



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

A. Einblick.....	1
B. Gesetzesvorhaben	1
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
Zu § 554 BGB allgemein	8
Zu § 554 Absatz 1 Satz 1 BGB.....	9
Zu § 554 Absatz 1 Satz 2 BGB.....	11
Zu § 554 Absatz 1 Satz 3 BGB.....	16
Zu § 554 Absatz 2 BGB	16
Zu § 556a Absatz 3 und 4 BGB	16
Zu § 578 BGB.....	18
1 Mietvertrag.....	19
1.1 Konkludente Vereinbarung von Kündigungsschutz im Gewerberaummietvertrag.....	19
1.2 Summierungeffekt bei Betriebspflicht mit fehlendem Konkurrenzschutz und Sortimentsbindung.....	23
2 Miete	28
2.1 Wegfall der Geschäftsgrundlage (Corona).....	28
2.1.1 Anspruch auf Mietanpassung bejaht (Textilgeschäft)	28
2.1.2 Anspruch auf Mietanpassung verneint (Filialist)	34
2.2 Vormiete i.S.v. § 556e Abs. 1 BGB.....	38
2.3 Umfassende Modernisierung i.S.d. § 556f BGB.....	41
2.4 Rückforderung zuviel gezahlter Miete.....	45
3 Schönheitsreparaturen.....	46
3.1 Renovierungsanspruch des Mieters bei unwirksamer Klausel.....	46

4	Gewährleistung	54
4.1	Flächenabweichung und Doppelvermietung	54
4.2	Flächenabweichung unter 10%	56
4.3	Beschaffenheitsvereinbarung bei Umweltmängeln	58
4.3.1	Umweltmangel in der Gewerberaummiete	68
4.4	Beweislast und Anerkenntnis.....	75
5	Schriftform	79
5.1	Schriftform bei gemeinschaftlicher Vertretung	79
5.2	Schriftform bei einem Stellplatzmietvertrag.....	82
5.3	Nachtrag über die Erweiterung der Mietfläche	83
5.4	Treuwidriges Berufen auf Schriftformmangel.....	86
6	Kaution	87
6.1	Verrechnung des Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB ..	87
7	Modernisierungsankündigung	96
7.1	Inhaltliche Anforderungen	96
8	Mieterhöhung	101
8.1	nach § 558 BGB.....	101
8.1.1	Begründung bei Teilinklusivmiete.....	101
8.1.2	rechtliche Einordnung der Klagefrist (Änderung der Rechtsprechung)	103
8.1.3	Mieterhöhung und MietenWoG Bln	107
8.2	nach § 559 BGB.....	109
8.2.1	Mieterhöhung zeitlich nach der gemäß § 558 BGB.....	109
8.2.2	Abzug von ersparten Instandsetzungskosten	112
9	Betriebskosten	116
9.1	Formelle Wirksamkeit der Abrechnung	116
9.2	Formelle Wirksamkeit der Abrechnung im Gewerbe	119
9.3	Verzicht auf Einwendungsausschluss	123
9.4	Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege	126
9.5	Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete	128
10	Beendigung des Mietvertrages	129
10.1	Fristgerechte Kündigung	129
10.1.1	Kündigungssperre nach § 577a BGB bei geschiedenen Ehegatten	129

10.1.2	Hinweispflicht bei Wegfall des Eigenbedarfs.....	132
10.1.3	Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges	138
10.1.4	Ordentliche Kündigung wegen Abriss des Gebäudes	140
10.2	Anwendung des § 574 BGB.....	143
10.2.1	Allgemeine Grundsätze.....	143
10.2.2	Anwendbarkeit bei wichtigem Grund	146
10.2.3	Beschaffung von Ersatzwohnraum	150
10.2.4	Sachverständigengutachten bei § 574 BGB.....	154
10.3	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.....	155
10.3.1	Freilaufende Hunde	155
10.4	Kündigungsfolgeschaden	156
11	Rückgabe.....	159
11.1	Einstweilige Verfügung auf Räumung	159
11.2	durch Besitzaufgabe	163
11.3	in der Insolvenz des Mieters	165
11.4	Schlüsselverlust	167
12	Nutzungsentschädigung vom Untermieter	169

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

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 Branchenkenzahlen
- 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 Konkludente Vereinbarung von Kündigungsschutz im Gewerberaummietvertrag

Bei der Frage, ob ein Mietverhältnis über Wohnraum vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des BGH auf den Nutzungszweck abzustellen, den der Mieter mit der Anmietung des Mietobjekts vertragsgemäß verfolgt¹. Geht der Zweck des Vertrags dahin, dass der Mieter die Räume weitervermietet oder sonst Dritten - auch zu Wohnzwecken - überlässt, sind die Vorschriften des Wohnraummietrechts auf das (Haupt-)Mietverhältnis nicht anwendbar². Entscheidend ist mithin, ob der Mieter die Räume nach dem Vertrag zu eigenen Wohnzwecken anmietet. Steht demgegenüber die Vermietung zu Zwecken im Vordergrund, die keinen Wohnraumcharakter haben, ist allgemeines Mietrecht maßgebend³.

Welcher Vertragszweck im Vordergrund steht, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der getroffenen Vereinbarungen zu ermitteln. Entscheidend ist der wahre, das Rechtsverhältnis prägende Vertragszweck, also die gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Vertragsparteien darüber, wie das Mietobjekt genutzt werden soll⁴.

Danach hat die DPS die Räume ersichtlich nicht zu eigenen Wohnzwecken angemietet, weil sie als Personenhandelsgesellschaft (GmbH & Co. KG) ebenso wie juristische Personen (eigenen) Wohnbedarf nicht haben kann⁵. Selbst bei einer natürlichen Person spräche die gleichzeitige Anmietung von acht Woh-

¹ BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 282/07, NJW 2008, 3361 Rz. 11; BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 21; siehe auch BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 21; jeweils m.w.N.

² BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 282/07, NJW 2008, 3361 Rz. 11; siehe auch BGH v. 13.2.1985 - VIII ZR 36/84, BGHZ 94, 11 (14 f.); BGH v. 20.10.1982 - VIII ZR 235/81, WM 1982, 1390 unter II 3 a; BGH v. 11.2.1981 - VIII ZR 323/79, NJW 1981, 1377 unter 2 b cc.

³ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 28; BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877 unter 3 c cc; siehe auch BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 21.

⁴ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 30.

⁵ vgl. BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 282/07, NJW 2008, 3361 Rz. 12; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, NZM 2007, 639 Rz. 10; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459 Rz. 10; siehe auch BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 23.

nungen gegen eine Nutzung zu (eigenen) Wohnzwecken⁶. Der Zweck der Anmietung durch die DPS war mithin nicht darauf gerichtet, die angemieteten Räume selbst zu Wohnzwecken zu nutzen, sondern - dem von § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Fall entsprechend⁷ - die gemieteten Wohnräume gewerblich Dritten zu Wohnzwecken weiterzuvermieten. Daraus erschließt sich auch der Grund, warum die Schuldnerin und die DPS unter §°1 Nr. 1 des Vertrags eine Vermietung "zu Wohnzwecken" vorgesehen haben und das Mietverhältnis in der Vertragsurkunde als "Mietvertrag über Wohnraum" bezeichnet haben⁸.

Dass der Vertragszweck in der gewerblichen Weitervermietung an Dritte bestand, verdeutlicht auch § 6 Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrags, wonach die DPS - insoweit abweichend von der Erlaubnispflicht des § 540 Abs. 1 Satz 1 BGB - unter anderem zu einer Untervermietung oder sonstigen Gebrauchsüberlassung an Dritte berechtigt sein sollte. Zudem hat selbst der Beklagte geltend gemacht, die Mietobjekte hätten den Mitgliedern seiner Familie als Wohnraum dienen sollen.

2.

Das gemäß § 549 Abs. 1 BGB für eine ordentliche Vermieterkündigung von Wohnraummietverträgen geltende Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB war vom Kläger auch nicht deshalb zu beachten, weil die Schuldnerin und die DPS in dem Mietvertrag vom 28./30. September 2009 konkludent eine dahingehende Vereinbarung getroffen hätten⁹. Die davon abweichende Auslegung des Mietvertrags durch das Berufungsgericht, bei der bereits unklar bleibt, ob die "Geltung der Mietschutzvorschriften der §§ 573 ff. BGB" oder "die Geltung des Wohnraummietrechts" oder eine "Unterwerfung unter das soziale Mietrecht" (konkludent) vereinbart worden sein soll, ist von revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehlern behaftet.

Dabei kann die Frage offenbleiben, ob der Mietvertrag von der Schuldnerin verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB enthält.

⁶ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

⁷ vgl. BGH v. 17.1.2018 - VIII ZR 241/16, NZM 2018, 281 Rz. 17, 20 m.w.N.

⁸ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

⁹ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

Denn selbst wenn es sich um eine Individualvereinbarung der Schuldnerin mit der DPS handeln sollte, hielte die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

Zwar darf bei Individualerklärungen deren Auslegung durch den Tatrichter vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht¹⁰.

Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht indes unterlaufen.

Das Berufungsgericht hat sich im Streitfall namentlich von der Überschrift als "Mietvertrag für Wohnraum" sowie von der Bestimmung des § 1 Nr. 1 Satz 1 leiten lassen, wonach die Mietobjekte der DPS "zu Wohnzwecken" vermietet worden sind. Dabei hat es verkannt, dass auch bei der Auslegung einer als "Mietvertrag über Wohnraum" überschriebenen Vertragsurkunde maßgeblich auf den Zweck abzustellen ist, den der Mieter mit der Anmietung des Mietobjekts vertragsgemäß verfolgt¹¹. Zwar kann bei der Beurteilung unter Umständen auch die Bezeichnung des Mietverhältnisses in der Überschrift indizielle Bedeutung gewinnen¹². Wie ausgeführt, diente der Mietvertrag vom 28./30. September 2009 der DPS jedoch ersichtlich nicht zu eigenen Wohnzwecken, vielmehr sollte sie als Zwischenvermieter berechtigt sein, den Wohnraum an Dritte weiterzuvermieten. Eine weitergehende Bedeutung kommt den Vertragsbestimmungen nicht zu; tragfähige Rückschlüsse auf die "Geltung der Mietschutzvorschriften der §§ 573 ff. BGB" lassen sich daraus nicht herleiten¹³.

Zwar haben die Schuldnerin und die DPS unter § 2 Nr. 3 des Vertrags vereinbart, die Frist zur ordentlichen Kündigung des zwischen ihnen geschlossenen Mietvertrags habe sich nach der gemäß § 549 Abs. 1 BGB für Mietverhältnisse über Wohnraum geltenden Bestimmung des § 573c BGB zu richten. Die An-

¹⁰ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 20.2.2019 - VIII ZR 7/18, BGHZ 221, 145, Rz. 31; BGH v. 25.4.2018 - VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rz. 30; BGH v. 12.10.2016 - VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rz. 35.

¹¹ BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 21.

¹² BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 37.

¹³ BGH v. 13.1.2021 - VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

nahme des Berufungsgerichts, daraus sei zu folgern, die Schuldnerin und die DPS hätten sich für ordentliche Vermieterkündigungen damit zugleich (stillschweigend) auf das Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB geeinigt, verstößt jedoch gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze¹⁴.

Eine solche Sichtweise findet bereits im Wortlaut des Vertrags keine Stütze. Vielmehr spricht die vereinbarte Maßgeblichkeit (nur) der von § 573c BGB vorgesehenen Kündigungsfristen (unter § 2 Nr. 3 des Vertrags) sowie des Schriftformerfordernisses des § 568 Abs. 1 BGB (unter § 2 Nr. 4 des Vertrags) gerade gegen eine (stillschweigend) vereinbarte Anwendung weiterer Bestimmungen des Wohnraummietrechts im Verhältnis der Schuldnerin und der DPS¹⁵.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bietet die Erlaubnispflichtigkeit der Tierhaltung (§ 15 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrags) schon im Ansatz kein belastbares Indiz für die Annahme einer konkludent vereinbarten "Unterwerfung unter das soziale Mietrecht". Auch diese Vertragsbestimmung ist vor dem Hintergrund des Vertragszwecks - der Weitervermietung an Dritte - zu sehen und bedeutet schlicht, dass das Halten von Haustieren durch Mieter der DPS von der Erlaubnis der Schuldnerin abhängig sein sollte¹⁶.

Schließlich spricht auch die Interessenlage der Schuldnerin und der DPS dagegen, dass sie die Wirksamkeit einer ordentlichen Vermieterkündigung von der in § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehenen Angabe eines Kündigungsgrunds in dem Kündigungsschreiben abhängig machen wollten. Ungeachtet dessen, dass die DPS als gewerbliche Zwischenvermieterin (und Personenhandelsgesellschaft) einer solchen Vergünstigung nicht bedarf, hat die Schuldnerin als Vermieterin keinerlei Interesse daran, für eine Vermieterkündigung - über die vertraglich vorgesehene Anwendung der §§ 573c, 568 Abs. 1 BGB hinaus - die Geltung weiterer - nicht einmal bezeichneter - mieterschützender Vorschriften des Wohnraummietrechts zu vereinbaren. Im Gegenteil liefe die im Recht der Wohnraummiete vorgesehene Einschränkung von Kündigungsmöglichkeiten,

¹⁴ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

¹⁵ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

¹⁶ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

wie sie etwa § 573 BGB vorsieht, den Interessen der Schuldnerin als Vermieterin von Geschäftsraum grundsätzlich zuwider¹⁷.

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 unwirksam¹⁸. Ebenfalls nicht unangemessen ist für sich genommen eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet¹⁹ oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt²⁰.

Umstritten ist indessen die vom BGH bisher offen gelassene Frage²¹ 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 wirksam gehalten²². Zur Begründung wird angeführt, dass alle genannten Klauseln

¹⁷ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218.

¹⁸ vgl. BGH v. 29.4.1992 - XII ZR 221/90, NJW-RR 1992, 1032 (1033 f.).

¹⁹ 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).

²⁰ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 14 m.w.N.

²¹ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 15 m.w.N.

²² 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.

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.

29; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta 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 Mieters²³.

Zutreffend ist die zuletzt genannte Auffassung²⁴. 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 Konkurrenzschutz²⁵. 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 ist²⁶.

Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung²⁷ besteht vertragsimmanenter Konkurrenzschutz grundsätzlich auch in einem Einkaufszentrum. Zwar besteht

²³ 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

²⁴ BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 477 = NZM 2020, 429 Rz. 35.

²⁵ vgl. BGHZ 70, 79 (80 f.) = NJW 1978, 585 (586); BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rz. 33.

²⁶ vgl. BGHZ 70, 79 (80 f.) = NJW 1978, 585 (586); BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rz. 33.

²⁷ 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 ist²⁸. 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 bewirken²⁹. 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.

²⁸ vgl. BGH v. 24.1.1979 - VIII ZR 56/78, NJW 1979, 1404 (1405 f.).

²⁹ 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.

2 Miete

2.1 Wegfall der Geschäftsgrundlage (Corona)

2.1.1 Anspruch auf Mietanpassung bejaht (Textilgeschäft)

Der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB setzt ein tatsächliches Element (dazu aa), ein hypothetisches Element (dazu bb) und ein normatives Element (dazu cc) voraus³⁰.

aa) Die Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des eigenen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut³¹. Zur Geschäftsgrundlage der Parteien als Vermieter und Mieter von Geschäftsräumen zur Nutzung als Textileinzelhandelsgeschäft gehörte danach die Vorstellung, dass es nicht zu einer Pandemie mit weitgehender Stilllegung des öffentlichen Lebens infolge pandemiebedingter Nutzungsuntersagungen und -beeinträchtigungen kommen würde, so dass das Auftreten der Pandemie mit den entsprechenden weitreichenden staatlichen Eingriffen in das wirtschaftliche und soziale Leben eine schwerwiegende Änderung der für die Vertragslaufzeit vorgestellten Umstände bedeutet und damit das tatsächliche Element der Störung der Geschäftsgrundlage verwirklicht. Es liegt eine Systemkrise und damit ein Fall der Störung der großen Geschäftsgrundlage vor, weil durch sie das allgemeine soziale und wirtschaftliche Gefüge nachhaltig erschüttert wird³². So wird es auch vom Landgericht im angefochtenen Urteil gesehen³³. Ohne dass es hierauf entscheidend ankam-

³⁰ vgl. MünchKomm/*Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 BGB Rz. 56.

³¹ vgl. BGH v. 25.9.1997 - II ZR 269/96, NJW 1997, 3371, 3372; BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 160/09, NJW 2010, 1663 Rz. 17.

³² i.d.S. *Jung*, JZ 2020, 715 (716, 717); *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017 (1021); *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (486 f.); *Wolf/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth*, JA 2020, 401 (402).

³³ ebenso LG Heidelberg v. 30.07.2020 - 5 O 66/20, BeckRS 2020, 19165 Rz. 39 ff.; *Strey*, NZM 2020, 817, (821); *Zehelein*, NZM 2020, 390 (398).

men würde, spricht für diese Annahme auch der Inhalt des mit Wirkung vom 31.12.2020 neu geschaffenen Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB³⁴.

bb) Das hypothetische Element ist erfüllt, wenn die vertragschließenden Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Veränderung der Umstände, welche zur Geschäftsgrundlage gehören, vorhergesehen hätten. Erforderlich ist danach, dass zumindest eine Vertragspartei den Vertrag nicht bzw. nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte, wenn sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage vorhergesehen hätte³⁵. Im Rahmen der Störung der großen Geschäftsgrundlage ist das hypothetische Element regelmäßig erfüllt³⁶. Zudem ist zu beachten, dass es sich bei der Änderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände um sehr wesentliche Rahmenbedingungen für den Betrieb ihres Textileinzelhandelsgeschäftes handelt. Auf konkrete, nicht in die Vertragsverhandlungen eingeflossene Erwägungen, die nach dem Vortrag des Vermieters, er hätte, wenn die jetzt eingetretene Situation bei Mietvertragsabschluss auch nur annähernd vorhersehbar gewesen wäre, kein Einverständnis des Vermieters mit einer Mietpreisanpassungsklausel in der von dem Mieter geltend gemachten Form, also im Sinne einer Reduzierung auf die Hälfte der Miete, erklärt, kommt es daher nicht an. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und auf verständige, wirtschaftlich denkende Vertragspartner. Diese hätten sich bei dem beide Vertragspartner gleichermaßen betreffenden und gerade nicht zu beeinflussenden Risiko nicht einseitig zu Gunsten eines Vertragspartners entschieden. Das hypothetische Element des § 313 Abs. 1 BGB ist damit erfüllt.

cc) Das normative Element des § 313 Abs. 1 BGB ist erfüllt, wenn die wesentliche Veränderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände nicht in den Risikobereich einer der Parteien fällt (dazu aaa) und ein Festhalten am Vertrag einer der Parteien nicht zuzumuten ist (dazu bbb).

aaa) Wenn angenommen wird, dass eine der Parteien mit dem Abschluss des Mietvertragsein Risiko übernommen hat, unter das das Auftreten der Corona-Pandemie und die daraufhin ergangene staatliche Schließungsanordnung fällt,

³⁴ vgl. *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5 (8).

³⁵ *MünchKomm/Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 BGB Rz. 58.

³⁶ *Jung*, JZ 2020, 715 (719).

stünde dies einer Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB regelmäßig entgegen, weil für die Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum ist, soweit es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen³⁷. Dies könnte auf den ersten Blick dafür sprechen, die Entscheidung sei bereits im Rahmen der bei der Auslegung des Mietvertrages notwendigen Abgrenzung zwischen dem beim Vermieter liegenden Risiko der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes einerseits und dem beim Mieter liegenden Verwendungsrisiko andererseits gefallen. Diese Annahme greift aber zu kurz, weil die bei der vertraglichen Risikoabgrenzung allein betrachtete staatliche Schließungsanordnung nicht gleichbedeutend mit der in ein Pandemiegeschehen mit weitreichenden Kontakteinschränkungen eingebetteten Änderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände ist. Es geht hier also nicht um ein „normales“ Risiko der Gebrauchstauglichkeit bzw. der Verwendung des Mietobjektes, sondern um weitgehende staatliche Eingriffe in das soziale und wirtschaftliche Leben aufgrund einer Pandemie, die als Systemkrise eine Störung der großen Geschäftsgrundlage ist. Das mit der Störung der großen Geschäftsgrundlage verbundene Risiko kann regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden³⁸. Der staatliche Eingriff zur Kontaktbeschränkung hat dabei auch unmittelbar auf das vorliegend zu beurteilende Mietverhältnis eingewirkt, indem das von der Beklagten entsprechend dem Mietzweck betriebene Textileinzelhandelsgeschäft als möglicher Ort potentiell vielfältiger Kontakte, die zur Übertragung des Covid 19 Virus führen können, geschlossen wurde. Von der vertraglichen Risikozuweisung wird deshalb dieses von den Vertragsparteien nicht vorhergesehene und die Geschäftsgrundlage des Vertrages betreffende Geschehen nicht erfasst³⁹. Auch in diesem Punkt stützt die Neuregelung in Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB die Annahme, dass die pandemiebedingten staatlichen Schließungsmaßnahmen zumindest regelmäßig von der ohne Bezug zur Corona-Pandemie im Mietvertrag vereinbarten Risikozuweisung nicht

³⁷ vgl. BGH v. 17.3.2010 - XII ZR 108/08, NZM 2010, 364 Rz. 15.

³⁸ i.d.S. *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017 (1021); *Jung*, JZ 2020, 715 (720); *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (487 f.); *Römermann*, NJW 2021, 265 Rz. 22; *Warmuth*, COVuR 2020, 16 (19 f.); LG Mönchengladbach v. 2.11.2020 - 12 O 154/20 - Rz. 41.

³⁹ *Strey*, NZM 2020, 817, (822); *Zehelein*, NZM 2020, 390 (398).

erfasst werden⁴⁰. Im Ergebnis steht die vertragliche Risikozuweisung in der hier zu beurteilenden Situation einer Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs. 1 BGB selbst dann nicht entgegen, wenn dieses nach der Vertragsauslegung einer der Parteien zuzuordnen wäre.

bbb) Entgegen der Auffassung im angefochtenen Urteil ist das Festhalten am unveränderten Mietvertrag derjenigen Partei, die durch die Änderung der die Geschäftsgrundlage bildenden Umstände belastet ist, hier der Mieter, nicht zumutbar.

Der Senat teilt die Auffassung der 4. Zivilkammer des Landgerichts Chemnitz nicht, dass von einer Unzumutbarkeit des Festhaltens am bestehenden Vertrag erst dann auszugehen sei, wenn die von der Änderung der Umstände, welche zur Geschäftsgrundlage gehören, belastete Partei dadurch in eine existenzgefährdende Lage gerät. Das beachtet nicht hinreichend, dass es hier um eine Äquivalenzstörung in einem gegenseitigen Vertrag geht, der zudem ein Dauer-schuldverhältnis ist. Die notwendige Unzumutbarkeit bezieht sich damit auf die Äquivalenzstörung, also auf das Verhältnis von Überlassung des Mietobjektes einerseits und dafür Zahlen des Nutzungsentgelts (Miete) andererseits⁴¹. Von besonderer Bedeutung ist dabei der Charakter des Mietvertrages als Dauer-schuldverhältnis, bei dem die Miete für die Nutzungsüberlassung in Zeitabschnitten geschuldet ist, wobei der Zeitabschnitt bei den meisten Mietverhältnissen einen Monat beträgt. Dementsprechend erfolgt die Lösung des Äquivalenzproblems zwischen Miete und Gebrauchsüberlassung im Fall des Eingreifens des Gewährleistungsrechts der Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB auch im Sinne einer Reduzierung (Minderung) der Miete (nur) für den betroffenen Zeitabschnitt der Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit. Führt ein vorhandener Mangel in einem bestimmten Zeitraum nicht zur Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit, ist die Miete in diesem Zeitraum und damit in den betroffenen Zeitabschnitten nicht gemindert⁴². Ebenso ist es bei der Bestimmung der Wesentlichkeit eines Mietrückstandes - und damit einer Äquivalenzstörung - für die Annahme eines wichtigen Grundes zur Kündigung des Mietvertrages nach §

⁴⁰ i.d.S. auch *Römermann* NJW 2021, 265 (267 f.).

⁴¹ *Römermann* NJW 2021, 265 (268); *Strey*, NZM 2020, 817, (824); *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5 (10).

⁴² vgl. BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NJW 2011, 514 Rz. 13 - sommerliche Aufheizung der Mieträume.

543 BGB. Auch dabei wird in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a und b BGB nach Zahlungsterminen bestimmt, wann ein Rückstand so erheblich ist, dass aus ihm ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Mietvertrages folgt. In § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB ist sogar - wohl infolge eines redaktionellen Versehens - der konkrete Zeitabschnitt des Monats genannt, was aber dahin zu verstehen ist, dass der im Mietvertrag vereinbarte Zeitabschnitt gemeint ist⁴³. Auch im Rahmen der Konturierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des nicht unerheblichen Teils der Miete in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB orientiert sich die Rechtsprechung an dem an einem Fälligkeitstermin zu zahlenden Betrag, in der Regel also an der Miete für einen Monat. So ist in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB für Mietverträge über Wohnraum geregelt, dass ein nicht unerheblicher Rückstand dann vorliegt, wenn der rückständige Teil die Miete für einen Monat (mindestens um ein Cent) übersteigt. Auch im Bereich der Mietverträge über Gewerberäume wird dieser Betrag grundsätzlich bei der Bestimmung des nicht unerheblichen Teils der Miete angewendet⁴⁴. Allerdings kann bei diesen Verträgen auch ein Rückstand von weniger als dem an einem Fälligkeitstermin zu zahlenden Betrag, also in der Regel der Miete für einen Monat, ausreichen, wenn besondere Einzelfallumstände hinzutreten, die den Schluss auf die Erheblichkeit dieses Rückstandes zulassen (vgl. BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, NJW 2015, 2419 Rz. 54 ff.). Daraus folgt, dass die Unzumutbarkeit der Festhaltung am bestehenden Vertrag beim Verhältnis von Leistung und Gegenleistung anzusetzen hat, im vorliegend zu beurteilenden Mietvertrag vom 13./26.09.2013 mit monatlicher Zahlungspflicht gemäß dessen § 3 Nr. 1 also beim einzelnen Zahlungsmonat. Im Ausgangspunkt ist danach die Erheblichkeit deswegen zu bejahen, weil - je nach Standpunkt bezüglich der vertraglichen Risikoverteilung - entweder der Mieter nach dem Mietvertrag die volle Miete zahlen müsste, ohne das Mietobjekt dem Mietzweck entsprechend nutzen zu können oder der Vermieter keine bzw. eine geringfügige Miete für ein Mietobjekt erhielte, für dessen - temporäre - Unbenutzbarkeit für den vertraglich vereinbarten Mietzweck er nicht nur keine Ursache gesetzt hat, sondern die er auch nicht vorhersehen konnte. Im konkret zu beurteilenden Fall könnte man deshalb die Erheblichkeit danach allenfalls dann verneinen, wenn lediglich ein Zahlungstermin

⁴³ vgl. *Alberts* in *Guhling/Günter*, *Gewerberaummieta*, 2. Aufl., § 543 BGB Rz. 57 unter Verweis auf BGH v. 17.09.2008 - XII ZR 61/07, NZM 2009, 30 Rz. 15.

⁴⁴ vgl. BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 30.

betroffen wäre und innerhalb dieses Zahlungstermins jedenfalls weit überwiegend die vertragliche Äquivalenz bestand. Denkbar wäre danach, die Unzumutbarkeit der Festhaltung am Mietvertrag dann zu verneinen, wenn die Äquivalenzstörung lediglich ein bis zwei Wochen des Mietmonats beträfe. Die Notwendigkeit der im Verhältnis zu anderen Vertragstypen relativ niedrige Schwelle der Unzumutbarkeit liegt darin begründet, dass es sich bei dem Mietvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt. So ist bei einem klassischen Austauschvertrag wie dem Kaufvertrag die vollständige Leistung und Gegenleistung im Rahmen der Äquivalenzstörung gegenüberzustellen. Allerdings bezieht sich dann auch die Rechtsfolge der Vertragsanpassung auf den gesamten Vertrag, also das vollständige Äquivalenzverhältnis.

Im Mietvertrag reicht dagegen eine wesentliche Äquivalenzstörung im regelmäßig monatlichen Zeitabschnitt, sie führt allerdings dann auch nur zu einer Vertragsanpassung für diesen Zeitabschnitt, so dass nicht das Risiko besteht, dass mit niedriger Eingriffsschwelle wesentliche Vertragsgrundlagen ohne entsprechenden Anlass durch richterlichen Eingriff nach § 313 Abs. 1 BGB geändert werden. Der Zeitraum, in dem die staatliche Schließungsanordnung andauerte, von insgesamt mehr als einem Monat, überschreitet damit die Schwelle der Erheblichkeit. Auf die Frage, inwieweit die wirtschaftliche Existenz der belasteten Vertragspartei durch die Störung der Geschäftsgrundlage betroffen wird, kommt es wegen dieser Dauer nicht an.

b) Da eine einvernehmliche Vertragsanpassung im Verhandlungswege der Parteien nach § 313 Abs. 1 BGB noch im Berufungsverfahren nicht zustande kam, ist der Senat verpflichtet, die entsprechende Vertragsanpassung vorzunehmen. Der Anpassungsanspruch aus § 313 Abs. 1 BGB kann gerichtlich geltend gemacht werden⁴⁵. Der Mieter hat zudem mit ihrem vorprozessualen Schreiben vom 07.05.2020 an den Prozessbevollmächtigten dem Vermieter einen außergerichtlichen Vergleich auf der Basis einer hälftigen Reduzierung der Miete für April 2020 angeboten, was als Anpassungsverlangen nach § 313 Abs. 1 BGB gewertet werden kann. Damit ist eine Absenkung der Kaltmiete um 50 % gerechtfertigt, weil keine der Vertragsparteien eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzt oder sie vorhergesehen hat. Es ist demzufolge an-

⁴⁵ vgl. BGH v. 30.9.2011 - V ZR 17/11, NJW 2012, 373 Rz. 34.

gemessen, die damit verbundene Belastung gleichmäßig auf beide Parteien zu verteilen⁴⁶.

2.1.2 Anspruch auf Mietanpassung verneint (Filialist)

Nach Art. 240 § 7 EGBGB sind hier sowohl das allgemeine Schuldrecht als auch die Gewährleistungsrechte aus dem Mietvertragsrecht anwendbar und werden durch die gesetzliche Vermutung, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, ergänzt. Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass vorrangig Gewährleistungsrechte und die Frage der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung zu prüfen sind⁴⁷. Beide führen im vorliegenden Fall nicht zu einer Reduzierung der Mietschuld des Mieters für April 2020⁴⁸. Erst danach kann auf die Frage des Vorliegens einer Störung der Geschäftsgrundlage eingegangen werden. Dass eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, wird nun „grundsätzlich“ vermutet, wobei Unsicherheiten beseitigt und die außergerichtliche Verhandlungsposition des Gewerberaummieters gestärkt werden sollte⁴⁹. Art. 240 § 7 EGBGB schafft eine tatsächliche Vermutung, dass sich ein Umstand i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB, der Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach dem Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. Die Vermutung ist widerleglich und gilt nur für dieses reale Merkmal des § 313 Abs. 1 BGB⁵⁰. Das normative Merkmal des § 313 Abs. 1 BGB, dass dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, wird von der Vermutungsregelung nicht erfasst⁵¹.

Dabei stellt der Gesetzgeber darauf ab, dass im Rahmen der Zumutbarkeit zu prüfen sein wird, wie erheblich die Umsätze zurückgegangen sind und auch, ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten hat, mit denen er die Umsatzausfälle infolge staatlicher Beschränkung jedenfalls teilweise kompensieren kann.

⁴⁶ i.d.S. auch LG Mönchengladbach, a.a.O., Rn. 55; LG Aurich v. 9.10.2020 - 1 O 430/20; LG Kempten v. 7.12.2020 - 23 O 753/20, BeckRS 2020, 37736 Rz. 37; AG Oberhausen v. 6.10.2020 - 37 C 863/20, BeckRS 2020, 35507 Rn. 46; *Ekkenga/Schirmmacher*, NZM 2020, 410 (414).

⁴⁷ BT-Drucks. 19/25322 S. 14/ 15.

⁴⁸ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

⁴⁹ BT-Drucks. 19/25322 S. 14/ 15.

⁵⁰ BT-Drucks. 19/25322 S. 20.

⁵¹ BT-Drucks. 19/25322 S. 21.

sieren kann, und ob er Aufwendungen erspart hat (z.B. wegen Kurzarbeitergeld oder weggefallenem Wareneinkauf). Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls § 313 BGB gewährt keine Überkompensation⁵².

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist vorliegend nicht festzustellen, dass es dem Mieter unter Abwägung aller Umstände nicht zuzumuten wäre, an der vereinbarten Mietzahlungspflicht festgehalten zu werden⁵³. Darauf, ob die gesetzliche Regelung, was der Vermieter in Abrede stellen, auch auf Sachverhalte in der Vergangenheit, nämlich die Miete für April 2020 anwendbar ist, kommt es daher hier nicht an.

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann die Anpassung des Vertrags 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, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Wie ausgeführt, trägt im Verhältnis zum Vermieter der Mieter grundsätzlich das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Eine Anpassung des Vertrags kann der Mieter nur dann verlangen, wenn ihm das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. § 313 BGB greift nach der Rechtsprechung erst dann ein, wenn dies zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnis unabweislich erscheint⁵⁴. Die Unzumutbarkeit ist aus dem Vergleich von Schuldneraufwand und Leistungserfolg zu bestimmen. Dabei sind nicht nur die Interessen des Schuldners, sondern auch die des Gläubigers mit dem Ziel, die beiderseitigen – widerstreitenden – Interessen auszugleichen, zu berücksichtigen. Dem Schuldner sind Aufwendungen, welche die dem Schuldverhältnis immanente Opfergrenze überschreiten, nicht mehr zumutbar. Diese Opfergrenze wird insbesondere überschritten, wenn die Inanspruchnahme des Schuldners zur Vernichtung seiner Existenz führen würde; unter Umständen genügt auch bereits eine

⁵² BT-Drucks. 19/25322 S. 21.

⁵³ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

⁵⁴ vgl. BGH v. 22.12.2004, VIII ZR 41/04, bei juris Rz. 17.

schwere Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens⁵⁵. Eine Angleichung ist geboten, wenn das Festhalten am Vertrag zu einem untragbaren, mit Recht und Gesetz schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde⁵⁶.

Dass ein solches schlechthin nicht mehr hinnehmbares Ergebnis anzunehmen wäre, insbesondere der Mieter in ihrer Existenz gefährdet wäre, wenn sie die Miete für April 2020 bezahlen müsste, ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen. Sie hat zwar einen Umsatzverlust bezogen auf den Gesamtkonzern dargelegt. Wie die streitgegenständliche Filiale wirtschaftlich dasteht, ist dem Vortrag des Mieters aber nicht zu entnehmen. Es ist im Zusammenhang mit der Existenzgefährdung durchaus zu sehen, dass es sich bei dem Mieter um einen großen Konzern handelt, der wirtschaftlich leistungsfähiger sein kann als die Filialen für sich betrachtet. Für die Frage der Störung des Äquivalenzverhältnisses bezogen auf den streitgegenständlichen Mietvertrag dürfen jedoch auch Leistung und Gegenleistung bezogen auf diese Filiale und damit der konkrete Einzelfall nicht aus dem Blickfeld geraten, da auch die Interessen der (unterschiedlichen) Vermieter Berücksichtigung finden müssen.

Hier hat der Mieter eine Aufstellung der Nettoumsätze aller Filialen in Deutschland von Januar 2018 bis April 2020 einschließlich vorgelegt⁵⁷. Unterstellt man, dass diese auch die Umsatzentwicklung in der streitgegenständlichen Filiale widerspiegeln, ist ein Umsatzeinbruch in den Monaten März und April 2020 zu sehen. Dass dieser allerdings allein auf den Schließungen und nicht auch auf bereits seit Anfang März zu beobachtender Zurückhaltung der Käufer, also einer unstrittig in das Risiko der Beklagten fallenden Änderung des Konsumverhaltens, beruht, ist diesen Zahlen nicht zu entnehmen. Obwohl das Landgericht bereits in der mündlichen Verhandlung (I 75) darauf hingewiesen hatte, dass eine Existenzgefährdung nicht dargelegt sei, und auch das Urteil auf die fehlende Darlegung einer zur Unzumutbarkeit führenden wirtschaftlichen Beeinträchtigung gestützt hatte (LGU 14/ 15), hat sich der Mieter damit weder in erster Instanz noch in der Berufungsbegründung dezidiert auseinandergesetzt.

⁵⁵ vgl. dazu BGH v. 15.4.1959 - V ZR 3/58, bei juris Rz. 44.

⁵⁶ BGH v. 20.12.2004, VIII ZR 41/04, bei juris Rz. 25.

⁵⁷ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

Zutreffend hat das Landgericht gesehen, dass nicht isoliert die Umsatzeinbußen in den von der Schließung betroffenen Monaten betrachtet werden können, und dass auch staatliche Hilfen, wie das Kurzarbeitergeld, in die Abwägung einzu beziehen sind. Auch wenn diese die Kosten nicht insgesamt ausgeglichen haben, ist für die Frage der wirtschaftlich unzumutbaren Beeinträchtigung zu berücksichtigen, ob von anderer Seite eine Partei wirtschaftliche Unterstützung erhalten hat. Ebenso kann nicht unberücksichtigt bleiben, ob mit nicht verkauften, aber noch verkäuflichen Warenvorräten, Vermögenswerte noch vorhanden sind. Diese binden zwar Liquidität des Mieters, können aber im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtung nicht außer Betracht bleiben⁵⁸.

Vorliegend ist dem Vortrag des Mieters auch in der Berufung weder bezogen auf die streitgegenständliche Filiale noch bezogen auf den Gesamtkonzern zu entnehmen, in welchem Umfang als Folge der Schließung im Frühjahr 2020 die Umsätze und Gewinne und damit im Ergebnis auch das Vermögen der Beklagten so beeinträchtigt wurden, dass ihm ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden könnte. Weder legt er offen, wieviel staatliche Leistungen, insbesondere Kurzarbeitergeld, er erhalten hat, und welche Aufwendungen er durch die Kurzarbeit erspart hat, noch welche Warenwerte an verkäuflichen Waren, die die Anschaffungskosten im weiteren Verlauf senken, weiter vorhanden sind. Die Bezugnahme auf die erneuten im Dezember 2020 behördlich verordneten und zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch andauernden Schließungen vermag den Vortrag zu den Beeinträchtigungen im Frühjahr nicht zu ersetzen. Die Einbußen, die der Mieter durch die erneute Schließung ab Mitte Dezember 2020 erleidet, können auch nicht in die Abwägung der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für die Monatsmiete im April 2020 einbezogen werden. Insoweit handelt es sich um einen neuen Sachverhalt. Gegenstand dieses Rechtsstreits ist allein die Miete für April 2020 und nicht die Frage, ob und in welcher Form eine Vertragsanpassung für Zeiträume ab Mai 2020 verlangt werden könnte.

b. Soweit sich der Mieter auf Stimmen in der Literatur beruft, die unter Berücksichtigung des Umstandes, dass keine der Parteien die Pandemie und die damit verbundenen Geschäftsschließungen und weiteren Folgen habe vorherse-

⁵⁸ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

hen können, eine hälftige Teilung des Risikos und damit eine hälftige Teilung der Miete annehmen, weshalb es einer Darlegung der Umsatzausfälle nicht bedürfe, überzeugt dies nicht⁵⁹. Zu prüfen ist die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit in jedem Einzelfall. Dieser entzieht sich, wie die unterschiedlichen Stimmen in der Literatur zeigen⁶⁰, einer pauschalierten Darstellung. Es kann in dem Zusammenhang auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Mieter im Gegensatz zu dem Vermieter von staatlichen Transferleistungen wie dem Kurzarbeitergeld profitiert. Zudem zeigt sich unter Berücksichtigung des Umstands, dass im April nach der Schließung nur 10 Öffnungstage zur Verfügung standen, dass hier die Vormonate deutlich übersteigende Tagesumsätze erzielt wurden, so dass ein gewisser Nachholeffekt in diesem Bereich nicht auszuschließen ist. Eine pauschalierte Herabsetzung um die Hälfte lässt außer Betracht, dass möglicherweise ein Teil der Umsätze nach Beendigung des Lockdowns auch nach April 2020 nachgeholt werden konnte, da anders als in der Gastronomie oder der Veranstaltungsbranche zunächst nicht verkaufte Ware, soweit es sich nicht um Osterartikel gehandelt hat, grundsätzlich zu einem späteren Zeitpunkt verkauft werden kann.

2.2 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 Ausnahmegvorschrift 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 müsse⁶¹.

⁵⁹ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

⁶⁰ vgl. bspw. Häublein/Müller, NZM 2020, 481, 488 ff.

⁶¹ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

Bei dem letzten Wohnraummieter (C.), dem zunächst ein Gewerberaummieter 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 war⁶².

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 fassen⁶³.

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 waren⁶⁴.

§ 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 findet⁶⁵. Eine Abwanderung einkommensschwächerer Mieter

⁶² BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, MDR 2020, 1435.

⁶³ so auch BeckOGK/*Fleindl*, Stand 1. April 2020, § 556e BGB Rz. 8.

⁶⁴ BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, MDR 2020, 1435.

⁶⁵ BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 56.

aus stark nachgefragten Wohnquartieren in Folge von Mietanstiegen soll mit den Regelungen verhindert werden⁶⁶. 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 schaffen⁶⁷, etwa durch Anreize zur Wohnraumerschließung gewerblich genutzter Bestandsimmobilien. Vielmehr ging es dem Gesetzgeber ausschließlich darum, durch Dämpfung des Mietanstiegs die Verdrängung einkommensschwacher Mieter aus dem "vermieteten Wohnungsbestand"⁶⁸ zu verhindern.

Diese Kernziele des Gesetzgebers werden im Wesentlichen durch den mit dem Mietrechtsnovellierungsgesetz neu geschaffenen § 556d Abs. 1 BGB verwirklicht⁶⁹. 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 auszulegen⁷⁰. 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 Wohnraummiete 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 Revisions-

⁶⁶ BT-Drucks. 18/3121, S. 18.

⁶⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 2.

⁶⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

⁶⁹ vgl. BVerfG, NJW 2019, 3054 Rz. 52.

⁷⁰ vgl. BT-Drucks. 18/3121 S. 30: keine Umgehung der "Mietpreisbegrenzung".

erwiderung 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 Wohnraummiete erhalten bleiben oder gar eine bestimmte Einnahmehöhe garantiert werden sollte.

2.3 Umfassende Modernisierung i.S.d. § 556f BGB

Gemäß § 556f Satz 2 BGB sind die §§ 556d und 556e BGB nicht anzuwenden auf die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 556f Satz 2 BGB ist eine Modernisierung umfassend, wenn sie einen Umfang aufweist, der eine Gleichstellung mit Neubauten gerechtfertigt erscheinen lässt⁷¹. Eine solche Gleichstellung ist anzunehmen, wenn die Modernisierung einerseits im Hinblick auf die hierfür angefallenen Kosten einen wesentlichen Bauaufwand erfordert und andererseits wegen der mit ihrem tatsächlichen Umfang einhergehenden qualitativen Auswirkungen zu einem Zustand der Wohnung führt, der demjenigen eines Neubaus in wesentlichen Teilen entspricht⁷².

Zur Beantwortung der Frage, ob im Hinblick auf die Kosten der durchgeführten Arbeiten ein wesentlicher Bauaufwand vorliegt, kann nach der Gesetzesbegründung⁷³ auf § 16 Abs. 1 Nr. 4 WoFG bzw. dessen Vorgängervorschriften (§§ 16, 17 des II. WoBauG) sowie die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach ist ein Bauaufwand im Hinblick auf den finanziellen Aufwand als wesentlich anzusehen, wenn er (mindestens) ein Drittel des für eine vergleichbare Neubauwohnung erforderlichen Aufwands - ohne Grundstücksanteil - erreicht⁷⁴. Da die Neubaukosten in der Bundesrepublik Deutschland von Region zu Region stark differieren können, ist auf aussagekräftige aktuelle Zahlen - etwa statistische Erhebungen des Bauhandwerks - der jeweiligen Region, in der die in Rede stehende Wohnung gelegen ist, oder einer von der Bevölkerungsstruktur und der Wirtschaftskraft hierzu vergleichbaren

⁷¹ BT-Drucks. 18/3121, S. 32; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, NJW-RR 2020, 1212 Rz. 10 ff.

⁷² BT-Drucks. 18/3121, S. 32;; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, NJW-RR 2020, 1212 Rz. 10 ff.; BeckOGK/*Fleindl*, Stand: 1. Oktober 2020, § 556f BGB Rz. 25 m.w.N.

⁷³ BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

⁷⁴ vgl. BGH v. 10.8.2010 - VIII ZR 316/09, WuM 2010, 679 Rz. 6 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerwG zu § 17 Abs. 1 Satz 1 WoBauG in BVerwGE 38, 286 (289 f.).

Region abzustellen⁷⁵. Eine Schätzung der Neubaukosten durch den Tatrichter nach § 287 Abs. 2 ZPO auf der Grundlage dieser oder anderer objektivierbarer Zahlen, deren Einführung in den Prozess in der Darlegungs- und Beweislast des Vermieters liegt, ist in diesem Rahmen möglich und zulässig⁷⁶.

Allerdings können nicht die Kosten für (reine) Erhaltungsmaßnahmen gemäß § 555a Abs. 1 BGB im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB zu dem in den Kostenvergleich einzustellenden Bauaufwand berücksichtigt werden und dementsprechend auch bei einer modernisierenden Instandsetzung die gesamten Kosten nicht ungekürzt als Modernisierungskosten angesetzt werden⁷⁷.

In den Kostenvergleich im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB sind nur solche Kosten einzustellen, die auf - im Katalog des § 555b BGB genannten - Modernisierungsmaßnahmen beruhen⁷⁸. Dieses Verständnis liegt bereits nach dem Wortlaut des § 556f Satz 2 BGB nahe, nach dem die §§ 556d, 556e BGB nicht anzuwenden sind auf die erste Vermietung nach umfassender "Modernisierung". Dementsprechend ist in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt, dass von dem Begriff der Modernisierung die Wiederherstellung eines ehemals bestehenden Zustands nicht umfasst wird⁷⁹. Damit sind Kosten, die keinen Bezug zu einer in § 555b BGB genannten Modernisierungsmaßnahme aufweisen, sondern allein der Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 555a Abs. 1 BGB geschuldet sind, von vornherein nicht in den Kostenvergleich aufzunehmen.

Entsprechendes gilt aber auch für den Fall, dass ältere Bauteile und Einrichtungen der Wohnung modernisiert werden und zwar sowohl dann, wenn diese schon mangelhaft sind, als auch dann, wenn sie - ohne dass ein Austausch schon unmittelbar erforderlich wäre - bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer zu erwartenden Gesamtlebensdauer abgenutzt worden sind. Auch insoweit ist ein Teil der Kosten bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht der Modernisierung, sondern der bloßen Instandhaltung zuzuordnen und

⁷⁵ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁷⁶ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁷⁷ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁷⁸ BeckOKMietrecht/*Theesfeld*, Stand: 1. August 2020, § 556f BGB Rz. 14; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556f BGB Rz. 17; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 556f BGB Rz. 14; *Abramenko*, Die Mietpreisbremse, 2015, § 3 Rz. 23.

deshalb bei dem im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB anzustellenden Kostenvergleich nicht zu berücksichtigen⁸⁰.

Mit der Einführung der Vorschriften der §§ 556d bis 556g BGB bezweckte der Gesetzgeber eine Begrenzung der Mieten in angespannten Wohnungsmärkten. Die nach Maßgabe des § 556d BGB höchstzulässige Miete darf der Vermieter nach § 556e BGB mit Rücksicht auf eine höhere Vormiete oder wegen Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b BGB überschreiten, die er in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses durchgeführt hat. Im Fall der Modernisierung darf der Vermieter dabei die nach § 556d BGB zulässige Miete um den Betrag überschreiten, um den er die Miete gemäß § 559 BGB hätte erhöhen können. Noch weitergehende Ausnahmen sieht das Gesetz in § 556f BGB vor. Danach sind zum einen Neubauten, die nach dem 1. Oktober 2014 erstmals genutzt und vermietet werden, von der Mietenbegrenzung gänzlich ausgenommen; zum anderen gilt die Mietenbegrenzung (§ 556d BGB) nicht für die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung⁸¹.

Das Gesetz sieht somit zugunsten des modernisierenden Vermieters gestufte Ausnahmen vor. Unter den Voraussetzungen des § 556e BGB erhöht sich die zulässige Miete um den Betrag einer Mieterhöhung, die im laufenden Mietverhältnis mit Rücksicht auf eine durchgeführte Modernisierung nach § 559 BGB möglich gewesen wäre. Eine weitergehende Ausnahme begründet § 556f Satz 2 BGB für den Fall der umfassenden Modernisierung, die den Vermieter für die erste nachfolgende Vermietung von der Mietenbegrenzung völlig befreit.

Für den Fall der Mieterhöhung nach § 559 BGB hat der Senat bereits - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden, dass bei einer modernisierenden Instandsetzung nicht nur Kosten für bereits "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen unberücksichtigt bleiben, sondern ein (zeit-)anteiliger Abzug auch dann vorzunehmen ist, wenn Bauteile oder Einrichtungen der Wohnung, die zwar noch nicht mangelhaft, aber bereits über einen erheblichen Anteil ihrer Lebensdauer (ab)genutzt sind, durch solche von besserer Qualität ersetzt und insoweit modernisiert werden⁸². Für die im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB vorzuneh-

⁷⁹ BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

⁸⁰ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁸¹ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁸² BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, NZM 2020, 795 Rz. 36 ff.

mende Beurteilung, ob eine umfassende Modernisierung vorliegt, gilt nichts Anderes. Im Gegenteil spricht der Umstand, dass es sich bei § 556f Satz 2 BGB um eine - eng auszulegende - Ausnahmvorschrift handelt, für einen Abzug der (fiktiven) Kosten, die bei einer wertenden Betrachtung der Instandsetzung und/oder der Instandhaltung und nicht der eigentlichen Modernisierung zuzurechnen sind⁸³.

Entgegen einer teilweise im Schrifttum unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien vertretenen Auffassung⁸⁴ bezweckt § 556f Satz 2 BGB auch nicht, den Vermieter bei Vornahme umfangreicher Modernisierungsmaßnahmen von genauen Berechnungen in der Weise zu entlasten, dass jeder Abzug von Kosten der Instandhaltung zu entfallen habe. Soweit es in den Gesetzesmaterialien heißt, bei sehr umfangreichen Maßnahmen werde der Vermieter von der Berechnung der genauen Mieterhöhung entlastet⁸⁵, lässt dies den Schluss auf eine Berücksichtigung bloßen Erhaltungsaufwands gerade nicht zu. Denn in der weiteren Gesetzesbegründung wird explizit darauf abgestellt, dass der Begriff der Modernisierung auf § 555b BGB Bezug nimmt und somit die Instandsetzung nicht umfasst ist. Im Übrigen wird dem Vermieter im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB eine Berechnung nur insoweit abverlangt, als es zum Nachweis eines wesentlichen, auf Modernisierung entfallenden Bauaufwands erforderlich ist. Liegt der Ausnahmetatbestand des § 556f Satz 2 BGB danach vor, ist der Vermieter bei der ersten Vermietung von der Begrenzung der Miete und somit von einer konkreten Berechnung einer Mieterhöhung nach § 559 BGB in Verbindung mit § 556e BGB frei.

Auch hinsichtlich der Beurteilung der mit den Baumaßnahmen einhergehenden qualitativen Auswirkungen ist zu prüfen, ob die Wohnung durch die Modernisierungsmaßnahmen in mehreren - nicht notwendig allen - wesentlichen Bereichen (insbesondere Heizung, Sanitär, Fenster, Fußböden, Elektroinstallationen beziehungsweise energetische Eigenschaften) qualitativ so verbessert wurde, dass die Gleichstellung mit einem Neubau gerechtfertigt ist⁸⁶. Dabei gelten die

⁸³ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁸⁴ Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2018, § 556f BGB Rz. 14; wohl auch JurisPK/Heilmann, § 556f BGB Rz. 5; BeckOKMietrecht/Theesfeld, Stand: 1. August 2020, § 556f BGB Rz. 14.

⁸⁵ BT-Drucks. 18/3121 S. 32.

⁸⁶ BT-Drucks. 18/3121 S. 32; vgl. auch bereits BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, Rz. 11 f., m.w.N.

vorstehend dargestellten Voraussetzungen entsprechend. In die diesbezügliche Beurteilung sind somit nur als Modernisierung zu qualifizierende Maßnahmen einzubeziehen, und auch diese nur unter der Voraussetzung, dass es sich bei dem aktuellen Mietverhältnis um die erste Neuvermietung nach Ausführung der Maßnahmen handelt⁸⁷.

2.4 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 Gesamtschuldner⁸⁸. 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 wäre⁸⁹. 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 bildet⁹⁰.

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 macht⁹¹. Diese Grundsätze sind auch auf Mieterge-

⁸⁷ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁸⁸ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 7.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ BGH v. 10.10.2017 - XI ZR 555/16, NJW 2018, 225 Rz. 20 m.w.N.

⁹¹ 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.

meinschaften anzuwenden⁹². 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 haben⁹³. Für den hier vorliegenden Fall der bereicherungsrechtlichen Rückforderung zu viel entrichteter Miete gilt nichts anderes⁹⁴.

Folglich kann die Klägerin Rückzahlung zu viel gezahlter Miete nur als Mitgläubigerin mit der weiteren Mieterin K. fordern⁹⁵. Entsprechendes gilt für das Auskunftsverlangen⁹⁶. 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 Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung⁹⁷ eingeführt worden ist, handelt es sich, wie bereits aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, um einen Hilfsanspruch des Mieters⁹⁸, 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 erhal-

⁹² vgl. BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 10 f.

⁹³ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 m.w.N.

⁹⁴ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

⁹⁵ vgl. im Ergebnis auch Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556g BGB Rz. 14 (Gesamthandsgläubiger).

⁹⁶ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

⁹⁷ Mietrechtsnovellierungsgesetz - MietNovG - vom 21. April 2015, BGBl. I S. 610.

⁹⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

ten (Erhaltungspflicht). Zur Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters gehört es, eine nach der Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen⁹⁹.

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 wurde¹⁰⁰.

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 Kläger als Vermieter die Instandhaltungslast - zu der auch die Ausführung von Schönheitsreparaturen gehört - in vollem Umfang zu tragen haben¹⁰¹.

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

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ 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.

Hinblick auf die (unwirksame) Übertragung der Schönheitsreparaturen eine geringere Miete akzeptiert hat, nichts¹⁰².

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 hätten, dass die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel jedenfalls unsicher war¹⁰³.

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 Verkehrsanschauung¹⁰⁴. Da sich somit der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch, soweit die

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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

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 Mietvertrags¹⁰⁵.

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 hat die Mietsache im Ergebnis in dem Zustand akzeptiert, in dem sie sich befand¹⁰⁶.

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 Parteivereinba-

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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).

rungen 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 umfasst¹⁰⁷.

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 hat¹⁰⁸.

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 ermitteln¹⁰⁹.

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 umfas-

¹⁰⁷ mit ähnlicher Begründung einen renovierten Wohnungszustand als vertragsgemäß annehmend auch *Artz*, NZM 2015, 801 (804 f.); *Flatow*, WuM 2009, 208 (209).

¹⁰⁸ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

¹⁰⁹ vgl. hierzu AG Frankfurt v. 6.7.2009 - 33 C 4800/08, juris Rz. 18.

send zu renovieren habe¹¹⁰. 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 renovieren¹¹¹.

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 worden¹¹². Erhält der Mieter einen solchen Ausgleich jedoch nicht und ist die Klausel daher unwirksam, 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 kann¹¹³.

Das Gegenteil folgt schließlich nicht aus einem Vergleich mit dem Fall der Überlassung einer frisch renovierten Wohnung¹¹⁴.

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 aus¹¹⁵.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

¹¹² BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 35 m.w.N.

¹¹³ vgl. hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 37 f.

¹¹⁴ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

¹¹⁵ 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.

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 Kläger¹¹⁶.

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 werden¹¹⁷. Vielmehr kann auch eine bereits renovierungsbedürftige Wohnung durchaus noch weiter abgenutzt werden¹¹⁸ und steht dem Mieter bei einer weiteren (wesentlichen) Verschlechterung des Dekorationszustandes, wie er hier angesichts des zeitlichen Ablaufs von 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 führen¹¹⁹.

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 infolgedes-

¹¹⁶ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

¹¹⁷ vgl. BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, NJW-RR 2010, 737 Rz. 25.

¹¹⁸ vgl. BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 f.).

¹¹⁹ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

sen 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 Inhaltsbegrenzung¹²⁰. 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 ist¹²¹.

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 klarstellend¹²². 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 erhalten¹²³. 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

¹²⁰ vgl. BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, NJW-RR 2015, 457 Rz. 28.

¹²¹ 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.

¹²² vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432 Rz. 12.

¹²³ BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 49 m.w.N.

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 Anspruchs¹²⁴. 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.

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 kann¹²⁵. 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 Flächenabweichung und Doppelvermietung

Eine Flächenabweichung von mehr als 10% führt zu einem Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB, der den Mieter grundsätzlich berechtigt, um Umfang der Abweichung die Miete zu mindern. Entsteht die Flächenabweichung bereits zu Beginn des Mietvertrages, weil ein Teil der Räume einem anderen Mietobjekt zugeschlagen wurde, entsteht dadurch kein Rechtsmangel in der Form der Doppelvermietung¹²⁶.

Nach § 536 Abs. 3 BGB liegt ein Rechtsmangel vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder

¹²⁴ 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.

¹²⁵ 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).

¹²⁶ BGH v. 25.11.2020 – XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

zum Teil entzogen wird. Dabei führt die bloße Existenz des Rechts eines Dritten noch nicht zu einem Rechtsmangel gemäß § 536 Abs. 3 BGB. Dieser entsteht vielmehr erst dann, wenn der Dritte sein Recht in einer Weise geltend macht, die zu einer Beeinträchtigung des Gebrauchs durch den Mieter führt¹²⁷.

Danach liegt im vorliegenden Fall kein Rechtsmangel iSv § 536 Abs. 3 BGB vor¹²⁸. Die von dem Mieter behauptete Gebrauchsbeeinträchtigung beruht nicht darauf, dass ein Dritter aufgrund eines ihm zustehenden dinglichen Rechts oder schuldrechtlichen Anspruchs¹²⁹ ein Alleinnutzungsrecht an der an den Mieter überlassenen Mietsache geltend macht. Vielmehr wurden dem Mieter die gemieteten Räumlichkeiten vollständig zum vertragsgemäßen Gebrauch übergeben. Aufgrund der nach Abschluss des Mietvertrags vorgenommenen Umbauarbeiten hat sich lediglich die Grundfläche eines Übungsraums um ca. 10 m² verkleinert, weil diese Fläche dem angrenzenden Mietobjekt zugeschlagen worden ist. Damit liegt kein Fall der Doppelvermietung vor, der als Rechtsmangel angesehen wird. Die Vermieterin hat die fehlende Fläche nicht an zwei verschiedene Mieter vermietet, sondern nur aufgrund baulicher Maßnahmen die Flächengröße der gemieteten Räumlichkeiten nachträglich verändert.

Auch der BGH hat in der Vergangenheit bei der Miete von Räumen die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten durch die dem Mieter vom Vermieter tatsächlich überlassene Fläche stets als Sachmangel iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB behandelt¹³⁰. Diese Rechtsprechung bezieht sich nicht nur auf Fälle, in denen die Mietflächenabweichung auf einer Falschberechnung der Fläche einer ansonsten vertragsgemäß und vollständig übergebenen Mietsache beruhte, sondern auch auf Sachverhalte, in denen die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Mietfläche - wie hier - durch Umbauarbeiten verursacht wurde, die nach Abschluss des Mietvertrags durchgeführt wurden¹³¹.

¹²⁷ BGH v. 23.12.1998 - XII ZR 49/97, NJW-RR 1999, 845.

¹²⁸ BGH v. 25.11.2020 – XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

¹²⁹ vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 282 f.

¹³⁰ BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 (2153); BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 14; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1948; BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 16 m.w.N.

¹³¹ vgl. BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152; BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, NZM 2005, 861.

4.2 Flächenabweichung unter 10%

Nach den getroffenen Feststellungen liegt aufgrund der Flächenabweichung ein Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, wobei die Flächenabweichung weniger als 10% beträgt. Durch die Bezeichnung des Mietobjekts in § 1 des Mietvertrags und dem als Anlage 1 beigefügten Grundrissplan haben die ursprünglichen Vertragsparteien eine verbindliche Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich Größe, Raumgestaltung und Zuschnitt getroffen und damit die geschuldete Leistung festgelegt. Die in dem Grundrissplan enthaltenen Flächenangaben dienten nicht lediglich der Beschreibung des Mietobjekts, sondern wurden auch vertraglich vereinbart. Tatsächlich weist jedoch die Nutzfläche eines der beiden Übungsräume entgegen der vereinbarten Größe von ca. 88,5 m² eine um ca. 10 m² kleinere Fläche auf, weshalb das Mietobjekt nicht der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit entspricht. Dass die vereinbarten Nutzflächen in dem Grundrissplan nur mit einem Circa-Maß angegeben sind, steht der Annahme eines Sachmangels nicht entgegen¹³².

Trotz des Vorliegens eines Sachmangels erfolgt eine Minderung der Miete nur dann, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt wird (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB) und diese Beeinträchtigung gemäß § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht nur unerheblich ist¹³³. Die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den beiderseitigen Leistungen bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werden¹³⁴. Für eine reduzierte Nutzungsmöglichkeit soll der Mieter auch nur eine reduzierte Miete leisten müssen. Daher scheidet eine Herabsetzung der Miete während der Zeit, in der der Mieter die Mietsache trotz Vorliegens eines Mangels uneingeschränkt vertragsgemäß nutzen kann, aus¹³⁵. Deshalb hat der Mieter neben dem Vorliegen eines konkreten Sachmangels darzulegen, dass die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt ist; das Maß der Beeinträchtigung braucht er hingegen nicht

¹³² vgl. BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 16 m.w.N.

¹³³ vgl. BGHZ 195, 50 = NJW 2013, 44 Rz. 41.

¹³⁴ BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 18 m.w.N.

¹³⁵ BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NJW 2011, 514 Rz. 13.

vorzutragen¹³⁶. Für das Vorliegen von Umständen, die eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs als unerheblich erscheinen lassen, trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast¹³⁷.

Für den Anspruch des Wohnraummieters auf Minderung wegen einer tatsächlich geringeren Wohnfläche als der vertraglich vereinbarten hat der BGH allerdings entschieden, dass ein abweichendes Flächenmaß die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch bereits dann erheblich mindert, wenn die tatsächliche Fläche um mehr als 10 % hinter der vertraglich vereinbarten Größe zurückbleibt¹³⁸. Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, bedarf es dann nicht¹³⁹. Diese im Interesse der Praktikabilität und Rechtssicherheit gezogene Grenze von 10% legt der VIII. Zivilsenat auch dann zugrunde, wenn die Wohnfläche im Mietvertrag nur mit „ca.“ angegeben ist¹⁴⁰. Zur Begründung verweist er darauf, dass die vereinbarte Fläche ein wesentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Räume sei. Daher spreche bei einem erheblichen Flächendefizit bereits eine tatsächliche Vermutung für eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit, die der Mieter nicht gesondert belegen müsse.

Dieser Rechtsprechung hat sich der XII Senat für Flächenabweichungen in der Gewerberaummiete angeschlossen¹⁴¹.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei einer Flächenunterschreitung von weniger als 10% eine Mietminderung grundsätzlich ausgeschlossen ist¹⁴². Diese Rechtsprechung hat nur zur Folge, dass bei Flächenabweichungen, die diese Grenze von 10% überschreiten, der Mieter nicht gesondert darlegen muss, die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch sei infolge der Flächenabweichung gemindert. Bleibt die Flächenabweichung - wie im vorliegen-

¹³⁶ vgl. BGH v. 27.7.2016 - XII ZR 59/14, NJW-RR 2016, 1291 Rz. 5 m.w.N.

¹³⁷ BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664 Rz. 20.

¹³⁸ BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 16; BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, NJW 2004, 1947 (1948).

¹³⁹ BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, NZM 2005, 861.

¹⁴⁰ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, NJW 2004, 1947 (1948).

¹⁴¹ vgl. BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 (2153); BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 14 ff.

¹⁴² BGH v. 25.11.2020 - XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

den Fall - hinter dieser Grenze zurück, kann sich der Mieter dagegen nicht auf diese tatsächliche Vermutung einer Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache berufen. Er muss dann im jeweiligen Einzelfall konkret darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass durch die Flächenabweichung der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt ist¹⁴³.

Gemessen wird im vorliegenden Fall zu Recht eine Minderung der Miete abgelehnt, weil der Mieter seiner Darlegungslast nicht in ausreichendem Maß nachgekommen ist. Die Behauptung des Mieters, er habe auf den fehlenden 10 m² im betroffenen Übungsraum vier zusätzliche Schüler unterrichten und damit weitere Einnahmen generieren können, ist nicht als ausreichender Vortrag für die von ihm begehrte Mietminderung anzusehen. Denn mit diesem Vorbringen stellt er nur die abstrakte Behauptung auf, durch die Flächenabweichung seien ihm mögliche Einnahmen verloren gegangen. Inwieweit er jedoch durch die geringere Nutzfläche konkret im Gebrauch des Übungsraums beeinträchtigt wird, ergibt sich daraus nicht.

4.3 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 abweicht¹⁴⁴.

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

¹⁴³ OLG Dresden, NJW-RR 2019, 1294 (1296); OLG Dresden, NJW-RR 2015, 141 (143); OLG Düsseldorf, GE 2012, 616 (617); KG, NJW-RR 2005, 1681.

¹⁴⁴ 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.

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 bestimmt¹⁴⁵.

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 Regelfall¹⁴⁶, die vertragliche Haftung für einen unveränderten Fortbestand der Geräuschverhältnisse der 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 einwirken¹⁴⁷, 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

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ siehe hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 21 f.

¹⁴⁷ siehe hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 21.

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 wäre¹⁴⁸. Hiernach begründen bei Fehlen anderslautender Beschaffenheitsvereinbarungen nachträglich erhöhte Geräuschmissionen 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 teil¹⁴⁹.

An dieser Rechtsprechung hält der BGH fest¹⁵⁰.

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 hat¹⁵¹.

Diese Rechtsprechung des VIII. Senats steht - anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung sowie einzelne Stimmen in der Instanzrechtsprechung und der Literatur meinen¹⁵² - auch nicht im Widerspruch zu dem Urteil des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 23. April 2008¹⁵³. Der XII. Zivilsenat hat in diesem Urteil entschieden, dass eine von dem Vermieter in einem Gewerberaummietvertrag verwendete formularmäßige Klausel, wonach

¹⁴⁸ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 24 f.

¹⁴⁹ ebenso MünchKomm/Brückner, 8. Aufl., § 906 BGB Rz. 63.

¹⁵⁰ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

¹⁵¹ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 37 ff., 41 ff.

¹⁵² LG Berlin [67. Zivilkammer], WuM 2018, 755, 756; *Börstinghaus*, NZM 2016, 417 (421); *Selk*, Mietmängel und Mängelrechte, 2018, § 536 BGB Rz. 202

¹⁵³ 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.

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 Dritten 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 Geschäftsraummietsache anders als bei der Wohnraummietsache grundsätzlich möglich ist¹⁵⁴ - 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 Geräuschmissionen - eine ergänzende Auslegung des Mietvertrags für erfor-

¹⁵⁴ BGH v. 6.4.2016 - XII ZR 30/15, ZMR 2016, 609 Rz. 11.

derlich hält¹⁵⁵. 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 einen 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.

¹⁵⁵ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 23 f., 39 ff.

Entgegen einer in der Instanzrechtsprechung vereinzelt vertretenen Auffassung¹⁵⁶ finden diese Grundsätze auch dann Anwendung, wenn die erhöhten Immissionen nur vorübergehender Natur sind¹⁵⁷. 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 Fallgestaltung der Geräusch- und Schmutzmissionen, 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 Schmutzmissionen 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 we-

¹⁵⁶ vgl. LG Berlin [67. Zivilkammer], NZM 2016, 681 (682) sowie WuM 2018, 755 (756).

¹⁵⁷ so auch LG Berlin [65. Zivilkammer], ZMR 2017, 974 (975); LG München I, NZM 2016, 237 (238); AG Hamburg-Bergedorf, ZMR 2018, 229 f.

der 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 werden¹⁵⁸. 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 Grundstücks¹⁵⁹.

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 dies-

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ 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.

bezüglicher 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) 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 soll¹⁶⁰.

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 1975¹⁶¹ 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 Schmutzmissionen betroffene Grundstück infolge der Bauarbeiten auf dem 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

¹⁶⁰ vgl. BGH v. 18.9.2009 - V ZR 75/08, NJW Rz. 19 m.w.N.

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 entsprechenden Maßnahmen und den damit verbundenen erheblichen zusätzlichen Immissionen nicht betroffen ist"¹⁶².

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

¹⁶¹ BGH v. 26.9.1975 - V ZR 204/73, WPM 1976, 1116.

¹⁶² so auch LG Berlin v. 16.6.2016 - 67 S 76/16, NJW-RR 2016, 1162 f.

dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert¹⁶³.

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 voraussetzen¹⁶⁴.

4.3.1 Umweltmangel in der Gewerberaummieta

„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

¹⁶³ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

¹⁶⁴ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt.“¹⁶⁵.

Eine ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien, dass das Mietobjekt keinen höheren Immissionen als zu Vertragsbeginn ausgesetzt sein dürfe, ist hier nicht festzustellen¹⁶⁶. 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 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.“

Dem ist trotz gegenteiliger Stimmen¹⁶⁷ 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 76/16¹⁶⁸ und vom 21.08.2019 – 64 S 190/18¹⁶⁹ 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

¹⁶⁵ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 18 m.w.N.

¹⁶⁶ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

¹⁶⁷ etwa von Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Auflage, § 536 BGB Rz. 136b.

¹⁶⁸ LG Berlin vom 16.06.2016 – 67 S 76/16, juris Rz. 10.

¹⁶⁹ LG Berlin vom 21.08.2019 – 64 S 190/18 juris Rz. 23.

im innerstädtischen Bereich mit einer Bebauung rechnen muss und diese dann nicht zu einer Minderung führt¹⁷⁰.

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.“¹⁷¹.

Erhebliche Nutzungsbeeinträchtigungen durch Lärm können nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH ohne weiteres einen Mangel einer gemieteten Wohnung darstellen¹⁷². Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des XII. und des X. Zivilsenats des BGH für Gewerberäume¹⁷³ und Ferienunterkünfte¹⁷⁴.

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 Risikobereich¹⁷⁵. Eine Mietminderung setzt kein Verschulden auf Seiten des Vermieters voraus, sondern

¹⁷⁰ so LG Berlin v. 18.10.2013 - 63 S 446/12, juris.

¹⁷¹ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 27 m.w.N.

¹⁷² 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. 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.

¹⁷³ vgl. BGH v. 23.4.2008 - XII ZR 62/06.

¹⁷⁴ vgl. BGH v. 19.7.2016 - X ZR 123/15.

¹⁷⁵ vgl. BGH v. 22.6.1988 - VIII ZR 232/87 - juris Rz. 19; BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06 - Rz. 12.

der Mieter kann selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfügt¹⁷⁶.

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 Lärm¹⁷⁷. 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 Abschluss des Mietvertrages zugrunde legen¹⁷⁸. 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 hat¹⁷⁹.

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 hinausgehen¹⁸⁰. Als entscheidend sieht der erkennende Senat an, dass diese Einwirkungen der im Mietvertrag vereinbarten Nutzung als „Thai-Massagesalon“ sehr abträglich sind, insbesondere einem Entspannungs-

¹⁷⁶ BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06 – Rz. 20 m.w.N.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

¹⁸⁰ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

effekt 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 nicht¹⁸¹. Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Vertrages¹⁸². Sie setzt erst ein, wenn die offene Auslegungsfrage nicht durch die eigentliche Auslegung des Vertrages zu lösen ist¹⁸³. 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 sein¹⁸⁴.

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 Geräuschmissionen durch einen Dritten grundsätzlich verneint, wenn der Vermieter sie gemäß § 906 BGB ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss¹⁸⁵.

¹⁸¹ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

¹⁸² BGH v. 21.9.1994 – XII ZR 77/93, juris Rz. 8; BGH v. 17.4.2002 – VIII ZR 279/01, Rz. 19.

¹⁸³ vgl. Staudinger/Roth, Bearb. 2015, § 157 BGB Rz. 4 m.w.N.

¹⁸⁴ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

¹⁸⁵ 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.

§ 906 BGB ist eine sachenrechtliche Vorschrift, die auf das Mietverhältnis der Parteien zweifelsfrei nicht anwendbar ist¹⁸⁶. 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 Immissionen¹⁸⁷. 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 machen¹⁸⁸. 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“¹⁸⁹. Ein Gleichlauf der Interessen von Eigentümer und Mieter wird dabei vom VIII. Zivilsenat nicht zugrunde gelegt¹⁹⁰ 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.

(...)

202; *Börstinghaus*, NZM 2016, 417 (421); *Flatow*, WuM 2016, 459; *Gsell*, NZM 2016, 702 (708); *Bieber*, GE 2018, 1431 (1432).

¹⁸⁶ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

¹⁸⁷ BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 68.

¹⁸⁸ BGH v. 21.10.1983 – V ZR 166/82, juris Rz. 8.

¹⁸⁹ BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 70.

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. Rz. 23), und hat es anscheinend als unerheblich angesehen, ob die Immissionen vom Vermieter gemäß § 906 BGB zu dulden sind¹⁹¹.

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 76/16¹⁹² – 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 einwir-

¹⁹⁰ BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 43, 49 f.

¹⁹¹ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

¹⁹² zitiert nach juris Rz. 12.

kenden Umweltbedingungen aushandeln und vereinbaren¹⁹³. 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 hätten¹⁹⁴. 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 an¹⁹⁵.

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 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 Mangels¹⁹⁶. 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

¹⁹³ LG Berlin v. 21.8.2019 – 64 S 190/18, zitiert nach juris Rz. 27.

¹⁹⁴ vgl. LG Berlin v. 9.1.2020 – 67 S 230/19, zitiert nach juris Rz. 7.

¹⁹⁵ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

¹⁹⁶ vgl. nur BGH v. 10.3.1999 - XII ZR 321/97, NJW 1999, 1408 m.w.N.

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 kann¹⁹⁷.

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 Richter vorbehalten und revisionsrechtlich nur eingeschränkt auf Rechtsfehler überprüfbar¹⁹⁸, 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 Fehlern¹⁹⁹.

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 berücksichtigen²⁰⁰. 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 entgegen²⁰¹. Er schließt auch in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig die

¹⁹⁷ vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 9; BGH NJW 1976, 1259 (1260).

¹⁹⁸ 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).

¹⁹⁹ BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ vgl. etwa BGH v. 18.4.2002 - I ZR 262/99 - juris Rz. 31.

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 nachzuzahlen, 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 Betracht²⁰².

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

²⁰² BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

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 Mängelbeseitigungsarbeiten²⁰³.

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 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 hat²⁰⁴, 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

²⁰³ 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.

²⁰⁴ BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

in der Gesamtschau fern, in ihrem Verhalten ein tatsächliches Anerkenntnis zu sehen.

5 Schriftform

5.1 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 geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll²⁰⁵.

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

²⁰⁵ BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rz. 17 m.w.N.

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 warnen²⁰⁶.

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 haben²⁰⁷. 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 diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen²⁰⁸. 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.

²⁰⁶ BGH v. 21.11.2018 - XII ZR 78/17, BGHZ 220, 235 = NJW 2019, 990 Rz. 26 m.w.N.

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 13 f.

Bei einer solchen Gestaltung folgen die Zweifel an der Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unmittelbar aus der Urkunde selbst²⁰⁹.

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 Schriftform²¹⁰ ().

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 nämlich 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

²⁰⁹ 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.

²¹⁰ 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.

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 gewahrt²¹¹.

5.2 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 eintritt²¹². 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.

Dabei kann dahinstehen, ob das Sondernutzungsrecht im Ergebnis genauso wie Sondereigentum zu behandeln ist²¹³ oder dem umstrittenen Rechtscharakter des Sondernutzungsrechts als dingliches oder bloß schuldrechtliches Rechtsinstitut²¹⁴ Rechnung getragen werden muss. Denn nach allen Auffas-

²¹¹ BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

²¹² BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 Rz. 8 f. m.w.N.

²¹³ so im Ergebnis BGH v. 28.9.2005, VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 Rz. 8 f. m.w.N.

²¹⁴ zu den in der Literatur vertretenen Auffassungen vgl. Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 14. Aufl., § 566 BGB Rz. 83 m.w.N.

sungen 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 kündbar²¹⁵.

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 abgeschlossen worden ist²¹⁶. Denn im Gegensatz es liegt keine von beiden Parteien unterzeichnete Mietvertragsurkunde vor.

5.3 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

²¹⁵ BGH v. 15.1.2020 – XII ZR 46/19, WuM 2020, 79 = ZMR 2020, 298.

²¹⁶ vgl. dazu BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648 Rz. 33.

für unbestimmte Zeit geschlossen gilt²¹⁷. Eine Ausnahme hierzu hat der BGH für einen Änderungsvertrag zugelassen, der lediglich eine Verlängerung des Ursprungsvertrages beinhaltet und dessen Inhalt im Übrigen unberührt lässt²¹⁸. Gleiches gilt, wenn neben dem alten Mieter ein weiterer neuer Mieter formlos einem bestehenden, schriftlich abgeschlossenen befristeten Mietvertrag beitrifft²¹⁹. 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 Ausnahmefälle der bloßen Mietzeitverlängerung oder des Beitritts eines weiteren Mieters zum Mietvertrag bei unveränderter Fortführung des ursprünglichen Vertrages im Übrigen²²⁰. 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 an²²¹. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist nach der genannten Bestimmung das ganze

²¹⁷ 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.

²¹⁸ vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39.

²¹⁹ vgl. BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653.

²²⁰ OLG Köln v. 4.10.2019 – 1 U 83/18, ZMR 2020, 26.

²²¹ vgl. Spielbauer/Schneider/Ettl, Mietrecht, 2. Aufl., § 550 BGB Rz. 48.

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 vorsieht²²² und insoweit als gesetzliche und allein auf die Abrede der Vertragslaufzeit beschränkte Fiktion den genannten Bestimmungen eigentlich schon vorgeht²²³, war für die angenommenen Ausnahmefälle stets maßgeblich, dass die Änderungsvereinbarung den sonstigen Vertragsinhalt jeweils nicht berührte²²⁴. 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 Nebenkosten²²⁵. Hierdurch verursachte Unsicherheiten im Mietumfang und den hiermit verbundenen Pflichten wären indes schwerlich mit dem Regelungszweck des § 550 BGB²²⁶ 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 bleiben²²⁷. Die klagende Vermieterin kann sich schon aus tatsächlichen Gründen nicht auf die vorstehenden Grundsätze für die Annahme eines Ausnahmefalles 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 berührt²²⁸. Solches kann im

²²² vgl. BGH v. 29.10.1986 - VIII ZR 253/85, BGHZ 99, 54.

²²³ vgl. Staudinger/*Emmerich*, 2018, § 550 BGB Rz. 35; *Michalski*, WPM 1998, 1993, (2005 f.); jeweils m.w.N.

²²⁴ vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39.

²²⁵ vgl. Bub/*Treier/Landwehr*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. II. Rz. 2525.

²²⁶ 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.

²²⁷ OLG Köln v. 4.10.2019 – 1 U 83/18, ZMR 2020, 26.

²²⁸ 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.

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.

5.4 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 ordentlich 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 Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formwidrigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre²²⁹. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor²³⁰. Zwar hat die Beklagte zu 1 die Nichteinhaltung der Schriftform dadurch verursacht, dass nur

²²⁹ 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.

²³⁰ BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

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 Beklagten²³¹.

Eine Treuwidrigkeit folgt auch nicht aus der in Teil B Ziffer 18.1 des ursprünglichen Mietvertrags enthaltenen Schriftformheilungsklausel. Wie der Senat bereits entschieden hat²³², 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.

6 Kautio

6.1 Verrechnung des Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1 BGB

Das Kammergericht²³³ hat zur Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen des Vermieters gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters folgendes entschieden:

²³¹ BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

²³² BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 34 ff. mwN

²³³ KG v. 2.12.2019 – 8 U 104/17, ZMR 2020, 395 = GE 2020, 540.

Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die von der Beklagten in der Klageerwiderung 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.

Die von der Beklagten behaupteten Schadensersatzansprüche wegen Rückgabe der Mietsache in beschädigtem oder sonst nicht vertragsgemäßem 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 Zahlungsanspruch 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 Kautionsforderung, 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 naheliegender 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 Zahlungs-

forderung 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 Ortstermin 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 Instanz 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 Be-

gründung 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.“

7 Modernisierungsankündigung

7.1 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 2013²³⁴ anzuwenden, weil das Mietverhältnis am 31. Dezember 2018 bereits entstanden und der 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 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 abgesenkt²³⁵. Hieran sollte sich auch unter der Geltung des § 555c BGB aF nichts ändern²³⁶.

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 Konsequenzen²³⁷. 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 sollen²³⁸. Die Verwirklichung dieses ergän-

²³⁴ BGBl. I S. 434; im Folgenden: BGB aF.

²³⁵ 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.

²³⁶ vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 20.

²³⁷ 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.

²³⁸ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

zenden 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 des Mieters gebotene Maß hinausgeht und hierdurch den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt²³⁹.

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 werden²⁴⁰.

Diesen Anforderungen wird die hier vorgenommene Ankündigung gerecht²⁴¹. 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 Ringleitun-

²³⁹ vgl. BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 31 m.w.N. zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

²⁴⁰ 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].

²⁴¹ BGH v. 20.5.2020 - VIII ZR 55/19, ■.

gen 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 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 m² - eine Reduktion der Verbrauchskosten um 0,08 €/m² 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 un schwer 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 m²), auf die diese Ersparnis entfällt, die auf ihre 76,21 m² 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 m² x 76,21 m²).

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 Bedeutung²⁴².

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 €/m², der für die Wohnung der Beklagten künftig in Höhe von 114,32 € (1,50 €/m² x 76,21 m²) 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 Heizungsanlage²⁴³.

Soweit das Berufungsgericht auch bezüglich des Austauschs des Gasherds durch einen Elektroherd eine wirksame Modernisierungsankündigung verneint,

²⁴² BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

verkennt es, dass es sich hierbei nach dem von der Klägerin angekündigten Gesamtkonzept um eine notwendige Begleitmaßnahme der Heizungsmodernisierung handelt.

Ausweislich der Ankündigung werden infolge des Wegfalls der Gasetagenheizungen 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.

8 Mieterhöhung

8.1 nach § 558 BGB

8.1.1 Begründung bei Teilinklusive miete

Die gemäß § 558a BGB erforderliche Begründung des Mieterhöhungsbegehrens soll dem Mieter die Möglichkeit geben, dessen sachliche Berechtigung - zumindest im Ansatz - zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden. Deshalb muss das Mieterhöhungsverlangen dem Mieter konkrete Hinweise zur sachlichen Berechtigung des Begehrens geben, damit der Mieter es innerhalb der Überlegungsfrist zumindest im Ansatz überprüfen und sich darüber schlüssig werden kann, ob er seine Zustimmung ohne eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Vermieter erteilt²⁴⁴.

Hierzu ist es erforderlich, dass der Mieter dem Mieterhöhungsverlangen die begehrte erhöhte Miete betragsmäßig entnehmen kann und dass die Mieterhöhung durch nähere Hinweise nach § 558a Abs. 2 BGB auf die ortsübliche Vergleichsmiete - etwa durch Bezugnahme auf einen Mietspiegel (§ 558a Abs. 1 Nr. 1 BGB) - begründet wird²⁴⁵.

²⁴³ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, WuM 2020, 485.

²⁴⁴ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rz. 48; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, NZM 2020, 459 Rz. 15; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 12, st. Rspr.

²⁴⁵ BGH v. 16.12.2020 – VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 240.

Diesen Anforderungen wird das Mieterhöhungsschreiben der Klägerin gerecht, indem es ausführt, dass sich die Grundmiete - bei unveränderten Vorauszahlungen für Heizung und Betriebskosten - von bisher 408,56 € ab dem 1. November 2018 auf 427,92 € erhöhen soll. Des Weiteren enthält das Mieterhöhungsbegehren unter Bezugnahme auf den örtlichen Mietspiegel nähere Ausführungen zur ortsüblichen Vergleichsmiete der streitigen Wohnung, die mit 8,42 € je qm beziffert wird.

Angaben dazu, ob in der Grundmiete einzelne nicht gesondert umlegbare Betriebskosten enthalten waren, bedurfte es ebenso wenig wie einer Herausrechnung solcher Kosten. Denn nach der Rechtsprechung des VIII: Senats²⁴⁶ bedarf es einer solchen Herausrechnung der in der Grundmiete etwa enthaltenen Betriebskosten nicht, wenn auch die begehrte erhöhte (Teilklausiv-)Miete die (anhand reiner Nettomieten) ermittelte ortsübliche Vergleichsmiete nicht übersteigt. Einer Herausrechnung des etwa in der Grundmiete enthaltenen Betriebskostenanteils bedarf es vielmehr nur dann, wenn eine begehrte erhöhte Teilklausivmiete höher liegt als die in dem Mieterhöhungsschreiben genannte, auf reinen Nettomieten basierende ortsübliche Vergleichsmiete.

In einem solchen Fall kann der Mieter nämlich die Berechtigung des Mieterhöhungsbegehrens insoweit nicht überprüfen, als es die genannte ortsübliche Vergleichsmiete übersteigt. Deshalb ist es in derartigen Fällen erforderlich, dass der Vermieter in seinem Mieterhöhungsschreiben Angaben zur Höhe der in der Miete enthaltenen Betriebskosten macht. Diese kann er dann entweder von der Teilklausivmiete abziehen und die so "bereinigte" Miete der im Mietspiegel ausgewiesenen ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüberstellen oder alternativ die Mietspiegelmiete um den Betriebskostenanteil erhöhen und den so ermittelten Betrag der vereinbarten Teilklausivmiete gegenüberstellen²⁴⁷ (). Vorliegend war ein derartiges Rechenwerk indes - wie ausgeführt - nicht erforderlich, weil die begehrte erhöhte Miete von 5,56 € je qm weit unter der ortsüblichen Vergleichsmiete von 8,42 € je qm lag.

²⁴⁶ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 11.

²⁴⁷ vgl. BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NZM 2006, 101 Rz. 13; BGH v. 20.1.2020 - VIII ZR 141/09, NJW-RR 2010, 735 Rz. 13 f.

Es fehlt es dem Mieterhöhungsbegehren der Klägerin auch nicht deshalb an einer ausreichenden Begründung im Sinne des § 558a BGB, weil es untrennbar mit einem Angebot zur Änderung der Mietstruktur verbunden gewesen wäre und der Beklagte deshalb nicht hätte erkennen können, in welchem Umfang das Erhöhungsverlangen auf die begehrte Änderung der Mietstruktur gerichtet ist und inwiefern es sich auf § 558 BGB stützt²⁴⁸.

Ein solches Angebot hat die Klägerin nicht abgegeben²⁴⁹. Das Mieterhöhungsverlangen enthält schon keinerlei Angaben dazu, welche Betriebskosten im Mietverhältnis der Parteien gesondert umlegbar sind. Erst recht ist - selbst bei Unterstellung einer fortbestehenden Teilklausivmiete wie zu Beginn des Mietverhältnisses - nicht ansatzweise erkennbar, dass die Klägerin mit dem Mieterhöhungsbegehren auch eine vertragliche Änderung der Mietstruktur in der Weise erstrebte, dass nunmehr auch bisher in der Grundmiete enthaltene Betriebskosten gesondert umgelegt werden dürften.

8.1.2 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 ist²⁵⁰. An dieser Rechtsprechung hält er nicht länger fest²⁵¹. 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.

²⁴⁸ vgl. BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 321/09, NJW 2010, 2945 Rz. 10 ff.

²⁴⁹ BGH v. 16.12.2020 – VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 240.

²⁵⁰ 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.

²⁵¹ BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

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 ausgelöst²⁵². 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 BGB²⁵³ - bezwecken eine möglichst rasche Klärung des Streits und eine alsbaldige Herstellung des Rechtsfriedens²⁵⁴. 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 erhobenen - nach den materiellen Kriterien des § 558 BGB (früher § 2 Abs. 1 MHG) berechtigten - Zustimmungsklage zu schützen²⁵⁵.

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

²⁵² BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NZM 2004, 581.

²⁵³ BT-Drucks. 14/4553, S. 56; BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

²⁵⁴ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 165.

²⁵⁵ vgl. BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

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 hat²⁵⁶.

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 Gesetzssystematik oder der Zweck der jeweiligen Klagefrist können es gebieten, diese als Teil der materiellen Begründetheit der Klage zu behandeln²⁵⁷.

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

²⁵⁶ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 169.

²⁵⁷ 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 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].

Fristen führt somit zur Abweisung der Klage als (derzeit) unbegründet und nicht als unzulässig²⁵⁸.

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 wird²⁵⁹. Das bedeutet, dass die Annahmefähigkeit des Angebots auf Vertragsänderung, das der Vermieter in Form des Mieterhöhungsverlangens abgegeben hat, erlischt²⁶⁰. 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 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 §

²⁵⁸ BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

²⁵⁹ BT-Drucks. VI/2421, S. 4; BT-Drucks. 9/2079, S. 16.

²⁶⁰ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl., § 558b BGB Rz. 93.

558a BGB als - die Zulässigkeit der Zustimmungsklage betreffende - Sachurteilsvoraussetzung zu behandeln.

8.1.3 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 2020²⁶¹ dem Anspruch des Klägers nicht entgegen²⁶².

§ 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 abgegeben²⁶³.

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 gesetzliche Verbot einer Überschreitung der am 18. Juni 2019 wirksam vereinbarten Miete verstieße²⁶⁴ ().

²⁶¹ GVBl. S. 50.

²⁶² BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

²⁶³ BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 204/10, NJW-RR 2011, 1382 Rz. 8.

²⁶⁴ 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.).

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, Mieterhöhungen 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 sollten²⁶⁵. 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 erörtert (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.

²⁶⁵ LT-Drucks. 18/2347 S. 24 f.

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 wird²⁶⁶, kann danach - wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit - offen bleiben.

8.2 nach § 559 BGB

8.2.1 Mieterhöhung zeitlich nach der gemäß § 558 BGB

An einer Mieterhöhung gemäß § 559 Abs. 1 BGB war der Vermieter nicht etwa deshalb von vornherein gehindert, weil er zuvor, unmittelbar nach Abschluss der Modernisierungsarbeiten, bereits eine Erhöhung der Miete gemäß §§ 558 ff. BGB auf Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete für den modernisierten Wohnraum durchgesetzt hat²⁶⁷. Dieser Umstand führt lediglich dazu, dass der (nachfolgend) geltend gemachte Modernisierungszuschlag der Höhe nach begrenzt ist auf die Differenz zwischen dem allein nach § 559 Abs. 1 BGB möglichen Erhöhungsbetrag und dem Betrag, um den die Miete bereits zuvor nach §§ 558 ff. BGB heraufgesetzt wurde, so dass die beiden Mieterhöhungen in der Summe den Betrag, den der Vermieter bei einer allein auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung verlangen könnte, nicht übersteigen.

Nach dem Gesetz steht es dem Vermieter frei, im Anschluss an die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme die Miete nach §§ 558 ff. BGB zu erhöhen, sich also die aufgrund des modernisierten Zustands gestiegene Vergleichsmiete zunutze zu machen, oder nach §§ 559 ff. BGB vorzugehen, mithin die aufgewendeten Modernisierungskosten auf den Mieter umzulegen. Wählt er den letzteren Weg oder einigen sich die Mietvertragsparteien wegen durchgeführter Modernisierungsmaßnahmen auf eine - nach § 559 BGB auch einseitig durchsetzbare - Mieterhöhung und bleibt die auf diese Weise erhöhte Miete hinter der ortsüblichen Vergleichsmiete für entsprechend modernisierten Wohn-

²⁶⁶ 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.

²⁶⁷ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

raum zurück, ist es dem Vermieter unbenommen, anschließend die Zustimmung des Mieters zu einer weiteren Mieterhöhung gemäß § 558 Abs. 1 BGB zu verlangen²⁶⁸. Dass das Gesetz ein solches Vorgehen erlaubt, zeigt sich nicht zuletzt an den (insoweit seit 1. Januar 2002 unveränderten) Regelungen des § 558 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach Mieterhöhungen nach § 559 BGB sowohl bei der Warte- und der Jahresfrist nach § 558 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB als auch bei der Berechnung der Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB unberücksichtigt bleiben.

Eine in der Instanzrechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur verbreitete Meinung verneint allerdings die Zulässigkeit eines Vorgehens des Vermieters in umgekehrter Reihenfolge; danach soll dem Vermieter die Möglichkeit einer (weiteren) Erhöhung der Miete auf Grundlage der umlegbaren Modernisierungskosten (nach § 559 BGB) versperrt sein, wenn er zuvor eine Erhöhung der Miete nach § 558 BGB unter Heranziehung der ortsüblichen Vergleichsmiete für den modernisierten Wohnraum durchgesetzt hat²⁶⁹. Zur Begründung wird angeführt, es sei dem Vermieter verwehrt, den Umstand der Modernisierung dadurch mehrfach zur Grundlage einer Mieterhöhung zu machen, dass einerseits der verbesserte Wohnungszustand für eine Erhöhung gemäß § 558 BGB und andererseits die Kosten der Modernisierung für eine solche nach § 559 BGB herangezogen werden²⁷⁰.

Diese Auffassung übersieht indes zum einen, dass auch bei einem - nach dem Gesetz aus den oben aufgezeigten Gründen ersichtlich zulässigen - schrittweisen Vorgehen des Vermieters in der Reihenfolge, dass er zuerst (erfolgreich)

²⁶⁸ vgl. BGH v. 24.9.2008 - VIII ZR 275/07, NJW 2008, 3630 Rz. 15; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 287/06, NJW 2008, 2031 Rz. 11 ff.; BGH v. 18.7.2007 - VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122 Rz. 11 ff.; Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 7 f.; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 4 ff.

²⁶⁹ vgl. OLG Hamm, NJW 1983, 289 (290); OLG Hamm, NJW-RR 1993, 399; *Börstinghaus*, NZM 1999, 881 (885) [jeweils zum MHG]; LG Berlin v. 14.6.2011 - 63 S 454/10, juris Rz. 14; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 408; *Fleindl*, NZM 2016, 65 (72); Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 7 f; BeckOGK/*Schindler*, Stand 1. Juli 2020 § 559 BGB Rz. 23; BeckOK-BGB/*Schüller*, Stand 1. Mai 2020, § 559 Rz. 10; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 6; Erman/*Dickersbach*, 15. Aufl., § 559 BGB Rz. 5.

²⁷⁰ vgl. OLG Hamm, NJW 1983, 289 (290) "Verbot der kumulativen Mieterhöhung" [zum MHG]; *Fleindl*, NZM 2016, 65 (72); *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 408; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 4.

eine Erhöhung nach §§ 559 ff. BGB erklärt und anschließend eine solche nach §§ 558 ff. BGB verlangt, der Umstand der Modernisierung in die Begründung des nachfolgenden Mieterhöhungsverlangens (nochmals) einbezogen wird, obgleich er bereits Gegenstand der zuvor durchgesetzten Mieterhöhung war²⁷¹.

Zum anderen lässt sie außer Acht, dass eine ungerechtfertigte mehrfache Berücksichtigung der Modernisierung zu Lasten des Mieters in dem Fall, dass der Vermieter nach einer - bereits auf der Grundlage des modernisierten Wohnungszustands - erfolgten Vergleichsmietenerhöhung (§ 558 BGB) zusätzlich einen Modernisierungszuschlag (§ 559 BGB) verlangt, dann ausgeschlossen ist, wenn der - nachfolgend geltend gemachte - Modernisierungszuschlag der Höhe nach dadurch begrenzt wird, dass beide Mieterhöhungen zusammen nicht den Betrag übersteigen dürfen, den der Vermieter bei einer allein auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung fordern könnte²⁷². Eine darüber hinausgehende Einschränkung der Rechte des Vermieters, insbesondere eine (vollständige) Versagung der Möglichkeit zur Erhöhung der Miete nach § 559 BGB für den Fall, dass der modernisierte Zustand der Wohnung bereits Grundlage einer vorangegangenen wirksamen Erhöhung nach § 558 BGB war, ist weder mit dem Sinn und Zweck der genannten Vorschriften über die Mieterhöhung zu vereinbaren noch gebietet die Interessenlage der Mietvertragsparteien eine solche²⁷³.

§ 559 BGB verfolgt - ebenso wie die frühere entsprechende Regelung in § 3 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) - aus wohnungs-, wirtschafts- und umweltpolitischen Gründen den Zweck, die Modernisierung vorhandenen alten Wohnbestands zu fördern, indem dem Vermieter die Möglichkeit eröffnet wird, den Modernisierungsaufwand im Wege einer - von der ortsüblichen Vergleichsmiete unabhängigen - Mieterhöhung auf den Mieter umzulegen²⁷⁴. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung wird eine Auslegung der Mieterhöhungsvorschriften nicht gerecht, die dem Vermieter die vollständige (wirtschaftliche) Ausschöpfung der ihm gesetzlich zustehenden Rechte zur Mieterhöhung erschwert, indem sie der erfolgreichen Geltendmachung einer auf Grundlage des moderni-

²⁷¹ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

²⁷² BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

²⁷³ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

²⁷⁴ BT-Drucks.14/4553, S. 58 und 7/2011, S. 11.

sierten Wohnungszustands erfolgten Mieterhöhung nach § 558 BGB - ohne Einschränkungen - eine Sperrwirkung in Bezug auf eine (weitere) Mieterhöhung nach § 559 BGB beimitst.

Ein entsprechender gesetzgeberischer Wille lässt sich auch der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) vom 18. Dezember 1974²⁷⁵ nicht entnehmen. Insbesondere die dortige Formulierung, der Vermieter solle nach § 3 MHG (heute § 559 BGB) Modernisierungskosten "anstelle einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete [...] auch geltend machen können [...], wenn dadurch der Mietzins über die ortsübliche Vergleichsmiete steigt"²⁷⁶, lässt nicht darauf schließen, dass der Gesetzgeber zwei sich wechselseitig gänzlich ausschließende Möglichkeiten zu einer modernisierungsbedingten Mieterhöhung schaffen wollte. Einer solchen Deutung steht schon entgegen, dass das Gesetz auch damals bereits die Nichtberücksichtigung einer Mieterhöhung nach § 3 MHG (heute § 559 BGB) bei der Berechnung der Wartefrist für eine Mieterhöhung nach § 2 MHG (heute § 558 BGB) vorgesehen hat, der Gesetzgeber mithin von der Zulässigkeit einer schrittweisen Mieterhöhung nach der Durchführung einer Modernisierung ausgegangen sein muss. Die genannte Formulierung bringt demnach lediglich zum Ausdruck, dass dem Vermieter im Fall einer Modernisierung der Wohnung wahlweise eine zusätzliche - nicht an die Schranken der Vergleichsmietenerhöhung gebundene - Möglichkeit zur Mieterhöhung an die Hand gegeben werden sollte. Daneben lässt sie mittelbar auf die gesetzgeberische Wertung schließen, dass eine - aus wirtschaftlicher Sicht - "doppelte" Belastung des Mieters mit Mieterhöhungen wegen einer (einzigen) Modernisierungsmaßnahme unzulässig wäre.

8.2.2 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 -

²⁷⁵ BGBl. I S. 3603.

²⁷⁶ BT-Drucks. 7/2011, S. 11.

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.

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 anhaftet²⁷⁷. 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 wird²⁷⁸. 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.

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, GE 2020, 1046.

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 können²⁷⁹. In den jenen Entscheidungen zugrunde liegenden Fallgestaltungen hat sich die Frage, ob Instandsetzungsaufwand auch dann von 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 2013²⁸⁰ 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"²⁸¹ 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 Moderni-

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ BGBl. I S. 434.

²⁸¹ BR-Drucks. 313/12, S. 31 f.; BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

sierungsmaßnahme seien "Elemente der Instandsetzung" außer Betracht zu lassen²⁸².

Zwar nimmt die Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang auch auf eine Literaturstimme Bezug²⁸³, wonach Kosten für "fällige Erhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten" von der Umlagefähigkeit ausgenommen seien. Wäre es dem Gesetzgeber auf diese Einschränkung angekommen, wäre aber - gerade mit 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

²⁸² BGH v. 17.5.2001 - III ZR 283/00, NZM 2001, 686 unter II 1 d aa.

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 Schätzung genügen (§ 559 Abs. 2 Halbs. 2 BGB), die sich an der üblichen Lebensdauer der erneuerten Einrichtung und dem bereits eingetretenen Abnutzungsgrad orientiert²⁸⁴.

9 Betriebskosten

9.1 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 dahinstehen kann, ob eine solche Erläuterung nach der neuesten Rechtsprechung des BGH überhaupt noch erforderlich gewesen wäre²⁸⁵.

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 Anforderungen²⁸⁶.

²⁸³ Soergel/Heintzmann, Kommentar, 13. Aufl. 2007, § 559 BGB Rz. 19.

²⁸⁴ vgl. ferner bereits BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 30.

²⁸⁵ vgl. BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, MDR 2016, 262 = WuM 2016, 170 = ZMR 2016, 282 Rn. 12 ff., 19.

²⁸⁶ BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210 = ZMR 2020, 484.

Insoweit bedurfte es keiner weiteren Erläuterung des Umlageschlüssels. Denn der Verteilungsmaßstab "Fläche" ist aus sich heraus verständlich²⁸⁷. 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 macht²⁸⁸.

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 materielle Richtigkeit der Abrechnung, nicht aber deren formelle Ordnungsgemäßheit²⁸⁹.

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 beiden 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 -

²⁸⁷ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, MDR 2010, 1102 = WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261.

²⁸⁸ BGH v. 14.2.2012 - VIII ZR 207/11, WuM 2012, 405 Rz. 3.

²⁸⁹ BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210.

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 Abrechnungen²⁹⁰. 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 befindlichen 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.

²⁹⁰ BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210.

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 Verbrauch²⁹¹. 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 Abrechnung²⁹².

9.2 Formelle Wirksamkeit der Abrechnung im Gewerbe

Nach der Rechtsprechung des BGH genügt eine Nebenkostenabrechnung den an sie in formeller Hinsicht zu stellenden Anforderungen, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen aufzunehmen²⁹³.

An die Abrechnung von Nebenkosten sind dabei in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen²⁹⁴. Insbesondere genügt es, dass sich einzelne Angaben etwa zum Umlageschlüssel dem Vertrag oder den Nebenkostenabrechnungen beigefügten Erläuterungen entnehmen lassen²⁹⁵. Ob die der Abrechnung zugrunde gelegten unterschiedlichen Bezugspunkte für die einzelnen

²⁹¹ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, MDR 2008, 907 = NJW 2008, 2260 Rn. 13 ff.

²⁹² vgl. BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, MDR 2010, 377 = WuM 2010, 156 = NZM 2010, 315 = GE 2010, 477 Rz. 14.

²⁹³ st. Rspr., vgl. BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 8 m.w.N.

²⁹⁴ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, NJW 2016, 866 Rz. 13 m.w.N.

²⁹⁵ vgl. BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 13 f.

Nebenkosten maßgeblich sind und ob die insoweit angesetzten Flächenangaben zutreffen, berührt dagegen nicht die Wirksamkeit, sondern allein die Richtigkeit der Abrechnung²⁹⁶.

Ein nach diesen Grundsätzen vorliegender formeller Fehler führt schließlich nur dann zur Unwirksamkeit der Abrechnung insgesamt und zu einem Anspruch auf Neuerteilung, wenn er sich durchgängig durch die gesamte Abrechnung zieht. Betrifft er nur einzelne Kostenpositionen, bleibt die Abrechnung im Übrigen unberührt, wenn die jeweiligen Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können²⁹⁷.

Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch im Gewerberaummietrecht²⁹⁸.

Gemessen daran stehen die von der Revision hinsichtlich der Ermittlung der Flächen sowie zur Bezeichnung des Umlageschlüssels („ST“) erhobenen Einwände der formellen Ordnungsmäßigkeit der Nebenkostenabrechnungen nicht entgegen.

Dass hinsichtlich der nach Wohn- und Nutzfläche für das Jahr 2012 und 2013 abgerechneten Nebenkosten die Quadratmeterangaben während des Jahres und für die einzelnen Nebenkosten variieren, steht der Nachvollziehbarkeit der Abrechnungen nicht entgegen.

Abgesehen davon, dass unstreitig während des Jahres insoweit Änderungen eingetreten sind, die - wie etwa bauliche Veränderungen und die mit dem 1. Nachtrag verbundenen Änderungen hinsichtlich der gemieteten Räume - insoweit auch gesondert erläutert worden sind, bleibt die Abrechnung trotz variierender Zahlen rechnerisch nachvollziehbar, so dass vorhandene Abweichungen allenfalls die materielle Richtigkeit der einzelnen Kostenposition in Frage stellen können, nicht aber die formelle Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung²⁹⁹. Mithin könnten selbst vorliegende Fehler nicht zu einem Anspruch auf (erneute) Abrechnung führen. Entsprechendes gilt für in einzelnen Positionen abweichende Quadratmeterangaben zur Gesamtnutzfläche, die ebenfalls nur die materielle Richtigkeit betreffen.

²⁹⁶ BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rz. 14 m.w.N.

²⁹⁷ vgl. BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, NJW 2010, 3363 Rz. 14 m.w.N.

²⁹⁸ vgl. Guhling/Günter/Both, Gewerberaummieta, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 75 ff.

²⁹⁹ BGH v. 20.1.2021 - XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

Ähnliches gilt für die entsprechend ihrer jeweiligen Funktion mit unterschiedlichen Anteilen berücksichtigten „gewichteten“ Flächen. Denn auch insoweit muss aus der Abrechnung selbst nicht hervorgehen, wie der Vermieter die Flächen ermittelt hat³⁰⁰.

Dass Flächen je nach der Art ihrer Nutzung unterschiedlich gewichtet werden, stellt schon keine Besonderheit des vorliegenden Mietverhältnisses dar. Denn eine gewichtete Berücksichtigung findet auch in anderen Zusammenhängen wie etwa der Wohnflächenberechnung nach der Wohnflächenverordnung (vgl. § 4 WoFIV) statt. Auch die - im vorliegenden Fall zur Ermittlung der Mietfläche verwendete - DIN 277 differenziert zwischen Nutzungsfläche, Technikfläche und Verkehrsfläche. Da die Flächenermittlung in der Nebenkostenabrechnung nicht erläutert werden muss, ist der Mieter dann ohnedies auf ergänzende Angaben des Vermieters angewiesen, um die Richtigkeit der in der Abrechnung zugrunde gelegten Gesamtflächen und der auf ihn entfallenden Anteile überprüfen zu können. Insoweit besteht ein Anspruch des Mieters auf Vorlage der Flächenermittlung bei der Belegeinsicht.

Allerdings enthalten die betreffenden Nebenkostenabrechnungen mit dem nicht erläuterten und nicht ohne weiteres verständlichen Kürzel „ST“ eine für sich genommen nicht nachvollziehbare Bezeichnung des Umlageschlüssels³⁰¹. Dieses Kürzel soll nicht nur auf einen einzigen, sondern auf für einzelne Nebenkostenarten jeweils verschiedene Umlageschlüssel verweisen.

Insoweit wird die für die formelle Ordnungsmäßigkeit erforderliche Nachvollziehbarkeit der Nebenkostenabrechnungen in zulässiger Weise durch das diesen jeweils beigefügten Infoblatt hergestellt³⁰². Aus dem Infoblatt ergibt sich, dass für die Kostenarten Heizung und Warmwasserversorgung, Wasser/Abwasser, Müllentsorgung und Anteil Strom (Beleuchtung) jeweils eigene - an den Besonderheiten der einzelnen Kostenposition („unterschiedlicher Durchschnittsverbrauch“) orientierte - Flächenmaßstäbe zugrunde gelegt worden sind, die von der allgemeinen Wohn- und Nutzfläche abweichen. Hinsichtlich der Stromkosten ist der Maßstab eines für die unterschiedlichen Flächen typi-

³⁰⁰ BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

³⁰¹ BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

³⁰² BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

sierten, vom Vermieter festgelegten Verbrauchs gewählt. Dass in dem Infoblatt teilweise auf Festlegungen für das jeweilige Vorjahr (Nebenkostenabrechnungen 2012 und 2013) und teils auf die Festlegungen für das abgerechnete Jahr (Nebenkostenabrechnungen 2014 und 2015) verwiesen wird, ist für die Nachvollziehbarkeit der auf den genannten Werten beruhenden Abrechnung ebenso unerheblich wie deren rechnerische Richtigkeit.

Aus den durch das Infoblatt erläuterten Nebenkostenabrechnungen wird mithin insgesamt hinreichend deutlich, dass das Kürzel „ST“ auf die vom allgemeinen (Flächen-)Maßstab („M2“) abweichende Umlage der im beigefügten Infoblatt einzeln aufgeführten Nebenkostenarten nach dem für diese jeweils besonders genannten Maßstab hinweist. Die erforderliche Nachvollziehbarkeit ist mithin gegeben.

Ob auch die Aufteilung des Mietobjekts in drei Abrechnungseinheiten den an die Nachvollziehbarkeit zu stellenden Anforderungen genügt³⁰³, kann im Ergebnis offenbleiben.

Zwar ist insoweit aus den Nebenkostenabrechnungen, dem Mietvertrag oder aus den jeweiligen Anlagen nicht ersichtlich, welche Aufteilung der Vermieter hinsichtlich der im 3. Obergeschoss belegenen Räume des Mietobjekts vorgenommen hat. Einem sich daraus etwa ergebenden Anspruch auf Neuerteilung der Nebenkostenabrechnungen steht aber jedenfalls der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB entgegen³⁰⁴. Denn der Mieter hat zu der den Nebenkostenabrechnungen zugrunde liegenden Aufteilung des Mietobjekts in drei Teile weder Beanstandungen erhoben noch zu erkennen gegeben, dass ihm die Nebenkostenabrechnungen insoweit nicht nachvollziehbar seien. Da zudem schon die Vorauszahlungen durchgängig unbeanstandet nach denselben drei Objektteilen getrennt veranschlagt worden sind, durfte der Vermieter davon ausgehen, dass der Mieter insoweit die nötigen Informationen besitzt. Dann wäre es vom Mieter nach Treu und Glauben bei bestehenden Unklarheiten aber zu verlangen gewesen, den Vermieter zu einer diesbezüglichen Aufschlüsselung (bzw. Zusammenfassung) der Abrechnungen aufzufordern.

³⁰³ vgl. BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 14.

³⁰⁴ vgl. Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl., § 242 BGB Rz. 55 ff. m.w.N.

Ein trotz formeller Ordnungsmäßigkeit der erteilten Abrechnungen bestehender Anspruch auf erneute Abrechnung wegen einer schwerwiegenden Unrichtigkeit und vom Mieter mangels Kenntnis der Basisdaten nicht behebbaren Mangels ist von der Rechtsprechung des BGH nur für Ausnahmefälle und bezogen auf die insoweit betroffenen einzelnen Kostenpositionen angenommen worden³⁰⁵. Für den Fall einer Abweichung vom vertraglich vereinbarten Umlagemaßstab hat der BGH einen solchen ergänzenden Anspruch für möglich gehalten³⁰⁶.

Gemessen daran ist im vorliegenden Fall kein Grund für die Erforderlichkeit der begehrten erneuten Abrechnung ersichtlich. Der Mieter ist vielmehr auf eine inhaltliche Überprüfung anhand der für ihn einsehbaren Belege³⁰⁷ verwiesen, wobei er hinsichtlich der Aufteilung der Abrechnungen auf drei Objektteile (Nr. 59, 61 und 71) im Bedarfsfall zuvor eine darauf bezogene Erläuterung verlangen kann.

9.3 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 haben³⁰⁸.

³⁰⁵ vgl. BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, NJW 2011, 368 Rz. 16 m.w.N.

³⁰⁶ vgl. BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 (220).

³⁰⁷ vgl. BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 118/19, juris.

³⁰⁸ 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/*Drager*, Stand: 1. Januar 2020, § 556 BGB Rz. 101; vgl. ferner - für

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 anerkennt³⁰⁹. 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 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 Schuld³¹⁰, 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 Zeit³¹¹. 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 verschaffen³¹².

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 dekla-

das Verhältnis zwischen Eigentümer und dinglich Wohnungsberechtigtem BGH v. 16.3.2018 - V ZR 60/17, NZM 2018, 675 Rz. 13 ff.

³⁰⁹ BGH v. 28.10.2020 – VIII ZR 230/19, GE 2020, 1617.

³¹⁰ so auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 402; Münch-Komm/Zehlelein, 8. Aufl., § 556 BGB Rz. 109; BeckOGK/Drager, 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.

³¹¹ 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.

³¹² BGH v. 28.10.2020 – VIII ZR 230/19, WuM 2020, 791.

ratorischen Anerkenntnisses - nach ständiger Rechtsprechung³¹³ - 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 Regel 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 werden³¹⁴.

Soweit der VIII. Senat eine vorbehaltlose Zahlung oder Gutschrift innerhalb der dem Mieter gewährten Einwendungsfrist für sich genommen nicht als ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ansieht³¹⁵, 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.

³¹³ 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.

³¹⁴ vgl. BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, NJW 2011, 2878 Rz. 11 ff., 14.

³¹⁵ BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 21.

9.4 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 ist³¹⁶.

Zu den Abrechnungsunterlagen, auf die sich das Einsichtsrecht des Mieters bezieht, gehören neben den Rechnungen auch die dazugehörigen Zahlungsbelege über die in der Abrechnung auf die Mieter umgelegten Betriebskosten³¹⁷. 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 kontrollieren³¹⁸.

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 anwendet³¹⁹.

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.

³¹⁶ 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.

³¹⁷ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, WuM 2021, 104.

³¹⁸ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 18.

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 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 berechnigte 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

³¹⁹ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, WuM 2021, 104.

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.

9.5 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 Einspruch zu erheben, während nach Ablauf dieser Frist die Abrechnung als anerkannt gilt.

Diese Regelung hindert zur Überzeugung des OLG Dresden³²⁰ 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 führt³²¹. 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.

³²⁰ OLG Dresden v. 9.8.2019 – 5 U 936/19, IMR 2019, 499 (*Biebelheimer*).

³²¹ 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.

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 erhält³²². 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 Betriebskostenabrechnung sei bereits formell unwirksam, ist deshalb in keinem Falle durch die formularvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist präkludiert.

10 Beendigung des Mietvertrages

10.1 Fristgerechte Kündigung

10.1.1 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 berechtigte 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 Fall³²³. 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 ge-

³²² vgl. BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NZM 2011, 401; *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 499.

³²³ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, GE 2020, 1621.

nannten 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 umzuwandeln³²⁴.

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 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 an³²⁵. Auch der von der Revision genannte Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags ist nicht maßgeblich³²⁶.

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 2013³²⁷ der Regelung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nachgebildet worden³²⁸. 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 2010³²⁹ die Wertungen der Regelungen über ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen herangezogen. Diese konkretisieren mit Rücksicht auf eine typisierte persönliche Nähebeziehung den

³²⁴ BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, BGHZ 218, 162 Rz. 30.

³²⁵ 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/Krenek, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 BGB Rz. 56; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 573 BGB Rz. 40.

³²⁶ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

³²⁷ BGBl. I S. 434.

³²⁸ BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

³²⁹ BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

Kreis privilegierter Familienangehöriger, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich eine persönliche Bindung besteht³³⁰.

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 vollzogen ist³³¹. 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 Sperrfrist³³². 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 angehören³³³. Der Gesetzesbegründung lässt sich die von der Revision als ungeschriebene Voraussetzung angesehene

³³⁰ BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

³³¹ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

³³² BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

³³³ vgl. MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 577a BGB Rz. 17.

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 bestehe³³⁴.

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 möchte³³⁵.

10.1.2 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 informiert³³⁶.

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 kann³³⁷ - hat der Vermieter den Mieter zu unterrichten. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien - wie hier - in

³³⁴ BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

³³⁵ vgl. hierzu Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 573 BGB Rz. 79 m.w.N.

³³⁶ 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.

³³⁷ vgl. BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rz. 14.

dem der Kündigung nachfolgenden Räumungsrechtsstreit einen Vergleich schließen, wonach sich der Mieter bis zu einem bestimmten Termin zum Auszug aus der Wohnung verpflichtet³³⁸.

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 Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, sich angesichts des bei Wegfall des Kündigungsgrundes noch bestehenden Mietverhältnisses auf die Kündigung zu berufen³³⁹. Diese zeitliche Eingrenzung bringt - in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise³⁴⁰ - die berechtigten Interessen von Mieter und Vermieter in einen angemessenen Ausgleich und sorgt für Rechtssicherheit³⁴¹.

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 wäre³⁴².

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 unterrichten³⁴³.

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

³³⁸ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

³³⁹ 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.

³⁴⁰ vgl. BVerfG, NJW 2006, 2033 Rz. 5.

³⁴¹ 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.

³⁴² BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (84).

³⁴³ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

Wege eines Vergleichs über den Zeitpunkt des Auszugs des Mieters verständigen³⁴⁴.

Es ist nicht "sachgerecht", deshalb auf den im Vergleich festgelegten Auszugszeitpunkt abzustellen, weil die Parteien diesen an die Stelle des Ablaufs der Kündigungsfrist gesetzt haben³⁴⁵. 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 Mietverhältnisses grundsätzlich durch ein rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien - nicht einseitig - rückgängig gemacht werden³⁴⁶. Ein solcher Wille muss sich jedoch aus dem Räumungsvergleich mit hinreichender Klarheit entnehmen lassen³⁴⁷.

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 Eigent Der Schaden des Mieters in Form der Maklerkosten ist zwar noch adäquat kausal auf die - unterstellte - Pflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen³⁴⁸.

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

³⁴⁴ vgl. BGH v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15, WuM 2016, 743 Rz. 2 und 9.

³⁴⁵ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

³⁴⁶ vgl. BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 231/17, BGHZ 220, 1 Rz. 22 m.w.N.

³⁴⁷ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

³⁴⁸ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden endgültig herbeiführt³⁴⁹.

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 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 ist³⁵⁰.

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 ist³⁵¹. 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

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

³⁵¹ 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.

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 geboten³⁵².

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 Interessen betreffen³⁵³. 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 Anmietung³⁵⁴ -, 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 ver-

³⁵² 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.

³⁵³ 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.

³⁵⁴ vgl. BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068 Rz. 18.

tragliche Leistungspflicht zur Überlassung der Mietsache³⁵⁵. 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 Mieter den Schaden zu ersetzen, der in einem inneren Zusammenhang mit dessen Gebrauchserhaltungsinteresse steht³⁵⁶.

Dieser gebotene Zusammenhang zur Besitzbeeinträchtigung fehlt bei den Maklerkosten, die im Zuge des Erwerbs der Eigentumswohnung angefallen sind. Diese stellen keinen ersatzfähigen Schaden dar³⁵⁷. 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 einschränken³⁵⁸. 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

³⁵⁵ 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.

³⁵⁶ 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.

³⁵⁷ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, ■.

³⁵⁸ vgl. BVerfGE 89, 1 (8).

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 abgeleitetes³⁵⁹, 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 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 tragen³⁶⁰.

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.

10.1.3 Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Im Mietvertrag ist eine Miete von 562 € geregelt. Der Mieter zahlt seit 2009 aber nur 300 € mit der Begründung, dieser Betrag sei mit dem Vermieter abweichend von der vertraglich festgelegten Miete als Zahlbetrag vereinbart. Am 23.02.2018 kündigt der Vermieter fristlos, hilfsweise fristgerecht. Er macht einen Mietrückstand von 9.971,96€ geltend, der auf der Sollmiete gemäß Vertrag beruht. In

³⁵⁹ vgl. BVerfGE 89, 1 (7 f.); BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (82).

³⁶⁰ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, ■.

der Beweisaufnahme beim Amtsgericht stellt sich heraus, dass eine Reduzierung der im Vertrag geregelten Miete von 250 € vereinbart war. Der Mieter führte in einem Schreiben vom 17.09.2009 auf, dass die von ihm geschuldete Miete nicht 562 €, sondern 312 € beträgt. Der Vermieter hat im Berufungsverfahren geltend gemacht, der durch die Nichtzahlung eines Betrags von monatlich 12 € in dem Zeitraum von Januar 2015 bis Januar 2018 aufgelaufene Rückstand von 444 € habe - ausgehend von einer Miete in Höhe von 312 € - die am 23.01.2018 fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung gerechtfertigt.

Zur Befassung mit diesem Vorbringen bestand Anlass, weil die konkrete Höhe der geschuldeten Miete sowohl für die Berechtigung der am 23.01.2018 erklärten (ordentlichen) Kündigung als auch - zumindest teilweise - für die Klageanträge auf Zahlung restlicher Miete und auf Entrichtung einer Nutzungsentschädigung von wesentlicher Bedeutung ist³⁶¹. Hätte das Berufungsgericht das Vorbringen des Vermieters berücksichtigt, hätte es nicht ohne Weiteres zu einer (vollständigen) Zurückweisung der Berufung gelangen können. Denn danach wäre die - nach der einseitigen Einstellung der Rückerstattung von 250 € monatlich durch den Vermieter und der infolgedessen vom Mieter ebenfalls eigenmächtig vorgenommenen Reduzierung des Überweisungsbetrags auf 300 € - bei Zugrundelegung der vom Mieter behaupteten mündlichen Abrede geschuldete Miete nicht vollständig entrichtet worden. Vielmehr wäre in dem der Kündigung vom 23.01.2018 zugrunde liegenden Zeitraum von Januar 2015 bis Januar 2018 ein nachzuzahlender Rückstand von 459,54 € aufgelaufen, der zwar - ausgehend von einer Miete in Höhe von 312,42 € - nicht für eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b BGB genügt hätte, wohl aber die Voraussetzungen der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfüllen würde, weil bis zum Zugang der Kündigung vom 23.01.2018 ab März 2017 ununterbrochen mehr als 312,42 € an Miete offen gestanden hätten³⁶². Dies würde dazu führen, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien mit Ablauf des 31.10.2019 beendet worden wäre. Weiter könnte der Vermieter Nachzahlung rückständiger Miete von 459,54 € und Entrichtung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 312,42 € monatlich (abzüglich erfolgter Zahlungen) verlangen.

³⁶¹ BGH v. 10.11.2020 – VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 241.

³⁶² vgl. BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, NJW 2013, 159 Rz. 18 ff.

10.1.4 Ordentliche Kündigung wegen Abriss des Gebäudes

Da der generalklauselartige Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichgewichtig mit den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen ist³⁶³, kommt es für das Vorliegen eines berechtigten Interesses i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB darauf an, ob das geltend gemachte Interesse des Vermieters ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe³⁶⁴.

Die Auslegung und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "berechtigtes Interesse" erfordert dabei eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen³⁶⁵, wobei zu beachten ist, dass sowohl die Rechtsposition des Vermieters als auch das vom Vermieter abgeleitete Besitzrecht des Mieters von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt sind³⁶⁶. In Anbetracht dessen dürfen die dem Vermieter entstehenden Nachteile keinen Umfang annehmen, welcher die Nachteile weit übersteigt, die dem Mieter im Falle des Verlusts der Wohnung erwachsen³⁶⁷.

Dies gilt auch für die hier gegebene Fallgestaltung der Kündigung eines Wohnraummietvertrags zum Zwecke des Abbruchs des Mietobjekts (beziehungsweise eines Teils davon), mit dem vom Vermieter verfolgten Ziel, den Kosten für die Wiederherstellung der Mietsache zu entgehen. So begründet - ebenso wie bei einer Verwertungskündigung³⁶⁸ - auch bei einer Kündigung zum Zwecke des ersatzlosen Abbruchs einer als Wohnraum vermieteten baulichen Anlage nicht bereits jeder aus dem Fortbestand des Mietraumverhältnisses dem Vermieter erwachsende (wirtschaftliche) Nachteil einen Anspruch auf Räumung der Mietwohnung.

³⁶³ vgl. nur BVerfGE 84, 366 (371 f.) [zu § 564a BGB a.F.].

³⁶⁴ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, NZM 2017, 756 Rz. 34; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NZM 2017, 559 Rz. 36; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 24; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 Rz. 13

³⁶⁵ BVerfGE 89, 1 (9 ff.); BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG, NJW-RR 2004, 440 (441).

³⁶⁶ BVerfGE 89, 1 (6 ff.); BVerfG, NJW 2000, 2658 (2659).

³⁶⁷ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 14; BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 226/09, NZM 2011, 773 Rz. 11; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 40; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410 Rz. 45.

³⁶⁸ vgl. hierzu BVerfGE 79, 283 (289 f.); BVerfGE 84, 382 (385).

Zwar muss der durch den Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses für den Vermieter entstehende Nachteil - je nach den besonderen Umständen der zu beurteilenden Fallgestaltung - nicht unbedingt den Grad von erheblichen Beeinträchtigungen i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erreichen³⁶⁹. Ist das angeführte Interesse jedoch im Fall eines geringeren personalen Bezugs mit der von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfassten wirtschaftlichen Verwertung vergleichbar, muss der Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses für den Vermieter einen Nachteil von einem Gewicht darstellen, der die von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB vorausgesetzte Intensität erreicht³⁷⁰, jedoch grundsätzlich nicht darüber hinausgehen muss.

Hiernach erfordert die Beantwortung der Frage, ob ein i.S.d. vorgenannten Grundsätze berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls³⁷¹. Da die Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Vielzahl möglicher Kündigungstatbestände umfasst³⁷², entzieht sich die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen ein in diesem Sinne berechtigtes Interesse des Vermieters gegeben ist, auch im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der Geschehensabläufe und der auf beiden Seiten zu berücksichtigenden Belange einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung³⁷³.

Es obliegt mithin in erster Linie dem Tatrichter, unter Bewertung und Gewichtung aller für die jeweilige Beurteilung maßgeblichen Gesichtspunkte darüber zu befinden, ob ein berechtigtes Interesse des Vermieters im Sinne des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben ist. Dessen Bewertungsergebnis kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob es auf einer rechtsfehlerfrei gewonnenen Tatsachengrundlage beruht, alle maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind und der Tatrichter den zutreffenden rechtlichen Maßstab angewandt hat.

³⁶⁹ vgl. BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 47 m.w.N. [zur Absicht des Vermieters, eine vermietete Wohnung zu freiberuflichen oder gewerblichen Zwecken zu nutzen].

³⁷⁰ vgl. BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410 Rz. 27, 48 [zur Absicht des Vermieters, das vermietete Anwesen einer Nutzung für einen sozialpolitisch erwünschten Zweck zuzuführen].

³⁷¹ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

³⁷² vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 127/08, NJW 2009, 1808 Rz. 16; BGH v. 20.7.2016 - VIII ZR 238/15, WuM 2016, 682.

³⁷³ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

Gemessen an diesen Maßstäben hält die Beurteilung des Berufungsgerichts, bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses entstünden dem Kläger keine erheblichen Nachteile, einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand³⁷⁴.

Dabei kann dahinstehen, ob im Streitfall ein (gegenwärtiges) berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses unter Umständen schon deshalb zu verneinen ist, weil er nach eigenen Angaben selbst noch nicht weiß, auf welche Weise er die Liegenschaft weiter nutzen will³⁷⁵. Jedenfalls hat das Berufungsgericht weder den maßgeblichen rechtlichen Beurteilungsmaßstab noch die Anforderungen an den Sachvortrag des Vermieters zur Erheblichkeit der wirtschaftlichen Nachteile verkannt.

Zwar hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Erheblichkeit der Nachteile im Rahmen von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB sei "eher strenger, jedenfalls nicht großzügiger" zu beurteilen als unter Geltung des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Dies lässt jedoch nicht besorgen, dass die das Berufungsurteil tragenden Erwägungen von einem unzutreffenden Beurteilungsmaßstab an eine zum Zweck des ersatzlosen Abbruchs eines Wohngebäudes erklärte Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB beeinflusst sind. Die vorgenannte Aussage des Berufungsgerichts beschränkt letztlich darauf, an die Erheblichkeit der Nachteile i.S.d. § 573 Abs. 1 BGB seien keine geringeren Anforderungen zu stellen als an eine Verwerfungskündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Strengere Anforderungen hat das Berufungsgericht auch nicht gestellt.

Insoweit hat es im Ergebnis frei von Rechtsfehlern sein Urteil darauf gestützt, nach dem Sachvortrag des Vermieters lasse sich nicht feststellen, dass ihm durch die Fortdauer des Mietverhältnisses erhebliche wirtschaftliche Nachteile entstünden.

Im Ansatz zu Recht ist aber zu beanstanden, das Berufungsgericht habe sich zur Begründung seiner Rechtsansicht auf die Bestimmungen des § 573 Abs. 1 Satz 2 BGB und des § 573 Abs. 2 Nr. 3 Halbs. 2 BGB berufen und diese als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstanden wissen wollen, wel-

³⁷⁴ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

³⁷⁵ Sog. "Vorratskündigung", vgl. etwa BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, WuM 2017, 656 Rz. 19 [zu § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB].

cher jeglicher Berücksichtigung der geringen Miete entgegenstehe. Dies trifft nicht zu, denn die genannten Bestimmungen unterbinden lediglich Kündigungen zum Zwecke der Erhöhung der Miete (§ 573 Abs. 1 Satz 2 BGB) beziehungsweise eine Neuvermietung als Wohnraum, um eine höhere Miete zu erzielen (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 Halbs. 2 BGB). Die - auch künftig erwartbare - geringe Miete kann somit durchaus ein zu berücksichtigender Umstand im Rahmen der hier gebotenen Gesamtwürdigung sein.

Der vorbezeichnete Rechtsfehler hat sich indes auf das angefochtene Urteil nicht ausgewirkt. Denn das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass sich die Kosten der Neuerrichtung des Bades nicht über die Miete amortisieren. Es hat letztlich entscheidend darauf abgestellt, dass der Kläger insoweit lediglich einen Betrag in überschaubarer Höhe und auch diesen nur einmalig aufzubringen hat, wenn er im Interesse des Fortbestands des Mietverhältnisses mit den Beklagten nach dem Abriss des baufälligen Seitenflügels ein neues Bad anbauen lässt. Soweit der Senat den ersatzlosen Abriss eines nur mit erheblichem Aufwand zu sanierenden Wohnkomplexes unter besonderen Umständen als Kündigungsgrund revisionsrechtlich nicht beanstandet hat³⁷⁶, waren dort für den Vermieter bei Fortbestand des Mietverhältnisses Nachteile einer ganz anderen Größenordnung zu besorgen, nämlich Jahr für Jahr zusätzlich in beträchtlicher Höhe erwachsende Kosten allein für die Unterhaltung des Gebäudes.

Schließlich hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang berücksichtigt, dass sich durch den Anbau eines Bades nach erfolgtem Abriss des baufälligen Anbaus jedenfalls der Wert des Grundstücks erhöht, so dass der vom Vermieter geltend gemachte Aufwand für die Neuerrichtung in gewissem Umfang kompensiert wird.

10.2 Anwendung des § 574 BGB

10.2.1 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

³⁷⁶ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, WuM 2004, 277 unter II 1 b [zum Abriss eines weitgehend leerstehenden Plattenbaus mit 142 Wohneinheiten].

- Eine Fortsetzung des Mietverhältnisses setzt nicht voraus, dass die auf Seiten des Mieters bestehende Härte die Interessen des Vermieters deutlich überwiegt. Maßgebend ist allein, ob sich ein Übergewicht der Belange der Mieterseite feststellen lässt, also die Interessenabwägung zu einem klaren Ergebnis führt.

Da sich ein hohes Alter eines Mieters und/oder eine lange Mietdauer mit einer damit einhergehenden langjährigen Verwurzelung im bisherigen Umfeld je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung des Mieters unterschiedlich stark auswirken können, rechtfertigen diese Umstände ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Kommen zu diesen Umständen Erkrankungen hinzu (hier Demenz gemischter Genese), aufgrund derer beim Mieter im Falle seines Herauslösens aus seiner näheren Umgebung eine - nach ihrem Grad nicht näher festgestellte - Verschlechterung seines gesundheitlichen Zustands zu erwarten steht, kann dies in der Gesamtschau zu einer Härte führen. Wenn der gesundheitliche Zustand des Mieters einen Umzug nicht zulässt oder im Falle eines Wohnungswechsels zumindest die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation des (schwer) erkrankten Mieters besteht, kann sogar allein dies einen Härtegrund darstellen (Bestätigung von Senatsurteil vom 16. Oktober 2013 - VIII ZR 57/13, NJW-RR 2014, 78 Rn. 20).

Werden von dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels substantiiert ihm drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann (Bestätigung von Senatsurteil vom 15. März 2017 - VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474 Rn. 24, 29).

Bei der Bewertung und Gewichtung der widerstreitenden Interessen beider Parteien im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung ist den Wertentscheidungen Rechnung zu tragen, die in den für sie streitenden Grundrechten zum Ausdruck kommen. Dabei haben die Gerichte zu berücksichtigen, dass bezüglich der Anwendung und Auslegung des Kündigungstatbestands des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB einerseits und der Sozialklausel des § 574 BGB andererseits dieselben verfassungsrechtlichen Maßstäbe gelten (im Anschluss an BVerfG, NJW-RR 1999, 1097; NJW-RR 1993, 1358), so dass auch im Rahmen der Vorschrift des § 574 BGB die vom Vermieter beabsichtigte Lebensplanung grundsätzlich zu respektieren und der Rechtsfindung zugrunde zu legen ist (im Anschluss an BVerfGE 68, 361, 373 f.; 79, 292, 304 f.; BVerfG, NJW 1994, 309, 310; 1995, 1480, 1481).

Diesen Vorgaben werden die Gerichte nicht gerecht, wenn sie (wie das Berufungsgericht) dem Vermieter, der die Mietwohnung zum Zwecke der Selbstnutzung erworben hat, bei der Gewichtung und Abwägung der gegenläufigen Belange eine geringere Bedeutung zumessen als bei der Beurteilung, ob dieses Vorgehen einen Eigenbedarf i.S.d. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB begründet, und einem solchen Nutzungswunsch einen geringeren Stellenwert als einem Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters zuweisen.

Im Rahmen der Interessenabwägung haben die Gerichte nicht nur die Lebensplanung des Vermieters zu respektieren, sondern dürfen auch bezüglich der Interessen des Mieters ihre Vorstellungen über den einzuschlagenden Weg nicht an dessen Stelle setzen (im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 1994 - 1 BvR 2067/93, juris Rn. 4 f.). Dies gilt insbesondere dann, wenn es um das Schicksal älterer Personen geht.

Die Abwägung der gegenläufigen Interessen hat sich stets an den konkreten Umständen des zu beurteilenden Einzelfalls auszurichten. Dabei kommt weder den Belangen des Vermieters noch den Interessen des Mieters von vornherein ein größeres Gewicht zu als denen der Gegenseite. Aus diesen Gründen ist es (anders als das Berufungsgericht annimmt) nicht zulässig, Kategorien zu bilden, in denen generell die Inter-

essen einer Seite überwiegen (hier: Selbstnutzungs-wunsch des Erwerbers einer vermieteten Wohnung einerseits; nach langer Miet-dauer eintretender Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters andererseits).

BGB § 574 Abs. 2

Der Härtegrund des zu zumutbaren Bedingungen nicht zu beschaffenden Ersatzwohnraums ist nicht bereits dann gegeben, wenn im Gemeindegebiet gerichtsbekannt eine angespannte Wohnlage herrscht, die auch zum Erlass von diesem Umstand Rechnung tragenden Verordnungen geführt hat. Eine festgestellte und/oder in Verordnungen zugrunde gelegte angespannte Wohnlage kann allenfalls ein gewisses Indiz für das Vorliegen eines Härtegrunds nach § 574 Abs. 2 BGB darstellen, das in Verbindung mit substantiiertem (unstreitigem oder nachgewiesenem) Parteivortrag zu konkret ergriffenen Maßnahmen zu der tatrichterlichen Überzeugung führen kann, dass angemessener Wohnraum zu zumutbaren Bedingungen für den Mieter (und seine Familien- oder Haushaltsangehörigen) nicht zu erlangen ist.

BGB § 574a Abs. 2

Wenn auf Seiten des Vermieters dringender Wohnbedarf besteht, haben die Gerichte im Falle eines Überwiegens der Mieterinteressen im Rahmen der von ihnen zu treffenden Ermessensentscheidung sorgfältig zu prüfen, ob eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit angeordnet werden soll.

10.2.2 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 wird³⁷⁷.

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 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 eingreift³⁷⁸.

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 zusteht³⁷⁹.

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

³⁷⁷ 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.

³⁷⁸ BGH v. 1.7.2020 - VIII ZR 323/18, GE 2020, 1044.

³⁷⁹ 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.

Wege der gesetzlichen Fiktion³⁸⁰, führt aber nicht dazu, dass ein Grund für die fristlose Kündigung von vornherein nicht bestand³⁸¹.

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 Tatsacheninstanz³⁸² 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 Kündigung entsteht, beispielsweise erst im Laufe des Räumungsprozesses³⁸³. 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 BGB³⁸⁴.

Eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus³⁸⁵. Ob eine derartige Lücke besteht, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht zu beurteilen.

³⁸⁰ 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.

³⁸¹ vgl. auch BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d bb.

³⁸² 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.

³⁸³ vgl. Bub/Treier/Fleindl, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., IV Rz. 238.

³⁸⁴ 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.

³⁸⁵ 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.

Das Gesetz muss, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein³⁸⁶.

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 können³⁸⁷. Ein 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 1963³⁸⁸ - 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

³⁸⁶ BGH v. 30.9.2014 - XI ZR 168/13, BGHZ 202, 302 Rz. 13.

³⁸⁷ vgl. BT-Drucks. 3/1234, S. 74; BT-Drucks. 14/4553, S. 68.

³⁸⁸ BGBl. I S. 505.

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.

10.2.3 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 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 hat³⁸⁹. 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.

³⁸⁹ 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.

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.

Eine Ersatzwohnung ist angemessen, wenn sie im Vergleich zu der bisherigen Wohnung den Bedürfnissen des Mieters entspricht und sie finanziell für ihn tragbar ist³⁹⁰. 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 entsprechen³⁹¹. 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 würde³⁹².

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

³⁹⁰ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

³⁹¹ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 50 m.w.N.

³⁹² 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.

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 nach einer Ersatzwohnung anzustellenden Bemühungen von Bedeutung³⁹³. 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 beweiselasteten 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.

³⁹³ 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.

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 Familie in dem von den Beklagten finanzierbaren Preissegment³⁹⁴) 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 beurteilen³⁹⁵. 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 ist³⁹⁶. 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 Beweisanehrtritts 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.

³⁹⁴ vgl. hierzu auch AG Stuttgart v. 11.7.2003 - 30 C 600/03, WuM 2007, 91.

³⁹⁵ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

³⁹⁶ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 53.

10.2.4 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 kann³⁹⁷. Diese Verpflichtung zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Parteivorbringens bei schwerwiegenden 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)³⁹⁸.

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 erforderlich³⁹⁹. 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 ge-

³⁹⁷ BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 167/17, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = GE 2019, 913.

³⁹⁸ 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].

³⁹⁹ BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = = WuM 2019, 385.

sundheitlichen Einschränkungen zu klären ist⁴⁰⁰. 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.

10.3 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

10.3.1 Freilaufende Hunde

Das von den Mietern nicht in Abrede gestellte Verhalten - freies Laufenlassen ihrer Hunde auf den Gemeinschaftsflächen (Grünflächen, Kinderspielplatz) des 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 erforderte⁴⁰¹.

Der Sache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu noch weicht die Entscheidung des Berufungsgerichts von dem Urteil des BGH vom 18. Februar 2015⁴⁰² ab. Aus dieser Entscheidung, die eine behauptete Störung des Hausfriedens durch exzessives Rauchen innerhalb der Mietwohnung betraf, lässt sich nichts für die Auffassung der Mietern 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

⁴⁰⁰ 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.

⁴⁰¹ BGH v. 2.1.2020 – VIII ZR 328/19, WuM 2020, 98 = GE 2020, 253 = NZM 2020, 105.

⁴⁰² BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 186/14, NJW 2015, 1239.

Erfolglosigkeit mit der Kündigung des Mietvertrages gegenüber den Mietern reagiert hat.

10.4 Kündigungsfolgeschaden

Die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrags veranlasst hat, ist dieser Partei zum Ersatz des durch die Kündigung verursachten Schadens (sog. Kündigungs- oder Kündigungsfolgeschaden) verpflichtet⁴⁰³. Hiervon ausgehend begründen die im Zuge des Erwerbs des Hauses in B.H. angefallenen Maklerkosten keinen ersatzfähigen Kündigungsfolgeschaden (§ 249 Abs. 1 BGB). Dieser ist zwar noch adäquat kausal auf die Vertragspflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen, jedoch nicht mehr vom Schutzzweck dieser Vertragspflicht umfasst⁴⁰⁴.

Der Schaden in Form der Maklerkosten ist - äquivalente Kausalität unterstellt - noch adäquat kausal auf die Pflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen. 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 herbeiführt⁴⁰⁵.

Bei Anwendung dieses Maßstabs liegt es noch nicht außerhalb des zu erwartenden Verlaufs der Dinge, dass ein Mieter die von ihm aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung des Vermieters ausgesprochene Kündigung (hier nach § 543 Abs. 1 BGB) zum Anlass nimmt, seinen künftigen Wohnbedarf nicht wie bisher in angemieteten Räumlichkeiten, sondern in einem Eigenheim zu verwirklichen und zu dessen Erwerb einen Makler einschaltet.

⁴⁰³ st. Rspr.; vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WPM 1974, 345 unter II 1; BGH v. 15.3.2000 - XII ZR 81/97, NJW 2000, 2342 unter 2; BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 281/06, NJW 2007, 2474 Rz. 9; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 11.

⁴⁰⁴ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

⁴⁰⁵ 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.

Die Maklerkosten für den Erwerb des Hauses unterfallen jedoch nicht mehr dem Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht⁴⁰⁶. Denn eine Haftung besteht nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde, was vorliegend zwischen den Maklerkosten und der mietvertraglichen Pflicht zur (ungestörten) Gebrauchsüberlassung nicht der Fall ist. 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 ist⁴⁰⁷.

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 bzw. 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 geboten⁴⁰⁸.

Bei der Verletzung vertraglicher Pflichten hängt die Ersatzpflicht des Schädigers davon ab, dass die verletzte Vertragspflicht das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte. Der Schädiger hat nur für die Einbußen ein-

⁴⁰⁶ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

⁴⁰⁷ 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.

⁴⁰⁸ vgl. BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024; 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.

zustehen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen⁴⁰⁹. 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 bestimmt⁴¹⁰.

Hiernach stammen die Kosten des Maklers, welcher vom Mieter mit der Suche nach einem zu Eigentum zu erwerbenden Anwesen beauftragt war, nicht aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht besteht. Es ist nicht maßgebend, dass der Mieter kein "Mehr" erworben, sondern lediglich den nötigen Ersatzwohnraum beschafft hat. Entscheidend ist vielmehr, dass der Mieter unter Einschaltung des Maklers aus seiner bisherigen Stellung als Mieter in diejenige eines Eigentümers gewechselt ist, mithin gleichsam ein "aliud" erlangt hat; auf den Umstand der Verlagerung des Lebensmittelpunktes des Mieters an einen anderen - 250 km entfernten - Ort, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Die Pflichtverletzung des Vermieters führt hier zum Verlust des Gebrauchsrechts des Mieters. Denn infolge der Pflichtverletzung des Vermieters hat der Mieter das Mietverhältnis berechtigt gekündigt und dadurch sein Besitzrecht an der Wohnung eingebüßt. Somit berührt die Pflichtverletzung des Vermieters das vertraglich geschützte Gebrauchserhaltungsinteresse des Mieters. Greift dieser bei einer solchen Vertragsverletzung des Vermieters berechtigt zur Kündigung, büßt er sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mieter den Schaden zu ersetzen, den er durch diesen Rechtsverlust erleidet⁴¹¹. Damit kann der Mieter Ersatz solcher Schäden verlangen, die in einem inneren Zusammenhang mit seinem Interesse am Gebrauch der Mietsache stehen.

Dieser Zusammenhang fehlt bezüglich der Maklerkosten. Denn durch den Erwerb eines Hausgrundstücks zu Eigentum, der Gegenstand des Maklervertrags

⁴⁰⁹ 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.

⁴¹⁰ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

⁴¹¹ vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WPM 1974, 345 unter II 5; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 26.

war, hat der Mieter nicht (lediglich) seinen Besitzverlust ausgeglichen, sondern im Vergleich zu seiner bisherigen Stellung als Mieter eine hiervon zu unterscheidende Stellung als Eigentümer eingenommen.

11 Rückgabe

11.1 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 hat⁴¹². Dass § 940a Abs. 2 ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung⁴¹³.

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 hat⁴¹⁴.

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 berücksichtigen⁴¹⁵.

Hierzu führt das OLG München im Beschluss vom 12.12.2017 - 32 W 1939/17, Rz. 39 wie folgt aus:

"...

⁴¹² vgl. LG Köln, MietRB 2013, 204.

⁴¹³ 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.

⁴¹⁴ 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.

⁴¹⁵ KG v. 9.5.2019 - 8 W 28/19, ZMR 2019, 855.

§ 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.

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 einstwei-

liger 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 Regelungen mit typisierten Verfügungsgründen auch für die Räumung von Geschäftsräumen zu schaffen, nicht aufgenommen. Das kann daran liegen, dass der Gesetzgeber eine besondere Regelung aus systematischen Gründen nicht für erforderlich hielt oder dass er die Klärung der Rechtsfrage der Rechtsprechung überlassen wollte. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass die Nichtaufnahme der Anregungen im Gesetzgebungsverfahren den Schluss auf einen Willen des Gesetzgebers zulässt, die Anwendung der erleichterten Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO sollte in der Weise auf die Räumung von Wohnraum beschränkt sein, dass eine Anwendung auf Räumung von Geschäftsräumen ausgeschlossen ist (so aber OLG Celle NZM 2015, 166)."

Der 8. Senat des Kammergerichts schließt sich nach nochmaliger Prüfung - unter Aufgabe seiner bisher vertretenen Auffassung⁴¹⁶ - 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 Ausnahmegesetzgebung nur eng auszulegen ist, hat dies vor dem Hintergrund der angestellten gesetzgeberischen Wertung der Ausnahmegesetzgebungen 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 gegeben⁴¹⁷.

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 gesetzlichen Wertung, die der Vollstreckung aus einem Titel schon per se eine Dringlichkeit und einen Vorrang vor anderen Interessen zuweist⁴¹⁸.

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.

⁴¹⁶ 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.

⁴¹⁷ vgl. LG Krefeld ZMR 2016,448.

⁴¹⁸ 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.

11.2 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 Rückgabepflicht 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 erforderlich⁴¹⁹. 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

⁴¹⁹ Palandt/Grüneberg, 77. Aufl., § 293 BGB Rz. 1, 10.

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 frei⁴²⁰. Dass das Objekt geräumt ist, wird von der Beklagten nicht bestritten. Streitig ist allein die Herausgabe der Schlüssel. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Fa. E. empfangszuständig war. Die Klägerin hätte bei der Aufgabe des Besitzes die Schlüssel theoretisch auch im Objekt zurücklassen können. Wichtig ist nur, dass sie sich der Schlüssel entledigte. Dies hat das Landgericht nicht festgestellt, weshalb es erneuter Feststellungen des Senats bedarf (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Zwar existiert eine "Schlüsselliste" (Teil der Anlage K 11), die im Rahmen der Besitzaufgabe weder von der Beklagten noch von der E. geprüft wurde. Es wäre aber verfehlt, rein formal auf die Übergabe aller für das Objekt angefertigten Schlüssel abzustellen, obwohl es für ein bewusstes Zurückhalten von 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 ermöglicht⁴²¹ 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 wer-

⁴²⁰ OLG Naumburg v. 10.12.2018 – 1 U 25/18, ZMR 2019, 674.

den, 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.

11.3 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 Besitzes⁴²². Der Herausgabeanspruch ist grundsätzlich mit Übertragung des unmittelbaren Besitzes an dem - ggf. ungeräumten, veränderten oder anderweitig in nicht vertragsgerechtem Zustand befindlichen - Mietobjekt erfüllt⁴²³.

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 qualifizieren⁴²⁴. Der Insolvenzverwalter ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, das Mietobjekt auf Kos-

⁴²¹ OLG Düsseldorf v. 27.4.2006 - 24 U 152/05, DWW 2006, 333.

⁴²² vgl. BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 84/17, ZIP 2008,1736.

⁴²³ 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.

⁴²⁴ BGH v. 21.12.2006 - IX ZR 66/05, ZIP 2007,340; vgl. OLG Celle v. 20.7.2007 - 2 U 85/07, ZIP 2007,1914, Tz. 82, rechtskräftig durch BGH v. 17.4.2008 - IX ZR 144/07, GE 2008, 865.

ten der Masse zu räumen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde⁴²⁵.

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 gehören⁴²⁶.

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 hat⁴²⁷. Soweit der Insolvenzverwalter den vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat, wie Entfernung wertvoller Einrichtungen (z.B. Gleise, Silos, Krananlagen), ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren⁴²⁸.

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.⁴²⁹ Insolvenzrechtlich bevorzugt ist nur die Wiederherstellung derjenigen nachteiligen Veränderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sind⁴³⁰.

⁴²⁵ 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.

⁴²⁶ 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.

⁴²⁷ 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.

⁴²⁸ Kölner Kommentar/Cymutta, InsO, 2017, § 108 InsO Rz. 37.

⁴²⁹ BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001, 2966 = NZI 2001, 531.

⁴³⁰ BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, NZM 2015, 337 Tz. 82.

Mit Rücksicht darauf ist der Insolvenzverwalter zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet, wenn er das Wegnahmerecht des Mieters nach § 539 Abs. 2 BGB ausübt und Teil der Einrichtung (Fundamente einer beseitigten Leichtbaumetallhalle) zurücklässt⁴³¹.

11.4 Schlüsselerlust

Grundsätzlich entsteht ein ersatzfähiger Schaden bereits dann, wenn sich der Geschädigte aus objektiver Sicht unter den konkret gegebenen Umständen zur Beseitigung einer fortbestehenden Missbrauchsgefahr veranlasst sehen darf, die Schließanlage zu ersetzen und diesen Austausch auch tatsächlich vornimmt⁴³². Die Geschädigten waren hier die WEG bzw. die Eigentümer der jeweiligen Objekte. Grundsätzlich oblag es ihrer Entscheidung, den Austausch der Schließanlagen zu veranlassen. Hier bestand aber die Besonderheit, dass die Fa. H... Bauservice von den jeweiligen WEG als Verwalter bzw. Hauswart eingesetzt war. Eines gesonderten Beschlusses der jeweiligen WEG bzw. der Eigentümer zum Austausch der Schließanlagen bedurfte es nicht, da die Fa. H... Bauservice als Verwalter bzw. aufgrund der Hausverwaltungsverträge gem. § 27 Abs. 1 Nr. 3 WEG, § 675, 670 BGB berechtigt war, den unverzüglichen Austausch der Schließanlagen zu veranlassen und den Vermieter auf Ersatz der dafür entstandenen Kosten in Anspruch zu nehmen. Da der Vermieter als Erfüllungsgehilfe der Fa. H... Bauservice den Erstattungsansprüchen der WEG bzw. der Eigentümer ausgesetzt ist, kann er den Mieter unmittelbar auf Ersatz seines Schadens in Anspruch nehmen⁴³³.

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 erstattungsfähig⁴³⁴. Auch provisorische Sicherungsmaßnahmen können gerechtfertigt sein, wenn und soweit durch den Verlust des Schlüssels einer Schließanlage konkret eine missbräuchliche Ver-

⁴³¹ KG v. 25.2.2019 – 8 U 6/18, GE 2019, 1238.

⁴³² 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.

⁴³³ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

⁴³⁴ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

wendung 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 gerechtfertigt⁴³⁵. Wird eine gebrauchte Sache durch eine neue ersetzt, kann dies zu einer Wertsteigerung führen, die die Schadensersatzpflicht mindert, soweit hierdurch eine messbare Vermögensmehrung eingetreten ist und sich diese Werterhöhung für den Geschädigten wirtschaftlich günstig auswirkt. Darüber hinaus muss der Vorteilsausgleich für den Geschädigten zumutbar sein⁴³⁶. 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 Schließanlage⁴³⁷. Der dafür gerechtfertigte Abzug ist zu schätzen, § 287 ZPO.

⁴³⁵ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

⁴³⁶ Palandt/*Grüneberg*, 7. Aufl. 2018, Vorb v § 249 BGB Rz. 97 ff.

⁴³⁷ 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.

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.

12 Nutzungsentschädigung vom Untermieter

Nach § 571 Abs. 2 BGB ist der Mieter, dem nach § 721 oder § 794a ZPO eine Räumungsfrist gewährt wird, für die Zeit von der Beendigung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Räumungsfrist zum Ersatz eines weiteren Schadens nicht verpflichtet. Die Norm beschränkt die Ansprüche des Vermieters auf die ihm nach § 546a Abs. 1 BGB für die Zeit der Vorenthaltung zustehende Nutzungsentschädigung und befreit den Mieter von einer Haftung für weitere durch die Ausnutzung der gerichtlichen Räumungsfrist entstehende Schäden; insbesondere für einen dem Vermieter in Folge des Verzuges mit der Wohnungsherausgabe entstehenden Schaden hat der Mieter für den Zeitraum der ihm vom Gericht gewährten Räumungsfrist nach § 721 oder § 794a ZPO nicht einzustehen⁴³⁸.

Unmittelbar anwendbar ist § 571 Abs. 2 BGB hier schon deshalb nicht, weil der Beklagte nur Untermieter gewesen ist. Zwar kann auch dem Untermieter eine Räumungsfrist nach § 721 ZPO gewährt werden⁴³⁹. Dafür kommt es nämlich allein auf die tatsächliche Nutzung des Raums zum Wohnen und nicht auf den Rechtsgrund des Innehabens des Wohnraums an⁴⁴⁰. Die Vorschrift des § 571 Abs. 2 BGB gilt unmittelbar aber nur im Verhältnis zwischen Eigentümer und Mieter, da sie systematisch an die Regelung des § 546a BGB anknüpft und wie diese das Bestehen eines (beendeten) Mietverhältnisses voraussetzt⁴⁴¹. Daran fehlt es im Verhältnis zwischen Eigentümer und Untermieter.

⁴³⁸ vgl. LG Berlin, GE 2017, 538; MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 571 BGB Rz. 10; Staudinger/Rolls, [2018], § 571 BGB Rz. 10, 11.

⁴³⁹ vgl. OLG Köln, WuM 1997, 336; LG Stuttgart, NJW-RR 1990, 654; LG Stade, WuM 1987, 62.

⁴⁴⁰ MünchKomm/Götz, 5. Aufl., § 721 ZPO Rz. 2; Musielak/Lackmann, 17. Aufl., § 721 ZPO Rz. 3; Zöller/Seibel, 33. Aufl., § 721 ZPO Rz. 2; zur Vorschrift des § 794a ZPO vgl. Schmidt/Futterer/Lehmann-Richter, Mietrecht, 14. Aufl., § 794a ZPO Rz. 4.

⁴⁴¹ vgl. BGH v. 31.1.2001 - XII ZR 221/98, NJOZ 2001, 282 (284) zu § 557 BGB aF betreffend Vereinsräume; BeckOK MietR/Klotz-Hörlin, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 5; MünchKomm/Bieber, 8. Aufl., § 546a BGB Rz. 3; Staudinger/Rolls, [2018], § 546a BGB Rz. 10, 12;

Eine Begrenzung des Anspruchs der Klägerin auf die Nutzungsentschädigung für die von dem Beklagten genutzte Kammer lässt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 571 Abs. 2 BGB herleiten.

Die Frage, ob § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter von Wohnraum entsprechend anwendbar ist, wird allerdings unterschiedlich beurteilt. Das Landgericht Stuttgart hat das für das gewerbliche Zwischenmietverhältnis bejaht⁴⁴², und dem hat sich ein Teil des Schrifttums angeschlossen⁴⁴³. Die überwiegende Ansicht lehnt eine entsprechende Anwendung von § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter dagegen ab⁴⁴⁴.

Ob § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter von Wohnraum entsprechend anzuwenden ist, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls hätte eine analoge Anwendung der Vorschrift entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zur Folge, dass sich der Schadensersatzanspruch des Eigentümers auf eine Nutzungsentschädigung für die untergemieteten Räume beschränkte.

Der Zweck des § 571 Abs. 2 BGB spricht allerdings für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den Untermieter von Wohnraum, dem eine Räumungsfrist gewährt worden ist. Er ist darin zu sehen, dass der Wohnraummieter sich nicht aus Sorge vor Schadensersatzansprüchen des Vermieters davon abhalten lassen soll, eine Räumungsfrist zu beantragen und zu nutzen⁴⁴⁵. Daher begrenzt § 571 Abs. 2 BGB die Haftung des Mieters, dem eine Räumungsfrist gewährt worden ist, auf die vereinbarte bzw. ortsübliche Miete (vgl. § 546 Abs. 1

Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 546a BGB Rz. 5; *Gramlich*, Mietrecht, 15. Aufl., § 546a BGB Rz. 1; *Schmidt/Futterer/Streyll*, Mietrecht, 14. Aufl., § 546a BGB Rz. 5, § 571 BGB Rn. 1, 3; *Greiner*, ZMR 1998, 403 (404 f.).

⁴⁴² LG Stuttgart, NJW-RR 1990, 654.

⁴⁴³ vgl. BeckOK/Wöstmann, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 9; jurisPK-BGB/Tiedemann, 9. Aufl., § 571 BGB Rz. 41.

⁴⁴⁴ LG Kiel, WuM 1995, 540; BeckOGK/Gelb, [1.7.2020], § 571 BGB Rz. 4; BeckOK MietR/Klotz-Hörlin, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 5; NK-BGB/Hinz, 3. Aufl., § 571 BGB Rz. 7; RGRK/Gelhaar, 12. Aufl. § 557 BGB Rz. 24; Staudinger/Rolfs, BGB [2018], § 571 Rz. 10; *Emmerich* in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. V Rz. 184; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 571 BGB Rz. 7; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 14. Aufl., § 571 BGB Rz. 3; *Ettl* in Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl., § 571 BGB Rz. 9.

⁴⁴⁵ vgl. BT-Drucks. IV 806, 11 zu § 557 BGB a.F.; Ausschussbericht zu BT-Drucks. IV/2195, 5 zu § 557 a.F.

BGB); für weitere Schäden (vgl. § 546 Abs. 2 BGB) haftet er dagegen nicht⁴⁴⁶. Der Untermieter von Wohnraum, dem eine Räumungsfrist nach § 721 oder § 794a ZPO gewährt worden ist, befindet sich in einer vergleichbaren Situation. Müsste er bei Ausnutzung der Räumungsfrist unbegrenzte Schadensersatzansprüche des Eigentümers wegen Verzuges (§ 990 Abs. 2 BGB) gewärtigen, hätte dies entweder zur Folge, dass er, obwohl darauf angewiesen, keinen Räumungsschutz in Anspruch nimmt, oder dass er nach Nutzung der Räumungsfrist unter Umständen erheblichen Schadensersatzansprüchen des Eigentümers ausgesetzt ist. Beides soll durch die Regelung des § 571 Abs. 2 BGB bei einem (früheren) Mieter verhindert werden.

Für den Vermieter wäre es jedoch unzumutbar, wenn die dem in der Wohnung verbliebenen Untermieter gewährte Räumungsfrist dazu führte, dass er trotz Vorenthaltung der gesamten Wohnung eine Nutzungsentschädigung nur in Höhe des Untermietzinses bzw. der ortsüblichen Miete für die untervermieteten Teile der Wohnung erhielte⁴⁴⁷. Er stünde dann schlechter als im Verhältnis zum Hauptmieter, der nach § 546a Abs. 1 BGB während der Räumungsfrist die Nutzungsentschädigung in voller Höhe schuldet.

Ein solches Ergebnis ließe sich nicht mit dem Schutzzweck des § 571 Abs. 2 BGB rechtfertigen. Die Vorschrift schützt zwar das Interesse des Mieters, eine ihm gewährte Räumungsfrist zu nutzen; das Gesetz bringt es aber in einen Ausgleich mit den Interessen des Vermieters an der baldigen Rückerlangung der Wohnung nach Ende des Mietverhältnisses, indem § 546a Abs. 1 BGB dem Vermieter einen Anspruch auf eine Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten bzw. ortsüblichen Miete für diesen Zeitraum zuerkennt. Ein solcher Anspruch muss dem Vermieter auch dann verbleiben, wenn § 571 Abs. 2 BGB analog auf einen Untermieter anzuwenden sein sollte; denn der Untermieter steht dem Vermieter schon mangels vertraglicher Beziehungen ferner als Hauptmieter.

Dass der Untermieter den ihm gewährten Räumungsschutz nur um den Preis einer Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung in Anspruch nehmen

⁴⁴⁶ vgl. Staudinger/Rolfs, [2018], § 571 BGB Rz. 12; Blank/Börstinghaus, 5. Aufl., § 571 BGB Rz. 1; Herrlein in Herrlein/Kandelhard, ZAP-Praxiskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 571 BGB Rz. 2; Lammle, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 571 BGB Rz. 2.

⁴⁴⁷ BGH v. 11.12.2020 – V ZR 26/20, IMR 2021, 99 (Sommer).

kann, ist dagegen hinzuzunehmen. Darin setzt sich lediglich fort, dass der Untermieter zu keiner Zeit in einem vertraglichen Verhältnis zu dem Eigentümer stand, sondern sein Besitzrecht von dem Hauptmieter ableitete. Soweit die mietrechtliche Vorschrift des § 571 Abs. 2 BGB überhaupt geeignet ist, Rechte des Eigentümers im Verhältnis zum Untermieter einzuschränken, kann eine solche Beschränkung nicht über das hinausgehen, was zwischen den (ursprünglichen) Hauptmietparteien gelten würde. Wird dem Untermieter, der nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses über eine Wohnung und Räumung durch den Hauptmieter die untergemieteten Wohnräume an den Eigentümer nicht herausgibt, eine gerichtliche Räumungsfrist gewährt, kann der Eigentümer deshalb von ihm nach den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses Schadensersatz jedenfalls in Höhe der von dem Hauptmieter bei Nichträumung geschuldeten Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung verlangen.