



# Aktuelles Mietrecht 2021

**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. Gesetzesvorhaben .....</b>	<b>1</b>
I. Corona-Gesetze .....	1
1. Regelungsgehalt der Vorschrift .....	2
2. begünstigte Mieter .....	2
3. zeitlicher Anwendungsbereich.....	3
4. Rechtsfolge: Anpassung des Vertrages.....	3
5. Schriftform.....	5
6. Kündigung.....	6
II. Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG.....	6
<b>Zu § 554 BGB allgemein .....</b>	<b>8</b>
<b>Zu § 554 Absatz 1 Satz 1 BGB.....</b>	<b>9</b>
<b>Zu § 554 Absatz 1 Satz 2 BGB.....</b>	<b>11</b>
<b>Zu § 554 Absatz 1 Satz 3 BGB.....</b>	<b>16</b>
<b>Zu § 554 Absatz 2 BGB .....</b>	<b>16</b>
<b>Zu § 556a Absatz 3 und 4 BGB .....</b>	<b>16</b>
<b>Zu § 578 BGB .....</b>	<b>18</b>
<b>C. Aktuelles Mietrecht .....</b>	<b>19</b>
<b>1 Mietvertrag .....</b>	<b>19</b>
1.1 Abgrenzung Wohn- und Gewerberaummiete .....	19
1.2 Summierungseffekt bei Betriebspflicht mit fehlendem Konkurrenzschutz und Sortimentsbindung.....	21
1.3 Vormietrecht durch AGB des Mieters.....	25
<b>2 Miete .....</b>	<b>30</b>
2.1 Verfassungsmäßigkeit der Mietpreisbremse.....	30
2.2 Unwirksamkeit einer Mietpreisbegrenzungsverordnung .....	34
2.3 Vormiete I.S.v. § 556e Abs. 1 BGB .....	41
2.4 Umfassende Modernisierung i.S.d. § 556f BGB.....	44
2.5 Erbenhaftung und Nachlassverwaltung .....	44
2.6 Rückforderung zuviel gezahlter Miete.....	50
<b>3 Schönheitsreparaturen .....</b>	<b>52</b>

3.1	Renovierungsanspruch des Mieters bei unwirksamer Klausel.....	52
<b>4</b>	<b>Gewährleistung.....</b>	<b>60</b>
4.1	Schimmelpilz durch Wärmebrücken .....	60
4.2	Beschaffenheitsvereinbarung bei Umweltmängeln .....	64
4.2.1	Umweltmangel in der Gewerberaummieta .....	74
4.3	Verbot einer Spielhalle als Mangel der Mietsache .....	80
4.4	Beweislast und Anerkenntnis.....	83
4.5	Öffentlich-rechtlicher Mangel: Versagung der Spielhallenerlaubnis.....	87
4.6	Zweckverfehlung bei Zurückbehaltungsrecht .....	90
<b>5</b>	<b>Verjährung.....</b>	<b>93</b>
5.1	Verjährungsbeginn durch Annahmeverzug des Vermieters? .....	93
<b>6</b>	<b>Schriftform .....</b>	<b>96</b>
6.1	Schriftform bei gemeinschaftlicher Vertretung.....	96
6.2	Schriftform bei einem Stellplatzmietvertrag.....	99
6.3	Nachtrag über die Erweiterung der Mietfläche .....	101
6.4	Treuwidriges Berufen auf Schriftformmangel.....	103
<b>7</b>	<b>Vermieterwechsel.....</b>	<b>105</b>
7.1	Erfasste Recht: Abstandszahlung.....	105
7.2	Veräußerung eines Mieteigentumsanteils .....	106
7.3	Nutzungsrecht auf anderweitig veräußertem Grundstück.....	108
<b>8</b>	<b>Kaution.....</b>	<b>110</b>
8.1	Kautionsrückzahlung.....	110
8.2	Verrechnung des Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB .....	112
8.3	Ausschluss der Verzinsungspflicht vor dem 1.1.1983 .....	121
8.4	Bürgschaft auf erstes Anfordern und Verjährung .....	123
<b>9</b>	<b>Modernisierungsankündigung .....</b>	<b>125</b>
9.1	Anforderung bei energetischer Modernisierung .....	125
9.2	Inhaltliche Anforderungen .....	128
9.3	Verfrühte Modernisierungsankündigung.....	133
<b>10</b>	<b>Mieterhöhung .....</b>	<b>137</b>
10.1	nach § 558 BGB.....	137
10.1.1	rechtliche Einordnung der Klagefrist (Änderung der Rechtsprechung).....	137

10.1.2	Mieterhöhung und MietenWoG Bln .....	141
10.1.3	Mieterhöhung im Fernabsatzgeschäft .....	143
10.1.4	Rückforderung wegen falscher Mieterhöhung .....	153
10.1.5	20 Jahre alter Mietspiegel .....	157
10.1.6	Vergleichbare Gemeinden.....	160
10.1.7	Preisgebundene Vergleichswohnung .....	162
10.1.8	Kappungsgrenze bei unbehebbarem Mangel .....	165
10.1.9	Fehler im prozessualen Sachverständigengutachten .....	169
10.1.10	ausgetauschte Einbauküche .....	173
10.1.11	Indizwirkung eines einfachen Mietspiegels.....	175
10.2	nach § 559 BGB.....	176
10.2.1	Mieterhöhung und § 139 BGB .....	176
10.2.2	Abzug von ersparten Instandsetzungskosten .....	178
10.2.3	Fehlender Abzug wegen ersparter Instandsetzung.....	182
10.2.4	Abwägung nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB .....	183
10.2.5	Allgemein üblicher Zustand von Balkonen.....	188
10.2.6	Vom Vermieter nicht zu vertretende Maßnahme .....	188
<b>11</b>	<b>Betriebskosten.....</b>	<b>191</b>
11.1	Notdienstpauschale des Hausmeisters.....	191
11.2	Formularmäßige Verwaltungskostenpauschale .....	194
11.3	Formelle Wirksamkeit der Abrechnung.....	197
11.4	Umlageschlüssel Promille .....	200
11.5	Unterschiedlich zusammengestellter Umlageschlüssel .....	202
11.6	Verzicht auf Einwendungsausschluss .....	204
11.7	Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege.....	206
11.8	Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete .....	208
<b>12</b>	<b>Beendigung des Mietvertrages .....</b>	<b>210</b>
12.1	Fristgerechte Kündigung .....	210
12.1.1	Kündigungssperre nach § 577a BGB bei geschiedenen Ehegatten.....	210
12.1.2	Hinweispflicht bei Wegfall des Eigenbedarfs.....	213
12.2	Anwendung des § 574 BGB.....	219
12.2.1	Allgemeine Grundsätze.....	219

12.2.2	Anwendbarkeit bei wichtigem Grund .....	222
12.2.3	Beschaffung von Ersatzwohnraum .....	225
12.2.4	Sachverständigengutachten bei § 574 BGB.....	229
12.3	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund .....	230
12.3.1	Freilaufende Hunde .....	230
<b>13</b>	<b>Rückgabe.....</b>	<b>231</b>
13.1	Einstweilige Verfügung auf Räumung .....	231
13.2	durch Besitzaufgabe .....	235
13.3	in der Insolvenz des Mieters .....	237
13.4	Schlüsselverlust .....	239

## A. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2020/21 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. Gesetzesvorhaben

### I. Corona-Gesetze

Nach der bisherigen Rechtslage, die auf der Rechtsprechung des BGH beruht, oblag grundsätzlich allein dem Mieter von Gewerberaum das Verwendungsrisiko der Mietsache. Es wurde also seinem unternehmerischen Risiko zugeordnet, ob er in der Mietsache wirtschaftlich erfolgreich sein konnte. Deshalb konnte der Mieter die Miete nicht i.S.v. §536 BGB mindern, weil die Mietsache nicht mangelhaft war.

Daneben wurde aber diskutiert, ob ein Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) vorliegen könnte. Zur Geschäftsgrundlage gehören grundsätzlich solche Umstände, die bei Abschluss des Vertrages übereinstimmend als feststehend angenommen wurden und die nicht ausschließlich in den Risikobereich einer Partei fallen.

Die dazu im Jahre 2020 ergangene Rechtsprechung hat die Anwendbarkeit des § 313 BGB für Corona-geschädigte Gewerberaummieter überwiegend verneint. Allerdings hatte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 2019 (also vor der Covid-19-Pandemie) in einem Nebensatz darauf hingewiesen, dass nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage doch evtl. dann vorgegangen werden könnte, wenn ansonsten eine Existenzgefährdung eintreten würde. Ob und ggfs. welche Auswirkungen dieser Nebensatz auf die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Rahmen der Covid-19-Pandemie hat, wird aktuell lebhaft diskutiert.

In diese Diskussion hat der Gesetzgeber nun eine neue Vorschrift, nämlich Art. 240 §7 EGBGB eingebracht mit folgendem Wortlaut:

**Artikel 240 § 7 EGBGB**  
**Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen**

*(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.*

*(2) Absatz 1 ist auf Pachtverträge entsprechend anzuwenden.*

Dazu folgende Erläuterungen:

**1. Regelungsgehalt der Vorschrift**

Durch Art. 240 § 7 EGBGB wird eine gesetzliche Vermutung geschaffen, die die Anwendbarkeit von § 313 Abs. 1 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) erleichtern soll. In der gesetzlichen Begründung ist ausdrücklich hervorgehoben, dass die Vorschrift als Appell an die Vertragsparteien zu verstehen ist, in der aktuellen Situation einvernehmliche Regelungen herbeizuführen. Dafür soll die Verhandlungsposition des Mieters im Hinblick auf die bisherige Rechtslage gestärkt werden.

Die aufgestellte Vermutung bezieht sich nur darauf, dass ein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (schwere Störung der Geschäftsgrundlage) vorliegen soll. Damit ist noch keine Aussage darüber getroffen, ob die weiteren Voraussetzungen des § 313 BGB vorliegen.

Als weitere Voraussetzungen bestimmt § 313 Abs. 1 BGB insbesondere, dass es einer Partei unzumutbar sein muss, am Vertrag in der bisherigen Form festgehalten zu werden. Um das feststellen zu können, müssen die Umstände des Einzelfalles abgewogen werden. Jedenfalls bezieht sich darauf die Vermutung in Art. 240 § 7 EGBGB nicht.

§ 313 Abs. 1 BGB begründet eine Einwendung. Deshalb muss sich der Mieter darauf ausdrücklich berufen. Das kann auch konkludent erfolgen, indem er z.B. eine Herabsetzung der Miete fordert. Denn als Rechtsfolge sieht § 313 BGB zunächst die Vertragsanpassung vor. Da die Norm den Mieter begünstigt, ist er darlegungs- und beweispflichtig, muss also die Voraussetzungen vollständig vortragen.

**2. begünstigte Mieter**

Die Anwendbarkeit der neuen Vorschrift ist beschränkt auf Mieter von Grundstücken oder Räumen, die keine Wohnräume sind, aber infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblichen Einschränkungen verwendbar sind/waren.

Das sind zunächst die Betriebe, die seit November 2020 (z.B. Gaststätten und Restaurants) und sodann ab 16.12.2020 geschlossen bleiben mussten. Nur mittelbar betroffene Betriebe (z.B. Zulieferer) können sich nicht auf die Vorschrift berufen können. Denn insoweit besteht kein Zusammenhang mit der eingeschränkten Verwendung der Mieträume. Dazu gehören nach unserer Auffassung aber z.B. nicht Mieter mit systemrelevanten Betrieben, die wegen des Lock-Downs sinkende Kundenfrequenzen und damit Umsatzrückgang beklagen.

Der Büromieter, der für die Mieträume überwiegend keine Verwendung mehr hat, weil sich seine Mitarbeiter im Home-Office befinden, kann sich grundsätzlich nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. Denn allein, weil das Büro überwiegend leer steht, tritt eine Existenzgefährdung nicht ein.

### **3. zeitlicher Anwendungsbereich**

Im Gesetz ist lediglich geregelt, dass die Vorschrift (Art. 240 § 7 EGBGB) am 01.01.2021 in Kraft tritt.

Nach dem verfassungsrechtlichen Verbot der echten Rückwirkung von Gesetzen (Art. 20 GG) kann sich die Vorschrift grundsätzlich nicht auf abgeschlossene Sachverhalte beziehen. Demnach ist die Vorschrift m.E. nicht auf den Zeitraum März bis April 2020 anwendbar, in dem der erste Lock-Down stattgefunden hat, sofern die Mieten für diesen Zeitraum ohne Vorbehalt geleistet wurden oder über Stundungen, Verzichte o.ä. zu diesen Mieten Vereinbarungen getroffen wurden. Dabei handelt es sich nämlich um abgeschlossene Sachverhalte.

Ansonsten, also für die Zeit bis zum 31.12.2020 (einschließlich des Zeitraums von März bis April 2020) kommt es nach unserer Auffassung darauf an, ob der Mieter die Pflicht zur Mietzahlung offengehalten hat, indem z.B. die Miete unter Vorbehalt geleistet wurde. Ist das der Fall, ist der Sachverhalt nicht abgeschlossen, sodass das Verbot der echten Rückwirkung von Gesetzen nicht gilt.

### **4. Rechtsfolge: Anpassung des Vertrages**

Bleibt schließlich die Frage, in welchem Umfang eine Mietreduzierung stattfinden muss/kann.

Da es sich um eine Entscheidung handelt, die sich an den Umständen des Einzelfalles orientiert, lässt sich eine schematische Lösung nicht entwickeln. Dafür sind die Umstände, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind, zu unterschiedlich.

Das maßgebliche Kriterium für die Anpassung des Vertrages ist die Zumutbarkeit. Um dieses Tatbestandmerkmal festzustellen, ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Anzustreben ist nach der höchstrichterlichen Recht-

sprechung ein optimaler Interessenausgleich bei einer möglichst geringen Herabsetzung oder Anhebung einer Verbindlichkeit.

Dazu müssen die Parteien zunächst Verhandlungen aufnehmen. Erst wenn diese scheitern oder eine Partei (weitere) Verhandlungen verweigert, kann der Anpassungsanspruch gerichtlich geltend gemacht werden. Bis zu einer Einigung oder dem Eintritt der Rechtskraft einer entsprechenden Entscheidung gilt der Vertrag unverändert fort.

Die Entscheidung kann sich (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) an folgenden Kriterien orientieren:

Mieterseite:

Nach der oben erwähnten Entscheidung des BGH muss der Mieter im Ergebnis aufzeigen, dass ohne die Vertragsanpassung eine Existenzgefährdung eintritt. Dazu muss er die entscheidenden Umstände aufzeigen. Dazu gehören unter anderen

- Miete im Verhältnis zum Umsatz im Jahr 2019 bzw. den Monaten Januar und Februar 2020
- Umfang des Corona-bedingten Umsatzrückganges des Mieters (ggfs. konkret für die betroffene Filiale)
- generelle und konkrete Abweichung von einschlägigen Branchenkenntzahlen
- Möglichkeit des Mieters zur Inanspruchnahme staatlicher Hilfen und deren Höhe
- Einkünfte des Mieters über andere Einkunftsquellen, um Umsatzrückgang zu kompensieren (z.B. online-Handel, Außerhausverkauf)
- Unterlassen von Kompensationsmöglichkeiten
- Kostenreduzierung des Mieters (z.B. Kurzarbeit)

Dazu muss der Mieter nicht nur detailliert vortragen, sondern auch aussagekräftige Unterlagen spätestens auf Anforderung des Vermieters vorlegen. In Betracht kommen hier insbesondere

- (monatliche) betriebswirtschaftliche Auswertungen,
- Bilanzen,
- Umsatzbögen,
- Steuererklärungen,
- Steuerbescheide,
- Gewinn- und Verlustrechnungen und

- Wareneingangsbücher.

Der Vermieter kann die Fortsetzung der Verhandlungen von der Vorlage der Unterlagen abhängig machen. Der Mieter ist berechtigt, eine Verschwiegenheitserklärung des Vermieters zu verlangen.

Vermieterseite:

Ein Interessenausgleich, wie er über § 313 BGB herbeizuführen ist, kann nicht stattfinden, wenn nicht auch die Interessen der anderen Partei berücksichtigt werden. Dabei kommen in Betracht:

- Höhe der Miete im Verhältnis zur ortsüblichen Vergleichsmiete
- Bedarf an Mietzahlungen im Hinblick auf eigene Verbindlichkeiten
- Möglichkeit der (vorrübergehenden) Reduzierung eigenen finanzieller Belastungen (z.B. Stundungsvereinbarungen mit der Bank)
- Versorgungscharakter der Mietzahlungen (z.B. Altersversorgung durch Mieteinnahmen anstelle von Rente)
- Potential evtl. Kostensenkungen:
  - Grundsteuer (§ 32 GStG)
  - Abbestellen/Einschränkung von Leistungen
  - Herunterfahren von technischen Anlagen
  - Kurzarbeit bei technischen Mitarbeitern
  - Vergrößerung von Wartungsintervallen

Im Hinblick auf die mögliche (weitere) Verlängerung der staatlichen Maßnahmen sollte versucht werden, die Reduzierung der Miete taggenau zu regeln und auch Bestimmungen aufzunehmen, wie die Reduzierung umgesetzt werden kann (z.B. durch Aufrechnung im nächsten Monat).

## 5. Schriftform

Führt das Ergebnis der Abwägung zu einer Reduzierung der Miete, muss diese grundsätzlich nur dann in einem der Schriftform des § 550 BGB entsprechenden Nachtrag dokumentiert werden, wenn

- die Laufzeit der Vertragsanpassung länger als ein Jahr dauern soll,
- andere Verpflichtungen oder Veränderungen des Mietvertrages geregelt werden, die für die Dauer von mehr als einem Jahr bestehen bleiben sollen.

Zur Klarstellung sollte in der Vereinbarung festgehalten werden, welche Laufzeit die besonderen Abreden der Parteien haben soll (z.B. 30.04.2021).

## 6. Kündigung

Als weitere Rechtsfolge sieht § 313 BGB vor, dass eine (einseitige) Auflösung des Vertrages stattfinden kann. Dann müsste jedoch die Kündigung des Mietvertrages die einzige Möglichkeit sein, die Existenzgefährdung des Mieters abzuwenden.

Dies ist nahezu undenkbar, sofern der Lock-Down nur vorübergehenden Charakter hat. Es gibt diverse Möglichkeiten, die wirtschaftliche Situation des Mieters zu verbessern. Zu denken ist etwa an

- Verzicht auf einzelne Teile der Miete (z.B. Verwaltungskosten)
- Reduzierung der (Gesamt-) Miete um einen bestimmten Prozentsatz, wobei in diesem Fall wegen der gesenkten Vorauszahlungen auch eine Regelung für die am Ende des Jahres fällige Betriebskostenabrechnung getroffen werden sollte
- Beibehaltung der Betriebskostenvorauszahlungen und Reduzierung der Grundmiete
- Wie vor mit gleichzeitiger Anpassung der Betriebskosten an die veränderten Umstände

Bei der Reduzierung/Anpassung der Betriebskosten sollte beachtet werden, dass darüber keine Verpflichtung begründet wird. Der Erfolg einer solchen Maßnahme hängt nämlich auch vom Willen des Leistungsträgers ab. Daher sollte dieser Punkt als Absichtserklärung formuliert werden.

## II. Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG

Aus BT-Drucksache 19/18791:

*Seite 24*

### 1. Förderung der Elektromobilität, der Barrierereduzierung, des Einbruchsschutzes und dem Glasfaseranschluss

Nach geltendem Recht bedarf jede bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums der Zustimmung aller Wohnungseigentümer, die durch die Maßnahme über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt werden (§ 22 Absatz 1 in Verbindung mit § 14 Nummer 1 WEG). Nach Ansicht der Rechtsprechung liegt die Schwelle zu einer Be-

einträchtigung recht niedrig. Deshalb dürfen bauliche Veränderungen des gemeinschaftlichen Eigentums häufig nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer vorgenommen werden. Dabei kann jeder Wohnungseigentümer seine Zustimmung auch ohne ernsthaften Grund verweigern, solange seine Rechte jedenfalls im Rechtssinne beeinträchtigt sind. Die Zustimmung aller Wohnungseigentümer und Wohnungseigentümerinnen ist in der Praxis gerade in größeren Gemeinschaften kaum zu erreichen. Selbst wenn eine Maßnahme als Modernisierung im Sinne des § 22 Absatz 2 WEG einzuordnen ist, muss sie durch eine Mehrheit von drei Vierteln aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer und mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile beschlossen werden. Auch diese hohen Quoren werden in der Praxis selten erreicht. Zudem besteht die Vorgabe, dass durch die bauliche Maßnahme die „Eigenart der Wohnanlage“ nicht geändert werden darf. Die geltende Rechtslage führt so dazu, dass der bauliche Zustand der Wohnungseigentumsanlage „versteinert“. Daneben werden aber auch bauliche Veränderungen verhindert, die für einzelne Wohnungseigentümer und Wohnungseigentümerinnen besonders bedeutsam und aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive sinnvoll sind. Dies gilt insbesondere für die Errichtung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge sowie für Maßnahmen der Barrierereduzierung, des Einbruchsschutzes und des Glasfaseranschlusses.

Der Entwurf sieht deshalb vor, dass bauliche Maßnahmen zur Errichtung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge, zur Barrierereduzierung, zum Einbruchsschutz sowie zum Glasfaseranschluss privilegiert werden. Diese Maßnahmen sollen künftig nicht mehr der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedürfen. Vielmehr soll jeder Wohnungseigentümer beziehungsweise jede Wohnungseigentümerin grundsätzlich einen Rechtsanspruch darauf haben (§ 20 Absatz 2 des Wohnungseigentumsgesetzes in der Entwurfsfassung – WEG-E). Die Eigentümerversammlung darf die Baumaßnahmen in der Regel nicht verwehren. Sie darf aber auf die Art der Durchführung der Maßnahme Einfluss nehmen und zum Beispiel beschließen, dass die Gemeinschaft die Baumaßnahme organisiert, damit diese den Überblick über den baulichen Zustand der Wohnanlage behält. Die Kosten der Maßnahme soll der begünstigte Wohnungseigentümer tragen.

Zusätzlich soll grundsätzlich auch jeder Mieter beziehungsweise jede Mieterin einen Anspruch gegen den jeweiligen Vermieter beziehungsweise die jeweilige Vermieterin erhalten, dass ihm beziehungsweise ihr bauliche Maßnahmen zur Errichtung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge, zur Barriereerleichterung sowie zum Einbruchsschutz auf seine beziehungsweise ihre Kosten erlaubt werden (§ 554 des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Entwurfsfassung – BGB-E).

Der Entwurf liefert damit auch einen wichtigen Beitrag für das Erreichen der Klimaziele. Denn die rechtliche Erleichterung des Einbaus von Lademöglichkeiten für Elektrofahrzeuge ist für die Förderung der Elektromobilität unerlässlich.

*Seite 84 ff.*

### **Zu § 554 BGB allgemein**

§ 554 ist derzeit nicht belegt. Die neue Vorschrift regelt den Anspruch des Mieters, vom Vermieter die Erlaubnis für bestimmte bauliche Veränderungen der Mietsache zu verlangen. Der Anspruch umfasst Maßnahmen, die dem Gebrauch durch Menschen mit Behinderungen, dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge oder dem Einbruchsschutz dienen.

§ 554 enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz, nach dem der Mieter keinen Anspruch darauf hat, dass der Vermieter nach Abschluss des Mietvertrags den Umfang des Gebrauchsrechts erweitert, etwa indem er dem Mieter einen Umbau der Mietsache genehmigt. Eine solche Ausnahme gilt nach dem geltenden § 554a bereits für Umbauten, die für eine behindertengerechte Nutzung der Mietsache erforderlich sind. Der Entwurf sieht vor, § 554a aufzuheben und die Barrierefreiheit und den Anspruch auf Herstellung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge sowie auf Herstellung von Einbruchsschutz in § 554 gemeinsam zu regeln. Dies dient der Übersichtlichkeit des Gesetzes sowie der Vermeidung von Doppelungen oder gar widersprüchlichen Regelungen. Die drei Sachverhalte, in denen das Gesetz einen Anspruch des Mieters auf Erlaubnis baulicher Veränderungen ausdrücklich anerkennt, werden auf diese Weise in einer Vorschrift zusammengefasst.

Die Regelung ist abgestimmt mit § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 bis 3 WEG-E. Dadurch soll der Anspruch des Mieters auf Erlaubnis der in § 554 geregelten

Maßnahmen bei Vermietung einer Eigentumswohnung mit den wohnungseigentumsrechtlichen Vorschriften über bauliche Veränderungen harmonisiert werden.

Absatz 1 Satz 1 stellt an die Entstehung des Anspruchs auf Erlaubnis einer baulichen Veränderung geringe Anforderungen. Deshalb ist die in Absatz 1 Satz 2 geregelte Möglichkeit des Ausschlusses des Anspruchs von besonderer Bedeutung. Danach ist durch eine umfassende Interessenabwägung zu ermitteln, ob der Anspruch im Einzelfall besteht oder nicht. Dadurch soll eine Rechtsanwendung ermöglicht werden, die den Anspruch des Mieters umfassend anhand der Umstände des Einzelfalls bewertet.

Nach Vertragsende ist der Mieter nach allgemeinen Grundsätzen zum Rückbau der baulichen Veränderung verpflichtet. Treuwidrige Rückbauverlangen des Vermieters scheitern aber an § 242 BGB (vergleiche etwa Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 19. Dezember 1991 – 6 U 108/90, Randnummer 181, zitiert nach juris). Dies kommt insbesondere im Hinblick auf vom Mieter installierte Elektroleitungen in Betracht, die nach dessen Auszug noch verwendet werden können.

### **Zu § 554 Absatz 1 Satz 1 BGB**

§ 554 Absatz 1 Satz 1 ist die Grundlage des Mieteranspruchs und benennt dessen Voraussetzungen. Es handelt sich um einen Anspruch auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung, weil das dem Mieter bisher, also nach dem noch nicht nach Absatz 1 Satz 1 modifizierten Vertrag, zustehende Gebrauchsrecht in seiner Ausprägung, die Mietsache baulich verändern zu dürfen, erweitert wird. Die Vorschrift enthält also nicht etwa ein gesetzliches Umbaurecht des Mieters. Will der Mieter die in der Vorschrift beschriebenen baulichen Maßnahmen durchführen, muss ihm der Vermieter vorher die Erlaubnis hierzu erteilen. Würde der Mieter ohne die Erlaubnis bauliche Veränderungen vornehmen, beginge er eine Pflichtverletzung. Eine Ausnahme gilt, wenn dem Mieter die Ausführung bestimmter Baumaßnahmen schon nach dem bisherigen Vertragsinhalt gestattet ist.

Die vom Mieter begehrte Vertragsänderung muss sich auf die Erlaubnis einer baulichen Veränderung beziehen. Bauliche Veränderung ist jede Modifikation der Substanz der Mietsache. Es ist unerheblich, ob das von der baulichen Ver-

änderung betroffene Bauteil bereits Teil der vermieteten Wohnung ist oder es sich in einem dem Mieter nur zum Mitgebrauch überlassenen Bereich befindet. Absatz 1 Satz 1 ist daher etwa auch anwendbar, wenn der Mieter einen Treppenlift in das ihm zum Mitgebrauch vermietete Treppenhaus einbauen möchte. Nicht unter die Vorschrift fallen hingegen räumliche Erweiterungen des Gebrauchsrechts des Mieters, da Absatz 1 Satz 1 auf die Vornahme baulicher Veränderungen beschränkt ist. Der Mieter kann daher nicht verlangen, dass ihm der Vermieter bauliche Veränderungen in Bereichen des Gebäudes oder des Grundstücks erlaubt, auf die sich sein Gebrauchsrecht nicht erstreckt. Deshalb fällt etwa der Wunsch des Mieters, im Hof des Grundstücks, der ihm nicht zum Abstellen von Kraftfahrzeugen vermietet ist, eine sogenannte Wallbox zu installieren und dort in Zukunft sein Kraftfahrzeug aufzuladen, nicht unter § 554 Absatz 1 Satz 1. Ein solcher Anspruch auf räumliche Erweiterung des Gebrauchsrechts wäre ein zu weitgehender Eingriff in die Vertragsfreiheit des Vermieters.

Der Anspruch setzt weiter voraus, dass die begehrte Maßnahme der Nutzung der Mietsache durch Menschen mit Behinderungen, dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge oder dem Einbruchsschutz dient.

Die erste Variante betrifft bauliche Veränderungen, die Menschen mit Behinderungen den Gebrauch der Mietsache erleichtern. Diese sind bislang in § 554a Absatz 1 Satz 1 geregelt. Die Definition der erfassten Maßnahmen aus dem geltenden § 554a Absatz 1 Satz 1 wird sprachlich gestrafft; eine Änderung des Anwendungsbereichs der Vorschrift ist damit nicht bezweckt.

Die zweite Variante betrifft bauliche Veränderungen, die dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge dienen. Elektrisch betriebene Fahrzeuge sind insbesondere Fahrzeuge gemäß § 2 Nummer 1 des Elektromobilitätsgesetzes (EmoG). Erfasst sind daneben aber etwa auch elektrisch betriebene Zweiräder und spezielle Elektromobile für Gehbehinderte, die nicht in den Anwendungsbereich des EmoG fallen. Dem Laden dieser Fahrzeuge dienen alle baulichen Veränderungen, die es dem Mieter ermöglichen, Strom in Fahrzeuge einzuspeisen beziehungsweise aus diesen auszuspeisen. Erfasst wird damit vor allem die Installation einer Lademöglichkeit, etwa in Form der Verlegung erforderlicher Stromleitungen und des Einbaus eines Ladepunktes, zum Beispiel einer sogenannten Wallbox. Mit umfasst sind außerdem die zur Umsetzung von Vorgaben

des Messstellenbetriebsgesetzes oder zur Teilnahme an einem Flexibilitätsmechanismus nach § 14a des Energiewirtschaftsgesetzes erforderlichen Maßnahmen; hierzu gelten die Ausführungen zu § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 WEG entsprechend. Inhaltlich erstreckt sich der Anspruch des Mieters nicht nur auf die Ersteinrichtung einer solchen Ladeinfrastruktur, sondern auch auf Maßnahmen, die der Verbesserung oder Erhaltung einer bereits vorhandenen Lademöglichkeit dienen.

Die dritte Variante betrifft bauliche Veränderungen, die dem Einbruchsschutz dienen. Erfasst sind bauliche Veränderungen, die geeignet sind, den widerrechtlichen Zutritt zur Wohnung des Mieters zu verhindern, zu erschweren oder auch nur unwahrscheinlicher zu machen. Der Anspruch ist nicht auf bauliche Veränderungen in Bereichen beschränkt, die dem Mieter zum exklusiven Gebrauch zugewiesen sind, wie es etwa beim Einbau eines Wohnungstürspions der Fall ist. § 554 Absatz 1 Satz 1 kann vielmehr auch auf die Erlaubnis der Ausführung von Einbruchsschutzmaßnahmen in Bereichen des Grundstücks oder des Gebäudes gerichtet sein, die dem Mieter nur zum Mitgebrauch vermietet sind. Ein Beispiel ist etwa der Einbau eines einbruchshemmenden Schließsystems an der Hauseingangstür.

Soweit die Ausführung der baulichen Veränderung von Mitwirkungshandlungen des Vermieters abhängen, die über die bloße Erlaubnis hinausgehen, kann der Mieter deren Erfüllung nach § 241 Absatz 2 BGB verlangen. Denkbare Nebenpflichten sind etwa die Erteilung von Informationen, die der Mieter zur Planung der Baumaßnahme benötigt, wie zum Beispiel über die vorhandene Stromversorgung oder den Verlauf von Kabeln, aber auch die Abgabe von Gestattungserklärungen gegenüber Handwerkern. Hat der Mieter ein berechtigtes Interesse an der schriftlichen Erteilung der Erlaubnis, kann sich ein Anspruch hierauf ebenfalls aus § 241 Absatz 2 BGB ergeben.

### **Zu § 554 Absatz 1 Satz 2 BGB**

§ 554 Absatz 1 Satz 2 regelt den Ausschluss des Anspruchs auf Erlaubnis einer unter Absatz 1 fallenden baulichen Veränderung. Die Vorschrift entspricht funktional anderen mietrechtlichen Regelungen, die Ansprüche oder andere Rechte einer Vertragspartei ausschließen, wie etwa § 553 Absatz 1 Satz 2 oder § 555d Absatz 2 Satz 1.

§ 554 Absatz 1 Satz 2 verlangt eine Abwägung der nachteiligen Folgen der baulichen Veränderung für den Vermieter mit dem Interesse des Mieters an der Ausführung der Baumaßnahme. Jede Partei trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die zu ihren Gunsten bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. Da der Vermieter stets sein Interesse entgegenhalten kann, dass die Mietsache baulich nicht verändert wird, ist in jedem Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen. Der Vermieter kann im Streitfall den Mieter also dazu zwingen, sein Interesse an der baulichen Veränderung offenzulegen. Aus diesem Grund verzichtet der Entwurf darauf, bereits die Entstehung des Anspruchs von einem berechtigten Interesse des Mieters abhängig zu machen.

Auf Seiten des Vermieters ist zunächst sein Konservierungsinteresse zu berücksichtigen. Dieses besteht darin, dass nicht durch eine bauliche Veränderung in die Substanz der Mietsache eingegriffen wird. Dieses Interesse ist typischerweise umso gewichtiger, je umfangreicher der beabsichtigte Eingriff ist. Im Rahmen des Konservierungsinteresses ist auch zu berücksichtigen, ob durch die bauliche Veränderung ein gefahrträchtiger Zustand oder eine baurechtswidrige Situation geschaffen würde. Das Konservierungsinteresse des Vermieters gebietet es auch, dass der Mieter ihn hinreichend über die Einzelheiten der begehrten baulichen Veränderung informiert. Unterlässt der Mieter die notwendigen Informationen, wird sich das Interesse des Vermieters durchsetzen, die Erlaubnis zu verweigern.

Ebenfalls zu beachten ist das Interesse des Vermieters daran, dass die bauliche Veränderung keine negativen Auswirkungen auf seine Rechtsbeziehungen zu Dritten hat, etwa zu anderen Mietern oder seinem Grundstücksnachbar. Besteht die berechtigte Befürchtung, dass diese gegen den Vermieter wegen der baulichen Veränderung Rechte geltend machen könnten – etwa in Form einer Mietminderung, weil durch die bauliche Veränderung in das Gebrauchsrecht der übrigen Mieter eingegriffen wird –, so ist dies über das Vermieterinteresse bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen (so schon zum geltenden § 554a: Rips, Barrierefreiheit gemäß § 554a, 2003, Seite 124). Daher sind die berechtigten Interessen anderer Mieter im Gebäude im Wortlaut des § 554 des Entwurfs – anders als im Wortlaut des geltenden § 554a Absatz 1 Satz 3 – nicht ausdrücklich genannt. Ist eine Eigentumswohnung vermietet, finden die Inter-

essen anderer Eigentümer – und gegebenenfalls derer Mieter – ohnehin über die notwendige Beschlussfassung Berücksichtigung.

Zugunsten des Vermieters ist auch ein etwaiges Rückbaurisiko zu berücksichtigen. Zwar ist der Mieter nach all-gemeinen Vorschriften bei Vertragsende zum Rückbau der baulichen Veränderung verpflichtet. Kommt der Mieter dem aber nicht nach und will der Vermieter die bauliche Veränderung zurückbauen, so muss er den Rückbau auf eigene Kosten ausführen und den Mieter auf Kostenersatz in Anspruch nehmen. Ist der Mieter zahlungsunfähig, träfen die Rückbaukosten den Vermieter. Bei umfangreichen baulichen Veränderungen ist es denkbar, dass dieses Risiko dem Vermieter nicht zumutbar ist mit der Folge, dass der Anspruch nach § 554 Absatz 1 Satz 1 nicht besteht. In diesem Fall hat der Mieter die Möglichkeit, eine besondere Kautionsleistung zu leisten (vergleiche § 554 Absatz 1 Satz 3). Auf diese Weise kann der Mieter den sich aus dem Rückbaurisiko ergebenden Nachteil des Vermieters beseitigen. Freilich kann der Vermieter seine Erlaubnis nicht von der Leistung einer der Höhe nach unangemessenen Kautionsleistung abhängig machen.

Auf Seiten des Mieters ist sein Interesse an der Ausführung der baulichen Veränderung zu berücksichtigen. Aus § 554 Absatz 1 Satz 1 folgt, dass das Veränderungsinteresse des Mieters aus gesamtgesellschaftlichen Gründen im Ausgangspunkt stets beachtenswert ist. Die auf ein spezifisches berechtigtes Interesse abstellende Formulierung des geltenden § 554a Absatz 1 Satz 1 wird daher nicht übernommen. Für den Abwägungsvorgang bedeutet dies, dass es nicht zulässig ist, den Anspruch des Mieters mit dem Argument zurückzuweisen, an der begehrten baulichen Veränderung bestehe schon grundsätzlich kein anerkanntes Interesse. Es ist hingegen Aufgabe des Abwägungsprozesses, das Gewicht des Veränderungsinteresses mit dem Gewicht der gegenläufigen Interessen des Vermieters zu vergleichen. Hierbei ist es nicht ausgeschlossen, bei der Bewertung des Veränderungsinteresses nach den verschiedenen Varianten in § 554 Absatz 1 Satz 1 zu differenzieren. Daher ist es etwa denkbar, bei einem im Einzelfall vergleichbaren Konservierungsinteresse des Vermieters das Bedürfnis eines gehbehinderten Mieters am Einbau eines Treppenliftes stärker zu gewichten als das eines Mieters am Einbau einer einbruchshemmenden Haustür. Geht es um die Nachrüstung mit einer Lademöglichkeit, sind beim Veränderungsinteresse auch die Belange des Klima- und

Umweltschutzes angemessen zu berücksichtigen, etwa die Reduzierung von Treibhausgasen sowie der Schutz vor Luftschadstoffen und verkehrsbedingtem Lärm. Ein zügiger Markthochlauf von Elektrofahrzeugen ist vor allem aus Gründen des Klimaschutzes erforderlich. Das Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I Seite 2513) sieht bis zum Jahr 2030 für den Verkehrssektor eine Reduktion der Treibhausgasemissionen in Höhe von 42 Prozent (gegenüber dem Jahr 1990) vor. Aktuell ist der Straßenverkehr für mehr als 95 Prozent der verkehrsbedingten Treibhausgasemissionen in der Bundesrepublik Deutschland verantwortlich. Personenkraftwagen (PKW) verursachen zirka 60,6 Prozent dieser Emissionen (vergleiche Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Klimaschutz in Zahlen, 2018). Zur Zielerreichung hält es die Bundesregierung ausweislich des Klimaschutzprogramms 2030 für erforderlich, dass bis zum Jahr 2030 sieben bis zehn Millionen elektrisch betriebene Fahrzeuge in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen sind. Derzeit findet ein Großteil der Ladevorgänge von Elektrofahrzeugen an privaten Ladepunkten statt. Es ist prognostiziert, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird. Bei der Barrierereduzierung ist im Rahmen des Veränderungsinteresses auch das allgemeine Interesse angemessen zu berücksichtigen, Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen zu beseitigen sowie ihre gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen

Das Veränderungsinteresse des Mieters ist von seiner individuellen Situation und dem Ausstattungszustand der Mietsache abhängig. Verfügt der Mieter etwa bereits über eine Lademöglichkeit, so fällt zwar der Einbau einer neuen, technisch besseren Lademöglichkeit unter § 554 Absatz 1 Satz 1. Das Veränderungsinteresse des Mieters ist in dieser Situation aber deutlich geringer als in Fällen, in denen noch überhaupt keine Lademöglichkeit besteht. Aus diesem Grund kann der Vermieter auch auf das Veränderungsinteresse des Mieters einwirken. Dieses entfällt, wenn der Vermieter oder – bei einer vermieteten Eigentumswohnung – die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die vom Mieter begehrte bauliche Veränderung ausführt. Ist die Baumaßnahme des Vermieters noch nicht abgeschlossen, besteht das Veränderungsinteresse des Mieters zwar fort. Hat der Vermieter aber die Ausführung der baulichen Veränderung innerhalb einer dem Mieter zumutbaren Frist zugesagt und bestehen keine berechtigten Zweifel, dass der Vermieter diese Zusage erfüllen wird, wird sich das

Veränderungsinteresse des Mieters gegenüber dem Konservierungsinteresse des Vermieters regelmäßig nicht durchsetzen können. Auf diese Weise wird dem berechtigten Interesse des Vermieters Rechnung getragen, bauliche Veränderungen an der Mietsache selbst durchzuführen. In diesem Fall hat der Vermieter hinsichtlich der Kosten der baulichen Veränderung die Möglichkeit, nach § 555f Nummer 3 mit dem Mieter eine passgenaue Kostenübernahme zu vereinbaren. Anderenfalls kann der Vermieter regelmäßig wegen der baulichen Veränderung nach § 559 die Miete erhöhen. Bei einer vom Mieter begehrten baulichen Veränderung gemäß § 554 Absatz 1 Satz 1 handelt es sich nämlich in der Regel um eine Modernisierungsmaßnahme im Sinne des § 555b Nummer 4. Ein verbesserter Einbruchschutz, ein besserer Gebrauch der Mietsache durch Menschen mit Behinderungen oder eine Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge führen – auch nach der aktuellen Verkehrsanschauung – regelmäßig zu einer nachhaltigen Steigerung des Gebrauchswerts der Mietsache. Führt der Vermieter Maßnahmen durch, um mehreren Mietern die Installation von Lademöglichkeiten für Elektrofahrzeuge zu ermöglichen, etwa die Installation eines Lastmanagementsystems oder die Erweiterung des Netzanschlusses zur Vermeidung von Lastspitzen, richtet sich die Kostenverteilung nach § 559 Absatz 3.

Ist eine Eigentumswohnung vermietet, so ist eine bauliche Veränderung, sei es durch den Mieter oder den vermietenden Wohnungseigentümer, nach § 20 WEG-E erst nach einer entsprechenden Beschlussfassung der Wohnungseigentümer zulässig. Dies ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Der mit einem Anspruch seines Mieters nach § 554 Absatz 1 Satz 1 konfrontierte Vermieter kann daher unter Hinweis hierauf die Erlaubnis zunächst zurückhalten. Die Erteilung der Erlaubnis ist ihm in diesem Stadium nämlich nicht zumutbar. Denn wenn die bauliche Veränderung am Widerstand in der Gemeinschaft scheitert, würden im Falle der bereits erteilten Erlaubnis Mängelrechte des Mieters ausgelöst. Wird dem vermietenden Wohnungseigentümer die vom Mieter begehrte bauliche Veränderung durch Beschluss der Wohnungseigentümer gestattet, entfällt dieser Einwand.

Verhält sich der Vermieter passiv, indem er sich nicht um eine für den Mieter günstige Beschlussfassung der Wohnungseigentümer bemüht, so kann dies dazu führen, dass die Interessenabwägung nach Satz 2 zugunsten des Mieters

ausgeht. Erhält der Mieter in diesem Fall die Erlaubnis – gegebenenfalls im Klagewege –, berechtigt ihn diese zwar nicht zu einem Eingriff in das gemeinschaftliche Eigentum. Er kann den vermietenden Wohnungseigentümer aber auf Erfüllung in Anspruch nehmen; dieser ist dann verpflichtet, auf eine die bauliche Veränderung gestattende Beschlussfassung hinzuwirken (vergleiche BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 342/03).

Wird die Ausführung der baulichen Veränderung durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer auf Kosten des vermietenden Wohnungseigentümers beschlossen, so kann der Vermieter dies dem Anspruch des Mieters auf Selbstvornahme entgegenhalten. Auch in diesem Fall kommt eine Vereinbarung nach § 555f Nummer 3 oder eine Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 in Betracht.

#### **Zu § 554 Absatz 1 Satz 3 BGB**

Die Vorschrift sieht vor, dass die Parteien im Zusammenhang mit einer baulichen Veränderung vereinbaren können, dass der Mieter eine besondere Sicherheit leistet. Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass die Parteien auf das Rückbaurisiko des Vermieters durch die Verpflichtung des Mieters reagieren können, den Vermieter durch eine Zusatzkaution abzusichern. Die Vorschrift ist erforderlich, weil anderenfalls zweifelhaft wäre, ob einer solchen Vereinbarung § 551 Absatz 4 entgegensteht. Haben die Parteien eine Zusatzkaution vereinbart, gilt für deren Anlage § 551 Absatz 3 entsprechend.

#### **Zu § 554 Absatz 2 BGB**

§ 554 Absatz 2 verbietet Vereinbarungen, die zu Lasten des Mieters von § 554 Absatz 1 abweichen. Unwirksam ist daher jede Vereinbarung, die den Anspruch des Mieters ausschließt oder beschränkt. Gegen § 554 Absatz 2 verstößt daher auch eine Regelung im Vertrag, die zu Lasten des Mieters die nach § 554 Absatz 1 Satz 2 vorgeschriebene Interessenabwägung einschränkt oder eine von § 551 Absatz 3 abweichende Anlage der Zusatzkaution vorsieht.

#### **Zu § 556a Absatz 3 und 4 BGB**

Die Umlage von Betriebskosten erfolgt gemäß dem geltenden § 556a Absatz 1 nach dem Anteil der Wohnfläche oder dem erfassten Verbrauch beziehungsweise der erfassten Verursachung, soweit nichts anderes vereinbart wurde.

Nach wohl herrschender Meinung ist diese Vorschrift auch bei Vermietung einer Eigentumswohnung zu beachten. Der Vermieter muss daher für eine ordnungsgemäße Abrechnung die Gesamtbetriebskosten des Grundstücks ermitteln und diese regelmäßig nach dem Anteil der Wohnfläche auf den Mieter umlegen. Dieses Verfahren kann der Vermieter nur durchführen, wenn ihm die Wohnfläche auch der anderen, nicht in seinem Eigentum stehenden Wohnungen bekannt ist. Entspricht der wohnungseigentumsrechtliche Kostenverteilungsschlüssel nicht dem Wohnflächenanteil, führt die beschriebene Umlagemethode zudem dazu, dass die Betriebskostenabrechnung den Mieter entweder mit höheren oder mit niedrigeren Kosten belastet, als dem Vermieter entstanden sind. Das erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Vor diesem Hintergrund bestimmt § 556a Absatz 3, dass bei Vermietung einer Eigentumswohnung die Betriebskosten nach dem Maßstab auf den Mieter umzulegen sind, der zwischen den Wohnungseigentümern für die Verteilung der Betriebskosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gilt. Der nach § 556a Absatz 3 Satz 1 maßgebliche wohnungseigentumsrechtliche Verteilerschlüssel ergibt sich aus dem in der Gemeinschaft geltenden Regelwerk, also entweder einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer, einem wirksamen Beschluss der Wohnungseigentümer oder aus dem Gesetz (vergleiche § 16 Absatz 2 und 3 WEG-E). Dabei ist zu beachten, dass wohnungseigentumsrechtlich je nach Betriebskostenposition unterschiedliche Verteilerschlüssel möglich sind.

Zum Schutz des Mieters vor einer unverhältnismäßigen Kostenbelastung enthält § 556a Absatz 3 Satz 2 eine Ausnahme von dem Grundsatz des Satzes 1. Danach gelten die in Absatz 1 bestimmten Umlagemaßstäbe, wenn die Umlage nach dem zwischen den Wohnungseigentümern geltenden Maßstab billigem Ermessen widerspricht. Ob ein Umlagemaßstab diesem Kriterium widerspricht, ist anhand der Interessenlage beider Vertragsteile, also von Mieter und Vermieter, zu ermitteln (vergleiche BGH, Urteil vom 20. Januar 1993 – VIII ZR 10/92). Es handelt sich um eine von der wohnungseigentumsrechtlichen Wirksamkeit des Verteilerschlüssels losgelöste Überprüfung. Diese ist unabhängig davon vorzunehmen, ob der Umlagemaßstab wohnungseigentumsrechtlich auf einer Vereinbarung oder einem Beschluss beruht. Auch die aus § 16 Absatz 2 Satz 1 WEG-E folgende Verteilung von Betriebskosten nach dem Miteigentumsanteil des Vermieters unterliegt der Kontrolle nach § 556a Absatz 3 Satz 2. Widerspricht ein Umlagemaßstab billigem Ermessen, tritt an seine Stelle der in

Absatz 1 bestimmte Maßstab. Die betroffenen Betriebskosten sind dann nach Verbrauch oder Verursachung, hilfsweise nach dem Anteil der Wohnfläche auf den Mieter umzulegen.

**Zu § 578 BGB**

Der Anwendungsbereich von § 554 wird auf Mietverhältnisse über Grundstücke und andere Räume als Wohnräume erstreckt. Denn die durch § 554 geschützten Interessen sind nicht wohnraumspezifischer Natur. Vielmehr haben auch die Mieter von Grundstücksflächen und anderen Räumen gleichermaßen ein schützenswertes Interesse, die von § 554 erfassten baulichen Veränderungen ausführen zu dürfen.

## C. Aktuelles Mietrecht

### 1 Mietvertrag

#### 1.1 Abgrenzung Wohn- und Gewerberaummiete

Das hier zur Beurteilung stehende Vertragsformular ist zwar als "Mietvertrag über Wohnräume" überschrieben und verschiedene Bestimmungen des Mietvertrags legen nahe, dass die Parteien das Mietverhältnis den Regelungen über die Wohnraummiete unterstellen wollten. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Mietverhältnis über Wohnraum vorliegt, ist jedoch auf den Zweck abzustellen, den der Mieter mit der Anmietung des Mietobjekts vertragsgemäß verfolgt<sup>1</sup>. Wohnraummiete liegt vor, wenn die Räume dem Mieter vertragsgemäß zur Befriedigung seiner eigenen Wohnbedürfnisse und/oder der Wohnbedürfnisse seiner Familie dienen sollen<sup>2</sup>. Erfolgt die Vermietung zu Zwecken, die keinen unmittelbaren Wohnraumcharakter haben, ist hingegen allgemeines Mietrecht maßgebend<sup>3</sup>. Auf dieser rechtlichen Grundlage hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass ein im Rahmen eines sog. Werkförderungsvertrags geschlossener Mietvertrag zwischen dem Darlehensgeber und dem Bauherrn über von diesem zu errichtende Wohnungen, die bestimmungsgemäß an die Bediensteten des Darlehensgebers untervermietet werden sollen, nicht als Mietvertrag über Wohnraum eingeordnet werden kann, weil der vertragsgemäße Gebrauch durch den Mieter für die Vertragsteile gerade nicht im Wohnen, sondern im Weitervermieten lag. Ebenso hat der BGH einen Mietvertrag, den die Bundesrepublik Deutschland mit dem Vermieter von Wohnungseigentum abgeschlossen hatte, um der ihr nach dem Nato-Truppenstatut und dem Zusatzabkommen zum Nato-Truppenstatut obliegenden Verpflichtung zur Deckung des Wohnraumbedarfs der US-Streitkräfte nachzukommen, nicht als Wohnraummietvertrag angesehen<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. BGHZ 202, 39 = NJW 2014, 2864 Rz. 21; BGHZ 94, 11 = NJW 1985, 1772.

<sup>2</sup> Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 535 Rz. 94.

<sup>3</sup> vgl. BGHZ 202, 39 = NJW 2014, 2864 Rn. 28; BGH v. 11.2.1981 - VIII ZR 323/79, NJW 1981, 1377 f.

<sup>4</sup> BGHZ 94, 11 = NJW 1985, 1772 f.

Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Annahme, bei dem streitgegenständlichen Mietverhältnis handele es sich nicht um ein Wohnraummietverhältnis, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden<sup>5</sup>.

Die beklagte Gemeinde hat die Immobilie angemietet, um dort den Wohnbedarf der ihr zugewiesenen Flüchtlinge decken zu können. Der Zweck der Anmietung war deshalb nicht darauf gerichtet, selbst die Räume zu Wohnzwecken zu nutzen, zumal eine juristische Person keinen eigenen Wohnbedarf haben kann<sup>6</sup>. Der vertragsgemäße Gebrauch der Beklagten bezog sich vielmehr darauf, die angemieteten Räumlichkeiten zugewiesenen Flüchtlingen zu Wohnzwecken überlassen zu dürfen.

Zudem ist im vorliegenden Fall die Annahme eines Wohnraummietverhältnisses auch nicht im Hinblick auf die Anwendbarkeit der für den Wohnraummieter geltenden Schutzvorschriften geboten<sup>7</sup>. Dies zeigen die Regelungen in §§ 549 Abs. 2 Nr. 3, 578 Abs. 3 BGB. Mietet eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein anerkannter privater Träger der Wohlfahrtspflege als Hauptmieter Wohnraum an, um ihn Personen mit dringendem Wohnungsbedarf als Untermieter zu überlassen, sind nach § 549 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Verhältnis Hauptmieter zu Untermieter wesentliche Mieterschutzbestimmungen nur dann nicht anwendbar, wenn der Untermieter bei Vertragsschluss auf die Zweckbestimmung des Wohnraums und die Ausnahme von den genannten Vorschriften hingewiesen wurde. Nach der für Mietverträge, die nach dem 31. Dezember 2018 abgeschlossen wurden, geltenden Vorschrift des § 578 Abs. 3 BGB<sup>8</sup>, sind auf Verträge über die Anmietung von Räumen durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder einen anerkannten privaten Träger der Wohlfahrtspflege, die geschlossen werden, um die Räume Personen mit dringendem Wohnungsbedarf zum Wohnen zu überlassen, die in der Norm aufgezählten Mieterschutzbestimmungen anwendbar. Beiden Bestimmungen ist der Grundsatz zu entnehmen, dass Mietverhältnisse über Wohnraum, der von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem Träger der Wohlfahrtspflege angemietet wurde, um ihn Personen mit dringendem Wohnbedarf zu überlassen, im

---

<sup>5</sup> BGH v. 23.10.2019 – XII ZR 125/18, MDR 2020, 86 = WuM 2019, 697.

<sup>6</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 535 BGB Rz. 94.

<sup>7</sup> BGH v. 23.10.2019 – XII ZR 125/18, WuM 2019, 697.

<sup>8</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, § 549 BGB Rz. 16; vgl. auch Art. 1 Nr. 7 MietAnpG und Art. 229 § 49 Abs. 3 EGBGB.

Verhältnis zwischen Vermieter und Hauptmieter nicht als Wohnraummietverhältnisse anzusehen sind<sup>9</sup>. Denn wäre bereits der Hauptmietvertrag als Wohnraummietverhältnis iSv § 549 Abs. 1 BGB zu qualifizieren, kämen die in den beiden Normen aufgeführten Mieterschutzvorschriften unmittelbar zur Anwendung und bedürfte es der Regelungen in §§ 549 Abs. 2 Nr. 3, 578 Abs. 3 BGB nicht.

## **1.2 Summierungseffekt bei Betriebspflicht mit fehlendem Konkurrenzschutz und Sortimentsbindung**

Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach Absatz 2 der Vorschrift ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Nach dieser Vorschrift ist zwar die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht für sich genommen im Regelfall nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam<sup>10</sup>. Ebenfalls nicht unangemessen ist für sich genommen eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet<sup>11</sup> oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt<sup>12</sup>.

Umstritten ist indessen die vom BGH bisher offen gelassene Frage<sup>13</sup> einer Angemessenheit der genannten Formularbedingungen dort, wo sie - unter Einschluss einer Sortimentsbindung - kumulativ vereinbart werden.

Von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur wird die formularmäßige Festlegung einer Betriebspflicht in einem Einkaufszentrum bzw. eine Sortimentsbindung neben dem Ausschluss des Konkurrenzschutzes für wirk-

---

<sup>9</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 14. Aufl., § 549 BGB Rz. 25 und § 578 BGB Rz. 20 f.

<sup>10</sup> vgl. BGH v. 29.4.1992 - XII ZR 221/90, NJW-RR 1992, 1032 (1033 f.).

<sup>11</sup> BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 14 m.w.N.; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714 (1717).

<sup>12</sup> BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 14 m.w.N.

<sup>13</sup> BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 15 m.w.N.

sam gehalten<sup>14</sup>. Zur Begründung wird angeführt, dass alle genannten Klauseln für sich genommen jeweils unbedenklich seien. Auch ein Summierungseffekt führe nicht zur Unwirksamkeit, da nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln ein die Betriebspflicht übermäßig verstärkendes Zusammentreffen dieser Klauseln nicht dem - für § 307 BGB maßgeblichen - Regelfall entspreche, sondern eine atypische Ausnahmesituation bedeuten würde. Komme die unangemessene Beeinträchtigung durch eine Klausel jedoch nur in untypischen Konstellationen in Betracht, so hindere dies ihre Wirksamkeit nicht. In dem untypischen Fall, dass ein Vermieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufscenter eine unmittelbare Konkurrenz zu dem Gewerbebetrieb eines Mieters dieses Centers aktiv fördere und gleichzeitig auf der Betriebspflicht und der Sortimentsbindung des unter dieser Konkurrenz leidenden weiteren Mieters bestehe, sei nicht die Betriebspflicht aufgrund eines Summierungseffekts als unwirksam vereinbart anzusehen, sondern stünde ihrer konkreten Ausübung der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen. Auch Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln - Betriebspflicht, Sortimentsbindung und Konkurrenzschutzausschluss - sprächen gegen eine unangemessene Benachteiligung des Mieters aufgrund eines Summierungseffektes. Denn damit wolle sich der Vermieter eines Einkaufscenters nicht etwa Tür und Tor für die aktive Förderung unmittelbarer Konkurrenz im Hauptartikelsegment des Mieters offenhalten, sondern es gehe darum, sich gegen den Mietereinwand abzusichern, das Geschäft leide in Sortimentsteilbereichen unter vertragswidrigem Wettbewerb. Der Ausschluss von Konkurrenzschutz vermeide die Diskussion darüber, was zum Haupt- und was zum Nebensortiment gehört. Die Sortimentsbindung diene - im Interesse aller Mieter - dem Erhalt des Branchenmixes und der Attraktivität des Einkaufszentrums und sei deshalb notwendig. Gleiches gelte für die Betriebspflicht.

---

<sup>14</sup> OLG Naumburg, NZM 2008, 772; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254; OLG Rostock NZM 2004, 460; KG, NZM 2005, 620 f.; vgl. auch OLG Hamm, NZM 2018, 87 jedenfalls bei nicht hinreichend konkreter Sortimentsbindung; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 695; Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. III Rz. 2325; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummiete 7. Aufl. Kap. 12 Rn. 29; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete 4. Aufl. Kap. 23 Rn. 18; *Fritz*, NJW 2002, 3372, 3374; Hamann ZMR 2001, 581 f.; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 535 BGB Rz. 71; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Teil II [32] Rz. 35.

Nach anderer Auffassung bedeutet die Kumulierung der genannten Bedingungen eine unangemessene und nach § 307 BGB unwirksame Benachteiligung des Mieters<sup>15</sup>.

Zutreffend ist die zuletzt genannte Auffassung<sup>16</sup>. Entgegen der auch vom Oberlandesgericht vertretenen ersten Ansicht steht bei der Betrachtung der hier kumulativ aufgenommenen Formularbedingungen nicht hauptsächlich oder allein die Angemessenheit der Betriebspflicht mit Sortimentsbindung im Blickfeld, sondern der Ausschluss des Konkurrenzschutzes. Denn bei ihm handelt es sich um einen Eingriff in die Hauptleistungspflicht des Vermieters.

Zu den Hauptleistungspflichten des Vermieters gehört die ungestörte Gebrauchsüberlassung der Mietsache (§ 535 BGB). Diese Pflicht umfasst bei einem Gewerberaummietverhältnis grundsätzlich auch einen vertragsimmanenten Konkurrenzschutz<sup>17</sup>. Jener hat zum Inhalt, dass der Vermieter grundsätzlich gehalten ist, keine in der näheren Nachbarschaft des Mieters gelegenen Räume an Konkurrenten zu vermieten oder selbst in Konkurrenz zum Mieter zu treten. Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass es bei der Vermietung von Räumen zum Betriebe eines bestimmten Geschäfts zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs gehört, in anderen Räumen des Hauses oder auf in unmittelbarer Nähe angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen. Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist<sup>18</sup>.

Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung<sup>19</sup> besteht vertragsimmanenter Konkurrenzschutz grundsätzlich auch in einem Einkaufszentrum. Zwar besteht

---

<sup>15</sup> OLG Schleswig, NZM 2000, 1008; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, II Rz. 274; vgl. auch OLG Brandenburg, MDR 2015, 18; *Guhling/Günter/Menn*, Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rz. 394

<sup>16</sup> BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 477 = NZM 2020, 429 Rz. 35.

<sup>17</sup> vgl. BGHZ 70, 79 (80 f.) = NJW 1978, 585 (586); BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rz. 33.

<sup>18</sup> vgl. BGHZ 70, 79 (80 f.) = NJW 1978, 585 (586); BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rz. 33.

<sup>19</sup> OLG Dresden MDR 1998, 211; *Blank/Börstinghaus*, Miete, § 535 BGB Rz. 312; *PWW/Elzer*, 14. Aufl., § 535 BGB Rz. 202; *Jendrek*, NZM 2000, 526, 529; a.A. KG GE 2005, 1426; MAH

kein Anlass, die dort niedergelassenen Gewerbetreibenden stärker gegen erlaubten Wettbewerb zu schützen als dies in herkömmlichen Geschäftsstraßen der Fall ist<sup>20</sup>. Allerdings besteht ebenso wenig Anlass, einen geringeren Konkurrenzschutz zu gewähren als bei der Vermietung mehrerer benachbarter Ladenlokale durch denselben Vermieter in einer Geschäftsstraße. Dabei richtet sich der Umfang des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes nach der jeweils berechtigten Verkehrserwartung. So darf in einem kleinen Einkaufszentrum mit nur wenigen Ladenlokalen davon ausgegangen werden, dass der Vermieter für ein möglichst breit gefächertes Angebot sorgt und Sortimentsüberschneidungen vermeidet. Umgekehrt muss der Mieter einer Ladenfläche in einem großen Einkaufszentrum hinnehmen, dass es zu typischen Sortimentsüberschneidungen mit anderen Gewerbetreibenden kommt, zumal die Attraktivität eines großen Einkaufszentrums gerade auch mit der Repräsentanz konkurrierender Angebote steigt. Es ist dann nach dem zur Grundlage des Mietvertrags gemachten Betriebskonzept des Einkaufszentrums eine Frage des Einzelfalls, in welcher Nähe zu seinem eigenen Geschäft der Mieter eine direkte Konkurrenzsituation hinnehmen muss oder abwehren kann.

Die Verletzung eines bestehenden Konkurrenzschutzes kann einen Mangel der Mietsache bewirken<sup>21</sup>. Daraus können sowohl Ansprüche des Mieters auf Verhinderung oder Beseitigung der Konkurrenzsituation erwachsen als auch eine Mietminderung oder gegebenenfalls eine Schadenersatzpflicht des Vermieters. Schließlich kann der Mangel, wenn er nicht behoben wird, einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Mit dem formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes schränkt der Vermieter seine Hauptleistungspflicht ein. Werden durch eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ist gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen. So liegt der Fall, wenn in einem typischen Einkaufszentrum durch formularmäßigen Mietvertrag jeglicher Konkurrenzschutz ausgeschlossen,

---

MietR/Lehr § 55 Rz. 66; *Bittner*, MDR 2008, 1201, 1202; vgl. auch OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 396.

<sup>20</sup> vgl. BGH v. 24.1.1979 - VIII ZR 56/78, NJW 1979, 1404 (1405 f.).

<sup>21</sup> BGH BGHZ 195, 50 = NJW 2013, 44 Rz. 35.

gleichzeitig jedoch dem Mieter eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung auferlegt wird.

Wird der Konkurrenzschutz des Mieters vertraglich ausgeschlossen, so verschafft dies dem Vermieter nämlich die Möglichkeit, Konkurrenzunternehmen mit gleichem oder ähnlichen Sortiment in der unmittelbaren Nachbarschaft des Mieters anzusiedeln. Dadurch geraten der Umsatz und die Geschäftskalkulation des Mieters in Gefahr. Ist ihm in dieser Lage zusätzlich eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung auferlegt, fehlt es ihm an Möglichkeiten, sich durch Veränderung des eigenen Angebots an die entstandene Konkurrenzsituation anzupassen oder zumindest durch Verkürzung seiner Betriebszeiten seine Kosten zu reduzieren.

Es mag zwar zutreffen, dass die Sortimentsbindung - im Interesse der Gesamtheit der Mieter - grundsätzlich dem Erhalt des Branchenmixes und der Attraktivität des Einkaufszentrums dient. Ermöglichen die Vertragsklauseln jedoch einseitig dem Vermieter, Konkurrenzsituationen herbeizuführen und dadurch den strengen Branchenmix aufzuweichen, beeinträchtigt dies den Mieter unangemessen, wenn jener nicht seinerseits durch entsprechende Sortimentsanpassung reagieren kann. Das Interesse des Vermieters, innerhalb eines als "Food Court" gewidmeten Bereichs des Einkaufszentrums das Hauptsortiment auf Restaurationsbetriebe zu konzentrieren, wiegt nicht schwerer als das Mieterinteresse, mit seinem Untersortiment ein gewisses Alleinstellungsmerkmal einzunehmen.

Rechtsfolge der unangemessenen Benachteiligung der Beklagten durch die formularmäßigen Geschäftsbedingungen ist allerdings unmittelbar nur die Unwirksamkeit der betreffenden Klauseln (§ 307 Abs. 1 BGB). Dies begründet für sich genommen keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung, sondern führt zur Fortsetzung des Vertrags unter Außerachtlassung der unwirksamen Klauseln.

### **1.3 Vormietrecht durch AGB des Mieters**

Die Parteien haben in § 21 des Mietvertrages unter der Überschrift „Vormietrecht“ geregelt: „Der Vermieter räumt dem Mieter für den ersten Vermietungsfall nach Vertragsablauf in sinngemäßer Anwendung der gesetzlichen Bestimmun-

gen über das Vorkaufsrecht ein Vormietrecht ein.“ Diese AGB-Klausel hält der Mieter für unwirksam.

Die in § 21 enthaltene Regelung, bei der es sich um eine von dem beklagten Mieter gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, wurde wirksamer Bestandteil des Mietvertrags vom 15./29.11.2000. Die Regelung ist weder überraschend noch intransparent noch unangemessen benachteiligend.

§ 21 des Mietvertrags verstößt aus den vom Landgericht dargelegten Gründen nicht gegen § 305c Abs. 1 BGB. Die Vereinbarung eines Vormietrechts ist nicht unüblich, sondern kommt bei der Anmietung von Supermarktf lächen nicht selten zur Anwendung, was sich auch in der Diskussion des Rechtsinstituts in der juristischen Fachliteratur zeigt. Etwas ungewöhnlich erscheint zwar, dass die Klausel sich am Ende des Mietvertrags und nicht bei den Regelungen zu Laufzeit, Optionsrecht und Vertragsverlängerungen in § 2 des Mietvertrags findet. Nachdem der Bestimmung jedoch in § 20 Vereinbarungen zur außerordentlichen Kündigung vorangehen, sie nicht als Absatz oder Satz in einer umfangreichen Regelung „versteckt“, sondern alleiniger Gegenstand von § 21 ist, der die Überschrift „Vormietrecht“ trägt, die zudem zentriert gedruckt ist und sich die Unterschrift der Parteien auf jeder der 11 Seiten des Mietvertrags befindet, genügt die Bestimmung den Anforderungen von § 305 c Abs. 1 BGB.

Die Regelung des § 21 verstößt nicht gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

Gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB die Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmung zur Folge hat, auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich ist. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, den Regelungsgehalt einer Klausel möglichst klar und überschaubar darzustellen. Zudem verlangt das aus dem Transparenzgebot abgeleitete Bestimmtheitsgebot, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Der Verwender muss die tatbestandlichen Voraus-

setzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine un gerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen<sup>22</sup>.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind Allgemeine Geschäftsbedingungen 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 Vertragspartners zugrunde zu legen, und es kommt nicht auf die individuelle Interessenlage im Einzelfall an, sondern auf die typisierten Interessen des Verwenders und seiner Vertragspartner<sup>23</sup>.

Stellt man wie geboten auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners ab, so erweist sich § 21 nicht als intransparent. Bereits der Begriff des Vormietrechts ist ausreichend verständlich. Dem Gebot zur Klarheit und Bestimmtheit entsprechend ist der Wortlaut der Vormietklausel zudem in jeder Hinsicht eindeutig. Er lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass jeder erste Vermietungsfall nach Vertragsablauf das Vormietrecht begründet. Die Regelung lässt nicht fraglich erscheinen, ob nur der sich direkt an den Vertragsablauf anschließende erste Vermietungsfall gemeint ist oder auch die erste Vermietung nach einem Leerstand oder einer Eigennutzung. Ebenso wenig ist fraglich, ob ein Vertragsablauf im Sinne der Regelung bei jeder ordentlichen Beendigung des Mietverhältnisses vorliegt oder nur bei Vertragsbeendigung nach Ausschöpfung aller Optionsmöglichkeiten. Gemeint ist aus der Sicht eines durchschnittlichen Vertragspartners jeder erste Vermietungsfall nach jedem ordentlichen Vertragsablauf. Ein durchschnittlicher Vertragspartner bedurfte keines Hinweises darauf, dass das Vormietrecht zeitlich unbefristet gilt.

Ebenso wenig ist das Vormietrecht wegen unangemessener Benachteiligung der Klägerin als nach § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam anzusehen<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> BGH v. 24.11.2017 - LwZR 5/16, NJW-RR 2018, 199 Rz. 9 m.w.N.

<sup>23</sup> BGH v. 24.11.2017 - LwZR 5/16, NJW-RR 2018, 199 Rz. 9 m.w.N.

<sup>24</sup> OLG Stuttgart v. 7.11.2019 - 13 U 215/19, MDR 2020, 281 = ZMR 2020, 741 = GE 2020, 804.

Für die Beurteilung der Angemessenheit von AGB kommt es in erster Linie auf eine sorgfältige und alle Umstände des Falles in Betracht ziehende Ermittlung der Interessen an. Zu prüfen ist also zunächst, welches Interesse der Verwender an der Aufrechterhaltung der AGB-Klausel hat und welches die Gründe sind, die umgekehrt aus Sicht des Kunden für den Wegfall der Klausel und deren Ersetzung durch die nach § 306 Abs. 2 maßgebliche Regelung bestehen. In diesem Zusammenhang kommt es z.B. darauf an, welche Konsequenzen die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Klausel für die beiden Parteien hätte, ob und wie jede der Parteien die Verwirklichung des in der Klausel behandelten Vertragsrisikos durch eigene Tätigkeit verhindern, ob und wie sich jede Partei gegen die Folgen einer Verwirklichung des Risikos durch eigene Vorsorge schützen kann usw. Ist ermittelt, welches die Interessen der Vertragsparteien sind, so kommt es nunmehr auf eine Abwägung der Interessen an, nach deren Ergebnis sich bestimmt, ob die Klausel als wirksam oder unwirksam anzusehen ist<sup>25</sup>.

Die Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen führt nicht zu dem Ergebnis, dass § 21 die Klägerin unangemessen benachteiligt. Auf Seiten der Klägerin ist vor allem deren Interesse zu berücksichtigen, ihren Vertragspartner frei wählen zu können und nicht wegen Übersehens des Vormietrechts Schadensersatz leisten zu müssen, was insbesondere dann nicht fernliegend ist, wenn der erste Vermietungsfall wegen Eigennutzung oder Leerstands erst längere Zeit nach Beendigung des das Vormietrecht enthaltenden Mietverhältnisses eintritt. Auf Seiten der Beklagten geht es vor allem um deren Interesse an einer langfristigen Standortsicherung mit einem durch die Ausübung des Optionsrechts nicht zu erlangenden, an geänderte Verhältnisse angepassten Vertrag. Zwar ist es entgegen der Ansicht der Beklagten keineswegs ausgeschlossen, dass ein Supermarktgrundstück selbst genutzt wird oder für längere Zeit leersteht, sodass der erste Vermietungsfall keineswegs immer innerhalb kürzester Zeit nach Vertragsablauf eintreten wird. Eine Bindung der Vermieterseite durch das Vormietrecht quasi auf unbegrenzte Zeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ist jedoch gleichwohl nicht unangemessen benachteiligend. Wie sich aus § 544 BGB ergibt, ist auch ein Mietvertrag über mehr als 30 Jahre zulässig. Zudem eröffnet § 544 S. 1 die Möglichkeit, nach 30 Jahren ein noch bestehendes Vor-

---

<sup>25</sup> MünchKomm/Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB Rz. 35 m.w.N.

mietrecht durch Kündigung zu beenden. § 544 BGB gilt nach herrschender Meinung für mietähnliche Verhältnisse entsprechend<sup>26</sup> und damit erst recht für ein mietvertraglich vereinbartes Vormietrecht. Hinzu kommt, dass das Vormietrecht nicht dazu führt, dass der Vermieter mit jedem Dritten kontrahieren muss, sondern nur (ein weiteres Mal) mit seinem vormals von ihm selbst ausgewählten früheren Vertragspartner, und das nur zu den vom Vermieter neu ausgehandelten Bedingungen. Der Vermieter kann sich zudem auf einfache Art und Weise gegen die Gefahr des Übersehens des Vormietrechts schützen, indem er zu seinen Unterlagen über das Grundstück, die auch bei Leerstand und Eigennutzung anfallen und sinnvollerweise aufbewahrt werden, einen Vermerk über das zu beachtende Vormietrecht nimmt.

Demgemäß wurden auch von der seitherigen Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Vormiet- und Vorpachtrechten bislang keine Bedenken gegen eine langfristige formularvertragliche Bindung des Vermieters bzw. Verpächters durch ein auf den ersten Vermietungsfall beschränktes Vormiet- oder Vorpachtrecht geäußert, wobei der Senat nicht verkennt, dass es um andere Formulierungen als im Streitfall und in den drei letztgenannten Fällen um individualvertraglich vereinbarte Regelungen ging<sup>27</sup>.

Ebenso wenig werden in der Literatur Bedenken gegen eine langfristige Bindung durch ein einmaliges formularvertragliches Vormietrecht geäußert<sup>28</sup>. Soweit Bedenken gegen eine langfristige Bindung geäußert wurden, geschah das nicht in Bezug auf ein einmaliges Vormietrecht, sondern immer nur bezogen auf ein Vormietrecht für jeden Fall der Neuvermietung.

---

<sup>26</sup> vgl. etwa Palandt/*Weidenkaff*, 78. Aufl. 2019, § 544 BGB Rz. 1 m.w.N.

<sup>27</sup> vgl. etwa BGH v. 24.11.2017 - LwZR 5/16, NJW-RR 2018, 199 mit der Regelung „Dem Pächter wird ein Vorpachtrecht für die in § 1 aufgeführten Pachtflächen eingeräumt“; Brandenburgisches OLG v. 16.7.2015 - 5 U (Lw) 85/14 mit der Regelung „Dem Pächter wird ferner ein Vorpachtrecht eingeräumt“; LG Karlsruhe v. 7.5.2013 - 11 O 53/11 mit der Regelung „Der Vermieter räumt dem Mieter für jeden Fall der Neuvermietung des Mietobjektes das Vormietrecht in entsprechender Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über das Vorkaufrecht ein“; BGH NJW 1971, 422 mit der Regelung „Für den Fall der Beendigung des Vertrages räumt die Verpächterin dem Pächter ein Vorpachtrecht ein“; OLG Hamm v. 24.5.1991 - 30 U 246/90 mit der Regelung „Nach Vertragsbeendigung soll der Pächter für jeden Fall der Weiterverpachtung ein Vorpachtrecht haben“ und BGH NJW 2002, 3016 mit der Regelung „Die Pächterin erhält in jedem Fall ein Vorpachtrecht“.

<sup>28</sup> vgl. etwa *Leo/Kappus*, Vormietrecht kraft Gewerberaummiet-AGB?, NZM 2013, 665; *Horst*, Sicherung der Ansprüche der Vertragsparteien in der Gewerberaummieta, NZM 2018, 889, 892 f.; *Schuhmacher*, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urteil vom 16.07.2015 - 5 U (Lw) 85/14, jurisPR-AgrarR 6/2015 Anm. 2.

Schließlich ergibt sich nichts zugunsten der Klägerin aus der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit einer formularvertraglich festgelegten einseitigen Bindung an ein Mietverhältnis auf 30 Jahre bei weitgehend beliebiger Kündbarkeit seitens des Verwenders<sup>29</sup>.

## 2 Miete

### 2.1 Verfassungsmäßigkeit der Mietpreisbremse

Das BVerfG hat die gegen die sog. Mietpreisbremse vorgebrachten Argumente geprüft und verworfen<sup>30</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 Vertragsparteien 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; fer-

---

<sup>29</sup> OLG Hamm ZMR 1988, 386; OLG Hamburg NJW-RR 1992, 74; OLG Düsseldorf ZMR 2002, 741; vgl. auch Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 544 BGB Rz. 11 m.w.N.

<sup>30</sup> BVerfG v. 18.7.2019 – 1 BvL 4/18, GE 2019, 1097 = DWW 2019, 247.

ner 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 Vermiетereigentum 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 verfas-

sungsrechtlich 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 Verordnung 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 Verordnungsgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf bisher gemachte Erfahrungen eindeutig feststellbar sei, dass die alternativ in Betracht kommende Maßnahme mit geringerer Ein-

griffswirkung die angestrebten Ziele sachlich gleichwertig erreiche. Das sei hier nicht der Fall.

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

## 2.2 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>31</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>32</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>33</sup>). Die in § 556f BGB bestimmten Ausnahmetatbestände, wonach die 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>34</sup>. Entgegen der

---

<sup>31</sup> BGBl. I S. 2648; Mietrechtsanpassungsgesetz – MietAnpG.

<sup>32</sup> GVBl. S. 397.

<sup>33</sup> siehe dazu BT-Drucks. 18/3121, S. 35.

<sup>34</sup> BGH v. 17.7.2019 – VIII ZR 130/18, GE 2019, 1029.

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>35</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 Einzelschrift als Rechtsgrundlage, wie dies in Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG verlangt wird<sup>36</sup>, in der Verordnung angegeben.

Dem Gesetzgeber ist es jedoch unbenommen, dem Adressaten der Verordnungsermächtigung eine Begründungsverpflichtung aufzuerlegen<sup>37</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 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 be-

---

<sup>35</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>36</sup> vgl. BVerfGE 136, 69 Rz. 99 m.w.N.

<sup>37</sup> vgl. Maunz/Dürig/Remmert, GG, Stand: Januar 2019, Art. 80 Rz. 131 m.w.N.

stimmt 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>38</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.

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 Gebietsausweisung zu gewährleisten. Ausweislich der Gesetzesmaterialien erfordert die Bestimmung und Abgrenzung der Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt eine sorgsame Überprüfung der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit

---

<sup>38</sup> BGBl. I S. 1745 – MietRVerbG.

der Gebietsbestimmung. Dies hat der Gesetzgeber als notwendig erachtet, um den verfassungsrechtlichen Maßgaben des Eigentumsschutzes (Art. 14 GG) Rechnung zu tragen<sup>39</sup>. Damit kommt der Begründungspflicht nicht nur verfahrensrechtliche Bedeutung zu; sie hat vielmehr auch materiell-rechtlichen Gehalt<sup>40</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>41</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 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

---

<sup>39</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>40</sup> vgl. dazu BVerfGE 127, 293 (320); *Nierhaus* in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: November 1998, Art. 80 Rz. 420.

<sup>41</sup> BT-Drucks. aaO, S. 29.

Wohnungsmangels ergreifen wird, zu streichen<sup>42</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>43</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". 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 ge-

---

<sup>42</sup> vgl. BT-Drucks. aaO, S. 43.

<sup>43</sup> vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 18/3250, S. 1.

langt ist<sup>44</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 Verordnungsgeber 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 Gesetztextes 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 abgesehen worden<sup>45</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.

---

<sup>44</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).

<sup>45</sup> siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Mietrechtsanpassungsgesetz, BT-Drucks. 19/5415, S. 7.

Dies entspricht auch der durchgängigen Auffassung der Berufungsgerichte und des Schrifttums<sup>46</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>47</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>48</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 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 Mieten-

---

<sup>46</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>47</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>48</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.

begrenzungsverordnung 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>49</sup>.

### 2.3 Vormiete I.S.v. § 556e Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe zu viel gezahlter Miete nach § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB kommt nicht in Betracht, wenn zugunsten des Vermieters die Ausnahmenvorschrift des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB anzuwenden wäre. Diese Vorschrift erlaubt für den Fall, dass die vom vorherigen Mieter geschuldete Miete (Vormiete), höher ist als die nach § 556d Abs. 1 BGB zulässige Miete, die Vereinbarung einer Miete bis zur Höhe der Vormiete. Dabei kommt als "Vormiete" nur die in einem Wohnraummietverhältnis vereinbarte Miete in Betracht und nicht etwa eine in einem ganz anderen Marktsegment (wie einem Gewerberaummietverhältnis) erzielte Miete. Denn andernfalls hätte es keiner Ausführungen dazu bedurft, dass das Vormietverhältnis seinerseits den Anforderungen der §§ 556d BGB ff. entsprechen müsse<sup>50</sup>.

Bei dem letzten Wohnraummieter (C.), dem zunächst ein Gewerberaummiet nachfolgte, handelt es sich nicht deshalb um den "vorherigen Mieter" im Sinne des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die Wohnung vor der Vermietung an die Klägerin zuletzt zur gewerblichen Nutzung vermietet und der Mieter C. deshalb der letzte Wohnraummieter vor der Vermietung an die Klägerin war<sup>51</sup>.

---

<sup>49</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.

<sup>50</sup> vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

<sup>51</sup> BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, ■.

Bereits der Wortlaut des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB legt es zumindest nahe, dass es sich bei der darin bezeichneten "Vormiete" um eine solche aus einem unmittelbar vorangegangenen Mietverhältnis handeln muss. Denn der Begriff der "Vormiete" wird dort definiert als "die Miete, die der vorherige Mieter zuletzt schuldete". Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist mit "der vorherige Mieter" regelmäßig der (zeitlich) letzte Vormieter gemeint, und nicht irgendein Mieter, der die Räume in der Vergangenheit einmal innehatte. Ein "Vorvormieter" - wie hier Frau C. - lässt sich unter diesen Begriff daher schwerlich fassen<sup>52</sup>.

Jedenfalls die teleologische und die historische Auslegung der Norm anhand der Gesetzesbegründung und der vom Gesetzgeber verfolgten Zielrichtung lassen nur die Schlussfolgerung zu, dass § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB die Vereinbarung einer höheren als der nach § 556d Abs. 1 BGB zulässigen Miete nur für Räumlichkeiten ermöglichen will, die bei ihrer (zeitlich) letzten Vermietung zu Wohnzwecken überlassen waren<sup>53</sup>.

§ 556e BGB wurde mit Wirkung vom 1. Juni 2015 durch das Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz; BGBl. I S. 610) als Teil des neuen Unterkapitels 1a betreffend "Vereinbarungen über die Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten" in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt. Ziel dieser Gesetzesnovelle war es, einer "Gentrifizierung entgegenzuwirken" und sicherzustellen, dass die Bevölkerung (einschließlich einkommensschwächerer Haushalte) im Falle der Wohnungssuche auch in Zeiten eines angespannten Wohnungsmarkts (vgl. § 556d Abs. 2 BGB) bezahlbare Mietwohnungen in ihrem bisherigen Wohnviertel findet<sup>54</sup>. Eine Abwanderung einkommensschwächerer Mieter aus stark nachgefragten Wohnquartieren in Folge von Mietanstiegen soll mit den Regelungen verhindert werden<sup>55</sup>. Durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz wollte der Gesetzgeber dazu beitragen, den Zugang zu bereits als solchem genutzten Wohnraum für weniger einkommensstarke Mieter zu sichern. Ziel war es dabei nicht, neuen Mietwohnraum zu schaffen<sup>56</sup>, etwa durch Anreize zur

---

<sup>52</sup> so auch BeckOGK/*Fleindl*, Stand 1. April 2020, § 556e BGB Rz. 8.

<sup>53</sup> BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, ■.

<sup>54</sup> BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 56.

<sup>55</sup> BT-Drucks. 18/3121, S. 18.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 18/3121, S. 2.

Wohnraumschließung gewerblich genutzter Bestandsimmobilien. Vielmehr ging es dem Gesetzgeber ausschließlich darum, durch Dämpfung des Mietanstiegs die Verdrängung einkommensschwacher Mieter aus dem "vermieteten Wohnungsbestand"<sup>57</sup> zu verhindern.

Diese Kernziele des Gesetzgebers werden im Wesentlichen durch den mit dem Mietrechtsnovellierungsgesetz neu geschaffenen § 556d Abs. 1 BGB verwirklicht<sup>58</sup>. Nach dieser Vorschrift darf bei Abschluss eines Mietvertrags über Wohnraum, der in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2 BGB) höchstens um 10 % übersteigen. Wenn § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB, abweichend von dem Grundsatz des § 556d Abs. 1 BGB, unter bestimmten Voraussetzungen die Vereinbarung einer höheren Miete erlaubt, ist diese Norm jedoch bereits aufgrund ihres Charakters als Ausnahmeregelung eng auszulegen<sup>59</sup>. Zudem hatte der Gesetzgeber bei der Regelung der Ausnahmenvorschrift vor allem neu erbaute Wohnungen in den Blick genommen, die schon vor dem in § 556f Satz 1 BGB genannten Stichtag (1. Oktober 2014) vermietet worden sind. Für den Fall einer etwaigen, gegebenenfalls bereits nach wenigen Monaten erfolgenden Kündigung des Erstmieters sollte für den Vermieter die erforderliche Investitionssicherheit gewährleistet werden, indem ihm weiterhin gestattet sein sollte, die bei der Erstvermietung erzielte Miete zu vereinbaren, selbst wenn sie den Betrag von 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete überstieg. Ein vergleichbares Vertrauen, eine bestimmte Wohnraummieter erzielen zu können, kann jedoch ein Vermieter, der sich zu einer Nutzungsänderung entschlossen und die Wohnung zu gewerblichen Zwecken vermietet hat, gerade nicht für sich in Anspruch nehmen. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung gewährt die Ausnahmeregelung des § 556e Abs. 1 BGB daher dem Vermieter keinen (uneingeschränkten) Investitionsschutz dahin, dass ihm unabhängig von der zuletzt gewählten Nutzungsart eine früher erzielte Wohnraummieter erhalten bleiben oder gar eine bestimmte Einnahmehöhe garantiert werden sollte.

---

<sup>57</sup> BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

<sup>58</sup> vgl. BVerfG, NJW 2019, 3054 Rz. 52.

<sup>59</sup> vgl. BT-Drucks. 18/3121 S. 30: keine Umgehung der "Mietpreisbegrenzung".

## 2.4 Umfassende Modernisierung i.S.d. § 556f BGB

Nach § 556f Satz 2 BGB sind § 556d und § 556e BGB auf die erste Vermietung einer Wohnung nach umfassender Modernisierung nicht anzuwenden. Umfassend ist eine Modernisierung dann, wenn sie einen wesentlichen Bauaufwand erfordert und zudem einen solchen Umfang aufweist, der eine Gleichstellung mit Neubauten gerechtfertigt erscheinen lässt, für die Satz 1 des § 556f BGB ebenfalls anordnet, dass § 556d BGB (auf die erstmalige Vermietung nach dem 1. Oktober 2014) keine Anwendung findet<sup>60</sup>. Die Bezeichnung "umfassend" betrifft somit nicht nur den Investitionsaufwand, sondern auch die qualitativen Auswirkungen auf die Gesamtwohnung<sup>61</sup>; deshalb ist auch zu berücksichtigen, ob die Wohnung in mehreren wesentlichen Bereichen (insbesondere Sanitär, Heizung, Fenster, Fußboden, Elektroinstallation bzw. energetische Eigenschaften) verbessert wurde<sup>62</sup>.

Die vom Vermieter geltend gemachten baulichen Maßnahmen beschränkten sich aber auf die Erneuerung der Fußböden sowie eine Verlegung von Küche und Bad inklusive der Verlegung und Erneuerung der Anschlüsse und der Elektroinstallation, während Arbeiten an wesentlichen Bereichen wie an Heizung und Fenstern sowie energetische Maßnahmen (Dämmung) nicht vorgenommen wurden. Die tatrichterliche Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die vorgenommenen Verbesserungsmaßnahmen noch nicht einen solchen Umfang aufgewiesen haben, dass eine Gleichstellung mit einem Neubau gerechtfertigt erscheint, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, ohne dass es hierzu einer Klärung bedürfte, ob es sich bei sämtlichen von der Beklagten angeführten baulichen Maßnahmen um eine Modernisierung handelte<sup>63</sup>.

## 2.5 Erbenhaftung und Nachlassverwaltung

Der Erbe kann bezüglich solcher Erblässerschulden seine zunächst uneingeschränkte Haftung mit der Folge beschränken, dass nur noch der Nachlass, nicht jedoch der Erbe mit seinem eigenen Vermögen haftet. Eine Möglichkeit,

---

<sup>60</sup> vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

<sup>61</sup> BGH v. 27.05.2020 – VIII ZR 73/19, WuM 2020, 651 = GE 2020, 1113.

<sup>62</sup> vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 32; siehe auch BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand 1. April 2020, § 556f Rz. 25; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556f BGB Rz. 20; jeweils m.w.N.

<sup>63</sup> BGH v. 27.05.2020 – VIII ZR 73/19, WuM 2020, 651 = GE 2020, 1113.

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 Erblaserschulden 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).

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 Nachlasserbenschulden. Hierbei handelt es sich um Verbindlichkeiten, die der Erbe bei der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses eingeht. Sie haben eine Doppelnatur und sind sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch Nachlassverbindlichkeiten<sup>64</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>65</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>66</sup>.

---

<sup>64</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>65</sup> vgl. Staudinger/*Dutta*, Neubearb. 2016, § 1967 BGB Rz. 5 ff.

<sup>66</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.

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>67</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 Erbfall und bis zur Beendigung des Mietverhältnisses fällig gewordenen Forderungen reine Nachlassverbindlichkeiten bleiben<sup>68</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>69</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 Mietverhält-

---

<sup>67</sup> BGH v. 25.9.2013 - VIII ZR 122/18, DWW 2019, 329; BGH v 25.9.2019 -VIII ZR 138/18, GE 2019, 1571.

<sup>68</sup> BGH v. 26.9.2013 - IX ZR 3/13, NJW 2014, 389 Rz. 10.

<sup>69</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.

nisses nach Ablauf der Kündigungsfrist daher nicht mehr auf den Erblasser zurückzuführen<sup>70</sup>.

Andere sehen in den nach Ablauf der Kündigungsfrist des § 564 Satz 2 BGB fällig werdenden Forderungen sogar reine Eigenverbindlichkeiten des Erben<sup>71</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 Nachlasserbenschulden oder Eigenverbindlichkeiten des Erben, da dieser lediglich von einem ihm zustehenden Recht keinen Gebrauch gemacht habe. Damit könne allein das Unterlassen kein tauglicher Anknüpfungspunkt für seine persönliche Haftung sein<sup>72</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 Nachlasserbenschulden beziehungsweise Eigenverbindlichkeiten werden. Insbesondere ist allein dem Verstreichenlassen 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 ste-

---

<sup>70</sup> vgl. *Horst*, DWW 2013, 362 (366); *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 14. Aufl., § 564 BGB Rz. 3.

<sup>71</sup> so *Boehmer*, Erbfolge und Erbenhaftung, 1927, S. 121 f.; *Bellinger*, Erbfolge, 1968, S. 28.

<sup>72</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].

hende Erbe in das Mietverhältnis ein, gewährt § 564 Satz 2 BGB jeder Vertragspartei das Recht zur außerordentlichen Kündigung<sup>73</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>74</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.

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>75</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>76</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>77</sup>.

---

<sup>73</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>74</sup> so aber Horst, DWW 2013, 362 (366).

<sup>75</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 62

<sup>76</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>77</sup> BGH v. 25.9.2019 – VIII ZR 138/18, GE 2019, 1571.

Hierfür steht dem Erben gemäß § 1944 Abs. 1 BGB ein Zeitraum von sechs Wochen zur Verfügung<sup>78</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>79</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.

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 sol-

---

<sup>78</sup> vgl. zur Frist Staudinger/Otte, Neubearb. 2017, § 1944 BGB Rz. 8.

<sup>79</sup> vgl. Staudinger/Mešina, Neubearb. 2017, § 1959 BGB Rz. 1.

chen Fall nicht die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB, mithin weitere Nichtzahlungen, abwarten<sup>80</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 unbeschränkbaren, 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).

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>81</sup>.

## 2.6 Rückforderung zuviel gezahlter Miete

Mieten mehrere Personen eine Wohnung an, haften sie zwar, sofern nicht etwas anderes vereinbart worden ist, für die Mietforderungen des Vermieters einschließlich der Nebenkosten gemäß §§ 421, 427 BGB als Gesamtschuldner<sup>82</sup>. Daraus folgt aber nicht, dass im Falle der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gezahlter Mieten die Mieter nun Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB würden, sofern nicht sogar nur einer von ihnen allein forderungsberechtigt wäre, weil die erbrachte Leistung im Innenverhältnis ihm allein zuzuordnen wä-

---

<sup>80</sup> vgl. BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 394/03, NJW 2005, 2552 unter II 3; *Schmid*, ZMR 2013, 424.

<sup>81</sup> vgl. *Herzog*, NZM 2013, 175 (176).

<sup>82</sup> BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 7.

re<sup>83</sup>. Denn das Gesetz ordnet zwar für die Zahlungspflichten des Mieters im Zweifel eine Gesamtschuld an (§ 427 BGB); es besteht aber im Falle einer Rückabforderung keine entsprechende Regelung dahin, dass die früheren Gesamtschuldner im Zweifel nun Gesamtgläubiger nach § 428 BGB werden. Vielmehr ist die Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB die Regel, während die Gesamtgläubigerschaft die Ausnahme bildet<sup>84</sup>.

Dementsprechend hat der XI. Zivilsenat des BGH angenommen, dass sowohl ein aus einem Widerruf eines Darlehensvertrags durch alle oder nur einen Kreditnehmer (dann § 139 BGB) folgendes Rückabwicklungsverhältnis nach §§ 346 ff. BGB als auch eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht zu einer (einfachen) Forderungsgemeinschaft führt, die die Darlehensnehmer zu Mitgläubigern nach § 432 BGB macht<sup>85</sup>. Diese Grundsätze sind auch auf Mietergemeinschaften anzuwenden<sup>86</sup>. So hat der VIII. Senat etwa einen Mieter, der nach Zugang einer Abrechnung die Auszahlung eines Nebenkostenguthabens verlangt hat, als Mitgläubiger nach § 432 BGB angesehen und ihn für verpflichtet gehalten, Auszahlung an alle Mieter zu verlangen, da diese in ihrer Gesamtheit die Überzahlung erbracht haben<sup>87</sup>. Für den hier vorliegenden Fall der bereicherungsrechtlichen Rückforderung zu viel entrichteter Miete gilt nichts anderes<sup>88</sup>.

Folglich kann die Klägerin Rückzahlung zu viel gezahlter Miete nur als Mitgläubigerin mit der weiteren Mieterin K. fordern<sup>89</sup>. Entsprechendes gilt für das Auskunftsverlangen<sup>90</sup>. Bei dem Auskunftsanspruch nach § 556g Abs. 3 BGB, der durch das am 1. Juni 2015 in Kraft getretene Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestel-

<sup>83</sup> vgl. BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 7, 10 f.; OLG Frankfurt, ZIP 1982, 880, 881; a.A. *Fleindl*, WuM 2015, 212 (214); OLG Schleswig, OLGR Schleswig 2000, 468 f.; *Staudinger/Looschelders*, Neubearb. 2018, § 428 BGB Rz. 99; *Erman/Böttcher*, 15. Aufl., § 428 BGB Rz. 12 [jeweils ohne nähere Begründung]; offengelassen in BGH v. 23.10.2003 - IX ZR 270/02, NJW 2004, 1169 unter II 3.

<sup>84</sup> BGH v. 10.10.2017 - XI ZR 555/16, NJW 2018, 225 Rz. 20 m.w.N.

<sup>85</sup> BGH v. 10.10.2017 - XI ZR 555/16, NJW 2018, 225 Rz. 20, 27; BGH - XI ZR 449/16, WM 2017, 2251 Rz. 20, 27; BGH v. 3.7.2018 - XI ZR 520/16, NJW-RR 2018, 1316 Rz. 23 m.w.N.

<sup>86</sup> vgl. BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 10 f.

<sup>87</sup> BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 m.w.N.

<sup>88</sup> BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

<sup>89</sup> vgl. im Ergebnis auch *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556g BGB Rz. 14 (Gesamthandsgläubiger).

<sup>90</sup> BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

lerprinzips bei der Wohnungsvermittlung<sup>91</sup> eingeführt worden ist, handelt es sich, wie bereits aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, um einen Hilfsanspruch des Mieters<sup>92</sup>, der zur Verwirklichung der auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche diesen zwingend vorgeschaltet ist (vgl. Senatsurteil vom 27. November 2019 - VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 Rn. 165, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Aus diesem Grunde kann er - ebenso wie der Rückforderungsanspruch nach § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB - im Falle einer Mietermehrheit von jedem Mieter nur als Leistung an alle (§ 432 BGB) eingefordert werden.

### 3 Schönheitsreparaturen

#### 3.1 Renovierungsanspruch des Mieters bei unwirksamer Klausel

Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen (Überlassungspflicht) und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (Erhaltungspflicht). Zur Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters gehört es, eine nach der Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen<sup>93</sup>.

Einem solchen Wiederherstellungsanspruch des beklagten Mieters steht die Übertragung der Schönheitsreparaturen nach § 4 Ziffer 8 des Mietvertrags nicht entgegen. Denn diese formularvertragliche Überwälzung der Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen hält der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, da die Wohnung dem Beklagten unrenoviert überlassen und ihm ein angemessener Ausgleich nicht gewährt wurde<sup>94</sup>.

An die Stelle dieser unwirksamen Klausel tritt gemäß § 306 Abs. 2 BGB die dispositive gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, so dass die

---

<sup>91</sup> Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG - vom 21. April 2015, BGBl. I S. 610.

<sup>92</sup> BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

<sup>93</sup> vgl. BGH v. 3.4.2003 - IX ZR 163/02, NZM 2003, 472 unter II 2; BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rz. 25 mwN; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 36; BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rz. 17.

<sup>94</sup> vgl. BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 15, 35; BGH v. 22.8.2018 - VIII ZR 277/16, NJW 2018, 3302 Rz. 20.

Kläger als Vermieter die Instandhaltungslast - zu der auch die Ausführung von Schönheitsreparaturen gehört - in vollem Umfang zu tragen haben<sup>95</sup>.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kann man in dieser Konstellation nicht zu dem Ergebnis gelangen, keine der Parteien treffe eine Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen. Für eine ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) ist in Fällen wie dem vorliegenden kein Raum, da mit § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB eine (spezielle) gesetzliche Regelung existiert, welche die Pflicht zur Instandhaltung der Mietsache dem Vermieter auferlegt. Diese dispositive gesetzliche Bestimmung tritt nach § 306 Abs. 2 BGB auch dann an die Stelle der unzulässigen Klausel, wenn eine für ihren Verwender günstigere vertragliche Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Abwälzung der Instandhaltungspflicht bestünde. Daran ändern - entgegen der Ansicht der Revision - etwaige negative wirtschaftliche Folgen für den Vermieter, der gegebenenfalls im Hinblick auf die (unwirksame) Übertragung der Schönheitsreparaturen eine geringere Miete akzeptiert hat, nichts<sup>96</sup>.

Im Übrigen würde eine ergänzende Vertragsauslegung nicht zu der Annahme führen, die Vertragsparteien hätten - ausgehend von der hier vorliegenden Anmietung einer unrenovierten Wohnung und die Unwirksamkeit der Klausel in ihre Überlegungen einbeziehend - eine Regelung getroffen, wonach keine der Parteien Schönheitsreparaturen auszuführen hätte. Denn eine ergänzende Vertragsauslegung hat sich nicht nur an dem hypothetischen Parteiwillen, sondern auch an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu orientieren und muss zu einer die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung führen. Es geht daher darum zu ermitteln, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bedacht hät-

---

<sup>95</sup> vgl. BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rz. 20; BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 40.

<sup>96</sup> vgl. BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915 Rz. 21; BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rz. 18; Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2018, § 535 BGB Rz. 127; BeckOGK/H. *Schmidt*, Stand 1. April 2020, § 535 BGB Rz. 416.

ten, dass die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel jedenfalls unsicher war<sup>97</sup>.

Hiernach kann nicht angenommen werden, dass redliche, um einen angemessenen Interessenausgleich bemühte Mietvertragsparteien nach Treu und Glauben eine insoweit einseitig den Vermieter begünstigende Regelung getroffen hätten, nach der sich der Mieter seines gesetzlichen Anspruchs auf Erhaltung der Mietsache (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) in Form der Ausführung von Schönheitsreparaturen begeben würde und demgemäß von ihm gewünschte Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen hätte.

Der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand bestimmt sich, soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks, hier der Nutzung als Wohnung, und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung<sup>98</sup>. Da sich somit der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch, soweit die Mietsache selbst betroffen ist, bereits im Wege der Gesetzesauslegung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt, bedarf es nicht des Rückgriffs auf eine ergänzende Auslegung des Mietvertrags<sup>99</sup>.

Hiernach ist grundsätzlich der bei Überlassung der Wohnung unrenovierte Zustand vertragsgemäß. Dabei kann dahinstehen, ob die im Formularmietvertrag maschinenschriftlich eingefügte Regelung, wonach der Beklagte die Wohnung übernimmt "wie sie steht und liegt", wirksam ist.

Denn ungeachtet dessen handelt es sich bei dem hier maßgebenden Dekorationszustand der Wohnung um einen für beide Parteien ohne Weiteres wahrnehmbaren Umstand. Die Wohnung wurde vor Abschluss des Mietvertrags besichtigt. Danach war für den Beklagten mangels abweichender Abreden klar ersichtlich, dass er eine unrenovierte Wohnung anmietet. Dies konnte er bei seinen Erwägungen, ob er den Mietvertrag abschließt, berücksichtigen und er

---

<sup>97</sup> vgl. BGH v. 14.3.2012 - VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rz. 24; BGH v. 28.10.2015 - VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rz. 70; BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, juris Rz. 35; jeweils m.w.N.

<sup>98</sup> vgl. BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, juris Rz. 18, 23; BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rz. 13; BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, juris Rz. 25

<sup>99</sup> vgl. BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 271/17, NJW 2019, 507 Rz. 23, BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 67/18, ZMR 2019, 576 Rz. 29.

hat die Mietsache im Ergebnis in dem Zustand akzeptiert, in dem sie sich befand<sup>100</sup>.

Es ergibt sich nicht deshalb etwas anderes, weil dem Dekorationszustand der Mietsache eine Veränderung während des Mietverhältnisses "zwingend immanent" sei. Dies steht der Annahme eines bestimmten anfänglichen "Soll-Zustands" der Wohnung nicht entgegen. Vergleichbar mit sich ebenfalls ändernden technischen Normen, bei welchen nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen und zu erhalten ist, ist bezüglich der Dekoration grundsätzlich der Zustand bei Überlassung der Wohnung maßgebend. Abweichende Vereinbarungen haben die Parteien vorliegend nicht getroffen.

Der Annahme des unrenovierten Zustands der Wohnung als vertragsgemäß steht, nicht entgegen, dass es an einer konkreten Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf den (schlechten) Anfangszustand fehle. Wie ausgeführt setzt die Bestimmung des vertragsgemäßen Zustands nicht zwingend Parteivereinbarungen voraus. Fehlen diese, sind die Verkehrsanschauung sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) maßgebend.

Der Beklagte kann aus der unwirksamen Schönheitsreparaturklausel in § 4 Ziffer 8 des Mietvertrags nichts dafür herleiten, dass ein besserer als der bei Mietbeginn vorhandene Anfangszustand der vertraglich vereinbarte und geschuldete Zustand gewesen sei, weil sich die Vermieter spiegelbildlich an dem in der Klausel zum Ausdruck gekommenen Willen einer von Zeit zu Zeit gebotenen dekorativen Herrichtung der Wohnung festhalten lassen müssten. Diese Herstellungspflicht habe nach dem Parteiwillen - die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel unterstellt - eine vollständige Wohnungsrenovierung umfasst<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> vgl. hierzu BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 22/92, NJW-RR 1993, 522 unter II 2 b; BGH v. 18.4.2007 - XII ZR 139/05, NJW-RR 2007, 1021 Rz. 28; *Hartmann*, WuM 2015, 406, 408; *Lehmann-Richter*, WuM 2016, 529 (534).

<sup>101</sup> mit ähnlicher Begründung einen renovierten Wohnungszustand als vertragsgemäß annehmend auch *Artz*, NZM 2015, 801 (804 f.); *Flatow*, WuM 2009, 208 (209).

Diese Begründung verkennt die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel zur Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter und misst dieser Klausel einen Inhalt bei, den sie nicht hat<sup>102</sup>.

Die Folge der nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksamen Klausel ist nicht, dass sich die in ihr statuierte Pflicht gleichsam "umdrehte", so dass nunmehr den Vermieter eine entsprechende Verpflichtung träge. Vielmehr tritt gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB an ihre Stelle; allein hiernach sind der Inhalt und der Umfang der Vermieterpflichten zu ermitteln<sup>103</sup>.

Soweit das Berufungsgericht der (unwirksamen) Schönheitsreparaturklausel den Inhalt beimisst, der Mieter wäre an sich - im Falle der Wirksamkeit der Klausel - zu einer umfassenden Renovierung verpflichtet gewesen und dies - wie aufgezeigt zu Unrecht - auf den Vermieter übertragen will, kann es sich nicht auf die Rechtsprechung des VIII. Senats stützen. Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters nimmt der Senat deshalb an, weil die Klausel nach der im Bereich der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung so zu verstehen ist, dass der Mieter auch Gebrauchsspuren des Vormieters zu beseitigen und damit die Wohnung umfassend zu renovieren habe<sup>104</sup>. Dieser so ermittelte Inhalt kann jedoch gerade nicht mit dem vertragsgemäßen Zustand im Sinne des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB gleichgesetzt und hiernach angenommen werden, die Wohnung sei ungeachtet ihres Zustands bei Überlassung im Bedarfsfall stets vollständig zu renovieren<sup>105</sup>.

Zudem verkennt das Berufungsgericht, dass die Klausel zur Übertragung von Schönheitsreparaturen in Fällen wie dem vorliegenden nur dann wirksam ist, wenn dem Mieter ein angemessener finanzieller Ausgleich gewährt wird, der ihn so stellt, als wäre ihm renovierter Wohnraum überlassen worden<sup>106</sup>. Erhält der Mieter einen solchen Ausgleich jedoch nicht und ist die Klausel daher unwirk-

---

<sup>102</sup> BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, ■.

<sup>103</sup> vgl. hierzu AG Frankfurt v. 6.7.2009 - 33 C 4800/08, juris Rz. 18.

<sup>104</sup> vgl. BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 24 ff.; BGH v. 22.8.2018 - VIII ZR 277/16, NJW 2018, 3302 Rz. 15, 35.

<sup>105</sup> BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, ■.

<sup>106</sup> BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 35 m.w.N.

sam, kann nicht ein "Wille der Parteien", insbesondere des Mieters, angenommen werden, die Wohnung solle dennoch von ihm umfänglich renoviert werden. Dies auf den Vermieter zu übertragen, hätte auch zur Folge, dass der Umfang seiner Erhaltungspflicht über denjenigen der Überlassungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) hinausginge, was nur bei einer entsprechenden Parteivereinbarung angenommen werden kann<sup>107</sup>.

Das Gegenteil folgt schließlich nicht aus einem Vergleich mit dem Fall der Überlassung einer frisch renovierten Wohnung<sup>108</sup>.

Dabei würde verkannt, dass ein Vermieter - ebenso wie der Mieter - nicht verpflichtet ist, bereits bei jeder durch den vertragsgemäßen Gebrauch (§ 538 BGB) zwangsläufig eintretenden (geringfügigen) Verschlechterung des Dekorationszustands der Wohnung unmittelbar tätig zu werden und Schönheitsreparaturen auszuführen. Der Anspruch auf Durchführung von Renovierungsarbeiten wird vielmehr (erst) fällig, wenn objektiv ein Renovierungsbedarf besteht; lediglich unerhebliche Gebrauchsspuren lösen eine Renovierungsverpflichtung demgegenüber nicht aus<sup>109</sup>.

Hiernach ist der - unrenovierte - Zustand der Wohnung bei Überlassung an den Beklagten im Jahr 1992 der vertragsgemäße Zustand und bestimmt deshalb - grundsätzlich - den Umfang der Erhaltungspflicht der Kläger<sup>110</sup>.

Einem Mieter, der - wie hier der Beklagte - eine Wohnung mit "gebrauchter Dekoration" anmietet und bereits vorhandene Gebrauchsspuren als vertragsgemäß akzeptiert, können jedoch nicht allein deshalb jegliche Ansprüche infolge eines weiteren Verschleißes abgesprochen werden<sup>111</sup>. Vielmehr kann auch eine bereits renovierungsbedürftige Wohnung durchaus noch weiter abgenutzt werden<sup>112</sup> und steht dem Mieter bei einer weiteren (wesentlichen) Verschlechterung des Dekorationszustandes, wie er hier angesichts des zeitlichen Ablaufs von

---

<sup>107</sup> vgl. hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 37 f.

<sup>108</sup> BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, ■.

<sup>109</sup> vgl. BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 192/04, NJW 2005, 1862 unter II; BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 242/13, NJW 2015, 1871 Rz. 18.

<sup>110</sup> BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, ■.

<sup>111</sup> vgl. BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, NJW-RR 2010, 737 Rz. 25.

<sup>112</sup> vgl. BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 f.).

rund 25 Jahren nahe liegt und von dem Beklagten auch geltend gemacht worden ist ("Vergrauungen" und "Vergilbungen"), ein Instandhaltungsanspruch zu.

Allerdings ist die Wiederherstellung des bei Mietbeginn vorhandenen (vertragsgemäßen) unrenovierten Zustands in der Regel nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll und liegt deshalb auch nicht im Interesse der Mietvertragsparteien. Vielmehr sind in diesen Fällen allein solche Arbeiten sach- und interessengerecht, welche zu einem (frisch) renovierten Zustand der Wohnung führen<sup>113</sup>.

Durch solche Arbeiten würden allerdings nicht nur die vom derzeitigen Mieter bewirkten - von ihm grundsätzlich nicht zu vertretenden (§ 538 BGB) - Gebrauchsspuren beseitigt, sondern auch diejenigen aus dem Zeitraum vor dem gegenwärtigen Mietverhältnis. Der Mieter erhielte damit eine Wohnung mit einem besseren als dem als vertragsgemäß akzeptierten anfänglichen Dekorationszustand.

Im Bereich von Schönheitsreparaturen, bei denen es nicht um funktionale Mängel geht, ist bei dieser Sachlage unter Berücksichtigung von Treu und Glauben anzunehmen, dass der Vermieter nach einer eingetretenen wesentlichen Verschlechterung des (vertragsgemäßen) unrenovierten Zustands auf Verlangen des Mieters zwar eine (frische) Renovierung vorzunehmen hat, der infolgedessen bewirkten Besserstellung des Mieters aber durch eine angemessene Kostenbeteiligung Rechnung zu tragen ist.

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung<sup>114</sup>. Welche Anforderungen sich daraus im Einzelfall ergeben, kann regelmäßig nur durch eine umfassende Bewertung der gesamten Fallumstände, die dem Tatrichter obliegt, entschieden werden. Hiernach ist - vorliegend bezogen auf den Erhaltungsanspruch des Mieters - unter Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung seiner Rechtsposition verwehrt ist<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, ■.

<sup>114</sup> vgl. BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, NJW-RR 2015, 457 Rz. 28.

<sup>115</sup> vgl. BGH v. 14.6.2016 - XI ZR 242/15, BGHZ 210, 348 Rz. 40; BGH v. 12.7.2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rz. 18; BGH v. 27.2.2018 - VI ZR 109/17, NJW 2018, 1756 Rz. 20.

Die Parteien des mietvertraglichen Dauerschuldverhältnisses sind durch wechselseitige Rechte und Pflichten miteinander verbunden. So trifft den Vermieter die Erhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB); die Regelung des § 538 BGB, wonach der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat, wiederholt dies klarstellend<sup>116</sup>. Diese Erhaltungspflicht des Vermieters stellt eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung dar, welche sich nicht in der einmaligen Handlung des Überlassens erschöpft, sondern dahin geht, die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten<sup>117</sup>. Diese Dauerverpflichtung - vorliegend in Form der Durchführung der Schönheitsreparaturen - bezieht sich jedoch nur auf den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand. Auf diesen - vorliegend unrenovierten - (Soll-)Zustand hat der Mieter sich eingelassen und das Vorhandensein von Gebrauchsspuren als vertragsgemäß akzeptiert. Daher wäre es unbillig, den Vermieter mit sämtlichen Kosten einer Renovierung zu belasten. Nach der gebotenen wertenden Betrachtungsweise unter Beachtung des mietvertraglichen Äquivalenzverhältnisses entspricht es hiernach dem Willen redlicher, die beiderseitigen Interessen berücksichtigenden und um deren angemessenen Ausgleich bemühten Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses, dass Renovierungsarbeiten vorgenommen werden und zwar solche, durch welche die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt wird und sich der Mieter seinerseits an den Kosten in angemessenem Umfang beteiligt.

Allein mit diesem Inhalt besteht der Anspruch des Mieters. Denn das in § 242 BGB verankerte Prinzip von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten immanente Schranke des Anspruchs<sup>118</sup>. Damit kann sich ein Vermieter nicht mit Erfolg darauf berufen, ihm sei die Wiederherstellung des unrenovierten Anfangszustands unmöglich, so dass ein Anspruch des Mieters auf Vornahme von Schönheitsreparaturen ausgeschlossen sei (§ 275 Abs. 1 BGB). Vielmehr ist der unter Beachtung der vorstehend dargestellten Maßstäbe von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegebene Anspruch des Mieters vom Vermieter erfüllbar.

---

<sup>116</sup> vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432 Rz. 12.

<sup>117</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 49 m.w.N.

<sup>118</sup> vgl. BGH v. 14.10.1991 - II ZR 249/90, NJW 1992, 569 unter II 1 b; BGH v. 16.2.2005 - IV ZR 18/04, NJW-RR 2005, 619 unter II 2 a; MünchKomm/Schubert, 8. Aufl., § 242 BGB Rz. 83.

Die Bestimmung des Umfangs der Kostenbeteiligung im Einzelfall ist Sache des Tatrichters, der insoweit von der ihm nach § 287 Abs. 2 ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen kann<sup>119</sup>. Unter angemessener Berücksichtigung der wechselseitigen Interessenlage von Vermieter und Mieter wird, soweit nicht im Einzelfall Besonderheiten vorliegen, in der Regel eine hälftige Kostenbeteiligung sachgerecht sein.

## 4 Gewährleistung

### 4.1 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>120</sup>.

Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB gesetzlich vorgesehene „zum vertragsgemäßen Gebrauch 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>121</sup>.

---

<sup>119</sup> vgl. zur Bemessung des Aufwands bei eigener Renovierungstätigkeit BGHv. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 24 f. (zum Bereicherungsanspruch des Mieters, der ihn nicht treffende Schönheitsreparaturen ausführt).

<sup>120</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.

<sup>121</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.

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>122</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>123</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>124</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 den Einsatz der für die Haushaltsführung allgemein üblichen elektrischen Geräte erlaubt<sup>125</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

---

<sup>122</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>123</sup> vgl. hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 23 ff., 39 ff.

<sup>124</sup> BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 271/17, MDR 2019, 150 = WuM 2019, 25.

<sup>125</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.

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 Wohnraummietters 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>126</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 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.

---

<sup>126</sup> BGH v. 5.12.2018 – VIII ZR 271/17, MDR 2019, 150 = WuM 2019, 25.

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.

## 4.2 Beschaffenheitsvereinbarung bei Umweltmängeln

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann anzunehmen, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand für den Mieter nachteilig abweicht<sup>127</sup>.

Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist. Soweit allerdings Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt<sup>128</sup>.

Die Parteien haben eine Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf Umstände, die von außen unmittelbar auf die Mietsache einwirken, wie insbesondere die hier in Rede stehenden Immissionen durch den Bau eines Hauses auf einem benachbarten Grundstück, nicht getroffen. Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung ist auch der Bestimmung des § 5 Nr. 1 Satz 2 und 3 des Mietvertrags nicht zu entnehmen, wonach der Mieter sich unter anderem über die Geräuschverhältnisse der Umgebung Gewissheit verschafft habe und die Wohnung als für seine Zwecke geeignet und mängelfrei anerkenne. Aus dieser Bestimmung kann - auch im Wege der Auslegung - nicht der sichere Schluss gezogen werden, dass die Klägerin damit, abweichend vom Regelfall<sup>129</sup>, die vertragliche Haftung für einen unveränderten Fortbestand der Geräuschverhältnisse der

---

<sup>127</sup> vgl. BGH v. 13.4.2016 - VIII ZR 198/15, NJW-RR 2016, 1032 Rz. 14; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 18; BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417 Rz. 15; BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rz. 8; jeweils m.w.N.

<sup>128</sup> vgl. BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177; BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 m.w.N.

Umgebung, auf die sie regelmäßig keinen Einfluss hat, hätte übernehmen wollen.

Wie der BGH für den Fall von Lärmimmissionen, die von öffentlichen Straßen oder von einem Nachbargrundstück auf die Mietsache einwirken<sup>130</sup>, bereits entschieden hat, beantwortet sich, soweit (konkrete) Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, die Frage, was im Einzelnen zu dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der in Rede stehenden Wohnung gehört, den der Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB während der Mietzeit zu erhalten hat, nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - 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.

Dabei kann dem Vermieter nicht einseitig das Risiko einer lärmintensiven Nutzungsänderung auf einem Nachbargrundstück zugewiesen werden. Es kommt vielmehr darauf an, welche Regelung die Mietvertragsparteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als redliche Vertragspartner getroffen hätten, wenn ihnen bei Vertragsschluss die von ihnen nicht bedachte Entwicklung in Gestalt der erhöhten Lärmbelastung bewusst gewesen wäre<sup>131</sup>. Hiernach begründen bei Fehlen anderslautender Beschaffenheitsvereinbarungen nachträglich erhöhte Geräuschimmissionen durch Dritte jedenfalls dann grundsätzlich keinen gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung führenden Mangel einer Mietwohnung, wenn auch der Vermieter sie ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeiten als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss (§ 906 BGB); insoweit nimmt der Wohnungsmieter an der jeweiligen Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks teil<sup>132</sup>.

An dieser Rechtsprechung hält der BGH fest<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> siehe hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 21 f.

<sup>130</sup> siehe hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 21.

<sup>131</sup> BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 24 f.

<sup>132</sup> ebenso MünchKomm/Brückner, 8. Aufl., § 906 BGB Rz. 63.

<sup>133</sup> BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

Wenn darauf abgestellt wird, § 906 BGB beanspruche nur für das Verhältnis des Grundstückseigentümers zu demjenigen Geltung, der negativ auf das Grundstück einwirke, und zudem ausführt, dem Mieter dürfe nicht das mit langfristig einwirkenden Umwelteinflüssen einhergehende Risiko der Wohnwertverschlechterung zugewiesen werden, handelt es sich um Argumente, mit denen sich der Senat in seinem vorstehend genannten Urteil vom 29. April 2015 bereits eingehend auseinandergesetzt und die er für nicht durchgreifend erachtet hat<sup>134</sup>.

Diese Rechtsprechung des VIII. Senats steht - anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung sowie einzelne Stimmen in der Instanzrechtsprechung und der Literatur meinen<sup>135</sup> - auch nicht im Widerspruch zu dem Urteil des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 23. April 2008<sup>136</sup>. Der XII. Zivilsenat hat in diesem Urteil entschieden, dass eine von dem Vermieter in einem Gewerberaummietvertrag verwendete formularmäßige Klausel, wonach eine Minderung der Miete ausgeschlossen ist, wenn die Nutzung der Räume durch Umstände beeinträchtigt wird, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, den Mieter unangemessen benachteiligt und deswegen unwirksam ist (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Minderung sei Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips und habe daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen. Ein vollständiger Ausschluss der Minderung durch formularvertragliche Regelung verletze deshalb das zu den wesentlichen Grundgedanken des Schuldrechts gehörende Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Das gelte auch, soweit der Minderungsausschluss allein Mängel betreffe, die der Vermieter nicht zu vertreten habe. Denn die Minderung setze kein Verschulden auf Seiten des Vermieters voraus. Der Mieter könne vielmehr selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfüge. Die Störung des Äquivalenzprinzips werde auch nicht dadurch kompensiert, dass der Mieter als Besitzer gegebenenfalls von dem die Beeinträchtigung verursachenden Drit-

---

<sup>134</sup> BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 37 ff., 41 ff.

<sup>135</sup> LG Berlin [67. Zivilkammer], WuM 2018, 755, 756; *Börstinghaus*, NZM 2016, 417 (421); *Selk*, Mietmängel und Mängelrechte, 2018, § 536 BGB Rz. 202

<sup>136</sup> BGH v. 23.4.2008 - XII ZR 62/06, BGHZ 176, 191; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. März 2008 - XII ZR 147/05, NJW 2008, 2254.

ten gemäß § 906 Abs. 2 BGB einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen könne.

Diese Entscheidung steht nicht im Widerspruch zu der oben dargestellten Rechtsprechung des VIII. Senats.

Mit ihrer gegenteiligen Auffassung verkennen das Berufungsgericht und die genannten Stimmen bereits im Ansatz, dass es bei den Grundsätzen des Senatsurteils vom 29. April 2015 weder um Allgemeine Geschäftsbedingungen noch um die Frage geht, ob und unter welchen Voraussetzungen bei Vorliegen eines Mangels eine Mietminderung- was bei der Geschäftsraummiete anders als bei der Wohnraummiete grundsätzlich möglich ist<sup>137</sup> - ausgeschlossen werden kann, sondern vielmehr um die (vorgelagerte) Frage, ob überhaupt ein Mangel der Mietsache vorliegt.

Zudem lassen das Berufungsgericht und die genannte Auffassung außer Betracht, dass der VIII. Senat im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Mangels - bei Fehlen von Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache in Bezug auf nachträglich erhöhte, von einem benachbarten Grundstück ausgehende Geräuschimmissionen - eine ergänzende Auslegung des Mietvertrags für erforderlich hält<sup>138</sup>. Eine solche ergänzende Vertragsauslegung hat sich nicht nur an dem hypothetischen Parteiwillen, sondern auch an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu orientieren und muss zu einer die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung führen; es geht darum zu ermitteln, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie die - hier in Bezug auf einen möglichen nachträglichen Eintritt erhöhter Geräuschimmissionen von einem benachbarten Grundstück - bestehende vertragliche Regelungslücke bedacht hätten.

Ein Widerspruch der Rechtsprechung des VIII. Senats zu dem vorgenannten Urteil des XII. Zivilsenats ist schließlich auch nicht im Hinblick auf die in beiden Entscheidungen angesprochene Vorschrift des § 906 BGB zu erkennen. In dem vorgenannten Urteil des Senats geht es in diesem Zusammenhang - anders als in der Entscheidung des XII. Zivilsenats - nicht um die Frage, ob eine durch ei-

---

<sup>137</sup> BGH v. 6.4.2016 - XII ZR 30/15, ZMR 2016, 609 Rz. 11.

nen vorhandenen Mangel der Mietsache eingetretene Störung des Äquivalenzverhältnisses durch einen möglichen Entschädigungsanspruch des Mieters gegen den Dritten nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeglichen werden kann, sondern- wiederum auf der vorgelagerten Ebene der Prüfung, ob überhaupt ein Mangel der Mietsache vorliegt - darum, die Gegebenheiten des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses und die in § 906 BGB konkretisierten Duldungspflichten sowie die daraus abgeleiteten Abwehr- und Ausgleichsmöglichkeiten als Maßstab in die Erwägungen der ergänzenden Auslegung des Mietvertrags einzubeziehen. Dementsprechend kann auch nach der Rechtsprechung des Senats (gerade) dann ein Mangel der Mietsache vorliegen, wenn Ansprüche (des Vermieters) gegen den Dritten nach § 906 BGB bestehen.

Die vorstehend genannten Grundsätze der Rechtsprechung des VIII. Senats zum Vorliegen eines Mangels der Mietsache bei nachträglich erhöhten, von einem Nachbargrundstück ausgehenden Geräuschimmissionen, haben für die hier gegebene Fallgestaltung der von einer Baustelle auf einem benachbarten Grundstück herrührenden Geräusch- und Schmutzmissionen in gleicher Weise zu gelten.

Entgegen einer in der Instanzrechtsprechung vereinzelt vertretenen Auffassung<sup>139</sup> finden diese Grundsätze auch dann Anwendung, wenn die erhöhten Immissionen nur vorübergehender Natur sind<sup>140</sup>. Der Senat hat dementsprechend in seinem Urteil vom 29. April 2015 nicht verlangt, dass derartige Immissionen dauerhaft vorhanden sein müssten.

Auch ist für die Anwendung der vorbezeichneten Grundsätze nicht etwa erforderlich, dass die von einem Nachbargrundstück ausgehenden Immissionen auf "Kinderlärm" oder sonst auf Umständen beruhen, die - anders als der hier vorliegende Neubau eines Hauses - "nichtkommerzieller" Art seien.

Ebenfalls ohne Erfolg bleibt der von der Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang erhobene weitere Einwand, die oben genannten Grundsätze der Rechtsprechung des Senats dürften auf die vorliegend zu beurteilende Fallge-

---

<sup>138</sup> BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 23 f., 39 ff.

<sup>139</sup> vgl. LG Berlin [67. Zivilkammer], NZM 2016, 681 (682) sowie WuM 2018, 755 (756).

<sup>140</sup> so auch LG Berlin [65. Zivilkammer], ZMR 2017, 974 (975); LG München I, NZM 2016, 237 (238); AG Hamburg-Bergedorf, ZMR 2018, 229 f.

staltung der Geräusch- und Schmutzimmissionen, die von Bauarbeiten auf einem benachbarten Grundstück herrühren, (auch) deshalb nicht übertragen werden, weil es hier - anders als in dem vom Senat im Urteil vom 29. April 2015 bereits entschiedenen Fall eines benachbarten "Bolzplatzes" - unter mehreren Gesichtspunkten möglich sei, dass der erforderliche "Gleichlauf" der Abwehrinteressen und -möglichkeiten des Vermieters und des Mieters nicht gegeben sei, sondern diese Interessen aus verschiedenen Gründen "auseinanderfallen" könnten. Deshalb sei es bei Geräusch- und Schmutzimmissionen durch Bauarbeiten auf einem Nachbargrundstück nicht sachgerecht, den Wohnungsmieter an der jeweiligen Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks teilnehmen zu lassen und die Annahme eines gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung führenden Mangels einer Mietwohnung davon abhängig zu machen, dass für den Vermieter hinsichtlich der vorgenannten Immissionen unter Berücksichtigung des § 906 BGB eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeiten bestünden.

Diese Auffassung trifft aus mehreren Gründen nicht zu.

Sie verkennt bereits im Ausgangspunkt, dass ein vollständiger oder jedenfalls weitgehender Gleichlauf der Interessen der Vertragsparteien grundsätzlich weder Voraussetzung noch vorrangiges Ziel der gemäß dem Senatsurteil vom 29. April 2015 gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung ist. Vielmehr kommt es im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung maßgeblich darauf an, welche Regelung die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als redliche Vertragspartner getroffen hätten, wenn ihnen bei Vertragsschluss die von ihnen nicht bedachte Entwicklung - hier also die künftige Einrichtung einer Baustelle auf einem benachbarten Grundstück zum Zwecke eines Neubaus in einer Baulücke - bewusst gewesen wäre.

Der Revisionserwiderung gelingt es überdies nicht, für den Fall der hier geltend gemachten Geräusch- und Schmutzimmissionen durch Bauarbeiten auf einem benachbarten Grundstück Unterschiede hinsichtlich der (Abwehr-)Interessen des Vermieters und des Mieters aufzuzeigen, aufgrund derer die ergänzende Vertragsauslegung zu einem anderen als dem oben dargestellten Ergebnis führte. Derartige Unterschiede sind auch sonst nicht zu erkennen.

Zwar trifft der Ausgangspunkt der Revisionserwiderung zu, dass dem berechtigten Besitzer im Falle von Immissionen gegen den Störer eigene Abwehransprüche (§ 862 Abs. 1 BGB) oder Entschädigungsansprüche zustehen können und insoweit die in § 906 BGB enthaltenen Regelungen auch auf den berechtigten Besitzer, namentlich den Mieter, angewandt werden<sup>141</sup>. Ebenfalls noch zutreffend geht die Revisionserwiderung davon aus, dass die Abwehrbefugnis des Besitzers und damit auch dessen sonstige auf die Immissionen bezogenen Ansprüche grundsätzlich nicht weiter reichen als diejenigen des Eigentümers des Grundstücks<sup>142</sup>.

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob es unter Berücksichtigung der vorgeannten Grundsätze in Bezug auf die hier in Rede stehenden Geräusch- und Schmutzimmissionen, die von einer auf einem benachbarten Grundstück betriebenen Baustelle herrühren, Fallgestaltungen geben kann, in denen ein diesbezüglicher Abwehr- oder Entschädigungsanspruch des Vermieters zu verneinen, entsprechende Ansprüche des Mieters hingegen zu bejahen wären.

Denn dies hätte jedenfalls nicht zur Folge, dass auf der Grundlage der gemäß der Rechtsprechung des Senats vorzunehmenden ergänzenden Vertragsauslegung deshalb ein nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung führender Mangel der Mietwohnung zu bejahen wäre und der Vermieter damit entgegen den oben genannten Grundsätzen dieser Rechtsprechung einseitig das Risiko einer lärm- und schmutzintensiven Nutzungsänderung auf dem benachbarten Grundstück zu tragen hätte.

Die gegenteilige Sichtweise der Revisionserwiderung, die darauf hinausliefe, dem Mieter in der von ihr beschriebenen Fallgestaltung neben etwaigen eigenen Ansprüchen gegen den Störer zusätzlich eine Minderung der Miete zuzubilligen, entspricht weder dem hypothetischen Parteiwillen der Mietvertragsparteien noch einer an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB)

---

<sup>141</sup> st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 15.4.1959 - V ZR 3/58, BGHZ 30, 273 (276, 280); BGH v. 23.2.2001 - V ZR 389/99, BGHZ 147, 45 (50); BGH v. 16.1.2015 - V ZR 110/14, NJW 2015, 2023 Rn. 5, 10; Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2016, Stand 1. November 2019, § 906 BGB Rz. 107; MünchKomm/Brückner, 8. Aufl., § 906 BGB Rz. 62; Erman/Wilhelmi, 15. Aufl., § 906 BGB Rz. 5; jeweils m.w.N.

<sup>142</sup> vgl. BGH v. 14.10.1994 - V ZR 76/93, NJW 1995, 132 unter II; BGH v. 26.9.1975 - V ZR 204/73, WPM 1976, 1116 unter II 4 b.

orientierten, die beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien angemessen berücksichtigenden Regelung.

Einer Anwendung der Grundsätze des Senatsurteils vom 29. April 2015 auf die hier zu beurteilende Fallgestaltung steht auch nicht etwa entgegen, dass im Falle von Baumaßnahmen bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Einwirkung von Immissionen im Rahmen des § 906 BGB das abstrakte Interesse des betroffenen Grundstückseigentümers zu berücksichtigen sei, seinerseits vergleichbare Baumaßnahmen auf seinem Grundstück durchführen zu dürfen, während dieses Interesse für den Mieter, dem es in erster Linie um eine ungestörte Nutzung der Mietsache gehe, kein auch nur annähernd vergleichbares Gewicht habe.

Diese Auffassung verkennt bereits im Ansatz, dass es bei der nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Senats gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung aus den oben dargestellten Gründen nicht maßgeblich auf einen Gleichlauf der Interessen der Vertragsparteien ankommt. Sie übersieht zudem, dass durch die Vorschrift des § 906 BGB der bei der Nutzung eines Grundstücks im Verhältnis zu den benachbarten Grundstücken möglicherweise auftretende Konflikt in einen vernünftigen Ausgleich gebracht werden soll<sup>143</sup>.

Unbehelflich ist schließlich der weitere Einwand, wonach das betroffene Grundstück durch den auf einem benachbarten Grundstück erfolgenden Neubau, insbesondere wenn hierdurch eine Baulücke geschlossen werde, eine "Aufwertung" erfahren könne.

Die Revisionserwiderung vermag insoweit bereits einen Tatsachenvortrag des Beklagten, aus dem sich eine solche "Aufwertung" des Grundstücks der Klägerin entnehmen lassen könnte, nicht aufzuzeigen. Zudem berücksichtigen die Revisionserwiderung und das Berufungsgericht nicht hinreichend, dass in dem von ihnen zur Begründung der vorgenannten Auffassung angeführten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. September 1975<sup>144</sup> zwar - bei der Prüfung der Zumutbarkeit im Rahmen des Ausgleichsanspruchs (§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB) - der Gesichtspunkt angesprochen worden ist, dass das von Geräusch- und Schmutzimmissionen betroffene Grundstück infolge der Bauarbeiten auf dem

---

<sup>143</sup> vgl. BGH v. 18.9.2009 - V ZR 75/08, NJW Rz. 19 m.w.N.

Nachgrundstück Nutzen ziehen könne. Diese Erwägungen zur Wechselbeziehung der beiden Grundstücke sind jedoch vor dem Hintergrund zu sehen, dass in dem damaligen, besonders gelagerten Einzelfall die auf dem Nachbargrundstück vorgenommenen Restaurierungs- und Sanierungsarbeiten ein außergewöhnliches und besonders gut erhaltenes Baudenkmal von herausragender Wirkung und Anziehungskraft, nämlich die Porta Nigra in Trier, betrafen, welches dem umgebenden Raum das wesentliche Gepräge gibt. Eine vergleichbare Bedeutung und Auswirkung wird der Errichtung eines Neubaus in einer bisher bestehenden Baulücke im Regelfall nicht zukommen. Umstände, die darauf hindeuten könnten, dass dies im Streitfall anders zu beurteilen wäre, zeigt weder die Revisionserwiderung auf noch ist dies den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen.

Im Übrigen käme eine "Aufwertung" des betroffenen Grundstücks letztlich auch dem Mieter zugute.

Voraussetzung bei der Prüfung des Vorliegens eines Mangels der Mietsache nach den - auch vorliegend anzuwendenden - Grundsätzen des Senatsurteils vom 29. April 2015 ist lediglich, dass ein Mangel in Rede steht, bei dem die Mietsache - was bei nachträglich erhöhten Immissionen der Fall sein kann - äußeren Einflüssen oder Umständen ausgesetzt ist, die deren Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen können und dass die Parteien eine Vereinbarung darüber, was bezüglich solcher Beeinträchtigungen vertraglich geschuldet ist, nicht getroffen haben.

Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung kann nicht mit der Argumentation bejaht werden, die Freiheit der Wohnung von Baulärm werde (mangels Existenz einer benachbarten Baustelle bei Abschluss des Mietvertrags und mangels sonstiger beidseitiger Kenntnis eines entsprechenden Vorhabens oder ausdrücklicher abweichender Absprachen) regelmäßig stillschweigend Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung der Mietvertragsparteien, da "im großstädtischen Kontext Baumaßnahmen zwar nicht unüblich sind, aber selbst dort - und auch in Berlin - die ganz überwiegende Mehrzahl der Mietwohnungen von ent-

---

<sup>144</sup> BGH v. 26.9.1975 - V ZR 204/73, WPM 1976, 1116.

sprechenden Maßnahmen und den damit verbundenen erheblichen zusätzlichen Immissionen nicht betroffen ist"<sup>145</sup>.

Diese Beurteilung ist mit der ständigen Rechtsprechung des Senats zu den Anforderungen an eine mietvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung nicht zu vereinbaren. Nach der Rechtsprechung des VIII. Senats setzt auch eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung werden die von dem Mieter wahrgenommenen "Umweltbedingungen" der Wohnung nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert<sup>146</sup>.

Dabei ist, soweit es um Lärmimmissionen geht, die von öffentlichen Straßen oder von einem Nachbargrundstück auf die Mietsache einwirken, im Übrigen der offensichtliche und beiden Parteien bekannte Umstand zu berücksichtigen, wonach der Vermieter regelmäßig keinen Einfluss darauf hat, dass die zu Mietbeginn bestehenden Verhältnisse während der gesamten Dauer des Mietvertrags unverändert fortbestehen. Der Mieter kann daher im Allgemeinen nicht erwarten, dass der Vermieter die vertragliche Haftung für den Fortbestand derartiger "Umweltbedingungen" übernehmen will. Die Annahme einer dahingehenden konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung wird deshalb allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen und jedenfalls konkrete Anhaltspunkte für die Übernahme einer so weit gehenden und vom Vermieter nicht beherrschbaren Haftung voraussetzen<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> so auch LG Berlin v. 16.6.2016 - 67 S 76/16, NJW-RR 2016, 1162 f.

<sup>146</sup> BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

<sup>147</sup> BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

#### 4.2.1 Umweltmangel in der Gewerberaummiete

„Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist. Soweit allerdings Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt.“<sup>148</sup>.

Eine ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien, dass das Mietobjekt keinen höheren Immissionen als zu Vertragsbeginn ausgesetzt sein dürfe, ist hier nicht festzustellen<sup>149</sup>. Der BGH hat die diesbezüglichen Anforderungen aus dem Urteil vom 29.04.2015 mit Urteil vom 29.04.2020 – VIII ZR 31/18 – Rn. 57 bekräftigt:

„Nach der Rechtsprechung des Senats setzt auch eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung werden die von dem Mieter wahrgenommenen "Umweltbedingungen" der Wohnung nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zu-

---

<sup>148</sup> BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 18 m.w.N.

<sup>149</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

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

Dem ist trotz gegenteiliger Stimmen<sup>150</sup> zu folgen. Dass die meisten Mietobjekte nicht von erheblichen zusätzlichen Immissionen betroffen sein mögen, reicht entgegen den Urteilen des LG Berlin vom 16.06.2016 – 67 S 76/16<sup>151</sup> und vom 21.08.2019 – 64 S 190/18<sup>152</sup> nicht aus, um eine Freiheit von Baulärm als stillschweigend vereinbart anzusehen.

Andererseits ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass bei Abschluss des Mietvertrages der Parteien im Jahre 2015 konkrete Anhaltspunkte für einen anstehenden Abriss und eine Neubebauung auf dem Nachbargrundstück erkennbar waren. Es bedarf daher keiner Erörterung, ob der Mieter bei Baulücken im innerstädtischen Bereich mit einer Bebauung rechnen muss und diese dann nicht zu einer Minderung führt<sup>153</sup>.

Mangels (konkreter) Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache beantwortet sich „die Frage, was im Einzelnen zu dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der in Rede stehenden Wohnung gehört, den der Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB während der Mietzeit zu erhalten hat, nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - gegebenenfalls ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 normierten Grundsatzes von Treu und Glauben.“<sup>154</sup>.

Erhebliche Nutzungsbeeinträchtigungen durch Lärm können nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH ohne weiteres einen Mangel einer gemieteten Wohnung darstellen<sup>155</sup>. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des

---

<sup>150</sup> etwa von Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Auflage, § 536 BGB Rz. 136b.

<sup>151</sup> juris Rz. 10.

<sup>152</sup> juris Rz. 23.

<sup>153</sup> so LG Berlin v. 18.10.2013 - 63 S 446/12, juris.

<sup>154</sup> BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 27 m.w.N.

<sup>155</sup> vgl. BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 274/02; BGH v. 6.10.2004 – VIII ZR 355/03; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08; BGH v. 23.9.2009 – VIII ZR 399/08; BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 104/09; BGH v. 29.2.2012 – VIII ZR 155/11; BGH v. 20.6.2012 – VIII ZR 268/11; BGH v.

XII. und des X. Zivilsenats des BGH für Gewerberäume<sup>156</sup> und Ferienunterkünfte<sup>157</sup>.

Zwar betreffen die vorstehend zitierten Urteile des VIII. Zivilsenats jeweils Lärmbeeinträchtigungen aus dem Gebäude, in dem die gemietete Wohnung liegt. Einem Mangel i.S.v. § 536 BGB steht aber nicht nach Treu und Glauben entgegen, dass es sich um Umwelteinwirkungen handelt, die nicht vom Vermieter verursacht worden sind. Gebrauchsbeschränkungen aufgrund von Beschaffenheit oder Lage des Mietobjekts fallen in seinen Risikobereich<sup>158</sup>. Eine Mietminderung setzt kein Verschulden auf Seiten des Vermieters voraus, sondern der Mieter kann selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfügt<sup>159</sup>.

Es entspricht der Verkehrsanschauung, dass sich eine erhebliche Lärmbelastung gemieteter Räume tendenziell mietsenkend auswirkt. Die ortsübliche Vergleichsmiete für Wohnraum hängt gemäß § 558 Abs. 2 BGB von der „Lage“ ab und damit auch von Beeinträchtigungen durch Lärm<sup>160</sup>. Dem entsprechend sehen die Orientierungshilfen für die Spanneneinordnung zu den Berliner Mietspiegeln 2017 und 2019 das negative Wohnwertmerkmal „besonders lärmbelastete Lage“ und das positive Wohnwertmerkmal „besonders ruhige Lage“ vor. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat im Urteil vom 19.12.2012 – VIII ZR 152/12 – Rz. 12 zwar in einer vorübergehend erhöhten Verkehrslärmbelastung aufgrund von Straßenbauarbeiten keinen zur Minderung berechtigenden Mangel gesehen, aber zur Begründung auch darauf abgestellt, dass sie sich nach der im Mietspiegel aufgestellten Grenze im Rahmen des Üblichen hielt. Dass die nach wissenschaftlichen Grundsätzen aufgestellten Mietspiegel an die Lärmbelastung anknüpfen, rechtfertigt die Annahme, dass die Höhe der vereinbarten Miete regelmäßig davon abhängt, welches Immissionsniveau die Parteien bei Ab-

---

5.6.2013 – VIII ZR 287/12; BGH v. 21.2.2017 – VIII ZR 1/16; BGH v. 22.08.2017 – VIII ZR 226/16.

<sup>156</sup> vgl. BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06.

<sup>157</sup> vgl. BGH v. 19.7.2016 – X ZR 123/15.

<sup>158</sup> vgl. BGH v. 22.6.1988 – VIII ZR 232/87 – juris Rz. 19; BGH v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06 – Rz. 12.

<sup>159</sup> BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06 – Rz. 20 m.w.N.

<sup>160</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Auflage, § 558 BGB Rz. 89; Münch-Komm/Artz, 8. Aufl., § 558 BGB Rz. 31; Palandt/*Weidenkaff*, 79. Auflage, § 558 BGB Rz. 16.

schluss des Mietvertrages zugrunde legen<sup>161</sup>. Dies gilt auch für Gewerberäume, wenn die Immissionen – wie hier - für die vertraglich vorgesehene Nutzung relevant sind. Den Mitgliedern des erkennenden Senats ist aus der Befassung mit Gewerberaummietsachen über viele Jahre und insbesondere aus Sachverständigengutachten bekannt, dass die Lage eines Objekts ganz wesentliche Bedeutung für die Höhe der marktüblichen Miete hat<sup>162</sup>.

Hier ist von Immissionen durch die Baustelle, insbesondere Lärm und auch Erschütterungen auszugehen, die deutlich über das in einer Nebenstraße der Berliner City übliche Maß hinausgehen<sup>163</sup>. Als entscheidend sieht der erkennende Senat an, dass diese Einwirkungen der im Mietvertrag vereinbarten Nutzung als „Thai-Massagesalon“ sehr abträglich sind, insbesondere einem Entspannungseffekt der Massagebehandlungen. Die vertragsgemäße Nutzung ist insoweit schwerer betroffen, als es bei den meisten Einzelhandelsgeschäften der Fall wäre, und mindestens vergleichbar wie bei einer Wohn- oder Büronutzung. Die Tauglichkeit der gemieteten Räume zum vertragsgemäßen Gebrauch ist „unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben nach der Verkehrsanschauung“ deutlich gemindert.

Einer ergänzenden Vertragsauslegung, wie sie der VIII. Zivilsenat des BGH in den Urteilen vom 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – Rn. 24 und vom 29.04.2020 – VIII ZR 31/20 – Rn. 28 angestellt hat, bedarf es hier nicht<sup>164</sup>. Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Vertrages<sup>165</sup>. Sie setzt erst ein, wenn die offene Auslegungsfrage nicht durch die eigentliche Auslegung des Vertrages zu lösen ist<sup>166</sup>. Auch soweit die Vertragsparteien einen Umstand nicht thematisiert oder bedacht haben, kann ein Regelungsgehalt dem Vertrag gemäß § 157 BGB durch Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entnehmen sein<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> ebenso LG Berlin v. 21.8.2019 – 64 S 190/18, juris Rz. 24; s.a. LG Berlin v. 7.6.2017 – 18 S 211/16 – juris Rz. 11.

<sup>162</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

<sup>163</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

<sup>164</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

<sup>165</sup> BGH v. 21.9.1994 – XII ZR 77/93, juris Rz. 8; BGH v. 17.4.2002 – VIII ZR 279/01, Rz. 19.

<sup>166</sup> vgl. Staudinger/Roth, Bearb. 2015, § 157 BGB Rz. 4 m.w.N.

<sup>167</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

Im Übrigen hält es der erkennende Senat für bedenklich, dass der VIII. Zivilsenat (und ihm folgend das LG München im Urteil vom 14.01.2016 - 31 S 20961/14 - und das LG Berlin im Urteil vom 14.06.2017 - 65 S 90/17) im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung einen Mangel der Mietsache aufgrund nachträglich erhöhter Geräuschimmissionen durch einen Dritten grundsätzlich verneint, wenn der Vermieter sie gemäß § 906 BGB ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss<sup>168</sup>.

§ 906 BGB ist eine sachenrechtliche Vorschrift, die auf das Mietverhältnis der Parteien zweifelsfrei nicht anwendbar ist<sup>169</sup>. Sie soll bei der Nutzung eines Grundstücks im Verhältnis zu benachbarten Grundstücken auftretende Konflikte in einen vernünftigen Ausgleich bringen und begründet zu diesem Zweck unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Duldung von Immissionen<sup>170</sup>. Ein beiderseitig unbeschränktes Recht, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB 1. Alternative), würde ebenso wie ein uneingeschränktes Recht, den jeweils anderen von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903 BGB 2. Alternative), eine sinnvolle Nutzung beider Grundstücke unmöglich machen<sup>171</sup>. Allerdings wird vom VIII. Zivilsenat „die nachbarrechtliche Ausstrahlungswirkung des § 906 BGB zur Konturierung der im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmenden mietvertragliche Rechte und Pflichten der Parteien berücksichtigt“<sup>172</sup>. Ein Gleichlauf der Interessen von Eigentümer und

---

<sup>168</sup> A.A. als der VIII Zivilsenat: BayObLG v. 4.2.1987 – RE-Miet 2/86; OLG Dresden v. 14.10.2008 - 5 U 1030/08; OLG Schleswig v. 30.03.2011 – 5 U 122/10; OLG Frankfurt a. M. v. 5.7.2017 – 2 U 152/16; OLG München v. 15.3.2018 – 32 U 872/17; LG Berlin v. 16.6.2016 – 67 S 76/16; LG Berlin v. 7.6.2017 – 18 S 211/16; LG Berlin v. 15.1.2019 – 67 S 309/19; LG Berlin v. 21.8.2019 – 64 S 190/18; *Günter* in: Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Auflage, § 536 BGB Rz. 224; in: MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 21; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 136b; *Kraemer/Ehlert/Schindler* in: Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummieta, 5. Aufl., Rz. III 3203; *Emmerich*, JuS 2015, 1040 (1041); *Staudinger/Emmerich*, Bearb. 2018, § 536 BGB Rz. 52; *Föllmer*, WuM 2015, 478 (485); *Ghassemi-Tabar*, NJW 2015, 2849; *Lehmann-Richter*, IMR 2015, 310; *Selk*, NZM 2015, 855 (857 f.); *Selk*, Mietmängel und Mängelrechte, 2018, § 536 BGB Rz. 202; *Börstinghaus*, NZM 2016, 417 (421); *Flatow*, WuM 2016, 459; *Gsell*, NZM 2016, 702 (708); *Bieber*, GE 2018, 1431 (1432).

<sup>169</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

<sup>170</sup> BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 68.

<sup>171</sup> BGH v. 21.10.1983 – V ZR 166/82, juris Rz. 8.

<sup>172</sup> BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 70.

Mieter wird dabei vom VIII. Zivilsenat nicht zugrunde gelegt<sup>173</sup> und ist auch nicht gegeben, insbesondere im Hinblick auf das abstrakte Interesse des Eigentümers - nicht aber eines Mieters -, seinerseits vergleichbare Baumaßnahmen auf seinem Grundstück durchzuführen.

Der erkennende Senat sieht sich mit seinen Bedenken dagegen, ein Minderungsrecht des Mieters von einem Abwehr- oder Entschädigungsanspruch des Vermieters gegen den Nachbarn nach § 906 BGB abhängig zu machen, im Einklang mit dem Urteil des BGH vom 23.04.2008 – XII ZR 62/06 –, in dem der XII. Zivilsenat ausgeführt hat (Rz. 20, 22):

„Ein vollständiger Ausschluss der Minderung durch formularvertragliche Regelung verletzt deshalb das zu den wesentlichen Grundgedanken des Schuldrechts gehörende Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Das gilt auch, soweit - wie im vorliegenden Fall - der Minderungsausschluss allein Mängel betrifft, die der Vermieter nicht zu vertreten hat.

(...)

Die Störung des Äquivalenzprinzips wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Mieter als Besitzer gegebenenfalls von dem die Beeinträchtigung verursachenden Dritten gemäß § 906 Abs. 2 BGB einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen kann. Die Grenze der Zumutbarkeit im Sinne von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB beurteilt sich nicht nach mietrechtlichen Vorschriften. Schon deshalb entsprechen die nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auszugleichenden Beeinträchtigungen nicht ohne weiteres dem Umfang des Minderungsrechts. (...)

Dieses Urteil bezieht sich zwar auf die Wirksamkeit eines formularmäßigen Minderungsausschlusses und spricht § 906 Abs. 2 BGB im Zusammenhang mit einem Anspruch des Mieters gegen den Dritten an. Maßgeblich erscheint aber, dass der XII. Zivilsenat die unterschiedliche Beurteilung von Beeinträchtigungen nach § 906 BGB einerseits und nach den mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften andererseits betont. Dem entsprechend hat er den dortigen Rechtsstreit zurückverwiesen, damit Feststellungen zum Vorliegen der behaupteten Lärm- und Erschütterungsbelastungen für das Mietobjekt durch die Bauarbeiten der Nebenintervenientin auf dem Nachbargrundstück getroffen werden (a.a.O.

---

<sup>173</sup> BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 43, 49 f.

Rz. 23), und hat es anscheinend als unerheblich angesehen, ob die Immissionen vom Vermieter gemäß § 906 BGB zu dulden sind<sup>174</sup>.

Das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – hat einen zur Mietminderung führenden Mangel letztlich deshalb verneint, weil die Mietvertragsparteien, wenn sie einen späteren Eintritt erhöhter Geräuschimmissionen bedacht hätten, redlicherweise dem Vermieter keine Erhaltung des ursprünglich bestehenden Immissionsstandards auferlegt hätten, die ihm tatsächlich oder jedenfalls wirtschaftlich unmöglich sei (a.a.O. Rz. 42). Das Landgericht Berlin hat mit Urteil vom 16.6.2016 – 67 S 76/16<sup>175</sup> – zutreffend darauf hingewiesen, dass der Vermieter eben wegen dieser Unmöglichkeit vor einem Mängelbeseitigungsbegehren des Mieters und damit auch vor der erfolgreichen Erhebung eines Leistungsverweigerungsrechtes geschützt ist. Eine Machtlosigkeit des Vermieters gegenüber solchen Störungen schließt aber nicht aus, dass die Mietvertragsparteien die Höhe der Miete anhand der auf die Mieträume einwirkenden Umweltbedingungen aushandeln und vereinbaren<sup>176</sup>. Vielmehr spricht der Äquivalenzgedanke dafür, dass die Vertragsparteien, wenn sie eine schwerwiegende Zunahme der Immissionen vorhergesehen hätten, für den betreffenden Zeitraum eine Minderung der Miete geregelt hätten<sup>177</sup>. Mit diesen Einwänden setzt sich der VIII. Zivilsenat im Urteil vom 29.04.2020 (a.a.O. Rn. 28 ff.) nicht auseinander.

Auf eine Wesentlichkeit der Beeinträchtigungen i.S.v. § 906 BGB kommt es daher hier nicht an<sup>178</sup>.

### **4.3 Verbot einer Spielhalle als Mangel der Mietsache**

Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder -hindernisse - wie die Untersagung des Betriebs einer Spielhalle - stellen einen Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB dar, wenn sie die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufheben oder mindern. Dies gilt allerdings nur dann, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit oder Lage der Mietsache beruhen und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre

---

<sup>174</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

<sup>175</sup> zitiert nach juris Rz. 12.

<sup>176</sup> LG Berlin v. 21.8.2019 – 64 S 190/18, zitiert nach juris Rz. 27.

<sup>177</sup> vgl. LG Berlin v. 9.1.2020 – 67 S 230/19, zitiert nach juris Rz. 7.

<sup>178</sup> KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

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 lange währende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können<sup>179</sup>.

Nach diesen Kriterien ist die Nutzungsuntersagung der Landesdirektion Sachsen für den Betrieb einer Spielhalle im Mietobjekt gegenüber dem Mieter ein Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB, weil sie unmittelbar mit der konkreten Lage des Mietobjektes in der Nähe einer allgemeinbildenden Schule in Zusammenhang steht<sup>180</sup>.

Durch gesetzgeberische Maßnahmen bewirkte Gebrauchsbeschränkungen führen zwar nicht zu einem Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB, wenn sie in den Risikobereich des Mieters fallen, der das Verwendungsrisiko bezüglich des Mietobjektes trägt<sup>181</sup>, wenn sie also ihre Ursache in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters haben. Das Verwendungsrisiko des Mieters ist aber nicht betroffen, wenn die infolge gesetzgeberischer Maßnahmen bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar an die Lage des Mietobjektes anknüpft.

Der Mieter war an der Nutzung des Mietobjekts als Spielhalle auch tatsächlich gehindert, denn im Bescheid der Landesdirektion Sachsen vom 07.06.2018 wurde ihr konkret die Betriebsuntersagung ab dem 01.07.2018 und deren Durchsetzung im Wege der Verwaltungsvollstreckung angedroht. In dieser Situation war der Beklagten nicht zuzumuten, gleichwohl den - rechtswidrigen - Betrieb der Spielhalle aufrechtzuerhalten<sup>182</sup>, zumal die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels eine Straftat nach § 284 StGB ist und sich der Mieter

---

<sup>179</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; OLG Dresden v. 1.6.2017 - 5 U 477/17, ZMR 2017, 880; *Günter*, NZM 2016, 569.

<sup>180</sup> OLG Dresden v. 24.6.2020 – 5 U 653/20, ZMR 2020, 829 m.w.N.

<sup>181</sup> vgl. dazu BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899.

<sup>182</sup> OLG Dresden v. 24.6.2020 – 5 U 653/20, ZMR 2020, 829 m.w.N.

im vorläufigen Rechtsschutz vor dem VG Dresden und dem OVG Bautzen erfolglos um die Verlängerung der notwendigen Erlaubnis bemüht hat.

Es kommt nicht entscheidend auf die vom Landgericht problematisierte Frage der Wirksamkeit der Regelungen in § 1 Nr. 4 und in Ziffer 10 der Anlage 1 des Mietvertrages an, weil mit ihnen, sofern man ihre Wirksamkeit zugunsten der Klägerin unterstellte, das nach den Ausführungen oben unter 1.a) aa) die Klägerin als Vermieterin treffende Risiko der Tauglichkeit des Mietobjektes aufgrund seiner Lage zur Durchführung des Mietzweckes des Betriebs einer Sporthalle nicht auf die Beklagte als Mieterin übertragen würde.

Dies ergibt sich aus einer Auslegung der betroffenen Regelungen nach §§ 133, 157 BGB. Zu den allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen gehört, dass in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen sind<sup>183</sup>. Gleichzeitig gilt zwar auch, dass ein übereinstimmender Parteiwille dem Wortlaut und jeder anderen Interpretation vorgeht, selbst wenn er im Inhalt der Erklärung keine oder nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat<sup>184</sup>. Soweit sich eine Partei allerdings auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände beruft, trifft sie unter dem Gesichtspunkt der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde die Beweislast. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass Haftnungsmilderungen bzw. -begrenzungen im Zweifel eng auszulegen sind<sup>185</sup>.

Nach diesen Grundsätzen ist festzustellen, dass das hier in Rede stehende Risiko der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes bereits nicht unter den Wortlaut der genannten Regelungen des Mietvertrages fällt<sup>186</sup>.

Am Deutlichsten ist dies in Bezug auf die Regelung in Nr. 10 der Anlage 1 zum Mietvertrag, in der es heißt, für Auflagen von Behörden, die die Mieträume betreffen, habe der Mieter selbst einzustehen und diesen auf eigene Kosten nachzukommen. Die Auslegung des Begriffs der Auflage einer Behörde hat sich an der einschlägigen gesetzlichen Regelung aus § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zu

---

<sup>183</sup> vgl. BGH v. 15.1.2013 - XI ZR 22/12, NJW 2013, 1519; OLG Dresden v. 19.9.2018 - 5 U 423/18, BeckRS 2018, 49269.

<sup>184</sup> vgl. BGH v. 11.11.2014 - VIII ZR 302/13, NJW 2015, 409.

<sup>185</sup> vgl. *Günter* in *Guhling/Günter*, *Gewerberaummieta*, 2. Aufl., § 536 BGB Rz. 423.

<sup>186</sup> OLG Dresden v. 24.6.2020 – 5 U 653/20, ZMR 2020, 829 m.w.N.

orientieren<sup>187</sup>, in welcher der Begriff der Auflage als Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt dahin definiert wird, dass es sich um eine Bestimmung handelt, welche dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorschreibt. Es liegt auf der Hand, dass die Ablehnung der Betriebserlaubnis für eine Spielstätte bzw. die Nutzungsuntersagungsverfügung keine Auflage einer Behörde sein kann. Es fehlt hier schon an einem Begünstigten und die Versagung der Erlaubnis bzw. die Nutzungsuntersagung ist die Haupt- und nicht die Nebenbestimmung des Verwaltungsaktes. Eine Auflage könnte allenfalls dann bestehen, wenn mit einer Erlaubnis eine bestimmte Einschränkung verbunden ist, worum es hier aber erkennbar nicht geht.

Auch mit der Regelung unter § 1 Nr. 4 des Mietvertrages wird das hier in Rede stehende Risiko der Gebrauchstauglichkeit des Mietvertrages nicht auf den Mieter übertragen. Von den 3 Sätzen dieser Regelung kann von vornherein nur Satz 1 betroffen sein, weil der zweite Satz wiederum mit behördlichen Auflagen zu tun hat und demzufolge der Ziffer 10 der Anlage 1 entspricht und der Satz 3 nur eine Selbstverständlichkeit enthält, wenn er bestimmt, dass die Räume nur für die nach den jeweiligen behördlichen Bestimmungen zulässigen Zwecke benutzt werden können. Wer das Risiko trägt, wenn die Räume nicht für den Mietzweck verwendet werden können, wird damit jedenfalls nicht geregelt.

Satz 1 des § 1 Nr. 4 enthält die Regelung, dass der Vermieter keine Gewähr dafür leistet, dass die gemieteten Räume den in Frage kommenden technischen Anforderungen sowie den behördlichen und anderen Vorschriften entsprechen. Auch mit dieser Regelung wird nicht die Frage erfasst, was gilt, wenn die Räume als solche zwar den technischen und behördlichen Vorschriften entsprechen, aber an einem Ort liegen, der sozusagen ein Sperrgebiet für Spielhallen ist, so dass der Mieter trotz zum Glücksspiel sonst geeigneter Räume dieses tatsächlich nicht durchführen kann, weil dort keine Spielhalle betrieben werden darf.

#### **4.4 Beweislast und Anerkenntnis**

Will ein Mieter, der die ihm zum Gebrauch überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat, wegen eines Mangels der Mietsache eine geringere als die

---

<sup>187</sup> vgl. BGH v. 8.4.2020, XII ZR 120/18, NZM 2020, 507 Rz. 20; OLG Dresden v. 15.07.2014 - 5 U 52/14, ZMR 2015, 120.

vereinbarte Miete zahlen und sich durch eine außerordentliche Kündigung vom Mietvertrag lösen, trägt er nach den allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für die ihm vorteilhafte Tatsache der Existenz dieses Mangels<sup>188</sup>. Weil nicht schlechthin jede Geruchsentwicklung in gemieteten Räumen zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt, muss der Mieter darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass mit der Geruchsentwicklung eine spürbare und das Wohlbefinden der Nutzer erheblich beeinträchtigende Belastung des Geruchsempfindens einhergeht. Insoweit genügt das unter Zeugenbeweis gestellte Vorbringen der Beklagten, in dem kleinen Büroraum sei dauerhaft ein beißender und ätzender Geruch vorhanden gewesen, der Schleimhäute und Augen gereizt habe, den Anforderungen an einen substantiierten Vortrag. Die Beklagte kann sich für ihre diesbezügliche Beweisführung aber nicht auf die Grundsätze des „tatsächlichen Anerkenntnisses“ berufen.

Im Ausgangspunkt ist davon auszugehen, dass es neben dem abstrakten Schuldanerkennnis (§ 781 BGB) und dem im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten deklaratorischen Schuldanerkennnis noch das sog. tatsächliche Anerkenntnis gibt, das keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners verkörpert, sondern das der Schuldner zu dem Zweck abgibt, dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und ihn dadurch etwa von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern. Solche „als Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst“ zu wertenden Bestätigungserklärungen können im Prozess eine Umkehr der Beweislast bewirken oder stellen jedenfalls ein Indiz dar, das der Richter - mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Entkräftung - bei seiner Beweiswürdigung verwerten kann<sup>189</sup>.

Hier kann aber weder dem Verhalten der Voreigentümerin noch dem Verhalten der Klägerin selbst der Bedeutungsgehalt eines solchen „Zeugnisses gegen sich selbst“ beigemessen werden. Auch insoweit ist die Auslegung von - gegebenenfalls konkludenten - Individualerklärungen zwar dem Tatrichter vorbehalten und revisionsrechtlich nur eingeschränkt auf Rechtsfehler überprüfbar<sup>190</sup>,

---

<sup>188</sup> vgl. nur BGH v. 10.3.1999 - XII ZR 321/97, NJW 1999, 1408 m.w.N.

<sup>189</sup> vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 9; BGH NJW 1976, 1259 (1260).

<sup>190</sup> vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 10; BGH v. 1.12.2005 - I ZR 284/02, IHR 2006, 124 (125).

mithin insbesondere darauf, ob gesetzliche Auslegungsregeln oder allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt worden sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde. Die Entscheidung des Berufungsgerichts leidet aber unter solchen Fehlern<sup>191</sup>.

Soweit das Berufungsgericht dem Schriftsatz vom 9. November 2015 ein Tatsachenanerkennnis entnehmen will, wird dies dem eindeutigen Wortlaut des Schreibens nicht gerecht. Bei der Auslegung sind in erster Linie der Wortlaut der Erklärung und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen<sup>192</sup>. Der von der Voreigentümerin unterbreitete Vorschlag, den Bodenbelag im streitgegenständlichen Büroraum auszutauschen, erfolgte im Rahmen eines Vergleichsangebots und ausdrücklich „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und Präjudiz“. Der damit eindeutig zum Ausdruck gebrachte Vorbehalt, nur zur gütlichen Beilegung des bestehenden Streits handeln und darüber hinaus keine rechtlich bindende Verpflichtung eingehen zu wollen, steht nicht nur der Annahme eines rechtsgeschäftlichen (kausalen) Schuldanerkenntnisses entgegen<sup>193</sup>. Er schließt auch in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig die Beurteilung aus, dass der anderen Vertragspartei die unbedingte Erfüllungsbereitschaft mitgeteilt oder ihre Beweislage verbessert werden soll. Umstände, die es rechtfertigen könnten, dem Schreiben vom 9. November 2015 einen vom Wortlaut abweichenden Sinngehalt beizugeben, hat das Berufungsgericht nicht aufgezeigt. Sein Hinweis darauf, dass sich die Voreigentümerin zu einem Austausch des Bodenbelags wegen der damit verbundenen Kosten nur beim wirklichen Vorliegen einer unzumutbaren Geruchsbeeinträchtigung bereitgefunden hätte, weil sie als Kapitalgesellschaft auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei und sie deshalb - anders als ein Privateigentümer - kein gesteigertes Interesse daran habe, sich gegenüber ihren Gewerbemietern kulant zu zeigen, ist sachfremd. Zudem übergeht das Berufungsgericht, dass die Voreigentümerin den Austausch des Teppichbodens gerade nicht als reine Kulanzleistung zur Abwendung künftiger Mietminderungen angeboten, sondern im Rahmen des unterbreiteten Vergleichsvorschlags an die Bereitschaft der Beklagten geknüpft hat, die auf der Minderung beruhenden Mietrückstände vollständig nachzuzah-

---

<sup>191</sup> BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

<sup>192</sup> vgl. BGH v. 8.4.2020 - XII ZR 120/18, NZM 2020, 507 Rz. 15; BGHZ 184, 128 = NJW 2010, 2422 Rz. 33 m.w.N.

<sup>193</sup> vgl. etwa BGH v. 18.4.2002 - I ZR 262/99 - juris Rz. 31.

len, mithin die Vermieterin in Bezug auf die Mietzahlungen so zu stellen, als sei die Miete auch in der Vergangenheit nicht aufgrund eines Mangels gemindert gewesen.

Soweit das Berufungsgericht die von der Klägerin am 13. April 2016 veranlasste Wandöffnung als „Anerkennungshandlung“ angesehen hat, beruht dies auf einer unvollständigen Würdigung der gesamten Umstände des Streitfalls und lässt wesentlichen Tatsachenvortrag der Klägerin außer Betracht<sup>194</sup>.

Auch im Zusammenhang mit Mangelbeseitigungsarbeiten gibt es keine Vermutung für die Abgabe eines Anerkenntnisses. Wie das Beschwerdegericht im Ausgangspunkt durchaus erkannt hat, enthält die Bereitschaft des Vermieters, einer Mangelanzeige des Mieters nachzugehen, für sich genommen noch keine Aussage dahingehend, das Vorhandensein eines Mangels und die Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache außer Streit stellen zu wollen. Maßnahmen des Vermieters zur Erforschung oder Beseitigung eines von dem Mieter angezeigten Mangels können nur dann als Zeugnis des Vermieters gegen sich selbst angesehen werden, wenn besondere Umstände des Einzelfalls die Wertung tragen, dass der Vermieter nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung des Streits um die vermeintliche Mangelhaftigkeit der Mietsache, sondern in dem Bewusstsein gehandelt hat, im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht zur Beseitigung des behaupteten Mangels verpflichtet zu sein. Von Bedeutung sind dabei vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten<sup>195</sup>.

Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang würdigen will, dass das Öffnen eines Versorgungsschachtes ein kostenverursachender und nicht nur geringfügiger Eingriff in die Bausubstanz des Gebäudes gewesen sei, hat es den Vortrag der Parteien nicht ausgeschöpft. Denn die Klägerin hat im Einzelnen dargelegt, dass sich die von ihr veranlasste Maßnahme auf eine insgesamt zwölf Minuten währende Sichtprüfung der im Versorgungsschacht verlegten Rohrleitungen beschränkt habe. Um diese zu gewährleisten, habe der Hausmeister vier Fliesen entfernen und die dahinter befindliche Leichtbauwand aus

---

<sup>194</sup> BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

<sup>195</sup> vgl. auch BGHZ 164, 196 = NJW 2006, 47 Rz. 16; BGH v. 2.6.1999 - VIII ZR 322/98, NJW 1999, 2961, jeweils zu § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB bzw. § 208 BGB a.F.

Rigips öffnen müssen; im Anschluss an die Inaugenscheinnahme sei die Wandöffnung unter Verwendung von Spachtelmasse wieder verschlossen und seien die Fliesen wieder angebracht worden. Auch wenn die Klägerin keine konkreten Angaben zu den damit verbundenen Kosten gemacht hat, leuchtet es nicht ein, dass in diesem überschaubaren Aufwand klar und unzweideutig das Bewusstsein der Klägerin zum Ausdruck kommen soll, wegen einer unzumutbaren Geruchsbeeinträchtigung in dem streitgegenständlichen Büroraum Gewähr leisten zu müssen. Dies erscheint im Übrigen auch deshalb zweifelhaft, weil eine Gebäudeeigentümerin ein generelles Erhaltungsinteresse daran haben dürfte, ihr zugetragene Hinweise auf mögliche Undichtigkeiten wasserführender Leitungen in den Wänden nachzugehen.

Darüber hinaus hat das Berufungsgericht nicht gewürdigt, dass sich die Tätigkeit der Klägerin auf eine punktuelle Mangelerforschungsmaßnahme beschränkt hat<sup>196</sup>, die - was den Parteien sodann bewusst war - keine Ursache für die von der Beklagten beanstandete Geruchsbeeinträchtigung aufzeigen konnte. Wenn die Klägerin danach keine weiteren Schritte zur Erforschung oder zur Beseitigung des beanstandeten Mangels mehr unternommen hat, liegt es auch in der Gesamtschau fern, in ihrem Verhalten ein tatsächliches Anerkenntnis zu sehen.

#### **4.5 Öffentlich-rechtlicher Mangel: Versagung der Spielhallenerlaubnis**

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen stellen daher grundsätzlich einen Sachmangel dar, wenn sie ihre Ursache in der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjekts, in deren Beziehung zur Umwelt, haben<sup>197</sup>. Es ist Sache des Vermieters, die objektbezogenen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für den vertragsgemäßen Gebrauch zu schaffen. Er hat sich um die erforderlichen Bau- und Nutzungsgenehmigungen zu bemühen und sämtliche Auflagen zu erfüllen<sup>198</sup>. Das Risiko einer behördlichen Nutzungsbeschränkung trägt grundsätzlich der Vermieter<sup>199</sup>. Gewerberäume sind dementsprechend nur dann sachmangelfrei, wenn der Aufnahme des vertraglich vereinbarten Betriebes keine öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, insbesondere eine

---

<sup>196</sup> BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

<sup>197</sup> BGH, NJW 2011, 3151 Rz. 9; BGH, NJW 1992, 3226 (3227).

<sup>198</sup> Guhling/Günter/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl., § 536 BGB Rz. 180 m.w.N.

<sup>199</sup> vgl. OLG München v. 19.5.1995 - 21 U 4948/94, BeckRS 1995, 3900.

fehlende behördliche Genehmigung, entgegenstehen<sup>200</sup>. Ein nachträglicher Mangel kann sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Mietverhältnisses ergeben, wenn diese Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs zur Folge haben<sup>201</sup>. Wird der vom Mieter beabsichtigte Betrieb durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen nicht untersagt, aber quantitativ eingeschränkt, liegt ein Mangel der Mietsache vor, wenn eine umfangreichere Nutzung dem von den Parteien vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch entsprechen sollte<sup>202</sup>.

Der Vermieter trägt dagegen nicht das Risiko solcher Umstände, die allein in den persönlichen Verhältnissen des Mieters bzw. der Art des Betriebes ihre Ursachen haben<sup>203</sup>. Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt bei der Gewerberaummietae dagegen grundsätzlich der Mieter<sup>204</sup>. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Objekt Gewinne erzielen zu können.

Die vorstehenden Grundsätze gelten allerdings nur vorbehaltlich der Regelungen des Mietvertrages, der im Einzelfall hierzu abweichende, insbesondere individualvertraglich ausgehandelte Vereinbarungen treffen kann<sup>205</sup>.

Gemessen an diesen Voraussetzungen begründet die behördliche Verfügung vom 29.01.2018, zwei der drei Spielhallen zu schließen, einen Sachmangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB<sup>206</sup>.

Die behördliche Genehmigung ist verweigert worden, weil in dem Mietobjekt - anders als es der Vertragszweck ausdrücklich vorsieht - nicht mehr drei Spielhallen betrieben werden dürfen. Diese öffentlich-rechtliche Beschränkung aus §

---

<sup>200</sup> vgl. BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, BeckRS 2007, 19678 Rz. 11 f.; BGH, NJW 1980, 777 (778); Guhling/Günter/Günter, Gewerberaummietae, 2. Aufl., § 536 BGB Rz. 177.

<sup>201</sup> BGH, NJW 2011, 3151 Rz. 9.

<sup>202</sup> vgl. OLG Oldenburg, NJW-RR 1992, 662; Guhling/Günter/Günter, Gewerberaummietae, 2. Aufl., § 536 BGB Rz. 179.

<sup>203</sup> BGH NJW 2011, 3151 Rn. 8.

<sup>204</sup> vgl. BGH, NJW 2011, 3151 Rz. 9 m.w.N.

<sup>205</sup> vgl. BGH v. 2.3.1994 - XII ZR 175/92, BeckRS 2009, 20713; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 79.

<sup>206</sup> OLG Hamm v. 8.4.2020 – 30 U 107/19, MDR 2020, 785; vgl. auch KG, Urteil vom 14.07.2014 - 8 U 140/13, juris Rz. 28.

25 Abs. 2 GlüStV betrifft die Beschaffenheit der Mietsache bzw. seine räumliche Ausgestaltung und Lage. Der Klägerin bzw. ihrer Untermieterin ist es aufgrund dessen nicht mehr möglich, ihren vertraglich vereinbarten Betrieb fortzusetzen, sondern muss den Betrieb - nach Ablauf der Übergangsfrist - auf eine Spielhalle reduzieren, was eine quantitative Einschränkung und damit einen entsprechenden Mangel darstellt.

Der Senat<sup>207</sup> verkennt dabei nicht, dass es der Beklagten zu 1) unmöglich geworden ist, den Vertragszweck zu gewährleisten, das ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Risikoverteilung. Gleiches würde für den Fall gelten, dass die Behörde ihren Bebauungsplan ändert und Spielhallen in dem Gebiet, in dem sich das Objekt befindet, nicht mehr genehmigungsfähig sind.

§ 25 Abs. 2 GlüStV knüpft im Ergebnis an die bauliche Beschaffenheit und nicht an die betrieblichen Verhältnisse an<sup>208</sup>. Unstreitig trägt der Mieter das Verwendungsrisiko in Bezug auf das Mietobjekt, weshalb der BGH keinen Mangel der Mietsache darin gesehen hat, dass ein landesrechtliches Nichtraucherchutzgesetz ein Rauchverbot in öffentlichen Gaststätten eingeführt hat. Die Gebrauchsbeschränkung beruhte dort aber nicht auf der konkreten Beschaffenheit der Pachtsache, sondern knüpfte an die betrieblichen Verhältnisse des Pächters an. Denn das Nichtraucherchutzgesetz stellte nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten, sondern auf die (konkrete) Nutzungsart der betroffenen Baulichkeiten ab. Das Verbot bezog sich auf die Art und Weise der Betriebsführung des Mieters, also dessen betriebliche Verhältnisse, untersagte den Betrieb der Gaststätte selbst in dem Mietobjekt jedoch nicht. Hierin liegt der maßgebliche Unterschied zum vorliegenden Fall.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil Anlass für die Gesetzesänderung nicht die Beschaffenheit bestimmter Gebäude ist, sondern die Nutzungsart als Spielhalle, die (Spiel-)Suchterkrankungen Vorschub leistet, oder weil der 2012 geänderte GlüStV die gewerberechtliche Erlaubnis nach § 33i GewO ersetzt hat. In Nordrhein-Westfalen ist § 33i GewO, der vorliegend im Mietzweck aufgeführt ist, nach Ablauf der Übergangsfristen des § 29 Abs. 4 GlüStV a.F. i.V.m. § 18 S. 2 AG GlüStV NRW a.F. zeitlich gestuft gemäß Art.

---

<sup>207</sup> OLG Hamm v. 8.4.2020 – 30 U 107/19, MDR 2020, 785.

<sup>208</sup> vgl. zu dem Begriff BGH, NJW 2011, 3151 (3252), insbes. Rz. 13.

125a Abs. 1 S. 2 GG durch §§ 4, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW a.F. i.V.m. §§ 4, 24 GlüStV a.F. ersetzt worden, nachdem das Recht der Spielhallen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangen ist<sup>209</sup>. An die Stelle der gewerberechtiglichen Zulässigkeit einer Spielhalle ist damit ihre glücksspielrechtliche Zulässigkeit getreten. Der Landesgesetzgeber hat ein neues eigenständiges Genehmigungserfordernis für Errichtung und Betrieb von Spielhallen geschaffen.

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, § 25 Abs. 2 GlüStV betreffe die gewerberechtigliche Genehmigung, weshalb die Nutzungsuntersagung in den vertraglich vereinbarten Risikobereich der Klägerin falle, im Ergebnis nicht. Der Vertragszweck sieht unmissverständlich den Betrieb von drei Spielhallen mit 34 Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit vor. Diesen vertraglich zugesicherten Zweck kann die Beklagte zu 1) nunmehr nicht mehr erfüllen.

Die Gewährleistung der Klägerin ist auch nicht aufgrund einer von der gesetzlichen abweichend vertraglich vereinbarten Risikoverteilung ausgeschlossen. ...

#### **4.6 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>210</sup>. Danach entfällt das Zurückbehaltungsrecht nicht, weil es seinen Zweck verfehlt.

---

<sup>209</sup> OVG Münster v. 16.4.2018 - 4 A 589/17, BeckRS 2018, 7027 Rz. 21.

<sup>210</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.

Zwar trifft es im Ausgangspunkt zu, dass das Zurückbehaltungsrecht den Zweck erfüllt, den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mangelbeseitigung 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 Mangelbeseitigung - bei Beendigung des Mietverhältnisses<sup>211</sup>, sowie dann, wenn der Mieter dem Vermieter bzw. den von ihm mit der Prüfung und Beseitigung der Mängel beauftragten Personen den Zutritt zur Wohnung nicht gewährt oder sonst die Duldung der Mangelbeseitigung verweigert<sup>212</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>213</sup>.

Anders verhält es sich hingegen, wenn der Vermieter lediglich behauptet, er habe den Mangel schon beseitigt<sup>214</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 Zurückbehalt-

---

<sup>211</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 61 m.w.N.

<sup>212</sup> vgl. BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 12/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 790.

<sup>213</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1.

<sup>214</sup> BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

tungsrecht nicht mehr dem Zweck dienen kann, auf den Vermieter Druck zur Mangelbeseitigung auszuüben<sup>215</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>216</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 Zweck nicht erreicht hat - auf seine sonstigen Rechte<sup>217</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>218</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.

---

<sup>215</sup> BGH v. 10.4.2019 – VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

<sup>216</sup> BGH v. 10.4.2019 – VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

<sup>217</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 66.

<sup>218</sup> BGH v. 10.4.2019 – VIII ZR 39/18, WuM 2019, 315 = GE 2019, 725.

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 verweigere. 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.

## **5 Verjährung**

### **5.1 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>219</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 Klagenerhebung gehemmt worden<sup>220</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>221</sup>. Nach anderer Auffassung bleibt der Annahmeverzug mit der Rücknahme der Mietsache ohne Einfluss auf den Beginn der Verjährung

---

<sup>219</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.

<sup>220</sup> BGH v. 27.2.2019 – XII ZR 63/18, MDR 2019, 600 = GE 2019, 657.

<sup>221</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

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>222</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>223</sup>.

Die Beantwortung dieser Frage hat der BGH bislang offengelassen<sup>224</sup> und es bedarf auch hier keiner Entscheidung<sup>225</sup>. Denn es fehlt nicht nur an einer vollständigen 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 Entschließung des Vermieters hinsichtlich des Entfernens der Einbauten oder deren Verbleib gegen Zeitwertersatzung 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 Entschließung des Vermieters und Aufforderung zur Durchführung

---

<sup>222</sup> Witt, NZM 2012, 545 (548); Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 42.

<sup>223</sup> Weitemeyer in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, § 548 BGB Rz. 22.

<sup>224</sup> BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 17.

<sup>225</sup> BGH v. 27.2.2019 - XII ZR 63/18, MDR 2019, 600 = GE 2019, 657.

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.

## **6 Schriftform**

### **6.1 Schriftform bei gemeinschaftlicher Vertretung**

Wird der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, so gilt er für unbestimmte Zeit (§ 550 Satz 1 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH erfordert § 550 BGB, dass sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere den Mietgegenstand, die Miethöhe sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt. Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser "verstreuten" Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen. Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung dieser Schriftstücke. Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss. Ergibt sich der Zusammenhang mehrerer Schriftstücke aus einer Bezugnahme, ist es erforderlich, dass vom aktuellen Vertrag auf den Ausgangsvertrag und auf alle ergänzenden Urkunden verwiesen ist, mit denen die der Schriftform unterliegenden vertraglichen Vereinbarungen vollständig erfasst sind. Treffen die Mietvertragsparteien nachträglich eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese zur Erhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB also hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geän-

dernten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll<sup>226</sup>.

Der 3. Nachtrag zum Mietvertrag vom 29. Oktober 2015 genügt diesen Vorgaben nicht.

Nach ständiger Rechtsprechung des XII. Senats dient die von § 550 BGB geforderte Beurkundung in erster Linie dem Informationsbedürfnis und damit dem Schutz eines 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>227</sup>.

Mit dem 3. Nachtrag zum Mietvertrag wird das Mietverhältnis nach vorangegangener Kündigung durch die klagende Vermieterin aus wichtigem Grund einvernehmlich fortgesetzt und die Beklagte zu 2 als neue Mitmieterin in das Vertragsverhältnis aufgenommen. Dies stellt eine wesentliche und dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar. Diesem Formerfordernis wird der 3. Nachtrag zum Mietvertrag wegen fehlender Unterschrift des zweiten Geschäftsführers der Beklagten zu 2 nicht gerecht.

Der BGH hat bereits entschieden, dass, wenn eines der zur gemeinschaftlichen Vertretung berufenen Organmitglieder der Gesellschaft den Vertrag unterzeichnet, die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt ist, wenn auch die übrigen Organmitglieder unterzeichnen oder die Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Organmitglied auch diejenigen Organmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben<sup>228</sup>. Dies gilt aber nur, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. Nur dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich

---

<sup>226</sup> BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rz. 17 m.w.N.

<sup>227</sup> BGH v. 21.11.2018 - XII ZR 78/17, BGHZ 220, 235 = NJW 2019, 990 Rz. 26 m.w.N.

<sup>228</sup> BGH v. 4.11.2009 - XII ZR 86/07, BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rz. 13 f.; BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053, 3054; BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3391.

diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen<sup>229</sup>. Ist die Vertretungsregelung der Kapitalgesellschaft im Rubrum des Mietvertrages angegeben, lässt sich der ohne Vertretungszusatz geleisteten einzelnen Unterschrift grundsätzlich nicht entnehmen, ob die übrigen gesetzlichen Vertreter noch unterzeichnen müssen. Bei einer solchen Gestaltung folgen die Zweifel an der Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unmittelbar aus der Urkunde selbst<sup>230</sup>.

Anders liegt der Fall, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde der Unterzeichner für sich allein die Berechtigung zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz kenntlich macht. Ein solcher Zusatz kann in der Verwendung des vom Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels liegen. Das Hinzusetzen eines Stempels zu einer Unterschrift weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschriftsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Denn der Geschäftsverkehr misst dem Firmen- oder Betriebsstempel eine Legitimationswirkung bei. Die Abgabe einer unterschriebenen und mit Stempelzusatz abgeschlossenen Erklärung dokumentiert mangels abweichenden Anscheins im Hinblick auf die insoweit relevante äußere Form, mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu sein und in diesem Sinne handeln zu wollen. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung wirft keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf. Daher erfüllt sie die Schriftform<sup>231</sup> ().

Für die Beklagte zu 1, die nach dem Rubrum des Nachtrags durch die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer H. Z. und C. Z. vertreten wird, unterzeichnete unter dem 20. Oktober 2015 allein H. Z. unter Hinzufügung des Firmenstempels der Beklagten zu 1. Der Stempelzusatz kann hier indessen weder so verstanden werden, dass der Unterzeichner mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt sei, noch dass er mit seiner Unterschrift zugleich den im Rubrum genannten weiteren gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer C. Z. vertreten wollte. Durch den Stempelzusatz wird die Urkunde nach ihrem äußeren Anschein näm-

---

<sup>229</sup> BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 13 f.

<sup>230</sup> BGH v. 4.11.2009 - XII ZR 86/07, BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rz. 17 ff.; BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, BGHZ 205, 99 = NJW 2015, 2034 Rz. 21.

<sup>231</sup> BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 14; BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, BGHZ 205, 99 = NJW 2015, 2034 Rz. 22.

lich nicht abgeschlossen. Unter dem vollzogenen Unterschriftsfeld findet sich ein zweites Unterschriftsfeld mit der maschinenschriftlichen Namensangabe des zweiten Geschäftsführers, welches zur Unterzeichnung durch diesen vorgesehen ist. Dieses Unterschriftsfeld ist leer. Es findet sich auch kein Hinweis - etwa in Form eines Vertretungszusatzes für den zweiten Geschäftsführer, in Form einer ausdrücklichen Bezugnahme auf die bereits geleistete Unterschrift oder in Form einer Durchstreichung dieses Unterschriftsfelds - darauf, dass der Vertragsschluss mit der einen geleisteten Unterschrift für die Mieterseite bereits vollständig vollzogen sei. Ohne einen solchen Hinweis erweckt die Urkunde einen unvollständigen Eindruck, so dass ein möglicher Erwerber des Grundstücks nicht erkennen kann, ob alle erforderlichen Unterschriften geleistet worden sind oder nicht. Daher ist im vorliegenden Fall das Schriftformerfordernis nicht gewahrt<sup>232</sup>.

## 6.2 Schriftform bei einem Stellplatzmietvertrag

Ob der in der Teilungserklärung mit der Nummer 4 bezeichnete oberirdische PKW-Stellplatz mit dem im schriftlichen Mietvertrag aus dem Jahr 1990 mit "1" bezeichneten Stellplatz identisch ist, hat das Berufungsgericht offen gelassen. Diese Identität im Revisionsverfahren zu Gunsten der Beklagten unterstellt, ist die Klägerin als Sondernutzungsberechtigte an dem in der Teilungserklärung mit der Nummer 4 bezeichneten Stellplatz nach §§ 578, 567 BGB als Vermieterin in den mit der Beklagten bestehenden Stellplatzmietvertrag eingetreten. Denn für den Fall, dass der Eigentümer, der zugleich Vermieter einer Wohnung und eines Stellplatzes im Rahmen eines einheitlichen Mietvertrags ist, einen Teil des Mietobjekts abtrennt und veräußert, hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass der Erwerber des Stellplatzes gemäß §§ 580, 571 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt: §§ 578, 566 Abs. 1 BGB) in den Mietvertrag eintritt<sup>233</sup>. Dasselbe gilt, wenn der Mieter - wie hier - seine Wohnung und seinen Stellplatz von vornherein durch getrennte Verträge von einem Vermieter angemietet hat und die Wohnung und der Stellplatz dann vom Vermieter getrennt veräußert werden.

---

<sup>232</sup> BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

<sup>233</sup> BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 Rz. 8 f. m.w.N.

Dabei kann dahinstehen, ob das Sondernutzungsrecht im Ergebnis genauso wie Sondereigentum zu behandeln ist<sup>234</sup> oder dem umstrittenen Rechtscharakter des Sondernutzungsrechts als dingliches oder bloß schuldrechtliches Rechtsinstitut<sup>235</sup> Rechnung getragen werden muss. Denn nach allen Auffassungen tritt der Erwerber des Sondernutzungsrechts (nach §§ 566, 567 BGB direkt oder analog i.V.m. § 578 BGB) als Vermieter in den Vertrag hinsichtlich des Stellplatzes ein.

Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Amtsgerichts ist der isolierte Stellplatzmietvertrag nicht kraft Gesetzes auf die Beklagte nach § 563 BGB übergegangen. Vielmehr ist von einem konkludenten Abschluss eines (neuen) Stellplatzmietvertrags zu den in dem mit dem verstorbenen Ehemann der Beklagten im November 1990 geschlossenen Mietvertrag niedergelegten Bedingungen auszugehen.

Die Beklagte ist nicht als Erbin ihres verstorbenen Ehemanns in den Stellplatzmietvertrag eingetreten. Zur Erbfolge nach dem Ehemann der Beklagten hat die Beklagte in den Vorinstanzen nichts vorgetragen.

Damit ist der Stellplatzmietvertrag jedenfalls durch die ordentliche Kündigung der Klägerin vom 31. Januar 2018 wirksam beendet worden. Denn der konkludent geschlossene neue Mietvertrag wahrte nicht die nach §§ 578, 550 BGB erforderliche Schriftform und war daher gemäß § 580 a BGB ordentlich kündbar<sup>236</sup>.

Dass der schriftliche Mietvertrag aus dem Jahr 1990 über einen längeren Zeitraum als ein Jahr geschlossen worden ist, hat das Berufungsgericht aus der Staffelung der Miete über acht Jahre in § 5 des Vertrags geschlossen.

Der mit der Beklagten neu geschlossene Mietvertrag wahrte auch nicht etwa deswegen die Schriftform der §§ 578, 550 BGB, weil er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form niedergelegten Vertragsbedingungen konkludent abge-

---

<sup>234</sup> so im Ergebnis BGH v. 28.9.2005, VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 Rz. 8 f. m.w.N.

<sup>235</sup> zu den in der Literatur vertretenen Auffassungen vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 14. Aufl., § 566 BGB Rz. 83 m.w.N.

<sup>236</sup> BGH v. 15.1.2020 – XII ZR 46/19, WuM 2020, 79 = ZMR 2020, 298.

geschlossen worden ist<sup>237</sup>. Denn im Gegensatz es liegt keine von beiden Parteien unterzeichnete Mietvertragsurkunde vor.

### 6.3 Nachtrag über die Erweiterung der Mietfläche

Nach allgemeiner Meinung führt der Formmangel eines Änderungsvertrages zu einem Miet- oder Pachtvertrag dazu, dass der zunächst formgültig geschlossene ursprüngliche Vertrag nunmehr gleichfalls der Schriftform entbehrt und als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt<sup>238</sup>. Eine Ausnahme hierzu hat der BGH für einen Änderungsvertrag zugelassen, der lediglich eine Verlängerung des Ursprungsvertrages beinhaltet und dessen Inhalt im Übrigen unberührt lässt<sup>239</sup>. Gleiches gilt, wenn neben dem alten Mieter ein weiterer neuer Mieter formlos einem bestehenden, schriftlich abgeschlossenen befristeten Mietvertrag beiträgt<sup>240</sup>. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die Änderungsvereinbarung in den Inhalt des bereits bestehenden und formgültigen ursprünglichen Vertrages während dessen Laufzeit in keiner Weise eingreift, sondern nur zur Folge hat, dass der vereinbarten Mietzeit, bei der es nach dem Willen der Vertragsschließenden bleibt, ein weiterer Zeitabschnitt vertraglich angefügt wird. Der Gedanke, dass der als unteilbare Einheit aufgefasste Inhalt des Vertrages formgültig nur abgeändert werden könne, wenn er insgesamt von der Schriftform umfasst werde, treffe dann nicht mehr in vollem Umfang zu, wenn die Änderung nur in einer den sonstigen Inhalt nicht berührenden Verlängerung bestehe; daraus folge, dass nur der Verlängerungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen und deshalb kündbar sei, während der ursprüngliche formgültige Vertrag bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit fest abgeschlossen bleibe. Diese Grundsätze seien auch auf den Fall des Vertragsbeitritts eines neuen Mieters übertragbar, soweit sich hierdurch die Rechtsstellung des früheren Mieters nicht habe ändern sollen.

Indes handelt es sich im Streitfall der Erweiterung der Mietfläche um eine weitere Räumlichkeit nicht um einen der von der Rechtsprechung anerkannten Aus-

---

<sup>237</sup> vgl. dazu BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648 Rz. 33.

<sup>238</sup> BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39; BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653; BGH v. 29.10.1986 - VIII ZR 253/85, BGHZ 99, 54; BGH v. 22.2.1994 - LwZR 4/93, BGHZ 125, 175.

<sup>239</sup> vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39.

<sup>240</sup> vgl. BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653.

nahmefälle der bloßen Mietzeitverlängerung oder des Beitritts eines weiteren Mieters zum Mietvertrag bei unveränderter Fortführung des ursprünglichen Vertrages im Übrigen<sup>241</sup>. Es erscheint indes kritisch, ob die zu den genannten Ausnahmen angestellten Erwägungen auf den in Rede stehenden Fall der Erweiterung der Mietfläche übertragen werden können. Im Kern wendet die Rechtsprechung in den genannten Ausnahmen § 139 BGB an<sup>242</sup>. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist nach der genannten Bestimmung das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Unabhängig davon, dass § 550 BGB als Ausnahme gegenüber den §§ 125 Satz 1, 139 BGB gerade keine Nichtigkeit bei Einhaltung der vorgeschriebenen Schriftform vorsieht<sup>243</sup> und insoweit als gesetzliche und allein auf die Abrede der Vertragslaufzeit beschränkte Fiktion den genannten Bestimmungen eigentlich schon vorgeht<sup>244</sup>, war für die angenommenen Ausnahmefälle stets maßgeblich, dass die Änderungsvereinbarung den sonstigen Vertragsinhalt jeweils nicht berührte<sup>245</sup>. Ob solches auch bei einer Veränderung der Mietfläche oder des Mietgegenstandes angenommen werden kann, erscheint fraglich. Jede Erweiterung oder Beschränkung der Mietfläche führt zu Veränderungen beim Vertragsverhältnis im Übrigen etwa mit Blick auf die Gewährleistungspflicht des Vermieters oder den Umfang der Nebenkosten<sup>246</sup>. Hierdurch verursachte Unsicherheiten im Mietumfang und den hiermit verbundenen Pflichten wären indes schwerlich mit dem Regelungszweck des § 550 BGB<sup>247</sup> zu vereinbaren, dass es einem Erwerber möglich sein muss, den Mietgegenstand zu identifizieren und seinen Umfang festzustellen.

Vorstehende Rechtsfrage darf indes im Streitfall aus tatsächlichen Gründen offen bleiben<sup>248</sup>. Die klagende Vermieterin kann sich schon aus tatsächlichen Gründen nicht auf die vorstehenden Grundsätze für die Annahme eines Aus-

---

<sup>241</sup> OLG Köln v. 4.10.2019 – 1 U 83/18, ZMR 2020, 26.

<sup>242</sup> vgl. Spielbauer/Schneider/Ettl, Mietrecht, 2. Aufl., § 550 BGB Rz. 48.

<sup>243</sup> vgl. BGH v. 29.10.1986 - VIII ZR 253/85, BGHZ 99, 54.

<sup>244</sup> vgl. Staudinger/Emmerich, 2018, § 550 BGB Rz. 35; Michalski, WPM 1998, 1993, (2005 f.); jeweils m.w.N.

<sup>245</sup> vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39.

<sup>246</sup> vgl. Bub/Treier/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. II. Rz. 2525.

<sup>247</sup> vgl. BGH v. 29.9.1999 - XII ZR 313/98, NJW 2000, 354; BGH v. 30.4.2014 - XII ZR 146/12, NJW 2014, 2102.

<sup>248</sup> OLG Köln v. 4.10.2019 – 1 U 83/18, ZMR 2020, 26.

nahmefalles berufen, in welchem der Formmangel eines Änderungsvertrages ausnahmsweise nicht dazu führen soll, dass der zunächst formgültig geschlossene ursprüngliche Vertrag nunmehr als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Wie gezeigt, hat der BGH in den genannten Fällen Ausnahmen von dem Grundsatz einer durch eine Änderungsvereinbarung verursachten Formunwirksamkeit des Gesamtvertrages stets nur dann zugelassen, wenn die Änderungsvereinbarung den sonstigen Vertragsinhalt nicht berührt<sup>249</sup>. Solches kann im Streitfall indes nicht festgestellt werden. Die Klägerin lässt mit Schriftsatz vom 15. April 2019 (Blatt 570 der Akte, dort Blatt 573) vortragen, der Mietvertrag vom 25. Oktober 2014 sehe vor, dass von der Klägerin an der rechten Außenwand des Mietobjekts in Höhe der Küche ein Kühlhaus (Container) aufgestellt werde; die Beklagte habe daher mit der Mietvertragsergänzung vom 19. Dezember 2014 als Kühlhaus den an die Toilettenanlagen des Haupthauses angrenzenden Raum mit Zugang vom Hof angeboten, was die Klägerin aus rein praktischen Erwägungen angenommen habe. Hiernach steht die Änderungsvereinbarung jedoch in einem inhaltlichen Zusammenhang mit den vertraglichen Pflichten aus der Ursprungsvereinbarung. Sie kann vor dem aufgezeigten Hintergrund nur so verstanden werden, dass der zusätzliche Raum die Aufstellung des Kühlcontainers ersetzen sollte, so dass die Nachtragsvereinbarung den Ursprungsvertrag in der Weise berührt. Es kann daher nicht festgestellt werden, dass dieser auch bei einer Kündigung der Änderungsvereinbarung in der Form wieder aufleben sollte, dass die Klägerin den Kühlcontainer an der genannten Stelle aufstellen darf.

#### **6.4 Treuwidriges Berufen auf Schriftformmangel**

Den Beklagten ist die Berufung auf diesen Schriftformverstoß auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt.

Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordent-

---

<sup>249</sup> vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39; BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653; Spielbauer/Schneider/*Ettl*, Mietrecht, 2. Aufl., § 550 BGB Rz. 48.

lich kündbar. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formwidrigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre<sup>250</sup>. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor<sup>251</sup>. Zwar hat die Beklagte zu 1 die Nichteinhaltung der Schriftform dadurch verursacht, dass nur einer ihrer beiden im Vertragsrubrum genannten Gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer ohne ausreichenden Vertretungszusatz unterschrieben hat. Dies war allerdings unschwer auch für die Klägerin erkennbar, sodass es ihr zumutbar war, selbst auf den Abschluss der schriftlichen Vertragsurkunde hinzuwirken. Weil mit dem 3. Nachtrag ein vollständig neuer Vertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde, liegt dieser auch nicht im alleinigen Interesse der Beklagten<sup>252</sup>.

Eine Treuwidrigkeit folgt auch nicht aus der in Teil B Ziffer 18.1 des ursprünglichen Mietvertrags enthaltenen Schriftformheilungsklausel. Wie der Senat bereits entschieden hat<sup>253</sup>, sind Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam. Die Vorschrift des § 550 BGB soll nicht nur sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Vielmehr dient sie ebenfalls dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen. Mit diesem Schutzzweck des nicht abdingbaren § 550 BGB sind Schriftformheilungsklauseln unvereinbar. Denn sie hätten zur Folge, dass die Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit gebunden wären, der mit der Vorschrift jedenfalls auch beabsichtigte Übereilungsschutz ausgehöhlt und die wichtige Warnfunktion der Bestimmung weitgehend leerlaufen würde.

---

<sup>250</sup> BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rz. 16; BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rz. 24.

<sup>251</sup> BGH v. 26.2.2020 - XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

<sup>252</sup> BGH v. 26.2.2020 - XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

<sup>253</sup> BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 34 ff. mwN

## 7 Vermieterwechsel

### 7.1 Erfasste Recht: Abstandszahlung

Der Anspruch des Mieters auf Zahlung eines Abstandes für die vorzeitige Vertragsauflösung ist nicht gemäß § 566 BGB auf die Erwerberin übergegangen.

Von § 566 BGB werden nur solche Rechte und Pflichten erfasst, die als mietrechtlich zu qualifizieren sind oder die in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehen. Der Erwerber tritt deshalb nicht in Rechte und Pflichten ein, die außerhalb des Mietverhältnisses liegen, selbst wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag geregelt sind. Für die Frage, welche Rechte und Pflichten § 566 BGB unterfallen, ist daher auf den materiellen Gehalt der jeweiligen Vertragsbestimmung abzustellen<sup>254</sup>. Bei der Frage, in welchem Umfang ein Rechtserwerb nach § 566 Abs. 1 BGB stattfindet, ist zu berücksichtigen, dass die Norm als Ausnahmeregelung restriktiv auszulegen ist<sup>255</sup>.

Die hieran gemessene Vereinbarung einer Abstandszahlung für die vorzeitige Vertragsauflösung ist nicht als von § 566 Abs. 1 BGB erfasst anzusehen<sup>256</sup>. Nach den getroffenen Vereinbarungen der Parteien liegt die Annahme eines bloßen wirtschaftlichen Zusammenhangs der Vereinbarung mit dem Mietverhältnis nahe. Neben den vom Landgericht hierfür genannten Gesichtspunkten spricht zusätzlich, dass die Abstandszahlung hier gerade nicht den Fortbestand des Mietverhältnisses bezweckte, sondern dieses ersetzen sollte. Im Ergebnis hat sich der Mieter sein Einverständnis mit einer verkürzten Mietzeit vom Vermieter „abkaufen“ lassen. Die Entschädigung für die Verkürzung der Mietzeit ist für sich allein keine Leistung oder Verpflichtung aus dem auslaufenden Mietverhältnis. Danach liegt eine mietrechtliche Qualifizierung der Vereinbarung fern.

Auch für einen untrennbaren Zusammenhang der Abstandszahlung mit dem Mietvertrag bestehen keine Anhaltspunkte. Hierfür genügt es nicht, dass die

---

<sup>254</sup> BGH v. 12.10.2016 – XII ZR 9/15, MDR 2017, 79 = ZMR 2017, 34 = NZM 2017, 35.

<sup>255</sup> vgl. BGH v. 12.10.2016 – XII ZR 9/15, MDR 2017, 79 = ZMR 2017, 34 = NZM 2017, 35 m.w.N.

<sup>256</sup> OLG Jena v. 30.8.2019 – 4 U 858/18, GE 2019, 1635 = NZM 2019, 825.

Parteien zwischen der vorzeitigen Vertragsbeendigung und der Abstandszahlung einen rechtlich untrennbaren Zusammenhang hergestellt haben<sup>257</sup>.

Die Entscheidung des Landgerichts steht schließlich auch im Ergebnis im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass die Vereinbarung einer Entschädigung des Pächters als Gegenleistung für die Abkürzung der Vertragsdauer nicht gegen den Erwerber wirkt<sup>258</sup>.

Insoweit kommt es auf die Bezeichnung der Vereinbarung als Nachtrag nicht an oder ob sie gegebenenfalls mit dem Hauptmietvertrag eine einheitliche Urkunde bildet<sup>259</sup>. Der Erwerber tritt in außerhalb des Mietverhältnisses liegende Rechte und Pflichten selbst dann nicht ein, wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag selbst geregelt sind. Es kommt somit nicht darauf an, ob die Parteien die Vereinbarung in den Mietvertrag aufgenommen und damit zu dessen Bestandteil gemacht haben. Hieraus folgt zugleich, dass es auch nicht darauf ankommen kann, ob die Vereinbarung der Parteien von Oktober 2016 möglicherweise auch Rechte und Pflichten begründet hat, die als mietrechtlich zu qualifizieren sind.

Es kommt auch nicht darauf an, dass der Anspruch der Klägerin erst nach der Veräußerung fällig geworden ist. Dies wäre nur dann relevant, wenn die Verpflichtung von § 566 BGB erfasst würde.

## 7.2 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 ausgesprochene 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 zu-

---

<sup>257</sup> BGH v. 12.10.2016 – XII ZR 9/15, MDR 2017, 79 = ZMR 2017, 34 = NZM 2017, 35.

<sup>258</sup> BGH v. 28.6.1961 - VIII ZR 46/60; MDR 61,930 = WPM 1961,1025; siehe auch OLG Düsseldorf v. 24.1.2008 - 24 U 95/07 -, ZMR 2008, 954 Rz 13.

<sup>259</sup> OLG Jena v. 30.8.2019 – 4 U 858/18, GE 2019, 1635 = NZM 2019, 825.

sammen 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>260</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>261</sup>. Dies ist hier jedoch nicht der Fall<sup>262</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>263</sup>. Dieser Schutzzweck ist von vornherein nicht 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

---

<sup>260</sup> vgl. BGH v. 6.7.1994 - VIII ARZ 2/94, BGHZ 126, 357 (363 f.).

<sup>261</sup> st. Rspr.; siehe nur BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rz. 33 m.w.N.

<sup>262</sup> BGH v. 9.1.2019 – VIII ZB 26/17, MDR 2019, 341 = NZM 2019, 208 = GE 2019, 249.

<sup>263</sup> BGH v. 12.7.2017 - XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 Rz. 29 m.w.N.

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>264</sup>, ergibt sich daraus offensichtlich keine tragfähige Grundlage für eine Analogie.

### 7.3 Nutzungsrecht auf anderweitig veräußertem Grundstück

Wird ein vermieteter Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, tritt gemäß § 566 Abs. 1 BGB der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Nach ihrem klaren Wortlaut knüpft die Vorschrift, die gemäß § 578 Abs. 2 BGB auf gewerblich genutzte Mieträume entsprechend anwendbar ist, tatbestandlich an die Veräußerung des Mietgegenstands an. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift ist damit, dass es zu einem Wechsel des Eigentums an den Mieträumen kommt. Die Vorschrift will den Mieter davor schützen, aufgrund einer Änderung der dinglichen Berechtigung an dem Mietgegenstand sein aus dem Mietvertrag gegenüber dem ursprünglichen Vermieter abgeleitetes Besitzrecht zu verlieren. Die ihm durch den Mietvertrag von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben. Um diesen Zweck zu erreichen, sieht die Vorschrift als Rechtsfolge des Eigentumsübergangs vor, dass zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter ein neues Mietverhältnis entsteht, allerdings mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat<sup>265</sup>.

Grundsätzlich ergibt sich der Vertragsgegenstand, ggfs. im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB), aus dem Mietvertrag oder aus sonstigen Vereinba-

---

<sup>264</sup> so Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 13. Aufl., § 566 BGB Rz. 77; dagegen zutreffend MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl., § 566 Rz. 22.

<sup>265</sup> BGHZ 202, 354 = NJW 2014, 3775 Rz. 10; BGH v. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 25 m.w.N.

rungen der Parteien<sup>266</sup>. Vermietet der Eigentümer Wohnungen oder Geschäftsräume in seinem Haus, erstreckt sich zwar das Recht des Mieters zur Benutzung der gemieteten Räume grundsätzlich auch auf das Recht zur Mitbenutzung der Gemeinschaftsflächen des Hauses<sup>267</sup>. Ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung sind jedoch Gemeinschaftsflächen, die der Mieter nur mitbenutzen darf, nicht mitvermietet<sup>268</sup>.

Danach waren im vorliegenden Fall allein die auf den Grundstücken 9/18 und 9/19 gelegenen Räumlichkeiten an die Klägerin vermietet<sup>269</sup>.

Allein die Möglichkeit des Mieters, eine später veräußerte Grundstücksfläche 9/20 im Rahmen des vertragsgemäßen Mietgebrauchs mitbenutzen zu dürfen, genügt für die Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB nicht<sup>270</sup>. Neben der Veräußerung der Mietsache setzt die Vorschrift voraus, dass diese dem Mieter zum Zeitpunkt der Veräußerung bereits zum Gebrauch überlassen war. Erst die zum Erwerbszeitpunkt vom Besitz eines Mieters ausgehende Publizitätswirkung ist es, die einem Erwerber ermöglicht, bereits aus der Besitzlage abzulesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss. Die tatsächlich ausgeübte Sachherrschaft, wie sie in dem in § 566 Abs. 1 BGB geregelten Besitzüberlassungserfordernis ihren Ausdruck gefunden hat, bildet deshalb den Anknüpfungspunkt für den mit dieser Vorschrift bezweckten Mieterschutz<sup>271</sup>. Eine Gebrauchsüberlassung wiederum ist mehr als die Gestattung oder Duldung eines (Mit-)Gebrauchs oder die bloße Einräumung der Möglichkeit zum (Mit-)Gebrauch. Sie erfordert, wenn - wie hier bei der Raummiete - der Gebrauch der Mietsache notwendig deren Besitz voraussetzt, die vom Vermieter vorzunehmende Verschaffung des ungestörten (Mit-)Besitzes an den Mieter, damit dieser die Mietsache, insbesondere auch unter Ausschluss des Vermieters, benutzen kann<sup>272</sup>.

Auch diese Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 566 Abs. 1 BGB ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die Klägerin erhielt durch die Gestattung einer Nutzung der Grundstücksfläche 9/20 zur Anlieferung keinen (Mit-)Besitz an die-

<sup>266</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 535 BGB Rz. 21.

<sup>267</sup> vgl. BGH v. 10.11.2006 - V ZR 46/06, NJW 2007, 146, 147 m.w.N.

<sup>268</sup> KG, NZM 2013, 579; Guhling/Günter/*Menn*, Gewerberaummiete, 2. Aufl., § 535 BGB Rz. 57.

<sup>269</sup> BGH v. 4.9.2019 – XII ZR 52/18, GE 2019, 1567.

<sup>270</sup> BGH v. 4.9.2019 – XII ZR 52/18, GE 2019, 1567.

<sup>271</sup> vgl. BGH v. 5.4.2016 - VIII ZR 31/15, NJW-RR 2016, 982 Rz. 6 m.w.N.

<sup>272</sup> vgl. BGH v. 27.4.2016 - VIII ZR 323/14, NJW-RR 2016, 784 Rz. 22 m.w.N.

ser Fläche. Ihr war diese Fläche daher weder ganz noch teilweise überlassen iSv § 566 Abs. 1 BGB.

## 8 Kautio

### 8.1 Kautionsrückzahlung

Nach dem Ende des Mietverhältnisses hat sich der Vermieter innerhalb angemessener, nicht allgemein bestimmbarer Frist<sup>273</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 Kautio 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.

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 Barkautio 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>274</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 -

---

<sup>273</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.).

<sup>274</sup> BGH v. 11.4.1984 - VIII ZR 315/82, NJW 1985, 267 unter II 2.

zum Ausdruck, dass sich sein Verwertungsinteresse auf die in der Forderungsaufstellung bezeichneten beziehungsweise auf die aufgerechneten oder klageweise geltend gemachten Forderungen beschränkt<sup>275</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>276</sup>. Ein solches Vorgehen - Verwertung der Barkautions auch für Forderungen, die weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt sind - entspricht auch 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 Kautions klagen; 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 Kautionsab-

---

<sup>275</sup> BGH v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17, GE 2019, 1105.

<sup>276</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.

rechnung auf unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Forderungen zu verweisen. Denn nach der Abrechnung der Kautionsrückzahlung 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 Barkaution 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 Kautionsrückzahlung vorrangig verwertet werden soll. Erteilt er hingegen eine Abrechnung, ohne auf die Barkaution zuzugreifen, rechtfertigt sein Sicherheitsbedürfnis deren weiteren Einbehalt nicht, so dass nunmehr auch der Mieter aufrechnen darf<sup>277</sup>.

## **8.2 Verrechnung des Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1 BGB**

Das Kammergericht<sup>278</sup> hat zur Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen des Vermieters gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters folgendes entschieden:

*Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die von der Beklagten in der Klageerwidmung gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen von zusammen 19.248,04 EUR nach §§ 390, 214 BGB unwirksam ist, weil die Voraussetzungen der §§ 215, 387 BGB - eine Aufrechnungslage vor Eintritt der Verjährung der Schadensersatzansprüche - nicht vorliegen.*

---

<sup>277</sup> BGH v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17, GE 2019, 1105.

<sup>278</sup> KG v. 2.12.2019 – 8 U 104/17, ZMR 2020, 395 = GE 2020, 540.

*Die von der Beklagten behaupteten Schadensersatzansprüche wegen Rückgabe der Mietsache in beschädigtem oder sonst nicht vertragsgemäßigem Zustand sind ohne Rücksicht auf ihre nähere rechtliche Einordnung nach § 548 BGB mit Ablauf des 15.06.2016 verjährt. Dies hat das Landgericht zutreffend zugrunde gelegt und wird von der Beklagten mit der Berufung im Übrigen auch ausdrücklich nicht angegriffen.*

*Weiterhin hat das Landgericht zutreffend erkannt und wird von der Berufung nicht in Frage gestellt, dass die Anwendung von § 215 BGB voraussetzt, dass vor Eintritt der Verjährung ein Zahlungsanspruch der Beklagten bestand, weil es anderenfalls an der Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen und damit an einer Aufrechnungslage in unverjährter Zeit i.S. der §§ 387, 215 BGB fehlt (s.a. OLG Düsseldorf ZMR 2002, 658 - bei juris Tz 4 f.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl., vor § 535 Rn 123).*

*Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht entschieden, dass der Beklagten ein Zahlungsanspruch bis zum 15.06.2016 nicht zustand.*

*Die Beklagte macht mit der Berufung (unter Bezugnahme auf Fervers WuM 2017, 429) geltend, dass die Klägerin durch bauliche Veränderungen und Eingriffe, die ohne Zustimmung der Beklagten erfolgt seien, deren Eigentum geschädigt habe und wegen Verletzung ihres Integritätsinteresses ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bestehe, der - auch nach Beendigung des Mietverhältnisses - entgegen der Ansicht des Landgerichts keiner Fristsetzung nach § 281 BGB bedürfe. Sie macht somit keinen vertraglichen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mieträume geltend, sondern einen Schadensersatzanspruch wegen ihrer Beschädigung während der Mietzeit.*

*Zutreffend ist, dass ein solcher Anspruch nach der höchstrichterlichen Klärung, welche mit Urteilen des BGH vom 28.02.2018 und 27.06.2018 und damit nach Erlass des Landgerichtsurteils erfolgt ist, nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und § 823 Abs. 1 BGB keiner Fristsetzung bedarf und sich an dieser Rechtslage durch die Beendigung des Mietverhältnisses nichts ändert. Ein solcher Anspruch des Vermieters wegen Verletzung seines Integritätsinteresses durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs des Mieters ist von einem zunächst auf Erfüllung gerichteten und nur nach § 281 BGB in einen Zahlungs-*

*anspruch übergehenden Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bei vertragsgemäßigem Gebrauch abzugrenzen (s. BGH, Urt. v. 28.02.2018 - VIII ZR 157/17, NJW 2018, 1746 Tz 19 ff; Urt. v. 27.06.2018 - XII ZR 79/17, NJW-RR 2018, 1103 Tz 17 ff).*

*Aus der danach von der Beklagten zu Recht geltend gemachten Nichtanwendbarkeit des § 281 BGB folgt jedoch nicht, dass das Landgericht vorliegend unrichtig entschieden hätte. Denn es fehlt auch für einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 oder § 823 Abs. 1 BGB an einer Aufrechnungslage in unverjährter Zeit.*

*Der Schadensersatzanspruch ist nach § 249 Abs. 1 BGB zunächst nicht auf Zahlung, sondern auf Wiederherstellung des Zustands vor dem Eingriff durch den Schädiger gerichtet. Zwischen diesem Anspruch auf Naturalrestitution und dem Anspruch auf Rückzahlung der Kautions fehlt es an der Gleichartigkeit i.S. von § 387 BGB.*

*Zwar kann der Geschädigte nach § 249 Abs. 2 BGB "statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen". Hierbei handelt es sich jedoch um einen Fall der sog. Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, die einer Ausübung bedarf (s. BGH NJW 2018, 1746 Tz 26 f.). Anders als bei einer Wahlschuld (§ 262 BGB) bestehen nicht von vornherein zwei Ansprüche (somit auf Herstellung und auf Zahlung), die lediglich einer Konkretisierung durch Wahlausübung bedürfen, sondern zunächst lediglich der Herstellungsanspruch. Erst mit dem Zahlungsverlangen übt der Geschädigte sein Recht aus, "an Stelle der einen geschuldeten Leistung eine andere mit der Folge zu setzen, dass fortan nur diese letztere Erfüllung ist" (s. BGHZ 5, 105 = NJW 1952, 619, 620). Erst mit Ausübung der Ersetzungsbefugnis, die somit eine Gestaltungserklärung ist, tritt eine Änderung des Schuldverhältnisses ein (s. jurisPK-BGB/Toussaint, 8. Aufl., § 262 Rn 15, 17; Larenz, Schuldrecht AT, Band I, 14. Aufl., § 11 III; MüKo/Krüger, BGB, 8. Aufl., § 263 Rn 10: "keine Rückwirkung"; Staudinger/Bittner, BGB, Neub. 2014, § 262 Rn 11: "akzessorisches einseitiges Gestaltungsrecht").*

*Die Beklagte hat bis zum Ablauf der Verjährung am 15.06.2016 keine Ansprüche geltend gemacht und folglich auch ihre Ersetzungsbefugnis nach § 249 Abs. 2 BGB durch Verlangen der Zahlung von Schadensersatz nicht ausgeübt. Ein etwa bestehender Anspruch war jedenfalls bis zur Aufrechnungserklärung*

der Beklagten vom 19.06.2016 (K 5) auf Naturalherstellung gerichtet, so dass vor Verjährungseintritt keine Aufrechnungslage bestand.

2) Der Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Kosten von 808,13 EUR ist nach §§ 286, 280 BGB begründet und wird von der Berufung auch nicht gesondert angegriffen. Die Beklagte befand sich aufgrund der Zahlungsaufforderung der Klägerin vom 16.06.2016 mit Fristsetzung zum 01.07.2016 (K 4) mit der Rückzahlung der Kautionszahlung in Verzug, bevor die zweckdienliche vorgerichtliche anwaltliche Zahlungsaufforderung vom 28.06.2016 (K 6) erfolgte."

Ferner nimmt der Senat Bezug auf seinen weiteren Hinweisbeschluss vom 12.09.2019, in dem er im Hinblick auf das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 07.08.2019 folgendes ausgeführt hat:

"Der Senat hält auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 07.08.2019 daran fest, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.

1) Die Beklagte hat die Ersetzungsbefugnis i.S. von § 249 Abs. 2 S. 1 BGB nicht innerhalb der am 15.06.2016 abgelaufenen Verjährungsfrist (§ 548 BGB) ausgeübt.

a) Die Räumungsvollstreckung hat insoweit keinen Erklärungswert. Zwar handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das - z.B. durch ein Zahlungsbegehren - auch konkludent ausgeübt werden kann (s. BGH, Urt. v. 29.01.2019 - VI ZR 481/17, NJW 2019, 1669 Rn 21). Die Ausübung ist für den Gläubiger bindend (BGHZ 121, 22 = NJW 1993, 727, 728). Der bloße Umstand, dass der Vermieter die Räume herausverlangt, macht jedoch nicht hinreichend deutlich, dass er sein Gestaltungsrecht ausüben will. Dies gilt erst recht für Schäden, die ihm in diesem Zeitpunkt überhaupt noch nicht bekannt sind.

b) Die Aufrechnung vom 08.12.2013 (B 7) kann ungeachtet dessen, dass sie nicht gegen die hier streitgegenständliche Kautionszahlung, sondern gegen einen nicht näher dargelegten Darlehensrückzahlungsanspruch erklärt wurde (und unklar ist, ob dies bei Wirksamkeit zum Verbrauch der Aufrechnungsforderung geführt haben könnte, oder ob sie gegen die Kautionsforderung wirkte), den konkludenten Willen zur Ausübung der Ersetzungsbefugnis zum Ausdruck bringen, jedoch

*nicht für dort nicht angesprochene (und ggf. noch nicht entstandene, jedenfalls der Beklagten überhaupt noch nicht bekannte) Ansprüche.*

*c) Der Umstand, dass die Klägerin Schadensersatzansprüche leugnet, macht eine Ausübung der Ersetzungsbefugnis nicht entbehrlich und führt daher nicht dazu, dass nach § 242 BGB ein Zahlungsanspruch ohne Beachtung der Voraussetzungen des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB anzunehmen wäre.*

*d) Ob die Beklagte durch die Aufrechnung vom 08.12.2013 die Ersetzungsbefugnis betreffend einen Schadensersatzanspruch auf "Wiederherstellung des Dachgeschosses" ausgeübt hätte, kann dahinstehen.*

*Denn der Beklagten steht ein solcher Anspruch nicht zu.*

*Ein schädigender Eingriff in die Dachkonstruktion des Nebengebäudes ist bereits in objektiver Hinsicht nicht vorgetragen. Die Klägerin hat unwiderlegt dargelegt, dass sie lediglich die Windböcke "1 zu 1" ausgetauscht hat (s. Schriftsätze vom 11.01.2017, S. 11 und vom 17.02.2017, S. 6), was angesichts des Gesamtzustands des Daches naheliegend als eine Wertverbesserung anzusehen ist. Die gutachterliche Stellungnahme des Dipl.-Ing. L. zeigt keine konkreten Bedenken gegen die Statik auf, sondern verweist nur darauf, dass solche "nicht auszuschließen" seien (s. Schriftsatz der Beklagten vom 17.02.2017, S. 6).*

*Zudem ist die Aufrechnung insoweit auch deshalb unschlüssig, weil die Kosten einer Neueindeckung des Daches (8.330 EUR gemäß Rechnung vom 21.09.2016, B 5) geltend gemacht werden (Schriftsatz vom 23.11.2016, letzte Seite). Ein Zusammenhang zwischen Austausch der Windböcke und der Neueindeckung ist nicht schlüssig dargelegt und für den Senat auch sonst nicht ersichtlich. Vielmehr hatte die Klägerin eine Dachundichtigkeit (und eine Durchfeuchtung des Dachstuhls mit der Folge unzureichender Tragfähigkeit für einen Büroausbau) bereits mit Schreiben vom 22.07.2013, 30.07.2013 und 02.08.2013 gerügt (s. Anlagen B 4, 6 und 7 im Vorprozess 8 U 62/15).*

*2) In Bezug auf die zur Aufrechnung gestellten Kosten der Stellungnahme des Dipl.-Ing. L. (844,90 EUR gemäß Rechnung vom 12.09.2013, B 4) besteht kein Ersatzanspruch, da es nach dem Gesagten bereits an einer objektiven Schädigung fehlt."*

*II. Das Vorbringen der Beklagten in den Schriftsätzen vom 07. und 31.10.2019 führt nicht dazu, dass die Berufung nicht mehr offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist.*

*1) Soweit es um die erstinstanzlich gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch zur Aufrechnung gestellten Forderungen mit Ausnahme der "Kosten der Wiederherstellung des von der Klägerin unzulässigerweise vorgenommenen Eingriffs in den Dachstuhl" (s. Klageerwiderung, letzte Seite) von 8.330,00 EUR und der Kosten für den Sachverständigen L. von 844,90 EUR geht, scheidet die Aufrechnung - aus den in den Hinweisbeschlüssen dargelegten Gründen - (jedenfalls) daran, dass die Gegenforderungen verjährt sind und mangels Ausübung der Ersetzungsbefugnis (§ 249 Abs. 2 BGB) vor Eintritt der Verjährung kein Zahlungsanspruch und damit keine Aufrechnungslage nach §§ 215, 387 BGB bestand.*

*Das Schreiben der Beklagten vom 08.12.2013 (Anl. B 7, Bl. II/112 d.A.) kann die Ausübung einer Ersetzungsbefugnis bezüglich etwaige Ansprüche auf Rückbau (angeblich) schädigender baulicher Veränderungen der Klägerin in den Mieträumen und auf Behebung eines Schadens an Alarmanlage und Elektrik im Keller schon deshalb nicht beinhalten, weil derartige Beschädigungen in diesem Schreiben nicht einmal ansatzweise genannt sind.*

*Der Senat folgt auch nicht der Ansicht der Beklagten, dass sich die Klägerin nach § 242 BGB nicht auf Verjährung berufen könne, weil sie einer Aufforderung zur Naturalherstellung ohnehin nicht nachgekommen wäre. Die Ausübung der Ersetzungsbefugnis ist objektive Voraussetzung eines Zahlungsanspruchs und muss damit ungeachtet dessen, ob die Beschädigung streitig ist oder nicht, erfolgen, um diesen zur Entstehung zu bringen.*

*2) Die Berufung hat auch keine Erfolgsaussicht, soweit eine Forderung wegen Eingriffs am Dachstuhl des Nebengebäudes in Frage steht.*

*a) Dahin stehen kann weiterhin, ob die bloße Angabe "Wiederherstellungskosten DG" (ohne Angabe, welche Art von Maßnahme darunter fallen soll, und ohne Bezifferung) ausreicht, um von einer Ausübung der Ersetzungsbefugnis nach § 249 Abs. 2 BGB auszugehen.*

*b) Der Vortrag der Beklagten ist insoweit nämlich bereits unschlüssig, so dass es auf die Frage der Verjährung nicht mehr ankommt.*

*Die Beklagte hat erstinstanzlich in der Klageerwiderung - unter Bezugnahme auf die Akte des Vorprozesses LG Berlin 25 O 396/13 - KG 8 U 62/15 - vorgetragen, dass die Klägerin nicht genehmigte Eingriffe in die Statik des Dachgeschosses vorgenommen habe und die Kosten der "Wiederherstellung" sich nach einem "Kostenvoranschlag" der Fa. H. (B 5) auf 8.330,00 EUR beliefen. Nachdem die Klägerin im Schriftsatz vom 11.01.2017, S. 11/12 darauf hingewiesen hatte, dass Anlage B 4 eine Rechnung für eine Neueindeckung mit Ziegelblech enthalte und dies "in keinem Zusammenhang mit dem monierten Mangel" (eines Eingriffs in den Dachstuhl) stehe, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 17.02.2017, S. 6 lediglich ihren Vortrag wiederholt, dass der ungenehmigte Austausch von sog. Windböcken im Dachstuhl einen "Eingriff" dargestellt habe, nach dem nach Einschätzung von Dipl.-Ing. L. eine Beeinträchtigung der Statik "nicht auszuschließen" sei.*

*Die Beklagte hat somit erstinstanzlich einen Anspruch auf Neueindeckung des Daches nicht schlüssig dargelegt, da es an Vortrag fehlte, der eine Erforderlichkeit dieser Maßnahme als Folge des Austausches von Dachhölzern ergab.*

*Erstmals mit Schriftsatz vom 26.04.2018, S. 2 in zweiter Instanz hat die Beklagte vorgetragen: "Bei diesem Rückbau wurde derart in die Statik eingegriffen, dass es zu Rissbildungen in der Dachhaut gekommen ist. Diese wiederum machen vor allem die Herstellung einer neuen Dacheindeckung erforderlich." Mit Schriftsatz vom 07.10.2019, S. 11 ergänzt sie den Vortrag dahin, dass der Zeuge Z. bekunden könne, dass sich "in der Folgezeit" nach dem Eingriff der Klägerin "dann Risse im Dach gebildet" hätten, und um den Beweisantritt eines Sachverständigengutachtens. Die Klägerin hat den Vortrag bestritten (Schriftsatz vom 30.10.2019).*

*Abgesehen davon, dass der neue Vortrag zur Unterlegung der Erforderlichkeit der Maßnahme der Neueindeckung und damit zur Begründung einer Zahlungsforderung entsprechend Rechnung B 5 wegen nachlässigen Unterlassens des Vortrags in erster Instanz (eines gerichtlichen Hinweises bedurfte es nach dem Schriftsatz der Klägerin vom 11.01.2017 nicht) nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückzuweisen wäre, ist er bereits nicht schlüssig. Die Beklagte hat sich selbst*

*auf die Feststellungen des Sachverständigen L. berufen. Dieser hat nach Orts-termin am 08.08.2013 in seiner "Gutachterlichen Stellungnahme" vom 15.08.2013 (s. etwa B 8) ausgeführt, dass "sichtbare Schäden an der Dacheindeckung .. infolge des Rückbaus der aussteifenden Holzstützen und Balken nicht zu erkennen" seien. Der Vortrag, dass sich "in der Folgezeit" Risse gebildet hätten, ist daher widersprüchlich und zudem auch unsubstantiiert. Ebenso ist es ein - nicht erheblicher - Vortrag ins Blaue hinein, dass es erst nach den Arbeiten der Klägerin am Dach zu Dachundichtigkeit gekommen sei und Ursache hierfür ein Austausch der Stützen gewesen sei. Dieser Vortrag steht in Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen, die dadurch geprägt sind, dass die Klägerin bereits am 22.07.2013 eine Undichtigkeit angezeigt (jedenfalls behauptet) hatte (Klage der hiesigen Beklagten vom 29.08.2013, S. 3 im Vorprozess), die hiesige Beklagte im Vorprozess mit Schriftsatz vom 10.01.2014, S. 3 jedenfalls alte "Durchlaufspuren" einräumte und es sich unstreitig um eine "alte Dachhaut" handelt (s. Schriftsatz der hiesigen Beklagten vom 19.03.2014 im Vorprozess und etwa Foto im Gutachten L.). Dass ein altes Pappschindel-Dach auch ohne äußere Einwirkungen undicht wird und zweckdienlich mit einem Blechdach zu überdecken ist, entspricht der Lebenserfahrung, so dass auch ein Anscheinsbeweis zugunsten der Beklagten nicht in Betracht kommt. Ihre Behauptung einer Ursächlichkeit durfte sie daher unter den gegebenen Umständen objektiv nicht für wahrscheinlich halten, so dass ein Fall der Behauptung ins Blaue vorliegt.*

*Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine etwaige Schadensersatzforderung im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO jedenfalls auch ganz erheblich wegen Vorteilsanrechnung "neu für alt" zu kürzen wäre. Nach Ablauf der üblichen Lebenszeit eines Bitumen-Schindeldaches würde ein Anspruch aus diesem Grund gänzlich ausscheiden.*

*c) Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 31.10.2019 noch Kosten "für die Wiederherstellung des Dachgeschosses" gemäß Angebot der Fa. D. über 12.652,40 EUR netto (Anl. B 10) (konkludent) zur Aufrechnung stellt, ist dies bereits aus prozessualen Gründen nicht beachtlich. Zum einen ist die Aufrechnung nach § 533 Nr. 2 ZPO unzulässig, da sie nicht auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Vielmehr handelt es sich um neuen Vortrag, der bereits in erster In-*

stanz hätte vorgebracht werden können, und der nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht berücksichtigt werden kann. Zum anderen verlieren zweitinstanzliche Änderungen und Erweiterungen des Streitstoffs - und zu diesen gehört auch eine neue Aufrechnung - entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO mit der Beschlusszurückweisung der Berufung ihre Wirkung (s. Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 522 Rn 37 m.N.).

3) Bezüglich der Kosten für die Gutachterliche Stellungnahme des Dipl.-Ing. L. von 844,90 EUR vermag der Senat nicht zu erkennen, dass es sich um notwendige Kosten zur Schadensfeststellung nach einer rechtswidrigen und schuldhaften Schädigung durch die Klägerin handelt. Es verbleibt dabei, dass der Austausch von Hölzern im Dachstuhl angesichts des - von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen, insbesondere schon von der hiesigen Klägerin im Vorprozess eingehend dargelegten - schlechten Zustands des Dachstuhls keine schädigende Handlung, sondern im Grundsatz eine Verbesserung darstellte. Zudem musste sich die Beklagte nicht zur Einholung eines Gutachtens herausgefordert sehen. Auch der Sachverständige L. hat eine nachteilige Veränderung der Statik nicht festgestellt, sondern lediglich nicht mit Sicherheit ausgeschlossen, da er zur Frage, ob die "neu eingebauten Holzquerschnitte die statisch erforderlichen Abmessungen haben", keine Aussage treffen konnte. Dass eine Abweichung (und kein Austausch "1 zu 1") vorliegt, hat die Beklagte nicht (substantiiert) behauptet. Der Senat hat auch bereits in seinem Urteil im Vorprozess vom 23.06.2016 (8 U 62/15), UA S. 9 darauf hingewiesen, dass der Einbau von Hölzern mit zu kleinem Querschnitt als Vortrag ins Blaue erscheine, zumal die (hiesige) Beklagte als Eigentümerin die Bauzeichnungen auswerten könne.

III. Nach Überzeugung des Senates ist hier eine mündliche Verhandlung nicht geboten im Sinne von § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO, auch wenn die Begründung des Senats für die Zurückweisung der Berufung mit der Argumentation des Landgerichts nicht gänzlich übereinstimmt. Abweichend von dem, was der Begründung in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (Bundestags-Drucksache 17/6406) zu entnehmen sein könnte, erfordert ein Wechsel der Begründung nicht in jedem Fall eine mündliche Berufungsverhandlung. Nach der Funktion des Verfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO ist eine erneute mündliche Verhandlung vielmehr nur dann geboten, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts auf eine umfassend neue rechtliche Würdigung gestützt wird und

*diese mit den Parteivertretern im schriftlichen Verfahren nicht sachgerecht erörtert werden kann (ebenso OLG Hamm, Beschl. v. 02.03.2012 - 20 U 228/11, VersR 2013, 604; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.02.2012 -10 U 817/11, VersR 2013, 708 - bei juris Rn 28; OLG Braunschweig, Beschl. v. 21.11.2018 - 10 U 90/18, juris Rn 217 f.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.11.2013 - 18 U 1/13, BeckRS 2013, 22588; Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 522 Rn. 40; Saenger/Wöstmann, ZPO, 8. Aufl., § 522 Rn 12.1). Das ist hier nach Überzeugung des Senats nicht der Fall. Dass die Prozessbeteiligten in erster Instanz im Rahmen der Frage der Aufrechenbarkeit mit den verjährten Gegenforderungen das Erfordernis einer Fristsetzung nach § 281 BGB vor Ablauf der Verjährung behandelt haben, während der Senat - für die Mehrzahl der Gegenforderungen - dem Landgericht im Ergebnis wegen Fehlens einer Ersetzungserklärung nach § 249 Abs. 2 BGB beitrifft, beinhaltet keine "umfassende" neue rechtliche Bewertung. Gleiches gilt für die Abweichung in der Begründung dahin, dass wegen eines Anspruchs auf Ersatz von Dacheindeckungskosten zwar eine Ersetzungsbefugnis im Schreiben vom 08.12.2013 ausgeübt worden sein mag, es insoweit jedoch an einem schlüssig dargelegten Anspruch fehlt. Letzteres war auch bereits Gegenstand einer Einwendung der Klägerin in erster Instanz. In beiden Punkten der abweichenden Begründung konnte die Sach- und Rechtslage auch sachgerecht mit den Parteien im schriftlichen Verfahren erörtert werden.“*

### **8.3 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>279</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>280</sup>.

---

<sup>279</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>280</sup> BGH v. 21.8.2018 - VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

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>281</sup>.

Wie der VIII. Senat in dem Rechtsentscheid vom 8. Juli 1982<sup>282</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>283</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>284</sup>). Für nicht preisgebundenen Wohnraum wurde erstmals durch das Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20.12.1982<sup>285</sup> eine Verzinsungspflicht für Mietkautions in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt, die am 1.1.1983 in Kraft trat (§ 550b Abs. 2 BGB aF<sup>286</sup>).

Da ein Vermieter von Wohnraum im Jahr 1966 rechtlich nicht zur Verzinsung der Mietkautions verpflichtet war, ist ein formularmäßiger Ausschluss der Verzinsung in einer solchen Fallgestaltung nicht zu beanstanden<sup>287</sup>.

Art. 229 § 5 EGBGB hat an diesen Gegebenheiten nichts geändert. Nach Satz 1 dieser Überleitungsvorschrift zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001<sup>288</sup> sind auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1.1.2002 entstanden

---

<sup>281</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

<sup>282</sup> BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, BGHZ 84, 345.

<sup>283</sup> BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, BGHZ 84, 345.

<sup>284</sup> BGBl. I S. 159.

<sup>285</sup> BGBl. I S. 1912.

<sup>286</sup> siehe BT-Drucks. 9/2079, S. 10 f.

<sup>287</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

<sup>288</sup> BGBl. I S. 3138.

sind, das BGB und bestimmte andere Gesetze in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Für Dauer-schuldverhältnisse, wie Wohnraummietverträge, gilt dies mit der Maßgabe, dass anstelle der in Satz 1 bezeichneten Gesetze vom 1.1.2003 an nur das BGB in der dann geltenden Fassung anzuwenden ist (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB). Dem geht jedoch die vom Gesetzgeber geschaffene spezielle Übergangsregel des Art. 229 § 3 Abs. 8 EGBGB vor<sup>289</sup>.

Auch die Auslegung des Art. 229 § 3 Abs. 8 EGBGB gebietet, wie durch das Urteil des Senats vom 11.3.2009<sup>290</sup> geklärt ist, im vorliegenden Fall nicht die Zulassung der Revision<sup>291</sup>.

Zwar erlegt § 551 Abs. 3 Satz 1 BGB (in der Fassung des Gesetzes zur Neu-gliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts [Mietrechtsreformgesetz] vom 19. Juni 2001<sup>292</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.

Obgleich § 551 BGB mit Wirkung seit dem 1.9.2001 grundsätzlich auch auf zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Mietverhältnisse anzuwenden ist<sup>293</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>294</sup>.

#### **8.4 Bürgschaft auf erstes Anfordern und Verjährung**

Ein Rückforderungsrecht des Hauptschuldners aus der Sicherungsabrede besteht, wenn der Bürgschaftsfall nicht eingetreten ist<sup>295</sup>. Dieser Anspruch kann

---

<sup>289</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>290</sup> BGH v. 11.3.2009 – VIII ZR 184/08, NJW 2009, 1673.

<sup>291</sup> BGH v. 21.8.2018 – VIII ZR 92/17, WuM 2018, 752 = GE 2018, 1453.

<sup>292</sup> BGBl. I S. 1149.

<sup>293</sup> BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 243/03, NJW 2004, 3045 unter II 1 a.

<sup>294</sup> so BT-Drucks. 14/4553, S. 77.

<sup>295</sup> BGH v. 24.10.2002 - IX ZR 355/00, MDR 2003, 280 = NJW 2003, 352.

auch auf Bereicherungsrecht gestützt werden<sup>296</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>297</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>298</sup>.

Unbenommen hiervon bleiben in diesem Fall aber Schadenersatzansprüche des Hauptschuldners gegen den Gläubiger wegen schuldhafter Verletzung von Vertragspflichten<sup>299</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

---

<sup>296</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>297</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>298</sup> BGH v. 17.2.1989 – XI ZR 65/88, MDR 1989, 634 = NJW 1989, 1480.

<sup>299</sup> Staudinger/Norbert Horn, (2012) Vorbem zu §§ 765-778 BGB Rz. 38.

seiner Aufwendungen erhalten, kann der Hauptschuldner in Höhe der vertragswidrig angeforderten Bürgenleistungen Zahlung an sich verlangen<sup>300</sup>.

Dies gilt auch für verjährte Forderungen<sup>301</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>302</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>303</sup>.

## 9 Modernisierungsankündigung

### 9.1 Anforderung bei energetischer Modernisierung

Gemäß § 555d Abs. 1 BGB hat der Mieter Modernisierungsmaßnahmen i.S.d. § 555b BGB zu dulden, wobei der Vermieter dem Mieter die Maßnahmen nach § 555c BGB anzukündigen hat. Die letztgenannte Vorschrift ist gemäß Art. 229 § 49 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auf das gegenständliche Mietverhältnis in der vom 1. Mai 2013 bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung des Gesetzes über die energetische Sanierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln vom 11. März 2013<sup>304</sup> (im Folgenden: BGB aF) anzuwenden, weil das Mietverhältnis am 31. Dezember 2018 bereits entstanden und den Beklagten das Ankündigungsschreiben vor diesem Datum zugegangen war.

Gemäß § 555c Abs. 1 Satz 1 BGB aF hat der Vermieter dem Mieter eine Modernisierungsmaßnahme spätestens drei Monate vor ihrem Beginn in Textform

---

<sup>300</sup> BGH v. 24.10.2002 - IX ZR 355/00, MDR 2003, 280 = NJW 2003, 352.

<sup>301</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>302</sup> OLG Oldenburg v. 9.3.2017 – 11 U 104/17, MietRB 2018, 361 m.w.N.

<sup>303</sup> BGH v. 17.2.1989 – XI ZR 65/88, MDR 1989, 634 = NJW 1989, 1480.

<sup>304</sup> BGBl. I S. 434.

anzukündigen. Die Ankündigung muss gemäß § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB aF Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen (Nr. 1), den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme (Nr. 2), den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung, sofern eine Erhöhung nach § 559 BGB verlangt werden soll, sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten (Nr. 3) enthalten.

Für Maßnahmen der energetischen Modernisierung bedarf es vor diesem Hintergrund der Information des Mieters über diejenigen Tatsachen, die es ihm ermöglichen, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahme auf den Mietgebrauch abzuschätzen sowie, ggfs. mit sachverständiger Hilfe, vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten baulichen Maßnahmen voraussichtlich zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden. Insoweit können jedoch an die Ankündigung nach § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB aF keine grundlegend weitergehenden Anforderungen gestellt werden als an ein Mieterhöhungsverlangen aufgrund einer zuvor durchgeführten energetischen Modernisierung<sup>305</sup>.

Die Interessenlage ist jedenfalls insoweit vergleichbar, als der Mieter auch bei einer Ankündigung nach § 555c Abs. 1 BGB aF (wie auch in der aktuellen Fassung) in seine Überlegungen über die Geltendmachung von Gegenrechten regelmäßig einbeziehen wird, ob die angekündigte Maßnahme eine Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB darstellt und in welchem Verhältnis die zu erwartenden positiven Auswirkungen der baulichen Maßnahmen auf die Mietsache zu den nachteiligen Folgen, die mit der Duldung einhergehen, stehen<sup>306</sup>.

Diesen Anforderungen wird die hier vorgenommene Ankündigung auch bezüglich der energetischen Dachsanierung gerecht. Insbesondere ergibt sich aus ihr nicht nur, welche Arbeiten im Einzelnen durchgeführt werden sollen, sondern ebenso, welches Energiesparpotential durch die geplanten Arbeiten erreicht werden soll.

---

<sup>305</sup> vgl. dazu BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 18; BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rz. 9; BGH v. 12.3.2003 - VIII ZR 175/02, WuM 2004, 154 unter II 2 a; jeweils zum Mieterhöhungsverlangen.

<sup>306</sup> BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 332/18, MDR 2020, 215 = WuM 2020, 80 = ZMR 2020, 393.

Denn aus dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen zur Dachsanierung und der Anbringung eines Wärmeverbundsystems an der Fassade wird deutlich, dass es sich um ein bisher nicht isoliertes oder wärmegeprägtes Gebäude handelt, bei dem durch die nunmehr geplanten und aufeinander abgestimmten Maßnahmen an der Fassade, an den Fenstern und am Dach eine vollständige Isolierung der gesamten Haushülle ohne Wärmebrücken erreicht und auf diese Weise in erheblichem Umfang Energie eingespart werden soll. Dazu wird auf der zweiten Seite der Modernisierungsankündigung konkret mitgeteilt, dass durch die Montage des Wärmeverbundsystems, der Dachgeschossdämmung, der Sockeldämmung und des Fensteraustauschs eine Senkung des Wärmedurchgangskoeffizienten (U-Wert) von 1,0 auf 0,2 erreicht werde. Damit ist die geplante energetische Modernisierung und die dadurch zu erwartende Energieeinsparung ausreichend beschrieben<sup>307</sup>.

Es ist daher unschädlich, dass die nähere Schilderung der zur Dachgeschossdämmung geplanten Maßnahmen auf der dritten Seite der Ankündigung nicht noch zusätzliche konkrete Angaben zu den allein durch die Wärmedämmmaßnahmen am Dach zu erwartende Energieeinsparung enthält. Derartige zusätzliche Angaben sind auch nicht zum Schutz des Mieters erforderlich, etwa um abschätzen zu können, ob er sich die Wohnung nach der Modernisierung noch leisten können<sup>308</sup>. Denn bezüglich der künftig durch die Isolierung der gesamten Gebäudehülle zu erwartenden Energieeinsparung genügt die Bezugnahme auf anerkannte Pauschalwerte, die in der Ankündigung der Klägerin (ebenso wie die voraussichtliche künftige Mieterhöhung) enthalten ist.

Von Rechtsfehlern beeinflusst ist auch die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, eine nur bezüglich einer einzelnen Teilmaßnahme nicht ordnungsgemäße Modernisierungsankündigung hätte zur Folge, dass die Beklagten auch sämtliche übrigen Instandhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen nicht hinzunehmen hätten, deren Duldung die Klägerin im vorliegenden Verfahren - ausschließlich - begehrt.

---

<sup>307</sup> BGH v. 18.12.2019 – VIII ZR 332/18, MDR 2020, 215 = WuM 2020, 80 = ZMR 2020, 393.

<sup>308</sup> BGH v. 18.12.2019 – VIII ZR 332/18, MDR 2020, 215 = WuM 2020, 80 = ZMR 2020, 393.

Soweit sich das Berufungsgericht auf den Senatsbeschluss vom 21. November 2017<sup>309</sup> beruft, hat es verkannt, dass Gegenstand jenes Verfahrens - anders als hier - nicht eine bloße Instandsetzung und Modernisierung eines vorhandenen Gebäudes war, sondern der dortige Vermieter ein Gesamtkonzept weitreichender, den Charakter der Mietsache grundlegend verändernder Maßnahmen plante, die weitgehend einem Neubau, insbesondere durch Teilabriss und Hinzufügung neuer Räume gleichkamen<sup>310</sup>. Angesichts dessen war in jenem Fall unklar, ob einzelne in die Planung eines vollständigen Umbaus des Mietobjekts eingebettete Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen, deren Duldung grundsätzlich hätte verlangt werden können, auch unabhängig von der Umsetzung des nicht zu dulddenden Gesamtkonzeptes umgesetzt werden sollten (beziehungsweise konnten). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt die Tatsache, dass die Klägerin in ihrer Modernisierungsankündigung vom 28. Januar 2015 - entsprechend den gesetzlichen Vorgaben in § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB - einen Zeitplan und eine Gesamtdauer für die vorgesehenen Maßnahmen mitgeteilt hat, nicht den Schluss zu, dass sie bei Herausfallen einer einzelnen Maßnahme die übrigen nicht durchführen wolle. Ohnehin wird sich ein voraussichtlicher Zeitplan häufig nicht einhalten lassen, etwa wenn es wegen der Weigerung von Mietern oder aus technischen Gründen zu Verzögerungen kommt.

## 9.2 Inhaltliche Anforderungen

Gemäß § 555d Abs. 1 BGB hat der Mieter Modernisierungsmaßnahmen i.S.d. § 555b BGB zu dulden, wobei der Vermieter dem Mieter die Maßnahmen nach § 555c BGB anzukündigen hat. Die letztgenannte Vorschrift ist gemäß Art. 229 § 49 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auf das gegenständliche Mietverhältnis in der vom 1. Mai 2013 bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung des Gesetzes über die energetische Sanierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln vom 11. März 2013<sup>311</sup> anzuwenden, weil das Mietverhältnis am 31. Dezember 2018 bereits entstanden und der Beklagten das Ankündigungsschreiben vor diesem Datum zugegangen war.

---

<sup>309</sup> VIII ZR 28/17, NJW 2018, 1008 Rz. 13 ff.

<sup>310</sup> BGH v. 18.12.2019 – VIII ZR 332/18, MDR 2020, 215 = WuM 2020, 80 = ZMR 2020, 393.

<sup>311</sup> BGBl. I S. 434; im Folgenden: BGB aF.

Gemäß § 555c Abs. 1 Satz 1 BGB aF hat der Vermieter dem Mieter eine Modernisierungsmaßnahme spätestens drei Monate vor ihrem Beginn in Textform anzukündigen. Die Ankündigung muss gemäß § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB aF Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen (Nr. 1), den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme (Nr. 2), den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung, sofern eine Erhöhung nach § 559 BGB verlangt werden soll, sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten (Nr. 3) enthalten.

Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Mietrechtsreform im Jahr 2001 ausdrücklich gegen zu strenge Anforderungen an den Inhalt von Modernisierungsankündigungen des Vermieters ausgesprochen und die zuvor vertretenen Maßstäbe abgesenkt<sup>312</sup>. Hieran sollte sich auch unter der Geltung des § 555c BGB aF nichts ändern<sup>313</sup>.

Danach ist der Mindestinhalt der Modernisierungsankündigung einerseits an dem Informationsbedürfnis des Mieters auszurichten. Diesem soll durch die Vermittlung zureichender Kenntnis eine sachgerechte Beurteilung der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme ermöglicht werden, insbesondere hinsichtlich seiner Duldungspflicht, der für ihn zu treffenden Maßnahmen und der gegebenenfalls zu ziehenden vertragsrechtlichen Konsequenzen<sup>314</sup>. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass die Mitteilungspflichten nicht darauf abzielen, die Befugnis des Vermieters zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB) einzuschränken, sondern dass sie dem Mieter hierbei lediglich einen ergänzenden Schutz gewähren sollen<sup>315</sup>. Die Verwirklichung dieses ergänzenden Schutzes darf nicht so weit gehen, dass einem Vermieter die Durchführung gesetzlich zulässiger Modernisierungsmaßnahmen durch eine Handhabung der Mitteilungsanforderungen erschwert wird, die über das zum Schutz

---

<sup>312</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f., 49 f.; BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 28; jeweils zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

<sup>313</sup> vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 20.

<sup>314</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f.; BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 30; jeweils zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

<sup>315</sup> BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

des Mieters gebotene Maß hinausgeht und hierdurch den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt<sup>316</sup>.

Für Maßnahmen der energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) bedarf es vor diesem Hintergrund - vergleichbar mit den an ein entsprechendes Mieterhöhungsverlangen zu stellenden Anforderungen (§ 559b Abs. 1 BGB) - der Information des Mieters über diejenigen Tatsachen, die es ihm ermöglichen, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahme auf den Mietgebrauch abzuschätzen sowie, gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe, (überschlägig) vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten baulichen Maßnahmen voraussichtlich zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden<sup>317</sup>.

Diesen Anforderungen wird die hier vorgenommene Ankündigung gerecht<sup>318</sup>. Insbesondere ergibt sich aus ihr hinreichend deutlich, welche Arbeiten im Einzelnen beabsichtigt sind und inwieweit die baulichen Maßnahmen zu einer nachhaltigen Einsparung von Endenergie bezogen auf die Wohnung der Beklagten führen sollen.

Das Ankündigungsschreiben stellt den Umfang der Baumaßnahmen sowie deren Auswirkungen auf den Mietgebrauch ausreichend dar.

Hiernach ist für sämtliche Wohnungen, also auch die Wohnung der Beklagten, geplant, diese an die neu zu installierende Zentralheizung mit Gas-Brennwertkessel anzuschließen und sie zugleich unter Ausbau der Gasthermen und Austausch des Gasherds gegen einen Elektroherd vom Gasnetz zu trennen. Die Verbindung soll über eine "Wohnungsstation" erfolgen, die über isolierte Leitungsstränge mit der Zentralheizung verbunden werden soll. In den Wohnungen ist ein Austausch der vorhandenen Heizkörper gegen Plattenheizkörper sowie deren Anschluss an die "Wohnungsstation" durch verkleidete Ringleitungen unter Rückbau der sichtbaren Heizungsrohre geplant. Die Regelung der Heizung soll künftig über ein Thermostat erfolgen. Hierdurch wird - insbesondere im Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen zur voraussichtlichen

---

<sup>316</sup> vgl. BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 31 m.w.N. zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

<sup>317</sup> vgl. BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 332/18, NZM 2020, 281 Rz. 26; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 18 m.w.N. [zur Mieterhöhungserklärung].

<sup>318</sup> BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

Dauer und Organisation der Umsetzung - der Umfang der geplanten Arbeiten und deren voraussichtliche Auswirkung auf den Mietgebrauch sämtlicher Wohnungen hinreichend umrissen.

Die Ankündigung ermöglicht der Beklagten - gegebenenfalls unter Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe - auch überschlägig zu beurteilen, ob der Einbau einer Gaszentralheizung eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie gerade in Bezug auf ihre Wohnung bewirken wird. Denn aus der "Berechnung der Energieeinsparung", welche der Modernisierungsankündigung als Anlage beigefügt war, ergibt sich, dass für sämtliche betroffenen Wohnungen der Gebäudekomplexe eine dauerhafte Reduktion der Endenergie von aktuell insgesamt 213.970 kWh im Jahr auf (künftig) 189.375 kWh im Jahr geplant sei. Damit ist vorliegend die Energieeinsparung hinreichend erläutert, in deren Folge - bezogen auf alle Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 1.186,88 m<sup>2</sup> - eine Reduktion der Verbrauchskosten um 0,08 €/m<sup>2</sup> Wohnfläche im Monat erreicht werden soll.

Diese Berechnung ist nicht deshalb "unbrauchbar", weil es ihr an einem konkreten Bezug zur Wohnung der Beklagten fehlt. Dieser Bezug kann vorliegend unschwer hergestellt werden. Der Beklagten ist es anhand der Berechnung möglich, aus der für alle Wohnungen prognostizierten Energieersparnis von 24.595 kWh im Jahr (213.970 kWh/a - 189.375 kWh/a) anhand der Gesamtzahl der Quadratmeter (1.186,88 m<sup>2</sup>), auf die diese Ersparnis entfällt, die auf ihre 76,21 m<sup>2</sup> große Wohnung entfallende prognostizierte jährliche Energieersparnis zu errechnen. Diese beläuft sich auf 1.579,25 kWh im Jahr (24.595 kWh/a ÷ 1.186,88 m<sup>2</sup> x 76,21 m<sup>2</sup>).

Auch dem Berufungsgericht war es auf Grundlage der gemachten Angaben ohne weiteres möglich, für die Wohnung der Beklagten eine konkrete monatliche Heizkosteneinsparung von 6,10 € zu errechnen. Ob dies im Ergebnis "keine signifikante, geschweige denn eine deutliche Ersparnis" darstellt, ist im Rahmen der Prüfung der formellen Ordnungsgemäßheit der Ankündigung nach § 555c BGB ohne Bedeutung<sup>319</sup>.

---

<sup>319</sup> BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

Einen weiteren Anhaltspunkt zur Plausibilitätsprüfung der mitgeteilten Energieeinsparung bietet zudem der für die Versorgung mit Heizenergie und Warmwasser für die Zukunft geschätzte Nebenkostenvorschuss von 1,50 €/m<sup>2</sup>, der für die Wohnung der Beklagten künftig in Höhe von 114,32 € (1,50 €/m<sup>2</sup> x 76,21 m<sup>2</sup>) erhoben werden soll und den die Klägerin gemäß § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BGB angegeben hat. Diesen kann die Beklagte - unter Einbeziehung der eigenen Wohnverhältnisse und des eigenen Verbrauchsverhaltens - mit den bisher für die Versorgung mit Gas aufgewandten Kosten vergleichen.

Die Modernisierungsankündigung ist auch nicht deshalb unzureichend, weil die Klägerin die tatsächlich vorhandene Ausstattung der Beklagtenwohnung und die damit einhergehenden Verbräuche nicht berücksichtigt beziehungsweise angegeben hat. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Wohnung der Beklagten über einen baulichen Zuschnitt bzw. über Ausstattungsmerkmale verfügt, welche von denjenigen anderer Wohnungen in den Gebäudekomplexen derart abweichen, dass der Beklagten eine Prüfung der mitgeteilten Energieeinsparung auf Plausibilität nicht möglich wäre. Allein ihre Lage im zweiten Obergeschoss des Anwesens stellt eine solche Besonderheit nicht dar. Das Berufungsgericht führt - ebenso wie die Revisionserwiderung - nicht aus, welche "tatsächlichen Gegebenheiten der Beklagtenwohnung", die für die anzustellende Plausibilitätsprüfung einer Energieersparnis relevant und der Beklagten nicht ebenso bekannt wären bzw. bekannt sein müssten, seitens der Klägerin anzugeben seien. Über den individuellen Energieverbrauch der Beklagten hat die Klägerin keine Kenntnis, da dieser direkt mit dem Energieversorger abgerechnet wird.

Aufgrund der vorgelegten Berechnung bedurfte es vorliegend auch nicht der Angabe der konkreten Wirkungsgrade der alten sowie der neuen Heizungsanlage<sup>320</sup>.

Soweit das Berufungsgericht auch bezüglich des Austauschs des Gasherds durch einen Elektroherd eine wirksame Modernisierungsankündigung verneint, verkennt es, dass es sich hierbei nach dem von der Klägerin angekündigten Gesamtkonzept um eine notwendige Begleitmaßnahme der Heizungsmodernisierung handelt.

---

<sup>320</sup> BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

Ausweislich der Ankündigung werden infolge des Wegfalls der Gasetagenheiten die bisherigen Gasleitungen aus den Mieteinheiten entfernt, so dass der Betrieb eines Gasherds nicht mehr möglich ist. Damit sind dem Mieter der Umfang und die Auswirkungen der Modernisierungsmaßnahme für seinen Mietgebrauch hinlänglich dargelegt. Der vom Berufungsgericht auch insoweit vermissen Angabe einer Energieeinsparung bedarf es insoweit daher schon im Ansatz nicht.

### 9.3 Verfrühte Modernisierungsankündigung

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>321</sup> dient die Mitteilungspflicht dem Schutz des Mieters vor der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen. Denn der Mieter soll sich durch eine Kündigung vor Beginn der Maßnahmen den Beeinträchtigungen durch deren Durchführung entziehen bzw. durch das Geltendmachen eines Härtefalles i.S.v. § 555d BGB deren Durchführung verhindern können.

Nach § 555d Abs.3 S.1 BGB hat der Mieter dem Vermieter Umstände, die eine Härte im Hinblick auf die Duldung der Modernisierungsmaßnahme begründen, bis zum Ablauf des Monats, der auf den Zugang der Modernisierungsankündigung folgt, in Textform mitzuteilen. Nach Fristablauf können Umstände, die eine Härte im Hinblick auf die Duldung begründen, noch berücksichtigt werden, wenn der Mieter ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war und er dem Vermieter die Umstände sowie die Gründe der Verzögerung unverzüglich in Textform mitteilt (§ 555d Abs.4 S.1 BGB). Daraus ergibt sich, dass die Mieterpflichten in Bezug auf das Geltendmachen eines Härtefalles im Hinblick auf die Duldung der Modernisierungsmaßnahme nicht zwingend erfordern, dass die Modernisierungsmaßnahme möglichst zeitnah vor ihrem Beginn mitgeteilt wird. Denn wenn sich für den Mieter erst nach Ablauf der Frist zur Geltendmachen eines Härtefalles Umstände ergeben, die er bei Ankündigung der Modernisierungsmaßnahme noch nicht absehen konnte, sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, dass der Mieter den Härtefall nach dem Bekanntwerden der ihn begründenden Umstände unverzüglich mitteilen kann. Allerdings verschlechtert sich dadurch seine prozessuale Situation, weil er zusätzlich beweisen muss, dass er zu einer früheren Geltendmachung schuldlos nicht in der Lage war.

---

<sup>321</sup> vgl. BGH v.19.9.2007 - VIII ZR 6/07, MDR 2007, 1413 = WuM 2007, 630 Rz. 15.

Nach § 555e Abs.1 S.1 BGB kann der Mieter das Mietverhältnis außerordentlich zum Ablauf des übernächsten Monats nach Zugang der Modernisierungsankündigung kündigen. Der Gesetzgeber hat dem Mieter damit neben seinem ordentlichen Kündigungsrecht gemäß § 573c Abs. 1 BGB mit einer ähnlichen zeitlichen Struktur ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt. Soweit die Musterbeklagte die Auffassung vertritt, es bedürfe eines Sonderkündigungsrechts bei einer Ankündigung deutlich vor Beginn der Mindestfrist nicht, weil der Mieter „schlicht“ ordentlich kündigen könne, teilt der Senat<sup>322</sup> diese Auffassung nicht. Denn die Musterbeklagte lässt außer Acht, dass nach wie vor die Möglichkeit der zeitlichen Befristung von Mietverhältnissen besteht. Ein zeitlich befristetes Mietverhältnis kann unter Ausschluss des Rechts des Mieters zur ordentlichen Kündigung durch Individualvereinbarung begründet werden<sup>323</sup>. Bezeichnend ist, dass die Musterbeklagte nach dem Wortlaut ihrer Ankündigung von Modernisierungsmaßnahmen vom 27.12.2018 selbst die Notwendigkeit gesehen hat, zugunsten der Mieter die - wie sie es formuliert hat - gesetzliche Kündigungsfrist zu verlängern. Im vorliegenden Fall kommt es allerdings nicht auf die Frage an, ob das Kündigungsrecht i.S.v. § 555e BGB durch eine längerfristige Ankündigungsmöglichkeit tatsächlich „sinnentleert“ würde<sup>324</sup>, sondern darauf, ob die hier streitigen Ankündigungen als ordnungsgemäß i.S.v. Art. 229 § 49 Abs. 1 S. 2 EGBGB gelten können, so dass sich die Mieterhöhung durch die Beklagte nach altem Recht richten kann.

Entsprechend muss der Senat nicht der Frage nachgehen, ob das Sonderkündigungsrecht infolge der verfrühten Ankündigung entsprechend § 555d Abs. 3 S. 2 BGB, auf den in § 555e Abs. 2 BGB gerade nicht verwiesen wird, fristungebunden ausgeübt werden könnte.

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn und zur Anpassung der Regelungen über die Modernisierung der Mietsache (Mietrechtsanpassungsgesetz - MietAnpG) vom 1. Oktober 2018 heißt es, dass die neuen Bestimmungen zur Mieterhöhung wegen Modernisierungsmaßnahmen im Regelfall auch für bei Inkrafttreten bereits bestehende Mietverhältnisse gelten sollten. Erfolge der Zu-

---

<sup>322</sup> OLG München v. 15.10.2019 – MK 1/19, MDR 2020, 87 = WuM 2019, 624 = ZMR 2020, 30.

<sup>323</sup> vgl. statt aller Palandt/*Weidenkaff*, 78. Aufl., § 573c BGB Rz. 3 m.w.N.

<sup>324</sup> s.a. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 555c BGB Rz. 37.

gang der Mitteilung nach § 555c Abs.1 S.1 BGB noch unter Geltung des alten Rechts, sei für die Duldung als auch für die Mieterhöhung wegen Modernisierung das bislang geltende Recht maßgeblich. Entspreche die Modernisierungsankündigung nicht den Anforderungen des § 555c Abs. 1 S. 1 BGB, sei der Vermieter nicht schutzwürdig. In diesem Falle sei das bisher geltende Recht nur dann maßgeblich, wenn die Mieterhöhungserklärung noch unter Geltung des alten Rechts zugegangen sei<sup>325</sup>.

Danach kommt es dem Gesetzeswortlaut entsprechend darauf an, ob die Modernisierungsankündigung § 555c Abs. 1 S. 1 BGB entspricht, also ordnungsgemäß ist, nicht aber, ob die Musterbeklagte ihre Ankündigung durch vorderründig gezeigtes Entgegenkommen gegenüber ihren Mietern den Erfordernissen des § 555 c Abs. 1 S. 1 BGB angepasst hat, um noch in den Genuss einer Mieterhöhung nach altem Recht zu kommen. Denn Sinn der Übergangsregelung kann es nur sein, durch die Ausnahmeregelung Härtefälle bei bereits abgeschlossenen Planungen und bevorstehendem Baubeginn zu vermeiden.

Die Pflicht zur Ankündigung von Modernisierungsmaßnahmen ist über einen Gesetzentwurf des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wohnverhältnisse (Wohnungsmodernisierungsgesetz-WoModG) vom 07.01.1976, dort §°14 Änderung des BGB, Neufassung von § 541 a) zunächst in den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 07.01.1976 eines Gesetzes zur Förderung von Modernisierung von Wohnungen (Wohnungsmodernisierungsgesetz-WoModG) statt des zunächst anders lautenden § 20 des Gesetzes zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen und von Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie (Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz-ModEnG) eingefügt worden, wie sich aus dem Antrag des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 11.06.1976 ergibt<sup>326</sup>.

Die Vorschrift wurde später über den Entwurf des Bundesrats eines Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen in § 541b BGB überführt<sup>327</sup>. Die Ursache dafür, dass die Vorschrift zunächst nur für öffentlich geförderte Modernisierungen, nicht aber allgemein im BGB galt, dürfte darin gelegen haben,

---

<sup>325</sup> BT-Drs. 19/4672, S. 35.

<sup>326</sup> BT-Drs. 7/5374, S. 8.

<sup>327</sup> vgl. BT-Drs. 9/790 vom 07.09.1981 und BGBl. 1982 I, 1912.

dass sich der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wegen Arbeitsüberlastung am Ende der 7. Legislaturperiode nicht in der Lage sah, die rechtlichen und sachlichen Auswirkungen der beabsichtigten Änderung des § 541a BGB noch in der laufenden Legislaturperiode zu überprüfen<sup>328</sup>. Zum Zeitpunkt der Einbringung des Gesetzentwurfes galt gemäß § 565 BGB Abs. 2 a.F. dieselbe ordentliche Kündigungsfrist wie heute. Ebenso konnte für befristete Mietverhältnisse die ordentliche Kündigung ausgeschlossen werden<sup>329</sup>. Nach § 20 Abs. 4 ModEnG durfte ebenso wie heute gem. § 555e Abs.3 BGB von dem Kündigungsrecht nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden, wie dies später auch § 541 b Abs.4 BGB aF vorsah. Dementsprechend heißt es bei Staudinger/Emmerich<sup>330</sup>, dass es sich um ein außerordentliches Kündigungsrecht handele, damit spiele es keine Rolle, ob das Mietverhältnis auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen worden sei. Über den Entwurf der BReg eines Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz vom 09.11.2000 wurde in dem neu formulierten § 554 Abs.3 BGB die Frist für die Mitteilung der Modernisierungsmaßnahme von zwei auf drei Monate verlängert (Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts [Mietrechtsreformgesetz] vom 19.08.2001<sup>331</sup>). Im Gesetzentwurf heißt es, durch die Einfügung des Wortes „spätestens“ werde klargestellt, dass auch frühere Mitteilungen, soweit sie den inhaltlichen Anforderungen genügten, wirksam sein könnten. Durch die Fristverlängerung entstehe ein sinnvoller Gleichlauf zur Kündigungsfrist des Sonderkündigungsrechts<sup>332</sup>. In Absatz 3 Satz 2 werde wegen der vereinheitlichten Terminologie für die verschiedenen Kündigungsrechte das Wort „außerordentlich“ eingefügt, um die Art der Kündigung deutlicher als bisher zu kennzeichnen.

Daraus ergibt sich, dass nach der Gesetzssystematik, aber auch dem Willen des Gesetzgebers die Modernisierungsankündigung mindestens 3 Monate vor Beginn der Maßnahme erfolgen soll<sup>333</sup>. Gleichzeitig steht aber wegen der Einräumung des außerordentlichen Kündigungsrechts für den Mieter mit einer Frist

---

<sup>328</sup> so jedenfalls der Abgeordnete Dr. Böger, BT-Prot. 7/7912 B.

<sup>329</sup> vgl. etwa Palandt/*Putzo*, 35. Aufl. (1976), § 564 Anm. 2 BGB.

<sup>330</sup> 12. Aufl. (1981), § 541a BGB Rz. 37b.

<sup>331</sup> BGBl. I, 1149.

<sup>332</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 49 re. Sp.

<sup>333</sup> OLG München v. 15.10.2019 – MK 1/19, MDR 2020, 87 = WuM 2019, 624 = ZMR 2020, 30.

von annähernd 2 Monaten nach Zugang der Ankündigung fest, dass ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Ankündigung und dem Beginn der Maßnahmen bestehen muss, weil es für den Mieter möglich sein muss, unter Berücksichtigung seiner aktuellen Lebenssituation eine Entscheidung über sein außerordentliches Kündigungsrecht zu treffen. Unabhängig davon, dass der überwiegenden Mehrzahl der Mieter ein ordentliches Kündigungsrecht mit nahezu gleicher Effizienz zur Verfügung steht, ist es der gesetzgeberische Wille, dass dieses Recht auch Mietern zu Gebote steht, für die die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Insofern mag eine Ankündigung einige Monate vor Beginn der Maßnahmen unter dem Aspekt der rechtzeitigen Ausübung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung noch ausreichend sein, das gilt aber nicht, wenn selbst nach der mitgeteilten Planung der Maßnahmebeginn gut 11 Monate nach Zugang der Ankündigung erfolgen soll. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Übergangsregelung in Art. 229 § 49 Abs. 1 S. 2 EGBGB Anwendung in Fällen Anwendung finden soll, in denen sich der Vermieter Ende 2018 noch deutlich in der planenden Phase befand und die nicht unmittelbar bevorstehenden Modernisierungsarbeiten kurz vor Jahresabschluss ankündigt, um trotz nicht abgeschlossener Planungsarbeiten in den Genuss der Anwendung des bis zum Jahresende 2018 geltenden Rechts zu kommen. Denn dann würde die als Ausnahme konzipierte Regelung der Anwendung alten Rechts zum Regelfall.

## **10 Mieterhöhung**

### **10.1 nach § 558 BGB**

#### **10.1.1 rechtliche Einordnung der Klagefrist (Änderung der Rechtsprechung)**

Bisher hat der VIII. Senat des BGH vertreten, dass die Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung unzulässig ist, wenn ihr ein wirksames Mieterhöhungsverlangen nicht vorausgegangen ist<sup>334</sup>. An dieser Rechtsprechung hält er nicht länger

---

<sup>334</sup> BGH v. 20.9.1982 - VIII ARZ 1/82, BGHZ 84, 392 (399) [zu § 2 Abs. 2 MHG]; BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NZM 2004, 581 unter II 4 [zu § 2 Abs. 2 MHG]; BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NJW-RR 2006, 1305 Rz. 6; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 18; BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173 Rz. 13; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 12; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 190/17, WuM 2018, 509 Rz. 11 jeweils zu § 558a BGB und/oder § 558b Abs. 2 BGB.

fest<sup>335</sup>. Richtigerweise ist die Frage der Einhaltung der Förmlichkeiten des Verfahrens auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung durch den Vermieter nach § 558a BGB (Erklärung und Begründung des Erhöhungsverlangens in Textform) und § 558b Abs. 2 BGB (Fristen zur Erhebung der Zustimmungsklage) insgesamt dem materiellen Recht zuzuordnen und betrifft deshalb die Begründetheit und nicht die Zulässigkeit der Klage.

Die bisherige Rechtsprechung ist - ohne dies näher zu begründen - davon ausgegangen, dass es sich bei den gesetzlichen Bestimmungen, wonach der Vermieter eine Klage auf Zustimmung zu einer begehrten Mieterhöhung erst nach Ablauf einer dem Mieter zu gewährenden Überlegungsfrist und nur innerhalb einer bestimmten sich daran anschließenden Klagefrist zu erheben berechtigt ist (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 MHG, seit dem 1. September 2001 § 558b Abs. 2 BGB), um dem Prozessrecht zuzuordnende Regelungen handelt und die genannten Fristen somit (besondere) Sachurteilsvoraussetzungen der Zustimmungsklage des Vermieters sind. Diese Einordnung hatte zur Folge, dass eine Zustimmungsklage auch dann als unzulässig abgewiesen wurde, wenn ihr ein wirksames Mieterhöhungsverlangen - also ein solches, das den gesetzlich vorgeschriebenen formellen Anforderungen nach § 558a BGB (früher § 2 Abs. 2 MHG) genügt - nicht vorausgegangen ist; denn in diesem Fall wurde die Überlegungsfrist nach § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) nicht ausgelöst<sup>336</sup>. Die genannten Fristen sind jedoch keine besonderen Sachurteilsvoraussetzungen.

Eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen lässt die Klageerhebung vor einem Zivilgericht nur innerhalb einer Frist zu. Diese Klagefristen - so auch jene nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB<sup>337</sup> - bezwecken eine möglichst rasche Klärung des Streits und eine alsbaldige Herstellung des Rechtsfriedens<sup>338</sup>. Die dem Mieter eingeräumte - der Klagefrist vorgeschaltete - Überlegungsfrist gemäß § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) dient dabei dem zusätzlichen Zweck, den Mieter vor den (Kosten-)Folgen einer voreilig erhobe-

---

<sup>335</sup> BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

<sup>336</sup> BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NZM 2004, 581.

<sup>337</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 56; BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

<sup>338</sup> Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 165.

nen - nach den materiellen Kriterien des § 558 BGB (früher § 2 Abs. 1 MHG) berechtigten - Zustimmungsklage zu schützen<sup>339</sup>.

Ob solche Klagefristen dem materiellen Recht oder dem Prozessrecht angehören, hängt in erster Linie von der Wirkung der jeweiligen Frist ab. Um materiellrechtliche Ausschlussfristen handelt es sich, wenn der Ablauf der betreffenden Klagefrist zum Erlöschen des subjektiven Rechts führt, während der Ablauf einer prozessualen Klagefrist den Verlust des Klagerechts der Partei (so etwa der Ablauf der Frist zur Erhebung einer Restitutionsklage gemäß § 586 Abs. 1 ZPO oder der Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen einen Schiedsspruch gemäß § 1059 Abs. 3 ZPO) zur Folge hat<sup>340</sup>.

Das Erlöschen des betreffenden subjektiven Rechts infolge des Ablaufs der gesetzlichen Frist zu dessen gerichtlicher Geltendmachung ordnet das Gesetz in manchen Fällen sogar ausdrücklich an (so etwa § 562b Abs. 2 Satz 2 BGB [Erlöschen des Vermieterpfandrechts], § 864 Abs. 1 BGB [Erlöschen von Ansprüchen wegen Besitzentziehung oder -störung], § 977 Satz 2 BGB [Erlöschen des Bereicherungsanspruchs nach Rechtsverlust], § 1002 Abs. 1 BGB [Erlöschen von Verwendungsersatzansprüchen des Besitzers]). In anderen Fällen ergibt sich diese (materielle) Rechtsfolge aus dem Zusammenspiel gesetzlicher Normen (so etwa bei der Frist zur Beantragung der Eheaufhebung gemäß § 1317 Abs. 1 Satz 1, § 1314 BGB - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BGH, Urteil vom 29. Juni 1957 - IV ZR 88/57, BGHZ 25, 66, 74; bei der Frist zur Anfechtung der Vaterschaft gemäß § 1600b Abs. 1 Satz 1, § 1600 BGB - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BeckOGK-BGB/Reuß, Stand 1. Februar 2020, § 1600b Rn. 26 mwN; bei der Frist für eine Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers gemäß §§ 4, 7 KSchG - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BAGE 150, 234, 236; 163, 24, 26 f.).

Auch die Gesetzessystematik oder der Zweck der jeweiligen Klagefrist können es gebieten, diese als Teil der materiellen Begründetheit der Klage zu behandeln<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> vgl. BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

<sup>340</sup> Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 169.

<sup>341</sup> so BGH v. 16.1.2009 - V ZR 74/08, BGHZ 179, 230 Rz. 8 f. [zu der Frist für eine Beschlussanfechtungsklage nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG]; BGH v. 14.3.2006 - VI ZR 335/04, NJW 2006, 2482 Rz. 15 [zu der Klagefrist für Ansprüche des Versicherungsnehmers nach deren

Nach diesen Grundsätzen sind die in § 558b Abs. 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 MHG) normierten Fristen für die Erhebung der Zustimmungsklage durch den Vermieter dem materiellen Recht zuzuordnen; die Nichteinhaltung dieser Fristen führt somit zur Abweisung der Klage als (derzeit) unbegründet und nicht als unzulässig<sup>342</sup>.

Denn der Ablauf der nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG) vorgeschriebenen Klagefrist hat zur Folge, dass das betreffende Erhöhungsverlangen des Vermieters als nicht gestellt gilt beziehungsweise als unwirksam angesehen wird<sup>343</sup>. Das bedeutet, dass die Annahmefähigkeit des Angebots auf Vertragsänderung, das der Vermieter in Form des Mieterhöhungsverlangens abgegeben hat, erlischt<sup>344</sup>. Hierbei handelt es sich um typisch materiell-rechtliche Auswirkungen eines Fristablaufs.

Die Einordnung der Klagefrist nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG) als Element der Klagebegründetheit bedingt, dass auch der Ablauf der dem Mieter eingeräumten Überlegungsfrist nach § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) als Voraussetzung für die Begründetheit der Zustimmungsklage zu qualifizieren ist. Denn die Überlegungsfrist ist der Klagefrist in der Weise vorgeschaltet, dass letztere erst durch den Ablauf der ersteren in Gang gesetzt wird. Dieser Wirkungszusammenhang gebietet die systematische Gleichbehandlung beider Fristen.

Für eine solche Einordnung spricht zudem, dass die Überlegungsfrist - wie oben bereits aufgezeigt - ihrem Zweck entsprechend nur durch den Zugang eines Mieterhöhungsverlangens, das den formellen Anforderungen des § 558a BGB (Erklärung und Begründung unter Hinweis auf ortsübliche Vergleichsmiete in Textform) genügt, in Gang gesetzt wird. Die Einhaltung formeller Anforderungen an eine Willenserklärung - sei es deren Form an sich (etwa Schriftform, notarielle Beglaubigung o.a.) oder auch deren Begründung (etwa die Angabe von Kündigungsgründen nach § 569 Abs. 4, § 573 Abs. 3 Satz 1, § 573a Abs. 3

---

schriftlicher Ablehnung durch den Versicherer gemäß § 12 Abs. 3 VVG in seiner bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung]; im Ergebnis ebenso - allerdings ohne nähere Begründung - BGH v. 15.6.1998 - II ZR 40/97, NJW 1998, 3344 unter 3 [zu der Frist für eine Beschlussanfechtungsklage nach § 246 Abs. 1 AktG].

<sup>342</sup> BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

<sup>343</sup> BT-Drucks. VI/2421, S. 4; BT-Drucks. 9/2079, S. 16.

<sup>344</sup> Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 558b BGB Rz. 93.

BGB) - ist aber regelmäßig eine materiell-rechtliche Voraussetzung für den Eintritt der jeweils erstrebten Rechtsfolge und somit typischerweise eine Frage der Begründetheit der Klage. Es stellt sich deshalb als systemfremd dar, die Einhaltung der formellen Anforderungen an das Mieterhöhungsverlangen gemäß § 558a BGB als - die Zulässigkeit der Zustimmungsklage betreffende - Sachurteilsvoraussetzung zu behandeln.

### 10.1.2 Mieterhöhung und MietenWoG Bln

Einem Mieterhöhungsbegehren, das vor dem 18.6.2019 gestellt wurde, stehen die seit dem 23.02.2020 geltenden Bestimmungen des Gesetzes zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) vom 11. Februar 2020<sup>345</sup> dem Anspruch des Klägers nicht entgegen<sup>346</sup>.

§ 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln verbietet vorbehaltlich bestimmter - im Streitfall nicht festgestellter - Ausnahmen eine Miete, welche die am 18.06.2019 (Stichtag) wirksam vereinbarte Miete überschreitet.

Im Mieterhöhungsverfahren nach §§ 558, 558a BGB kommt eine wirksame Vereinbarung mit der Zustimmung des Mieters zu dem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters zustande (§ 558b Abs. 1 BGB). Im Falle eines Rechtsstreits nach § 558b Abs. 2 BGB tritt die Vertragsänderung erst mit der Rechtskraft des der Zustimmungsklage des Vermieters stattgebenden Urteils ein; denn die Zustimmungserklärung des Mieters gilt gemäß § 894 ZPO erst dann als abgegeben<sup>347</sup>.

Die rechtliche Ausgestaltung des Mieterhöhungsverfahrens als einzuklagender Anspruch auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung führt somit zwar dazu, dass die angestrebte Vertragsänderung erst mit rechtskräftiger Verurteilung des Mieters wirksam wird. Daraus folgt jedoch nicht, dass auch ein Mieterhöhungsverlangen, mit dem der Vermieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung ab einem vor dem Stichtag liegenden Zeitpunkt begehrt (wie hier der Kläger zum 1.11.2015), gegen das in § 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln angeordnete ge-

---

<sup>345</sup> GVBl. S. 50.

<sup>346</sup> BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

<sup>347</sup> BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 204/10, NJW-RR 2011, 1382 Rz. 8.

setzliche Verbot einer Überschreitung der am 18. Juni 2019 wirksam vereinbarten Miete verstieße<sup>348</sup> ().

Die von der Revision vertretene Auslegung mag zwar noch vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein. Sie verkennt aber, dass es bei dem als Klage auf Abgabe einer Willenserklärung ausgestalteten Mieterhöhungsverfahren materiell um einen Anspruch des Vermieters auf Erhöhung der Miete zu dem sich aus § 558b Abs. 1, 2 BGB ergebendem Zeitpunkt geht, nämlich zum Beginn des dritten auf das Erhöhungsverlangen folgenden Monat. Insoweit hat der im Mieterhöhungsprozess unterliegende Mieter die erhöhte Miete auch nachträglich zu entrichten, denn die Vertragsänderung bewirkt, dass der Mieter die erhöhte Miete nunmehr rückwirkend ab dem vorgenannten Zeitpunkt schuldet (vgl. Senatsurteile vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 94/04, NJW 2005, 2310 unter II 2 b aa; vom 8. Juli 2011 - VIII ZR 204/10, aaO).

Nach seinem Sinn und Zweck ist § 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln deshalb dahin auszulegen, dass von dem darin geregelten Verbot (jedenfalls) gerichtliche Mieterhöhungsverfahren nicht erfasst sind, in denen der Vermieter einen Anspruch auf Erhöhung der Miete zu einem vor dem Stichtag liegenden Zeitpunkt verfolgt. Denn § 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln bezweckt lediglich, Mietsteigerungen ab dem Stichtag zu verhindern, nicht aber die materielle Rechtslage in bereits laufenden Mieterhöhungsprozessen zum Nachteil des Vermieters zu verändern. Der Landesgesetzgeber hat eine auf den Tag der Gesetzesankündigung ("Eckpunktepapier") bezogene Rückwirkung des Gesetzes allein deshalb für erforderlich gehalten, weil dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Mitnahmeeffekte in Form von Mieterhöhungen in dem Zeitraum zwischen Bekanntwerden des Gesetzesvorhabens und Inkrafttreten des Gesetzes unterbunden werden sollten<sup>349</sup>. Ein solcher Mitnahmeeffekt ist aber bei Klagen nach § 558b Abs. 2 BGB, die auf Zustimmung zu einer Erhöhung zu einem vor dem Stichtag liegenden Zeitpunkt gerichtet sind, ausgeschlossen. Die Konstellation eines im Stichtagszeitpunkt anhängigen Mieterhöhungsprozesses nach § 558b Abs. 2 BGB wird im Übrigen in den Gesetzesmaterialien an keiner Stelle erör-

---

<sup>348</sup> ähnlich AG Charlottenburg v. 4.3.2020 - 213 C 136/19, juris Rz. 15; *Schultz*, GE 2020, 168, 172; a.A. LG Berlin [67. Zivilkammer], WuM 2020, 204 (205) [zur Aussetzung eines Zustimmungsverfahrens zwecks Vorlage der Frage der Verfassungsmäßigkeit des MietenWoG Bln an das BVerfG]; *Tietzsch*, WuM 2020, 121 (128 f.).

<sup>349</sup> LT-Drucks. 18/2347 S. 24 f.

tert (dort ist nur die Rede von "Rechtsgeschäften" - LT-Drucks. 18/2347 S. 25 vierter Absatz), was aber zu erwarten gewesen wäre, wenn auch zum Stichtag bereits fällige und prozessual durchsetzbare Zustimmungsansprüche von dem Verbot hätten erfasst werden sollen.

Ob das Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin unbeschadet der hiesigen Erwägungen zur Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 dieses Gesetzes einer verfassungsrechtlichen Kontrolle standhält, was von verschiedenen Seiten aus mehreren Gründen bezweifelt wird<sup>350</sup>, kann danach - wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit - offen bleiben.

### 10.1.3 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>351</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>352</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>353</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.

---

<sup>350</sup> dazu BVerfG, WuM 2020, 150; NJW 2020, 1202; BVerfG v. 10.3.2020 - 1 BvR 515/20, juris [jeweils als unzulässig abgelehnte Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Zusammenhang mit noch nicht verbeschiedenen Verfassungsbeschwerden von Vermietern]; LG Berlin v. 6.8.2020 – 67 S 109/20, MDR 2020, 1114 = WuM 2020, 204 (205) mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur; a.A. LG Berlin v. 31.7.2020 – 66 S 95/20, MDR 2020, 1115.

<sup>351</sup> BGBl. I S. 3642.

<sup>352</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

<sup>353</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).

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>354</sup> sei zudem die Konstellation einer Mieterhöhung, die bei einem unangemeldeten Besuch des Vermieters beim Mieter vereinbart werde, ausdrücklich als Anwendungsfall eines Widerrufsrechts genannt<sup>355</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>356</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

---

<sup>354</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

<sup>355</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>356</sup> vgl. *Hau*, NZM 2015, 435 (439); *Koch*, VuR 2016, 92, 94; *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275 (3276).

überschreite, werde der Vermieter hierdurch nicht ungerechtfertigt benachteiligt, weil er dies selbst zu verantworten habe<sup>357</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 Fernabsatzverträgen vorrangige Sonderregelungen<sup>358</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 abschließe. 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>359</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>360</sup>. Der Anwendung des § 312c Abs. 1 BGB stehe nach einer weiteren Ansicht entgegen, dass eine Mieterhöhung

---

<sup>357</sup> vgl. *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, Fach 4, S. 189 (196 f.).

<sup>358</sup> *Horst*, DWW 2015, 2 (5 f.); *Lützenkirchen/Dickersbach*, Mietrecht, 2. Aufl., § 558b BGB Rz. 48h.

<sup>359</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>360</sup> *Fervers*, NZM 2018, 640 (647); *BeckOGK-BGB/Fleindl*, Stand: 1. Juli 2018, § 558b Rn. 13; *Lützenkirchen*, Mietrecht, 2. Aufl., § 535 BGB Rz. 71h.

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>361</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 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>362</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>363</sup>.

Der BGH<sup>364</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 Fernabsatz-

---

<sup>361</sup> *Mediger*, NZM 2015, 185 (190 f.); siehe auch BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand: 1. Juli 2018, § 558b Rn. 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".

<sup>362</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>363</sup> *Kroll*, GE 2016, 699 (703).

<sup>364</sup> BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, MDR 2019, 22 = WuM 2018, 765 = GE 2018, 1521.

verträgen 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).

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>365</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>366</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

---

<sup>365</sup> BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, MDR 2019, 22 = WuM 2018, 765 = GE 2018, 1521.

Richtlinie ausgenommen werden. Mit Rücksicht darauf geht § 312 Abs. 4 BGB trotz der von der Verbraucherrechtlinie nach ihrem Art. 4 und dem Erwägungsgrund 7 zur Erzielung eines hohen Verbraucherschutzniveaus verfolgten vollständigen Harmonisierung der von ihr erfassten Aspekte des Verbraucherschutzes<sup>367</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>368</sup>. Dies hat seinen Grund jedoch nicht im Fernabsatzrecht, denn dessen Anwendbarkeit auf einvernehmliche Mieterhöhungen nach § 558a Abs. 1, § 558b Abs. 1 BGB wurde zuvor nicht erwogen<sup>369</sup>. Hintergrund der Erstreckung des Verbraucher Widerrufs auf die Wohnraummiete ist vielmehr die Rechtsprechung zu dem früher geltenden Haustürwiderrufsgesetz, dessen Anwendungsbereich sich grundsätzlich auch auf Wohnraummietverträge erstreckte<sup>370</sup>.

In der Gesetzesbegründung heißt es weiter, trotz der Bestimmungen des sozialen Mietrechts bestünden insbesondere bei Änderungen bereits geschlossener Mietverträge Gefahren durch Überrumpelung und psychischen Druck. Daher sei es sachgerecht, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gegenüber dem gewerblichen Vermieter einzuräumen, wenn der Vertrag im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werde. Denkbar sei etwa, dass der Verbraucher bei einem unangemeldeten Besuch des Vermieters einer Mieterhöhung und damit einer wesentlichen Vertragsänderung zustimme oder einen Aufhebungsvertrag schließe<sup>371</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

---

<sup>366</sup> Art. 3 Abs. 3 Buchst. f Fall 3 der Richtlinie.

<sup>367</sup> vgl. EuGH v. 13.9.2018 - C-332/17, juris Rz. 26 f.

<sup>368</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

<sup>369</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 13. Aufl., § 558b BGB Rz. 35b.

<sup>370</sup> siehe etwa OLG Koblenz [Rechtsentscheid], NJW 1994, 1418; OLG Braunschweig [Rechtsentscheid], NZM 1999, 996; LG Münster, WuM 2001, 610; jeweils zu § 1 HWiG in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung.

<sup>371</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

einem Fernabsatzvertrag indes nicht zu vergleichen. Diese Art des Vertragsschlusses ist für ihn typischerweise nicht mit einem Überraschungsmoment verbunden und auch eine Übereilungsgefahr spielt hier keine wesentliche Rolle<sup>372</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 Geschäftsräumen 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 Fernabsatz (§ 312c BGB). Den Gesetzesmaterialien ist insoweit zu entnehmen, 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>373</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>374</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 Um-

---

<sup>372</sup> BGH v. 12.10.2016 - VIII ZR 55/15, NJW 2017, 878 Rz. 52.

<sup>373</sup> BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

<sup>374</sup> GE 2015, 563.

ständen 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>375</sup>.

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>376</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>377</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>378</sup>.

Die Erklärung eines Mieterhöhungsverlangens in Textform dient damit der Erleichterung des Rechtsverkehrs<sup>379</sup>. Darüber hinaus hat das Formerfordernis des § 558a Abs. 1 BGB jedoch einen wesentlich weitergehenden Schutzzweck.

---

<sup>375</sup> *Fervers*, NZM 2018, 640 (647).

<sup>376</sup> vgl. BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09, NZM 2011, 295 Rz. 13.

<sup>377</sup> Art. 3 des Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum, BGBl. I 3604.

<sup>378</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>379</sup> vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 10

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>380</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 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>381</sup>.

Zudem kann der Vermieter, der ein - berechtigtes - Mieterhöhungsverlangen gegebenenfalls 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

---

<sup>380</sup> BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 18, 22, m.w.N.

<sup>381</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.

Möglichkeit zu eröffnen, sich über die Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens des Vermieters anhand der von diesem gegebenen Begründung klar zu werden<sup>382</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.

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>383</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.

---

<sup>382</sup> siehe bereits BT-Drucks. 7/2011, S. 11 (zu der Vorgängerregelung des § 2 Abs. 3 MHG).

<sup>383</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.

### 10.1.4 Rückforderung wegen falscher Mieterhöhung

Durch die Zustimmung des Klägers zu den jeweiligen Mieterhöhungsbegehren der Beklagten ist jeweils eine wirksame Vereinbarung über eine entsprechende Mieterhöhung zustande gekommen, der den Rechtsgrund für die daraufhin jeweils erbrachten (erhöhten) Mietzahlungen darstellt.

Im Falle einer Zustimmung des Mieters zu einem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters kommt es nicht darauf an, ob das Begehren des Vermieters den formellen Anforderungen des § 558a BGB entsprochen und dem Vermieter ein materieller Anspruch auf Zustimmung zu der begehrten Mieterhöhung (§ 558 Abs. 1 BGB) zugestanden hat. Denn durch die Zustimmung des Mieters zu einem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters kommt - nach allgemeiner Meinung - eine vertragliche Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter über die Erhöhung der Miete zustande<sup>384</sup>.

Dass eine solche Vereinbarung neben den gesetzlich vorgesehenen einseitigen Mieterhöhungen und dem (gerichtlichen) Mieterhöhungsverfahren nach §§ 558, 558b BGB möglich ist, ergibt sich aus § 557 Abs. 1 BGB. Der Wirksamkeit der Vereinbarungen über die Mieterhöhungen stehen auch nicht die Regelungen der § 557 Abs. 4, § 558 Abs. 6 BGB entgegen. Die darin vorgesehene rechtliche Folge einer Unwirksamkeit knüpft nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht an eine individualvertraglich vereinbarte Mieterhöhung an. Vielmehr sind von dem Verbot lediglich Abreden erfasst, die die formellen oder materiellen Voraussetzungen für eine Mieterhöhung zum Nachteil des Mieters abändern<sup>385</sup>.

Die hier in Rede stehenden Mieterhöhungsvereinbarungen sind dahin auszulegen, dass die Miete auf den darin jeweils explizit genannten neuen Betrag erhöht wird und nicht lediglich auf den geringeren Betrag, der sich durch Multiplikation des jeweils erhöhten Quadratmeterbetrages mit der tatsächlichen Wohn-

---

<sup>384</sup> BGH v. 8.10.1997 - VIII ZR 373/96, NJW 1998, 445 unter II 1 c cc; BGH v. 7.7.2004 - VIII ZR 192/03, NJW 2004, 3115 unter II 2; ebenso Staudinger/*J. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 557 BGB Rz. 31 und § 558b BGB Rz. 4; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 558b BGB Rz. 12; *Gramlich*, Mietrecht, 15. Aufl., § 557 BGB Rz. 9; *Spielbauer/Schneider*, Mietrecht, 2. Aufl., § 558b BGB Rz. 34 ff.

<sup>385</sup> vgl. BGH v. 7.2.2007 - VIII ZR 122/05, NJW-RR 2007, 667 Rz. 15 f.; BGH v. 8.7.2009 - VIII ZR 205/08, NJW 2009, 2739 Rz. 12.

fläche ergibt. Gegenstand der vereinbarten Mieterhöhungen ist hier der jeweils genannte Betrag, auf den die Nettomiete für die Wohnung erhöht wurde. Bei der Wohnfläche, die zur Ermittlung dieser neuen (erhöhten) Miete genannt war, handelt es sich hingegen - ebenso wie bei der gleichfalls explizit angegebenen ortsüblichen Vergleichsmiete (je qm) - lediglich um den (nicht zum Vertragsinhalt gewordenen) Grund für die von den Vermieter angestrebte und vom Mieter akzeptierte Vertragsänderung.

Der in den Vereinbarungen der Parteien über die jeweilige Mieterhöhung liegende Rechtsgrund für die (erhöhten) Mietzahlungen ist auch nicht durch eine zugunsten des Mieters vorzunehmende Vertragsanpassung entfallen<sup>386</sup>.

Zwar kann ein beiderseitiger Motivirrtum, insbesondere ein Kalkulationsirrtum, unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 1, 2 BGB zu einer Vertragsanpassung führen. Der BGH hat dies in der Vergangenheit in einer Konstellation bejaht, in der die Mietvertragsparteien eine Mieterhöhung auf der Grundlage einer zu hoch angesetzten Wohnfläche und einer Quadratmetermiete, die bereits der ortsüblichen Vergleichsmiete entsprach, vereinbart hatten. Dies hatte zur Folge, dass in jenem Fall die vereinbarte erhöhte Miete bei Berücksichtigung der tatsächlichen Wohnfläche deutlich über der ortsüblichen Vergleichsmiete lag und der BGH vor diesem Hintergrund angenommen hat, dass dem Mieter deshalb ein unverändertes Festhalten an den vereinbarten Mieterhöhungen nicht zumutbar war<sup>387</sup>. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zum vorliegenden Fall, in dem die jeweils vereinbarten erhöhten Mieten auch unter Berücksichtigung der wahren Wohnfläche noch unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete lagen.

Gemäß § 313 Abs. 1 BGB kann eine Anpassung des Vertrages verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung,

---

<sup>386</sup> BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 234/18, ■.

<sup>387</sup> BGH v. 7.7.2004 - VIII ZR 192/03, NJW 2004, 3115.

das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Gemäß § 313 Abs. 2 BGB steht es einer Veränderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.

Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird nach der Rechtsprechung des BGH gebildet durch die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut<sup>388</sup>. Diese Voraussetzungen sind hinsichtlich der Wohnfläche, die die Parteien aufgrund eines beiderseitigen Kalkulationsirrtums den jeweiligen Mieterhöhungsvereinbarungen zugrunde gelegt haben, ersichtlich erfüllt.

Zu der Frage, ob die Parteien bei Kenntnis der tatsächlichen Wohnfläche die Mieterhöhungsvereinbarungen nicht oder nicht mit demselben Inhalt geschlossen hätten, sind keine Feststellungen getroffen. Jedoch stellt der Umstand, dass die vereinbarte erhöhte Miete jeweils noch unter der ortsüblichen Vergleichsmiete lag und auch die übrigen Voraussetzungen des § 558 BGB vorlagen (Beachtung der Kappungsgrenze und Sperrfrist), so dass der Vermieter die jeweils begehrte betragsmäßige Mieterhöhung auf ein (berechtigtes) Verlangen nach § 558 Abs. 1 BGB stützen konnte, ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass die Parteien auch bei Kenntnis der wahren Wohnfläche dieselbe erhöhte Miete vereinbart hätten. Allerdings hat der Mieter in den Tatsacheninstanzen vorgetragen, dass es ihm auf die Wohnfläche entscheidend angekommen sei und er bei Kenntnis der wahren Wohnfläche einer Mieterhöhung nicht zugestimmt, sondern dass Mietverhältnis gekündigt hätte.

Letztlich bedarf es keiner Entscheidung, ob die Parteien bei Kenntnis der tatsächlichen Wohnfläche die jeweiligen Mieterhöhungen nicht oder nicht in vollem Umfang vereinbart hätten. Denn eine Vertragsanpassung zugunsten des Mieters kommt jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil ihm ein unverändertes Festhalten an den vereinbarten Mieterhöhungen unter Abwägung aller Umstände

---

<sup>388</sup> st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 160/09, NJW 2010, 1553 Rz.17 m.w.N.

einschließlich der vertraglichen Risikoverteilung (§ 313 Abs. 1 BGB) zumutbar ist.

Zwar ist die (richtige) Ermittlung der Wohnfläche grundsätzlich der Risikosphäre des Vermieters zuzuordnen<sup>389</sup>. Dass der Vermieter seinem Mieterhöhungsbegehren eine unzutreffende, weil deutlich zu hohe Wohnfläche zugrunde gelegt hat, hat sich aber bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung letztlich nicht zum Nachteil des Mieters ausgewirkt<sup>390</sup>.

Denn dem Vermieter stand auch bei Berücksichtigung der wahren (geringeren) Wohnfläche und der unstreitigen ortsüblichen Vergleichsmiete ein Anspruch auf Zustimmung zu der begehrten Mieterhöhung (§ 558 Abs. 1 BGB) zu. Diesen Anspruch hätte er im Falle einer Zustimmungsverweigerung des Mieters auch in einem gerichtlichen Verfahren nach §§ 558 ff. BGB durchsetzen können. Zwar wäre es dem Mieter in einem solchen Fall unbenommen gewesen, das Mietverhältnis durch eine (Sonder-)Kündigung nach § 561 BGB zu beenden, um die von dem Vermieter begehrte Mieterhöhung nicht zahlen zu müssen. Dass er eine solche Entscheidung allein deshalb getroffen hätte, weil die - innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegende und an sich berechnete - Mieterhöhung auf einer unzutreffenden Flächenangabe beruhte, erscheint allerdings schon nicht plausibel, weil es auch aus der Sicht eines verständigen Mieters letztlich nur auf den Betrag der Mieterhöhung und dessen materielle Berechtigung und Durchsetzbarkeit ankommen kann und nicht darauf, ob bei der Ermittlung der vom Vermieter geforderten erhöhten Miete ein Fehler unterlaufen ist, der sich im Ergebnis nicht zum Nachteil des Mieters auswirkt.

Jedenfalls spricht nichts dafür, dass sich die wirtschaftliche Situation des Mieters in irgendeiner Weise günstiger dargestellt hätte, wenn er bei Kenntnis der tatsächlichen Wohnfläche eine Mieterhöhung abgelehnt und das Mietverhältnis gekündigt hätte. Denn in diesem Fall wären dem Mieter durch die Suche einer neuen Wohnung Mühen und Kosten entstanden und ist nicht ersichtlich, dass anderweit eine vergleichbare Wohnung zu einer unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegenden Miete zur Verfügung gestanden hätte. Der den Beklag-

---

<sup>389</sup> BGH v. 7.7.2004 - VIII ZR 192/03, NJW 2004, 3115 unter II 2 a; BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 205, 18 Rz. 28.

<sup>390</sup> BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 234/18, ■.

ten bei den Mieterhöhungsbegehren bezüglich der Wohnfläche unterlaufene Fehler hatte somit für den Kläger keine negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, so dass ihm ein unverändertes Festhalten an den Vereinbarungen auch zumutbar ist. Da eine Anpassung der Mieterhöhungsvereinbarungen auf eine jeweils geringere Miete somit nicht in Betracht kommt, besteht der Rechtsgrund für die vom Kläger erbrachten (erhöhten) Mietzahlungen fort.

### **10.1.5 20 Jahre alter Mietspiegel**

Gemäß § 558 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist. Gemäß § 558a Abs. 1 BGB ist das Erhöhungsverlangen in Textform (§ 126b BGB) zu erklären und zu begründen, wobei gemäß § 558a Abs. 2 BGB zur Begründung insbesondere auf die dort unter Nr. 1 bis 4 genannten Begründungsmittel Bezug genommen werden kann.

Die Begründung des Erhöhungsverlangens soll dem Mieter die Möglichkeit geben, dessen sachliche Berechtigung zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden<sup>391</sup>. Hierfür ist es erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens gibt, um während der Überlegungsfrist die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen und sich darüber schlüssig werden zu können, ob er dem Erhöhungsverlangen zustimmt oder nicht.

An das Begründungserfordernis dürfen im Hinblick auf das Grundrecht des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 GG zwar keine überhöhten Anforderungen gestellt werden<sup>392</sup>. Allerdings muss das Erhöhungsverlangen - in formeller Hinsicht - Angaben über diejenigen 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 Erhöhungs-

---

<sup>391</sup> vgl. BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, WuM 2019, 324 Rz. 25; BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, NJW 2019, 303 Rz. 54; BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173 Rz. 10; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 12; BGH v. 12.7.2006 - VIII ZR 215/05, WuM 2006, 569 Rz. 13.

<sup>392</sup> vgl. insoweit BVerfGE 49, 244, 249 f.; BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173; BGH v. 12.11.2003 - VIII ZR 52/03, NJW 2004, 1379 (1380) - unter II 2 b - noch zu § 2 Abs. 2 MHG.

verlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können<sup>393</sup>.

Hieran fehlt es etwa, wenn der Vermieter das Erhöhungsverlangen mit Tatsachen begründet, die eine Mieterhöhung nach § 558 Abs. 1 BGB schon auf den ersten Blick nicht zu tragen vermögen, weil durch deren Mitteilung deutlich wird, dass der Vermieter von falschen Voraussetzungen ausgeht oder das Erhöhungsverlangen in wesentlichen Punkten unvollständig, unverständlich oder widersprüchlich erscheint<sup>394</sup>. Eine derartige Begründung steht einer fehlenden Begründung gleich, weil durch sie das Ziel des Begründungserfordernisses ebenso wenig erreicht werden kann wie im Falle des vollständigen Verzichtes auf eine Begründung.

So verhält es sich auch hier, weil die Bezugnahme auf einen Mietspiegel, der seit rund 20 Jahren nicht mehr aktualisiert wurde, schon im Ansatz nicht geeignet ist, das Erhöhungsverlangen zu begründen<sup>395</sup>.

Das Gesetz geht, wie sich aus § 558c Abs. 3, § 558d Abs. 2 BGB ergibt, grundsätzlich von einem Aktualisierungserfordernis für Mietspiegel innerhalb einer Frist von zwei Jahren aus. Zwar gestattet § 558a Abs. 4 Satz 2 BGB zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens grundsätzlich auch die Bezugnahme auf einen veralteten Mietspiegel, wenn bei Abgabe des Mieterhöhungsverlangens des Vermieters kein Mietspiegel vorhanden ist, bei dem die Vorschriften zur Aktualisierung eingehalten sind. Aus dieser Regelung folgt allerdings nicht, dass das Alter des Mietspiegels bedeutungslos wäre, der Vermieter somit einen beliebig veralteten Mietspiegel zur Begründung seines Mieterhöhungsverlangens heranziehen könnte, sofern nur ein neuer Mietspiegel nicht erstellt bzw. eine Aktualisierung nicht vorgenommen wurde. Dies lässt sich auch nicht aus dem Umstand herleiten, dass das Gesetz eine Höchstgrenze für das Alter eines nach § 558a Abs. 4 S. 2 BGB herangezogenen veralteten Mietspiegels nicht festlegt.

---

<sup>393</sup> st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, NJW 2019, 303 m.w.N.

<sup>394</sup> Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2018, § 558a BGB Rz. 19; vgl. auch MünchKomm/Artz, 7. Aufl., § 558a BGB Rz. 15.

<sup>395</sup> BGH v. 16.10.2019 – VIII ZR 340/18, WuM 2019, 703 = GE 2019, 1565.

Denn § 558a Abs. 4 S. 2 BGB, der auf § 2 Abs. 6 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) vom 18. Dezember 1974<sup>396</sup> in der Fassung des Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20. Dezember 1982<sup>397</sup> zurückgeht und dieser Vorschrift im Kern entspricht, soll sicherstellen, dass die formelle Wirksamkeit eines sachlich berechtigten Erhöhungsverlangens nicht allein von den in § 558c Abs. 3, § 558d Abs. 2 BGB genannten Fristen abhängt<sup>398</sup>. Hierdurch wird aber von dem grundsätzlich bestehenden Aktualisierungserfordernis gerade nicht Abstand genommen. Für die formelle Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens kommt es deshalb auch bei einem veralteten Mietspiegel darauf an, ob diesem (noch) ein in § 558a Abs. 1 BGB vorausgesetzter Informationsgehalt zukommt.

Dies ist jedenfalls bei einem zum Zeitpunkt des Erhöhungsverlangens fast 20 Jahre alten Mietspiegel nicht der Fall. Die in § 558 Abs. 2 BGB genannten Wohnwertmerkmale, nach denen sich die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete für eine Wohnung richtet, unterliegen typischerweise mit fortschreitender Zeit einem Wandel. So können etwa im Laufe der Zeit bestimmte Einrichtungen, die einer Wohnung besonderen Wert verleihen und deshalb Gegenstand eines Mietspiegels sind, zur Standardausstattung werden. Auch kann die Bewertung einer (Wohn-)Lage durch mit der Zeit auftretende strukturelle Veränderungen beeinflusst werden.

Entsprechende Veränderungen können bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete anhand eines fast 20 Jahre lang nicht aktualisierten Mietspiegels naturgemäß keine Berücksichtigung finden. Dies führt dazu, dass es dem Mietspiegel insoweit am notwendigen Informationsgehalt fehlt und deshalb eine Entscheidung über die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens nicht getroffen werden kann, weil sie zu einem ganz erheblichen Teil auf bloßen Mutmaßungen bezüglich der Art und des Umfangs der Veränderungen beruhen würde.

Der Vermieter wird durch die fehlende Möglichkeit, sich auf einen solchen Mietspiegel zu berufen, in seinem Recht, die Miete der gegenständlichen Wohnung

---

<sup>396</sup> BGBl. I S. 3604.

<sup>397</sup> BGBl. I S. 1912.

<sup>398</sup> BGH v. 16.10.2019 – VIII ZR 340/18, WuM 2019, 703 = GE 2019, 1565.

bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen zu erhöhen, auch nicht übermäßig beeinträchtigt. Ihm steht es frei, sich zur Begründung seines Erhöhungsverlangens der weiteren gesetzlich vorgesehenen Begründungsmittel, etwa der Benennung von drei Vergleichswohnungen gemäß § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB, zu bedienen.

### 10.1.6 Vergleichbare Gemeinden

Gemäß § 558a Abs. 1 BGB ist das Erhöhungsverlangen dem Mieter zu erklären und zu begründen. Die Begründung soll dem Mieter die Möglichkeit geben, die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden<sup>399</sup>. Dabei dürfen an das Begründungserfordernis im Hinblick auf das Grundrecht des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 GG keine überhöhten Anforderungen gestellt werden<sup>400</sup>. Allerdings muss das Erhöhungsverlangen - 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 nachzugehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können<sup>401</sup>. Diese Voraussetzungen sind hier bei dem Mieterhöhungsverlangen der Klägerin vom 24. Oktober 2013 durch die Bezugnahme auf den Mietspiegel der Nachbarstadt Fürth nicht erfüllt<sup>402</sup>.

Das Mieterhöhungsverlangen ist nicht formell ordnungsgemäß nach § 558a BGB begründet. Der Mietspiegel einer anderen Gemeinde ist gemäß § 558a Abs. 4 S. 2 BGB nur dann ein taugliches Mittel zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens, wenn es sich um den Mietspiegel einer vergleichbaren Gemeinde handelt. Die Bezugnahme auf den Mietspiegel der Nachbarstadt Fürth war gemäß § 558a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 S. 2 BGB zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens für die streitgegenständliche Wohnung in der Stadt Stein,

---

<sup>399</sup> vgl. BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, WuM 2019, 324 Rz. 25; BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, NJW 2019, 303 Rz. 54; BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173 Rz. 10; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 12; BGH v. 12.7.2006 - VIII ZR 215/05, WuM 2006, 569 Rz. 13.

<sup>400</sup> vgl. insoweit BVerfGE 49, 244, 249 f.; BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173; BGH v. 12.11.2003 - VIII ZR 52/03, NJW 2004, 1379 (1380) - unter II 2 b - noch zu § 2 Abs. 2 MHG.

<sup>401</sup> BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173 m.w.N.

<sup>402</sup> BGH v. 21.8.2019 - VIII ZR 255/18, MDR 2019, 1500 = WuM 2019, 650.

für die kein Mietspiegel erstellt worden ist, nicht ausreichend. Die Städte Stein und Fürth sind keine vergleichbaren Gemeinden i.S.v. § 558a Abs. 4 S. 2 BGB.

Die Beantwortung der Frage, ob es sich bei den Städten Fürth und Stein um vergleichbare Gemeinden i.S.v. § 558a Abs. 4 S. 2 BGB handelt, obliegt in erster Linie der Beurteilung durch den Tatrichter. Die hierzu vom Tatrichter vorzunehmende Gewichtung und Würdigung ist revisionsrechtlich regelmäßig nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob das Berufungsgericht Rechtsbegriffe verkannt oder sonst unzutreffende rechtliche Maßstäbe angelegt hat, ob es Denkgesetze und allgemeine Erfahrungsgrundsätze hinreichend beachtet hat oder ob ihm von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, indem es etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat<sup>403</sup>.

Das Berufungsgericht hat die wesentlichen Beurteilungsgrundlagen in rechtlich zutreffender Weise herausgearbeitet, gewichtet und gewürdigt. Es hat insbesondere beachtet, dass die Beurteilung der Frage, ob eine Vergleichbarkeit zweier Gemeinden gegeben ist oder nicht, aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Kriterien des jeweiligen Einzelfalls und deren anschließender Gewichtung und Abwägung zu treffen ist. Damit hat es die rechtlich erforderlichen Prüfungspunkte zutreffend erfasst und umgesetzt.

Das Berufungsgericht ist von einem zutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen, indem es unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls geprüft hat, ob die Gemeinden Fürth und Stein vergleichbar sind. Entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart<sup>404</sup> und eine im Anschluss daran auch in der Literatur vertretene Auffassung<sup>405</sup> ist dieses Erfordernis nicht schon dann erfüllt, wenn die Auffassung des Vermieters, es handele sich um vergleichbare Gemeinden, nicht "offensichtlich unbegründet" ist. Denn mit einem solchen Maßstab könnte der Vermieter sein Mieterhöhungsverlangen auch mit dem Mietspiegel einer nicht vergleichbaren Gemeinde begründen, solange die fehlende Vergleichbarkeit nicht "offensichtlich" ist. Für eine dahingehende Ab-

---

<sup>403</sup> st. Rspr.; vgl. BGH v. 15.3.2017 - VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474 Rz. 24; BGH v. 25.6.2008 - VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 Rz. 21; jeweils m.w.N.

<sup>404</sup> OLG Stuttgart, NJW 1982, 945.

<sup>405</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 558a BGB Rz. 45 m.w.N.

senkung der ohnehin nicht hohen Anforderungen an die Begründung eines Mieterhöhungsverlangens besteht kein Anlass<sup>406</sup>.

Bei der Anwendung dieses Maßstabes hat das Berufungsgericht zutreffend insbesondere darauf abgestellt, dass in der Stadt Fürth etwa 125.000 Einwohner leben, während die Stadt Stein, in der das streitgegenständliche Mietobjekt liegt, nur ca. 15.000 Einwohner hat. Auch stellt die Stadt Fürth ein sog. Oberzentrum i.S.d. bayerischen Landesentwicklungsprogramms dar, in dem über die zentralörtlichen Einrichtungen der Grundversorgung hinaus für die Einwohner ihres Nahbereichs auch weitere Einrichtungen des spezialisierten höheren Bedarfs vorgehalten werden. Demgegenüber handelt es sich bei der Stadt Stein nicht um einen solchen zentralen Ort mit überörtlich relevanten Einrichtungen (etwa Theatern, Kinos, Krankenhäusern). Zudem befinden sich im Stadtgebiet von Stein im Gegensatz zu Fürth weder eine U-Bahn- noch eine S-Bahn-Haltestelle, was für die Erreichbarkeit der infrastrukturellen Angebote sowohl innerhalb der Stadt als auch in der Gesamtregion für die Einwohner von Bedeutung ist.

In hinreichender Weise hat das Berufungsgericht dabei beachtet und gewürdigt, dass die beiden Gemeinden Fürth und Stein jeweils an der Stadtgrenze zu Nürnberg liegen und Nürnberg mit seinem vielfältigen kulturellen, infrastrukturellen und wirtschaftlichen Angebot von beiden Nachbar-Städten aus aufgrund des gemeinsamen Verkehrsverbunds des Großraums Nürnberg - mit der oben dargestellten Ausnahme - gut zu erreichen ist. Insbesondere ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden, dass das Berufungsgericht der stark divergierenden Einwohnerzahl<sup>407</sup> i.V.m. der unterschiedlichen Bevölkerungsdichte von Stein und Fürth unter Gesamtwürdigung der übrigen Umstände des Einzelfalls das ausschlaggebende Gewicht zugemessen hat, um die Nachbargemeinden Stein und Fürth als nicht vergleichbare Gemeinden im Sinne von § 558a Abs. 4 Satz 2 BGB anzusehen.

### **10.1.7 Preisgebundene Vergleichswohnung**

Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die

---

<sup>406</sup> BGH v. 21.8.2019 – VIII ZR 255/18, MDR 2019, 1500 = WuM 2019, 650.

<sup>407</sup> vgl. auch BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173 Rz. 11.

Miete, was hier der Fall ist, seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Gemäß § 558a Abs. 1 BGB ist das Erhöhungsverlangen in Textform (§ 126b BGB) zu erklären und zu begründen, wobei gemäß § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB zur Begründung auch auf entsprechende Entgelte für einzelne vergleichbare Wohnungen Bezug genommen werden kann; hierbei genügt die Benennung von drei Wohnungen.

Die Begründung des Erhöhungsverlangens soll dem Mieter die Möglichkeit geben, dessen sachliche Berechtigung zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden<sup>408</sup>. Hierfür ist es erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens gibt, um während der Überlegungsfrist die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen und sich darüber schlüssig werden zu können, ob er dem Erhöhungsverlangen zustimmt oder nicht<sup>409</sup>.

Dabei dürfen an das Begründungserfordernis im Hinblick auf das Grundrecht des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 GG keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Allerdings muss das Erhöhungsverlangen - in formeller Hinsicht - Angaben über 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>410</sup>.

Diese Anforderungen an das Mieterhöhungsverlangen werden überspannt, indem angenommen wird, ein Vermieter könne als Vergleichswohnungen im Sinne des § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB stets nur preisfreien Wohnraum heranziehen<sup>411</sup>. Bereits der Wortlaut der vorgenannten Vorschrift sieht eine solche Einschränkung nicht vor. Sie ergibt sich - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch nicht aus dem Sinn und Zweck des Begründungserfordernisses.

Zwar ist bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete gemäß § 558 Abs. 2 Satz 2 BGB solcher Wohnraum ausgenommen, bei dem die Miethöhe durch

---

<sup>408</sup> vgl. BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, NJW 2019, 3142 Rz. 25; BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, NJW 2019, 303 Rn. 54 m.w.N.

<sup>409</sup> BVerfGE 79, 80, 85; BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, NJW 2019, 303 Rn. 54 m.w.N.

<sup>410</sup> st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 16.10.2019 - VIII ZR 340/18, NZM 2019, 852 Rz. 14 m.w.N.

<sup>411</sup> BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, ■.

Gesetz oder im Zusammenhang mit einer Förderzusage festgelegt worden ist, was vorliegend auf sämtliche Vergleichswohnungen zutrifft.

Hierauf abstellend wird die Auffassung vertreten, dass die Benennung von Wohnungen aus dem preisgebundenen Wohnungsmarkt generell nicht zur Begründung eines Erhöhungsverlangens nach § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB geeignet sei, weil eine Erhöhung gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete möglich sei, an deren Bildung preisgebundene Wohnungen gemäß § 558 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht teilnehmen<sup>412</sup>.

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die Angabe von Vergleichswohnungen im Mieterhöhungsverlangen nicht dazu dient, bereits den Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete zu führen. Sie soll vielmehr den Mieter lediglich in die Lage versetzen, das Erhöhungsverlangen zumindest ansatzweise nachzuvollziehen und gegebenenfalls mittels weiterer Nachforschungen die Vergleichbarkeit der Wohnungen zu überprüfen<sup>413</sup>.

Dem Mieter ist es hiernach nicht nur zumutbar, aufgrund der im Erhöhungsverlangen mitgeteilten Tatsachen weitere Informationen einzuholen; das Erhöhungsverlangen dient vielmehr gerade dazu, ihn hierzu zu befähigen. Denn anhand der Benennung der Wohnungen wird der Mieter nicht nur in die Lage versetzt, weitere Nachforschungen über die in § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB benannten Wohnmerkmale der Vergleichswohnungen, sondern auch über die gezahlte Miete anzustellen. So besteht die Möglichkeit, zu ermitteln, ob es sich bei der Miete um eine Nettokaltmiete, eine Pauschalmiete, eine Teilpauschalmiete oder um eine preisgebundene Miete handelt und wie die Mietbindung im Einzelfall ausgestaltet ist.

Die hierzu erforderlichen Informationen wurden dem Mieter im Schreiben vom 10. Februar 2016 gegeben. Er wurde hierdurch in die Lage versetzt, sich ein Bild davon zu machen, wie sich das gegenwärtige Mietniveau für vergleichbare Wohnungen nach den Ausführungen des Vermieters darstellt, und konnte diese Angaben - im Bedarfsfall durch Nachfrage beim Vermieter zur Preisbindung der

---

<sup>412</sup> vgl. OLG Schleswig, NJW 1984, 245 [zu § 2 Abs. 2 MHG]; AG Frankfurt (Oder), WuM 2012, 320, 321; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 558a BGB Rz. 127; vgl. auch Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 558a BGB Rz. 50; *Schneider* in: Spielbauer/*Schneider*, Mietrecht, 2. Aufl., § 558a BGB Rz. 106.

<sup>413</sup> vgl. BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 18 m.w.N.

Vergleichswohnungen - überprüfen. Er konnte Erwägungen dazu anstellen, inwieweit die Miete derjenigen, die sie für die eigene Wohnung entrichtet, entweder gleicht oder ob diesbezüglich Unterschiede bestehen, die einer Zustimmung zur Mieterhöhung entgegenstehen.

Der Umstand, dass der Mieter allein anhand des Erhöhungsverlangens die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete nicht abschließend mittels der Vergleichswohnungen überprüfen kann, steht der formellen Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens - anders als das Berufungsgericht meint - nicht entgegen.

Zum einen dient die Begründung des Erhöhungsverlangens, wie aufgezeigt, nicht dem Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete. Zum anderen resultieren die Schwierigkeiten nicht in erster Linie aus der Benennung preisgebundener Wohnungen, sondern ergeben sich daraus, dass der Angabe von entsprechenden Entgelten lediglich dreier vergleichbarer Wohnungen mangels valider Datengrundlage ohnehin ein begrenzter Erkenntniswert bezüglich der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete zukommt<sup>414</sup>. Demzufolge kann die ortsübliche Vergleichsmiete im Falle des Bestreitens im Prozess im Regelfall nicht allein anhand von nur drei Vergleichswohnungen ermittelt werden<sup>415</sup>.

### 10.1.8 Kappungsgrenze bei unbehebbarrem 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>416</sup>.

---

<sup>414</sup> vgl. hierzu Staudinger/V. Emmerich, aaO Rn. 45; BeckOGK-BGB/Fleindl, Stand: 1. Oktober 2019, § 558a Rn. 3

<sup>415</sup> vgl. BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 28 m.w.N.

<sup>416</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>417</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>418</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>419</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>420</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>421</sup> und dient dem Schutz des Mieters in wirtschaftlicher Hinsicht<sup>422</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>417</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>418</sup> BGH v. 17.4.2019 – VIII ZR 33/18, MDR 2019, 983 = WuM 2019, 319.

<sup>419</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>420</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>421</sup> vgl. BVerfGE 71, 230 (248).

<sup>422</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>423</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>424</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>425</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>423</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>424</sup> BGH v. 17.4.2019 - VIII ZR 33/18, MDR 2019, 983 = WuM 2019, 319.

<sup>425</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>426</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>427</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>428</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>426</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>427</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>428</sup> vgl. BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 unter II 2 c.

### 10.1.9 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>429</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>430</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>431</sup>.

Diesen Anforderungen genügt das im Berufungsurteil zugrunde gelegte Sachverständigengutachten nicht in allen Punkten<sup>432</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>429</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>430</sup> BVerfGE 53, 352 (358).

<sup>431</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>432</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>433</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>434</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>435</sup>. Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG muss ein Sachverständiger nicht stets die Vergleichswohnungen offen legen, damit sein Gutachten verwertbar ist<sup>436</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>437</sup>.

Nach ständiger Rechtsprechung des VIII. Senats ist die ortsübliche Vergleichsmiete auf der Grundlage der tatsächlichen und üblicherweise gezahlten Entgel-

---

<sup>433</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>434</sup> BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, MDR 2019, 795 = WuM 2019, 324 = GE 2019, 721.

<sup>435</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>436</sup> vgl. BVerfG, NJW 1997, 311; BVerfG v. 7.10.2000 - 1 BvR 2646/95, juris Rz. 3.

<sup>437</sup> vgl. BVerfGE 91, 176 (184); BVerfG v. 7.10.2000 - 1 BvR 2646/95, juris Rz. 3.

te zu ermitteln<sup>438</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>439</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>440</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>441</sup>. Das Berufungsgericht hat aber nicht beachtet, dass eine schemati-

---

<sup>438</sup> BGH v. 15.3.2017 - VIII ZR 295/15, NJW 2017, 2679 m.w.N.

<sup>439</sup> BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, MDR 2019, 795 = WuM 2019, 324 = GE 2019, 721.

<sup>440</sup> Streich, DWW 1980, 188; ders., DWW 1984, 90.

<sup>441</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>442</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>443</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>444</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>442</sup> vgl. *Dröge*, aaO S. 245.

<sup>443</sup> BGH v. 24.4.2019 – VIII ZR 62/18, MDR 2019, 795 = WuM 2019, 324 = GE 2019, 721 m.w.N..

<sup>444</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>445</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.

#### **10.1.10      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>446</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 einzelner Wohnwertmerkmale abweichend von den objektiven Verhältnissen fest-

---

<sup>445</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 346/10, NJW 2012, 1351 Rz. 31.

<sup>446</sup> vgl. BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 303/06, NJW 2007, 2546 Rz. 12 m.w.N.

gelegt werden, für die Mieterhöhung nach § 558 BGB rechtlich ohne Bedeutung sind<sup>447</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>448</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 Miete zu ermöglichen, zum Nachteil des Mieters hinausgingen.

Aus diesem Grund bleibt eine vom Mieter auf eigene Kosten angeschaffte Einrichtung bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich und auf Dauer unberücksichtigt<sup>449</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>450</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 mieter eigene Einbauküche nicht. Ein Ausnahmefall der Kostenerstattung durch den Vermieter liegt ebenfalls nicht vor.

Es ist unerheblich, dass in der Wohnung hier zu Mietbeginn eine Einbauküche vorhanden war. Denn der Vermieter hat dem Mieter gestattet, diese (ältere) Einrichtung zu entfernen und auf eigene Kosten durch eine neue Einrichtung zu

---

<sup>447</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>448</sup> BGH v. 18.11.2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rz. 12.

<sup>449</sup> BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 315/09, NZM 2010, 735 Rz. 12 ff.

<sup>450</sup> BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 315/09, NZM 2010, 735 Rz. 12.

ersetzen<sup>451</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.

### 10.1.11 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>452</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>453</sup>.

Die Feststellung, ob die verlangte Miete der ortsüblichen Vergleichsmiete entspricht, obliegt dem Trichter und erfordert im Ergebnis eine konkrete Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> BGH v. 24.10.2018 – VIII ZR 52/18; MDR 2019, 20 = WuM 2018, 771.

<sup>452</sup> BVerfGE 53, 352 (358).

<sup>453</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>454</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>455</sup>.

Zwar hat der BGH wiederholt ausgesprochen, dass die ortsübliche Vergleichsmiete sich regelmäßig innerhalb einer gewissen Spanne bewegen wird<sup>456</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>457</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.

## 10.2 nach § 559 BGB

### 10.2.1 Mieterhöhung und § 139 BGB

Gemäß § 139 BGB führt die Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts, das auch in einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung wie der Mieterhöhungserklärung gemäß § 559b Abs. 1 BGB liegen kann, nur dann zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Letzteres ist bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft immer dann der Fall, wenn die nach Abtrennung

---

<sup>455</sup> BGH v. 13.2.2019 – VIII ZR 245/17, MDR 2019, 475 = WuM 2019, 202 = GE 2019, 377.

<sup>456</sup> BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 30/09, NJW 2010, 149 Rz. 14.

<sup>457</sup> BGH v. 13.2.2019 – VIII ZR 245/17, MDR 2019, 475 = WuM 2019, 202 = GE 2019, 377.

des von dem Nichtigkeitsgrund betroffenen Teils des Rechtsgeschäfts verbleibenden Regelungen ein selbständiges Rechtsgeschäft bilden und davon auszugehen ist, dass die Parteien dieses Rechtsgeschäft bei Kenntnis der teilweisen Nichtigkeit des ursprünglich beabsichtigten Rechtsgeschäfts abgeschlossen hätten<sup>458</sup>. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft genügt die Annahme, dass der Erklärende bei Kenntnis des unwirksamen Teils den verbleibenden Teil des Rechtsgeschäfts vorgenommen hätte.

Diese Voraussetzungen liegen bei einer Mieterhöhung nach § 559 BGB i.d.R. vor<sup>459</sup>.

Die Erhöhungserklärung lässt sich in Bezug auf die einzelnen baulichen Maßnahmen, deren Kosten der erstrebten Mieterhöhung zugrunde liegen, in mehrere selbständige Rechtsgeschäfte trennen und eine derartige Trennung der einheitlichen Erhöhungserklärung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil ist auch sonst nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist.

Bei den baulichen Veränderungen, aufgrund derer die Beklagten eine Mieterhöhung fordern, handelt es sich um mehrere tatsächlich trennbare - namentlich auf verschiedene Gewerke bezogene - Baumaßnahmen, die nach der Rechtsprechung des VIII. Senats - sofern sie jeweils in sich abgeschlossen sind - Gegenstand einzelner Mieterhöhungserklärungen sein können<sup>460</sup>. Zudem weist die Mieterhöhungserklärung die Kosten für die einzelnen Baumaßnahmen separat aus, so dass rechnerisch nachvollzogen werden kann, in welcher anteiligen Höhe sie jeweils in den Gesamtbetrag der Mieterhöhung eingeflossen sind.

Im Hinblick auf die Interessenlage entspricht es auch dem - infolge der Einseitigkeit des Rechtsgeschäfts allein maßgeblichen - hypothetischen Willen der Beklagten bei Abgabe der Mieterhöhungserklärung, dass im Falle ihrer teilweisen Unwirksamkeit wenigstens der wirksam erklärte Teil Bestand haben sollte.

Die Aufteilung der - einheitlichen - Mieterhöhungserklärung in selbständige Rechtsgeschäfte ist auch nicht aus sonstigen Gründen ausgeschlossen. Aus-

---

<sup>458</sup> BGH v. 17.10.2008 - V ZR 14/08, NJW 2009, 1135 Rz. 10; vgl. auch BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278 Rz. 15; BGH v. 8.2.2019 - V ZR 176/17, NJW 2019, 2016 Rz. 25.

<sup>459</sup> BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, GE 2020, 1046.

<sup>460</sup> BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 39.

nahmsweise kann die Trennbarkeit selbständiger Teile eines Rechtsgeschäfts - unabhängig vom tatsächlichen oder hypothetischen Willen der Parteien - deshalb ausgeschlossen sein, weil die Trennung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil gegen gesetzliche Wertungen verstieße<sup>461</sup>. Dies ist hier allerdings nicht der Fall. Insbesondere widerspricht es nicht der gesetzlichen Wertung des § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB, dem Mieter im Fall einer teilweise aus formellen Gründen unwirksamen Mieterhöhungserklärung die Ermittlung des restlichen - zu Recht geforderten - Erhöhungsbetrags zuzumuten. Denn dem Mieter wird insoweit nicht mehr als ein einfacher Rechenvorgang abverlangt. Unbehelflich ist auch der weitere Einwand der Revision, dem Mieter drohe im Fall der Teilwirksamkeit einer Mieterhöhung eine erhöhte Kündigungsgefahr, weil er in der irrtümlichen Annahme, die Mieterhöhung sei wegen der teilweise unzureichenden Erläuterung insgesamt nichtig, in Zahlungsrückstand geraten könne. Der Mieter trägt insoweit kein anderes Risiko, als ihm das Gesetz in jedem anderen Fall auferlegt, in dem er irrtümlich von einer nicht (vollständig) berechtigten Mieterhöhung ausgeht.

### **10.2.2 Abzug von ersparten Instandsetzungskosten**

Modernisierungsmaßnahmen, deren Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB auf den Mieter umgelegt werden können, also bauliche Veränderungen, die die Kriterien des § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB erfüllen, sind abzugrenzen von Erhaltungsmaßnahmen, die zur Instandhaltung oder Instandsetzung der Mietsache erforderlich sind (§ 555a Abs. 1 BGB) und deren Durchführung der Vermieter daher bereits nach dem bestehenden Mietvertrag - zu unveränderter Miete - schuldet (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB). Erfüllt eine bauliche Veränderung die Kriterien sowohl einer Modernisierungsmaßnahme als auch einer Erhaltungsmaßnahme (sogenannte modernisierende Instandsetzung), hat der Vermieter dem Grunde nach Anspruch auf eine Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB; bei der Ermittlung der Höhe der umlagefähigen Kosten ist aber nach Maßgabe des § 559 Abs. 2 BGB eine entsprechende Kürzung vorzunehmen.

---

<sup>461</sup> vgl. BGH v. 20.7.2012 - V ZR 217/11, NJW 2012, 3424 Rz. 12 [zum RBerG]; BGH v. 17.10.2008 - V ZR 14/08, NJW 2009, 1135 Rz. 12 ff. [zu den Grenzen quantitativer Teilung bei § 138 Abs. 1 BGB].

Eine in der Instanzrechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur verbreitete Meinung verneint allerdings die Notwendigkeit einer solchen (anteiligen) Kürzung der Modernisierungskosten, wenn vorhandene Bauteile durch eine moderne höherwertige Ausstattung zu einem Zeitpunkt ersetzt werden, an dem ihre durchschnittliche Lebensdauer zwar zu einem erheblichen Teil abgelaufen ist, Maßnahmen zur Erhaltung aber noch nicht "fällig" sind, weil die vorhandenen Bauteile noch (ausreichend) funktionsfähig sind und ihnen auch sonst (bislang) ein unmittelbar zu beseitigender Mangel nicht anhaftet<sup>462</sup>. Diese Auffassung stützt sich auf den Wortlaut des § 559 Abs. 2 BGB, nämlich auf die Formulierung, dass Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen "erforderlich gewesen wären", nicht zu den aufgewendeten Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB aF gehören.

Dieser Formulierung lässt sich indes nicht zwingend entnehmen, dass für die anspruchsmindernde Berücksichtigung von Instandhaltungskosten die "Fälligkeit" der betreffenden Erhaltungsmaßnahmen vorausgesetzt wird<sup>463</sup>. Mit dem Wortlaut dieser Vorschrift ist es vielmehr unter Berücksichtigung des Umstands, dass die einzelnen Bauteile eines Mietobjekts laufend altern und je nach ihrer (durchschnittlichen) Lebensdauer in bestimmten Zeitabständen vom Vermieter zu erneuern sind, ebenfalls vereinbar, dass der Kostenaufwand, der - zeitanteilig - auch für die Erhaltung eines Bauteils anfällt, in dem Umfang, in dem er bei fiktiver Betrachtung zum Zeitpunkt der Durchführung der baulichen Veränderung in Anbetracht des bereits verstrichenen Anteils der zu erwartenden Gesamtlebensdauer des betreffenden Bauteils für dessen Erhaltung erforderlich wäre, von der Umlagefähigkeit nach § 559 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

Ein anderes Verständnis des § 559 Abs. 2 BGB ergibt sich auch nicht im Umkehrschluss aus der bisherigen Rechtsprechung des VIII. Senats, wonach Kosten, die auf "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen entfallen, nicht auf den Mieter umgelegt werden können<sup>464</sup>. In den jenen Entscheidungen zugrunde liegenden Fallgestaltungen hat sich die Frage, ob Instandsetzungsaufwand auch dann von

---

<sup>462</sup> Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 559 BGB Rz. 72; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 22; BeckOGK/*Schindler*, BGB, Stand: 1. April 2020, § 559 Rz. 72; kritisch MünchKomm/*Artz*, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 20.

<sup>463</sup> BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, GE 2020, 1046.

<sup>464</sup> BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 29; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 14.

den aufgewendeten Kosten abzuziehen ist, wenn Erhaltungsmaßnahmen zum Zeitpunkt der Durchführung der Modernisierung noch nicht "fällig" waren, nicht gestellt. Vor diesem Hintergrund ist den früheren Ausführungen des VIII. Senats, soweit sie an "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen anknüpfen, nicht die Wertung beizumessen, dass ein (anteiliger) Abzug von noch nicht "fälligem" Instandsetzungsaufwand nicht in Betracht kommt.

Der Sinn und Zweck der Vorschriften über die Modernisierung und anschließende Mieterhöhung gebietet es vielmehr, nicht nur in der Fallgestaltung, dass der Vermieter sich durch die Modernisierung bereits "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen erspart oder solche anlässlich der Modernisierung miterledigt werden, einen Abzug des Instandhaltungsanteils vorzunehmen, sondern auch bei der modernisierenden Erneuerung von Bauteilen und Einrichtungen, die bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer Nutzungsdauer (ab-)genutzt worden sind, so dass der Vermieter durch die Modernisierung in erheblichem Umfang (fiktive) Instandhaltungskosten erspart.

Der Gesetzgeber hat die Absetzung von Kosten für Erhaltungsmaßnahmen von den umlagefähigen Kosten für Modernisierungsmaßnahmen erstmals mit dem ab 1. Mai 2013 geltenden Mietrechtsänderungsgesetz vom 11. März 2013<sup>465</sup> geregelt. Dass der Gesetzgeber dabei die Absetzung von Kosten auf bereits "fällige" Erhaltungsmaßnahmen begrenzen wollte, geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor. Vielmehr verweist diese auf die "bislang geltende Rechtslage"<sup>466</sup> und in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des BGH, das - ohne die Frage der "Fälligkeit" von Instandsetzungsmaßnahmen zu behandeln - lediglich besagt, bei der Ermittlung der umlagefähigen Kosten für eine Modernisierungsmaßnahme seien "Elemente der Instandsetzung" außer Betracht zu lassen<sup>467</sup>.

Zwar nimmt die Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang auch auf eine Literaturstimme Bezug<sup>468</sup>, wonach Kosten für "fällige Erhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten" von der Umlagefähigkeit ausgenommen seien. Wäre es dem Gesetzgeber auf diese Einschränkung angekommen, wäre aber - gerade mit

---

<sup>465</sup> BGBl. I S. 434.

<sup>466</sup> BR-Drucks. 313/12, S. 31 f.; BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

<sup>467</sup> BGH v. 17.5.2001 - III ZR 283/00, NZM 2001, 686 unter II 1 d aa.

<sup>468</sup> Soergel/Heintzmann, Kommentar, 13. Aufl. 2007, § 559 BGB Rz. 19.

Blick darauf, dass das erwähnte Urteil des Bundesgerichtshofs diese Einschränkung nicht enthält - zu erwarten gewesen, dass dies im Gesetzestext (durch die dann naheliegende Einfügung des Wortes "fällig") Niederschlag gefunden hätte oder zumindest die Gesetzesbegründung darauf - wie nicht - explizit eingegangen wäre.

Nach dem Regelungszweck, den der Gesetzgeber mit den Vorschriften über die Modernisierung verfolgt, verbietet es sich, in Fallgestaltungen, die durch die Ersetzung schon länger genutzter Bauteile durch solche von besserer Qualität und höherem Wohnkomfort gekennzeichnet sind, die gesamten für diese Maßnahme aufgewendeten Kosten ungekürzt auf den Mieter umzulegen. Denn Sinn der Modernisierungsvorschriften ist es gerade nicht, dem Vermieter (teilweise) auch die Umlage von Instandhaltungskosten auf den Mieter zu ermöglichen; vielmehr sollen Verbesserungen der Mietsache (Energieeinsparung, nachhaltige Erhöhung des Gebrauchswerts, Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse) dadurch gefördert werden, dass für den Vermieter durch die Möglichkeit der Umlage der darauf entfallenden Kosten auf den Mieter ein Anreiz zur Vornahme dieser Maßnahmen gesetzt wird, und die Interessen des Mieters dadurch gewahrt werden, dass er spiegelbildlich von einer Erhöhung des Gebrauchswerts profitiert. Hier entscheidend auf die "Fälligkeit" von Erhaltungsmaßnahmen abzustellen, würde in zahlreichen Fällen zu zufälligen Ergebnissen führen. Besonders augenfällig wird dies, wenn Modernisierungsmaßnahmen - wie hier von der Klägerin geltend gemacht - zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Lebensdauer der ersetzten Bauteile oder Einrichtungen bereits zu einem sehr großen Teil abgelaufen ist. Jedenfalls liegen keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber dem Vermieter zwecks Förderung von Gebäudeinvestitionen zum Nachteil des Mieters die Möglichkeit eröffnen wollte, künftig anfallende - grundsätzlich vom Vermieter zu tragende - Kosten für Erhaltungsmaßnahmen durch geschicktes Vorgehen, namentlich durch Vornahme der Modernisierung kurz vor "Fälligkeit" der Erhaltungsmaßnahmen, auf den Mieter abzuwälzen.

Die Umlagefähigkeit der (reinen) Modernisierungskosten wird durch den Abzug (fiktiv) ersparter Instandhaltungskosten in derartigen Fallgestaltungen nicht infrage gestellt. Auch wird die Ermittlung der umlagefähigen Modernisierungskosten dadurch nicht nennenswert erschwert, denn regelmäßig wird eine Schät-

zung genügen (§ 559 Abs. 2 Halbs. 2 BGB), die sich an der üblichen Lebensdauer der erneuerten Einrichtung und dem bereits eingetretenen Abnutzungsgrad orientiert<sup>469</sup>.

### 10.2.3 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>470</sup>, sondern ausschließlich die materielle Begründetheit der Mieterhöhung gemäß § 559 Abs. 1 BGB a.F. Weshalb diese Sichtweise die Prüfbarkeit der Ankündigung entfallen lasse sowie dem 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>471</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>472</sup>.

---

<sup>469</sup> vgl. ferner bereits BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 30.

<sup>470</sup> BGH v. 17.12.2014- VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 28 m.w.N.

<sup>471</sup> BGH v. 25.9.2018 – VIII ZR 121/17, GE 2018, 1454.

<sup>472</sup> vgl. BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rn. 9 m.w.N.

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.).

#### 10.2.4 Abwägung nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB

Nach § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB ist eine Mieterhöhung ausgeschlossen, soweit sie auch unter Berücksichtigung der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten für den Mieter eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Die Beurteilung, ob eine Modernisierungsmaßnahme für den Mieter eine nicht zu rechtfertigende Härte bedeuten würde, obliegt dem Tatrichter, der aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalles die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen hat<sup>473</sup>

Nach § 555d Abs. 2 S. 1 BGB stehen auf Seiten des Mieters gegebene wirtschaftliche Härtegründe, insbesondere eine infolge der Modernisierung eintretende Mieterhöhung, der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen nicht entgegen<sup>474</sup>. Durch diese im Vergleich zur bisherigen Rechtslage (§ 554 Abs. 2 BGB a.F.) erfolgte Beschneidung der Einwendungen des Mieters gegen die Duldungspflicht wird für den Vermieter eine weitgehende Baufreiheit und Planungssicherheit gewährleistet<sup>475</sup>. Den wirtschaftlichen Interessen des Mieters wird erst im Rahmen des Mieterhöhungsverlangens dadurch Rechnung getragen, dass gemäß § 559 Abs. 4 S. 1 BGB eine für ihn aus der Modernisierung resultierende Härte zu berücksichtigen ist<sup>476</sup>. Dabei ist auf Seiten des Mieters seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Entrichtung der höheren Mietmaßgebend. Weiter ist unabhängig davon auch das objektive Verhältnis zwischen der Mieterhöhung und den durch die Modernisierungsmaßnahme erzielten Vorteilen (insbesondere Einsparung von Energiekosten) zu beachten<sup>477</sup>. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass nicht alle Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 1 BGB zwingend mit einer finanziellen Ersparnis verbun-

---

<sup>473</sup> vgl. BGH v. 24.9.2008 - VIII ZR 275/07, NZM 2008, 883 Rz. 30; BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 164/10, NJW 2011, 1220 Rz. 16; BGH v. 10.12.2013 - VIII ZR 174/13, NJW-RR 2014, 396 Rz. 1 [jeweils zu § 554 Abs. 2 S. 1 BGB a.F.].

<sup>474</sup> vgl. auch BT-Drucks. 17/10485, S. 14.

<sup>475</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 21.

<sup>476</sup> vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 21, 24.

<sup>477</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

den sind, sondern unter Umständen sogar zu einer Betriebskostensteigerung führen können<sup>478</sup>.

§ 559 Abs. 4 S. 1 BGB macht keine Vorgaben, unter welchen Umständen die Grenzen der finanziellen Fähigkeit des Mieters zur Erbringung der Mieterhöhung überschritten sind. Die Vorschrift bringt lediglich zum Ausdruck, dass es entscheidend darauf ankommt, inwieweit die Mieterhöhung dem Mieter in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Verhältnisse (und etwa durch die Modernisierung eingetretener Vorteile) zuzumuten ist. Sie macht das Vorliegen einer unzumutbaren Härte nicht davon abhängig, dass der Mieter von vornherein eine für seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse angemessene Wohnung angemietet hat. Vor diesem Hintergrund ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn auf Seiten des Mieters das Vorliegen einer finanziellen Härte bejaht wird. Immerhin bezieht der Mieter Arbeitslosengeld II und erhält zur Deckung seines Wohnbedarfs einen Betrag in Höhe von 463,10 €. Der Regelbedarf zur Bestreitung des Lebensunterhalts eines Alleinstehenden betrug im Jahr 2017 409 €. Angesichts dieser wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere der geringen zur Deckung der Grundbedürfnisse des Mieters zur Verfügung stehenden Mittel, ist es rechtsfehlerfrei anzunehmen, dass nicht nur die Erhöhung der Bruttokaltmiete um 100 € von bisher 574,34 € auf 674,34 € monatlich für den Anbau größerer Balkone, sondern auch die Erhöhung der Bruttokaltmiete um 65,84 € im Monat (70 € abzüglich 4,16 €) für die Fassadendämmung für den klagenden Mieter eine Härte i.S.d. § 559 Abs. 4 S. 1 BGB bedeuten, weil jede dieser Mieterhöhungen bereits für sich genommen für den Kläger mit hoher Wahrscheinlichkeit den Verlust der Wohnung nach sich ziehen würde<sup>479</sup>.

In die nach § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB gebotene Interessenabwägung muss nicht zum Nachteil des klagenden Mieters der Umstand eingestellt werden, dass dieser allein eine Dreizimmerwohnung mit einer Fläche von 85,65 qm bewohnt, während nach § 2 Abs. 2 S. 1 des Wohnraumgesetzes des Landes Berlin für einen Einpersonenhaushalt nur eine Wohnfläche von 50 qm angemessen ist.

Zwar ist der Umstand, dass der Mieter gemessen an seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und seinen Bedürfnissen eine viel zu große Wohnung nutzt, zu

---

<sup>478</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

<sup>479</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

seinen Lasten in die Abwägung der beiderseitigen Interessen einzubeziehen<sup>480</sup>. Ein solcher Sachverhalt liegt jedoch nicht bereits dann vor, wenn der Mieter - wie hier - eine Wohnung nutzt, die gemessen an den Ausführungsvorschriften zur Gewährung von staatlichen Transferleistungen (etwa zu § 22 SGB II, § 35 f. SGB XII) oder an den Vorschriften für die Bemessung von Zuschüssen für den öffentlich geförderten Wohnungsbau zu groß ist<sup>481</sup>. Nach diesen Vorschriften bestimmt sich zwar, welche staatlichen Unterstützungen ein Mieter in diesen Fällen zur Deckung seiner Wohnkosten erhalten kann. Daraus lässt sich aber noch nicht ableiten, dass ein - auch deutliches - Überschreiten der dort angesetzten Wohnungsgrößen zum Nachteil des Mieters im Rahmen der Abwägung nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB gereicht. Vielmehr gelten hierfür andere Maßstäbe<sup>482</sup>.

Die genannten Vorschriften sollen sicherstellen, dass sich ein Mieter nicht auf Kosten der Allgemeinheit eine zu große Wohnung leistet. Im Rahmen des § 559 Abs. 4 S. 1 BGB gilt es dagegen abzuwägen, ob der Mieter, der sich einer von ihm nicht beeinflussbaren Entscheidung des Vermieters ausgesetzt sieht, Modernisierungsmaßnahmen an der von ihm angemieteten Wohnung durchzuführen, trotz des Refinanzierungsinteresses des Vermieters seinen bisherigen Lebensmittelpunkt beibehalten darf<sup>483</sup>. Schon vor dem Hintergrund ihres unterschiedlichen Regelungszwecks ist es nicht zulässig, die in den Vorschriften der § 22 SGB II, § 35 f. SGB XII, § 2 Abs. 2 des Wohnraumgesetzes des Landes Berlin oder ähnlicher Bestimmungen festgelegten Wohnungsgrößen als Maßstab für eine den Verhältnissen des Mieters angemessene Wohnung zu nehmen.

Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass nicht nur das Eigentum des Vermieters, sondern auch die Besitzposition des Mieters den Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG genießt<sup>484</sup>. Der Mieter kann daher bei der Anwendung des § 559

---

<sup>480</sup> so auch LG Berlin, WuM 2016, 424 Rz. 11; LG Berlin v. 24.1.2017 - 67 S 328/16, juris Rz. 11; ähnlich LG Berlin v. 9.10.2018 - 63 S 48/18, juris Rz. 6 [kein Vorliegen einer Härte]; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 559 BGB Rz. 105; vgl. auch *Scheff* in Klein-Blenkers/Heinemann/Ring, *Miete/WEG/Nachbarschaft*, § 559 BGB Rz. 27; strenger MünchKommBGB/Artz, 7. Aufl., § 559 BGB Rz. 25.

<sup>481</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>482</sup> vgl. auch LG Berlin, WuM 2016, 424 Rz. 11; LG Berlin v. 24.1.2017 - 67 S 328/16, juris Rz. 11; a.A. LG Berlin v. 9.10.2018 - 63 S 48/18, juris.

<sup>483</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>484</sup> vgl. etwa BVerfGE 89, 1 (10); BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098).

Abs. 4 S. 1 BGB und der Auslegung der dort enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe, namentlich des Begriffs "Härte" verlangen, dass die Gerichte die Bedeutung und die Tragweite seines Bestandsinteresses hinreichend erfassen und berücksichtigen<sup>485</sup>. Die einer Berufung auf einen Härtefall nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB im Einzelfall entgegenstehende Unangemessenheit einer Wohnung kann daher nicht isoliert nach einer bestimmten Größe für die jeweilige Anzahl der Bewohner beurteilt werden. Eine solche allein an der Wohnungsgröße oder ihrem Zuschnitt ausgerichtete Grenzziehung hat der BGH - wenn auch bezogen auf die grundrechtlich verbürgte Eigentumsgewährleistung des Vermieters - auch bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein für eine Einzelperson geltend gemachter Eigenbedarf im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB weit überhöht ist, abgelehnt<sup>486</sup>.

Vielmehr kommt es darauf an, ob die vom Mieter genutzte Wohnung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls für seine Bedürfnisse deutlich zu groß ist<sup>487</sup>. Dabei können - anders als bei der Bestimmung der Härte selbst, bei der es allein auf die wirtschaftliche Situation ankommt (vgl. § 555d Abs. 1 S. 2, § 559 Abs. 4 S. 1 BGB) - auch die Verwurzelung des Mieters in der Wohnung und seine gesundheitliche Verfassung sowie weitere im Einzelfall gegebene Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Deshalb ist in die Bewertung einzubeziehen, dass der Mieter schon seit seinem fünften Lebensjahr und damit seit 1962 in der Wohnung lebt. Dem Mieter ist mithin jedenfalls nicht vorzuwerfen, "schon seit Beginn des Mietverhältnisses über seinen wirtschaftlichen Verhältnissen" zu wohnen<sup>488</sup>.

In Anbetracht dieser Umstände steht der Geltendmachung einer finanziellen Härte nicht entgegen, dass der Mieter als Einzelperson eine Dreizimmerwohnung mit einer Fläche von 85,65 qm nutzt. Dabei kann im Streitfall offenbleiben, ab welcher Wohnungsgröße ohne das Hinzutreten weiterer Umstände (hier jahrzehntelanger Lebensmittelpunkt des Mieters) eine Wohnung für einen Einpersonenhaushalt mit beengten wirtschaftlichen Verhältnissen deutlich zu hoch

---

<sup>485</sup> vgl. BVerfGE 89, 1 (9 f.); BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, WuM 2019, 385 Rz. 62; Berl-VerfGH, NZM 2003, 593 (594); jeweils zu § 574 BGB.

<sup>486</sup> BGH v. 4.3.2015 - VIII ZR 166/14, BGHZ 204, 216 Rz. 16 ff.

<sup>487</sup> BGH v. 9.10.2019 - VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>488</sup> <sup>488</sup> BGH v. 9.10.2019 - VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

wäre. Auch hierzu lassen sich starre Grenzen nicht festlegen<sup>489</sup>. Einen ersten Anhaltspunkt können statistische Werte oder Erfahrungswerte bilden, die allerdings mit einem Zuschlag für eine erhebliche Überschreitung zu versehen sind<sup>490</sup>.

Auf Seiten des beklagten Vermieters ist allein sein Refinanzierungsinteresse zu berücksichtigen. Dagegen sind - anders als bei § 555d Abs. 2 S. 1 BGB - die Interessen der anderen Mieter, Belange des Klimaschutzes und der Energieeinsparung außer Acht zu lassen<sup>491</sup>. Der Vermieter wird trotz seiner Eigenschaft als Privatvermieter durch einen Ausschluss der Mieterhöhung nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB nicht unangemessen finanziell benachteiligt, weil es ihm unbenommen bleibt, die Miete gemäß §§ 558 ff. BGB an die ortsübliche Vergleichsmiete anzugleichen und hierdurch seine Investition über die Jahre hinweg ganz oder zumindest teilweise zu amortisieren<sup>492</sup>.

Sowohl bei dem Anbau der Balkone als auch bei den Dämmungsarbeiten an der Fassade können die gleichen Abwägungsmaßstäbe angelegt werden<sup>493</sup>. Zwar wird vereinzelt unter Berufung auf die Gesetzesbegründung angenommen, dass die Mieter eine energetische Modernisierungsmaßnahme in größerem Umfang als sonst hinzunehmen hätten<sup>494</sup>. Eine derartige Interpretation findet jedoch weder in der Bestimmung des § 559 Abs. 4 S. 1 BGB noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze<sup>495</sup>. Der in der Gesetzesbegründung aufgeführte Passus "Hinsichtlich des Maßstabs für die Abwägung gilt, dass hohe energetische Standards grundsätzlich erwünscht sind"<sup>496</sup>, bezieht sich auf die diesem Passus vorangehenden Sätze, in denen ausgeführt wird, dass eine solche Maßnahme nicht zwingend mit einer finanziellen Einsparung verbunden sei, sondern auch nur dem Klimaschutz und der Ressourcenschonung dienen könne<sup>497</sup>. Die letztgenannten Umstände sollen nach der Gesetzesbegründung aber

---

<sup>489</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>490</sup> vgl. etwa BGH v. 4.3.2015 - VIII ZR 166/14, BGHZ 204, 216 Rz. 20 [zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB].

<sup>491</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

<sup>492</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>493</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>494</sup> Erman/*Dickersbach*, BGB, 15. Aufl., § 559 BGB Rz. 23.

<sup>495</sup> Staudinger/*Emmerich*, BGB, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 29a.

<sup>496</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

<sup>497</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

gerade nicht in die Abwägung einfließen<sup>498</sup>. Gleichwohl - und darin erschöpft sich der Aussagegehalt der genannten Textstelle - sollen solche energetischen Maßnahmen im Rahmen der Abwägung nicht als weniger schutzwürdige Modernisierungsmaßnahmen angesehen werden.

### **10.2.5 Allgemein üblicher Zustand von Balkonen**

Die Frage des Vorliegens eines allgemein üblichen Zustands i.S.v. § 559 Abs. 4 Nr. 1 BGB beurteilt sich danach, ob mindestens 2/3 aller vergleichbaren Gebäude gleichen Alters unter vergleichbaren Verhältnissen in der Region den fraglichen Zustand aufweisen<sup>499</sup>.

Zur Ermittlung des Umstands, ob das Vorhandensein von 5,06 qm großen Balkonen oder zumindest von Balkonen, die eine deutlich größere Fläche als 1,85 qm oder 0,98 qm (die Fläche des bisherigen Balkons ist zwischen den Parteien streitig) aufweisen, nach dem vorgenannten Maßstab allgemein üblich ist, kann nicht auf den Berliner Mietspiegel zurückgegriffen<sup>500</sup>. Danach gilt ein Balkon mit einer Fläche ab 4 qm als wohnwerterhöhendes Merkmal, während eine Balkongröße von weniger als 4 qm als neutral gewertet wird. Hieraus kann nicht der unzulässige Schluss gezogen werden, dass das Vorhandensein größerer Balkone nicht allgemein üblich sei. Dabei wird verkannt, dass der Mietspiegel keine Aussagen dazu trifft, welche Ausstattung bei welchen Gebäuden in welchem regionalen Bereich allgemein üblich ist. Vielmehr beschränken sich die Angaben im Mietspiegel darauf zu bewerten, ob das Vorhandensein oder Fehlen eines bestimmten Merkmals den Wohnwert positiv oder negativ beeinflusst. Das Berufungsgericht hätte daher - falls sich die aufgeworfene Frage nicht anhand von statistischen Erhebungen<sup>501</sup> zur Üblichkeit entsprechender Balkone beantworten lässt.

### **10.2.6 Vom Vermieter nicht zu vertretende Maßnahme**

Für die Beurteilung, ob die Bagatellklausel des § 9 Abs. 3 EnEV Anwendung findet, kommt es nicht darauf an, ob ein Instandsetzungsbedarf bezüglich nicht mehr als zehn Prozent der Fassadenfläche bestanden hat. Vielmehr ist allein

---

<sup>498</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

<sup>499</sup> BGH v. 19.2.1992 - VIII ARZ 5/91, NJW 1992, 1386 unter III 4 c.

<sup>500</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>501</sup> vgl. hierzu BGH v. 19.2.1992 - VIII ARZ 5/91, NJW 1992, 1386 unter III 3 c.

entscheidend, ob der Umfang der nach der Entscheidung des Vermieters durchzuführenden Arbeiten an den Fassadenflächen mehr als zehn Prozent der Gebäudeaußenflächen erfasst<sup>502</sup>.

Die von § 9 Abs. 1 EnEV in Verbindung mit Anlage 3 Nr. 1 lit. b im Falle der Erneuerung des Außenputzes an Fassadenflächen geforderte Einhaltung bestimmter Wärmedurchgangskoeffizienten führt bei den betroffenen Flächen nicht ohne Weiteres dazu, dass eine in Übereinstimmung mit diesen Vorgaben erfolgte Modernisierungsmaßnahme gemäß § 559 Abs. 4 Nr. 2 BGB aufgrund von Umständen durchgeführt wurde, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Vielmehr kann hiervon nur ausgegangen werden, wenn die Außenputzerneuerung für den Vermieter unausweichlich war<sup>503</sup>.

Dem Tatbestand des § 559 Abs. 4 Nr. 2 BGB unterfallen Modernisierungsmaßnahmen, zu deren Durchführung der Vermieter rechtlich verpflichtet ist<sup>504</sup>. Eine solche rechtliche Verpflichtung besteht etwa bei Modernisierungsmaßnahmen, die der Erfüllung sog. Nachrüstpflichten nach der Energieeinsparverordnung (EnEV), insbesondere nach § 10 EnEV, dienen<sup>505</sup>. Hierbei handelt es sich um durch öffentlich-rechtliche Vorschriften zwingend vorgeschriebene Maßnahmen, denen sich der Vermieter nicht entziehen kann<sup>506</sup>.

In einer solchen Zwangslage befindet sich ein Vermieter, der die in § 9 Abs. 1 EnEV in Verbindung mit Anlage 3 Nr. 1 bis 6 aufgeführten Arbeiten an Gebäuden aus freiem Entschluss durchführt, jedoch in aller Regel nicht<sup>507</sup>. Denn er hat es regelmäßig in der Hand, ob er die Arbeiten in Angriff nimmt und damit die in § 9 Abs. 1 EnEV normierte Verpflichtung auslöst, eine Wärmedämmung anzubringen, die die Einhaltung eines bestimmten Wärmedurchgangskoeffizienten gewährleistet (sog. bedingte Anforderungen). Diese Unterschiede zu den Nachrüstpflichten rechtfertigen es, den Ausnahmetatbestand des § 559 Abs. 4 Nr. 2 BGB nicht ohne Weiteres auf Arbeiten an den Außenwänden eines Gebäudes anzuwenden, zu deren Durchführung kein rechtlicher Zwang besteht,

---

<sup>502</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>503</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>504</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 25.

<sup>505</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 25.

<sup>506</sup> OVG Berlin-Brandenburg v. 6.12.2012 - OVG 5 B 1.12, juris Rz. 26 f.; VG Berlin v. 24.11.2011 - 16 K 31.10, juris Rz. 30 (jeweils zu § 6 Abs. 1 S. 1 NMV 1970).

<sup>507</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

die aber im Falle ihrer Vornahme die Verpflichtung zu Dämmungsmaßnahmen nach sich ziehen<sup>508</sup> (anders nur im Fall einer unausweichlichen Instandsetzung). Denn wenn die Durchführung solcher Arbeiten letztlich im freien Ermessen des Vermieters steht, bestimmt allein er, ob und wann er die in § 9 Abs. 1 EnEV vorgesehenen Pflichten zur Einhaltung eines bestimmten Wärmedurchgangskoeffizienten auslöst. Dies erklärt auch, warum in den Gesetzesmaterialien die Verpflichtung nach § 9 Abs. 1 EnEV - anders als die Nachrüstpflichten - nicht als Beispielsfall für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 559 Abs. 4 Nr. 2 BGB angeführt ist. Es ist daher davon auszugehen, dass eine aus Anlass der Durchführung von Arbeiten an Gebäuden im Sinne des § 9 Abs. 1 EnEV erfolgte Wärmedämmung regelmäßig nicht aufgrund von Umständen erfolgt ist, die der Vermieter nicht zu vertreten hat.

Etwas anderes hat allerdings dann zu gelten, wenn die Durchführung der Arbeiten an dem Gebäude für den Vermieter unausweichlich geworden ist<sup>509</sup>. Dies ist bei einer Erneuerung des Außenputzes dann anzunehmen, wenn die Putzfassade aufgrund altersbedingten Verschleißes oder aufgrund von auf sie einwirkenden schädigenden Ereignissen ersetzt werden muss und zudem der Mieter oder andere Mieter des Anwesens den Vermieter berechtigterweise auf Instandsetzung des Putzes oder auf Mietminderung in Anspruch nehmen bzw. sich der Vermieter einer (bestandskräftigen) behördlichen Anordnung zur Behebung der Schäden ausgesetzt sieht. Entsprechendes hat auch ohne Aufforderung des Mieters oder einer Behörde dann zu gelten, wenn die Beseitigung von Schäden dringend aus Sicherheitsgründen geboten ist. Denn in all diesen Fällen kann sich der Vermieter nicht der Durchführung der Instandsetzungsmaßnahme entziehen, die dann die Vornahme der Wärmeschutzmaßnahme verpflichtend nach sich zieht. Es liegt damit beim Vermieter eine den Nachrüstpflichten der Energieeinsparverordnung vergleichbare Zwangslage vor.

---

<sup>508</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

<sup>509</sup> BGH v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, MDR 2019, 1499 = WuM 2019, 706.

## 11 Betriebskosten

### 11.1 Notdienstpauschale des Hausmeisters

Die (nicht als Betriebskosten umlagefähigen) Aufwendungen für Instandsetzung und Instandhaltung werden durch Reparatur und Wiederbeschaffung verursacht und müssen zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs erbracht werden, um die durch Abnutzung, Alterung, Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen (§ 28 Abs. 1 II. BV; seit 1. Januar 2004: § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV). Instandsetzung und Instandhaltung betreffen deshalb Mängel an der Substanz der Immobilie oder ihrer Teile<sup>510</sup>. Bei den ebenfalls nicht auf den Mieter umlagefähigen Verwaltungskosten handelt es sich um die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht, den Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit, die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und die Kosten für die Geschäftsführung (§ 26 Abs. 1 II. BV; seit 1. Januar 2004: § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV).

Ausgehend von der danach zu treffenden Unterscheidung zwischen Betriebskosten und Verwaltungskosten kommt es darauf an, ob die Notdienstpauschale unter die im Streitfall allein in Betracht kommende Betriebskostenposition "Kosten des Hauswarts" (Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV) fällt oder ob sie den vom Vermieter selbst zu tragenden Verwaltungskosten zuzuordnen ist<sup>511</sup>.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird überwiegend die Auffassung vertreten, es handele sich dabei um umlagefähige Betriebskosten. Das wird zum Teil damit begründet, dass die Stellung einer Notdienstbereitschaft im Interesse des Mieters liege, weil sie in erster Linie - insbesondere in großen Wohnanlagen - dazu diene, die vom Mieter eingebrachten Sachen vor Schäden durch beispielsweise Strom- oder Heizungsausfall oder bei einem Wasserrohrbruch zu bewahren<sup>512</sup>. Zum Teil wird die Umlagefähigkeit einer Notdienstpauschale deswegen angenommen, weil die Erreichbarkeit des Hausmeisters zur

---

<sup>510</sup> BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NZM 2007, 282 Rz. 10, 14; BGH v. 7.4.2004 - VIII ZR 167/03, NZM 2004, 417 unter II 1 a.

<sup>511</sup> BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 62/19, WuM 2020, 83 = GE 2020, 255 = ZMR 2020, 294.

<sup>512</sup> LG Köln, WuM 1997, 230 (231).

Störungsbeseitigung in Notfällen auch außerhalb der (üblichen) Geschäftszeiten zu den dem Sicherheitsbereich angehörenden Tätigkeiten eines Hausmeisters gehöre, deren Kosten grundsätzlich umlagefähig seien<sup>513</sup>. Andere Instanzgerichte bejahen die Umlagefähigkeit von Bereitschaftskosten ohne nähere Begründung<sup>514</sup>.

Nach anderer Ansicht handelt es sich bei den Kosten für eine Notdienstbereitschaft um Verwaltungskosten. Zur Begründung wird angeführt, die Bereithaltung für die Entgegennahme von Mängel-, Havarie-, Schadens- und Notfallmeldungen und die darauffolgende Veranlassung von Reparaturmaßnahmen seien Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Grundstücksverwaltung, was sich nicht zuletzt daran zeige, dass solche Meldungen während der normalen Geschäftszeiten üblicherweise an die Hausverwaltung gerichtet würden<sup>515</sup>.

Die zuletzt genannte Ansicht verdient den Vorzug<sup>516</sup>.

Zu den umlagefähigen Kosten für den Hauswart gehören die Vergütung, die Sozialbeiträge sowie alle geldwerten Leistungen, die der Eigentümer dem Hauswart für seine Arbeit gewährt, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft (Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV).

Als umlagefähige Kosten des Hauswarts kommen dabei zum einen Aufwendungen für bestimmte Wartungs-, Reinigungs- und Pfllegetätigkeiten in Betracht (vgl. Nr. 14 Satz 2 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV; ab 1. Januar 2004: § 2 Nr. 14 Halbs. 2 BetrKV). Zum anderen sind diejenigen Kosten als Betriebskosten anzusehen, die durch die (typische) Aufgabe eines Hauswarts verursacht werden, in den allgemein zugänglichen Räumen und auf den allgemein zugänglichen Flächen des Mietobjekts für Sicherheit und Ordnung zu sorgen. Diese

---

<sup>513</sup> AG Hohenschönhausen v. 31.3.2008 - 16 C 205/07, juris Rz. 12 f.; AG Brandenburg v. 7.6.2010 - 31 C 210/09, juris Rz. 20.

<sup>514</sup> LG Leipzig v. 9.3.2017 - 1 S 330/16, juris Rz. 21; LG Berlin v. 4.12.2006 - 67 S 223/06, juris Rz. 27; ebenso in der Literatur *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., A. Rz. 201; *Erman/Lützenkirchen*, 15. Aufl., § 556 BGB Rz. 90; *BeckOGK-BGB/Drager*, Stand 1. Oktober 2019, § 2 BetrKV Rz. 92; *Schneider* in *Spielbauer/Schneider*, Mietrecht, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 262.

<sup>515</sup> AG Charlottenburg, NZM 2018, 747, 748; ebenso *BeckOK-MietR/Pfeifer*, Stand 1. September 2019, § 556 BGB Rz. 957a; *Wall*, Betriebs- und Heizkosten, 4. Aufl., Rz. 4428.

<sup>516</sup> BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 62/19, WuM 2020, 83 = GE 2020, 255 = ZMR 2020, 294.

Aufgaben sind dadurch gekennzeichnet, dass es sich um jeweils ohne konkreten Anlass ("routinemäßig") in bestimmten zeitlichen Intervallen im Sicherheitsinteresse durchzuführende Maßnahmen der Kontrolle und Überwachung handelt.

Hierzu gehört etwa die Überwachung, dass Rettungs- oder Fluchtwege nicht zugestellt sind, keine gefährlichen Gegenstände auf den Gemeinschaftsflächen des Hauses gelagert werden, Außentüren ordnungsgemäß schließen und bei Fehlen einer Türöffneranlage nachts verschlossen sind, Abflüsse im Keller oder auf dem Grundstück freiliegen, die Beleuchtung von Gemeinschaftsflächen ordnungsgemäß funktioniert, haustechnische Anlagen in ordnungsgemäßigem Zustand sind, Glasbereiche keine Schäden aufweisen, Handwerker im Rahmen umlagefähiger Wartungs-, Reinigungs- oder Gartenpflegearbeiten eingewiesen werden und der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht des Vermieters (Frostschutz, Brandschutz, gefahrloser Zustand von Wohnflächen im Innen- und Außenbereich) genügt ist. Im Ordnungsbereich zählt zu den Aufgaben eines Hauswarts im Wesentlichen die Einhaltung der Hausordnung (Überwachung der Treppenhausreinigung, des Winterdienstes, Einhaltung der Ruhezeiten etc.<sup>517</sup>).

Mit der hier berechneten Notdienstpauschale werden jedoch Tätigkeiten abgegolten, die der Grundstücksverwaltung und nicht etwa dem vorstehend beschriebenen Sicherheits- oder Ordnungsbereich zuzuordnen sind. Denn es handelt sich nicht um eine Vergütung für eine allgemeine Kontroll- und Überwachungstätigkeit, sondern um Aufwendungen für die als Verwaltungstätigkeiten einzuordnende Entgegennahme von Störungsmeldungen und erforderlichenfalls die Veranlassung von Reparaturmaßnahmen durch Dritte. Zutreffend hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang darauf abgestellt, dass die Meldung solcher Störungsereignisse während der üblichen Geschäftszeiten gegenüber der Hausverwaltung oder dem Vermieter selbst erfolgt, damit von dort aus die erforderlichen Maßnahmen - in der Regel die Beauftragung einer entsprechenden Fachfirma mit der Störungsbehebung - in die Wege geleitet werden, und es sich insoweit nach allgemeiner Meinung um eine Verwaltungstätigkeit handelt. Für die (kosten)rechtliche Einordnung einer bestimmten Tätig-

keit kann es aber nicht darauf ankommen, ob sie innerhalb oder außerhalb üblicher Geschäftszeiten verrichtet wird beziehungsweise ob der Vermieter für Meldungen außerhalb der Geschäftszeiten einen Notfalldienst einrichtet.

## 11.2 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>518</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>519</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>520</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 enumera-

---

<sup>517</sup> vgl. im Einzelnen etwa die Darstellung bei *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., A. Rz. 201 f. m.w.N.; *Wall*, Betriebs- und Heizkosten Rz. 4416 m.w.N.

<sup>518</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>519</sup> vgl. schon BT-Drucks. VI/2421, S. 4; BT-Drucks. 7/2011, S. 8.

<sup>520</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

tiv 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 Mietrechtsreformgesetzes explizit aus, dass die umlagefähigen Betriebskosten abschließend aufgezählt sind und eine vertragliche Erweiterung, zum Beispiel auf Verwaltungskosten, nicht möglich ist<sup>521</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>522</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>523</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>524</sup>.

Dann muss aus dem Mietvertrag aber auch deutlich werden, dass die Verwaltungskostenpauschale ein Teil der Grundmiete sein soll<sup>525</sup>.

---

<sup>521</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 50.

<sup>522</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

<sup>523</sup> vgl. BGH v. 30.5.2017 - VIII ZR 31/17, NJW-RR 2017, 981 Rz. 7.

<sup>524</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

<sup>525</sup> BGH v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

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 kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zu Lasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung<sup>526</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>527</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

---

<sup>526</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>527</sup> BGH v. 19.12.2018 - VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

Wohnraummieter auferlegt werden können, während in der Geschäftsraummiete die Umlage von Verwaltungskosten als Betriebskosten grundsätzlich zulässig und weit verbreitet ist<sup>528</sup>.

Die Berechnung der Mietkaution spricht ebenfalls gegen eine Einordnung der Verwaltungskostenpauschale als Teil der Grundmiete. Die vorliegend in § 20 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 Kapazitätsgrenze (§ 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>529</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.

### **11.3 Formelle Wirksamkeit der Abrechnung**

Der Vermieter hat für die einzelnen Betriebskostenarten jeweils in der ersten Spalte die Gesamtkosten (nach dem umzulegenden Betrag) benannt. Soweit der Vermieter hiervon bei der weiteren Abrechnung nicht den gesamten Betrag umgelegt hat, hat er den damit vorgenommenen Vorwegabzug in den Abrechnungen jeweils beigefügten Anlagen erläutert, wobei an dieser Stelle dahinst-

---

<sup>528</sup> vgl. BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299 Rz. 17.

<sup>529</sup> vgl. BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299 Rz. 17.

hen kann, ob eine solche Erläuterung nach der neuesten Rechtsprechung des BGH überhaupt noch erforderlich gewesen wäre<sup>530</sup>.

Der angewendeten Umlageschlüssel (Flächenmaßstab) lässt sich den Abrechnungen ohne weiteres entnehmen, weil jeweils die Gesamtflächen und die Wohnfläche der Wohnung der Beklagten angegeben sind. Hieraus ergibt sich jeweils die Berechnung des Anteils der Beklagten; auch die Vorauszahlungen sind in den Abrechnungen berücksichtigt.

Damit erfüllen die Abrechnungen die formellen Anforderungen<sup>531</sup>.

Insoweit bedurfte es keiner weiteren Erläuterung des Umlageschlüssels. Denn der Verteilungsmaßstab "Fläche" ist aus sich heraus verständlich<sup>532</sup>. Etwas Anderes gilt auch nicht etwa deshalb, weil der Vermieter bei seiner Abrechnung verschiedene Gesamtflächen zugrunde gelegt hat, nämlich bei einigen Positionen die Gesamtfläche der mehrere Gebäude umfassenden Gesamtanlage, während bei anderen Positionen kleinere "Abrechnungskreise" (etwa einzelne Gebäude) gebildet und dementsprechend kleinere Gesamtflächen zugrunde gelegt wurden. Auch insoweit genügt aber auf der formellen Ebene die jeweilige Angabe der Gesamtfläche, die der nach dem Flächenmaßstab abgerechneten Betriebskostenpositionen zugrunde gelegt worden ist.

Soweit der Mieter in den Abrechnungen Informationen dazu vermisst, aus welchen einzelnen Gebäudeteilen oder Hausnummern sich die jeweils zugrunde gelegte Wirtschaftseinheit zusammensetzt, verkennt es, dass derartige Informationen nach der Rechtsprechung des BGH gerade nicht zu den Mindestanforderungen an eine Betriebskostenabrechnung gehören, deren Verletzung die Abrechnung formell unwirksam macht<sup>533</sup>.

Für die formelle Wirksamkeit ist es unerheblich, ob der Vermieter in den Abrechnungen vom vereinbarten Umlageschlüssel abgewichen bzw. er nach dem Mietvertrag nicht zur Zusammenfassung der Gesamtanlage zu einer Wirtschaftseinheit berechtigt gewesen ist. Denn dieser Einwand betrifft allenfalls die

---

<sup>530</sup> vgl. BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, MDR 2016, 262 = WuM 2016, 170 = ZMR 2016, 282 Rn. 12 ff., 19.

<sup>531</sup> BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210 = ZMR 2020, 484.

<sup>532</sup> BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, MDR 2010, 1102 = WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261.

<sup>533</sup> BGH v. 14.2.2012 - VIII ZR 207/11, WuM 2012, 405 Rz. 3.

materielle Richtigkeit der Abrechnung, nicht aber deren formelle Ordnungsgemäßheit<sup>534</sup>.

Auch die behauptete Unklarheit, ob die Abrechnungseinheiten der W. Str. 21 bei der Berechnung der zugrunde gelegten Gesamtfläche berücksichtigt worden seien, betrifft nicht die formelle Ordnungsgemäßheit der Abrechnung. Dasselbe gilt für den behaupteten Widerspruch zwischen den bei den Positionen Hausstrom, Aufzug und Hausreinigung angesetzten Gesamtflächen und den Erläuterungen.

Vergeblich wird ferner geltend gemacht, die Betriebskostenabrechnungen seien deshalb aus formellen Gründen - zumindest bezüglich einzelner Positionen - unwirksam, weil in den Erläuterungen einzelne Positionen nicht nachvollziehbar bezeichnet seien. Insoweit bezieht sich der Mieter auf die in den Erläuterungen zu den Abrechnungen beigefügte Aufschlüsselung einzelner Betriebskosten (etwa nach Rechnungsbeträgen für einzelne Gebäude). Da eine solche Aufschlüsselung für die formelle Ordnungsgemäßheit schon nicht erforderlich ist, ist es (auf der formellen Ebene) auch unschädlich, dass einzelne in der Aufschlüsselung genannten Teilpositionen mit einer unverständlichen Ziffernfolge bezeichnet sind. Sofern dem jeweiligen Einzelbetrag keine umlegbaren Kosten zugrunde liegen sollten, handelte es sich wiederum um eine Frage der materiellen Richtigkeit der Abrechnung.

Soweit sich der Mieter darauf beruft, dass einzelne Kostenarten (Müll, Hausreinigung) in der Abrechnung jeweils doppelt genannt sind und auf unterschiedliche Gesamtflächen verteilt werden, obwohl in den Erläuterungen zu der Abrechnung insoweit nur auf eine Gesamtfläche abgestellt wird, betrifft auch dies keinen formellen, sondern allenfalls einen materiellen Fehler der Abrechnungen<sup>535</sup>. Im Übrigen lässt sich den in der Anlage zu den Abrechnungen erteilten Erläuterungen bei verständiger Würdigung entnehmen, dass der Vermieter einen Teil der Reinigungskosten der Gesamtanlage zugeordnet und dementsprechend auf die gesamte Wirtschaftseinheit umgelegt hat. Einen anderen Teil der Reinigungskosten hat er dem Gebäude zugeordnet, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet und dementsprechend nur auf die in diesem Gebäude be-

---

<sup>534</sup> BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210.

<sup>535</sup> BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210.

findlichen Einheiten umgelegt. Ob diese Aufteilung zutreffend ist, betrifft wiederum allein die materielle Richtigkeit der Abrechnung. Bei der doppelt auftauchenden Position "Straßenreinigung/Müll" handelt es sich - wie aus den Erläuterungen ersichtlich - einmal um die Straßenreinigungskosten (Gesamtbetrag 2014 15.390,75 €) und das andere Mal um Kosten der Müllentsorgung. Hinsichtlich der Müllentsorgung ist der Vermieter - wie wiederum aus den Erläuterungen ersichtlich - so verfahren, dass er die besonderen (hohen) Kosten, die für einzelne Gewerbebetriebe angefallen sind, vorweg abgezogen und die verbleibenden Beträge auf die Wohnungen und die übrigen gewerblichen Einheiten (Büroeinheiten) nach dem Flächenmaßstab verteilt hat. Auch insoweit steht die formelle Ordnungsgemäßheit der Abrechnung nicht in Frage.

Bezüglich der Heizkostenabrechnung wird rechtsfehlerhaft ein formeller Abrechnungsfehler darin gesehen, dass die Abrechnung einer Plausibilitätskontrolle nicht standhalte, weil Verbrauchsabweichungen gegenüber den in früheren Abrechnungen gemessenen Verbrauchsmengen nicht erläutert worden seien.

Nach der Rechtsprechung des BGH führt der Umstand, dass eine Abrechnung - etwa bezüglich der Flächenangabe oder bezüglich der angegebenen Verbrauchswerte - im Vergleich zu früheren Abrechnungen erheblich abweicht, gerade nicht dazu, dass aus diesem Grund höhere formelle Anforderungen an die Abrechnungen zu stellen wären, etwa in Form einer Erläuterung der Gründe für die Flächenabweichung oder den gestiegenen Verbrauch<sup>536</sup>. Bei der Frage, ob in einer Abrechnung eine zu hohe Verbrauchsmenge zugrunde gelegt wurde, handelt es sich vielmehr um eine Frage der materiellen Richtigkeit der Abrechnung<sup>537</sup>.

#### 11.4 Umlageschlüssel Promille

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Mindestens sind in sie aufzunehmen eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen. Die Abgrenzung zwischen

---

<sup>536</sup> BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, MDR 2008, 907 = NJW 2008, 2260 Rn. 13 ff.

<sup>537</sup> vgl. BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, MDR 2010, 377 = WuM 2010, 156 = NZM 2010, 315 = GE 2010, 477 Rz. 14.

formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung einerseits und deren inhaltlicher Richtigkeit andererseits richtet sich danach, ob der Mieter in der Lage ist, die Art des Verteilungsschlüssels der einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an den Gesamtkosten rechnerisch nachzuprüfen<sup>538</sup>.

Nach diesen Kriterien sind die vorgelegten Betriebskostenabrechnungen formell unwirksam. Sie genügen nämlich nicht den dargestellten Mindestanforderungen, indem sie den Umlageschlüssel nicht angeben. Die Angabe der Kostenverteilung nach Promillewerten beinhaltet keinen Umlageschlüssel, sondern setzt ihn voraus<sup>539</sup>. Erst wenn ein Umlageschlüssel bestimmt ist, kann das Mietobjekt mit einem Anteil (etwa in Prozent oder Promille) zu den entstandenen Gesamtkosten ins Verhältnis gesetzt werden. Es kann offen bleiben, ob die Angabe des Umlageschlüssels in der Betriebskostenabrechnung dann entbehrlich wäre, wenn die Umlagevereinbarung im Mietvertrag einen Umlageschlüssel bestimmte. Die Mietverträge vom 14.05. und 31.08.2012 bestimmen nämlich keinen Umlagemaßstab. Es greift auch kein gesetzlicher Umlageschlüssel ein, weil die Regelung in § 556a Abs. 1 BGB nur für Mietverträge über Wohnraum gilt. Sie wird nicht in § 578 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB für auf Mietverhältnisse über Geschäftsräume entsprechend anwendbar erklärt.

Das Fehlen der Angabe des Umlageschlüssels in den Betriebskostenabrechnungen wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der ehemalige Geschäftsführer und jetzige Prokurist der Beklagten Gesellschafter der YYY GbR ist und als solcher Einblick in die Projektentwicklung auf dem M...gelände hatte. Dieser Umstand mag im formellen Einzelfall dazu führen, dass die Anforderungen an die Erläuterung eines angegebenen Umlageschlüssels für die Klägerin niedriger anzusetzen sind. Er lässt aber nicht die Notwendigkeit der Angabe des Umlageschlüssels in den Betriebskostenabrechnungen als Mindestanforderung an deren Wirksamkeit entfallen.

Die notwendige Ergänzung oder Erläuterung einer formell unwirksamen Betriebskostenabrechnung kann grundsätzlich zulässigerweise in einem laufenden

---

<sup>538</sup> vgl. BGH v. 19.7.2017 - VIII ZR 3/17, NZM 2017, 732; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283.

<sup>539</sup> OLG Dresden v. 9.8.2019 – 5 U 936/19, ZMR 2020, 24 = IMR 2019, 499 (*Biebelheimer*).

Rechtsstreit vor Gericht nachgeholt werden<sup>540</sup>. Dies gilt im Wohnraummietrecht nur, wenn zum Zeitpunkt der Nachholung die Abrechnungsfrist noch nicht abgelaufen ist.

### 11.5 Unterschiedlich zusammengestellter Umlageschlüssel

Es gehört zu den wesentlichen Grundgedanken des Betriebskostenrechts, dass der Mieter nicht in erheblichem Umfang mit Kosten belastet wird, die er nicht verursacht hat und die auch nicht seinen Mieträumen zugeordnet werden können<sup>541</sup>.

Nicht anders liegt es bei der vorliegenden Klausel, der ein (so bezeichnetes) "Umlagekonzept" zugrunde liegt, das zu einer erheblichen Mehrbelastung kleinerer Mietflächen mit den gesamten (verbrauchsunabhängigen) Betriebskosten führt, während sie im Gegenzug Großmieter ohne sachlichen Grund durch einen fiktiven Ansatz ihrer Mietfläche nur bis zu 1.000 qm bzw. (laut Klägerin nur alternativ) bei zweigeschossigen Mietflächen mit 50 % der tatsächlichen Fläche bevorzugt und entlastet<sup>542</sup>. Der Flächenmaßstab, der nach der gesetzgeberischen Entscheidung (§ 556a BGB) ein ohne Rücksicht auf einzelne Verursachungsbeiträge grundsätzlich angemessener Maßstab zur Nebenkostenumlage ist<sup>543</sup>, wird damit bewusst verzerrt, um einzelne Mieter zu entlasten. Dies stellt eine unangemessene Benachteiligung der anderen Mieter dar<sup>544</sup>.

Die hiergegen vorgebrachten Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 07.01.2019 überzeugen nicht. Dass § 556a BGB für Gewerbemietverträge nicht gilt, ist unerheblich, da dies nichts daran ändert, dass die Umlage nach dem

---

<sup>540</sup> vgl. OLG Dresden v. 12.3.2002 - 5/23 U 2557/01, NZM 2002, 437; OLG Düsseldorf v. 4.7.2013 -10 U 52/13, ZMR 2014, 441.

<sup>541</sup> vgl. etwa zur Unzulässigkeit der Abwälzung von Kosten, die auf Leerstandsflächen entfallen, BGH, NJW 2010, 3645 Rz 13, 23; KG, ZMR 2016, 687 - juris Rz 25 f.; ferner BGH NJW 2009, 2058 Tz 16 zur Überschreitung der Grenze zumutbarer generalisierender Betrachtungsweise, wenn der Mieter mit Kosten eines Aufzugs belastet wird, der sich in einem anderen Bauteil befindet und ihm daher keinen auch nur theoretischen Nutzungsvorteil bietet; s. a. zur unzulässigen Abwälzung von Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten an Gemeinschaftsflächen BGH, NJW 2014, 3722 Rz. 22; BGH, NJW 2013, 41 Rz. 17.

<sup>542</sup> KG v. 15.8.2019 – 8 U 209/16, GE 2020, 541.

<sup>543</sup> vgl. BGH NJW 2006, 3557 Rz 20; BGH, NJW 2006, 2771 Tz 14; KG, ZMR 2016, 687 - juris Rz 38; Palandt/*Weidenkaff*, 78. Aufl., § 556a BGB Rz 5; Staudinger/*Weitemeyer*, Neub. 2014, § 556a BGB Rz 22.

<sup>544</sup> ebenso Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 13. Aufl., § 556a BGB Rz 28; s.a. Rz 69: grundsätzlich keine Umlage nach der Zahl der Mietobjekte anstatt ihrer Größe.

Anteil der tatsächlichen Mietflächen ein Gebot der Kostengerechtigkeit ist. Dass nicht "der gerechteste" Maßstab gewählt werden muss, rechtfertigt nicht, einen unbilligen und ungerechten Maßstab zu wählen.

Dass eine AGB-Kontrolle nicht möglich sei, weil es für den Umlageschlüssel kein gesetzliches Leitbild gebe, von dem abgewichen werden könne, ist unzutreffend. Das gesetzliche Leitbild des § 535 BGB besagt, dass der Vermieter die Betriebskosten zu tragen hat<sup>545</sup>. Wenn er diese auf den Mieter abwälzt, setzt dies einen billigen und sachgerechten Maßstab voraus<sup>546</sup>. Es gehört - nicht erst seit Einführung von § 556a Abs. 1 S. 1 BGB im Wohnraummietrecht - zu den "wesentlichen Grundgedanken des Betriebskostenrechts", dass der Vermieter die auf einen Leerstand entfallenden Kosten zu tragen hat<sup>547</sup>.

Der BGH hat dementsprechend nunmehr entschieden, dass es zwar keine absolute Verteilungsgerechtigkeit geben kann, jedoch ein objektiver Abrechnungsmaßstab für alle zur Wirtschaftseinheit zählenden Nutzer gelten muss. Die Beschaffenheitsvereinbarung zur Fläche, die mit einzelnen Mietern getroffen wird, scheidet als tauglicher Abrechnungsmaßstab daher aus<sup>548</sup>.

Die Klausel ist auch nicht deshalb angemessen, weil die "Kleinmieter" in besonderer (laut Klägerin: "unverhältnismäßiger") Weise davon profitieren, dass es "Großmieter" gibt. Sollte der Erfolg des Centers von dieser Mieter-Struktur abhängen, wäre es in gleicher Weise das Interesse des Vermieters, das hiermit verfolgt und gewahrt wird. Es besteht dann jedoch kein Grund, die übrigen Mieter mit den Kosten der Sonderzusage zu belasten. Es liegt somit kein besonderer Vorteil gerade der Mieterschaft vor, welcher die AGB-rechtliche Durchbrechung allgemeiner Grundsätze der Verteilungsgerechtigkeit als angemessen erscheinen lassen könnte.

Der Überlegung, dass es keinen Unterschied machen könne, ob die Kleinmieter eine höhere Grundmiete oder höhere Nebenkosten zahlen, ist ebenfalls nicht zu folgen. Die Grundmiete ist in jedem Fall - sowohl für Klein- als auch Großmieter

---

<sup>545</sup> Palandt/*Weidenkaff*, a.a.O., § 535 BGB Rz. 87.

<sup>546</sup> insoweit gilt nichts anderes als für die Kontrollfähigkeit der Abwälzung von Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten, s. dazu BGH NJW 2014, 3722 Tz 22; NJW 2013, 41 Tz 17).

<sup>547</sup> vgl. BGH, NJW 2010, 3645 Rz 13, 17, 23, 28; BGH NJW 2006, 2771 Rz 13.

<sup>548</sup> BGH NJW 2018, 2317 Rz 22, zur Maßgeblichkeit der tatsächlichen und nicht der im Mietvertrag vereinbarten Wohnungsgröße

- Vereinbarungssache, sie kann sich somit im Laufe der Zeit auch ändern, und muss für die Großmieter ohnehin nicht die gleiche Höhe haben wie für Kleinmieter. Dass die Klägerin ohne die Kappungsklausel gegenüber Kleinmietern eine höhere Grundmiete hätte durchsetzen können, ist nicht feststellbar, so dass dieser Aspekt einer Unangemessenheit i.S. von § 307 BGB<sup>549</sup> nicht entgegen steht.

## 11.6 Verzicht auf Einwendungsausschluss

Die Vorschrift des § 556 Abs. 3 BGB enthält zwar Regelungen zur Abrechnung von Vorauszahlungen des Mieters auf Betriebskosten, von denen in ihrem Anwendungsbereich gemäß § 556 Abs. 4 BGB nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden darf. Hiervon wird aber eine Einigung der Mietvertragsparteien über die Verbindlichkeit des Saldos einer konkreten bereits erteilten Betriebskostenabrechnung nicht erfasst.

Es bedarf deshalb im vorliegenden Fall keiner Entscheidung über die in der Instanzrechtsprechung und in der mietrechtlichen Literatur bisher nicht einheitlich beurteilte Frage, ob die Bestimmungen in § 556 Abs. 3 BGB auch dann entsprechend gelten, wenn die Mietparteien - wie hier in Bezug auf die Stromkosten - weder eine Pauschale noch Vorauszahlungen auf die - vertraglich dem Mieter auferlegten - Betriebskosten vereinbart haben<sup>550</sup>.

Denn die Regelungen in § 556 Abs. 3, 4 BGB hindern die Mietvertragsparteien jedenfalls nicht daran, nach Zugang einer Betriebskostenabrechnung an den Mieter eine Vereinbarung darüber zu treffen, dass der Mieter den ausgewiesenen Saldo als verbindlich anerkennt<sup>551</sup>. Weder formelle Mängel der Abrechnung noch die mit einer solchen Vereinbarung etwa verbundene Verkürzung der dem Mieter zustehenden Einwendungsfrist (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) stehen der

<sup>549</sup> anders als bei Schönheitsreparatur-Klauseln, vgl. BGHZ 92, 363 = NJW 1985, 480 - juris Rz. 18, 26.

<sup>550</sup> bejahend etwa LG Berlin, GE 2007, 1252 f.; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 446; Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., G. Rz. 35; BeckOK-Mietrecht/Pfeifer, Stand: 1. August 2020, § 556 BGB Rz. 1261; verneinend etwa LG München II, NZM 2012, 342; Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 106; BeckOGK/Dräger, Stand: 1. Januar 2020, § 556 BGB Rz. 101; vgl. ferner - für das Verhältnis zwischen Eigentümer und dinglich Wohnungsberechtigtem BGH v. 16.3.2018 - V ZR 60/17, NZM 2018, 675 Rz. 13 ff.

<sup>551</sup> BGH v. 28.10.2020 – VIII ZR 230/19, GE 2020, 1617.

Wirksamkeit einer derartigen Vereinbarung entgegen. Es handelt sich hierbei nämlich nicht um eine Abrede, die Einwendungen des Mieters gegen die Abrechnung von vornherein generell ausschließt oder einschränkt, sondern um die Anerkennung einer konkreten Schuld<sup>552</sup>, sei es in Form eines (deklaratorischen) Anerkenntnisses oder - wie hier - in Form einer vergleichweisen Einigung. Dieser Fall wird von § 556 Abs. 4 BGB seinem Sinn und Zweck nach nicht erfasst.

Die in § 556 Abs. 3 BGB normierte Abrechnungspflicht des Vermieters nebst den damit im Zusammenhang stehenden ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen dienen im Interesse beider Mietvertragsparteien der Abrechnungssicherheit, der Streitvermeidung und der Schaffung von Rechtsklarheit in überschaubarer Zeit<sup>553</sup>. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung wird eine Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB nicht gerecht, die den Vertragsparteien - selbst wenn sachliche Gründe hierfür vorliegen - die Möglichkeit versagt, sich einvernehmlich auf schnellerem Weg Klarheit über die wechselseitigen Pflichten aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum zu verschaffen<sup>554</sup>.

Der mit § 556 Abs. 4 bezweckte Mieterschutz wird in solchen Fällen schon deshalb nicht unterlaufen, weil die Annahme sowohl einer vergleichweisen Einigung - nach der gesetzlichen Regelung des § 779 BGB - als auch eines deklaratorischen Anerkenntnisses - nach ständiger Rechtsprechung<sup>555</sup> - voraussetzt, dass zwischen den Parteien Streit oder Ungewissheit über ein bestehendes Rechts- beziehungsweise Schuldverhältnis herrscht und die Parteien dieses durch die Vereinbarung insgesamt oder in einzelnen Beziehungen dem Streit entziehen wollen, mithin - auch für den Mieter - ein konkreter Anlass für die Anerkennung des Abrechnungssaldos vorliegen muss. Die Bejahung einer solchen Einigung kommt also nur in Betracht, wenn sich ein materielles Interesse (auch) des Mieters an deren Zustandekommen feststellen lässt, was in der Re-

---

<sup>552</sup> so auch Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 402; Münch-KommBGB/*Zehlelein*, 8. Aufl., § 556 BGB Rz. 109; BeckOGK/*Dräger*, Stand: 1. Januar 2020, § 556 BGB Rz. 230; Staudinger/*Artz*, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 134; *Wall*, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rz. 1567; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H. Rz. 232 f.; a.A. jurisPK-BGB/*Schur*, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 104.

<sup>553</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 37; BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903 Rz. 13; BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 19 ff.

<sup>554</sup> BGH v. 28.10.2020 – VIII ZR 230/19, ■.

<sup>555</sup> vgl. etwa BGH v. 24.3.1976 - IV ZR 222/74, BGHZ 66, 250 [255]; BGH v. 1.12.1994 - VII ZR 215/93, NJW 1995, 960 unter II 2 g; BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 239/07, NJW 2008, 3425.

gel damit einhergehen wird, dass etwaige Nachteile für den Mieter hinreichend kompensiert werden.

Diese Auslegung von § 556 Abs. 4 BGB steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des VIII. Senats. Dieser hat bereits entschieden, dass § 556 Abs. 4 BGB der Wirksamkeit einer einzelfallbezogenen Verständigung der Mietvertragsparteien über die einmalige Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode (§ 556 Abs. 3 Satz 1 BGB) zwecks Umstellung auf eine kalenderjährliche Abrechnung nicht entgegensteht und dabei entscheidend darauf abgestellt, dass eine solche Vereinbarung im beiderseitigen Interesse liegt und die dem Mieter möglicherweise entstehenden Nachteile durch entsprechende Vorteile hinreichend kompensiert werden<sup>556</sup>.

Soweit der VIII. Senat eine vorbehaltlose Zahlung oder Gutschrift innerhalb der dem Mieter gewährten Einwendungsfrist für sich genommen nicht als ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ansieht<sup>557</sup>, wird damit nicht etwa generell die Möglichkeit verneint, dass die Mietvertragsparteien sich vor Ablauf der Einwendungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB über das Bestehen eines sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Saldos verbindlich verständigen. Diese Rechtsprechung lässt lediglich den Schluss zu, dass an eine solche Einigung hohe Anforderungen zu stellen sind und sie nur bei - hier gegebenen - eindeutigen Erklärungen der Mietvertragsparteien in Betracht kommt.

## 11.7 Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege

Nach der Rechtsprechung des BGH steht dem Mieter gegenüber dem auf eine Betriebskostenabrechnung gestützten Zahlungsverlangen des Vermieters ein aus § 242 BGB folgendes (temporäres) Leistungsverweigerungsrecht zu, solange ihm eine nach § 259 Abs. 1 BGB berechtigterweise begehrte Belegeinsicht nicht gewährt worden ist<sup>558</sup>.

Zu den Abrechnungsunterlagen, auf die sich das Einsichtsrecht des Mieters bezieht, gehören neben den Rechnungen auch die dazugehörigen Zahlungsbe-

---

<sup>556</sup> vgl. BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, NJW 2011, 2878 Rz. 11 ff., 14.

<sup>557</sup> BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 21.

<sup>558</sup> BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 29; BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 250/17, NJW-RR 2019, 977 Rz. 36 ff.

lege über die in der Abrechnung auf die Mieter umgelegten Betriebskosten<sup>559</sup>. Denn mit Hilfe dieser Belege wird der Mieter in die Lage versetzt, die Berechtigung der jeweils in Rechnung gestellten Beträge zu überprüfen. Der Darlegung eines besonderen Interesses bedarf es dabei nicht, es genügt vielmehr das allgemeine Interesse des Mieters, die Tätigkeit des abrechnungspflichtigen Vermieters zu kontrollieren<sup>560</sup>.

Das gilt auch für die Einsichtnahme in die Zahlungsbelege, und zwar unabhängig davon, ob der Vermieter nach dem Abflussprinzip oder nach dem Leistungsprinzip abrechnet oder bei den unterschiedlichen Betriebskostenarten teils die eine, teils die andere Abrechnungsmethode anwendet<sup>561</sup>.

Zu Unrecht meint die Revision, der Mieter habe an der Vorlage der Zahlungsbelege kein berechtigtes Interesse, weil etwaige Kürzungen oder Nachlässe nicht nur aus dem Zahlungsbeleg ersichtlich seien, sondern vom Vermieter pflichtgemäß bereits auf dem Rechnungsbeleg zu vermerken seien, der Vermieter sich im Falle der Umlage eines nicht oder nicht in voller Höhe entstandenen Rechnungsbetrags wegen Betrugs zu verantworten hätte und die Belegeinsicht dem Mieter ohnehin keinen Schutz biete, da auch Belege manipuliert sein könnten. Mit derartigen Spekulationen kann das der Belegeinsicht zugrundeliegende (allgemeine) Kontrollinteresse des Mieters nicht verneint werden. Zudem verkennt die Revision, dass die Belegeinsicht auch der Aufdeckung möglicher bloßer Versehen bei der Abrechnung dient.

Entgegen der Auffassung der Revision ist es für den Anspruch des Mieters auf Belegeinsicht (inklusive der Zahlungsbelege) auch nicht von Bedeutung, dass der nach dem Leistungsprinzip abrechnende Vermieter die im Abrechnungszeitraum erbrachten beziehungsweise darauf entfallenden Leistungen unabhängig davon umlegen kann, ob diese (bereits) im Abrechnungszeitraum bezahlt wurden. Denn dies ändert nichts daran, dass sich das allgemeine Kontrollinteresse des Mieters darauf erstreckt, ob der Vermieter die in die Abrechnung eingestellten Leistungen Dritter seinerseits (vollständig) bezahlt hat. Ist das nicht der Fall, besteht für den Mieter zumindest Anlass zu Nachfragen oder zur Erhebung von

---

<sup>559</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, ■.

<sup>560</sup> BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 18.

<sup>561</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, ■.

Einwendungen. Im Zeitpunkt der Erteilung der Abrechnung wird im allgemeinen ein Zeitraum von mehreren Monaten seit Ablauf der Abrechnungsperiode (hier fast 10 Monate) verstrichen und deshalb regelmäßig zu erwarten sein, dass der Vermieter berechnete Rechnungsbeträge seinerseits inzwischen im normalen Geschäftsgang bezahlt hat. Soweit der Vermieter insoweit einen Zahlungsbeleg nicht vorzulegen vermag, kann das Anlass für Nachfragen des Mieters oder zur Erhebung von Einwendungen gegen einzelne Kostenpositionen sein.

Soweit der Vermieter nach dem Abflussprinzip abrechnet, das auf die im Abrechnungszeitraum abgeflossenen Mittel (bei Rechnungen Dritter also die Bezahlung dieser Rechnungen durch den Vermieter) abstellt, ist der Mieter zur Überprüfung der Abrechnung sogar zwingend auf die Einsicht in die Zahlungsbelege angewiesen, eben weil es für die Richtigkeit der Abrechnung in diesem Fall entscheidend darauf ankommt, ob die jeweiligen Betriebskosten im Abrechnungszeitraum bezahlt worden sind.

Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, das Berufungsgericht hätte der Klägerin die streitige Nachforderung zumindest insoweit zusprechen müssen, als sie sich allein aus den nach dem Leistungsprinzip abgerechneten Betriebskostenarten (also unter Außerachtlassung der nach dem Abflussprinzip in Rechnung gestellten Positionen) ergab.

Das Berufungsgericht hat schon keine abschließenden Feststellungen zu der bei sämtlichen Betriebskostenpositionen jeweils angewendeten Abrechnungsmethode getroffen. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision insoweit nicht auf. Vor allem aber bezieht sich das Einsichtsrecht des Mieters - unabhängig von der aus der Abrechnung als solcher ohnehin nicht ersichtlichen Abrechnungsmethode - auf die jeweiligen (und damit auf sämtliche vorhandenen) Zahlungsbelege. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte sein Einsichtsbegehren - etwa im Laufe des Prozesses - auf einzelne Zahlungsbelege zu bestimmten Positionen beschränkt hätte, trägt die Revision nicht vor und sind auch nicht ersichtlich.

### **11.8 Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete**

Die Mietverträge vom 14.05. und 31.08.2012 enthalten in § 4 Nr. 10 S. 2, 3 die Regelung, dass der Mieter berechtigt ist, die Abrechnungsunterlagen innerhalb von vier Wochen nach Versand der Abrechnung einzusehen und schriftlich Ein-

spruch zu erheben, während nach Ablauf dieser Frist die Abrechnung als anerkannt gilt.

Diese Regelung hindert zur Überzeugung des OLG Dresden<sup>562</sup> nicht die im vorliegenden Verfahren von der Klägerin erhobenen Einwendungen gegen die formelle Wirksamkeit der als Anlage K 3 bis K 7 vorgelegten Betriebskostenabrechnungen.

Es liegt bereits nahe, dass diese Regelung einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB nicht standhält, weil sich der Vermieter nicht in der Klausel verpflichtet hat, den Mieter bei Fristbeginn, also in der Betriebskostenabrechnung, auf die Bedeutung seines Schweigens gesondert hinzuweisen, und sie deshalb jedenfalls gegen das im Verbraucherverkehr geltende Klauselverbot aus § 308 Nr. 5 BGB verstößt, womit eine Indizwirkung dafür verbunden ist, dass die Klausel auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt<sup>563</sup>. Selbst wenn man aber zugunsten des Vermieters annehmen wollte, dass die Regelung in § 4 Nr. 10 der Mietverträge nicht an der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB scheiterte, müsste sie mindestens i.S.v. § 305c Abs. 2 BGB zugunsten des Mieters dahin ausgelegt werden, dass mit dem darin enthaltenen Begriff der „Abrechnung“ eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung gemeint ist.

Für die gesetzliche Regelung des Ausschlusses von Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung in § 556 Abs. 3 S. 5, 6 BGB, welche (nur) für Mietverträge über Wohnräume gilt, ist es nämlich in der Rechtsprechung und der Literatur anerkannt, dass sie erst zu laufen beginnt, wenn der Mieter eine formell ordnungsgemäße Abrechnung erhält<sup>564</sup>. Ebenso könnte deshalb auch die Ausschlussklausel in § 4 Nr. 10 der Mietverträge vom 14.05. und 31.08.2012 vom Mieter als Vertragspartner der die Klausel verwendenden Beklagten verstanden werden. Der Einwand des Mieters, die Betriebskostenab-

---

<sup>562</sup> OLG Dresden v. 9.8.2019 – 5 U 936/19, IMR 2019, 499 (*Biebelheimer*).

<sup>563</sup> so BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722; ausdrücklich für die Unwirksamkeit einer solchen Klausel auch im Geschäftsverkehr: KG v. 6.6.2016 - 8 U 40/15, MDR 2016, 1010 = ZMR 2016, 687.

<sup>564</sup> vgl. BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NZM 2011, 401; *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 499.

rechnung sei bereits formell unwirksam, ist deshalb in keinem Falle durch die formularvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist präkludiert.

## 12 Beendigung des Mietvertrages

### 12.1 Fristgerechte Kündigung

#### 12.1.1 Kündigungssperre nach § 577a BGB bei geschiedenen Ehegatten

Nach § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB gilt die Kündigungsbeschränkung des § 577a Abs. 1 BGB, wonach sich ein Erwerber, wenn an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden ist, erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Veräußerung auf berechnigte Interessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB (Tatbestände des Eigenbedarfs oder der wirtschaftlichen Verwertung) berufen kann, entsprechend, wenn vermieteter Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter an eine Personengesellschaft oder an mehrere Erwerber veräußert worden ist.

Dies ist hier der Fall<sup>565</sup>. Denn das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück ist nach Vermietung und Überlassung an den Beklagten zu 1 an die Kläger als Erwerbermehrheit veräußert worden. Das Anwesen, als dessen Eigentümer die Kläger am 11. September 2015 im Grundbuch eingetragen wurden, war dem Beklagten zu 1 schon seit dem Jahr 2001 aufgrund Mietvertrags zu Wohnzwecken überlassen. § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB erfordert, wie der Senat bereits entschieden hat, nicht, dass über die im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen hinaus - mithin zusätzlich zu der Veräußerung des vermieteten Wohnraums an mehrere Erwerber 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>566</sup>.

Jedoch ist die Kündigungssperre des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB im vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kläger unabhängig vom Fortbestand der Ehe "derselben Familie" i.S.v. § 577a Abs. 1a

---

<sup>565</sup> BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, GE 2020, 1621.

<sup>566</sup> BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, BGHZ 218, 162 Rz. 30.

Satz 2 BGB angehören. Es kommt daher nicht auf die vom Berufungsgericht vorgenommene und auch in der Literatur überwiegend vertretene Differenzierung zwischen bloßer Trennung und rechtswirksamer Scheidung der Ehe an<sup>567</sup>. Auch der von der Revision genannte Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags ist nicht maßgeblich<sup>568</sup>.

Die Privilegierung von Familien- und Haushaltsangehörigen in § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB ist bei der Einfügung des § 577a Abs. 1a BGB durch das Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz) vom 11. März 2013<sup>569</sup> der Regelung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nachgebildet worden<sup>570</sup>. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll zur Auslegung der Vorschrift auf die zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Als Anknüpfungspunkt dafür, wie weit der Kreis der Familienangehörigen in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu ziehen ist, hatte der VIII. Senat zuvor bereits in seinem Urteil vom 27. Januar 2010<sup>571</sup> die Wertungen der Regelungen über ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen herangezogen. Diese konkretisieren mit Rücksicht auf eine typisierte persönliche Nähebeziehung den Kreis privilegierter Familienangehöriger, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich eine persönliche Bindung besteht<sup>572</sup>.

Damit sind diejenigen Personen, denen das Prozessrecht ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen gewährt, unabhängig vom Vorliegen eines konkreten, tatsächlichen Näheverhältnisses Familienangehörige gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, zu deren Gunsten eine Eigenbedarfskündigung ausgesprochen werden kann. Hierunter fallen Ehegatten auch dann, wenn sie getrennt leben, ein Scheidungsantrag bereits eingereicht oder die Scheidung voll-

---

<sup>567</sup> vgl. Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 573 BGB Rz. 86; NK-BGB/Hinz, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 39; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl., § 573 BGB Rz. 55; Spielbauer/Schneider/Krennek, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 BGB Rz. 56; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 573 BGB Rz. 40.

<sup>568</sup> BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

<sup>569</sup> BGBl. I S. 434.

<sup>570</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

<sup>571</sup> BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

<sup>572</sup> BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

zogen ist<sup>573</sup>. Denn gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 2 ZPO (ebenso nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO) ist ein Ehegatte selbst dann zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, wenn die Ehe nicht mehr besteht.

Für den Begriff des Familienangehörigen gemäß § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB gilt dasselbe; auch insoweit ist der Ehegatte unabhängig vom Fortbestand der Ehe Familienangehöriger, so dass die Sperrfrist bei Erwerb durch Ehegatten oder geschiedene Ehegatten nicht eingreift.

Auch führt der Umstand, dass nicht beide Kläger, sondern lediglich die Klägerin zu 2 (mit weiteren Familienangehörigen) in das den Beklagten überlassene Haus einziehen wollen, nicht zur Anwendbarkeit der dreijährigen Sperrfrist<sup>574</sup>. Denn § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB setzt nicht voraus, dass die Erwerber, die zu derselben Familie gehören, den zur Eigennutzung erworbenen vermieteten Wohnraum auch gemeinsam nutzen möchten. Eine solche Einschränkung findet bereits im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze. Denn danach ist Anknüpfungspunkt allein der gemeinsame Erwerb, nicht eine beabsichtigte gemeinschaftliche Nutzung.

Eine einschränkende Auslegung ist auch mit der Systematik der Norm unvereinbar. Denn § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB privilegiert nicht nur die Eigenbedarfs-, sondern auch die Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB durch Erwerber, die derselben Familie angehören<sup>575</sup>. Der Gesetzesbegründung lässt sich die von der Revision als ungeschriebene Voraussetzung angesehene Absicht einer gemeinschaftlichen Nutzung durch die Erwerber ebenfalls nicht entnehmen. Denn dort heißt es nur, dass § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB den Fall regeln solle, dass mehrere Familienmitglieder oder Personen, die ein und demselben Haushalt angehören, ein bebautes Grundstück zur Selbstnutzung erwerben. Dieser Erwerb zum Zwecke der Eigennutzung solle nicht erschwert werden, weil hier aufgrund der engen personalen Bindung ein legitimes Interesse an der zeitnahen Geltendmachung des Eigenbedarfs bestehe<sup>576</sup>.

---

<sup>573</sup> BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

<sup>574</sup> BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

<sup>575</sup> vgl. MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 577a BGB Rz. 17.

<sup>576</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

Damit wird zwar auch der von der Revision angeführte Fall, dass Ehegatten ein bebautes Grundstück zur gemeinschaftlichen Eigennutzung erwerben, privilegiert. Eine Beschränkung auf Fälle der gemeinschaftlichen Eigennutzung folgt aus diesen Passagen der Gesetzesbegründung jedoch nicht. Vielmehr verdeutlicht der nachfolgende Satz, wonach für die Auslegung auf die Rechtsprechung zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zurückgegriffen werden könne, dass es gerade nicht auf einen gemeinschaftlichen Nutzungswunsch ankommt. Denn auch § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB setzt nicht voraus, dass der Vermieter die Wohnung gemeinsam mit seinen Familienangehörigen nutzen möchte<sup>577</sup>.

### 12.1.2 Hinweispflicht bei Wegfall des Eigenbedarfs

Der Vermieter verletzt seine vertraglichen Pflichten und ist dem Mieter gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine Kündigung des Mietvertrags schuldhaft auf einen in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarf (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) stützt oder er den Mieter nicht über einen späteren Wegfall des geltend gemachten Eigenbedarfs informiert<sup>578</sup>.

Diese Hinweispflicht besteht jedoch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Lediglich über einen vor diesem Zeitpunkt eingetretenen Wegfall des Eigenbedarfs - auf den sich auch die Beklagte als teilrechtsfähige (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts berufen kann<sup>579</sup> - hat der Vermieter den Mieter zu unterrichten. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien - wie hier - in dem der Kündigung nachfolgenden Räumungsrechtsstreit einen Vergleich schließen, wonach sich der Mieter bis zu einem bestimmten Termin zum Auszug aus der Wohnung verpflichtet<sup>580</sup>.

Der Wegfall des ursprünglich gegebenen Kündigungsgrundes des Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) löst dann eine Hinweispflicht des Vermieters aus, wenn er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten ist. Nur in einem solchen Fall ist der Vermieter mit Rücksicht auf das Verbot rechtsmissbräuchlichen

---

<sup>577</sup> vgl. hierzu Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 573 BGB Rz. 79 m.w.N.

<sup>578</sup> st. Rspr., vgl. nur BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79 ff.); BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 231/07, NJW 2009, 2059 Rz. 11; BGH v. 13.6.2012 - VIII ZR 356/11, juris Rz. 10; BGH v. 10.6.2015 - VIII ZR 99/14, NJW 2015, 2324 Rz. 14.

<sup>579</sup> vgl. BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rz. 14.

<sup>580</sup> BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, ■.

Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, sich angesichts des bei Wegfall des Kündigungsgrundes noch bestehenden Mietverhältnisses auf die Kündigung zu berufen<sup>581</sup>. Diese zeitliche Eingrenzung bringt - in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise<sup>582</sup> - die berechtigten Interessen von Mieter und Vermieter in einen angemessenen Ausgleich und sorgt für Rechtssicherheit<sup>583</sup>.

Der VIII. Senat hat entschieden, dass es eine nachvertragliche Hinweispflicht des Vermieters nicht gibt, sondern eine solche nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist besteht. Dies hat er maßgebend darauf gestützt, dass eine zeitliche Ausdehnung der Hinweispflicht über das Ende des Mietverhältnisses hinaus mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und eines effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren wäre<sup>584</sup>.

Nach diesen Maßstäben musste die Beklagte den Kläger nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (31. August 2012) und nicht bis zum Ablauf der vergleichsweise vereinbarten Räumungsfrist (29. Februar 2016) über einen Wegfall des Eigenbedarfs unterrichten<sup>585</sup>.

Die vorgenannten Aspekte der Rechtssicherheit und des effektiven Rechtsschutzes greifen auch in dem Fall ein, in welchem über die Räumungsklage des Vermieters nicht gerichtlich entschieden wurde, sondern die Parteien sich im Wege eines Vergleichs über den Zeitpunkt des Auszugs des Mieters verständigen<sup>586</sup>.

Es ist nicht "sachgerecht", deshalb auf den im Vergleich festgelegten Auszugszeitpunkt abzustellen, weil die Parteien diesen an die Stelle des Ablaufs der Kündigungsfrist gesetzt haben<sup>587</sup>. Allein die Vereinbarung eines Auszugszeitpunkts hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die mit dem Ablauf der Kündigungsfrist eingetretene Beendigung des Mietverhältnisses (§ 542 BGB). Zwar kann die durch eine wirksam erklärte Kündigung bewirkte Umgestaltung des

---

<sup>581</sup> vgl. BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79 ff.); BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 28.

<sup>582</sup> vgl. BVerfG, NJW 2006, 2033 Rz. 5.

<sup>583</sup> vgl. BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79); BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 22; BGH v. 13.6.2012 - VIII ZR 356/11, juris Rz. 10.

<sup>584</sup> BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (84).

<sup>585</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

<sup>586</sup> vgl. BGH v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15, WuM 2016, 743 Rz. 2 und 9.

<sup>587</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

Mietverhältnisses grundsätzlich durch ein rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien - nicht einseitig - rückgängig gemacht werden<sup>588</sup>. Ein solcher Wille muss sich jedoch aus dem Räumungsvergleich mit hinreichender Klarheit entnehmen lassen<sup>589</sup>.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es fehlt an Anhaltspunkten dafür, dass die Parteien hierdurch die Rechtswirkungen der Kündigung einvernehmlich rückgängig machen und damit zugleich die Hinweispflichten des Vermieters zeitlich ausdehnen wollten. Insbesondere ist für einen Willen der Beklagten, die von der Wirksamkeit ihrer bereits einige Jahre zuvor ausgesprochenen Eigenbedarfskündigung ausging, das Ende des Mietverhältnisses hinauszuschieben, nichts ersichtlich. Im Gegenteil spricht, worauf auch die Revision in der mündlichen Verhandlung zutreffend abgestellt hat, der Umstand, dass der Kläger die Eigentumswohnung des Mieters in Form der Maklerkosten ist zwar noch adäquat kausal auf die - unterstellte - Pflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen<sup>590</sup>.

Adäquat ist eine Bedingung dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der fraglichen Art herbeizuführen. Die Adäquanz kann fehlen, wenn der Geschädigte selbst in völlig ungewöhnlicher oder unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden endgültig herbeiführt<sup>591</sup>.

Bei Anwendung dieses Maßstabs liegt es noch nicht außerhalb des zu erwartenden Verlaufs der Dinge, dass ein Mieter die ihm gegenüber ausgesprochene Eigenbedarfskündigung zum Anlass nimmt, seinen künftigen Wohnbedarf nicht wie bisher in angemieteten Räumlichkeiten, sondern in einer Eigentumswohnung zu verwirklichen, und zu dessen Erwerb einen Makler einschaltet.

Die Maklerkosten für den Erwerb der Eigentumswohnung unterfallen jedoch nicht mehr dem Schutzzweck der vertraglichen Pflicht, welche der Vermieter durch den Ausspruch der Kündigung beziehungsweise durch den fehlenden

---

<sup>588</sup> vgl. BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 231/17, BGHZ 220, 1 Rz. 22 m.w.N.

<sup>589</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

<sup>590</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

<sup>591</sup> st. Rspr.; vgl. BGH v. 11.1.2005 - X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 unter 2 b; BGH v. 25.1.2018 - VII ZR 74/15, NJW 2018, 944 Rz. 16.

Hinweis auf den Wegfall des Eigenbedarfs verletzt hat. Denn eine vertragliche Haftung besteht nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde, was vorliegend bezüglich der Maklerkosten und der mietvertraglichen Pflicht zur Gebrauchserhaltung nicht der Fall ist<sup>592</sup>.

In der Rechtsprechung des BGH ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Bestimmung die Haftung gestützt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist<sup>593</sup>. Die Schadensersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob die verletzte Bestimmung überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Bestimmung das verletzte Rechtsgut schützen soll. Darüber hinaus muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung beziehungsweise der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen. Der Schaden muss in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein "äußerlicher", gleichsam "zufälliger" Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten<sup>594</sup>.

Bei der Verletzung vertraglicher Pflichten hängt die Ersatzpflicht des Schädigers - vorliegend der Vermieterin - davon ab, dass die verletzte Vertragspflicht das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte. Der Schädiger hat nur für die Einbußen einzustehen, die die durch den Vertrag geschützten

---

<sup>592</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

<sup>593</sup> vgl. BGH v. 22.4.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137 (139 ff.); BGH v. 4.7.1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126 unter II 4 a; BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 11.6.2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 24; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14.

<sup>594</sup> vgl. BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14; BGH v. 20.5.2014 - VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263 Rz. 10; BGH v. 2.4.2019 - VI ZR 13/18, BGHZ 221, 352 Rz. 30.

Interessen betreffen<sup>595</sup>. Maßgebend ist somit die vertragliche Interessenlage der Parteien und der damit korrespondierende Vertragszweck. Denn in gleicher Weise, wie der Vertragszweck Entstehen, Entwicklung und Untergang der primären Pflichten festlegt, werden hierdurch auch die ihrer Sanktion dienenden sekundären Schadensersatzverbindlichkeiten ihrem Umfang nach bestimmt.

Hiernach stammen die Kosten des Maklers, welcher vom Kläger mit der Suche nach einer Eigentumswohnung beauftragt war - anders als bei einer Anmietung<sup>596</sup> -, nicht aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht besteht. Denn der Kläger ist aus seiner bisherigen Stellung als Mieter unter Einschaltung des Maklers in diejenige eines Eigentümers gewechselt.

Die Pflichtverletzung des Vermieters läge in der Beeinträchtigung des vertraglich geschützten Gebrauchserhaltungsinteresses des Mieters. Dabei kann vorliegend offen bleiben, ob die Eigenbedarfskündigung im Zeitpunkt ihres Ausspruchs berechtigt war. Zwar tritt die Gestaltungswirkung einer Kündigung nicht ein, wenn ein Kündigungsgrund fehlt; das Mietverhältnis besteht vielmehr fort. Jedoch macht der Vermieter mit der wegen fehlender materieller Gründe unwirksamen Kündigung dem Mieter den Gebrauch der Mietsache streitig und stellt dessen Besitzrecht in Frage. Damit verletzt er zugleich seine eigene vertragliche Leistungspflicht zur Überlassung der Mietsache<sup>597</sup>. Gleiches gilt der Sache nach, wenn der zunächst bestehende Eigenbedarf bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entfällt und der Vermieter den Mieter hierauf nicht hinweist, sondern vielmehr - rechtsmissbräuchlich - an der Kündigung festhält.

Danach ist der Vermieter zum Ersatz solcher Schäden verpflichtet, die auf der Verletzung seiner Pflicht zur Wahrung des Besitzrechts des Mieters beruhen. Infolge des gerichtlichen Räumungsvergleichs im Anschluss an die unberechtigte Eigenbedarfskündigung büßt der Mieter sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mie-

---

<sup>595</sup> vgl. BGH v. 30.1.1990 - XI ZR 63/89, NJW 1990, 2057 unter I 2 b; BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 Rz. 14; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 104.

<sup>596</sup> vgl. BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068 Rz. 18.

<sup>597</sup> vgl. BGH v. 11.1.1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296 (302); BGH v. 16.1.2009 - V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 Rz. 16.

ter den Schaden zu ersetzen, der in einem inneren Zusammenhang mit dessen Gebrauchserhaltungsinteresse steht<sup>598</sup>.

Dieser gebotene Zusammenhang zur Besitzbeeinträchtigung fehlt bei den Maklerkosten, die im Zuge des Erwerbs der Eigentumswohnung angefallen sind. Diese stellen keinen ersatzfähigen Schaden dar<sup>599</sup>. Denn durch den Eigentumserwerb, der Gegenstand des Maklerauftrags war, hat der Kläger nicht (lediglich) seinen Besitzverlust ausgeglichen, sondern im Vergleich zu seiner bisherigen Stellung als Mieter eine hiervon zu unterscheidende Stellung als Eigentümer eingenommen.

Darauf, dass das Besitzrecht des Mieters auch den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG genießt, kann sich der Kläger insoweit nicht mit Erfolg berufen. Hiernach ist das Bestandsinteresse des Mieters geschützt; der Eigentumsschutz dient daher der Abwehr solcher Regelungen, die dieses Bestandsinteresse des Mieters gänzlich missachten oder unverhältnismäßig einschränken<sup>600</sup>. Vorliegend beruft sich der Kläger jedoch nicht auf Abwehrrechte, sondern macht Schäden infolge des Besitzverlusts geltend.

Mit dem Wechsel des Klägers von der - vertraglich geschützten - Stellung eines Besitzers in diejenige eines Eigentümers geht auch eine andere Rechts- und Pflichtenstellung einher, die sich von derjenigen einer Mietvertragspartei signifikant unterscheidet.

Anders als in der Position des Mieters unterliegt der Kläger nunmehr - hinsichtlich der Wohnungsnutzung - keinen vertraglichen Bindungen. Sein Besitzrecht an der Wohnung ist nicht mehr, wie zuvor, ein abgeleitetes<sup>601</sup>, sondern ein ihm originär zustehendes Recht. Ihm steht eine grundsätzlich uneingeschränkte und eigenverantwortliche Nutzungs- und Verfügungsbefugnis zu (§ 903 Satz 1 BGB).

Zudem ist das (Nutzungs-)Recht des Klägers an der ihm gehörenden Eigentumswohnung nicht zeitlich begrenzt. Demgegenüber ist es das Wesen des

---

<sup>598</sup> vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WM 1974, 345 unter II 5; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 26.

<sup>599</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

<sup>600</sup> vgl. BVerfGE 89, 1 (8).

<sup>601</sup> vgl. BVerfGE 89, 1 (7 f.); BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (82).

Mietvertrags, dass dem Mieter (lediglich) ein Anspruch auf Gebrauchsüberlassung auf Zeit zusteht. Dieser zeitlichen Begrenzung ist bei der Bestimmung der Ersatzfähigkeit von Schäden des Mieters Rechnung zu tragen<sup>602</sup>.

Gemessen daran fehlt es bei den vorliegend geltend gemachten Maklerkosten an dem gebotenen inneren Zusammenhang mit dem vertraglich geschützten Interesse des Mieters. Denn durch den Vertragsschluss zeigt dieser - dem Wesen des Mietvertrags entsprechend - sein Interesse an der Erlangung eines zeitlich begrenzten Gebrauchsrechts. Somit ist auch (nur) dieses Interesse geschützt. Erwirbt er eine Wohnung zu Eigentum, verfolgt er jedoch bezüglich der Deckung seines Wohnbedarfs andere Interessen als bisher. Daher fallen Vermögenseinbußen mittels derer sich der Mieter in die Lage versetzen will, (auf Dauer angelegtes) Eigentum zu erwerben, bei wertender Betrachtung nicht mehr unter den Schutzzweck der Vertragspflicht des Vermieters zur (vorübergehenden) Gebrauchserhaltung.

## **12.2 Anwendung des § 574 BGB**

### **12.2.1 Allgemeine Grundsätze**

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.

---

<sup>602</sup> BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

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 zu-

grunde 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 Vor-

liegen 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.

### 12.2.2 Anwendbarkeit bei wichtigem Grund

Zwischen den Parteien steht allerdings nicht mehr im Streit, dass bei Erklärung der beiden fristlos, hilfsweise ordentlich ausgesprochenen Kündigungen des Mietverhältnisses vom 24. Februar 2016 und 6. Juli 2017 ein Zahlungsverzug von (deutlich) mehr als zwei Monatsmieten bestand (bei der zweiten Kündigung ein sich auf mehr als vier Monatsmieten belaufender, in der Zeit ab 2013 aufgebauter Rückstand) und damit sowohl die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB als auch für eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorlagen.

Im Ausgangspunkt noch zutreffend hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass die Schonfristzahlung lediglich dazu führt, dass die fristlose Kündigung unwirksam wird (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB), die Wirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung davon aber nicht berührt wird<sup>603</sup>.

Die Zahlung des Sozialhilfeträgers innerhalb der Schonfrist führt aber nicht dazu, dass für den Mieter gegenüber der vom Vermieter hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung nunmehr die Möglichkeit des Widerspruchs gemäß § 574

---

<sup>603</sup> st. Rspr.; vgl. BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, BGHZ 195, 94 Rz. 28; BGH v. 1.6.2015 - VIII ZR 278/13, NJW 2015, 2650 Rz. 22; BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 a-d m.w.N.

Abs. 1 Satz 1 BGB wegen einer von ihm geltend gemachten unzumutbaren Härte eröffnet ist, weil der Ausnahmetatbestand des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB dann nicht eingreift<sup>604</sup>.

Nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB ist das dem Mieter gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen eine ordentliche Kündigung im Fall einer nicht zu rechtfertigenden Härte grundsätzlich zustehende Widerspruchsrecht ausgeschlossen, wenn ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Vermieter die außerordentliche Kündigung erklärt hat; vielmehr genügt es, wenn dem Vermieter bei Zugang der ordentlichen Kündigung auch ein Recht zur fristlosen Kündigung zusteht<sup>605</sup>.

Diese Voraussetzung ist hier aber zweifellos gegeben, denn bei Erklärung (beider) Kündigungen, die jeweils fristlos und hilfsweise fristgemäß erfolgten, lag ein Zahlungsverzug in einer die fristlose Kündigung rechtfertigenden beziehungsweise sogar deutlich übersteigenden Höhe vor. Die spätere Schonfristzahlung des Sozialhilfeträgers ändert daran nichts, denn diese beseitigt lediglich rückwirkend die Gestaltungswirkung der außerordentlichen Kündigung im Wege der gesetzlichen Fiktion<sup>606</sup>, führt aber nicht dazu, dass ein Grund für die fristlose Kündigung von vornherein nicht bestand<sup>607</sup>.

Das Eingreifen des Ausschlussstatbestands des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt nicht zwingend voraus, dass ein Grund für die fristlose Kündigung in dem für die eigentliche Härtefallabwägung maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz<sup>608</sup> besteht. Zwar wird eine Anwendung der Härtefallregelung regelmäßig auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Grund für die fristlose Kündigung des Vermieters erst nach der ordentlichen

---

<sup>604</sup> BGH v. 1.7.2020 – VIII ZR 323/18, GE 2020, 1044.

<sup>605</sup> BT-Drucks. 3/1234, S. 74 zu § 565a Abs. 2 BGB-E, der durch das Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960 [BGBl. I S. 389] als § 556a BGB in das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Vorgängerregelung des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB Eingang gefunden hat; siehe dazu auch Staudinger/Rolls, BGB, Neubearb. 2018, § 574 Rz. 20; vgl. auch Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl., § 574 BGB Rz. 12; MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 574 BGB Rz. 30; BeckOK-BGB/Hannappel, Stand: 1. Februar 2020, § 574 BGB Rz. 32.

<sup>606</sup> vgl. zum Letzteren: BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 231/17, BGHZ 220, 1 Rz. 21 ff.; BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 261/17, WuM 2018, 758 Rz. 29 ff.

<sup>607</sup> vgl. auch BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d bb.

<sup>608</sup> dazu BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, NJW 2020, 1215 Rz. 41; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 32.

Kündigung entsteht, beispielsweise erst im Laufe des Räumungsprozesses<sup>609</sup>. Denn auch in diesem Fall liegt eine schwere Vertragsstörung vor, die einer Anwendung der Härtefallregelung von vornherein entgegensteht. Es genügt aber auch, wenn für den Vermieter im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung ein Grund zur fristlosen Kündigung besteht, wie hier angesichts des zwei Monatsmieten weit übersteigenden Zahlungsverzugs. Auch dann liegt, wie sich aus der Möglichkeit der fristlosen Kündigung ergibt, eine schwere Vertragsstörung vor, die eine Anwendung der Härtefallregelung nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB von vornherein ausschließt.

Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass das Widerspruchsrecht des Mieters nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Schonfristzahlung "neu entstehen" oder "wiederaufleben" könnte, etwa im Wege einer teleologischen Reduktion des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>610</sup>.

Eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus<sup>611</sup>. Ob eine derartige Lücke besteht, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein<sup>612</sup>.

An einer solchen planwidrigen Unvollständigkeit der Regelung zum Widerspruchsrecht fehlt es. Mit dem Widerspruchsrecht des Mieters in § 574 BGB, das auf eine entsprechende Regelung im früheren § 556a BGB aF ("Sozialklausel") zurückgeht, sollte zugunsten des Mieters aus sozialen Gründen unter bestimmten Voraussetzungen (in Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien) die Möglichkeit geschaffen werden, nach einer an sich berechtigten Kündigung des Vermieters die Fortsetzung des Mietverhältnisses - gegebenenfalls auch auf unbestimmte Zeit - beanspruchen zu können<sup>613</sup>. Ein

---

<sup>609</sup> vgl. Bub/Treier/Fleindl, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., IV Rz. 238.

<sup>610</sup> vgl. Hinz in Klein-Blenkers/Heinemann/Ring, Miete/WEG/Nachbarschaft, 2. Aufl., § 574 BGB Rz. 26; Bub/Treier/Fleindl, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., IV Rz. 238.

<sup>611</sup> BGH v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rz. 31; BGH v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rz. 22; BGH v. 13.11.2001 - X ZR 134/00, BGHZ 149, 165, (174); BGH v. 7.12.2011 - IV ZR 105/11, BGHZ 192, 148 Rz. 16.

<sup>612</sup> BGH v. 30.9.2014 - XI ZR 168/13, BGHZ 202, 302 Rz. 13.

<sup>613</sup> vgl. BT-Drucks. 3/1234, S. 74; BT-Drucks. 14/4553, S. 68.

Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses sollte dem Mieter indes nicht eingeräumt werden, wenn gravierende (den Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigende) Vertragsstörungen eingetreten waren (vgl. § 556a Abs. 4 Nr. 2 BGB in der Fassung des Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960, BGBl. I S. 389 [im Folgenden: AbbauG], in Kraft getreten am 1. Januar 1966 [vgl. Art. X § 12 AbbauG], außer Kraft getreten mit Ablauf des 31. August 2001 mit Inkrafttreten des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Regelung der Schonfristzahlung war aber schon durch das Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963<sup>614</sup> - mit dem ein früher bereits in § 3 Abs. 3 des Mieterschutzgesetzes vom 1. Juni 1923 (RGBl. I S. 353) verankertes Nachholrecht des Mieters wieder aufgegriffen wurde - in § 554 BGB aF und später in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB vorgesehen. Es wäre daher eine ausdrückliche Regelung zu erwarten gewesen, wenn der Gesetzgeber für den Fall der Schonfristzahlung den Schutz des Mieters über die - der Vermeidung von Obdachlosigkeit des Mieters dienenden - Unwirksamkeit einer ausgesprochenen fristlosen Kündigung hinaus noch weiter ausdehnen und dem Mieter auch für diesen Fall die Möglichkeit des Widerspruchs nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit gegebenenfalls einen Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses hätte eröffnen wollen. Auch sonst bestehen keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber einer gravierenden Vertragsstörung, die durch einen zur fristlosen Kündigung berechtigenden Zahlungsverzug entstanden ist, wegen einer nachträglich erfolgten Schonfristzahlung nur noch ein geringes, der Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht entgegenstehendes Gewicht beimessen wollte und den Ausschlussstatbestand des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB deshalb versehentlich zu weit gefasst hat.

### **12.2.3 Beschaffung von Ersatzwohnraum**

Nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter einer an sich gerechtfertigten ordentlichen Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für ihn oder seine Familie eine Härte bedeuten würde, die auch unter

---

<sup>614</sup> BGBl. I S. 505.

Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Bei der hierzu vom Tatrichter nach gründlicher und sorgfältiger Sachverhaltsfeststellung vorzunehmenden Gewichtung und Würdigung der beiderseitigen Interessen und ihrer Subsumtion unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der genannten Bestimmung hat das Revisionsgericht zwar den tatrichterlichen Beurteilungsspielraum zu respektieren und kann regelmäßig nur überprüfen, ob das Berufungsgericht Rechtsbegriffe verkannt oder sonst unzutreffende rechtliche Maßstäbe angelegt hat, ob es Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze hinreichend beachtet hat oder ob ihm von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, indem es etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat<sup>615</sup>. Einer an diesem Maßstab ausgerichteten Prüfung hält die Beurteilung des Berufungsgerichts jedoch nicht stand.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beendigung des Mietverhältnisses bedeute für die Beklagten und für ihre in ihrem Haushalt lebenden fünf Kinder eine Härte im Sinne des § 574 Abs. 2 BGB, beruht auf nicht tragfähigen Tatsachenfeststellungen. Dieses hat die gebotene gründliche und sorgfältige Sachverhaltsfeststellung unterlassen.

Das Berufungsgericht hat nicht sämtliche von den Beklagten vorgebrachten Umstände in seine Beurteilung einbezogen, ob ein erzwungener Wohnungswechsel für diese eine Härte im Sinne von § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB bedeutet. Es hat eine solche Prüfung deswegen nicht für erforderlich gehalten, weil es das Vorliegen des Härtegrundes des § 574 Abs. 2 BGB bejaht hat, indem es angenommen hat, für die Beklagten sei angemessener Ersatzwohnraum nicht zu angemessenen Bedingungen zu beschaffen. Hierbei hat es nicht alle für das Eingreifen des Tatbestands des § 574 Abs. 2 BGB erforderlichen Voraussetzungen in den Blick genommen und infolgedessen nicht die hierfür erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen. Weiter hat es übersehen, dass eine ordnungsgemäße Interessenabwägung nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB - von eindeutigen Fällen des Überwiegens der Belange der einen Seite abgesehen - voraussetzt, dass im Rahmen einer sorgfältigen Tatsachenfeststellung alle für die Abwägung maßgeblichen Interessen beider Seiten erfasst werden.

---

<sup>615</sup> BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 26; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 30 m.w.N.

Eine Ersatzwohnung ist angemessen, wenn sie im Vergleich zu der bisherigen Wohnung den Bedürfnissen des Mieters entspricht und sie finanziell für ihn tragbar ist<sup>616</sup>. Dabei sind die Lebensführung des Mieters und seine persönlichen und finanziellen Lebensverhältnisse maßgebend. Die Wohnung muss allerdings dem bisherigen Wohnraum weder hinsichtlich ihrer Größe, ihres Zuschnitts oder ihrer Qualität noch nach ihrem Preis vollständig entsprechen<sup>617</sup>. Gewisse Einschnitte sind dem Mieter vielmehr zuzumuten. Leben im Haushalt des Mieters Angehörige mit eigenem Einkommen, ist die Suche nach angemessenen Ersatzwohnraum grundsätzlich auch auf solche Wohnungen zu erstrecken, die mit dem Haushaltseinkommen finanziert werden können, wobei auch zu berücksichtigen ist, ob der Mieter für eine Ersatzwohnung erstmals oder in höherem Umfang Sozialleistungen (vor allem Wohngeld) erhalten würde<sup>618</sup>.

Gemessen daran hat das Berufungsgericht noch rechtsfehlerfrei angenommen, dass der angemessene Ersatzwohnraum so beschaffen sein muss, dass die Beklagten auch dort mit ihren fünf Kindern zusammenleben können. Denn ihre Lebensführung ist vom Zusammenleben mit ihren minderjährigen und erwachsenen Kindern geprägt. Dass eine solche Wohnung für die siebenköpfige Familie aber nicht zu zumutbaren Bedingungen zu beschaffen ist, weil ein solcher Wohnraum in H. und eventuell in der näheren Umgebung überhaupt nicht zur Verfügung stünde, die Beklagten nicht über die hierfür erforderlichen finanziellen Mittel verfügten oder sonstige beachtliche Gründe sie an einer Anmietung einer angemessenen Wohnung hinderten, hat das Berufungsgericht aber nicht hinreichend festgestellt.

Insbesondere hat es unterlassen, Feststellungen zu den - von den Klägern bestrittenen - wirtschaftlichen Verhältnissen der Beklagten und ihrer Familie zu treffen. Die finanzielle Lage der Beklagten ist - neben ihren persönlichen Verhältnissen - sowohl für die Frage, welcher Ersatzwohnraum für die Großfamilie angemessen ist, als auch für den Umfang der von den Beklagten bei der Suche

---

<sup>616</sup> BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

<sup>617</sup> BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 50 m.w.N.

<sup>618</sup> BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668.

nach einer Ersatzwohnung anzustellenden Bemühungen von Bedeutung<sup>619</sup>. Auch zu den persönlichen (insbesondere den gesundheitlichen) Verhältnissen der Familie der Beklagten fehlt es - abgesehen von dem Vorhandensein eines "Kinderreichtums" - an einer ausreichenden Tatsachenfeststellung, obwohl die Beklagten hierzu Umstände vorgetragen haben. Das Berufungsgericht hat sich sowohl bezüglich der finanziellen Situation der Beklagten als auch hinsichtlich der Lebensverhältnisse der Familie und Bedürfnisse der einzelnen Familienmitglieder darauf beschränkt, die Schilderung der Beklagten im Kündigungserwiderungsschreiben in indirekter Rede wiederzugeben. Dies genügt nicht den Anforderungen an die tatrichterliche Feststellung der maßgeblichen Tatsachen.

Anders als die Revision meint, folgt daraus, dass das Berufungsurteil bislang eine ausreichende Tatsachengrundlage zu den wirtschaftlichen (und auch persönlichen) Verhältnissen der Beklagten vermissen lässt, aber nicht, dass der Klage auf Herausgabe und Räumung der Wohnung stattzugeben wäre. Die Revision macht zwar geltend, dass die hierfür beweisbelasteten Beklagten trotz Bestreitens der Kläger keinen Beweis für die von ihnen behauptete angespannte wirtschaftliche Situation angetreten hätten. Da jedoch weder das Amtsgericht noch das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt als entscheidungserheblich angesehen haben, wird den Beklagten vor einer abschließenden Entscheidung gemäß § 139 ZPO Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen und zum Beweistritt zu geben sein.

Weiter hat das Berufungsgericht keine hinreichenden tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, welche konkreten Anstrengungen die Beklagten unternommen haben, um angemessenen Ersatzwohnraum zu finden. Das Berufungsgericht hat sich letztlich auf die wenig aussagekräftige Feststellung beschränkt, die Beklagten hätten hinreichend substantiiert durch Vortrag ihrer bislang erfolgten Bemühungen um Ersatzwohnraum und Ausdrücke aus ihren Anfragen bei einem online-Portal mit jeweiligen Absagen ihre besonderen Schwierigkeiten bei der Beschaffung einer anderen für ihre kinderreiche Familie geeigneten Ersatzwohnung dargelegt. Mangels Feststellungen zu den konkret erfolgten Bemühungen der Beklagten und zu der Wohnraumsituation in H. und eventuell der näheren Umgebung (Vorhandensein von Wohnungen für eine siebenköpfige

---

<sup>619</sup> BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256; BGH v. 22.5.2019 - VIII

Familie in dem von den Beklagten finanzierbaren Preissegment<sup>620</sup>) kann der Senat nicht beurteilen, ob die Beklagten in der bislang verstrichenen Zeit erfolglos hinreichende Anstrengungen unternommen haben, um angemessenen Ersatzwohnraum zu finden.

Anders als die Revision offenbar meint, lässt sich dies nicht allein anhand der Anzahl der getätigten Anfragen beurteilen<sup>621</sup>. Die Obliegenheit des Mieters, sich mit Hilfe von Verwandten und Bekannten, oder öffentlichen und privaten Stellen sowie unter Inanspruchnahme geeigneter Medien (bspw. Zeitungsannoncen, Internet) ernsthaft und nachhaltig um eine angemessene Ersatzwohnung zu bemühen, richtet sich vielmehr danach, was dem Mieter unter seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen zuzumuten ist<sup>622</sup>. Allerdings reicht es regelmäßig nicht aus, wenn der Mieter nur gelegentliche Versuche unternimmt, anderen Wohnraum zu finden. Das Berufungsgericht wird die von den Beklagten behaupteten Anfragen - einschließlich des ergänzenden Vortrags und Beweistritts durch die Revisionserwiderung - dahin zu würdigen haben, ob die beschriebenen erfolglosen Anstrengungen angesichts der Wohnraumsituation in H. ausreichen, um zu belegen, dass für die Beklagten und ihre Familie angemessener Ersatzwohnraum nicht zu angemessenen Bedingungen zu erhalten ist.

#### **12.2.4 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>623</sup>. Diese Verpflichtung zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Parteivorbringens bei schwerwie-

---

ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668.

<sup>620</sup> vgl. hierzu auch AG Stuttgart v. 11.7.2003 - 30 C 600/03, WuM 2007, 91.

<sup>621</sup> BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

<sup>622</sup> BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 53.

genden Eingriffen in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgt nicht zuletzt aus dessen grundrechtlicher Verbürgung in Art. 2 Abs. 2 S.1 GG (ggfs. in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip)<sup>624</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>625</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>626</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.

## 12.3 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

### 12.3.1 Freilaufende Hunde

Das von den Mietern nicht in Abrede gestellte Verhalten - freies Laufenlassen ihrer Hunde auf den Gemeinschaftsflächen (Grünflächen, Kinderspielplatz) des

---

<sup>623</sup> BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 167/17, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = GE 2019, 913.

<sup>624</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>625</sup> BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = WuM 2019, 385.

<sup>626</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.

Anwesens entgegen der Hausordnung und ungeachtet mehrerer Abmahnungen - stellt eine erhebliche Verletzung mietvertraglicher Pflichten dar. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass einer solchen (beharrlichen) Pflichtverletzung unter den von ihm festgestellten Umständen ein die fristlose Kündigung rechtfertigendes Gewicht zukommt, lässt schon einen einfachen Rechtsfehler nicht erkennen und erst recht nicht einen solchen, der die Zulassung der Revision erforderte<sup>627</sup>.

Der Sache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu noch weicht die Entscheidung des Berufungsgerichts von dem Urteil des BGH vom 18. Februar 2015<sup>628</sup> ab. Aus dieser Entscheidung, die eine behauptete Störung des Hausfriedens durch exzessives Rauchen innerhalb der Mietwohnung betraf, lässt sich nichts für die Auffassung der Mieter herleiten, dass der hier zu beurteilenden (beharrlichen) vertragswidrigen Nutzung der Gemeinschaftsflächen nur dann das eine Kündigung rechtfertigende Gewicht zukommen könnte, wenn sich Mitmieter hierdurch gestört gefühlt hätten und konkrete Beeinträchtigungen etwa in Form von Verunreinigungen nachgewiesen wären. Unabhängig davon haben sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mehrere Mitmieter durch das oben genannte Verhalten der Mieter auch gestört gefühlt, auf deren Beschwerden die Klägerin in der Folgezeit mit Abmahnungen und nach deren Erfolglosigkeit mit der Kündigung des Mietvertrages gegenüber den Mietern reagiert hat.

## 13 Rückgabe

### 13.1 Einstweilige Verfügung auf Räumung

Gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 940a 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<sup>629</sup>. Dass § 940a Abs. 2 ZPO ausschließlich auf

---

<sup>627</sup> BGH v. 2.1.2020 – VIII ZR 328/19, WuM 2020, 98 = GE 2020, 253 = NZM 2020, 105.

<sup>628</sup> BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 186/14, NJW 2015, 1239.

<sup>629</sup> vgl. LG Köln, MietRB 2013, 204.

Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>630</sup>.

Für eine analoge Anwendung des § 940a 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>631</sup>.

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<sup>632</sup>.

Hierzu führt das OLG München im Beschluss vom 12.12.2017 - 32 W 1939/17, Rz. 39 wie folgt aus:

“ ...

*§ 940 ZPO nennt als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung 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.*

---

<sup>630</sup> Drucks. 17/10485 S. 1, 2, 33 und 34; vgl. insoweit zur weiteren Begründung KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, GE 2013,791.

<sup>631</sup> vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, GE 2013,791; 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; OLG München v. 12.12.2017 - 32 W 1939/17, ZMR 2018,220, Rz. 32.

<sup>632</sup> KG v. 9.5.2019 - 8 W 28/19, ZMR 2019, 855.

*Bei der Berücksichtigung gesetzgeberischer Wertung ist aber nicht auf den § 940 ZPO allein abzustellen. Vielmehr kann nach der Überzeugung des Senates 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 im Sinne von § 940 ZPO in Betracht kommen, wesentlich. Wenn der Gesetzgeber schon die Räumung von Wohnraum im Wege einstweiliger Verfügung, 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 (Fleindl ZMR 2014, 938; LG Krefeld ZMR 2016, 448; LG Hamburg NJW 2013, 3666; Klüver ZMR 2015, 10).*

*Aus der Gesetzeshistorie folgen keine Argumente, die gegen diese Wertung sprechen (Fleindl ZMR 2014, 938). 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 Re-*

*gelungen 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 (so aber OLG Celle NZM 2015, 166)."*

Der 8. Senat des Kammergerichts schließt sich nach nochmaliger Prüfung - unter Aufgabe seiner bisher vertretenen Auffassung<sup>633</sup> - an. Soweit der Senat in den Beschlüssen vom 13. August 2018 - 8 W 41/18 - und vom 23.10.2018 - 8 W 68/18 - (im Grundsatz zutreffend) ausgeführt hat, dass eine Ausnahmegesetzvorschrift nur eng auszulegen ist, hat dies vor dem Hintergrund der angestellten gesetzgeberischen Wertung der Ausnahmegesetzvorschriften des § 940a Abs. 1 und 2 ZPO zurückzutreten. Hieraus lässt sich herleiten, dass für den Regelfall - nämlich für sonstige Räume - eine Räumungsverfügung zulässig ist.

Bei der Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien überwiegt das Interesse der Antragstellerin. Eine Abwägung ist erforderlich, denn bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO ist ein Verfügungsgrund für eine Leistungsverfügung nur in der Regel, aber nicht zwingend gegeben<sup>634</sup>.

Zugunsten der Antragstellerin ist zu berücksichtigen, dass sie einen vollstreckbaren Titel auf Räumung und Herausgabe gegen die Hauptmieterin hat. Eine Erweiterung der Klage auf die beiden Antragsgegner war nicht möglich, weil die Antragstellerin erst im Rahmen der betriebenen Räumungsvollstreckung Kenntnis davon erhielt, dass eine Untervermietung an die Antragsgegner bereits im Jahre 2017 erfolgt ist. Sie hatte daher keine einfachere Möglichkeit zu ihrem Rechtsschutzziel zu gelangen. Die besondere Dringlichkeit folgt aus der gesetz-

---

<sup>633</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.

<sup>634</sup> vgl. LG Krefeld ZMR 2016,448.

lichen Wertung, die der Vollstreckung aus einem Titel schon per se eine Dringlichkeit und einen Vorrang vor anderen Interessen zuweist<sup>635</sup>.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin durch eidesstattliche Versicherung vom 23. April 2019 (Anlage A 11, Bl. 119) 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 Antragstellerin gezahlt.

Zwar ist auf Seiten der Antragsgegner zu berücksichtigen, dass gegen sie ein vollstreckbarer Titel nicht vorliegt und sie die Räume - soweit ersichtlich - zum Wohnen nutzen.

Den Interessen der Antragstellerin 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.

### **13.2 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 Rückgabe-

---

<sup>635</sup> KG v. 9.5.2019 – 8 W 28/19, ZMR 2019, 855; ebso. inzwischen: OLG Frankfurt v. 13.9.2019 – 2 U 61/19, ZMR 2020, 301.

pflicht durch Aufgabe des Besitzes entledigte. Denn mit der Aufgabe des Besitzes wird der Schuldner gemäß § 275 I BGB von der Rückgabepflicht frei.

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>636</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>637</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).

---

<sup>636</sup> Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl., § 293 BGB Rz. 1, 10.

<sup>637</sup> OLG Naumburg v. 10.12.2018 – 1 U 25/18, ZMR 2019, 674.

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 aufgezählten 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>638</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 Besitzausübung durch die Beklagte das Nichtvorliegen irgendwelcher Schlüssel entgegenstehen könnte.

### **13.3 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 Besit-

---

<sup>638</sup> OLG Düsseldorf v. 27.4.2006 - 24 U 152/05, DWW 2006, 333.

zes<sup>639</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>640</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>641</sup>. Der Insolvenzverwalter ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, das Mietobjekt auf Kosten der Masse zu räumen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde<sup>642</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>643</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>644</sup>. Soweit der Insolvenzverwalter den vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat, wie Entfernung wertvoller Einrichtungen (z.B. Gleise, Silos, Kranan-

---

<sup>639</sup> vgl. BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 84/17, ZIP 2008,1736.

<sup>640</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>641</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.

<sup>642</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>643</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>644</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.

lagen), ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren<sup>645</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>646</sup> Insolvenzrechtlich bevorzugt ist nur die Wiederherstellung derjenigen nachteiligen Veränderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sind<sup>647</sup>.

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 beseitigten Leichtbaumetallhalle) zurücklässt<sup>648</sup>.

### 13.4 Schlüsselverlust

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 vornimmt<sup>649</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.

---

<sup>645</sup> Kölner Kommentar/*Cymutta*, InsO, 2017, § 108 InsO Rz. 37.

<sup>646</sup> BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001, 2966 = NZI 2001, 531.

<sup>647</sup> BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, NZM 2015, 337 Tz. 82.

<sup>648</sup> KG v. 25.2.2019 – 8 U 6/18, GE 2019, 1238.

<sup>649</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.

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>650</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>651</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 Technikschlüssel, 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. Dieselben 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>652</sup>. Wird eine gebrauchte Sache durch eine neue ersetzt, kann dies zu einer Wertsteigerung führen, die die Schadensersatzpflicht min-

---

<sup>650</sup> OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

<sup>651</sup> OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

<sup>652</sup> OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

dert, 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>653</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>654</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.

---

<sup>653</sup> Palandt/*Grüneberg*, 7. Aufl. 2018, Vorb v § 249 BGB Rz. 97 ff.

<sup>654</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.