicher Veränderungen, die ein gezieltes Herausmodernisieren nahelegen, vorgeschlagen. Die Anhörung zum Referentenentwurf hat gezeigt, dass ein ausdrücklicher Schadensersatzanspruch sich nicht bruchfrei in das System vertraglicher Haftung einfügen lässt und insbesondere Fragen nach dem Verhältnis zum allgemeinen Haftungsrecht einschließlich nicht gewollter möglicher Umkehrschlüsse offen lässt.

Zu Satz 1

Satz 1 dient durch ergänzende gesetzliche Vermutungen dazu, einen nach allgemeinen Vorschriften bestehenden Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Pflicht aus dem Mietverhältnis bei einer Modernisierung für den Mieter leichter durchsetzbar zu machen. Die Vermutungsgrundlagen der Nummern 1 bis 4 betreffen Verhaltensweisen, die ein sogenanntes „bewusstes Herausmodernisieren“ nahe legen. Denn entsprechende Berichte aus der Praxis zeigen, dass diese Verhaltensweisen Mieter stark unter Druck setzen und dazu veranlassen, ein Mietverhältnis zu beenden, an dem sie eigentlich festhalten wollen. Die Mieter werden vor gezieltem Herausmodernisieren dadurch geschützt, dass die hierzu typischerweise verwandten Vorgehensweisen benannt werden und vermutet wird, dass hierdurch Pflichten aus dem Schuldverhältnis (insbesondere zur Rücksichtnahme gemäß § 241 Absatz 2 BGB) verletzt werden, was aufgrund der allgemeinen Vorschriften einen Schadensersatzanspruch begründet (§§ 280 ff. BGB).

Zu Nummer 1

Gemäß Nummer 1 wird eine Pflichtverletzung vermutet, wenn mit der angekündigten baulichen Veränderung nicht innerhalb von zwölf Monaten nach deren angekündigtem Beginn begonnen wird. Wenn in der Ankündigung ein Zeitpunkt für den Beginn nicht angegeben wurde, beginnt die Frist nach Zugang der Ankündigung. Die Ankündigung einer baulichen Veränderung, die eigentlich nicht gewollt ist und mit der dementsprechend auch nicht begonnen wird, dient regelmäßig dem Zweck, den Mieter zur Kündigung zu veranlassen. Der Zeitraum

von zwölf Monaten ist ausreichend weit, um trotz sachgerechter Planung unvermeidbaren Verzögerungen Rechnung zu tragen.

Zu Nummer 2

Nach Nummer 2 wird eine Pflichtverletzung vermutet, wenn in der Ankündigung der baulichen Maßnahme für die zu erwartende Mieterhöhung ein Betrag angegeben wird, durch den die monatliche Miete mindestens verdoppelt würde. Die Ankündigung einer so erheblichen Mieterhöhung lässt vermuten, dass der Vermieter seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Ermittlung einer nach Abschluss der Maßnahme erlaubten Mieterhöhung verletzt hat. Da die Ankündigung einer solchen Mieterhöhung zudem bei vielen Mietern Angst auslöst, sich die Miete zukünftig nicht mehr leisten zu können, dürfte regelmäßig ein vorhersehbarer kausaler Zusammenhang zwischen einer solchen Ankündigung und der Beendigung des Mietverhältnisses durch den Mieter bestehen.

Zu Nummer 3

Nummer 3 betrifft die Durchführung der baulichen Maßnahme. Hier wird eine Pflichtverletzung vermutet, wenn diese in einer Weise durchgeführt wird, die geeignet ist, zu erheblichen, objektiv nicht notwendigen Belastungen des Mieters zu führen. Die Vermutung greift ein, wenn eine bauliche Veränderung in einer Weise durchgeführt wird, die das nach einem regulären Bauablauf Erforderliche deutlich überschreitet und hierdurch zu erheblichen, objektiv nicht notwendigen Belastungen für den Mieter führt. Bei einer solchen Verhaltensweise liegt ein schikanöses Vorgehen nahe. Dies ist beispielsweise der Fall bei mehrmonatigem Verhängen der Fenster mit einer blickdichten Plane, ohne dass im zeitlichen Anschluss überhaupt Maßnahmen durchgeführt werden, für die eine solche Plane notwendig ist. Es kann auch gelten für besonders lärmintensive Maßnahmen, die ohne erkennbaren Grund überwiegend zur Unzeit (sehr früh morgens, spät abends) ausgeführt werden oder für längerfristiges Abstellen von Wasser sowie die Beeinträchtigung der grundlegendsten Sicherheitsstandards, wie das nicht bloß kurzfristige Aushängen der Haustür.

Zu Nummer 4

Nummer 4 betrifft ebenfalls die Durchführung der baulichen Maßnahme und begründet die Vermutung für eine Pflichtverletzung für den Fall, dass die Arbei-

ten nach Beginn der baulichen Veränderung mehr als zwölf Monate ruhen. Auch die langanhaltende Unterbrechung eine Baumaßnahme an einer vermieteten Wohnung hat oftmals – wie die Ankündigung einer baulichen Veränderung, mit der nicht begonnen wird gemäß Nummer 1 – zum Hintergrund, dass der Mieter zur Kündigung veranlasst werden soll. Diese Situation ist für Mieter besonders belastend, denn in dieser Zeit können sie – je nach konkreter Ausgestaltung der Baustelle im Einzelfall – die Nachteile der baulichen Maßnahmen treffen, ohne dass eine Fortführung der Maßnahmen in Aussicht steht.

Zu Satz 2

Die Vermutung nach Satz 1 greift nicht ein, wenn der Vermieter darlegt, dass für das Verhalten im Einzelfall ein nachvollziehbarer objektiver Grund vorliegt. Dies ist sachgerecht, weil in diesen Fällen grundsätzlich nicht davon auszugehen ist, dass hinter dem Verhalten des Vermieters die Absicht des Herausmodernisierens steht, und soll daher ausdrücklich klargestellt werden.

Der Vermieter kann beispielsweise die Vermutung nach Satz 1 Nummer 1 schon dadurch widerlegen, dass er darlegt, dass die deutliche Verzögerung des Baubeginns nicht auf ihn zurückzuführen ist bzw. von ihm nicht zu verantworten ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Vermieter aus nachvollziehbaren Gründen von einer ernsthaft geplanten Maßnahme Abstand genommen hat, beispielsweise aufgrund der Veränderung seiner eigenen finanziellen Situation, wegen der Vorrangigkeit anderer Maßnahmen, oder wenn die Maßnahme sich z. B. wegen Verzögerungen in Genehmigungsverfahren oder wegen der schlechten Verfügbarkeit von Handwerkern zeitlich verschoben hat. Auch die Vermutung nach Satz 1 Nummer 4 kann der Vermieter widerlegen, indem er darlegt, dass die deutliche zeitliche Unterbrechung der Baudurchführung nicht auf ihn zurückzuführen bzw. von ihm nicht zu verantworten ist. Die Vermutung nach Satz 1 Nummer 2 schließlich können Vermieter dadurch widerlegen, dass sie nachvollziehbar darlegen, dass die angekündigte Maßnahme Kosten erfordert, die zu einer solchen Mieterhöhung führen können.

Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)

In Artikel 229 EGBGB wird eine Übergangsvorschrift eingefügt:

Zu Absatz 1

Grundsätzlich gelten die neuen Bestimmungen zur Mieterhöhung wegen Modernisierungsmaßnahmen auch für bei Inkrafttreten bereits bestehende Mietverhältnisse. Nach Absatz 1 Satz 1 ist bei bereits bestehenden Mietverhältnissen auf den Zugang der Mitteilung nach § 555c Absatz 1 Satz 1 BGB beim Mieter abzustellen. Erfolgt der Zugang noch unter Geltung des alten Rechts, so ist sowohl für die Duldung als auch für die Mieterhöhung wegen Modernisierung das bislang geltende Recht maßgeblich. Geht die Modernisierungsankündigung dem Mieter ab Inkrafttreten der neuen Regelungen zu, so gilt sowohl für die Duldung als auch für die Mieterhöhung das neue Recht. Hat der Vermieter dem Mieter keine Modernisierungsankündigung zukommen lassen oder entspricht diese nicht den Anforderungen des § 555c Absatz 1 Satz 1 BGB, so ist der Vermieter nicht schutzwürdig. In diesem Fall ist das bislang geltende Recht daher nur dann maßgeblich, wenn die Mieterhöhungserklärung nach § 559b Absatz 1 Satz 1 BGB noch unter Geltung des alten Rechts zugegangen ist. Maßgeblich ist, ob die Modernisierungserklärung den Anforderungen von § 555c Absatz 1 Satz 1 BGB entspricht, auf den Hinweis nach § 555c Absatz 2 BGB kommt es nicht an.

Nach Absatz 1 Satz 3 gelten die neuen Regelungen des § 559c BGB-E nur, wenn der Vermieter die Modernisierungsmaßnahme nach Inkrafttreten dieses Gesetzes angekündigt hat.

Auch die Vermutungen in § 559d BGB-E sind nur anwendbar, wenn das dort beschriebene maßgebliche Verhalten nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes stattgefunden hat.

Zu Absatz 2

Die Regelungen des § 556g Absatz 1a und 2 BGB-E sind nach Absatz 2 nicht auf Mietverhältnisse anzuwenden, die bis einschließlich des Tages vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstanden sind. Auf solche Mietverhältnisse ist § 556g Absatz 2 BGB in der bislang geltenden Fassung anzuwenden. Die neuen Regelungen sind nur auf Mietverhältnisse anzuwenden, die nach Inkrafttreten des Gesetzes entstanden sind.

Zu Artikel 3 (Änderung des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954)

Ausgangslage und Ziel der Regelung

Mit dem neu eingefügten § 6 WiStG-E sollen bauliche Veränderungen, die der Vermieter in missbräuchlicher Weise durchführt, um den Mieter zur Beendigung des Mietverhältnisses zu veranlassen, behördlich mit einer Geldbuße geahndet werden können. Die Vorschrift soll dem Phänomen des sogenannten „Herausmodernisierens“ begegnen. Vor allem auf angespannten Wohnungsmärkten haben einzelne Vermieter bauliche Veränderungen, insbesondere Modernisierungsmaßnahmen, dazu instrumentalisiert, sich von einem oder mehreren Mietern zu trennen, denen sie nicht kündigen können. Durch die Medien bekannt geworden sind vor allem Baumaßnahmen, die auf eine den Mieter besonders beeinträchtigende, geradezu schikanöse Weise durchgeführt werden. Insbesondere auf angespannten Wohnungsmärkten ist es dann für viele langjährige Mieter kaum möglich, in ihrem angestammten Umfeld eine neue, für sie bezahlbare Wohnung zu finden. Die dargestellte Verhaltensweise führt im Ergebnis zur Gentrifizierung. Der Vermieter kann die Wohnung nach Verdrängung der Mieter zu einer deutlich höheren Miete weitervermieten oder im nicht vermieteten Zustand zu einem hohen Preis verkaufen.

Die Instrumentalisierung von baulichen Veränderungen stellt sich vor diesem Hintergrund als schädlich dar sowohl für die Entwicklung des Wohnungsmarkts, insbesondere für die gewünschte vielseitige Zusammensetzung der Mieterschaft und für ausgewogene und stabile wirtschaftliche, soziale und kulturelle Verhältnisse, als auch für die einzelnen betroffenen Mieter.

Rein zivilrechtliche Maßnahmen, wie insbesondere die ebenfalls neu eingeführte Vermutung in § 559d BGB-E, können das Ziel, die Mieter vor Verdrängung zu schützen und Gentrifizierung einzudämmen, nicht in gleicher Weise erreichen. Ihnen fehlt zum einen die generalpräventive Wirkung; zum anderen dürfte nicht in jedem Fall ein Schaden entstehen. Dies gilt beispielsweise dann, wenn sich besonders widerstandsfähige Mieter nicht vertreiben lassen. Zudem müssen die Mieter zivilrechtliche Ansprüche aktiv geltend machen. Hiervor scheuen viele Mieter zurück.

§ 6 WiStG-E ist zugleich Schutzgesetz im Sinne von § 823 Absatz 2 BGB. Neben dem Schutz des Wohnungsmarkts und der gemischten Zusammensetzung von Wohnquartieren dient er dem Schutz des einzelnen Mieters davor, aus sei-

nem angestammten Wohnumfeld verdrängt zu werden. Weitere Schadensersatzansprüche aufgrund der Verletzung allgemeiner Pflichten aus dem Schuldverhältnis, insbesondere der Pflicht zur gegenseitiger Rücksichtnahme, stehen hierzu in Anspruchskonkurrenz.

Zu Absatz 1

Als Täter kommt vor allem der Vermieter in Betracht, da dieser in der Regel als Eigentümer oder über die jeweilige Wohnung Verfügungsberechtigter auch derjenige sein wird, der die baulichen Veränderungen selbst durchführt oder – vermutlich häufiger – in Auftrag gibt und durchführen lässt. Der Tatbestand kann aber auch von Dritten begangen werden, z. B. einem Hausverwalter. Daneben finden die allgemeinen Grundsätze des Ordnungswidrigkeitenrechts über die Zurechnung des Verhaltens Dritter Anwendung.

Voraussetzung ist zunächst die Absicht, den Mieter durch die beschriebene Handlung zur Kündigung oder zur Mitwirkung an der Aufhebung des Mietverhältnisses zu veranlassen.

Dies erfordert direkte (finale) Absicht des Vermieters, den Mieter zum Auszug aus der Wohnung zu bewegen. Die konkrete Art und Weise der Durchführung der Maßnahme muss wesentlich diesem Zweck dienen. Die Vorschrift soll gewollte, auch umfangreiche Modernisierungen aber weder verhindern noch erschweren.

Es ist durchaus denkbar, dass der Vermieter eine solche Absicht gegenüber einem Dritten offenbart hat. Ist dies nicht der Fall, kann der praktische Nachweis der erforderlichen Absicht auch über Indizien geführt werden. Insbesondere aus der Vorgeschichte des Mietverhältnisses können sich Anhaltspunkte ergeben, aus denen sich auf eine solche Absicht schließen lässt, so beispielsweise dass der Vermieter in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Ankündigung der baulichen Veränderung mehrfach erfolglos versucht hat, dem Mieter zu kündigen oder ihn zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses zu veranlassen. Hierbei kommt es auf das Gesamtbild der Umstände im jeweiligen Einzelfall an.

Die Absicht muss sich auf die Beendigung des Mietverhältnisses durch den Mieter oder die notwendige Mitwirkung hieran beziehen. Neben der Kündigung

des Mietverhältnisses als einseitiger Willenserklärung kommt die einvernehmliche Aufhebung des Mietvertrags durch Mieter und Vermieter durch eine beidseitige Vereinbarung in Betracht. Den Eintritt eines Erfolgs setzt die Norm nicht voraus. Der Tatbestand kann also auch dann verwirklicht sein, wenn sich ein Mieter von dem zu missbilligenden Verhalten des Vermieters nicht beeindrucken lässt.

Im Hinblick auf die objektiven Tatbestandsmerkmale des Absatzes 1 muss der Täter vorsätzlich handeln (§ 10 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten – O-WiG); bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) ist ausreichend.

Der objektive Tatbestand des § 6 Absatz 1 WiStG-E setzt – unabhängig von der Frage, ob eine Ankündigung vorlag und in korrekter Weise erfolgt ist – voraus, dass eine bauliche Veränderung auf eine Weise durchgeführt wird, die geeignet ist, zu erheblichen, objektiv nicht notwendigen Belastungen des Mieters zu führen.

Der Begriff der „baulichen Veränderung“ ist weit zu verstehen und nimmt Bezug auf die mietrechtlichen Regelungen. Er erfasst insoweit nicht nur Modernisierungsmaßnahmen als besondere bauliche Veränderungen im Sinne des § 555b BGB, sondern auch Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 555a BGB sowie jegliche bauliche Veränderung. Hierunter fallen neben Eingriffen in die bauliche Substanz z. B. auch Veränderungen der Anlagentechnik des Gebäudes. Die Durchführung einer baulichen Veränderung beginnt regelmäßig mit der Einrichtung der Baustelle, z.B. dem Aufbau eines Gerüsts, und umfasst sämtliche Baumaßnahmen. Hierzu gehören auch vorbereitende Maßnahmen sowie Sicherungsmaßnahmen.

Die Durchführung der baulichen Veränderung muss geeignet sein, für den Mieter zu erheblichen, objektiv nicht notwendigen Belastungen zu führen. Hierbei kommt es auf die Art der Baumaßnahme im jeweiligen Einzelfall an. Insgesamt ist an die Frage der Notwendigkeit von Beeinträchtigungen für den Mieter ein großzügiger Maßstab anzulegen.

Allerdings soll insbesondere ein schikanöses, vernünftigerweise nicht mehr vertretbares Verhalten mit einer Geldbuße geahndet werden.

Ein solches schikanöses Verhalten kann vorliegen bei Einrichtung einer Baustelle mit einer dauerhaften Verhängung/Verdunkelung der Fenster, ohne dass in absehbarer Zeit mit der eigentlichen Baumaßnahme begonnen wird, oder bei besonders lärmintensiven Maßnahmen, die ohne erkennbaren Grund überwiegend zur Unzeit (sehr früh morgens, spät abends) ausgeführt werden. Ebenfalls ausreichen kann längerfristiges, nicht erforderliches Abstellen von Wasser oder die Beeinträchtigung grundlegendster Sicherheitsstandards wie das nicht bloß kurzfristige Aushängen der Haustür ohne erkennbaren Anlass.

Unter dem Begriff der Belastungen sind dabei tatsächliche Beeinträchtigungen zu verstehen.

Zu Absatz 2

Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 100 000 Euro geahndet werden. Nur eine über die gesetzliche Regelgrenze des § 17 Absatz 1 OWiG deutlich hinausgehende Bußgeldandrohung ist geeignet, die Täter empfindlich zu treffen. Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der wirtschaftlichen Verhältnisse der in Frage kommenden Täter erscheint ein Bußgeldrahmen bis zu 100 000 Euro angemessen.

Als Täter kommen insbesondere Vermieter in Betracht, die eine Vielzahl von Wohnungen in ihrem Bestand halten bzw. eine Vielzahl von Objekten als sogenannte Renditeobjekte erwerben und diese anschließend mit einer möglichst hohen Gewinnrate weitervermieten, in Eigentumswohnungen aufteilen oder insgesamt weiterverkaufen wollen. Zu bedenken ist dabei ebenfalls, dass bei der zeitgleichen missbräuchlichen Durchführung von baulichen Maßnahmen hinsichtlich mehrerer Wohnungen in einem Haus oder in einem Gebäudekomplex jeweils nur eine Tat vorliegt. Die maximal mögliche Geldbuße von bis zu 100.000 Euro trägt dem entsprechend Rechnung.

Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten. Das Gesetz tritt am ersten Tag des auf die Verkündung folgenden Kalendermonats in Kraft.

3 Vermieter

Nach allgemeiner Auffassung setzt ein Schuldverhältnis voraus, dass Gläubiger und Schuldner (mindestens zwei) verschiedene Personen sind¹⁰⁰. So verhält es sich, wenn einem Mitglied einer Miteigentümergeinschaft gemeinschaftliche Flächen vermietet werden¹⁰¹.

Aus dem Senatsurteil vom 27. April 2016¹⁰² ergibt sich nichts anderes. Insbesondere ist diesem Urteil nicht zu entnehmen, dass ein Mietverhältnis nicht wirksam zustande kommen kann, wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermieterstellung neben anderen Personen einnimmt. Im Gegenteil ist der VIII. Senat (auch) in dieser Entscheidung von der seit langem gefestigten Rechtsprechung ausgegangen, dass ein Schuldverhältnis (nur dann) erst gar nicht entstehen kann beziehungsweise in der Regel erlischt, wenn sich die Vertragsparteien und damit die Gläubiger- und Schuldnerstellung - mithin Forderung und Schuld - in einer Person vereinigen¹⁰³.

Ein solcher Fall liegt bei der im Streitfall zu beurteilenden Vermietung einer Wohnung durch die Mitglieder einer Miteigentümergeinschaft an eines oder einzelne ihrer Mitglieder nicht vor. Dementsprechend hat der Senat in seinem von den Vorinstanzen zur Begründung ihrer fehlerhaften Rechtsauffassung angeführten Urteil vom 27. April 2016 Vorinstanzen jedoch nicht berücksichtigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ändern zu wollen.

In der Rechtsprechung des BGH ist seit langem anerkannt, dass eine Miteigentümergeinschaft ihr Grundstück oder darauf befindliche gemeinschaftliche Räume einem ihrer Mitglieder durch vertragliche Vereinbarung mit diesem entgeltlich zur alleinigen Nutzung überlassen kann und in einem solchen Fall regelmäßig ein (Wohnraum-)Mietverhältnis zustande kommt¹⁰⁴.

¹⁰⁰ siehe nur BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 = GE 2016, 849 Rz. 18; BGH v. 24.8.2016- VIII ZR 100/15, BGHZ 211, 331 Rz. 21.

¹⁰¹ BGH v. 25.4.2018 – VIII ZR 176/17, WuM 2018, 252.

¹⁰² BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 = GE 2016, 849.

¹⁰³ vgl. bereits RGZ 49, 285 (286); BGH v. 9.6.2010 - VIII ZR 189/09, NZM 2010, 698 Rz. 18 f.; BGH v. 25.4.2018 – VIII ZR 176/17, WuM 2018, 252.

¹⁰⁴ vgl. zuletzt BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 16/10, NZM 2010, 898 Rz. 14; so auch bereits BGH v. 8.1.1969 - VIII ZR 184/66, WPM 1969, 298 unter 2 b; BGH v. 17.12.1973 - II ZR 59/72, NJW 1974, 364 unter [A] II 2 b; BGH v. 15.9.1997 - II ZR 94/96, NJW 1998, 372 unter I; vom 11. September 2000 - II ZR 324/98, NZM 2001, 45 unter II 1 b; ebenso Palandt/*Sprau*, 77.

4 Mietvertrag

4.1 Recht eine Photovoltaikanlage zu errichten und zu nutzen

Überwiegend wird ein Vertragsverhältnis, das dem Nutzer das Rechtseinkläumt, auf einem Grundstück eine Photovoltaikanlage zu errichten und den Strom gewinnbringend zu verkaufen, in der obergerichtlichen Rechtsprechung als Pachtvertrag angesehen¹⁰⁵.

Jedenfalls wenn der Nutzer sich mit dem Eigentümer die Erlöse teilen soll, ist der Vertrag als Mietvertrag zu werten¹⁰⁶. Ob ein Vertrag, mit dem eine Partei der anderen ein Grundstück zur Nutzung überlässt, als Miet- oder Pachtvertrag einzustufen ist, hängt nach § 581 BGB davon ab, ob dem Nutzer neben dem Gebrauch des Grundstücks auch der Genuss der Früchte (§ 99 BGB), soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, zusteht.

Bei der Überlassung eines Grundstücks zum Zwecke der Errichtung und des Betriebs einer Photovoltaikanlage kommt die Annahme einer Rechtsfrucht im Sinne des § 99 Abs. 2 BGB oder eines Falls der mittelbaren Fruchtziehung (§ 99 Abs. 3 BGB) ohnehin nicht in Betracht. Aber auch § 99 Abs. 1 BGB greift nicht ein, weil es sich bei der Elektrizität, die mittels der vom Nutzungsberechtigten selbst zu errichtenden Photovoltaikanlage gewonnen werden soll, um keine unmittelbare Sachfrucht des Grundstücks im Sinne des § 99 Abs. 1 BGB handelt¹⁰⁷. Immerhin soll die Elektrizität aus der Substanz des auf die überlassene Fläche einstrahlenden Sonnenlichts gewonnen werden, mithin nicht aus

Aufl., § 744 Rn. 2; vgl. auch MünchKomm/Schmidt, 7. Aufl., § 743 BGB Rn. 15; Staudinger/Emmerich, , Neubearb. 2018, Vorbemerkung zu § 535 BGB, Rz. 73a; Staudinger/von Proff, Neubearb. 2015, § 741 BGB Rz. 75 f.

¹⁰⁵ OLG Zweibrücken v. 2.3.2017 - 4 U 154/15, ZMR 2017, 694 (695); OLG Frankfurt v. 4.11.2014 - 20 W 256/13, juris Rz. 11 f.; OLG Saarbrücken v. 4.10.2012 - 8 U 391/11, NJW 2012, 3731; OLG München v. 8.1.2008 - 32 Wx 192/07, MittBayNot 2008, 320; OLG Koblenz v. 21.9.2006 - 5 U 738/06, CuR 2007, 107 (108).

¹⁰⁶ BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

¹⁰⁷ (vgl. BeckOGK/Mössner, [Stand: 1. September 2017], § 99 BGB Rz. 10.1; Eрман/Schmidt, 15. Aufl., § 99 BGB Rz. 4; jurisPK/Vieweg, [Stand: 24. Mai 2017], § 99 BGB Rz. 7; MünchKomm/Stresemann, 7. Aufl., § 99 BGB Rz. 5; Palandt/Ellenberger, 77. Aufl., § 99 BGB Rz. 2; Soergel/Marly, 13. Aufl., § 99 BGB Rz. 9; Staudinger/Stieper, [2017], § 99 BGB Rz. 10; zweifelnd BeckOK/Fritzsche, [Stand: 15. Juni 2017] § 99 BGB Rz. 7.

der Substanz des Grundstücks selbst. Soweit das Reichsgericht die vertragliche Einräumung des Rechts, das in einem Graben fließende Wasser zum Betrieb einer Brettschneidemühle zu benutzen, als Grundstückspacht eingeordnet hat¹⁰⁸, betrifft das unabhängig davon, ob dieser rechtlichen Einschätzung beizutreten ist¹⁰⁹, eine andere Fallgestaltung.

Die rechtliche Qualifizierung des "Nutzungsvertrags" kann jedoch schon deshalb dahinstehen, weil sie Bedeutung nur für den Zeitpunkt einer eventuell durch die Kündigung bewirkten Vertragsbeendigung erlangen kann. Während bei Vorliegen eines Mietvertrags eine am 4. Oktober 2012 ausgesprochene, auf § 550 BGB gestützte ordentliche Kündigung zur Vertragsbeendigung mit Ablauf des ersten Jahres nach Überlassung des Grundstücks führen konnte, § 550 Satz 2 BGB, wäre sie bei Annahme eines Pachtvertrags und daraus folgender Anwendbarkeit der Kündigungsfrist des § 584 Abs. 1 BGB erst zum Schluss des folgenden Pachtjahres und damit zum 5. März 2014 wirksam geworden. Der Klageantrag, mit dem der Nutzer die Feststellung begehrt, dass das Vertragsverhältnis durch die Kündigung vom 4. Oktober 2012 nicht beendet wurde, ist aber nicht davon abhängig, ob die Kündigung im Jahre 2013 oder im Jahre 2014 Wirksamkeit erlangte. Gleiches gilt für das auf Schadensersatz gerichtete Feststellungsbegehren. Zwar wäre dann die Zutrittsverweigerung von März 2013 bis März 2014 unberechtigt erfolgt. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass der Nutzer mit der noch in der Planung befindlichen Photovoltaikanlage in diesem Zeitraum bereits Erträge oder gar Gewinne hätte erzielen können.

4.2 Stellen durch Kaufen eines Vertragsmusters?

Als wesentliches Charakteristikum Allgemeiner Geschäftsbedingungen hat der Gesetzgeber die Einseitigkeit ihrer Auferlegung sowie den Umstand angesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann¹¹⁰. Mit Rücksicht darauf ist das Merkmal des "Stellens" im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt, wenn die Formularbestimmungen auf Initiative einer Partei oder

¹⁰⁸ vgl. RG SeuffA 83 Nr. 68.

¹⁰⁹ vgl. insoweit Staudinger/*Stieper*, [2017], § 99 BGB Rz. 10.

¹¹⁰ BT-Drucks. 7/3919, S. 15 f.

ihres Abschlussgehilfen¹¹¹ in die Verhandlungen eingebracht und ihre Verwendung zum Vertragsschluss verlangt wird¹¹².

Diese rechtlichen Vorgaben schließen es im Streitfall aber aus, die Bedingungen des von Haus und Grund herausgegebenen Vertragsformulars, dessen Verwendung die Rechtsvorgängerin des Vermieters ausdrücklich verlangt hat, allein deshalb als von den Mietern gestellt anzusehen, weil der Mieter zu 2 dem von der Gegenseite geäußerten Wunsch entsprochen hat, das genannte Formular zu besorgen und zu den Vertragsverhandlungen mitzubringen¹¹³. Denn dieser Umstand ändert nichts daran, dass das Vertragsformular auf Initiative der Vermieterseite in den Vertrag Eingang gefunden hat.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht etwa deshalb geboten, weil die Mieter nach eigenem Vorbringen auf einem dauerhaften Kündigungsausschluss (durch Streichung des Klammerzusatzes bei der diesbezüglichen Formulklausel von Haus und Grund) bestanden hätten. Zwar können Vertragsbedingungen auch dann "gestellt" sein, wenn sie nicht schriftlich fixiert sind, sondern der Verwender sie lediglich "im Kopf" gespeichert hat, um sie wiederholt zu verwenden¹¹⁴. Dafür, dass bei den Mietern, die den Mietvertrag privat abgeschlossen haben, eine derartige Absicht bestanden hätte, sind Anhaltspunkte jedoch nicht ersichtlich.

4.3 Vollmachtsklausel

Die Klausel in § 12 Nr. 2 und 3 des Gewerberaummietvertrages lautet wie folgt:

2. Für die Rechtswirksamkeit einer Erklärung ... genügt es, wenn sie gegenüber einem der Mieter abgegeben wird. Willenserklärungen eines Mieters sind auch für die anderen Mieter verbindlich. Die Mieter gelten zur Vornahme und Entgegennahme solcher Erklärungen als gegenseitig bevollmächtigt.

3..... Die Kündigung eines Mieters bewirkt die Kündigung des gesamten Mietverhältnisses.

¹¹¹ vgl. BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 26/14, NJW-RR 2015, 738 Rz. 14.

¹¹² BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230 Rz. 24; BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rz. 11 f., 18.

¹¹³ BGH v. 8.5.2018 – VIII ZR 200/17, MDR 2018, 855 = WuM 2018, 437 = GE 2018, 820.

¹¹⁴ BGH v. 13.5.2014 - XI ZR 170/13, WPM 2014, 1325 Rz. 20; BGH v. 10.3.1999 - VIII ZR 204/98, BGHZ 141, 108 (109); jeweils m.w.N.

Bei dem Mietvertrag handelt es sich um eine vom Vermieter gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, die der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegt. Der Mietvertrag ist vom Vermieter gestellt und erweckt dem äußeren Anschein nach den Eindruck einer allgemeinen Geschäftsbedingung. Das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist prima facie anzunehmen, wenn ein gedruckter oder sonst vervielfältigter Text des anderen Teils verwandt worden ist¹¹⁵. Dies ist der Fall, wenn der Vertrag zahlreiche formularmäßige Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist¹¹⁶, wobei sich die Vermutung auf vorformulierte Vertragsklausel bezieht¹¹⁷.

Der Anschein eines zur Mehrfachverwendung entwickelten Vertrages wird auch nicht dadurch widerlegt, dass er in Teilen individuelle Vereinbarungen enthält¹¹⁸.

Die vorliegenden Klauseln enthalten nicht nur eine Empfangsvollmacht der anderen Mieter, sondern zugleich auch eine Abgabevollmacht, nämlich eine Bevollmächtigung der Mieter untereinander für den anderen Mieter Erklärungen uneingeschränkt für den anderen abzugeben. Klauseln, durch die sich Mieter gegenseitig zur Abgabe von Willenserklärungen bevollmächtigen, ohne den Kreis der in Betracht kommenden Erklärungen einzugrenzen, sind auch in Mietverträgen über Geschäftsräume unwirksam, es sei denn, sie nehmen auf Beendigung des Mietverhältnisses gerichtete Erklärungen wie die Kündigung und das Angebot eines Mietaufhebungsvertrages ausdrücklich aus¹¹⁹. Durch diese Klausel wird jedem Mitmieter die Möglichkeit eröffnet, ohne Rücksicht auf die Belange der anderen Mitmieter den Mietvertrag in seinem Bestand selbst oder in elementaren Bestandteilen zu verändern. Eine solche umfassende Regelung, die insbesondere den Missbrauch und die Verletzung von Interessen des vertretenen Mitmieters eröffnet, widerspricht eklatant den Belangen der Mieter¹²⁰.

¹¹⁵ BGHZ 118, 238; Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl., § 305 BGB, Rz. 23.

¹¹⁶ BGH NJW 2009, 3717.

¹¹⁷ BGH NJW 2000, 1110.

¹¹⁸ BGH v. 27.11.2003 - VII ZR 53/03, BGHZ 157,102, Rz. 25 m.w.N.

¹¹⁹ KG v. 15.1.2018 – 8 U 169/16, MietRB 2018, 230 (*Hoffmann*) = IMR 2018, 288 (*Geue*); ebso: KG v. 5.1.2004 - 12 U 122/02, GE 2004,753, Rz. 38.

¹²⁰ vgl. OLG Düsseldorf v. 17.10.2006 - 24 U 7/06, ZMR 2008,44, Rz. 73 m.w.N.

Sie ist zur Wahrung aner kennenswerter Interessen des Vermieters auch nicht gerechtfertigt¹²¹.

Dasselbe gilt für die Klausel, wonach Willenserklärungen eines Mieters auch für die anderen Mieter verbindlich sind¹²².

Soweit der Mieter auf die Entscheidung des BGH vom 10.09.1997¹²³ verweist, ergibt sich hieraus nichts Abweichendes. Der BGH hat für den Bereich des Wohnraummietrechts eine Empfangsvollmacht, wonach die Mieter sich zum Empfang von Willenserklärungen ermächtigen, als zulässig erachtet. Für die hier vorliegende Abgabevollmacht hat der BGH ausdrücklich offen gelassen, ob eine solche wirksam wäre.

4.4 Absicht zum Abschluss eines weiteren Mietvertrages

Nach herrschender Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung kann ein Mieter im Fall der Doppelvermietung seinen Besitzüberlassungsanspruch als erster Mieter gegenüber dem Vermieter nicht durch einstweilige Verfügung sichern lassen¹²⁴. Im Falle der Doppelvermietung gilt nicht der Grundsatz der Priorität des Mietvertragsschlusses für die Frage, an wen der Vermieter die Mietsache zu übergeben hat. Der Vermieter darf selbst entscheiden, welchen Vertrag er erfüllt und an welchen Mieter er gegebenenfalls Schadensersatz leistet. Dies entspricht dem Wesen der Privatautonomie, die auf dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Selbstbestimmung über die eigenen Interessen einer Partei beruht. Der Vermieter, der einen Mietvertrag abschließt, begibt sich noch nicht seines Rechts, an einen Dritten erneut zu vermieten. Der Vermieter als Schuldner kann sich bis zur Zwangsvollstreckung entscheiden, an wen er leistet; dieses Wahlrecht ist als Ausfluss der Vertragsfreiheit schützenswert¹²⁵. Der Vermieter hat sich durch den ersten Vertragsschluss nicht in einer Weise ge-

¹²¹ OLG Celle WuM 1990, 103f.

¹²² Schmidt- Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 542 BGB Rz. 60.

¹²³ BGH v. 10.9.1997 - VIII ARZ 1/97, NJW 1997, 3437.

¹²⁴ vgl. KG v. 25.1.2007 – 8 W 7/07, NZM 2007, 518 Tz. 3f; OLG Brandenburg v. 6.8.1997 – 3 U 72/97, MDR 1998,98, Tz. 10; OLG Koblenz v. 25.10.2007 – 5 U 1148/07, MDR 2008,18, Tz. 14; OLG Hamm v. 15.10.2003 – 30 U 131/03, NJW-RR 2004,521 Tz. 15f.; OLG Schleswig v. 12.7.2000 – 4 U 76/00, MDR 2000,1428, Tz. 10f.; vgl. Palandt/ *Weidenkaff*, 76. Aufl., § 536 BGB Rz. 30; Bub/Treier/*Emmerich*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II Rz. 497; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 12. Aufl., § 536 BGB, Rz. 287 jeweils m.w.N auch zu gegenteiligen Auffassung.

¹²⁵ KG v. 25.1.2007 – 8 W 7/07, NZM 2007, 518 Tz. 5.

bunden, dass sein Recht und seine Möglichkeit, weitere, gleichermaßen wirksame Verträge abzuschließen und diese zu erfüllen, eingeschränkt ist. Schützenswert ist auch in dieser Situation nicht der Vermieter, sondern seine Privatautonomie¹²⁶.

Danach kann die Antragstellerin die begehrte Untersagung nicht verlangen, weil dies einen Eingriff in den allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit bedeuten würde¹²⁷.

Zwar hat der Vermieter im vorliegenden Falle eine Vermietung an den Dritten noch nicht vorgenommen. Dies rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise. Denn würde man dem Vermieter den Abschluss eines anderen Mietvertrages untersagen, würde in den Grundsatz der Vertragsfreiheit als Teil der im Bürgerlichen Gesetzbuch verankerten Privatautonomie direkt eingegriffen werden. Es entspricht zudem der gewöhnlichen Risikolage, dass bei einem Mietvertrag, der nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrages auch durch Übergabe des Mietobjektes vollzogen wird, Änderungen in der Disposition des Vermieters eintreten können¹²⁸. Vorliegend kommt hinzu, dass die Mietfläche derzeit aufgrund eines früheren – zum 31.12.2017 gekündigten - Mietvertrages von der Fa. ... noch genutzt wird, an die nunmehr eine Anschlussvermietung erfolgen soll.

Der Vermieter ist – trotz des vereinbarten Konkurrenzschutzes zugunsten des Mieters (§ 8 des Mietvertrages) – nicht gehindert, einen neuen Mietvertrag mit der Fa. ... abzuschließen. Auch insoweit ist die Privatautonomie des Vermieters zu gewährleisten. Es macht insoweit keinen Unterschied, ob eine Pflichtverletzung durch Abschluss eines weiteren Mietvertrages vor Überlassung an den Erstmieter bereits erfolgt ist oder ob die Pflichtverletzung unmittelbar bevorsteht.

¹²⁶ OLG Hamm v. 15.10.2003 – 30 U 131/03, NJW-RR 2004,521 Tz. 18.

¹²⁷ KG v. 7.9.2017 – 8 W 47/17, NZM 2018, 398.

¹²⁸ OLG Brandenburg v. 6.8.1997 – 3 U 72/97, MDR 1998,98, Tz. 12.

5 vertragsgemäßer Gebrauch

5.1 Herbeiführen des vertragsgemäßen Zustandes

Gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Mieter Anspruch darauf, dass ihm die Räume vom Vermieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen werden und in diesem Zustand erhalten werden. Vertraglich geschuldete "Sollbeschaffenheit" der Mietsache ist danach ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch, wozu insbesondere ihre Eignung zu dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck gehört¹²⁹. Der Vermieter schuldet danach mangels abweichender Vereinbarungen die Überlassung der Mietsache in einem genehmigungsfähigen Zustand und hat etwaige Baumaßnahmen, welche zu dessen Erreichung erforderlich sind, auf eigene Kosten zu veranlassen¹³⁰.

Nach den mietvertraglichen Vereinbarungen haben die Vertragsparteien eine abweichende Vereinbarung im vorgenannten Sinne getroffen, wonach der Mieter die Erfüllung brandschutzrechtlicher Anforderungen im Zusammenhang mit dem von ihm durchgeführten Umbau der Mieträume zu Bandprobe- und Musikunterrichtsräumen übernommen hat.

Nach § 2 Abs. 3 des Mietvertrages verpflichtete sich der Mieter auf eigene Kosten sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebs- und/oder Gewerbebescheinigung sowie die sonstigen gegebenenfalls erforderlichen behördlichen Genehmigungen für seinen Gewerbebetrieb zu schaffen und aufrechtzuerhalten, insbesondere die erforderlichen behördlichen Genehmigungen selbst auf eigene Kosten einzuholen. Danach war der Mieter zwar verpflichtet, die brandschutzrechtlichen Anforderungen im Zusammenhang mit der Nutzungsänderung zu erfüllen. Hiermit hat er es aber nicht auch übernommen, den brandschutzwidrigen Zustand des vorhandenen Gebäudes - namentlich der Brandlast in Form von brennbaren ELT-Installationen auf seine Kosten zu beseitigen. Vielmehr oblag dies weiterhin der Vermieterseite¹³¹.

¹²⁹ BGH, NJW 1982, 696.

¹³⁰ vgl. BGH, GE 2008, 120, Tz. 14,17 betr. Nutzungsänderungsgenehmigung; OLG Koblenz, NJW-RR 2010, 203, Tz. 26; OLG Düsseldorf, ZMR 2003,21, Tz. 49; OLG Düsseldorf ZME 2002,739, Tz. 9 für Brandschutz; OLG Düsseldorf, MDR 2006,1277, Tz. 29; KG v. 23.5.2016 - 8 U 10/15, ZMR 2016, 685; Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, Hb der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl., III. Rz. 2787, 2790.

¹³¹ KG v. 4.12.2017 - 8 U 236/16, ZMR 2018, 303 = NZM 2018, 607.

Dies 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 hat¹³². 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 Vertragsschlusses bestehende Baurechtswidrigkeit übernimmt¹³³. 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 entsprechen¹³⁴.

Die Auslegung der maßgeblichen mietvertraglichen Vereinbarung in § 2 Abs. 3 des Mietvertrages im vorgenannten Sinne erscheint auch im Lichte der weiteren mietvertraglichen Regelungen geboten¹³⁵.

Nach § 11 Abs. 2 des Mietvertrages war der Mieter verpflichtet, alle "während der Mietzeit durch den Mietgebrauch zur Erhaltung des gebrauchsfähigen Zustandes veranlassten Instandhaltungen und Instandsetzungen des Mietgegenstandes" zu übernehmen. Dies bedeutet zugleich, dass der Mieter nicht für anfängliche Mängel haftete.

Nach § 11 Ziffer 12 Satz 1 des Mietvertrages hat der Mieter auf eigene Kosten und im eigenen Namen die erforderlichen (Wartungs-)Verträge für die im Gebäude vorhandenen brandschutztechnischen Anlagen (Brandmeldeanlage, Sprinkleranlage, etc.) abzuschließen und "hat die ihm aus jenem vertraglichen Verhältnis treffenden Pflichten und Obliegenheiten ordnungsgemäß zu erfüllen, um sicherzustellen, dass sämtliche gesetzliche und behördlichen Anforderungen an den Brandschutz des Gebäudes" jederzeit erfüllt werden.

¹³² vgl. RGZ 94, 138 (140); Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, 2015, § 536 BGB Rz. 72, 79.

¹³³ vgl. KG v. 23.5.2016 - 8 U 10/15, ZMR 2016, 685.

¹³⁴ Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 286.

¹³⁵ KG v. 4.12.2017 - 8 U 236/16, ZMR 2018, 303 = NZM 2018, 607.

Dies begründete nur die Verpflichtung des Mieters, die erforderlichen Wartungsverträge abzuschließen und nicht auch eine Verpflichtung zur Sicherstellung des Brandschutzes über die Wartung hinaus.

Auch das Verhalten der ursprünglichen Mietvertragsparteien, welches als Indiz für die Auslegung von Bedeutung sein kann¹³⁶, spricht für ein solches Verständnis.

5.2 Reinigung nicht zu öffnender Fenster

Die Reinigung der Flächen der Mietwohnung einschließlich der Außenflächen der Wohnungsfenster, zu denen auch etwaige nicht zu öffnende Glasbestandteile sowie die Fensterrahmen gehören, obliegt grundsätzlich dem Mieter, soweit die Mietvertragsparteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Denn der Vermieter schuldet dem Mieter keine Erhaltung der Mietsache in einem jeweils gereinigten Zustand; bloße Reinigungsmaßnahmen sind dementsprechend nicht Bestandteil der Instandhaltungs- oder Instandsetzungspflicht des Vermieters. Ob die Reinigung der Fensterflächen vom Mieter persönlich geleistet werden kann, kommt es nicht an. Sollte dies nicht der Fall sein, kann sich der Mieter beispielsweise professioneller Hilfe bedienen¹³⁷.

5.3 Räum- und Streupflicht

Der Vermieter ist aus dem Mietvertrag heraus verpflichtet, dem Mieter während der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache und damit auch den Zugang zur Mietsache zu gewähren¹³⁸. Die dem Vermieter obliegende Erhaltungspflicht erstreckt sich auch auf die nicht ausdrücklich mitvermieteten Hausteile wie Zugänge und Treppen¹³⁹ und insbesondere darauf, dass sich diese Räume und Flächen in einem verkehrssicheren Zustand befinden. Dazu gehört es grundsätzlich, die auf dem Grundstück der vermieteten Wohnung befindlichen Wege, insbesondere vom Hauseingang bis zum öffentlichen Straßenraum in den Win-

¹³⁶ vgl. Palandt/*Ellenberger*, 76. Aufl., § 133 BGB Rz. 17 unter Hinweis auf BGH, NJW 1988, 2878; BGH, NJW-RR 1998,199; BGH, NJW 1998, 259; BGH, NJW 1998, 801.

¹³⁷ BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 188/16, WuM 2018, 710 = GE 2018, 1393 = NZM 2018, 900.

¹³⁸ vgl. BGH v. 15.6.1988 - VIII ZR 183/87, NJW-RR 1989, 76 unter 3 a m.w.N.; BGH v. 15.10.2008 - VIII ZR 321/07, NJW 2009, 143 Rz. 13.

¹³⁹ BGH v. 19.10.1966 - VIII ZR 93/64, NJW 1967, 154 unter 2 a; vgl. auch BGH v. 10.11.2006 - V ZR 46/06, NJW 2007, 146 Rz. 9.

termonaten zu räumen und zu streuen¹⁴⁰. Die gleiche Pflicht trifft den Eigentümer eines Grundstücks im Übrigen auch im Rahmen der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht (§ 823 Abs. 1 BGB) unter dem Gesichtspunkt der Eröffnung eines Verkehrs etwa gegenüber Mietern, Besuchern und Lieferanten.

Die dem Vermieter einer Wohnung gegenüber seinen Mietern obliegende Verkehrssicherungspflicht beschränkt sich jedoch grundsätzlich auf den Bereich des Grundstücks des Vermieters¹⁴¹. Entsprechendes gilt für die allgemeine Verkehrssicherungspflicht des Eigentümers, sofern die Räum- und Streupflicht für den öffentlichen Gehweg von der Gemeinde nicht auf die Eigentümer (Anlieger) übertragen worden ist.

Bei einer Ausweitung der vertraglichen oder gesetzlichen Haftung auf außerhalb des Grundstücks aber abgrenzende Flächen wird verkannt, dass der Vermieter bezüglich des öffentlichen Gehwegs weder eine vertragliche Schutzpflicht übernommen noch eine - eine deliktische Verkehrssicherungspflicht auslösende - Gefahrenquelle geschaffen hat. Zuständig für die Sicherheit des öffentlichen Gehwegs ist hier allein die Gemeinde, die diese Pflicht nicht an den Anlieger und Vermieter delegiert hat. Vor diesem Hintergrund kann eine Ausweitung der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters über die Mietsache hinaus allenfalls ausnahmsweise bei Vorliegen ganz außergewöhnlicher - hier nicht gegebener - Umstände in Betracht kommen.

Zwar hat das Reichsgericht in einer auch von der Revision angeführten Entscheidung¹⁴² eine Ausdehnung der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters in einem Fall angenommen, in dem das vermietete Gebäude auf einem noch nicht erschlossenen Grundstück errichtet worden war und für die Mieter mangels eines auch nur behelfsmäßigen Zugangs vom Grundstück zur nächstgelegenen Straße eine besondere Gefahrenlage bestand. Eine solche Gefahrenlage bestand hier aber nicht¹⁴³.

¹⁴⁰ vgl. BGH v. 22.12.1964 - VI ZR 212/63, VersR 1965, 364 unter 3; BGH v. 12.7.1968 - VI ZR 134/67, VersR 1968, 1161 unter II 1; BGH v. 26.1.1977 - VIII ZR 208/75, VersR 1977, 431 unter II; BGH v. 15.6.1988 - VIII ZR 183/87, NJW-RR 1989, 76; BGH v. 22.1.2008 - VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440 Rz. 11.

¹⁴¹ BGH v. 21.2.2018 - VIII ZR 255/16, ■.

¹⁴² RGZ 165, 155.

¹⁴³ BGH v. 21.2.2018 - VIII ZR 255/16, ■.

5.4 Konkurrenzschutz für Eisdieler?

Grundsätzlich ergibt sich auch ohne ausdrückliche Vereinbarung der Parteien aufgrund der Verpflichtung des Vermieters, den Mieter vor Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs zu bewahren, die zusätzliche Verpflichtung, den Mieter gegen Konkurrenz bei den Hauptartikeln im selben Haus schützen¹⁴⁴. Bei der Ausgestaltung sind die Umstände des Einzelfalls sowie der Grundsatz von Treu und Glauben aufgrund einer Abwägung der Interessen der Parteien zu berücksichtigen. Mit Blick auf die vorliegende Konstellation wurde in der Rechtsprechung eine Überschneidung bei den Hauptartikeln etwa angenommen im Verhältnis zwischen einer Imbissstube und einer Pizzeria¹⁴⁵, zwischen einem Cafe mit Konditorei und einem italienischen Eissalon¹⁴⁶, aber auch zwischen einer Kantine und einem Cafe mit Eisdieler¹⁴⁷.

Bereits diese Beispiele verdeutlichen, dass der Blick auf die Hauptartikel der beiden Mieter (Eisdieler und türkisches Spezialitätengeschäft mit Bistro) zwar im Ansatz zutreffend erfolgt; es muss aber auch untersucht werden, inwiefern eine Konkurrenzsituation aufgrund der jeweiligen Angebote der Mieter besteht¹⁴⁸. Ein solches Konkurrenzverhältnis kann auch vorliegend nicht in Abrede gestellt werden¹⁴⁹. Die alleinige Konzentration darauf, ob in dem zu dem türkischen Feinkostladen gehörigen Bistro auch Eis angeboten wird, trägt den konkreten Umständen nicht Rechnung. Die Lokalitäten befinden sich unmittelbar nebeneinander, da sich auch das Bistro im Eingangsbereich zu dem türkischen Feinkostladen befindet. Beide Mieter bieten Getränke an, die sich zu weiten Teilen decken (insbesondere Kaffee), und halten ein Speiseangebot vor, das sich in wesentlichen Teilen überschneidet. Dies ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen. Nach diesen lässt sich nicht in Zweifel ziehen, dass - was auch allgemein einleuchtet - sowohl die Eisdieler als auch das Bistro ein Angebot an Süßspei-

¹⁴⁴ vgl. nur BGH, NJW 2013, 44; BGH, NJW 2012, 844; Staudinger/*Emmerich*, 2018, §535 BGB Rz. 23 m.w.N.

¹⁴⁵ OLG Hamm, NJW-RR 1997, 459.

¹⁴⁶ OLG Frankfurt, DB 1970, 46.

¹⁴⁷ BGH, GRUR 1961, 437; für den Fall der Vereinbarung eines Konkurrentenschutzes für das Sortiment eines Cafes bei Eröffnung eines Eiscafes auch OLG Koblenz, NZM 2008, 405.

¹⁴⁸ vgl. etwa für das Verhältnis einer bürgerlich-rustikalen Gaststätte zu einem Imbissverkauf: BGH, NJW-RR 1988, 717; für das Verhältnis einer Schank- und Speisewirtschaft mit jugoslawischer Küche zu einem Restaurant mit griechischen Spezialitäten: OLG Karlsruhe, NJW-RR 1999, 1234.

¹⁴⁹ OLG Koblenz v. 25.4.2018 – 5 U 1161/17, GE 2018, 996 = IMR 2018, 287 (*Hirsch*).

sen vorhält (Kaffee, Crepes, Waffeln), das miteinander übereinstimmt; anderes trägt auch der Vermieter nicht vor ("türkische Spezialitäten und Süßigkeiten"). Die von dem Mieter vorgelegten Ausdrücke zum Leistungsangebot des benachbarten Bistros verdeutlichen auch, dass dieses der Erwartungshaltung eines Konsumenten an eine Eisdiele bzw. ein Eiscafe entspricht. Insofern überschneiden sich die angesprochenen Verbrauchergruppen durchaus.

Die von den Parteien im Mietvertrag getroffene ausdrückliche Regelung zum Konkurrenzschutz gebietet kein anderes Ergebnis¹⁵⁰. Grundsätzlich haben die vertraglichen Abreden der Parteien zum Konkurrenzschutz Vorrang, da dieser durch ausdrückliche Bestimmungen sowohl erweitert, als auch eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden kann¹⁵¹. Dabei ist der konkrete Umfang durch Auslegung zu ermitteln, wobei die gesamten Umstände, insbesondere die zu Tage getretenen Interessen der Parteien zu berücksichtigen sind¹⁵². Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien durch die Niederlegungen im Mietvertrag eine vom vertragsimmanenten Konkurrenzschutz abweichende Regelung treffen wollten. Dabei kann dahinstehen, ob zwischen den Parteien im Zuge des Vertragsabschlusses Diskussionen darum gab, ob der Begriff der Eisdiele oder des Eiscafes verwendet werden soll und der Vermieter auf eine aus seiner Sicht bestehende Begriffsidentität verwiesen haben soll. Selbst wenn dieses Gespräch nicht stattgefunden haben sollte, wäre nicht anzunehmen, dass die Parteien durch den Verweis auf einen Konkurrenzschutz bezüglich einer "Eisdiele" eine Einschränkung gegenüber dem vertragsimmanenten Konkurrentenschutz vornehmen und zum Ausdruck bringen wollten. Anhaltspunkte, die dafür sprechen würden, haben die Parteien nicht vorgetragen. Insbesondere war es etwa nicht Thema, das nebenan ein Bistro eröffnet werden sollte und anschließend Verhandlungen erfolgt wären, in welchem Umfang gegenüber diesem ein Konkurrentenschutz zu vereinbaren sei.

¹⁵⁰ OLG Koblenz v. 25.4.2018 – 5 U 1161/17, GE 2018, 996 = IMR 2018, 287 (*Hirsch*).

¹⁵¹ vgl. nur Staudinger/*Emmerich*, 2018, § 535 BGB Rz. 23.

¹⁵² vgl. nur BGHZ 195, 50 Rz. 20 ff.

6 Miete

6.1 Bereicherungsanspruch des Jobcenters

Gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist derjenige, der durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, diesem zur Herausgabe verpflichtet. Diese Leistungskondition hat Vorrang vor der Nichtleistungskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB¹⁵³.

Unter einer Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen. Für die Beurteilung, wer Leistender und wer Empfänger einer Leistung ist, kommt es in erster Linie auf die der Zuwendung gegebene Zweckbestimmung an. Maßgeblich ist grundsätzlich der Zweck, den die Beteiligten im Zeitpunkt der Zuwendung mit dieser nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben. Stimmen die Vorstellungen der Beteiligten nicht überein, ist nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH eine objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers (Empfängerhorizont) geboten. Es kommt darauf an, wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte¹⁵⁴. Diese Grundsätze gelten auch für den Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen¹⁵⁵.

Dabei entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass sich bei der bereicherungsrechtlichen Behandlung von Vorgängen, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, jede schematische Lösung verbietet. Vielmehr sind für die sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung stets die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen, zu denen insbesondere Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und der Risikoverteilung zählen¹⁵⁶.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat der Vermieter die hier streitgegenständliche Zahlung von 860 € zwar im Wege einer Leistung erhalten. Hierbei

¹⁵³ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 21.10.2004 - III ZR 38/04, NJW 2005, 60 unter II 2; BGH v. 16.5.2013 - IX ZR 204/11, NJW 2013, 2519 Rz. 11; jeweils m.w.N.

¹⁵⁴ siehe nur BGH v. 14.1.2016 - III ZR 107/15, NJW 2016, 3027 Rz. 34; BGH v. 25.2.2016 - IX ZR 146/15, NJW 2016, 2260 Rz. 21; jeweils m.w.N.

¹⁵⁵ BGH v. 14.1.2016 - III ZR 107/15, NJW 2016, 3027 m.w.N.

¹⁵⁶ BGH v. 19.9.2014 - V ZR 269/13, NJW 2015, 229 Rz. 22.

handelte es sich jedoch bei objektiver Betrachtung aus der Sicht des Zuwendungsempfängers - hier des Vermieters - nicht um eine solche des Jobcenters, sondern um eine Leistung der Mieter als (ehemalige) Vertragspartner des Vermieters, denen gegenüber das Jobcenter in seiner Eigenschaft als Sozialleistungsträger im Rahmen des bestehenden Bedarfs für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II Sozialleistungen zu erbringen hatte, deren Auszahlung gemäß § 22 Abs. 7 SGB II unmittelbar an den Vermieter erfolgte.

§ 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II sieht vor, dass der Sozialleistungsträger, soweit Arbeitslosengeld II als Bedarf für Unterkunft und Heizung geleistet wird, dieses auf Antrag der leistungsberechtigten Person an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte zu zahlen hat. Einen solchen Antrag haben die Mieter gestellt.

§ 22 Abs. 7 SGB II regelt eine Ausnahme von dem Grundsatz, wonach alle Geldleistungen nach dem SGB II auf das in dem hierauf gerichteten Antrag angegebene Konto des Leistungsberechtigten überwiesen werden (§ 43 Abs. 3 SGB II) und der zweckentsprechende Einsatz der Mittel dem Leistungsberechtigten überlassen bleibt¹⁵⁷. Werden die Leistungen für Unterkunft und Heizung direkt an den Vermieter gezahlt, wirkt dies als Anspruchserfüllung gegenüber dem Leistungsberechtigten (hier mithin gegenüber den Mietern). Der eigentliche Charakter der Leistung als Geldleistung für den Hilfeberechtigten wird nicht geändert. Die Regelung in § 22 Abs. 7 SGB II begründet lediglich eine "Empfangsberechtigung" für den Vermieter¹⁵⁸.

Rechte oder Pflichten des Vermieters gegenüber dem Leistungsträger werden durch die Zahlungsbestimmung in § 22 Abs. 7 SGB II nicht begründet¹⁵⁹, vielmehr begründet die Vorschrift lediglich eine "reflexartige" Begünstigung des

¹⁵⁷ *Krauß* in Hauck/Noftz, Gesamtkommentar zum Sozialgesetzbuch, dort: *Voelzke* u.a., SGB II, Stand Oktober 2012, § 22 Rz. 318; *Lauterbach* in Gagel, SGB II/SGB III, Stand Oktober 2016, § 22 SGB II Rz. 128; *Luik* in Eicher/Luik, SGB II, 4. Aufl., § 22 Rz. 241.

¹⁵⁸ vgl. BT-Drucks. 17/3404, S. 98; LSG Nordrhein-Westfalen v. 24.3.2014 - L 19 AS 2329/13, juris Rz. 26 f.; Bayerisches LSG v. 5.8.2015 - L 7 AS 263/15, juris Rz. 36; *Knickrehm* in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., § 22 SGB II Rz. 45.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 17/3404, S. 98; *Adolph*, SGB II, SGB XII, AsylbLG, Stand Januar 2017, § 22 SGB II Rz. 162.

Vermieters¹⁶⁰. Der Leistungsträger ist auch nicht etwa Erfüllungsgehilfe des leistungsberechtigten Mieters, sondern erbringt im Rahmen der hoheitlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen an einen Bürger¹⁶¹. Die gesetzlichen Regelungen in § 22 Abs. 7 SGB II sollen in diesem Zusammenhang durch die Möglichkeit der Direktzahlung an den Vermieter insbesondere dazu dienen, dass die Transferleistungen zu den Wohnkosten den Vermieter tatsächlich erreichen, und tragen hierdurch dem Schutz des leistungsberechtigten Mieters vor einer Wohnungslosigkeit sowie dem öffentlichen Interesse an der Vermeidung von hieraus resultierenden Doppelzahlungen aus Steuermitteln Rechnung¹⁶².

Beantragt der Leistungsberechtigte - wie hier die Mieter - nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II, die Leistungen für Unterkunft und Heizung direkt an den Vermieter zu zahlen, begründet dies eine nicht im Ermessen des Leistungsträgers stehende Verpflichtung, dem Antrag entsprechend zu verfahren¹⁶³.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze handelt es sich von dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont des Vermieters aus betrachtet bei der an diese erfolgten Zahlung von 860 € nicht um eine Leistung des Jobcenters, sondern um eine von diesem bewirkte Leistung der Mieter.

Das Jobcenter hat auch nicht etwa eine Leistung auf fremde Schuld erbracht, wie sie in der Rechtsprechung des BGH namentlich im Versicherungsrecht für den Fall der (rechtsgrundlosen) Zahlung der Versicherungsleistung durch den Versicherer an den (vermeintlich) Geschädigten angenommen wird¹⁶⁴.

Eine Leistung durch einen Dritten (§ 267 Abs. 1 BGB) setzt voraus, dass dieser mit dem erklärten (eigenen) Willen handelt, die fremde Schuld zu tilgen¹⁶⁵. Das

¹⁶⁰ LSG Niedersachsen-Bremen v. 28.11.2016 - L 11 AS 699/15, juris Rz. 39 m.w.N.; *Breitkreuz* in BeckOK Sozialrecht, Stand September 2017, § 22 SGB II Rz. 28.

¹⁶¹ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 30; BGH v. 29.6.2016 - VIII ZR 173/15, NJW 2016, 2805 Rz. 16.

¹⁶² BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 39/17, ZMR 2018, 565 = GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

¹⁶³ BT-Drucks. 17/3404 S. 98.

¹⁶⁴ vgl. BGH v. 28.11.1990 - XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62, 65 f., 68 ff.; vgl. auch BGH, v. 27.9.2017 - IV ZR 39/16, juris Rz. 17; BGH v. 17.10.2002 - III ZR 58/02, NJW 2002, 3772 unter 2; BGH v. 16.2.2017 - IX ZR 165/16, NJW 2017, 3376 Rz. 11 m.w.N.; a.A. Münch-Komm/Schwab, 7. Aufl., § 812 BGB Rz. 188 f. [auch insoweit die Anwendung der für die Anweisungsfälle geltenden Grundsätze befürwortend].

¹⁶⁵ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 39/17, ZMR 2018, 565 = GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

Jobcenter handelte bei der auch insoweit maßgeblichen objektiven Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers - mithin aus der Sicht des Vermieters - jedoch nicht mit dem Willen, eine fremde Schuld - in Gestalt der Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der in deren Mietvertrag mit dem Vermieter vereinbarten Miete - zu tilgen. Mit der Zahlung des Betrags von insgesamt 860 € kam das Jobcenter als Sozialleistungsträger vielmehr seiner gegenüber den Mietern grundsätzlich bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur Unterstützung durch staatliche Transferleistungen nach. Diese Unterstützungsleistung ist nur deshalb nicht, wie vom Gesetz grundsätzlich vorgesehen, an die Mieter als Leistungsberechtigte - zur bestimmungsgemäßen eigenen Verwendung - erbracht worden, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der (Ausnahme-)Regelung des § 22 Abs. 7 SGB II erfüllt waren und hierdurch nach den oben im Einzelnen dargestellten Grundsätzen eine Empfangszuständigkeit des Vermieters hinsichtlich der Unterstützungsleistung bestand. Zuwendungszweck der direkt an den Vermieter erbrachten Zahlungen blieb dabei jedoch die Erbringung staatlicher Transferleistungen, nicht hingegen die Erbringung einer Leistung des Jobcenters im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zur Tilgung der mietvertraglichen Schuld der Mieter.

Gegen eine Anwendung der oben genannten Grundsätze über die Leistung eines Dritten spricht zudem, dass das Jobcenter- anders als der Versicherer im obigen Fall des BGH - durch den Antrag der Mieter nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II bereits kraft Gesetzes verpflichtet war, die den Mietern zustehenden Unterstützungsleistungen an die Vermieter auszus zahlen, und ihm deshalb insoweit nach den oben dargestellten Grundsätzen des § 22 Abs. 7 SGB II ein Entscheidungsspielraum nicht zukam. Mithin wurde auch die auf die Zahlung bezogene Tilgungsbestimmung im vorliegenden Fall nicht von dem Jobcenter, sondern - in Gestalt einer in dem Antrag nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II zugleich enthaltenen Anweisung - von den Mietern getroffen.

Aus den vorstehend genannten Gründen ist die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der von dem Jobcenter für den Monat August 2014 trotz Beendigung des Mietvertrags geleisteten Zahlung an den Vermieter nicht nach den

Grundsätzen über die Leistung eines Dritten, sondern nach den für die sog. Anweisungsfälle entwickelten Grundsätzen zu beurteilen¹⁶⁶.

Hiernach steht dem Jobcenter gegen den Vermieter ein Anspruch auf Herausgabe der von ihnen erlangten 860 € zwar nicht aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) zu, da ein Leistungsverhältnis nicht zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits, sondern lediglich zwischen dem Jobcenter und den Mietern sowie zwischen diesen und dem Vermieter bestand. Das Jobcenter kann unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden (widerrufenen) Anweisung die Rückzahlung des vorgenannten Betrages jedoch unter den hier gegebenen Umständen unter dem Gesichtspunkt der Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) unmittelbar von den Vermietern verlangen¹⁶⁷. Dies gilt unabhängig davon, ob eine widerrufenen Anweisung rechtlich wie eine von Anfang an fehlende Anweisung zu behandeln oder insoweit unter dem Gesichtspunkt einer Veranlasser- und Rechtsscheinhaftung eine andere rechtliche Bewertung angezeigt ist. Die letztgenannte Alternative ist vom BGH angenommen worden, wenn eine Anweisung im bankrechtlichen Zahlungsverkehr widerrufen wird. Es kann dahingestellt bleiben, ob Entsprechendes auch im vorliegenden Fall im Hinblick darauf zu gelten hat, dass es hier nicht um einen Widerruf des Anweisenden gegenüber der Bank, sondern um einen Widerruf in dem vorgelagerten Rechtsverhältnis zwischen den (anweisenden) Mietern und dem klagenden Jobcenter geht. Denn selbst wenn dies so wäre, lägen die Voraussetzungen eines unmittelbaren Bereicherungsanspruchs des Jobcenters gegen den Vermieter vor, da die Mieter gegenüber dem Jobcenter ihre Anweisung, die Unterstützungsleistungen direkt an den Vermieter zu zahlen, konkludent durch Vorlage des neuen Mietvertrages widerrufen haben und der Vermieter darüber hinaus aufgrund der Beendigung des Mietvertrags bereits bei Erhalt des Geldes wussten, dass ihnen der für den Monat August 2014 überwiesene Betrag von 860 € nicht zustand und es damit an einer Leistung ihres Vertragspartners fehlte. Der Vermieter hat den zuviel gezahlten Betrag daher in sonstiger Weise auf Kosten des Jobcenters ohne rechtlichen Grund erlangt und sind diesem gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zur Herausgabe verpflichtet¹⁶⁸.

¹⁶⁶ BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, ZMR 2018, 565 = GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

¹⁶⁷ BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, ZMR 2018, 565 = GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

¹⁶⁸ BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, ZMR 2018, 565 = GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

6.2 Saldoklage

Teilweise wird die Bestimmtheit einer Klage auf Mietzahlung nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO in Frage gestellt, wenn das Mieterkonto keine Differenzierung zwischen Nettomieten und Betriebskostenvorauszahlungen aufweist und die letztgenannten Forderungen gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB mit Ablauf der gesetzlichen Abrechnungsfrist entfallen sind. Deshalb wird von Vermietern die Erklärung verlangt, ob sie ihren Klageantrag auf die vertraglich geschuldete Vorauszahlung oder auf einen Nachzahlungssaldo stützt¹⁶⁹. Dabei wird die erst für die Begründetheit einer Klage maßgebliche Frage der schlüssigen und substantiierten Darlegung der anspruchsbegründenden Tatsachen mit der Zulässigkeit mit den für die Ordnungsgemäßheit einer Klageerhebung gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen Angaben zur Individualisierung des Streitgegenstands vermengt¹⁷⁰.

Zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO kommt es nicht darauf an, ob der maßgebliche Sachverhalt bereits vollständig beschrieben oder ob der Klageanspruch schlüssig und substantiiert dargelegt worden ist. Vielmehr ist es - entsprechend dem Zweck der Klageerhebung, dem Schuldner den Willen des Gläubigers zur Durchsetzung seiner Forderungen zu verdeutlichen - im Allgemeinen ausreichend, wenn der Anspruch als solcher identifizierbar ist¹⁷¹. Es genügt also, dass das Klagebegehren - unterhalb der Stufe der Substantiierung - individualisiert und damit der Streitgegenstand bestimmt ist¹⁷².

Mit diesen Grundsätzen setzt sich eine in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum verbreitete Auffassung in Widerspruch, die die Zulässigkeit einer Klage verneint, wenn der Kläger Ansprüche auf Zahlung der vertraglich geschuldeten Nebenkostenvorauszahlungen in die Mietrückstandsaufstellung einbezieht, auf die er nach erfolgter Betriebskostenabrechnung beziehungsweise

¹⁶⁹ AG Hanau v. 28.10.2015 - 37 C 44/15, juris.

¹⁷⁰ vgl. hierzu BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rz. 14; BGH v. 12.3.2013 - VIII ZR 179/12, juris Rz. 10; jeweils m.w.N.

¹⁷¹ st. Rspr.; vgl. BGH v. 18.7.2000 - X ZR 62/98, NJW 2000, 3492 unter II 1 c; BGH v. 11.2.2004 - VIII ZR 127/03, NJW-RR 2005, 216 unter II; BGH v. 16.11.2016 - VIII ZR 297/15, NJW-RR 2017, 380 Rz. 12; BGH v. 24.3.2011 - I ZR 108/09, BGHZ 189, 56 Rz. 9; jeweils m.w.N.

nach Eintritt der Abrechnungsreife aus materiell-rechtlicher Sicht grundsätzlich keinen Anspruch mehr hat, und nicht erklärt, den Klageantrag nun auf den Nachzahlungsbetrag stützen zu wollen¹⁷³.

Dabei wird verkannt, dass ein Kläger, der den Inhalt eines Mietkontos vorträgt, in das Ansprüche auf Nebenkostenvorauszahlungen eingestellt sind, beim Fehlen weiterer Erklärungen zum Ausdruck bringt, dass er diese Ansprüche (und nicht Nachforderungen aus erteilten Abrechnungen) zum Gegenstand seiner Klage macht¹⁷⁴. Dass er sein Klagebegehren nicht umstellt, berührt allein die Schlüssigkeit¹⁷⁵, nicht aber die Bestimmtheit der Klage. Ändert ein Kläger trotz eines - grundsätzlich erforderlichen - Hinweises des Gerichts (§ 139 ZPO) seine Klage insoweit nicht ab (§§ 263, 264 ZPO), verrechnet er also erbrachte Zahlungen mit nicht mehr bestehenden Forderungen, dann ist die Klage nicht als unzulässig, sondern wegen Unschlüssigkeit der geltend gemachten Forderungen (ganz oder teilweise) als unbegründet abzuweisen¹⁷⁶.

7 Schönheitsreparaturen

7.1 Übernahme der Endrenovierung für den Vormieter

Die formularvertragliche Überwälzung der nach der gesetzlichen Regelung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) den Vermieter treffenden Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen im Falle einer dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung hält der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, sofern der Vermieter dem Mieter keinen angemessenen Ausgleich gewährt, der ihn so stellt, als habe der Vermieter ihm eine renovierte Wohnung überlassen¹⁷⁷. Denn eine solche Klausel verpflichtet den Mieter zur Beseitigung sämtlicher Gebrauchs-

¹⁷² BGH v. 17.10.2000 - XI ZR 312/99, NJW 2001, 305 unter II 2 c cc (2) mwN [zur Individualisierung eines Mahnbescheids].

¹⁷³ vgl. LG Frankfurt, GE 2017, 1413; LG Kempten, ZMR 2017, 400 (401); LG Kempten, WuM 2016, 444; LG Dortmund v. 18.5.2015 - 1 S 47/15, juris Rz. 3; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 543 BGB Rz. 141; wohl auch *Zehelein*, NZM 2013, 638, 640, der darin zugleich ein Zulässigkeits- und ein Schlüssigkeitsproblem sieht.

¹⁷⁴ BGH v. 21.3.2018 – VIII ZR 84/17, WuM 2018, 278.

¹⁷⁵ so zutreffend AG Frankfurt v. 24.1.2014 - 33 C 3112/13, juris Rz. 2; vgl. ferner KG, GE 2002, 796; a.A. LG Frankfurt, IBRRS 2017, 2670.

¹⁷⁶ BGH v. 21.3.2018 – VIII ZR 84/17, WuM 2018, 278; BGH v. 26.3.2018 – VIII ZR 68/17, WuM 2018, 373 NZM 2018, 444.

¹⁷⁷ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 15, 35.

spuren des Vormieters und führt - jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung - dazu, dass der Mieter die Wohnung vorzeitig renovieren oder gegebenenfalls in einem besseren Zustand zurückgeben müsste, als er sie selbst vom Vermieter erhalten hat¹⁷⁸.

Diese Grundsätze sind in dem Fall, dass sich der Mieter gegenüber dem Vermieter zur Vornahme von Renovierungsarbeiten verpflichtet hat, ebenfalls anzuwenden¹⁷⁹.

Die in einem Schuldverhältnis gewährten Rechte sind ebenso wie die dort übernommenen Pflichten - von Ausnahmen wie zum Beispiel §§ 328, 566 BGB abgesehen - grundsätzlich relativ, das heißt, sie sind in ihren Wirkungen auf die an dem jeweiligen Schuldverhältnis beteiligten Parteien beschränkt¹⁸⁰. Deshalb kann das Bestehen einer Renovierungsvereinbarung des Vormieters mit dem neuen Mieter grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der in dem Mietvertrag zwischen Vermieter und neuem Mieter enthaltenen Verpflichtungen - hier der Vornahmeklausel - haben, insbesondere dergestalt, dass der Vermieter so gestellt werden könnte, als hätte er dem neuen Mieter eine renovierte Wohnung übergeben. Wie bereits ausgeführt, liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters durch die formularmäßige Abwälzung der nach der gesetzlichen Regelung dem Vermieter obliegenden Schönheitsreparaturen grundsätzlich dann vor, wenn der Mieter - dem Vermieter gegenüber - verpflichtet wird, ggfs. auch Gebrauchsspuren eines Vormieters zu beseitigen. So verhält es sich aber, wenn der Vermieter dem Mieter eine nicht renovierte Wohnung übergibt und ihn gleichzeitig durch Formulklausel zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen verpflichtet, ohne ihm dafür einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Etwasige Verpflichtungen, die der neue Mieter gegenüber dem Vermieter übernommen hat, vermögen an der Unwirksamkeit der im neuen Mietverhältnis enthaltenen Vornahmeklausel somit nichts zu ändern.

Die Überlegung, die Interessen von neuem Mieter, Vormieter und Vermieter würden es gebieten, den neuen Mieter wegen der nur zwischen ihm und dem

¹⁷⁸ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 24.

¹⁷⁹ BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

¹⁸⁰ MünchKomm/Ernst, 7. Aufl., Einl. § 241 BGB Rz. 18; Staudinger/Olzen, Neubearb. 2015, § 241 BGB Rz. 299.

Vormieter getroffenen Vereinbarung so zu behandeln, als habe ihm der Vermieter eine renovierte Wohnung zur Verfügung gestellt, greift nicht durch¹⁸¹.

Es ist schon nicht erkennbar, dass die Interessen aller genannter Beteiligten in derartigen Fällen in die gleiche Richtung gehen. Zwar kann der neue Mieter das Interesse haben, die Wohnung in anderen Farben zu streichen als vom Vormieter dem Vermieter gegenüber geschuldet. Selbst wenn sich dies im Einzelfall so verhält, ist nicht ersichtlich, dass dieses Interesse es rechtfertigen könnte, die nach dem Gesetz den Vermieter treffende Renovierungsverpflichtung formularmäßig auf den Mieter abzuwälzen¹⁸².

Auch das Interesse des Vermieters, bei Abschluss eines neuen Mietverhältnisses in der Lage zu sein, verlässlich beurteilen zu können, ob die von ihm verwendete Vornahmeklausel wirksam ist, verlangt es nicht, dem Vermieter eine Vereinbarung zugutekommen zu lassen, die der neue Mieter mit dem Vormieter geschlossen hat. Denn die Beurteilung der rechtlichen Wirksamkeit einer von ihm gestellten Vornahmeklausel ist dem Vermieter unabhängig von der Existenz etwaiger zweiseitiger Renovierungsvereinbarungen zwischen altem und neuem Mieter verlässlich möglich¹⁸³.

Am Ende eines Mietverhältnisses obliegt dem Vermieter mit Blick auf das auslaufende Vertragsverhältnis mit dem bisherigen Mieter im eigenen Interesse die Prüfung, ob er gegen diesen einen Anspruch auf Vornahme von Schönheitsreparaturen hat. Ist dies der Fall, kann er diesen Anspruch, der durch eine etwaige zweiseitige Renovierungsvereinbarung zwischen neuem Mieter und Vormieter nicht untergeht, geltend machen und so ohne weiteres sicherstellen, dass er dem neuen Mieter eine renovierte Wohnung übergeben kann mit der Folge, dass die Wirksamkeit einer im neuen Mietverhältnis vereinbarten Vornahmeklausel jedenfalls aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht in Frage steht.

Besteht ein Anspruch auf Durchführung von Schönheitsreparaturen gegen den bisherigen Mieter hingegen nicht, obliegt es ohnehin dem Vermieter, mit Blick auf den Bestand einer Vornahmeklausel im neuen Mietverhältnis, entweder die ihm notwendig erscheinenden Maßnahmen selbst durchzuführen, um dem neu-

¹⁸¹ BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

¹⁸² BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

¹⁸³ BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

en Mieter eine renovierte Wohnung übergeben zu können oder dem neuen Mieter einen angemessenen Ausgleich für die Übergabe einer nicht renovierten Wohnung zu gewähren.

Entscheidet sich der Vermieter hingegen dafür, dem neuen Mieter weder eine renovierte Wohnung noch einen angemessenen Ausgleich zu gewähren, besteht auch kein Grund, ihn als Verwender einer formularmäßigen Vorklausel allein deshalb besser zu stellen, weil der neue Mieter Verpflichtungen gegenüber dem Vormieter eingegangen ist, an denen der Vermieter nicht beteiligt ist und die ihm gegenüber keine rechtliche Wirkung entfalten.

Haben der scheidende Mieter und der neue Mieter ein wie auch immer geartetes Interesse daran, eine Regelung zur schuldbefreienden Übernahme einer im alten Mietverhältnis gegenüber dem Vermieter wirksam bestehenden Renovierungsverpflichtung zutreffen, wird dies nach § 415 Abs. 1, 2 BGB nicht ohne die Beteiligung des Vermieters erfolgen können. Mit Blick auf die Wirksamkeit einer im neuen Mietverhältnis formularmäßig vereinbarten Vorklausel obliegt es dabei dem der Schuldübernahme zustimmenden Vermieter im eigenen Interesse, in geeigneter Weise sicherzustellen, dass ein im Vertragsverhältnis Altmietler/Neumietler eventuell gewährter finanzieller Vorteil zum einen als angemessene Kompensation für die Übernahme der Renovierungsverpflichtung angesehen werden kann und zum anderen in der gebotenen Gesamtschau jedenfalls wirtschaftlich so zu bewerten ist als hätte ihn der Vermieter als Ausgleich für die von ihm unrenoviert übergebene Wohnung selbst gewährt.

7.2 Anfangsrenovierung bei preisgebundenem Wohnraum

Nach § 9 Abs. 1 WoBindG ist eine Vereinbarung, nach der der Mieter oder für ihn ein Dritter mit Rücksicht auf die Überlassung der Wohnung eine einmalige Leistung zu erbringen hat, vorbehaltlich der Absätze 2 bis 6 des § 9 WoBindG, unwirksam. Soweit eine solche unwirksame Vereinbarung vorliegt, ist die Leistung gemäß § 9 Abs. 7 WoBindG zurückzuerstatten und vom Empfang an zu verzinsen. Diese Regelung hat den Zweck, der Umgehung zwingender Mietpreisvorschriften nach dem Wohnungsbindungsgesetz vorzubeugen. Sie soll verhindern, dass der Mieter im Wege einer Einmalleistung für die Anmietung

der Wohnung einen (Kosten)Aufwand erbringen muss, der über die höchstzulässige (Kosten-)Miete hinausgeht¹⁸⁴.

Der Wohnberechtigte soll mithin nicht unter dem Druck, ein Mietvertrag werde sonst nicht geschlossen, eine Wohnung nur unter wirtschaftlichen Belastungen anmieten müssen, die aus einer missbräuchlichen Verknüpfung mit einer anderweitigen Leistung entstehen können¹⁸⁵.

Auch bei der Kostenmiete im preisgebundenen Wohnraum ist es dem Vermieter aber gestattet, die Schönheitsreparaturen dem Mieter aufzuerlegen oder alternativ nach § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV einen Zuschlag für die Kosten der von ihm zu tragenden Schönheitsreparaturen zu nehmen, der sich auf bis zu 8,50 € je qm Wohnfläche im Jahr belaufen kann (ab 1. Januar 2014 10,32 € je qm Wohnfläche im Jahr). Da Entsprechendes weder vorgetragen noch ersichtlich ist, sind dem Mieter bei der gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung mit der Übernahme der Anfangsrenovierung keine Leistungen auferlegt worden, die, verbunden mit seinen sonstigen Pflichten, den Rahmen der Kostenmiete übersteigen¹⁸⁶. Dies gilt erst recht unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Vermieter dem Mieter für die Übernahme der - hier letztlich ihm selbst im Rahmen der Nutzung der Wohnung zugutekommenden - Anfangsrenovierung einen Geldbetrag in Höhe einer (Netto-)Monatsmiete gutgeschrieben hat.

Auch ein Anspruch des Mieters aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt.1 BGB kommt nicht in Betracht, da eine etwaige Leistung jedenfalls nicht ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Wie ausgeführt, verstößt die Vereinbarung nicht gegen § 9 Abs. 1 WoBindG. Da es sich nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen um eine Individualvereinbarung handelt, scheidet eine Unwirksamkeit nach § 307 BGB von vornherein aus.

¹⁸⁴ vgl. BT-Drucks. 4/2891, S. 30; BT-Drucks. 3/1234, S. 83; dazu auch *Roquette*, Bundesmietengesetze, 3. Aufl. § 29a Erstes BMietG, Rz. 8; *Hollenberg/Bender*, Das neue Recht für Mieter und Vermieter, 1960, S. 145 f.

¹⁸⁵ vgl. BVerwG, NZM 1998, 885 unter 2; *Bellinger* in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band 5, Stand: Januar 2006, § 9 WoBindG, Anm. 2.2.

¹⁸⁶ BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 287/17, NZM 2018, 947.

8 Gewährleistung

8.1 Leistungsklage auf Mängelbeseitigung

Bei Leistungsklagen ergibt sich ein Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig schon aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist¹⁸⁷. Nur ausnahmsweise können besondere Umstände das Verlangen des Klägers, in die materiell-rechtliche Prüfung seines Anspruchs einzutreten, als nicht schutzwürdig erscheinen lassen.

Anhaltspunkte dafür, dass mit der Klage prozessfremde Ziele verfolgt werden und die Kläger die Gerichte als Teil der Staatsgewalt "unnützlich bemüht" haben¹⁸⁸ sind nicht im Ansatz festgestellt und auch sonst nicht ersichtlich.

Da der beklagte Vermieter den Instandsetzungsanspruch des Mieters bestreitet, ist dieser auf die gerichtliche Geltendmachung angewiesen¹⁸⁹. Für die Frage des Rechtsschutzinteresses ist es nicht von Bedeutung, ob der Mieter selbst in der von ihnen angemieteten Wohnung leben oder sie nahen Familienangehörigen überlassen hat. Dieser Umstand lässt das Rechtsschutzinteresse des Mieters an der gerichtlichen Klärung der zwischen den Parteien streitigen Begehren nicht entfallen. Sofern das Berufungsgericht mit seinem Hinweis auf die Überlassung der Wohnung an Familienangehörige gemeint haben sollte, dem Anspruch des Mieters stehe wegen dieses Umstands der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen, so handelte es sich hierbei um einen allein materiellrechtlichen Einwand, der nicht geeignet ist, bereits das Rechtsschutzinteresse der Kläger an der materiell-rechtlichen Prüfung des von ihnen erhobenen Anspruchs zu verneinen.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Instandsetzungsanspruch bezüglich der Gastherme stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Insbesondere kann das Bestehen dieses Anspruchs nach

¹⁸⁷ st. Rspr.: BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 Rz. 7; BGH v. 4.6.2014 - VIII ZR 4/13, WuM 2014, 558 Rz. 17; BGH v. 21.9.2017 - I ZR 58/16, WRP 2017, 1488 Rn. 37; jeweils m.w.N.

¹⁸⁸ vgl. BGH v. 4.6.2014 - VIII ZR 4/13, WuM 2014, 558 Rz. 18; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., vor § 253 Rz. 154.

¹⁸⁹ BGH v. 22.08.2018 - VIII ZR 99/17, WuM 2018, 639 = GE 2018, 1213.

den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht verneint werden. Der längere Ausfall der Gastherme stellt einen Mangel dar. Da die Wohnung mit Heizung vermietet wurde, schuldet die Beklagte die Versorgung mit Wärme, mithin die Überlassung einer intakten Heizanlage und unabhängig von der genauen technischen Ausgestaltung damit auch die Warmwasserversorgung¹⁹⁰. Der Mieter hat hinreichend substantiiert zur Mangelhaftigkeit vorgetragen.

Auch die Überlassung der Wohnung an Dritte vermag einen Anspruch auf Instandsetzung der Gastherme nicht auszuschließen. Den Vermieter trifft die Pflicht, die Wohnung "zum vertragsgemäßen Gebrauch" zu überlassen und sie fortlaufend in diesem Zustand zu erhalten, § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB¹⁹¹. Für das Bestehen dieser Hauptleistungspflicht ist es unerheblich, ob der Mieter die Sache tatsächlich nutzt und ihn der Mangel daher subjektiv beeinträchtigt.

Die Kläger sind schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) - im Hinblick auf die vom Berufungsgericht angenommene Überlassung der Wohnung an Familienangehörige - an der Geltendmachung des Instandsetzungsanspruchs gehindert. Ob den Klägern insoweit ein vertragswidriges Verhalten anzulasten ist, kann dahinstehen, weil durch eine etwaige Vertragsverletzung der Kläger die Pflicht der Beklagten, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, angesichts des mangels Kündigung fortbestehenden Mietverhältnisses nicht berührt würde.

8.2 öffentlich-rechtlicher Mangel

Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder -hindernisse können zu einem Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB führen, wenn sie die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufheben oder mindern. Dies gilt allerdings nur dann, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben. Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden. Diese Vo-

¹⁹⁰ vgl. BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 391/12 , NJW 2014, 1951 Rz. 15; MünchKomm/Häublein, 7. Aufl., § 535 BGB Rz. 76.

¹⁹¹ vgl. BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13 , BGHZ 203, 256 Rz. 25.

raussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjektes durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; allerdings kann ein möglicher Sachmangel im Einzelfall auch darin gesehen werden, dass eine lang währende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können¹⁹².

Von diesen Kriterien hat der Mieter die tatsächliche Einschränkung des Mietgebrauches durch das öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernis nicht dargelegt und bewiesen¹⁹³. Zwar handelt es sich bei der fehlenden Genehmigung für die Nutzung der angemieteten Halle um ein Gebrauchshindernis, welches sich auf die konkrete Beschaffenheit des Mietobjektes bezieht. Der Mieter hat aber nicht dargelegt und bewiesen, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum von April bis Oktober 2014 in der Nutzung der angemieteten Halle zum vertragsgemäßen Zweck tatsächlich eingeschränkt war. Der Mieter hat zwar behauptet, der Zeuge V. S. habe ihm unter Auferlegung einer Geldbuße von 300,00 EUR die Ausübung seiner Geschäftstätigkeit in der Halle (mündlich) untersagt. Der Mieter hat diese Behauptung allerdings nicht bewiesen, denn der Zeuge S. hat in seiner Vernehmung durch das Landgericht am 30.11.2016 in Abrede gestellt, eine solche Androhung gegenüber dem Beklagten ausgesprochen zu haben. Auf die Frage, inwieweit der Mieter selbst zur Ausführung der handwerklichen Arbeiten berechtigt war, kommt es für die hier zu erörternde Frage der Mietminderung nicht an, weil ein Gebrauchshindernis, welches in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters seine Ursache hat, den Mieter nicht zur Mietminderung berechtigt¹⁹⁴. Zudem ergibt sich indirekt aus der Aussage der Zeugin U. A. vor dem Landgericht am 10.08.2016, dass dem Mieter bis zur tatsächlichen Räumung des Mietobjektes Ende Oktober 2014 eine Nutzungsuntersagung nicht drohte. Die Zeugin A. führte aus, sie habe von dem Mieter ein Schreiben vom 01.12.2014 erhalten, in welchem dieser zur Kenntnis gegeben habe, dass er im Oktober 2014 die Halle geräumt habe. Die Zeugin führt dann

¹⁹² vgl. BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12, NZM 2014, 165; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104; *Günter*, NZM 2016, 569.

¹⁹³ OLG Dresden v. 1.6.2017 – 5 U 477/17, ZMR 2017, 880.

¹⁹⁴ BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12, NZM 2014, 165; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104.

weiter aus, dass voraussichtlich ein Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet worden wäre, wenn das Objekt dann vom Mieter nicht beräumt worden wäre.

8.3 Vorbehaltlose Zahlung und § 814 BGB

Der Kondiktionsausschluss des § 814 Alt. 1 BGB greift erst ein, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet¹⁹⁵. Der Leistende muss also aus diesen Tatsachen nach der maßgeblichen Parallelwertung der Laiensphäre auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben¹⁹⁶.

Die Frage, ob gemessen an diesen Maßstäben ein Rückforderungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB wegen Kenntnis der Nichtschuld ausgeschlossen ist, ist anhand der in erster Linie vom Tatrichter zu würdigenden konkreten Umstände des Einzelfalls zu beantworten¹⁹⁷. Vor diesem Hintergrund hat der VIII. Senat im Urteil vom 16. Juli 2003¹⁹⁸ in seinem obiter dictum nur eine überschlägige Regelfallbetrachtung angestellt, nicht aber eine Würdigung der Einzelfallumstände als obsolet ansehen wollen.

Vor diesem Hintergrund hatte der Mieter im vorliegenden Fall keine Kenntnis davon, dass er die Bruttomiete für die in Rede stehenden Monate nicht in voller Höhe schuldet¹⁹⁹.

Zwar ist von einer positiven Kenntnis einer Minderung nach § 536 BGB nicht erst dann auszugehen, wenn der Mieter über eine umfassende Kenntnis sämtlicher Elemente des Minderungsrechts nach § 536 BGB verfügt. Angesichts des Umstands, dass eine Minderungsquote in aller Regel wegen der dabei in vieler Hinsicht gegebenen Bemessungsunwägbarkeiten (Art, Dauer, Erheblichkeit des Mangels) von einem Laien - und häufig auch von einem rechtlichen Beistand -

¹⁹⁵ BGH v. 28.11.1990 - XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62 (70); BGH v. 17.10.2002 - III ZR 58/02, NJW 2002, 3772; BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 17; BGH v. 13.5.2014 - XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133 Rz. 109; jeweils m.w.N.

¹⁹⁶ BGH v. 25.1.2008 - V ZR 118/07, NJW-RR 2008, 824 Rz. 13; BGH v. 13.5.2014 - XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133; jeweils m.w.N.

¹⁹⁷ vgl. BGH v. 28.11.1990 - XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62 (70); BGH v. 17.10.2002 - III ZR 58/02, NJW 2002, 3772.

¹⁹⁸ BGH v. 16.7.2003 - VIII ZR 274/02, BGHZ 155, 380 (389).

¹⁹⁹ BGH v. 4.9.2018 - VIII ZR 100/18, WuM 2018, 712 = GE 2018, 1456.

nur überschlägig angesetzt werden kann, steht einem Kondiktionsausschluss nach § 814 Alt. 1 BGB nicht entgegen, dass sich der Mieter nur zu einer ungefähren Bestimmung einer Minderungsquote in der Lage sieht.

Insoweit ist vorliegend darauf abzustellen, dass der Mieter ausweislich seiner E-Mails vom 15. Oktober 2015 und vom 5. November 2015 zumindest ein wesentlicher rechtlicher Aspekt nicht bewusst war, nämlich der Umstand, dass eine Mietminderung kraft Gesetzes eintritt, wenn ein Mangel vorliegt, der die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache mindert oder aufhebt (§ 536 BGB) und der dem Vermieter angezeigt worden ist (§ 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB). Beiden E-Mails des Mieters liegt die fehlerhafte Vorstellung zugrunde, eine Minderung könne nur dann vorgenommen werden, wenn der Vermieter sein Einverständnis hierzu erklärt. Der Mieter hat damit hinsichtlich der Minderung der Bruttomiete in den Monaten Januar 2015 bis Oktober 2015 und Dezember 2015 nicht die für eine positive Kenntnis i.S.v. § 814 Alt. 1 BGB erforderlichen zutreffenden rechtlichen Schlüsse gezogen.

8.4 Beweislast nach Mängelbeseitigung

Macht der Mieter eine Minderung unter Berufung auf einen Mangel geltend, hat er in der Regel das Vorliegen des Mangels und die Umstände, aus denen sich der Umfang der Gebrauchstauglichkeit herleiten lässt, vorzutragen und zu beweisen²⁰⁰. Anders verhält es sich jedoch dann, wenn es feststeht, dass ein Mangel vorhanden war, der Vermieter behauptet, diesen beseitigt zu haben und der Mieter dies bestreitet. Dann trifft den Vermieter die Vortrags- und Beweislast für die behauptete Beseitigung des Mangels²⁰¹. Der Mieter kann sich auf ein Bestreiten der Mängelbeseitigung beschränken und braucht dieses nur dann zu substantiieren, wenn auch der Vermieter die Mängelbeseitigung und ihren Erfolg mit Substanz vorträgt. So liegt der Fall hier.

Der Vermieter hat nicht vorgetragen, dass und welche anderweitigen Mängel vor Dezember 2012 bestanden hätten, die mit den weiterhin von dem Mieter

²⁰⁰ Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, § 536 BGB Rz. 406, 407; Emerich/Sonnenschein, Mieta, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 42; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 536 BGB Rz. 5.

²⁰¹ BGH v. 1.3.2000 - XII ZR 272/97, NZM 2000, 549 = NJW 2000, 2344; OLG Hamm v. 28.9.1994 - 30 U 45/94, NJW-RR 1995, 525; OLG Düsseldorf v. 18.03.2008 - 24 U 136/07, NJW-RR 2009, 157 = NZM 2009, 435 = ZMR 2008,948 = MDR 2008,1235.

gerügten Temperaturproblemen nicht übereinstimmen würden. Insoweit verkennt er die Vortrags- und Beweislast, wenn er mit Schriftsätzen vom 23.03.2018 lediglich die Identität der Mängel bestreitet und mit Schriftsatz vom 19.04.2018 rügt, der Mieter habe zur Identität der Mängel nicht vorgetragen²⁰². Der Mieter kann sich vielmehr darauf beschränken, die Beseitigung der Mängel zu bestreiten. Es ist Sache der Klägerin dazu vorzutragen, welche Mängel vor der von ihr behaupteten erfolgreichen Mängelbeseitigung bestanden und dass diese nicht mehr vorhanden sind. Diesen Vortrag leistet die Klägerin aber nicht. Sie behauptet zwar, dass die technischen Funktionsstörungen der Klima- und Lüftungsanlage behoben worden seien. Sie trägt jedoch weder vor noch stellt sie unter Beweis, dass durch die technischen Korrekturen auch die Mängel der Mietsache in Form der Temperaturunter- und Überschreitungen beseitigt worden seien. Dabei verkennt sie auch, dass es nicht Sache der Beklagten war, weitergehende Mängelrügen nach Dezember 2012 oder Februar 2013 vorzutragen, sondern es der Klägerin oblag, die Mängelbeseitigung dazulegen und zu beweisen. Ist ein Mangel erst einmal angezeigt, ist es keineswegs Sache des Mieters, wiederholt auf dessen Fortbestand hinzuweisen.

8.5 Klimatisierte Mieträume für ein Modegeschäft

Welchen Zustand der Mietsache der Vermieter schuldet, ergibt sich zunächst aus den Abreden der Vertragsparteien im Vertrag selbst²⁰³. Eine entsprechende Abrede über das Raumklima und insbesondere die zu erreichenden Raumtemperaturen enthält der Mietvertrag nicht²⁰⁴.

Haben die Vertragsparteien im Vertrag keine Bestimmungen getroffen, richtet sich die Sollbeschaffenheit der Mietsache nach den für den Vertragszweck erforderlichen Umständen, ggf. dem, was nach der allgemeinen Verkehrsschauung für die Erfüllung des Vertragszweckes erforderlich ist, welchen Zustand der Mieter also zur Erreichung des Vertragszwecks erwarten kann²⁰⁵. Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Vermieter nämlich verpflichtet, die

²⁰² OLG Rostock v. 17.5.2018 – 3 U 78/16, GE 2018, 876 = MietRB 2018, 200.

²⁰³ BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 85/09, WuM 2010, 482 = NZM 2010,618 = NJW 2010,3088; *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 1.

²⁰⁴ OLG Rostock v. 17.5.2018 – 3 U 78/16, GE 2018, 876 = MietRB 2018, 200.

²⁰⁵ BGH v. 7.7.2010, VIII ZR 85/09, WuM 2010, 482 = NZM 2010,618 = NJW 2010,3088; *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 4; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, *Gewerberaummieta*, 2015, § 536 BGB Rz. 36.

Mietsache zum vertraglichen Gebrauch zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten, wozu insbesondere ihre Tauglichkeit zum vertraglich vorgesehenen Verwendungszweck gehört²⁰⁶.

Hierzu gehört es auch - und dies ist Gegenstand des Streites -, dass in den Mieträumen eine für den Vertragszweck erforderliche Temperatur erreicht werden kann²⁰⁷. Vertragszweck ist vorliegend der Betrieb eines Modegeschäftes. Folglich müssen die Mieträume ein Raumklima und eine Innentemperatur der Mieträume aufweisen, die für den Betrieb eines solchen Geschäftes, in dem Mitarbeiter beschäftigt sind und Kunden Bekleidungsstücke auswählen und anprobieren, sowohl erforderlich als auch üblich sind. Werden ein solches Raumklima und entsprechende Temperaturen nicht erreicht, liegt ein Mangel der Mietsache vor.

In Rechtsprechung und Literatur wird es unterschiedlich beurteilt, ob sich für Verkaufs- und Büroräume, in denen Arbeitnehmer beschäftigt werden, bereits ein Mangel dadurch herleiten lässt, dass die Richtwerte der Arbeitsstättenverordnung und der sie konkretisierenden Arbeitsstättenrichtlinie Raumtemperatur eine Raumtemperatur von 26 °C - jedenfalls bei bis zu 32 °C Außentemperatur - überschritten werden. Zwar trifft die Arbeitsstättenverordnung unmittelbar nur Regelungen, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten. Gleichwohl wird sie in Rechtsprechung und Literatur teilweise für die Frage herangezogen, wann noch ein dem vertragsgemäßen Gebrauch entsprechendes Raumklima gegeben²⁰⁸ ist. Der BGH²⁰⁹ hat dies nicht ausdrücklich entschieden, die Überschreitung von 26°C aber seiner Entscheidung als Mangel zugrunde gelegt.

Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur teilweise ein Rückgriff hierauf auch verneint. Es genüge, wenn den bautechnischen Anforderungen entsprochen werde. Dass sich bei einem nicht baurechtswidrig errichteten Gebäude bei

²⁰⁶ BGH v. 5.10.1981 - VIII ZR 259/80, NJW 1982, 696; BGH v. 1.7.1981 - VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405.

²⁰⁷ OLG Düsseldorf v. 23.12.2010, 24 U 65/10, zitiert nach juris.

²⁰⁸ OLG Rostock v. 29.12.2000 - 3 U 83/98, NJW-RR 2001, 802 = NZM 2001, 425; OLG Naumburg v. 13.10.2009 - 3 U 45/09, NZM 2011,35; KG v. 5.3.2012, 8 U 48/11 - MDR 2012, 756; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 BGB Rz. 163, 164; abl. Emerich/Sonnenschein, *Miete*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 8; zum Meinungsstand auch Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, *Gewerberaummieta*, § 536 BGB Rz. 247.

²⁰⁹ BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NZM 2011,153.

Sonneneinstrahlung eine höhere Raumtemperatur ergebe, sei Bestandteil des allgemeinen Lebensrisikos²¹⁰.

Der ablehnenden Ansicht ist zuzugeben, dass die Arbeitsschutzverordnung regelt, welche Anforderungen an Räumlichkeiten, in denen die Arbeitnehmer tätig sind, der Arbeitgeber zu schaffen und welche Maßnahmen er zu ergreifen hat, wenn diese Anforderungen nicht (mehr) erfüllt werden. Das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter ist hiervon unmittelbar nicht betroffen, wird insoweit also nicht durch eine Rechtsnorm erfasst. Gleichwohl hat der BGH wiederholt entschieden, dass technische Normen - so etwa DIN oder VDI - die keine Rechtsnormen sind und daher eine unmittelbare Wirkung für das Mietverhältnis nicht entfalten, für den Fall, dass die Parteien konkrete Vereinbarungen im Vertrag nicht getroffen haben, dasjenige beschreiben, was den vertraglich geschuldeten Zustand der Mietsache bildet²¹¹. Aus Sicht des OLG Rostock²¹² lässt sich dieser Gedanke jedenfalls dann, wenn es um die Vermietung von Räumlichkeiten geht, die dazu bestimmt sind, auch Arbeitnehmern zum Aufenthalt zu dienen und die Verpflichtungen des Mieters gegenüber seinen Arbeitnehmern aus der Arbeitsschutzverordnung zu begründen, anwenden.

Darüber hinaus darf aber der Betreiber eines Bekleidungsgeschäftes, welches dadurch geprägt ist, dass die Kunden Bekleidungsstücke auswählen und anprobieren, auch erwarten, dass übermäßig warme Temperaturen in den Geschäftsräumen nicht vorherrschen²¹³. In einem Bekleidungsgeschäft möchte der Kunde sich in Ruhe umschaun und Sachen, die er zum Kauf in Betracht zieht, auch anprobieren. Für den Kunden ist es jedoch unangenehm, wenn man zu Zeiten, zu denen Außentemperaturen vorliegen, bei denen man noch eine Jacke trägt, in einen völlig überheizten Ladenraum kommt und schon nach kurzem Aufenthalt zu schwitzen beginnt. Dann ist ein anschließendes Anprobieren ebenfalls unangenehm. Ebenso unangenehm ist es, wenn man beim häufigen Wechsel der Probestücke wiederum aufgrund einer überhöhten Raumtempera-

²¹⁰ OLG Karlsruhe v. 17.12.2009 - 9 U 42/09, MDR 2010,564; OLG Frankfurt v. 19.1.2007 - 2 U 106/06, NZM 2007, 330.

²¹¹ BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, MDR 2013, 834; BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 85/09, WuM 2010, 482 = NZM 2010,618 = NJW 2010, 3088; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005,218; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441

²¹² OLG Rostock v. 17.5.2018 – 3 U 78/16, GE 2018, 876 = MietRB 2018, 200.

²¹³ OLG Rostock v. 17.5.2018 – 3 U 78/16, GE 2018, 876 = MietRB 2018, 200.

tur ins Schwitzen kommt. Auch daher ist es angemessen, wenn in einem Bekleidungsgeschäft - ausgenommen bei besonders hohen Außentemperaturen - 26 °C nicht überschritten werden. Ebenso darf es aber in den Räumlichkeiten nicht zu kalt sein, sonst beendet der Kunde die Suche nach geeigneten Kleidungsstücken schnell wieder oder scheut vom Anprobieren derselben zurück. Daher sollte in einem Bekleidungsgeschäft auch die für Räume, die zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, allgemein anerkannte Mindesttemperatur von 20 °C nicht unterschritten werden.

8.6 Selbsthilfe zur Vermeidung von Schäden

Dem Mieter steht gegenüber dem Vermieter ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch aus § 231 BGB zu, weil sich die Verbringung von Maschinen und Anlagen des Mieters von Halle 11 in Halle 7b als unerlaubte Selbsthilfe i.S.v. § 229 BGB darstellt. Jede nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme von Räumlichkeiten und deren eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter ist jedenfalls solange, wie der Mieter seinen an den Räumen bestehenden Besitz nicht erkennbar aufgegeben hat, eine verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB und zugleich eine unerlaubte Selbsthilfe i.S.v. § 229 BGB, für deren Folgen der Vermieter nach § 231 BGB haftet²¹⁴. Nach diesen Kriterien ist die eigenmächtige Umsetzung von Maschinen und Anlagen des Mieters von Halle 11 in Halle 7b als verbotene Eigenmacht und unerlaubte Selbsthilfe anzusehen²¹⁵.

Führte aber die rechtswidrige Selbsthilfe von Seiten des Vermieters dazu, dass der Mieter einen Schaden im Sinne der Verpflichtung zur Zahlung von „Unterbringungskosten“ für ihre Maschinen und Anlagen hätte, dann folgte aus dem ihm zustehenden Schadensersatzanspruch des § 231 BGB gegenüber dem Vermieter der „Unterbringungskosten“ deren Verpflichtung zur Freistellung des Mieters von den entsprechenden Ansprüchen. Im Ergebnis könnte der Vermieter von dem Mieter die geltend gemachte Nutzungsentschädigung danach nicht verlangen.

²¹⁴ vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 45/09, NJW 2010, 3434; OLG Nürnberg v. 23.08.2013 - 5 U 160/12, ZMR 2014, 534.

²¹⁵ OLG Dresden v. 14.6.2017 – 5 U 1426/16, ZMR 2018, 501 = IMR 2018, 151 (*Ramm*).

9 Wegnahmerecht an Außentür

Türen im Allgemeinen können „Einrichtungen“ i.S.d. § 539 Abs. 2 BGB darstellen. Dabei liefert die Unterscheidung zwischen Außen- und Innentüren kein grundsätzliches Kriterium zur Abgrenzung zwischen „Einrichtungen“ und „baulichen Veränderungen“, weil auch Außentüren zu den Einrichtungen i.S.d. § 539 Abs. 2 BGB gehören können. Andererseits ist auch der Umkehrschluss, sämtliche Türen, so auch Außentüren gehörten stets zu den Einrichtungen, nicht gerechtfertigt²¹⁶.

Der objektive Charakter der Maßnahme bietet kein hinreichendes Abgrenzungskriterium²¹⁷, weshalb die Natur des hier in Rede stehenden Gegenstandes nicht ausreicht, um eine Zuordnung als „Einrichtung“ oder sonstige Mietinvestition zu ermöglichen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls, so insbesondere auch solche, die auf die Willensrichtung des Mieters bei Vornahme der Maßnahme schließen lassen, heranzuziehen. Vom Mieter eingebrachte Sachen sind in der Regel dann keine Einrichtungen, wenn sie erforderlich waren, um die Mietsache überhaupt erst in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen²¹⁸.

Gemäß § 1 des Mietvertrages vom 23. April 1994 hat der Mieter die Gewerbefläche zum Betrieb einer Apotheke gemietet. Unstreitig war die Gewerbefläche von der Vermieterin nicht gegen den übrigen Bereich des Einkaufszentrums räumlich abgetrennt. Der Einbau einer Trennwand mit einer Eingangstür war daher erforderlich, um die Mietsache in dem Zustand zu versetzen, der den ausdrücklich vertraglich vorausgesetzten Gebrauch erst möglich machte. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem der Entscheidung des OLG Düsseldorf dadurch, dass die Gewerbefläche ohne die Tür in keiner Weise zu benutzen gewesen wäre. Während in dem vom OLG Düsseldorf²¹⁹ entschiedenen Fall eine Garage zum Kiosk umgebaut wurde, war die Klägerin erste Mieterin einer Fläche, die ohne Abgrenzung zu dem übrigen Bereich des Einkaufszentrums überhaupt nicht selbständig genutzt werden konnte.

²¹⁶ OLG Naumburg v. 22.1.2018 – 1 U 108/17, IMR 2018, 329 (*Drude*).

²¹⁷ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 539 BGB Rz. 14.

²¹⁸ Bub/Treier/Scheuer/Emmerich, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., V Rz. 331.

²¹⁹ OLG Düsseldorf v. 5.10.2009 - 24 U 17/09, ZMR 2010, 959.

Aber auch unter der Annahme einer abweichenden Betrachtungsweise, der Einordnung der Automatiktür als „Einrichtung“, kann der Mieter die Duldung ihrer Wegnahme nicht verlangen. Der Ausschluss des Wegnahmerechts ergibt sich aus dem Verlangen des Vermieters, die Einrichtung zurückzulassen. Dieses Recht ist dem Vermieter unter Ziffer 15.4 des Vertrages eingeräumt. Er hat es unter dem 21. September 2015 ausgeübt. Der Vermieter hat im Schreiben vom 21. September 2015 verlangt, dass der Mieter die gegebenenfalls von ihm eingebrachten baulichen Einrichtungen vollständig zurücklasse. Dieses Verlangen war ausreichend, um das Wegnahmerecht des Mieters zum Erlöschen zu bringen. Es war nicht erforderlich, dass der Vermieter dem Mieter eine Entschädigung gezahlt oder angeboten hat. Die von den Parteien unter Ziffer 15.4 des Mietvertrages getroffene Vereinbarung weicht von der Vorschrift des § 552 Abs. 1 BGB ab. Dem Wortlaut dieser Bestimmung nach kann das Wegnahmerecht durch die Zahlung einer angemessenen Entschädigung abgewendet werden. Die zu diesem Wortlaut vertretene Auffassung, wonach erst die tatsächliche Zahlung oder zumindest das Angebot einer Entschädigung das Wegnahmerecht abwenden kann²²⁰, spielt im Verhältnis der Parteien keine Rolle, weil die vertragliche Bestimmung vom Wortlaut des § 552 Abs. 1 BGB abweichend allein die Formulierung des Verlangens nach Zurücklassung der Einrichtung ausreichen lässt, um das Wegnahmerecht zu Fall zu bringen. Damit haben die Parteien die dispositive Vorschrift abgeändert und die Abwendung des Wegnahmerechts von der tatsächlichen Zahlung einer Entschädigung unabhängig gestaltet. So löst die Ausübung der von den Vertragsparteien vereinbarten Abwendungsbefugnis zwar einen Entschädigungsanspruch aus, ist aber nicht vom vorherigen Angebot oder gar der Leistung einer Entschädigung abhängig.

10 Fortsetzung des Mietvertrages, § 545 BGB

10.1 Konkludenter Widerspruch

Die Verlängerung durch stillschweigende Fortsetzung des Mietgebrauchs gemäß § 545 BGB kann grundsätzlich auch nach einer außerordentlichen fristlosen Kündigung erfolgen. Der gemäß § 545 Satz 1 Halbsatz 2 BGB die Verlängerung hindernde Widerspruch kann konkludent, schon vor Beendigung des

²²⁰ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 552 BGB Rz. 7.

Mietverhältnisses und damit jedenfalls auch mit der Kündigung erklärt werden. Eine konkludente Widerspruchserklärung muss jedoch den Willen des Vermieters, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, eindeutig zum Ausdruck bringen²²¹. Denn der Zweck der Vorschrift besteht darin, Rechtsklarheit zwischen den Vertragsteilen darüber zu schaffen, ob der Vertrag fortbesteht oder nicht. Rechtsklarheit kann der Vermieter auch dadurch schaffen, dass er bereits in der Kündigungserklärung den Willen zum Ausdruck bringt, die Fortsetzung des Mietvertrags endgültig abzulehnen. Nicht in jeder außerordentlichen Kündigung kann bereits eine Widerspruchserklärung gesehen werden²²². Die Entscheidung, ob eine außerordentliche Kündigung des Vermieters bereits die Erklärung beinhaltet, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebend sind das Gewicht der Kündigungsgründe und die Bedeutung, welche der Vermieter ihnen nach dem Inhalt der Erklärung beigemessen hat²²³. In einem Räumungsverlangen kann ebenfalls eine solche konkludente Widerspruchserklärung liegen²²⁴.

Im vorliegenden Fall hat der Vermieter seinen der Verlängerung entgegenstehenden Willen fristgerecht mit der notwendigen Klarheit zum Ausdruck gebracht²²⁵. Bereits das Kündigungsschreiben enthielt unbeschadet sprachlicher Mängel eine eindeutige Aufforderung zur Räumung binnen zwei Tagen und damit sogar eine ausdrückliche Fristsetzung. Dass der Vermieter sich dabei der Formulierung "sollten" bediente, nimmt dieser Handlungsaufforderung nichts von ihrer Unmissverständlichkeit. Der Mieter konnte aus dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB dieses Kündigungsschreiben nur dahin verstehen, dass der Vermieter mit einer durch eine Weiternutzung bewirkten Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit nicht einverstanden sein würde. Die Erwägung, der Kündigungsgrund stelle keine erhebliche Verletzung der Vermieterrechte dar, ist insoweit ohne Belang, weil sich der

²²¹ BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

²²² BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

²²³ vgl. BGH v. 16.9.1987 - VIII ZR 156/86, NJW-RR 1988, 76; BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NJW-RR 2006, 1385 Rz. 25; vgl. auch BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 184/09, NJW 2010, 2124 Rz. 7 ff.

²²⁴ vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NJW-RR 2006, 1385 Rz. 25.

²²⁵ BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

Widerspruch hier nicht allein aus der Erklärung der außerordentlichen Kündigung, sondern zusätzlich und insbesondere aus dem Räumungsverlangen unter Fristsetzung ergibt. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Vermieter durch seine unverzügliche schriftliche Reaktion auf das Unterbleiben der Räumung nochmals seinen der Verlängerung entgegenstehenden Willen eindeutig bekundet hat.

11 Verjährung

11.1 Verjährungsbeginn durch Annahmeverzug des Vermieters

Der Vermieter ist nicht verpflichtet, die Mietsache jederzeit - sozusagen auf „Zuruf“ des Mieters - zurückzunehmen²²⁶. Dieser Fall liegt indes nicht vor, wenn der Mieter das Mietverhältnis im Zeitpunkt des Rückgabeangebotes bereits unter dem 05.07.2012 zum 30.09.2012 außerordentlich gekündigt hat, die Kündigung wirksam war und der Mieter mit Schreiben vom 9.11.2012 „die Rückgabe der Mieträume ab sofort“ anbot und einen kurzfristigen Vor-Ort-Termin vorschlug, der u.a. auch zur Übergabe der von ihm installierten Zentralschließanlage dienen sollte²²⁷. Davon abgesehen hat der Mieter der Vermieter gerade nicht „unmittelbar vor der Haustür“ die Übergabe der Zugangscodes zu der von ihm installierten Zentralschließanlage angeboten, sondern ihr Gelegenheit gegeben, hierzu kurzfristig einen ihr genehmen Termin zu benennen.

Bereits der Annahmeverzug mit der Rücknahme der Mietsache löst den Beginn der kurzen Verjährungsfrist gemäß § 548 Abs. 1 BGB aus²²⁸. Zwar setzt die Rückgabe i.S. dieser Vorschrift grundsätzlich eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters voraus, weil er erst durch die unmittelbare Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich ungestört ein Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache zu machen²²⁹. In Rechtsprechung und Schrifttum wird aber darüber hinausgehend überwiegend vertreten, dass es der Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Vermieter gleichsteht, wenn er sich selbst der Möglichkeit begibt, die unmittelbare Sachherrschaft auszuüben, etwa indem er ein Angebot des Mieters auf Übergabe

²²⁶ BGH, NJW 2012, 144.

²²⁷ OLG Brandenburg v. 19.6.2018 – 3 U 72/17, MietRB 2018, 325.

²²⁸ KG, ZMR 2005, 455.

²²⁹ BGHZ 98, 59 ff; BGH, NJW 1991, 2416.

der Schlüssel zurückweist²³⁰ oder die Rücknahme der Schlüssel grundlos verzögert²³¹. Denn es konterkariert den Willen des Gesetzgebers, die von § 548 BGB erfassten Ansprüchen einer kurzen Verjährungsfrist zu unterwerfen, wenn der Verjährungsbeginn allein vom Willensentschluss des Vermieters abhinge, die Mietsache zurückzunehmen. Der Vermieter soll gerade nicht den Eintritt der kurzen Verjährung dadurch zulasten des Mieters hinauszögern können, dass er davon absieht, die Mieträume in Besitz zu nehmen, obwohl er von der Besitzaufgabe durch den Mieter weiß und die Möglichkeit der Inbesitznahme hat²³². Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Der Mieter hat dem Vermieter mit dem genannten Schreiben die Rücknahme des streitgegenständlichen Mietobjekts angeboten und ihr die Möglichkeit jederzeitiger Entgegennahme der Zugangscodes zu der Schließeinrichtung des Gebäudes eingeräumt. Es stand danach allein im Belieben des Vermieters, diesem Angebot nachzukommen, um so den ungestörten Zutritt zu dem Komplex zu erhalten. Der Fall liegt mithin demjenigen der Schlüsselübergabe durch Mieter ohne weiteres vergleichbar. Dies rechtfertigt es, die Vermieter so zu behandeln, als hätte sie seit dem 10.11.2012 ungehinderten Zugang zu der Mietsache gehabt.

Die Voraussetzungen eines Annahmeverzuges der Vermieter lagen seit dem 10.11.2012 vor. Der Mieter hat mit Schreiben vom 9.11.2012 ein konkretes Angebot zur Rückgabe der Schlüssel abgegeben²³³. Das genannte Schreiben ist so zu verstehen, dass der Vermieter berechtigt sein sollte, die Schließmittel für das Objekt jederzeit zu übernehmen, denn der Mieter hatte die Übergabe an keinerlei Vorbedingungen geknüpft. Wenn er in diesem Zusammenhang einen gemeinsamen Vor-Ort-Termin angeboten hatte, dann nur im Hinblick auf etwaige informelle Gespräche zur Abstimmung über die beiderseitigen Interessenlagen und weiteren Vorgehensweisen zur gütlichen Beilegung der bereits damals bestehenden Unstimmigkeiten zur Vermeidung eines „möglicherweise langandauernden Rechtsstreits“, wie sich aus dem Gesamtkontext des Schreibens klar ergibt.

²³⁰ KG, ZMR 2005, 455.

²³¹ A.A. wohl Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl. § 548 BGB Rz. 31 f.

²³² so auch OLG Düsseldorf, NZM 2006, 866; OLG München, WuM 2003, 279 für den Fall, dass der Mieter dem Vermieter die Schlüssel zum Mietobjekt zukommen lässt.

²³³ OLG Brandenburg v. 19.6.2018 – 3 U 72/17, MietRB 2018, 325.

12 Schriftform

12.1 Unterschriften auf verschiedenen Vertragsexemplaren

Ein Vertrag, für den die gesetzliche Schriftform vorgeschrieben ist, kommt grundsätzlich nur dann rechtswirksam zustande, wenn sowohl der Antrag als auch die Annahme (§§ 145 ff. BGB) in der Form des § 126 BGB erklärt werden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugehen²³⁴. Das ist hier nicht der Fall²³⁵. Eine Urkunde, auf der beide Vertragsparteien im Original unterschrieben haben, existiert nicht, so dass § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB - der die Unterzeichnung auf derselben Urkunde erfordert - nicht genügt ist. Die beiden gleichlautenden, von den Vertragsparteien im Original unterschriebenen Vertragsurkunden sind der jeweils anderen Vertragspartei nicht zugegangen. Vielmehr wurden jeweils nur Telefaxkopien übersandt, was auch für einen der Schriftform des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechenden Vertragsschluss nicht ausreicht²³⁶.

Die Übersendung der beiden unterzeichneten gleichlautenden Vertragsurkunden jeweils (nur) per Telefaxkopie steht jedoch trotz Nichteinhaltung der materiell-rechtlichen Anforderungen des § 126 Abs. 2 BGB nicht der Wahrung des Schriftformerfordernisses des § 550 Satz 1 BGB für Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr entgegen²³⁷.

Die von § 550 Satz 1 BGB geforderte Schriftform kann nicht nur eingehalten werden, indem die Vertragsparteien dieselbe Urkunde unterzeichnen, § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB. Vielmehr besteht zur Erfüllung des Schriftformerfordernisses auch die Möglichkeit des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach es genügt, wenn über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden und jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet²³⁸.

²³⁴ BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648 Rz. 30.

²³⁵ BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

²³⁶ vgl. BGH v. 30.7.1997 - VIII ZR 244/96, NJW 1997, 3169 (3170) m.w.N.

²³⁷ BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

²³⁸ vgl. BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rz. 34; BGH v. 18.10.2000 - XII ZR 179/98, NJW 2001, 221 (222).

Nach der Rechtsprechung des BGH reicht die Einhaltung der bloßen Schriftlichkeit der Erklärungen (sog. äußere Form) zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB aus. Ein Mietvertrag genügt danach auch dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form des § 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen nur mündlich oder konkludent abgeschlossen worden ist. Die Auslegung von § 550 BGB führt unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks und seiner Rechtsfolge zu dem Ergebnis, dass § 550 BGB über die Einhaltung der äußeren Form hinaus nicht das Zustandekommen des Vertrags durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen voraussetzt. § 550 BGB dient in erster Linie dem Informationsbedürfnis des Erwerbers, dem durch die Schriftform die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sich von Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten. Diesen Schutzzweck erfüllt selbst eine nur der äußeren Form genügende Mietvertragsurkunde, in der die von beiden Parteien unterzeichneten Bedingungen des erst später konkludent abgeschlossenen Vertrags enthalten sind. Eine solche Urkunde informiert den Erwerber über die Bedingungen des Mietvertrags, in die er, wenn der Mietvertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen ist und noch besteht, eintritt. Auch die zusätzlich mit der Schriftform des § 550 BGB verfolgten Zwecke, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen, werden durch die bloße Einhaltung der äußeren Form erfüllt²³⁹.

Mit Blick hierauf ist für die Einhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB ausreichend, wenn die Vertragsparteien gleichlautende Vertragsurkunden unterzeichnen. Eines Zugangs dieser Urkunden beim jeweiligen Vertragspartner bedarf es hingegen nicht²⁴⁰.

Allerdings verlangt der Wortlaut des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB, dass das jeweils unterzeichnete (gleichlautende) Vertragsexemplar für die andere Vertragspartei bestimmt sein muss. Daraus kann nicht der Schluss gezogen werden, auch im Rahmen des § 550 Satz 1 BGB müssten die gleichlautenden Urkunden in den Besitz des jeweiligen Vertragspartners gelangt sein. Denn er lässt unberück-

²³⁹ BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648 Rz. 33 m.w.N.; BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 120/06, NJW 2010, 1518 Rz. 22 ff.

²⁴⁰ BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

sichtigt, dass die Vorschrift des § 126 Abs. 2 BGB den der Schriftform genügenden Vertragsschluss und mithin die Form empfangsbedürftiger Willenserklärungen regelt. Für einen wirksamen Vertragsschluss im Sinne des § 126 Abs. 2 BGB ist der Zugang der schriftlich abgegebenen Willenserklärungen beim Erklärungsempfänger erforderlich, so dass durch das Tatbestandsmerkmal "für die andere Partei bestimmt" in § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB die Form der dann auch zugehenden Willenserklärung umschrieben wird.

Demgegenüber ist es für die Einhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB ohne Bedeutung, ob die beurkundeten Erklärungen den Vertragsparteien zugegangen sind, weil es bereits nicht darauf ankommt, ob es durch sie oder auf andere Weise zum Vertragsschluss gekommen ist²⁴¹. Da es allein auf die äußere Form ankommt, ist nur die Existenz der die vertraglichen Regelungen dokumentierenden und unterzeichneten Urkunde entscheidend. Im Fall des § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB ist dies eine von allen Vertragsparteien unterschriebene Urkunde, während es nach § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB zwei gleichlautende, aber jeweils nur von einer Vertragspartei im Original unterzeichnete Urkunden sind. Der Zugang dieser Urkunden ist für das Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB ebenso ohne Belang wie die Frage, wo die Urkunden sich befinden²⁴² oder ob sie im Zeitpunkt der gerichtlichen Prüfung der Formgemäßheit des Mietvertrags noch existieren²⁴³.

Anders als die Revisionserwiderung meint, wird der von § 550 BGB verfolgte Schutzzweck auch durch zwei gleichlautende Vertragsurkunden erreicht, von denen die eine von der einen und die andere von der anderen Vertragspartei unterzeichnet worden ist, ohne dass diese Urkunden jedoch in den Besitz der jeweils anderen Vertragspartei gelangt sind²⁴⁴. Der mit der Beurkundung in erster Linie beabsichtigte Erwerberschutz kann sowohl mittels einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde gewährleistet werden als auch durch zwei gleichlautende Urkunden, die in der Summe die erforderlichen Unterschriften tragen. In beiden Fällen besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Erwerber Einsicht in die schriftlich niedergelegten vertraglichen Regelungen

²⁴¹ BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

²⁴² vgl. BGH v. 14.7.2004 - XII ZR 68/02, BGHZ 160, 97 = NJW 2004, 2962 (2963).

²⁴³ vgl. BGH v. . 7.5.2008 - XII ZR 69/06, BGH 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rz. 23.

²⁴⁴ BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

nimmt, in die er bei Vorliegen eines wirksamen Vertrags eintritt. Zwar mag eine solche Einsichtnahme in der Praxis bei mehreren gleichlautenden, aber jeweils nur von einer Vertragspartei unterzeichneten Urkunden auf größere Schwierigkeiten stoßen als bei nur einer, von allen Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde. Diese Problematik ist bereits darin angelegt, dass der Gesetzgeber zur Wahrung der Schriftform auch den Weg des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB eröffnet hat, und besteht im Rahmen des Schriftformerfordernisses nach § 550 Satz 1 BGB unabhängig davon, ob die einzelnen Urkunden auch der jeweils anderen Vertragspartei zugegangen sind.

Nichts anderes gilt für den mit § 550 BGB ebenfalls beabsichtigten Schutz der vertragsschließenden Parteien selbst. Langfristige Abreden können bei einem Vertragsschluss durch Urkundenaustausch im Sinne des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB urkundlich ohnedies nur durch Vorlage aller gleichlautenden Vertragsurkunden belegt werden, so dass der Urkundenaustausch insoweit keine besondere Bedeutung erlangt. Soweit Beweisprobleme bestehen, sind diese vor allem dadurch begründet, dass es zweier gleichlautender Urkunden zur Wahrung der Schriftform bedarf, nicht aber durch ein Unterbleiben des Urkundenaustausches. Der zudem mit § 550 BGB bezweckte Übereilungsschutz ist durch die Verschriftlichung der zu unterzeichnenden vertraglichen Abreden, mit der diese dem die Unterschrift Leistenden nochmals vor Augen geführt werden, hergestellt und vom Zugang der Urkunde bei der anderen Vertragspartei weitgehend unabhängig.

12.2 Vollmacht durch Firmenstempel

Gemäß § 542 Abs. 1 BGB kann ein Mietverhältnis nur durch eine ordentliche Kündigung beendet werden, wenn es nicht mit Ablauf einer im Vertrag vereinbarten Frist gemäß § 542 Abs. 2 BGB endet. Der Beklagte kann sich nicht mit Erfolg auf die in § 550 BGB, der aufgrund der Verweisung in § 578 BGB auch auf Gewerberäume Anwendung findet, bestimmte Ausnahme von diesem Grundsatz berufen. Wird der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, gilt er gemäß § 550 BGB für unbestimmte Zeit und kann nach Ablauf eines Jahres ordentlich gekündigt werden.

Sowohl der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag als auch der vereinbarte Nachtrag, auf den es für die Beurteilung der Einhaltung der Schriftform

maßgeblich ankommt²⁴⁵, genügen den Schriftformerfordernissen des § 126 BGB. Um die Formerfordernisse des § 126 BGB zu wahren, muss es sich um eine einheitliche Urkunde handeln, die von allen Beteiligten eigenhändig unterschrieben ist²⁴⁶.

Hieraus hat der BGH abgeleitet, dass bei einer Personenmehrheit alle an dieser beteiligten Personen den Vertrag zeichnen müssen. Will hiervon abweichend eine der Personen eine oder mehrere andere Personen, die ebenfalls den Vertrag unterzeichnen müssen, vertreten, müsse dies durch einen Vertretungszusatz kenntlich gemacht werden, der erkennen lässt, dass der Vertreter eine entsprechende Vertretungsmacht für sich in Anspruch nehmen will und nicht der Fall vorliege, dass noch eine Unterschrift unter dem Vertrag fehle, dieser also unvollständig sei²⁴⁷. Ebenso verhält es sich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nach dem Grundgedanken des Gesetzes von ihren Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten wird²⁴⁸. Auch für die Aktiengesellschaft hat der BGH aufgrund der in § 78 Abs. 2 AktG geregelten Gesamtvertretungsbefugnis die Unterschriften aller Vorstandsmitglieder oder für den Fall, dass ein oder mehrere Vorstandsmitglieder den Vertrag nicht unterzeichnen, wiederum einen die Vertretung deutlich machenden Zusatz gefordert²⁴⁹. In jenem Fall war im Rubrum einer Zusatzvereinbarung angegeben worden, dass die Aktiengesellschaft durch zwei namentlich benannte Vorstandsmitglieder vertreten werde. Die Vereinbarung unterzeichnet hatte hingegen nur einer der Beiden, ohne einen Vertretungszusatz hinzu zu setzen. Werde hingegen im Vertragsrubrum keine Angabe zu den Vertretungsverhältnissen einer Aktiengesellschaft gemacht, bedürfe es auch bei Unterzeichnung nur durch ein Vorstandsmitglied keines Vertretungszusatzes, da der Eindruck der Unvollständigkeit nicht entstehen könne²⁵⁰.

²⁴⁵ BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, NZM 2008, 484.

²⁴⁶ *Schweizer* in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, *Gewerberaummiete*, 2014, § 550 BGB Rz. 13; *V. Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein, Miete*, 11. Aufl., § 550 BGB Rz. 7.

²⁴⁷ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389 - für die Erbengemeinschaft; OLG Köln v. 3.3.2015 - 22 U 82/14, ZMR 2015, 446 - für die Grundeigentümergeinschaft; *Schweizer* in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, *Gewerberaummiete*, 2014, § 550 BGB Rz. 49; *Lammel* in *Schmidt-Futterer, MietR*, 13. Aufl., § 550 BGB Rz. 28.

²⁴⁸ BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, NJW 2004, 1103; BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053.

²⁴⁹ BGH v. 4.11.2009 - XII ZR 86/07, NJW 2010, 1453.

²⁵⁰ BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, NJW 2015, 2034.

schluss für vollendet zu erachten ist²⁵⁵. Somit haben sie einen hinreichenden Vertretungszusatz beigefügt, denn der Eindruck einer Unvollständigkeit wird gerade durch das Anbringen des Firmenstempels vermieden. Darauf, ob ihnen die ausgewiesene Vertretungsmacht tatsächlich zustand, kommt es für die Wahrung der Schriftform nicht an²⁵⁶.

12.3 Geltendmachung eines Leistungsvorbehalts

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 den Parteien unterzeichneten Urkunde oder aus gleichlautenden, von jeweils einer Partei unterzeichneten Urkunden ergibt. 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 sind. 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 handelt²⁵⁷.

Die vertragliche Änderung der Miete stellt stets eine wesentliche und - jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann - dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar. Bei der Miete handelt es sich per se um einen vertragswesentlichen Umstand, 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 können²⁵⁸.

Für die zum 1. April 2013 erfolgte Erhöhung der Nettomiete um mehr als zehn Prozent ist die Schriftform des § 550 Satz 1 BGB nicht eingehalten. Dies wäre

²⁵⁵ OLG Rostock v. 12.7.2018 – 3 U 23/18, MDR 2018, 1307 = ZMR 2018, 828.

²⁵⁶ BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, NJW 2015, 2034; *Schweizer* in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 2014, § 550 BGB Rz. 48; V. *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 550 BGB Rz. 9.

²⁵⁷ vgl. BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311 Rz. 12 m.w.N.

²⁵⁸ BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311 Rz. 17 ff.; BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, NJW 2017, 3772 Rz. 22.

jedoch erforderlich, weil sie entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung nicht auf der Ausübung eines dem Vermieter vertraglich eingeräumten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts, sondern auf der - hier durch die auf Bitte des Klägers erhöhten Zahlungen der Beklagten konkludent erfolgten - vertraglichen Vereinbarung der Vertragsparteien beruht²⁵⁹.

Richtig ist allerdings, dass § 550 BGB nicht eingreift, wenn einer Partei im Mietvertrag bereits die Möglichkeit eingeräumt ist, durch einseitige Willenserklärung eine Vertragsänderung herbeizuführen, und sie dann von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. In diesem Fall muss sich allein die ursprüngliche vertragliche Bestimmung am Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB messen lassen, wohingegen die Ausübung des Anpassungsrechts nicht laufzeitschädlich im Sinne des § 550 BGB sein kann. Der BGH hat dies etwa für die Ausübung eines Optionsrechts auf Vertragsverlängerung oder auch für die vertraglich gestattete einseitige Anpassung von Nebenkostenvorauszahlungen entschieden²⁶⁰.

Nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB unterfällt zudem eine Änderung der Miete, die ihre Grundlage in einer - ihrerseits schriftformbedürftig - vertraglich vereinbarten, automatisch zur Mietanpassung führenden Indexklausel hat²⁶¹.

So verhält es sich hier jedoch nicht²⁶². Mit der maßgeblichen Vertragsklausel in § 9 A Nr. 4 ist weder eine Anpassungsautomatik verbunden noch den Parteien das Recht eingeräumt, die geschuldete Miete durch eine einseitige Willenserklärung zu verändern. Vielmehr kann eine Vertragspartei bei Vorliegen der entsprechenden Indexänderung eine Neufestsetzung verlangen. Wie sich aus § 9 A Nr. 4 b ergibt, hat diese Neufestsetzung durch eine Einigung der Vertragsparteien zu erfolgen. Erst wenn es binnen der in der Klausel genannten Frist nicht zu einer solchen Einigung kommt, erfolgt die Festsetzung der geschuldeten Miete durch einen Sachverständigen. Dieses nur ersatzweise bestehende Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten ändert den Regelungsgehalt der Klausel

²⁵⁹ BGH v. 11.4.2018 – XII ZR 43/17, MDR 2018, 922 = GE 2018, 706 = NZM 2018, 515.

²⁶⁰ vgl. etwa BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300 Rz. 27 ff. m.w.N.

²⁶¹ BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300 Rz. 32.

²⁶² BGH v. 11.4.2018 – XII ZR 43/17, MDR 2018, 922 = GE 2018, 706 = NZM 2018, 515.

nicht dahin, dass sie insgesamt ein durch einseitige Erklärung auszuübendes Änderungsrecht der Vertragsparteien festschreibt.

Der Vermieter hatte um eine Erhöhung der Miete gebeten und dabei eine konkrete neue Miete genannt. Diese entsprach im Übrigen nicht der prozentualen Erhöhung des Verbraucherpreisindex seit der letzten Mieterhöhung, sondern erhöhte die bereits einmal angepasste Miete um den Prozentsatz, um den der Verbraucherpreisindex seit Beginn des Mietverhältnisses gestiegen war. Indem der Mieter ab dem geforderten Zeitpunkt diese vom Kläger erbetene höhere Miete entrichteten, stellten sie die von § 9 A Nr. 4 b des Mietvertrags geforderte Einigung her, ohne dass es zu einer § 550 Satz 1 BGB genügenden Beurkundung der damit erfolgten Vertragsänderung gekommen wäre²⁶³.

12.4 Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Formmangel

Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn eine Mietvertragspartei eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen lästig gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen²⁶⁴.

So liegt der Fall hier²⁶⁵. Die neue Wertsicherungsklausel beinhaltende Vertragsänderung ist auf Drängen des Vermieters erfolgt. Diese Neuregelung diente auch ausschließlich den Interessen des Vermieters. Wenn die Parteien nun anstelle einer auf ein bestimmtes Basisjahr bezogenen Punkteregelung an eine prozentuale Preissteigerung anknüpfen, wird der Mieter nicht (auch) begünstigt²⁶⁶. Zwar wird die prozentuale Preissteigerung, die für das Erreichen des ursprünglich erforderlichen Punkteunterschieds erforderlich ist, umso geringer, je weiter der Indexstand entfernt ist. Erhöht sich etwa der Indexstand von 200 auf 210, entspricht das nur noch einer prozentualen Steigerung von 5 %. Dass die Preissteigerung jedoch binnen der Vertragslaufzeit - selbst unter Einschluss der fünfjährigen Verlängerungsoption des Mieters - auch nur annähernd die Grö-

²⁶³ vgl. BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, WuM 2018, 151 = ZMR 2018, 564 Rz. 20 ff.

²⁶⁴ BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311 Rz. 27; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 198/05, NJW 2008, 365 Rz. 16; BGHZ 65, 49 = NJW 1975, 1653 (1655); vgl. auch Münch-Komm/Bieber, 7. Aufl., § 550 BGB Rz. 19 m.w.N.; Staudinger/Emmerich, [Updatestand: 27. März 2017], § 550 BGB Rz. 41 m.w.N.

²⁶⁵ BGH v. 27.09.2017 - XII ZR 114/16, MDR 2017, 1351 = GE 2017, 1397.

²⁶⁶ BGH v. 27.09.2017 - XII ZR 114/16, MDR 2017, 1351 = GE 2017, 1397.

Benordnung erreichen konnte, ab der eine Steigerung um zehn Indexpunkte eher eintritt als eine 6 %ige Preissteigerung, liegt ebenso fern wie ein Preisverfall um mindestens 6 %. Damit konnte bei realistischer Betrachtung allein der Vermieter von der Vertragsänderung profitieren, weil wesentlich früher als nach der alten Regelung eine Mieterhöhung aufgrund der Steigerung des Verbraucherpreisindex eintrat. Tatsächlich hat der Vermieter auch wenige Monate nach der Vertragsänderung mit Erfolg eine um 6 % höhere Miete vom Mieter verlangt.

Dass der Vermieter diese im wirtschaftlichen Ergebnis ihr allein günstige und zudem von ihr geforderte Vertragsänderung mit Blick auf die Formwidrigkeit dieser Änderungsvereinbarung zum Anlass nimmt, den Mietvertrag ordentlich zu kündigen, stellt einen Fall des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens dar²⁶⁷. Eine auf dieser Kündigung beruhende Vertragsbeendigung wäre ein schlechthin untragbares Ergebnis, so dass dem Vermieter die Berufung auf den Schriftformverstoß gemäß § 242 BGB versagt ist.

13 Kautio

13.1 Ausschluss der Verzinsungspflicht vor dem 1.1.1983

Bei der Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, ist im Individualprozess grundsätzlich auf die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen²⁶⁸. Hiervon ausgehend hält ein formularmäßig vereinbarter Ausschluss der Verzinsung des Kautionsguthabens in einem im Jahr 1966 abgeschlossenen Wohnraummietvertrag einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand²⁶⁹.

Der formularmäßige Ausschluss der Kautionsverzinsung in einem Wohnraummietvertrag aus dem Jahr 1966 stellt keine unangemessene Benachteiligung

²⁶⁷ BGH v. 27.09.2017 - XII ZR 114/16, MDR 2017, 1351 = GE 2017, 1397.

²⁶⁸ vgl. BGH v. 25.6.2014 - VIII ZR 344/13, BGHZ 201, 363 Rz. 31; BGH v. 13.11.2013 - I ZR 77/12, NJW 2014, 2180 Rz. 13; BGH v. 30.3.2010 - XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rz. 30; BGH v. 4.2.2009 - VIII ZR 66/08, NJW 2009, 1491 Rz. 15.

²⁶⁹ BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, GE 2018, 1453.

des Mieters dar, weil der Vermieter zu dieser Zeit zu einer Verzinsung der Kautions (noch) nicht verpflichtet war²⁷⁰.

Wie der VIII. Senat in dem Rechtsentscheid vom 8. Juli 1982²⁷¹ bereits ausgeführt hat, seien die erkennbaren Erwartungen des vertragschließenden Mieters hinsichtlich der Verzinsung der Kautions möglicherweise nicht zu allen Zeiten dieselben gewesen. Bis 1968 wurde, soweit ersichtlich, die Frage der Verzinslichkeit der Kautions weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung erörtert. Erst ab 1971 mehrten sich sodann nach und nach Stimmen, die dafür eintraten, den Vermieter zu einer Verzinsung zu verpflichten. In Anbetracht dessen hat der VIII. Senat einen im Jahr 1972 geschlossenen Mietvertrag, der keine ausdrückliche Regelung zur Verzinslichkeit der Barkautions enthielt, dahingehend ausgelegt, dass der Vermieter den Kautionsbetrag zu verzinsen hat²⁷².

Der Gesetzgeber hat die Verzinslichkeit der Mietkautions erst im Jahr 1980 angeordnet, und auch dies zunächst nur für den Teilbereich des sozialen Wohnungsbaus (§ 9 Abs. 5 WoBindG in der Fassung des Wohnungsbauprüfungsgesetzes 1980 vom 20.2.1980²⁷³). Für nicht preisgebundenen Wohnraum wurde erstmals durch das Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20.12.1982²⁷⁴ eine Verzinsungspflicht für Mietkautions in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt, die am 1.1.1983 in Kraft trat (§ 550b Abs. 2 BGB aF²⁷⁵).

Da ein Vermieter von Wohnraum im Jahr 1966 rechtlich nicht zur Verzinsung der Mietkautions verpflichtet war, ist ein formularmäßiger Ausschluss der Verzinsung in einer solchen Fallgestaltung nicht zu beanstanden²⁷⁶.

Art. 229 § 5 EGBGB hat an diesen Gegebenheiten nichts geändert. Nach Satz 1 dieser Überleitungsvorschrift zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001²⁷⁷ sind auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1.1.2002 entstanden sind, das BGB und bestimmte andere Gesetze in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Für Dauer-

²⁷⁰ BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, GE 2018, 1453.

²⁷¹ BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, BGHZ 84, 345.

²⁷² BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, BGHZ 84, 345.

²⁷³ BGBl. I S. 159.

²⁷⁴ BGBl. I S. 1912.

²⁷⁵ siehe BT-Drucks. 9/2079, S. 10 f.

²⁷⁶ BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, GE 2018, 1453.

²⁷⁷ BGBl. I S. 3138.

schuldverhältnisse, wie Wohnraummietverträge, gilt dies mit der Maßgabe, dass anstelle der in Satz 1 bezeichneten Gesetze vom 1.1.2003 an nur das BGB in der dann geltenden Fassung anzuwenden ist (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB). Dem geht jedoch die vom Gesetzgeber geschaffene spezielle Übergangsregel des Art. 229 § 3 Abs. 8 EGBGB vor²⁷⁸.

Auch die Auslegung des Art. 229 § 3 Abs. 8 EGBGB gebietet, wie durch das Urteil des Senats vom 11.3.2009²⁷⁹ geklärt ist, im vorliegenden Fall nicht die Zulassung der Revision²⁸⁰.

Zwar erlegt § 551 Abs. 3 Satz 1 BGB (in der Fassung des Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts [Mietrechtsreformgesetz] vom 19. Juni 2001²⁸¹) dem Vermieter die Pflicht auf, die Kautions des Mieters verzinslich anzulegen, und stehen die Zinsen aus der Kautions gemäß § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB dem Mieter zu; eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist gemäß § 551 Abs. 4 BGB unwirksam. Diese Regelungen kommen hier aber nicht zur Geltung.

Obgleich § 551 BGB mit Wirkung seit dem 1.9.2001 grundsätzlich auch auf zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Mietverhältnisse anzuwenden ist²⁸², gilt dies nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 8 EGBGB nicht, wenn die Verzinsung der Kautions vor dem 1.1.1983 durch Vertrag ausgeschlossen worden ist. Damit bleiben Vereinbarungen, durch die eine Verzinsungspflicht vor diesem Zeitpunkt wirksam ausgeschlossen worden ist, wirksam²⁸³.

14 Mieterhöhung

14.1 § 558 BGB: ausgetauschte Einbauküche

Nach § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete - wie hier - in dem Zeitpunkt, in dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15

²⁷⁸ vgl. BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 155/04, NJW 2005, 1572 unter II 2 b; BGH v. 7.2.2007 - VIII ZR 145/06, NZM 2007, 327 Rz. 14 [jeweils zu Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB].

²⁷⁹ BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 184/08, NJW 2009, 1673.

²⁸⁰ BGH v. 21.8.2018 - VIII ZR 92/17, GE 2018, 1453.

²⁸¹ BGBl. I S. 1149.

²⁸² BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 243/03, NJW 2004, 3045 unter II 1 a.

²⁸³ so BT-Drucks. 14/4553, S. 77.

Monaten unverändert ist. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gemäß § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB aus den üblichen Entgelten gebildet, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind.

Das Mieterhöhungsverfahren nach § 558 BGB gibt dem Vermieter, dem eine Kündigung des Dauerschuldverhältnisses zum Zweck der Erhöhung der Miete mit Rücksicht auf das soziale Mietrecht verwehrt ist (§ 573 Abs. 1 Satz 2 BGB), zum Ausgleich die Möglichkeit, die Miete bis maximal zur ortsüblichen Vergleichsmiete zu erhöhen und auf diese Weise eine am örtlichen Markt orientierte, die Wirtschaftlichkeit der Wohnung regelmäßig sicherstellende Miete zu erzielen²⁸⁴.

Bei diesem Vergleich kommt es jedoch allein auf den objektiven Wohnwert der dem Mieter zur Verfügung gestellten Wohnung an, während Vereinbarungen, mit denen der Wohnwert oder die Beschaffenheit der Wohnung bezüglich einzelner Wohnwertmerkmale abweichend von den objektiven Verhältnissen festgelegt werden, für die Mieterhöhung nach § 558 BGB rechtlich ohne Bedeutung sind²⁸⁵. Denn anderenfalls würde der Vermieterseite entgegen der Konzeption des Gesetzgebers ein Spielraum zugestanden, den bei künftigen Mieterhöhungen vorzunehmenden Vergleich vorab zu ihren Gunsten zu verändern oder gar zu verfälschen²⁸⁶ und auf diese Weise Mietsteigerungen zu verwirklichen, die über das von § 558 BGB angestrebte Ziel, dem Vermieter die Erzielung einer am örtlichen Markt orientierten und die Wirtschaftlichkeit der Wohnung regelmäßig sicherstellenden Miete zu ermöglichen, zum Nachteil des Mieters hinausgingen.

Aus diesem Grund bleibt eine vom Mieter auf eigene Kosten angeschaffte Einrichtung bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich und auf Dauer unberücksichtigt²⁸⁷. Denn

²⁸⁴ vgl. BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 303/06, NJW 2007, 2546 Rz. 12 m.w.N.

²⁸⁵ BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rn. 10 ff.; MünchKomm/Artz, 7. Aufl., § 558 BGB Rz. 21; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 5. Aufl., § 558 BGB Rz. 27.

²⁸⁶ BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 12.

²⁸⁷ BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 315/09, NZM 2010, 735 Rz. 12 ff.

eine solche Einrichtung ist nicht Teil der dem Mieter vom Vermieter zur Verfügung gestellten Einrichtung und auf eine derartige vom Mieter angeschaffte Einrichtung erstreckt sich auch die gesetzliche Gebrauchsgewährungs- und Instandhaltungspflicht des Vermieters (§ 535 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB) nicht. Eine andere Beurteilung ist allerdings dann geboten, wenn der Vermieter dem Mieter die Kosten einer von diesem angeschafften Einrichtung erstattet²⁸⁸.

Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei der im Zeitpunkt des Mieterhöhungsverlangens in der Wohnung des Mieters vorhandenen Einbauküche nicht um eine vom Vermieter zur Verfügung gestellte Einrichtung. Denn diese Einbauküche war von den Mietern auf eigene Kosten angeschafft worden und somit gerade nicht vom Vermieter mitvermietet; auch die Gebrauchsgewährungs- und Instandhaltungspflicht des Vermieters erstreckt sich auf diese mietereigene Einbauküche nicht. Ein Ausnahmefall der Kostenerstattung durch den Vermieter liegt ebenfalls nicht vor.

Es ist unerheblich, dass in der Wohnung hier zu Mietbeginn eine Einbauküche vorhanden war. Denn der Vermieter hat dem Mieter gestattet, diese (ältere) Einrichtung zu entfernen und auf eigene Kosten durch eine neue Einrichtung zu ersetzen²⁸⁹. Dadurch entfiel die Gebrauchsgewährungs- und Instandhaltungspflicht des Vermieters bezüglich der bisherigen, nunmehr aus der Wohnung entfernten Einbauküche, während bezüglich der von der Mietern neu angeschafften Einbauküche (Instandhaltungs- und Gebrauchsgewährungs-)Pflichten des Vermieters nicht begründet wurden. Dementsprechend ist die Wohnung nach dem erfolgten Austausch nicht mehr vermietenseits mit einer Einbauküche ausgestattet und kann diese nunmehrige Mietereinrichtung auch nicht bei der Ermittlung des objektiven Wohnwerts zugunsten des Vermieters berücksichtigt werden.

14.2 Begründungsmittel Sachverständigengutachten

Nach § 558 Abs. 2 Nr. 3 BGB kann zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens nach § 558 BGB auf ein mit Gründen versehenes Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Bezug genommen werden.

²⁸⁸ BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 315/09, NZM 2010, 735 Rz. 12.

²⁸⁹ BGH v. 24.10.2018 – VIII ZR 52/18; ■.

Entgegen einer verbreiteten Ansicht, wonach der Sachverständige die konkrete - beziehungsweise im Fall eines Typengutachtens jedenfalls eine vergleichbare - Wohnung besichtigt haben müsse²⁹⁰, hängt die Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens, das auf ein Sachverständigengutachten gestützt ist, in formeller Hinsicht nicht von der Besichtigung der Mietsache durch den Sachverständigen ab²⁹¹.

Zwar wäre die Annahme eines solchen Erfordernisses noch kein Verstoß gegen das durch Art. 14 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsrecht des Vermieters²⁹². Es wird jedoch verkannt, dass § 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB bereits in einfachgesetzlicher Hinsicht keine Grundlage dafür bietet, die Wirksamkeit eines auf ein Sachverständigengutachten gestützten Mieterhöhungsverlangens in formeller Hinsicht von der Besichtigung der jeweiligen (oder einer vergleichbaren) Wohnung abhängig zu machen²⁹³.

§ 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB verlangt "ein mit Gründen versehenes Gutachten".

Das bedeutet sowohl nach dem Wortlaut als auch nach der Zweckbestimmung der Vorschrift, dass dem Mieter im Interesse einer außergerichtlichen Einigung die Tatsachen mitgeteilt werden müssen, die er zur Prüfung einer vom Vermieter nach § 558 BGB begehrten Mieterhöhung benötigt²⁹⁴.

Die Begründung des Mieterhöhungsverlangens dient hingegen 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 nachzugehen und dieses zumindest ansatzweise nachzuvollziehen²⁹⁵.

²⁹⁰ Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2018, § 558a BGB Rz. 41; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 13. Aufl., § 558a BGB Rz. 88; MünchKomm/Artz, 7. Auflage, § 558a BGB Rz. 26; BeckOKG-BGB/Fleindl, Stand: 1.4. 2018, § 558a BGB Rz. 61 f.

²⁹¹ BGH v. 11.7.2018 – VIII ZR 136/17, WuM 2018, 651 = ZMR 2018, 17 = GE 2018, 991 = NZM 2018, 742.

²⁹² BVerfG, WuM 1981, 31 f.

²⁹³ BGH v. 11.7.2018 – VIII ZR 136/17, WuM 2018, 651 = ZMR 2018, 919 = GE 2018, 991 = NZM 2018, 742.

²⁹⁴ st. Rspr. BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, NZM 2010, 576 Rz. 10; BGH v. 3.2.2016 - VIII ZR 69/15, NJW 2016, 1385 Rz. 10.

²⁹⁵ BGH v. 3.2.2016 - VIII ZR 69/15, NJW 2016, 1385 Rz. 11.

Im Falle der Beifügung eines Sachverständigengutachtens ist der Begründungspflicht damit 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 können. Der Sachverständige muss somit eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete treffen und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnen²⁹⁶.

Nach dieser Maßgabe bedarf es in formeller Hinsicht nicht notwendigerweise einer vorherigen Besichtigung der betreffenden Wohnung durch den Sachverständigen²⁹⁷.

Wirksamkeitsvoraussetzung ist insoweit lediglich, dass die Angaben des Sachverständigen für den Mieter nachprüfbar sind²⁹⁸. Ob der Mieter aber in die Lage versetzt wird, der Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens nachzugehen und diese zumindest ansatzweise selbst zu überprüfen, hängt davon ab, welche Angaben das Gutachten zu der konkreten (bzw. zu einer vergleichbaren) Wohnung enthält, nicht aber davon, auf welchem Weg - sei es durch eine vorherige Wohnungsbesichtigung oder in anderer Weise - der Sachverständige die tatsächlichen Grundlagen für diese Angaben gewonnen hat²⁹⁹. Die Quellen der Sachkunde sind zwar für die Beurteilung der Qualität des Gutachtens bedeutsam, jedoch ist eine Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung nicht schon deshalb (als unzulässig) abzuweisen, weil das zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens in Bezug genommene Gutachten die zugrunde gelegten Daten in anderer Weise als durch eine Wohnungsbesichtigung gewonnen hat.

Auch aus den vom vormaligen Bundesministerium der Justiz herausgegebenen (unverbindlichen) "Hinweise(n) für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens nach § 2 Abs. 2 MHG" ergibt sich nichts anderes. Zwar heißt es dort unter anderem: "Der Sachver-

²⁹⁶ BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, NZM 2010, 576; BGH v. 3.2.2016 - VIII ZR 69/15, NJW 2016, 1385 Rz. 10.

²⁹⁷ BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, WuM 2018, 651 = ZMR 2018, 919 = GE 2018, 955 = NZM 2018, 742.

²⁹⁸ siehe bereits BT-Drucks. 7/2011, S. 10 [zu § 2 Abs. 2 MHG].

²⁹⁹ BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 190/17, WuM 2018, 509.

ständige soll die zu bewertende Wohnung grundsätzlich besichtigen. Andernfalls kann der Mieter den Eindruck gewinnen, dass der Sachverständige die besonderen Eigenheiten der Wohnung nicht genügend berücksichtigt hat [...]“³⁰⁰. Dies bedeutet indes nicht, dass die vorherige Besichtigung der Vertragswohnung durch den Sachverständigen eine formalisierte Verfahrensvoraussetzung sein sollte, die im Fall der Nichtbeachtung zur Unwirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens führte, sondern eine - auch im Interesse des Vermieters liegende - Maßnahme darstellt, die geeignet ist, überflüssige Prozesse zu vermeiden, indem sie die Bereitschaft des Mieters zu einer außergerichtlichen Einigung fördert.

14.3 Verzicht auf Mieterhöhung nach § 559 BGB durch eine solche nach § 558 BGB

Auszug aus BVerfG v. 5.3.2018 – 1 BvR 1011/17 Rn. 22:

Aus der Verfassungsbeschwerde und der mitgeteilten Anhörungsrüge geht hinreichend hervor, was die Beschwerdeführerin bei ordnungsgemäßer Gewährung rechtlichen Gehörs vorgebracht hätte. So hat sie unter anderem ausgeführt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an das Vorliegen eines Verzichtswillens strenge Anforderungen zu stellen seien und der Verzichtswille unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände unmissverständlich sein müsse. Dabei könne für das Vorliegen eines unmissverständlichen Verzichtswillens zwar sprechen, wenn in einer Situation erheblicher Unsicherheit seitens der gegnerischen Partei eine "substantielle Gegenleistung" erfolgt sei. Vorliegend sei aber schon kein Raum für ein (weiteres) Entgegenkommen der Beschwerdeführerin gewesen, weil sie der Klägerin bereits bei Abschluss der Modernisierungsvereinbarung im September 2010 entgegenkommen war. Mit dieser Vereinbarung hätten sich die Parteien auch ausdrücklich über Art und Umfang der Modernisierungsmaßnahmen gütlich geeinigt. Entgegen der Annahme des Landgerichts habe daher im Hinblick auf die Modernisierungsmaßnahmen schon seit September 2010 zwischen den Parteien kein Streit mehr bestanden, weshalb insoweit auch weder eine "erhebliche Unsicherheit" vorgelegen habe noch die Zustimmung der Klägerin zur Mieterhöhung als "substantielle Gegenleistung" habe gewertet werden können. Auch aus dem Umstand,

³⁰⁰ WuM 1980, 189 (190).

dass die Beschwerdeführerin die Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB a.F. nicht sogleich erklärt, sondern zunächst zehn Monate zugewartet habe, könne nicht auf einen in dem Schreiben vom 29. Oktober 2010 enthaltenen stillschweigenden Verzicht geschlossen werden. Denn entgegen der Annahme des Landgerichts sei die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht in der Lage gewesen, auf Grundlage von § 559 Abs. 1 BGB a.F. vorzugehen, weil ihr weder die exakten Modernisierungskosten bekannt gewesen seien noch sämtliche Rechnungen vorgelegen hätten. Eine Mieterhöhungserklärung setze aber voraus, dass die Arbeiten vollständig abgerechnet, die Richtigkeit der Rechnungen nachgeprüft und schließlich die gesamten Modernisierungskosten ermittelt worden seien. Dies nehme regelmäßig eine gewisse Zeit in Anspruch.

Danach spricht vieles dafür, dass dem Landgericht bei Gewährung rechtlichen Gehörs mit Blick auf die in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen³⁰¹ die Annahme eines schlüssig erklärten Verzichts auf das Recht zur Modernisierungsmieterhöhung und eines konkludent zustande gekommenen Erlassvertrags versperrt geblieben wäre³⁰². Infolgedessen hätte sich das Landgericht zu der höchstrichterlich noch nicht geklärten Rechtsfrage zum grundsätzlichen Verhältnis zwischen den § 558 und § 559 BGB verhalten und insoweit - wovon es selbst ausgegangen ist - wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache, jedenfalls aber zur Fortbildung des Rechts die Revision zulassen müssen.

14.4 Fehlender Abzug wegen ersparter Instandsetzung

Der Umstand, dass der Vermieter in der Mieterhöhungserklärung zu Unrecht keinen Abzug für die durch die Modernisierungsmaßnahmen ersparten Instandhaltungsaufwendungen vorgenommen hat, betrifft nicht die formelle Wirksamkeit der Mieterhöhungserklärung gemäß § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB a.F., mittels derer lediglich die Nachvollziehbarkeit der vom Vermieter berechneten Erhöhung gewährleistet werden soll³⁰³, sondern ausschließlich die materielle Begründetheit der Mieterhöhung gemäß § 559 Abs. 1 BGB a.F. Weshalb diese Sichtweise die Prüfbarkeit der Ankündigung entfallen lasse sowie dem Vermie-

³⁰¹ vgl. BGH v. 10.6.2015 - VIII ZR 99/14, WuM 2015, 510 = juris, Rz. 19.

³⁰² BVerfG v. 5.3.2018 – 1 BvR 1011/17, NZM 2018, 440 = GE 2018, 817.

³⁰³ BGH v. 17.12.2014- VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rn. 28 m.w.N.

ter (unredliche) Vorteile gegenüber solchen Vermietern verschaffe, welche die erforderliche Abgrenzung zumindest versuchten und denen hierbei möglicherweise Fehler unterliefen, erschließt sich nicht, zumal das Berufungsgericht vorliegend aufgrund des fehlenden Abzugs für ersparte Instandhaltungsmaßnahmen die materielle Begründetheit der Mieterhöhung im Ergebnis gerade (teilweise) verneint und die Klage insoweit abgewiesen hat³⁰⁴.

In gleicher Weise berührt auch der Einwand des Mieters, dass eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie infolge der streitgegenständlichen Baumaßnahmen weder zu erwarten gewesen noch tatsächlich eingetreten sei, nicht die formelle Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens gemäß § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. Diesbezüglich ist es bei baulichen Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie ausreichend, dass der Vermieter neben einer schlagwortartigen Bezeichnung der Maßnahme und der Zuordnung zu den Positionen der Berechnung diejenigen Tatsachen darlegt, anhand derer überschlüssig beurteilt werden kann, ob die bauliche Änderung eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie bewirkt³⁰⁵.

Ob die besagten Maßnahmen tatsächlich eine nachhaltige Einsparung von Energie bewirken (können), betrifft demgegenüber wiederum allein die materielle Wirksamkeit der betreffenden Mieterhöhung (§ 559 Abs. 1 BGB a.F.).

15 Betriebskosten

15.1 Mietausfall als Teil der Gebäudeversicherung

Betriebskosten sind nach § 2 Nr. 13 BetrKV die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung; hierzu gehören namentlich die Kosten der Versicherung des Gebäudes gegen Feuer-, Sturm-, Wasser- und sonstige Elementarschäden sowie die Kosten weiterer in der Vorschrift aufgeführter Versicherungen. Darunter fallen grundsätzlich alle Sach- (und Haftpflicht-) Versicherungen, die dem Schutz des Gebäudes, seiner Bewohner und Besucher dienen³⁰⁶.

³⁰⁴ BGH v. 25.9.2018 – VIII ZR 121/17, GE 2018, 1454.

³⁰⁵ vgl. BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rn. 9 m.w.N.

³⁰⁶ BGH v. 13.10.2010 - XII ZR 129/09, NJW 2010, 3647 Rz. 12 [zu Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 der II. BV].

Nach dieser Maßgabe sind die Kosten einer Gebäudeversicherung auch dann Kosten einer von § 2 Nr. 13 BetrKV erfassten, dem Schutz des Gebäudes, seiner Bewohner und Besucher dienenden Sachversicherung, wenn sie einen etwaigen Mietausfall infolge eines versicherten Gebäudeschadens einschließt³⁰⁷.

Die von dem Vermieter abgeschlossene Versicherung gehört als Gebäudeversicherung (insgesamt) zu den Sachversicherungen im Sinne von § 2 Nr. 13 BetrKV.

Bedingungsgemäßer Versicherungsfall ist danach ein Sachschaden des Gebäudes. Dies deckt die Schadensbeseitigungskosten ab und dient der Wiederbeschaffung und Wiederherstellung der versicherten (Miet-)Sache (vgl. §§ 88, 89 VVG). Ein infolge eines versicherten Gebäudeschadens entstehender Mietausfall ist - anders als bei einer separaten Mietausfallversicherung, die vorrangig die finanziellen Interessen des Vermieters abdeckt und deshalb nicht auf den Mieter einer Wohnung umgelegt werden darf³⁰⁸ - kein eigenständiger Versicherungsfall, sondern Bestandteil des Versicherungsfalls der Gebäudeversicherung³⁰⁹.

Der Ordnungsgeber der Betriebskostenverordnung beabsichtigte nicht, die Umlage eines durch die Gebäudeversicherung gedeckten Mietausfalls infolge eines versicherten Gebäudeschadens zu unterbinden und dem Anwendungsbereich des § 2 Nr. 13 BetrKV zu entziehen³¹⁰.

Die Mitversicherung eines Mietausfalls als Folge eines Gebäudeschadens ist fester Bestandteil marktüblicher Gebäudeversicherungen³¹¹. Die Tatsache, dass der Ersatz eines Mietausfalls infolge eines Versicherungsfalls, gegen den die Gebäudeversicherung Schutz bietet - zeitlich begrenzt und unter den weiteren Voraussetzungen, dass der Mieter die Zahlung der Miete ganz oder teilwei-

³⁰⁷ BGH v. 6.6.2018 – VIII ZR 38/17, WuM 2018, 505 = ZMR 2018, 917 = GE 2018, 931 Rz. 25.

³⁰⁸ Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § BGB 556 Rz. 38b; Wall, Betriebskosten- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl., Rz. 4301, 4313; BeckOGK-BGB/Drager, Stand: 1. April 2018, § 2 BetrKV Rz. 82; jeweils m.w.N.; siehe auch Lützenkirchen, GE 2016, 837.

³⁰⁹ Dietz/Fischer/Gierschek, Wohngebäudeversicherung, 3. Aufl., § 9 Rz. 1 f.

³¹⁰ BGH v. 6.6.2018 – VIII ZR 38/17, WuM 2018, 505 = ZMR 2018, 917 = GE 2018, 931 Rz. 25.

³¹¹ vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 168; Münch-Komm/Schmid/Zehlelein, 7. Aufl., § 2 BetrKV Rz. 61; Wall, Betriebskosten- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl., Rz. 4301; Bruck/Möller/Johannsen, VVG, 9. Aufl. 2012, § 9 VVG 2008/2010 Rz. 1; Dietz/Fischer/Gierschek, Wohngebäudeversicherung, 3. Aufl., § 9 Rz. 3; Mühlenmeier, WuM 2007, 111 (112).

se berechtigt eingestellt hat und der Vermieter die Möglichkeit der Wiederbenutzung nicht schuldhaft verzögert - ist seit langem Bestandteil der Allgemeinen Bedingungen für die Wohngebäudeversicherung³¹². Anhaltspunkte dafür, dass der Verordnungsgeber diese bewährte Handhabung für die Umlage der Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung gemäß § 2 Nr. 13 BetrKV hätte aufgeben wollen, sind nicht gegeben.

Zudem ist schon im zeitlichen Geltungsbereich der Zweiten Berechnungsverordnung von der instanzgerichtlichen Rechtsprechung entschieden worden, dass es sich bei den Kosten der Gebäudeversicherung auch dann um solche der Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 der II. BV handele, wenn die den Versicherungsbedingungen entsprechende Ersatzleistung auch den Mietausfall infolge von Feuerschäden und anderen in der Gebäudeversicherung versicherten Gefahren erfasst³¹³. Nichts deutet darauf hin, dass der die Betriebskostenverordnung erlassende Normgeber den Anwendungsbereich des § 2 Nr. 13 BetrKV abweichend davon hätte einengen wollen. Vielmehr sollten bewährte und zeitgemäße Regelungen fortgeführt werden³¹⁴. So wurde der Anwendungsbereich des § 2 Nr. 13 BetrKV nicht etwa eingeschränkt, sondern im Gegenteil erweitert, indem die Umlage der Elementarschadensversicherung neu eingefügt wurde³¹⁵. Daher werden rechtliche Vorgaben entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht³¹⁶ durch die Umlage des Mietausfalls infolge eines Versicherungsfalles nicht umgangen.

15.2 Umlagevereinbarung zu „Nebenkosten“

Die Verwendung des Begriffs der "Nebenkosten" ist ausreichend, jedenfalls die in § 2 BetrKV definierten Betriebskosten umzulegen³¹⁷. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sieht die Bezugnahme auf den Begriff der "Betriebskosten" als ausreichend an, eine wirksame Umlagevereinbarung herbeizuführen³¹⁸.

³¹² siehe § 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a, b VGB 62; § 3 Nr. 1 Buchst. a und Nr. 3 VGB 88; jeweils abgedruckt bei *Prölss/Martin*, VVG, 27. Aufl., VGB 62, S. 1180; VGB 88, S. 1200; vgl. auch § 9 Nr. 1 Buchst. a, Nr. 2 Buchst. a, b VGB 2010 - Wert 1914, abgedruckt bei *Prölss/Martin*, VVG, 30. Aufl., VGB A. § 9, S. 1488 f.

³¹³ LG Hamburg v. 5.2.1998 - 333 S 117/97, juris Rz. 5.

³¹⁴ BR-Drucks. 568/03 S. 1.

³¹⁵ BR-Drucks., 568/03 S. 33.

³¹⁶ ebenso *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 83, *Leurs*, WuM 2016, 527 (529).

³¹⁷ OLG Frankfurt v. 14.2.2018 – 2 U 142/17, ZMR 2018, 924 = NZM 2018, 789 (790).

³¹⁸ BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = NZM 2016, 235.

Zwar wird vorliegend der Begriff der "Nebenkosten" verwendet, der entsprechend der erweiterten Umlagefähigkeit außerhalb der Wohnraummiete auch solche Kosten beinhalten kann, die über den Katalog des § 2 BetrKV hinausgehen. Das führt jedoch, anders als in der Literatur mehrfach vertreten³¹⁹, nicht dazu, dass die Umlageklausel zu unbestimmt sind³²⁰ (so bereits). Richtig ist zwar, dass der Begriff der Nebenkosten an sich mehr Umlagepositionen erfassen kann, als derjenige der Betriebskosten. Letzterer bestimmt sich nach der Definition in § 1 Abs. 1 BetrKV unter ausdrücklichem Ausschluss von etwa dem Nebenkostenbegriff unterfallenden Verwaltungskosten oder Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung nach § 1 Abs. 2 BetrKV. Daraus ist aber umgekehrt nicht zu schließen, dass solche bei der Verwendung des Nebenkostenbegriffs auch erfasst wären. Dieser wird im allgemeinen Sprachgebrauch meist synonym für denjenigen der Betriebskosten verwendet³²¹, so dass zum Teil eine getrennte Behandlung in Rechtsprechung und Literatur auch nicht erfolgt³²². Dass hiermit also ebenfalls diejenigen Kosten gemeint sind, die, worauf der VIII. Zivilsenat des BGH in der Entscheidung vom 10.2.2016³²³ abstellt, "dem Eigentümer durch das Eigentum oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen", wie es in §§ 556 Abs. 1 Satz 2 BGB, 1 Abs. 1 BetrKV, 27 Abs. 1 II. BV definiert ist, ist hier ebenso nahliegend. Daran knüpft sodann die nähere Bestimmung in dem Katalog des § 2 BetrKV (vormals Anlage 3 zu § 27 II. BV) an, so dass der Mieter auch bei der Verwendung des Nebenkostenbegriffs in der Umlageklausel dieses üblicher Weise zugrunde legt. Eine vor der Intransparenz grundsätzlich zu prüfende Möglichkeit der Auslegung einer Klausel führt hier entsprechend den von dem VIII. Zivilsenat des BGH in der

³¹⁹ Schmidt-Futterer/Langenberg, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 36; MünchKomm/Häublein, 7. Auflage, § 535 BGB Rz. 161; Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837 (839).

³²⁰ OLG München, ZMR 2013, 233.

³²¹ KG, NZM 2008, 128; OLG München, ZMR 2013, 233; Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 11 Rz. 4; v. Brunn/Paschke/Emmerich in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II Rz. 93; Fritz, Gewerberaummiete, 4. Aufl., Rz. 121; krit. hierzu Pfeifer, jurisPR-MietR 17/2017 Anm. 3.

³²² vgl. zB. LG Berlin, GE 2017, 1413; LG Kassel, WuM 2016, 740; LG Düsseldorf, BeckRS 2016, 00839; AG Dortmund, WuM 2018, 44; MünchKomm/Häublein, 7. Aufl., § 535 BGB Rz. 161; Gramlich, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 BGB unter 3.

³²³ BGH, NJW 2016, 1308 [1308].

Entscheidung vom 10.2.2016³²⁴ dargestellten Grundsätzen unter Abstellung auf den allgemeinen Sprachgebrauch dazu, auch bei der bloßen Verwendung des Nebenkostenbegriffs auf den Katalog nach § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV abzustellen.

Zudem sieht der XII. Zivilsenat des BGH für die Transparenzwahrung einer formularvertraglichen Nebenkostenumlage in der Geschäftsraummiete die Möglichkeit, die Definitionen in der II. BV heranzuziehen, und zwar auch dann, wenn keine gänzliche Wortgleichheit mit der BetrKV besteht³²⁵. Insofern liegt auch bei der Verwendung des Nebenkostenbegriffs die Bezugnahme auf § 27 II. BV nahe, wobei die Norm ihrerseits auf die BV verweist. Die Trennung zwischen Betriebskosten einerseits und Verwaltungs- sowie Instandhaltungskosten andererseits in § 24 Abs. 1 II. BV verstärkt die Reduktion des allgemeinen Verständnisses von Nebenkosten auf Betriebskosten dabei noch, da vielmehr die Verwendung des Begriffs der "Bewirtschaftungskosten" in der Klausel eine Einbeziehung darüber hinausgehender Positionen einschließlich der Kosten für die Instandhaltung und die Verwaltungskosten - unabhängig von der Frage ihrer Wirksamkeit - begründen würde.

Dass eine weitergehende Umlage bei Nebenkosten, etwa auch auf Kosten der Instandhaltung- und Instandsetzung oder Verwaltungskosten, möglich ist, steht dem nicht entgegen. Auch der Umfang der Betriebskosten kann nach § 2 Nr. 17 BetrKV über die in dem Katalog des der Nrn. 1 - 16 aufgeführten Positionen erweitert werden. Der VIII. Zivilsenat des BGH³²⁶ sieht hierin jedoch keinen Grund, die Klausel bei Verwendung des Betriebskostenbegriffs als intransparent anzusehen. Ebenso wenig nimmt er im Wege einer kundenfeindlichsten Auslegung an, dass auch solche Betriebskosten umgelegt sein könnten, die unter § 2 Nr. 17 BetrKV gefasst werden. Das lag bereits der älteren Rechtsprechung zugrunde, nach der ein Verweis auf die BetrKV bzw. deren § 2 ausreichend war, obwohl auch hiervon die Nr. 17 mit der Zulässigkeit einer über den Katalog der Nrn. 1 - 16 hinausgehenden Umlage erfasst war³²⁷. Die bloße Möglichkeit der Aufnahme weiterer Positionen steht daher weder der Klauselbestimmtheit entgegen, noch benachteiligt sie den Mieter im Wege der kunden-

³²⁴ BGH, NJW 2013, 1308.

³²⁵ vgl. etwa BGH, NZM 2014, 830 [832] im Hinblick auf § 26 II. BV – Verwaltungskosten.

³²⁶ BGH, NJW 2016, 1308.

³²⁷ BGH NZM 2004, 417 (418) noch zu Anlage 3 zu § 27 II. BV.

feindlichsten Auslegung unangemessen. Nichts anderes gilt daher für den Nebenkostenbegriff, der zwar über den Katalog des § 2 BetrKV hinausgehende und etwa auch von § 1 Abs. 2 BetrKV erfasste Kosten im Fall einer - wie bei § 2 Nr. 17 BetrKV - ausdrücklichen Vereinbarung beinhalten kann. Da der Mieter im Allgemeinen aber auch hierunter Betriebskosten versteht, liegt die Heranziehung der Bestimmungen in der BetrKV unmittelbar oder über § 27 Abs. 1 Satz 1 II. BV ausreichend nahe.

15.3 Umlageschlüssel Wohnfläche

Nach der Rechtsprechung des BGH enthält die in einem Wohnraummietvertrag enthaltene Wohnflächenangabe im Allgemeinen zugleich eine dahin gehende vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung³²⁸. Dementsprechend geht der Senat in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein zur Minderung der Miete berechtigender Mangel der Wohnung i.S.d. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB infolge der 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 liegt³²⁹.

Dies bedeutet indes nicht, dass in jedem Fall, in dem die Größe der Wohnung ein notwendiger Beurteilungsmaßstab ist, von den etwaig getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zur Wohnfläche auszugehen wäre³³⁰.

So hat der BGH in dem Urteil vom 18. November 2015³³¹ entschieden, dass eine von den tatsächlichen Größenverhältnissen abweichende Beschaffenheitsvereinbarung zur Wohnungsgröße keinen Einfluss auf die bei einer späteren Mieterhöhung gemäß § 558 Abs. 2 BGB in die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete einzustellende Wohnungsgröße hat. Denn ausgehend von der nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers alleinigen Maßgeblichkeit des objektiven Wohnwerts der zur Mieterhöhung anstehenden Wohnung dürfen bei der Frage der Berechtigung einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Ver-

³²⁸ BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 9; BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 8; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947 unter II 2 a; jeweils m.w.N.

³²⁹ BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 9; BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14.

³³⁰ BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, GE 2018, 869.

³³¹ BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 10 f.

gleichsmiete subjektive Elemente, zu denen auch Parteivereinbarungen zu bestimmten Wohnwertmerkmalen wie etwa der Wohnungsgröße gehören, keine Rolle spielen. Seine diesbezügliche frühere Rechtsprechung³³², nach der auch bei Mieterhöhungen nach § 558 Abs. 2 BGB eine Abweichung der vereinbarten Wohnfläche zu der tatsächlichen Wohnfläche von bis zu 10 % als unbeachtlich angesehen wurde, hat der Senat in dem Urteil vom 18. November 2015 ausdrücklich aufgegeben.

Auch Betriebskosten sind, sofern und soweit sie nach Wohnfläche abzurechnen sind, und zu denen bei eröffnetem Anwendungsbereich (§ 1 HeizkostenV) - jedenfalls zu einem bestimmten Prozentsatz (§ 6 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 HeizkostenV) - auch Heizkosten zählen, nach den tatsächlichen Gegebenheiten und nicht nach den von subjektiven Vorstellungen geprägten Parteivereinbarungen zur Wohnfläche abzurechnen³³³. Soweit der VIII. Senat früher Abweichungen bis zu 10 % von der vereinbarten zu der tatsächlichen Wohnfläche auch im Rahmen einer Betriebskostenabrechnung als unbeachtlich angesehen hat³³⁴, hält er daran nicht mehr fest.

Es ist nicht richtig, dass die Heizkostenverordnung mit der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 5 HeizkostenV anerkennt, dass die Einbeziehung nicht beheizter Teilflächen in die der Umlegung zugrunde zu legende Wohnfläche keinen Verstoß gegen die Vorschriften der Verordnung darstellt und deshalb auch Wertungsspielräume der Parteien, mit denen diese in gewissem Umfang subjektive Vorstellungen verwirklichten, in die Abrechnung einfließen dürfen, so dass gewisse Unschärfen bei der Abrechnung hinzunehmen sind. Entsprechend dürfe es dem Vermieter nicht verwehrt sein, bei seinen Mietern unterschiedliche Umlagemastäbe anzuwenden, solange lediglich die tatsächlich angefallenen Kosten umgelegt würden und der Vermieter nicht mehr als die ihm entstandenen Kosten erhalte.

Auch wenn bei der Umlage von Betriebskosten absolute Verteilungsgerechtigkeit nicht zu erreichen sein mag und eine solche auch vom Gesetz nicht ver-

³³² zuletzt BGH v. 8.7.2009 - VIII ZR 205/08, NJW 2009, 2739 Rz. 10, 13 m.w.N.

³³³ BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, GE 2018, 869.

³³⁴ BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, MDR 2008, 70 = WuM 2007, 700 = GE 2007, 1686 = NJW 2008, 142.

langt wird³³⁵, erfordert eine in der gebotenen Gesamtschau angemessene und nach allen Seiten hin interessengerechte Verteilung von Betriebskosten doch jedenfalls grundsätzlich, dass objektiv entstandene und für eine geschlossene Wirtschaftseinheit (im Streitfall: für mehrere Wohnungen in einem Mehrfamilienhaus) einheitlich erfasste Betriebskosten (hier: Heizkosten) nach einem objektiven Abrechnungsmaßstab umgelegt werden, der gleichermaßen für alle zur Wirtschaftseinheit zählenden Nutzer gilt. Damit scheidet im Allgemeinen subjektive Vorstellungen einzelner Mietvertragsparteien zur Wohnungsgröße, die ihren Ausdruck in einer Beschaffenheitsvereinbarung zur Wohnfläche gefunden haben, schon von vornherein als tauglicher Abrechnungsmaßstab aus³³⁶.

Sofern und soweit Betriebskosten nach gesetzlichen Vorgaben (vgl. etwa § 566a Abs. 1 BGB, § 7 Abs. 1 HeizkostenV) daher ganz oder teilweise nach Wohnflächenanteilen umgelegt werden, geht es mithin im Allgemeinen um den Anteil der tatsächlichen Wohnfläche der jeweils betroffenen Wohnung an der in der Wirtschaftseinheit tatsächlich vorhandenen Gesamtwohnfläche³³⁷. Auch erwähnt die Heizkostenverordnung mehrfach den Begriff der "anerkannten Regeln der Technik" (so in § 5 Abs. 2 Satz 2, § 7 Abs. 1 Satz 3, § 9 Abs. 1 Satz 5, § 9b Abs. 2), der eher darauf hindeutet, dass der Ordnungsgeber in erster Linie in diesen Regeln niedergelegte objektive Kriterien für die Heizkostenverteilung als maßgeblich ansieht. Dies spricht ebenfalls dafür, die tatsächlichen Verhältnisse bei der Abrechnung nach Wohnflächenanteilen heranzuziehen.

15.4 Umfang der Belegeinsicht

Eine vom Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB vorzunehmende Abrechnung dient dazu, die hierzu anstehenden Betriebskosten des jeweiligen Abrechnungsjahres zu erfassen, zusammenzustellen und unter Abzug der jeweils

³³⁵ vgl. hierzu BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, NJW-RR 2015, 437 Rz. 29; BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz. 17.

³³⁶ BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, GE 2018, 869.

³³⁷ so jedenfalls im Ergebnis auch: Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § 556a BGB Rz. 23; Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 556a BGB Rz. 36; Wall, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., Rz. 2338; Langenberg/Zehlelein, Betriebs- und Heizkostenrecht, 8. Aufl., F Rz. 83; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 556a BGB Rz. 28; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 556a BGB Rz. 19; Schmid/Harsch in Schmid/Harz, Mietrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, § 556a BGB Rz. 166c; Heix, WuM 2016, 263 (265); Hinz, JR 2017, 284, 286; unklar: MünchKomm/Schmid-Zehlelein, 7. Aufl., § 556a BGB Rz. 31.

geleisteten Vorauszahlungen auf die einzelnen Mieter zu verteilen. Dazu muss sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 Abs. 1 BGB entsprechen, also eine aus sich heraus verständliche geordnete Zusammenstellung der zu den umzulegenden Betriebskosten im Abrechnungsjahr getätigten Einnahmen und Ausgaben enthalten, um es dem Mieter zu ermöglichen, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten gedanklich und rechnerisch nachzuprüfen³³⁸.

Darin erschöpft sich die zu erteilende Abrechnung indes nicht. Vielmehr bestimmt § 259 Abs. 1 BGB darüber hinaus, dass Belege, soweit sie erteilt zu werden pflegen, vorzulegen sind. Dementsprechend gehört es auch noch zu der vom Vermieter vorzunehmenden ordnungsgemäßen Abrechnung, dass er im Anschluss an die Mitteilung der die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltenden Rechnung dem Mieter auf dessen Verlangen zusätzlich die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen durch deren Vorlage ermöglicht, soweit dies etwa zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung oder zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen erforderlich ist³³⁹.

Es entspricht allgemeiner Auffassung im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung, dass ein Mieter in diesem Zusammenhang auch die Einsichtnahme in die vom Vermieter erhobenen Einzelverbrauchsdaten anderer Nutzer eines gemeinsam versorgten Mietobjekts hinsichtlich der Heizkosten beanspruchen kann, um sich etwa Klarheit zu verschaffen, ob bei einer verbrauchsabhängigen Abrechnung der Gesamtverbrauchswert mit der Summe der Verbrauchsdaten der anderen Wohnungen übereinstimmt, ob deren Werte zutreffend sind oder ob sonst Bedenken gegen die Richtigkeit der Kostenverteilung bestehen³⁴⁰. Diese Auffassung trifft zu³⁴¹.

³³⁸ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, NJW 2015, 406 Rz. 11; BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, NJW-RR 2014, 76 Rz. 13; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rz. 9; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rz. 11; jeweils m.w.N.

³³⁹ BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rz. 9; BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2; jeweils m.w.N.

³⁴⁰ z.B. Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 112; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 481; Harsch, WuM 2015, 399 (400 f.); jeweils m.w.N.

³⁴¹ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, WuM 2018, 288 = ZMR 2018, 573 = GE 2018, 577.

Hingegen bedarf es dazu nicht der zusätzlich geforderten Darlegung eines besonderen Interesses an einer Belegeinsicht in die Verbrauchswerte der anderen im Haus befindlichen Mietwohnungen³⁴². Schon der Wortlaut der allgemeinen Vorschrift des § 259 Abs. 1 BGB bietet dafür keinen Anhalt. Vielmehr ist es gerade Zweck einer solchen Belegvorlagepflicht, die Ausführung der abzurechnenden Geschäfte umfassend nachprüfbar zu gestalten und es dem Einsichtsberechtigten etwa zu ermöglichen, sich durch Nachfrage bei den in den Belegen genannten Dritten über die Richtigkeit der daraus hervorgehenden Umstände zu vergewissern oder weitere Aufklärung einzuholen. Dass die durch eine Belegeinsicht begehrte Information zur Vorbereitung weiterer Ansprüche zwingend benötigt wird, ist danach nicht erforderlich. Es genügt hierfür bereits das allgemeine Interesse des Berechtigten, die Tätigkeit des Abrechnungspflichtigen zu kontrollieren³⁴³.

Für die mietrechtliche Betriebskostenabrechnung kann, wie der BGH bereits für die Vorlage von Versorgungsverträgen des Vermieters mit Dritten zwecks sachgerechter Überprüfung der Nebenkostenabrechnung und Vorbereitung etwaiger Einwendungen klargestellt hat³⁴⁴, nichts anderes gelten. Demgemäß ist auch bislang schon das mietrechtliche Schrifttum mit Recht überwiegend davon ausgegangen, dass bereits das allgemeine Interesse des Mieters an näherer Aufklärung und Kontrolle sein Verlangen nach Belegvorlage rechtfertigt³⁴⁵.

Das berechtigte Verlangen des Mieters, die Verbrauchswerte der anderen Mieter überprüfen zu wollen, scheidet deshalb auch nicht daran, dass die in den Betriebskostenabrechnungen genannten Verbrauchswerte unstreitig so in seiner Wohnung abgelesen worden sind³⁴⁶.

Vergeblich hält die Revisionserwiderung dem von den Beklagten geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht entgegen, der dabei von ihnen auf ein Einsichtsrecht in die den Abrechnungen zugrunde liegenden Originalbelege der

³⁴² BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, WuM 2018, 288 = ZMR 2018, 573 = GE 2018, 577.

³⁴³ vgl. BGH v. 8.2.2007 - III ZR 148/06, WPM 2007, 1423 Rz. 6; BGH v. 3.11.2011 - III ZR 105/11, WM 2012, 944 Rz. 12 f.; BGH v. 9.11.2017 - III ZR 610/16, WPM 2017, 2296 Rz. 21; jeweils m.w.N.

³⁴⁴ BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276; dazu *Milger*, PiG 92 [2012], 189 (194).

³⁴⁵ Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 481; *Harsch*, WuM 2015, 399 (400 f.); jeweils m.w.N.

³⁴⁶ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, WuM 2018, 288 = ZMR 2018, 573 = GE 2018, 577.

übrigen Wohnungen des Hauses gestützte Gegenanspruch habe nur so verstanden werden können, dass sie die Originalbelege hätten übersandt erhalten wollen. Eine solche Übersendung, und zwar noch dazu der Originalbelege, sei jedoch nach der Rechtsprechung des Senats von einer Belegvorlagepflicht der Klägerin nicht mehr gedeckt und habe deshalb den Beklagten von vornherein nicht zugestanden.

Es kann auch nicht in Zweifel gezogen werden, dass das von dem Mieter geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht, das gemäß § 274 Abs. 1 BGB nur die Wirkung einer Zug-um-Zug-Verurteilung zur Folge haben soll, überhaupt die begehrte Abweisung der Klage rechtfertigen kann³⁴⁷.

15.5 Rechtsfolge des Zurückbehaltungsrechts

Die Übermittlung einer (formell) ordnungsgemäßen Abrechnung an den Mieter führt allein schon die Fälligkeit des sich hieraus ergebenden Nachforderungs- oder Guthabensaldos gemäß § 271 Abs. 1 BGB herbei, ohne dass es für den Fälligkeitszeitpunkt noch zusätzlich darauf ankommt, ob nach Erteilung der Abrechnung zunächst eine angemessene Frist zu ihrer Überprüfung durch den Mieter verstrichen ist³⁴⁸. Ebenso ist geklärt, dass der Mieter gegenüber einer Nachforderung des Vermieters ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB geltend machen kann, solange der Vermieter ihm keine Überprüfung der Abrechnung ermöglicht³⁴⁹. Noch nicht näher befasst hat sich der VIII. Senat allerdings mit der Frage, ob sich in diesem Fall die Rechtsfolge einer verweiger- ten Belegeinsicht stets auf die in § 274 Abs. 1 BGB bei Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts vorgesehene Verurteilung des Mieters zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) beschränkt oder ob eine Verweigerung der Belegeinsicht auch zur Klageabweisung führen kann.

Soweit diese Frage im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung erörtert wird, wird einhellig eine Leistungspflicht des Mieters verneint, solange der Vermieter unberechtigt eine begehrte Belegeinsicht verweigert.

³⁴⁷ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, WuM 2018, 288 = ZMR 2018, 573 = GE 2018, 577.

³⁴⁸ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 20; BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 8; jeweils m.w.N.

Dies wird teilweise mit einem abweichend von der Rechtsfolge des § 274 Abs. 1 BGB erforderlichen Hinausschieben der Fälligkeit³⁵⁰ sowie teilweise damit begründet, dass der Vermieter durch Verweigerung der Belegeinsicht dem Mieter in vertragsverletzender Weise dessen Recht auf eine vorgreifliche Überprüfung der Abrechnung verhindere, so dass sich sein gleichwohl erhobenes Zahlungsverlangen als eine gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßende unzulässige Rechtsausübung darstelle³⁵¹.

Der BGH hält letztgenannte Sichtweise für zutreffend³⁵². Der VIII. Senat hat bereits in anderem Zusammenhang entschieden, dass einer (gerichtlichen) Anspruchserhebung der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen kann, wenn der erhobene Anspruch mit einer Rechnungslegung zusammenhängt, die der Gläubiger dem Schuldner aber verweigert und dadurch den erhobenen Anspruch der dem Schuldner zustehenden Nachprüfung treuwidrig zu entziehen versucht³⁵³.

So verhält es sich auch im Streitfall. Die Unzulässigkeit der von dem Vermieter gewählten Vorgehensweise ergibt sich insbesondere daraus, dass es sinnwidrig wäre, einen Schuldner, der eine Abrechnung erst noch nachprüfen will, sogleich zur Zahlung des ungeprüften Betrages zu verurteilen, der nach Erhalt der Zug um Zug zu erteilenden Belegeinsicht dann auch so im titulierten Umfang zu erbringen wäre. Der Sinn einer Überprüfung der Betriebskostenabrechnung liegt vielmehr gerade darin, den Mieter bereits vorab in die Lage zu versetzen, etwaige Abrechnungsfehler aufzudecken, und ihm über die unmittelbare Belegkontrolle und das dadurch vermittelte eigene Bild die Möglichkeit zur wirkungsvollen Abwehr der ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus einem wegen eines vertragsverletzenden Verhaltens des Vermieters ansonsten ganz oder teilweise ungeprüft bleibenden Abrechnungssaldos einzuräumen³⁵⁴.

³⁴⁹ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 21; BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276; jeweils m.w.N.

³⁵⁰ z.B. LG Bremen, WuM 2013, 488, 489; LG Kempten, ZMR 2017, 248 f.; *Blank* in *Blank/ Böstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 184a.

³⁵¹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 299; NJOZ 2015, 1556 (1557 f.); KG v. 12.3.2012 - 12 U 72/11, juris Rz. 5; Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 123 m.w.N. zum Meinungsstand.

³⁵² BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, WuM 2018, 288 = ZMR 2018, 573 = GE 2018, 577.

³⁵³ vgl. BGH v. 24.11.1971 - VIII ZR 81/70, BGHZ 57, 292 (300 f.)

³⁵⁴ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, WuM 2018, 288 = ZMR 2018, 573 = GE 2018, 577.

16 Heizkosten

16.1 Pauschale entgegen § 2 HeizkV

Ob eine gegen § 2 HeizkV verstoßende Vereinbarung der Miete zu dem recht führt, schon für die Vergangenheit oder erst für die Zukunft eine verbrauchsabhängige Abrechnung zu fordern, ist streitig. Überwiegend wird angenommen, eine von der mietvertraglichen Vereinbarung einer Heizkostenpauschale abweichende Abrechnung auf der Grundlage des Flächenanteils sei erst nach entsprechender Ankündigung für die nachfolgende Abrechnungsperiode, nicht aber für die Vergangenheit zulässig³⁵⁵.

Zwar könnte der dogmatische Ansatz des BGH, nach dem durch die Vorschriften der Heizkostenverordnung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit der Mietvertragsparteien kraft Gesetzes eingeschränkt werde³⁵⁶, dafür sprechen, eine Abrechnung nach der HeizkV ohne Ankündigung auch für die Vergangenheit zuzulassen. Der Regelungszweck der HeizkV gebietet einen derartig weitreichenden Eingriff in die Vertragsfreiheit der Mietvertragsparteien indes nicht: Durch die Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung soll das Nutzerverhalten bei der Raumheizung und beim Warmwasserverbrauch mit dem Ziel einer Energieeinsparung beeinflusst werden; § 2 HeizkV soll sicherstellen, dass mietvertragliche Bestimmungen die verbrauchsabhängige Abrechnung nicht verhindern können³⁵⁷. Dieses Ziel der Beeinflussung des Nutzerverhaltens kann für die Vergangenheit nicht mehr erreicht werden, sondern setzt gerade eine Ankündigung, dass sich die Abrechnung in Zukunft am Verbrauch orientieren werde, voraus³⁵⁸. Auch erfordert die verbrauchsabhängige Erfassung die Installation entsprechender Erfassungsgeräte, die - wie der vorliegende Fall zeigt, in dem nicht verbrauchs- sondern flächenabhängig abgerechnet wird – nicht rückwirkend möglich ist³⁵⁹. Zudem spricht eine weitere Überlegung für die Auffassung, dass eine Abrechnung der Heizkosten nach Verbrauch und Fläche nur

³⁵⁵ vgl. OLG Düsseldorf, WuM 2006, 381; OLG Frankfurt v. 12.3.2003 - 7 U 50/02, zit. nach juris; OLG Hamburg v. 5.9.2016 - 4 U 29/16, unveröffentlicht; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 69; *Lammel*, WuM 2007, 439; a.A.: LG Heidelberg, WuM 2011, 217; *Langenberg/Zehlein*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 8 Aufl. 2016, Rz. K 20

³⁵⁶ BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, WuM 2006, 518 = GE 2006, 1094 = MDR 2007, 204.

³⁵⁷ BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, WuM 2006, 518 = GE 2006, 1094 = MDR 2007, 204.

³⁵⁸ OLG Hamburg v. 24.5.2017 - 8 U 41/16, ZMR 2017, 884.

³⁵⁹ *Lammel*, WuM 2007, 439.

nach Ankündigung für zukünftige Abrechnungszeiträume zulässig ist: Für den Bereich des Wohnraummietrechts regelt § 556a Abs. 2 S. 2 BGB, dass die Betriebskosten erst nach Ankündigung des Vermieters und für zukünftige Abrechnungszeiträume verbrauchsabhängig abgerechnet werden dürfen. Auch § 6 Abs. 4 S. 3 HeizkV lässt eine Festlegung und Änderung des Abrechnungsmaßstabes nur für künftige Abrechnungszeiträume zu. Der zugrundeliegende allgemeine Rechtsgedanke, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Zweckmäßigkeit eine Neuregelung der Abrechnungsstruktur nur für die Zukunft erfolgen kann, ist auch auf den vorliegend relevanten Bereich der Heizkostenabrechnung im Gewerberaummietrechts übertragbar; eine Umgestaltung der Mietstruktur hinsichtlich der Heizkosten ist danach auch insoweit nur für die Zukunft und nicht rückwirkend zulässig³⁶⁰.

17 Vermieterpfandrecht

17.1 Erlöschen durch Entfernen eines Fahrzeugs

Zu den Gegenständen, auf die sich das Vermieterpfandrecht erstreckt, gehören grundsätzlich auch die regelmäßig auf dem Mietgrundstück abgestellten Kraftfahrzeuge³⁶¹. Eingebracht sind nämlich alle Sachen, die während der Mietzeit willentlich und wissentlich in die Mieträume oder auf das Mietgrundstück verbracht werden³⁶². Bei Sachen, die nur vorübergehend in der Absicht alsbaldiger Wiederentfernung eingestellt werden, ist danach zu unterscheiden, ob der vorübergehende Verbleib der bestimmungsgemäßen Nutzung der Mietsache entspricht³⁶³. Ein Kraftfahrzeug, das auf dem vermieteten Grundstück geparkt wird, ist dementsprechend eingebracht. Denn seine regelmäßige vorübergehende Einstellung gehört zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache³⁶⁴.

³⁶⁰ vgl. Schmidt-Futterer/Lammel, 12. Aufl. 2015, § 2 HeizKV Rz. 12; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 69.

³⁶¹ BGH v. 6.12.2017 - XII ZR 95/16, ZMR 2018, 496 = NZM 2018, 203 = GE 2018, 253 = DWW 2018, 52.

³⁶² MünchKomm/Ganter, 3. Aufl. § 50 InsORn. 86; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 750; Eckert, ZIP 1984, 663; vgl. auch RGZ 132, 116.

³⁶³ MünchKomm/Ganter, 3. Aufl. § 50 InsO Rz. 86; FK-InsO/Imberger, 8. Aufl., § 50 InsO Rz. 57; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiets, § 562 BGB Rz. 40.

³⁶⁴ vgl. MünchKomm/Ganter, 3. Aufl. § 50 InsO Rz. 86; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiets, § 562 BGB Rz. 40.

Nach den getroffenen Feststellungen waren die LKW und der Anhänger nachts jeweils auf dem Betriebsgrundstück bestimmungsgemäß abgestellt.

Die noch vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Forderungen des Vermieters waren durch das Vermieterpfandrecht insolvenzfest gesichert, sofern sich die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung am 10. April 2013 um 13:20 Uhr auf dem Betriebsgelände befanden, nachdem sie im Anschluss an die letzte Ausfahrt - falls nach vorläufiger Insolvenzeröffnung, mit notwendiger Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters³⁶⁵ - dort wieder eingebracht waren³⁶⁶. Wären sie hingegen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vom Grundstück entfernt gewesen und erst nach der Insolvenzeröffnung wieder eingebracht worden, führte das dadurch neu entstandene Vermieterpfandrecht nur zur Sicherung von Masseschulden des Mieters aus dem nach der Insolvenzeröffnung fortbestehenden (§§ 108, 109 InsO) Mietverhältnis; es sicherte dann nicht die Forderungen aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung, die einfache Insolvenzforderungen sind³⁶⁷.

Gemäß § 562 a Satz 1 BGB erlischt das Pfandrecht des Vermieters mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, außer wenn diese ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Nach Satz 2 der Vorschrift kann der Vermieter nicht widersprechen, wenn die Entfernung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen. Waren die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung für Zwecke von Kundenbesuchen oder Auslieferungen im Gebrauch, so waren sie in dem Augenblick vom vermieteten Grundstück tatsächlich räumlich entfernt. Dem konnte der Vermieter bis zur Insolvenzeröffnung auch unter Fortsetzung des Geschäftsbetriebs durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht widersprechen³⁶⁸, solange die dem Fahrzeugzweck entsprechende Ausfahrt jeweils „den gewöhnlichen Lebensverhältnissen“ entsprach. Bei der Gewerbemiete ist damit eine Entfernung

³⁶⁵ MünchKomm/*Ganter*, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 86.

³⁶⁶ BGH v. 6.12.2017 - XII ZR 95/16, ZMR 2018, 496 = GE 2018, 253 = DWW 2018, 52.

³⁶⁷ MünchKomm/*Ganter*, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 86b; *Kayser/Thole/Lohmann*, 8. Aufl., § 50 InsO Rz. 24; *BeckOK InsO/Haneke*, [Stand: 31. Juli 2017], § 50 InsO Rz. 19; *Jaeger/Heckel*, § 50 InsO Rz. 39.

³⁶⁸ vgl. *BeckOK InsO/Haneke*, [Stand: 31. Juli 2017], § 50 InsO Rz. 18; *FK-InsO/Imberger*, 8. Aufl., § 50 InsO Rz. 65.

von Sachen im regelmäßigen Geschäftsbetrieb gemeint³⁶⁹, auch soweit der vorläufige Insolvenzverwalter ihn fortführt.

Zwar wird in Teilen der Rechtsprechung und Literatur vertreten, eine von vornherein lediglich vorübergehend geplante Wegschaffung der Sachen reiche für das Erlöschen des Vermieterpfandrechts nicht aus. Das ergebe sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 1253 Abs. 1 BGB, denn es sei auch für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht anerkannt, dass eine nur vorübergehende Besitzaufgabe nicht zu seinem Erlöschen führe, da nach § 856 Abs. 2 BGB die ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht den Besitz beende. Zum anderen werde für die insoweit gleichlautenden Tatbestandsmerkmale im Hypothekenrecht (§§ 1121, 1122 BGB), bei dem die gleiche Problematik hinsichtlich des Umfangs der Haftung bestehe, einhellig die Auffassung vertreten, dass unter den Begriff der Entfernung nur die für dauernd geplante Wegschaffung zu verstehen sei. Wegen der rechtlichen und tatsächlichen Vergleichbarkeit dieser Vorschriften seien die dortigen Ergebnisse auf § 562a BGB übertragbar. Es sei auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Entfernung von Sachen im Sinne des § 562a BGB anders behandelt werden solle als deren Einbringung, für die gefordert werde, dass die Sachen des Mieters nicht lediglich vorübergehend eingestellt seien. Daher lasse insbesondere die tägliche Ausfahrt mit dem eingebrachten Kraftfahrzeug nicht morgens das Pfandrecht erlöschen, um abends beim Einstellen auf dem Grundstück wieder neu begründet zu werden. Andernfalls wäre das Pfandrecht der Willkür des Mieters ausgesetzt, der durch kurzfristiges Entfernen der Sachen das Vermieterpfandrecht aushöhlen könnte, auch durch Pfändung oder Verpfändung während der Ausfahrt. Die zum Erlöschen des Vermieterpfandrechts führende Entfernung sei daher erst beendet, wenn die eingebrachten Gegenstände vollständig aus dem Zugriffsbereich des Vermieters verbracht worden seien³⁷⁰.

³⁶⁹ vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 60.

³⁷⁰ OLG Frankfurt, ZMR 2006, 609 (610); OLG Frankfurt, NJW-RR 2007, 230 (231); LG Neuruppin, NZM 2000, 962 (963); Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 13. Aufl., § 562a BGB Rz. 8 ff.; Bub/Treier/von der Osten, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III. A Rz. 2230 ff.; Riecke in: Klein-Blenkers/Heinemann/Ring, Miete/WEG Nachbarschaft, § 562a BGB Rz. 4; Sterneel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., III Rz. 226; Jauernig/Teichmann, 16. Aufl., § 562a BGB Rz. 2; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 767; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 562a BGB Rz. 3; Lindner-

Eine früher vertretene Auffassung hat weiter danach differenzieren wollen, ob die vorübergehend entfernten Sachen in einen fremden Machtbereich eingebracht worden sind³⁷¹.

Demgegenüber lässt die wohl überwiegende Meinung jede auch nur vorübergehende Entfernung der Sachen für ein Erlöschen des Vermieterpfandrechts genügen und geht von dessen Neubegründung bei Wiedereinbringen aus. Zur Begründung wird angeführt, es fehlten brauchbare Kriterien zur Abgrenzung von vorübergehender und dauerhafter Entfernung, weshalb Rechtsunsicherheit drohe. So wie ein vorübergehendes Hineinschaffen unter Umständen für ein Einbringen genüge, reiche auch ein vorübergehendes Herausschaffen für ein Entfernen. Deshalb erlösche das Pfandrecht des Vermieters eines Betriebsgrundstücks an den Fahrzeugen des Mieters jedes Mal, wenn diese im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs das Mietgrundstück verlassen. Kehren sie zurück, entstehe das Pfandrecht neu³⁷².

Zutreffend ist die zuletzt genannte Auffassung³⁷³.

Figura/Oprée/Stellmann/Moeser, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 12 Rn. 303; Weimar, ZMR 1972, 295, 296; Alexander, JuS 2014, 1, 5.

³⁷¹ vgl. Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 80 f.; dem folgend Kast, Die Beendigungsgründe des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters [Diss. 1911], S. 56 f.; Ebmeier, Das Vermieterpfandrecht [Diss. 1908], S. 59; Hülsberg, Pfandrecht des Vermieters [Diss. 1907], S. 35 f.

³⁷² OLG Karlsruhe, NJW 1971, 624 (625); OLG Hamm, MDR 1981, 407; OLG München, UFITA 34 [1961], 218 (219 f.); MünchKomm/Ganter, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 95a; BeckOK BGB/Ehler, [Stand: 1. August 2012], § 562a BGB Rz. 4a; BeckOK Mietrecht/Dötsch, [Stand: 1. September 2017], § 562a BGB Rz. 19; Uhlenbruck/Brinkmann, 14. Aufl., § 50 InsO Rz. 30; BeckOGK/Reuschle, [Stand: 1. Oktober 2017] § 562a BGB Rz. 4; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummierte, § 562a BGB Rz. 13 ff.; Jaeger/Henckel, § 50 InsO Rz. 46; Staudinger/Emmerich, BGB [2018], § 562a BGB Rz. 5; MünchKomm/Artz, 7. Aufl., § 562 a BGB Rz. 5; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 562a Rz. 4; Trenk-Hinterberger, ZMR 1971, 329 (330 f.); Bronsch, ZMR 1970, 1, 2; Fischer-Dieskau/Franke, Wohnungsbaurecht, [Stand: August 2010], § 562a BGB Anm. 4; Lützenkirchen/Dickersbach, Mietrecht, 2. Aufl., § 562a BGB Rz. 9; Palandt/Weidenkaff, 76. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; Spielbauer/Schneider/Kellendorfer, Mietrecht, § 562a BGB Rz. 6; Herrlein in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; Gramlich, Mietrecht, 13. Aufl., § 562a BGB; Schach in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 562a BGB Rz. 2; HK-InsO/Büchler/Scholz, 6. Aufl., § 50 InsO Rz. 33; Hess, 2. Aufl., § 50 InsO Rz. 59; KK-InsO/Hess, § 50 InsO Rz. 64; vgl. auch bereits RG, WarnRspr. 1909 Nr. 401 S. 377 (378); LG Koblenz, JW 1929, 959 mit Anm. Graßhoff, Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl., S. 586 f.

³⁷³ BGH v. 6.12.2017 - XII ZR 95/16, ZMR 2018, 496 = GE 2018, 253 = DWW 2018, 52.

Die Auslegung des § 562 a BGB hat vom Wortlaut des Gesetzestextes auszugehen. Dieser differenziert nicht danach, ob die dem Pfandrecht unterliegenden Sachen auf Dauer oder nur vorübergehend weggeschafft werden. Der Gesetzestext spricht ohne Einschränkung von einer „Entfernung“ und legt damit ein Wort zugrunde, dem schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein Zeitpunkt innewohnt³⁷⁴ und das auch keine bestimmten Begleitumstände fordert³⁷⁵. Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Entfernung“ enthält der Gesetzeswortlaut somit nicht.

Für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung finden sich auch keine Hinweise in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Bereits bei den Beratungen des § 560 Satz 1 BGB a.F. als Vorläufer des heutigen § 562 a BGB war erörtert worden, dass das Widerspruchsrecht des Vermieters auch dann eingeschränkt werden müsse, wenn eine nur vorübergehende Entfernung durch die gewöhnlichen Lebensverhältnisse geboten sei, z.B. von Reiseutensilien bei Antritt einer Reise und von reparaturbedürftigen Sachen, deren Ausbesserung außerhalb des Hauses zu erfolgen habe³⁷⁶. Es entsprach damit der Vorstellung des historischen Gesetzgebers, dass auch die nur vorübergehende Entfernung von Sachen zum (vorübergehenden) Erlöschen des Vermieterpfandrechts führt.

Ebenso sprechen systematische Erwägungen nicht für eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Entfernung der Sachen. Eine solche ist insbesondere nicht aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung in Bezug auf Tatbestände des rechtsgeschäftlichen Mobiliarpfandrechts geboten. Denn im Unterschied zu diesem handelt es sich bei dem Vermieterpfandrecht um ein besitzloses Pfandrecht, auf das die besitzrechtliche Bestimmung des § 856 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden kann.

Dasselbe gilt für die von der Gegenauffassung herangezogenen Tatbestände des Hypothekenrechts (§§ 1121, 1122 BGB). Zwar ist für die dort geregelten Enthaltungstatbestände anerkannt, dass unter den Begriff der Entfernung nur die für dauernd geplante Wegschaffung zu verstehen sei. § 1121 BGB ver-

³⁷⁴ *Trenk-Hinterberger*, ZMR 1971, 229 (330).

³⁷⁵ *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, § 562a BGB Rz. 14.

³⁷⁶ vgl. Motive II S. 408, zitiert bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II S. 227 f.

knüpft die Entfernung jedoch mit der Veräußerung. Beide müssen dergestalt miteinander zusammenhängen, dass die Entfernung wegen der und zur Verwirklichung der Veräußerung geschieht³⁷⁷. Bereits der notwendige Zusammenhang mit der Veräußerung bedingt die endgültige Entfernung³⁷⁸. Ein damit vergleichbarer Zusammenhang wird in § 562 a Satz 1 BGB nicht hergestellt.

Für das Vermieterpfandrecht enthält das Gesetz auch keine dem § 1122 Abs. 1 BGB entsprechende Bestimmung, die eine Enthftung bei nur vorübergehender Entfernung ausdrücklich ausschließt. Dass es sich insoweit um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, kann nicht angenommen werden, nachdem der Gesetzgeber in Bezug auf das Vermieterpfandrecht beispielsweise an Reiseutensilien und reparaturbedürftigen Sachen ausdrücklich eine andere Systematik vorausgesetzt hat als für den Hypothekenverband durch § 1122 Abs. 1 BGB bestimmt³⁷⁹.

Schließlich sprechen Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für eine ausschließlich räumliche Anknüpfung des Begriffs der Entfernung der Sachen, weil handhabbare Kriterien zur Unterscheidung zwischen einer bloß vorübergehenden und einer dauernden Entfernung der Sachen von dem vermieteten Grundstück fehlen³⁸⁰. Solche Kriterien führten zu einer der sachenrechtlichen Klarheit unzutraglichen Rechtsunsicherheit.

Auch im Ergebnis wäre es nicht gerechtfertigt, wenn sich etwa im Falle einer Ausfahrt zur Reparatur des Fahrzeugs das an den Besitz anknüpfende Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) nicht gegenüber dem besitzlosen Vermieterpfandrecht durchsetzen sollte³⁸¹. Denn während das Entstehen eines Werkun-

³⁷⁷ BGHZ 60, 267 (268); RGZ 144, 152 (154 f.); MünchKomm/Lieder, 7. Aufl., § 1121 BGB Rz. 19.

³⁷⁸ vgl. RGZ 143, 241 (247 ff.); MünchKomm/Lieder, 7. Aufl., § 1122 BGB Rz. 8; *Trenk-Hinterberger*, ZMR 1971, 229 (330).

³⁷⁹ vgl. auch *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, § 562a BGB Rz. 15; *Herrlein* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; *Trenk-Hinterberger*, ZMR 1971, 329 (330 f.); Spielbauer/Schneider/Kellendorfer, Mietrecht, § 562a BGB Rz. 6.

³⁸⁰ Staudinger/*Emmerich*, [2018], § 562a BGB Rz. 5; BeckOK MietR/*Dötsch*, [Stand: 1. September 2017]. § 562 a BGB Rz. 19; *Blank* in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 562a BGB Rz. 4.

³⁸¹ MünchKomm/*Artz*, 7. Aufl., § 562a BGB Rz. 6; Jaeger/*Henckel*, § 50 InsO Rz. 46; Staudinger/*Emmerich*, [2018], § 562a BGB Rz. 5; *Herrlein* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; kritisch *Weimar*, ZMR 1972, 295 (296).

ternehmerpfandrechts an den Sachen des Bestellers durch diesen nicht verhindert werden kann, kann der Mieter das Entstehen des Vermieterpfandrechts beeinflussen, indem er das Fahrzeug für gewöhnlich entweder auf dem Mietgrundstück oder im öffentlichen Straßenraum abstellt. Das Vermieterpfandrecht hängt vom Einbringungswillen des Mieters ab und ist deshalb von vornherein schwächer ausgestaltet.

18 Beendigung des Mietvertrages

18.1 Sittenwidrigkeit eines Mietaufhebungsvertrages

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt³⁸². Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann³⁸³. So begründet die Mitwirkung eines Dritten an dem Vertragsbruch einer Partei für sich genommen nicht den objektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit; es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als sittenwidrige Schädigung erscheinen lassen. In dem Eindringen des Dritten in die Vertragsbeziehungen muss ein besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Geschädigten hervortreten. Dies ist etwa der Fall, wenn der Dritte eine Vertragspartei zum Vertragsbruch verleitet, kollusiv mit ihr zusammenwirkt oder die Verletzung vertraglicher - beispielsweise gesellschaftsrechtlicher - Treuepflichten bewusst unterstützt³⁸⁴. Die Schwelle, von der ab der Einbruch in fremde Vertragsbeziehungen als Verstoß gegen die guten Sitten zu bewerten ist, darf jedoch nicht zu niedrig angesetzt werden³⁸⁵.

³⁸² vgl. BGH v. 15.10.2013 - VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380 Rz. 8 m.w.N.; BGH v. 4.6.2013 - VI ZR 288/12, NJW-RR 2013, 1448 Rz. 14 m.w.N.

³⁸³ vgl. BGH v. 19.7.2004 - II ZR 217/03, NJW 2004, 2668 (2670).

³⁸⁴ BGH v. 15.10.2013 - VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380 Rz. 8 m.w.N.

³⁸⁵ BGH v. 2.6.1981 - VI ZR 28/80 - NJW 1981, 2184, 2185

Nach diesen Grundsätzen kann der Abschluss des Mietaufhebungsvertrags vom 5. August 2014 nicht als sittenwidrig qualifiziert werden³⁸⁶.

Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien eines Mietvertrags unabhängig von einer vereinbarten Mietzeit das Mietverhältnis jederzeit durch einen Aufhebungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) vorzeitig beenden³⁸⁷. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Mieter einen Untermietvertrag geschlossen oder einem Dritten auf einer anderen rechtlichen Grundlage die Mietsache zur Nutzung überlassen hat³⁸⁸. In diesen Fällen kann ein Mietaufhebungsvertrag jedoch dann sittenwidrig sein, wenn für den Vermieter und den Mieter kein vernünftiger Grund für die Beendigung des Mietverhältnisses besteht und der Zweck des Mietaufhebungsvertrags allein darin liegt, dass der Eigentümer wieder Alleinbesitz an dem Mietobjekt erlangt³⁸⁹. Eine gemeinsame (subjektive) Schädigungsabsicht der vertragsschließenden Parteien reicht zur Annahme einer Sittenwidrigkeit allein noch nicht aus. Erforderlich ist außerdem, dass der Vertrag die Rechtsstellung des Dritten tatsächlich verschlechtert. Ein für den Dritten objektiv nicht nachteiliges Rechtsgeschäft erfüllt den Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB nicht³⁹⁰. Deshalb ist der Abschluss eines Mietaufhebungsvertrags dann nicht sittenwidrig, wenn dem Hauptmieter gegen den Dritten ein Kündigungsrecht zusteht, mit dem er dessen Gebrauchsmöglichkeit zeitnah beenden kann³⁹¹.

Gemessen hieran ist der Mietaufhebungsvertrag nicht bereits deshalb sittenwidrig, weil dadurch dem Untermieter die durch den Geschäftsbesorgungsvertrag vermittelte Möglichkeit genommen wurde, das Gelände zur Durchführung von Rennsportveranstaltungen zu nutzen.

Im vorliegenden Fall bestanden sowohl für den Vermieter als auch für die F.H. GmbH (= Untervermieter) vernünftige Gründe dafür, den Mietvertrag vorzeitig aufzuheben. Die klagende Eigentümerin kann grundsätzlich frei darüber ent-

³⁸⁶ BGH v. 18. April 2018 – XII ZR 76/17, MDR 2018, 856 = NZM 2018, 601 = GE 2018, 870.

³⁸⁷ Staudinger/Rolls, [2018], § 542 BGB Rz. 174; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., Anhang zu § 542 BGB Rz. 1.

³⁸⁸ BGH v. 18.4.2018 – XII ZR 76/17, MDR 2018, 856 = NZM 2018, 601 = GE 2018, 870.

³⁸⁹ vgl. KG, ZMR 1988, 137 f.

³⁹⁰ BGH v. 28.10.2011 - V ZR 212/10, NJW-RR 2012, 18 Rz. 10.

³⁹¹ vgl. Bub/Treier/Scheuer/Emmerich, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. V. Rz. 60.

scheiden, wie sie das Rennbahngelände in der Zukunft nutzen will, und diese Entscheidung von den Gerichten nicht zu bewerten ist. Gerade im Hinblick darauf, dass der Rennbahnbetrieb in der Vergangenheit stets defizitär war, wie sich aus den verschiedenen Insolvenzen, zuletzt der Insolvenz des Rennvereins Frankfurt e.V., sowie aus der in dem Verfahren vorgelegten Budgetplanung des Untermieters für das Jahr 2016 ergibt, ist es nachvollziehbar, dass sich die Eigentümerin um eine andere wirtschaftliche Verwertung des Geländes bemühte.

Auch für die F.H. GmbH bestand nach den getroffenen Feststellungen ein vernünftiger Grund, das Mietverhältnis mit der Eigentümerin vorzeitig zu beenden. Die F.H. GmbH hatte in dem Mietvertrag weitreichende Pflichten übernommen, die zu erheblichen finanziellen Belastungen der Gesellschaft führten. Neben der Zahlung der jährlichen Miete und aller Nebenkosten (§ 3 des Mietvertrags) hatte sich die Gesellschaft unter anderem dazu verpflichtet, auf eigene Kosten sämtliche Gebäude auf dem Mietgrundstück in Dach und Fach zu unterhalten (§ 5 Abs. 1 des Mietvertrags), sowie zur Instandsetzung von sämtlichen Beschädigungen, die anlässlich des Rennbahnbetriebs am Mietgegenstand eintreten (§ 5 Abs. 2 des Mietvertrags). Zudem verzichtete die F.H. GmbH auf alle Schadensersatzansprüche gegen die Vermieterin und verpflichtete sich zudem, die Vermieterin von allen Schadenersatzansprüchen freizustellen, die Dritte im Zusammenhang mit der Nutzung des Mietgrundstücks gegen die Vermieterin geltend machen (§ 7 des Mietvertrags). Die zur Erfüllung dieser Pflichten erforderlichen finanziellen Mittel konnte die GmbH in der Vergangenheit aus dem Rennsportbetrieb nicht erwirtschaften. Nach den getroffenen Feststellungen war auch zum Zeitpunkt der Entscheidung, den Mietaufhebungsvertrag abzuschließen, nicht zu erwarten, dass dies in der Zukunft anders sein würde und die F.H. GmbH durch den Rennbahnbetrieb Einnahmen erzielen könnte, die zumindest die anfallenden Kosten decken. Dass sich der Zeuge H. als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der F.H. GmbH unter diesen Voraussetzungen zur Beendigung des Mietverhältnisses entschloss, ist eine betriebswirtschaftliche Entscheidung, die nachvollziehbar ist und für sich genommen nicht als verwerflich beurteilt werden kann³⁹².

³⁹² BGH v. 18.4.2018 – XII ZR 76/17, MDR 2018, 856 = NZM 2018, 601 = GE 2018, 870.

Der F.H. GmbH stand nach § 3 Nr. 2 des Geschäftsbesorgungsvertrags auch das Recht zu, den Geschäftsbesorgungsvertrag bereits vor Ablauf der in § 3 Nr. 1 des Vertrags bestimmten Laufzeit bis 31.08.2024 zu kündigen. Für die Ausübung des in § 3 Nr. 2 des Geschäftsbesorgungsvertrags geregelten Kündigungsrechts bestanden keine weiteren Einschränkungen.

Der F.H. GmbH stand damit ein uneingeschränktes Kündigungsrecht zu. Folglich hätte die F.H. GmbH zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietaufhebungsvertrags den Geschäftsbesorgungsvertrag mit Wirkung zum 31.12.2014 kündigen können. Deshalb führte der Mietaufhebungsvertrag nicht zu einer wesentlichen Verschlechterung der Rechtsstellung des Untermieters, zumal sich die Eigentümerin in dem Mietaufhebungsvertrag verpflichtete, dem Untermieter ein Angebot zum Abschluss eines Nutzungsvertrags zu unterbreiten, das den Untermieter zur unentgeltlichen Nutzung des Rennbahngeländes bis zum 31.12.2015, also weit über den nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt hinaus, berechtigt hätte. Unter diesen Umständen stellt der Abschluss des Mietaufhebungsvertrags trotz dessen Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Untermieters kein sittenwidriges Rechtsgeschäft dar.

18.2 Fristgerechte Kündigung

18.2.1 Kündigungsverzicht durch lebenslanges Wohnrecht im Kaufvertrag

Die betreffenden Bestimmungen des Kaufvertrags, in denen den Mietern ein lebenslanges Wohnrecht eingeräumt wurde, sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen in der vorgenannten Auslegung weder als überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) nicht Bestandteil des Kaufvertrags geworden noch wegen unangemessener Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) unwirksam³⁹³.

Eine unangemessene Benachteiligung der Kläger durch die streitigen Klauseln ergibt sich weder daraus, dass diese nicht klar und verständlich wären (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), noch aus einer inhaltlichen Unausgewogenheit (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

³⁹³ BGH v. 14.11.2018 – VIII ZR 109/18, ■.

Dies folgt allerdings nicht bereits daraus, dass die genannten Klauseln gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer - über das Transparenzerfordernis (§ 307 Abs. 3 Satz 2, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) hinausgehenden - Inhaltskontrolle entzogen wären, weil sich der im notariellen Kaufvertrag vorgesehene Mieterschutz als eine wesentliche Leistungspflicht der Kläger als Käufer und damit als ein "essentialium negotii" darstelle. Zwar unterliegen mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (sog. Leistungsbeschreibungen), ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann, nicht der Inhaltskontrolle³⁹⁴.

Um solche Leistungsbeschreibungen handelt es sich bei den hier in Rede stehenden Vereinbarungen eines lebenslangen Wohnrechts der Mieter und eines Ausschlusses der ordentlichen Kündigung jedoch nicht. Zu den "essentialia negotii" in dem vorgenannten Sinne gehören bei einem Kaufvertrag regelmäßig die Vertragsparteien, der Kaufgegenstand und der Kaufpreis³⁹⁵.

Der Inhaltskontrolle unterworfen sind hingegen Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen (lediglich) einschränken, verändern, modifizieren oder näher ausgestalten³⁹⁶.

Die vorgenannten Klauseln verstoßen nicht gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen³⁹⁷. Dies ist hier der Fall. Wie bereits ausgeführt, lassen die im Zusammen-

³⁹⁴ vgl. BGH v. 15.11.2007 - III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rz. 18; BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rz. 43 f.; BGH v. 25.10.2016 - XI ZR 9/15, BGHZ 212, 329 Rz. 21; Erman/Roloff, 15. Aufl., § 307 BGB Rz. 42 f.; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 307 BGB Rz. 37, 40 f.; MünchKomm/Wurmnest, 7. Aufl., § 307 BGB Rz. 12.

³⁹⁵ vgl. bereits RGZ 124, 81, 83 f.; siehe ferner BGH v. 23.8.2018 - III ZR 506/16, juris Rz. 23; Staudinger/Beckmann, Neubearb. 2013, § 433 BGB Rz. 18; jurisPK-BGB/Backmann, Stand 19. Mai 2017, § 145 BGB Rz. 15; jurisPK-BGB/Pammler, Stand 1. Dezember 2016, § 433 BGB Rz. 19; Palandt/Weidenkaff, 77. Aufl., Einf. v. § 433 BGB Rz. 1 f.

³⁹⁶ vgl. BGH v. 15.11.2007 - III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rz. 18; BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rz. 43 f.; BGH v. 25.10.2016 - XI ZR 9/15, BGHZ 212, 329 Rz. 21; Erman/Roloff, 15. Aufl., § 307 BGB Rz. 42 f.; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 307 BGB Rz. 37, 40 f.; MünchKomm/Wurmnest, 7. Aufl., § 307 BGB Rz. 12.

³⁹⁷ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rz. 37; BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12 (21 f.); jeweils m.w.N.

hang mit dem lebenslangen Wohnrecht der Mieter getroffenen Regelungen keinen Zweifel daran, dass ein unmittelbarer Schutz der Mieter gegenüber etwaigen Kündigungen der Erwerber/Vermieter bezweckt und damit die ordentliche Kündigung, soweit diese nicht auf Vertragsverletzungen der Mieter gestützt wird, ausgeschlossen ist³⁹⁸.

Auch eine inhaltliche Unausgewogenheit der streitbefangenen Regelungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt entgegen der Auffassung der Revision nicht vor. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die im notariellen Kaufvertrag enthaltenen Regelungen zum lebenslangen Wohnrecht der Beklagten und zum Kündigungsausschluss weder mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren seien (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) noch wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt würden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wäre (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

18.2.2 Dauer des individuellen Kündigungsverzichts

Wie der BGH bereits entschieden hat, können die Vertragsparteien die ordentliche Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses im Wege der Individualvereinbarung auch für sehr lange Zeiträume ausschließen³⁹⁹. Eine Grenze wird bei einem individuell vereinbarten Kündigungsausschluss nur durch § 138 BGB gesetzt, etwa bei Ausnutzung einer Zwangslage einer Partei oder beim Vorliegen sonstiger Umstände, die der Vereinbarung das Gepräge eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts geben⁴⁰⁰. Die individuelle Vereinbarung eines dauerhaften Ausschlusses der ordentlichen Kündigung ist daher grundsätzlich möglich. Es mag allerdings, wie in der Instanzrechtsprechung⁴⁰¹ und in der Literatur⁴⁰² allgemein angenommen wird, nach Ablauf von 30 Jahren in entsprechender Anwendung des § 544 BGB eine außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher

³⁹⁸ BGH v. 14.11.2018 – VIII ZR 109/18, ■.

³⁹⁹ vgl. BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, NJW 2013, 2820 Rz. 17; BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 Rz. 25; BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448 unter II 1.

⁴⁰⁰ BGH v. 8.5.2018 – VIII ZR 200/17, MDR 2018, 855 = WuM 2018, 437 = GE 2018, 820.

⁴⁰¹ OLG Karlsruhe, ZMR 2008 533; LG Berlin, GE 1992, 151; vgl. auch OLG Hamm NZM 1999, 753.

⁴⁰² Palandt/*Weidenkaff*, 77. Aufl., § 544 BGB Rn. 4; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 544 BGB Rz. 6; Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 13. Aufl., § 544 BGB Rz. 11; Münch-Komm/*Bieber*, 7. Aufl., § 544 BGB Rz. 5.

Frist möglich sein, die auch nicht auf den ersten möglichen Termin nach diesem Zeitablauf beschränkt ist⁴⁰³.

18.2.3 Hilfsweise Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Erklärt der Vermieter neben einer außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) aufgrund desselben Mietrückstands Hilfsweise eine fristgerechte Kündigung gemäß § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB, stellt sich die Frage, wie die Kündigungserklärung eines Vermieters auszulegen ist. Insoweit ist es verkürzt anzunehmen, "nach dem im Kündigungsschreiben erklärten Willen der Kläger sollte [...] "rein vorsorglich" das Mietverhältnis nach Verstreichen einer Frist (§ 573c BGB) enden, wenn es nicht schon zuvor durch die fristlos erklärte Kündigung beendet würde"⁴⁰⁴.

Ein Vermieter, der von der Kündigungsmöglichkeit des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB Gebrauch macht und diese mit einer Hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB verbindet, macht damit nicht nur deutlich, dass die fristlose Kündigung Vorrang haben soll, sondern erklärt zugleich, dass die ordentliche Kündigung in allen Fällen Wirkung entfalten soll, in denen die zunächst angestrebte sofortige Beendigung des Mietverhältnisses aufgrund einer - entweder bei Zugang des Kündigungsschreibens schon gegebenen oder einer nachträglich gemäß § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB (unverzögliche Aufrechnung durch Mieter) oder § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB (Schonfristzahlung oder behördliche Verpflichtungserklärung) rückwirkend eingetretenen - Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung fehlgeschlagen ist. Dies ergibt sich aus einer sachgerechten Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Kündigungserklärung⁴⁰⁵.

Bei der Auslegung einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung vorliegt, ist nicht allein auf den Wortlaut abzustellen. Vielmehr ist sie so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen

⁴⁰³ vgl. dazu BGH v. 20.2.1992 - III ZR 193/90, BGHZ 117, 236 (239).

⁴⁰⁴ BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

⁴⁰⁵ BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

musste⁴⁰⁶. Für die Auslegung sind nur solche Umstände heranzuziehen, die dem Erklärungsempfänger bekannt oder für ihn erkennbar waren⁴⁰⁷.

Gemessen daran erklärt ein Vermieter, der eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs und daneben hilfsweise oder vorsorglich eine ordentliche Kündigung ausspricht, zum einen, dass er sich in erster Linie auf den Beendigungstatbestand des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB beruft, also auf dessen Rechtswirkungen, nämlich die sofortige Auflösung des Mietverhältnisses, nicht verzichten will⁴⁰⁸. Zum anderen bringt er damit zum Ausdruck, dass das Mietverhältnis - falls die vorrangig gewollte fristlose Kündigung (gleich aus welchen Gründen) nicht zu der angestrebten Beendigung führt - wenigstens mit Ablauf der geltenden Kündigungsfrist sein Ende finden soll.

In Anbetracht der feinmaschigen, verschiedene Phasen berücksichtigenden Ausgestaltung, die eine fristlose, außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB durch den Gesetzgeber erfahren hat, steht bei Zugang einer wirksamen fristlosen Kündigung regelmäßig noch nicht endgültig fest, ob das Mietverhältnis hierdurch tatsächlich sein Ende gefunden hat. Bei verständiger Betrachtung bringt daher ein Vermieter, der seine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs hilfsweise oder vorsorglich mit einer ordentlichen Kündigung verknüpft, auch aus objektiver Mietersicht zum Ausdruck, dass die zugleich erklärte⁴⁰⁹ ordentliche Kündigung auch dann zum Zuge kommen soll, wenn die fristlose Kündigung infolge der gesetzlichen Anordnung in § 543 Abs. 2 Satz 3, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht zu dem angestrebten Ziel der endgültigen sofortigen Beendigung des Mietverhältnisses, sondern dazu geführt hat, dass dieses trotz fristloser Kündigung rückwirkend betrachtet als ununterbrochen fortgeführt gilt.

18.2.4 Kündigungssperre nach § 577a BGB

§ 577a Abs. 1a BGB wurde durch das Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung

⁴⁰⁶ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 21.5.2008 - IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702 Rz. 30; BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 86/13, ZMR 2015, 216 Rz. 38; BAGE 41, 37, 46; jeweils m.w.N.

⁴⁰⁷ BGH v. 5.10.2006 - III ZR 166/05, NJW 2006, 3777 Rz. 18 m.w.N.

⁴⁰⁸ vgl. auch BAGE 145, 184 Rz. 44; BAG, NJW 2014, 3533 Rz. 20; jeweils mwN [zu einer hilfsweise erfolgten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses].

⁴⁰⁹ vgl. hierzu BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 e.

von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz) vom 11. März 2013⁴¹⁰ eingeführt. Ziel dieser Ergänzung war es, die Umgehung des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen, insbesondere nach dem sog. "Münchener Modell", zu unterbinden⁴¹¹. Bei dem "Münchener Modell" verzichtet eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder eine Miteigentümergeinschaft nach dem Erwerb des mit Mietwohnraum bebauten Grundstücks zunächst auf die Begründung von Wohnungseigentum und den anschließenden Verkauf von Eigentumswohnungen an Interessenten, kündigt stattdessen wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter oder der Miteigentümer und umgeht so die Anwendung der Kündigungssperre des § 577a Abs. 1, 2 BGB⁴¹², da die mieterschützende Bestimmung des § 577a Abs. 1 BGB hierauf weder unmittelbar noch analog anwendbar ist⁴¹³.

Der Gesetzgeber hat deshalb zur Vermeidung derartiger Umgehungen des Kündigungsschutzes die in § 577a Abs. 1, 2 BGB für Eigenbedarfs- und Verwertungskündigungen nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 BGB vorgesehene zeitliche Kündigungssperre auch auf die Fälle der Veräußerung an eine Erwerbermehrheit erstreckt⁴¹⁴.

Gemäß § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB gilt die Kündigungsbeschränkung nach § 577a Abs. 1 BGB entsprechend, wenn vermieteter Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter entweder an eine Personengesellschaft oder an mehrere Erwerber veräußert (Nr. 1) oder zu Gunsten einer Personengesellschaft oder mehrerer Erwerber mit einem Recht belastet worden ist, durch dessen Ausübung dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch entzogen wird (Nr. 2).

Die Anwendung der Kündigungsbeschränkung nach § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB erfordert nicht, dass über die im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen hinaus - hier mithin zusätzlich zu der Veräußerung des ver-

⁴¹⁰ BGBl. I S. 434.

⁴¹¹ BT-Drucks. 17/10485, S. 2, 3, 16; BR-Plenarprotokoll 899, S. 350 A und B; BT-Plenarprotokoll 17/195, S. 23337 D; siehe hierzu auch BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, MDR 2017, 142 = WuM 2017, 94 Rz. 40; vgl. auch Staudinger/Rolfs, Neuberab. 2017, § 577a BGB Rz. 8; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 577a BGB Rz. 8 f.

⁴¹² BT-Drucks. 17/10485, S. 16; BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, MDR 2017, 142 = WuM 2017, 94.

⁴¹³ BT-Drucks. 17/10485, S. 16; BGH v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 Rz. 16 ff.

⁴¹⁴ vgl. BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 29; BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, MDR 2017, 142 = WuM 2017, 94.

mieteten Wohnraums an eine Personengesellschaft nach der Überlassung an den Mieter (§ 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB) - zumindest die Absicht des Erwerbers besteht, den vermieteten Wohnraum in Wohnungseigentum umzuwandeln⁴¹⁵.

In der Literatur wird zu dieser Frage einhellig die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber mit § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB die Verknüpfung der Kündigungssperrfrist mit der vorherigen oder beabsichtigten Umwandlung des vermieteten Wohnraums in Wohnungseigentum aufgegeben und stattdessen tatbestandlich allein auf den Erwerb durch eine Personengesellschaft oder mehrere Erwerber abgestellt hat, so dass für die Auslösung der Sperrfrist nach § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB jede Veräußerung von vermietetem Wohnraum an eine Personengesellschaft oder mehrere Erwerber genügt⁴¹⁶.

Diese Auffassung trifft zu⁴¹⁷. Die im Streitfall vorzunehmende Auslegung des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB führt zu dem von der vorbezeichneten Auffassung gefundenen Ergebnis.

Für die Auslegung von Gesetzen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen, wobei Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut der Vorschrift ist. Die im Wortlaut ausgedrückte,

⁴¹⁵ BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, WuM 2018, 292 = ZMR 2018, 569.

⁴¹⁶ vgl. nur Staudinger/Rolfs, Neuberab. 2017, § 577a BGB Rz. 23; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 577a BGB Rz 9; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., § 577a BGB Rz. 18b; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 5. Aufl., § 577a Rz. 15; *Erman/Lützenkirchen*, 15. Aufl., § 577a BGB Rz. 6c; *jurisPK-BGB/Mössner*, Stand 13.11.2017 § 577a BGB Rz. 31 m.w.N. und Rz. 72; *BeckOGK-BGB/Klühs*, Stand 1. Januar 2018, § 577a BGB Rz. 47, 50; *Klühs*, RNotZ 2012, 555, 560; *BeckOK-Mietrecht/Bruns*, § 577a BGB Rz. 1 und Rz. 15; *Fleindl*, NZM 2012, 57 (62 f.); wohl auch *MünchKommBGB/Häublein*, 7. Aufl., § 577a BGB Rz. 1 f., 8; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 77. Aufl., § 577a BGB Rz. 3a.

⁴¹⁷ BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, WuM 2018, 292 = ZMR 2018, 569.

vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption ist durch das Gericht bezogen auf den konkreten Fall möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen⁴¹⁸.

Nach diesen Maßstäben ist § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB nicht dahin auszulegen, dass der Tatbestand dieser Vorschrift das weitere - ungeschriebene - Tatbestandsmerkmal einer Umwandlungsabsicht in dem oben genannten Sinne enthielte⁴¹⁹.

Dem Wortlaut des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB ist nicht zu entnehmen, dass seitens der den vermieteten Wohnraum erwerbenden Personenmehrheit die Absicht bestehen müsste, diesen in Wohnungseigentum umzuwandeln. Mit der Formulierung in § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB, wonach die Kündigungsbeschränkung des § 577a Abs. 1 BGB entsprechend gilt, wird allein auf die Rechtsfolge dieser Vorschrift, nicht hingegen auf deren Tatbestandsvoraussetzungen Bezug genommen.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Inhalt der Gesetzesüberschrift des § 577a BGB ("Kündigungsbeschränkung bei Wohnungsumwandlung"). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist bei der Auslegung einer Vorschrift grundsätzlich auch die durch den Gesetzgeber formulierte amtliche Gesetzesüberschrift zu berücksichtigen⁴²⁰. Eine Berücksichtigung der amtlichen Gesetzesüberschrift des § 577a BGB bei der Auslegung dieser Vorschrift führt nicht zu einem für den Vermieter günstigeren Ergebnis. Die amtliche Gesetzesüberschrift gibt lediglich schlagwortartig wieder, welche Materie die Vorschrift betrifft, ohne den Regelungsbereich in allen Einzelheiten zu umfassen. Maßgebend ist daher grundsätzlich, jedenfalls bei dessen Eindeutigkeit, der Wortlaut des Gesetzes.

⁴¹⁸ vgl. nur BVerfGE 133, 168 Rz. 66 mwN; BVerfG, NJW 2014, 3504 Rz. 15; BGH v. 20.3.2017 - AnwZ (Brfg) 33/16, NJW 2017, 1681 Rz. 19; BGH v. 16.5.2013 - II ZB 7/11, NJW 2013, 2674 Rz. 27.

⁴¹⁹ BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, WuM 2018, 292 = ZMR 2018, 569.

⁴²⁰ vgl. nur BGH v. 20.3.1967 - III ZR 29/65, NJW 1967, 1325 unter II 2; BGH v. 23.10.1986 - III ZR 144/85, BGHZ 99, 44 (48); BGH v. 20.10.1993 - 5 StR 473/93, BGHSt 39, 353 (356 f.); BGH v. 10.12.2014 - 5 StR 136/14, PharmR 2015, 127 unter II 2 c cc; ebenso BVerfGE 15, 1 (23); BVerfG, NJW 2009, 2588 (2589).

18.2.5 Eigenbedarf zur Nutzung als Ferien- oder Zweitwohnung

Durch die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG sind die wesentlichen Fragen der Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB geklärt⁴²¹. Danach wird der Vermieter durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG in seiner Freiheit geschützt, die Wohnung bei Eigenbedarf selbst zu nutzen oder durch privilegierte Angehörige nutzen zu lassen. Dabei haben die Gerichte den Entschluss des Vermieters, die vermietete Wohnung nunmehr selbst zu nutzen oder durch den - eng gezogenen - Kreis privilegierter Dritter nutzen zu lassen, grundsätzlich zu achten und ihrer Rechtsfindung zugrunde zu legen. Ebenso haben sie grundsätzlich zu respektieren, welchen Wohnbedarf der Vermieter für sich oder seine Angehörigen als angemessen ansieht. Die Gerichte sind daher nicht berechtigt, ihre Vorstellungen von angemessenem Wohnen verbindlich an die Stelle der Lebensplanung des Vermieters (oder seiner Angehörigen) zu setzen.

Dem Erlangungswunsch des Vermieters sind allerdings zur Wahrung berechtigter Belange des Mieters Grenzen gesetzt. Die Gerichte dürfen den Eigennutzungswunsch des Vermieters daraufhin nachprüfen, ob dieser Wunsch ernsthaft verfolgt wird, ob er von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen ist oder ob er missbräuchlich ist, etwa weil der geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht ist, die Wohnung die Nutzungswünsche des Vermieters überhaupt nicht erfüllen kann oder der Wohnbedarf in einer anderen (frei gewordenen) Wohnung des Vermieters ohne wesentliche Abstriche befriedigt werden kann. Ferner wird der Mieter über die sogenannte Sozialklausel des § 574 BGB geschützt, indem er Härtegründe anbringen kann⁴²².

Auch ist höchstrichterlich bereits entschieden, dass sowohl ein zeitlich begrenzter Bedarf hinsichtlich der Wohnung⁴²³ als auch ein Wohnbedarf, der zwar nicht von seiner Gesamtdauer her zeitlich begrenzt ist, der aber nicht die ständige, sondern nur eine zeitweise Nutzung der Wohnung umfasst, die Voraussetzun-

⁴²¹ so auch BVerfG, NJW 2014, 2417 Rz. 27 ff. m.w.N.

⁴²² BGH v. 4.3.2015 - VIII ZR 166/14, BGHZ 204, 216 Rz. 14 ff. m.w.N.; BGH v. 15.3.2017 - VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474 Rz. 18 f.; BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, NZM 2018, 388 Rn. 17 f.

⁴²³ vgl. hierzu BGH v. 20.10.2004 - VIII ZR 246/03, NZM 2005, 143 unter II 1; BGH v. 4.3.2015 - VIII ZR 166/14, BGHZ 204, 216 Rz. 31 ff.; BVerfG, NJW 2014, 2417 Rz. 29.

gen des "Benötigens" der Räume "als Wohnung" und damit die Voraussetzungen einer Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfüllen kann.

Deshalb kann grundsätzlich auch die vom Vermieter beabsichtigte Nutzung der dem Mieter überlassenen Räume als Zweitwohnung eine Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB rechtfertigen⁴²⁴. Der Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wonach die Räume "als Wohnung" benötigt werden müssen, setzt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung - entgegen einer im Schrifttum teilweise vertretenen Auffassung⁴²⁵ - nicht voraus, dass der Vermieter oder eine der sonstigen in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB genannten privilegierten Personen in der dem Mieter überlassenen Wohnung den Lebensmittelpunkt begründen wollen⁴²⁶.

Bei der rechtlichen Beurteilung des möglichen Eigenbedarfs hinsichtlich einer Zweitwohnung ist eine generalisierende, über den Einzelfall hinausgehende zeitliche Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals des "Benötigens" im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB - etwa in Gestalt einer konkreten "Mindestnutzungsdauer" der Zweitwohnung - nicht möglich. Vielmehr kommt es für die Beantwortung der Frage, ob der Wunsch des Vermieters, die vermietete Wohnung künftig als Zweitwohnung selbst zu nutzen oder durch privilegierte Angehörige im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nutzen zu lassen, eine Eigenbedarfskündigung rechtfertigt, maßgeblich auf eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls an, insbesondere ob der Eigennutzungswunsch ernsthaft verfolgt wird, von vernünftigen, nachvollziehbaren Gründen getragen und nicht missbräuchlich ist⁴²⁷.

Unter Heranziehung dieser Grundsätze kann auch eine seitens des Vermieters beabsichtigte Nutzung der Wohnung als (eigengenutzte) Ferienwohnung - oder wie im vorliegenden Fall eine Nutzung sowohl als (eigengenutzte) Ferienwohnung als auch als Zweitwohnung - Eigenbedarf gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB begründen⁴²⁸. Es kommt auch insoweit entscheidend darauf an, ob nach der Würdigung der Umstände des Einzelfalls der Eigennutzungswunsch des Ver-

⁴²⁴ BGH v. 22.8.2017 - VIII ZR 19/17, NZM 2017, 846 Rz. 3 f.

⁴²⁵ vgl. Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 573 BGB Rz. 104.

⁴²⁶ BGH v. 22.8.2017 - VIII ZR 19/17, NZM 2017, 846 Rz. 4.

⁴²⁷ BGH v. 21.8.2018 - VIII ZR 186/17, ■.

⁴²⁸ BGH v. 21.8.2018 - VIII ZR 186/17, ■.

mieters ernsthaft verfolgt wird und von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen ist oder ob er missbräuchlich ist.

18.3 außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

18.3.1 § 563 Abs. 4 BGB bei finanzieller Leistungsunfähigkeit?

Gemäß § 563 Abs. 4 BGB kann der Vermieter das Mietverhältnis innerhalb eines Monats, nachdem er von dem endgültigen Eintritt in das Mietverhältnis Kenntnis erlangt hat, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn in der Person des Eintretenden ein wichtiger Grund gegeben ist. Dieser Grund muss so beschaffen sein, dass er dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses aufgrund von Umständen unzumutbar macht, die in der Person des Mieters liegen⁴²⁹. Dabei genügt es grundsätzlich, dass der Kündigungsgrund nur in der Person eines Mitmieters verwirklicht wird⁴³⁰. Bei einer Mehrheit von Mietern kann die Kündigung aber nicht auf eine in Frage gestellte finanzielle Leistungsfähigkeit nur eines Mieters gestützt werden, weil alle Mieter gesamtschuldnerisch für die Mietverbindlichkeiten haften⁴³¹.

Allein, weil der Eintretende bei Zugang der Kündigungserklärung nur eine Ausbildungsvergütung als Einkommen bezieht, kann dessen finanzielle Leistungsfähigkeit nicht als gefährdet angesehen werden⁴³².

Zwar kann eine objektiv feststehende finanzielle Leistungsunfähigkeit des Mieters oder mehrerer Mieter (etwa wegen bereits eingetretener Zahlungsrückstände), einen wichtigen Grund in der Person des oder der Eintretenden i.S.v. § 563 Abs. 4 BGB darstellen⁴³³ (). Anders als bei der ursprünglichen Begrün-

⁴²⁹ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, NJW 2013, 1806 Rz. 13; BGH v. 20.4.2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rz. 6.

⁴³⁰ Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 563 BGB Rz. 37.

⁴³¹ so auch Blank/Börstinghaus, *Miete*, § 563 BGB Rz. 67; Schmidt-Futterer/Streyll, *Mietrecht*, 13. Aufl., § 563 BGB Rz. 69; Kandelhard/Schneider in Herrlein/Kandelhard, *Mietrecht*, 4. Aufl., § 563 BGB Rz. 19; vgl. auch BGH v. 26.11.1957 - VIII ZR 92/57, BGHZ 26, 102 (108 ff.) [zum Konkurs eines Mitmieters].

⁴³² BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR n, GE 2018, 385.

⁴³³ so auch AG Charlottenburg v. 15.8.2014 - 238 C 63/14, *juris* Rz. 25; Schmidt-Futterer/Streyll, *Mietrecht*, 13. Aufl., § 563 BGB Rz. 69; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. Aufl. § 563 BGB Rz. 65; MünchKomm/Häublein, 7. Aufl., § 563 BGB Rz. 26; BeckOK-MietR/Theesfeld, Stand: 1. Dezember 2017, § 563 BGB Rz. 50; jurisPK-BGB/Schur, Stand: 1. Dezember 2016, § 563 BGB Rz. 25; Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 11. Aufl., § 563 BGB Rz. 22; BeckOK-BGB/Herrmann, Stand: 1. November 2016, § 563 BGB Rz. 21; Soergel/Heintzmann, 13.

derung des Mietverhältnisses überlässt das Gesetz nicht dem Vermieter die Auswahl des Mieters. Auch ist - anders als bei der Untermiete (§ 553 BGB) - in den Fällen des § 563 Abs. 1 und 2 BGB neben dem oder den Eintretenden keine Mietpartei vorhanden, die bereits für die Miete haftet; vielmehr kommt es zu einer Auswechslung der Mietpartei. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber das Interesse des Vermieters, sich von einem finanziell nicht hinreichend leistungsfähigen Eintretenden zu lösen, grundsätzlich als schutzwürdig anerkannt⁴³⁴.

Eine bereits zum Zeitpunkt der Kündigung (unstreitig oder nachweislich) gegebene unzureichende finanzielle Leistungsfähigkeit des Mieters führt für den Vermieter jedoch im Hinblick darauf, dass der Zahlungsverzug des Mieters eine gesetzliche Regelung in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b BGB erfahren hat und der Vermieter das Mietverhältnis sogar fristlos kündigen kann, wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder einem nicht unerheblichen Teil (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) beziehungsweise in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB), für sich genommen regelmäßig noch nicht zur Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Mietverhältnisses. Denn das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 563 Abs. 4 BGB ergänzt nach dem gesetzlichen Regelungsplan die sonstigen, ebenfalls an die fehlende Leistungsfähigkeit des Mieters anknüpfenden Kündigungsrechte des Vermieters (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 1 Satz 2 BGB; § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB). Daraus folgt, dass es hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit des Mieters nur solche Sachverhalte abdecken soll, bei denen nicht bereits aufgrund anderer Kündigungstatbestände, vor allem aufgrund des typisierten Regeltatbestands des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB, von einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses auszugehen ist. Denn soweit die allgemeinen Kündigungsgründe greifen, fehlt

Aufl., § 563 BGB Rz. 14; Kossmann/*Meyer-Abich*, Hb der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 16 Rn. 35; *Lützenkirchen*, WuM 1990, 413.

⁴³⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 60.

es an einer durch das außerordentliche Kündigungsrecht des § 563 Abs. 4 BGB zu schließenden Schutzlücke des Vermieters⁴³⁵.

Gegenteiliges ergibt sich nicht aus den Gesetzesmaterialien zu § 563 BGB. Zwar heißt es dort: "Dem Vermieter kommt es hingegen darauf an, wer die Person ist, mit der der Mietvertrag zukünftig weitergeführt wird. Dies ist für ihn deshalb wichtig, damit die Zahlung der Miete auch künftig gesichert ist und die Wohnung nicht übermäßig abgenutzt wird"⁴³⁶. Aus der Wendung "Zahlung der Miete auch zukünftig gesichert" folgt aber nicht, dass das Kündigungsrecht nach § 563 Abs. 4 BGB dem Vermieter schon für sich allein aufgrund einer finanziellen Leistungsunfähigkeit des Mieters zusteht, ohne dass eine hiermit für den Vermieter verbundene Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses vorliegen müsste. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der angeführten Formulierung lediglich anerkannt, dass auch eine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit des Mieters einen wichtigen Grund für eine Beendigung des Mietverhältnisses darstellen kann. Dass er - wie in § 543 Abs. 2 BGB normativ geschehen - in diesen Fällen auf eine Prüfung der Unzumutbarkeit der Weiterführung des Mietverhältnisses für den Vermieter von vornherein verzichten wollte, ist den Gesetzesmaterialien dagegen nicht zu entnehmen. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in der weiteren Gesetzesbegründung ausgeführt, dass er an dem schon für die Vorgängerregelung des § 569a Abs. 5 BGB a.F. geltenden Kriterium der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses festhalten wolle. Er hat bezüglich der Kündigungsmöglichkeit des § 563 Abs. 4 BGB ausdrücklich ausgeführt, dass sich diese Bestimmung an § 569a Abs. 5 BGB a.F. anlehne⁴³⁷. Der Zweck der letztgenannten Regelung besteht aber ausweislich der Gesetzesmaterialien darin, dem Vermieter ein Recht zur vorzeitigen Kündigung zuzuerkennen, "wenn ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann"⁴³⁸.

Um das Vorliegen des damit ausschlaggebenden Kriteriums der (Un-) Zumutbarkeit prüfen zu können, müssen daher nicht nur das Vorliegen einer fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Mieters, sondern zusätzlich tatsächliche

⁴³⁵ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325.

⁴³⁶ BT-Drucks. 14/4553, S. 60.

⁴³⁷ BT-Drucks. 14/4553, S. 61.

⁴³⁸ BT-Drucks. IV/806, S. 12.

Umstände dargetan und im Bestreitensfall nachgewiesen werden, aus denen sich ergibt, dass es dem Vermieter nicht zuzumuten ist, die Verwirklichung eines Kündigungsgrunds nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b BGB abzuwarten⁴³⁹. Solche Umstände können beispielsweise darin liegen, dass die Mietwohnung fremdfinanziert und der Vermieter aus diesem Grund oder zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf die pünktliche und vollständige Erbringung der Mietzahlungen angewiesen ist. Sie können aber auch darin bestehen, dass schon in dem ursprünglichen Mietverhältnis Zahlungsrückstände aufgelaufen sind, weil die finanziellen Mittel des Mieters und des nunmehr Eingetretenen für die Begleichung der (Brutto-)Miete nicht ausgereicht haben. Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses sind letztlich die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls maßgebend.

Nach einer im Schrifttum verbreiteten und vereinzelt auch in der Instanzrechtsprechung vertretenden Auffassung soll sogar bei einer bloß gefährdet erscheinenden finanziellen Leistungsfähigkeit ein wichtiger Grund im Sinne von § 563 Abs. 4 BGB in Betracht kommen⁴⁴⁰. Dem ist zumindest in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen⁴⁴¹. Eine zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung lediglich drohende finanzielle Leistungsunfähigkeit bzw. eine "gefährdet erscheinende" finanzielle Leistungsfähigkeit des/der Mieter(s) kann nur in besonderen Ausnahmefällen eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter begründen. Denn - anders als bei einer feststehenden wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit - wird hierbei eine Prognose anzustellen sein, die naturgemäß mit Unwägbarkeiten behaftet ist. Der in das Mietverhältnis eingetretene (neue) Mieter würde daher bei Fehleinschätzungen Gefahr laufen, sein von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Besitzrecht⁴⁴² () selbst

⁴³⁹ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325.

⁴⁴⁰ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13.Aufl., § 563 BGB Rz. 69; Erman/*Lützenkirchen*, 15. Aufl. § 563 BGB Rz. 20; Bub/Treier/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap II Rz. 2618 [berechtigte Zweifel an der Zahlungsfähigkeit]; Kossmann/*Meyer-Abich*, Hb der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 16 Rz. 35 [Einkommensdefizit]; AG München, WuM 2017, 282; AG Charlottenburg v. 15.8.2014 - 238 C 63/14, *juris* Rz. 25 [sehr weitgehend unter Einbeziehung künftig möglicher Mieterhöhungen].

⁴⁴¹ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325.

⁴⁴² vgl. BVerfGE 89, 1, 6 ff.; BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG NJW 2000, 2658 (2659); BVerfG, WuM 2001, 330; BVerfG, NJW-RR 2004, 440 (441); BVerfG, NJW 2006, 2033; BVerfG, NZM 2011, 479 Rz. 29; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, NJW 2017, 2018 Rz. 34.

dann zu verlieren, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass die Bedenken gegen seine Zahlungsfähigkeit unberechtigt gewesen sind.

Die auf einer drohenden finanziellen Leistungsunfähigkeit oder gefährdet erscheinenden finanziellen Leistungsfähigkeit des/der eingetretenen Mieter(s) gestützte Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter muss daher auf konkreten Anhaltspunkten und objektiven Umständen beruhen, die nicht bloß die Erwartung rechtfertigen, sondern vielmehr den zuverlässigen Schluss zulassen, dass fällige Mietzahlungen alsbald ausbleiben werden. Solche Anhaltspunkte fehlen dann, wenn Geldquellen vorhanden sind, die die Erbringung der Mietzahlungen sicherstellen, wie dies etwa bei staatlichen Hilfen, sonstigen Einkünften (z. B. Untermietzahlungen; Unterstützung Verwandter; Nebentätigkeitsvergütungen) oder vorhandenem Vermögen der Fall ist⁴⁴³.

Bei der anzustellenden Prognose, ob aufgrund objektiver und konkreter Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass Mietzahlungen künftig ausbleiben, kommt es wiederum auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an. Dabei wird unter anderem darauf abzustellen sein, ob aller Voraussicht nach ein Anspruch auf staatliche Transferleistungen - etwa in Form des Mindestsatzes bei der Grundsicherung - besteht oder ob solche Leistungen völlig ungewiss sind⁴⁴⁴.

18.4 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

18.4.1 Miete i.S.v. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Minderung

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung des Mietverhältnisses insbesondere dann vor, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. Als nicht unerheblich ist der rückständige Teil der Miete nur dann anzusehen, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB). Dies ist hier der Fall.

⁴⁴³ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325.

⁴⁴⁴ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325.

Die von dem Mieter zu zahlende monatliche Miete betrug in den Monaten Februar und März 2015 - unter Zugrundelegung einer monatlichen Betriebskostenvorauszahlung in unveränderter Höhe von 93 € und unter Berücksichtigung einer berechtigten Minderung von fünf Prozent wegen des Zustands des Teppichbodens - 455,96 €. Statt dieses Betrages zahlte der Mieter im Februar 2015 nur 407,96 €. Auf die Märzmiete zahlte er erst am 16. März 2015 einen Betrag von 402,96 €. Bis zu diesem Zeitpunkt befand er sich bezogen auf die beiden vorbezeichneten aufeinanderfolgenden Monate mit einem Gesamtbetrag von 503,96 € in Verzug. Bei der Beurteilung, ob der Zahlungsrückstand die Miete für einen Monat übersteigt (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB) ist nicht die (berechtigterweise) geminderte Miete von 455,96 € abzustellen. Miete i.S.d. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB und damit Bezugsgröße für den kündigungsrelevanten Rückstand ist nicht die geminderte Miete, sondern die vertraglich vereinbarte Gesamtmiete⁴⁴⁵. Im Streitfall wirkt sich dies indes nicht aus, da der Zahlungsrückstand von 503,96 € auch die von den Parteien vertraglich vereinbarte monatliche Gesamtmiete von 479,96 € übersteigt.

An der daraus folgenden Berechtigung des Vermieters zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietvertrags gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB hat die einen Tag vor dem Zugang des Kündigungsschreibens erfolgte Zahlung des Mieters in Höhe von 402,96 € nichts geändert. Denn hierdurch ist der vorbezeichnete Zahlungsrückstand nicht vollständig ausgeglichen worden; es verblieb vielmehr eine Restforderung des Vermieters für die beiden hier in Rede stehenden Monate in Höhe von 101 €. Die Beklagte ist damit nicht, wie § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB dies für einen Ausschluss der fristlosen Kündigung vorausgesetzt, "vorher" - mithin vor dem Zugang der Kündigung - "befriedigt" worden⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ vgl. BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rz. 41; BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, NJW 2012, 2882 Rz. 16; BeckOGK/*Mehle*, Stand 1. Juli 2017, § 543 BGB Rn. 134 m.w.N.; vgl. auch BGH v. 10.10.2001 - XII ZR 307/98, juris Rz. 21; BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 31 ff; BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 47.

⁴⁴⁶ BGH v. 27.9.2017 – VIII ZR 193/16, MDR 2017, 1352 = WuM 2017, 644 = GE 2017, 1333.

18.5 Zeitliche Wirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB

Bei der Kündigung handelt es sich um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Vermieters, das seine Gestaltungswirkung mit dem Zugang bei dem Mieter entfaltet (§ 130 BGB) und - sofern der geltend gemachte Kündigungsgrund vorliegt und auch die formellen und materiellen Anforderungen an eine Kündigungserklärung (Angabe von Kündigungsgrund; Geschäftsfähigkeit) erfüllt sind - das Mietverhältnis entweder sofort oder nach Ablauf der vorgesehenen Kündigungsfrist enden lässt⁴⁴⁷. Die durch eine wirksam erklärte Kündigung eingetretene Umgestaltung des Mietverhältnisses kann grundsätzlich nicht mehr einseitig, sondern nur durch rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien rückgängig gemacht werden⁴⁴⁸.

Dem Gesetzgeber bleibt es im Rahmen seines Gestaltungsspielraums jedoch unbenommen, die Gestaltungswirkung, die eine wirksame Kündigung mit ihrem Zugang entfaltet hat, rückwirkend entfallen zu lassen⁴⁴⁹. Hiervon hat der Gesetzgeber in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB Gebrauch gemacht, indem er die durch das ausgeübte Gestaltungsrecht ausgelöste Rechtswirkung der Beendigung des Mietverhältnisses im Wege einer gesetzlichen Fiktion rückwirkend als nicht eingetreten behandelt.

Die Regelung in § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB ist nicht dahin zu verstehen, dass im Falle einer Schonfristzahlung oder behördlicher Verpflichtungserklärung die Beendigung des Mietverhältnisses nicht als rückgängig gemacht anzusehen ist, sondern hierdurch lediglich die durch die fristlose Kündigung ausgelösten Räumungs- und Herausgabeansprüche des Vermieters (§ 546 Abs. 1 BGB) erlöschen. Vielmehr hat der Gesetzgeber insoweit die gesetzliche Fiktion geschaffen, dass die durch die wirksam erklärte fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) bewirkte Beendigung des Mietverhältnisses rückwirkend als nicht eingetreten gilt⁴⁵⁰. Diese Sichtweise hat

⁴⁴⁷ vgl. BGH v. 24.6.1998 - XII ZR 195/96, BGHZ 139, 123 (126 f., 128 f.); vgl. auch BGH v. 9.5.2018 - VIII ZR 26/17, ZIP 2018, 1244 Rz. 22 [zur Minderung im Kaufrecht]; BAG, NZA-RR 2013, 609 Rz. 15 [zur Kündigung einer Dienstvereinbarung].

⁴⁴⁸ BGH v. 24.6.1998 - XII ZR 195/96, BGHZ 139, 123 (128 f.).

⁴⁴⁹ so auch *Beyer*, GE 2018, 175.

⁴⁵⁰ so auch etwa OLG Stuttgart, NJW-RR 1991, 1487 [Rechtsentscheid zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 BGB aF]; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 569 BGB Rz. 37; *Häublein/Lehmann-Richter*, ZMR 2018, 43 f.; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 569

der BGH seinen Entscheidungen, die sich mit dem Tatbestand des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB befassen, unausgesprochen zugrunde gelegt⁴⁵¹.

Von diesem Verständnis gehen letztlich auch weitere Stimmen in der Instanzrechtsprechung und in der Literatur aus, die sich zwar mit der Frage der gesetzlichen Fiktion nicht näher befassen, bei Verwirklichung des Tatbestands des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB aber eine rückwirkend eintretende Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung bejahen⁴⁵². Soweit andere Autoren der Bestimmung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB mit unterschiedlicher Begründung nur eine Heilungswirkung für die Zukunft ("ex-nunc-Wirkung") beimessen⁴⁵³, haben diese den Regelungsgehalt der genannten Vorschrift nur unzureichend erfasst und können sich insoweit auch nicht auf das Urteil des BGH vom 21.12.2006⁴⁵⁴ stützen. Denn mit der dort verwendeten Formulierung, das Mietverhältnis "lebe" nach einer rechtzeitigen Schonfristzahlung "wieder auf", wird gerade zum Ausdruck gebracht, dass das bisherige Mietverhältnis fortgilt und nicht neu begründet werden soll⁴⁵⁵.

18.6 Umdeutung einer fristlosen in eine fristgerechte Kündigung

Grundsätzlich kann wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen eine fristlose Kündigung nicht in jedem Falle in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nicht vorliegen.

BGB Rz. 39, 44; *Herrlein* in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 569 Rz. 30; Spielbauer/*Schneider*, Mietrecht, 2. Aufl., § 569 BGB Rz. 43; *Beyer*, GE 2018, 175 (176); *Weber*, ZMR 1992, 41 (43) [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 BGB a.F.].

⁴⁵¹ BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

⁴⁵² vgl. etwa LG Bonn v. 6.11.2014 - 6 S 154/14, juris Rz. 17; LG Aurich v. 11.10.2016 - 1 T 291/16, juris Rz. 4 f.; AG Sinsheim, NJW-RR 1986, 1345 [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF]; MünchKomm/*Häublein*, 7. Aufl., § 569 BGB Rz. 44; Erman/*Lützenkirchen*, 15. Aufl., § 569 BGB Rz. 23; *Hinz* in Harz/Riecke/*Schmid*, Hb des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 6. Aufl., Kapitel 14 Rz. 290; BeckOK-Mietrecht/*Theesfeld*, Stand 1. Juni 2018, § 569 BGB Rz. 75, 81; BeckOK/*Wöstmann*, Stand 1. Mai 2018, § 569 BGB Rn. 13; BeckOGK/*Geib*, Stand 1. Juli 2018, § 569 BGB Rn. 69; *Schuschke* in 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 2011, S. 735 (738); *Buchmann*, WuM 1996, 78 (79) [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F.].

⁴⁵³ so etwa *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., XII Rz. 152; *Elzer* in Prütting/Wegen/Weinrich, 12. Aufl., § 569 BGB Rz. 18; *Beuermann*, WuM 1997, 151, (152) [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF]; *Both*, Festschrift Blank, 2006, S. 93 (102 ff.); *O'Sullivan*, ZMR 2002, 250 (253).

⁴⁵⁴ BGH v. 21.12.2006 - IX ZR 66/05, NJW 2007, 1591 Rz. 13; vgl. auch BGH v. 30.6.1960 - VIII ZR 200/59, NJW 1960, 2093 [zu § 3 Abs. 3 MSchuG].

⁴⁵⁵ BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

Eine Umdeutung ist aber dann zulässig und angebracht, wenn - für den Kündigungsgegner erkennbar - nach dem Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis in jedem Falle zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll⁴⁵⁶.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor⁴⁵⁷. Der Mieter hatte die Nutzung der Räume aufgegeben und neue Kanzleiräume bezogen. Eine - zumal wirtschaftliche, weil mindestens die Höhe der von dem Mieter zu zahlenden Miete einbringende - Untervermietung für den Rest der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit war nicht absehbar. Der Mieter hatte zudem seinen unbedingten Beendigungswillen im Rahmen von Vertragsauflösungsverhandlungen und mit der bereits in der Kündigung enthaltenen Rückgabeankündigung dokumentiert.

19 Nutzungsentschädigung

19.1 Vorenthaltung

Die Mietsache wird dann i.S.d. § 546a Abs. 1 BGB vorenthalten, wenn der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht⁴⁵⁸. Zur Erfüllung des Tatbestandes der Vorenthaltung reicht dabei der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters aus⁴⁵⁹.

Daran fehlt es jedoch, wenn der Wille des Vermieters nicht auf die Rückgabe der Mietsache gerichtet ist, etwa weil er vom Fortbestehen des Mietverhältnisses ausgeht⁴⁶⁰. Denn solange der Vermieter den Mietvertrag nicht als beendet

⁴⁵⁶ BGH v. 24.7.2013 - XII ZR 104/12, NJW 2013, 3361 Rz. 17 m.w.N.

⁴⁵⁷ BGH v. 11.4.2018 - XII ZR 43/17, MDR 2018, 922 = GE 2018, 706 = NZM 2018, 515.

⁴⁵⁸ st. Rspr.; BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rz. 81; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, NZM 2006, 12 Rz. 12; BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 57/05, NZM 2006, 52 Rz. 6; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 103/03, NJW-RR 2004, 558 unter II 2 a; BGH v. 28.2.1996 - XII ZR 123/93, NJW 1996, 1886 unter B 2 a; BGH v. 15.2.1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145 (148 f.); BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, NJW-RR 2010, 1521 Rz. 2; jeweils m.w.N.; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl., § 546a BGB Rz. 8.

⁴⁵⁹ BGH v. 13.10.1982 - VIII ZR 197/81, NJW 1983, 112 unter 2 d aa; BGH v. 29.4.1987 - VIII ZR 258/86, NJW-RR 1987, 907 unter II 2 a; BGH v. 23.8.2006 - XII ZR 214/04, GuT 2007, 140 Rz. 7.

⁴⁶⁰ BGH v. 22.3.1960 - VIII ZR 177/59, NJW 1960, 909 unter II b; BGH v. 21.2.1973 - VIII ZR 44/71, juris Rz. 58; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 103/03, NJW-RR 2004, 558 unter II 2 a; BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 233/03, NJW 2006, 140 Rz. 25; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, NZM 2006, 12 Rz. 12; BGH v. 13.3.2013 - XII ZR 34/12, NJW 2013, 3232 Rz. 23; jeweils m.w.N.; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl., § 546a BGB Rz. 8.

ansieht, will er keine Räumung verlangen⁴⁶¹ und damit die Mietsache nicht zurücknehmen⁴⁶².

Aus welchem Grund der Vermieter den Mietvertrag nicht als beendet ansieht, namentlich eine vom Mieter ausgesprochene Kündigung für unwirksam erachtet, ist für den Rückschluss auf einen fehlenden Rücknahmewillen ohne Bedeutung⁴⁶³. Denn hierbei handelt es sich lediglich um das Motiv für den darauf fußenden Willensentschluss des Vermieters, den Mietvertrag als fortbestehend zu betrachten. Entscheidend ist allein, dass und nicht warum der Vermieter vom Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht. Vor diesem Hintergrund hat der BGH auch - ohne auf den nach Ansicht des Vermieters vorliegenden Unwirksamkeitsgrund einzugehen - entschieden, dass ein Anspruch nach § 546a BGB ausscheidet, wenn der Vermieter die Auffassung vertritt, die Kündigung des Mieters sei unwirksam und er die Rückgabe der Wohnung nicht geltend macht⁴⁶⁴.

Für die Verneinung des Rücknahmewillens des Vermieters ist auch nicht etwa Voraussetzung, dass dieser die Wirksamkeit der Kündigung "kategorisch" ablehnt und unter keinen Umständen bereit ist, die Wohnung zu dem in der Kündigung genannten Zeitpunkt zurückzunehmen. Entscheidend ist vielmehr allein, dass der Vermieter die Kündigung des Mieters für unwirksam erachtet und damit vom Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht⁴⁶⁵.

Vor diesem Hintergrund fehlt dem Vermieter der für einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB erforderliche Rücknahmewille, wenn er trotz der ordentlichen Kündigung des Mieters von einem Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht⁴⁶⁶. Denn er erachtete die Kündigung sowohl vorprozessual als auch nach Erhebung der vorliegenden Klage für unwirksam und beantragte demgemäß in beiden Tatsacheninstanzen, den Mieter in erster Linie zur Zahlung rückständiger und zukünftiger Miete zu verurteilen. Lediglich hilfsweise hat er die Klageforderung auch mit einem Anspruch auf Nutzungsent-

⁴⁶¹ BGH v. 13.3.2013 - XII ZR 34/12, NJW 2013, 3232 Rz. 23.

⁴⁶² BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁶³ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁶⁴ BGH v. 13.3.2013 - XII ZR 34/12, NJW 2013, 3232; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, NZM 2006, 12; BGH v. 21.2.1973 - VIII ZR 44/71, juris Rz. 58.

⁴⁶⁵ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁶⁶ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

schädigung nach § 546a BGB begründet. Letzteres reicht nicht aus, um auf einen im Laufe des Rechtsstreits geänderten und nunmehr auf eine Rückerlangung der Wohnung gerichteten Willen der Klägerin schließen zu können⁴⁶⁷.

Eine Vorenthaltung der Mietsache ist im vorliegenden Fall auch nicht deswegen zu bejahen, weil der Mieter nicht in der Lage war, die Wohnung an den Vermieter zurückzugeben, da er seiner früheren Ehefrau die Wohnungsschlüssel überlassen hatte⁴⁶⁸. Es trifft zwar zu, dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 546a Abs. 1 BGB - Rücknahmewille des Vermieters und Nichtrückgabe der Wohnung durch den Mieter - eine Vorenthaltung der Mietsache auch dann angenommen werden kann, wenn der Mieter zur Rückgabe außerstande ist und die subjektive Unmöglichkeit durch ihn selbst verursacht wurde⁴⁶⁹. Jedoch entfällt in einer solchen Fallkonstellation nicht die Notwendigkeit zur Prüfung der vorbezeichneten Tatbestandsmerkmale, die kumulativ und nicht alternativ vorliegen müssen⁴⁷⁰. Die Mietsache wird dem Vermieter nämlich nur vorenthalten, wenn das Unterlassen der Herausgabe (auch) gegen dessen Willen erfolgt. Ist für den Tatbestand der Vorenthaltung die Willensrichtung des Vermieters ein entscheidender Gesichtspunkt, so kann es nicht allein darauf ankommen, ob der Mieter zur Rückgabe in der Lage ist oder nicht. Denn solange der Vermieter die Rückgabe nicht wünscht, sondern den Mieter am Vertrag festhält, indem er die Wirksamkeit der Kündigung in Abrede stellt, fehlt es jedenfalls an einem wesentlichen Merkmal des Begriffs der Vorenthaltung.

19.2 Vorenthaltung und Vermieterpfandrecht

Die Geltendmachung eines Vermieterpfandrechts an Inventar der Räume steht dem Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB nicht entgegen⁴⁷¹. Die Ausübung des Vermieterpfandrechts hindert nämlich lediglich die vollständige Räumung der Mietsache durch den Mieter, lässt also die Räumungspflicht entfallen⁴⁷², ändert aber nichts an der Verpflichtung des Mie-

⁴⁶⁷ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁶⁸ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁶⁹ BGH v. 15.2.1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145 (148 f.).

⁴⁷⁰ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁷¹ KG v. 18.7.2016 – 8 U 234/14, ZMR 2016, 939.

⁴⁷² vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 12. Aufl., § 546 BGB Rz. 40; MünchKomm/Bieber, 5. Aufl., § 546 BGB Rz. 8.

ters, die Mietsache an den Vermieter herauszugeben⁴⁷³. Soweit der Senat im Urteil vom 14.2.2005 - 8 U 144/04 - (KGR 2005, 528) den Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung wegen der Ausübung des Vermieterpfandrechts verneint hat, lag ein "Vorenthalten" i.S.v. § 546a BGB deswegen nicht vor, weil die Mietsache bereits im Besitz des Vermieters war und daher kein Herausgabeanspruch gegen den Mieter mehr bestand. Vorliegend war eine Herausgabe der Räume durch den Mieter aber noch nicht erfolgt, da sie nicht alle Schlüssel zu den Mieträumen an den Vermieter herausgegeben hat. Eine Herausgabe setzt aber grundsätzlich voraus, dass sämtliche Schlüssel zu den Mieträumen abgegeben werden⁴⁷⁴. Zwar steht auch der Einbehalt eines Schlüssels einer Herausgabe nicht entgegen, wenn aus der Rückgabe der übrigen Schlüssel der Wille des Mieters zur vollständigen und endgültigen Besitzaufgabe unzweideutig hervortritt⁴⁷⁵. Dies war aber vorliegend nicht der Fall. Denn der Mieter hat den Schlüssel zurückbehalten, weil er das Inventar noch aus den Räumen entfernen wollte. Er hat in der Klagerwiderung ausdrücklich vorgetragen, dass eine Rückgabe aller Schlüssel nicht in Betracht kam, solange sein Inventar noch in den Räumen war. Er hat dem Vermieter daher nur einen Mitbesitz an den Räumen eingeräumt. Damit lag eine Besitzaufgabe gerade nicht vor. Für den Willen zur Besitzaufgabe des Mieters ist insoweit unerheblich, ob das Vermieterpfandrecht an dem Inventar tatsächlich bestand.

19.3 Nutzungsentschädigung nach §§ 812 ff. BGB

Ein möglicher Bereicherungsanspruch des Vermieters ist weder durch § 546a BGB ausgeschlossen⁴⁷⁶ noch durch die §§ 987 ff. BGB verdrängt wird⁴⁷⁷.

Nutzt ein Mieter oder ein auf Grund eines sonstigen Vertragsverhältnisses Nutzungsberechtigter die Sache über die vereinbarte Laufzeit hinaus, so ist er ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Vermieters oder sonstigen Rechtsinhabers um den tatsächlich gezogenen Nutzungswert bereichert und nach §§ 812 Abs.

⁴⁷³ vgl. KG v. 6.12.2012 – 8 U 220/12, juris Rz. 4.

⁴⁷⁴ vgl. OLG Hamm v. 26.6.2002 – 30 U 29/02, juris Rz. 37.

⁴⁷⁵ vgl. KG v. 30.1.2012 – 8 U 192/10, juris Rz. 39; BGH v. 19.11.2003 – XII ZR 68/00, juris Rz. 21.

⁴⁷⁶ vgl. hierzu BGH v. 10.11.1965 - VIII ZR 12/64, BGHZ 44, 241, 242 ff.; BGH v. 28.6.1967 - VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197 unter 3; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 12. Aufl., § 546a BGB Rz. 103.

⁴⁷⁷ BGH v. 28.6.1967 - VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197 unter 3.

1, 818 Abs. 1 BGB zu dessen Herausgabe verpflichtet⁴⁷⁸. Eine solche Verpflichtung kann grundsätzlich auch dann vorliegen, wenn der Mieter die Sache nicht selbst nutzt, sondern sie einem Dritten, insbesondere etwa aufgrund eines Untermietvertrages, überlassen hat und hierdurch eine ungerechtfertigte Bereicherung des Mieters eingetreten ist⁴⁷⁹.

Der (ehemalige) Mieter hat danach dem Vermieter - jedenfalls wenn die Mietsache diesem, wie im vorliegenden Fall, mangels eines Rücknahmewillens nicht vorenthalten wird - grundsätzlich nur dann eine Nutzungsentschädigung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu leisten, wenn er die Wohnung in dem vorbezeichneten Sinne auch genutzt hat und auf diese Weise um den gezogenen Nutzungswert bereichert ist⁴⁸⁰. Der bloße (unmittelbare oder mittelbare) Besitz an der Wohnung reicht für einen solchen Bereicherungsanspruch nicht aus⁴⁸¹. Denn es kommt für einen bereicherungsrechtlichen Nutzungsersatzanspruch maßgeblich auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen an⁴⁸². Der Zweck des Bereicherungsrechts ist - von den Ausnahmefällen der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB abgesehen - (lediglich) darauf gerichtet, eine tatsächlich erlangte rechtsgrundlose Bereicherung abzuschöpfen und sie demjenigen zuzuführen, dem sie nach der Rechtsordnung gebührt⁴⁸³. Danach kann von einer Bereicherung i.S.d. §§ 812 ff. BGB i.d.R. nur gesprochen werden, wenn und soweit der Bereicherte eine echte Vermögensvermehrung erfahren hat. Deshalb gilt als allgemein anerkannter Grundsatz, dass die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den wirklichen Betrag der Bereicherung hinaus führen darf⁴⁸⁴.

Nach diesen Grundsätzen kann vorliegend ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 Alt. 1 BGB - in Gestalt eines Wertersatzes nach § 812 Abs. 2 BGB wegen herauszugebender Nutzung nicht bejaht werden. Denn der Mie-

⁴⁷⁸ BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rz. 84; BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NZM 2000, 183 unter 4.

⁴⁷⁹ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁸⁰ BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NZM 2000, 183 unter 4; Schmidt-Futterer/*Streyll*, 12. Aufl. § 546a BGB Rz. 104 m.w.N.

⁴⁸¹ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁸² BGH v. 7.3.2013 - III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 Rz. 26; siehe ferner BGH v. 15.12.1998 - XI ZR 323/97, ZIP 1999, 528 unter II 1 a m.w.N.; BGH v. 26.11.1999 - V ZR 302/98, NJW 2000, 1031 unter II 5; BGH v. 17.5.2017 - IV ZR 403/15, juris Rz. 11 m.w.N.

⁴⁸³ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁴⁸⁴ BGH v. 7.3.2013 - III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 Rz. 27.

ter selbst nutzt die Wohnung bereits seit seinem Auszug im Jahr 2010 nicht mehr. Nutzerin ist seit diesem Zeitpunkt vielmehr - mit Wissen des Vermieters - die geschiedene Ehefrau des Mieters. Im Übrigen hat der Mieter aufgrund der Überlassung der Wohnungsschlüssel an seine geschiedene Ehefrau auch keinen Zugang zur Wohnung.

Bei dieser Sachlage kann der Mieter allenfalls durch die Überlassung der Wohnung an seine geschiedene Ehefrau möglicherweise Einkünfte erzielt oder eigene Aufwendungen - etwa in Gestalt von sonst zu zahlenden Unterhaltsleistungen - erspart haben.

20 Schadensersatz

20.1 Rückgabe mit Beschädigungen

Im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung ist umstritten, ob ein nach Rückgabe der Mietsache geltend gemachter Ersatzanspruch als Schadensersatz neben der Leistung oder als Schadensersatz statt der Leistung anzusehen ist und wie sich im letztgenannten Fall dazu ein konkurrierender deliktischer Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB verhält.

Teilweise wird § 281 BGB für generell anwendbar gehalten. Dies beruht auf der Annahme, dass § 546 Abs. 1 BGB auch eine Leistungspflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand, also ohne über eine vertraglich erlaubte Abnutzung hinausgehende Schäden, zum Inhalt habe und dadurch eine auf die Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes lautende Beseitigungspflicht begründe. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass andernfalls die Abgrenzung zwischen zu beseitigenden einfachen Gebrauchsspuren und weitergehenden Substanzbeschädigungen schwierig sei oder es sonst sachwidrig zur unterschiedlichen Behandlung einer Schadensbeseitigung und den sich häufig überlappenden Fallgestaltungen einer vertraglich eigens übernommenen (Wieder-)Herstellungspflicht komme⁴⁸⁵. Vereinzelt wird

⁴⁸⁵ z.B. OLG Köln v. 21.5.2015 - 18 U 60/14, juris Rz. 43 f.; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 661; *Kraemer*, Festschrift für Blank, 2006, S. 281 (289); *Scheuer/J. Emmerich* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. V.A Rz. 35; unklar Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13. Aufl., § 546a BGB Rz. 83 [Anspruchskonkurrenz zu § 280 Abs. 1 BGB]; zum Meinungsstand ferner *Fervers*, WuM 2017, 429 (430 f.)

das sich aus § 281 Abs. 1 BGB ergebende Fristsetzungserfordernis dabei auch auf einen konkurrierenden deliktischen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB übertragen⁴⁸⁶.

Die gegenteilige Auffassung sieht für eine Anwendung des § 281 BGB weder vor noch nach Vertragsende Raum. Der Schadensersatzanspruch aus einer zur Beschädigung der Mietsache führenden Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB) oder aus einer damit konkurrierenden unerlaubten Handlung (§ 823 BGB) falle bereits mit der Schadensentstehung und nicht erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses an und werde gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Der Vermieter könne hierbei nach seiner Wahl entweder Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder unmittelbar Schadensersatz in Geld (§ 249 Abs. 2 BGB) beanspruchen und büße diesen an kein Fristsetzungserfordernis geknüpften Anspruch auch nicht durch eine zwischenzeitliche Vertragsbeendigung ein⁴⁸⁷. Zudem sei es auch nicht möglich, ein etwaiges Fristsetzungserfordernis auf konkurrierende Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB zu übertragen⁴⁸⁸.

Für den durch die Verletzung von Obhutspflichten des Mieters gekennzeichneten Streitfall und die dadurch eingetretenen Schäden an der Sachsubstanz entsteht ein Schadensersatzanspruch des Vermieters auch ohne Fristsetzung⁴⁸⁹. Es kommt unabhängig von der Frage, ob der Schadensersatz vor oder nach Rückgabe der Mietsache geltend gemacht wird, nur darauf an, ob die Verletzung einer zur Anwendbarkeit des § 280 Abs. 3, § 281 BGB führenden Leistungspflicht oder die Verletzung einer in § 241 Abs. 2 BGB geregelten vertraglichen Nebenpflicht, bei der sich die Anspruchsvoraussetzungen allein nach § 280 Abs. 1 BGB bestimmen, in Rede steht.

Nach der Konzeption des Gesetzgebers der Schuldrechtsreform zielen die im BGB jeweils geregelten Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 Satz 1 BGB) zumeist

⁴⁸⁶ so etwa *Kraemer*, Festschrift für Blank, 2006, S. 281 (289); anders wohl Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 13. Aufl., Rz. 82

⁴⁸⁷ z.B. OLG Düsseldorf v. 28.3.2013 - 10 U 72/12, juris Rz. 6, 8; LG Saarbrücken v. 21.11.2014 - 10 S 60/14, juris Rz. 16, 20 f.; Staudinger/*V. Emmerich*, BGB, Neubearb. 2018, § 538 BGB Rz. 6; vgl. zum Meinungsstand ferner *Fervers*, WuM 2017, 429 (430).

⁴⁸⁸ *Oechsler*, NZM 2004, 881 (888); LG Saarbrücken v. 21.11.2014 - 10 S 60/14, juris Rz. 17.

⁴⁸⁹ BGH v. 27.6.2018 – XII ZR 79/17, ZMR 2018, 922 = GE 2018, 994 = NZM 2018, 717; BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers ab, während die nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB angesprochenen Schutzpflichten nur die gegenwärtige Güterlage jedes an dem Schuldverhältnis Beteiligten vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen bewahren sollen und wirksame Schuldverträge regelmäßig als Nebenpflichten begleiten, ohne selbst leistungsbezogen zu sein⁴⁹⁰. Bei ihrer Verletzung geht es deshalb um Schäden, die nach dem vor der Schuldrechtsreform geltenden Recht unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen waren, weil sie außerhalb des eigentlichen Leistungsprogramms (hier § 535 BGB) und dem damit verfolgten Erfüllungsinteresse an anderen, in ihrer Integrität aber nicht zum unmittelbaren Leistungsgegenstand gehörenden Rechtsgütern eintreten. Solche Schäden entstehen im Falle eines Mietverhältnisses zwar an dem Mietgegenstand, sie beruhen aber auf einer Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs und sind damit außerhalb des mietrechtlichen Leistungsprogramms verursacht worden. Der Ersatz dieser Schäden ist deshalb darauf angelegt, etwaige über das Erfüllungsinteresse der Vertragsparteien am Erhalt der jeweils versprochenen Leistung hinausgehend eingetretene Vermögensnachteile auszugleichen⁴⁹¹.

Im Gegensatz zu diesem das Integritätsinteresse betreffenden Schadensersatzanspruch neben der Leistung, durch den gemäß § 280 Abs. 1 BGB unmittelbar Ersatz für Schäden beansprucht werden kann, die an nicht von dem eigentlichen Leistungsprogramm des Mietvertrags erfassten Rechtsgütern des Gläubigers oder an dessen Vermögen eintreten, bildet der bei Nicht- oder Schlechterfüllung einer Leistungspflicht geschuldete Schadensersatz das Surrogat der zur Erfüllung führenden Leistung, wie es in § 281 BGB als auf das Leistungsinteresse (positives Interesse) bezogener Schadensersatz statt der Leistung geregelt ist. Allerdings ist die Ersatzfähigkeit des von ihm so beschriebenen Leistungsinteresses vom Gesetzgeber zusätzlich an die Voraussetzung geknüpft worden, dass der Schuldner vor Geltendmachung eines gegen ihn gerichteten, den Leistungsanspruch ersetzenden Schadensersatzanspruchs grundsätzlich eine weitere Gelegenheit zur Erfüllung erhalten muss⁴⁹².

⁴⁹⁰ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

⁴⁹¹ vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 125, 225; ferner etwa Staudinger/Schwarze, Neubearb. 2014, § 280 BGB Rn. C 38; Fervers, WuM 2017, 429 (433 f.); jeweils m.w.N.

⁴⁹² vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 134 f., 138, 225.

Für die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber dem Gläubiger hingegen einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur ausnahmsweise unter den in § 282 BGB geregelten besonderen, im Streitfall jedoch nicht einschlägigen Unzumutbarkeitsvoraussetzungen, die dabei dem Anwendungsbereich des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgehen, zubilligen wollen⁴⁹³.

Bei der Verpflichtung des Mieters, die ihm überlassenen Mieträume in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch nach Maßgabe von § 538 BGB entsprechenden Zustand zu halten, insbesondere die Räume aufgrund der aus der Besitzübertragung folgenden Obhutspflicht schonend und pfleglich zu behandeln sowie alles zu unterlassen, was zu einer von § 538 BGB nicht mehr gedeckten Verschlechterung führen kann, handelt es sich um eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht im genannten Sinne, deren Verletzung allein nach den in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht begründet⁴⁹⁴.

Das gilt nicht nur für das laufende Mietverhältnis, sondern auch für dessen Beendigung. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist der Zustand, in dem sich die Mietsache bei ihrer Rückgabe befindet, für die allein in der Rückgabe selbst bestehende Leistungspflicht ohne Bedeutung. § 546 Abs. 1 BGB enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben ist. Bei Verschlechterungen oder Veränderungen der Mietsache kann der Vermieter deshalb zwar Schadensersatz verlangen, ist aber - zur Vermeidung eines sonst etwa nach §§ 293 ff. BGB eintretenden Annahmeverzugs oder des Fehlens einer für die Anwendbarkeit von § 546a Abs. 1 BGB erforderlichen Vorenthaltung - nicht zur Ablehnung ihrer Rücknahme berechtigt⁴⁹⁵.

Die gegenteiligen Stimmen in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum⁴⁹⁶ geltend macht, dass der Mieter bei Beschädigung der Mietsache durch einen vertragswidrigen Gebrauch nicht nur während eines laufenden Mietverhältnis-

⁴⁹³ dazu BT-Drucks. 14/6040, S. 138, 141 f.

⁴⁹⁴ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

⁴⁹⁵ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 416/12, juris Rz. 15; BGH v. 10.1.1983 - VIII ZR 304/81, BGHZ 86, 204 (209 f.); BGH v. 23.1.1974 - VIII ZR 219/72, WPM 1974, 260 unter II 3; ebenso nunmehr BGH v. 23.6.2010 - XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 Rz. 18.

⁴⁹⁶ OLG Köln v. 21.5.2015 - 18 U 60/14, juris Rz. 43; *Kraemer*, Festschrift für Blank, S. 284 (288 f.).

ses, sondern auch nach dessen Beendigung berechtigt sei, den Schaden selbst zu beheben, weil nach dem Ende des Mietverhältnisses die vertragliche Verpflichtung zur Rückgabe der Mietsache ohne vertragswidrige Beschädigungen die vorher entstandenen, aber noch nicht erfüllten Schadensersatzansprüche aufnehmen, findet dies im Gesetz keine Stütze. Auch hier wird den grundsätzlichen Unterschieden zwischen einem Schadensersatz statt der Leistung und einem Schadensersatz neben der Leistung sowie den dadurch jeweils geschützten Interessen nicht Rechnung getragen.

Im Gegensatz zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung, bei dem eine Naturalrestitution ausscheidet, weil die Erfüllung der vertraglichen Leistung gemäß § 281 Abs. 4 BGB gerade nicht mehr verlangt werden kann und dieser Anspruch deshalb abweichend von § 249 BGB von Anfang an nur auf Geld gerichtet ist⁴⁹⁷, räumt die auf den Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB uneingeschränkt anwendbare Bestimmung des § 249 BGB dem Geschädigten die Wahlmöglichkeit ein zwischen der in Absatz 1 vorgesehenen Naturalrestitution und dem in Absatz 2 Satz 1 geregelten Zahlungsanspruch auf den zur (Wieder-)Herstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrag⁴⁹⁸ soll den Geschädigten gerade davon befreien, die Schadensbeseitigung dem Schädiger anvertrauen zu müssen, und ihm die Möglichkeit zur Durchführung der Beseitigung in eigener Regie eröffnen⁴⁹⁹.

Durch diese Ersetzungsbefugnis werden nicht nur Abwicklungsstreitigkeiten darüber vermieden, ob eine Schadensbeseitigung des Schädigers gelungen ist und vom Geschädigten als tauglich akzeptiert werden muss⁵⁰⁰. Die Ersetzungsbefugnis sichert dem Geschädigten gerade auch das ihm zustehende Recht, sich bei Ausführung der Schadensbeseitigung ausschließlich an seinen eigenen Wiederherstellungsinteressen zu orientieren und sich nicht auf ein gegenläufiges Interesse des Schädigers etwa an einer möglichst kostengünstigen und deshalb in ihrer Tauglichkeit nicht ohne Weiteres zweifelsfreien Wiederherstel-

⁴⁹⁷ BGH v. 29.10.1974 - VI ZR 42/73, BGHZ 63, 182 (184).

⁴⁹⁸ vgl. BGH vom 19. November 2014 - VIII ZR 191/13, aaO). Die in Absatz 2 Satz 1 geregelte Ersetzungsbefugnis (dazu BGH, Urteile vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05, BGHZ 169, 263 Rn. 14; vom 8. Februar 1952 - V ZR 122/50, BGHZ 5, 105, 109 f.

⁴⁹⁹ BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 29; BGH v. 27.9.2016 - VI ZR 673/15, NJW 2017, 953 Rz. 12; jeweils m.w.N.

⁵⁰⁰ BGH v. 11.12.2015 - V ZR 26/15, WM 2016, 1748 Rz. 21 m.w.N.

lung einlassen zu müssen⁵⁰¹. Dementsprechend kann der Geschädigte seine Ersetzungsbefugnis grundsätzlich auch ohne Angabe von Gründen ausüben, muss sich für die getroffene Wahl also nicht rechtfertigen⁵⁰² und sich auch sonst zu ihrer Umsetzung nicht mit dem Schädiger ins Benehmen setzen⁵⁰³.

Für Schäden an der Sachsubstanz im Rahmen von Mietverhältnissen gilt nichts Abweichendes⁵⁰⁴. Insbesondere trägt etwa der Schluss von einer - aus einem aktuellen Mietbesitz abgeleiteten - Gestaltungsfreiheit des Mieters auf ein durch vermeintliche Rücksichtnahmepflichten des Vermieters gestütztes Recht des Mieters, auch mit einem Schaden an der Sachsubstanz leben zu dürfen, zumindest aber die Gelegenheit zur Selbstbeseitigung erhalten zu müssen, allein schon mangels Vergleichbarkeit der Interessenlagen nicht. Denn es liegt - ähnlich wie etwa bei einem Umgang des Vermieters mit baulichen Veränderungen an der Mietwohnung⁵⁰⁵ - grundsätzlich in dessen alleinigem Ermessen zu entscheiden, ob er selbst bei fehlender Inanspruchnahme durch den Mieter oder sogar gegen dessen Wunsch nach Belassung des vertragswidrigen Zustands Schäden an der Sachsubstanz gleichwohl behebt. Das gilt erst recht für die im Streitfall zu beurteilende Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses.

In gleicher Weise kann der Vermieter den geltend gemachten Schadensersatz auch aus § 823 Abs. 1 BGB beanspruchen⁵⁰⁶. Es ist anerkannt, dass bei Beschädigung von Sachen, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbarer Leistungsgegenstand sind, vertragliche und deliktische Ersatzansprüche nebeneinander bestehen können. Insoweit gelten für das Mietrecht keine Besonderheiten⁵⁰⁷. Diese deliktsrechtliche Haftung, deren Rechtsfolgen sich unter anderem ebenfalls nach § 249 BGB bestimmen, bleibt entgegen der Auffassung der Revision zumindest hinsichtlich ihres Anspruchsinhalts und damit auch hinsichtlich der dem Geschädigten zustehenden Ersetzungsbefugnis von vermeintlichen mietrechtlichen Besonderheiten unberührt.

⁵⁰¹ vgl. BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 29.

⁵⁰² BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 30.

⁵⁰³ BGH v. 27.9.2016 - VI ZR 673/15, NJW 2017, 953 Rz. 12.

⁵⁰⁴ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

⁵⁰⁵ dazu BGH v. 14.9.2011 - VIII ZR 10/11, NJW-RR 2012, 262 Rz. 11.

⁵⁰⁶ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

⁵⁰⁷ vgl. nur BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rz. 7.

20.2 Mietausfallschaden nach einstweiliger Verfügung

§ 945 ZPO begründet eine weder Rechtswidrigkeit noch Schuld voraussetzende Risikohaftung des Gläubigers. Wer aus einem noch nicht endgültigen Titel die Vollstreckung betreibt, soll das Risiko tragen, dass sich sein Vorgehen nachträglich als unberechtigt erweist⁵⁰⁸. Ersatzfähig ist allerdings nur der aus der Vollziehung der einstweiligen Verfügung verursachte Schaden im Sinne der §§ 249 ff BGB⁵⁰⁹. Für die Bemessung des Schadens gelten nach ständiger Rechtsprechung die allgemeinen Grundsätze, insbesondere §§ 249 ff BGB und § 287 ZPO⁵¹⁰. Der Schadensersatzanspruch umfasst grundsätzlich den durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquat kausal verursachten, unmittelbaren oder mittelbaren Schaden einschließlich des infolge des Vollzugs von Verbotsverfügungen entgangenen Gewinns des Schuldners⁵¹¹.

Der Vermieter macht einen Mietausfallschaden geltend, der eine Form des entgangenen Gewinns i.S.v. § 252 BGB ist und auf den die dortigen Grundsätze Anwendung finden⁵¹². Er muss die Umstände darlegen und in den Grenzen des § 287 ZPO beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falles die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintrittes ergibt⁵¹³. Liegt eine solche Wahrscheinlichkeit vor, wird widerleglich vermutet, dass der Gewinn gemacht worden wäre⁵¹⁴. Dem Ersatzpflichtigen obliegt dann der Beweis, dass er nach dem späteren Verlauf oder aus anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten gestellt werden⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ BGH v. 2.11.1995 - IX ZR 141/94, BGHZ 131, 141 (143); BGH v. 22.1.2009 - I ZB 115/07, BGHZ 180, 72 Rz. 16; BGH v. 10.7.2014 - I ZR 249/12, WM 2015, 978 Rz. 14.

⁵⁰⁹ BGH v. 19.9.1985 - III ZR 71/83, BGHZ 96, 1 (2); BGH v. 1.4.1993 - I ZR 70/91, BGHZ 122, 172 (179); BGH v. 23.3.2006 - IX ZR 134/04, NJW 2006, 2557 Rz. 23; BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rz. 19 und 30.

⁵¹⁰ BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rz. 19 und 30; BGH v. 10.7.2014 - I ZR 249/12, WM 2015, 978 Rz. 34.

⁵¹¹ BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rz. 19.

⁵¹² Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 12. Aufl., § 546a BGB Rz. 99; BeckOK/*Zehlein*, Oktober 2015, § 546 BGB Rz. 130 ff; Staudinger/*Rolfs*, 2014, § 546a BGB Rz. 62.

⁵¹³ BGH v. 13.10.2016 - IX ZR 149/15, MietRB 2017, 1 = NZM 2017, 68 = GE 2016, 1501 = WuM 2016, 752.

⁵¹⁴ BGH v. 27.10.2010 - XII ZR 128/09, GuT 2010, 343 Rz. 3.

⁵¹⁵ BGH v. 30.5.2001 - VIII ZR 70/00, NJW-RR 2001, 1542; BGH v. 19.10.2005 - VIII ZR 392/03, NJW-RR 2006, 243 (244).

Ein Mietausfallschaden ist hinreichend dargelegt, wenn nach dem Vortrag des Vermieters angesichts des Mietobjektes und der Marktlage üblicherweise ein neuer Mieter innerhalb einer bestimmten Frist nach Beendigung der Baumaßnahmen gefunden worden wäre⁵¹⁶. Anknüpfend an das Tatbestandsmerkmal der Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 252 Satz 2 BGB hat der BGH betont, dass es eine feste Regel für die an die Darlegung zu stellenden Anforderungen nicht gebe, sondern vieles von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängen⁵¹⁷.

Der Vermieter hat zu der Verzögerung des Baubeginns durch die seitens des Mieters erwirkte ungerechtfertigte einstweilige Verfügung ausreichend vorgetragen. Hinsichtlich der Dauer der Bauarbeiten hat er sich auf einen Terminplan berufen. Er hat ferner unter Benennung der Verwalterin der von ihr vermieteten Wohnung als Zeugin für die sofortige Vermietbarkeit der Wohnungen zu dem verlangten Mietzins Beweis angetreten. Diesen Vortrag und den dazugehörigen Beweisantritt hätte das Berufungsgericht nicht übergehen dürfen.

20.3 Mietausfallschaden bei befristetem Mietvertrag

Endet ein befristetes Mietverhältnis vorzeitig durch außerordentliche Kündigung aus vom Mieter zu vertretenden Gründen, hat der Mieter dem Vermieter gemäß §§ 280 Abs. 1, 314 Abs. 4, 249 Abs. 1, 252 BGB grundsätzlich den Schaden zu ersetzen, der diesem in Gestalt der bis zum Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer entgehenden Miete entsteht⁵¹⁸. Um einen solchen Mietausfallschaden geht es vorliegend, da der Vermieter den Ersatz von Mieten begehrt, die er bei Durchführung des Mietverhältnisses bis zum Ende der vertraglichen Befristung gemäß § 535 Abs. 2 BGB vom Mieter hätte beanspruchen können. Diesen vertraglichen Anspruch hat er aufgrund des vom Mieter zu vertretenden Verzugs mit Mietzahlungen, der zu der außerordentlichen Kündigung geführt hat, verloren.

Diesem Schadensersatzanspruch für den streitgegenständlichen Zeitraum stünde im Übrigen selbst eine stillschweigende Verlängerung des Vertragsver-

⁵¹⁶ BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 149/15, MietRB 2017, 1 = NZM 2017, 68 = GE 2016, 1501 = WuM 2016, 752.

⁵¹⁷ vgl. BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, NZM 2010, 815 Rz. 4.

⁵¹⁸ vgl. BGH v. 16.2.2005 - XII ZR 162/01, NZM 2005, 340 (341).

hältnisses gemäß § 545 Satz 1 BGB nicht entgegen⁵¹⁹. Denn auch dann wäre der Mietvertrag durch die ordentliche Kündigung des Mieters vor dem Ende der ursprünglich vereinbarten festen Vertragslaufzeit beendet worden. Dass die langfristige Vertragsbindung weggefallen ist, beruht jedoch auf der Pflichtverletzung des Mieters, aufgrund derer der Vermieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt war. Eine (unterstellte) stillschweigende Verlängerung würde diesen Zurechnungszusammenhang nicht unterbrechen, weil auch das mit einer stillschweigenden Vertragsverlängerung einhergehende ordentliche Kündigungsrecht des Mieters auf dessen vertragswidriges Verhalten zurückzuführen wäre. Vielmehr ist diese Konstellation nicht anders zu beurteilen als der Fall, dass der Vermieter nach der vom Mieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung einen Vertrag mit einem Nachmieter abschließt, der dann vertragsgemäß weniger oder auch - seinerseits vertragswidrig - gar nichts mehr zahlt⁵²⁰. Auch dort muss der ursprüngliche Mieter dem Grundsatz nach für den Mietausfallschaden des Vermieters aufkommen⁵²¹. Denn die stillschweigende Vertragsverlängerung steht nicht einer einvernehmlichen Aufhebung der festen Vertragslaufzeit gleich, sondern setzt voraus, dass das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit seiner zeitlichen Bindung weggefallen ist, und führt kraft gesetzlicher Anordnung ohne übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zur unbefristeten Fortsetzung des Vertragsverhältnisses⁵²².

20.4 Schadensersatz des Mieters vom Nachbarn wegen beschädigter Tapete

Ein Mieter, dessen von ihm aufgebrachte Tapete durch einen Wasserschaden beschädigt wurde, den ein über ihm wohnender Mieter fahrlässig verursacht wurde, hat keine direkten Ansprüche gegen den Schadensverursacher.

⁵¹⁹ BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

⁵²⁰ BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

⁵²¹ vgl. BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053 f.; BGH v. 10.10.2001 - XII ZR 307/98, juris Rz. 8, 40; BGH v. 20.6.2001 - XII ZR 20/99, juris Rz. 2 ff; RGZ 76, 367, 369; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 542 BGB Rz. 107.

⁵²² vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 77. Aufl., § 545 BGB Rz. 10; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 545 BGB Rz. 1.

Der Mietvertrag zwischen dem Vermieter und dem schadenden Mieter hat zu seinen Gunsten keine Schutzwirkung⁵²³. Es ist anerkannt, dass auch ein Untermieter nicht in den Schutzbereich des Hauptmietvertrages einbezogen ist und daraus nicht Ansprüche wegen vom Vermieter verursachter Schäden gegen diesen erheben kann. Der Untermieter ist nicht schutzbedürftig, weil ihm eigene vertragliche Ansprüche gegenüber dem Hauptmieter zustehen⁵²⁴. Das gleiche muss im Verhältnis mehrerer Mieter im selben Gebäude untereinander gelten. Der Kläger ist durch eigene Ansprüche aus dem Mietverhältnis gegenüber dem Vermieter ausreichend geschützt⁵²⁵.

Auch eine entsprechende Anwendung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist zu verneinen⁵²⁶. Dieser Ausgleichsanspruch hat seine Grundlage im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis. Er ist Teil des Interessenausgleichs, der für eine sachgerechte Nutzung von Grundstücken im nachbarlichen Raum unerlässlich ist. In einem solchen grundstücksbezogenen Regelungszusammenhang sind Normen, die das Verhältnis von Mietern untereinander regeln, nicht zu erwarten. Sie könnten auch nicht an den Gedanken der Beschränkung der Eigentümerrechte nach § 903 BGB anknüpfen, um den es bei § 906 BGB, allgemein gefasst, geht, sondern müssten im Mietrecht angesiedelt werden. Dass das Verhältnis der Mieter untereinander keine Berücksichtigung in § 906 BGB gefunden hat, kann nicht als planwidrige Lücke angesehen werden. Dass es zwischen Mietern Streit um beeinträchtigende Immissionen geben kann, kann dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben sein. Zudem bedarf es keiner spezifischen Regelung, zumal der Mieter vom Vermieter eine von Mitmietern ungestörte Gebrauchsgewährung verlangen kann⁵²⁷.

Auch ein deliktischer Schadensersatzanspruch mit der Begründung, sein Eigentum an den Tapeten sei verletzt, greift nicht durch, da der geschädigte Mieter ein solches Recht an den Tapeten nicht dargetan hat⁵²⁸.

⁵²³ OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

⁵²⁴ BGH v. 15.2.1978 - VIII ZR 47/77, BGHZ 70, 327 (330); BGH v. 6.11.2012 - VI ZR 174/11, NJW 2013, 1002 Rz. 9; Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl., § 328 BGB Rz. 28, 29.

⁵²⁵ siehe dazu BGH v. 12.12.2003 - V ZR 180/03, NJW 2004, 775 (776).

⁵²⁶ BGH v. 12.12.2003 - V ZR 180/03, NJW 2004, 775 (776).

⁵²⁷ OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

⁵²⁸ OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

Nach § 93 BGB können Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, wenn sie nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile). Nach § 94 Abs. 2 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen. Demgemäß sind Tapeten grundsätzlich wesentliche Bestandteile des Gebäudes, weil sie von der Wand nicht mehr abgelöst werden können, ohne dass sie in einer Weise beschädigt werden, die eine wirtschaftliche Zerstörung darstellt⁵²⁹. Demgegenüber kommt es nicht auf eine Beschädigung des Wandputzes an. Der geschädigte Mieter hat auch nicht etwa dargelegt, dass in seinem Fall die betroffenen Tapeten solche seien, die von der Wand einfach abzuziehen seien und auf eine andere Wand angebracht werden könnten. Das Gegenteil folgt aus dem im Kostenvoranschlag für die Entfernung der Tapeten vorgesehenen Zeitaufwand.

Ein Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des berechtigten Besitzes des Klägers liegt ebenfalls nicht vor⁵³⁰. Zwar ist grundsätzlich der sog. Haftungsschaden ersatzfähig, wenn der Besitzer wegen Beschädigung der Mietsache durch Dritte selbst Ansprüchen ausgesetzt ist⁵³¹. Solche Ansprüche des Vermieters gegenüber dem geschädigten Mieter ergeben sich jedoch aus der Beschädigung der Tapeten nicht, insbesondere nicht aufgrund seines Rechts auf Schönheitsreparaturen.

21 Vorkaufsrecht

21.1 § 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

⁵²⁹ ebenso LG Bonn v. 13.6.2013 - 6 S 188/12, juris Rz. 18; zu aufgeklebten Plakaten siehe Staudinger/*Stieper*, Neubearb. 2017, § 93 BGB Rz. 16.

⁵³⁰ OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

⁵³¹ BGH v. 9.4.1984 - II ZR 234/33, NJW 1984, 2569 (2570); OLG Naumburg v. 25.9.2014 - 2 U 27/14, NJW-RR 2015, 217; Palandt/*Sprau*, 77. Aufl., § 823 BGB Rz. 13.

dann an einen Dritten verkauft wird⁵³². 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 wird. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist in diesem Fall ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum. Das Vorkaufsrecht des Mieters entsteht in einem solchen Fall nur dann, wenn sich der Veräußerer beim Verkauf des noch ungeteilten Grundstücks gegenüber dem Dritten zur Durchführung der Aufteilung nach § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste künftige Wohneinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist⁵³³.

Die Voraussetzungen beider Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB sind nicht erfüllt, wenn der Vermieter vor der Überlassung eine Aufteilung durchführt und nach der Überlassung die künftigen Eigentumswohnungen, die noch nicht in das Grundbuch eingetragen sind, an einen Dritten veräußert, der die einzelnen Wohnungen sodann erneut veräußert⁵³⁴.

Die Entstehung des Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheidet nicht daran, dass der Vermieter bereits vor der Überlassung der Mietsache an die Mieter (und sogar schon vor Abschluss des Mietvertrags) die für die Aufteilung in Wohnungseigentum erforderliche Teilungserklärung (§ 8 WEG) hat notariell beurkunden lassen⁵³⁵. Dies ändert nichts daran, dass Wohnungseigentum erst nach Überlassung der Wohnräume an die Mieter begründet worden ist. Denn die Teilung ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG erst mit dem dinglichen Vollzug, der nach der Überlassung mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher erfolgte, wirksam geworden⁵³⁶.

Für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB reicht es jedoch nicht aus, wenn nach der Überlassung der Wohnräume an den

⁵³² BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 23 [zum Vorkaufsrecht an einer in demselben Objekt gelegenen Wohnung]; BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5.

⁵³³ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 26.

⁵³⁴ BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

⁵³⁵ BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

⁵³⁶ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 26.

Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist⁵³⁷. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten der Begründung von Wohnungseigentum zeitlich nachfolgt. Wird dieses erst nach dem Verkauf an den Dritten begründet, scheidet ein Vorkaufsrecht aus⁵³⁸.

Diese Voraussetzungen sind gegeben. Die notarielle Beurkundung des Kaufvertrags zwischen dem Vermieter und den Erwerbern fand am 16. Dezember 2010 statt. Wohnungseigentum wurde erst danach mit der am 23.12.2010 erfolgten Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch begründet. 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 erfüllt, weil die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, nicht erst nach der Überlassung an den Mieter gefasst und dokumentiert worden ist⁵³⁹.

Der VIII. Senat hat in der bereits erwähnten, den Verkauf einer anderen Wohnung desselben Hauses betreffenden Entscheidung vom 6. April 2016⁵⁴⁰ ausgeführt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Mieter durch die Regelung des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zwar (auch) ein Vorkaufsrecht an künftig entstehendem Wohnungseigentum gesichert werden soll, das Entstehen des Vorkaufsrechts aber nicht an geringere Voraussetzungen geknüpft sein sollte, als im Falle bereits begründeten Wohnungseigentums nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Das Gesetz gibt in beiden Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB eine zeitliche Abfolge der Geschehnisse vor, die nur bei deren strikter Einhaltung zu der Entstehung eines Vorkaufsrechts führt. Soweit es um die künftige Begründung von Wohnungseigentum geht (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB), muss die Absicht hierzu nach außen dokumentiert werden. Diese Bekundung nach außen ist regelmäßig in der notariellen Beurkundung der Teilungserklärung zu sehen⁵⁴¹. Um ein Vorkaufsrecht des Mieters entstehen zu

⁵³⁷ BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

⁵³⁸ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5; BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 28.

⁵³⁹ BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

⁵⁴⁰ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 30 ff.

⁵⁴¹ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 42 ff.

lassen, muss die Überlassung an den Mieter indes nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zeitlich vor der nach außen dokumentierten Absicht, Wohnungseigentum begründen zu wollen, erfolgt sein. Daran fehlt es im Streitfall. Denn die Beurkundung der Teilungserklärung erfolgte am 28. September 2010, mithin bereits mehrere Monate vor dem Abschluss des Mietvertrags mit den Mietern (23. November 2010) und deren Besitzerlangung am vereinbarten Tag des Mietbeginns (15. Dezember 2010).

21.2 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 anzuwenden⁵⁴². 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 voraussetzt⁵⁴³, als auch im Falle der Veräußerung eines ungeteilten Grundstücks bei beabsichtigter Realteilung (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB analog) in Betracht kommen⁵⁴⁴.

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 werden⁵⁴⁵.

Das für den Fall der Veräußerung künftigen Wohnungseigentums in § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB angeordnete Vorkaufsrecht soll gerade nicht zum Erwerb

⁵⁴² 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.

⁵⁴³ 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.

⁵⁴⁴ 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.

⁵⁴⁵ BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.

des gesamten Grundstücks berechtigen. Ebenso wenig soll der Mieter dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil in einer Bruchteilsgemeinschaft ohne Sondereigentum erwerben. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist vielmehr ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum⁵⁴⁶. Deshalb muss zunächst gewährleistet sein, dass der Mieter einen Anspruch auf die Begründung von Wohnungseigentum erwirbt⁵⁴⁷. 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 Aufteilung⁵⁴⁸. Erforderlich ist vielmehr, dass der Verkäufer als Vorkaufsverpflichteter in dem Kaufvertrag eine Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat⁵⁴⁹. 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 ist⁵⁵⁰.

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 ist⁵⁵¹.

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 ist⁵⁵². 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 entneh-

⁵⁴⁶ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

⁵⁴⁷ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

⁵⁴⁸ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 24.

⁵⁴⁹ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

⁵⁵⁰ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 23.

⁵⁵¹ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

⁵⁵² BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.

men lassen, dass der Veräußerer auch den Vollzug der Realteilung schuldet und damit der Erwerber gegen den Veräußerer einen Anspruch auf die Begründung 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.

22 Zwangsvollstreckung

22.1 Schuldner bei der Räumungsvollstreckung

Im Streitfall fehlt es in Bezug auf die Schuldner zu 1 (*Eine Anzahl von 40 männlichen und weiblichen Personen, die sich als "Kulturkollektiv Arno-Nitzsche" bezeichnen und sich zum Zeitpunkt der Zustellung auf der im Grundbuch des Amtsgerichts Leipzig eingetragenen Fläche, Gemarkung ..., Blatt ..., Flurstück Nr. ... dauerhaft aufhalten*) an einer Bezeichnung, die eine hinreichend sichere Identifizierung der durch die einstweilige Verfügung betroffenen Personen ermöglicht.

Allerdings fehlt es nicht bereits deshalb an den Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen, weil die Schuldner zu 1 in der einstweiligen Verfügung nicht mit ihrem Namen bezeichnet sind. Zwar kann nach dem Wortlaut von § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Zwangsvollstreckung nur gegen eine Person begonnen werden, die im Titel oder in der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel als Schuldner namentlich bezeichnet ist. Trotz der Formenstrenge, die in der Zwangsvollstreckung herrscht, genügt es jedoch, wenn durch eine Auslegung anhand des Titels ohne weiteres festgestellt werden kann, wer Partei des Verfügungsverfahrens ist⁵⁵³.

⁵⁵³ BGH v. 23.10.2003 - I ZB 45/02, BGHZ 156, 335 (339) - Euro-Einführungsrabatt; BGH v. 29.5.2008 - IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 Rz. 14.

Von diesen Grundsätzen ist auszugehen. Die Schuldner zu 1 sind in der einstweiligen Verfügung nicht so klar bezeichnet, dass sie durch Auslegung des Titels zweifelsfrei identifiziert werden könnten. Es ist nicht sicher feststellbar, ob eine auf dem Gelände angetroffene Person zu der Gruppe der Schuldner zu 1 gehört. Dass die Mitglieder des sog. Kulturkollektivs, die sich dauerhaft auf der Fläche aufhielten, nicht zeitweise Besuch von außenstehenden Personen erhielten, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Es ist nicht feststellbar, dass auf dem bezeichneten Grundstück nur 40 männliche und weibliche Personen anzutreffen sind, die sich als "Kulturkollektiv Arno-Nitzsche" bezeichnen und sich dort dauerhaft aufhalten. Es ist nicht klar, wie die Zugehörigkeit von anwesenden Personen zu einem "Kulturkollektiv" festgestellt und die Frage beantwortet werden kann, ob die angetroffenen Personen sich dort dauerhaft aufhalten. Damit ist durch den Gerichtsvollzieher nicht sicher feststellbar, ob eine auf dem Gelände angetroffene Person zu der Gruppe der Schuldner zu 1 gehört.

Damit wird kein zu strenger rechtlicher Maßstab an die Schuldnerbezeichnung gemäß § 750 Abs. 1 ZPO angelegt⁵⁵⁴.

Dem aus § 750 Abs. 1 ZPO folgenden Erfordernis einer sicheren Identifizierbarkeit des Vollstreckungsschuldners kommt rechtssystematisch eine zentrale Bedeutung zu. Durch diese Vollstreckungsvoraussetzung wird der für das Zivilprozessrecht kennzeichnende Grundsatz der Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren gesichert, wonach das Vollstreckungsorgan den durch den Vollstreckungstitel urkundlich ausgewiesenen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner nicht zu überprüfen hat⁵⁵⁵. Die Regelung über die Bezeichnung der Vollstreckungsparteien in § 750 Abs. 1 ZPO sichert die für die Funktions- und Verantwortungsteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsorgan notwendige Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen, indem es dem Vollstreckungsorgan ermöglicht, die Identität der Parteien auf der Grundlage von Titel und Klausel zu bestimmen⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ BGH v. 13.7.2017 – I ZB 103/16, NZM 2018, 164.

⁵⁵⁵ vgl. Zöller/Stöber, 31. Aufl., § 750 ZPO Rz. 3, vor § 704 Rn. 14; Lackmann in Musielak/Voit, § 750 ZPO Rz. 1; Heßler in MünchKomm, 5. Aufl., § 750 ZPO Rz. 5.

⁵⁵⁶ vgl. Heßler in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 3 und 5; Lackmann in Musielak/Voit, § 750 ZPO Rz. 1; Ulrici in BeckOK, § 750 ZPO Rz. 8.

§ 750 Abs. 1 ZPO sichert zudem nicht lediglich die Einhaltung einer Formalität. Vielmehr wird durch das Erfordernis der namentlichen Bezeichnung des Schuldners gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird⁵⁵⁷. Damit wird verhindert, dass durch staatlichen Zwang in grundrechtlich geschützte Rechte Unbeteiligter eingegriffen wird.

Die Rechtsbeschwerde macht geltend, das Beharren des Beschwerdegerichts auf streng formalen Kriterien im Vollstreckungstitel werde dem Phänomen der illegalen Hausbesetzungen bei gleichzeitiger vorsätzlicher Verschleierung der Identität der Besetzer nicht gerecht. Dieser Sachverhalt führe dazu, dass letztlich die Gläubigerin als diejenige, die sich redlich und gesetzestreu verhalte, ohne rechtlichen Schutz und ohne staatliche Unterstützung bei der Wahrung ihrer Rechte gegen illegale Hausbesetzer bleibe. Ein solches Ergebnis könne nicht befriedigen. Es könne nicht sein, dass das Vollstreckungsorgan in Fällen seinen Schutz versage, in denen der materiell-rechtliche Anspruch des Gläubigers offenkundig sei. Es stehe nicht in Frage, dass die Hausbesetzer - gegen die Gläubigerin als Eigentümerin - zu keinem Zeitpunkt ein legales Besitzrecht an der betreffenden Liegenschaft begründen konnten. Es sei deshalb unvertretbar, einen Grundstückseigentümer, dem eine offenbare Rechtsverletzung widerfahren sei, in solche Kalamitäten zu treiben, nur weil ihm aus formalen Gründen die Verfolgung seines Rechtsanspruchs verwehrt sein solle. Dem Grundstückseigentümer werde in einem Fall der Schutz versagt, in welchem einzig und allein aufgrund deliktischen Handelns der Schuldner eine Parteibezeichnung nur umschreibend sein könne. Mit dieser Begründung kann die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg haben.

Das Beschwerdegericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Umstand, dass sich die auf dem Grundstück der Gläubigerin anzutreffenden Personen eindeutig unerlaubt aufhalten, nicht dazu führen kann, dass die im Streitfall beauftragte Gerichtsvollzieherin die Zwangsvollstreckung ohne das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen durchführen darf. Nach der ständigen Recht-

⁵⁵⁷ BGH v. 18.7.2003 - IXa ZB 116/03, NJW-RR 2003, 1450, 1451; BGH v. 25.6.2004 - IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383 (385 f.); BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH v. 14.8.2008 - I ZB 39/08, NJW 2008, 3287 Rz. 10.

sprechung des Bundesgerichtshofs können die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zum Erfordernis der bestimmten Bezeichnung des Vollstreckungsschuldners nicht durch materiell-rechtliche Erwägungen oder Gesichtspunkte der Billigkeit außer Kraft gesetzt werden⁵⁵⁸. Für oder gegen andere als in Titel oder Klausel bezeichnete Personen darf die Zwangsvollstreckung auch dann nicht erfolgen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sie Gläubiger oder Schuldner sind⁵⁵⁹. Eine Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, beruft sich zudem nicht unter Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben auf eine nur formale Rechtsstellung, wenn sie geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO unzulässig, weil sie in dem Titel oder der Klausel namentlich nicht bezeichnet sei⁵⁶⁰.

Das Beschwerdegericht ist ferner mit Recht davon ausgegangen, dass es auch die Unmöglichkeit einer hinreichend genauen Bezeichnung der Besetzer des Grundstücks der Gläubigerin nicht rechtfertigen kann, vom zentralen Erfordernis einer sicheren Identifizierung der Schuldner anhand des Vollstreckungstitels abzusehen⁵⁶¹.

Die Zulassung eines "Titels gegen Unbekannt"⁵⁶², eines "Titels gegen den, den es angeht"⁵⁶³ oder eines "lagebezogenen" Titels⁵⁶⁴ ist mit der geltenden Rechtslage nicht vereinbar. Das Erfordernis der namentlichen Bezeichnung des Vollstreckungsschuldners gemäß § 750 Abs. 1 ZPO sichert in formeller Hinsicht den Grundsatz der Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, indem es dem Vollstreckungsorgan ermöglicht, die Identität der Parteien auf der Grundlage von Titel und Klausel zu bestimmen. Außerdem gewährleistet das Erfordernis der namentlichen Bezeichnung des Schuldners materiell, dass

⁵⁵⁸ BGH, NJW-RR 2003, 1450 (1451); BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 11; *Lackmann* in Musielak/Voit, § 885 ZPO Rz. 7.

⁵⁵⁹ BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 11.

⁵⁶⁰ BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 10.

⁵⁶¹ ebenso *Heßler* in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; *Lackmann* in Musielak/Voit, § 750 ZPO Rz. 8; *Bendtsen* in Kindl/Heller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl., § 885 ZPO Rz. 23; *Giers* in Kindl/Heller-Hannich/Wolf § 750 ZPO Rz. 6; *Stürner* in BeckOK, § 885 ZPO Rz. 19; *Brehm* in Stein/Jonas, 22. Aufl., § 885 ZPO Rz. 7; a.A. Schmidt-Futterer/*Lehmann-Richter*, *Mietrecht*, 12. Aufl., § 885 ZPO Rz. 17; *Raeschke-Kessler*, NJW 1981, 663; *Lisken*, NJW 1982, 1136 (1137); *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (40 f.); *Majer*, NZM 2012, 67 (70).

⁵⁶² vgl. *Raeschke-Kessler*, NJW 1981, 663; *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (40).

⁵⁶³ vgl. *Lisken*, NJW 1982, 1136 (1137).

⁵⁶⁴ so *Majer*, NZM 2012, 67 (70).

staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird. Ein lediglich auf die Räumlichkeit bezogener Räumungstitel ist nach dem Willen des Gesetzgebers mit den Grundsätzen des deutschen Vollstreckungsrechts nicht vereinbar⁵⁶⁵.

Der Verzicht auf das Erfordernis einer sicheren Identifizierung des Schuldners aufgrund der Bezeichnung im Vollstreckungstitel oder in der Vollstreckungsklausel ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch nicht deshalb geboten, weil der Eigentümer ansonsten vollständig rechtlos gestellt wäre. Eine Räumung gegenüber Hausbesetzern kann vielmehr nach dem Polizei- und Ordnungsrecht erfolgen⁵⁶⁶. Das widerrechtliche Eindringen und Verweilen in Wohnungen, Geschäftsräumen oder befriedetem Besitztum ist gemäß § 123 Abs. 1 StGB strafbar; die Verletzung strafrechtlicher Normen stellt stets eine Störung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der polizei- und ordnungsrechtlichen Eingriffsermächtigungen der Bundesländer dar (vgl. z.B. § 3 Abs. 1 SächsPolG). Die Beseitigung dieser Störung fällt in die polizeiliche Aufgabenzuständigkeit; das Polizei- und Ordnungsrecht stellt insoweit auch die zur Durchsetzung erforderlichen Eingriffsbefugnisse zur Verfügung⁵⁶⁷. Der Pflicht zum Eingreifen der Polizei steht nicht entgegen, dass nach dem Polizei- und Ordnungsrecht der Bundesländer der Schutz privater Rechte der Polizei nur dann obliegt, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird (vgl. z.B. § 2 Abs. 2 SächsPolG). Diese Bestimmungen betreffen die ausschließliche Gefährdung privater Rechte wie etwa das Vermögen oder Forderungen Privater⁵⁶⁸. Bei Haus- und Grundstücksbesetzungen geht es jedoch um gemäß § 123 StGB strafbare Handlungen und damit um die Störung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der allgemeinen polizeilichen Eingriffsermächtigungen. Im Übrigen werden bei Haus- und Grundstücks-

⁵⁶⁵ vgl. Begr. D. RegEntw des MietRÄndG, BR-Drs. 313/12, S. 47.

⁵⁶⁶ *Heßler* in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; *Bendtsen* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 885 ZPO Rz. 23; *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (39).

⁵⁶⁷ vgl. zum Ganzen *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (39); *Heßler* in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; *Bendtsen* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 885 ZPO Rz. 23; *Gaul* in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 22 Rz. 3; *Christmann*, DGVZ 1984, 101 (105); *Degenhart*, JuS 1982, 330 f.

⁵⁶⁸ vgl. Ullrich in BeckOK.Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 6. Edition, Stand 20. Mai 2017, § 2 Rz. 35.

besetzungen regelmäßig auch die Voraussetzungen der Eingriffsvoraussetzungen des Polizei- und Ordnungsrechts für den polizeilichen Schutz privater Rechte vorliegen⁵⁶⁹.

Den im Schrifttum vorgeschlagenen Maßnahmen zur Vollstreckung eines Räumungstitels gegen Unbekannt durch den Gerichtsvollzieher stehen außerdem erhebliche rechtliche und praktische Schwierigkeiten entgegen⁵⁷⁰. So wird vertreten, die Polizei müsse in analoger Anwendung des § 758 Abs. 3 ZPO oder aber im Wege der Amtshilfe vor der Räumung das betreffende Objekt sichern und damit gewährleisten, dass nur die aktiven Besetzer und keine Sympathisanten, aber auch alle aktiven Besetzer angetroffen werden. Sodann sollten diese nacheinander zur Feststellung der Personalien nach draußen verbracht werden. Den identifizierten Personen solle der Gerichtsvollzieher sodann jeweils eine Ausfertigung des gegen unbekannt ergangenen Räumungstitels aushändigen und dies in einer Liste vermerken. Anhand dieser Liste solle der Gerichtsvollzieher dann die Zustellungsurkunden erstellen; das zuvor auf "Unbekannt" lautende Rubrum der einstweiligen Verfügung sei schließlich gemäß § 319 ZPO entsprechend den nunmehr ermittelten Personalien zu berichtigen⁵⁷¹. Diese Vorschläge verdeutlichen nicht nur die erheblichen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten bei der Vollstreckung eines "Räumungstitels gegen Unbekannt"⁵⁷², sondern offenbaren, dass es insoweit nicht um die Vollstreckung eines Titels geht, der - wie gemäß § 130 Nr. 1, § 253 Abs. 2 Nr. 1, § 313 Abs. 1 Nr. 1, § 750 Abs. 1 ZPO in der Zivilprozessordnung vorgesehen - in einem Erkenntnisverfahren gegen konkrete Schuldner erlassen wurde. Der Sache nach wird es vielmehr im Widerspruch zum elementaren zivilprozessualen Grundsatz, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird⁵⁷³, als ausreichend angesehen, dass die Identität des Schuldners erstmals im Vollstreckungsverfahren durch den Gerichtsvollzieher ermittelt und festgestellt wird.

⁵⁶⁹ vgl. Degenhart, JuS 1982, 330 (331).

⁵⁷⁰ BGH v. 13.7.2017 – I ZB 103/16, NZM 2018, 164.

⁵⁷¹ vgl. Geißler, DGVZ 2011, 37 (40 f.); Raeschke-Kessler, NJW 1981, 663 (664 f.).

⁵⁷² vgl. Heßler in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 22 Rz. 3.

⁵⁷³ BGHZ 159, 383 (385 f.); BGH, NJW-RR 2003, 1450 (1451); BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 1.

Angesichts des klaren Wortlauts, der systematischen Stellung, des gesetzgeberischen Willens, von Sinn und Zweck des Erfordernisses der namentlichen Bezeichnung gemäß § 750 Abs. 1 ZPO und der rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Titels gegen Unbekannt würde es nach alledem die Grenzen der zulässigen richterlichen Gesetzesauslegung überschreiten, auf diese gesetzliche Vollstreckungsvoraussetzung zu verzichten, wenn - wie in Fällen von Haus- oder Grundstücksbesetzungen - eine sichere Identifizierung von Schuldnern im Erkenntnisverfahren (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) regelmäßig nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich ist und die Schuldner deshalb auch im Vollstreckungstitel nicht sicher identifizierbar angegeben werden können. Der Senat verkennt nicht, dass sich in Fällen illegaler Haus- und Grundstücksbesetzungen ein gesetzliches Defizit bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Räumungsansprüche offenbart. Ein Verzicht auf die gesetzliche Vorgabe der namentlichen Bezeichnung des Schuldners im Vollstreckungstitel oder in der Vollstreckungsklausel kann für solche besonders gelagerten Fälle vielmehr - unter umfassender Abwägung der betroffenen Rechte und Interessen - aber allein der Gesetzgeber regeln.

Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde schließlich geltend, die Gerichtsvollzieherin habe zumindest den Versuch unternehmen müssen, die einstweilige Verfügung zuzustellen. Da die Schuldner zu 1 entgegen § 750 Abs. 1 ZPO in der einstweiligen Verfügung nicht namentlich oder doch sicher identifizierbar bezeichnet worden waren, lag eine wesentliche Voraussetzung der Zwangsvollstreckung nicht vor. Damit durfte die Gerichtsvollzieherin den Zwangsvollstreckungsakt der Zustellung der einstweiligen Verfügung nicht vornehmen.

22.2 Zwangsvollstreckung aus § 885a ZPO gegen den Schuldner gemäß ZVG

Gemäß § 885a Abs. 1 ZPO kann der Vollstreckungsauftrag auf die Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 ZPO beschränkt werden. Die in § 885 Abs. 1 ZPO bestimmte Besitzverschaffung setzt voraus, dass der Schuldner eine unbewegliche Sache herauszugeben oder zu räumen hat.

Der Anwendungsbereich der Vollstreckung gemäß § 885a Abs. 1 ZPO beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen dem Gläubiger ein Vermieterpfandrecht zusteht⁵⁷⁴.

Allerdings hat der BGH vor Einführung des § 885a ZPO ausgesprochen, dass eine auf § 93 Abs. 1 ZVG gestützte Räumung nicht auf die Herausgabe des Grundstücks beschränkt werden kann, weil es für eine Besitzeinweisung ohne Räumung in diesem Fall an einer gesetzlichen Grundlage fehlt⁵⁷⁵. Nach dieser Rechtsprechung konnte ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach § 885 Abs. 1 ZPO nur dann auf die Herausgabe der Wohnung beschränken, wenn er an sämtlichen in den Räumen befindlichen Gegenständen ein Vermieterpfandrecht geltend machte. Der BGH hat dies damit begründet, dass das Vermieterpfandrecht Vorrang habe gegenüber der in § 885 Abs. 2 und 3 Satz 1 ZPO bestimmten Entfernung der beweglichen Sachen, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung seien. Wenn ein Vermieterpfandrecht geltend gemacht werde, würden die schutzwürdigen Belange des Vollstreckungsschuldners nicht in einem Ausmaß betroffen, dass von einer auf die Herausgabe begrenzten Zwangsvollstreckung abzusehen sei⁵⁷⁶. Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Vollstreckung eines Zuschlagsbeschlusses nach § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG hat der BGH abgelehnt. Wenn sich der Gläubiger - anders als bei Bestehen eines Vermieterpfandrechts - nicht auf ein Recht zur Inbesitznahme hinsichtlich der in der Wohnung befindlichen Sachen berufen könne, fehle es an einem vorrangigen Recht des Gläubigers, das der nach § 885 Abs. 2 und 4 ZPO gerade auch im Interesse des Schuldners vorgesehenen Entfernung der Sachen entgegenstehe⁵⁷⁷.

Diese Rechtsprechung ist durch die Einführung des § 885a ZPO überholt⁵⁷⁸. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber eine allgemein gültige, nicht auf die Fälle des Bestehens eines Vermieterpfandrechts beschränkte gesetzliche Grundlage für eine auf die Herausgabe unbeweglicher Sachen beschränkte Vollstreckungsmöglichkeit geschaffen. Die Vorschrift ist deshalb auch auf die Räumungszwangsvollstreckung eines Zuschlagsbeschlusses gemäß § 93 Abs.

⁵⁷⁴ BGH v. 2.3.2017 – I ZB 66/16, MDR 2017, 788 = WuM 2017, 419 = NZM 2017, 473.

⁵⁷⁵ BGH v. 2.10.2012 - I ZB 78/11, NZM 2013, 395 Rz. 17 ff.

⁵⁷⁶ vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1384 Rz. 9 f.; BGH, NZM 2013, 395 Rz. 18 m.w.N.

⁵⁷⁷ BGH, NZM 2013, 395 Rz. 19.

⁵⁷⁸ BGH v. 2.3.2017 – I ZB 66/16, MDR 2017, 788 = WuM 2017, 419 = NZM 2017, 473.

1 ZVG anwendbar⁵⁷⁹. Für die Annahme eines eingeschränkten Anwendungsbereichs der Bestimmung des § 885a ZPO auf den Fall, dass dem Gläubiger ein Vermieterpfandrecht zusteht, besteht kein Anlass.

Dem Wortlaut des § 885a ZPO lässt sich keine Einschränkung auf Vollstreckungen bei Bestehen eines Vermieterpfandrechts entnehmen. Gemäß § 885a Abs. 1 ZPO sind Vollstreckungsaufträge vielmehr allgemein auf Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 ZPO beschränkbar, so dass auf Zuschlagsbeschlüsse gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG gestützte Vollstreckungsaufträge erfasst werden.

Gegen einen eingeschränkten Anwendungsbereich des § 885a ZPO spricht auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der Gesetzgeber wollte mit dieser - abweichend von dem Konzept der "Berliner Räumung" - eine vereinfachte Räumung ermöglichen, die gerade nicht voraussetzt, dass der Gläubiger sein Vermieterpfandrecht an den in die Räume eingebrachten Gegenständen des Schuldners ausübt⁵⁸⁰. Unerheblich ist deshalb auch der von der Rechtsbeschwerde hervorgehobene Umstand, dass die Vorschrift des § 885a ZPO im Rahmen eines "Mietrechtsänderungsgesetzes" eingeführt wurde.

Der Sinn und Zweck des § 885a ZPO spricht ebenfalls gegen eine auf Räumungen durch den Vermieter beschränkte Anwendung der Vorschrift. Die Einführung dieser Bestimmung ermöglicht es dem Gläubiger, die mit der Räumungsvollstreckung gemäß § 885 ZPO verbundenen hohen Transport- und Lagerkosten zu vermeiden und damit den Kostenvorschuss für die Vollstreckung ganz erheblich zu reduzieren⁵⁸¹. Ein Bedürfnis zur Kostenreduzierung bei der

⁵⁷⁹ ebenso Zöller/Stöber, 31. Aufl., § 885a ZPO Rz. 2; Lackmann in Musielak/Voit, 14. Aufl., § 885a ZPO Rz. 1; Gruber in MünchKomm, § 885a ZPO Rz. 6; Saenger/Kießling, 7. Aufl., § 885a ZPO Rz. 4; Stürner in BeckOK, 23. Edition, Stand 1.12.2016, § 885a ZPO Rz. 2; Hilbig-Lugani in Prütting/Gehrlein, 8. Aufl., § 885a ZPO Rz. 2; Rensen in Wieczorek/Schütze, 4. Aufl., § 885a ZPO Rz. 1; Lehmann-Richter in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 885a ZPO Rz. 4; Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 885a ZPO Rz. 3; Bendtsen in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 885a ZPO Rz. 2, 4; Hintzen in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, 15. Aufl., § 93 ZVG Rz. 4; Majer, NZM 2012, 67 (70); Schuschke, NZM 2012, 209 (212 f.); Flatow, NZW 2013, 1185 (1191).

⁵⁸⁰ vgl. Regierungsentwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. 17/10485, S. 31; vgl. auch Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 885a ZPO Rz. 3; Lehmann-Richter in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 885a ZPO Rz. 3.

⁵⁸¹ vgl. Regierungsentwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. 17/10485, S. 15; BGH v. 23.10.2014 - I ZB 82/13, NJW 2015, 2126 Rz. 16.

Räumungsvollstreckung ist jedoch nicht auf die Fälle der Vollstreckung durch einen Vermieter beschränkt, sondern besteht in gleicher Weise bei der Vollstreckung anderer Räumungstitel wie etwa eines Zuschlagsbeschlusses gemäß § 93 Abs. 1 ZVG⁵⁸².

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde sind durch die Anwendung des § 885a ZPO außerhalb der Vollstreckung durch Vermieter gegen Mieter die verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Schuldners nicht in einem Ausmaß betroffen, dass von einer auf die Herausgabe begrenzten Zwangsvollstreckung im Sinne dieser Bestimmung abzusehen ist.

22.3 Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 BGB

Wird ein Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht, § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

Die besonderen Voraussetzungen für eine solche Einstellung sind im vorliegenden Fall nicht gegeben⁵⁸³. Die Interessen des Schuldners werden nach der in § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO getroffenen gesetzlichen Wertentscheidung grundsätzlich hintangestellt, da seine Rechte durch ein in zwei Tatsacheninstanzen geführtes Erkenntnisverfahren hinreichend gewahrt erscheinen. Demgegenüber gebührt den Interessen des Gläubigers, dem das Gesetz die Vollstreckung aus einem erwirkten Titel gestattet, auch wenn dieser noch nicht rechtskräftig ist, in der Regel der Vorrang⁵⁸⁴. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kommt hier nach nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als letztes Hilfsmittel des Vollstreckungsschuldners in Betracht⁵⁸⁵. Dabei ergibt sich allein aus dem Umstand, dass die Vollstreckung das Prozessergebnis vorwegnehmen würde, kein uner-

⁵⁸² vgl. *Lehmann-Richter* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 885a ZPO Rz. 5; *Lehmann-Richter*, NZM 2014, 257 (261).

⁵⁸³ BGH v. 20.9.2017 – XII ZR 76/17, NZM 2017, 700 = GE 2018, 870.

⁵⁸⁴ vgl. BGH v. 22.7.1994 - XII ZR 150/94 - juris Rz. 8 m.w.N.)

⁵⁸⁵ BGH v. 24.11.2010 - XII ZR 31/10, NJW-RR 2011, 705 Rz. 7; BGH v. 25.4.2012 - I ZR 136/11, NJW-RR 2012, 1088 Rz. 5.

setzlicher Nachteil im Sinne des § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO⁵⁸⁶. Nach der Rechtsprechung des XII. Senats stellt daher die Verpflichtung zur Räumung für sich genommen keinen unersetzlichen Nachteil i.S.v. § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO dar⁵⁸⁷.

Im vorliegenden Fall hat der Mieter nicht glaubhaft gemacht (§ 719 Abs. 2 Satz 2 ZPO), dass die Vollstreckung ihm einen über eine Vorwegnahme des Prozessergebnisses hinausgehenden nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Zwar hat der Vermieter bereits für das streitgegenständliche Gelände einen Erbbaurechtsvertrag abgeschlossen und beabsichtigt, unmittelbar nach der Räumung das Grundstück an den Erbbauberechtigten zu übergeben, damit dieser mit den geplanten Baumaßnahmen beginnen kann. Auch wenn insoweit mit der Vollstreckung endgültige Verhältnisse geschaffen werden, die im Falle eines Erfolges der Revision bestehenbleiben würden, bewirkt dies allein keinen unersetzlichen Nachteil für den Mieter im Sinne von § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO⁵⁸⁸.

Ebenso wenig stellt es einen unersetzlichen Nachteil im Sinne von § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO dar, dass der Mieter mit Durchführung der Zwangsvollstreckung den Rennbahnbetrieb einstellen muss⁵⁸⁹. Der Mieter verfügt nach seinem eigenen Vortrag ohnehin nicht über die notwendigen Mittel, Rennveranstaltungen durchzuführen oder die hierfür notwendigen Instandsetzungsmaßnahmen an dem Rennbahngelände durchzuführen.

Der Einstellung der Zwangsvollstreckung mit oder ohne Sicherheitsleistung steht zudem ein überwiegendes Interesse der Klägerin entgegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass beide Tatsacheninstanzen zu ihren Gunsten entschieden haben. Zudem hat der Vermieter erhebliche materielle Folgen zu befürchten, falls die Räumung des Grundstücks nicht zeitnah erfolgt. § 15.3 des Erbbaurechtsvertrags vom 12. November 2014 enthält ein Rücktrittsrecht des Erbbauberechtigten für den Fall, dass ihm das Grundstück nicht rechtzeitig überlassen werden kann. Darüber hinaus drohen der Klägerin erhebliche Schadensersatz-

⁵⁸⁶ BGH v. 4.9.2014 - I ZR 30/14, K&R 2014, 735 = ZUM 2015, 53 Rz. 9 m.w.N.

⁵⁸⁷ vgl. zu § 712 Abs. 1 ZPO BGH v. 31.7.2013 - XII ZR 114/13, GuT 2013, 217 Rz. 8.

⁵⁸⁸ vgl. BGH v. 22.7.1994 - XII ZR 150/94, juris Rz. 8 m.w.N.

⁵⁸⁹ BGH v. 20.9.2017 - XII ZR 76/17, NZM 2017, 700 = GE 2018, 870.

forderungen des Erbbauberechtigten, der bereits hohe Investitionskosten für das geplante Bauvorhaben getätigt hat.

22.4 Einstweilige Verfügung gegen Dritte bei Vermietung von Gewerberaum

Vor der Schaffung von § 940a Abs. 2 ZPO mit Wirkung ab dem 01.05.2013 durch das Mietrechtsänderungsgesetz vom 11.03.2013 ermöglichte die Regelung in §§ 935, 940 ZPO grundsätzlich den Erlass einer Räumungsverfügung im gewerblichen Mietrecht. Nur im Wohnraummietrecht war die Räumungsverfügung gemäß § 940a BGB in der bis 30.04.2013 gültigen Fassung auf die Fälle der verbotenen Eigenmacht und der konkreten Gefahr für Leib oder Leben beschränkt. Dennoch wurde im Bereich der Gewerberaummieta nur in Sonderfällen ein Verfügungsgrund angenommen. Eine Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO scheiterte regelmäßig daran, dass die (Weiter-)Nutzung des Mietobjektes nicht zur „Veränderung des bestehenden Zustandes“ führte und die Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung nicht drohte⁵⁹⁰. Für die Regelungsverfügung nach § 940 ZPO fehlte es regelmäßig am Drohen wesentlicher Nachteile oder an sonstigen gleichwertigen Gründen⁵⁹¹. Hinter der restriktiven Haltung der Gerichte stand wohl auch ihr Unbehagen gegenüber der mit der Räumungsverfügung verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache⁵⁹².

Die mit Wirkung ab 01.05.2013 in Kraft getretene Vorschrift des § 940a Abs. 2 ZPO regelt nunmehr, dass die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten angeordnet werden darf, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat. Die Vorschrift dient der vereinfachten Durchsetzung von Räumungstiteln, indem sie eine „ergänzende“ Räumungsverfügung gegen Dritte zulässt⁵⁹³. Seit ihrem Inkrafttreten ist umstritten, ob sie Auswirkungen auf die Voraussetzungen für den Erlass einer Räumungsverfügung im gewerblichen Mietrecht hat. Einigkeit herrscht darüber, dass eine unmittelbare Anwendung nicht in Betracht kommt, weil der Wortlaut sowohl der

⁵⁹⁰ vgl. OLG Celle v. 26.7.2000 - 2 W 58/00, NZM 2001, 194.

⁵⁹¹ vgl. OLG Düsseldorf vom 26.2.2009 - 10 W 14/09, NZM 2009, 818.

⁵⁹² vgl. zu diesem Aspekt: *Hinz*, NZM 2005, 841 (855).

⁵⁹³ vgl. BT-Drucks. 17/10485 S. 34.

Vorschrift als auch der Paragrafenüberschrift auf Wohnraum verweisen. Auch eine analoge Anwendung wird überwiegend unter Verweis darauf abgelehnt, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Schon der Referentenentwurf vom 25.10.2011 war auf die Vereinfachung der Räumungsvollstreckung bei Wohnraum ausgerichtet. Der Deutsche Mietgerichtstag e.V. wies auf das Fehlen einer Regelung zum gewerblichen Mietrecht hin, indem er in seiner Stellungnahme zu diesem Referentenentwurf vom 12./13.01.2012 den Vorschlag der Einführung eines neuen § 940b BGB machte, welcher folgende Regelung beinhalten sollte: „940a Abs. 2 ZPO gilt auch für die Miete von Geschäftsräumen.“. Dennoch griff der Gesetzgeber diese Problematik im folgenden Gesetzgebungsverfahren nicht auf. Sie war weder Gegenstand der Anhörung der Sachverständigen durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 15.10.2012 noch der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 12.12.2012⁵⁹⁴ zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Mietrechtsänderungsgesetz vom 15.08.2012⁵⁹⁵. Es ist daher anzunehmen, dass der Gesetzgeber nur die Räumungsvollstreckung für Wohnraum regeln wollte, nicht aber die Möglichkeit einer Regelung für den Bereich der gewerblichen Miete übersehen hat.

Umstritten ist aber, ob dies dazu führt, dass für den Bereich der gewerblichen Miete keine Rechtsänderung eingetreten ist, oder doch zumindest der Regelungsgehalt bzw. die Wertungen, die im § 940a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck kommen, bei der Entscheidung über Räumungsverfügungen im gewerblichen Mietrecht berücksichtigt werden müssen.

Die bisherigen Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte gehen restriktiv davon aus, dass auch eine Heranziehung der Rechtsgedanken aus § 940a Abs. 2 ZPO im gewerblichen Mietrecht ausscheidet⁵⁹⁶.

Dagegen vertreten verschiedene Landgerichte⁵⁹⁷ und Literaturstimmen⁵⁹⁸ () die Auffassung, die im § 940a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck gekommenen Wertungen

⁵⁹⁴ BT-Drs. 17/11894.

⁵⁹⁵ BT-Drs. 17/10485.

⁵⁹⁶ vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, NZM 2013, 791; OLG München v. 10.4.2014 - 23 U 773/14, NZM 2015, 167; OLG Celle v. 24.11.2014 - 2 W 237/14, NJW 2015, 711; ebenso *Vollkommer* in: Zöllner, 32. Aufl., § 940a ZPO Rz. 4; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummiets, 6. Aufl., Kap. 29 Rz. 26; offen gelassen von OLG Hamburg v. 20.3.2015 - 8 U 120/14, NZM 2015, 738.

seien auch hinsichtlich der Voraussetzungen für den Erlass von Räumungsverfügungen im Bereich der gewerblichen Miete zu berücksichtigen.

Nach Meinung des OLG Dresden⁵⁹⁹ ist die letztgenannte Auffassung vorzuzugswürdig. Auch wenn der Gesetzgeber mit § 940a Abs. 2 ZPO nur die Verfügungsgründe für den Erlass einer Räumungsverfügung bei Wohnraum erweitern wollte, hat dies Auswirkungen auf das Bestehen eines Verfügungsgrundes nach §§ 935, 940 ZPO für den Erlass einer Räumungsverfügung bei Geschäftsräumen. Im Ausgangspunkt richtet sich der Umfang von Verfügungsgründen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung in Mietsachen nämlich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 935, 940 ZPO. Im Bereich des Wohnraumes ist dies für die Räumungsverfügung durch § 940a ZPO dahin eingeschränkt, dass (auch) die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sein müssen. Die Erweiterung des § 940a ZPO durch die Einfügung des Absatzes 2 hat demzufolge nicht nur den Ausnahmetatbestand für den Bereich des Wohnraumes erweitert, sondern zeigt auch, dass der Gesetzgeber den damit geschaffenen Verfügungsgrund als von §§ 935, 940 ZPO umfasst ansieht. Zudem bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass der in § 940a Abs. 2 ZPO enthaltene Verfügungsgrund selbst dann eingreifen kann, wenn die für Wohnraum in § 940a ZPO aufgestellten strengeren Maßstäbe gelten. Wenn aber die §§ 935, 940 ZPO den Verfügungsgrund aus § 940a Abs. 2 ZPO zulassen und dieser sogar unter der Geltung der strengeren Maßstäbe des § 940a ZPO eingreift, ist die Annahme gerechtfertigt, dass er erst Recht im Rahmen der weniger strengen allgemeinen Maßstäbe der §§ 935, 940 ZPO gelten muss. Die Regelung in § 940 ZPO enthält insoweit auch eine Öffnungsklausel, denn sie lässt eine Regelungsverfügung auch dann zu, wenn dies „aus anderen Gründen“ nötig erscheint. Im Rahmen dieser Öffnungsklausel können die mit Einführung des § 940a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck gekommenen Wertungen des Gesetzgebers berücksichtigt werden.

⁵⁹⁷ vgl. LG Hamburg v. 27.6.2013 - 334 O 104/13, NJW 2013, 3666; LG Krefeld v. 8.3.2016 - 2 S 60/15, ZMR 2016, 448.

⁵⁹⁸ *Hinz*, NZM 2012, 777 (794); *Fleindl*, ZMR 2014, 938; *Klüver*, ZMR 2015, 10 f.; *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 7/2016 Anm. 4; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 12. Auflage, § 940a ZPO Rz. 57; *MünchKomm/Drescher*, 5. Aufl., § 940a ZPO Rz. 9.

⁵⁹⁹ OLG Dresden v. 29.11.2017 – 5 U 1337/17, MDR 2018, 204 = GE 2018, 52 = DWW 2018, 55.

23 Zwangsverwaltung

23.1 schuldrechtliches Wohnrecht

Im Grundbuch ist ein dingliches Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB, welches allein ein die Anordnung eines unbeschränkten Zwangsverwaltungsverfahrens hinderndes Recht darstellen würde⁶⁰⁰, nicht eingetragen. Ob der frühere Ehemann der Nutzerin mit dem Eigentümer ein schuldrechtliches, unentgeltliches, lebenslanges Wohnungsrecht vereinbart hatte, ist unerheblich. Selbst wenn dies zuträfe, wäre der Zwangsverwalter aus einem solchen schuldrechtlichen Vertrag nicht verpflichtet, da gemäß § 152 Abs. 2 ZVG nur ein Miet- oder Pachtvertrag über ein vor der Beschlagnahme einem Mieter oder Pächter überlassenes Grundstück dem Zwangsverwalter gegenüber wirksam ist. Ein lediglich schuldrechtlich vereinbartes lebenslanges Wohnungsrecht könnte die Beklagte mithin allenfalls dem Eigentümer entgegenhalten, nicht jedoch dem Zwangsverwalter⁶⁰¹.

24 Streitwert

24.1 Klage auf Zustimmung zur Tierhaltung

Es ist umstritten, nach welchen Kriterien der Wert des Beschwerdegegenstandes einer Berufung des Mieters einer Wohnung, dessen Klage auf Zustimmung zu der begehrten Tierhaltung in erster Instanz ohne Erfolg geblieben ist, zu bemessen ist.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, der Wert des Beschwerdegegenstandes einer Berufung des Mieters, dessen Zustimmungsklage erstinstanzlich ohne Erfolg geblieben ist (oder der erstinstanzlich verurteilt worden ist, Tierhaltung in der Mietwohnung zu unterlassen), erreiche die gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Wertgrenze grundsätzlich nicht⁶⁰². Dabei wird zum Teil auf ein ideelles Interesse des Wohnraummieters abgestellt⁶⁰³, zum Teil auf nicht

⁶⁰⁰ BGH v. 18.12.2015 - V ZR 191/14, NJW 2016, 1242 Rz. 17.

⁶⁰¹ BGH v. 20.09.2017 - VIII ZR 279/16, MDR 2018, 83 = WuM 2017, 630 = GE 2017, 1335.

⁶⁰² LG Berlin [ZK 67], WuM 2015, 526; LG Berlin, GE 1996, 470 f.; LG Berlin [ZK 61], NZM 2001, 41.

⁶⁰³ vgl. LG Berlin [ZK 63], NZM 2001, 41; LG Berlin v. 17.12.2002 - 63 S 300/02, n.v.

näher konkretisierte objektive Gesichtspunkte⁶⁰⁴ oder auf ein ebenfalls nicht näher konkretisiertes wirtschaftliches Interesse des Mieters⁶⁰⁵.

Andere Entscheidungen messen das Interesse des Mieters an der Tierhaltung an dem vertraglichen Recht, die Wohnung zu Wohnzwecken zu nutzen⁶⁰⁶ oder an den fiktiven Kosten der zusätzlichen Abnutzung der Wohnung durch das Tier⁶⁰⁷. Maßstab sei jeweils ein geringer Teil der vereinbarten Monatsmiete, der in Anlehnung an § 9 ZPO mit dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag zu vervielfältigen sei.

Eine vereinzelt gebliebene Entscheidung hält ebenfalls einen wirtschaftlichen Gesichtspunkt, nämlich den verkehrsüblichen Preis des Tieres, für maßgeblich⁶⁰⁸.

Nach einer weiteren Ansicht kommt es im Einzelfall auf die Bedeutung der Tierhaltung für die Lebensführung des Mieters an⁶⁰⁹. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Mietgebrauch der Lebensführung des Mieters diene; damit fänden auch subjektive Gesichtspunkte Eingang in die Bewertung.

Die letztgenannte Ansicht ist vorzugswürdig⁶¹⁰.

Die Bemessung des Wertes des Beschwerdegegenstandes nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO richtet sich grundsätzlich nach dem Interesse des Rechtsmittelklägers an dem Erfolg seines Rechtsmittels⁶¹¹. Die Beschwer der in der ersten Instanz unterlegenen Partei am Erfolg ihres Rechtsmittels hängt dabei maßgebend von ihrem wirtschaftlichen Interesse ab.

Ein wirtschaftliches Interesse des Mieters besteht auch an der Nutzung der ihm gegen Zahlung der vereinbarten Miete überlassenen Wohnung nach Maßgabe

⁶⁰⁴ LG Berlin v. 15.10.2004 - 63 S 294/04, n.v.

⁶⁰⁵ LG Berlin v. 16.8.2016 - 63 S 120/16, n.v.

⁶⁰⁶ LG Köln, WuM 2000, 94.

⁶⁰⁷ LG Kiel, WuM 1999, 586; LG Hamburg v. 10.10.1986 - 7 S 173/86, juris.

⁶⁰⁸ LG Hannover, WuM 1985, 127 f.

⁶⁰⁹ LG Hamburg [ZK 16], WuM 1996, 532 f.; WuM 1986, 248; LG Braunschweig, WuM 1996, 291; LG Mannheim, ZMR 1992, 545 f.; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 BGB Rz. 573 f.; ebenso zum Gebührenstreitwert: LG Berlin [ZK 65], GE 2016, 1444; LG Kassel, WuM 1998, 296 f.

⁶¹⁰ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 57/16, GE 2018, 447 = ZMR 2018, 403.

⁶¹¹ BGH v. 24.11.1994 - GSZ 1/94, BGHZ 128, 85 (88); BGH v. 17.5.2006 - VIII ZB 31/05, NJW 2006, 2639 Rz. 8.

seiner im Rahmen des vertragsgemäßen Mietgebrauchs bestehenden Nutzungswünsche. Das schließt subjektive Gesichtspunkte ein, weil die Wohnung für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz ist und dem Einzelnen damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglicht⁶¹². Das Interesse am Mietgebrauch der Wohnung lässt sich somit nicht ausschließlich oder in erster Linie an objektiven Kriterien messen, sondern hängt auch mit den persönlichen Vorstellungen und Bedürfnissen des Mieters zusammen⁶¹³.

Somit bietet ein Regelwert, sei es unterhalb oder auch oberhalb der Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, keine geeignete Orientierungshilfe, um den Wert des Beschwerdegegenstandes in Streitigkeiten um die Vertragsmäßigkeit der Tierhaltung in Mietwohnungen zu bestimmen. Die Beantwortung der Frage, ob der Wert des Beschwerdegegenstandes einer Berufung des Mieters bei Streit um die Berechtigung zur Tierhaltung in der Wohnung 600 € übersteigt, erfordert vielmehr eine umfassende Betrachtung des auf die Tierhaltung gerichteten Interesses des Mieters. Die Beurteilung des Werts des Beschwerdegegenstandes lässt sich nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall vornehmen, weil die dabei zu berücksichtigenden Umstände individuell und vielgestaltig sind, so dass sich jede schematische Lösung verbietet⁶¹⁴.

Ebenso wenig wie ein Regelwert trägt auch ein Prozentsatz der vereinbarten Miete dem Interesse des Mieters an Tierhaltung in der gemieteten Wohnung nicht Rechnung, zumal in Privatwohnungen gehaltene Haustiere typischerweise keine Nutztiere sind, die dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, sondern aus Liebhaberei oder sonstigen ideellen Zwecken gehalten werden.

Daher sind bei der Bestimmung des Werts des geltend gemachten Beschwerdegegenstandes einer Berufung des in erster Instanz unterlegenen Wohnraummieters außer der Art und Anzahl der Tiere namentlich die persönlichen Verhältnisse des Mieters zu betrachten, wie etwa sein Alter sowie das Gewicht seiner Bedürfnisse und Beweggründe, die etwa kommunikativer, therapeuti-

⁶¹² BVerfGE 89, 1 (6); BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/16, NJW 2017, 547 Rz. 55 m.w.N.

⁶¹³ vgl. BVerfGE 79, 292 (304 f.).

⁶¹⁴ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 57/16, GE 2018, 447 = ZMR 2018, 403.

scher oder pädagogischer Art sein und von Freude an der Tierhaltung und der Gesellschaft des Tieres bis zum Angewiesensein auf das Tier reichen können.

Diesen Maßstäben wird die angefochtene Verwerfungsentscheidung nicht gerecht. Zwar kann es im Einzelfall nicht zu beanstanden sein, den Wert des Beschwerdegegenstandes einer in erster Instanz erfolglosen Klage des Mieters auf Zustimmung zur Tierhaltung unterhalb der Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO anzusetzen. Das Berufungsgericht hat jedoch einen schematischen und zudem ausnahmslos auf ein wirtschaftliches Interesse des Mieters verengten Blickwinkel eingenommen. Dadurch hat es sich die Sicht auf maßgebliche Umstände des Streitfalles verstellt. So haben die Kläger, die ohnehin seit langer Zeit ein Haustier in der Wohnung gehalten haben, ihr weiteres Interesse an der Tierhaltung unter Anführung gesundheitlicher Gründe dokumentiert; dies hat das Amtsgericht zu Recht bei der Festsetzung des Streitwerts berücksichtigt.

Das Berufungsgericht hat den Wert des Beschwerdegegenstandes zwar nach eigenem freiem Ermessen ohne Bindung an einen für die erste Instanz festgesetzten Streitwert zu bestimmen. Gleichwohl muss das Berufungsgericht die bei Ausübung seines Ermessens in Betracht zu ziehenden Umstände von sich aus berücksichtigen. Danach übersteigt der Wert des Beschwerdegegenstandes im Streitfall ersichtlich 600 €.