



# Aktuelles Mietrecht 2019

**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

<b>A. Einblick.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Untervermietung .....</b>	<b>1</b>
I. Gebrauchsüberlassung .....	1
1. Untermiete.....	3
2. Kündigungsschutz des Untermieters gegenüber dem Vermieter .....	4
II. Dritte.....	6
1. Nächste Angehörige .....	6
2. Lebensgefährte.....	7
3. Weitere privilegierte Personen.....	7
III. Erlaubnis.....	9
1. Rechtsnatur der Erlaubnis .....	9
2. Form.....	9
3. Umfang der Erlaubnis.....	11
4. Antrag auf Erlaubnis .....	13
a) Antragsbefugnis .....	13
b) Konkreter Untermieter.....	13
c) Abstrakte Anfrage .....	15
5. Anspruch auf Erlaubnis .....	16
a) Vertragliche Regelung.....	16
b) Weitere Anspruchsgrundlagen .....	18
6. Überlegungsfrist des Vermieters .....	20
7. Erlöschen der Erlaubnis .....	20
8. Widerruf der Erlaubnis.....	21
9. Prozessuales .....	22
IV. Rechtsfolgen einer verweigten Erlaubnis.....	23
1. Rechte des Mieters .....	24
a) Kündigung nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB.....	24
aa) Allgemeines .....	24
bb) Wichtiger Grund .....	24
cc) Andere Kündigungstatbestände zugunsten des Mieters .....	26
b) Minderung .....	27

c) Schadensersatz.....	28
2. Rechte des Vermieters.....	28
a) Beseitigung und Unterlassung, § 541 BGB.....	28
b) Kündigung des Mietvertrages .....	29
c) Herausgabe des Mehrerlöses.....	29
aa) Bestehender Mietvertrag .....	29
bb) Erlaubte Untervermietung bei nichtigem Hauptmietvertrag.....	30
cc) Verweigerte Herausgabe nach Mietende.....	30
IV. Berechtigtes Interesse i.S.v. § 553 BGB .....	31
1. Voraussetzungen .....	31
2. Geltendmachung gegenüber dem Vermieter .....	37
3. Wegfall des berechtigten Interesses.....	38
4. Entstehung nach Vertragsschluss.....	38
V. Unzumutbarkeit der Erlaubniserteilung.....	39
1. Wichtiger Grund in der Person des Dritten .....	39
2. Überbelegung .....	40
3. Sonstige Unzumutbarkeitsgründe .....	40
VI. Erhebung eines „Untermietzuschlages“ .....	41
<b>C. Aktuelles Mietrecht .....</b>	<b>44</b>
<b>1    Mietvertrag .....</b>	<b>44</b>
1.1    Vermittlung des Maklers für den Vormieter .....	44
1.2    Geschäftsführer als Mieter .....	46
1.3    Stellen durch Kaufen eines Vertragsmusters? .....	48
<b>2    vertragsgemäßer Gebrauch .....</b>	<b>49</b>
2.1    Rechte des Mieters an den Verkehrsflächen .....	49
2.2    Musizieren.....	50
2.3    Reinigung nicht zu öffnender Fenster .....	52
2.4    Telefonanschluss in der Wohnung .....	52
2.5    Konkurrenzschutz für Eisdielen? .....	55
<b>3    Miete .....</b>	<b>57</b>
3.1    Verfassungsmäßigkeit der Mietpreisbremse.....	57
3.2    Unwirksamkeit einer Mietpreisbegrenzungsverordnung .....	61

3.3	Erbenhaftung und Nachlassverwaltung .....	68
3.4	Saldoklage .....	74
<b>4</b>	<b>Schönheitsreparaturen .....</b>	<b>76</b>
4.1	Anfangsrenovierung im preisgebundenen Wohnraum .....	76
4.2	Übernahme der Endrenovierung für den Vormieter .....	77
<b>5</b>	<b>Gewährleistung.....</b>	<b>80</b>
5.1	Leistungsklage auf Mängelbeseitigung .....	80
5.2	öffentlich-rechtlicher Mangel .....	81
5.3	Vorbehaltlose Zahlung und § 814 BGB .....	83
5.4	Schimmelpilz durch Wärmebrücken .....	84
5.5	Beweislast nach Mängelbeseitigung .....	88
5.6	Zweckverfehlung bei Zurückbehaltungsrecht .....	89
<b>6</b>	<b>Wegnahmerecht.....</b>	<b>92</b>
6.1	an Außentür .....	92
6.2	in der Insolvenz des Mieters .....	94
<b>7</b>	<b>Fortsetzung des Mietvertrages, § 545 BGB .....</b>	<b>96</b>
7.1	Konkludenter Widerspruch .....	96
<b>8</b>	<b>Verjährung.....</b>	<b>97</b>
8.1	Verjährung bei Dauerverstoß des Mieters .....	97
8.2	Verjährungsbeginn durch Annahmeverzug des Vermieters? .....	101
<b>9</b>	<b>Schriftform .....</b>	<b>104</b>
9.1	Optionsausübung.....	104
9.2	Unterschriften auf verschiedenen Vertragsexemplaren .....	108
<b>10</b>	<b>Vermieterwechsel.....</b>	<b>111</b>
10.1	Veräußerung eines Mieteigentumsanteils .....	111
<b>11</b>	<b>Kautions.....</b>	<b>113</b>
11.1	Kautionsrückzahlung.....	113
11.2	Ausschluss der Verzinsungspflicht vor dem 1.1.1983 .....	116
11.3	Bürgschaft auf erstes Anfordern und Verjährung .....	118
<b>12</b>	<b>Mieterhöhung .....</b>	<b>120</b>
12.1	Mieterhöhung im Fernabsatzgeschäft.....	120
12.2	Kappungsgrenze bei unbehebbarrem Mangel.....	129

12.3	Fehler im prozessualen Sachverständigengutachten.....	133
12.4	§ 558 BGB: ausgetauschte Einbauküche.....	137
12.5	Indizwirkung eines einfachen Mietspiegels.....	139
12.6	Fehlender Abzug wegen ersparter Instandsetzung.....	140
12.7	Verwirkung bei Staffelmiete.....	141
12.8	Einziehung von Rückständen aus Staffelmiete.....	143
<b>13</b>	<b>Betriebskosten.....</b>	<b>144</b>
13.1	Mietausfall als Teil der Gebäudeversicherung.....	144
13.2	Formularmäßige Verwaltungskostenpauschale.....	147
13.3	Umlagevereinbarung zu „Nebenkosten“.....	150
13.4	Umlageschlüssel Wohnfläche.....	153
13.4.1	Tatsächliche Fläche.....	153
13.4.2	Preisgebundener Wohnraum.....	155
13.4.3	Mansarde als Wohnraum.....	157
<b>14</b>	<b>Heizkosten.....</b>	<b>158</b>
14.1	Pauschale entgegen § 2 HeizkV.....	158
14.2	Anspruch auf Verteilung nach 70% Verbrauchskosten.....	160
14.3	Vereinbarung nach § 10 HeizkV zu verbrauchsunabhängigen Heizkosten.....	162
<b>15</b>	<b>Beendigung des Mietvertrages.....</b>	<b>164</b>
15.1	Zeitmietvertrag.....	164
15.2	Fristgerechte Kündigung.....	164
15.2.1	Kündungsverzicht durch lebenslanges Wohnrecht im Kaufvertrag.....	164
15.2.2	Dauer des individuellen Kündungsverzichts.....	166
15.2.3	Hilfsweise Kündigung wegen Zahlungsverzuges.....	167
15.2.4	Kündigungssperre nach § 577a BGB.....	169
15.2.5	Eigenbedarf zur Nutzung als Ferien- oder Zweitwohnung.....	172
15.3	Anwendung des § 574 BGB.....	174
15.4	Sachverständigengutachten bei § 574 BGB.....	176
15.5	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.....	177
15.5.1	Miete i.S.v. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Minderung.....	177
15.6	Zahlungsverzug bei rechtskräftigem Zahlungstitel.....	179
15.7	Zeitliche Wirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB.....	181

<b>16</b>	<b>Rückgabe</b> .....	<b>183</b>
16.1	durch Besitzaufgabe .....	183
16.2	Schlüsselverlust .....	185
<b>17</b>	<b>Schadensersatz</b> .....	<b>187</b>
17.1	Rückgabe mit Beschädigungen.....	187
17.2	Schadensersatz wegen abgerissener Tapete.....	193
17.3	Schadensersatz des Mieters vom Nachbarn wegen beschädigter Tapete.....	195
<b>18</b>	<b>Zwangsvollstreckung</b> .....	<b>197</b>
18.1	§ 940a ZPO und Gewerberaum .....	197
<b>19</b>	<b>Streitwert</b> .....	<b>200</b>
19.1	Klage auf Zustimmung zur Tierhaltung .....	200

## A. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2018/19 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](http://www.ld-ra.de/news)

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

## B. Untervermietung

### I. Gebrauchsüberlassung

§ 540 BGB erfasst die entgeltliche und die unentgeltliche **Gebrauchsüberlassung** der Mietsache an einen Dritten. Der Rechtsgrund für diese Gebrauchsüberlassung ist ohne Bedeutung. In der Regel wird es sich dabei um Untermiete, Unterpacht oder Leihe handeln. Aber auch die Gebrauchsüberlassung aus **Gefälligkeit** ist ein Fall des § 540 BGB. Es kommt auch nicht darauf an, ob eine vollständige oder nur teilweise Gebrauchsüberlassung stattgefunden hat.

Gebrauchsüberlassung ist die Einräumung eines **selbständigen Besitzes**<sup>1</sup>. Dieser muss sich nicht auf die Mietsache als Ganzes beziehen. Vielmehr reicht es aus, das Teile der Mietsache (selbständig) überlassen werden. Dies kann ein Zimmer innerhalb der Wohnung des Mieters sein, wobei dem Dritten ein eigener Schlüssel zur Wohnungstür überlassen wurde, aber auch die Nutzung einer Garage bei einem einheitlichen Mietvertrag, der aus Wohnung und Garage besteht.

Ein selbständiger Besitz wird nicht von **Besitzdienern** i.S.v. § 855 BGB ausgeübt. Sie üben den Besitz innerhalb eines Haushalts oder eines Erwerbsgeschäfts

---

<sup>1</sup> Zur früher vertretenen Auffassung, dass ein unselbständiges Gebrauchsrecht nicht erfasst sei vgl. die Darstellung bei *Kandelhard* in Herrlein/Kandelhard, § 540 BGB Rz. 2.

tes aus. Darunter fallen vor allem **Haushaltshilfen** und Pflegepersonen sowie Arbeiter und **Angestellte**. Selbständigen Besitz üben aber Ehegatten, Familienangehörige, Lebenspartner, Lebensgefährten oder sonstige Personen, die sich auf Dauer in dem Haushalt des Mieters aufhalten, aus. Besitzdiener sind dagegen die **minderjährigen Kinder** des Mieters. Der Status ändert sich nicht mit Erreichen der Volljährigkeitsgrenze, es sei denn, in der Außenwirkung der Besitzverhältnisse treten Änderungen ein<sup>2</sup>. Letzteres ist z.B. nach dem Auszug des Mieters der Fall, wenn das Kind die Wohnung alleine nutzt.

Zur Untermiete i.S.v. § 540 BGB wird die Gebrauchsüberlassung, wenn der Dritte den selbständigen Besitz für **längere Zeit** ausüben soll<sup>3</sup>. Davon abzugrenzen ist der **Besuch**, dessen Aufnahme in die Wohnung in der Regel durch den vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt ist<sup>4</sup> und auch durch ein Hausverbot des Vermieters nicht eingeschränkt werden kann<sup>5</sup>. Besuch liegt bei vorübergehendem Aufenthalt von Personen in den Mieträumen vor. Sobald drei Monate überschritten sind, sprechen die Umstände gegen Besuch<sup>6</sup>. Ist danach von einem selbständigen Besitz des bisherigen Besuchers auszugehen, kann der Vermieter nach §§ 541, 573 Abs. 2 Nr. 1, 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorgehen.

Dem Vermieter steht ein (einklagbarer) **Auskunftsanspruch** über die Umstände der Gebrauchsüberlassung und die Person des Untermieters zu<sup>7</sup>. Er kann daher nicht nur den Namen des Dritten erfragen, sondern auch den Umfang seines Besitzes und die Modalitäten der Besitzausübung. Dieser Anspruch entfällt nach Beendigung des Untermietvertrages<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> BGH v. 19.3.2008 – I ZB 56/07, MDR 2008, 824 = MietRB 2008, 228 = WuM 2008, 364; KG v. 26.10.1993 – 1 W 6068/93, MDR 1994, 163 = WuM 1994, 32; a.A. *Schuschke*, NZM 2005, 10 (der Kindern ab 14 Jahren Mitbesitz einräumt).

<sup>3</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, WuM 2003, 688 = NZM 2004, 22.

<sup>4</sup> LG Hagen v. 11.5.1992 – 10 S 104/92, WuM 1992, 430.

<sup>5</sup> AG Köln v. 22.9.2004 – 209 C 108/04, WuM 2004, 673.

<sup>6</sup> OLG Hamm v. 23.10.1991 – 30 REMiet 1/91, MDR 1992, 156 = FamRZ 1992, 308 = ZMR 1992, 20; OLG Schleswig v. 17.11.1992 – 4 REMiet 1/92, FamRZ 1993, 547 = ZMR 1993, 69.

<sup>7</sup> OLG Hamburg v. 8.4.1998 - 4 U 50/97, NZM 1998, 758; LG Kiel v. 8.3.2010 – 18 O 233/09, ZMR 2010, 532.

<sup>8</sup> AG München v. 19.12.2016 – 415 C 10749/16, ZMR 2017, 251.

## 1. Untermiete

Untermiete **definiert** sich als die entgeltliche (vollständige oder teilweise) Gebrauchsüberlassung der Mietsache auf längere Zeit durch den Mieter an den Untermieter aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages<sup>9</sup>. Für die Anwendung des § 540 BGB ist die Entgeltlichkeit aber keine unbedingte Voraussetzung. Vielmehr reicht jede Gebrauchsüberlassung, also auch die Leihe<sup>10</sup>. Maßgeblich ist allein, dass dem Dritten selbständiger Besitz eingeräumt wird.

Der Untermietvertrag selbst wird zwischen dem Mieter und dem Dritten geschlossen und ist ein **eigenständiger Mietvertrag**, der hinsichtlich der Nutzung (Wohnraum oder Gewerberaum) nach den allgemeinen Kriterien zu bewerten ist. (Unter-)Vermieter ist der Hauptmieter, Mieter ist der Dritte (Untermieter). Das Hauptmietverhältnis ist die erste Stufe, das Untermietverhältnis die zweite Stufe eines **sog. gestuften Nutzungsverhältnisses**. Tiefer gestufte Nutzungsverhältnisse (Unter-Unter-Mietverhältnisse usw.) sind ebenfalls nach den Voraussetzungen des § 540 BGB (ggfs. unter Beachtung des § 553 BGB) zulässig.

Das **Fehlen der Erlaubnis** zur Untervermietung berührt die Wirksamkeit des Untermietvertrags nicht<sup>11</sup>. Die Erteilung der Untervermietungserlaubnis kann allerdings Bedingung des Untermietvertrags sein. Fehlt die Erlaubnis, kann ein **Rechtsmangel** entstehen, § 536 Abs. 3 BGB. Das ist auch der Fall, wenn der Hauptmietvertrag vor Ablauf des Untermietvertrages endet und der Vermieter dem Untermieter die Geltendmachung seiner Rechte z.B. aus § 546 Abs. 2 BGB ernsthaft in Aussicht stellt.

Im Hinblick auf die Eigenständigkeit der Verträge werden die **Rechte und Pflichten** im Rahmen der jeweiligen Vertragsbeziehung abgewickelt. Das gilt insbesondere für Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche. Der **vertragsgemäße Gebrauch** des Untermieters richtet sich grundsätzlich allein nach den Abreden der Parteien des Untermietvertrages. Hat der Untervermieter mehr Rechte eingeräumt, als ihm selber zustehen, wird die Wirksamkeit des Unter-

---

<sup>9</sup> BGH v. 9.10.1985 – VIII ZR 198/84, MDR 1986, 226 = NJW 1986, 308; BGH, NJW 1995, 45 (48).

<sup>10</sup> Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rz. 21.

<sup>11</sup> BGH v. 9.10.1985 – VIII ZR 198/84, MDR 1986, 226 = NJW 1986, 308.

mietvertrages davon nicht berührt, sondern löst **Erfüllungsansprüche** und **Gewährleistungsrechte** aus. Die Miete unterliegt neben den allgemeinen Grenzen des § 138 BGB auch der Anwendung der **Mietpreisbremse** nach § 556d ff. BGB. Insbesondere ist der Mieter im Verhältnis zum Untermieter verpflichtet, die Auskunft nach § 556g Abs. 1a BGB zu erteilen. Insoweit kann er als Vormiete i.Sd. § 556e Abs. 1 BGB nicht die von ihm selbst an den Vermieter geleistete Miete heranziehen.

Am Ende der Mietzeit muss der Untermieter grundsätzlich die **Rückgabe nach § 546 BGB** an den Mieter bewirken<sup>12</sup>. Der Mieter kann aber sein Recht zur Rücknahme verloren haben, wenn der **Hauptmietvertrag** ebenfalls (wirksam) **beendet** ist<sup>13</sup>. Daher kann er in diesem Fall auch keine Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB verlangen<sup>14</sup>. Denn er hat sein Nutzungsrecht verloren. Der Mieter muss daher auf Rückgabe an den Hauptvermieter klagen. Eine **Rückbaupflicht** entfällt, wenn der Hauptvermieter gegenüber dem Mieter auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes verzichtet hat<sup>15</sup> oder die Einbauten bei der Übergabe an den Untermieter bereits vorhanden waren<sup>16</sup>.

Vorbehaltlich einer (wirksamen) anderslautenden Vereinbarung tritt durch die **Beendigung des Hauptmietvertrages** grundsätzlich nicht automatisch das Ende des Untermietvertrages ein. Der Bestand der Verträge ist grundsätzlich unabhängig voneinander.

## 2. Kündigungsschutz des Untermieters gegenüber dem Vermieter

Kündigungsschutz besteht grundsätzlich nur zwischen den Parteien eines **Wohnraummietvertrages**. Wohnen Mieter und Untermieter in derselben Wohnung zusammen, genießt jeder von ihnen gegenüber seinem jeweiligen Vermieter Kündigungsschutz nach den §§ 573 ff. BGB.

Bei einem **gestuften Mietverhältnis** i.S.v. § 565 BGB besteht ein Wohnraummietverhältnis nur zwischen dem Untervermieter (= Mieter) und dem Endmieter.

---

<sup>12</sup> OLG Hamm v. 22.2.2017 – 30 U 115/16, ZMR 2017, 560.

<sup>13</sup> BGH v. 4.10.1995 - XII ZR 215/94, NJW 1996, 46 Rz. 12.

<sup>14</sup> BGH v. 4.10.1995 - XII ZR 215/94, NJW 1996, 46 Rz. 12.

<sup>15</sup> LG Berlin v. 22.3.1982 – 61 S 344/81, ZMR 1982, 281.

Denn in der Regel handelt der Mieter (= Untervermieter) gewerblich (schon weil er nicht selber wohnen, sondern weitervermieten soll), so dass zum Eigentümer/Vermieter ein Gewerbemietvertrag besteht. **Endet der Hauptmietvertrag**, besteht zunächst kein Kündigungsschutz für den Endmieter, wenn der Eigentümer (= Vermieter) z.B. aus § 985 BGB Herausgabe verlangt. Dieses Ergebnis ist verfassungsrechtlich bedenklich. Deshalb verstößt es gegen Art. 3 Abs. 1 GG, einem Mieter, der – in Kenntnis der Eigentumsverhältnisse – Wohnraum von einem gewerblichen Zwischenmieter und nicht unmittelbar vom Eigentümer gemietet hat, den Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zu versagen<sup>17</sup>. Aus diesen Überlegungen ist die Vorgängervorschrift des § 565 BGB entstanden.

**Außerhalb des Anwendungsbereiches des § 565 BGB** kommt es bei einem gestuften Mietverhältnis (Vermieter – Mieter – Untermieter) für die Geltung des Kündigungsschutzes darauf an, in wessen Interesse die Weitervermietung erfolgt (sog. **Lagertheorie**)<sup>18</sup> oder ob der Vermieter von vorneherein auch mit dem Endmieter einen Vertrag abgeschlossen hätte. **Kein Kündigungsschutz** des Endmieters besteht z.B., wenn ein karitativer Verein ein Gebäude mietet, um darin von ihm ausgewählte Personen einer besonderen Bevölkerungsgruppe<sup>19</sup> oder einen Mitarbeiter<sup>20</sup> unterzubringen, ohne dass der Vermieter ein Mitspracherecht hinsichtlich der Auswahl der Personen hat. Kündigungsschutz besteht aber, wenn ein Arbeitgeber Wohnraum vom Eigentümer mietet, um ihn an seine Mitarbeiter zu vermieten, und dem Eigentümer ein Mitspracherecht bei der Auswahl der Endmieter eingeräumt ist<sup>21</sup>. Das Gleiche gilt, wenn ein gemeinnütziger Verein mit dem Eigentümer einen Mietvertrag schließt und es der

---

<sup>16</sup> OLG Hamburg v. 19.4.2000 – 4 U 73/99, WuM 2000, 356 = ZMR 2000, 669 = MDR 2000, 1372.

<sup>17</sup> BVerfG v. 11.6.1991 – 1 BvR 538/90, MDR 1991, 864 = WuM 1991, 422.

<sup>18</sup> KG v. 24.8.1995 – RE-Miet 4785/95, GE 1996, 49; OLG Hamburg v. 16.4.1993 – 4 U 243/92, MDR 1993, 640 = NJW 1993, 2322.

<sup>19</sup> BayObLG v. 28.7.1995 – RE-Miet 4/94, WuM 1995, 638 = NJW-RR 1996, 73 = MDR 1996, 42.

<sup>20</sup> BayObLG v. 30.8.1995 – RE-Miet 5/94, WuM 1995, 642 = NJW-RR 1996, 71 = MDR 1996, 40.

<sup>21</sup> BayObLG v. 30.8.1995 – RE-Miet 6/94, WuM 1995, 645 = NJW-RR 1996, 76 = MDR 1996, 41.

Verein satzungsgemäß übernimmt, die Wohnräume für und durch seine Mitglieder instand zu setzen<sup>22</sup>.

## II. Dritte

### 1. Nächste Angehörige

Die Gebrauchsüberlassung muss an einen Dritten erfolgen. Dritter ist grundsätzlich jede Person, die **nicht Partei des Mietvertrages** ist. Davon ausgenommen ist nach dem Zweck der §§ 540, 553 BGB die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehung<sup>23</sup>. Kein Dritter ist namentlich der **Ehegatte**<sup>24</sup>. Der Ehepartner, der nicht Mieter ist, wird nicht dadurch Dritter, dass der andere Ehegatte anlässlich der Trennung aus der Wohnung auszieht<sup>25</sup>. Maßgeblich ist insoweit allein, ob es sich noch um eine **Ehewohnung** handelt. Das hängt davon ab, ob die Überlassung an den Ehegatten noch den aktuellen Erfordernissen in der **Trennungssituation** geschuldet ist oder ob ihr schon eine **endgültige Nutzungsüberlassung** zugrundeliegt<sup>26</sup>. Der Charakter als Ehewohnung geht dagegen nicht schon deshalb verloren, dass eine bloße Überlassung an den Ehepartner stattfindet und der Mieter die Wohnung nur noch sporadisch nutzt<sup>27</sup>. Dadurch würde die Möglichkeit der Wohnungszuweisung nach § 1361b BGB bzw. § 1568a BGB unterlaufen<sup>28</sup>. Nichts anderes gilt, wenn der ausgezogene Ehegatte nicht alleine Mieter ist, sondern z.B. gemeinsam mit einem früheren Ehegatten. Insoweit überwiegt der Schutz der Ehe und Familie.

**Keine Dritte** sind auch gemeinsame **Kinder**<sup>29</sup>, die **Eltern** des Mieters<sup>30</sup>, der **Lebenspartner** nach dem LpartG (§ 20a LPartG) und u.U. **Enkel**<sup>31</sup>. Denn die Aufnahme der engsten Angehörigen gehört grundsätzlich zum vertragsgemä-

---

<sup>22</sup> BGH v. 3.7.1996 – VIII ZR 278/95, MDR 1996, 1108 = WuM 1996, 537.

<sup>23</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, MDR 2004, 141 = ZMR 2004, 100 = NJW 2004, 56.

<sup>24</sup> Palandt/Weidenkaff, § 540 BGB Rz. 5; Schmidt-Futterer/Blank, § 540 BGB Rz. 24.

<sup>25</sup> BGH v. 12.6.2013 – XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

<sup>26</sup> BGH v. 12.6.2013 – XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

<sup>27</sup> A.A. Schmidt-Futterer/Blank, § 540 BGB Rz. 26.

<sup>28</sup> BGH v. 12.6.2013 – XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

<sup>29</sup> Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, III Rz. 3019.

<sup>30</sup> BayObLG v. 6.10.1997 – RE-Miet 2/96, MDR 1998, 35 = WuM 1997, 603 = ZMR 1998, 23.

<sup>31</sup> LG Wuppertal v. 25.6.1970 – 9 S 79/70, MDR 1991, 49.

ßen Gebrauch der Mietwohnung<sup>32</sup>. Das ist selbst bei der Aufnahme von Kindern der Fall, die **volljährig** sind und vor dem Einzug einen eigenen Hausstand geführt haben<sup>33</sup>. Das Gleiche gilt bei der Anstellung von **Hauspersonal** oder **Pflegepersonen**<sup>34</sup>. Im Übrigen gilt das ohne Abstriche für weiteres Personal, das nicht in die Wohnung einzieht, und dem Aufenthalt von sonstigen Personen für kürzer als drei Monate, weil diese Nutzung als Besuch gilt. Der (zulässige) Einzug dieser privilegierten Personen wird zur **unberechtigten Untervermietung**, wenn ihnen der Mieter (nach eigenem Auszug) die Wohnung zur **alleinigen Nutzung überlässt**<sup>35</sup>. Ab diesem Moment sind die privilegierten Personen „normale“ Dritte i.S.v. § 540 BGB. Maßgeblich ist insoweit, dass der Mieter den Willen, jemals wieder dauerhaft in der Wohnung zu leben, endgültig aufgegeben hat<sup>36</sup>.

## 2. Lebensgefährte

Der **Lebensgefährte**, der nicht unter das LPartG fällt, gehört unabhängig von sexuellen Beziehungen nicht zu den privilegierten Personen<sup>37</sup> und ist daher Dritter i.S.v. § 540 BGB. Gerade wegen der weitreichenden Konsequenzen der **Bildung einer Lebensgemeinschaft** in der Wohnung muss der Vermieter über die Personen, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten Haushalt begründen wollen, informiert werden. Immerhin erwerben sie gemäß § 563 BGB das Recht, anstelle des verstorbenen Mieters in den Mietvertrag einzutreten. Dem steht auch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG) des Mieters nicht entgegen. Denn für ihn hätte der Gesetzgeber eine Ausnahme regeln müssen, weil er nach § 563 BGB in den Mietvertrag eintreten kann.

## 3. Weitere privilegierte Personen

Schließlich ist **streitig**, ob **weitere Verwandte** des Mieters als Dritte angesehen werden müssen oder ebenfalls zu einem privilegierten Personenkreis gehören,

---

<sup>32</sup> BGH v. 14.7.1993 – VIII ARZ 1/93, MDR 1993, 970 = NJW 1993, 2528.

<sup>33</sup> LG Potsdam v. 4.9.2012 – 4 S 96/12, WuM 2012, 612.

<sup>34</sup> BayObLG v. 6.10.1997 – RE-Miet 2/96, MDR 1998, 35 = WuM 1997, 603 = ZMR 1998, 23.

<sup>35</sup> LG Berlin v. 7.6.2005 – 65 S 364/04, MM 2005, 335.

<sup>36</sup> LG Berlin v. 18.4.2018 – 65 S 16/18, GE 2018, 641.

<sup>37</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, MDR 2004, 141 = ZMR 2004, 100 = NJW 2004, 56; a.A. *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. VI 162.

für deren Gebrauchsüberlassung der Mieter keine Erlaubnis benötigt. Dies gilt für die Schwester des Mieters<sup>38</sup>, seinen Bruder<sup>39</sup>, seine Eltern<sup>40</sup>, seine Schwiegermutter<sup>41</sup>, seinen Schwiegersohn<sup>42</sup>, seine Schwiegertochter<sup>43</sup>, seine Schwägerin oder seinen Schwager<sup>44</sup>, sein Stiefkind<sup>45</sup>, den Verlobten seiner Tochter<sup>46</sup> oder den Freund der Tochter<sup>47</sup>.

Hier kann **keine allgemeingültige Lösung** gefunden werden. Der Vergleich mit den Familienangehörigen i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB<sup>48</sup> erscheint zu schematisch. Allein darauf abzustellen, wer nach § 563 BGB privilegiert wäre, ist unscharf, weil dort auch Personen erfasst werden, die keine Verwandten sind. Aber auch auf das „Wohnen“ als Vertragszweck abzustellen, ist nicht alleine zielführend<sup>49</sup>. Denn ob die Aufnahme von Verwandten zum „**vertragsgemäßen Gebrauch**“ des Wohnens gehört, ist eine Frage der gesellschaftlichen Einstellung und ggf. der Frage, ob, wie z.B. in ländlichen Strukturen, das Leben in der Großfamilie gesellschaftlich noch akzeptiert ist. In städtischen Wohngebieten fehlen dazu in der Regel bereits die baulichen Voraussetzungen. Andererseits ist der Mieter seinen Eltern z.B. gegenüber unterhaltspflichtig und kann u.U. Pflegeleistungen einfacher in der eigenen Umgebung erbringen. Deshalb muss zumindest eine moralische Verpflichtung des Mieters zur Aufnahme der verwandten Person vorliegen, um auf die Erlaubnis verzichten zu können, weil die Gebrauchsüberlassung vom vertragsgemäßen Zustand gedeckt ist.

---

<sup>38</sup> Dafür: LG Berlin v. 21.3.1991 - 62 S 483/90, GE 1991 879; dagegen: Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, III Rz. 3019.

<sup>39</sup> Dagegen: BayObLG v. 29.11.1983 – REMiet 9/82, WuM 1984, 13.

<sup>40</sup> Dafür: unter bestimmten Umständen BayObLG v. 6.10.1997 – RE-Miet 2/96, 1Z RE-Miet 2/96, WuM 1997, 603; dagegen: LG München II v. 10.12.1996 – 12 S 4713/96, WuM 1997, 104.

<sup>41</sup> Dafür: LG Berlin GE 1980, 660; dagegen: Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, III Rz. 3019.

<sup>42</sup> Dafür: AG Limburg v. 20.4.1989 – 4 C 54/89, WuM 1989, 372; dagegen: Bub/Treier/Kraemer/Ehlert, III Rz. 3019.

<sup>43</sup> Dafür: AG Köln v. 22.11.1965 – 75 C 1013/64, MDR 1966, 331.

<sup>44</sup> Dagegen: AG Schöneberg, GE 1990, 265.

<sup>45</sup> Dagegen: LG Berlin v. 16.10.1990 – 64 S 301/90, FamRZ 1991, 433 = ZMR 1990, 458.

<sup>46</sup> Dafür: AG Limburg v. 20.4.1989 – 4 C 54/89, WuM 1989, 372; dagegen: LG Berlin, GE 1988, 409.

<sup>47</sup> Dafür: LG Köln v. 20.12.1971 – 1 S 51/71, MDR 1972, 612; LG Berlin v. 28.1.1986 – 64 S 359/85, ZMR 1986, 313 (314).

<sup>48</sup> BGH v. 3.3.2009 – VIII ZR 247/08, WuM 2009, 294 = DWW 2009, 189 = GE 2009, 714.

<sup>49</sup> Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, § 540 BGB Rz. 6 m.w.N.

### III. Erlaubnis

§ 540 BGB macht die Untervermietung von der Erlaubnis des Vermieters abhängig. Das **Fehlen der Erlaubnis** des Hauptvermieters führt allerdings nicht zur Unwirksamkeit des Untermietvertrags<sup>50</sup>, sondern zur Unzulässigkeit der Nutzung (= vertragswidriger Gebrauch).

Das gilt nicht **im Beitrittsgebiet** für den Grundstücksnutzer, der vor dem 3.10.1990 mit Billigung staatlicher Stellen ein Wohn- oder gewerblichen Zwecken dienendes Bauwerk errichtet hat. Er ist im Rahmen des § 46 SchuldRAnpG vom Erfordernis der Untervermieterlaubnis befreit, wenn das Bauwerk nach dem Inhalt des Vertrages zwischen dem Nutzer und dem Dritten weiter genutzt werden soll.

Enthält der Mietvertrag keine Selbstbindung des Vermieters und tritt durch die beabsichtigte Untervermietung eine **Nutzungsänderung** ein, sind die Möglichkeiten des Mieters von vorneherein eingeschränkt<sup>51</sup>. Denn der Vermieter muss derartigen Veränderungen schon deshalb nicht zustimmen, weil sie einen **wichtigen Grund** i.S.v. § 540 Abs. 1 S. 2 BGB bilden können.

#### 1. Rechtsnatur der Erlaubnis

Die Erlaubnis nach § 540 Abs. 1 BGB ist keine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft (§§ 182 ff. BGB), sondern eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**, die die sonst gegebene Vertragswidrigkeit der Gebrauchsüberlassung an Dritte (§§ 541, 542 Abs. 2 Nr. 2 BGB) ausschließt<sup>52</sup>. Es gelten also die §§ 104 ff., 116 ff., 130 ff. BGB. Wird die Erlaubnis **dem Dritten gegenüber erklärt**, wird sie wirksam, sobald sie dem Mieter zugeht<sup>53</sup>, wenn der Dritte von ihm nicht als Empfangsbote bestimmt wurde.

#### 2. Form

Für die Erlaubniserteilung ist im Gesetz **keine Form** vorgesehen. Selbst in einem Vertrag, der der Schriftform nach § 550 BGB unterliegt, kann sie in **Text-**

---

<sup>50</sup> BGH v. 4.10.1995 – XII ZR 215/94, MDR 1996, 252 = ZMR 1996, 15.

<sup>51</sup> Vgl. KG v. 11.10.2007 – 8 U 34/07, GE 2008, 1626.

<sup>52</sup> BGH v. 8.5.1972 – VIII ZR 36/71, NJW 1972, 1267.

<sup>53</sup> BGH v. 25.4.2008 – LwZR 10/07, GuT 2009, 110 = NZM 2008, 728.

**form, mündlich** oder **stillschweigend** erteilt werden<sup>54</sup>. Denn die Erlaubnis hat keine vertragsändernde Wirkung. Der Erwerber, der durch § 550 BGB geschützt werden soll, kann durch den Besitz des Dritten erkennen, dass der Mieter nicht selbst oder alleine nutzt<sup>55</sup>. Allerdings kann die Erlaubnis **vertragsändernde Wirkung** haben. Das ist z.B. anzunehmen, wenn der Mietvertrag ein ausdrückliches Verbot der Untervermietung enthält. Denn in diesem Fall wird der Vertrag in einem wesentlichen Punkt abgeändert<sup>56</sup>. Das setzt aber voraus, dass das Verbot der Untervermietung wirksam ist, was allein in der **Gewerberaummiete** für eine Individualvereinbarung denkbar ist.

**Einzelvertraglich** kann **Schriftform** für die Erlaubnis **festgelegt** werden. Neben ausdrücklichen Bestimmungen zur Form, kann sich eine Formvorgabe auch im Wege der **Auslegung** ergeben. Das soll z.B. gelten, wenn für den Fall der Zustimmung im Mietvertrag eine Vertragsanpassung vorgesehen ist. Daraus soll folgen, dass die Zustimmung nur in einem die Schriftform wahren Nachtrag erfolgen kann<sup>57</sup>. Im Übrigen ist zu prüfen, inwieweit die Schriftform deklaratorische oder konstitutive Wirkung haben sollte, § 155 Abs. 2 BGB. In der Regel wird sich aus dem Wortlaut der Bestimmung ein eindeutiger Hinweis ergeben („... bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform ...“). Ansonsten ist nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB auf der Grundlage des Wortlautes die Klausel nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen. Gilt die Schriftform, ist § 127 BGB anzuwenden, so dass nach dessen Abs. 2 im Zweifel auch die Erlaubnis per Telefax wirksam ist.

**Formularvertraglich** ist die Vereinbarung der Schriftform für die Zustimmung nicht zulässig<sup>58</sup>. Denn bei kundenfeindlichster Auslegung hätte der Vermieter als Verwender sonst die Möglichkeit, den vertragstreuen Mieter durch Hinweis auf die vermeintlich vereinbarte Schriftform davon abzuhalten, die mündliche Erlaubnis als wirksam anzusehen und zu realisieren.

---

<sup>54</sup> a.A. Schmidt-Futterer/*Blank*, § 540 BGB Rz. 42.

<sup>55</sup> BGH v. 23.1.2013 – XII ZR 35/11, MDR 2013, 395 = NZM 2013, 271.

<sup>56</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, § 540 BGB Rz. 42.

<sup>57</sup> OLG München v. 29.11.2018 - 32 U 4346/16, ZMR 2019, 269.

<sup>58</sup> BGH v. 24.5.1995 – XII ZR 172/94, MDR 1995, 1115 = NJW 1995, 2034; BGH v. 15.5.1991 – VIII ZR 38/90, MDR 1991, 628 = NJW 1991, 1750.

Solange keine Schriftform **vertraglich (wirksam<sup>59</sup>) vorgesehen** ist, kann die Erlaubnis auch **schlüssig** erteilt werden. Das setzt aber ein Verhalten voraus, dass auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen schließen lässt. Dazu reicht die bloße Kenntnis des Vermieters von der Gebrauchsüberlassung oder deren Duldung<sup>60</sup> in der Regel nicht aus. Hinzutreten muss ein Verhalten, dass als Zustimmung gewertet werden kann, was insbesondere ein Erklärungsbewusstsein voraussetzt. Dies wird i.d.R. vorliegen, wenn der Vermieter z.B. bei der Betriebskostenabrechnung den Personenschlüssel erweitert, nach dem er festgestellt hat, dass sich in der Mieteinheit eine weitere Person, die nicht Dritter ist, aufhält. Insoweit kann auch die vertragliche Situation von Bedeutung sein. Soll der Mieter z.B. nach dem Vertrag nur die Zustimmung einholen müssen, wenn er das Mietobjekt insgesamt untervermietet, kann darin bereits eine **generelle Erlaubnis** zur Untervermietung gesehen werden<sup>61</sup>. Dann ist aber auch das Schweigen des Vermieters auf das Gesuch, die Untervermietung einer Teilfläche zu erlauben, als Zustimmung zu werten, zumal der Vermieter die Erlaubnis nicht willkürlich verweigern darf.

### 3. Umfang der Erlaubnis

Ohne Zusatzabsprache bezieht sich die Erlaubnis **nur auf die Person**, für die sie erteilt wird<sup>62</sup>. Deshalb benötigt der Mieter z.B. eine weitere Erlaubnis, wenn der Untermieter seinen **Ehegatten** in die Wohnung aufnehmen will<sup>63</sup>. Zieht der Untermieter aus, erlischt die Erlaubnis. Der Mieter benötigt eine **neue Erlaubnis**, wenn er erneut untervermieten will.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Mieter die Erlaubnis zur **Untervermietung an mehrere Personen** eingeholt hat. Zieht eine dieser Personen aus, soll der Mieter berechtigt sein, auch einen anderen Untermieter (ersetzend) aufzunehmen<sup>64</sup>. Das ist nur insoweit richtig, als von einer **antizipierten Zustimmung** des Vermieters ausgegangen werden kann. In der Wohnraummiete besteht für den Vermieter auch bei der Ersetzung das Risiko, dass der

---

<sup>59</sup> Vgl. dazu BGH v. 15.5.1991 – VIII ZR 38/90, WuM 1991, 381 (382) = MDR 1991, 628.

<sup>60</sup> BGH v. 17.12.1986 – VIII ZR 328/85, MDR 1987, 491 = WuM 1987, 116 = ZMR 1987, 143.

<sup>61</sup> OLG Düsseldorf v. 4.5.2010 – 24 U 170/09, ZMR 2011, 282.

<sup>62</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 92/04, MDR 2007, 261 = NJW 2007, 288 = GE 2007, 142.

<sup>63</sup> AG Neukölln v. 1.3.2018 – 6 C 432/17, GE 2018, 1153.

<sup>64</sup> LG Saarbrücken v. 25.10.1991 – 13 BS 144/91, NJW-RR 1992, 781; *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. I 171.

Untermieter nach § 563 BGB in den Mietvertrag eintritt, so dass er an dieser Stelle prüfen können muss, ob ein wichtiger Grund vorliegt. In der Gewerberaummieta kann nichts anderes gelten, weil auch hier der Vermieter durch seine Erlaubnis das Recht hat, den Umfang der Nutzung im Rahmen des § 540 Abs. 1 S. 2 BGB zu bestimmen und zu prüfen, ob in der Person des Dritten ein wichtiger Grund besteht.

Die Erlaubnis kann auch **zeitlich beschränkt** werden. Davon ist auszugehen, wenn der Vermieter die Genehmigung zur „vorübergehenden Nutzung erteilt, wobei die zeitlichen Parameter im Zweifel durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln sind. Läuft die Befristung ab, muss der Mieter für den Auszug des Untermieters sorgen, sofern die Erlaubnis nicht verlängert wird<sup>65</sup>.

Die Erlaubnis deckt nur einen solchen **Gebrauch durch den Untermieter**, der nach dem Hauptmietvertrag zulässig ist<sup>66</sup>. Der Untermieter kann also z.B. keine (überwiegende) gewerbliche Nutzung in einer Wohnung ausüben. Ohne besondere Anhaltspunkte ist eine **Gebrauchserweiterung** durch den Untermieter z.B. dahin, dass er seinerseits die Mietsache untervermietet, von der Erlaubnis nicht erfasst<sup>67</sup>. Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn der Mieter, dem eine nicht personenbezogene, **generelle Untervermietungserlaubnis** in der Annahme erteilt wurde, dass eine dauerhafte Untervermietung stattfinden soll, die Wohnung ständig an **Touristen** anlässlich von Kurzreisen überlässt<sup>68</sup>. Abgesehen davon, dass ein derartiges Handeln nicht von der Erlaubnis gedeckt wird, ändert der Mieter damit u.U. jedenfalls teilweise den Vertragszweck. Denn er nutzt die Wohnung zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (§§ 2 Abs. 1 Nr. 6, 21 EStG) und ist deshalb zumindest teilweise gewerblich tätig. Davon ist auch auszugehen, wenn der Mieter nur Teile (z.B. einzelne Zimmer) seiner Wohnung untervermietet<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> LG Berlin v. 9.4.2015 – 67 S 28/15, WuM 2015, 421 = GE 2015, 789.

<sup>66</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, MDR 1984, 571 = FamRZ 1984, 763 = NJW 1984, 1031; OLG Hamm v. 10.9.1991 – 7 U 63/91, NJW 1992, 916; AG Hamburg v. 12.11.2003 – 40 B C 149/03, ZMR 2005, 297.

<sup>67</sup> OLG Hamm v. 17.1.1992 – 30 U 36/91, NJW-RR 1992, 783; a.A. *Heintzmann*, NJW 1994, 1177 (1179).

<sup>68</sup> BGH v. 4.12.2013 – VIII ZR 5/13, MDR 2014, 77 = WuM 2014, 27; a.A. LG Berlin v. 19.6.2013 – 65 S 449/12, ZMR 2014, 282; zur Gesamtproblematik: *Henke/Singbartl/Zintl*, NZM 2018, 1.

<sup>69</sup> LG Berlin v. 4.11.2015 – 65 S 318/15, GE 2016, 67.

## 4. Antrag auf Erlaubnis

Der gesetzliche Vorbehalt der Zustimmung hat den **Zweck**, dem Vermieter die Gelegenheit einzuräumen, seine Einwände gegen den Untermieter geltend zu machen, bevor dieser in die Räume einzieht<sup>70</sup>. Daraus ergeben sich die Anforderungen an die Antragstellung.

### a) Antragsbefugnis

Der Antrag kann von dem **Mieter** gestellt werden, wobei eine Stellvertretung zulässig ist. Bei einer **Mehrheit von Mietern** muss daher grundsätzlich ein Antrag vom Vermieter nur beschieden werden, wenn er von sämtlichen Mietern gestellt wurde und keine wirksame Vollmachtssklausel im Mietvertrag besteht. Dies gilt selbst dann, wenn nur noch einer von ihnen die Wohnung nutzt, die anderen also z.B. ausgezogen sind<sup>71</sup>.

### b) Konkreter Untermieter

Da ein Anspruch auf eine **generelle Untervermietungs Erlaubnis** nicht besteht<sup>72</sup>, muss der Mieter grundsätzlich ein konkretes **Begehren** stellen. Ausnahmsweise ist ein (formloser) Antrag entbehrlich, wenn der Vermieter die Anfrage des Dritten beantwortet<sup>73</sup>. Eine gegenüber dem **Makler** abgegebene Erklärung kommt nur Bedeutung zu, wenn der Makler Übermittlungs- oder Empfangsbote oder sogar Vertreter einer Partei ist<sup>74</sup>. Bei einem **Hausverwalter** – nicht aber bei einem WEG-Verwalter – ist aber in der Regel davon auszugehen, dass er den Vermieter vertritt, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB.

In der Anfrage muss der Mieter die **Daten zur Person des Untermieters** mitteilen, die der Vermieter benötigt, um Auskünfte über den Mieter einholen zu können<sup>75</sup>. Dazu gehören mindestens Name, Anschrift<sup>76</sup> und Geburtsdatum des Dritten. Eine weitergehende **Informationspflicht** des Mieters, z.B. über die Konditionen des Untermietvertrages oder die wirtschaftlichen Verhältnisse, wird

---

<sup>70</sup> BayObLG v. 26.4.1995 - RE-Miet 3/94, MDR 1995, 689 = ZMR 1995, 301 = WuM 1995, 378.

<sup>71</sup> LG Berlin v. 27.7.2016 – 65 S 172/16, GE 2016, 1280.

<sup>72</sup> BGH v. 21.2.2012 - VIII ZR 290/11, WuM 2012, 229 = GE 2012, 826 = GuT 2012, 35.

<sup>73</sup> BGH v. 25.4.2008 – LwZR 10/07, GuT 2009, 110.

<sup>74</sup> OLG Koblenz v. 27.12.2011 – 5 U 839/11, WuM 2012, 613 = ZMR 2013, 35.

<sup>75</sup> OLG Dresden v. 29.4.2004 – 16 U 237/04, NZM 2004, 461.

<sup>76</sup> A.A. LG Hamburg v. 20.12.1990 – 334 S 111/90, WuM 1991, 585.

überwiegend abgelehnt<sup>77</sup>. Denn weder aus § 540 BGB noch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) lässt sich ein allgemeiner Auskunftsanspruch des Vermieters über alle Umstände im Zusammenhang mit der Untermiete herleiten<sup>78</sup>. Zwar ist der Vermieter generell daran interessiert zu erfahren, ob der Mieter mit „seiner“ Wohnung Geschäfte macht. Indessen besteht prinzipiell kein rechtlich beachtliches Interesse des Vermieters vor, die finanziellen Konditionen des Untermietvertrages zu kennen. Diese ergibt sich auch nicht aus der Rechtsstellung des Vermieters.

Dies ist in Bezug auf die **Vermögens- und Einkommenssituation des Untermieters** insoweit richtig, als mangelnde Einkünfte nicht unbedingt einen wichtigen Grund rechtfertigen (Beispiel: Lebensgefährtin soll gemeinsames Kind betreuen und Haushalt führen). Indessen muss z.B. berücksichtigt werden, ob dem Dritten ggf. ein Eintrittsrecht nach § 563 BGB zusteht<sup>79</sup>. Dafür ist es schon von Bedeutung, ob er schon einmal die eidesstattliche Versicherung i.S.v. § 807 ZPO abgegeben oder ein (Privat-)Insolvenzverfahren durchlaufen hat und sich die Wohnung überhaupt leisten könnte. Abgesehen davon haftet der Dritte auch bei Beschädigungen und sollen die Untermieteinnahmen oftmals sicherstellen, dass der Mieter die laufende Miete bestreiten kann. Im Hinblick darauf kann der Vermieter **weitere Auskünfte** verlangen, um zu ermitteln, ob Umstände für die Annahme eines **wichtigen Grundes** vorliegen, und das Risiko als solches abzuschätzen. Deshalb kann der Vermieter Auskunft über die nach den Umständen des Einzelfalles relevanten persönlichen und vertragsbezogenen Daten verlangen<sup>80</sup>. Jedenfalls kann der Vermieter außer Name und Geburtsdatum Angaben verlangen, die ihm die Prüfung ermöglichen, ob **personenbezogene Gründe** gegen die Erlaubnis vorliegen. Dazu gehören im Prinzip alle Informationen, die der Vermieter auch vom Mieter vor der Vermietung sammeln darf (§ 535 BGB Rz 487 f.), also nicht nur die aktuelle Anschrift, seinen Personalausweis in Kopie, seine Anerkennung als Flüchtling oder sonstige Dokumente über seinen Aufenthaltsstatus etc. Werden Kopien der entsprechenden Unterlagen übermittelt, sind auf Anforderung die Originale vorzulegen, auch wenn kein Fäl-

---

<sup>77</sup> LG Hamburg v. 20.12.1990 – 334 S 111/90, WuM 1991, 585; LG Berlin v. 15.1.2002 – 65 S 559/00, NZM 2002, 947; *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. VI 175 m.w.N.

<sup>78</sup> OLG Düsseldorf v. 20.9.2012 – 10 U 33/12, ZMR 2013, 28.

<sup>79</sup> Ähnlich: *Kandelhard* in Herrlein/Kandelhard, § 540 BGB Rz. 27.

<sup>80</sup> *Blank/Börstinghaus*, § 540 BGB Rz. 60.

schungsverdacht besteht. Nicht vom Informationsrecht erfasst wird aber, ob Mieter und Untermieter eine **Lebensgemeinschaft** oder Lebenspartnerschaft führen wollen<sup>81</sup>. Dies ist unter keinem Aspekt von Bedeutung.

Die Erteilung der Erlaubnis steht vorbehaltlich § 553 BGB und abweichenden Vertragsbestimmungen nach der hier vertretenen Meinung grundsätzlich im **freien Ermessen** des Vermieters. Eine Bindung kann durch eine Vertragsregelung herbeigeführt werden, in der der Vermieter generell oder bei Vorliegen bestimmter Umstände zur Erteilung verpflichtet wird.

Grundsätzlich kann die Erlaubnis auch **stillschweigend erteilt** werden. Das setzt aber ein Verhalten des Vermieters voraus, dass einen entsprechenden Rechtsbindungswillen erkennen lässt. Dazu ist eine Anfrage in der Regel Mindestvoraussetzung. Insbesondere aus der **mangelnden Ablehnung** kann zu meist nicht auf eine stillschweigende Erteilung der Erlaubnis geschlossen werden. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass aus einem Unterlassen nicht auf ein positives Tun geschlossen werden kann. Dies gilt erst recht, wenn der Vermieter zuvor eine Zustimmung ausdrücklich abgelehnt hat und auf die Bitte des Mieters, seine Entscheidung zu überdenken, nicht mehr reagiert<sup>82</sup>.

### c) Abstrakte Anfrage

Aus dem Gedanken, sich nur der Mühe der Suche nach einem Untermieter unterziehen zu wollen, wenn der Vermieter nicht generell jede Untervermietung verbietet, ist die abstrakte Anfrage entstanden. Darin fragt der Mieter einfach nur nach, ob der Vermieter generell mit einer Untervermietung nicht einverstanden ist. Ein Anspruch auf eine **generelle Untervermietungserlaubnis** besteht zwar nicht<sup>83</sup>. Reagiert der Vermieter im Einzelfall aber nicht auf eine solche Anfrage, kann dem **Schweigen der Erklärungswert einer Verweigerung** zukommen<sup>84</sup> mit der Folge, dass der Mieter nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB kündigen

---

<sup>81</sup> LG Berlin v. 10.1.2018 - 65 S 202/17, WuM 2018, 362 = GE 2018, 515.

<sup>82</sup> A.A. LG Stuttgart v. 11.6.2012 – 19 T 148/12, WuM 2012, 675.

<sup>83</sup> KG v. 11.6.1992 – 8 RE Miet 1946/92, WuM 1992, 350 = ZMR 1992, 382 = GE 1992, 819.

<sup>84</sup> KG v. 16.9.1996 – 8 RE Miet 2891/96, WuM 1996, 696 = ZMR 1996, 648 = GE 1996, 1363; OLG Hamm v. 2.6.1992 – 7 U 15/92, OLG-Report 1992, 275; LG Berlin v. 24.11.2000 – 64 S 237/00, NZM 2001, 231; LG Nürnberg-Fürth v. 16.6.1995 – 7 S 1697/95, WuM 1995, 587; LG Köln v. 30.6.1994 – 6 S 18/94, KM 3 Nr. 23 = WuM 1994, 468; AG Köln v. 5.6.1997 – 215 C 23/97, WuM 1998, 346; AG Bergisch Gladbach, WuM

kann<sup>85</sup>. Das soll nicht gelten, wenn sich aus der Anfrage des Mieters nicht ergibt, dass er das Schweigen des Vermieters als Verweigerung der Erlaubnis ansehen wird<sup>86</sup>. Deshalb muss in der Anfrage deutlich zum Ausdruck kommen, dass nach Ablauf der Frist unterstellt wird, dass der Vermieter generell mit einer Untervermietung nicht einverstanden ist<sup>87</sup>.

Im Übrigen kommt es nicht darauf an, ob die Anfrage des Mieters in einer Situation erfolgt, in der sein **Beendigungswille** erkennbar ist oder sich wegen einer langen Kündigungsfrist bereits im **Beendigungsstadium** befindet<sup>88</sup>. Denn bis zur Beendigung des Mietvertrages kann sich der Mieter auf seine gesetzlichen und vertraglichen Rechte berufen. Grundsätzlich ist der Mieter bei seiner ersten Anfrage wegen einer generellen Untervermietungserlaubnis nicht verpflichtet, dem Vermieter einen konkreten Untermieter zu benennen<sup>89</sup>. Solange er jedoch keinen konkreten Untermieter genannt hat, führt eine Verweigerung nicht zum Kündigungsrecht nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>90</sup>, wenn der Vermieter seine Entscheidung von näheren Auskünften über die Person des Untermieters abhängig macht<sup>91</sup>.

## 5. Anspruch auf Erlaubnis

### a) Vertragliche Regelung

Im Gegensatz zu § 553 BGB regelt § 540 Abs. 1 BGB keinen Anspruch des Mieters auf Zustimmung zur Untervermietung. Unmittelbar kann sich ein solcher Anspruch daher grundsätzlich nur aus den **vertraglichen Absprachen** der Par-

1999, 524; a.A. OLG Koblenz v. 30.4.2001 – 4 W-RE 525/00, MDR 2001, 983 = WuM 2001, 272 = ZMR 2001, 530.

<sup>85</sup> Ähnlich: Schmidt-Futterer/*Blank*, § 540 BGB Rz. 73 (Wegen Verletzung des aus § 242 BGB herzuleitenden Anspruchs auf Verbescheidung liegt eine Vertragsverletzung vor, die zur Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB berechtigt).

<sup>86</sup> LG Gießen v. 28.4.1999 – 1 S 53/99, MDR 1999, 861 = WuM 1999, 458 = NZM 1999, 640; LG Mönchengladbach v. 25.6.1999 – 2 S 154/98, WuM 1999, 570; a.A. LG Mainz v. 21.6.2000 – 3 S 371/99, WuM 2000, 484.

<sup>87</sup> OLG Köln v. 1.9.2000 – 19 U 53/00, WuM 2000, 597.

<sup>88</sup> LG Hamburg v. 3.7.1998 – 311 S 8/98, NZM 1998, 1003; AG Dülmen v. 6.2.1998 – 3 C 690/97, WuM 1998, 346; a.A. LG Braunschweig v. 12.1.1999 – 6 S 184/98, WuM 1999, 217.

<sup>89</sup> LG Köln v. 3.12.1997 – 10 S 367/97, WuM 1998, 154; a.A. OLG Koblenz v. 30.4.2001 – 4 W-RE 525/00, WuM 2001, 272 = ZMR 2001, 530.

<sup>90</sup> OLG Celle v. 5.3.2003 – 2 W 16/03, MDR 2003, 1044 = NZM 2003, 396.

<sup>91</sup> LG Köln v. 17.12.1998 – 6 S 122/98, NZM 1999, 616.

teilen ergeben. Die Wirksamkeit der Bestimmungen hängt im Wesentlichen davon ab, dass nicht von § 553 BGB abgewichen wird, also insbesondere das berechnigte Interesse für den Wohnraummieter nicht eingeeengt wird, § 553 Abs. 3 BGB.

Sieht der Mietvertrag eine **generelle Erlaubniserteilung** vor<sup>92</sup>, ist der Vermieter grundsätzlich verpflichtet, im Einzelfall eine (bestätigende) Zustimmung zu erteilen (z.B. bei Wechsel des Untermieters)<sup>93</sup>. Das Gleiche gilt, wenn der Vermieter die **Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern** kann. Auch in diesem Fall ist im Übrigen ein Anspruch auf Zustimmung gegeben<sup>94</sup>. Trotz allgemein erteilter Zustimmung zur Untervermietung kann der Vermieter der Untervermietung **widersprechen**. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn auch der Mieter das Gewerbe, das der Untermieter ausüben will, nicht in der Mietsache einrichten dürfte<sup>95</sup>. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Untermieter anstelle des bisher betriebenen Bekleidungsgeschäfts einen Sex-Shop eröffnen will<sup>96</sup>.

Regelt der Mietvertrag ein **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** zu der vom Mieter durchgeführten Nutzung (z.B. Untervermietung), ist deren Auslegung **nicht einheitlich**. Während die eine Meinung die Erlaubniserteilung in das freie Ermessen des Vermieters stellt<sup>97</sup>, ist nach der Gegenansicht<sup>98</sup> eine Interessenabwägung durchzuführen. Beide Auffassungen stimmen insoweit überein, dass die Zustimmung zu versagen ist, wenn eine Nutzungsänderung durch die vertragswidrige Handlung (z.B. Untervermietung) herbeigeführt werden soll<sup>99</sup>. Im Übrigen verdient außerhalb des Anwendungsbereichs des § 553 BGB die Auffassung den Vorzug, die dem Vermieter ein **freies Ermessen** einräumt. Denn es geht um die Vermietung einer Sache, mit der der Vermieter im Rahmen des

---

<sup>92</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, MDR 1984, 571 = FamRZ 1984, 763 = NJW 1984, 1031.

<sup>93</sup> BGH v. 2.2.2011 – VIII ZR 74/10, WuM 2011, 74 = MDR 2011, 347 = NZM 2011, 275.

<sup>94</sup> OLG Düsseldorf v. 1.6.2010 – 24 U 32/10, GE 2011, 336 = GuT 2011, 281; OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 – 10 U 105/01, WuM 2002, 673 = ZMR 2003, 177 = OLG 2003, 197.

<sup>95</sup> BGH v. 11.1.1984 - VIII ZR 237/82, MDR 1984, 571 = ZMR 1984, 275 = NJW 1984, 1031.

<sup>96</sup> BGH v. 11.1.1984 - VIII ZR 237/82, MDR 1984, 571 = ZMR 1984, 275 = NJW 1984, 1031.

<sup>97</sup> BGH v. 16.9.1981 – VIII ZR 161/80, MDR 1982, 314 = ZMR 1992, 11 = NJW 1982, 376; OLG Hamm v. 13.1.1981 – 4 REMiet 5/80, MDR 1981, 406 = WuM 1981, 53 = ZMR 1981, 153.

<sup>98</sup> KG v. 8.9.2003 – 8 U 181/02, GE 2003, 1490 = WE 2004, 162; OLG Hamburg v. 29.10.1993 – 4 U 167/93, WuM 1993, 737.

Art. 14 GG und der einfachen Gesetze nach Belieben verfahren darf. Dazu gehört auch, dass er das Leben im Gebäude einheitlich, das heißt aufeinander abgestimmt, organisieren darf. In den Fällen, in denen nicht wegen besonderer oder höherwertiger Interessen des Mieters eine Ausnahme gilt, bestimmt der Vermieter den Rahmen des vertragsgemäßen Umgangs mit der Mietsache.

Zumindest formularmäßig kann der Vermieter als Verwender sich in der Regelung keinen **Untermietzuschlag** versprechen lassen<sup>100</sup>. Hierauf hat er nach § 553 Abs. 2 BGB nämlich nur einen Anspruch, wenn ihm die Überlassung ansonsten unzumutbar wäre. Mithin ist eine Einzelfallabwägung erforderlich, die formularmäßig schon wegen § 553 Abs. 3 BGB nicht umgangen werden kann.

Im Übrigen muss der Mieter die Voraussetzungen der Vereinbarung darlegen. In diesem Fall ist der Vermieter nicht berechtigt, die Erlaubnis von **weiteren Bedingungen** abhängig zu machen<sup>101</sup>.

## b) Weitere Anspruchsgrundlagen

Neben der Möglichkeit des § 553 BGB für die Wohnraummiete kann **ausnahmsweise** z.B. ein **Anspruch auf Zustimmung** bestehen, wenn der Vermieter bereits im Mietvertrag bezüglich zweier Untermieter die Erlaubnis erteilt hat, so dass beide Parteien – auch nach einer Vertragsverlängerung – von der Möglichkeit einer weiteren Untervermietung ausgehen mussten, und Nachteile für den Vermieter nicht ersichtlich sind, weder also das Hauptmietverhältnis tangiert wird, noch sich sonstige negative Auswirkungen für den Vermieter ergeben<sup>102</sup>.

Im Übrigen soll sich in besonders gelagerten Fällen ein Anspruch auf Zustimmung aus **§ 242 BGB**<sup>103</sup> oder unter dem Gesichtspunkt des **Schikaneverbots** ergeben<sup>104</sup>. Wegen Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB könnte eine Erlaubnis u.U. auch aus einem Schadensersatzanspruch erzwungen werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass dem Vermieter

---

<sup>99</sup> Blank/Börstinghaus, § 540 BGB Rz. 51.

<sup>100</sup> A.A. Blank/Börstinghaus, § 540 BGB Rz. 55.

<sup>101</sup> BGH v. 8.5.1972 – VIII ZR 36/71, NJW 1972, 1267.

<sup>102</sup> OLG Hamburg v. 29.10.1993 – 4 U 167/93, WuM 1993, 737.

<sup>103</sup> Heilmann, NZM 2016, 74 (77); Schmidt-Futterer/Blank, § 540 BGB Rz. 45.

<sup>104</sup> Lammel, § 540 BGB Rz. 18.

bei der Entscheidung, sofern nicht die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB vorliegen oder der Vertrag etwas anderes regelt, ein freies Ermessen zusteht<sup>105</sup>. Ob er sich dabei von (erkennbar) sachwidrigen Motiven leiten lässt, begründet keinen Anspruch auf Zustimmung, sondern ist Ausdruck des freien Ermessens. Ohnehin kann § 242 BGB immer nur herangezogen werden, um die Subsumtion unter eine gesetzliche Vorschrift zu korrigieren, wenn das Ergebnis schlechthin untragbar ist<sup>106</sup>. Generalisierende Betrachtungen sind deshalb nicht zulässig. Vielmehr müssen die **Umstände des Einzelfalles** bewertet werden. Insoweit kann insbesondere eine Rolle spielen, ob sich die Verhältnisse seit Abschluss des Mietvertrages wesentlich geändert haben. Das kann z.B. der Fall sein, wenn zunächst eine Kanzlei von mehreren Rechtsanwälten geführt wurde und nach Ausscheiden diverser Partner mit anderen Kollegen eine Bürogemeinschaft geführt werden soll<sup>107</sup>.

Mit Rücksicht auf das freie Ermessen des Vermieters ist es aber **zweifelhaft**, ob auf Seiten des Vermieters bereits ein **rechtsmissbräuchliches Verhalten** angenommen werden kann, nur weil er die Erlaubnis verweigert<sup>108</sup>

- in der Hoffnung, mit dem Untermieter einen Mietvertrag zu verbesserten Konditionen zu schließen<sup>109</sup>,
- obwohl die Überlassung an den Dritten die Belange des Vermieters nicht berühren,
- obwohl der Mieter auf die Geschäftsführung des Untermieters maßgeblichen Einfluss ausüben kann.

---

<sup>105</sup> BGH v. 16.9.1981 – VIII ZR 161/80, NJW 1982, 376 = MDR 1982, 314; KG v. 8.9.2003 – 8 U 181/02, GE 2003, 1490 = KGR 2004, 23; OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 – 24 U 207/01, ZMR 2003, 349 = WuM 2003, 136 = NZM 2003, 945; OLG Köln v. 12.4.1996 – 20 U 166/95, WuM 1997, 620 = ZMR 1997, 298 = OLG 1997, 18.

<sup>106</sup> BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 311/02, MDR 2003, 1104 = ZMR 2003, 665 = NZM 2003, 682.

<sup>107</sup> BGH v. 16.9.1981 - VIII ZR 161/80, MDR 1982, 314 = ZMR 1982, 11 = NJW 1982, 376 (Rechtsanwalt in Bürogemeinschaft).

<sup>108</sup> Vgl. dazu Schmidt-Futterer/*Blank*, § 540 BGB Rz. 47.

<sup>109</sup> Vgl. dazu Vgl. OLG Hamm v. 12.12.1995 – 7 U 71/95, NJWE-MietR 1996, 107 = DWW 1996, 162.

## 6. Überlegungsfrist des Vermieters

Der Vermieter muss die Entscheidung über die Zustimmung zur Untervermietung erst nach einer angemessenen **Prüfungszeit** treffen<sup>110</sup>. Die Länge der Frist hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und kann zehn Tage<sup>111</sup>, aber auch schon einmal drei Wochen betragen. Eine vom Mieter gesetzte Frist ist unbeachtlich, wenn sie diese Überlegungsfrist nicht berücksichtigt.

## 7. Erlöschen der Erlaubnis

Ist die Erlaubnis auf eine **bestimmte Person** bezogen, erlischt sie mit dem **Auszug** des Untermieters. Sie kann nicht auf einen Dritten übertragen werden. Wird die Erlaubnis **unter Auflagen** erteilt, wird sie automatisch unwirksam, wenn die Auflagen nicht erfüllt werden. Ohne Auflagen erlischt die Erlaubnis, wenn der Mieter auszieht und mehrere Untermieter/Personen in der Wohnung zurücklässt. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Erlaubnis auf mehrere Personen bezieht<sup>112</sup>.

Dem Erlöschen gleichzustellen, ist der Tatbestand, in dem der Mieter die Wohnung mit **privilegierten Personen** nutzt, die keine Dritte i.S.d. § 540 BGB sind. Diese Situation wird zur unberechtigten Untervermietung, wenn ihnen der Mieter die Wohnung zur alleinigen Nutzung überlässt<sup>113</sup>.

Ansonsten, insbesondere bei einer allgemein erteilten Erlaubnis, bedarf es eines **Widerrufs**. Hat sich der Vermieter bei der Erlaubniserteilung den jederzeitigen Widerruf nicht vorbehalten, muss regelmäßig ein **wichtiger Grund** vorliegen, um den Widerruf zu begründen. Damit sind insbesondere die Tatbestände des § 543 BGB gemeint. Denn wenn schon eine außerordentliche Kündigung möglich ist, ist der Widerruf das mildere Mittel. Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn der Mieter, dem eine **generelle Untervermietungserlaubnis** in der Annahme erteilt wurde, dass eine dauerhafte Untervermietung stattfinden soll, die Wohnung ständig an **Touristen** anlässlich von Kurzreisen überlässt<sup>114</sup>. Abge-

---

<sup>110</sup> OLG Düsseldorf v. 2.8.2007 – I-10 U 148/06, GuT 2008, 122 = ZMR 2008, 783.

<sup>111</sup> LG Berlin v. 6.10.1998 – 63 S 127/98, WuM 1998, 725 = NZM 1999, 405.

<sup>112</sup> Hess. StGH v. 18.8.1999 – P.ST. 1391, WuM 1999, 565.

<sup>113</sup> LG Berlin v. 7.6.2005 – 65 S 364/04, MM 2005, 335.

<sup>114</sup> BGH v. 4.12.2013 – VIII ZR 5/13, MDR 2014, 77 = WuM 2014, 27.

sehen davon, dass ein derartiges Handeln nicht von der Erlaubnis gedeckt wird, ändert der Mieter damit u.U. jedenfalls teilweise den Vertragszweck. Denn er nutzt die Wohnung zur Weitervermietung und ist deshalb zumindest teilweise gewerblich tätig.

## 8. Widerruf der Erlaubnis

Der **Widerruf der Erlaubnis** ist zulässig, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt<sup>115</sup>. Daneben kann der Widerruf bei der Erteilung der Genehmigung vorbehalten worden sein<sup>116</sup>. Letzteres kann aber auch als Verweigerung der Zustimmung aufgefasst werden, denn der Mieter hat eben keine vorbehaltlose Erlaubnis erhalten<sup>117</sup>. Der Widerruf einer unbefristet erteilten Erlaubnis kommt in Betracht, wenn nach jahrelanger Nutzung (hier: 5 Jahre) durch wechselnde Untermieter nicht erkennbar ist, dass der Mieter von der Wohnung wieder Gebrauch machen wird<sup>118</sup>.

Eine wirksame **Klausel**, mit der der Widerruf vorbehalten bleiben soll, muss auch **formulärmäßig** keinen hohen Anforderungen gerecht werden. Wenn sie als Widerrufsmöglichkeit auf den **wichtigen Grund** abstellt, bestehen keine Bedenken, wobei eine Beschränkung auf einige Tatbestände, die einen wichtigen Grund bilden, zulässig ist. Alle davon abweichenden Kriterien führen nach § 307 BGB zur Unwirksamkeit, weil es den Mieter unangemessen benachteiligt, wenn der Vermieter ohne wichtigen Grund widerrufen kann. Das gilt insbesondere für eine Klausel, die den Widerruf von keinen Gründen abhängig macht.

Dass ein **wichtiger Grund** auch ohne Vertragsklausel ausreicht, ergibt sich aus einem Erst-Recht-Schluss. Wenn der Vermieter einen Mietvertrag aus wichtigem Grund kündigen (§ 543 Abs. 1 BGB) und dem Mieter dadurch den Gebrauch der Mietsache in vollem Umfang entziehen kann, muss es ihm erst recht gestattet sein, aus wichtigem Grund den Gebrauch der Mietsache durch den Widerruf der allgemein erteilten Erlaubnis zur Untervermietung nur teilweise zu entziehen. Deshalb ist vom Vorliegen eines wichtigen Grundes auszugehen,

---

<sup>115</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, MDR 1984, 571 = FamRZ 1984, 763 = NJW 1984, 1031; LG Berlin v. 22.3.2017 – 65 S 285/16, WuM 2017, 260.

<sup>116</sup> A.A. *Lammel*, § 540 BGB Rz. 22.

<sup>117</sup> *Riecke* in Elzer/Riecke, § 540 BGB Rz. 10.

<sup>118</sup> LG Berlin v. 22.3.2017 – 65 S 285/16, GE 2017, 893.

wenn Umstände vorliegen, die den Vermieter berechtigen, das Hauptmietverhältnis zu kündigen, oder eine Erlaubnisversagung gerechtfertigt hätten.

Aßer in den dargestellten Fällen kann ein wichtiger Grund angenommen werden, wenn dem Vermieter die Fortsetzung der Untervermietung **unzumutbar** ist<sup>119</sup>. Das kommt z.B. in Betracht, wenn der Mieter, dem eine **generelle Untervermietungserlaubnis** in der Annahme erteilt wurde, dass eine dauerhafte Untervermietung stattfinden soll, die Wohnung ständig an **Touristen** anlässlich von Kurzreisen überlässt<sup>120</sup>. Abgesehen davon, dass ein derartiges Handeln **nicht von der Erlaubnis gedeckt** wird, ändert der Mieter damit u.U. jedenfalls teilweise den Vertragszweck. Denn er nutzt die Wohnung zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (§§ 2 Abs. 1 Nr. 6, 21 EStG) und ist deshalb zumindest teilweise gewerblich tätig. Ebenso ist ein wichtiger Grund gegeben, wenn der Mieter schon seit Jahren seinen **Lebensmittelpunkt nicht mehr in der Wohnung** hat und nicht absehbar ist, dass er künftig wieder in die Wohnung einziehen wird<sup>121</sup>. Ein Widerruf ist auch zulässig, wenn dem Mieter eine Erlaubnis für drei kurzfristige Auslandsaufenthalte in einem Jahr erteilt wurde, er darauf eine dauerhafte Untervermietung durchführt und nach zwei Jahren um eine weitere Erlaubnis bittet, ohne dass ersichtlich ist, ob und wann er in die Wohnung zurückkehren wird<sup>122</sup>.

## 9. Prozessuales

Besteht (ausnahmsweise) ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, muss auf **Abgabe einer Willenserklärung** geklagt werden. Im Klageantrag sind der Name des Dritten, die Mietsache und der Mietzweck anzugeben. Es kann aber auch die Zustimmung zu einem bestimmten Untermietvertrag begehrt werden. Der **Streitwert** eines solchen Verfahrens richtet sich nach dem Jahresbetrag der voraussichtlichen Untermiete<sup>123</sup>.

Hat der Vermieter die **Erlaubnis versagt** und beabsichtigt der Mieter, den Untermieter dennoch aufzunehmen bzw. ihm die Räume zu überlassen, kann der

---

<sup>119</sup> LG Berlin v. 22.3.2017 – 65 S 285/16, WuM 2017, 260.

<sup>120</sup> BGH v. 4.12.2013 – VIII ZR 5/13, MDR 2014, 77 = WuM 2014, 27.

<sup>121</sup> LG Berlin v. 22.3.2017 – 65 S 285/16, WuM 2017, 260.

<sup>122</sup> LG München I v. 27.1.2016 - 14 S 11701/15, ZMR 2016, 451.

<sup>123</sup> KG v. 10.2.2006 – 22 W 47/05, ZMR 2006, 528; OLG Celle v. 15.7.1999 – 2 W 59/99, NZM 2000, 190.

Vermieter seinen Unterlassungsanspruch aus § 541 BGB im Wege der **einstweiligen Verfügung** sichern<sup>124</sup>.

#### IV. Rechtsfolgen einer verweigerten Erlaubnis

Von einer Verweigerung der Erlaubnis ist nicht nur auszugehen, wenn der Vermieter dies **ausdrücklich** formuliert, sondern bei jeder Äußerung, in der zum Ausdruck kommt, dass er mit einer Untervermietung nicht einverstanden ist. Derartige Erklärungen sind stets vom Empfängerhorizont, also aus der Sicht des Mieters, zu bewerten. Selbst ausweichende Antworten stellen im Zweifel eine Verweigerung dar. Äußerungen gegenüber Dritten können aber nur als Versagung der Erlaubnis angesehen werden, wenn sie als endgültig aufzufassen sind und der Vermieter den Dritten als Erklärungsboten einsetzt. Das Gleiche gilt, wenn die **Zustimmung unter Auflagen** erteilt wird<sup>125</sup>. Insoweit verhindert allein die Tatsache, dass die Wohnung öffentlich gefördert ist, nicht die Rechtsfolgen der Versagung<sup>126</sup>.

Dem Widerspruch des Vermieters (= mangelnde Erlaubniserteilung) gegen eine Untervermietung steht es gleich, wenn die Untervermietung **gesetzlich nicht mehr zulässig** ist und dieses Risiko der Sphäre des Vermieters zuzurechnen ist<sup>127</sup>. Das kommt in Betracht, wenn gesetzliche Bestimmungen die Nutzung der Sache gerade nur durch den Eigentümer oder den Mieter erlauben (z.B. § 7 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. MilchAbgV 2004; §§ 2 Abs. 1, 9, 28 GastG [sog. Kastellanverträge])

Eine **stillschweigende** Verweigerung kann insbesondere angenommen werden, wenn der Vermieter die vom Mieter zur Zustimmung gesetzte (angemessene) Frist verstreichen lässt, selbst wenn der Mieter nur den Namen des Untermieters (anstatt weiterer Merkmale) angibt<sup>128</sup>. Denn benötigt der Vermieter mehr Informationen, ist eine entsprechende Rückäußerung erforderlich, § 241 Abs. 2 BGB. Ohne Angabe des Namens und/oder anderer Informationen kann das Ablaufenlassen der Frist nur als Verweigerung angesehen werden, wenn

---

<sup>124</sup> OLG Brandenburg v. 20.6.2013 – 6 U 19/13, GE 2014, 251; LG Berlin v. 1.11.2012 – 12 O 507/12, GE 2013, 125.

<sup>125</sup> AG Albstadt v. 24.10.1997 – 6 C 660/97, WuM 1998, 556.

<sup>126</sup> LG Berlin v. 6.10.1998 – 63 S 127/98, WuM 1998, 725 = NZM, 1999, 405.

<sup>127</sup> BGH v. 30.9.2009 – XII ZR 39/08, MDR 2009, 1381 = NZM 2009, 908 = GuT 2009, 309.

<sup>128</sup> LG Berlin v. 6.10.1998 – 63 S 127/98, WuM 1998, 725 = NZM 1999, 405 (10 Tage).

der Mieter die generelle Einstellung des Vermieters zur Untervermietung abfragt.

## 1. Rechte des Mieters

### a) Kündigung nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB

#### aa) Allgemeines

§ 540 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt ein Recht zur **außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist** (§§ 573d, 580a BGB). Die Kündigung muss nicht zum erstmöglichen Termin erklärt werden. Zu langes Zuwarten kann aber zur Verwirkung führen<sup>129,130</sup>. Der Vermieter hat die **Erlaubnisverweigerung** auf Befragen zu begründen, damit der Mieter die Berechtigung einer Kündigung nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB prüfen kann<sup>131</sup>. Gründe können vom Vermieter aber jederzeit nachgeschoben werden. Erfolgt die Angabe erst nach Verzugseintritt oder im Prozess, kann dies für den Vermieter nachteilige Kostenfolgen haben<sup>132</sup>.

In der Wohnraummiete muss die Kündigung **schriftlich** erfolgen, § 568 Abs. 1 BGB. Einer **Begründung** bedarf es nicht. § 569 Abs. 4 BGB gilt nur für die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund. Mit Rücksicht darauf bedarf es weder der Angabe, dass die Kündigung wegen der unberechtigten Verweigerung der Erlaubnis zur Untervermietung erfolgt, noch der Erwähnung des § 540 Abs. 1 S. 2 BGB.

#### bb) Wichtiger Grund

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB ist ausgeschlossen, wenn in der Person des Dritten ein **wichtiger Grund** liegt. Das setzt voraus, dass dem Vermieter nach den Umständen des Einzelfalles die Gebrauchsüberlassung an den Dritten **nicht zugemutet** werden kann.

---

<sup>129</sup> BGH v. 8.5.1972 – VIII ZR 36/71, NJW 1972, 1267.

<sup>130</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, MDR 1984, 571 = FamRZ 1984, 763 = NJW 1984, 1031.

<sup>131</sup> RG v. 16.9.1910 – III 514/09, RGZ 74, 176.

<sup>132</sup> *Blank/Börstinghaus*, § 540 BGB Rz. 49.

Ein wichtiger Grund ist **anzunehmen**, wenn die Gebrauchsüberlassung an den Dritten zu einer **Überbeanspruchung der Mietsache** führt oder eine sichere Beeinträchtigung des Hausfriedens, der übrigen Mieter oder des Vermieters durch Beruf (z.B. Musiker), Lebensweise (Alkoholiker, Prostituierte) oder Charakter (Dieb, Schläger, unverträglicher Mensch) des Dritten zu erwarten ist. Auch die **Solvenz** des Untermieters kann von Bedeutung sein<sup>133</sup>. Immerhin kommt ein Eintritt des Untermieters nach § 563 BGB jedenfalls dann in Betracht, wenn in einer Wohnung ein auf Dauer angelegter Haushalt geführt wird. Hier ist eine Abwägung der wechselseitigen Interessen im Einzelfall ausschlaggebend. Diese Abwägung fällt in der Regel zugunsten des Mieters aus, wenn er eine Lebensgemeinschaft gründen will. Immerhin ist auch in der klassischen Rollenverteilung einer Ehe der Ehepartner, der den Haushalt führt und die Kinder betreut, ohne Einkünfte. Bei erwiesener **mangelnder Zahlungsmoral** des Dritten in der Vergangenheit, die durch eine eidesstattliche Versicherung indiziert wird, kann ein solches Abwägungsergebnis schon zweifelhaft sein. Als Orientierung kann insoweit vor allem die **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** des Mieters (**Bonität**) selbst dienen. Je schwächer diese ausfällt, umso eher tritt die Solvenz des Dritten als ausschlaggebender Punkt für die abschlägige Entscheidung des Vermieters in den Hintergrund. Als **wichtige Gründe** kommen im Übrigen **in Betracht**:

- eine Erweiterung<sup>134</sup> oder sonstige **Änderung des Verwendungszwecks**<sup>135</sup>;
- Festlegung des Zwecks „ausschließlich zur **Büronutzung**“ und beabsichtigte Nutzung für die Verwaltung eines häuslichen Pflegedienstes<sup>136</sup>,
- der Betrieb eines **anstößigen Gewerbes**<sup>137</sup>;
- Untervermietung gewerblich genutzter Räume als **Wohnung**<sup>138</sup>;

---

<sup>133</sup> *Kossmann*, § 28 Rz. 4; a.A. *Staudinger/Emmerich*, § 540 BGB Rz. 23; *Schmidt-Futterer/Blank*, § 553 BGB Rz. 13.

<sup>134</sup> OLG Düsseldorf v. 2.8.2007 – I-10 U 148/06, *GuT* 2008, 122 = *ZMR* 2008, 783.

<sup>135</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, *NJW* 1984, 1032; KG v. 11.10.2008 – 8 U 34/07, *GE* 2008, 1626; OLG Köln v. 12.4.1996 – 20 U 166/95, *WuM* 1997, 620; OLG Nürnberg v. 28.6.1967 – 2 U 86/67, *WuM* 1967, 202.

<sup>136</sup> OLG Düsseldorf v. 16.2.2016 – 24 U 63/15, *ZMR* 2016, 440.

<sup>137</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, *NJW* 1984, 1032; LG Frankfurt v. 5.7.1966 – 2/11 S 115/66, *MDR* 1967, 216.

<sup>138</sup> OLG Koblenz v. 25.2.1986 – 3 U 1073/85, *MDR* 1986, 496.

- Unterbringung von **Asylanten**<sup>139</sup>;
- **erhöhte Abnutzung** der Mietsache durch eine Vielzahl von Untermietern an Stelle eines Mieters<sup>140</sup>;
- **persönliche Feindschaft** zwischen Untermieter und Vermieter oder anderen Mietern<sup>141</sup>;
- Besorgnis der **Belästigung der übrigen Hausbewohner**<sup>142</sup>;
- **Beruf des Untermieters** (Klavierlehrer, Berufsposaunist, Schlagzeuger, Sänger,)<sup>143</sup>;
- **sonstige Eigenschaften** des Untermieters (Trinker, Drogenabhängiger, entlassener Serienstraftäter, chronisch Kranker mit Ansteckungsgefahr,);
- **fehlende Wohnberechtigung** hinsichtlich einer öffentlich geförderten oder mit Wohnungsfürsorgemitteln geförderten Wohnung<sup>144</sup>,
- fehlende Erfüllung der **Meldepflicht** eines bereits eingezogenen Untermieters<sup>145</sup>.

Für eine **kirchliche Organisation** können auch religiöse Motive ausreichen, soweit sich ihre Stellung nicht allein darauf beschränkt, wie ein Vermieter aufzutreten, sondern die kirchlichen Belange auch das Wohnumfeld prägen<sup>146</sup>. Deshalb kann auch ein „unsittlicher“ Lebenswandel in diesen Fällen einen wichtigen Grund ergeben. Dazu gehört nach religiösem Verständnis auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Ansonsten sind als wichtiger Grund **nicht ausreichend** Homosexualität, ausländische Herkunft oder AIDS<sup>147</sup>.

### cc) Andere Kündigungstatbestände zugunsten des Mieters

Neben § 540 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine Kündigungsmöglichkeit aus **§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB** ergeben, wenn die Erlaubnisverweigerung den vertragsge-

---

<sup>139</sup> LG Berlin, GE 1984, 51 (53).

<sup>140</sup> KG v. 29.5.1940 – 17 U 1704/40, DR 1940, 1430; OLG Königsberg, GE 1941, 340.

<sup>141</sup> Staudinger/*Emmerich*, § 540 BGB Rz. 22.

<sup>142</sup> LG Bamberg v. 23.6.1973 – 2 S 26/73, WuM 1974, 197.

<sup>143</sup> *Lützenkirchen*, WuM 1990, 413.

<sup>144</sup> LG Koblenz v. 2.12.1986 – 6 S 276/86, WuM 1987, 201.

<sup>145</sup> AG Tempelhof-Kreuzberg v. 29.8.2016 – 7 C 161/15, WuM 2016, 623.

<sup>146</sup> OLG Hamm v. 23.10.1991 – 30 REMiet 1/91, MDR 1992, 156 = FamRZ 1992, 308 = ZMR 1992, 20; LG Aachen v. 10.7.1992 – 5 S 472/90, FamRZ 1993, 325 = NJW 1992, 2897.

<sup>147</sup> *Kandelhard* in Herrlein/*Kandelhard*, § 540 BGB Rz. 25; a.A. *Schopp*, ZMR 1994, 141.

mäßigen Gebrauch tangiert<sup>148</sup>. Vielmehr setzt dies voraus, dass die Untervermietung im Vertrag vorgesehen ist. Dann ist auch die Untervermietung ein Gebrauch, den der Mieter von der Mietsache macht. Denn ist sie im Vertrag allgemein gestattet, widerspricht aber der Vermieter im Einzelfall der Untervermietung, gewährt er dem Mieter den Gebrauch der Mietsache nicht mehr in dem im Vertrag vereinbarten Umfang. Er entzieht durch die Vertragsverletzung, die er durch einen unberechtigten Widerspruch begeht, dem Mieter teilweise den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache. Deshalb kann der Mieter bei unberechtigtem Widerspruch gegen die Untervermietung den Mietvertrag fristlos kündigen, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen, wenn nämlich der Mieter erfolglos eine angemessene Frist zur Abhilfe gesetzt oder die Erfüllung des Vertrages infolge des Widerspruchs für ihn kein Interesse mehr hat (§ 543 Abs. 3 BGB). Das Gleiche gilt, wenn dem Mieter ein Anspruch auf Zustimmung zusteht, der sich insbesondere aus § 553 BGB ergeben kann, was aber auch in der Anfrage dargelegt werden muss.

In allen anderen Fällen kann sich eine Kündigung nur aus **§ 543 Abs. 1 BGB** ergeben<sup>149</sup>. Das setzt aber eine Vertragsverletzung des Vermieters voraus. Diese kann nicht ohne weiteres in der Versagung gesehen werden, weil die Erteilung der Erlaubnis in freiem Ermessen des Vermieters steht. Ein Pflichtverstoß kann aber angenommen werden, wenn die Versagung schikanös ist<sup>150</sup>.

In jedem Fall setzt die Kündigung aber voraus, dass der Dritte die Mietsache **tatsächlich nutzen** will. Eine Kündigung verstößt gegen § 242 BGB, wenn der Nutzungswunsch des Dritten in Wahrheit nicht besteht<sup>151</sup>.

## b) Minderung

Eine **Minderung** (§ 536 BGB) kommt erst bei einer erheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung in Betracht. Die Mietsache als solche bleibt durch die (unberechtigte) Versagung einer Erlaubnis zur Untervermietung grundsätzlich unberührt. Der Gebrauch ist nicht beeinträchtigt, solange die Untervermietung nicht dazu gehört. Letzteres ist der Fall, wenn der Mieter nach dem Vertrag generell be-

---

<sup>148</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, MDR 1984, 571 = FamRZ 1984, 763 = NJW 1984, 1031.

<sup>149</sup> OLG Frankfurt v. 8.12.2005 – 2 U 128/05, InfoM 2007, 312.

<sup>150</sup> RG v. 28.11.1932 – VIII 350/32, RGZ 138, 359.

rechtigt ist, die Wohnung unterzuvermieten<sup>152</sup>, oder ein Anspruch nach § 553 Abs. 1 BGB besteht. Ist die Gebrauchsbeeinträchtigung als erheblich anzusehen, kann der Mieter die Miete mindern.

### c) Schadensersatz

**Schadensersatz** kommt in Betracht, wenn die unberechtigte Versagung einen Mangel begründet oder eine Pflichtverletzung darstellt, was bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Regel anzunehmen ist. Als Schaden kommt insbesondere die entgangene Untermiete in Betracht<sup>153</sup>. Ein Anspruch auf Herausgabe des **Mehrerlöses** aus der Untervermietung besteht grundsätzlich nicht<sup>154</sup>. Eine formularmäßige Abtretung des Mehrerlöses ist unwirksam<sup>155</sup>.

## 2. Rechte des Vermieters

### a) Beseitigung und Unterlassung, § 541 BGB

Ohne die Erlaubnis des Vermieters ist die Gebrauchsüberlassung an Dritte **vertragswidrig**, selbst wenn darauf z.B. nach § 553 BGB ein Anspruch besteht. Eine Ausnahme ist anzunehmen, wenn die Untervermietung generell nach dem Vertrag ohne Zustimmung des Vermieters zulässig sein soll.

In diesem Fall kann der Mieter nach erfolgloser Abmahnung auf Beseitigung und Unterlassung der Untermiete gemäß § 541 BGB klagen. Im **Klageantrag** ist hinsichtlich der Beseitigung der Name des Untermieters zu nennen. Bei der Unterlassung kann der Antrag nicht abstrakt formuliert werden (z.B. „... zukünftig jede Untervermietung zu unterlassen“). Der Antrag muss einschränkend vorsehen, dass der Vermieter zustimmen kann (z.B. „... zukünftig keine Untervermietung oder sonstige Gebrauchsüberlassung ohne vorherige Zustimmung des Vermieters durchzuführen“).

Sofern der Vermieter Eigentümer ist, kann er **ergänzend aus § 1004 BGB** gegen den Untermieter vorgehen.

---

<sup>151</sup> BGH v. 11.11.2009 – VIII ZR 294/08, WuM 2010, 30 = MDR 2010, 200 = ZMR 2010, 281.

<sup>152</sup> BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 237/82, NJW 1984, 1032.

<sup>153</sup> LG Berlin v. 4.12.2006 – 67 S 425/05, GE 2007, 783.

<sup>154</sup> BGH v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93, MDR 1996, 461 = WuM 1996, 216.

<sup>155</sup> OLG Hamburg v. 10.12.1997 – 4 U 98/97, NJW-RR 1999, 1316.

## b) Kündigung des Mietvertrages

Die **außerordentliche fristlose Kündigung** nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist treuwidrig, wenn der Mieter die Zustimmung zur Untermiete hätte verlangen können<sup>156</sup>. Dazu müssen entweder die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB (berechtigtes Interesse) vorliegen oder eine entsprechende vertragliche Bestimmung erfüllt sein. Im Übrigen soll die Kündigung nach vorheriger Abmahnung aber selbst dann zulässig sein, wenn der Mieter dem Untermieter nach Erhalt der Abmahnung sofort ordentlich kündigt<sup>157</sup>. Dem kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden, weil es sonst dem Zweck der Abmahnung widerspricht, den Mieter zu einer Korrektur seines vertragswidrigen Verhaltens anzuhalten. Immerhin muss der Mieter die Möglichkeit haben, den Untermietvertrag wenigstens ordentlich zu beenden. Deshalb ist eine fristlose Kündigung erst zulässig, wenn die Gebrauchsüberlassung auch noch drei Monate seit der Abmahnung fortgesetzt wird.

Die **ordentliche Kündigung** nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist ebenfalls eingeschränkt durch einen Anspruch auf Zustimmung. Indessen kann eine ausreichende Pflichtverletzung vorliegen, wenn aus dem Verhalten des Mieters deutlich wird, dass er das Recht des Vermieters, eine Untervermietung erst dulden zu müssen, wenn er ihr zugestimmt hat, leugnet<sup>158</sup>. Davon ist auszugehen, wenn der Mieter trotz Abmahnung die Voraussetzung für eine Zustimmung (nach § 553 BGB mindestens berechtigtes Interesse, Name, Anschrift und Geburtsdatum des Untermieters) nicht darlegt.

## c) Herausgabe des Mehrerlöses

### aa) Bestehender Mietvertrag

Erfolgt eine unerlaubte Untervermietung kann der Vermieter vom Mieter nach den Grundsätzen der **ungerechtfertigten Bereicherung** nicht die Herausgabe des die Hauptmiete übersteigenden Mehrbetrages der Untermiete verlangen.

---

<sup>156</sup> BayObLG v. 26.10.1990 – RE-Miet 1/90, MDR 1991, 253 = WuM 1991, 18.

<sup>157</sup> LG Hamburg v. 1.9.2000 – 311 S 70/00, ZMR 2001, 39.

<sup>158</sup> BayObLG v. 26.4.1995 – RE-Miet 3/94, WuM 1995, 380.

Denn der Untermieter leistet an den Hauptmieter ebenso mit Rechtsgrund wie der Hauptmieter an den Vermieter<sup>159</sup>.

Im laufenden Mietvertrag kann der Vermieter vom Mieter die **Herausgabe eines Mehrerlöses** aus einer Untervermietung auch nicht aus GoA oder § 812 BGB verlangen. Denn insbesondere die Reaktionsmöglichkeiten aus §§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 541 BGB zeigen, dass der Vermieter nicht unbillig benachteiligt ist<sup>160</sup>. Im damaligen Fall hatte der Mieter bei fortgesetztem Mietverhältnis untervermietet, die im Vertrag vorgesehene Vereinbarung eines Untermietzuschlages war jedoch nicht zustande gekommen.

### **bb) Erlaubte Untervermietung bei nichtigem Hauptmietvertrag**

Für den Fall der an sich erlaubten Untervermietung, bei (ex tunc) **nichtigem Mietvertrag** hat der BGH<sup>161</sup> die gleiche Rechtsfolge – also keine Herausgabepflicht des Mehrerlöses – angenommen. Hier sei der Mieter nicht auf Kosten des Vermieters bereichert, weil er von einer eigenen Dispositionsmöglichkeit Gebrauch mache.

### **cc) Verweigerte Herausgabe nach Mietende**

Für den Fall der verweigten Herausgabe der Mietsache nach Mietende besteht ein Anspruch auf den **Mehrerlös ab Rechtshängigkeit** des Räumungsanspruchs<sup>162</sup>. Nach § 292 BGB bestimmt sich, wenn der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben hat, von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Nutzungen nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Herausgabeansprüche i.S.d. § 292 BGB sind auch vertragliche Ansprüche auf Rückgabe der Mietsache. Zu diesen Nutzungen gehören gemäß §§ 100, 99 Abs. 3 BGB u.a. die mittelbaren Sachfrüchte, d.h. die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Das sind hier die Untermietzinsen, die der Mieter durch die Untervermietung der herauszugebenden Mieträume

---

<sup>159</sup> OLG Celle v. 7.10.1994 – 2 U 276/93, WuM 1995, 655.

<sup>160</sup> BGH v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93, MDR 1996, 461 = WuM 1996, 216.

<sup>161</sup> BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, UR 2009, 155 = MDR 2009, 19 = GuT 2008, 330 = ZMR 2009, 103.

<sup>162</sup> BGH v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08, MDR 2009, 1267 = GE 2009, 1248 = ZMR 2010, 21.

tatsächlich erzielt hat<sup>163</sup>, und die aufgrund einer Vereinbarung über die Auflösung des Untermietvertrages erhaltene Entschädigung.

#### IV. Berechtigtes Interesse i.S.v. § 553 BGB

Der Anspruch auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis ist grundsätzlich nicht auf eine generelle<sup>164</sup>, sondern nur auf eine **personenbezogene Untervermietungserlaubnis** ausgerichtet<sup>165</sup>. Im Falle der **Erlaubnisverweigerung** besteht ein **Wahlrecht** des Mieters zwischen der Klage auf Zustimmung und der Kündigung nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB.

Der Anspruch nach § 553 Abs. 1 S. 1 BGB auf Erteilung der Erlaubnis **ersetzt die Erlaubnis** selbst **nicht**. Deshalb ist der Mieter trotz Vorliegens eines berechtigten Interesses nicht zur Gebrauchsüberlassung berechtigt, sondern erst, wenn die Zustimmung erteilt wurde<sup>166</sup>. Besteht der Anspruch des Mieters, verhält sich der Vermieter nach Ablauf der Überlegungsfrist bis zur Erteilung/Verurteilung z.B. für die Dauer des Prozesses um die Erteilung der Erlaubnis **vertragswidrig** und macht sich schadensersatzpflichtig (§ 280 Abs. 1 BGB). Der Schaden des Mieters kann insbesondere in der entgangenen Untermiete bestehen. In Betracht kommt auch die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

##### 1. Voraussetzungen

Nach § 553 Abs. 1 S. 1 BGB steht dem Mieter, der ein **berechtigtes Interesse** an der Aufnahme des Dritten in seine Wohnung hat, ein **Anspruch auf Zustimmung zur Gebrauchsüberlassung** gegen den Vermieter zu. Für die Geltendmachung eines berechtigten Interesses genügt die nachvollziehbare Darlegung **vernünftiger Gründe** für die Bildung einer Wohngemeinschaft oder einer anderen Form des Zusammenlebens<sup>167</sup>, das sich auf ein Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichen Gewicht stützt, welches mit der geltenden

---

<sup>163</sup> BGH v. 21.9.2001 – V ZR 228/00, MDR 2002, 83 = NJW 2002, 60 (61); BGH v. 11.11.1994 – V ZR 116/93, MDR 1995, 463 = NJW 1995, 454 (455); zur Herausgabe erzielter Zinsen als Nutzungen des Kapitals: BGH v. 8.10.1987 – VII ZR 185/86, BGHZ 102, 41 (47); BGH v. 6.3.1998 – V ZR 244/96, BGHZ 138, 160 (163).

<sup>164</sup> BGH v. 21.2.2012 – VIII ZR 290/11, GE 2012, 825.

<sup>165</sup> KG v. 11.6.1992 – 8 REMiet 1946/92, ZMR 1992, 382.

<sup>166</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, NJW 2004, 56 = MDR 2004, 141 = ZMR 2004, 100.

<sup>167</sup> Vgl. z.B. BGH v. 3.10.1984 – VIII ARZ 2/84, BGHZ 92, 213, 218 f. = MDR 1985, 401 = FamRZ 1985, 42; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 540 BGB Rz. 25 m.w.N.

**Rechts- und Sozialordnung vereinbar** ist<sup>168</sup>. Das Interesse kann **persönlicher**, aber auch **wirtschaftlicher Natur** sein<sup>169</sup>, muss aber nicht zeitlich beschränkt, also vorübergehend sein<sup>170</sup>. Allein das Interesse, „Miete einzunehmen“ oder „einen Dritten aufzunehmen“, reichen für sich allein nicht aus<sup>171</sup>. Vielmehr muss der Mieter seine Lebensverhältnisse verbessern wollen, also die Mietbelastung senken oder generell die Unterhaltung der Wohnung nicht mehr alleine tragen wollen. Beruft sich der Mieter auf wirtschaftliche Belange, kann der Vermieter, nicht verlangen, dass der Mieter zunächst seine Vermögensverhältnisse näher darlegt<sup>172</sup>. Vor dem Hintergrund gewandelter sozialer Anschauungen über hetero- oder **homosexuelle Lebensgemeinschaften** und der darauf beruhenden Wertentscheidungen des MRRG ist aber z.B. der – nicht näher zu begründende, weil auf höchstpersönlichen Motiven beruhende – Wunsch des Mieters, eine solche Gemeinschaft zu bilden oder fortzusetzen, in aller Regel für die Darlegung eines berechtigten Interesses an der Aufnahme des Dritten in die Wohnung ausreichend<sup>173</sup>.

Als Ursache für das berechnigte Interesse kommen insbesondere Umstände aus dem **familiären**, sonstigen **persönlichen** oder **wirtschaftlichen Bereich** in Betracht. Dazu zählen

- Verkleinerung der Familie,
- Auszug des Lebenspartners<sup>174</sup>,
- Tod des Lebenspartners und der Wunsch, nicht mehr alleine zu leben<sup>175</sup>,
- Aufnahme eines nahen Verwandten, soweit die Aufnahme nicht bereits zum vertragsgemäßen Gebrauch gehört, wie das z.B. bei nahen Angehörigen der Fall ist,
- Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, insbesondere im Hinblick auf die Einkommensverhältnisse<sup>176</sup>, nicht jedoch, wenn der Mieter die Ein-

---

<sup>168</sup> LG Berlin v. 11.4.2018 – 66 S 275/17, GE 2018, 646 m.w.N.

<sup>169</sup> BGH v. 3.10.1984 – VIII ARZ 2/84, MDR 1985, 401 = WuM 1985, 7 = ZMR 1985, 50.

<sup>170</sup> LG Stuttgart v. 11.7.2018 – 1 S 2/18, WuM 2019, 29.

<sup>171</sup> *Blank/Börstinghaus*, § 553 BGB Rz. 4.

<sup>172</sup> LG Berlin v. 11.4.2018 – 66 S 275/17, GE 2018, 646.

<sup>173</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, NJW 2004, 56 = MDR 2004, 141 = ZMR 2004, 100.

<sup>174</sup> AG Hamburg v. 11.10.2017 – 48 C 28/17, ZMR 2018, 53.

<sup>175</sup> BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325.

<sup>176</sup> AG München v. 15.10.2013 – 422 C 13968/13, ZMR 2014, 735 = IMR 2014, 287.

bußen dadurch auffangen kann, dass er eine der beiden von ihm gemieteten Wohnungen kündigt<sup>177</sup>,

- doppelte Haushaltsführung<sup>178</sup>, z.B. auch bei Auslandsaufenthalt<sup>179</sup>.

Die Bedeutung des Interesses als solchem ist unerheblich. Maßgeblich ist, dass es sich innerhalb der **Rechts- und Sozialordnung** hält<sup>180</sup>. Innerhalb dieses Interessenbegriffs können auch die persönlichen Vorstellungen des Mieters über seine künftige Lebensplanung Berücksichtigung finden<sup>181</sup>. Selbstverständlich muss der Mieter auch in diesem Fall die **Ernsthaftigkeit** seiner Lebensplanung, ihre beabsichtigte Dauerhaftigkeit und weiter darlegen und beweisen, dass er seine dahingehenden Entschlüsse erst nach Abschluss des Mietvertrags gefasst hat<sup>182</sup>. Davon ist aber der Wunsch, die **Wohnung dauerhaft für sich vorzuhalten** – insbesondere bei einem angespannten Wohnungsmarkt – nicht gedeckt, wenn der Mieter keine ersichtliche Absicht hat, in die Wohnung zurückzukehren<sup>183</sup>. Für **Genossenschaftswohnungen** gelten keine anderen Anforderungen<sup>184</sup>.

Stets muss ein berechtigtes Interesse **gerade des Mieters** bestehen. Zwar ist ein solches Interesse gegeben, wenn ein naher Angehöriger des Mieters in Not gerät und der Mieter zumindest sittlich verpflichtet ist zu helfen. Jedoch gilt dies nicht für **sonstige Bekannte** des Mieters. Denn nur in Fällen der Familienangehörigkeit des Untermieters im weitesten Sinne kann ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung angenommen werden. Dazu müssen sich die Gründe aus der unmittelbaren Sphäre des Mieters herleiten. Bei **mehreren Mietern** reicht es aus, wenn in der Person eines von ihnen das berechtigte Interesse besteht<sup>185</sup> und beide es gegenüber dem Vermieter verfolgen. Humanitäre und billigenswerte Gründe, die allein im **Interesse des Untermieters** geltend gemacht werden können, verpflichten den Vermieter nicht zur Erlaubnis der Untervermietung<sup>186</sup>. Dagegen ist es ohne Belang, wenn der Mieter für längere Zeit

---

<sup>177</sup> AG Hamburg-Altona v. 29.4.2014 – 314b C 273/13, ZMR 2015, 382.

<sup>178</sup> BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 4/05, MDR 2006, 740 = NJW 2006, 1200.

<sup>179</sup> LG Berlin v. 19.4.2018 – 66 S 281/17, IMR 2018, 456 (*Agatsy*).

<sup>180</sup> LG Berlin v. 8.2.2017 – 65 S 433/16, WuM 2017, 263 = GE 2017, 778.

<sup>181</sup> BGH v. 3.10.1984 – VIII ARZ 2/84, MDR 1985, 401 = FamRZ 1985, 42 = NJW 1985, 130.

<sup>182</sup> BGH v. 3.10.1984 – VIII ARZ 2/84, MDR 1985, 401 = FamRZ 1985, 42 = NJW 1985, 130.

<sup>183</sup> LG Berlin v. 8.2.2017 – 65 S 433/16, WuM 2017, 263 = GE 2017, 778.

<sup>184</sup> AG Hamburg v. 11.10.2017 – 48 C 28/17, ZMR 2018, 53.

<sup>185</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, § 553 BGB Rz. 3.

<sup>186</sup> LG Berlin v. 25.2.1994 – 64 S 1/94, WuM 1994, 326.

- allerdings nicht dauerhaft - seinen Lebensmittelpunkt ins Ausland verlagert<sup>187</sup>. Ein berechtigtes Interesse wird auch nicht unbedeutend, wenn der Mieter in der Vergangenheit einmalig ein Zimmer der Wohnung **unbefugt untervermietet** hat<sup>188</sup>.

Das Interesse an der Gebrauchsüberlassung darf sich nur auf einen Teil der Mietsache beziehen. Aus der Formulierung des § 553 Abs. 1 BGB, dass die Gebrauchsüberlassung nur auf einen „**Teil des Wohnraumes**“ beschränkt werden darf, ist nicht der Schluss zu ziehen, dass ausschließlich für baulich oder räumlich abgegrenzte Teile einer Wohnung die Erlaubnis zur Untervermietung begehrt werden kann<sup>189</sup>. Der Bisitz kann dem Dritten unbegrenzt eingeräumt werden; entscheidend ist allein, dass der Mieter die Wohnung für sich nicht aufgibt. Dies kann auch für eine **Einzimmerwohnung** in Betracht kommen, z.B. wenn ein Mieter für die Dauer einer berufsbedingten Abwesenheit derartigen Wohnraum untervermieten will, um einerseits die Kosten einer doppelten Haushaltsführung zu sparen und andererseits für eine Betreuung der Wohnung während seiner Abwesenheit zu sorgen; denn einem Mieter kann nicht zugemutet werden, die Wohnung zu kündigen und sich nach Rückkehr in seinen Heimatort auf Wohnungssuche zu begeben – jedenfalls wenn die Abwesenheit unter zwölf Monaten dauern soll. Liegen solche besonderen Umstände nicht vor, kann der Mieter auch bei einer Einzimmerwohnung keine Erlaubnis verlangen, wenn er die gesamte Wohnung an einen Familienangehörigen **vollständig untervermieten** will<sup>190</sup>.

Andererseits kann bei einem **einheitlichen Mietvertrag**, bei dem der Schwerpunkt in der Wohnraummiete liegt, über § 553 BGB nicht die Untervermietung des nicht zum Wohnen überlassenen Teils der einheitlichen Mietsache erreicht werden. Denn in § 553 BGB ist **nicht von Mietsache**, sondern von **Wohnraum** die Rede. Genau dafür soll die Vorschrift eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des § 540 BGB bilden.

Vor diesem Hintergrund kommen als **berechtigtes Interesse** in Betracht

---

<sup>187</sup> BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 4/05, ZMR 2006, 261; LG Hamburg v. 26.11.2013 – 316 S 57/13, WuM 2014, 144.

<sup>188</sup> AG Frankfurt v. 23.12.2015 – 33 C 2762/15 (51), WuM 2016, 209.

<sup>189</sup> LG Berlin v. 13.7.1990 – 29 S 4/90, MM 1994, 323.

<sup>190</sup> AG Mitte v. 26.1.2017 – 21 C 55/16, GE 2017, 422.

- der Wunsch, nicht mehr alleine zu leben<sup>191</sup>,
- die Verkleinerung der Familie durch den Tod oder den Auszug einzelner Familienangehöriger<sup>192</sup>,
- die Trennung von Eheleuten<sup>193</sup> oder das Auseinanderbrechen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft<sup>194</sup> und die Aufnahme eines neuen Partners oder sonstigen Dritten, um nicht alleine zu leben,
- wenn der Mieter auf Grund einer nachträglichen Verringerung seiner Einkünfte auf die Untervermietung aus finanziellen Gründen angewiesen ist (zu unterscheiden von dem Fall, dass der Mieter bloß die Absicht zur Erzielung zusätzlicher Einnahmen hat)<sup>195</sup>,
- der Wunsch, seine Mietkosten zu senken<sup>196</sup>,
- der Auszug eines Mitmieters, so dass der Mieter allein in der Wohnung verbleibt<sup>197</sup>,
- die Schwangerschaft einer berufstätigen Mieterin<sup>198</sup>,
- die Aufnahme eines Dritten zur Betreuung des Kindes des Mieters<sup>199</sup>,
- die Heiratsabsichten des Untermieters, der den hochbetagten Mieter pflegt<sup>200</sup>,
- die Absicht, einer Vereinsamung im Alter zu begegnen<sup>201</sup>,
- die Aufnahme des Lebenspartners, auch eines solchen gleichen Geschlechts<sup>202</sup>,

---

<sup>191</sup> BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325.

<sup>192</sup> LG Berlin v. 30.1.2002 – 64 S 422/00, ZMR 2002, 49 = GE 2002, 1133; AG Friedberg v. 27.10.1980 – C 876/80, WuM 1981, 231; AG Tiergarten v. 16.12.1986 – 8 C 283/86, GE 1987, 523.

<sup>193</sup> LG Frankfurt v. 15.5.1979 – 2/11 S 32/79, WuM 1981, 39; AG Hamburg v. 17.8.1982 – 42b C 129/82, WuM 1985, 87; LG Berlin v. 12.10.1985 – 64 S 137/85, WuM 1987, 221.

<sup>194</sup> AG Hamburg v. 11.10.2017 – 48 C 28/17, ZMR 2018, 53; AG Köln v. 23.6.1994 – 215 C 36/94, WuM 1995, 654.

<sup>195</sup> BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325; OLG Hamburg v. 29.10.1993 – 4 U 167/93, WuM 1993, 737; LG Hamburg v. 16.12.1993 – 334 S 77/93, WuM 1994, 203; LG Landau v. 12.1.1989 – 3 S 50/88, WuM 1989, 510; LG Berlin v. 4.3.1993 – 62 S 112/92, WuM 1993, 344 (345); AG München v. 15.10.2013 – 422 C 13968/13, ZMR 2014, 735..

<sup>196</sup> BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325; LG Berlin v. 10.1.2018 – 65 S 202/17, WuM 2018, 362; AG München v. 15.10.2013 – 422 C 13968/13, ZMR 2014, 735 = IMR 2014, 287.

<sup>197</sup> BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385 = ZMR 2018, 405 = NZM 2018, 325; LG Berlin v. 31.10.1989 – 64 S 274/89, NJW-RR 1990, 457.

<sup>198</sup> LG Berlin v. 12.2.1985 – 64 S 360/84, GE 1985, 479.

<sup>199</sup> LG Berlin v. 30.1.2002 – 64 S 422/00, ZMR 2002, 49 = GE 2002, 1133.

<sup>200</sup> AG Hamburg-Blankenese v. 6.1.1984 – 509 C 428/83, WuM 1985, 88; AG Tiergarten v. 1.10.1980 – 3 C 252/80, WuM 1985, 88.

<sup>201</sup> AG Hamburg v. 16.5.1990 – 45 C 334/90, WuM 1990, 500.

<sup>202</sup> BGH v. 3.10.1984 – VIII ARZ 2/84, BGHZ 92, 213, 218 = MDR 1985, 401 = FamRZ 1985, 42; OLG Hamm v. 23.10.1991 – 30 REMiet 1/91, MDR 1992, 156 = FamRZ 1992, 308 = NJW 1992, 513; LG Berlin v. 2.11.1987 – 61 S 100/87, GE 1988, 143; LG Berlin v.

- der Aufenthalt an einem anderen Ort, insbesondere im Ausland, für einen gewissen Zeitraum (z.B. zwei Jahre<sup>203</sup>), um die Kosten für eine doppelte Haushaltsführung vermindern zu können<sup>204</sup>, selbst wenn es sich um einen längeren Auslandsaufenthalt handelt<sup>205</sup>,
- bei nur sporadischer Nutzung die Aufnahme eines Dritten, um Einbrüche zu verhindern<sup>206</sup>.

**Kein berechtigtes Interesse** begründen regelmäßig folgende Umstände:

- Abwesenheit des Mieters während eines längeren Urlaubs verbunden mit dem Wunsch, wirtschaftliche Vorteile durch eine Untervermietung zu erzielen<sup>207</sup>,
- wenn der Mieter am Ort der Wohnung eine zweite Wohnung in nicht unerheblichem Umfang nutzt und der Untermieter nicht nur in der Wohnung des Mieters, sondern auch an zwei weiteren Orten wohnhaft ist<sup>208</sup>,
- Verlagerung des Wohnsitzes und des Lebensmittelpunktes an einen anderen Ort, ohne dass ein konkreter Rückkehrwille ersichtlich ist<sup>209</sup>,
- die bloße Gewinnerzielungsabsicht<sup>210</sup>,
- die beabsichtigte Nutzung der Wohnung zur gewerblichen Betreuung von bis zu fünf Kleinkindern<sup>211</sup>,
- die dauerhafte Aufnahme der eigenen Eltern<sup>212</sup>.

Einem berechtigten Interesse kann der Vermieter grundsätzlich **nur die in § 553 Abs. 1 S. 2 BGB genannten Umstände** (wichtiger Grund in der Person des Dritten, Überbelegung Unzumutbarkeit) **entgegenhalten**. Weder die Mög-

18.1.1991 – 67 S 184/90, GE 1991, 571; AG Aachen v. 2.11.1990 – 9 C 382/90, NJW-RR 1991, 1112; LG Hamburg v. 6.2.1989 – 16 T 150/88, WuM 1989, 510; AG Fürth v. 28.6.1990 – 1 C 712/90, WuM 1991, 32.

<sup>203</sup> BGH v. 11.6.2014 – VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998; LG Berlin v. 19.4.2018 – 66 S 281/17, IMR 2018, 456 (*Agatsy*).

<sup>204</sup> Vgl. aber BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 4/05, WuM 2006, 147 = ZMR 2006, 261; LG Berlin v. 4.12.2006 – 67 S 425/05, GE 2007, 783; LG Berlin v. 14.2.1994 – 67 S 297/93, MM 1994, 210 = NJW-RR 1994, 1289; a.A. LG Berlin v. 26.4.1982 – 61 S 34/82, MDR 1982, 850; LG Hamburg v. 8.1.1993 – 311 S 225/92, WuM 1994, 536.

<sup>205</sup> BGH v. 11.6.2014 – VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998; LG Berlin v. 10.4.2003 – 67 S 383/02, GE 2003, 880; LG Berlin v. 14.2.1994 – 67 S 297/93, NJW-RR 1994, 1289.

<sup>206</sup> LG Lüneburg v. 13.10.1994 – 4 S 71/94, WuM 1995, 705.

<sup>207</sup> LG Berlin v. 6.8.1996 – 64 S 249/96, WuM 1996, 762; zweifelhaft, sofern die wirtschaftlichen Vorteile nicht im Vordergrund stehen, siehe BGH v. 11.6.2014 – VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998.

<sup>208</sup> LG Berlin v. 9.4.2015 – 67 S 28/15, WuM 2015, 421 = GE 2015, 789.

<sup>209</sup> LG Berlin v. 8.2.2017 – 65 S 433/16, WuM 2017, 263 = GE 2017, 778.

<sup>210</sup> *Kandelhard* in Herrlein/Kandelhard, § 553 BGB Rz. 5.

<sup>211</sup> LG Berlin v. 24.10.2013 – 67 S 208/13, MM 2014, Heft 7+8, S. 38.

<sup>212</sup> BayObLG v. 6.10.1997 – 1Z REMiet 2/96, WuM 1997, 603.

lichkeit des Mieters, in eine kleinere Wohnung umzuziehen, noch die etwaige Verschlechterung der Bonität des Mieters im Verlaufe des Vertragsverhältnisses allein lösen keine Rechte des Vermieters aus, sondern allenfalls und erst dann, wenn der Mieter seiner Hauptleistungspflicht aus § 535 Abs. 2 BGB nicht mehr nachkommt<sup>213</sup>.

## 2. Geltendmachung gegenüber dem Vermieter

Im Prinzip muss der Mieter bei § 553 BGB das gleiche Verfahren durchlaufen wie bei § 540 BGB. Er kann also einen **konkreten Untermieter** präsentieren. Eine abstrakte Abfrage, ob der Vermieter generell eine Untervermietung erlaubt, ist selbst dann nicht beachtlich, wenn der Vermieter die Erlaubnis von vornherein abgelehnt hatte. Wichtig ist, dass die Zustimmung vorher eingeholt wird<sup>214</sup>.

Neben den Angaben zur Person des Dritten muss der Mieter sein **berechtigtes Interesse darlegen**. Dazu genügt die **nachvollziehbare Darlegung** vernünftiger Gründe für die Bildung einer Wohngemeinschaft oder einer ähnlichen Form des Zusammenlebens<sup>215</sup>. Insoweit werden nicht die gleichen Anforderungen gestellt wie bei § 573 Abs. 3 BGB an die Darstellung des berechtigten Interesses des Vermieters. Dies macht schon das Fehlen einer Formbestimmung deutlich. Deshalb reicht es zunächst aus, die Gründe mündlich vorzutragen (was aber möglicherweise Probleme auf der Beweisebene verursacht). Jedenfalls kann der Vermieter seine **Zustimmung** nicht davon abhängig machen, dass der Mieter Beweise vorlegt (z.B. Leistungsbescheid wegen der Angabe, aufgrund zu hoher Wohnkosten sich die Wohnung nicht mehr alleine leisten zu können<sup>216</sup>).

**Inhaltlich** muss der Mieter die Gründe so mitteilen, dass der Vermieter das berechnete Interesse erkennen und würdigen kann. Dazu reicht es nicht aus, den Wunsch als solchen mitzuteilen, sondern es müssen auch die Motive, die zu der Entscheidung geführt haben, offengelegt werden. Dies kann aber auch

---

<sup>213</sup> LG Berlin v. 10.1.2018 - 65 S 202/17, WuM 2018, 362 = GE 2018, 515.

<sup>214</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, WuM 2003, 688.

<sup>215</sup> BGH v. 3.10.1984 – VIII ARZ 2/84, BGHZ 92, 213, 218 f. = MDR 1985, 401 = FamRZ 1985, 42; LG Berlin v. 11.4.2018 – 66 S 275/17, WuM 2018, 360.

<sup>216</sup> LG Berlin v. 11.4.2018 – 66 S 275/17, WuM 2018, 360.

schlagwortartig geschehen („... Lebensgemeinschaft gründen ...“). Der Vermieter kann während der Überlegungsfrist nachfragen, wenn er mehr wissen will.

Die **Angaben** des Mieters müssen der **Wahrheit** entsprechen<sup>217</sup>. Wird der Vermieter über den Umfang und die Dauer der Untervermietung getäuscht, ist mindestens eine ordentliche Kündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gerechtfertigt. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Mieter nach Zugang des Kündigungsschreibens die Untervermietung beendet hatte<sup>218</sup>.

### 3. Wegfall des berechtigten Interesses

Der Wegfall des berechtigten Interesses führt **nicht automatisch zum Erlöschen** der Erlaubnis, wenn dies nicht im Vertrag oder bei Erlaubniserteilung ausdrücklich vorgesehen wurde. Vielmehr kann die Erlaubnis nur widerrufen werden, wenn sie nicht automatisch z.B. wegen des Bezugs zu einem konkreten Untermieter erlischt.

### 4. Entstehung nach Vertragsschluss

Das notwendige berechnigte Interesse des Mieters muss nach Abschluss des Mietvertrags entstanden sein. Damit ist auf den Vertragsschluss abzustellen, also den Zeitpunkt der Einigung. Ob bereits eine Übergabe i.S.v. § 535 BGB stattgefunden hat, ist unerheblich. Der **Zweck** der zeitliche Einschränkung des Anspruchs besteht darin zu verhindern, dass der Mieter, der einen - zumindest latent - vorhandenen Wunsch zur Überlassung eines Teils des Wohnraums mit Dritten bei Vertragsabschluss verschweigt, die durch den Vertrag gesetzten Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs unter Berufung auf eine zu gestattende Untervermietung unterläuft<sup>219</sup>.

Die Lösung von **Abgrenzungsproblemen** muss mit Blick auf den Zweck des Tatbestandsmerkmals gefunden werden. Deshalb kommt es z.B. nicht darauf an, ob der Mieter bei einer bei Vertragsschluss bereits bestehenden Beziehung zu einer anderen Person absehen konnte, welche Entwicklung sie nehmen wird. Maßgeblich ist, ob die Beziehung bei Abschluss des Vertrages in einer Intensität bestand, die bereits als auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft

---

<sup>217</sup> LG Berlin v. 11.4.2018 – 66 S 275/17, WuM 2018, 360.

<sup>218</sup> LG Berlin v. 23.6.1998 – 64 S 45/98, ZMR 1998, 636 = NZM 1999, 71 = GE 1998, 1089.

<sup>219</sup> BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, MDR 2018, 397 = WuM 2018, 153 = ZMR 2018, 405.

anzusehen war. Eine bloß lockere Beziehung, die sich nach Vertragsschluss intensiviert und den Wunsch des Zusammenziehens hervorruft, erfüllt die Voraussetzungen des § 553 BGB. Dazu muss der **Mieter** konkrete und **nachprüf-bare Umstände darlegen**, die die spätere Entstehung des berechtigten Interesses belegen und die zeigen, dass sich die Situation bei Vertragsschluss von der späteren Situation deutlich abgrenzt<sup>220</sup>.

Ist der Mieter **nachträglich** in den Mietvertrag z.B. nach **§§ 563 Abs. 1 oder 2, 564 BGB** oder durch **Vereinbarung** eingetreten, ist auf den Abschluss des Mietvertrages, sondern auf den Zeitpunkt des Eintritts abzustellen<sup>221</sup>. Bei der vertraglichen Übernahme des Mietvertrages durch einen Dritten (**Mieterwechsel**) kann nichts andere gelten. Bei der Aufnahme eines weiteren Mieters, der sodann ein berechtigtes Interesse reklamiert, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der neue Mieter in den Vertrag eintritt.

## V. Unzumutbarkeit der Erlaubniserteilung

Das berechtigte Interesse des Mieters tritt zurück, wenn die beabsichtigte Gebrauchsüberlassung für den Vermieter **unzumutbar** wäre<sup>222</sup>. Dazu zählt § 553 Abs. 1 S. 2 BGB zwei Regelbeispiele und einen Auffangtatbestand auf.

### 1. Wichtiger Grund in der Person des Dritten

Das Vorliegen eines **wichtigen Grundes** in der Person des Dritten beurteilt sich nach den gleichen Anforderungen wie bei § 540 BGB, wobei es immer darauf ankommt, dass eine für das Wohnraummietverhältnis bestimmte Situation gegeben sein muss. Eine dafür ausreichende Konstellation wird bei der Vermietung einer **Genossenschaftswohnung** nicht durch die fehlende Mitgliedschaft des Untermieters gebildet<sup>223</sup>. Maßgeblich ist allein, dass der Dritte innerhalb der vereinbarten Wohnraumnutzung in der Mietsache agieren soll. Allerdings kann die **Verletzung der Meldepflicht** durch bisherige Untermieter einen wichtigen Grund gegenüber einem weiteren Untermieter begründen<sup>224</sup>. Zur Überprüfung

<sup>220</sup> Blank/Börstinghaus, § 553 BGB Rz. 10.

<sup>221</sup> BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, MDR 2018, 397 = WuM 2018, 153 = ZMR 2018, 405.

<sup>222</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, ZMR 2004, 100; BGH v. 3.10.1984 – VIII ARZ 2/84, MDR 1985, 401 = FamRZ 1985, 42 = NJW 1985, 130.

<sup>223</sup> LG Köln v. 8.11.2012 – 1 S 7/12, WuM 2016, 661; AG Neukölln v. 26.6.2014 – 3 C 54/14, MM 2015, Heft 1+2, S. 38.

<sup>224</sup> AG Tempelhof-Kreuzberg v. 29.8.2016 – 7 C 161/15, WuM 2016, 623.

reicht es aus, wenn der Dritte namentlich benannt und die Personalien durch die Vorlage eines amtlichen und mit Lichtbild versehenen Dokuments (z.B. vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge [BAMF] ausgestellte Aufenthaltsgenehmigung) belegt werden<sup>225</sup>.

## 2. Überbelegung

Die Überbelegung der Wohnung kann sich an den Vorgaben des **Wohnungsaufsichtsgesetzes** des jeweiligen Bundeslandes orientieren. Insoweit ist es unerheblich, ob die Überschreitung der Orientierungswerte durch Zuzug oder Geburt von Familienangehörigen überschritten werden<sup>226</sup>. Maßgeblich ist vielmehr, ob mit der Überbelegung tatsächlich eine **übermäßige Abnutzung** verbunden ist. Deshalb kann der Vermieter nicht allein deshalb widersprechen, weil die Wohnung z.B. durch Zuzug von Kindern des Mieters in erheblichem Umfang überbelegt ist. Vielmehr müssen auch den Vermieter beeinträchtigende Auswirkungen festgestellt werden können<sup>227</sup>. Dazu reicht die bloße stärkere Belegung nicht aus<sup>228</sup>.

Die Rechtsprechung zur fristlosen und fristgerechten Kündigung kann uneingeschränkt auf das Tatbestandsmerkmal übertragen werden. Deshalb kann der Vermieter die Erlaubnis nicht allein deshalb versagen, weil in der 78 qm großen Wohnung insgesamt sieben Personen wohnen würden<sup>229</sup>.

## 3. Sonstige Unzumutbarkeitsgründe

Weitere Umstände, die die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen sollen, müssen **den Regelbeispielen vergleichbar** sein, also erhebliche Belange des Vermieters berühren<sup>230</sup>. Das ist noch nicht der Fall, wenn der Vermieter die Wohnung **verkaufen** will. Ethische und sonstige **Moralanschauungen des Vermieters** sind grundsätzlich unbedeutend, solange er nicht selbst im Objekt wohnt oder bestimmte Moralvorstellungen sein Erscheinungsbild prägen (z.B.

---

<sup>225</sup> LG Berlin v. 10.1.2018 – 65 S 202/17, WuM 2018, 362.

<sup>226</sup> AG Hanau v. 16.2.1996 – 34 C 1372/94, WuM 1997, 556.

<sup>227</sup> BGH v. 14.7.1993 – VIII ARZ 1/93, MDR 1993, 970 = WuM 1993, 529 = ZMR 1993, 508.

<sup>228</sup> LG Berlin v. 11.2.2019 – 64 S 104/18, WuM 2019, 373 = GE 2019, 601.

<sup>229</sup> LG Kempten v. 26.7.1995 – 5 S 1276/95, WuM 1997, 371 = NJW-RR 1996, 264; a.A. AG Zwickau v. 21.4.1995 – 4 C 0438/95, WuM 1996, 409.

<sup>230</sup> OLG Hamm v. 17.8.1982 – 4 REMiet 1/82, MDR 1983, 56 = FamRZ 1983, 273 = NJW 1982, 2876 (2880).

örtliche **katholische Kirchengemeinde** als Vermieter)<sup>231</sup>. Insoweit ist zwar auch zu berücksichtigen, dass die Wohnung letztlich der Ort ist, an dem der Mieter seine Persönlichkeit frei entfalten kann. Mindestens gleichwertige grundrechtlich geschützte Werte sind aber zu respektieren.

Die **verstärkte Abnutzung** durch den Zuzug des Dritten kann kein Argument sein, weil sie bei der Überbelegung relevant ist. Dies gilt erst recht, wenn die Wohnung durch die Aufnahme einer weiteren Person lediglich die vertraglich vorausgesetzte Abnutzung erfährt<sup>232</sup>.

## VI. Erhebung eines „Untermietzuschlages“

Die Erhebung eines **Untermietzuschlages** setzt nach § 553 Abs. 2 BGB voraus, dass dem Vermieter die Erlaubniserteilung nur bei einer angemessenen Erhöhung der Miete **zuzumuten** ist. Stimmt der Mieter der Festlegung des Zuschlages nicht zu, gilt die Erlaubnis des Vermieters als verweigert.

Eine **Unzumutbarkeit** ist gegeben, wenn dem Vermieter durch die Drittüberlassung entsprechende Nachteile erleidet<sup>233</sup>. Allein eine höhere Nutzung durch mehr Personen reicht dazu ebenso wenig wie eine sonstige höhere Nutzung. Vielmehr müssen sich derartige Umstände als **übermäßige und damit unzumutbare Belastung** des Vermieters zeigen, um eine Mieterhöhung zu rechtfertigen. Dafür müssen konkrete Umstände für messbare wirtschaftliche Nachteile vorgetragen und ggfs. bewiesen werden. Kein Kriterium für die Unzumutbarkeit ist die ortsübliche Vergleichsmiete bzw. die dazu bestehende Differenz. Auch die **Höhe eines Entgelts**, das der Mieter von dem Untermieter erhält, ist kein maßgebliches Kriterium für die Unzumutbarkeit<sup>234</sup>.

Der Vermieter hat grundsätzlich **keinen Anspruch auf die Mieterhöhung**, erst recht nicht bei unberechtigter Untervermietung<sup>235</sup>. Vielmehr setzt die Entste-

---

<sup>231</sup> A.A. OLG Hamm v. 23.10.1991 – 30 REMiet 1/91, MDR 1992, 156 = FamRZ 1992, 308 = ZMR 1992, 20.

<sup>232</sup> LG Berlin v. 11.2.2019 – 64 S 104/18, WuM 2019, 373 = GE 2019, 601; LG Stuttgart v. 2.4.2008 – 5 S 224/07, MietRB 2008, 229; *Börstinghaus*, GE 1996, 88 (90); a.A. LG München v. 28.7.1999 – 14 S 7728/99, WuM 1999, 575.

<sup>233</sup> LG Berlin v. 11.2.2019 – 64 S 104/18, WuM 2019, 373 = GE 2019, 601 m.w.N.

<sup>234</sup> LG Berlin v. 11.2.2019 – 64 S 104/18, WuM 2019, 373 = GE 2019, 601 m.w.N.

<sup>235</sup> BGH v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93, NJW 1996, 838 = ZMR 1996, 189 = MDR 1996, 461.

hung des „Zuschlages“ eine **Einigung** der Parteien voraus<sup>236</sup>. Das Angebot liegt regelmäßig in der Erteilung der Erlaubnis verbunden mit dem Begehren nach erhöhter Miete. Dieses muss der Mieter annehmen, was stillschweigend geschehen kann. Daraus entsteht eine Mieterhöhungsvereinbarung gemäß **§ 557 BGB**. Erklärt der Mieter die Zustimmung nicht, ist seine **Klage** auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung **abzuweisen**<sup>237</sup>.

Die Vereinbarung gilt fort, wenn die **Untermiete beendet** ist<sup>238</sup>, solange nicht z.B. eine auflösende Bedingung bestimmt wurde<sup>239</sup>. Inwieweit eine solche Abrede stillschweigend getroffen wurde, ist eine Frage des Einzelfalls. Allein aus der Bezeichnung „Untermietzuschlag“ kann dies nicht gefolgert werden<sup>240</sup>. Immerhin wird dieser „Zuschlag“ auch Teil der Miete, die gemäß § 558 BGB Grundlage der Mieterhöhungen wegen gestiegener ortsüblicher Vergleichsmiete wird. Allenfalls wenn in diesem Verfahren der „Zuschlag“ von den Parteien als Fremdkörper behandelt wird, indem der Zuschlag an der Erhöhung nicht teilnimmt, liegt ein Indiz für eine auflösende Bedingung vor.

Für die **Zulässigkeit des „Zuschlages“** kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter durch die Untervermietung zusätzlich belastet wird<sup>241</sup>, etwa durch erhöhte Betriebskosten oder eine höhere Abnutzung. Ebenso unbedeutend ist die Frage, ob sich durch die Untervermietung die Anzahl der die Wohnung nutzenden Personen erhöht<sup>242</sup>. **Maßgeblich** ist im Rahmen des § 553 Abs. 2 BGB – richtigerweise – allein, dass der Vermieter durch die Genehmigung zur Untervermietung z.B. einzelner Zimmer eine zusätzliche, am Markt regelmäßig gesondert vergütete Leistung erbringt<sup>243</sup>. Deshalb muss ermittelt werden, wie hoch

---

<sup>236</sup> LG Berlin v. 19.12.2018 – 66 S 29/18, WuM 2019, 85.

<sup>237</sup> LG Berlin v. 19.12.2018 – 66 S 29/18, WuM 2019, 85.

<sup>238</sup> AG Kiel v. 4.11.1983 – 16 C 317/83, WuM 1985, 262; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 553 BGB Rz. 16; *Sonnenschein*, PiG 23, 167, 182.

<sup>239</sup> Vgl. dazu *Börstinghaus*, GE 1996, 88 (90).

<sup>240</sup> A.A. *Blank/Börstinghaus*, § 553 BGB Rz. 17.

<sup>241</sup> A.A. LG Berlin v. 19.12.2018 – 66 S 29/18, WuM 2019, 85; *Kandelhard* in Herrlein/*Kandelhard*, § 553 BGB Rz. 7.

<sup>242</sup> LG Berlin v. 18.12.2003 – 67 S 277/03, MM 2004, 46; AG Neukölln v. 26.6.2014 – 3 C 54/14, MM 2015, Heft 1+2, S. 38.

<sup>243</sup> AG Hamburg v. 13.9.2007 – 49 C 95/07, ZMR 2008, 213; vgl. auch *Proppe*, ZMR 2008, 802; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 553 BGB Rz. 17; *Staudinger/Emmerich*, § 553 BGB Rz. 16.

die Miete am örtlichen Markt für Wohnungen ist, bei denen dem Mieter die Untervermietung (von vornherein) erlaubt ist<sup>244</sup>.

Der Maßstab des **§ 26 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 NMV** ist hier **nicht anwendbar**<sup>245</sup>. Die Vorschrift gilt unmittelbar nur für **preisgebundenen Wohnraum**. Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht. Es fehlt jedenfalls an einer Interessengleichheit. Die Kostenmiete wird anhand einer Wirtschaftlichkeitsberechnung ermittelt, die es dem Vermieter erlaubt, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen erforderliche Miete unabhängig vom Markt zu verlangen. Dagegen richtet sich die Miete auf dem hier relevanten Markt für nicht preisgebundenen Wohnungsbau nach den Kriterien Angebot und Nachfrage. Eine Korrektur über § 26 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 NMV würde ein dem freien Wohnungsmarkt fremdes Kostenelement einführen. Auch auf die ortsübliche Vergleichsmiete kommt es nicht an. Die Erhöhung der Miete wegen Genehmigung der Untervermietung nach § 553 Abs. 2 BGB ist **Entgelt für eine zusätzliche Leistung des Vermieters** und beruht daher auf einem anderen Rechtsgrund als eine Mieterhöhung nach § 558 BGB. Dessen Maßstab ist daher von vorneherein nicht anwendbar. Selbst wenn die aktuelle Miete über der ortsüblichen Miete für vergleichbare Wohnungen liegt, führt dies nicht dazu, dass dem Vermieter die Genehmigung zur weitergehenden Untervermietung auch ohne eine Erhöhung der Miete zumutbar ist. Damit würde nämlich außer Acht gelassen, dass die erhöhte Miete Gegenleistung für die **Einräumung des erweiterten Mietgebrauchs** ist und marktüblicherweise eine solche Erweiterung nur gegen eine Erhöhung der bereits gezahlten Miete – unabhängig von deren Höhe – gewährt wird. Bei einer Mieterhöhung gemäß § 558 BGB wird demgemäß ein etwaiger „Untermietzuschlag“ außer Betracht gelassen<sup>246</sup>; umgekehrt ist dementsprechend bei dessen Ermittlung die ortsübliche Vergleichsmiete nicht zu berücksichtigen.

Um den „**Zuschlag**“ bei preisfreiem Wohnraum durchzusetzen, muss der **Vermieter** zunächst eine Erweiterung des Gebrauchs vortragen und sodann **darlegen und beweisen**, dass für eine derartige Leistung am Markt eine höhere

---

<sup>244</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, § 553 BGB Rz. 17 m.w.N.

<sup>245</sup> LG Berlin v. 19.12.2018 – 66 S 29/18, WuM 2019, 85; A.A. *Lammel*, § 553 BGB Rz. 25.

<sup>246</sup> BayObLG v. 25.3.1986 – REMiet 4/85, WuM 1986, 205.

Miete gezahlt wird<sup>247</sup>. Die Gegenmeinung<sup>248</sup> orientiert sich daran, ob sich eine zusätzliche Abnutzung oder erhöhte Betriebskosten ergeben und sieht als Grundlage der Erhöhung § 315 BGB. Die Gegenmeinung verkennt jedoch, dass die Entstehung erhöhter Betriebskosten in der Regel zu einer Mieterhöhung (in Form erhöhter Betriebskosten) führt, und vom Vermieter bei jeder Mietstruktur nach den gesetzlichen Bestimmungen umgesetzt werden kann. Damit wäre aber § 553 Abs. 2 BGB inhaltsleer wäre. Umso mehr kann auch nicht auf eine zusätzliche Abnutzung abgestellt werden. Denn dafür müsste die Wohnung gerade nicht für die beabsichtigte Personenzahl vorgesehen sein. Dann würde aber auch z.B. bei Zuzug der Ehefrau eine Überbelegung eintreten können, obwohl diese nicht Dritte ist. Beim **Auswechseln des Lebensgefährten** oder sonstigen Dritten tritt keine Erweiterung des Gberauchs ein<sup>249</sup>. Muss daher auf die Marktverhältnisse abgestellt werden, kann der Zuschlag in **angemessener Höhe vereinbart werden**. Insoweit wird allgemein davon ausgegangen, dass **20 % der Untermiete** in der Regel noch innerhalb dieser Grenze liegen<sup>250</sup>.

Im **preisgebundenen Wohnraum** kann der Vermieter einen Zuschlag nach § 26 Abs. 3 NMV verlangen. Er beträgt der Höhe nach 2,50 € bei der Untervermietung an eine Person und 5,00 € bei der Untervermietung mehr als zwei Personen. Der Zuschlag entsteht durch Vereinbarung<sup>251</sup> oder nach § 10 Abs. 1 WoBindG.

## C. Aktuelles Mietrecht

### 1 Mietvertrag

#### 1.1 Vermittlung des Maklers für den Vormieter

Nach § 2 Abs. 1a WoVermittG darf der Wohnungsvermittler vom Wohnungssuchenden für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume kein Entgelt fordern, sich verspre-

---

<sup>247</sup> Staudinger/*Emmerich*, § 553 BGB Rz. 16; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 553 BGB Rz. 19; *Pauly*, WuM 2008, 320.

<sup>248</sup> LG Berlin v. 19.12.2018 – 66 S 29/18, WuM 2019, 85; MünchKomm/*Bieber*, § 553 BGB Rz. 11; Palandt/*Weidenkaff*, § 553 BGB Rz. Rz. 6.

<sup>249</sup> AG Hamburg v. 11.10.2017 – 48 C 28/17, ZMR 2018, 53.

<sup>250</sup> AnwKomm/*Hinz*, § 553 BGB Rz. 19; *Blank/Börstinghaus*, § 553 BGB m.w.N.

<sup>251</sup> LG Mannheim v. 5.3.1997 - 4 S 182/96, WuM 1997, 263.

chen lassen oder annehmen, es sei denn, der Wohnungsvermittler holt ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag ein, die Wohnung anzubieten. Nach § 6 Abs. 1 WoVermittG darf der Wohnungsvermittler Wohnräume nur anbieten, wenn er dazu einen Auftrag von dem Vermieter oder einem anderen Berechtigten hat.

Auch der Vormieter kann ein solcher Berechtigter sein<sup>252</sup>. Denn der Vormieter hat von dem Vermieter die Erlaubnis bekommen, sich selbst um einen Nachmieter zu kümmern. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Vermieterin es dem Vormieter in diesem Zusammenhang untersagt hat, bei der Suche nach einem Nachmieter weitere Personen wie insbesondere Makler einzuschalten. Damit war der Vormieter berechtigt, den mit ihm befreundeten Zeugen V. um die Vermittlung der Wohnung zu bitten, und war dieser berechtigt, dem Nachmieter auf dessen Anfrage zu gestatten, die Wohnung der Beklagten anzubieten. Der Makler hat damit den Auftrag, die Wohnung anzubieten, von einem im Sinne des § 2 Abs. 1a WoVermittG Berechtigten eingeholt. Für einen solchen Auftrag genügt jede ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder mündlich erklärte Zustimmung des Berechtigten zur Vermittlung der betreffenden Wohnung durch einen bestimmten Makler<sup>253</sup>.

Dem Vergütungsanspruch des Maklers steht nicht entgegen, dass der Makler den Auftrag zum Angebot der Wohnung nicht i.S.v. § 2 Abs. 1a HS 1 WoVermittG ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden eingeholt habe.

Nach § 2 Abs. 1a HS 1 WoVermittG darf der Wohnungsvermittler vom Wohnungssuchenden für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Mietvertrags über Wohnräume nur dann ein Entgelt fordern, wenn der Wohnungsvermittler den Auftrag vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten ausschließlich zu dem Zweck eingeholt hat, dem Wohnungssuchenden die Wohnung anzubieten. Diese Regelung dient der Durchsetzung eines materiell verstandenen "Bestellerprinzips"<sup>254</sup>. Der Wohnungssu-

---

<sup>252</sup> BGH v. 14.3.2019 – I ZR 134/18, GE 2019, 1107.

<sup>253</sup> vgl. Begr. des Reg-Entwurfs des Mietrechtsnovellierungsgesetzes, BT-Drucks. 18/3121, S. 36; D. Fischer, WuM 2016, 391, 395 f. m.w.N.

<sup>254</sup> vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

chende soll nur dann "Besteller" sein, wenn der Vermittler sich für ihn auf die Suche begibt und die Wohnung ausschließlich für ihn und in seinem Interesse sucht<sup>255</sup>. Das Kriterium der Ausschließlichkeit der Vermittlertätigkeit für die Interessen des Wohnungssuchenden ist danach für die Grenzziehung zwischen einer Provisionsverpflichtung des Vermieters einerseits und des Wohnungssuchenden andererseits entscheidend<sup>256</sup>. Es kann offenbleiben, ob nach diesem Ausschließlichkeitsprinzip der Wohnungsvermittler in Fällen der Mehrfachbeauftragung oder der Vorbefassung, in denen er den Auftrag des Vermieters zum Angebot der Wohnräume nicht ausschließlich im Interesse des Wohnungssuchenden eingeholt hat, mit dem der Vermieter anschließend den Mietvertrag geschlossen hat, kein Entgelt fordern darf<sup>257</sup>. Jedenfalls in Fällen, in denen der Wohnungsvermittler den Auftrag zum Angebot der Wohnung im Interesse und auf Initiative eines einzigen Wohnungssuchenden eingeholt hat, mit dem der Vermieter anschließend den Mietvertrag geschlossen hat, ist der Wohnungsvermittler i.S.v. § 2 Abs. 1a HS 1 WoVermittG ausschließlich im Interesse dieses Wohnungssuchenden tätig geworden.

## 1.2 Geschäftsführer als Mieter

Die Parteien eines Mietvertrages werden allein durch den zwischen ihnen geschlossenen Mietvertrag bestimmt<sup>258</sup>. Wer Vertragspartei geworden ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei die Angaben im Vertragsrubrum vorrangig sind<sup>259</sup>.

Für die Stellung als Vertragspartner ist entscheidend, wer als Mieter im Mietvertrag aufgeführt ist und den Mietvertrag unterschrieben hat. Daran ändert sich nichts dadurch, dass der Unterschriftszeile der Stempelaufdruck einer Firma beigefügt ist. Daraus folgt nicht zwingend, dass der Vertragsschließende den Vertrag ausschließlich im Namen der Gesellschaft geschlossen hat<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 17.

<sup>256</sup> vgl. *Magnus/Wais*, JZ 2016, 183 (185).

<sup>257</sup> vgl. BVerfGE 142, 268 Rz. 76 bis 82.

<sup>258</sup> *Emmerich* in: Bub/Treier/Drettmann, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., II Rz, 464.

<sup>259</sup> vgl. KG v. 20.12.2012 - 12 U 139/11, Rz. 23 nach juris.

<sup>260</sup> vgl. KG v. 18.04.2002 - 8 U 33/01, GE 2002,857, Rz. 2; KG v. 3.7.2003 - 8 U 167/02, KGR 2004,237.

Im Rubrum des schriftlichen Mietvertrages ist auf Mieterseite "M... To..., Prokurist und Gesellschafter der ... GmbH" sowie "H..., Geschäftsführer von ... GmbH" aufgeführt. Weiter ist hinzugefügt: "- beide nachfolgend Mieter -".

Diese Bezeichnung spricht eindeutig dafür, dass beide Beklagten persönlich Mieter werden sollten. Der Hinweis auf ihre Stellung als Prokurist und Gesellschafter bzw. Geschäftsführer der ... GmbH ist nur dahin zu verstehen, dass die Räume - was zwischen den Parteien unstreitig ist - für die GmbH genutzt werden sollten. Dies ändert aber nichts daran, dass nach dem - für die Parteienstellung maßgeblichen - Rubrum beide Beklagten persönlich Mieter geworden sind.

Beide Beklagten haben den Mietvertrag auch auf den für die Mieterseite vorgesehenen Unterschriftenzeilen unterzeichnet. Hier sind beide Beklagten persönlich als Mieter angegeben und im Übrigen ohne Zusätze ihrer Funktionen bei der ... GmbH. Der Kläger weist in der Berufung zudem zu Recht darauf hin, dass der Beklagte zu 2) die Unterschrift ohne den Zusatz "ppa." geleistet hat, obwohl er selbst im E-Mail-Verkehr diesen Zusatz stets seinem Namen beigelegt hat (vgl. E-Mail vom 12.01.2016, Anlage B 2). Zwar ist dies für sich genommen nur ein schwaches Indiz für die Vertragsstellung des Beklagten zu 2) persönlich. Jedoch fügt sie sich bei der Gesamtwürdigung in die vom Senat getroffenen Feststellungen ein. Der Beklagte zu 2) konnte bei seiner Anhörung vor dem Senat auch keine plausible Erklärung dafür bieten, warum hier dieser Zusatz nicht verwendet worden ist.

Soweit sich unter den Unterschriftenzeilen der Mieter der Stempelaufdruck der ... GmbH befindet, ändert dies an der vorgenommenen Würdigung nichts<sup>261</sup>, ist dies doch nur ein Hinweis auf den Nutzer der angemieteten Gewerberäume.

Die Anlage 1 zum Mietvertrag ist überschrieben mit "Anlage 1 zum Gewerbemietvertrag Dr. A. D... /M... To... und H...J... " und von beiden Beklagten auf Mieterseite unterzeichnet. Hierdurch ist die Mieterstellung beider Beklagten persönlich hinreichend und deutlich dokumentiert.

---

<sup>261</sup> vgl. KG v. 4.2.2019 – 8 U 109/19, MDR 2019, 544 = GE 2019, 384.

### 1.3 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 kann<sup>262</sup>. 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 ihres Abschlussgehilfen<sup>263</sup> in die Verhandlungen eingebracht und ihre Verwendung zum Vertragsschluss verlangt wird<sup>264</sup>.

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 mitzubringen<sup>265</sup>. 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 Formularklausel 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 verwenden<sup>266</sup>. Dafür, dass bei den Mietern, die den Mietvertrag privat abgeschlossen haben, eine derartige Absicht bestanden hätte, sind Anhaltspunkte jedoch nicht ersichtlich.

---

<sup>262</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 15 f.

<sup>263</sup> vgl. BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 26/14, NJW-RR 2015, 738 Rz. 14.

<sup>264</sup> 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.

<sup>265</sup> BGH v. 8.5.2018 - VIII ZR 200/17, MDR 2018, 855 = WuM 2018, 437 = GE 2018, 820.

<sup>266</sup> 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.

## 2 vertragsgemäßer Gebrauch

### 2.1 Rechte des Mieters an den Verkehrsflächen

Entsprechend dem Sinn und Zweck des Besitzschutzes umfasst der Besitz nur den Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft, weswegen eine abzuwehrende Besitzstörung voraussetzt, dass in die tatsächliche Sachherrschaft eingegriffen worden ist, der Besitzer also im Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird<sup>267</sup>.

Ein Eingriff in die tatsächliche Sachherrschaft des Mieters am exklusiv überlassenen Mietobjekt findet aber nicht dadurch statt, dass durch Baumaßnahmen des Vermieters eine Teilfläche der Verkehrsfläche auf demselben Grundstück in Anspruch genommen wird. Im Einzelfall kann zwar eine Besitzstörung darin liegen, dass der Zugang des Besitzers zu den Räumen in seinem Besitz erschwert oder vereitelt wird. Ein solcher Sachverhalt liegt hier aber nicht vor, weil auch nach Inanspruchnahme der Teilfläche der Verkehrsfläche auf dem Grundstück der Zugang zum Mietobjekt als solcher nicht beeinträchtigt wird<sup>268</sup>.

Es geht hier vielmehr um die Frage, ob die Nutzung des Mietobjektes durch den Mieter dadurch beeinträchtigt wird, dass der Zugang zu den Rampen des Mietobjektes mit bestimmten Fahrzeugen beeinträchtigt oder vereitelt wird, während der bloße Zugang zum Mietobjekt nicht gefährdet ist. Durch die Inanspruchnahme der Teilfläche der Verkehrsfläche auf dem Grundstück könnte deshalb der vertragliche Anspruch des Mieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB auf Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauches beeinträchtigt sein, nicht aber der Besitz am Mietobjekt.

Der vom Mieter geltend gemachte Unterlassungsanspruch könnte sich allein aus dem Herstellungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben. Voraussetzung für das Bestehen des Unterlassungsanspruches aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB wäre, dass durch die Handlungen, welche im Antrag untersagt werden sollen, der vertragsgemäße Gebrauch des Mietobjektes durch den Vermieter beeinträchtigt wäre.

---

<sup>267</sup> vgl. BGH v. 6.5.2009 - XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947.

<sup>268</sup> OLG Dresden v. 17.6.2019 – 5 U 880/19, MDR 2019, 1244.

Soweit der Mieter geltend macht, der vom Vermieter beabsichtigte Neubau einer Halle auf dem Nachbargrundstück, verbunden mit der Inanspruchnahme von Teilen der Verkehrsfläche des Mietgrundstückes führe dazu, dass er mit den regelmäßig verwendeten Lkw's die Rampen zum Mietobjekt nicht mehr anfahren könne, hat er diese Behauptung nicht glaubhaft gemacht. Nach seinem eigenen Sachvortrag wäre eine solche Zufahrt unter Berücksichtigung des Standortes des Hallenneubaues weiterhin möglich, während es zu Problemen beim Rangiervorgang in der Zeit käme, in welcher während der akuten Bauphase der Bauzaun aufgestellt wäre. Dafür muss dann eine vorübergehende Lösung geschaffen werden.

## 2.2 Musizieren

Gemäß § 906 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks von einem anderen Grundstück ausgehende Immissionen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nur unwesentlich beeinträchtigt. Ob Geräuschimmissionen wesentlich sind oder nicht, beurteilt sich nach dem Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen und danach, was ihm unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange zuzumuten ist. Die Grenze der im Einzelfall zumutbaren Lärmbelästigung kann nicht mathematisch exakt, sondern nur auf Grund wertender Beurteilung festgesetzt werden. Dabei sind wesentliche Immissionen identisch mit erheblichen Belästigungen i.S. des § 3 Abs. 1 BImSchG<sup>269</sup>.

Da es auf das Empfinden eines „verständigen“ Durchschnittsmenschen ankommt und das, was ihm unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange zuzumuten ist, wird die von dem Musizieren ausgehende Geräuscheinwirkung nicht allein dadurch zu einer wesentlichen Beeinträchtigung, dass sie auf dem Nachbargrundstück „als schwache Zimmerlautstärke“ zu hören ist. Ebenso wenig wird eine Einwirkung dadurch wesentlich, dass sie sich durch nachträgliche Schallschutzmaßnahmen an dem Haus, von dem die Störung ausgeht, verringern ließe; denn § 906 BGB bezieht sich auf das Grundstück in seiner konkreten Beschaffenheit<sup>270</sup>. Weil viele der üblichen Beschäftigungen und Tätigkeiten im häuslichen Rahmen mit Geräuschen verbunden sind und

---

<sup>269</sup> BGH v. 26.9.2003 - V ZR 41/03, NJW 2003, 3699, st. Rspr.

<sup>270</sup> BGH v. 26.10.2018 – V ZR 143/17, NZM 2019, 86.

deren Vernehmlichkeit auf dem Nachbargrundstück besonders bei geschlossener Bauweise und unzureichendem Schallschutz unvermeidlich ist, kann völlige Stille nicht beansprucht werden; gerade Blasinstrumente sind unter solchen Wohnbedingungen für die direkten Nachbarn in aller Regel zu hören<sup>271</sup>. Der Anspruch gemäß § 1004 i.V.m. § 906 BGB ist schon deshalb nicht auf die Vornahme von Schallschutzmaßnahmen gerichtet, weil die Art der Störungsbeseitigung dem Störer überlassen ist<sup>272</sup>. Verbessert der musizierende Nachbar den Schallschutz seines Hauses, kann dies allerdings dazu führen, dass er mehr (oder sogar uneingeschränkt) musizieren darf.

Da das häusliche Musizieren einschließlich des dazugehörigen Übens zu den sozialadäquaten und üblichen Formen der Freizeitbeschäftigung gehört<sup>273</sup>, sind daraus herrührende Geräuscheinwirkungen jedenfalls in gewissen Grenzen zumutbar und in diesem Rahmen als unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks i.S.v. § 906 Abs. 1 BGB anzusehen. Das Musizieren ist auch nicht allein deshalb einzuschränken, weil es von einem Berufsmusiker ausgeht<sup>274</sup>. Ein Berufsmusiker, der sein Instrument im häuslichen Bereich spielt, hat insoweit nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte als ein Hobbymusiker und umgekehrt<sup>275</sup>. Schließlich ist das nebenan hörbare Musizieren nicht deshalb einzuschränken, weil es zum persönlichen Vergnügen erfolgt<sup>276</sup>. Im Gegenteil ist es gerade deshalb in gewissen Grenzen hinzunehmen, weil es einen wesentlichen Teil des Lebensinhalts bilden und von erheblicher Bedeutung für die Lebensfreude und das Gefühlsleben sein kann; es gehört - wie viele andere übliche Freizeitbeschäftigungen - zu der grundrechtlich geschützten freien Entfaltung der Persönlichkeit<sup>277</sup>. Andererseits soll auch dem Nachbarn die eigene Wohnung die Möglichkeit zur Entspannung und Erholung und zu häuslicher Arbeit eröffnen, mithin auch die dazu jeweils notwendige, von Umweltgeräuschen möglichst ungestörte Ruhe bieten<sup>278</sup>. Ein Ausgleich der widerstreitenden nach-

---

<sup>271</sup> vgl. für das Akkordeonspiel LG Kleve, DWW 1992, 26 (27).

<sup>272</sup> st. Rspr., vgl. BGH v. 22.10.1976 - V ZR 36/75, BGHZ 67, 252 (253) m.w.N.

<sup>273</sup> vgl. BGH v. 10.9.1998 - V ZB 11/98, BGHZ 139, 288 (293 f.).

<sup>274</sup> so aber Staudinger/Roth, [2016], § 906 BGB Rz. 159.

<sup>275</sup> zutreffend BeckÖGK/Klimke, [1. Februar 2018], § 906 BGB Rz. 245.

<sup>276</sup> so aber Staudinger/Roth, [2016], § 906 BGB Rz. 159

<sup>277</sup> BGH v. 26.10.2018 – V ZR 143/17, NZM 2019, 86.

<sup>278</sup> vgl. zum Ganzen OLG Hamm, NJW-RR 1986, 500 (501).

barlichen Interessen kann daher im Ergebnis nur durch eine trichterlich vorgegebene zeitliche Begrenzung herbeigeführt werden<sup>279</sup>.

Eine andere Beurteilung ist hier nicht deshalb angezeigt, weil der Nachbar im Dachgeschoss Trompete spielen könnte. Dass sich Geräuscheinwirkungen durch die Nutzung von Nebenräumen wie einem Dachgeschoss- oder Kellerraum verhindern oder verringern lassen, rechtfertigt es nämlich nicht, dem Nachbarn das Musizieren in den Haupträumen seines Hauses gänzlich zu untersagen; da das häusliche Musizieren als Bestandteil des täglichen Lebens anzusehen ist, kann es aus den zentralen Räumen der Wohnung, die regelmäßig den Lebensmittelpunkt darstellen, nicht vollständig ferngehalten werden. Besteht die Möglichkeit, Nebenräume wie ein Dachgeschoss- oder Kellerraum zu nutzen, kann dies ggf. engere zeitliche Grenzen der Musikausübung in den Haupträumen rechtfertigen, nicht jedoch deren Ausschluss<sup>280</sup>.

### **2.3 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 bedienen<sup>281</sup>.

### **2.4 Telefonanschluss in der Wohnung**

Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Kommt er diesen Ver-

---

<sup>279</sup> vgl. zu einer auf das Rauchen auf übereinanderliegenden Balkonen bezogenen zeitlichen Gebrauchsregelung BGH v. 16.1.2015 - V ZR 110/14, NJW 2015, 2023 Rz. 16 ff.

<sup>280</sup> BGH v. 26.10.2018 – V ZR 143/17, NZM 2019, 86.

<sup>281</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 188/16, WuM 2018, 710 = GE 2018, 1393 = NZM 2018, 900.

pflichtungen nicht nach, hat der Mieter einen entsprechenden Erfüllungsanspruch.

Der Umfang der Pflicht des Vermieters zur Gebrauchserhaltung richtet sich danach, was die Parteien als vertragsgemäß vereinbart haben. Fehlt es an einer Vereinbarung, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand i.S.d. § 535 Abs. 1 BGB nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - gegebenenfalls ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben bestimmt<sup>282</sup>.

Nach der allgemeinen Verkehrsanschauung kann der Mieter einer Wohnung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der der üblichen Ausstattung vergleichbarer Wohnungen entspricht. Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete sowie eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen<sup>283</sup>.

Gemessen daran umfasst der vertragsgemäße Gebrauch regelmäßig die Überlassung und hiermit korrespondierend auch die Instandhaltung einer funktionsfähigen Telefonanschlusseinrichtung<sup>284</sup>.

Es kann dahinstehen, ob ein funktionierender Telefonanschluss mangels einer gegenteiligen Vereinbarung vom Vermieter schon unter dem Gesichtspunkt eines nach der Verkehrsanschauung jedenfalls geschuldeten Mindeststandards zeitgemäßer Wohnnutzung geschuldet ist, wie der BGH dies in der Vergangenheit für die Stromversorgung einer Wohnung angenommen hat, die mangels abweichender Vereinbarung eines unter dem Mindeststandard liegenden Wohnungszustands jedenfalls den gleichzeitigen Betrieb einer Waschmaschine und eines weiteren elektrischen Geräts ermöglichen müsse<sup>285</sup>. Jedenfalls dann, wenn die Wohnung mit einer sichtbaren Telefonanschlusdose ausgestattet ist, umfasst der zumindest im Wege ergänzender Auslegung zu ermittelnde vertragsgemäße Zustand einen (auch funktionsfähigen) Telefonanschluss. Dazu

---

<sup>282</sup> vgl. BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 23.

<sup>283</sup> st. Rspr.: BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 85/09, NJW 2010, 3088 Rz. 13; BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174 unter [II] A 1 b bb.

<sup>284</sup> BGH v. 5.12.2018 – VIII ZR 17/18, WuM 2019, 23 = GE 2019, 53.

<sup>285</sup> BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174 unter [II] A 2 b.

gehört - selbstverständlich - die Möglichkeit des Mieters, diesen Anschluss nach Abschluss eines Vertrages mit einem Telekommunikationsanbieter ohne Weiteres nutzen zu können, das heißt ohne zuerst noch Verkabelungsarbeiten von dem Anschluss in der Wohnung bis zu einem gegebenenfalls im Keller des Mehrfamilienhauses liegenden Hausanschlusspunkt (APL) vornehmen zu müssen.

Die nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB durch den Mietvertrag entstehende Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren, gestaltet § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zum einen dahin aus, dass der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen hat (Überlassungspflicht). Zum anderen trifft den Vermieter danach auf Dauer die Verpflichtung, die Mietsache während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (Erhaltungspflicht), was zugleich die Pflicht beinhaltet, eine nach der Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen<sup>286</sup>.

Die teilweise in der Instanzrechtsprechung vertretene Auffassung<sup>287</sup>, bei einem späteren Defekt des Anschlusskabels eines mitvermieteten Telefonanschlusses treffe den Vermieter nicht die Pflicht zur Reparatur, sondern habe dieser lediglich entsprechende Arbeiten des Mieters zu dulden, ist mit der gesetzlichen Regelung der Gebrauchsgewährungs- und -erhaltungspflicht des Vermieters in § 535 Abs. 1 BGB unvereinbar<sup>288</sup>. Im Übrigen würde es, was das Berufungsgericht gleichfalls verkannt hat, auch dem Interesse des Vermieters selbst widersprechen, die Gebrauchserhaltungspflicht für das Verbindungskabel zwischen der in der Wohnung des Mieters befindlichen Telefonanschlussdose und dem Hausanschluss im Keller dem Mieter aufzuerlegen. Denn in einem Mehrparteienhaus müsste dann jeder Mieter Arbeiten zur Verbindung der in seiner Wohnung befindlichen Telefonanschlussdose mit dem Hausanschluss im Keller

---

<sup>286</sup> BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 36; BGH v. 19.11.2014- VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rz. 25 m.w.N.; BGH v. 3.4.2003 - IX ZR 163/02, NZM 2003, 472 unter II 2.

<sup>287</sup> AG Neukölln v. 2.3.2011 - 5 C 340/10, juris Rz. 27 f.; LG Göttingen v. 11.12.2013 - 5 S 53/12, juris Rz. 26; LG Berlin v. 12.9.2014 - 63 S 151/14, juris Rz. 8; LG Essen v. 21.7.2016 - 10 S 43/16, juris Rz. 5.

<sup>288</sup> BGH v. 5.12.2018 – VIII ZR 17/18, WuM 2019, 23 = GE 2019, 53.

durchführen oder durchführen lassen, was mit der Gefahr uneinheitlicher und nicht aufeinander abgestimmter Leitungsverläufe verbunden wäre. Insoweit kommt es für die Instandhaltungspflicht des Vermieters auch von vornherein nicht darauf an, ob und bejahendenfalls welche Ansprüche dem Mieter gegen ein Telekommunikationsunternehmen zustehen. Selbst wenn dem Mieter im Einzelfall im Hinblick auf die Verkabelung Ansprüche gegen Dritte zustünden, läge allenfalls ein Fall gesamtschuldnerischer Verpflichtung vor, bei der es dem Schuldner freisteht, welchen Gläubiger er in Anspruch nimmt.

Schließlich ist es auch unerheblich, dass sich die defekte Leitung außerhalb der vermieteten Räumlichkeiten befindet<sup>289</sup>. Denn die Instandhaltungspflicht des Vermieters beschränkt sich nicht nur auf das eigentliche Mietobjekt, sondern erstreckt sich auch auf die nicht ausdrücklich mitvermieteten Hausteile, die, wenn auch nur mittelbar, dem Mietgebrauch unterliegen<sup>290</sup>.

## 2.5 Konkurrenzschutz für Eisdielen?

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 schützen<sup>291</sup>. 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 Pizzeria<sup>292</sup>, zwischen einem Cafe mit Konditorei und einem italienischen Eissalon<sup>293</sup>, aber auch zwischen einer Kantine und einem Cafe mit Eisdielen<sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> BGH v. 5.12.2018 – VIII ZR 17/18, WuM 2019, 23 = GE 2019, 53.

<sup>290</sup> vgl. BGH v. 21.2.2018 - VIII ZR 255/16, NJW-RR 2018, 726 Rz. 20; BGH v. 19.10.1966 - VIII ZR 93/64, NJW 1967, 154 unter 2 a.

<sup>291</sup> vgl. nur BGH, NJW 2013, 44; BGH, NJW 2012, 844; Staudinger/*Emmerich*, 2018, §535 BGB Rz. 23 m.w.N.

<sup>292</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1997, 459.

<sup>293</sup> OLG Frankfurt, DB 1970, 46.

<sup>294</sup> 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.

Bereits diese Beispiele verdeutlichen, dass der Blick auf die Hauptartikel der beiden Mieter (Eisdiele 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 besteht<sup>295</sup>. Ein solches Konkurrenzverhältnis kann auch vorliegend nicht in Abrede gestellt werden<sup>296</sup>. 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 Eisdiele als auch das Bistro ein Angebot an Süßspeisen 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 Ergebnis<sup>297</sup>. Grundsätzlich haben die vertraglichen Abreden der Parteien zum Konkurrenzschutz Vorrang, da dieser durch ausdrückliche Bestimmungen sowohl erweitert, als auch eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden kann<sup>298</sup>. Dabei ist der konkrete Umfang durch Auslegung zu ermitteln, wobei die gesamten Umstände, insbesondere die zu Tage tretenden Interessen der Parteien zu berücksichtigen sind<sup>299</sup>. Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien durch die Nie-

---

<sup>295</sup> 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.

<sup>296</sup> OLG Koblenz v. 25.4.2018 – 5 U 1161/17, GE 2018, 996 = IMR 2018, 287 (*Hirsch*).

<sup>297</sup> OLG Koblenz v. 25.4.2018 – 5 U 1161/17, GE 2018, 996 = IMR 2018, 287 (*Hirsch*).

<sup>298</sup> vgl. nur Staudinger/*Emmerich*, 2018, § 535 BGB Rz. 23.

<sup>299</sup> vgl. nur BGHZ 195, 50 Rz. 20 ff.

derlegungen 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.

## **3 Miete**

### **3.1 Verfassungsmäßigkeit der Mietpreisbremse**

Das BVerfG hat die gegen die sog. Mietpreisbremse vorgebrachten Argumente geprüft und verworfen<sup>300</sup>. Danach verstoße die Regulierung der Miethöhe bei Mietbeginn durch § 556d Abs. 1 BGB weder gegen die Garantie des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG noch gegen die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG noch den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

#### **a) Verstoß gegen Art. 14 GG**

Zwar greife die sog. Mietpreisbremse in das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Eigentum. § 556d Abs. 1 BGB sei als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gerechtfertigt. Bei der zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete erfolgten Bezugnahme auf § 558 Abs. 2 BGB handele es sich um eine zulässige dynamische Verweisung. Sie seien zulässig, wenn der Gesetzgeber den Inhalt seiner Vorschriften trotz Verweisung selbst festlege und nicht der Entscheidung Dritter unterwerfe. Auch die Schwierigkeiten, die die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Einzelfall machen könnte, rechtfertigten keine abweichende Betrachtung. Zwar könne ihre Ermittlung die Ver-

---

<sup>300</sup> BVerfG v. 18.7.2019 – 1 BvL 4/18, GE 2019, 1097 = DWW 2019, 247.

tragsparteien in Gemeinden, in denen kein qualifizierter Mietspiegel aufgestellt sei, vor praktische Schwierigkeiten stellen, eine den Vorgaben der Verfassung entsprechende Anwendung der Regelungen über die ortsübliche Vergleichsmiete sei gleichwohl möglich.

§ 556d Abs. 1 BGB sei auch verhältnismäßig. Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip müsse der Eingriff zur Erreichung eines legitimen Eingriffsziels geeignet sein und dürfe nicht weitergehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern; ferner müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen. Das gesetzgeberische Ziel sei legitim. Der gesetzgeberische Zweck, durch die Begrenzung der Miethöhe bei Wiedervermietung der direkten oder indirekten Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Wohnquartieren entgegenzuwirken, liege im öffentlichen Interesse. Die Regelung sei auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen.

Schließlich sei die Regelung auch erforderlich, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Die anderen in Betracht kommenden Wege hätte der Gesetzgeber nicht zwingend berücksichtigen müssen.

Die Miethöhenregulierung in § 556d Abs. 1 BGB sei Vermietern auch zumutbar. Es liege keine übermäßige Belastung vor. Der Gesetzgeber habe sowohl die Belange des Mieters als auch die des Vermieters in gleicher Weise berücksichtigt. Die von Art. 14 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen wären zumindest dann überschritten, wenn die Miethöhenregulierung auf Dauer zu Verlusten für den Vermieter oder zu einer Substanzgefährdung der Mietsache führe. Die Eigentumsgarantie gebiete nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen. Der Gesetzgeber könne im Rahmen der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums einmal geschaffene Regelungen nachträglich verändern und fortentwickeln, auch wenn sich damit die Nutzungsmöglichkeiten bestehender Eigentumspositionen verschlechtern.

Verfahrensrechtlich sichere das Erfordernis einer Landesverordnung, dass die Miethöhenregulierung über das nach den gesetzgeberischen Zielen gebotene Maß nicht hinausgehe. Der Gesetzgeber hätte davon ausgehen dürfen, dass die zum Verordnungserlass berufene Landesregierung regelmäßig besser als

der Bundesgesetzgeber beurteilen könne, ob in einer Stadt eine Regulierung der Miethöhe bei Mietbeginn erforderlich sei. Im Übrigen sei das Begründungserfordernis für eine Verordnung geeignet, den Ordnungsgeber zu einer sorgfältigen Prüfung der Erlassvoraussetzungen auch mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit des mit ihr verbundenen Eingriffs in die Eigentumsgarantie der betroffenen Vermieter anzuhalten.

Das BVerfG weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Ausgestaltung der Miethöhenregulierung als vorübergehende Maßnahme durch Begrenzung ihrer Geltungsdauer in § 556d Abs. 2 Satz 1 BGB auf längstens fünf Jahre hin. Mit der so zeitlich befristeten am örtlichen Markt orientierten Miete sichere § 556d Abs. 1 BGB regelmäßig die Wirtschaftlichkeit der Wohnung und schränke daher die Nutzungsmöglichkeiten von Wohnungseigentum auch dann nicht unzumutbar ein, wenn private Vermieterinnen und Vermieter ihren Lebensunterhalt durch Vermietung erwirtschaften.

#### **b) Verstoß gegen Art. 2 GG**

§ 556d Abs. 1 BGB verletze auch Art. 2 Abs. 1 GG nicht. Die Freiheit der Vertragsparteien, im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung die Gegenleistung nach ihren Vorstellungen auszuhandeln, erfasse zwar auch Vermieter von Wohnraum, die zivilrechtlich nicht Eigentümer der Mietwohnungen seien und deswegen nicht bereits durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt würden. Darüber hinaus schütze sie Wohnungssuchende, die sich durch ihre Bereitschaft, eine hohe Miete zu zahlen, Vorteile auf dem Wohnungsmarkt verschaffen wollen. § 556d Abs. 1 BGB halte sich aber innerhalb der Schranken der verfassungsmäßigen Rechtsordnung und wahre insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Insoweit gelte nichts anderes als im Rahmen des Art. 14 GG.

#### **c) Verstoß gegen Art. 3 GG**

Die durch § 556d Abs. 1 BGB eingeführte Mietobergrenze greife auch nicht gleichheitswidrig in das Vermiitereigentum ein. Art. 3 Abs. 1 GG gebiete, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gelte für ungleiche Belastungen und ungleiche Begünstigungen. Hiergegen verstoße § 556d Abs. 1 BGB nicht, indem er für die Bestimmung der zulässigen

Miethöhe auf regional abweichende ortsübliche Vergleichsmieten abstelle. Ungeachtet dessen, dass im Hinblick auf die Verschiedenheit der örtlichen Wohnungsmärkte, insbesondere abweichende Gestellungskosten für Wohnraum und die ohne Miethöhenregulierung jeweils zu erzielende Miete, das Vorliegen gleicher Sachverhalte zweifelhaft erscheine, sei eine mit dem Abstellen auf die örtliche Vergleichsmiete verbundene Ungleichbehandlung jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt. § 556d Abs. 1 BGB verstoße auch nicht deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil er private Vermieter und gewerbliche Vermieter auch dann gleichbehandelt, wenn private Vermieter mit den Mieteinnahmen ihren Lebensunterhalt bestreiten.

### **3. Der Ausnahmetatbestand der Neubauwohnung**

Die Beschränkung der Ausnahmeregelung des § 556f Satz 1 BGB auf nach dem 01.10.2014 erstmals genutzte und vermietete Wohnungen verstoße ebenfalls nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Dem Gesetzgeber sei es durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht verwehrt, zur Regelung bestimmter Lebenssachverhalte Stichtage einzuführen, obwohl jeder Stichtag unvermeidlich gewisse Härten mit sich bringe. Die mit der Mietobergrenze verfolgten Ziele machten es notwendig, Neubauten ab einem bestimmten Stichtag von deren Geltung auszunehmen. Der Wohnungsmangel auf angespannten Mietmärkten lasse sich dauerhaft nur durch Schaffen zusätzlichen Wohnraums bekämpfen. Eine Regulierung der zulässigen Miethöhe mache Vermietungen aber wirtschaftlich unattraktiver, was zu einer Verringerung der Neubautätigkeit führen könne. Dem wirke es entgegen, Neubauten, die ab einem bestimmten Stichtag erstmals genutzt worden seien, von der Miethöhenregulierung bei Mietbeginn auszunehmen. Die Auswahl des 01.10. 2014 als Stichtag sei auch sachgerecht gewesen. An diesem Datum sei der dem Mietrechtsnovellierungsgesetz von 2015 zugrunde liegende Regierungsentwurf veröffentlicht worden.

### **4. Die Mietenbegrenzungsverordnung für Berlin**

Schließlich hat das BVerfG auch entschieden, dass die Landesverordnung für Berlin mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Sie verletze nicht die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG. Auch hier stellt das BVerfG u.a. auf die Befristung von fünf Jahren ab. Die Berliner Mietenbegrenzungsverordnung verletze auch nicht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Senat von Berlin habe die Ver-

ordnung auch auf das gesamte Berliner Stadtgebiet erstrecken dürfen. Dem Gesetzgeber stehe ein Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum zu. Er sei nur dann überschritten, wenn nach den dem Ordnungsgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf bisher gemachte Erfahrungen eindeutig feststellbar sei, dass die alternativ in Betracht kommende Maßnahme mit geringerer Eingriffswirkung die angestrebten Ziele sachlich gleichwertig erreiche. Das sei hier nicht der Fall.

© *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 18/2019 Anm. 1.

### 3.2 Unwirksamkeit einer Mietpreisbegrenzungsverordnung

Gemäß § 556d Abs. 1 BGB darf die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2 BGB) um höchstens 10 % übersteigen, sofern ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen wird, der in einem durch Rechtsverordnung nach § 556d Abs. 2 BGB bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt ("Mietpreisbremse"). Die Ermächtigungsgrundlage des § 556d Abs. 2 BGB zum Erlass von Rechtsverordnungen ist gemäß Art. 4 Satz 1 MietNovG am 28.04.2015 wirksam geworden. Sie ist durch das am 01.01.2019 in Kraft getretene Gesetz zur Ergänzung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn und zur Anpassung der Regelungen über die Modernisierung der Mietsache vom 18. Dezember 2018<sup>301</sup> unverändert geblieben.

Die vertragsgegenständliche Wohnung ist zwar von dem zeitlichen und räumlichen Anwendungsbereich der Hessischen Verordnung zur Bestimmung der Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten i.S.d. § 556d Abs. 2 BGB (Hessische Mietenbegrenzungsverordnung) vom 17. November 2015<sup>302</sup> erfasst. Diese wurde am 26. November 2015 im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht und trat am 27.11.2015 in Kraft. Die vom Kläger gemietete Wohnung liegt im räumlichen Geltungsbereich der Verordnung. Auch wurde der Mietvertrag abgeschlossen, nachdem die Wohnung dem räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereich der Verordnung unterfallen ist (Art. 229 § 35 Abs. 1 EGBGB<sup>303</sup>;). Die in § 556f BGB bestimmten Ausnahmetatbestände, wonach die

---

<sup>301</sup> BGBl. I S. 2648; Mietrechtsanpassungsgesetz – MietAnpG.

<sup>302</sup> GVBl. S. 397.

<sup>303</sup> siehe dazu BT-Drucks. 18/3121, S. 35.

Regelungen über die bei Mietbeginn zulässige Miethöhe unter den dort bestimmten Voraussetzungen nicht gelten, sind hier nicht gegeben. Darüber besteht kein Streit.

Die Hessische Mietenbegrenzungsverordnung ist jedoch nichtig, denn sie ist von ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt<sup>304</sup>. Entgegen der gesetzlichen Vorgabe des § 556d Abs. 2 Satz 5 bis 7 BGB hat die Landesregierung bei Inkrafttreten der Rechtsverordnung am 27.11.2015 eine Verordnungsbegründung nicht bekannt gemacht. Die der Öffentlichkeit später auf der Internetpräsenz des innerhalb der Landesregierung zuständigen Ministeriums zugänglich gemachte Verordnungsbegründung vermag an der Unwirksamkeit nichts zu ändern.

Den Zivilgerichten obliegt im Rahmen eines Rechtsstreits, der die Dämpfung der Wiedervermietungsmiete nach Maßgabe der §§ 556d ff. BGB zum Gegenstand hat, die Verpflichtung, die Vereinbarkeit einer einschlägigen Rechtsverordnung mit höherrangigem Recht zu prüfen und sie im Falle ihrer Unwirksamkeit nicht anzuwenden<sup>305</sup>.

Die Regierung des Landes Hessen ist zwar durch § 556d Abs. 2 Satz 1 BGB zum Erlass der genannten Rechtsverordnung ermächtigt worden (vgl. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG). Auch ist die ermächtigende gesetzliche Einzelvorschrift als Rechtsgrundlage, wie dies in Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG verlangt wird<sup>306</sup>, in der Verordnung angegeben.

Dem Gesetzgeber ist es jedoch unbenommen, dem Adressaten der Verordnungsermächtigung eine Begründungsverpflichtung aufzuerlegen<sup>307</sup>. Davon hat der Gesetzgeber des Mietrechtsnovellierungsgesetzes Gebrauch gemacht. § 556d Abs. 2 Satz 5 BGB bestimmt, dass die Verordnung begründet werden "muss". Aus der Begründung muss sich ergeben, auf Grund welcher Tatsachen ein Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt im Einzelfall vorliegt (§ 556d Abs. 2 Satz 6 BGB) und welche Maßnahmen die Landesregierung in dem

---

<sup>304</sup> BGH v. 17.7.2019 – VIII ZR 130/18, GE 2019, 1029.

<sup>305</sup> vgl. BVerfG, NJW 2015, 3024 Rz. 11 [zur Mietenbegrenzungsverordnung des Landes Berlin]; BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 20 ff. [zur Kappungsgrenzen-Verordnung des Landes Berlin]; jeweils m.w.N.

<sup>306</sup> vgl. BVerfGE 136, 69 Rz. 99 m.w.N.

<sup>307</sup> vgl. Maunz/Dürig/Remmert, GG, Stand: Januar 2019, Art. 80 Rz. 131 m.w.N.

nach Satz 1 durch die Rechtsverordnung jeweils bestimmten Gebiet und Zeitraum ergreifen wird, um Abhilfe zu schaffen (§ 556d Abs. 2 Satz 7 BGB).

Den vorgenannten Erfordernissen wird die Hessische Mietenbegrenzungsverordnung nicht gerecht, weil die Landesregierung bei ihrem Inkrafttreten eine Verordnungsbegründung nicht bekannt gemacht hat. Im Hessischen Gesetz- und Verordnungsblatt ist zwar der Text der Verordnung veröffentlicht. § 1 bestimmt insoweit die von der Begrenzung der Wiedervermietungsmiete betroffenen Gemeinden beziehungsweise Gemeindeteile; § 2 regelt den zeitlichen Geltungsbereich. Jedoch hat die Landesregierung ihre Entscheidung, welche Gemeinden beziehungsweise Gemeindeteile sie zu Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten im Sinne des § 556d Abs. 2 BGB bestimmt, nicht begründet. Damit hat sie die Anforderungen an die Begründungspflicht des § 556d Abs. 2 Satz 5 bis 7 BGB verkannt, die sich aus dem Wortlaut der Regelung und der damit verfolgten Zielsetzung des Gesetzgebers ergeben.

Anders als noch der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 18.03.2014, der eine Begründungspflicht nicht vorsah, macht bereits der Wortlaut des § 556d Abs. 2 Satz 5 BGB, wonach die Rechtsverordnung begründet werden "muss", unmissverständlich deutlich, dass die Landesregierung eine Begründungsverpflichtung trifft. Die vorgenannte gesetzliche Regelung unterscheidet sich damit von den Vorschriften zur Absenkung der Kappungsgrenze für Mieterhöhungen nach § 558 Abs. 3 Satz 2, 3 BGB, zur Verlängerung der Kündigungssperrfrist bei der Umwandlung in Wohnungseigentum nach § 577a Abs. 2 BGB sowie zum Zweckentfremdungsverbot nach Art. 6 § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 04.11.1971<sup>308</sup>. Diese Bestimmungen fordern keine Begründung der Landesverordnung, mit der die jeweilige Landesregierung die Gebiete bestimmt, in denen sie die Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen als besonders gefährdet erachtet.

Die Begründungsverpflichtung wird bekräftigt durch die in den Gesetzesmaterialien angeführte Zielsetzung des Gesetzgebers.

---

<sup>308</sup> BGBl. I S. 1745 – MietRVerbG.

Danach dient das Begründungserfordernis dazu, in Anbetracht der mit der Bestimmung von Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten verbundenen Beschränkung der grundrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit die Verhältnismäßigkeit der von der Landesregierung vorzunehmenden Gebietsausweitung zu gewährleisten. Ausweislich der Gesetzesmaterialien erfordert die Bestimmung und Abgrenzung der Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt eine sorgsame Überprüfung der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Gebietsbestimmung. Dies hat der Gesetzgeber als notwendig erachtet, um den verfassungsrechtlichen Maßgaben des Eigentumsschutzes (Art. 14 GG) Rechnung zu tragen<sup>309</sup>. Damit kommt der Begründungspflicht nicht nur verfahrensrechtliche Bedeutung zu; sie hat vielmehr auch materiell-rechtlichen Gehalt<sup>310</sup>.

Im Einklang mit dieser Zielsetzung soll die von § 556d Abs. 2 Satz 5 BGB geforderte Verordnungsbegründung und ihr durch § 556d Abs. 2 Satz 6, 7 BGB vorgegebener Mindestinhalt insbesondere die Nachvollziehbarkeit der zu Einschnitten in die Verfügungsbefugnis des Eigentümers führenden Gebietsbestimmung gewährleisten. Mittels der Verordnungsbegründung soll die Entscheidung der jeweiligen Landesregierung nachvollziehbar gemacht werden, insbesondere im Hinblick darauf, aufgrund welcher Tatsachen sie die Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten bestimmt hat und welche Begleitmaßnahmen sie plant, um die Anspannung der Wohnungsmärkte zu beseitigen<sup>311</sup>.

Es geht also darum, dass der Ordnungsgeber im Einzelnen zu begründen hat, auf welcher Tatsachenbasis, insbesondere aufgrund welcher Indikatoren er die betroffenen Gebiete als angespannte Wohnungsmärkte beurteilt und welche Maßnahmen er getroffen hat oder plant, um die Situation zu mildern. Weiter erwartet der Gesetzgeber in Fällen angespannter Wohnungsmärkte eine Abwägung auch der gegenläufigen Interessen von Vermieter und Mieter. Hierbei soll einfließen, ob der Vermieter die ortsübliche Vergleichsmiete mit zumutbarem Aufwand ermitteln kann. Die Begründungspflicht der Landesregierung ist daher

---

<sup>309</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Mietrechtsnovellierungsgesetz, BT-Drucks. 18/3121, S. 28, mit Hinweis auf den allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung, aaO S. 18 f.

<sup>310</sup> vgl. dazu BVerfGE 127, 293 (320); *Nierhaus* in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: November 1998, Art. 80 Rz. 420.

<sup>311</sup> BT-Drucks. aaO, S. 29.

ein grundlegendes Instrumentarium, um die vom Gesetzgeber geforderte Verhältnismäßigkeit der Gebietsausweisung zu überprüfen.

Zwar hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung angeregt, sowohl die in § 556d Abs. 2 Satz 3 BGB aufgenommenen Indikatoren als auch die in § 556d Abs. 2 Satz 7 BGB bestimmte Verpflichtung, in der Begründung der Rechtsverordnung darzulegen, welche Maßnahmen die Landesregierung in dem jeweils bestimmten Gebiet zur Behebung des Wohnungsmangels ergreifen wird, zu streichen<sup>312</sup>. Dem ist die Bundesregierung jedoch entgegengetreten. Zur Begründung hat sie in ihrer Gegenäußerung ausgeführt, die Aufzählung von Indikatoren solle sicherstellen, dass die Landesregierungen vor jeder Bestimmung eines Gebiets mit angespanntem Wohnungsmarkt anhand konkreter Daten prüfen, ob die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in der jeweiligen Gemeinde oder in einem Gemeindeteil besonders gefährdet sei. Ferner seien die Landesregierungen verpflichtet darzulegen, welche Maßnahmen sie in dem jeweils bestimmten Gebiet zur Behebung des Mangels ergreifen werden. Diese Vorgaben dienen - wie die Bundesregierung in diesem Zusammenhang bekräftigt hat - dazu, eine sorgsame Interessenabwägung und ein transparentes Verfahren zu gewährleisten<sup>313</sup>.

Angesichts dieser Zielrichtung des Gesetzes ist kein Raum für eine davon abweichende Auffassung.

Mit Rücksicht auf die Zielrichtung des Gesetzes erweist sich, dass eine zur Zeit des Inkrafttretens einer Gebietsverordnung i.S.v. § 556d Abs. 2 BGB im Entwurfsstadium verbliebene Begründung den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt. Außerdem wohnt dem Begründungsgebot die Verpflichtung inne, die Begründung in zumutbarer Weise öffentlich bekannt zu machen. Jedoch durfte die Hessische Landesregierung ihre Veröffentlichungspflicht nicht erst nach dem Inkrafttreten der Hessischen Mietenbegrenzungsverordnung erfüllen.

Zwar wurde im Streitfall "mit oder nach Erlass" der Hessischen Mietenbegrenzungsverordnung ein Begründungsentwurf "öffentlich zugänglich gemacht".

---

<sup>312</sup> vgl. BT-Drucks. aaO, S. 43.

<sup>313</sup> vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 18/3250, S. 1.

Damit hat die Hessische Landesregierung ihrer Begründungspflicht aber nicht genügt. Vergeblich beruft die Revision sich in diesem Zusammenhang darauf, dass das Amtsgericht insoweit von einer "Verordnungsbegründung" ausgegangen ist und nicht beanstandet hat, dass es sich lediglich um einen zu den Gerichtsakten gelangten Entwurf handelt.

Dabei kann auf sich beruhen, wann und auf welche Weise der Begründungsentwurf der Hessischen Mietenbegrenzungsverordnung in die Öffentlichkeit gelangt ist<sup>314</sup>. Ein solcher Begründungsentwurf kann - ebenso wie ein Verordnungsentwurf - einen Anspruch auf Verbindlichkeit nicht erheben. So kann ein Begründungsentwurf etwa noch in einem mehr oder weniger großen Umfang revidiert werden, weil er gegebenenfalls noch der internen Abstimmung, Konsolidierung oder Ergänzung bedarf. Daran ändert es nichts, wenn der Öffentlichkeit zusätzlich zu einem Begründungsentwurf ein Gutachten eines von der Landesregierung beauftragten Forschungsinstituts zur Feststellung von Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten anhand geeigneter Indikatoren zugänglich gemacht werden sollte, denn dem Ordnungsgeber wird eine wertende Entscheidung abverlangt.

Eine Pflicht der Landesregierung zur öffentlichen Bekanntmachung der Verordnungsbegründung ist im Gesetzeswortlaut des § 556d Abs. 2 BGB allerdings nicht ausdrücklich bestimmt. Einer dahingehenden Konkretisierung des Gesetzestextes bedarf es jedoch nicht, denn aus dem Sinn und Zweck der angeordneten Begründungsverpflichtung folgt, dass es sich bei dem Inhalt der Verordnungsbegründung nicht um Regierungsinterna handelt. Vielmehr geht das Begründungsgebot mit einer Pflicht der jeweiligen Landesregierung einher, die Begründung der Öffentlichkeit in zumutbarer Weise an einer allgemein zugänglichen Stelle bekannt zu machen.

Denn die gesetzliche Anordnung einer Begründungspflicht wäre ohne Sinn, wenn die Verordnungsbegründung ein Internum der Landesregierung bleiben könnte. Aus diesem Grund ist auch im Gesetzgebungsverfahren zum Mietrechtsanpassungsgesetz von einer Regelung der Veröffentlichung ausdrücklich

---

<sup>314</sup> vgl. *Börstinghaus*, NJW 2018, 665 (667), unter Hinweis darauf, das zuständige Ministerium habe noch im April 2016 sowie im Oktober 2017 auf Anfrage mitgeteilt, dass Verordnungsbegründungen in Hessen "grundsätzlich nicht für die Öffentlichkeit zugänglich" seien; siehe auch *Schuldt*, NZM 2018, 257 (261).

abgesehen worden<sup>315</sup>. Eine der Allgemeinheit nicht in zumutbarer Weise öffentlich bekannt gemachte Verordnungsbegründung setzt das vom Gesetz verfolgte Ziel der Nachvollziehbarkeit und Transparenz der Gebietsausweisung nicht um. Dies entspricht auch der durchgängigen Auffassung der Berufungsgerichte und des Schrifttums<sup>316</sup>.

Die Ermächtigungsgrundlage des § 556d Abs. 2 Satz 5 bis 7 BGB verlangt allerdings nicht, dass die Verordnungsbegründung gemeinsam in einem Dokument mit dem Verordnungstext im Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes verkündet wird. Obgleich dafür Gründe der Rechtssicherheit sprechen<sup>317</sup>, lässt sich eine solche Vorgabe weder dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm noch der Gesetzesbegründung entnehmen und auch nicht auf den Sinn und Zweck des Begründungserfordernisses stützen.

Dabei ist im gegebenen Fall nicht zu entscheiden, ob der Verordnungstext - etwa in Form einer Bezugnahme - zumindest deutlich machen muss, dass es eine entsprechende Begründung der Landesregierung gibt und wo diese zu finden ist<sup>318</sup>. Jedenfalls ist die vom Gesetzgeber als notwendig erachtete Nachvollziehbarkeit und Transparenz der Gebietsbestimmung grundsätzlich nicht beeinträchtigt, wenn die Verordnungsbegründung an anderer (amtlicher) Stelle als im Gesetz- und Verordnungsblatt bekannt gemacht wird und dabei gewährleistet ist, dass die Verordnungsbegründung für den Regelungsadressaten leicht zugänglich ist.

Die Hessische Landesregierung hat die von ihr gegebene Begründung für die am 27.11.2015 in Kraft getretene Hessische Mietenbegrenzungsverordnung der

---

<sup>315</sup> siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Mietrechtsanpassungsgesetz, BT-Drucks. 19/5415, S. 7.

<sup>316</sup> vgl. nur LG Hamburg, NZM 2018, 745 Rn. 47 ff.; LG Berlin [ZK 64], WuM 2018, 502, 503; LG Stuttgart, NZM 2019, 290 Rn. 19 ff.; Schuldt, aaO S. 262 f.; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 13. Aufl., § 556d BGB Rz. 39; BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand: 01.04.2019, § 556d Rz. 43; BeckOK-Mietrecht/*Theesfeld*, Stand: 01.06.2019, § 556d BGB Rn. 34d; siehe auch *Zuck*, NJW 2016, 3573 (3577).

<sup>317</sup> vgl. die Verordnung der Freien und Hansestadt Hamburg über die Einführung einer Mietpreisbegrenzung nach § 556d des Bürgerlichen Gesetzbuchs - Mietpreisbegrenzungsverordnung - vom 03.07.2018 [HmbGVBl. S. 225], deren Begründung Anlage des verkündeten Verordnungstextes ist

<sup>318</sup> vgl. die Verordnung der Landesregierung von Mecklenburg-Vorpommern zur Bestimmung von Gebieten nach § 556d und § 558 des Bürgerlichen Gesetzbuches [Mietpreisbegrenzungs- und Kappungsgrenzenlandesverordnung - MietBgKaLVO M-V] vom 13. September 2018, GVOBl. M-V S. 359.

Öffentlichkeit zwar später zur Verfügung gestellt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die Verordnungsbegründung frühestens im Jahr 2017 auf der Homepage des zuständigen Ministeriums zum Download freigegeben. Damit hat die Landesregierung den zur Unwirksamkeit der Hessischen Mietbegrenzungsverordnung führenden Begründungsmangel jedoch nicht rückwirkend geheilt.

Das Nachschieben einer Verordnungsbegründung ist nicht unschädlich.

Da die Pflicht zur Begründung der Gebietsverordnung zwingender Bestandteil der Ermächtigungsgrundlage des § 556d Abs. 2 Satz 5 BGB ist und eine Rechtsverordnung zur Bestimmung von Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt ohne öffentlich bekannt gemachte Begründung mit dem Wortlaut und Normzweck der Ermächtigungsgrundlage nicht vereinbar ist, handelt es sich um eine Wirksamkeitsvoraussetzung, deren Fehlen zur Nichtigkeit der Verordnung führt<sup>319</sup>.

### 3.3 Erbenhaftung und Nachlassverwaltung

Der Erbe kann bezüglich solcher Erblasserschulden seine zunächst uneingeschränkte Haftung mit der Folge beschränken, dass nur noch der Nachlass, nicht jedoch der Erbe mit seinem eigenen Vermögen haftet. Eine Möglichkeit, die mit dem Erbfall bzw. mit der Annahme der Erbschaft – z.B. durch Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 1943 HS. 2 BGB) - eingetretene Vermögensverschmelzung zwischen dem ererbten Vermögen sowie dem Eigenvermögen wieder rückgängig zu machen, mithin beide Vermögensmassen voneinander abzusondern, ist die Nachlassverwaltung. Diese führt dazu, dass der Erbe für Erblasserschulden nicht mehr mit seinem eigenen Vermögen haftet, sondern sich die Haftung auf den Nachlass beschränkt (§ 1975 BGB). Der Erbe verliert seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 1984 Abs. 1 Satz 1 BGB). An seine Stelle tritt der Nachlassverwalter, so dass Ansprüche gegen diesen geltend zu machen sind (§ 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB).

---

<sup>319</sup> zur grundsätzlichen Nichtigkeit fehlerhafter Rechtsverordnungen Maunz/Dürig/Remmert, aaO Rz. 137; *Ossenbühl* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. § 103 Rz. 79; *Brenner* in von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., Art. 80 Rz. 82; *Dreier/Bauer*, Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 80 Rz. 58.

Die Haftungsbeschränkung erstreckt sich jedoch nicht auf Forderungen, für welche der Erbe nicht nur als solcher, sondern (auch) persönlich haftet. Dies ist der Fall bei Nachlasserschulden. Hierbei handelt es sich um Verbindlichkeiten, die der Erbe bei der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses eingetretene. Sie haben eine Doppelnatur und sind sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch Nachlassverbindlichkeiten<sup>320</sup>. Für sie haftet der Erbe persönlich mit seinem Vermögen und mit dem Nachlass. Handelt es sich um einen Fall nicht ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses oder steht das Verhalten des Erben damit in keinem Zusammenhang, haftet er ausschließlich mit dem eigenen Vermögen – sog. (reine) Eigenschulden. In beiden Fällen wirkt sich die infolge der Nachlassverwaltung eingetretene Haftungsbeschränkung nicht aus; die (auch) persönliche Haftung besteht fort und der Erbe kann trotz angeordneter Nachlassverwaltung in Anspruch genommen werden<sup>321</sup>. Hiernach ist maßgebend, um welche Art von Schuld es sich bei den vorliegend streitigen Forderungen handelt.

Eine die Erbenhaftung begründende Verwaltungsmaßnahme kann rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur sein. Entscheidend ist stets, ob ein eigenes Verhalten des Erben Haftungsgrundlage ist<sup>322</sup>.

Allein das Unterlassen der Kündigung nach § 564 Satz 2 BGB durch den Erben des Mieters stellt keine Verwaltungsmaßnahme dar, die zu einer persönlichen Haftung führt<sup>323</sup>.

Nach § 564 Satz 2 BGB sind sowohl der Vermieter als auch der Erbe mit dem das Mietverhältnis fortgesetzt wird, berechtigt, dieses innerhalb eines Monats außerordentlich mit der gesetzlichen Frist (§ 573d BGB) zu kündigen, nachdem sie vom Tod des Mieters und davon Kenntnis erlangt haben, dass weder ein Eintritt in das Mietverhältnis - nach § 563 Abs. 1, 2 BGB - noch dessen Fortsetzung - nach § 563a Abs. 1 BGB - erfolgt sind. Der Senat hat bereits entschieden, dass im Falle der Ausübung dieses Kündigungsrechts auch die nach dem

---

<sup>320</sup> vgl. BGH v. 31.1.1990 - IV ZR 326/88, BGHZ 110, 176 (179); BGH v. 23.1.2013 - VIII ZR 68/12, NJW 2013, 933 Rz. 16; vgl. auch RGZ 146, 343 (345); *Muscheler*, Erbrecht, Band II, 2010, Rz. 3397.

<sup>321</sup> vgl. *Staudinger/Dutta*, Neubearb. 2016, § 1967 BGB Rz. 5 ff.

<sup>322</sup> BGH v. 31.1.1990 - IV ZR 326/88, BGHZ 110, 176 (179); BGH v. 5.7.2013 - V ZR 81/12, NJW 2013, 3446; *MünchKomm/Küpper*, 7. Aufl., § 1967 BGB Rz. 21.

<sup>323</sup> BGH v. 25.9.2013 - VIII ZR 122/18, DWW 2019, 329; BGH v 25.9.2019 -VIII ZR 138/1, ■.

Erbfall und bis zur Beendigung des Mietverhältnisses fällig gewordenen Forderungen reine Nachlassverbindlichkeiten bleiben<sup>324</sup>..

Ob der Erbe demgegenüber im Falle der Nichtausübung des vorgenannten Kündigungsrechts für die nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig werdenden Forderungen unbeschränkt (auch) persönlich haftet, ist umstritten.

Nach einer Ansicht sind Ansprüche aus dem Mietverhältnis, die nach dem versäumten Kündigungstermin des § 564 Satz 2 BGB fällig werden, jedenfalls auch Eigenverbindlichkeiten des Erben.

Dabei wird überwiegend angenommen, dass es sich hierbei um Nachlasserschulden handelt, da die Entscheidung des Erben, von dem Kündigungsrecht keinen Gebrauch zu machen, als Verwaltungsmaßnahme zu werten sei<sup>325</sup>. Das Verstreichenlassen der Kündigungsfrist sei dem - stillschweigenden - Abschluss eines Mietvertrages gleichzusetzen, da in der Nichtausübung der Kündigung der konkludente Wille zur endgültigen Übernahme des Mietverhältnisses zu sehen sei. Bei wertender Betrachtung sei der Fortbestand des Mietverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist daher nicht mehr auf den Erblasser zurückzuführen<sup>326</sup>.

Andere sehen in den nach Ablauf der Kündigungsfrist des § 564 Satz 2 BGB fällig werdenden Forderungen sogar reine Eigenverbindlichkeiten des Erben<sup>327</sup>, weil das Gesetz in § 564 Satz 2 BGB den Zeitpunkt benenne, ab dem der Erbe das Mietverhältnis im eigenen Namen und für eigene Rechnung fortsetze.

Nach der Gegenansicht bleiben auch die nach Ablauf der Frist des § 564 Satz 2 BGB entstandenen Forderungen reine Nachlassverbindlichkeiten im Sinne von § 1967 BGB. Das bloße Unterlassen der Kündigung führe nicht zur Begründung von Nachlasserschulden oder Eigenverbindlichkeiten des Erben, da dieser lediglich von einem ihm zustehenden Recht keinen Gebrauch gemacht habe.

---

<sup>324</sup> BGH v. 26.9.2013 - IX ZR 3/13, NJW 2014, 389 Rz. 10.

<sup>325</sup> vgl. *Baer*, SeuffBl (75) 1910, 352; *Planck/Flad*, 4. Aufl. [1930], § 1967 BGB Anm. 6a; *Staudinger/Lehmann*, 11. Aufl. [1954], § 1967 BGB Rz. 29; *Soergel/Stein*, 13. Aufl., § 1967 BGB Rn. 2; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 159 f.; *Sick*, ZErB 2010, 325, 329; *Schmid*, ZErB 2013, 321 (323); *ders.*, ZMR 2013, 424 f.; im Ergebnis auch *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, 1994, S. 638 f.

<sup>326</sup> vgl. *Horst*, DWW 2013, 362 (366); *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 14. Aufl., § 564 BGB Rz. 3.

<sup>327</sup> so *Boehmer*, Erbfolge und Erbenhaftung, 1927, S. 121 f.; *Bellinger*, Erbfolge, 1968, S. 28.

Damit könne allein das Unterlassen kein tauglicher Anknüpfungspunkt für seine persönliche Haftung sein<sup>328</sup>.

Die letztgenannte Ansicht trifft zu. Allein die Nichtausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts durch den Erben führt nicht dazu, dass danach fällig werdende Forderungen aus dem Dauerschuldverhältnis Nachlasserschulden beziehungsweise Eigenverbindlichkeiten werden. Insbesondere ist allein dem Verstreichlassen der Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung ein dem stillschweigenden Abschluss eines Mietvertrages gleichzusetzender rechtsgeschäftlicher Erklärungswert nicht beizumessen.

Bereits der Sinn und Zweck der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit des § 564 Satz 2 BGB spricht dagegen, in deren bloßen Nichtausnutzung eine zur Eigenhaftung des Erben führende Verwaltungsmaßnahme zu sehen.

Der Zweck des § 564 Satz 2 BGB liegt darin, der fehlenden persönlichen (vertraglichen) Verbindung zwischen dem Vermieter und dem Erben Rechnung zu tragen. Tritt der bisher nicht in einer solchen Verbindung zum Vermieter stehende Erbe in das Mietverhältnis ein, gewährt § 564 Satz 2 BGB jeder Vertragspartei das Recht zur außerordentlichen Kündigung<sup>329</sup>.

Dieses Recht ist jedoch keine Pflicht. Es räumt dem Erben lediglich die Möglichkeit ein, sich aus dem Mietverhältnis, in das er eingetreten ist, zu lösen. Eine darüberhinausgehende Zielsetzung, Klarheit darüber zu schaffen, wer künftig und endgültig Schuldner der dem verstorbenen Mieter obliegenden Pflichten ist<sup>330</sup>, wohnt der Vorschrift nicht inne. Für eine solche Klarstellung besteht auch kein Bedürfnis, da die erbrechtlichen Vorschriften die Rechte- und Pflichtenstellung regeln. Die Kündigungsmöglichkeit des § 564 Satz 2 BGB schützt somit lediglich die Interessen beider Vertragspartner an Neudispositionen, begründet im Falle ihrer Nichtausübung jedoch nicht die Eigenhaftung des Erben.

---

<sup>328</sup> vgl. *Martin*, SeuffBl (75) 1910, 463; *Staudinger/Dutta*, 2018, § 1967 BGB Rz. 24; *Muscheler*, Erbrecht, Band II, Rz. 3401; LG Wuppertal, MDR 1997, 34 [zu der Vorgängerregelung in § 569 Abs. 1 Satz 2 BGB aF].

<sup>329</sup> vgl. Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1888, Band II, S. 416; Protokolle II, S. 220; RGZ 74, 35, 37; *Staudinger/Rolfs*, Neubearb. 2018, § 564 BGB Rn. 3; *Münch-Komm/Häublein*, 7. Aufl., § 564 BGB Rz. 2.

<sup>330</sup> so aber *Horst*, DWW 2013, 362 (366).

Auch dient das Sonderkündigungsrecht dabei in erster Linie dem Vermieter, da die im Einzelfall aufgrund der Dauer des Mietverhältnisses verlängerte Kündigungsfrist (§ 573c Abs. 1 Satz 2 BGB) abgekürzt wird (§ 573d Abs. 2 BGB) und er insbesondere kein berechtigtes Interesse darlegen muss (§ 573d Abs. 1 BGB)<sup>331</sup>. Demgegenüber kann der Mieter gemäß § 573d Abs. 2 Satz 1 BGB das Mietverhältnis ohnehin innerhalb der gesetzlichen Frist und ohne Vorliegen eines Grundes kündigen. Auf das Sonderkündigungsrecht des § 564 Satz 2 BGB ist er somit nur angewiesen, wenn es sich um ein Zeitmietverhältnis (§ 575 Abs. 1 BGB) handelt oder wenn die Kündigung zulässigerweise<sup>332</sup> für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist. Die Annahme einer persönlichen Haftung des Erben allein aufgrund Nichtausübung des Sonderkündigungsrechtes stünde somit zu dessen Bedeutung für den Mieter außer Verhältnis.

Vom Erben binnen eines Monats ab Kenntnis vom Eintritt in das Mietverhältnis und seiner Erbenstellung die Kündigung zu verlangen, um eine persönliche Haftung zu vermeiden, ist zudem mit seinem Recht, über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft zu entscheiden, nicht zu vereinbaren<sup>333</sup>.

Hierfür steht dem Erben gemäß § 1944 Abs. 1 BGB ein Zeitraum von sechs Wochen zur Verfügung<sup>334</sup>. Da die Kündigungsfrist des § 564 Satz 2 BGB mit vier Wochen kürzer ist als diejenige zur Ausschlagung, müsste der Erbe somit im Einzelfall vor seiner Entscheidung, ob er die Erbschaft annimmt oder ausschlägt, bereits das Mietverhältnis kündigen. Damit würde dem vorläufigen Erben faktisch eine Pflicht zur Verwaltung des Nachlasses auferlegt, die ihn aber grundsätzlich nicht trifft<sup>335</sup>. Zudem steht die mit der Kündigung verbundene Folge der irreversiblen Beendigung des Mietverhältnisses mit der dem Erben durch das Ausschlagungsrecht eingeräumten Möglichkeit, über die Annahme der Erbschaft binnen sechs Wochen frei zu entscheiden, in Widerspruch. Der Erbe müsste die Zusammensetzung des Nachlasses ändern, noch bevor er sich - gegebenenfalls nach weiteren Erkundigungen über Art und Bestand - zu dessen dauerhafter Übernahme zu erklären hat.

---

<sup>331</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 62

<sup>332</sup> vgl. hierzu etwa BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448; BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 154/04, NJW 2006, 1056 Rz. 14

<sup>333</sup> BGH v.

<sup>334</sup> vgl. zur Frist Staudinger/Otte, Neubearb. 2017, § 1944 BGB Rz. 8.

<sup>335</sup> vgl. Staudinger/Mešina, Neubearb. 2017, § 1959 BGB Rz. 1.

Die Annahme einer nicht beschränkbar persönlichen Haftung des Erben ist auch nicht zum Schutz des Vermieters geboten.

Zwar führt die Nachlassverwaltung dazu, dass sich der Vermieter bezüglich der nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig werdenden Verbindlichkeiten - sofern eine sonstige Verwaltungsmaßnahme des Erben nicht vorliegt - nur aus dem Nachlass befriedigen kann. Dies ist jedoch Folge der gesetzlich vorgesehenen Haftungsbeschränkungsmöglichkeit, wobei den Interessen der Nachlassgläubiger dadurch hinreichend Rechnung getragen wird, dass der Erbe nicht mehr über den Nachlass verfügen (§ 1984 Abs. 1 Satz 1 BGB) und diesen damit nicht mehr schmälern kann. Dem Vermieter steht somit zur Befriedigung seiner Forderung mit dem Nachlass die Vermögensmasse des von ihm gewählten Vertragspartners - des Erblassers - zur Verfügung.

Zur Vermeidung weiterer auflaufender Forderungen kann auch der Vermieter das Mietverhältnis kündigen. Neben dem außerordentlichen Kündigungsrecht aus § 564 Satz 2 BGB kann er sich regelmäßig auf eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses nach § 543 Abs. 1 BGB berufen, etwa wenn der Erbe auf die erste ausgebliebene Mietzahlung erklärt, der Nachlass sei wertlos, und die Dürftigkeitseinrede erhebt. Der Vermieter muss in einem solchen Fall nicht die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB, mithin weitere Nichtzahlungen, abwarten<sup>336</sup>.

Zudem hat der Vermieter die Möglichkeit, einer Berufung des Erben auf die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass entgegenzuwirken. Er kann ihn zur Aufstellung eines Inventarverzeichnisses über den Nachlass auffordern. Versäumt der Erbe die ihm hierzu gesetzte Frist (§ 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder ist ihm Inventaruntreue (§ 2005 Abs. 1 Satz 1 BGB) vorzuwerfen, führt dies ohne Verschulden zu einer unbeschränkbar, persönlichen Haftung allen Nachlassgläubigern gegenüber. Verweigert der Erbe nach erstelltem Verzeichnis die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, haftet er dem Gläubiger gegenüber, der den Antrag auf eidesstattliche Versicherung gestellt hat, unbeschränkt (§ 2006 Abs. 3 Satz 1 BGB).

---

<sup>336</sup> vgl. BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 394/03, NJW 2005, 2552 unter II 3; *Schmid*, ZMR 2013, 424.

Der Erbe wird allerdings in der Regel Anlass haben, sich in eigenem Interesse Gedanken über die Fortführung des Mietverhältnisses zu machen. Denn wenn er die Kündigung unterlässt, obwohl er die Wohnung nicht nutzt und auch nicht nutzen will, entstehen laufend unnötige weitere Mietkosten, die den Nachlass des Erben schmälern. Zudem kommt gegebenenfalls auch eine Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen gegenüber den übrigen Nachlassgläubigern in Betracht (§ 1978 Abs. 1 BGB), wenn die Haftungsmasse dadurch geschmälert wird und zur Befriedigung der Nachlassverbindlichkeiten nicht mehr ausreicht<sup>337</sup>.

### 3.4 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 stützt<sup>338</sup>. 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 vermengt<sup>339</sup>.

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

---

<sup>337</sup> vgl. *Herzog*, NZM 2013, 175 (176).

<sup>338</sup> AG Hanau v. 28.10.2015 - 37 C 44/15, juris.

<sup>339</sup> 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.

identifizierbar ist<sup>340</sup>. Es genügt also, dass das Klagebegehren - unterhalb der Stufe der Substantiierung - individualisiert und damit der Streitgegenstand bestimmt ist<sup>341</sup>.

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 nach Eintritt der Abrechnungsreife aus materiell-rechtlicher Sicht grundsätzlich keinen Anspruch mehr hat, und nicht erklärt, den Klageantrag nun auf den Nachzahlungsbetrag stützen zu wollen<sup>342</sup>.

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 macht<sup>343</sup>. Dass er sein Klagebegehren nicht umstellt, berührt allein die Schlüssigkeit<sup>344</sup>, 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 abzuweisen<sup>345</sup>.

---

<sup>340</sup> 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.

<sup>341</sup> BGH v. 17.10.2000 - XI ZR 312/99, NJW 2001, 305 unter II 2 c cc (2) mwN [zur Individualisierung eines Mahnbescheids].

<sup>342</sup> 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.

<sup>343</sup> BGH v. 6.2.2019 - VIII ZR 54/18, ■; BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 68/17, NZM 2018, 444; BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 84/17, WuM 2018, 278.

<sup>344</sup> 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.

<sup>345</sup> 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.

## 4 Schönheitsreparaturen

### 4.1 Anfangsrenovierung im preisgebundenen 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 hinausgeht<sup>346</sup>.

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 können<sup>347</sup>.

Auch bei der Kostenmiete im preisgebundenen Wohnraum ist es dem Vermieter aber gestattet, die Schönheitsreparaturen dem Mieter aufzuerlegen oder alternativ nach § 28 Abs. 4 S. 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 übersteigen. Dies gilt erst recht unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Vermieter ihm für die Übernahme der - hier letztlich ihm selbst im Rahmen der

---

<sup>346</sup> 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.

<sup>347</sup> vgl. BVerwG, NZM 1998, 885 unter 2; Bellinger in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band 5, Stand: Januar 2006, § 9 WoBindG, Anm. 2.2.

Nutzung der Wohnung zugutekommenden - Anfangsrenovierung einen Geldbetrag in Höhe einer (Netto-)Monatsmiete gutgeschrieben hat<sup>348</sup>.

## 4.2 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 überlassen<sup>349</sup>. Denn eine solche Klausel verpflichtet den Mieter zur Beseitigung sämtlicher Gebrauchsspuren 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 hat<sup>350</sup>.

Diese Grundsätze sind in dem Fall, dass sich der Mieter gegenüber dem Vermieter zur Vornahme von Renovierungsarbeiten verpflichtet hat, ebenfalls anzuwenden<sup>351</sup>.

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 beschränkt<sup>352</sup>. 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 Be-

---

<sup>348</sup> BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 287/17, WuM 2018, 754 = GE 2018, 1585 = NZM 2018, 947.

<sup>349</sup> BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 15, 35.

<sup>350</sup> BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 24.

<sup>351</sup> BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

<sup>352</sup> MünchKomm/Ernst, 7. Aufl., Einl. § 241 BGB Rz. 18; Staudinger/Olzen, Neubearb. 2015, § 241 BGB Rz. 299.

nachteiligung 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. Etwaige Verpflichtungen, die der neue Mieter gegenüber dem Vormieter 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 Vormieter getroffenen Vereinbarung so zu behandeln, als habe ihm der Vermieter eine renovierte Wohnung zur Verfügung gestellt, greift nicht durch<sup>353</sup>.

Es ist schon nicht erkennbar, dass die Interessen aller genannter Beteiligten derartigen Fällen in die gleiche Richtung gehen. Zwar kann der neue Mieter könne 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 abzuwälzen<sup>354</sup>.

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 möglich<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

<sup>354</sup> BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

<sup>355</sup> BGH v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, WuM 2018, 635 = GE 2018, 1214.

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 Vorklausel 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 Vorklausel im neuen Mietverhältnis, entweder die ihm notwendig erscheinenden Maßnahmen selbst durchzuführen, um dem neuen 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 jeden-

falls wirtschaftlich so zu bewerten ist als hätte ihn der Vermieter als Ausgleich für die von ihm unrenoviert übergebene Wohnung selbst gewährt.

## 5 Gewährleistung

### 5.1 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 ist<sup>356</sup>. 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" haben<sup>357</sup> 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 angewiesen<sup>358</sup>. 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.

---

<sup>356</sup> 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.

<sup>357</sup> 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.

<sup>358</sup> BGH v. 22.08.2018 - VIII ZR 99/17, WuM 2018, 639 = GE 2018, 1213.

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 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 Warmwasserversorgung<sup>359</sup>. 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 BGB<sup>360</sup>. 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.

## 5.2 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

---

<sup>359</sup> vgl. BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 391/12, NJW 2014, 1951 Rz. 15; MünchKomm/Häublein, 7. Aufl., § 535 BGB Rz. 76.

<sup>360</sup> vgl. BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rz. 25.

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 Voraussetzung 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 können<sup>361</sup>.

Von diesen Kriterien hat der Mieter die tatsächliche Einschränkung des Mietgebrauches durch das öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernis nicht dargelegt und bewiesen<sup>362</sup>. 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 berechtigt<sup>363</sup>. 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 Nutzungsun-

---

<sup>361</sup> 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.

<sup>362</sup> OLG Dresden v. 1.6.2017 – 5 U 477/17, ZMR 2017, 880.

<sup>363</sup> BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12, NZM 2014, 165; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104.

tersagung 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 beräumt habe. Die Zeugin führt dann weiter aus, dass voraussichtlich ein Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet worden wäre, wenn das Objekt dann vom Mieter nicht beräumt worden wäre.

### 5.3 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 schuldet<sup>364</sup>. Der Leistende muss also aus diesen Tatsachen nach der maßgeblichen Parallelwertung der Laiensphäre auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben<sup>365</sup>.

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 beantworten<sup>366</sup>. Vor diesem Hintergrund hat der VIII. Senat im Urteil vom 16. Juli 2003<sup>367</sup> 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 schuldet<sup>368</sup>.

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

---

<sup>364</sup> 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.

<sup>365</sup> 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.

<sup>366</sup> 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.

<sup>367</sup> BGH v. 16.7.2003 - VIII ZR 274/02, BGHZ 155, 380 (389).

<sup>368</sup> BGH v. 4.9.2018 - VIII ZR 100/18, WuM 2018, 712 GE 2018, 1456.

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 - 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.

#### **5.4 Schimmelpilz durch Wärmebrücken**

Ein Mangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert und deshalb dem Mieter sowohl ein Recht zur Mietminderung (§ 536 Abs. 1 BGB) als auch einen Anspruch auf Mangelbeseitigung (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB) sowie unter Umständen ein Zurückbehaltungsrecht gewährt, ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Mietvertragsparteien<sup>369</sup>.

Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB gesetzlich vorgesehene „zum vertragsgemäßen Ge-

---

<sup>369</sup> BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218 unter II 1; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441 Rz. 9; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 11; BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 85/09, NJW 2010, 3088 Rz. 12; BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417 Rz. 15.

brauch geeignete Zustand“ durch den vereinbarten Nutzungszweck, hier die Nutzung als Wohnung, bestimmt. Der Mieter einer Wohnung kann nach der allgemeinen Verkehrsanschauung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist. Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen<sup>370</sup>.

Gibt es zu bestimmten Anforderungen technische Normen, ist jedenfalls deren Einhaltung geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen<sup>371</sup>. Da sich somit der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch, soweit die Mietsache selbst betroffen ist, bereits im Wege der Gesetzesauslegung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt, bedarf es nicht des Rückgriffs auf eine ergänzende Vertragsauslegung des Mietvertrags<sup>372</sup>.

Im vorliegenden Fall stehen die in der Wohnung des Mieters vorhandenen Wärmebrücken im Einklang mit den im Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes maßgeblichen Normen und ist das Gebäude nach den damaligen Regeln der Baukunst errichtet worden<sup>373</sup>. Denn zum Zeitpunkt der - im Jahr 1971 erfolgten - Errichtung des Gebäudes, in dem sich die Mietwohnung befindet, bestand noch keine Verpflichtung, Gebäude mit einer Wärmedämmung auszustatten und war demgemäß das Vorhandensein geometrischer Wärmebrücken allgemein üblicher Bauzustand. Deshalb kann dem „Mindeststandard zeitgemäßen Wohnens“ bei der Beurteilung des Vorliegens eines möglichen Mangels der Wohnung eine erst Jahrzehnte nach der Erbauung des Gebäudes in Kraft getretene DIN-Vorschrift (DIN 4108-2:2003-07) heranzieht.

Allerdings hat der BGH entschieden, dass auch der Mieter einer nicht modernisierten Altbauwohnung mangels abweichender Vereinbarungen jedenfalls einen Mindeststandard verlangen kann, der ein zeitgemäßes Wohnen ermöglicht und

---

<sup>370</sup> BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174 unter [II] A 1 b bb; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133.

<sup>371</sup> BGH v. 1.6.2012 - V ZR 195/11, NJW 2012, 2725 Rz. 10; BGH v. 18.12.2013 - XII ZR 80/12, NJW 2014, 685 Rz. 20; BGH v. 21.2.2017 - VIII ZR 1/16, NJW 2017, 1877 Rz. 15.

<sup>372</sup> vgl. hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 23 ff., 39 ff.

<sup>373</sup> BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 271/17, MDR 2019, 150 = WuM 2019, 25.

den Einsatz der für die Haushaltsführung allgemein üblichen elektrischen Geräte erlaubt<sup>374</sup>. Diese Rechtsprechung zu den Mindestanforderungen an zeitgemäßes Wohnen bezüglich der Elektroinstallation beruht indes auf dem Umstand, dass bei der Verwendung von Haushaltsgeräten seit den 1950er oder 1960er Jahren ein grundlegender Wandel dahin eingetreten ist, dass nunmehr in nahezu jedem Haushalt - selbst bei bescheidenen Verhältnissen - regelmäßig zahlreiche elektrische Geräte Verwendung finden und jeder Mieter deshalb mangels abweichender Vereinbarung erwarten kann, dass auch in seiner Wohnung die Nutzung solcher Geräte grundsätzlich möglich ist und die Elektroinstallation diesen Mindestanforderungen genügt.

Diese Rechtsprechung ist auf die Beschaffenheit einer Wohnung bezüglich der Wärmedämmung - da insoweit weder eine vergleichbare Veränderung der Lebensverhältnisse noch eine hierauf beruhende Erwartung des Wohnraummieters hinsichtlich des Mindeststandards einer Altbauwohnung gegeben ist - nicht übertragbar und rechtfertigt es insbesondere nicht, unter Berufung auf angebliche Grundsätze eines „zeitgemäßen Wohnens“ die vertragsgemäße Beschaffenheit einer Mietsache hinsichtlich der Wärmedämmung, über die die Parteien keine konkreten Vereinbarungen getroffen haben, durch die Bestimmung abstrakt-genereller „Eckpunkte“ eines unter allen Umständen zu gewährleistenden Wohnverhaltens festzulegen<sup>375</sup>.

Bereits der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, der Vermieter habe die Schimmelfreiheit der Wohnung auch unter der Voraussetzung zu gewährleisten, dass der Mieter das Schlafzimmer nur auf 16 Grad Celsius, die übrigen Zimmer auf nicht mehr als 20 Grad beheize, kalte Außenwände beliebig möbliere und die Wohnung nicht mehr als zwei Mal pro Tag für fünf bis zehn Minuten stoßlüfte, ist verfehlt. Woher das Berufungsgericht diese Anforderungen herleitet, die zudem grundsätzlich unabhängig vom konkreten Wohnverhalten der Mieter - namentlich deren Anwesenheitszeiten in der Wohnung und dem Umfang der dort ausgeübten Tätigkeiten, die mit einer Feuchtigkeitsentwicklung verbunden sind - sowie von Art, Größe und Baujahr der Mietwohnung gelten sollen, ist

---

<sup>374</sup> BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 21; BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, NZM 2010, 356 Rz. 33; BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174 unter [II] A 2 b.

<sup>375</sup> BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 271/17, MDR 2019, 150 = WuM 2019, 25.

nicht nachvollziehbar und entbehrt einer tragfähigen Grundlage. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die vorstehend genannte unzutreffende Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur von diesem, sondern ebenso von einigen weiteren, im angegriffenen Urteil angeführten Instanzgerichten und Literaturstimmen vertreten wird.

Das Berufungsgericht knüpft hinsichtlich der Beheizung und Lüftung der Wohnung einerseits an den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit für den Mieter an, verkennt dann aber, dass die Zumutbarkeit nicht abstrakt-generell, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bestimmt werden kann. Der vom Berufungsgericht beauftragte Sachverständige ist - bei einer Belegung der Wohnung des Mieters mit zwei Personen, die (unter anderem) jeweils 20 Minuten pro Tag duschen - zu dem Ergebnis gekommen, dass ein täglich zweimaliges Stoßlüften mit einer Dauer von jeweils 13 bis 17 Minuten, ein dreimaliges Stoßlüften von jeweils zehn Minuten oder ein dreimaliges Querlüften von jeweils drei Minuten ausreichen, um eine Schimmelpilzbildung im Bereich der Wandmitte und der Raumecken der Außenwände zu vermeiden.

Dass ein solches Lüftungsverhalten für den Mieter unter allen Umständen unzumutbar sei und deshalb die Wohnung des Mieters den Mindeststandard zeitgemäßen Wohnens nicht gewährleiste, kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht angenommen werden. Insbesondere hat das Berufungsgericht bei seiner unzutreffenden gegenteiligen Sichtweise auch außer Acht gelassen, dass es allgemein üblich ist (§ 291 ZPO), nach Vorgängen, die mit einer besonders starken Feuchtigkeitsentwicklung verbunden sind, wie etwa Kochen, Duschen und Waschen, den davon betroffenen Raum sogleich zu lüften, um die vermehrte Feuchtigkeit durch Luftaustausch alsbald aus der Wohnung zu entfernen.

Ebenso verfehlt ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass es dem Mieter unter allen Umständen unzumutbar sei, bei der Möblierung von Außenwänden der Wohnung irgendeine Einschränkung hinzunehmen und dies zur Folge habe, dass bereits die bloße Gefahr einer Schimmelpilzbildung, die durch ein Aufstellen von Möbeln direkt und ohne Abstand an einer baualtersgemäß ungedämmten Außenwand entstehe, generell einen zur Minderung der Miete führenden Mangel darstelle. Letztlich läuft diese Argumentation darauf hinaus, mittels des von ihm angewendeten Maßstabs bei der Beurteilung des Vorliegens eines

möglichen Mangels des vermieteten Wohnraums auch für eine nicht sanierte oder nicht grundlegend modernisierte Altbauwohnung und unabhängig von entsprechenden konkreten Vereinbarungen der Mietvertragsparteien einen Neubaustandard zugrunde zu legen. Dies ist ersichtlich rechtsfehlerhaft und steht im Widerspruch zu der oben dargestellten ständigen Rechtsprechung des BGH zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beurteilung des Vorliegens möglicher Mängel der Mietsache.

## 5.5 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 beweisen<sup>376</sup>. 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 Mangels<sup>377</sup>. 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 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 vorgetragen<sup>378</sup>. 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.

---

<sup>376</sup> 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.

<sup>377</sup> 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.

<sup>378</sup> OLG Rostock v. 17.5.2018 - 3 U 78/16, GE 2018, 876 = MietRB 2018, 200.

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.

### **5.6 Zweckverfehlung bei Zurückbehaltungsrecht**

Materiell-rechtlich entzieht sich die Frage, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum dem Mieter, der die mit Mängeln behaftete Wohnung weiter nutzen kann und auch nutzt, im Hinblick auf die vom Vermieter nicht vollständig erfüllte Hauptpflicht, ihm die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB), ein verzugs-ausschließendes Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 S. 1 BGB zusteht, einer allgemein gültigen Betrachtung. Sie ist vielmehr vom Tatrichter im Rahmen seines Beurteilungsermessens aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 320 Abs. 2, § 242 BGB) zu beantworten<sup>379</sup>. Danach entfällt das Zurückbehaltungsrecht nicht, weil es seinen Zweck verfehlt.

Zwar trifft es im Ausgangspunkt zu, dass das Zurückbehaltungsrecht den Zweck erfüllt, den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mängelbeseitigung anzuhalten und deshalb redlicherweise nicht mehr ausgeübt werden kann und somit entfällt, wenn dieser Zweck verfehlt wird oder nicht mehr erreicht werden kann. Deshalb endet das Zurückbehaltungsrecht nicht nur bei der Beseitigung des Mangels, sondern auch - unabhängig von einer Mängelbeseitigung - bei Beendigung des Mietverhältnisses<sup>380</sup>, sowie dann, wenn der Mieter dem Vermieter bzw. den von ihm mit der Prüfung und Beseitigung der Män-

---

<sup>379</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 59; BGH v. 18.4.2007 - XII ZR 139/05, NZM 2007, 484 Rz. 29; jeweils m.w.N.

<sup>380</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 61 m.w.N.

gel beauftragten Personen den Zutritt zur Wohnung nicht gewährt oder sonst die Duldung der Mangelbeseitigung verweigert<sup>381</sup>. In all diesen Fällen kann das Zurückbehaltungsrecht die Funktion, den Vermieter zur Mängelbeseitigung anzuhalten, offensichtlich nicht mehr erfüllen und werden die zurückbehaltenen Beträge in ihrer Gesamtheit grundsätzlich sofort zu Zahlung fällig<sup>382</sup>.

Anders verhält es sich hingegen, wenn der Vermieter lediglich behauptet, er habe den Mangel schon beseitigt<sup>383</sup>. Eine solche Behauptung ist jedenfalls für sich genommen nicht geeignet, den Zweck des ausgeübten Zurückbehaltungsrechts als verfehlt anzusehen. Denn dadurch wird verkannt, dass damit das Zurückbehaltungsrecht als Druckmittel des Gläubigers (hier des Mieters) völlig entwertet würde, denn es stünde dann letztlich in dem Belieben des Schuldners (hier des Vermieters), das Zurückbehaltungsrecht des Mieters (allein) durch Bestreiten des Bestehens oder des Fortbestehens eines Mangels zu unterlaufen. Außerdem bringt ein Vermieter, der sich im Prozess auf eine Mangelbeseitigung beruft, regelmäßig nicht zum Ausdruck, dass er eine Mangelbehebung auch für den Fall ablehnt, dass sich seine Behauptung im Rahmen der Beweisaufnahme nicht bestätigt.

In solchen Fällen kommt es vielmehr darauf an, ob die Behauptung des Vermieters zutrifft, den Mangel beseitigt zu haben, oder aber weitere Umstände vorliegen, die in der Gesamtwürdigung den Schluss zulassen, dass das Zurückbehaltungsrecht nicht mehr dem Zweck dienen kann, auf den Vermieter Druck zur Mangelbeseitigung auszuüben<sup>384</sup>.

Der seit dem Einbehalt des genannten Betrages im Jahr 2015 bis zu der Kündigung vom 1. Juli 2017 verstrichene Zeitraum rechtfertigt nicht die Annahme, das Leistungsverweigerungsrecht habe nunmehr seinen Zweck verfehlt<sup>385</sup>.

Zwar kann der Mieter auch ein der Höhe nach angemessenes Leistungsverweigerungsrecht nicht zeitlich unbegrenzt ausüben, sondern muss sich grundsätzlich - wenn das Zurückbehaltungsrecht über einen gewissen Zeitraum seinen

---

<sup>381</sup> vgl. BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 12/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 790.

<sup>382</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1.

<sup>383</sup> BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

<sup>384</sup> BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

<sup>385</sup> BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

Zweck nicht erreicht hat - auf seine sonstigen Rechte<sup>386</sup> verweisen lassen, die er bei Fortbestand des Mangels neben der Minderung geltend machen kann. Denn mit dem Zweck des Zurückbehaltungsrechts als eines nur vorübergehenden Leistungsverweigerungsrechtes wäre es nicht vereinbar, wenn sich der Mieter quasi auf Dauer mit einem (neben der Minderung) einbehaltenen Betrag als Kompensation für den Mangel "einrichten" würde, ohne dass dessen Beseitigung angestrebt wird und hierfür Maßnahmen ergriffen werden.

So verhält es sich indes im Streitfall nicht<sup>387</sup>. Der beklagte Mieter hat unter Berufung auf eine erhebliche, aus seiner Sicht im Verantwortungsbereich des Vermieters liegende Schimmelbildung in der Küche und im Schlafzimmer der gemieteten Wohnung im Zeitraum vom April 2015 bis Oktober 2015 - neben der Mietminderung - jeweils 60 % der Bruttomiete zurückgehalten. Noch während der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts, im August 2015, hat der das Vorliegen eines zur Minderung berechtigenden Mangels bestreitende Vermieter Klage auf Zahlung rückständiger Miete sowie auf Räumung und Herausgabe der Wohnung erhoben. Das Amtsgericht hat ein Sachverständigengutachten zur Frage des Vorliegens eines Baumangels eingeholt. Der Vermieter hat sich in erster und in zweiter Instanz darauf berufen, er habe den in der Wohnung aufgetretenen Schimmelpilz beseitigt. Den Mangel schadhafter bzw. nicht ordnungsgemäß nachgearbeiteter Fugen, den der gerichtliche Sachverständige gefunden zu haben glaube, mittels einer bloßen Betrachtung per Fernglas feststellen zu können, habe es nie gegeben.

Aus einem derartigen Bestreiten des Bestehens oder Fortbestehens des behaupteten Mangels durch den Vermieter lässt sich aber angesichts des laufenden Prozesses gerade nicht die Schlussfolgerung ziehen, das Zurückbehaltungsrecht des Mieters verfehle nunmehr seinen Zweck. Insbesondere ist die Schlussfolgerung nicht gerechtfertigt, dass ein Vermieter, der im Prozess das Bestehen oder das Fortbestehen des vom Mieter behaupteten Mangels bestreitet, unabhängig vom Ausgang des Prozesses eine Beseitigung des Mangels nicht vornehmen werde. Davon abgesehen, hatte der Vermieter in der Berufung ausgeführt, er mache keineswegs geltend, dass ein Leistungsverweigerungsrecht des Mieters deshalb entfallen sei, weil er eine Mangelbeseitigung verwei-

---

<sup>386</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 66.

gere. Vielmehr verfehle das Leistungsverweigerungsrecht seinen Zweck deshalb, weil er den Mangel, soweit vorhanden, tatsächlich beseitigt habe.

Die Parteien konnten bei dieser Sachlage nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge erwarten, dass in dem Räumungsprozess die Vorfrage entschieden wird, ob ab April 2015 der behauptete Mangel bestanden und ob dieser im Juni 2016 beseitigt worden war - mit der Folge, dass in diesem Zeitpunkt das Zurückbehaltungsrecht entfiel und fortan wieder die ungeminderte Miete zu zahlen war. Außerdem war zu erwarten, dass sich der Vermieter im Falle einer mit Rücksicht auf den festgestellten Mangel erfolgten Klagabweisung - letztlich auch unter dem Druck des Zurückbehaltungsrechts - zu der Mangelbeseitigung veranlasst sehen würde. In dieser Situation des noch laufenden Prozesses erscheint deshalb die Annahme, dass das Zurückbehaltungsrecht mit Rücksicht auf die seit dem Einbehalt verstrichene Zeit und den anhaltenden Streit der Parteien über das (Fort-)Bestehen des Mangels seinen Zweck verfehle, gerade nicht gerechtfertigt.

## 6 Wegnahmerecht

### 6.1 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 gerechtfertigt<sup>388</sup>.

Der objektive Charakter der Maßnahme bietet kein hinreichendes Abgrenzungskriterium<sup>389</sup>, weshalb die Natur des hier in Rede stehenden Gegenstandes nicht ausreicht, um eine Zuordnung als „Einrichtung“ oder sonstige Mietelinvestition zu ermöglichen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls, so insbesondere auch solche, die auf die Willensrichtung des Mieters bei Vornahme

---

<sup>387</sup> BGH v. 10.4.2019 – VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

<sup>388</sup> OLG Naumburg v. 22.1.2018 – 1 U 108/17, IBR 2018, 329 (*Drude*).

<sup>389</sup> Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 13. Aufl., § 539 BGB Rz. 14.

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 versetzen<sup>390</sup>.

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 Düsseldorf<sup>391</sup> 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.

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 Wegnah-

---

<sup>390</sup> Bub/Treier/Scheuer/Emmerich, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., V Rz. 331.

merrecht abwenden kann<sup>392</sup>, 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.

## 6.2 in der Insolvenz des Mieters

Nach Beendigung des Mietvertrages hat der Vermieter gegen den besitzenden Mieter- Verwalter gemäß § 985 BGB sowie § 546 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Mietsache, also Verschaffung des unmittelbaren Besitzes<sup>393</sup>. Der Herausgabeanspruch ist grundsätzlich mit Übertragung des unmittelbaren Besitzes an dem - ggf. ungeräumten, veränderten oder anderweitig in nicht vertragsgerechtem Zustand befindlichen - Mietobjekt erfüllt<sup>394</sup>.

Davon ist die mietvertragliche Räumungspflicht zu unterscheiden. Sie hat grundsätzlich zum Inhalt, dass der Mieter bei Vertragsende die Mietsache im vertragsgemäß geschuldeten Zustand zurückzugeben, ihn also notfalls herzustellen hat. Diese weitergehende Pflicht des Mieters beruht allein auf dem von ihm geschlossenen Vertrag. Der Räumungsanspruch des Vermieters entsteht - aufschiebend bedingt durch die Vertragsbeendigung - mit Abschluss des Mietvertrages, mithin vor Insolvenzeröffnung und ist daher grundsätzlich als Insolvenzforderung gemäß §§ 38, 108 Abs. 3 InsO zu qualifizieren<sup>395</sup>. Der Insolvenzverwalter ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, das Mietobjekt auf Kos-

---

<sup>391</sup> OLG Düsseldorf v. 5.10.2009 - 24 U 17/09, ZMR 2010, 959.

<sup>392</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 552 BGB Rz. 7.

<sup>393</sup> vgl. BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 84/17, ZIP 2008,1736.

<sup>394</sup> Uhlenbruck/Wegener, Insolvenzordnung, 14. Aufl., § 108 InsO Rz. 34; Münchener Kommentar/Eckert, InsO, 3. Auflage, § 108 InsO Rz. 118; Bub/Treier/ Belz/Lücke, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII.C. Rz. 454 f.

<sup>395</sup> BGH v. 21.12.2006 - IX ZR 66/05, ZIP 2007,340; vgl. OLG Celle v. 20.7.2007 - 2 U 85/07, ZIP 2007,1914, Tz. 82, rechtskräftig durch BGH v. 17.4.2008 - IX ZR 144/07, GE 2008, 865.

ten der Masse zu räumen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde<sup>396</sup>.

Die Räumungspflicht kann nur unter den hierfür allgemein geltenden Regeln (§ 55 InsO) zur Masseverbindlichkeit werden. Das gilt insbesondere für die Wegnahme von Einrichtungen des Mieters sowie die Beseitigung der von ihm vorgenommenen Veränderungen, die zur Räumung gehören<sup>397</sup>.

Der Räumungsanspruch ist dann als Masseverbindlichkeit - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO - zu berichtigen, wenn der Insolvenzverwalter einen vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat<sup>398</sup>. Soweit der Insolvenzverwalter den vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat, wie Entfernung wertvoller Einrichtungen (z.B. Gleise, Silos, Krananlagen), ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren<sup>399</sup>.

Haben sowohl der Schuldner vor als auch der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung die Mietsache durch eigene Handlungen verändert, ist die vertragliche Herstellungspflicht bei Rückgabe des Mietobjektes aufzuteilen. Der einheitliche Räumungsanspruch wird in eine Insolvenzforderung (vorinsolvenzliche Veränderungen durch den Schuldner) und eine Masseverbindlichkeit (nachinsolvenzliche Veränderungen durch den Verwalter) gespalten. Die Insolvenzmasse haftet nur für die neuen, vom Insolvenzverwalter nach Eröffnung verursachten Verschlechterungen.<sup>400</sup> Insolvenzzurechtlich bevorzugt ist nur die Wiederherstellung derjenigen nachteiligen Veränderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sind<sup>401</sup>.

---

<sup>396</sup> BGH v. 8.4.2002 - IX ZR 161/01, ZIP 2002,1043, Tz. 22; BGH v. 17.4.2008 - IX ZR 144/07, GE 2008, 865.

<sup>397</sup> BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001,2966 = NZI 2001, 531, Tz. 13, 18; Bub/Treier/Belz/Lücke, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII. C. Rz. 456.

<sup>398</sup> BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001,2966 = NZI 2001, 531, Tz. 18; vgl. OLG Hamm v. 21.11.2013 - 18 U 145/12, ZIP 2014, 190, Tz. 71; OLG Saarbrücken v. 9.3.2006 - 8 U 199/05, ZinsO 2006,779, Tz. 29 jeweils im Ergebnis verneint.

<sup>399</sup> Kölner Kommentar/*Cymutta*, InsO, 2017, § 108 InsO Rz. 37.

<sup>400</sup> BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001, 2966 = NZI 2001, 531.

<sup>401</sup> BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, NZM 2015, 337 Tz. 82.

Mit Rücksicht darauf ist der Insolvenzverwalter zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet, wenn er das Wegnahmerecht des Mieters nach § 539 Abs. 2 BGB ausübt und Teil der Einrichtung (Fundamente einer be-seitigten Leichtbaumetallhalle) zurücklässt<sup>402</sup>.

## 7 Fortsetzung des Mietvertrages, § 545 BGB

### 7.1 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 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 bringen<sup>403</sup>. 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 werden<sup>404</sup>. 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 hat<sup>405</sup>. In einem Räumungsverlangen kann ebenfalls eine solche konkludente Widerspruchserklärung liegen<sup>406</sup>.

---

<sup>402</sup> KG v. 25.2.2019 – 8 U 6/18, GE 2019, 1238.

<sup>403</sup> BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

<sup>404</sup> BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

<sup>405</sup> 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.

<sup>406</sup> vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NJW-RR 2006, 1385 Rz. 25.

Im vorliegenden Fall hat der Vermieter seinen der Verlängerung entgegenstehenden Willen fristgerecht mit der notwendigen Klarheit zum Ausdruck gebracht<sup>407</sup>. 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 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.

## 8 Verjährung

### 8.1 Verjährung bei Dauerverstoß des Mieters

Grundsätzlich unterliegt der Anspruch des Vermieters aus § 541 BGB der regelmäßigen Verjährung des § 195 BGB mit einer Frist von drei Jahren<sup>408</sup>. Für den Beginn der Verjährung kommt es dabei nach § 199 Abs. 5 BGB - neben dem Vorliegen der in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB genannten subjektiven Voraussetzungen - statt auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs grundsätzlich auf den der Zuwiderhandlung an. Ob diese Regelung zum Verjährungsbeginn auch dann eingreift, wenn der Mieter die Mietsache dauerhaft vertragswidrig nutzt, ist im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung umstritten.

---

<sup>407</sup> BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = NZM 2018, 333 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

<sup>408</sup> Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Mersson, Gewerberaummieta, § 541 BGB Rz. 25; Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 64.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass auch bei einer vertragswidrigen Handlung, die eine dauernde Beeinträchtigung nach sich zieht, der Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung bereits mit Beginn der Beeinträchtigung entstehe<sup>409</sup>.

Die Gegenansicht nimmt an, dass bei einem andauernden vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache - wie der unerlaubten Nutzung von Gewerberäumen zu Wohnzwecken - der Anspruch des Vermieters aus § 541 BGB während des bestehenden Mietverhältnisses nicht verjähren kann<sup>410</sup>.

Die letztgenannte Ansicht trifft zu<sup>411</sup>. Der aus § 541 BGB folgende Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Unterlassung eines vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache verjährt während des laufenden Mietverhältnisses nicht, solange die zweckwidrige Nutzung andauert.

Der BGH hat für den Bereich des Wohnungseigentumsrechts bereits entschieden, dass bei einer zweckwidrigen Nutzung einer Teileigentumseinheit als Wohnraum der Unterlassungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer aus § 1004 Abs. 1 BGB bzw. § 15 Abs. 3 WEG nicht verjährt, solange die Nutzung andauert<sup>412</sup>. Zur Begründung wurde dabei im Wesentlichen darauf abgestellt, dass in diesem Fall der Schwerpunkt der Störung nicht vornehmlich in der Aufnahme der zweckwidrigen Nutzung liegt, sondern die übrigen Wohnungseigentümer in gleicher Weise dadurch beeinträchtigt werden, dass die zweckwidrige Nutzung dauerhaft aufrechterhalten wird<sup>413</sup>.

Diese Erwägung trägt auch im vorliegenden Fall<sup>414</sup>. Nutzt ein Mieter die von ihm zu gewerblichen Zwecken angemieteten Räumlichkeiten als Wohnung, liegt der Schwerpunkt seines vertragswidrigen Verhaltens ebenfalls nicht in der Aufnah-

---

<sup>409</sup> OLG Brandenburg, NJ 2008, 176 (178); LG Halle v. 3.3.2014 - 3 S 21/13, ZMR 2014, 644 (645); LG Saarbrücken, v. 24.10.2008 - 5 T 48/08, juris Rz. 57 ff. zu dem Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB iVm § 15 Abs. 3 WEG; Staudinger/*Peters/Jacoby*, [2014] § 199 BGB Rz. 109.

<sup>410</sup> LG Hamburg v. 24.4.2013 - 318 S 49/12, ZMR 2013, 632 (634); Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 64; MünchKomm/*Bieber*, 7. Aufl., § 541 BGB Rz. 17; BeckOK/*Fritzsche*, [Stand: 1. November 2018], § 1004 BGB Rz. 121.

<sup>411</sup> BGH v. 19.12.2018 – XII ZR 5/18, NZM 2019, 143.

<sup>412</sup> BGH v. 8.5.2015 - V ZR 178/14, NJW-RR 2015, 781 Rz. 9; vgl. auch BGH v. 16.6.2011 - V ZA 1/11, ZMR 2011, 967 Rz. 7.

<sup>413</sup> BGH v. 8.5.2015 - V ZR 178/14, NJW-RR 2015, 781 Rz. 9.

<sup>414</sup> BGH v. 19.12.2018 – XII ZR 5/18, NZM 2019, 143.

me, sondern in der dauerhaften Aufrechterhaltung der unerlaubten Nutzung der Mietsache. Dadurch verletzt der Mieter fortwährend die ihm während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses obliegende mietvertragliche Verpflichtung, die Mietsache nur im Rahmen des vertraglich vereinbarten Verwendungszwecks zu nutzen. Dieser Dauerverpflichtung des Mieters entspricht die aus § 535 Abs. 1 BGB folgende Verpflichtung des Vermieters, die Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten<sup>415</sup>. Zu dieser hat der BGH ebenfalls bereits entschieden, dass sie eine vertragliche Dauerverpflichtung darstellt, die während des Bestehens des Vertragsverhältnisses schon begrifflich nicht verjähren kann, weil sie während dieses Zeitraums gleichsam ständig neu entsteht<sup>416</sup>. Für eine davon abweichende verjährungsrechtliche Behandlung der Verpflichtung des Mieters, die Mietsache während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses nur zu dem vertraglich vereinbarten Zweck zu nutzen, besteht kein Grund. In beiden Fällen handelt es sich jeweils um eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung. Für solche Dauerverpflichtungen hat der Bundesgerichtshof indes auch in anderem rechtlichen Zusammenhang mehrfach entschieden, dass die Verjährung nicht beginnen kann, solange der Eingriff noch andauert<sup>417</sup>.

Auch Sinn und Zweck stehen der Verjährungsvorschriften der Annahme nicht entgegen, dass der Unterlassungsanspruch des Vermieters nach § 541 BGB während des laufenden Mietverhältnisses nicht verjähren kann. Die Verjährung beruht auf den Gedanken des Schuldnerschutzes, des Rechtsfriedens<sup>418</sup> und der Rechtssicherheit<sup>419</sup>. Sie soll den Schuldner davor schützen, wegen länger zurückliegender Vorgänge in Anspruch genommen zu werden, die er nicht mehr aufklären kann, weil ihm Beweismittel für etwa begründete Einwendungen abhanden gekommen oder Zeugen nicht mehr auffindbar sind<sup>420</sup>. Dabei stellt das Verjährungsrecht die Vermutung auf, dass ein Anspruch, der aus weit zurückliegendem Entstehungsgrund erhoben wird, möglicherweise nie entstanden o-

---

<sup>415</sup> vgl. Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Mersson, *Gewerberaummiete*, § 541 BGB Rz. 2; Schmidt-Futterer/Streyll, *Mietrecht*, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 64.

<sup>416</sup> vgl. BGHZ 184, 253 = NJW 2010, 1292 Rz. 17.

<sup>417</sup> vgl. BGH v. 18.9.2018 - II ZR 152/17, NZG 2018, 1301 Rz. 18; BGH v. 22.4.2016 - V ZR 189/15, NJW-RR 2017, 210 Rz. 35 f.; BGH v. 12.6.2015 - V ZR 168/14, NJW-RR 2016, 24 Rz. 31; BGH v. 27.4.2012 - V ZR 177/11, NJW-RR 2012, 910 Rz. 10.

<sup>418</sup> BGH v. 25.7.2017 - VI ZR 222/16, NJW 2017, 2755 Rz. 9.

<sup>419</sup> BGHZ 128, 74 = NJW 1995, 252 (253).

<sup>420</sup> BGHZ 184, 253 = NJW 2010, 1292 Rz. 18; BGHZ 122, 241 = NJW 1993, 2054 (2055).

der bereits erloschen ist. Dies soll dem Schuldner die Möglichkeit geben, einen Anspruch abzuwehren, ohne ihn inhaltlich bekämpfen zu müssen. Sollte der Anspruch doch bestehen, hat der Berechtigte den Nachteil der Verjährung durch seine Nachlässigkeit in der Regel selbst verschuldet<sup>421</sup>.

Diese Schuldnerschutzgedanken der Verjährungsregelungen kommen hier nicht zum Tragen<sup>422</sup>. Mit seinem Unterlassungsbegehren macht der Vermieter keinen Anspruch geltend, für dessen Entstehung es auf einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang ankommt. Voraussetzung für den Anspruch des Vermieters aus § 541 BGB ist, dass der Mieter im Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme die Mietsache entgegen dem vertraglich vereinbarten Zweck nutzt. Der Vermieter reagiert daher mit der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs auf ein gegenwärtiges und aus seiner Sicht vertragswidriges Verhalten des Mieters, um eine vertragsgemäße Nutzung der Mieträume für die Zukunft sicherzustellen. Da somit der Anknüpfungspunkt des Unterlassungsanspruchs aus § 541 BGB die gegenwärtige Nutzung der Mietsache durch den Mieter ist, treffen diesen die Nachteile, vor denen das Verjährungsrecht den Schuldner schützen will, nicht. Ob hierbei im Einzelfall der Mieter aufgrund des Zeitablaufs Schwierigkeiten hat, eine vom ihm behauptete nachträgliche Änderung des Mietzwecks zu beweisen, ist ein allgemeines beweisrechtliches Problem und für die Frage, ob die Schuldnerschutzgedanken der Verjährungsregelungen im vorliegenden Fall berührt sind, ohne Bedeutung.

Könnte bei einer andauernden vertragswidrigen Nutzung der Mietsache durch den Mieter der Anspruch aus § 541 BGB bereits während des laufenden Vertragsverhältnisses verjähren, würde dies schließlich zu einem Ergebnis führen, das mit den Rechtsfolgen der Verjährung nicht in Einklang stünde. Grundsätzlich führt der Eintritt der Verjährung nicht zum Erlöschen des Anspruchs<sup>423</sup>. Mit Ablauf der Verjährungsfrist darf der Schuldner lediglich die geschuldete Leistung verweigern und erhält die Möglichkeit, durch Erhebung der Verjährungseinrede (§ 214 Abs. 1 BGB) die Durchsetzbarkeit des gegen ihn gerichteten Anspruchs zu verhindern. In der hier zu entscheidenden Fallkonstellation hätte die Erhebung der Verjährungseinrede jedoch zur Folge, dass der Vermieter an-

---

<sup>421</sup> BGH v. 22.2.2018 - VII ZR 253/16, NJW 2018, 2056 Rz. 25.

<sup>422</sup> BGH v. 19.12.2018 – XII ZR 5/18, NZM 2019, 143.

<sup>423</sup> Staudinger/Peters/Jacoby, [2014], § 214 BGB Rz. 36.

schließlich keine Möglichkeit mehr hätte, die Fortsetzung des vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache zu verhindern. Ihm bliebe lediglich die Möglichkeit, den Mietvertrag nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB außerordentlich zu kündigen, wobei hierfür eine erhebliche Gefährdung der Mietsache sowie der Rechte des Vermieters hinzutreten müssten. Will der Vermieter aber am Vertrag festhalten, müsste er die vertragswidrige Nutzung durch den Mieter bis zur Beendigung des Mietverhältnisses dulden. Der Mieter wäre somit durch die Erhebung der Verjährungseinrede nicht nur vor seiner Inanspruchnahme geschützt, sondern er hätte es in der Hand, nur durch Zeitablauf und Erhebung der Verjährungseinrede das Mietverhältnis inhaltlich umzugestalten, etwa - wie im vorliegenden Fall - von der gewerblichen Nutzung zur Wohnnutzung. Dies ist nicht Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften<sup>424</sup>.

## **8.2 Verjährungsbeginn durch Annahmeverzug des Vermieters?**

Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält (§ 548 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB).

Nach der Rechtsprechung des BGH setzt der Rückerhalt 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 umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache zu machen. Zum anderen ist erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und unzweideutig aufgibt. Dass der Vermieter/Verpächter (vorübergehend) die Möglichkeit erhält, während des (auch nur mittelbaren) Besitzes des Mieters die Mieträume besichtigen zu lassen, genügt nicht<sup>425</sup>.

Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Verjährung der von dem Vermieter erhobenen Ansprüche erst mit dem Ablauf des 8. Februar 2013 begonnen und ist der Verjährungsablauf durch die vor Ablauf von sechs Monaten erfolgte Kla-

---

<sup>424</sup> vgl. Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 64 m.w.N.

<sup>425</sup> BGH v. 19.11.2003 - XII ZR 68/00, NZM 2004, 98 (99) m.w.N.; BGH v. 14.5.1986 - VIII ZR 99/85, NJW 1986, 2103, 2104; BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, NJW 2014, 684 m.w.N.

geerhebung gehemmt worden<sup>426</sup>. Denn der Vermieter hat die unmittelbare Sachherrschaft über das Mietobjekt erst am 8. Februar 2013 durch förmliche Rückgabe und Aushändigung der Schließmittel zurückerhalten. Zuvor hatte der Mieter den Besitz noch nicht vollständig und unzweideutig zugunsten des Vermieters aufgegeben.

Daran ändert auch das Schreiben des Vermieters vom 9. November 2012 nichts. Der Vermieter muss sich nicht aufgrund dieses Schreibens so behandeln lassen, als habe er die Mietsache bereits zu dem Zeitpunkt zurückerhalten. In Rechtsprechung und Literatur werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, unter welchen Voraussetzungen der Lauf der Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 1 BGB beginnt, wenn der Mieter dem Vermieter anbietet, die Mietsache zurückzuerhalten, dieser sie jedoch nicht zurücknimmt. Nach einer Auffassung sind die Bestimmungen über den Annahmeverzug heranzuziehen mit der Folge, dass der Lauf der Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB ausgelöst werde, sobald der Mieter die erfüllungstaugliche Rückgabe der geräumten Mietsache anbiete<sup>427</sup>. Nach anderer Auffassung bleibt der Annahmeverzug mit der Rücknahme der Mietsache ohne Einfluss auf den Beginn der Verjährung nach § 548 Abs. 1 BGB; vielmehr könne nur die tatsächliche Besitzaufgabe durch den Mieter (z.B. durch Schlüsseleinwurf bei dem Vermieter) den Lauf der Verjährungsfrist auslösen, weil erst dadurch der Vermieter die Möglichkeit der ungestörten Untersuchung der Mietsache erhalte, von der der Beginn der Verjährungsfrist abhängt<sup>428</sup>. Schließlich wird vertreten, dass es - unabhängig vom Vorliegen eines Annahmeverzugs - der Erlangung der unmittelbaren Sachherrschaft durch den Vermieter gleichstehe, wenn dieser sich selbst der Möglichkeit begeben, die unmittelbare Sachherrschaft auszuüben, etwa indem er ein Angebot des Mieters auf Übergabe der Schlüssel zurückweist<sup>429</sup>.

Die Beantwortung dieser Frage hat der BGH bislang offengelassen<sup>430</sup> und es bedarf auch hier keiner Entscheidung<sup>431</sup>. Denn es fehlt nicht nur an einer voll-

---

<sup>426</sup> BGH v. 27.2.2019 – XII ZR 63/18, MDR 2019, 600 = GE 2019, 657.

<sup>427</sup> so etwa OLG Brandenburg v. 19.6.2018 – 3 U 72/17, ZMR 2019, 18 = MietRB 2018, 325; KG, ZMR 2005, 455 f., Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Fuerst, Geschäftsraummiete 4. Aufl. Kap. 17 Rn. 51

<sup>428</sup> Witt, NZM 2012, 545 (548); Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 42.

<sup>429</sup> Weitemeyer in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, § 548 BGB Rz. 22.

<sup>430</sup> BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 17.

ständigen und endgültigen tatsächlichen Besitzaufgabe durch den Mieter vor dem 8. Februar 2013, sondern dieser hat auch kein dahin gehendes tatsächliches oder wörtliches Angebot gemacht. Mit Schreiben vom 9. November 2012 hat der Mieter keinen Rückerhalt der Mietsache i.S.d. § 548 BGB angeboten. Zwar ist darin die "Rückgabe der Mieträume ab sofort" als angeboten bezeichnet. Damit war jedoch, wie sich aus dem weiteren Inhalt des Schreibens ergibt, nicht eine vorbehaltlose Besitzaufgabe zugunsten des Vermieters gemeint. Vielmehr beehrte der Mieter eine nähere Abstimmung mit dem Vermieter insbesondere bezüglich der gemäß § 16 MV bestehenden Interessenlagen, was sich einerseits auf die Renovierungspflicht oder ersatzweise Geldzahlung nach § 16 Abs. 1 MV bezog, andererseits auf die EntschlieÙung des Vermieters hinsichtlich des Entfernens der Einbauten oder deren Verbleib gegen Zeitwerterstattung gemäß § 16 Abs. 2 MV. Dem Schreiben vom 9. November 2012 kann nicht entnommen werden, dass der Mieter die Sachherrschaft über das Objekt bereits vor der Klärung dieser Fragen vollständig und endgültig aufgeben wollte.

Auch am 14. Dezember 2012 hat der Vermieter die Mietsache nicht i.S.d. § 548 Abs. 1 BGB zurückerhalten. Zwar hat an dem Tag eine gemeinsame Besichtigung stattgefunden, die in eine nachfolgende Besprechung am 18. Dezember 2012, eine EntschlieÙung des Vermieters und Aufforderung zur Durchführung von Arbeiten vom 14. Januar 2013 sowie deren anschließende Vornahme durch den Mieter bis zum 8. Februar 2013 mündete. Während der gesamten Zeit war jedoch der Vermieter nicht im ungestörten Besitz der Mietsache, sondern diesen hatte noch der Mieter.

Den Besitz hatte er auch zwischenzeitlich bis zur Übergabe am 8. Februar 2013 nicht vollständig aufgegeben und den Vermieter zu keinem Zeitpunkt einen Alleinbesitz erlangt, der ihr ermöglicht hätte, sich ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache zu machen.

---

<sup>431</sup> BGH v. 27.2.2019 – XII ZR 63/18, MDR 2019, 600 = GE 2019, 657.

## 9 Schriftform

### 9.1 Optionsausübung

Mit der Bestellung eines Zwangsverwalters durch das Vollstreckungsgericht (§ 150 Abs. 1 ZVG) wird dem Schuldner die Verwaltung und Benutzung seines Grundstücks entzogen (§ 148 Abs. 2 ZVG) und dem Zwangsverwalter zur Ausübung übertragen. Dieser hat die Rechte des Schuldners im Rahmen der ihm nach § 152 ZVG obliegenden Aufgaben wahrzunehmen, wobei ein Mietvertrag gemäß § 152 Abs. 2 ZVG auch dem Zwangsverwalter gegenüber wirksam ist, wenn das Grundstück - wie hier - dem Mieter vor der Beschlagnahme (§ 20 ZVG) überlassen war<sup>432</sup>. Der Zwangsverwalter ist dann einerseits berechtigt, alle Vermieterrechte aus diesem ihm gegenüber wirksamen Mietvertrag geltend zu machen, etwa den Mietvertrag wegen Zahlungsverzugs des Mieters nach § 543 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB fristlos zu kündigen und von dem Mieter die Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zu verlangen<sup>433</sup> oder auch den Vertrag zu ändern<sup>434</sup>. Andererseits ist er auch für einseitige, den Vertrag betreffende Willenserklärungen des Mieters wie etwa dessen Kündigung allein empfangszuständig<sup>435</sup>. Eine Verlängerungsoption ist während der Zwangsverwaltung daher ihm gegenüber auszuüben.

Die Wirksamkeit der Optionsausübung scheitert nicht an dem in § 30 des Mietvertrags enthaltenen Schriftformerfordernis<sup>436</sup>. Dieses bezieht sich auf Änderungen und Ergänzungen des Vertrags und schreibt für diese die "schriftliche Vertragsform" vor. Um eine solche vertragliche Änderung oder Ergänzung geht es hier jedoch nicht. Vielmehr hat die Beklagte von dem ihr vertraglich eingeräumten Gestaltungsrecht<sup>437</sup> Gebrauch gemacht, die Vertragslaufzeit zu verlängern. Diese Willenserklärung kann wegen ihrer notwendigen Einseitigkeit von vorneherein nicht der "Vertragsform" entsprechen. Folgerichtig enthält die das Optionsrecht regelnde spezielle Vertragsbestimmung auch keinerlei Formerfordernisse.

---

<sup>432</sup> vgl. BGH v. 18.12.2015 - V ZR 191/14, NJW 2016, 1242 Rz. 9; BGH v. 20.5.1992 - XII ZR 77/91, NJW 1992, 3041.

<sup>433</sup> BGH v. 18.12.2015 - V ZR 191/14, NJW 2016, 1242 Rz. 20 m.w.N.

<sup>434</sup> vgl. BGH v. 20.5.1992 - XII ZR 77/91, NJW 1992, 3041.

<sup>435</sup> vgl. BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 330/03, NZM 2005, 596 (597).

<sup>436</sup> BGH V. 21.11.2018 – XII ZR 78/17, MDR 2019, 151 = WuM 2019, 81.

<sup>437</sup> vgl. BGH, BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rz. 21 m.w.N.

Dass die Verlängerungsoption durch ein nicht unterschriebenes Computerfax ausgeübt worden ist, stellt auch keinen Verstoß gegen die Schriftform des § 550 BGB dar<sup>438</sup>. Die durch die Optionsausübung bewirkte Vertragslaufzeit bis zum Ablauf des 31. Januar 2025 bindet mithin die Vertragsparteien und damit gemäß § 57 ZVG iVm § 566 Abs. 1 BGB auch die Klägerin als Ersteherin, so dass eine vorzeitige ordentliche Kündigung (vorbehaltlich einer Kündigung nach den Voraussetzungen des § 57 a ZVG) ausscheidet.

Bei der Regelung in § 550 BGB geht es nicht um die Wirksamkeit mietvertraglicher Vereinbarungen, sondern allein darum, wie lange die Mietvertragsparteien an diese - ihre Wirksamkeit vorausgesetzt - gebunden sind, ohne sich vom Vertrag lösen zu können<sup>439</sup>. Daher berührt die Frage, ob die Ausübung einer Verlängerungsoption dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB unterfällt, auch nicht die Wirksamkeit der erfolgten Laufzeitverlängerung. Sie kann vielmehr nur Bedeutung dafür erlangen, ob eine Vertragspartei trotz des wirksam herbeigeführten neuen Vertragsendes schon vorzeitig den Vertrag durch ordentliche Kündigung beenden kann. Mithin ist das seinem Wortlaut nach allein auf die Frage der Wirksamkeit der Optionsausübung gerichtete Feststellungsbegehren der Klägerin dahin auszulegen, dass der Mietvertrag nicht trotz der von der Klägerin mit Schreiben vom 21. September 2015 erklärten Kündigung bis zum 31. Januar 2025 fortbesteht.

Die Ausübung einer Verlängerungsoption ist nicht schriftformbedürftig i.S.d. § 550 Satz 1 BGB<sup>440</sup>.

Eine Option, die einer oder beiden Parteien das Recht einräumt, das bestehende Mietverhältnis durch einseitige Erklärung um eine bestimmte Zeit zu verlängern, ist ein schon im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht<sup>441</sup>. Sofern die Jahresgrenze des § 550 S. 2 BGB überschritten wird, bedarf schon die Vereinbarung eines Optionsrechts der Schriftform des § 550 BGB, um nicht

---

<sup>438</sup> BGH V. 21.11.2018 – XII ZR 78/17, MDR 2019, 151 = WuM 2019, 81.

<sup>439</sup> vgl. BGH v. 7.3.2018 - XII ZR 129/16, NJW 2018, 1540 Rz. 19 ff. m.w.N.

<sup>440</sup> BGH v. 11.4.2018 - XII ZR 43/17, NZM 2018, 515 Rz. 20; BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13 - NJW 2014, 1300 Rz. 28 f.

<sup>441</sup> BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rz. 21.

laufzeitschädlich zu sein<sup>442</sup>. Dem genügt die in § 2 der Sondervereinbarung getroffene vertragliche Regelung.

Entgegen einer von Teilen der Literatur und früherer obergerichtlicher Rechtsprechung vertretenen Auffassung<sup>443</sup> unterfällt die Ausübung einer Verlängerungsoption selbst hingegen nicht § 550 BGB<sup>444</sup>. Die Vorschrift des § 550 BGB greift nicht ein, wenn einer Partei bereits im Mietvertrag die Möglichkeit eingeräumt ist, durch einseitige Willenserklärung eine Änderung der Vertragswirkungen 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 Änderungsrechts nicht laufzeitschädlich im Sinne des § 550 BGB sein kann<sup>445</sup>. Der BGH hat dies etwa für das Recht auf Nebenkostenanpassung durch einseitige Erklärung<sup>446</sup> oder auf das dem Vermieter gewährte Leistungsbestimmungsrecht, welchen von mehreren Parkplätzen er dem Mieter zuweist<sup>447</sup>, entschieden.

Ebenso verhält es sich für die Ausübung einer Verlängerungsoption. Durch sie kommt kein neuer Vertrag zustande. Vielmehr wirkt sie unmittelbar auf das bestehende Mietverhältnis ein, indem sie mit ihrer Gestaltungswirkung lediglich die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit ändert und ihr einen neuen Zeitabschnitt hinzufügt<sup>448</sup>. Dabei handelt es sich nicht etwa um die Annahme eines im Ursprungsvertrag bereits enthaltenen Angebots des Vermieters auf Vertrags-

---

<sup>442</sup> vgl. BGH v. 24.6.1987 - VIII ZR 225/86, NJW-RR 1987, 1227 (1228)

<sup>443</sup> vgl. etwa OLG Köln, ZMR 2013, 884 (885) und NZM 2006, 464; OLG Frankfurt, NZM 1998, 1006; BeckOGK/Dittert, § 550 BGB Rz. 107 ff.; Dittert, jurisPR-MietR 18/2013 Anm. 6; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 13. Aufl. § 550 BGB Rz. 12; Zöll in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 9 Rz. 26; wohl auch Hanne-mann in Hannemann/Wiegner, Münchner Anwaltshandbuch Mietrecht, 4. Aufl. § 47 Rz. 5.

<sup>444</sup> ebenso etwa OLG Dresden, NZM 2017, 442 (444); KG v. 23.10.2017 - 8 U 91/17, juris Rz. 35; Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 550 BGB Rz. 51a; Erman/Lützenkirchen, 15. Aufl., § 550 BGB Rz. 20; Ettl in Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl., § 550 BGB Rz. 10; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Schweitzer, Gewerberaummiete, § 550 BGB Rz. 8 und 66; Guhling, NZM 2014, 529 (533); Krenek in Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl., § 542 BGB Rz. 58; MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl., § 535 BGB Rz. 27; Palandt/Weidenkaff, 77. Aufl., § 550 BGB Rz. 4.

<sup>445</sup> BGH v. 11.4.2018 - XII ZR 43/17, NZM 2018, 515 Rz. 20.

<sup>446</sup> BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300 Rz. 27 ff.

<sup>447</sup> BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 16.

<sup>448</sup> BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rz. 21.

verlängerung<sup>449</sup> und damit um eine neue vertragliche Vereinbarung, sondern um die Wahrnehmung von zuvor vertraglich eingeräumter Rechtsgestaltungsmacht<sup>450</sup>. Die Optionsausübung selbst ist daher kein von § 550 BGB erfasster Vertragsschluss.

Die § 550 BGB zugrunde liegenden Gesetzeszwecke gebieten nichts anderes<sup>451</sup>.

Die von § 550 BGB geforderte Beurkundung dient in erster Linie dem Informationsbedürfnis und damit dem Schutz des in den Vertrag gemäß § 566 Abs. 1 BGB eintretenden Erwerbers. Diesem soll durch die Schriftform ermöglicht werden, sich von Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten. Zusätzlich bezweckt die Schriftform des § 550 BGB, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und als Übereilungsschutz die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen<sup>452</sup>.

Dem wird es vollauf gerecht, zwar die Vereinbarung des Optionsrechts, nicht aber dessen Ausübung als schriftformbedürftig anzusehen. Mit Blick auf den Erwerberschutz gibt es zahlreiche Fallgestaltungen, in denen § 550 BGB den Zweck, dem Erwerber Klarheit über die Bedingungen eines langfristigen Mietvertrags zu verschaffen, nicht umfassend gewährleisten kann. Dies gilt unter anderem für die einem Grundstückserwerber wichtige Kenntnis, bis zu welchem Zeitpunkt ein langfristiges Mietverhältnis besteht. Enthält die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption zu Gunsten des Mieters, kann der Grundstückserwerber der Urkunde zwar nicht entnehmen, ob die Option vor dem Eigentumserwerb ausgeübt wurde, so dass zunächst Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald endet oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Dann ist der Erwerber aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Option hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich bei

---

<sup>449</sup> so aber Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 13. Aufl., § 550 BGB Rz. 12.

<sup>450</sup> vgl. BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rz. 21.

<sup>451</sup> BGH V. 21.11.2018 – XII ZR 78/17, MDR 2019, 151 = WuM 2019, 81; a.A. etwa BeckOGK/*Dittert*, [Stand: 1. Oktober 2018], § 550 BGB Rz. 107 ff.

<sup>452</sup> BGH V. 21.11.2018 – XII ZR 78/17, MDR 2019, 151 = WuM 2019, 81; BGH v. 7.3.2018 - XII ZR 129/16, NJW 2018, 1540 Rz. 21 m.w.N.

dem Verkäufer oder dem Vermieter hierüber zu erkundigen<sup>453</sup>. Insofern liegt es anders als bei Fallgestaltungen, in denen sich aus dem schriftlichen Vertrag gerade kein Anlass für eine Nachfrage bei den bisherigen Vertragsparteien zu nicht schriftlich niedergelegten Vertragsbedingungen ergibt<sup>454</sup>.

## 9.2 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 zugehen<sup>455</sup>. Das ist hier nicht der Fall<sup>456</sup>. 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 ausreicht<sup>457</sup>.

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 entgegen<sup>458</sup>.

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 wer-

---

<sup>453</sup> vgl. etwa BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300 Rz. 28 m.w.N.; BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rz. 26 m.w.N.

<sup>454</sup> dies verkennend Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 13. Aufl., § 550 BGB Rz. 12.

<sup>455</sup> BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648 Rz. 30.

<sup>456</sup> BGH v. 7.3.2018 - XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

<sup>457</sup> vgl. BGH v. 30.7.1997 - VIII ZR 244/96, NJW 1997, 3169 (3170) m.w.N.

<sup>458</sup> BGH v. 7.3.2018 - XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

den und jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet<sup>459</sup>.

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 erfüllt<sup>460</sup>.

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 nicht<sup>461</sup>.

---

<sup>459</sup> 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).

<sup>460</sup> 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.

<sup>461</sup> BGH v. 7.3.2018 - XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

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 unberücksichtigt, 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 ist<sup>462</sup>. 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 befinden<sup>463</sup> oder ob sie im Zeitpunkt der gerichtlichen Prüfung der Formgemäßheit des Mietvertrags noch existieren<sup>464</sup>.

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 sind<sup>465</sup>. Der mit der Beurkundung in ers-

---

<sup>462</sup> BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

<sup>463</sup> vgl. BGH v. 14.7.2004 - XII ZR 68/02, BGHZ 160, 97 = NJW 2004, 2962 (2963).

<sup>464</sup> vgl. BGH v. . 7.5.2008 - XII ZR 69/06, BGH 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rz. 23.

<sup>465</sup> BGH v. 7.3.2018 – XII ZR 129/16, ZMR 2018, 578 = NZM 2018, 397.

ter 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 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.

## **10 Vermieterwechsel**

### **10.1 Veräußerung eines Mieteigentumsanteils**

Nach der übereinstimmenden Erledigterklärung der Parteien waren die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO der Klägerin aufzuerlegen. Denn die Klägerin wäre bei Fortführung des Rechtsstreits voraussichtlich in der Sache unterlegen, weil das Mietverhältnis durch die allein von ihr ausgespro-

chene Kündigung vom 18. Februar 2016 nicht wirksam beendet worden ist und ihr deshalb der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung nicht zustand. Die Kündigung hätte vielmehr auch von dem früheren Ehemann der Klägerin erklärt werden müssen, der die Wohnung zusammen mit ihr an den Beklagten zu 1 vermietet hatte. Die vom Beschwerdegericht vorgenommene analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB kommt in der vorliegenden Konstellation, dass einer von zwei Miteigentümern, die eine Wohnung vermietet haben, später Alleineigentümer wird, nicht in Betracht.

Gemäß § 566 Abs. 1 BGB tritt bei einer Veräußerung des vermieteten Wohnraums nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Nach dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB muss die Veräußerung an einen Dritten erfolgen, das heißt, der veräußernde Eigentümer und der Erwerber müssen personenverschieden sein, der Erwerber darf bis zum Erwerb nicht Vermieter gewesen sein<sup>466</sup>. Eine direkte Anwendung des § 566 BGB kommt damit, nicht in Betracht.

Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen. Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem - dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrundeliegenden - Regelungsplan ergeben<sup>467</sup>. Dies ist hier jedoch nicht der Fall<sup>468</sup>.

Sinn und Zweck des § 566 BGB ist der Schutz des Mieters vor einem Verlust des Besitzes an der Wohnung gegenüber einem neuem Erwerber im Falle der Veräußerung der Mietsache<sup>469</sup>. Dieser Schutzzweck ist von vornherein nicht

---

<sup>466</sup> vgl. BGH v. 6.7.1994 - VIII ARZ 2/94, BGHZ 126, 357 (363 f.).

<sup>467</sup> st. Rspr.; siehe nur BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rz. 33 m.w.N.

<sup>468</sup> BGH v. 9.1.2019 – VIII ZB 26/17, MDR 2019, 341 = NZM 2019, 208 = GE 2019, 249.

<sup>469</sup> BGH v. 12.7.2017 - XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 Rz. 29 m.w.N.

berührt, wenn einer von zwei vermietenden Miteigentümern seinen Eigentumsanteil auf den anderen überträgt, so dass dieser Alleineigentümer der Mietsache wird. Denn der nunmehrige Alleineigentümer ist (weiter) an den Mietvertrag gebunden und ein Verlust des Besitzes auf Seiten des Mieters infolge des Veräußerungsvorgangs ist somit nicht zu besorgen. Damit scheidet eine analoge Anwendung des § 566 BGB auf einen solchen Fall aus.

Soweit in der vom Berufungsgericht herangezogenen Kommentarstelle allgemeine Erwägungen dazu angestellt werden, es sei auch im Hinblick auf mögliche weitere Veräußerungsvorgänge "praktikabler, das Ausscheiden des veräußernden Miteigentümers aus der Vermieterstellung sogleich zu vollziehen"<sup>470</sup>, ergibt sich daraus offensichtlich keine tragfähige Grundlage für eine Analogie.

## 11 Kautions

### 11.1 Kautionsrückzahlung

Nach dem Ende des Mietverhältnisses hat sich der Vermieter innerhalb angemessener, nicht allgemein bestimmbarer Frist<sup>471</sup> gegenüber dem Mieter zu erklären, ob und (gegebenenfalls) welche aus dem beendeten Mietverhältnis stammenden Ansprüche er gegen diesen erhebt. Mit einer solchen Erklärung wird die Mietsicherheit abgerechnet, da der Vermieter damit deutlich macht, ob und (gegebenenfalls) in Bezug auf welche Forderungen er ein Verwertungsinteresse an der gewährten Mietsicherheit hat.

Da das Bürgerliche Gesetzbuch in den mietrechtlichen Bestimmungen die Art und Weise der Abrechnung nicht vorgibt, kann die Abrechnung des Vermieters ausdrücklich oder konkludent erfolgen. So kann der Vermieter die Kautionsrückzahlung in einer den Vorgaben des § 259 BGB genügenden Weise dergestalt (ausdrücklich) abrechnen, dass er sämtliche ihm - seiner Auffassung nach - zustehenden Forderungen im Einzelnen bezeichnet und der Kautionsrückzahlungsforderung gegenüberstellt.

---

<sup>470</sup> so Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 13. Aufl., § 566 BGB Rz. 77; dagegen zutreffend MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl., § 566 Rz. 22.

<sup>471</sup> vgl. hierzu BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 71/05, NJW 2006, 1422 Rn. 9 f.; BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 2/87, BGHZ 101, 244 (250 f.).

Darüber hinaus kann die Abrechnung auch durch schlüssiges Verhalten des Vermieters wirksam vorgenommen werden. So hat es der BGH bereits in der Vergangenheit im Falle einer zu Mietbeginn gewährten Barkautions als konkludente Abrechnung angesehen, wenn der Vermieter mit einer oder mehreren eigenen, aus dem beendeten Mietverhältnis stammenden Forderungen gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters aufrechnet<sup>472</sup>. Eine konkludente Abrechnung liegt aber auch dann vor, wenn der Vermieter die ihm (seiner Auffassung nach) zustehenden Forderungen aus dem beendeten Mietverhältnis gegen den Mieter klageweise geltend macht, ohne durch einen Vorbehalt kenntlich zu machen, dass noch mit der Geltendmachung weiterer Forderungen zu rechnen ist. Denn auch hiermit bringt der Vermieter - für den Mieter erkennbar - zum Ausdruck, dass sich sein Verwertungsinteresse auf die in der Forderungsaufstellung bezeichneten beziehungsweise auf die aufgerechneten oder klageweise geltend gemachten Forderungen beschränkt<sup>473</sup>.

Eine gewährte Barkautions wird mit dem Zugang der Abrechnung beim Mieter zur Rückzahlung fällig. Denn mit der Abrechnung der Barkautions nach Beendigung des Mietverhältnisses wird ein Stadium erreicht, in dem sich der Vermieter - ohne weitere Schritte ergreifen zu müssen - wegen seiner nunmehr bestimmten und bezifferten Ansprüche aus der Barkautions befriedigen kann, etwa durch Aufrechnung seiner Forderungen gegen die Forderung des Mieters auf Rückzahlung der Kautions.

Dies gilt, wie der BGH in Übereinstimmung mit der in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der mietrechtlichen Literatur überwiegend vertretenen Auffassung nunmehr entscheidet, auch für streitige Forderungen des Vermieters<sup>474</sup>. Ein solches Vorgehen - Verwertung der Barkautions auch für Forderungen, die weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt sind - entspricht auch

---

<sup>472</sup> BGH v. 11.4.1984 - VIII ZR 315/82, NJW 1985, 267 unter II 2.

<sup>473</sup> BGH v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17, GE 2019, 1105.

<sup>474</sup> noch offen gelassen: BGH v. 7.5.2014 - VIII ZR 234/13, NJW 2014, 2496 Rz. 13; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 551 BGB Rz. 100; BeckOK-Mietrecht/*Lutz*, Stand 1. Juni 2018, § 551 BGB Rz. 47; *Schneider* in Spielbauer/Schneider, Mietrecht, § 551 BGB Rz. 120; vgl. auch bereits BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 2/87, BGHZ 101, 244 (251); OLG Karlsruhe, NJW-RR 2009, 514; LG Hamburg, ZMR 2017, 164; a.A.: LG Berlin [67. Zivilkammer], NZM 2018, 285; LG Halle, NZM 2008, 685; LG Wuppertal, NJW-RR 2004, 1309; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2018, § 551 BGB Rz. 31; ohne nähere Begründung auch Palandt/*Weidenkaff*, 78. Aufl., vor § 535 BGB Rz. 123.

dem beiderseitigen Interesse von Vermieter und Mieter, das beendete Mietverhältnis - so schnell wie rechtlich und tatsächlich möglich - zu einem endgültigen Abschluss zu bringen.

Schützenswerte Interessen des Mieters werden hierdurch nicht berührt. Denn bestreitet der Mieter die zur Aufrechnung gestellten Vermieterforderungen, kann er auf Rückzahlung der Kautionsklagen; in diesem Rechtsstreit wird geklärt, ob die Forderungen des Vermieters bestehen. Entsprechendes gilt, wenn der Vermieter die Abrechnung durch Klageerhebung vornimmt. In beiden Fällen trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen der von ihm beanspruchten Forderungen. Auch der Umstand, dass der Mieter nach einem Zugriff des Vermieters auf die Barkautions das Risiko der Insolvenz des Vermieters trägt, vermag es nicht zu rechtfertigen, den Vermieter bei der Kautionsabrechnung auf unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Forderungen zu verweisen. Denn nach der Abrechnung der Kautions durch den Vermieter und der sich daran anschließenden Verwertungsphase stehen sich Mieter und Vermieter gegenüber wie jeder sonstige Sicherungsgeber seinem Sicherungsnehmer.

Macht der Vermieter allerdings von seiner Verwertungsbefugnis keinen Gebrauch, so dass der Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters nicht durch eine Aufrechnung des Vermieters erlischt, kann der Mieter seinerseits mit dem (fälligen) Kautionsrückzahlungsanspruch gegen die vom Vermieter erhobenen Forderungen aufrechnen. Das Sicherheitsbedürfnis des Vermieters gebietet es gerade nicht, die Fälligkeit der Forderung auf Rückzahlung einer Barkautions noch über die Erteilung der Abrechnung hinauszuschieben. Denn mit der Abrechnung hat der Vermieter gegenüber dem Mieter sein Verwertungsinteresse auf die abgerechneten Forderungen beschränkt. Im Übrigen hat er die Möglichkeit, eine Aufrechnung bereits mit der Abrechnung zu erklären und auf diese Weise zu entscheiden, für welche von gegebenenfalls mehreren Forderungen die Kautions vorrangig verwertet werden soll. Erteilt er hingegen eine Abrechnung, ohne auf die Barkautions zuzugreifen, rechtfertigt sein Sicherheitsbedürfnis deren weiteren Einbehalt nicht, so dass nunmehr auch der Mieter aufrechnen darf<sup>475</sup>.

---

<sup>475</sup> BGH v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17, GE 2019, 1105.

## 11.2 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 abzustellen<sup>476</sup>. 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 stand<sup>477</sup>.

Der formularmäßige Ausschluss der Kautionsverzinsung in einem Wohnraummietvertrag aus dem Jahr 1966 stellt keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar, weil der Vermieter zu dieser Zeit zu einer Verzinsung der Kautions (noch) nicht verpflichtet war<sup>478</sup>.

Wie der VIII. Senat in dem Rechtsentscheid vom 8. Juli 1982<sup>479</sup> 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 hat<sup>480</sup>.

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 20.2.1980<sup>481</sup>). Für nicht preisgebundenen Wohnraum wurde erstmals durch das Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen

---

<sup>476</sup> 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.

<sup>477</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

<sup>478</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

<sup>479</sup> BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, BGHZ 84, 345.

<sup>480</sup> BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, BGHZ 84, 345.

<sup>481</sup> BGBl. I S. 159.

vom 20.12.1982<sup>482</sup> eine Verzinsungspflicht für Mietkautionen in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt, die am 1.1.1983 in Kraft trat (§°550b Abs. 2 BGB aF<sup>483</sup>).

Da ein Vermieter von Wohnraum im Jahr 1966 rechtlich nicht zur Verzinsung der Mietkaution verpflichtet war, ist ein formularmäßiger Ausschluss der Verzinsung in einer solchen Fallgestaltung nicht zu beanstanden<sup>484</sup>.

Art. 229 § 5 EGBGB hat an diesen Gegebenheiten nichts geändert. Nach Satz 1 dieser Überleitungsvorschrift zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001<sup>485</sup> 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 Dauerschuldverhältnisse, 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 vor<sup>486</sup>.

Auch die Auslegung des Art. 229 § 3 Abs. 8 EGBGB gebietet, wie durch das Urteil des Senats vom 11.3.2009<sup>487</sup> geklärt ist, im vorliegenden Fall nicht die Zulassung der Revision<sup>488</sup>.

Zwar erlegt § 551 Abs. 3 Satz 1 BGB (in der Fassung des Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts [Mietrechtsreformgesetz] vom 19. Juni 2001<sup>489</sup>) 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.

---

<sup>482</sup> BGBl. I S. 1912.

<sup>483</sup> siehe BT-Drucks. 9/2079, S. 10 f.

<sup>484</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

<sup>485</sup> BGBl. I S. 3138.

<sup>486</sup> 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].

<sup>487</sup> BGH v. 11.3.2009 – VIII ZR 184/08, NJW 2009, 1673.

<sup>488</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

<sup>489</sup> BGBl. I S. 1149.

Obgleich § 551 BGB mit Wirkung seit dem 1.9.2001 grundsätzlich auch auf zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Mietverhältnisse anzuwenden ist<sup>490</sup>, 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, wirksam<sup>491</sup>.

### 11.3 Bürgschaft auf erstes Anfordern und Verjährung

Ein Rückforderungsrecht des Hauptschuldners aus der Sicherungsabrede besteht, wenn der Bürgschaftsfall nicht eingetreten ist<sup>492</sup>. Dieser Anspruch kann auch auf Bereicherungsrecht gestützt werden<sup>493</sup>. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist bis zum Abschluss des Nachprozesses Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Bürgenleistung. Verstößt ein Gläubiger gegen die Sicherungsabrede, indem er den Bürgen in Anspruch nimmt, ohne dass ein Sicherungsfall vorliegt, findet bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern eine (vorläufige) Rückabwicklung nicht statt. Erst im Nachprozess lebt die Akzessorietät der Bürgschaft wieder auf, so dass der Gläubiger nachträglich so gestellt werden kann, als hätte er die Leistung ohne Rechtsgrund erlangt. Der Bürge, der auf erstes Anfordern sofort an den Gläubiger leisten muss, kann also die sich aus der Akzessorietät ergebenden Einwendungen nachholen und die Leistung nach § 812 Abs. 1 BGB zurückfordern<sup>494</sup>. Die Zahlungspflicht des Bürgen entfällt nur in den Fällen, in denen die missbräuchliche Ausnutzung der formellen Rechtsstellung durch den begünstigten Gläubiger klar erkennbar ist. Zahlt der Bürge auf erstes Anfordern, erkennt er damit nicht die Hauptverbindlichkeit an. Die Zahlung auf erstes Anfordern kann also nur als vorläufiger Einwendungsausschluss ausgelegt werden<sup>495</sup>.

Unbenommen hiervon bleiben in diesem Fall aber Schadenersatzansprüche des Hauptschuldners gegen den Gläubiger wegen schuldhafter Verletzung von

---

<sup>490</sup> BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 243/03, NJW 2004, 3045 unter II 1 a.

<sup>491</sup> so BT-Drucks. 14/4553, S. 77.

<sup>492</sup> BGH v. 24.10.2002 - IX ZR 355/00, MDR 2003, 280 = NJW 2003, 352.

<sup>493</sup> OLG Oldenburg v. 9.3.2017 – 11 U 104/17, MietRB 2018, 361; OLG Hamm v. 21.4.1994 - 21 U 215/93, MDR 1994, 1186 = NJW-RR 1994, 1073.

<sup>494</sup> BGH v. 17.2.1989 – XI ZR 65/88, MDR 1989, 634 = NJW 1989, 1480; BGH v. 12.3.1984 – II ZR 198/82, MDR 1984, 735 = NJW 1984, 2030.

<sup>495</sup> BGH v. 17.2.1989 – XI ZR 65/88, MDR 1989, 634 = NJW 1989, 1480.

Vertragspflichten<sup>496</sup>. Der Gläubiger, der in Erfüllung der mit dem Hauptschuldner getroffenen Vereinbarung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern erhalten hat, ist aufgrund der getroffenen Sicherungsabrede dem Hauptschuldner gegenüber erst und nur dann berechtigt, den Bürgschaftsbetrag anzufordern, wenn die gesicherte Forderung fällig ist und auch im übrigen einredefrei besteht. Hat der Gläubiger die Leistung erhalten, nach materiellem Bürgschaftsrecht jedoch zu Unrecht, steht nicht nur dem Bürgen, sondern auch dem Hauptschuldner nach Inhalt und Zweck der mit dem Gläubiger getroffenen Sicherungsabrede ein eigener originärer Rückforderungsanspruch zu, der zunächst auf Zahlung an den Bürgen gerichtet ist. Hat der Bürge jedoch im Wege des Rückgriffs (§ 774 Abs. 1 S. 1 BGB; §§ 675, 670 BGB) schon vom Hauptschuldner Erstattung seiner Aufwendungen erhalten, kann der Hauptschuldner in Höhe der vertragswidrig angeforderten Bürgenleistungen Zahlung an sich verlangen<sup>497</sup>.

Dies gilt auch für verjährte Forderungen<sup>498</sup>. Dem steht nach § 214 Abs. 2 S. 1 BGB, wonach das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, auch wenn in Unkenntnis der Verjährung geleistet worden ist, nicht entgegen. Dies gilt nach § 214 Abs. 2 S. 2 BGB gleichermaßen von einem vertragsmäßigen Anerkenntnis sowie einer Sicherheitsleistung des Schuldners. § 214 Abs. 2 BGB ist bei Rückforderungen von im Wege der Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch genommener Leistungen nicht anwendbar<sup>499</sup>. Denn bei Bürgschaften auf erstes Anfordern können Einwendungen gegen die materielle Berechtigung der Ansprüche des Begünstigten grundsätzlich erst nach Zahlung durch Rückforderungsklage gegen den Begünstigten geltend gemacht werden<sup>500</sup>.

---

<sup>496</sup> Staudinger/Norbert Horn, (2012) Vorbem zu §§ 765-778 BGB Rz. 38.

<sup>497</sup> BGH v. 24.10.2002 - IX ZR 355/00, MDR 2003, 280 = NJW 2003, 352.

<sup>498</sup> OLG Oldenburg v. 9.3.2017 – 11 U 104/17, MietRB 2018, 361; OLG Hamm v. 21.4.1994 - 21 U 215/93, MDR 1994, 1186 = NJW-RR 1994, 1073.

<sup>499</sup> OLG Oldenburg v. 9.3.2017 – 11 U 104/17, MietRB 2018, 361 m.w.N.

<sup>500</sup> BGH v. 17.2.1989 – XI ZR 65/88, MDR 1989, 634 = NJW 1989, 1480.

## 12 Mieterhöhung

### 12.1 Mieterhöhung im Fernabsatzgeschäft

Zwar entspricht es allgemeiner, auch vom Gesetzgeber bei Neufassung des § 312 BGB im Zuge des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013<sup>501</sup> aufgegriffener und in § 312 Abs. 4 BGB konkretisierter Anschauung, dass auch Mietverträge über Wohnraum zu den von einem Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen (§ 312b BGB) und im Fernabsatz (§ 312c BGB) geschlossenen Verträgen, die eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben, gehören<sup>502</sup>. Soweit es außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§ 312b BGB) betrifft, steht zudem außer Frage, dass das dabei bestehende Schutzbedürfnis des Mieters auch bei einem Abschluss oder einer Änderung eines Wohnraummietvertrages gegeben sei kann<sup>503</sup>.

Hingegen ist Frage, ob dem Mieter einer Wohnung bei einer einvernehmlichen Mieterhöhung nach Maßgabe der § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht nach den Regelungen des Fernabsatzrechts zustehen kann, umstritten. und bislang höchstrichterlich nicht entschieden.

Teilweise wird die Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts auf Mieterhöhungsvereinbarungen nach § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB namentlich aufgrund des weit gefassten Wortlauts des § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB uneingeschränkt bejaht. Danach unterfielen alle Vereinbarungen der Vertragsparteien während des laufenden Mietverhältnisses über die Miethöhe dem Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB, sofern es sich um Verbraucherverträge handele. Aus dem Zusammenspiel der Sätze 1 und 2 in § 312 Abs. 4 BGB sowie aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich, dass sowohl der erstmalige Abschluss eines Mietvertrages (§ 312 Abs. 4 Satz 2 BGB) als auch alle späteren Vereinbarungen im Rahmen des Mietverhältnisses von den Verbraucherschutzregelungen erfasst werden sollten. In der Gesetzesbegründung<sup>504</sup> sei zudem die Konstellation ei-

---

<sup>501</sup> BGBl. I S. 3642.

<sup>502</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

<sup>503</sup> BGH v. 17.5.2017 - VIII ZR 29/16, NJW 2017, 2823 Rz. 12, m.w.N. (zum Widerruf einer in einer Haustürsituation geschlossenen Modernisierungsvereinbarung).

<sup>504</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

ner Mieterhöhung, die bei einem unangemeldeten Besuch des Vermieters beim Mieter vereinbart werde, ausdrücklich als Anwendungsfall eines Widerrufsrechts genannt<sup>505</sup>. Der Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts stehe auch der Sinn und Zweck der Vorschriften über die Anpassung der Wohnraummiete an die ortsübliche Vergleichsmiete und über den Verbraucherwiderruf nicht entgegen, denn diese Bestimmungen ergänzten sich gegenseitig. Erstere sollten den Mieter vor inhaltlich unangemessenen Mieterhöhungen bewahren, während die §§ 312 ff. BGB einen Schutz vor unüberlegten beziehungsweise übereilten Entscheidungen bezweckten und dem Verbraucher einen typisierten Schutz gewährten, den das Mieterhöhungsrecht nicht eröffne<sup>506</sup>. Dem Vermieter entstünden auch keine Nachteile, wenn er den Mieter ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht informiere (§ 312d Abs. 1 BGB, § 312 Abs. 3 Nr. 6, Art. 246a § 1 Abs. 2, 3 EGBGB) und dieser es ausübe, denn in diesem Fall stehe der Vermieter lediglich so, als sei von vornherein keine Zustimmung zu der verlangten Mieterhöhung erklärt worden; er könne daher gemäß § 557 Abs. 3, § 558 Abs. 1, § 558b Abs. 2 Satz 1, 2 BGB Klage auf Erteilung der Zustimmung erheben. Sofern hingegen bei mangelnder oder unzureichender Widerrufsbelehrung die zugunsten des Mieters geltende Widerrufsfrist (§ 355 Abs. 2, § 356 Abs. 3 BGB) die vom Vermieter zu beachtende Klagefrist des § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB überschreite, werde der Vermieter hierdurch nicht ungerechtfertigt benachteiligt, weil er dies selbst zu verantworten habe<sup>507</sup>.

Andere Stimmen im Schrifttum und auch in der Rechtsprechung verneinen mit unterschiedlicher Begründung ein Recht des Mieters, seine Zustimmungserklärung zu einer an ihn herangetragenen Mieterhöhung nach § 558 Abs. 1, § 558a Abs. 1 BGB nach Maßgabe des Fernabsatzrechts zu widerrufen.

Teilweise wird argumentiert, die Regelungen über die Zulässigkeit von Mieterhöhungen im Vergleichsmietenverfahren der §§ 558 ff. BGB seien im Verhältnis zu Vorschriften über das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzver-

---

<sup>505</sup> vgl. *Hau*, NZM 2015, 435 (439); *Staudinger/J. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 557 BGB Rz. 41; *BeckOK-BGB/Schüller*, Stand: 1. August 2018, § 557 BGB Rz. 10, § 558a Rz. 3; *jurisPK-BGB/Junker*, 8. Aufl., § 312 BGB Rz. 134; *Pitz-Paal*, GE 2015, 556 (559).

<sup>506</sup> vgl. *Hau*, NZM 2015, 435 (439); *Koch*, VuR 2016, 92, 94; *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275 (3276).

<sup>507</sup> vgl. *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, Fach 4, S. 189 (196 f.).

trägen vorrangige Sonderregelungen<sup>508</sup>. Weiter wird vertreten, die Bestimmungen über das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen seien im Hinblick auf ihren Schutzzweck auf Mieterhöhungsvereinbarungen nach § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB nicht anzuwenden. Das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen sei auf den Versandhandel zugeschnitten. Bei Geschäften dieser Art könne der Verbraucher die Ware nicht sehen, bevor er den Vertrag abschlieÙe. Bei einem Fernabsatzgeschäft habe der Verbraucher somit üblicherweise nicht die Möglichkeit, die Leistung des Unternehmers zu prüfen. Bei einem Zustimmungsverlangen des Vermieters nach § 558 Abs. 1, § 558a Abs. 1 BGB kenne der Mieter hingegen sowohl seinen Vertragspartner als auch dessen Leistung, die bereits bewohnten Mieträume<sup>509</sup>. Darüber hinaus sei der Mieter nicht schutzbedürftig, weil ihm das Gesetz geraume Zeit zur Überlegung einräume, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang er der Mieterhöhung zustimme, nämlich bis zum Ablauf des zweiten Kalendermonats nach dem Zugang des Mieterhöhungsverlangens (§ 558b Abs. 2 Satz 1 BGB). Dadurch habe das in Textform (§ 558a Abs. 1 BGB) zu erklärende Mieterhöhungsverlangen den Effekt, dass eine Druck- und Überrumpelungssituation zu Lasten des Mieters vermieden werde<sup>510</sup>. Der Anwendung des § 312c Abs. 1 BGB stehe nach einer weiteren Ansicht entgegen, dass eine Mieterhöhung nach Maßgabe der §§ 558 ff. BGB nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystem des Vermieters im Sinne von § 312c Abs. 1 Halbs. 2 BGB erklärt werde. Ein Fernabsatzsystem müsse sich auf den Vertrieb der vertraglichen Hauptleistung beziehen. Dies sei die Vermietung der Wohnung; diese sei jedoch typischerweise nicht im Fernabsatz organisiert<sup>511</sup>. Zusätzlich wird geltend gemacht, die Gewährung eines Widerrufsrechts sei mit der für den Vermieter geltenden Klagefrist des § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB nicht ohne Weiteres zu vereinbaren. So könne der Mieter, der frei

---

<sup>508</sup> Horst, DWW 2015, 2 (5 f.); Lützenkirchen/Dickersbach, Mietrecht, 2. Aufl., § 558b BGB Rz. 48h.

<sup>509</sup> vgl. Fervers, NZM 2018, 640 (647); BeckOGK-BGB/Fleindl, Stand: 1. Juli 2018, § 558b Rz. 13; Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl., § 535 BGB Rz. 71h.

<sup>510</sup> Fervers, NZM 2018, 640 (647); BeckOGK-BGB/Fleindl, Stand: 1. Juli 2018, § 558b Rz. 13; Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl., § 535 BGB Rz. 71h.

<sup>511</sup> Mediger, NZM 2015, 185 (190 f.); siehe auch BeckOGK-BGB/Fleindl, Stand: 1. Juli 2018, § 558b Rz. 13; Beuermann, GE 2015, 561 (562); siehe auch AG Spandau v. 27.10.2015 – 5 C 267/15, GE 2015, 1463, wonach der Vermieter bei der Anpassung der Miete an die ortsübliche Vergleichsmiete nichts "absetze".

wählen kann, wann er das Widerrufsrecht ausübt, seine Zustimmung gemäß § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB selbst dann noch widerrufen, wenn die Klagefrist bereits abgelaufen sei, so dass der Vermieter gegebenenfalls erneut Mieterhöhung verlangen müsse<sup>512</sup>.

Nach einer vereinzelt gebliebenen Ansicht sei das Recht des Wohnraummieters, seine Zustimmung zu einem im Wege des Fernabsatzes unterbreiteten Mieterhöhungsverlangen zu widerrufen, davon abhängig, ob der Vermieter mehr oder weniger als die ortsübliche Vergleichsmiete verlange. Ein Widerrufsrecht sei ausgeschlossen, soweit der Vermieter nicht mehr als die ortsübliche Vergleichsmiete fordere. Hinsichtlich des überschießenden Betrags sei der Mieter hingegen zum Widerruf seiner Zustimmung berechtigt<sup>513</sup>.

Der BGH<sup>514</sup> entscheidet die Rechtsfrage dahingehend, dass die Zustimmungserklärung des Mieters zu einer einvernehmlichen Mieterhöhung nach § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB aufgrund einer teleologischen Reduktion des § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB, die nach dem Regelungszweck sowohl der Bestimmungen über die Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§§ 558 ff. BGB) als auch der Bestimmungen über das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen geboten ist, dem Anwendungsbereich des Verbraucher Widerrufs bei Fernabsatzverträgen entzogen ist. Nach dieser Maßgabe steht dem Mieter ein Widerrufsrecht auf der Grundlage von § 355 Abs. 1, § 312g Abs. 1, § 312c BGB nicht zu.

Dies erschließt sich allerdings nicht bereits aus dem Wortlaut des § 312 Abs. 4 BGB, der die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf Wohnraummietverträge regelt. Gemäß § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB, der "Verträge über die Vermietung von Wohnraum" erfasst, unterfallen auch einvernehmliche Mieterhöhungen nach § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB dem Anwendungsbereich der bei Verbraucherverträgen geltenden Grundsätze der §§ 312 ff. BGB. Denn auch eine im Wege des Verbrauchervertrages (§ 310 Abs. 3 BGB) getroffene Mieterhöhungsvereinbarung hat eine entgeltliche Leistung des Vermieters zum Gegenstand (§ 312 Abs. 1 BGB).

---

<sup>512</sup> vgl. *Hinz*, WuM 2016, 76 (84); *Beuermann*, GE 2015, 561 (562); Lützenkirchen/*Dickersbach*, Mietrecht, 2. Aufl., § 558b BGB Rz. 48h; siehe auch LG Berlin v. 14.9.2016 – 18 S 357/15, GE 2016, 1391.

<sup>513</sup> *Kroll*, GE 2016, 699 (703).

<sup>514</sup> BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, MDR 2019, 22 = WuM 2018, 765 = GE 2018, 1521.

Der Gesetzeswortlaut schließt grundsätzlich alle Vereinbarungen der Parteien im laufenden Mietverhältnis über die Miethöhe ein und somit auch einvernehmliche Mieterhöhungen nach Maßgabe der § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB. Da § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB unter anderem auf § 312 Abs. 3 Nr. 1, 6, 7 BGB verweist, steht dem Mieter von Wohnraum daher im Grundsatz nach § 312g Abs. 1 BGB nicht nur bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312b BGB), sondern auch bei Fernabsatzverträgen (§ 312c BGB) ein Widerrufsrecht zu, über das der (unternehmerisch tätige) Vermieter den Wohnraummieter gemäß § 312d BGB nach Maßgabe des Art. 246 a EGBGB informieren muss.

Die Auslegung des § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB darf jedoch nicht beim Wortlaut stehen bleiben<sup>515</sup>.

Bereits die Gesetzesbegründung stellt bei Änderungen bereits geschlossener Mietverträge nicht die im Fernabsatz bestehenden Gefahren für den Verbraucher in den Vordergrund, sondern die Gefahren bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Zwar sind Wohnraummietverträge vom Geltungsbereich der umzusetzenden Verbraucherrechterichtlinie nicht erfasst<sup>516</sup>. Der Erwägungsgrund 26 der Verbraucherrechterichtlinie führt dazu aus, die in der Richtlinie enthaltenen Bestimmungen eigneten sich (unter anderem) nicht für Verträge über Wohnraum; diese sollten daher vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden. Mit Rücksicht darauf geht § 312 Abs. 4 BGB trotz der von der Verbraucherrechterichtlinie nach ihrem Art. 4 und dem Erwägungsgrund 7 zur Erzielung eines hohen Verbraucherschutzniveaus verfolgten vollständigen Harmonisierung der von ihr erfassten Aspekte des Verbraucherschutzes<sup>517</sup> in zulässiger Weise über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus.

Die Erstreckung auf die Wohnraummiete hat der Gesetzgeber mit der Erwägung begründet, die Mieter dürften nicht schlechter gestellt werden als nach bisherigem Recht<sup>518</sup>. Dies hat seinen Grund jedoch nicht im Fernabsatzrecht, denn dessen Anwendbarkeit auf einvernehmliche Mieterhöhungen nach § 558a

---

<sup>515</sup> BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, MDR 2019, 22 = WuM 2018, 765 = GE 2018, 1521.

<sup>516</sup> Art. 3 Abs. 3 Buchst. f Fall 3 der Richtlinie.

<sup>517</sup> vgl. EuGH v. 13.9.2018 - C-332/17, juris Rz. 26 f.

<sup>518</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB wurde zuvor nicht erwogen<sup>519</sup>. Hintergrund der Er-  
streckung des Verbraucherwiderrufs auf die Wohnraummiete ist vielmehr die  
Rechtsprechung zu dem früher geltenden Haustürwiderrufsgesetz, dessen An-  
wendungsbereich sich grundsätzlich auch auf Wohnraummietverträge erstreck-  
te<sup>520</sup>.

In der Gesetzesbegründung heißt es weiter, trotz der Bestimmungen des sozia-  
len Mietrechts bestünden insbesondere bei Änderungen bereits geschlossener  
Mietverträge Gefahren durch Überrumpelung und psychischen Druck. Daher sei  
es sachgerecht, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gegenüber dem gewerbli-  
chen Vermieter einzuräumen, wenn der Vertrag im Fernabsatz oder außerhalb  
von Geschäftsräumen geschlossen werde. Denkbar sei etwa, dass der Ver-  
braucher bei einem unangemeldeten Besuch des Vermieters einer Mieterhö-  
hung und damit einer wesentlichen Vertragsänderung zustimme oder einen  
Aufhebungsvertrag schließe<sup>521</sup>.

Mit dem Hinweis auf unangemeldete Besuche nimmt die Gesetzesbegründung  
erneut eine spezifische Gefahr außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener  
Verbraucherverträge in den Blick. Hiermit ist die Situation des Verbrauchers bei  
einem Fernabsatzvertrag indes nicht zu vergleichen. Diese Art des Vertrags-  
schlusses ist für ihn typischerweise nicht mit einem Überraschungsmoment  
verbunden und auch eine Übereilungsgefahr spielt hier keine wesentliche Rol-  
le<sup>522</sup>.

Gleichwohl hat der Gesetzgeber aus der Fallkonstellation der außerhalb von  
Geschäftsräumen geschlossenen Verbraucherverträge den Schluss gezogen,  
dass nicht nur das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei außerhalb von Ge-  
schäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312b BGB) auf Vereinbarungen  
über die Vermietung von Wohnraum zu übertragen sei, sondern darüber hinaus  
auch das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Vertragsabschlüssen im Fern-  
absatz (§ 312c BGB). Den Gesetzesmaterialien ist insoweit zu entnehmen,

---

<sup>519</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 13. Aufl., § 558b BGB Rz. 35b.

<sup>520</sup> siehe etwa OLG Koblenz [Rechtsentscheid], NJW 1994, 1418; OLG Braunschweig [Rechts-  
entscheid], NZM 1999, 996; LG Münster, WuM 2001, 610; jeweils zu § 1 HWiG in der bis  
zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung.

<sup>521</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

<sup>522</sup> BGH v. 12.10.2016 - VIII ZR 55/15, NJW 2017, 878 Rz. 52.

dass § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB auch bei vereinbarten Mieterhöhungen gelte, denn in allen diesen Fällen bestehe ein berechtigtes Interesse des Mieters, Abreden zu widerrufen, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz zustande gekommen seien<sup>523</sup>.

Diese Erwägungen lassen sich zwar u.a. auf während der Mietzeit vereinbarte Mieterhöhungen nach § 557 Abs. 1 BGB übertragen, die nicht an die Zulässigkeitsvoraussetzungen und Beschränkungen von Mieterhöhungen im Vergleichsmietenverfahren (§§ 558 ff. BGB) gebunden sind, nicht jedoch auf übereinstimmende Mieterhöhungen nach Maßgabe der § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB. Denn eine Mieterhöhung nach den Bestimmungen der §§ 558 ff. BGB, die während des Bestehens eines Mietverhältnisses im Hinblick auf den Ausschluss der Kündigung zum Zwecke der Mieterhöhung (§ 573 Abs. 1 Satz 2 BGB) Anpassungen der Miete ermöglichen wollen, ohne deswegen den Bestand des Mietverhältnisses in Frage zu stellen, ist - worauf das BMJ hingewiesen hat<sup>524</sup> - zum Schutz des Mieters an bestimmte gesetzliche Voraussetzungen geknüpft.

Die gesetzlichen Schutzvorkehrungen wirken zum einen der vom Gesetzgeber bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie nicht nur bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312b BGB), sondern unter Umständen auch bei mietrechtlichen Fernabsatzverträgen (§ 312 Abs. 4, § 312c BGB) in Betracht gezogenen Gefahr psychischen Drucks auf den Mieter entgegen. Zum anderen gleichen die Regelungen des Vergleichsmietenverfahrens auch das Informationsdefizit des Mieters aus. Das Wohnraummietrecht begegnet auf diese Weise der Gefahr von Fehlentscheidungen des Mieters und trägt dem Schutzzweck des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen Rechnung.

Eine Vertragsverhandlungssituation, die für den Mieter mit einem Überraschungsmoment, mit psychischem Druck oder gar mit der Gefahr der Überrumpelung verbunden ist, besteht typischerweise nicht, wenn der Vermieter ein Mieterhöhungsverlangen nach §§ 558 ff. in der gesetzlichen vorgesehenen Textform (§ 558a Abs. 1, § 126b BGB) an den Mieter heranträgt<sup>525</sup>.

---

<sup>523</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

<sup>524</sup> GE 2015, 563.

<sup>525</sup> *Fervers*, NZM 2018, 640 (647).

Die in § 558a Abs. 1 BGB vorgesehene Textform, bei der die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden muss<sup>526</sup>, verpflichtet den Vermieter zur Verwendung eines Fernkommunikationsmittels. Dabei hat der Gesetzgeber auf die langjährigen Erfahrungen mit Mieterhöhungen zurückgegriffen, die nach Maßgabe des bereits durch das Gesetz zur Regelung der Miethöhe vom 18. Dezember 1974<sup>527</sup> (MHG) eingeführten § 8 MHG mit Hilfe automatisierter Einrichtungen gefertigt werden konnten. Gerade bei der Vermietung einer größeren Anzahl von Wohnungen hat der Gesetzgeber bereits 1974 den Bedürfnissen der Bürotechnik nach einer automatisierten Erstellung der entsprechenden Mitteilungen Rechnung tragen wollen<sup>528</sup>.

Die Erklärung eines Mieterhöhungsverlangens in Textform dient damit der Erleichterung des Rechtsverkehrs<sup>529</sup>. Darüber hinaus hat das Formerfordernis des § 558a Abs. 1 BGB jedoch einen wesentlich weitergehenden Schutzzweck. Gemeinsam mit dem gesetzlichen Begründungserfordernis soll es gewährleisten, dass der Mieter über die anstehende Erhöhung unterrichtet wird und die dafür angeführten Erläuterungen und Berechnungen in nachvollziehbarer Weise überprüfen kann.

Der Mieter kann auf diese Weise seinen rechtsgeschäftlichen Willen außerhalb einer Druck- und Überrumpelungssituation bilden, denn der Vermieter hat den Inhalt der Mieterhöhungsvereinbarung in einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Weise zu begründen (§ 558a Abs. 1, 2 BGB). Die Begründung soll dem Mieter - auch im Interesse einer außergerichtlichen Einigung zur Vermeidung überflüssiger Prozesse<sup>530</sup> - die Möglichkeit geben, die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens zu überprüfen. Hierfür ist es erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung

---

<sup>526</sup> vgl. BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09, NZM 2011, 295 Rz. 13.

<sup>527</sup> Art. 3 des Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum, BGBl. I 3604.

<sup>528</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 13; siehe auch die Begründung des Regierungsentwurfs zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drucks. 14/4987, S. 21 f. (27).

<sup>529</sup> vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 10

<sup>530</sup> BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 18, 22, m.w.N.

gung des Erhöhungsverlangens gibt. Zwar dürfen an die Begründung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Das Erhöhungsverlangen muss aber - in formeller Hinsicht - Angaben über die Tatsachen enthalten, aus denen der Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können<sup>531</sup>.

Zudem kann der Vermieter, der ein - berechtigtes - Mieterhöhungsverlangen gegebenfalls auch im Wege einer Klage auf Zustimmung durchzusetzen vermag (§ 557 Abs. 3 Halbs. 1, § 558 Abs. 1 BGB), vor Ablauf der dem Mieter bis zum Ablauf des zweiten Kalendermonats nach dem Zugang des Verlangens eingeräumten Zustimmungsfrist (§ 558b Abs. 2 Satz 1 BGB) eine zulässige Klage auf Zustimmung zu der verlangten Mieterhöhung nicht erheben und muss bei Nichteinhaltung der Frist eine Klageabweisung durch ein Prozessurteil vergegenwärtigen. Zur Entscheidung, ob der Mieter den Antrag des Vermieters auf Vertragsänderung annehmen soll, räumt das Gesetz dem Mieter damit eine Überlegungsfrist ein, die vertraglich nicht verkürzt werden darf (§ 558b Abs. 4 BGB), um ihn vor Entscheidungen unter Zeitdruck zu schützen und ihm die Möglichkeit zu eröffnen, sich über die Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens des Vermieters anhand der von diesem gegebenen Begründung klar zu werden<sup>532</sup>. Auch wenn der Vermieter den Mieter nicht über den Lauf der Zustimmungsfrist informieren muss, stellt sie sicher, dass dem Mieter eine angemessene Überlegungszeit zur Überprüfung des Mieterhöhungsverlangens und seiner Begründung zur Verfügung steht, bevor er entscheidet, ob und gegebenenfalls inwieweit er ihm zustimmt. Einer sich daran noch anschließenden Widerrufsfrist nach Maßgabe des Fernabsatzrechts, die mit dem Vertragsschluss, also mit der vom Mieter erklärten Zustimmung zu der verlangten Mieterhöhung, beginnt (§ 355 Abs. 2 BGB), bedarf es zum Schutz der Entscheidungsfreiheit des Mieters nicht mehr.

---

<sup>531</sup> st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 18; BGH v. 3.2.2016 - VIII ZR 69/15, NJW 2016, 1385 Rz. 11; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 12 m.w.N.

<sup>532</sup> siehe bereits BT-Drucks. 7/2011, S. 11 (zu der Vorgängerregelung des § 2 Abs. 3 MHG).

Der durch die besonderen Bestimmungen der §§ 558 ff. BGB abgesicherte Schutz des Wohnraummieters trägt auch den spezifischen Gefahren der Anbahnung und des Abschlusses von Verträgen im Fernabsatz Rechnung. Wie ausgeführt, dient das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen der Kompensation von Gefahren aufgrund der fehlenden physischen Begegnung von Anbieter und Verbraucher und der in der Regel fehlenden Möglichkeit, die Ware oder Dienstleistung vor Vertragsschluss in Augenschein zu nehmen. Das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz soll daher das typischerweise bestehende und unter Umständen zu Fehlentscheidungen führende Informationsdefizit des Verbrauchers ausgleichen<sup>533</sup>. Für den Ausgleich des Informationsdefizits des Mieters und den Schutz seiner Entschließungsfreiheit ist jedoch, wie ausgeführt, durch das in § 558a Abs. 1, 2 BGB vorgesehene Begründungserfordernis und die eingeräumte Zustimmungsfrist (§ 558b Abs. 2 BGB) gesorgt. Auf diese Weise kann der Mieter den Vertragsgegenstand vor Vertragsabschluss ausreichend beurteilen, so dass der Sinn und Zweck der verbraucherschützenden Regelungen für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz uneingeschränkt erfüllt ist.

## 12.2 Kappungsgrenze bei unbehebbarem Mangel

Gemäß § 558 Abs. 1 S. 1 BGB kann ein Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Gemäß § 558 Abs. 3 S. 1 BGB darf sich die Miete dabei innerhalb von drei Jahren, von Erhöhungen nach §§ 559 und 560 BGB abgesehen, nicht um mehr als 20 % erhöhen (Kappungsgrenze), in den Fällen des § 558 Abs. 3 Satz 2 BGB um nur 15 %.

Ausgangspunkt für die Mieterhöhung ("Ausgangsmiete") ist dabei die vertraglich festgelegte Miete, bei späteren Änderungen nach § 557 oder § 558 BGB die zuletzt vereinbarte Miete<sup>534</sup>.

---

<sup>533</sup> vgl. *Fervers*, NZM 2018, 640 (642, 646); *Staudinger/Thüsing*, Neubearb. 2012, Vorb. zu §§ 312, 312a Rn. 27, § 312 Rn. 82, § 312c Rn. 1; *MünchKomm/Wendehorst*, 7. Aufl., § 312c BGB Rn. 3 f.; *BeckOGK-BGB/Alexander*, Stand: 1. Juli 2018, § 13 Rz. 88; *BeckOGK-BGB/Busch*, Stand: 1. Juli 2018, § 312g Rz. 7; *BeckOK-BGB/Martens*, Stand: 1. August 2018, § 312c Rz. 6; *Spindler/Schuster/Schirmbacher*, *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl., Vorb. zu §§ 312 ff. BGB Rz. 8 f.

<sup>534</sup> vgl. BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 16; zur Ausnahme bei einvernehmlicher Mieterhöhung aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen vgl. BGH v. 18.7.2007

Mietminderungen (§ 536 Abs. 1 BGB) bleiben bei der für die Berechnung der Kappungsgrenze maßgebenden Ausgangsmiete nach allgemeiner Meinung grundsätzlich unberücksichtigt<sup>535</sup>. Entgegen der vom Berufungsgericht (bezugnehmend auf Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 13. Aufl., § 558 BGB Rn. 166 f.) vertretenen Auffassung gilt bei nicht unerheblichen Wohnflächenabweichungen nichts anderes. Insbesondere kommt es auf den Umstand, dass derartige Mängel unbehebbar sind, nicht an<sup>536</sup>.

Die Ausgangsmiete ist für die Berechnung der Kappungsgrenze des § 558 BGB von Bedeutung. Diese soll verhindern, dass die Mietsteigerung in Einzelfällen ein zu starkes Ausmaß annimmt<sup>537</sup>. Sie dient mithin dazu, einen zu raschen Anstieg solcher Mieten, die bislang erheblich unter der ortsüblichen Vergleichsmiete lagen, zum Schutz der betroffenen Mieter zu vermeiden<sup>538</sup>. Gerade in diesen Fällen gewährt allein die Begrenzung einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 1 Satz 1 BGB) keinen hinreichenden Schutz zugunsten des Mieters. Die Kappungsgrenze ist daher eine zweite, selbständig einzuhaltende Obergrenze für Mieterhöhungen nach § 558 BGB<sup>539</sup> und dient dem Schutz des Mieters in wirtschaftlicher Hinsicht<sup>540</sup>.

Dieser Schutz vor einem zu raschen Anstieg seiner Zahlungspflichten orientiert sich jedoch an der Miete, zu deren Begleichung sich der Mieter vertraglich verpflichtet hat. Diese anfängliche oder während des laufenden Mietverhältnisses vereinbarte Miete hat der Mieter durch eigene Entscheidung übernommen und für sich als wirtschaftlich tragfähig angesehen. Hieran bemisst sich sein Schutz vor einer finanziellen Überforderung im Rahmen der jeweiligen Mietsteigerung.

---

- VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122 Rz. 12; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 287/06, NJW 2008, 2031 Rz. 11.

<sup>535</sup> vgl. MünchKomm/Artz, 7. Aufl., § 558 BGB Rz. 39; Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2018, § 558 BGB Rz. 50; Erman/Dickersbach, 15. Aufl., § 558 BGB Rz. 34; BeckOK-BGB/Schüller, Stand: 1. Februar 2019, § 558 BGB Rz. 46.

<sup>536</sup> BGH v. 17.4.2019 – VIII ZR 33/18, MDR 2019, 983 = WuM 2019, 319.

<sup>537</sup> vgl. BT-Drucks. 9/2079, S. 9 - zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 MHG - Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen.

<sup>538</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 54, 36 - Entwurf eines Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts [Mietrechtsreformgesetz]; BGH v. 28.4.2004 - VIII ZR 178/03, NJW-RR 2004, 945 unter II 2 c.

<sup>539</sup> vgl. BVerfGE 71, 230 (248).

<sup>540</sup> vgl. BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 17.

Ohnehin wird die Wohnflächenabweichung bei der weiteren Grenze der Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt. Die Größe der Wohnung (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) ist nach der tatsächlichen und nicht nach der vertraglich vereinbarten Wohnfläche zu berechnen<sup>541</sup>. Somit wird an dieser Stelle den schutzwürdigen Belangen des Mieters hinreichend Rechnung getragen und im Ergebnis vermieden, dass er eine im Verhältnis zur Wohnfläche überhöhte Miete zahlt.

Ferner steht der Herabsetzung der Ausgangsmiete infolge einer Minderung deren im Vergleich zum Mieterhöhungsverfahren unterschiedliche Zielsetzung und Rechtsfolge entgegen<sup>542</sup>.

Das Mieterhöhungsverfahren 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 erzielen<sup>543</sup>. Hierdurch wird die vertragliche Hauptleistungspflicht des Mieters modifiziert. Demgegenüber betrifft die Minderung (§ 536 Abs. 1 BGB) Sekundärrechte des Mieters. Diese strukturellen Unterschiede stehen einer Heranziehung der Minderungsfolgen bei der Bestimmung von Primärpflichten grundsätzlich entgegen.

Denn unabhängig davon, ob der Mangel behebbar oder nicht behebbar ist, wirkt sich die Minderung auf den Vertragsinhalt nicht aus. Als Gewährleistungsrecht bewirkt sie - nur - zugunsten des Mieters eine (teilweise) Befreiung von der Entrichtung der (Brutto-)Miete, nicht jedoch eine Vertragsänderung. Die Minderung soll die mangelbedingte Herabsetzung der Gebrauchstauglichkeit ausgleichen (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sie ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den Leistungen des Vermieters - der Bereitstellung

---

<sup>541</sup> vgl. BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 10; BGH v. 27.2.2019 - VIII ZR 255/17, juris Rz. 13.

<sup>542</sup> BGH v. 17.4.2019 – VIII ZR 33/18, MDR 2019, 983 = WuM 2019, 319.

<sup>543</sup> vgl. BGH v. 24.10.2018 - VIII ZR 52/18, NJW-RR 2019, 269 Rz. 15 m.w.N.

einer vertragsgemäßen Mietsache - und der Leistung des Mieters - der Mietzahlung - bei einer Störung auf der Vermieterseite wiederhergestellt werden<sup>544</sup>.

Diese Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses infolge der Flächenabweichung wird ausschließlich über das Gewährleistungsrecht ausgeglichen. Für eine (faktische) Vertragsanpassung, vorliegend durch Annahme einer herabgesetzten Ausgangsmiete, ist kein Raum. Die Miete bestimmt sich nach dem Vereinbarten und nicht danach, wie sie möglicherweise - fiktiv - hätte gebildet werden können. Somit bleibt trotz der Minderung der Vertragsinhalt und damit auch die vertraglich festgelegte Miethöhe unberührt<sup>545</sup>(). Ausgehend von dieser berechnet sich die Kappungsgrenze.

Der vorliegende Fall der Mieterhöhung ist nicht mit demjenigen der Bestimmung der Kautionshöhe (§ 551 Abs. 1 BGB) vergleichbar.

Zwar bemisst sich die Höhe der Mietsicherheit nach § 551 Abs. 1 BGB im Falle eines anfänglichen, unbehebaren Mangels an der geminderten Miete<sup>546</sup>. Der Berechnung der Kautionshöhe liegt jedoch eine andere Intention als der Berechnung der Kappungsgrenze zugrunde. Während es bei der Kappungsgrenze - wie aufgezeigt - um den Schutz des Mieters vor einer wirtschaftlichen Überforderung durch einen zu umfangreichen Anstieg der Miete geht, zielt die Mietsicherheit auf den Schutz des Vermieters bei (späteren) Ansprüchen gegen den Mieter ab. Bei dauerhafter Mietminderung infolge einer Wohnflächenabweichung besteht kein anerkanntes Sicherheitsinteresse des Vermieters an einer Mietkaution in Höhe des Dreifachen der vereinbarten Nettomiete.

Dieser Gedanke kann auf die Berechnung der Mieterhöhung nicht übertragen werden. Für eine vergleichbare Anpassung der Ausgangsmiete bei der Kappungsgrenze besteht zum Schutz des Mieters, wie aufgezeigt, kein Anlass.

---

<sup>544</sup> vgl. BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1 (6); BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 12.

<sup>545</sup> vgl. BGH v. 21.2.2008 - III ZR 200/07, NZM 2008, 462 Rz. 11; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 256/09, NJW 2010, 2648 Rz. 22; BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 20 und 26; *Cramer*, NZM 2017, 457 (464).

<sup>546</sup> vgl. BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 unter II 2 c.

### 12.3 Fehler im prozessualen Sachverständigengutachten

Ist ein formell wirksames Mieterhöhungsverlangen gegeben, hat der Tatrichter materiell-rechtlich zu überprüfen, ob die konkret vom Vermieter verlangte Mieterhöhung nach § 558 BGB tatsächlich berechtigt ist, insbesondere ob die neue Miete innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt<sup>547</sup>. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Nach diesen gesetzlichen Vorgaben ist die ortsübliche Vergleichsmiete ein objektiver Maßstab, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll<sup>548</sup>. Die ortsübliche Vergleichsmiete darf im Prozess daher nur auf der Grundlage von Erkenntnisquellen bestimmt werden, welche die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer für die freie tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) hinreichenden Weise ermittelt haben<sup>549</sup>.

Diesen Anforderungen genügt das im Berufungsurteil zugrunde gelegte Sachverständigengutachten nicht in allen Punkten<sup>550</sup>.

Zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch einen Sachverständigen, dessen Unterstützung sich der Tatrichter bedient, kommen unterschiedliche wissenschaftliche Bewertungsmethoden in Betracht. Die Wahl einer bestimmten Bewertungsmethode ist generell dem - insoweit sachverständig beratenen - Tatrichter vorbehalten und im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich darauf, ob das Berufungsurteil insoweit gegen Denkgesetze oder

---

<sup>547</sup> BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 13; BGH v. 20.4.2005 - VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074 unter II 2.

<sup>548</sup> BVerfGE 53, 352 (358).

<sup>549</sup> BGH v. 15.3.2017 - VIII ZR 295/15, NJW 2017, 2679 Rz. 21; BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 346/12, NJW 2014, 292 Rz. 13; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 354/12, BGHZ 197, 366 Rz. 20; BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775; BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09, NJW 2010, 2946 Rz. 9; siehe auch BVerfGE 37, 132 (143).

<sup>550</sup> BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, MDR 2019, 795 = WuM 2019, 324 = GE 2019, 721.

Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht<sup>551</sup>.

Gemessen daran ist das angefochtene Urteil zu beanstanden, denn das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass die von dem beauftragten Sachverständigen gewählte konkrete Vorgehensweise den abstrakten Vorgaben des § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht in jeder Hinsicht entspricht<sup>552</sup>.

Das Sachverständigengutachten ist aber nicht schon deshalb unverwertbar, weil es weder die Hausnummern der Vergleichswohnungen noch die Lage innerhalb des jeweiligen Geschosses mitteilt.

Für die formelle Rechtmäßigkeit eines auf Vergleichswohnungen gestützten Mieterhöhungsverlangens ist nach § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB zum Zweck der Identifizierung der vom Vermieter benannten Vergleichswohnungen nicht auch deren Lage innerhalb eines Geschosses anzugeben<sup>553</sup>. Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG muss ein Sachverständiger nicht stets die Vergleichswohnungen offen legen, damit sein Gutachten verwertbar ist<sup>554</sup>. Erst recht muss ein Sachverständiger, der die jeweiligen Straßennamen mitgeteilt hat, nicht ohne Weiteres auch die Hausnummern der Anwesen angeben, in denen die Vergleichswohnungen belegen sind. Ebenso wenig muss ein Sachverständiger, der die Wohnwertmerkmale der Vergleichswohnungen eingehend beschreibt, bei mehrgeschossigen Anwesen stets auch die Lage einer Vergleichswohnung in einem mehrgeschossigen Anwesen innerhalb des jeweiligen Geschosses mitteilen. Eine in jeder Hinsicht vollständige Angabe der Anschriften der Vergleichswohnungen - hier unter Einschluss der Hausnummern und der Lage der Wohnungen im Geschoss - wäre nur dann geboten, wenn auch diese Angaben für eine Überprüfung des Gutachtens praktisch unentbehrlich wären<sup>555</sup>.

Nach ständiger Rechtsprechung des VIII. Senats ist die ortsübliche Vergleichsmiete auf der Grundlage der tatsächlichen und üblicherweise gezahlten Entgel-

---

<sup>551</sup> vgl. BGH v. 28.4.1999 - XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257 (264 f.); siehe auch BFH, DStR 2019, 376 Rz. 16.

<sup>552</sup> BGH v. 24.4.2019 – VIII ZR 62/18, MDR 2019, 795 = WuM 2019, 324 = GE 2019, 721.

<sup>553</sup> vgl. BGH v. 18.12.2002 - VIII ZR 72/02, NJW 2003, 963 unter II 1 b, c; BGH v. 18.12.2002 - VIII ZR 141/02, WuM 2003, 149 unter II 1 b, c.

<sup>554</sup> vgl. BVerfG, NJW 1997, 311; BVerfG v. 7.10.2000 - 1 BvR 2646/95, juris Rz. 3.

<sup>555</sup> vgl. BVerfGE 91, 176 (184); BVerfG v. 7.10.2000 - 1 BvR 2646/95, juris Rz. 3.

te zu ermitteln<sup>556</sup>. Dies hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Der Sachverständige hat bei der Bewertung der von ihm herangezogenen Vergleichswohnungen jeweils die tatsächlich gezahlte Miete ermittelt und in seine Bewertung eingestellt.

Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch nicht beachtet, dass der Sachverständige seine Ausführungen zu dem von § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB vorgegebenen Wohnwertmerkmal "Größe" auf unzureichende empirische Grundlagen gestützt hat (a). Weiter rügt die Revision zu Recht, der Sachverständige habe es unterlassen, bei der Ermittlung der Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete ein angemessenes Verhältnis von Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen zugrunde zu legen (b)<sup>557</sup>.

(a) Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend in den Blick genommen, dass das Gutachten des Sachverständigen auf einer unzureichenden tatsächlichen Grundlage beruht, soweit es die Ausführungen zum Wohnwertmerkmal "Größe" betrifft. Denn nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Sachverständige auf mehr als 30 Jahre alte statistische Werte bezogen, die er zudem einem anderen örtlichen (Teil-)Markt entnommen hat.

(aa) Um eine größere Anzahl von Wohnungen zum Vergleich heranziehen zu können, hat der Sachverständige Umrechnungszahlen (Koeffizienten) herangezogen, die im Jahr 1980 aus einem begrenzten örtlichen Teilmarkt, nämlich dem Vorstadtbereich von Lübeck, abgeleitet und alsbald, nämlich im Jahr 1984, aktualisiert worden sind<sup>558</sup>. Der Sachverständige hat seinem Gutachten die im Jahr 1984 von Streich für den vorgenannten Teilmarkt erarbeiteten Umrechnungszahlen zugrunde gelegt.

(bb) Dies hätte das Berufungsgericht - jedenfalls ohne nähere Erläuterungen - nicht hinnehmen dürfen.

(aaa) Zwar wird im Schrifttum grundsätzlich angeraten, auf veröffentlichte Untersuchungen über die Abhängigkeit von Wohnfläche und Miethöhe zurückzugreifen<sup>559</sup>. Das Berufungsgericht hat aber nicht beachtet, dass eine schemati-

---

<sup>556</sup> BGH v. 15.3.2017 - VIII ZR 295/15, NJW 2017, 2679 m.w.N.

<sup>557</sup> BGH v. 24.4.2019 – VIII ZR 62/18, MDR 2019, 795 = WuM 2019, 324 = GE 2019, 721.

<sup>558</sup> Streich, DWW 1980, 188; ders., DWW 1984, 90.

<sup>559</sup> *Schwirley/Dickersbach*, Die Bewertung von Wohnraummieten, 3. Aufl., S. 313.

sche Übernahme von Umrechnungszahlen, die vor mehr als 30 Jahren auf einem anderen örtlichen Markt - hier sogar nur auf einem Teilmarkt - erhoben worden sind, einer besonderen Überprüfung bedarf. So wird im Schrifttum ausdrücklich darauf hingewiesen, dass derartige Berechnungen aktualisierungsbedürftig seien<sup>560</sup>. Dies ist jedoch, soweit ersichtlich, hier seit 1984 nicht mehr geschehen, denn der Sachverständige hat nach wie vor die von Streich bereits 1984 erarbeiteten Umrechnungszahlen verwendet.

(bbb) Zudem darf der Tatrichter den rechtlichen Maßstab der Ortsüblichkeit nicht verlassen. Statistische Annahmen, die die örtlichen Verhältnisse nicht hinreichend berücksichtigen, hat die Rechtsprechung demgemäß nicht gebilligt<sup>561</sup>. Dies hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Die von Streich entwickelten Umrechnungszahlen beziehen sich auf einen anderen örtlichen Markt (Lübeck) und überdies nur auf einen Teilmarkt, nämlich die Vorstadt von Lübeck. Aufgrund der konkreten örtlichen Verhältnisse können jedoch generell oder jedenfalls für einzelne Teilmärkte abweichende Wertverhältnisse gelten<sup>562</sup>. Angesichts dessen durfte das Berufungsgericht die pauschale Sichtweise des Sachverständigen, die 1984 für die Vorstadt von Lübeck erarbeiteten Umrechnungszahlen seien "am Mietmarkt in Görlitz nachvollziehbar", nicht ohne Weiteres hinnehmen. Dies gilt erst recht deshalb, weil das Berufungsgericht selbst hervorgehoben hat, dass sich der Wohnungsmarkt in Görlitz nicht unerheblich von demjenigen anderer Städte, die etwa gleich groß seien, unterscheide.

(b) Des Weiteren hat der Sachverständige nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geänderte Bestandsmieten i.S.v. § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht berücksichtigt, sondern nur Neuvermietungen. Zudem hat er eine außerhalb des Vierjahreszeitraums liegende - und damit nicht berücksichtigungsfähige - Änderung einer Miete in sein Gutachten einbezogen (Vergleichswohnung Nr. 7). Damit durfte sich das Berufungsgericht nicht begnügen.

(aa) § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB sieht vor, dass bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen zu berücksichtigen sind. In welchem Verhältnis die gebotene Gewichtung vorzunehmen

---

<sup>560</sup> vgl. *Dröge*, aaO S. 245.

<sup>561</sup> BGH v. 24.4.2019 – VIII ZR 62/18, MDR 2019, 795 = WuM 2019, 324 = GE 2019, 721 m.w.N..

<sup>562</sup> so Streich, DWW 1980, aaO, 191; ders., DWW 1984, a

ist, ist in dieser Vorschrift nicht ausdrücklich geregelt. Es obliegt deshalb dem Tatrichter, auf ein angemessenes Verhältnis von Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen zu achten<sup>563</sup>. Ein angemessenes Verhältnis liegt jedoch jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn der Tatrichter Bestandsmietenänderungen nicht oder nur in einem vernachlässigbar geringen Umfang in die Bewertung einbezieht. Das Berufungsgericht hat dies nicht beachtet, sondern gebilligt, dass der Sachverständige die ortsübliche Vergleichsmiete - abgesehen von der bereits aus anderen Gründen nicht berechtigungsfähigen Vergleichswohnung Nr. 7 - nur anhand von Neuvermietungen ermittelt. Dies beanstandet die Revision zu Recht.

#### **12.4 § 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 in dem Zeitpunkt, in dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 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 erzielen<sup>564</sup>.

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 ein-

---

<sup>563</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 346/10, NJW 2012, 1351 Rz. 31.

<sup>564</sup> vgl. BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 303/06, NJW 2007, 2546 Rz. 12 m.w.N.

zelter Wohnwertmerkmale abweichend von den objektiven Verhältnissen festgelegt werden, für die Mieterhöhung nach § 558 BGB rechtlich ohne Bedeutung sind<sup>565</sup>. 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 verfälschen<sup>566</sup> 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 Mierte 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 unberücksichtigt<sup>567</sup>. Denn 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 erstattet<sup>568</sup>.

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) Ein-

---

<sup>565</sup> 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.

<sup>566</sup> BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 12.

<sup>567</sup> BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 315/09, NZM 2010, 735 Rz. 12 ff.

<sup>568</sup> BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 315/09, NZM 2010, 735 Rz. 12.

richtung zu entfernen und auf eigene Kosten durch eine neue Einrichtung zu ersetzen<sup>569</sup>. 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 vermierterseits mit einer Einbauküche ausgestattet und kann diese nunmehrige Mietereinrichtung auch nicht bei der Ermittlung des objektiven Wohnwerts zugunsten des Vermieters berücksichtigt werden.

## 12.5 Indizwirkung eines einfachen Mietspiegels

Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Die ortsübliche Miete wird nach § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB gebildet aus den üblichen Entgelten, 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.

Nach diesen gesetzlichen Vorgaben ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll<sup>570</sup>. Die ortsübliche Vergleichsmiete ist im Prozess daher auf der Grundlage von Erkenntnisquellen zu bestimmen, die die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer für die freie trichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) hinreichenden Weise ermittelt haben<sup>571</sup>.

Die Feststellung, ob die verlangte Miete der ortsüblichen Vergleichsmiete entspricht, obliegt dem Tatrichter und erfordert im Ergebnis eine konkrete Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete<sup>572</sup>.

---

<sup>569</sup> BGH v. 24.10.2018 – VIII ZR 52/18; MDR 2019, 20 = WuM 2018, 771.

<sup>570</sup> BVerfGE 53, 352 (358).

<sup>571</sup> vgl. BGH v. 20.4.2005 - VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074 unter II 2; BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09, NJW 2010, 2946 Rz. 9; BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 13; BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 346/12, NJW 2014, 292 Rz. 13.

<sup>572</sup> vgl. BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 346/10, NJW 2012, 1351 Rz. 11.

Diese ist letztlich Maßstab für die Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens<sup>573</sup>.

Zwar hat der BGH wiederholt ausgesprochen, dass die ortsübliche Vergleichsmiete sich regelmäßig innerhalb einer gewissen Spanne bewegen wird<sup>574</sup>. Daraus folgt indes nicht, dass der Tatrichter die ortsübliche Einzelvergleichsmiete zwingend als Spanne zu ermitteln hätte. Bei der ortsüblichen Vergleichsmiete unter Heranziehung eines Mietspiegels wird die übliche und auch bei dem vorliegenden nach der sog. Tabellenmethode erstellten Mietspiegel in der Orientierungshilfe beschriebene Vorgehensweise regelmäßig zu einem punktgenauen Wert der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete führen. Denn ausgehend vom Mittelwert der einschlägigen Mietspiegelspanne sind Zu- und Abschläge aufgrund konkreter Wohnwertmerkmale vorzunehmen. Diese Vorgehensweise, die bei einem solchen Mietspiegel in einer zweistufigen Prüfung besteht, ist nicht zu beanstanden<sup>575</sup>.

Dabei ist in einem ersten Schritt auf der Grundlage generalisiert wohnwertrelevanter Vergleichskriterien - vorliegend Größe, Baujahr, Ausstattung und Wohnlage - die einschlägige Mietpreisspanne festzustellen. In einem zweiten Schritt wird grundsätzlich innerhalb der Spanne ausgehend vom Mittelwert anhand zusätzlicher qualitativ einzelfallbezogener, den individuellen Wohnwert bestimmender Faktoren die konkrete ortsübliche Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete ermittelt.

## 12.6 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 soll<sup>576</sup>, sondern ausschließlich die materielle Begründetheit der Mieterhöhung gemäß § 559 Abs. 1 BGB a.F. Weshalb diese

---

<sup>573</sup> BGH v. 13.2.2019 – VIII ZR 245/17, ■.

<sup>574</sup> BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 30/09, NJW 2010, 149 Rz. 14.

<sup>575</sup> BGH v. 13.2.2019 – VIII ZR 245/17, ■.

<sup>576</sup> BGH v. 17.12.2014- VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rn. 28 m.w.N.

Sichtweise die Prüfbarkeit der Ankündigung entfallen lasse sowie dem Vermieter (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 hat<sup>577</sup>.

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 überschlägig beurteilt werden kann, ob die bauliche Änderung eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie bewirkt<sup>578</sup>.

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.).

## 12.7 Verwirkung bei Staffelmiete

Der Rechtsgedanke der Verwirkung, der auch im Miet- und Pachtrecht gilt, ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens<sup>579</sup>. Er ist auf Ausnahmefälle zu beschränken<sup>580</sup>, weswegen die obergerichtliche Rechtsprechung bei der Bejahung des Verwirkens von Mietforderungen, etwa aus Spitzenbeträgen bei automatischen Mieterhöhungen durch Gleitklauseln, regelmäßig Zurückhaltung übt<sup>581</sup>. Unterliegt ein Anspruch der (kurzen) regelmäßigen Verjährung von drei Jahren (§§ 195, 199 BGB), kann eine weitere Abkürzung dieser Verjährungsfrist, die dem Gläubiger grundsätz-

---

<sup>577</sup> BGH v. 25.9.2018 – VIII ZR 121/17, GE 2018, 1454.

<sup>578</sup> vgl. BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rn. 9 m.w.N.

<sup>579</sup> BGH v. 27.1.2010 - XII ZR 22/07, juris, Rz. 32.

<sup>580</sup> BGH v. 29.2.1984 – VIII ZR 310/82, juris.

lich ungekürzt erhalten bleiben soll, durch Verwirkung daher nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden<sup>582</sup>.

Danach ist ein Recht verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment)<sup>583</sup>. Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde<sup>584</sup>.

Nach diesen Maßgaben ist hier das Recht des Vermieters zur Geltendmachung der aus der Vertragsbestimmung folgenden Mieterhöhungsbeträge nicht verwirkt. Es fehlt jedenfalls daran, dass sich der - insoweit mit Darlegung und Beweis belastete<sup>585</sup> - Mieter in seinen Maßnahmen so eingerichtet hätte, dass ihm durch die verspätete, wenn auch nicht verjährte (§§ 195, 199 BGB) Anmeldung der Mieterhöhungsbeträge durch den Vermieter, der mit Schreiben vom 6. Juni 2012

- „Bei der Durchsicht Ihres Mietvertrages ist uns aufgefallen, dass die vertraglich vereinbarte Staffelmiete nicht gezahlt wurde. Wir werden bezüglich der Nachforderung auf Ihr Unternehmen zukommen.“ -

erfolgt war, ein unzumutbarer Nachteil entstanden wäre. Diesbezüglich ist weder etwas vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. In Sonderheit hat der Mieter nicht dargetan, wegen der Mieterhöhungsbeträge ab dem 1. Januar 2009 zunächst die Preise erhöht und/oder Ausgaben unterlassen und - soweit ihm dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geboten erschien<sup>586</sup> - Rücklagen gebildet zu haben, dann aber von diesem Verhalten zu einem bestimmten

---

<sup>581</sup> vgl. OLG Brandenburg v. 9.4.2008 - 3 U 106/07, juris, Rz. 16.

<sup>582</sup> vgl. BGH v. 23.1.2014 - VII ZR 177/13, juris, Rz. 13.

<sup>583</sup> OLG Karlsruhe v. 14.11.2017 – 8 U 87/15, ZMR 2019, 19.

<sup>584</sup> OLG Karlsruhe v. 14.11.2017 – 8 U 87/15, ZMR 2019, 19 m.w.N.

<sup>585</sup> OLG Brandenburg v. 9.4.2008 - 3 U 106/07, juris, Rz. 15.

<sup>586</sup> vgl. BGH v. 27.1.2010, XII ZR22/07, juris, Rn. 41; OLG Celle v. 29.1.1988 - 2 U 78/87, NJW-RR 1988, 723 (725).

Zeitpunkt, zu dem sie dachte oder gedacht haben mag, dass insoweit von der Klägerin „nichts mehr kommt“, abgegangen zu sein.

## 12.8 Einziehung von Rückständen aus Staffelmiete

Hat der Mieter dem Vermieter eine Einzugsermächtigung erteilt und ist vereinbart, dass der Vermieter die Miete vom Konto des Mieters durch Lastschrift einzieht, gerät der Mieter nicht in Schuldnerverzug nach § 286 BGB, soweit der Vermieter von der Einzugsermächtigung keinen Gebrauch macht. Das gilt jedenfalls dann, wenn keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Konto des Mieters keine genügende Deckung aufweist, und der Mieter auch im Übrigen nicht (mit-)veranlasst, dass der Vermieter die Einziehung unterlässt<sup>587</sup>.

Diese Voraussetzungen lagen hier vom 7. Januar 2009 bis zum 19. September 2013 vor<sup>588</sup>. Während dieses Zeitraums lag die Ursache für die Nichtbegleichung der Mieterhöhungsbeträge ausschließlich im Verantwortungsbereich des Vermieters. Infolgedessen war der Mieter bis zum 19. September 2013 nicht in Schuldnerverzug nach § 286 BGB und ist deswegen bis zu diesem Zeitpunkt auch nicht verpflichtet, hinsichtlich der Mieterhöhungsbeträge Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB zu entrichten.

Aus den vorgenannten Gründen befand sich der Vermieter im Hinblick auf die Mieterhöhungsbeträge vom 7. Januar 2009 bis zum 19. September 2013 in Annahmeverzug gemäß den §§ 293 ff. BGB<sup>589</sup>. Aus diesem Grunde schuldet der Mieter für diesen Zeitraum bezüglich der Mieterhöhungsbeträge auch keine Fälligkeitsszinsen nach § 353 S. 1 HGB, § 301 BGB<sup>590</sup>.

Diese Situation änderte sich entscheidend dadurch, dass der Mieter - in Reaktion auf eine E-Mail der Klägerin vom 18. September 2013 - mit E-Mail vom 19. September 2013

---

<sup>587</sup> vgl. OLG Stuttgart v. 2.6.2008 - 5 U 20/08, juris, Rz. 42 ff., vor allem Rz. 53 f. und Rz. 60 f., m.w.N.

<sup>588</sup> OLG Karlsruhe v. 14.11.2017 – 8 U 87/15, ZMR 2019, 19.

<sup>589</sup> OLG Karlsruhe v. 14.11.2017 – 8 U 87/15, ZMR 2019, 19; OLG Stuttgart v. 2.6.2008 - 5 U 20/08, juris, Rz. 49.

<sup>590</sup> vgl.; *Schmidt* in: MünchKomm, 3. Aufl. 2013, § 353 HGB Rz. 17; *Roth* in: Koller/Kindler/Roth/Morck, 8. Aufl. 2015, § 353 HGB Rz. 4.

- ... . Bezüglich der vertraglich vorgesehenen Mieterhöhung hatten wir 2008 in Anbetracht der Finanz- und Wirtschaftskrise darum gebeten, diese auszusetzen, das haben Sie dann so akzeptiert und umgesetzt. Für 2009 wäre dieses außerdem auch verjährt. Einer Nachforderung widersprechen wir daher für den gesamten Zeitraum ebenso wie dem angekündigten Forderungseinzug ab 10/2013. Hier müssten wir ggf. eine neue Vereinbarung treffen. -

den Vermieter im Hinblick auf die Mieterhöhungsbeträge wissen ließ, dass er einer Nachforderung für den gesamten Zeitraum ebenso widerspreche wie dem angekündigten - erhöhten - Forderungseinzug ab Oktober 2013. Infolge dieser Erklärung war der Vermieter ab diesem Zeitpunkt, was die Mieterhöhungsbeträge betrifft, zur Einziehung vom Konto der Beklagten mietvertraglich nicht mehr berechtigt, weil sich eine in einem Mietverhältnis erteilte Einzugsermächtigung nur auf unbestrittene Forderungen bezieht<sup>591</sup>. Weitere Folge der E-Mail vom 19. September 2013 war, dass der Mieter hinsichtlich der Mieterhöhungsbeträge ohne (weitere) Mahnung der Klägerin in Schuldnerverzug geriet, und zwar hinsichtlich der bis zum 19. September 2013 fällig gewordenen Mieterhöhungsbeträge gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB ab dem 20. September 2013 und hinsichtlich der übrigen Mieterhöhungsbeträge gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB jeweils mit Ablauf des dritten Werktags des Monats, in dem sie fällig wurden. Ab diesen Zeitpunkten sind daher Verzugszinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz geschuldet, § 288 Abs. 1 S.1, Abs. 2 BGB, Art. 229 § 34 EGBGB<sup>592</sup>.

## 13 Betriebskosten

### 13.1 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. Darun-

---

<sup>591</sup> vgl. *Hinz*, WuM 2005, 615 (625).

<sup>592</sup> OLG Karlsruhe v. 14.11.2017 – 8 U 87/15, ZMR 2019, 19.

ter fallen grundsätzlich alle Sach- (und Haftpflicht-) Versicherungen, die dem Schutz des Gebäudes, seiner Bewohner und Besucher dienen<sup>593</sup>.

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 einschließt<sup>594</sup>.

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 darf<sup>595</sup> - kein eigenständiger Versicherungsfall, sondern Bestandteil des Versicherungsfalles der Gebäudeversicherung<sup>596</sup>.

Der Verordnungsgeber 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 entziehen<sup>597</sup>.

Die Mitversicherung eines Mietausfalls als Folge eines Gebäudeschadens ist fester Bestandteil marktüblicher Gebäudeversicherungen<sup>598</sup>. Die Tatsache,

---

<sup>593</sup> 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].

<sup>594</sup> BGH v. 6.6.2018 – VIII ZR 38/17, WuM 2018, 505 = ZMR 2018, 917 = GE 2018, 931 Rz. 25.

<sup>595</sup> 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.

<sup>596</sup> Dietz/Fischer/Gierschek, Wohngebäudeversicherung, 3. Aufl., § 9 Rz. 1 f.

<sup>597</sup> BGH v. 6.6.2018 – VIII ZR 38/17, WuM 2018, 505 = ZMR 2018, 917 = GE 2018, 931 Rz. 25.

<sup>598</sup> 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 VGB

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 teilweise berechtigt eingestellt hat und der Vermieter die Möglichkeit der Wiederbenutzung nicht schuldhaft verzögert - ist seit langem Bestandteil der Allgemeinen Bedingungen für die Wohngebäudeversicherung<sup>599</sup>. Anhaltspunkte dafür, dass der Ordnungsgeber 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 erfasst<sup>600</sup>. 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 werden<sup>601</sup>. So wurde der Anwendungsbereich des § 2 Nr. 13 BetrKV nicht etwa eingeschränkt, sondern im Gegenteil erweitert, indem die Umlage der Elementarschadensversicherung neu eingefügt wurde<sup>602</sup>. Daher werden rechtliche Vorgaben entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht<sup>603</sup> durch die Umlage des Mietausfalls infolge eines Versicherungsfalls nicht umgangen.

---

2008/2010 Rz. 1; *Dietz/Fischer/Gierschek*, Wohngebäudeversicherung, 3. Aufl., § 9 Rz. 3; *Mühlenmeier*, WuM 2007, 111 (112).

<sup>599</sup> 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.

<sup>600</sup> LG Hamburg v. 5.2.1998 - 333 S 117/97, juris Rz. 5.

<sup>601</sup> BR-Drucks. 568/03 S. 1.

<sup>602</sup> BR-Drucks., 568/03 S. 33.

<sup>603</sup> ebenso *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 83, *Leurs*, WuM 2016, 527 (529).

## 13.2 Formularmäßige Verwaltungskostenpauschale

Gemäß § 556 Abs. 1, 2 BGB können die Parteien eines Wohnraummietvertrages vereinbaren, dass der Mieter bestimmte, in der BetrKV bezeichnete Betriebskosten trägt, entweder als Pauschale oder im Wege (angemessener) Vorauszahlungen mit Abrechnungspflicht (§ 556 Abs. 2, 3 BGB). Einer solchen Vereinbarung bedarf es, weil der Vermieter nach der Grundregel des § 535 Abs. 1 S. 3 BGB die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen hat. Die Miete ist von ihrer gesetzgeberischen Ausgestaltung her eine Inklusivmiete, so dass die aus der Gebrauchsgewährung herrührenden Kosten grundsätzlich mit der vereinbarten Miete abgegolten werden<sup>604</sup>.

Hintergrund für die - in der Praxis auch seit langem allgemein übliche - gesonderte Umlage bestimmter Betriebskosten ist letztlich eine vereinfachte Anpassung bei Kostensteigerungen in diesem überschaubaren und klar definierten Bereich. Insoweit soll der Vermieter bei Kostensteigerungen nicht auf das - wesentlich aufwendigere - Verfahren einer Mieterhöhung nach § 558 BGB (Vergleichsmietenverfahren) verwiesen sein<sup>605</sup>. Vielmehr kann er im Fall einer Betriebskostenpauschale unter den Voraussetzungen des § 560 Abs. 1 BGB eine Anpassung im Wege einer Erklärung in Textform vornehmen, während bei Vorauszahlungen von Betriebskosten jeder Partei diese Anpassungsmöglichkeit nach einer Abrechnung eröffnet ist<sup>606</sup>.

Zum Schutz des Mieters von Wohnraum sieht § 556 Abs. 4 BGB allerdings vor, dass Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters von den Bestimmungen des § 556 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BGB abweichen, unwirksam sind. Dies gilt sowohl für Individualvereinbarungen, als auch für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Deshalb können in der Wohnraummiete nur die enumerativ in der Betriebskostenverordnung aufgezählten Bewirtschaftungskosten als Nebenkosten (Betriebskosten) vereinbart werden, nicht aber (allgemeine) Verwaltungskosten, die nach der ausdrücklichen Regelung in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV in der Wohnraummiete nicht als Betriebskosten umgelegt werden können. Dementsprechend führt bereits die Gesetzesbegründung des Mietrechtsreform-

---

<sup>604</sup> vgl. BGH v. 2.5.2012 - XII ZR 88/10, NJW-RR 2012, 1034 Rn. 13; BT-Drucks. 14/4553, S. 50; MünchKommBGB/Schmid/Zehlelein, 7. Aufl., § 556 Rz. 5.

<sup>605</sup> vgl. schon BT-Drucks. VI/2421, S. 4; BT-Drucks. 7/2011, S. 8.

<sup>606</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

gesetzes explizit aus, dass die umlagefähigen Betriebskosten abschließend aufgezählt sind und eine vertragliche Erweiterung, zum Beispiel auf Verwaltungskosten, nicht möglich ist<sup>607</sup>.

Die im vorliegenden Mietvertrag vereinbarte Verwaltungskostenpauschale stellt eine gegen § 556 Abs. 1 BGB verstoßende und deshalb gemäß § 556 Abs. 4 BGB unwirksame Vereinbarung dar<sup>608</sup>.

Das ist nicht deshalb anders zu beurteilen, weil es sich bei der Verwaltungskostenpauschale um eine "zusätzliche Preishauptabrede über die Nettomiete" handelt und die Vermieter dadurch nur seine Kalkulation dahingehend offengelegt habe, dass in der Netto- oder Grundmiete Verwaltungskosten in Höhe von monatlich 34,38 € enthalten seien.

Allerdings trifft es zu, dass es dem Vermieter freisteht, im Mietvertrag eine Aufschlüsselung der vereinbarten (Grund-)Miete beziehungsweise (Netto-)Miete vorzunehmen und dadurch einen - aus Sicht des Mieters allerdings regelmäßig belanglosen - Hinweis auf seine interne Kalkulation zu geben<sup>609</sup>. Dies gilt auch für Verwaltungskosten, die der Vermieter ebenso wie sonstige nicht gesondert umlegbare Kosten in die Grundmiete "einpreisen" oder auch separat als weiteren Bestandteil der Grundmiete angeben kann, mit der Folge, dass der Gesamtbetrag die Ausgangsmiete bildet, die im Falle späterer Mieterhöhungen der ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüberzustellen ist (§ 558 Abs. 1 BGB)<sup>610</sup>.

Dann muss aus dem Mietvertrag aber auch deutlich werden, dass die Verwaltungskostenpauschale ein Teil der Grundmiete sein soll<sup>611</sup>.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommen-

---

<sup>607</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 50.

<sup>608</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

<sup>609</sup> vgl. BGH v. 30.5.2017 - VIII ZR 31/17, NJW-RR 2017, 981 Rz. 7.

<sup>610</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

<sup>611</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

den Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zu Lasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung<sup>612</sup>.

Letztlich bedarf es hier keiner vertieften Prüfung, welche Auslegungsmöglichkeiten ernsthaft in Betracht kommen. Denn zumindest nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung kann die hier vereinbarte Verwaltungskostenpauschale nicht als weiterer Mietbestandteil angesehen werden<sup>613</sup>.

Zwar könnte der Umstand, dass in der Wohnraummiete Verwaltungskosten seit jeher nicht als Betriebskosten umgelegt werden können, dafür sprechen, dass mit der genannten Pauschale Verwaltungskosten nicht - unter einem zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führenden Verstoß gegen § 556 Abs. 4 BGB als Betriebskosten - umgelegt werden sollten, sondern lediglich ein - unveränderbarer - Festbetrag als gesondert ausgewiesener Teil der Grundmiete gemeint war, der als solcher - wie oben ausgeführt - auch in der Wohnraummiete wirksam vereinbart werden kann.

Auf der anderen Seite zeigt schon die Bezeichnung als "Verwaltungskostenpauschale" die Nähe zu den Betriebskosten, da der (Grund-)Miete Bezeichnungen als "Pauschale" oder als "Vorschuss" fremd sind. Hinzu kommt, dass Verwaltungskosten - entgegen der Auffassung der Revision - ihrer Natur nach ebenfalls Betriebskosten sind und in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV definiert sind. Dass die Verwaltungskosten in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV von den umlagefähigen Betriebskosten ausgenommen werden, dient lediglich dem Zweck, dass die Verwaltungskosten nicht als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV dem Wohnraummieter auferlegt werden können, während in der Geschäftsraummiete die Umlage von Verwaltungskosten als Betriebskosten grundsätzlich zulässig und weit verbreitet ist<sup>614</sup>.

Die Berechnung der Mietkaution spricht ebenfalls gegen eine Einordnung der Verwaltungskostenpauschale als Teil der Grundmiete. Die vorliegend in § 20

---

<sup>612</sup> st. Rspr.; vgl. BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 152/15, NJW-RR 2016, 526 Rz. 17, 19; BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, NJW 2016, 1308 Rz. 14.

<sup>613</sup> BGH v. 19.12.2018 - VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

<sup>614</sup> vgl. BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299 Rz. 17.

des Mietvertrages festgelegte Kautionshöhe von 4.499,97 € entspricht genau dem dreifachen Betrag der im Mietvertrag mit 1.499,99 € ausgewiesenen Nettokaltmiete. Zwar ist es einem Vermieter, worauf die Revision insoweit zutreffend verweist, nicht verwehrt, weniger als den Maximalbetrag von drei Monatsmieten (§ 551 Abs. 1 BGB) zu verlangen. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte vorliegend von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollte, fehlen jedoch und liegen angesichts der bei einer bloßen Teilforderung zu erwartenden, hier aber unterbliebenen Rundung eines Betrages auch eher fern.

Einer Zuordnung der Verwaltungskostenpauschale zur Grundmiete steht ferner entgegen, dass sich die Vermieterin im Mietvertrag eine Erhöhung von Betriebskostenpauschalen vorbehalten hat. Nach § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Vermieter insbesondere ohne die Einhaltung von Sperrfristen und der Kapungsgrenze (§ 558 Abs. 3 BGB) berechtigt, durch Erklärung in Textform die Betriebskosten zu erhöhen, soweit dies im Mietvertrag vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung enthält § 18 des Mietvertrages. Da es sich bei den Verwaltungskosten ihrer Natur nach ebenfalls um Betriebskosten handelt<sup>615</sup>, spricht dies aus Sicht eines verständigen und redlichen Mieters, jedenfalls nach kundenfeindlichster Auslegung, für eine in sich geschlossene Betriebskostenvereinbarung, mittels derer sich die Vermieterin auch die Erhöhungsmöglichkeit des § 560 Abs. 1 BGB eröffnet hat.

### 13.3 Umlagevereinbarung zu „Nebenkosten“

Die Verwendung des Begriffs der "Nebenkosten" ist ausreichend, jedenfalls die in § 2 BetrKV definierten Betriebskosten umzulegen<sup>616</sup>. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sieht die Bezugnahme auf den Begriff der "Betriebskosten" als ausreichend an, eine wirksame Umlagevereinbarung herbeizuführen<sup>617</sup>. 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 vertreten<sup>618</sup>, nicht

---

<sup>615</sup> vgl. BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299 Rz. 17.

<sup>616</sup> OLG Frankfurt v. 14.2.2018 – 2 U 142/17, ZMR 2018, 924 = NZM 2018, 789 (790).

<sup>617</sup> BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, WuM 2016, 211 = GE 2016, 343 = NZM 2016, 235.

<sup>618</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 36; MünchKomm/Häublein, 7. Auflage, § 535 BGB Rz. 161; Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837 (839).

dazu, dass die Umlageklausel zu unbestimmt sind<sup>619</sup> (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 verwendet<sup>620</sup>, so dass zum Teil eine getrennte Behandlung in Rechtsprechung und Literatur auch nicht erfolgt<sup>621</sup>. Dass hiermit also ebenfalls diejenigen Kosten gemeint sind, die, worauf der VIII. Zivilsenat des BGH in der Entscheidung vom 10.2.2016<sup>622</sup> 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 Entscheidung vom 10.2.2016<sup>623</sup> 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 Mög-

---

<sup>619</sup> OLG München, ZMR 2013, 233.

<sup>620</sup> KG, NZM 2008, 128; OLG München, ZMR 2013, 233; *Beyerle* in Lindner-Figura/Oprèe/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.

<sup>621</sup> 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.

<sup>622</sup> BGH, NJW 2016, 1308 [1308].

<sup>623</sup> BGH, NJW 2013, 1308.

lichkeit, die Definitionen in der II. BV heranzuziehen, und zwar auch dann, wenn keine gänzliche Wortgleichheit mit der BetrKV besteht<sup>624</sup>. 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 BGH<sup>625</sup> 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 war<sup>626</sup>. Die bloße Möglichkeit der Aufnahme weiterer Positionen steht daher weder der Klauselbestimmtheit entgegen, noch benachteiligt sie den Mieter im Wege der kundenfeindlichsten 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 Heranzie-

---

<sup>624</sup> vgl. etwa BGH, NZM 2014, 830 [832] im Hinblick auf § 26 II. BV – Verwaltungskosten.

<sup>625</sup> BGH, NJW 2016, 1308.

<sup>626</sup> BGH NZM 2004, 417 (418) noch zu Anlage 3 zu § 27 II. BV.

hung der Bestimmungen in der BetrKV unmittelbar oder über § 27 Abs. 1 Satz 1 II. BV ausreichend nahe.

Eine Individualvereinbarung, wonach der Mieter die „*Nebenkosten des Gesamtgebäudes*“ tragen soll, kann jedenfalls, wenn auf beiden Seiten Anwälte beteiligt sind, dahin ausgelegt werden, dass zumindest die Positionen des § 2 Nrn. 2-16 BetrKV umgelegt werden können<sup>627</sup>.

## 13.4 Umlageschlüssel Wohnfläche

### 13.4.1 Tatsächliche Fläche

Nach der Rechtsprechung des BGH enthält die in einem Wohnraummietvertrag enthaltene Wohnflächenangabe im Allgemeinen zugleich eine dahin gehende vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung<sup>628</sup>. 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 liegt<sup>629</sup>.

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 wäre<sup>630</sup>.

So hat der BGH in dem Urteil vom 18. November 2015<sup>631</sup> 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

<sup>627</sup> OLG Hamm v. 8.3.2019 – 30 U 78/18, ZMR 2019, 581.

<sup>628</sup> 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.

<sup>629</sup> 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.

<sup>630</sup> BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, GE 2018, 869.

<sup>631</sup> BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 10 f.

der Frage der Berechtigung einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete subjektive Elemente, zu denen auch Parteivereinbarungen zu bestimmten Wohnwertmerkmalen wie etwa der Wohnungsgröße gehören, keine Rolle spielen. Seine diesbezügliche frühere Rechtsprechung<sup>632</sup>, 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 HeizkV) - 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 abzurechnen<sup>633</sup>. Soweit der VIII. Senat früher Abweichungen bis zu 10 % von der vereinbarten zu der tatsächlichen Wohnfläche auch im Rahmen einer Betriebskostenabrechnung als unbeachtlich angesehen hat<sup>634</sup>, 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 Umlagemaststäbe 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-

---

<sup>632</sup> zuletzt BGH v. 8.7.2009 - VIII ZR 205/08, NJW 2009, 2739 Rz. 10, 13 m.w.N.

<sup>633</sup> BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, GE 2018, 869.

<sup>634</sup> BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, MDR 2008, 70 = WuM 2007, 700 = GE 2007, 1686 = NJW 2008, 142.

langt wird<sup>635</sup>, 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 aus<sup>636</sup>.

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 Gesamtwohnfläche<sup>637</sup>. 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.

### 13.4.2 Preisgebundener Wohnraum

Nach § 20 Abs. 2 S. 1 der bei Vertragsschluss für die preisgebundene Wohnung geltenden - und gemäß § 50 WoFG weiter anzuwendenden - Verordnung über die Ermittlung der zulässigen Miete für preisgebundene Wohnungen (NMV

---

<sup>635</sup> 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.

<sup>636</sup> BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, GE 2018, 869.

<sup>637</sup> 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.

1970) sind, sofern in den §§ 21 bis 25 NMV 1970 nichts anderes bestimmt ist, die Betriebskosten nach dem "Verhältnis der Wohnfläche" umzulegen. Unbeschadet dessen, dass bereits die Förderung in der Regel an eine bestimmte tatsächliche Wohnfläche gebunden ist<sup>638</sup>, kommt es sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung auf die tatsächlichen Flächenverhältnisse und nicht auf etwaige Flächenangaben oder Beschaffenheitsvereinbarungen im Mietvertrag an. Denn zum einen handelt es sich bei dem "Verhältnis der Wohnfläche" um eine objektive, rechnerische Größe. Zum anderen bezweckt die Bestimmung eine unverfälschte Verteilung von durchlaufenden Kosten des Vermieters unter mehreren Mietern auf das gesamte Gebäude<sup>639</sup>. Dem wird allein der Maßstab der tatsächlichen Wohnfläche gerecht<sup>640</sup>.

Sofern im Abrechnungszeitraum eine Preisbindung nicht mehr bestanden haben sollte, ergibt sich aus § 556a BGB nichts anderes. Denn die vorgenannte Beurteilung gilt, wie der VIII. Senat - unter Fortentwicklung seiner Rechtsprechung zur Maßgeblichkeit der tatsächlichen Größe der vermieteten Wohnung bei Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete<sup>641</sup> - entschieden hat, auch für die Abrechnung von Betriebskosten am Maßstab der § 556a Abs. 1 BGB, § 28 Abs. 4 Nr. 1, § 46 Abs. 1 WoFG; § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1 HeizkV<sup>642</sup>.

Zwar ist ein zur Minderung der Miete führender Mangel der Wohnung i.S.d. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB infolge Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB) nur gegeben, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt<sup>643</sup>. Denn anders als Flächenberechnungen, die der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete oder der Abrechnung von Betriebskosten zugrunde liegen, bezweckt das Gewährleistungsrecht unerhebliche und nicht unerhebliche Tauglichkeitsbeeinträchtigungen voneinander abzugrenzen und erstere als Mietminderungsgrund auszuschließen<sup>644</sup>. Sofern und soweit hingegen Betriebskosten nach gesetzli-

---

<sup>638</sup> *Heix*, WuM 2016, 263 (264).

<sup>639</sup> vgl. *Kraemer*, NZM 1999, 156 (162); *Schmid/Harsch*, Hb der Mietnebenkosten, 16. Aufl., Rz. 4077, 4081.

<sup>640</sup> BGH v. 16.1.2019 – VIII ZR 173/17, MDR 2019, 408 = WuM 2019, 144 = GE 2019, 313.

<sup>641</sup> BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, MDR 2016, 76 = WuM 2016, 34.

<sup>642</sup> BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 19, 22 f.

<sup>643</sup> BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, MDR 2016, 76 = WuM 2016, 34 Rz. 9; BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 16; jeweils m.w.N.

<sup>644</sup> vgl. *Beyer*, NZM 2010, 417 (420, 422 f.).

chen Vorgaben ganz oder teilweise nach Wohnflächenanteilen umgelegt werden, ist für die Betriebskostenabrechnung die tatsächliche Wohnfläche der betroffenen Wohnung sowie ihr Verhältnis zur tatsächlichen Gesamtwohnfläche der Wirtschaftseinheit maßgebend<sup>645</sup>.

### 13.4.3 Mansarde als Wohnraum

Nach dem Mietvertrag sind die hier abgerechneten Betriebskosten - mit Ausnahme von zwei Positionen - nach dem Anteil der Wohnfläche umzulegen sind. Die Wohnfläche der ausweislich des Mietvertrags vom 1. November 1979 preisgebundenen Wohnung ist unmittelbar anhand der für preisgebundenen Wohnraum bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Bestimmungen der II. BV zu ermitteln ist<sup>646</sup>.

Die II. BV ist zwar zum 1. Januar 2004 außer Kraft getreten und durch die Wohnflächenverordnung (WoFIV) ersetzt worden, gilt aber gemäß § 5 WoFIV und § 42 II. BV, der zum 1. Januar 2004 durch Art. 3 Ziffer 6 der Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche, über die Aufstellung von Betriebskosten und zur Änderung anderer Verordnungen vom 25. November 2003<sup>647</sup> neu gefasst und als Übergangsvorschrift ausgestaltet worden ist, für Wohnraum, der bis zum 31. Dezember 2003 errichtet wurde, weiter, es sei denn, dass ab dem 1. Januar 2004 bauliche Veränderungen vorgenommen wurden<sup>648</sup>. Das ist hier nicht der Fall.

Die Mansarde, die nach dem Mietvertrag zu Wohnzwecken, also als Wohnraum, vermietet wurde, ist Teil der Wohnfläche. Denn die Grundfläche der Mansarde (unstreitig 16,95 qm) ist gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 2 II. BV (ebenso § 4 Nr. 2 WoFIV) nur zur Hälfte anzurechnen, weil ihre lichte Höhe weniger als 2 Meter, nämlich 1,90 Meter, beträgt.

Die Fläche einer zu Wohnzwecken vermieteten Mansarde hat bei der Ermittlung der Wohnfläche nicht deshalb gänzlich außer Betracht zu bleiben, weil die Grundfläche solcher Räume nicht zur Wohnfläche gehört, die den nach ihrer

---

<sup>645</sup> BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 19, 22 f.

<sup>646</sup> BGH v. 16.1.2019 – VIII ZR 173/17, ■.

<sup>647</sup> BGBl. I S. 2346.

<sup>648</sup> vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., Nach § 556a BGB Rz. 1.

Nutzung zu stellenden Anforderungen des Bauordnungsrechts nicht genügen (§ 42 Abs. 4 Nr. 3 II. BV; ebenso § 2 Abs. 3 Nr. 2 WoFIV).

Zwar weist die angemietete Mansarde zu weniger als der Hälfte ihrer Grundfläche eine lichte Höhe von mehr als 2,20 m auf und gilt deshalb nach den Bestimmungen der Hessischen Landesbauordnung nicht als Aufenthaltsraum. Öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen vermieteter Wohnräume sind jedoch nicht zu berücksichtigen, wenn die Nutzbarkeit der vermieteten Räume mangels Einschreitens der zuständigen Behörden tatsächlich nicht eingeschränkt ist. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH zur Mietminderung<sup>649</sup>.

Für die Abrechnung von Betriebskosten gilt nichts anderes, weil die Anforderungen des Bauordnungsrechts von der mietrechtlichen Frage zu unterscheiden sind, ob die Vertragsparteien die betreffenden Räume so in den Mietvertrag einbezogen haben, dass sie diese als Wohnraum ansehen und die Räume entsprechend nutzbar sind<sup>650</sup>.

Nach dieser Maßgabe ergibt sich eine tatsächliche Wohnfläche von 111,57 qm, deren Anteil an der (tatsächlichen) Gesamtwohnfläche die Klägerin der Betriebskostenabrechnung zugrunde zu legen hat. Denn Feststellungen zu einem etwaigen Einschreiten der Baubehörde wurden nicht getroffen.

## 14 Heizkosten

### 14.1 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 abwei-

---

<sup>649</sup> BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 Rz. 6; BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 39/09, NJW 2010, 1064 Rz. 20; BGH v. 3.6.2010 - VIII ZR 256/09, NJW 2010, 2648 Rz. 20; BGH v. 29.9.2009 - VIII ZR 242/08, WuM 2009, 662 Rz. 4; siehe auch BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, GE 2008, 120 Rz. 11; BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12 - NZM 2014, 165 Rz. 20; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 15.

<sup>650</sup> vgl. Betriebskosten-Kommentar/*Eisenschmid*, 3. Aufl., § 2 WoFIV Rz. 4306a; *Schmid/Harsch* in: Hb des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 6. Aufl., Kap. 5 Rz. 428; siehe auch Betriebs- und Heizkosten-Kommentar/*Wall*, 4. Aufl., Rz. 2326 f.; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 13. Aufl., Nach § 556a BGB Rz. 26 f.

chende Abrechnung auf der Grundlage des Flächenanteils sei erst nach entsprechender Ankündigung für die nachfolgende Abrechnungsperiode, nicht aber für die Vergangenheit zulässig<sup>651</sup>.

Zwar könnte der dogmatische Ansatz des BGH, nach dem durch die Vorschriften der Heizkostenverordnung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit der Mietvertragsparteien kraft Gesetzes eingeschränkt werde<sup>652</sup>, 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 können<sup>653</sup>. 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, voraus<sup>654</sup>. 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 ist<sup>655</sup>. Zudem spricht eine weitere Überlegung für die Auffassung, dass eine Abrechnung der Heizkosten nach Verbrauch und Fläche nur 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

---

<sup>651</sup> 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

<sup>652</sup> BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, WuM 2006, 518 = GE 2006, 1094 = MDR 2007, 204.

<sup>653</sup> BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, WuM 2006, 518 = GE 2006, 1094 = MDR 2007, 204.

<sup>654</sup> OLG Hamburg v. 24.5.2017 - 8 U 41/16, ZMR 2017, 884.

<sup>655</sup> *Lammel*, WuM 2007, 439.

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 zulässig<sup>656</sup>.

## 14.2 Anspruch auf Verteilung nach 70% Verbrauchskosten

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HeizkV sind von den Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage mindestens 50 % und höchstens 70 % nach dem erfassten Wärmeverbrauch der Nutzer zu verteilen. Die danach bestehende Wahlmöglichkeit des Gebäudeeigentümers (vgl. § 6 Abs. 4 HeizkV), einen Verteilungsmaßstab zwischen mindestens 50 % und höchstens 70 % der Kosten nach Verbrauch bestimmen zu können, wird gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 HeizkV für bestimmte Gebäude eingeschränkt. Nach dieser Bestimmung sind in Gebäuden, die das Anforderungsniveau der darf doch jetzt nicht wahres <sup>657</sup> nicht erfüllen, die mit einer Öl- oder Gasheizung versorgt werden und in denen die freiliegenden Leitungen der Wärmeverteilung überwiegend gedämmt sind, von den Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage 70 % nach dem erfassten Wärmeverbrauch der Nutzer zu verteilen.

Ausgehend von den Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 HeizkV erfüllt das Gebäude das Anforderungsniveau der Wärmeschutzverordnung vom 16. August 1994 nicht und wird mit einer Öl- oder Gasheizung versorgt. Nach dem Sachvortrag des Mieters ist zu seinen Gunsten anzunehmen, dass die freiliegenden Leitungen der Wärmeverteilung in dem Gebäude überwiegend gedämmt sind.

Als Rechtsfolge hat der Vermieter 70 % der Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage nach dem erfassten Wärmeverbrauch der Nutzer zu verteilen. Sofern der Vermieter gleichwohl an einem davon abweichenden Verteilungsmaßstab festhält, gewährt § 556 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 7 Abs. 1

---

<sup>656</sup> vgl. Schmidt-Futterer/Lammel, 12. Aufl. 2015, § 2 HeizkV Rz. 12; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 69.

<sup>657</sup> BGBl. I S. 2121.

S. 2 HeizkV dem Mieter einen Anspruch auf eine dahingehende Änderung des Verteilungsschlüssels<sup>658</sup>.

Insoweit kann der Mieter stattdessen nicht ausschließlich auf das Kürzungsrecht des § 12 Abs. 1 S. 1 HeizkV verwiesen werden<sup>659</sup>.

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkV hat der Nutzer, soweit die Kosten der Versorgung mit Wärme oder Warmwasser entgegen den Vorschriften der Heizkostenverordnung nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werden, das Recht, bei der nicht verbrauchsabhängigen Abrechnung der Kosten den auf ihn entfallenden Anteil um 15 % zu kürzen. Diese Vorschrift ist im Streitfall weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar<sup>660</sup>.

Denn es geht nicht darum, ob der Mieter zur Kürzung der ihm berechneten Heizkosten berechtigt ist, wenn der Vermieter in einer bereits erteilten Abrechnung die Vorgaben des § 7 Abs. 1 S. 2 HeizkV, nach dem dort vorgesehenen Verteilungsschlüssel abzurechnen, missachtet hat<sup>661</sup>. Das Begehren des Mieters richtet sich vielmehr darauf, zukünftig Abrechnungen zu unterbinden, die hinsichtlich des Verbrauchs- und Grundkostenanteils fehlerhaft sind.

§ 12 Abs. 1 S. 1 HeizkV bietet keine Grundlage für die Auffassung, wonach der Mieter verpflichtet sei, die Erteilung weiterer fehlerhafter Heizkostenabrechnungen abzuwarten und diese ggfs. zu kürzen. Dem Urteil vom 20. Januar 2016<sup>662</sup> lässt sich schon deshalb nichts anderes entnehmen, weil es eine dem Mieter bereits erteilte Betriebskostenabrechnung zum Gegenstand hatte.

Die Sichtweise ist insbesondere mit dem Zweck der Heizkostenverordnung, das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig zu beeinflussen und damit Energieeinspareffekte zu erzielen<sup>663</sup>, nicht zu vereinbaren. Namentlich durch die verpflichtende Festlegung des verbrauchsabhängigen Anteils auf 70 % in den von § 7 Abs. 1 S. 2 HeizkV erfassten Gebäuden sollte der Einfluss des Nutzers ge-

---

<sup>658</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 13. Aufl., § 7 HeizkV Rz. 9.

<sup>659</sup> BGH v. 16.1.2019 - VIII ZR 113/17, WuM 2019, 147.

<sup>660</sup> BGH v. 16.1.2019 - VIII ZR 113/17, WuM 2019, 147.

<sup>661</sup> vgl. dazu Betriebs- und Heizkosten-Kommentar/*Wall*, 4. Aufl., Rz. 5858.

<sup>662</sup> BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 329/14, NZM 2016, 381 Rn. 19

<sup>663</sup> BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 Rz. 14; BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, NZM 2015, 205 Rz. 21; BGH v. 6.5.2015 - VIII ZR 193/14, NZM 2015, 589 Rz. 29.

stärkt werden und dieser hierdurch zu sparsamerem Verbrauchsverhalten angehalten werden<sup>664</sup>.

Der vom Mieter begehrten Verurteilung steht nicht entgegen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 2 HeizkV nachträglich entfallen könnten. In einem solchen Fall könnte der Vermieter das ihm durch § 7 Abs. 1 Satz 1 HeizkV gewährte Wahlrecht wieder ausüben<sup>665</sup>. Dabei kann im gegebenen Fall dahinstehen, ob der Vermieter zu einer solchen Abänderung nur unter den zusätzlichen materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 6 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 HeizkV berechtigt ist<sup>666</sup>. Prozessual kann der Vermieter eine dahingehende Änderung des Abrechnungsmaßstabs gegebenenfalls mit einer Abänderungsklage (§ 323 ZPO) erwirken<sup>667</sup>.

### 14.3 Vereinbarung nach § 10 HeizkV zu verbrauchsunabhängigen Heizkosten

Die Auslegung, dass die Parteien die als "Heizung über Lüftung" verbrauchsunabhängig geltend gemachten Kosten als umlagefähig vereinbart hätten, und zwar unabhängig davon, ob diese Kosten für reine Lüftungsheizung oder (auch) für Wärmerückgewinnung anfallen, berücksichtigt den Wortlaut des § 6 Ziffer 3 des Mietvertrags nicht ausreichend<sup>668</sup>. Denn dort findet die vom Oberlandesgericht angenommene Auslegung keine hinreichende Stütze. Die Parteien haben vereinbart, dass die Ermittlung und Verteilung der Heizkosten durch messtechnische Ausstattungen zur Verbrauchserfassung erfolgen. § 10 HeizkV lässt rechtsgeschäftliche Bestimmungen des Abrechnungsmaßstabs zu, die eine Überschreitung der in §§ 7, 8 HeizkV vorgesehenen Höchstsätze für den verbrauchsabhängigen Anteil vorsehen<sup>669</sup>. Bei Gewerberaummiete können daher

---

<sup>664</sup> Begr. der BReg. zur Änderung der Heizkostenverordnung vom 8.8.2008, BR-Drucks. 570/08, S. 7, 12.

<sup>665</sup> *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl., K III Rz. 161.

<sup>666</sup> so wohl BeckOGK-HeizkostenV/*Drager*, Stand: 1. Oktober 2018, § 7 Rz. 11.

<sup>667</sup> zu Forderungen aus Betriebskostenabrechnungen als wiederkehrende Leistungen vgl. BGH v. 20.7.2016 - VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231 Rz. 11, 16 ff. [zu § 216 Abs. 3 BGB].

<sup>668</sup> BGH v. 30.1.2019 – XII ZR 46/18, MDR 2019, 544 = WuM 2019, 199 = NZM 2019, 474 mit kritischer Anm. auch *Ludley*, NZM 2019, 464 f.

<sup>669</sup> MünchKomm/*Schmid/Zehelein*, 7. Aufl., § 10 HeizkV Rz. 1 f.; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/*Schmid*, Gewerberaummiete § 10 HeizkV Rz. 1 f.; Bub/Treier/v. *Brunn/Emmerich*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III Rz. 525 f.

mietvertraglich auch rein verbrauchsabhängige Kostenverteilungen vereinbart werden<sup>670</sup>.

In § 6 Ziffer 3 des Mietvertrags finden sich keine Hinweise darauf, dass auch verbrauchsunabhängige Heizkosten geschuldet sein sollten. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes einer beiderseits interessengerechten Auslegung<sup>671</sup>. Vielmehr sind die Belange des Vermieters gewahrt, weil für sie bereits bei Vertragsschluss kein Zweifel daran bestehen konnte, dass verbrauchsunabhängige Heizkosten nicht umgelegt werden können, während das Interesse der Mieter sich auf eine neutrale Überprüfbarkeit der Heizkosten durch Messeinrichtungen richtete.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung unter Heranziehung von §§ 7 Abs. 2, 11 Abs. 1 Nr. 1 b HeizkV, § 2 Nr. 4 a BetrKV<sup>672</sup>. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nur bei einem Vertrag in Betracht, der wegen einer planwidrigen Unvollständigkeit eine Regelungslücke aufweist<sup>673</sup>. Tatsächlich fehlt es hier aber an einer für eine ergänzende Vertragsauslegung notwendigen Regelungslücke. Denn die Parteien brauchten für die Umlagefähigkeit verbrauchsabhängiger Heizkosten keine Regelung zu treffen, weil nach dem Inhalt des Vertrags ausschließlich verbrauchsabhängige Heizkosten umgelegt werden sollten. Da das Oberlandesgericht diese Voraussetzung nicht beachtet hat, ist der Senat an dessen fehlerhafte Auslegung nicht gebunden<sup>674</sup>.

---

<sup>670</sup> vgl. OLG Düsseldorf, WuM 2003, 387 (388).

<sup>671</sup> vgl. etwa BGH v. 15.10.2014 - XII ZR 111/12, WM 2014, 2280 Rz. 41 m.w.N.

<sup>672</sup> BGH v. 30.1.2019 – XII ZR 46/18, MDR 2019, 544 = WuM 2019, 199 = NZM 2019, 474 mit kritischer Anm. auch *Ludley*, NZM 2019, 464 f.

<sup>673</sup> vgl. BGH v. 15.10.2014 - XII ZR 111/12, WPM 2014, 2280 Rz. 70 m.w.N.; BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10, NJW 2012, 844 Rz. 24 m.w.N.

<sup>674</sup> vgl. BGH v. 21.1.2009 - XII ZR 79/07, NJW-RR 2009, 593 (595); BGH v. 11.2.2015 - XII ZB 66/14, FamRZ 2015, 734 Rz. 23 m.w.N.

## 15 Beendigung des Mietvertrages

### 15.1 Zeitmietvertrag

Das von dem Mieter behauptete Mietverhältnis ist ungeachtet der von ihm vortragenen Vereinbarung einer Dauer von 50 Jahren als ein Mietverhältnis anzusehen, dessen Dauer unbestimmt ist<sup>675</sup>.

Dies folgt hier bereits aus § 575 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn es liegen keine Anhaltspunkte für den für den wirksamen Abschluss eines zeitlich befristeten Mietverhältnisses (Zeitmietvertrag) erforderlicher Befristungsgrund nach § 575 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Ohne einen solchen Befristungsgrund gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 575 Abs. 1 S. 2 BGB).

Zudem folgt auch aus § 550 S. 1 BGB, dass es sich bei dem von dem Mieter behaupteten Mietverhältnis um ein solches von unbestimmter Dauer handelt. Nach dieser Vorschrift gilt der Mietvertrag für unbestimmte Zeit, wenn er für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen wird. Denn die von dem Mieter vorgelegte handschriftliche Quittung vom 10. Oktober 2010 über den angeblichen Erhalt von 80.000 € als Mietvorauszahlung genügt nicht den Anforderungen eines schriftlichen Mietvertrages.

### 15.2 Fristgerechte Kündigung

#### 15.2.1 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) unwirksam<sup>676</sup>.

Eine unangemessene Benachteiligung des Vermieters durch die streitigen Klauseln ergibt sich weder daraus, dass diese nicht klar und verständlich wären

---

<sup>675</sup> BGH v. 26.9.2018 – VIII ZR 290/18, WuM 2019, 56 = NZM 2019, 90.

<sup>676</sup> BGH v. 14.11.2018 – VIII ZR 109/18, WuM 2019, 19 = GE 018, 1592.

(§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), noch aus einer inhaltlichen Unausgewogenheit (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Dies folgt allerdings nicht bereits daraus, dass die genannten Klauseln gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer - über das Transparenzverbot (§ 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 Inhaltskontrolle<sup>677</sup>.

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 Kaufpreis<sup>678</sup>.

Der Inhaltskontrolle unterworfen sind hingegen Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen (lediglich) einschränken, verändern, modifizieren oder näher ausgestalten<sup>679</sup>.

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 darzustellen.

---

<sup>677</sup> 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 Rn. 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.

<sup>678</sup> 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.

<sup>679</sup> 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.

len<sup>680</sup>. Dies ist hier der Fall. Wie bereits ausgeführt, lassen die im Zusammenhang 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 ist<sup>681</sup>.

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).

### 15.2.2 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 ausschließen<sup>682</sup>. 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 geben<sup>683</sup>. Die individuelle Vereinbarung eines dauerhaften Ausschlusses der ordentlichen Kündigung ist daher grundsätzlich möglich. Es mag allerdings, wie in der Instanzrechtsprechung<sup>684</sup> und in der Literatur<sup>685</sup> all-

---

<sup>680</sup> 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.

<sup>681</sup> BGH v. 14.11.2018 – VIII ZR 109/18, WuM 2019, 19 = GE 018, 1592.

<sup>682</sup> 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.

<sup>683</sup> BGH v. 8.5.2018 – VIII ZR 200/17, MDR 2018, 855 = WuM 2018, 437 = GE 2018, 820.

<sup>684</sup> OLG Karlsruhe, ZMR 2008 533; LG Berlin, GE 1992, 151; vgl. auch OLG Hamm NZM 1999, 753.

<sup>685</sup> 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.

gemein angenommen wird, nach Ablauf von 30 Jahren in entsprechender Anwendung des § 544 BGB eine außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist möglich sein, die auch nicht auf den ersten möglichen Termin nach diesem Zeitablauf beschränkt ist<sup>686</sup>.

### 15.2.3 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"<sup>687</sup>.

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 (unverzügliche 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 Kündigungserklärung<sup>688</sup>.

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 Be-

<sup>686</sup> vgl. dazu BGH v. 20.2.1992 - III ZR 193/90, BGHZ 117, 236 (239).

<sup>687</sup> BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 261/17, WuM 2018, 758 = NZM 2018, 1017; BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

<sup>688</sup> BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 261/17, WuM 2018, 758 = NZM 2018, 1017; BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

rücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste<sup>689</sup>. Für die Auslegung sind nur solche Umstände heranzuziehen, die dem Erklärungsempfänger bekannt oder für ihn erkennbar waren<sup>690</sup>.

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 will<sup>691</sup>. 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 erklärte<sup>692</sup> 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.

---

<sup>689</sup> 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.

<sup>690</sup> BGH v. 5.10.2006 - III ZR 166/05, NJW 2006, 3777 Rz. 18 m.w.N.

<sup>691</sup> vgl. auch BAGE 145, 184 Rz. 44; BAG, NJW 2014, 3533 Rz. 20; jeweils mwN [zu einer hilfsweise erfolgten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses].

<sup>692</sup> vgl. hierzu BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 e.

### 15.2.4 Kündigungssperre nach § 577a BGB

§ 577a Abs. 1a BGB wurde durch das Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz) vom 11. März 2013<sup>693</sup> eingeführt. Ziel dieser Ergänzung war es, die Umgehung des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen, insbesondere nach dem sog. "Münchener Modell", zu unterbinden<sup>694</sup>. 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 BGB<sup>695</sup>, da die mieterschützende Bestimmung des § 577a Abs. 1 BGB hierauf weder unmittelbar noch analog anwendbar ist<sup>696</sup>.

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 erstreckt<sup>697</sup>.

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).

---

<sup>693</sup> BGBl. I S. 434.

<sup>694</sup> 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.

<sup>695</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 16; BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, MDR 2017, 142 = WuM 2017, 94.

<sup>696</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 16; BGH v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 Rz. 16 ff.

<sup>697</sup> 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.

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 vermieteten 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 umzuwandeln<sup>698</sup>.

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 genügt<sup>699</sup>.

Diese Auffassung trifft zu<sup>700</sup>. 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

---

<sup>698</sup> BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, WuM 2018, 292 = ZMR 2018, 569.

<sup>699</sup> 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.

<sup>700</sup> BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, WuM 2018, 292 = ZMR 2018, 569.

hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen, wobei Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut der Vorschrift ist. Die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption ist durch das Gericht bezogen auf den konkreten Fall möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen<sup>701</sup>.

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 enthalte<sup>702</sup>.

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 berücksichtigen<sup>703</sup>. 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.

---

<sup>701</sup> 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.

<sup>702</sup> BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, WuM 2018, 292 = ZMR 2018, 569.

<sup>703</sup> 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).

### 15.2.5 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 geklärt<sup>704</sup>. 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 sog. Sozialklausel des § 574 BGB geschützt, indem er Härtegründe anbringen kann<sup>705</sup>.

Auch ist höchstrichterlich bereits entschieden, dass sowohl ein zeitlich begrenzter Bedarf hinsichtlich der Wohnung<sup>706</sup> 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 Voraussetzungen des "Benötigens" der Räume "als Wohnung" und damit die Voraussetzungen einer Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfüllen kann.

---

<sup>704</sup> so auch BVerfG, NJW 2014, 2417 Rz. 27 ff. m.w.N.

<sup>705</sup> 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.

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 rechtfertigen<sup>707</sup>. 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 Auffassung<sup>708</sup> - 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 wollen<sup>709</sup>.

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 ist<sup>710</sup>.

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 begründen<sup>711</sup>. Es kommt auch insoweit entscheidend darauf an, ob nach der Würdigung der Umstände des Einzelfalls der Eigennutzungswunsch des Vermieters ernsthaft verfolgt wird und von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen ist oder ob er missbräuchlich ist.

---

<sup>706</sup> 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.

<sup>707</sup> BGH v. 22.8.2017 - VIII ZR 19/17, NZM 2017, 846 Rz. 3 f.

<sup>708</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 573 BGB Rz. 104.

<sup>709</sup> BGH v. 22.8.2017 - VIII ZR 19/17, NZM 2017, 846 Rz. 4.

<sup>710</sup> BGH v. 21.8.2018 - VIII ZR 186/17, WuM 2018, 776 = GE 2019, 50 = NZM 2018, 983.

<sup>711</sup> BGH v. 21.8.2018 - VIII ZR 186/17, WuM 2018, 776 = GE 2019, 50 = NZM 2018, 983.

### 15.3 Anwendung des § 574 BGB

Leitsätze der Entscheidung des BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = WuM 2019, 385.

#### § 574 Abs. 1 BGB

- Eine Fortsetzung des Mietverhältnisses setzt nicht voraus, dass die auf Seiten des Mieters bestehende Härte die Interessen des Vermieters deutlich überwiegt. Maßgebend ist allein, ob sich ein Übergewicht der Belange der Mieterseite feststellen lässt, also die Interessenabwägung zu einem klaren Ergebnis führt.

Da sich ein hohes Alter eines Mieters und/oder eine lange Mietdauer mit einer damit einhergehenden langjährigen Verwurzelung im bisherigen Umfeld je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung des Mieters unterschiedlich stark auswirken können, rechtfertigen diese Umstände ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Kommen zu diesen Umständen Erkrankungen hinzu (hier Demenz gemischter Genese), aufgrund derer beim Mieter im Falle seines Herauslösens aus seiner näheren Umgebung eine - nach ihrem Grad nicht näher festgestellte - Verschlechterung seines gesundheitlichen Zustands zu erwarten steht, kann dies in der Gesamtschau zu einer Härte führen. Wenn der gesundheitliche Zustand des Mieters einen Umzug nicht zulässt oder im Falle eines Wohnungswechsels zumindest die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation des (schwer) erkrankten Mieters besteht, kann sogar allein dies einen Härtegrund darstellen (Bestätigung von Senatsurteil vom 16. Oktober 2013 - VIII ZR 57/13, NJW-RR 2014, 78 Rn. 20).

- Werden von dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels substantiiert ihm drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit

welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann (Bestätigung von Senatsurteil vom 15. März 2017 - VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474 Rn. 24, 29).

- Bei der Bewertung und Gewichtung der widerstreitenden Interessen beider Parteien im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung ist den Wertentscheidungen Rechnung zu tragen, die in den für sie streitenden Grundrechten zum Ausdruck kommen. Dabei haben die Gerichte zu berücksichtigen, dass bezüglich der Anwendung und Auslegung des Kündigungstatbestands des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB einerseits und der Sozialklausel des § 574 BGB andererseits dieselben verfassungsrechtlichen Maßstäbe gelten (im Anschluss an BVerfG, NJW-RR 1999, 1097; NJW-RR 1993, 1358), so dass auch im Rahmen der Vorschrift des § 574 BGB die vom Vermieter beabsichtigte Lebensplanung grundsätzlich zu respektieren und der Rechtsfindung zugrunde zu legen ist (im Anschluss an BVerfGE 68, 361, 373 f.; 79, 292, 304 f.; BVerfG, NJW 1994, 309, 310; 1995, 1480, 1481).

Diesen Vorgaben werden die Gerichte nicht gerecht, wenn sie (wie das Berufungsgericht) dem Vermieter, der die Mietwohnung zum Zwecke der Selbstnutzung erworben hat, bei der Gewichtung und Abwägung der gegenläufigen Belange eine geringere Bedeutung zumessen als bei der Beurteilung, ob dieses Vorgehen einen Eigenbedarf i.S.d. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB begründet, und einem solchen Nutzungswunsch einen geringeren Stellenwert als einem Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters zuweisen.

- Im Rahmen der Interessenabwägung haben die Gerichte nicht nur die Lebensplanung des Vermieters zu respektieren, sondern dürfen auch bezüglich der Interessen des Mieters ihre Vorstellungen über den einzuschlagenden Weg nicht an dessen Stelle setzen (im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 1994 - 1 BvR 2067/93, juris Rn. 4 f.). Dies gilt insbesondere dann, wenn es um das Schicksal älterer Personen geht.
- Die Abwägung der gegenläufigen Interessen hat sich stets an den konkreten Umständen des zu beurteilenden Einzelfalls auszurichten. Dabei kommt weder den Belangen des Vermieters noch den Interessen des Mieters von vornherein ein größeres Gewicht zu als denen der Gegenseite. Aus diesen Gründen ist es (anders als das Berufungsgericht annimmt) nicht zulässig, Kategorien zu bilden, in denen generell die Interessen einer Seite überwiegen (hier: Selbstnutzungswunsch des Erwerbers einer vermieteten Wohnung einerseits; nach langer Mietdauer eintretender Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters andererseits).

#### BGB § 574 Abs. 2

- Der Härtegrund des zu zumutbaren Bedingungen nicht zu beschaffenden Ersatzwohnraums ist nicht bereits dann gegeben, wenn im Gemeindegebiet gerichtsbekannt eine angespannte Wohnlage herrscht, die auch zum Erlass von diesem Umstand Rechnung tragenden Verordnungen geführt hat. Eine festgestellte und/oder in Verordnungen zugrunde gelegte angespannte Wohnlage kann allenfalls ein gewisses Indiz für das Vorliegen eines Härtegrunds nach § 574 Abs. 2 BGB darstellen, das in Verbindung mit substantiiertem (unstreitigem oder nachgewiesenem) Parteivortrag zu konkret ergriffenen Maßnahmen zu der tatrichterlichen Überzeugung führen kann, dass angemessener Wohnraum zu zumutbaren Bedingungen für den Mieter (und seine Familien- oder Haushaltsangehörigen) nicht zu erlangen ist.

#### BGB § 574a Abs. 2

- Wenn auf Seiten des Vermieters dringender Wohnbedarf besteht, haben die Gerichte im Falle eines Überwiegens der Mieterinteressen im Rahmen der von ihnen zu treffenden Ermessensentscheidung sorgfältig zu prüfen, ob eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit angeordnet werden soll.

### 15.4 Sachverständigengutachten bei § 574 BGB

Werden von dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels ihm drohende, schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde gemäß § 144 Abs. 1 BGB mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann<sup>712</sup>. Diese Verpflichtung zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Parteivorbringens bei schwerwiegenden Eingriffen in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgt

---

<sup>712</sup> BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 167/17, ■.

nicht zuletzt aus dessen grundrechtlicher Verbürgung in Art. 2 Abs. 2 S.1 GG (ggfs. in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip)<sup>713</sup>.

Macht ein Mieter daher durch hinreichend substantiierten Prozessvortrag, insbesondere durch Vorlage eines Attests des behandelnden Facharztes geltend, ihm, seiner Familie oder einem anderen Angehörigen seines Haushalts sei ein Umzug wegen einer von ihm näher bezeichneten schweren Erkrankung nicht zuzumuten, ist im Falle des Bestreitens dieses Vortrags aufgrund der Grundrechtsrelevanz des potentiell beeinträchtigten Rechts regelmäßig nach § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Art, dem Umfang und den konkreten Auswirkungen der beschriebenen Erkrankung auf die Lebensführung des betroffenen Mieters im Allgemeinen und im Falle des Verlusts der vertrauten Umgebung erforderlich<sup>714</sup>. Dabei sind nicht nur Feststellungen zu der Art und dem Ausmaß der Erkrankungen sowie den damit konkret einhergehenden gesundheitlichen Einschränkungen, sondern auch zu den konkret feststellbaren oder zumindest zu befürchtenden Auswirkungen eines erzwungenen Wohnungswechsels zu treffen, wobei im letzteren Fall auch die Schwere und der Grad der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden gesundheitlichen Einschränkungen zu klären ist<sup>715</sup>. Erst dies versetzt den nicht über eigene Sachkunde verfügenden Tatrichter in einem solchen Fall in die Lage, die Konsequenzen, die für den Mieter mit dem Umzug verbunden sind, im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB notwendigen Abwägung sachgerecht zu gewichten.

## **15.5 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund**

### **15.5.1 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

---

<sup>713</sup> vgl. etwa BVerfG, NJW-RR 1993, 463 (464) [zum Vorliegen einer Härte nach § 541b BGB a.F.]; BVerfGE 52, 214 (219 f.); BVerfG, NJW 1992, 1378; BVerfG NJW-RR 2014, 584, 585 m.w.N. [zu § 765a ZPO].

<sup>714</sup> BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = WuM 2019, 385.

<sup>715</sup> BGH v. 15.3.2017 -VIII ZR 270/15, MDR 2017, 635 = WuM 2017, 285 = ZMR 2017, 382 Rz.29; BGH v. 16.10.2013 -VIII ZR 57/13, MDR 2013, 1391 = WuM 2013, 739 = ZMR 2014, 195 Rz. 18, 20.

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.

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 Gesamtmiete<sup>716</sup>. 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 Aus-

---

<sup>716</sup> 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.

schluss der fristlosen Kündigung vorausgesetzt, "vorher" - mithin vor dem Zugang der Kündigung - "befriedigt" worden<sup>717</sup>.

## 15.6 Zahlungsverzug bei rechtskräftigem Zahlungstitel

Nach § 543 Abs. 1 S. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Für den Vermieter liegt nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. b BGB ein wichtiger Grund zur Kündigung insbesondere dann vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht.

Zwar hatte der Mieter am 1. Juli 2017 unstreitig einen Betrag von 2.301 € (5 x 460,20 €) - betreffend die Monate April 2015 bis August 2015 - nicht bezahlt, weil er in dieser Höhe (60 % der Bruttomiete) ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hat. Mithin war ein Betrag einbehalten worden, der in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Monate erstreckt, die Bruttomiete für zwei Monate erreicht bzw. sogar deutlich übersteigt. Dennoch befand sich der Mieter mit der Zahlung dieses Betrags zum Kündigungszeitpunkt (1. Juli 2017) nicht in Verzug befanden, weil ein zunächst wegen des Schimmelbefalls in der Wohnung bestehendes Zurückbehaltungsrecht des Mieters aufgrund des Schriftsatzes des Vermieters vom 16. März 2017, mit dem er die Mängelbeseitigung vorgebracht hatte, nicht entfallen war. Denn die Äußerungen des Vermieters in diesem Schriftsatz rechtfertigen nicht den Schluss, dass das Zurückbehaltungsrecht nunmehr seinen Zweck verfehle, weil nicht mehr zu erwarten sei, dass der Vermieter (weitere) Maßnahmen der Mängelbeseitigung veranlassen werde<sup>718</sup>.

Daran ändert nicht die Tatsache, dass der Mieter mit Schriftsatz vom 2. November 2017 die Rücknahme seiner Anschlussberufung im Hinblick auf die erstinstanzliche Verurteilung zur Zahlung von 2.301 € erklärt hat. Denn die mit der Rücknahme zu diesem Zeitpunkt eingetretene Rechtskraft des auf Zahlung rückständiger Miete gerichteten Urteils ergreift die Frage nicht, ob sich der Mieter zum maßgeblichen Kündigungszeitpunkt (1. Juli 2017) mit der Zahlung eines kündigungsrelevanten Betrags in Verzug befand.

---

<sup>717</sup> BGH v. 27.9.2017 – VIII ZR 193/16, MDR 2017, 1352 = WuM 2017, 644 = GE 2017, 1333.

<sup>718</sup> BGH v. 10.4.2019 – VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

Gemäß § 322 Abs. 1 ZPO sind Urteile insoweit der Rechtskraft fähig, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Die Rechtskraft wird hiernach auf den unmittelbaren Streitgegenstand, das heißt auf die Rechtsfolge beschränkt, die aufgrund eines bestimmten Lebenssachverhalts am Schluss der mündlichen Verhandlung den Gegenstand der Entscheidung bildet. Nicht in Rechtskraft erwächst die Feststellung der der Entscheidung zugrunde liegenden präjudiziellen Rechtsverhältnisse oder sonstiger Vorfragen, aus denen der Richter den Schluss auf das Bestehen oder Nichtbestehen der von der Klagepartei beanspruchten Rechtsfolge zieht<sup>719</sup>.

Aus dem in der materiellen Rechtskraft liegenden Verbot einer wiederholten Entscheidung über denselben Streitgegenstand folgt allerdings auch eine Bindungswirkung der in einem Vorprozess rechtskräftig getroffenen Entscheidung insoweit, als diese für die Entscheidung in einem Folgeprozess vorgreiflich ist<sup>720</sup> (). Hat ein Gericht daher den in einem Vorprozess bereits rechtskräftig entschiedenen Streitgegenstand nunmehr als Vorfrage zu prüfen, hat es seinem Urteil den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung zugrunde zu legen<sup>721</sup>, wobei sich die Bindungswirkung auf die rechtskräftig ausgeurteilte Rechtsfolge beschränkt<sup>722</sup>.

Gemessen hieran kommt es im vorliegenden Räumungsrechtsstreit für die Frage der bindenden Präjudizialität einer rechtskräftig festgestellten Verpflichtung zur Zahlung rückständiger Miete im Rahmen der Prüfung eines kündigungsrelevanten Mietrückstands darauf an, ob durch das rechtskräftige Zahlungsurteil bindend (auch) der Verzug mit der Mietzahlung zum Kündigungszeitpunkt - hier: 1. Juli 2017 - festgestellt worden ist<sup>723</sup>.

So verhält es sich indes im Streitfall nicht. Denn der Umstand, dass bezüglich der am 6. April 2017 erfolgten Verurteilung zur Zahlung von 2.301 € vor der Entscheidung des Berufungsgerichts über das Begehren auf Räumung und

---

<sup>719</sup> st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 8.2.1965 - VIII ZR 121/63, BGHZ 43, 144, 145 f.; BGH v. 25.2.1985 - VIII ZR 116/84, BGHZ 94, 29, 32 f.; BGH v. 7.7.1993 - VIII ZR 103/92, BGHZ 123, 137, 139 f.; BGH v. 22.9.2016 - V ZR 4/16, NJW 2017, 893 Rz. 13; BGH v. 9.2.2018 - V ZR 299/14, NJW 2019, 71 Rz. 20.

<sup>720</sup> BGH v. 7.3.2012 - XII ZB 391/10, NJW 2012, 1964 Rz. 11.

<sup>721</sup> BGH v. 22.9.2016 - V ZR 4/16, NJW 2017, 893 Rz. 17; BGH v. 16.1.2008 - XII ZR 216/05, NJW 2008, 1227 Rz. 9, 23.

<sup>722</sup> BGH v. 24.6.1993 - III ZR 43/92, NJW 1993, 3204 unter III 1.

<sup>723</sup> BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

Herausgabe der Wohnung aufgrund der am 1. Juli 2017 ausgesprochenen Kündigung Rechtskraft eingetreten ist, führt nicht dazu, dass das Berufungsgericht davon entbunden war, im Rahmen dieses Streitgegenstands das Vorliegen eines kündigungsrelevanten Zahlungsverzugs am 1. Juli 2017 eigenständig zu prüfen. Durch die - mit der am 2. November 2017 erklärten - Rücknahme der Anschlussberufung eingetretene Rechtskraft<sup>724</sup> des Zahlungsurteils des Amtsgerichts wurde nicht zugleich - als Vorfrage - bindend festgestellt, dass zum 1. Juli 2017 ein zur Kündigung berechtigender Verzug in Höhe des zuvor ausgeurteilten Betrags bestand. Mit dem Urteil des Amtsgerichts ist vielmehr lediglich rechtskräftig festgestellt, dass in einem bestimmten Zeitraum (von April 2015 bis August 2015) ein von den Beklagten ausgleichender Mietrückstand in Höhe von 2.301 € aufgelaufen ist und zum Zeitpunkt der Entscheidung noch offen war. Hieraus folgt, dass nicht über die für die Beurteilung der Räumungs- und Herausgabeklage (mit-)entscheidende Vorfrage entschieden worden ist, dass dieser Zahlungsrückstand zum Zeitpunkt der jeweiligen Kündigungserklärungen des Vermieters eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB rechtfertigte.

### **15.7 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 lässt<sup>725</sup>. Die durch eine wirksam erklärte Kündigung eingetretene Umgestaltung des Mietverhältnisses kann grundsätzlich nicht mehr einseitig, sondern nur durch rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien rückgängig gemacht werden<sup>726</sup>.

---

<sup>724</sup> vgl. BGH v. 25.9.2007 - X ZR 60/06, BGHZ 173, 374 Rz. 10.

<sup>725</sup> 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].

<sup>726</sup> BGH v. 24.6.1998 - XII ZR 195/96, BGHZ 139, 123 (128 f.).

Dem Gesetzgeber bleibt es im Rahmen seines Gestaltungsspielraums jedoch unbenommen, die Gestaltungswirkung, die eine wirksame Kündigung mit ihrem Zugang entfaltet hat, rückwirkend entfallen zu lassen<sup>727</sup>. 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 gilt<sup>728</sup>. Diese Sichtweise hat der BGH seinen Entscheidungen, die sich mit dem Tatbestand des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB befassen, unausgesprochen zugrunde gelegt<sup>729</sup>.

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 bejahen<sup>730</sup>. Soweit andere Autoren der Bestimmung

<sup>727</sup> so auch *Beyer*, GE 2018, 175.

<sup>728</sup> 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 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.].

<sup>729</sup> BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 261/17, WuM 2018, 758 = NZM 2018, 1017; BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

<sup>730</sup> 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 Mietrechtsre-

des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB mit unterschiedlicher Begründung nur eine Heilungswirkung für die Zukunft ("ex-nunc-Wirkung") beimessen<sup>731</sup>, haben diese den Regelungsgehalt der genannten Vorschrift nur unzureichend erfasst und können sich insoweit auch nicht auf das Urteil des BGH vom 21.12.2006<sup>732</sup> 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 soll<sup>733</sup>.

## 16 Rückgabe

### 16.1 durch Besitzaufgabe

Damit kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits zunächst darauf an, ob die Klägerin als Mieterin die Mietsache nach § 546 Abs. 1 BGB an die Beklagte als Vermieterin zurückgegeben hat. Dies verlangt normalerweise unter Anwesenheit beider Seiten vor Ort die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, wozu auch die Übergabe sämtlicher Schlüssel gehört. Eine solche Übergabe hat nicht stattgefunden. Möglich ist auch die Übergabe durch den Auszug unter Übersendung der Schlüssel, wie dies offenbar die Beklagte dem Schreiben der Klägerin vom 26.05.2016 entnommen haben will. Eine hierauf gerichtete Vereinbarung kam schon deshalb nicht zustande, weil die Klägerin auf diese Weise nicht übergeben wollte und die Beklagte ein solches Angebot auch nicht angenommen hat. Vielmehr erklärte die Klägerin ausdrücklich, die Schlüssel im Zuge oder nach Aufgabe des Besitzes i.S.v. § 303 BGB der Beklagten durch Übersendung zur Verfügung stellen zu wollen. Deshalb ist nicht danach zu fragen, ob eine Rückgabe stattfand, sondern allein, ob sich die Klägerin der Rückgabepflicht durch Aufgabe des Besitzes entledigte. Denn mit der Aufgabe des Besitzes wird der Schuldner gemäß § 275 I BGB von der Rückgabepflicht frei.

---

formgesetz, 2011, S. 735 (738); *Buchmann*, WuM 1996, 78 (79) [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F.].

<sup>731</sup> 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).

<sup>732</sup> 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].

<sup>733</sup> BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 261/17, WuM 2018, 758 = NZM 2018, 1017; BGH v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17, WuM 2018, 714 = GE 2018, 1389.

Gemäß § 303 S. 2 BGB muss die Besitzaufgabe dem Gläubiger angedroht werden. Diese Androhung kann mit dem den Annahmeverzug begründenden Schreiben, hier vom 26.05.2016, verbunden werden. Das Mietverhältnis endete unstreitig am 31.05.2016. Vor diesem Tag, an dem die Rückgabepflicht zu erfüllen war, ist der Vermieter nicht gehalten, die Mietsache zurückzunehmen. Das hat die Klägerin von der Beklagten auch nicht verlangt. Sie forderte die Beklagte zur Rücknahme für den 30.5., 31.5. oder 01.6. auf und stellte in Aussicht, sich bis 04.06.2016 übergabebereit zu halten. Gemäß § 295 S. 1 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners für den Annahmeverzug, wenn der Gläubiger an der Bewirkung der Leistung mitwirken muss, wie das bei der Besitzverschaffung der Fall ist. Da sich die Beklagte hierzu nicht äußerte und das Objekt auch nicht in Besitz nahm, geriet sie in Annahmeverzug. Ein Verschulden oder Vertretenmüssen war hierfür nicht erforderlich<sup>734</sup>. Das danach untaugliche Argument der Beklagten, es habe in der Kürze der Zeit kein Termin gefunden werden können, hat schon das Landgericht mit zutreffender Begründung für nicht stichhaltig betrachtet. Die Beendigung des Mietverhältnisses und damit die Notwendigkeit einer Rückgabe des Mietgegenstandes trafen die Beklagte nach der rechtzeitigen Kündigung der Klägerin keineswegs überraschend.

Die Klägerin war damit in der Lage, den Besitz aufzugeben. Hat sie sich der tatsächlichen Gewalt über das Mietobjekt entäußert, wozu sie sich auch der Schlüssel zu entledigen hatte, wurde sie von der Rückgabepflicht frei<sup>735</sup>. Dass das Objekt geräumt ist, wird von der Beklagten nicht bestritten. Streitig ist allein die Herausgabe der Schlüssel. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Fa. E. empfangszuständig war. Die Klägerin hätte bei der Aufgabe des Besitzes die Schlüssel theoretisch auch im Objekt zurücklassen können. Wichtig ist nur, dass sie sich der Schlüssel entledigte. Dies hat das Landgericht nicht festgestellt, weshalb es erneuter Feststellungen des Senats bedarf (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Zwar existiert eine "Schlüsselliste" (Teil der Anlage K 11), die im Rahmen der Besitzaufgabe weder von der Beklagten noch von der E. geprüft wurde. Es wäre aber verfehlt, rein formal auf die Übergabe aller für das Objekt angefertigten Schlüssel abzustellen, obwohl es für ein bewusstes Zurückhalten von aufge-

---

<sup>734</sup> Palandt/Grüneberg, 77. Aufl., § 293 BGB Rz. 1, 10.

zählten Schlüsseln durch die Klägerin nach dem Sachvortrag der Parteien (welche Schlüssel das sein könnten, wird von der Beklagten auch in keiner Weise konkretisiert; im Zeitpunkt des Senatstermins mehr als zwei Jahre nach der Besitzaufgabe durch die Klägerin) keine Anhaltspunkte gibt. Entscheidend muss hier vielmehr sein, ob die Klägerin bei wertender Betrachtung durch Hinterlassen der Schlüssel den Besitz am Mietobjekt aufgegeben und der Beklagten ermöglicht<sup>736</sup> bzw. im Rahmen von § 303 S. 1 BGB den Besitz "preisgegeben" hat. Von diesem Ausgangspunkt aus muss die Würdigung der Zeugenaussagen erfolgen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass sich die Klägerin mit den Schlüsseln auch des Mietobjektes entledigt hat.

Zwar liegt die Beweislast dafür, dass sich die Klägerin sämtlicher ihr Ende Mai 2016 noch zur Verfügung gestandener Schlüssel entäußert hat, bei der Klägerin. Die Anforderungen an diesen Nachweis dürfen aber nicht überspannt werden, wenn von einer Vielzahl von Schlüsseln die Rede ist und die Klägerin jedenfalls nachweisen kann, dass sie Schlüssel (an die E. ) übergeben hat, ohne die sie nicht mehr in der Lage war, das Mietobjekt zu betreten. In wertender Betrachtung ist der Besitz in diesem Fall als aufgegeben zu betrachten, zumal die Beklagte nach mehr als zwei Jahren keinerlei Anhaltspunkte dafür vortragen kann, dass ihr irgendwelche (und wenn ja welche) Schlüssel nicht zugänglich sind, die ursprünglich in den Besitz der Klägerin gelangt waren oder dass einer ungestörten Besizausübung durch die Beklagte das Nichtvorliegen irgendwelcher Schlüssel entgegenstehen könnte.

## 16.2 Schlüsselerlust

Grundsätzlich entsteht ein ersatzfähiger Schaden bereits dann, wenn sich der Geschädigte aus objektiver Sicht unter den konkret gegebenen Umständen zur Beseitigung einer fortbestehenden Missbrauchsgefahr veranlasst sehen darf, die Schließanlage zu ersetzen und diesen Austausch auch tatsächlich vor-

---

<sup>735</sup> OLG Naumburg v. 10.12.2018 – 1 U 25/18, ZMR 2019, 674.

<sup>736</sup> OLG Düsseldorf v. 27.4.2006 - 24 U 152/05, DWW 2006, 333.

nimmt<sup>737</sup>. Die Geschädigten waren hier die WEG bzw. die Eigentümer der jeweiligen Objekte. Grundsätzlich oblag es ihrer Entscheidung, den Austausch der Schließanlagen zu veranlassen. Hier bestand aber die Besonderheit, dass die Fa. H... Bauservice von den jeweiligen WEG als Verwalter bzw. Hauswart eingesetzt war. Eines gesonderten Beschlusses der jeweiligen WEG bzw. der Eigentümer zum Austausch der Schließanlagen bedurfte es nicht, da die Fa. H... Bauservice als Verwalter bzw. aufgrund der Hausverwaltungsverträge gem. § 27 Abs. 1 Nr. 3 WEG, § 675, 670 BGB berechtigt war, den unverzüglichen Austausch der Schließanlagen zu veranlassen und den Vermieter auf Ersatz der dafür entstandenen Kosten in Anspruch zu nehmen. Da der Vermieter als Erfüllungsgehilfe der Fa. H... Bauservice den Erstattungsansprüchen der WEG bzw. der Eigentümer ausgesetzt ist, kann er den Mieter unmittelbar auf Ersatz seines Schadens in Anspruch nehmen<sup>738</sup>.

Der Austausch der Schließanlagen in den einzelnen Objekten war aus Sicherheitsgründen jeweils geboten gewesen.

Insoweit sind auch die Kosten für die Lieferung der provisorischen Schließanlagen nach Abwägung des Einzelfalls erstattungsfähig<sup>739</sup>. Auch provisorische Sicherungsmaßnahmen können gerechtfertigt sein, wenn und soweit durch den Verlust des Schlüssels einer Schließanlage konkret eine missbräuchliche Verwendung des nicht auffindbaren Schlüssels durch Unbefugte zu befürchten ist. Soweit im Objekt B... Str. x eine provisorische Schließanlage eingebaut wurde, könnte dies zweifelhaft sein, da bei der Schließanlage aus dem Jahr 1999 insgesamt drei weitere Zentralschlüssel und auch 11 Einzelschlüssel (Wohnungsschlüssel?) zum Entwendungszeitpunkt bereits nicht mehr vorhanden waren. Die Missbrauchsgefahr besteht aber unabhängig davon und wurde durch die Entwendung deutlich erhöht. Denn aufgrund der konkreten Entwendungssituation, hier eines Diebstahls von beschrifteten Schlüsseln aus einem geparkten Pkw, nicht auszuschließen ist, dass der Technikerschlüssel, der Zugang zum Haus aber nicht zu den einzelnen Wohnungen gewährt, aktuell durch die unbekanntes Täter des Diebstahls zum Eindringen in das Objekt benutzt wird. Die-

---

<sup>737</sup> vgl. BGH v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rz. 14, juris m.w.N.; so auch zuletzt LG Paderborn v. 25.9.2017 – 4 O 139/17 –, Rz. 19, juris.

<sup>738</sup> OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

<sup>739</sup> OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

selben Erwägungen gelten für das Objekt T... Str. xx, bei dem auch ein weiterer Technikschlüssel der Schließanlage aus dem Jahr 20104 nicht vorhanden war.

Bei der Schadensberechnung ist ein Abzug „Neu für Alt“ für die betroffenen Objekte gerechtfertigt<sup>740</sup>. Wird eine gebrauchte Sache durch eine neue ersetzt, kann dies zu einer Wertsteigerung führen, die die Schadensersatzpflicht mindert, soweit hierdurch eine messbare Vermögensmehrung eingetreten ist und sich diese Werterhöhung für den Geschädigten wirtschaftlich günstig auswirkt. Darüber hinaus muss der Vorteilsausgleich für den Geschädigten zumutbar sein<sup>741</sup>. Der Sachverständige hat festgestellt, dass Schließanlagen einer mechanischen Abnutzung unterliegen, die im Einzelnen jedoch nicht genau ermittelt werden kann. Zumindest bei größeren Mietwohnungsanlagen, die aufgrund von Mieter- und Nutzeranzahl und häufigerem Mieterwechsel auch einer höheren Abnutzung unterliegen, ist daher von einer regelmäßigen Nutzungsdauer von 20 - 25 Jahren auszugehen. Abgesehen von der Abnutzung durch mechanische Beanspruchung ist Ansatzpunkt für die Haftung des Beklagten in erster Linie aber nicht die Beschädigung der Sachsubstanz, die beim Verlust eines Schlüssels nur in den Kosten für die Neuherstellung des Schlüssels selbst besteht, sondern darüber hinaus die Beschädigung der Sicherungsfunktion der Schließanlage<sup>742</sup>. Der dafür gerechtfertigte Abzug ist zu schätzen, § 287 ZPO. Hinzu kommt ein weiterer zu schätzender Abzug für die Abnutzung infolge bisheriger Nutzung. Der Schätzung zugrunde zulegen sind der Anschaffungspreis und eine regelmäßige Nutzungsdauer von 20 - 25 Jahren. Dem Senat erscheint ein linearer Abzug von 4 % der Anschaffungskosten pro Nutzungsjahr angemessen.

## 17 Schadensersatz

### 17.1 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

<sup>740</sup> OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

<sup>741</sup> Palandt/*Grüneberg*, 7. Aufl. 2018, Vorb v § 249 BGB Rz. 97 ff.

<sup>742</sup> vgl. BGH v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rz. 14, juris; LG Bonn v. 27.9.2005, 7 O 425/03, Rz. 40 f, juris, *Bertkau*, Abhandenkommen von Schlüsseln, zfs 2014, 484 (489) m.w.N.

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 komme<sup>743</sup>. Vereinzelt wird das sich aus § 281 Abs. 1 BGB ergebende Fristsetzungserfordernis dabei auch auf einen konkurrierenden deliktischen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB übertragen<sup>744</sup>.

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 Vertragsbeendi-

---

<sup>743</sup> 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.)

<sup>744</sup> so etwa *Kraemer*, Festschrift für Blank, 2006, S. 281 (289); anders wohl Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13. Aufl., Rz. 82

gung ein<sup>745</sup>. Zudem sei es auch nicht möglich, ein etwaiges Fristsetzungserfordernis auf konkurrierende Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB zu übertragen<sup>746</sup>.

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 Fristsetzung<sup>747</sup>. 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 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 sein<sup>748</sup>. 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

---

<sup>745</sup> 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).

<sup>746</sup> *Oechsler*, NZM 2004, 881 (888); LG Saarbrücken v. 21.11.2014 - 10 S 60/14, juris Rz. 17.

<sup>747</sup> 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.

<sup>748</sup> BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

Schäden ist deshalb darauf angelegt, etwaige über das Erfüllungsinteresse der Vertragsparteien am Erhalt der jeweils versprochenen Leistung hinausgehend eingetretene Vermögensnachteile auszugleichen<sup>749</sup>.

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 muss<sup>750</sup>.

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 wollen<sup>751</sup>.

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

---

<sup>749</sup> 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.

<sup>750</sup> vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 134 f., 138, 225.

<sup>751</sup> dazu BT-Drucks. 14/6040, S. 138, 141 f.

Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht begründet<sup>752</sup>.

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 berechtigt<sup>753</sup>.

Die gegenteiligen Stimmen in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum<sup>754</sup> geltend macht, dass der Mieter bei Beschädigung der Mietsache durch einen vertragswidrigen Gebrauch nicht nur während eines laufenden Mietverhältnisses, 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 aufnehme, 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 ist<sup>755</sup>, räumt die auf den Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1

---

<sup>752</sup> BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

<sup>753</sup> 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.

<sup>754</sup> OLG Köln v. 21.5.2015 - 18 U 60/14, juris Rz. 43; *Kraemer*, Festschrift für Blank, S. 284 (288 f.).

<sup>755</sup> BGH v. 29.10.1974 - VI ZR 42/73, BGHZ 63, 182 (184).

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 Geldbetrag<sup>756</sup> soll den Geschädigten gerade davon befreien, die Schadensbeseitigung dem Schädiger anvertrauen zu müssen, und ihm die Möglichkeit zur Durchführung der Beseitigung in eigener Regie eröffnen<sup>757</sup>.

Durch diese Ersetzungsbefugnis werden nicht nur Abwicklungsstreitigkeiten darüber vermieden, ob eine Schadensbeseitigung des Schädigers gelungen ist und vom Geschädigten als tauglich akzeptiert werden muss<sup>758</sup>. 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 Wiederherstellung einlassen zu müssen<sup>759</sup>. Dementsprechend kann der Geschädigte seine Ersetzungsbefugnis grundsätzlich auch ohne Angabe von Gründen ausüben, muss sich für die getroffene Wahl also nicht rechtfertigen<sup>760</sup> und sich auch sonst zu ihrer Umsetzung nicht mit dem Schädiger ins Benehmen setzen<sup>761</sup>.

Für Schäden an der Sachsubstanz im Rahmen von Mietverhältnissen gilt nichts Abweichendes<sup>762</sup>. 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 - ähn-

---

<sup>756</sup> 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.

<sup>757</sup> 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.

<sup>758</sup> BGH v. 11.12.2015 - V ZR 26/15, WM 2016, 1748 Rz. 21 m.w.N.

<sup>759</sup> vgl. BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 29.

<sup>760</sup> BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 30.

<sup>761</sup> BGH v. 27.9.2016 - VI ZR 673/15, NJW 2017, 953 Rz. 12.

<sup>762</sup> BGH v. 28.2.2018 - VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

lich wie etwa bei einem Umgang des Vermieters mit baulichen Veränderungen an der Mietwohnung<sup>763</sup> - 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 beanspruchen<sup>764</sup>. 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 Besonderheiten<sup>765</sup>. 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.

## 17.2 Schadensersatz wegen abgerissener Tapete

Der Mieter begeht eine Pflichtverletzung, wenn er (ohne anschließend neue Tapeten anzubringen) in der Mietwohnung vorgefundene Tapeten ganz oder teilweise entfernt und dass er einen dadurch verursachten Schaden nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen hat<sup>766</sup>. Für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Überschreitens des vertragsgemäßen Gebrauchs bedarf es, einer vorherigen Fristsetzung nicht<sup>767</sup>. Denn bei der den Mieter treffenden Verpflichtung, 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 Übertragung des Besitzes an der Wohnung 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

---

<sup>763</sup> dazu BGH v. 14.9.2011 - VIII ZR 10/11, NJW-RR 2012, 262 Rz. 11.

<sup>764</sup> BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ZMR 2018, 492 = GE 2018, 633 = NZM 2018, 320.

<sup>765</sup> vgl. nur BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rz. 7.

<sup>766</sup> BGH v. 21.8.2019 – VIII ZR 263/17, GE 2019, 1237.

<sup>767</sup> BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, GE 2018, 638 = BGHZ 218, 22 Rz. 9 ff.

Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB handelt, deren Verletzung (schuldrechtlich) eine Schadensersatzpflicht allein nach den in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen begründet. Für diese rechtliche Einordnung ist es unerheblich, ob der Schadensersatzanspruch vor oder nach Beendigung des Mietverhältnisses geltend gemacht wird.

Der Schaden des Vermieters kann jedoch nicht unabhängig vom Alter und Zustand der vom Mieter entfernten Tapetenteile in Höhe von 80 % der Kosten entstehen, die für eine Neutapezierung der betreffenden Wände erforderlich wären.

Der Mieter hatte in den Tatsacheninstanzen jeglichen Schaden bestritten und insoweit ausgeführt hat, dass sich an den betreffenden Stellen eine rund 30 Jahre alte - nicht zum Überstreichen geeignete, aber vor seiner Besitzzeit mehrfach überstrichene - Mustertapete befunden hätte, die sich teilweise bereits gelöst habe. Damit hat er geltend gemacht, dass die vorhandene Dekoration angesichts ihres Alters und Zustandes ohnehin wertlos gewesen und aus diesem Grund durch das Entfernen einiger abgelöster Tapetenteile überhaupt kein Schaden entstanden sei. Da der Vermieter im Rahmen des von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1 BGB die Beweislast für das Entstehen und die Höhe des geltend gemachten Schadens trägt, konnte nicht ohne Feststellungen zum Alter und zum Zustand der (angeblich) beschädigten Sache entschieden werden. Die Überlegung, dem Vermieter sei - unabhängig vom Zustand und Alter der Tapeten - deshalb ein Schaden fast in Höhe des Neuwerts entstanden, weil der Mieter "in die Entscheidungsfreiheit der Klägerin" eingegriffen habe, geht fehl. Es ist nicht im Ansatz nachvollziehbar, inwiefern die durch die Schädigungshandlung des Mieters angeblich vereitelte Möglichkeit des Vermieters, das Haus nach Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Mieter mit einer renovierungsbedürftigen Dekoration weiter zu vermieten, es rechtfertigen könnte, den Wert einer völlig verschlissenen Dekoration fast mit dem Neuwert anzusetzen.

### 17.3 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.

Der Mietvertrag zwischen dem Vermieter und dem schadenden Mieter hat zu seinen Gunsten keine Schutzwirkung<sup>768</sup>. 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 zustehen<sup>769</sup>. 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 geschützt<sup>770</sup>.

Auch eine entsprechende Anwendung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist zu verneinen<sup>771</sup>. 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

---

<sup>768</sup> OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

<sup>769</sup> 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.

<sup>770</sup> siehe dazu BGH v. 12.12.2003 - V ZR 180/03, NJW 2004, 775 (776).

<sup>771</sup> BGH v. 12.12.2003 - V ZR 180/03, NJW 2004, 775 (776).

vom Vermieter eine von Mitmietern ungestörte Gebrauchsgewährung verlangen kann<sup>772</sup>.

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 hat<sup>773</sup>.

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 darstellt<sup>774</sup>. 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 vor<sup>775</sup>. Zwar ist grundsätzlich der sog. Haftungsschaden ersatzfähig, wenn der Besitzer wegen Beschädigung der Mietsache durch Dritte selbst Ansprüchen ausgesetzt ist<sup>776</sup>. Solche Ansprüche des Vermieters gegenüber dem geschädigten Mieter ergeben sich jedoch aus der Beschädigung der Tapeten nicht, insbesondere nicht aufgrund seines Rechts auf Schönheitsreparaturen.

---

<sup>772</sup> OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

<sup>773</sup> OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

<sup>774</sup> 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.

<sup>775</sup> OLG Frankfurt v. 7.9.2018 – 10 U 8/18, IMR 2018, 450 (*Tölle*).

<sup>776</sup> 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.

## 18 Zwangsvollstreckung

### 18.1 § 940a ZPO und Gewerberaum

Gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 940 a Abs. 2 ZPO auch auf sonstige Mieträume spricht bereits der klare Wortlaut der Norm, der ausdrücklich von "Räumung von Wohnraum" spricht. Auch die Gesetzessystematik spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit amtlicher Überschrift "Räumung von Wohnraum" angesiedelt hat (vgl. Landgericht Köln, MietRB 2013, 204). Dass § 940a Abs. 2 ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>777</sup>.

Für eine analoge Anwendung des § 940 a Abs. 2 ZPO fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Aufgrund der Gesetzeshistorie ist 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<sup>778</sup> ().

(2)

Die in § 940 a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung ist aber bei der Prüfung des Vorliegens anderer Gründe im Sinne von § 940 ZPO zu berücksichtigen.

Hierzu führt das OLG München im Beschluss vom 12.12.2017 - 32 W 1939/17, a.a.O., Tz. 39 wie folgt aus:

"...

§ 940 ZPO nennt als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Ver-

---

<sup>777</sup> BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, Seite 1, 2, 33 und 34; vgl. insoweit zur weiteren Begründung KG vom 05.09.2013 - 8 W 64/13, GE 2013, 791.

<sup>778</sup> vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, a.a.O.; OLG Celle v. 24.11.2014 - 2 W 237/14, NJW 2015, 711; OLG Dresden v. 29.11.2017 - 5 U 1337/17, MDR 2018, 204; OLG München v. 10.4.2017 - 23 U 773/14, NZM 2015, 167 und v. 12.12.2017 - 32 W 1939/17, ZMR 2018, 220, Rz. 32.

hinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Diese Voraussetzungen gelten nicht nur, wenn Gegenstand der einstweiligen Verfügung die vorläufige Regelung eines einstweiligen Zustandes ist, sondern auch dann, wenn mit der einstweiligen Verfügung die (vorläufige) Befriedigung des Gläubigers angestrebt wird. Der Gesetzeswortlaut ist ausdrücklich offen für andere, in § 940 ZPO nicht bezeichnete Gründe. Bei der Beantwortung der Frage, aus welchen anderen Gründen eine Regelungs- oder Leistungsverfügung erlassen werden kann, sind die gesetzgeberischen Wertungen zu berücksichtigen. Deshalb kommen als andere Gründe grundsätzlich nur solche in Betracht, die wertungsmäßig den in § 940 ZPO ausdrücklich genannten Gründen gleichzusetzen sind.

Bei der Berücksichtigung gesetzgeberischer Wertung ist nicht auf den § 940 ZPO allein abzustellen. Vielmehr kann nach der Überzeugung des KG<sup>779</sup> eine solche Wertung auch dem § 940a ZPO entnommen werden. Dafür sprechen auch systematische Gründe. Eine Herausgabeverfügung ist nach § 940 ZPO möglich. § 940a Abs. 1 ZPO macht davon eine Ausnahme für Wohnraum. Die Abs. 1 bis 3 des § 940a ZPO enthalten Ausnahmen von der Ausnahme, bei deren Vorliegen eine Herausgabeverfügung wieder möglich ist. Als Ausnahme von dem den Mieterschutz bezweckenden Verbot der Räumungsverfügung sind die darin enthaltenen typisierten Verfügungsgründe eng gefasst. Wenn die (Unter-) Ausnahme greift, gelten aber nicht nur die allgemeinen Regeln, nach denen eine Räumungsverfügung möglich ist. Zugleich liegt schon ein typisierter Verfügungsgrund vor, der eine weitere Prüfung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes nach allgemeinen Regeln überflüssig macht. Es wird also nicht nur die Möglichkeit des Erlasses einer Räumungsverfügung nach allgemeinen Regeln eröffnet, sondern es werden zugleich die Voraussetzungen für den Erlass geändert und erleichtert.

Diese Wertung des Gesetzgebers, dass in den in § 940a Abs. 1 bis 3 ZPO genannten Fällen die Räumung von Wohnraum ausnahmsweise ermöglicht und zugleich gegenüber § 940 ZPO erleichtert wird, ist für die Beurteilung, welche anderen Gründe i.S. von § 940 ZPO in Betracht kommen, wesentlich. Wenn der Gesetzgeber schon die Räumung von Wohnraum im Wege einstweiliger Verfü-

---

<sup>779</sup> KG v. 9.5.2019 – 8 W 28/19, GE 2019, 797.

gung, die grundsätzlich ausgeschlossen ist, in diesen Fällen erleichtert zulässt, können diese typisierten Verfügungsgründe erst recht andere Gründe im Sinne von § 940 ZPO darstellen, wenn die Räumung von gewerblich genutzten Räumen durch einstweilige Verfügung verlangt wird, die grundsätzlich gesetzlich zulässig ist<sup>780</sup>.

Aus der Gesetzeshistorie folgen keine Argumente, die gegen diese Wertung sprechen<sup>781</sup>. Weder im Wortlaut noch in der Gesetzesbegründung wird auf die Räumung von gewerblich genutzten Räumen im Wege einstweiliger Verfügung Bezug genommen. Erst Recht findet sich kein Anhaltspunkt für einen Willen des Gesetzgebers, dass in den in § 940a Abs. 1 bis 3 ZPO genannten Ausnahmefällen eine Räumung von Geschäftsräumen ausgeschlossen sein soll. Der Gesetzgeber hat die Anregungen, entsprechende Regelungen mit typisierten Verfügungsgründen auch für die Räumung von Geschäftsräumen zu schaffen, nicht aufgenommen. Das kann daran liegen, dass der Gesetzgeber eine besondere Regelung aus systematischen Gründen nicht für erforderlich hielt oder dass er die Klärung der Rechtsfrage der Rechtsprechung überlassen wollte. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass die Nichtaufnahme der Anregungen im Gesetzgebungsverfahren den Schluss auf einen Willen des Gesetzgebers zulässt, die Anwendung der erleichterten Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO sollte in der Weise auf die Räumung von Wohnraum beschränkt sein, dass eine Anwendung auf Räumung von Geschäftsräumen ausgeschlossen ist<sup>782</sup>."

Das KG<sup>783</sup> schließt sich nach nochmaliger Prüfung - unter Aufgabe seiner bisher vertretenen Auffassung<sup>784</sup> - an.

Bei der Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien überwiegt das Interesse der Vermieterin. Eine Abwägung ist erforderlich, denn bei Vorlie-

---

<sup>780</sup> *Fleindl*, ZMR 2014, 938; LG Krefeld, ZMR 2016, 448; LG Hamburg, NJW 2013, 3666; *Klüver*, ZMR 2015, 10.

<sup>781</sup> *Fleindl*, ZMR 2014, 938.

<sup>782</sup> so aber OLG Celle NZM 2015, 166.

<sup>783</sup> KG v. 9.5.2019 – 8 W 28/19, GE 2019, 797.

<sup>784</sup> vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, KG v. 14.7.2016 - 8 U 37/16, KG v. 5.7.2016 - 8 W 54/16, KG v. 16.3.2017 - 8 W 13/17, KG v. 13.8.2018 - 8 W 41/18; KG v. 23.10.2018 - 8 W 68/18

gen der Voraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO ist ein Verfügungsgrund für eine Leistungsverfügung nur in der Regel, aber nicht zwingend gegeben<sup>785</sup>.

Zugunsten der Vermieterin ist zu berücksichtigen, dass sie einen vollstreckbaren Titel auf Räumung und Herausgabe gegen die Hauptmieterin hat. Eine Erweiterung der Klage auf die beiden Nutzer war nicht möglich, weil die Vermieterin erst im Rahmen der betriebenen Räumungsvollstreckung Kenntnis davon erhielt, dass eine Untervermietung an die Nutzer bereits im Jahre 2017 erfolgt ist. Sie hatte daher keine einfachere Möglichkeit zu ihrem Rechtsschutzziel zu gelangen. Die besondere Dringlichkeit folgt aus der gesetzlichen Wertung, die der Vollstreckung aus einem Titel schon per se eine Dringlichkeit und einen Vorrang vor anderen Interessen zuweist.

Darüber hinaus hat die Vermieterin durch eidesstattliche Versicherung vom 23. April 2019 glaubhaft gemacht, dass die Hauptmieterin für Februar 2017 nur einen Teil der Miete gezahlt hat und seit spätestens März 2017 keinerlei Mietzahlungen mehr leistet. Weder die Hauptmieterin noch die Antragsgegner haben seit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses zum 31. Dezember 2017 eine Nutzungsentschädigung an die Vermieterin gezahlt.

Zwar ist auf Seiten der Nutzer zu berücksichtigen, dass gegen sie ein vollstreckbarer Titel nicht vorliegt und sie die Räume - soweit ersichtlich - zum Wohnen nutzen.

Den Interessen der Vermieterin ist vor dem Hintergrund des seit fast 1 1/2 Jahren beendeten Hauptmietverhältnisses und der zwischenzeitlich aufgelaufenen Zahlungsrückstände in nicht unerheblicher Höhe ein höheres Gewicht beizumessen.

## **19 Streitwert**

### **19.1 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

---

<sup>785</sup> vgl. LG Krefeld ZMR 2016, 448.

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 nicht<sup>786</sup>. Dabei wird zum Teil auf ein ideelles Interesse des Wohnraummieters abgestellt<sup>787</sup>, zum Teil auf nicht näher konkretisierte objektive Gesichtspunkte<sup>788</sup> oder auf ein ebenfalls nicht näher konkretisiertes wirtschaftliches Interesse des Mieters<sup>789</sup>.

Andere Entscheidungen messen das Interesse des Mieters an der Tierhaltung an dem vertraglichen Recht, die Wohnung zu Wohnzwecken zu nutzen<sup>790</sup> oder an den fiktiven Kosten der zusätzlichen Abnutzung der Wohnung durch das Tier<sup>791</sup>. 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 maßgeblich<sup>792</sup>.

Nach einer weiteren Ansicht kommt es im Einzelfall auf die Bedeutung der Tierhaltung für die Lebensführung des Mieters an<sup>793</sup>. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Mietgebrauch der Lebensführung des Mieters diene; damit fänden auch subjektive Gesichtspunkte Eingang in die Bewertung.

---

<sup>786</sup> LG Berlin [ZK 67], WuM 2015, 526; LG Berlin, GE 1996, 470 f.; LG Berlin [ZK 61], NZM 2001, 41.

<sup>787</sup> vgl. LG Berlin [ZK 63], NZM 2001, 41; LG Berlin v. 17.12.2002 - 63 S 300/02, n.v.

<sup>788</sup> LG Berlin v. 15.10.2004 - 63 S 294/04, n.v.

<sup>789</sup> LG Berlin v. 16.8.2016 - 63 S 120/16, n.v.

<sup>790</sup> LG Köln, WuM 2000, 94.

<sup>791</sup> LG Kiel, WuM 1999, 586; LG Hamburg v. 10.10.1986 - 7 S 173/86, juris.

<sup>792</sup> LG Hannover, WuM 1985, 127 f.

<sup>793</sup> 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.

Die letztgenannte Ansicht ist vorzugswürdig<sup>794</sup>.

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 Rechtsmittels<sup>795</sup>. 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 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 ermöglicht<sup>796</sup>. 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 zusammen<sup>797</sup>.

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 verbietet<sup>798</sup>.

---

<sup>794</sup> BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 57/16, GE 2018, 447 = ZMR 2018, 403.

<sup>795</sup> 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.

<sup>796</sup> BVerfGE 89, 1 (6); BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/16, NJW 2017, 547 Rz. 55 m.w.N.

<sup>797</sup> vgl. BVerfGE 79, 292 (304 f.).

<sup>798</sup> BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 57/16, GE 2018, 447 = ZMR 2018, 403.

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, therapeutischer 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 €.