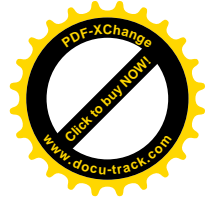
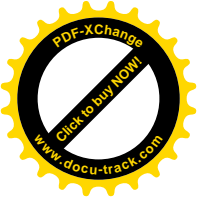




Die Entwicklung des Mietrechts in der obergerichtlichen Rechtsprechung des Jahres 2008

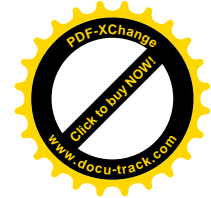
Dr. Klaus Lützenkirchen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
Köln



INHALT

2

1	Einblick	4
2	Fortgeltung der alten Kündigungsfristen?	4
3	Einseitige Beendigung des Lastschriftinzugsverfahrens?	4
4	Konkurrenz von Kündigungsrecht und Optionsklausel	5
5	Schriftform	6
5.1	Sinn und Zweck des § 550 BGB	6
5.2	Dokumentation der Vertretung einer Mietpartei	7
5.3	Beschreibung des Mietobjektes	8
5.4	Fehlende Beschreibung von Nebenflächen	8
5.5	Ausreichende Bezugnahme im Nachtrag	9
5.6	Heilungsverpflichtung vor Kündigungsausspruch?	10
6	Schönheitsreparaturen	11
6.1	Rauchen und Schönheitsreparaturen	11
6.2	Farbwahlklauseln	12
6.3	Fensteranstrich	13
6.4	Starre Fristen	14
6.5	Intransparente Abgeltungsklausel	15
6.6	Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Renovierungsklausel	16
6.7	Endgültige Erfüllungsverweigerung durch Auszug?	17
7	Gewährleistung	18
7.1	Mangelhafte Leistung der Heizungsanlage	18
7.2	Rechtsmangel: Entzug des vertragsgemäßen Gebrauchs	18
7.3	Minderungsausschluss in der Gewerberaummieta unzulässig	19
7.4	Schadenersatz	20
7.4.1	Vorrang des § 536a BGB beim Rechtsmangel	20
7.4.2	Verschuldenshaftung bei Kurzschluss	20
7.5	Geltendmachen des § 320 BGB	21
7.6	Aufwendungsersatz nach § 539 BGB neben § 536a Abs. 2 BGB?	21
7.7	Kündigung wegen Heizungsausfall	22
8	Betriebskosten	23
8.1	Prozessuale Durchsetzung der Kosten des Hauswirts	23
8.2	Stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung	24
8.3	Geltung des Abflussprinzips	24
8.4	Formelle Fehler	26
8.4.1	Angabe der Gesamtkosten	26
8.4.2	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels	27
8.4.2.1	Veränderung der Abrechnungsschlüssel	27
8.4.2.2	Verteilerschlüssel „Wohnfläche*Monat“	27



8.4.2.3	Personenschlüssel	28	3
8.4.3	Abzug der Vorauszahlungen.....	28	
8.4.4	Abweichende Abrechnungsperioden	29	
8.5	Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung?	30	
8.6	Änderung des gesetzlichen Umlageschlüssels.....	30	
8.7	Gebot der Wirtschaftlichkeit.....	31	
8.8	Abrechnungsfrist	31	
8.8.1	bei getrennter Heiz- und Betriebskostenabrechnung	31	
8.8.2	Umfang des Abrechnungsausschlusses	32	
8.8.3	Neubeginn durch Anerkenntnis?.....	32	
8.9	Umfang des Einwendungsausschlusses.....	33	
8.10	Erhöhung der Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB.....	33	
9	Heizkosten.....	34	
9.1	Vorrang der HeizKV	34	
9.2	Vorerfassung nach Nutzergruppen	34	
9.3	Wärmecontracting	35	
9.4	Kosten der Zwischenablesung.....	36	
9.5	Kosten des Heizungsstroms	37	
10	Beendigung des Mietvertrages.....	37	
10.1	Kündigungsbefugnis des Erwerbers vor Eintragung	37	
10.2	Verhältnis von Anfechtung und Kündigung	37	
10.3	Ordentliche Kündigung.....	38	
10.3.1	Schuldhaft nicht unerhebliche Pflichtverletzung und § 560 Abs. 4 BGB ...	38	
10.3.2	Nicht unerhebliche Pflichtverletzung	39	
10.3.3	Unverschuldete Zahlungsunfähigkeit?	39	
10.3.4	Abmahnung?	40	
10.3.5	Anbietpflicht bei Eigenbedarf.....	41	
10.4	Erleichterte Kündigung nach § 573a BGB.....	41	
10.4.1	Gebäude mit zwei Wohnungen	41	
10.4.2	Mehr als zwei Wohnungen.....	42	
10.5	Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund.....	42	
10.5.1	Zahlungsverzug mit mehr als einer Miete.....	42	
10.5.2	Zahlungsverzug bei vereinbartem Lastschriftzug	43	
10.5.3	Zahlungsverweigerung des vorläufigen Insolvenzverwalters	44	
10.5.4	Schwere Erkrankung des Mieters	45	
11	Ausblick	45	



1 Einblick

4

Als der Überblick im Jahre 1995 begründet wurde, wurde er überwiegend durch oberlandesgerichtliche Entscheidungen geprägt. Seit dem der BGH „mitredet“, hat die Darstellung der obergerichtlichen Rechtsprechung derart an Umfang zugenommen, dass der Verlag in den letzten Jahren gezwungen war, die Serie in zwei Teilen zu veröffentlichen. Dies beschränkt die allgemeine wissenschaftliche Diskussion. Deshalb wird in diesem Jahr eine Kurzfassung abgedruckt, die den Focus auf die für die Praxis relevanten Schwerpunkte Schriftform, Schönheitsreparaturen, Gewährleistung, Betriebskosten und Beendigung des Mietvertrages legt.

Der vollständige Überblick steht auf meiner Homepage¹ als pdf-Datei zum download zur Verfügung.

2 Fortgeltung der alten Kündigungsfristen?

Gemäß Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB gelten die Bestimmungen des § 565a Abs. 1 BGB für Verträge aus der Zeit vor dem 1.9.2001 fort. Danach konnten die Parteien wirksam vereinbaren, dass der Mietvertrag nur zu dem im Vertrag vereinbarten Ablauftermin gekündigt werden konnte, hier dem 31. August eines jeden Jahres.²

Fraglich ist, welche Kündigungsfrist gilt, wenn bei solchen Zeitverträgen mit Verlängerungsklausel gemäß § 565a Abs. 1 BGB a.F. bestimmt ist, dass "die Verlängerung des Mietverhältnisses eintritt, wenn es nicht nach den Vorschriften des § 565 BGB gekündigt wird" und der Mietvertrag länger als zehn Jahre gedauert hatte, so dass die Frist nach § 565 Abs. 2 BGB zwölf Monate beträgt. Immerhin verlängert sich die Kündigungsfrist des § 573c BGB für den Vermieter nicht um mehr als neun Monate, § 573c Abs. 2 BGB.

Das Mietrechtsreformgesetz³ und das Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum BGB⁴ haben die durch § 565 BGB a.F. geschaffene Rechtslage für ein am 1.9.2001 bereits bestehendes Mietverhältnis nicht geändert. Nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB ist § 565a Abs. 1 BGB a.F. auf ein am 1.9.2001 bestehendes Mietverhältnis auf bestimmte Zeit in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung weiterhin anzuwenden.⁵ § 573c Abs. 3 BGB verbietet nur zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen.

3 Einseitige Beendigung des Lastschriftinzugsverfahrens?

Ob der Gläubiger durch einseitige Erklärung die vereinbarte Lastschriftabrede beenden kann oder ob hierfür eine vertragliche Regelung erforderlich ist, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich gesehen. Die jederzeitige Widerruflichkeit oder Kündbarkeit des Einverständnisses mit dem Lastschrifteinzug wird damit begründet, dass die Zahlung im Lastschriftverfahren eine besondere Handlung des Gläubigers voraussetzt, die niemandem aufgezwungen werden kann.⁶ Nachdem

¹ www.jhl.de, dort „News“ - „Vorträge Dr. Lützenkirchen“.

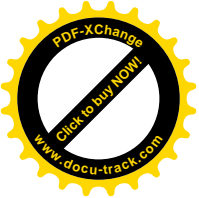
² vgl. BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 257/06, NJW 2007, 2760.

³ BGBl. I S. 1149.

⁴ BGBl. I S. 1425.

⁵ BGH v. 12.3.2008 - VIII ZR 71/07, WuM 2008, 290 = GE 2008, 796.

⁶ *Canaris* in Staub, HGB, 4. Aufl., Bankvertragsrecht, I. Teil, Rz. 649.



der BGH zunächst dieser Ansicht zuzuneigen schien,⁷ hierfür aber eine **5** ständliche Mitteilung“ des Gläubigers an den Schuldner verlangte, hat er in einer späteren Entscheidung ausgeführt, der Lastschriftgläubiger könne sich nicht einseitig von dem vereinbarten Einzug im Lastschriftverfahren lösen.⁸ Diese Ansicht spricht für das Erfordernis einer vertraglichen und somit einvernehmlichen Änderung eines Schuldverhältnisses, wozu auch die Vereinbarung einer Leistungsmodalität gehört.

Solange eine einvernehmliche Beendigung des Abbuchungsverfahrens nicht erfolgt, kommt bei wiederholten Rücklastschriften ein Recht des Gläubigers (= Vermieters) zur Kündigung des Lastschriftverfahrens gemäß § 314 Abs. 1 BGB in Betracht.⁹ Dies setzt aber ebenfalls eine eindeutige auf die Beendigung des Verfahrens gerichtete Willenserklärung voraus.

Diese Auffassung erscheint zweifelhaft. Unabhängig von der Frage, ob § 314 BGB im laufenden Mietverhältnis wegen der spezielleren Regelungen in § 543 BGB überhaupt anwendbar ist, wird damit eine Teilkündigung zugelassen, die dem Mietrecht grundsätzlich fremd ist. Ohne die ausdrücklich vereinbarte Widerrufsmöglichkeit kann sich der Vermieter daher nicht einseitig von der Abrede, die die Miete werde im Lastschritteinzugsverfahren gezahlt, lösen. Immerhin kann er aus Schadensminderungsgesichtspunkten verpflichtet sein, nach mehrfachem wiederholten Rücklastschriften dem Mieter mitzuteilen, dass von der Ermächtigung in der Zukunft kein Gebrauch mehr gemacht wird, und/oder auf Kontodeckung klagen. Tritt in der Zwischenzeit ein ausreichender Mietrückstand ein, kann er nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB kündigen.

4 Konkurrenz von Kündigungsrecht und Optionsklausel

Enthält ein Gewerberaum-Mietvertrag neben Optionen auch Regelungen zur Kündigung, ergeben sich in der Praxis oft Auslegungsprobleme. Im konkreten Fall bestand ein zweimaliges Optionsrecht, dass jeweils sechs Monate vor Vertragsende ausgeübt werden musste. Daneben war geregelt, dass sich der Mietvertrag jeweils um ein Jahr verlängern sollte und mit der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt werden konnte. Schließlich war vorgesehen, dass „über weitere Optionsrechte“ verhandelt werden konnte.¹⁰ Der Mieter hatte die erste Option ausgeübt. Sechs Monate nach Ablauf der durch diese Option verlängerten Mietzeit teilte er dem Vermieter mit, dass er nun die zweite Option ausübe. Dem widersprach der Vermieter, der weitere sechs Monate später kündigte.

Der Mieter hatte sein Recht auf Ausübung der Verlängerungsoption dadurch verloren, dass er die zweite Option verspätet und damit unwirksam ausgeübt hatte.¹¹ Damit verlängerte sich das Mietverhältnis automatisch um jeweils ein Jahr und konnte von dem Vermieter mit der ordentlichen Kündigungsfrist ordentlich gekündigt werden. Ein Wiederaufleben der Optionsrechte war ausgeschlossen, weil die Ausübung der Optionsrechte, und dazu gehört auch die vereinbarte Verhandlungsoption, von einer vorhergehenden wirksamen und fortlaufenden Optionsrechtsausübung abhängt. Der zwischenzeitliche Nichtgebrauch einer Option bringt die Optionsrechte insgesamt zum

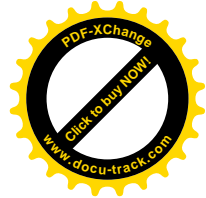
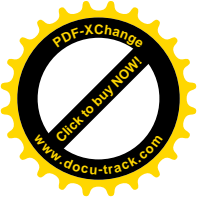
⁷ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

⁸ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

⁹ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

¹⁰ OLG Düsseldorf v. 6.9.2007 – 10 U 25/07, ZMR 2008, 785.

¹¹ OLG Düsseldorf v. 6.9.2007 – 10 U 25/07, ZMR 2008, 785.



Erlöschen.¹² Die Regelungen könnten nicht dahin ausgelegt werden, dass die 6
ten Optionsrechte, die nach jeweils sechs Monate vor Vertragsende geltend zu machen
waren, auch dann geltend gemacht werden konnten, wenn die ursprüngliche Grundmietzeit von
zehn Jahren sich aufgrund der automatischen Verlängerungsklausel jeweils um ein Jahr verlängert
hatte. Ein solches Verständnis soll jedoch nicht interessengerecht sein, weil es die Vermieterseite
einseitig benachteiligt.¹³

5 Schriftform

5.1 Sinn und Zweck des § 550 BGB

§ 550 BGB will in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Geset-
zes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt (§
566 Abs. 1 BGB), dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann.¹⁴

Dazu muss der Vertrag dem Erwerber nicht vollständige Gewissheit darüber verschaffen,¹⁵ ob der
Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch be-
steht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben wurde. Denn soweit ein Ein-
tritt des Grundstückserwerbers in den Mietvertrag nicht stattfindet, weil dieser nicht oder nicht
mehr besteht, bedarf es auch nicht des Schutzes der Schriftform vor einer langjährigen Bindung an
unbekannte Bedingungen.¹⁶ Wenn etwa die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption für
eine Vertragspartei vorsieht, kann der Grundstückserwerber dieser nicht entnehmen, ob die Option
vor dem Eigentumserwerb ausgeübt wurde oder nicht. Der Erwerber ist aber durch die aus der Ur-
kunde ersichtliche Option hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich bei seinem Ver-
käufer zu erkundigen.¹⁷

Andererseits erschöpft sich der Zweck der Schriftform des § 550 BGB nicht in dem Schutz eines spä-
teren Erwerbers. Denn ansonsten hätte es nahe gelegen, die Möglichkeit zur ordentlichen Kündi-
gung auf diesen Erwerber zu beschränken. Deshalb erstreckt sich der Schutz auch auf die ursprüng-
lichen Vertragsparteien,¹⁸ die vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen geschützt
werden sollen und denen die Schriftform des § 550 BGB dazu dient, die Beweisbarkeit langfristiger
Abreden sicherzustellen.¹⁹ Davon ist offensichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, indem er
durch das Mietrechtsreformgesetz die frühere Vorschrift des § 566 BGB in Kenntnis dieser Recht-
sprechung nur mit redaktionellen, aber ohne inhaltliche Änderungen als § 550 BGB übernommen
hat.²⁰

¹² vgl. [OLG Hamburg](#), NZM 1998, 333 m.w.N.

¹³ OLG Düsseldorf v. 6.9.2007 – 10 U 25/07, ZMR 2008, 785.

¹⁴ BGH v. 18.12.2002 - XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248, 1249 m.w.N.

¹⁵ BGHZ 154, 171, 180 = NJW 2003, 2158, 2160; BGHZ 136, 357, 370 f. = NJW 1998, 58, 61.

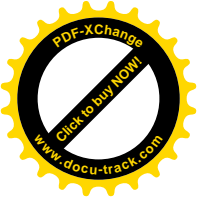
¹⁶ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346, 3347.

¹⁷ BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, NJW 2007, 3273, 3275.

¹⁸ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GuT 2008, 284 = GE 2008, 798 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482.

¹⁹ vgl. BGHZ 81, 46, 51 = NJW 1981, 2246, 2247 (zur Warnfunktion) und BGHZ 136, 357, 370 = NJW 1998, 58, 61 sowie BGHZ 139,
123, 130 = NJW 1998, 2664, 2666 (zur Beweis- und Warnfunktion).

²⁰ vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 47 = BR-Drucks. 439/00 S. 118.



5.2 Dokumentation der Vertretung einer Mietpartei

7

Die Schriftform ist grundsätzlich nur dann gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere über den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde (vgl. aber § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB) ergibt.²¹ Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Dies wurde für die Gesellschafter einer GbR²² und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft²³ entschieden. Ein Vertretungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder als Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat.²⁴

Ist die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise hinreichend bestimmbar, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt.²⁵ Gleiches gilt, wenn der Vertrag auf Seiten einer als Mietvertragspartei genannten GmbH ohne nähere Kennzeichnung des Vertretungsverhältnisses unterschrieben worden ist.²⁶

Auch eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht würde der Schriftform dann nicht entgegenstehen.²⁷ Ob der Mietvertrag bereits mit dieser Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern des Vertragsschlusses. Denn wie ausgeführt will § 550 BGB den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob überhaupt ein Vertrag besteht.²⁸

Nach diesen Grundsätzen ist die Schriftform des § 550 BGB durch einen Mietvertrag gewahrt, in dem die Ehefrau des Unterzeichners, die Eigentümerin, als Vermieterin aufgeführt ist und der Ehemann auf der Unterschriftenzeile „Vermieter“ ohne Vertretungszusatz unterschreibt.²⁹ Dem steht auch nicht entgegen, dass der Ehemann den Vertrag möglicherweise nur mit seinem Nachnamen unterschrieben hat, der sich nicht von dem Nachnamen seiner Ehefrau, der Vermieterin, unterscheidet. Damit war für die Vertragsparteien, aber auch für einen späteren Erwerber, aus der Vertragsurkunde ersichtlich, dass entweder die Vermieterin persönlich oder ein namensgleicher Vertreter unterschrieben hat, was beides für die Einhaltung der Schriftform ausreicht. Ob in solchen

²¹ vgl. insoweit BGHZ 160, 97, 102 f. = NJW 2004, 2962, 2963 f.

²² BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, NJW 2004, 1103; BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053, 3054.

²³ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3391.

²⁴ BGH v. 22.2.1994 - LwZR 4/93, NJW 1994, 1649, 1650 f.

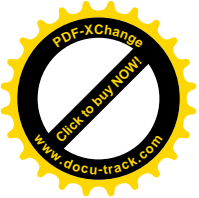
²⁵ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GE 2008, 798; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346 f.; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2226.

²⁶ BGH v. 19. September 2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346 f.

²⁷ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GE 2008, 798 = NJW 2008, 2178 = NZM 2008, 482.

²⁸ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 121/05, NJW 2007, 3346, 3347; BGH v. 6.4. 2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2226.

²⁹ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, GuT 2008, 284 = GE 2008, 798 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482.



Fällen überhaupt eine Vertretung vorliegt und ob ein Vertreter dazu bevollmächtigt war, ist eine Frage des Zustandekommens des Vertrages und für die Einhaltung der Schriftform unerheblich. **8**

5.3 Beschreibung des Mietobjektes

Unerlässlich für die Einhaltung der Schriftform ist die genaue Umschreibung des Mietobjektes.³⁰ Insoweit wird der Schriftform genügt, wenn sich der Gesamthalt des Mietvertrages aus dem Zusammenspiel verstreuter Bestimmungen ergibt, sofern die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit der einzelnen Schriftstücke oder Skizzen in geeigneter Weise kenntlich gemacht haben.³¹ Die nur vage Beschreibung der Mietsache (400 – 500 m²), die vom Mieter nach Fertigstellung bezogen werden sollen, ist nicht ausreichend.³² Zur Beschreibung einer Wohnung³³ oder einer Gewerbeeinheit³⁴ muss grundsätzlich deren Lage im Haus oder der Etage jedenfalls dann mitgeteilt werden, wenn mehrere Einheiten bestehen.

Die Beschreibung in einer nachträglichen (formwirksamen) Urkunde heilt eine möglicherweise nicht ausreichende Beschreibung, wenn Bestandteil der (nachträglichen) Urkunde ein Lageplan ist, der sechs Gebäude umfasst, deren Gebäudeart und Nutzflächen darin (rechts neben der Grundrisszeichnung) spezifiziert werden und außer Wohnungen und Büroflächen darin auch Ladenflächen ausgewiesen sind, aber nur ein "SB-Markt" bzw. "Lebensmittelmarkt" im Erdgeschoss des Gebäudes 5, dessen mit 966 qm angegebene ca.-Nutzfläche als einzige der im Mietvertrag angegebenen "Gesamtgröße von ca. 1.060 qm" annähernd entspricht, genügt diese Angabe den Bestimmtheitsanforderungen, wenn das Erdgeschoss des Gebäudes 5 weitere Räume nach dieser Aufstellung nicht umfasst und die anderen Ladenflächen mit Nutzflächen zwischen 294 qm und 477 qm ausgewiesen sind.³⁵

Wird eine Nachtragsvereinbarung geschaffen, ist die Bezeichnung des Gebäudes ohne genaue Beschreibung der Räumlichkeiten ausreichend, weil die bestehende Nutzung durch den Mieter als Auslegungshilfe herangezogen werden darf.³⁶

5.4 Fehlende Beschreibung von Nebenflächen

Der Schriftform bedürfen nicht solche Abreden, die für den Vertragsinhalt, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind.³⁷ Dazu gehört grundsätzlich die Mitteilung der Lage eines evtl. mitvermieteten Stellplatzes oder Kellerraumes. Wird der Raum nur als solches angegeben, ist die Klausel so auszulegen, dass der Vermieter die Lage gemäß § 315 BGB

³⁰ BGH v. 30.6.1999 – XII ZR 55/97, WuM 1999, 516, 517; BGH v. 21.1.1999 – VII ZR 93/97, WuM 1999, 286.

³¹ BGH v. 30.6.1999 – XII ZR 55/97, WuM 1999, 516, 517; OLG Hamm v. 11.3.1998 - 33 U 89/97, ZMR 1998, 622.

³² KG v. 17.8.2006 – 8 U 33/06, NZM 2007, 248.

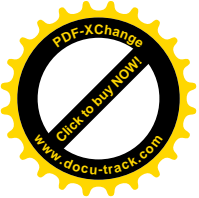
³³ LG Gießen v. 10.11.2006 – 1 S 221/06, WuM 2007, 11.

³⁴ BGH v. 2.11.2005 – XII ZR 233/03, ZMR 2006, 116, 118.

³⁵ BGH v. 21.11.2007 – XII ZR 149/05, GE 2008, 197 = GuT 2008, 38.

³⁶ OLG Düsseldorf v. 23.8.2007 - I-24 U 4/07, GuT 2008, 110 m.w.N.

³⁷ BGHZ 142, 158, 161 f.; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 198/05, NJW 2008, 365 = GE 2008, 803, Tz. 11, jeweils m.w.N.



bestimmen kann.³⁸ Vertragsinhalt, der grundsätzlich aus der Sicht des Zeitpunkts der Unterzeichnung zu beurteilen ist,³⁹ ist in einem solchen Fall, dass der Vermieter dem Mieter einen Kellerraum zuweist, wenn mehrere Kellerräume zur Verfügung stehen.⁴⁰ Die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts gemäß § 315 Abs. 2 BGB (hier: durch Zuweisung des Keller-raums) bedarf regelmäßig keiner Form.⁴¹ Im Übrigen können selbstverständlich auch „ca. 45 Stellplätze zur Mitbenutzung“ vermietet werden, wenn sich deren ungefähre Lage aus einem beigefügten Lageplan ergibt.⁴²

Doch selbst wenn die Überlassung eines bestimmten Kellerraums auf einer mündlichen Einigung der Parteien beruht, ist das Schriftformerfordernis gewahrt. Zwar muss unter anderem grundsätzlich feststellbar sein, welche Räume vermietet sind.⁴³ Eine Vereinbarung über die Lage und die Größe eines von mehreren Kellerräumen außerhalb der Wohnung, der nicht zu Wohnzwecken dient, sondern Neben- bzw. Zuhörerraum der Wohneinheit ist, gehört wegen der untergeordneten Bedeutung eines solchen Kellerraums grundsätzlich nicht zu den wesentlichen Bestandteilen (*essentialia negotii*) eines Wohnraummietvertrags.⁴⁴

Wesentliche Bedeutung haben aber die im Vertrag bezeichnete „notwendige Fläche für die Anlieferung“.⁴⁵ Denn diese Formulierung lässt den konkreten Umfang der Fläche offen und lässt sich daher vor Ort nicht feststellen.

5.5 Ausreichende Bezugnahme im Nachtrag

Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamtinhalt 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.⁴⁶ 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.⁴⁷

Diese Anforderungen sind nicht erfüllt, wenn in der Nachtragsurkunde nicht auf alle Schriftstücke Bezug genommen wird, aus denen sich sämtliche wesentlichen Vertragsabreden ergeben.⁴⁸ Denn

³⁸ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 71/07, WuM 2008, 290 = GE 2008, 796 = ZMR 2008, 608; OLG Frankfurt/M. v. 21.2.2007 – 2 U 220/06, ZMR 2007, 532; a.A. für den Fall, dass eine separate Miete für den Keller vereinbart wurde: AG Gießen v. 12.7.2004 – 48-M C 208/04, WuM 2004, 472.

³⁹ BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, ZMR 2007, 611 = GE 2007, 1375 = NZM 2007, 443 Tz. 26.

⁴⁰ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 28.

⁴¹ BGH v. 8.11.1968 - V ZR 58/65, WPM 1968, 1394, unter II b; BGH v. 21.10.1983 - V ZR 121/82, NJW 1984, 612, unter II 2 m.w.N.; MünchKommBGB/*Gottwald*, 5. Aufl., § 315 BGB Rz. 34; Palandt/*Grüneberg*, 67. Aufl., § 315 BGB Rz. 11; Staudinger/*Rieble*, BGB (2004), § 315 Rz. 272)

⁴² BGH v. 21.11.2007 – XII ZR 149/05, GE 2008, 197 = GuT 2008, 38.

⁴³ BGHZ 55, 248, 249; BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 233/03, WPM 2006, 499, Tz. 20.

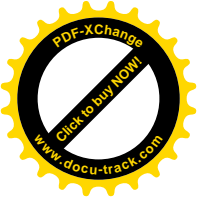
⁴⁴ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 71/07, WuM 2008, 290 = GE 2008, 796.

⁴⁵ OLG Rostock v. 10.7.2008 – 3 U 108/07, NZM 2008, 646.

⁴⁶ BGHZ 142, 158, 161; BGH v. 7.7.1999 - XII ZR 15/97, NJW 1999, 3257, 3258; BGH v. 10.10.2001 - XII ZR 93/99, NJW-RR 2002, 8; BGH v. 18.12.2002 - XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248; BGH v. 25.7.2007 - XII ZR 153/05, NJW 2007, 3202.

⁴⁷ BGH v. 18.12.2002 - XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248.

⁴⁸ BGH v. 9.4.2008 – XII ZR 89/06, GE 2008, 805 = ZMR 2008, 701.



insoweit fehlt es an der für die Wahrung der Schriftform erforderlichen lückenlosen **10** Dokumentation der Einigung. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Mieter in der ursprünglichen Vertragsurkunde den Vorbehalt einer Nachprüfung der Baubeschreibung klärt, dieser Vorbehalt später durch einvernehmliche Regelung aufgehoben wird, dabei aber gleichzeitig Regelungen zum Übergabetermin vereinbart werden und in einem (noch) späteren Nachtrag über einen Mieterwechsel nach Invollzugsetzung des Mietvertrages allein auf die ursprüngliche Vertragsurkunde Bezug genommen wird.

5.6 Heilungsverpflichtung vor Kündigungsausspruch?

Ein Ausschluss der Anwendbarkeit des § 550 BGB aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kommt nur in besonders krassen Ausnahmefällen in Betracht, in denen das wirtschaftliche Ergebnis schlechthin untragbar wäre, etwa wenn die andere Vertragspartei durch die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses ernsthaft in ihrer Existenz bedroht würde.⁴⁹ Insoweit ist es grundsätzlich unbedeutend, wer den Vertragstext gestellt hat, solange nicht eine Partei arglistig von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder bewusst die Formunwirksamkeit des Vertrages herbeigeführt wurde.⁵⁰

Eine sog. Nachholklausel bedingt die Anwendung des § 550 BGB nicht unmittelbar ab, denn die Parteien haben nicht bestimmt, dass die Kündigung unter Berufung auf einen Schriftformmangel ausgeschlossen wird. Die Klausel verpflichtet die Vertragsparteien vielmehr dazu, an der Herstellung einer ordnungsgemäßen Schriftform des Vertrages und von Nachträgen sowie an der Heilung späterhin entdeckter Schriftformmängel mitzuwirken.

Die bislang zu dieser Frage ergangene obergerichtliche Rechtsprechung⁵¹ und auch große Teile der Literatur⁵² haben die ordentliche Kündigung wegen eines im Sinne einer Nachholungsklausel heilbaren Formverstoßes für treuwidrig erachtet. Nach vereinzelter Ansicht⁵³ soll bei individualvertraglichen Vereinbarungen zunächst durch Auslegung zu ermitteln sein, ob die Vertragspartner nur die Ursprungsparteien oder auch die jeweiligen Rechtsnachfolger binden wollten; sollten auch die Rechtsnachfolger gebunden werden, sei selbst bei individualvertraglicher Gestaltung die Regelung wegen Verstoßes gegen den zwingenden § 550 BGB unwirksam.

Steht allein die Wirksamkeit der Kündigung und der Fortbestand des Mietvertrags im Streit, soll es auf die Streitfrage nicht darauf ankommen.⁵⁴ Denn § 550 BGB stehe als zwingendes Recht nicht zur Disposition der Parteien.⁵⁵ Davon könne nach § 242 BGB nur in krassen Ausnahmefällen abgewi-

⁴⁹ BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06; BGH v. 25.7.2007 - XII ZR 143/05, NJW 2007, 3202; BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, NJW 2004, 1103; BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NZM 2006, 699 = MDR 2007, 78; OLG Köln v. 23.9.2005, 1 U 43/04, GuT 2006, 14; Horst, MDR 2008, 365; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Hildebrandt, ZMR 2007, 588.

⁵⁰ OLG Rostock v. 10.7.2008 – 3 U 108/07, NZM 2008, 646.

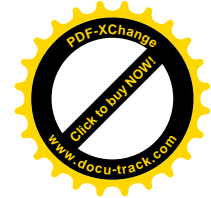
⁵¹ vgl. u.a. KG v. 13.11.2006, 8 U 51/96 - NJW-RR 2007, 805; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 - I-24 U 264/03, DWW 2004, 224; OLG Köln v. 23.9.2005 - 1 U 43/04, OLG 2005, 697; OLG Celle v. 22.7.2004 - 13 U 71/04, NZM 2005, 219.

⁵² Möller, ZfIR 2008, 87; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Wichert, ZMR 2006, 257; Horst, MDR 2008, 365; Jud, NZM 2006, 913, 916; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiets, 2006, Kap. 6 Rz. 62; MünchKommBGB/Bieber, 5. Aufl., § 550 BGB Rz. 19.

⁵³ Leo, NZM 2006, 815, 816; ähnlich differenzierend Timme/Hülk, NJW 2007, 3313.

⁵⁴ OLG Rostock v. 10.7.2008 – 3 U 108/07, NZM 2008, 646.

⁵⁵ LG Berlin v. 8.3.1991, 64 S 394/90, WuM 1991, 498; RegE, BT-Drucks. 14/4553, S. 47; Börstinghaus in Börstinghaus/Eisenschmid, AK Neues Mietrecht, 2001, S. 157; Both in Herrlein-Kandelhard, MietRecht, 3. Aufl., § 550 BGB Rz. 39; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 550 BGB Rz. 2; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Eckert, ZfIR 2007, 666.



chen werden, nämlich wenn die Anwendung der Norm und damit das Kündigungsrecht der Beklagten zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führen oder den Kündigungsgegner in seiner Existenz bedrohen würde. Ansonsten würden die Formvorschriften des BGB weitgehend ausgehöhlt.⁵⁶ Bereits die Möglichkeit des gekündigten Vertragspartners, gegenüber dem Kündigenden Schadensersatz u.U. wegen Verletzung einer Vertragspflicht aus §§ 280 ff. BGB geltend machen zu können, lasse das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles verneinen. Allein der Grundsatz "pacta sunt servanda" begründe kein untragbares Ergebnis, denn die Anwendung des § 550 BGB führe regelmäßig zur Durchbrechung dieses Grundsatzes. Insbesondere begründe die Kündigung des Mieters keinen Verstoß gegen den Grundsatz *dolo agit, quod statim redditurus est*.⁵⁷ Die Heilungsklausel könne vor allem nicht dahin verstanden werden, dass sie quasi wie ein Vorvertrag zum Abschluss eines neuen Mietvertrages zu den alten Bedingungen verpflichte.⁵⁸ Mit einem solchen Verständnis würde die Grenze zulässiger Auslegung ersichtlich überschritten, weil die Klausel einen bestehenden Mietvertrag voraussetze. Die Frage, ob mittels eines formlosen Vorvertrages die Pflicht zum Abschluss eines langfristigen § 550 BGB genügenden Mietvertrages begründet werden könne, stelle sich nicht.⁵⁹

6 Schönheitsreparaturen

6.1 Rauchen und Schönheitsreparaturen

Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nach § 538 BGB nicht zu vertreten. Hierunter fällt grundsätzlich auch das (normale) Rauchen.⁶⁰ Ob allerdings "exzessives" Rauchen in der Wohnung zu Schadensersatzansprüchen des Vermieters führen kann, hatte der BGH offen gelassen. Nach einer verbreiteten Ansicht ist das zu verneinen.⁶¹ Danach ist auch exzessives Rauchen vom vertragsgemäßen Mietgebrauch gedeckt, weil es als Teil eines sozialadäquaten Verhaltens in der Wohnung als Zentrum seiner Lebensgestaltung hinzunehmen sei. Nach anderer Ansicht ist exzessives Rauchen geeignet, Schadensersatzansprüche des Vermieters zu begründen.⁶²

Nach Auffassung des BGH geht das Rauchen in einer Mietwohnung über den vertragsgemäßen Gebrauch hinaus und begründet eine Schadensersatzpflicht des Mieters, wenn dadurch Verschlechterungen der Wohnung verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen im Sinne des § 28 Abs. 4 Satz 3 II.BV beseitigen lassen, sondern darüber hinausgehende Instandsetzungsarbeiten erfordern.⁶³ Das soll unabhängig davon gelten, ob ein Renovierungsbedarf bereits vorzeitig entstanden ist. Der Vermieter werde dadurch, dass der Mieter die durch Tabakkonsum verur-

⁵⁶ für § 125 BGB *Hertel* in Staudinger, BGB, 2004, § 125 BGB Rz. 111.

⁵⁷ vgl. MünchKommBGB/*Roth*, 5. Aufl., § 242 BGB Rz. 373.

⁵⁸ vgl. BGH v. 29.9.1989, V ZR 1/88, BGHZ 108, 380.

⁵⁹ vgl. hierzu *Eckert*, ZfIR 2007, 666 m.w.N.

⁶⁰ BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915, Tz. 23.

⁶¹ LG Hamburg, WuM 2001, 469; LG Köln, WuM 1998, 596; LG Saarbrücken, WuM 1998, 689; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 538 BGB Rz. 3; MünchKommBGB/*Bieber*, 5. Aufl., § 538 Rz. 3; wohl auch *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl., S. 18 f.; *Dübbers*, MDR 2000, 878, 879.

⁶² LG Waldshut-Tiengen, DWW 2006, 287; LG Koblenz, ZMR 2006, 288; LG Baden-Baden, WuM 2001, 603; LG Paderborn, NZM 2000, 710; AG Magdeburg, NZM 2000, 657; AG Tuttlingen, NZM 1999, 1141; *Soergel/Heintzmann*, BGB, 13. Aufl., § 538 BGB Rz. 1; *Stapel*, NZM 2000, 595, 598; *Stangl*, ZMR 2002, 734, 735.

⁶³ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, WuM 2008, 213 = GE 2008, 533.



sachten Gebrauchsspuren nicht zu vertreten habe, soweit sie sich (noch) durch 12
heitsreparaturen beseitigen ließen, nicht unbillig benachteiligt. Denn er habe die Mög-
lichkeit, die Pflicht zur Ausführung der erforderlichen Schönheitsreparaturen auf den Mieter abzu-
wälzen.

*Der BGH hat seine Entscheidung unter den Vorbehalt gestellt, dass die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Derartige (formularmäßige) Rauchverbotsklauseln werden für unzu-
lässig gehalten, weil die die freie Entfaltung der Persönlichkeit behindern.⁶⁴ Dabei wird aber überse-
hen, dass Art. 2 GG unter der Einschränkung der allgemeinen Gesetze steht. Der über Art. 14 GG
geschützte Eigentümer kann die Nutzung seiner Immobilie bestimmen. Er entscheidet, ob ein ge-
werblicher oder privater Gebrauch stattfinden soll und kann nach Wegfall des Zweckentfremdungs-
verbots in vielen Gemeinden sogar Wohnungen leer stehen lassen. Wenn er – aus gutem Grund –
nicht möchte, dass auf seinem Grundstück geraucht wird und dies gut sichtbar (§ 305c Abs. 1 BGB)
und verständlich (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) deutlich macht, ist kein sachgerechtes Interesse erkenn-
bar, dass die Belange des Mieters, der sich für eine Nichtraucherwohnung entschieden hat, höher
einzustufen sind.*

6.2 Farbwahlklauseln

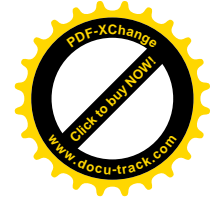
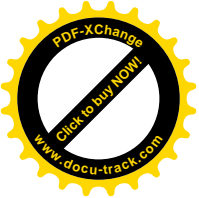
Der Vermieter ist insbesondere vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung daran
interessiert, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten,
die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Deshalb wird überwiegend angenom-
men, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietver-
hältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben.⁶⁵

Diese Interesse erkennt auch der BGH und hält eine Formularklausel, die dem Mieter eine Be-
schränkung auf helle, neutrale und deckende Farben einen etwas engeren Rahmen setzt, grund-
sätzlich für wirksam, soweit sie sich auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezieht und kei-
ne Festlegung auf eine spezielle Dekorationsweise enthält.⁶⁶ Sie stelle auf eine Bandbreite ab, die
zu den unterschiedlichsten Einrichtungsstilen passe und deshalb für weite Mieterkreise annehmbar
sei. Während der Mietzeit könne der Mieter nach Belieben dekorieren und selbst entscheiden, ob
er beispielsweise mit einem farbigen Anstrich in Kauf nehmen will, dass er am Ende des Mietver-
hältnisses einen Neuanstrich in neutralen Farben anbringen muss, obwohl die Dekoration noch
nicht abgenutzt ist, oder ob er es vorzieht, die Schönheitsreparaturen schon während des Mietver-
hältnisses entsprechend der Farbwahlklausel in "hellen, neutralen, deckenden Farben" auszufüh-
ren. Regelt die Vertragsbedingungen aber ausdrücklich die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsre-
paraturen auch während des Bestehens des Mietverhältnisses, ist sie unwirksam. Denn eine solche
Klausel verpflichte den Mieter dazu, die Wohnung auch während der Dauer des Mietverhältnisses
in einem der Farbwahlklausel entsprechenden Zustand "vorzuhalten".

⁶⁴ A.A. *Derleder*, NJW 2007, 812, 814; *Paschke*, NZM 2008, 265; *Horst*, MietRB 2008, 188 m.w.N.

⁶⁵ LG Hamburg, NZM 1999, 838 - grellgrüne Küche; LG Berlin, GE 1995, 115 und 249 - blau lackierte Türrahmen bzw. farbig gestrichene Heizkörper; LG Aachen, WuM 1998, 596 - farbig lackierte Naturholzrahmen; LG Frankfurt/Main, NZM 2007, 922 - Anstrich mit "rotem Vollton"; *Emmerich*, NZM 2000, 1165, 1161; *Kraemer*, NZM 2003, 417, 421; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 535 Rz. 270; zum Gesichtspunkt der Vertragsverletzung vgl. *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., S. 137 f.

⁶⁶ BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.



In einer weiteren Entscheidung hat der BGH ausdrücklich die Wirksamkeit von Farbwahlklauseln (Hamburger Holzklause) bestätigt, die sich auf die Rückgabe der Mietsache beziehen.⁶⁷ Die Klausel lautete:

"Lackierte Holzteile sind in dem Farbton zurückzugeben, wie er bei Vertragsbeginn vorgegeben war; farbig gestrichene Holzteile können auch in Weiß oder hellen Farbtönen gestrichen zurückgegeben werden."

Die Verpflichtung des Mieters, lackierte bzw. farbig gestrichene Holzteile in keinem anderen als den nach der Klausel zulässigen Farbtönen zurückzugeben, sei für sich genommen unbedenklich.⁶⁸ Die Klausel beschränke sich in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietwohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses. Auf diesen Zeitpunkt bezogen sei sie – isoliert betrachtet – schon deswegen unbedenklich, weil für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Interesse des Mieters an einer seinen Vorstellungen entsprechenden farblichen Gestaltung der Wohnung nicht mehr bestehe, das gegen das Interesse des Vermieters, die Mieträume in der von ihm gewünschten farblichen Gestaltung zurückzuerhalten, abzuwägen wäre. In Bezug auf "lackierte" Holzteile fehle es zwar an einem Gestaltungsspielraum hinsichtlich der farblichen Gestaltung, weil die Klausel den Mieter insoweit auf den allein zulässigen ursprünglichen Farbton festlege. Bei umfassender Würdigung der Interessen der Parteien sei aber auch diese Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeit des Mieters nicht zu beanstanden. Denn auf Seiten des Vermieters falle der Umstand ins Gewicht, dass bei einer transparenten Lackierung oder Lasur eine Veränderung des Farbtons entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit einem Eingriff in die Substanz der lackierten/lasierten Holzteile (Abschleifen) rückgängig gemacht werden könne. Eine Veränderung der Mieträume, die eine Substanzverletzung zur Folge habe, sei dem Mieter aber nicht gestattet.

6.3 Fensteranstrich

In der Praxis finden sich teilweise Klauseln, die den Begriff der Schönheitsreparaturen i.S.v. § 28 Abs.4 II.BV erweitern, indem sie etwa die Erneuerung von Teppichböden oder das Abziehen von Parkettböden der Renovierungspflicht zuordnen. Diese Klauseln halten den Anforderungen des § 307 BGB nicht stand.⁶⁹ Das Gleiche soll bei einer räumlichen Erweiterung z.B. auf den Außenanstrich der Fenster der gelten.⁷⁰

Diese Auffassung hat das KG jetzt bestätigt für den Fall, dass die Renovierungsklausel den Anstrich der Fenster nicht auf die Innenseite beschränke.⁷¹ Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sei davon auch der Außenanstrich erfasst, so dass eine Unwirksamkeit zumindest über § 305c Abs. 2 BGB anzunehmen sei. Dies führt zur Unwirksamkeit der gesamten Renovierungsklausel.

Das kann man auch anders sehen. Der BGH hat nämlich eine Klausel, in der zu den Schönheitsreparaturen ebenfalls der „Anstrich der Fenster“ gehören sollte, nicht beanstandet.⁷² Zwar wurde in der

⁶⁷ BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, WuM 2008, 722.

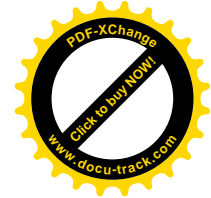
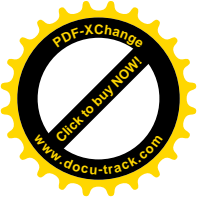
⁶⁸ BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, WuM 2008, 722.

⁶⁹ LG Köln, WuM 1989, 506.

⁷⁰ LG Berlin v. 11.6.2004 – 65 S 406/03, WuM 2004, 497.

⁷¹ KG v. 17.9.2007 – 8 U 77/07, GE 2008, 987.

⁷² BGH v. 6.10.2004 – VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 = NZM 2004, 903.



Entscheidung die relevante Formulierung nicht problematisiert. Die Klausel wurde **14** doch ausdrücklich für wirksam erklärt. Dies war für das LG Berlin⁷³ Anlass genug, nur den Fensteranstrich über § 307 BGB aus der Klausel zu eliminieren (blue-pencil-Test) und die vierungspflicht im Übrigen bestehen zu lassen.

6.4 Starre Fristen

Der BGH⁷⁴ sieht in Formulierungen, die die Fristen nicht nur als Orientierungshilfe darstellen, eine "starre" Fälligkeitsregelung, die zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters führt, und zwar selbst dann, wenn der Fristenplan mit der starren Formulierung in einem gesonderten Absatz geregelt ist.⁷⁵ Denn auch bei objektiv fehlender Renovierungsbedürftigkeit der Räume bestehe nach dem Wortlaut solcher Klauseln nach Ablauf der im Vertrag genannten Fristen die ausnahmslose Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen. Die Unzulässigkeit der Fristenbestimmung führt zur Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturverpflichtung insgesamt, weil sie sich unmittelbar auf den Inhalt der Renovierungspflicht auswirkt. Denn soll sich die Renovierungspflicht allein an festgelegten Zeiten orientieren, ist auch die Anzahl der während der Dauer eines Mietverhältnisses durchzuführenden Schönheitsreparaturen von dem Fristenplan abhängig, so dass die bestimmten Zeiten auch die wirtschaftliche Belastung festlegen.⁷⁶ Dies gilt selbst dann, wenn in der Klausel die Fristen nur durch Angabe eines nach Jahren zu bemessenden Zeitraums ohne jeden Zusatz bezeichnet sind⁷⁷ oder auf Regelfristen verwiesen ist.⁷⁸ Die Annahme eines starren Fristenplanes ist also nicht nur gerechtfertigt, wenn in Verbindung mit den Fristen „mindestens“, „spätestens“ oder „innerhalb“ formuliert wird. Dagegen soll die Übernahme der Formulierung des Mietmietvertrages 1976 zulässig sein und insbesondere nicht zur Annahme einer unzulässigen Bedarfsklausel führen.⁷⁹ Auch die Formulierung „in der Regel...spätestens...“ führt nicht zur Annahme einer starren Frist, da für den verständigen Mieter ersichtlich ist, dass innerhalb der Fristen eine Renovierung nur durchzuführen ist, wenn eine normale Abnutzung vorliegt.⁸⁰ Davon zu unterscheiden soll aber die Klausel sein, die den Mieter verpflichten soll, „regelmäßig“ innerhalb bestimmter Fristen zu renovieren.⁸¹ Denn eine solche Klausel soll von dem verständigen durchschnittlichen Mieter so zu verstehen sein, dass er spätestens innerhalb der genannten Fristen zu renovieren habe.

Ebenso unwirksam soll die Klausel sein, die formuliert: „Nach dem jeweiligen Grad der Abnutzung hat der Mieter die Schönheitsreparaturen regelmäßig nach Maßgabe folgenden Fristenplans durchzuführen....“.⁸² Die Klausel könne aus der Sicht des verständigen Mieters allein die Bedeutung

⁷³ LG Berlin v. 9.6.2008 – 67 S 7/08, GE 2008, 997.

⁷⁴ BGH v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, WuM 2004, 463 = NZM 2004, 653 = MietRB 2004, 313.

⁷⁵ BGH v. 22.9.2004 - VIII ZR 360/03, NZM 2004, 901 = DWW 2004, 328.

⁷⁶ BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, WuM 2006, 513.

⁷⁷ BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 178/05, WuM 2006, 248.

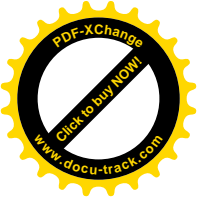
⁷⁸ LG Hannover v. 19.10.2005 – 12 S 49/05, WuM 2007, 191.

⁷⁹ BGH v. 28.4.2004 – VIII ZR 230/03, WuM 2004, 333 = NZM 2004, 497 = MietRB 2004, 253.

⁸⁰ BGH v. 13.7.2005 – VIII ZR 351/04, WuM 2005, 716 = ZMR 2005, 934; a.A. OLG Düsseldorf v. 7.10.2004 – I-10 U 70/04, WuM 2004, 603, 605 = NZM 2004, 866.

⁸¹ KG v. 22.5.2008 – 8 U 205/07, NZM 2008, 643 = GE 2008, 989 = ZMR 2008, 893.

⁸² KG v. 6.12.2007 – 8 U 135/07, ZMR 2008, 789.



haben, dass er die Schönheitsreparaturen nach dem jeweiligen Grad der Abnutzung, in jedem Fall aber spätestens innerhalb der genannten Fristen auszuführen habe. Durch die Verwendung des Wortes „regelmäßig“ werde der starre Fristenplan nicht beweglich. 15

In der Zwischenzeit steht fest, dass die für die Wohnraummiete entwickelten Grundsätze auch für Gewerberaummietverträge gelten.⁸³ Denn die der Anwendung des § 307 BGB zugrundeliegende gesetzliche Wertung unterscheide hinsichtlich der Einschränkung von Schönheitsreparaturen nicht zwischen der Wohn- und Gewerberaummiете.

6.5 Intransparente Abgeltungsklausel

Das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB normierte Transparenzgebot gebietet es, tatbestandliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen in Formularbedingungen so genau zu beschreiben, dass einerseits für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und andererseits der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann. Hieraus folgt für Abgeltungsklauseln, dass der Mieter daraus ermitteln können muss, wie hoch seine Belastung ist, wenn er unterdurchschnittlich abnutzt.⁸⁴

Diesen Anforderungen wird folgende Abgeltungsklausel nicht gerecht⁸⁵:

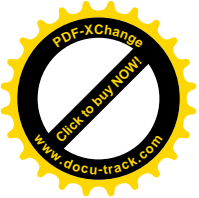
"Die Mieträume sind zum Vertragsablauf geräumt, sauber und in dem Zustand zurückzugeben, in dem sie sich bei regelmäßiger Vornahme der Schönheitsreparaturen - vgl. § 8 Ziff. 2 - befinden müssen, wobei aufgelaufene Renovierungsintervalle - vgl. § 8 Ziff. 2 - vom Mieter zeitanteilig zu entschädigen sind, und zwar nach Wahl des Mieters in Geld auf der Basis eines Kostenvoranschlages oder durch fachgerechte Renovierung durch den Mieter."

Es sei bereits zweifelhaft, ob der weitere Klauseltext, dass die Entschädigung nach Wahl des Mieters in Geld auf der Basis eines - nicht näher bezeichneten - Kostenvoranschlages oder durch fachgerechte Renovierung durch den Mieter zu geschehen habe, für einen durchschnittlichen Mieter hinreichend verdeutliche, dass Ausgangspunkt für die Berechnung der von ihm geschuldeten zeitanteiligen Entschädigung das Angebot eines Malerbetriebes für die (hypothetische) vollständige Renovierung der Wohnung sein solle. Vor allem aber könne der Mieter der Klausel nicht entnehmen, wie der von ihm zu tragende Anteil an einer mit Hilfe eines Kostenvoranschlags ermittelten Summe der Renovierungskosten (Abgeltungsquote) zu bestimmen sei. Nach der Klausel habe der Mieter "angelaufene Renovierungsintervalle zeitanteilig zu entschädigen". Was mit einem "angelaufenen Renovierungsintervall" gemeint sei und wie das für die konkrete Berechnung der dem Mieter auferlegten Abgeltungsquote maßgebliche Intervall ermittelt werden solle, werde nicht erläutert und könne der Klausel nicht entnommen werden. Dies gelte insbesondere für den Fall, dass während der Mietzeit nur eine unterdurchschnittliche Abnutzung der Dekoration eingetreten sei, z.B. trotz Ablaufs der für die Vornahme der Schönheitsreparaturen vorgesehenen Regelfristen noch kein Renovierungsbedarf bestehe.

⁸³ BGH v. 8.10.2008 - XII ZR 84/06, NZM 2008, 890.

⁸⁴ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 2632, Tz. 31.

⁸⁵ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 95/07, WuM 2008, 278 = GE 2008, 665 = ZMR 2008, 527 mit Anm. Schläger.



6.6 Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Renovierungsklausel

16

Ob der Vermieter die (unerwartete) Last der eigenen Renovierungsverpflichtung durch eine Mieterhöhung nach § 558 BGB kompensieren kann, ist umstritten.

Teilweise wird es für zulässig erachtet, dass ein Zuschlag auf die vereinbarte Miete bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter erhoben wird.⁸⁶ Ergänzend besteht die Auffassung,⁸⁷ dass der Vermieter den Zuschlag nur verlangen dürfe, wenn er zuvor dem Mieter Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturübernahme durch den Mieter angeboten habe. Teilweise wird auch ein Wahlrecht des Mieters, entweder der Mieterhöhung zuzustimmen oder den Vermieter an der Renovierungsklausel festzuhalten, angenommen.⁸⁸ Weiterhin ist die Meinung vertreten,⁸⁹ dass jedenfalls dann, wenn der Mieter zu erkennen gebe, dass er trotz Unwirksamkeit der Überbürdung der Schönheitsreparaturen auch in Zukunft für den Erhalt der Wohnung selbst zu sorgen bereit sei, es dem Vermieter verwehrt sei, einen Zuschlag auf die Miete durchzusetzen. Die Kompensationsmöglichkeit über die Mieterhöhung wird zum Teil mit dem Hinweis auf den Strafcharakter des § 307 BGB abgelehnt,⁹⁰ teilweise wird auf das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln abgestellt.⁹¹ *Emmerich*⁹² wendet sich bereits gegen das „Entgeltargument“, wonach Schönheitsreparaturen eine Gegenleistung des Mieters seien, und vertritt die Auffassung, dass die Gegenleistung des Mieters nur in der Miete bestehe, weshalb bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch kein Raum für eine Kompensation bestehe.

Der BGH⁹³ hat entschieden, dass der Vermieter nicht berechtigt ist, einen Zuschlag zur ortsüblichen Miete zu verlangen, wenn der Mietvertrag eine unwirksame Klausel zur Übertragung der Schönheitsreparaturen enthält. Nach § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB könne der Vermieter lediglich die Zustimmung zur Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen; einen darüber hinausgehenden Zuschlag sehe das Gesetz nicht vor. Er ließe sich auch nicht mit dem vom Gesetzgeber vorgesehenen System der Vergleichsmiete in Einklang bringen. Insoweit würden die jeweiligen Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung bilden. Der begehrte Zuschlag orientiere sich aber an den Kosten für die Vornahme der Schönheitsreparaturen. Mit der Anerkennung eines Zuschlags würde daher im nicht preisgebundenen Mietwohnraum ein Kostenelement zur Begründung einer Mieterhöhung ohne Rücksicht darauf herangezogen, ob diese Kosten am Markt durchsetzbar wären.

⁸⁶ OLG Karlsruhe v. 18.4.2007 – 7 U 186/06, WuM 2007, 454 = ZMR 2007, 439 = GE 2007, 909 = NZM 2007, 481; OLG Frankfurt/M. v. 28.11.2007 – 2 U 200/07, WuM 2008, 82; AG Bretten DWW 2005, 293; AG Frankfurt a.M. NJW 2005, 3294 = WuM 2005, 7221; AG Langenfeld NZM 2006, 178; *Stürzer*, WuM 2004, 512; *Warnecke*, WuM 2006, 188; *Both*, WuM 2007, 3; vgl. auch *Eisenhardt*, WuM 2008, 63.

⁸⁷ LG Düsseldorf v. 16.5.2007 – 21 S 375/05, WuM 2007, 456; LG Düsseldorf v. 18.5.2006, NZM 2006, 657 = WuM 2006, 387; *Kappes*, NJW 2006, 3031, 3033; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a Rz. 51; *ders.* NZM 2005, 931; *ders.* jurisPR-MietR 23/2005 Anm. 1.

⁸⁸ vgl. *Blank*, Folgen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln, S. 22.

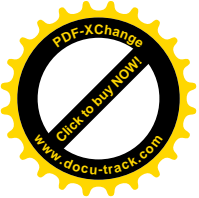
⁸⁹ LG Nürnberg-Fürth v. 18.11.2005, NZM 2006, 53 = WuM 2006, 53.

⁹⁰ vgl. *Ahlt*, DWW 2005, 96 = GuT 2005, 47.

⁹¹ vgl. *Hemming*, WuM 2005, 165; *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 173.

⁹² *Emmerich*, NZM 2006, 761.

⁹³ BGH v. 9.7.2008 – VIII ZR 83/07, WuM 2008, 487 = GE 2008, 1046 = ZMR 2008, 878; BGH v. 9.7.2008 – VIII ZR 181/07, GE 2008, 1117 = NZM 2008, 641 = DWW 2008, 256 = ZMR 2008, 879.



Das Problem ist damit nicht aus der Welt. Mit seinem Urteil vom 20.6.2007⁹⁴ hatte der VIII. Senat festgestellt, dass der Vermieter die Miete auch dann auf das ortübliche Niveau anheben darf, wenn die Anfangsmiete darunter lag. Maßgeblich sei allein, dass im Zeitpunkt der Mieterhöhung insoweit die Voraussetzungen des § 558 BGB vorliegen. Wenn sich ermitteln lässt, dass die ortsübliche Miete keine Kosten für Schönheitsreparaturen enthält, andernfalls am Markt eine höhere Miete gezahlt wird, liegen die Voraussetzungen des § 558 BGB vor. Die Ermittlung ist unschwer möglich. Andernfalls müsste auch in dem Fall der niedrigen Anfangsmiete geprüft werden, ob sich eine höhere Anfangsmiete am Markt durchsetzen lässt. Ob dies zu einem positiven Ergebnis führt ist zweifelhaft, zumal wenn ein Lockvogelangebot vorliegt.

17

Die notwendigen Ermittlungen sind ohne weiteres möglich. Immerhin vermietet die Bundesrepublik Deutschland (einer der größten Vermieter in der Republik) selber inklusive Schönheitsreparatur durch den Vermieter und weist dafür einen Betrag für Schönheitsreparaturen im Vertrag aus. Auch einige Versicherungskonzerne vermieten nach dieser Mietsstruktur.

Jedenfalls ist die Rechtslage im preisgebundenen Wohnraum anders. Hier gelten die Kostengesichtspunkte, so dass eine Erhöhung der Instandsetzungspauschale zulässig sein soll.⁹⁵

6.7 Endgültige Erfüllungsverweigerung durch Auszug?

Eine endgültige Erfüllungsverweigerung, die eine Fristsetzung z.B. nach § 281 BGB entbehrlich macht, ist nur anzunehmen, wenn der Mieter die Erfüllung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert,⁹⁶ im Ergebnis also kein Zweifel daran bestehen kann, dass der Mieter die Ausführung von Schönheitsreparaturen nicht vornehmen wird. Notwendig ist aber, dass der Vermieter dem Mieter deutlich macht, was er von ihm im Einzelnen erwartet bzw. welche Arbeiten durchgeführt werden sollen.⁹⁷ Allein die Erklärung, rechtlich nicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet zu sein, kann nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung bewertet werden.⁹⁸ Hierin liegt lediglich die Äußerung einer Rechtsansicht.

Zwar kann auch in dem Auszug an sich ohne Durchführung von Schönheitsreparaturen eine endgültige Erfüllungsverweigerung gesehen werden, insbesondere wenn der Mieter seine neue Anschrift nicht hinterlässt.⁹⁹ Hat der Vermieter jedoch vor dem Auszug in einem Schreiben den Eindruck erweckt, er werde nach der Räumung gesondert an ihn herantreten, stellt der bloße Auszug keine Erfüllungsverweigerung dar.¹⁰⁰

⁹⁴ BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 303/06, NZM 2007, 639.

⁹⁵ AG Schöneberg v.6.6.2008 – 17b C 295/07, GE 2008, 1495; a.A. *Wüstenfeld*, WuM 2008, 697.

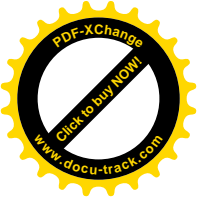
⁹⁶ BGH v. 16.6.1982 – VIII ZR 89/81, NJW 1982, 2316; BGH v. 10.12.1991 – XI ZR 48/91, 1992, 971.

⁹⁷ KG v. 30.10.2006 – 8 U 38/06, WuM 2007, 71.

⁹⁸ LG Wiesbaden v. 19.8.1985 – 1 S 6/85, WuM 1986, 113.

⁹⁹ LG Köln in *Lützenkirchen*, KM 31 Nr. 32.

¹⁰⁰ KG v. 9.6.2008 – 12 U 183/07, WuM 2008, 592 = GE 2008, 1127 = GuT 2008, 342.



7 Gewährleistung

18

7.1 Mangelhafte Leistung der Heizungsanlage

Solange eine Heizung die Mieträume ausreichend erwärmt, liegt ein Mangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch in einem nicht unerheblichen Umfang mindert, grundsätzlich nicht vor. Allerdings könnte wegen der zunehmenden Knappheit der Ressourcen und den damit verbundenen gesetzgeberischen Maßnahmen (vgl. z.B. die Verschärfung durch die EnEV 2007) die Annahme gerechtfertigt sein, dass Energiekostenanteile, die auf mangelnde Isolierung zurückzuführen sind, nicht zu Lasten des Mieters gehen können.¹⁰¹

Derartige Leitungsverluste können aber im Normalfall keinen Mangel der Mietsache begründen.¹⁰² Denn der Kostenaspekt sei für den Mangelbegriff irrelevant. Nur wenn erhöhte Kosten auf einem Mangel der Heizungsanlage beruhe, könne ein Mangel vorliegen. Das wiederum sei grundsätzlich nach dem Stand der Technik zum Zeitpunkt des Einbaus der Heizungsanlage zu beurteilen.

7.2 Rechtsmangel: Entzug des vertragsgemäßen Gebrauchs

§ 536 Abs. 3 BGB bestimmt die entsprechende Anwendung der Abs. 1 und 2 von § 536 BGB, wenn durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird. Allein der Bestand von Rechten Dritter, die dem Besitzrecht des Mieters vorgehen, begründet noch keine Leistungsstörung. Vielmehr muss der Dritte seine Rechte geltend gemacht haben, so dass der Vermieter seiner Verpflichtung zur Überlassung bzw. Belassung der Sache in dem geschuldeten Zustand ganz oder teilweise nicht mehr nachkommen kann. Entziehung des (vertragsmäßigen) Gebrauchs ganz oder zu einem Teil im Sinne des § 536 Abs. 3 BGB bedeutet nichts anderes als eine Störung des Mieters in dem ihm zustehenden Gebrauch.¹⁰³ Für eine derartige Störung ist nicht erforderlich, dass der Dritte seine Rechte tatsächlich durchsetzt oder gerichtlich geltend macht. Vielmehr kann schon die bloße mündliche Androhung des Dritten ausreichen, sein Recht geltend zu machen, wenn sie für den Mieter Anlass genug ist, daraufhin den Gebrauch zu unterlassen oder aufzugeben.¹⁰⁴

Zur Annahme einer Besitzstörung ist es deshalb nicht erforderlich, dass der Dritte den Mieter eine Frist zur Herausgabe der Mietsache setzt oder die gerichtliche Geltendmachung ihrer Herausgabeansprüche ankündigt.¹⁰⁵ Vielmehr reicht es aus, dass der Dritte mitteilt, er sei nicht bereit, den Mieter die Mietsache zu den mit dem Vermieter vereinbarten Konditionen nutzen zu lassen. Bereits dadurch macht er dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch streitig. Dies gilt erst recht, wenn der Dritte den Mieter nach seinem Auszug auf Zahlung eines erhöhten Mietzinses bzw. einer Nutzungsentschädigung für die gesamte Nutzungsdauer und darüber hinaus verklagt. Dass der Mieter ausgezogen ist, bevor der Dritte weitere Konsequenzen zog, ist unerheblich. Es kann den für den Rechtsmangel verantwortlichen Vermieter nicht entlasten, dass sich der Mieter dem

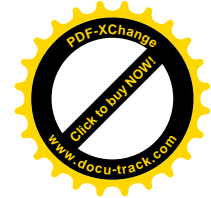
¹⁰¹ Vgl. dazu *Blank*, PiG 83, 141, 144 f.

¹⁰² KG v. 28.4.2008 – 12 U 6/07, GE 2008, 990 = ZMR 2008, 892 = GuT 2008, 344.

¹⁰³ BGH v. 12.5.1999 - XII ZR 134/97, NJW-RR 1999, 1239, 1240; *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2006, § 536 BGB Rz. 45; *Ermann/Jendrek*, BGB 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 21; *Palandt/Weidenkaff*, 67. Aufl., § 536 BGB Rz. 29.

¹⁰⁴ BGH v. 18.1.1995 - XII ZR 30/93, NJW-RR 1995, 715; BGH v. 23.12.1998 - XII ZR 49/97, NJW-RR 1999, 845; BGH v. 15.10.1999 - V ZR 141/98, NJW 2000, 291, 294.

¹⁰⁵ BGH v. 10.7.2008 – IX ZR 128/07, NZM 2008, 644 = MDR 2008, 1148 = GE 2008, 1253.



Rechtsstandpunkt des Drittberechtigten frühzeitig gebeugt hat. Hätte er hinhaltenden Widerstand geleistet, wäre durch den damit verbundenen Aufwand nur der Schaden vergrößert worden. Dafür müsste letztlich der Vermieter einstehen. 19

7.3 Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete unzulässig

Auch der BGH¹⁰⁶ ging bisher davon aus, dass der formularmäßige Ausschluss des Rechts zur Minderung in einem Mietvertrag über Gewerberaum die durch § 536 BGB vorgesehene Automatik verhindert, so dass der Mieter, der sich auf einen Mangel der Mietsache beruft, gezwungen war, die Mietzahlung unter Vorbehalt zu leisten und den zuviel gezahlten Betrag über § 812 BGB zurück zu verlangen.

Im Berichtsjahr hatte er zunächst folgende Formularklausel zu beurteilen:

"§ 7 Aufrechnung, Minderung, Mängel der Mietsache

(1) Der Mieter kann gegenüber dem Mietzinsanspruch und anderen Forderungen der Vermieterin aus diesem Vertrag nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen aufrechnen bzw. ein Rückbehaltsrecht ausüben.

(2) Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Mieter wegen eines Mangels der Mietsache oder wegen Verzugs der Vermieterin mit der Beseitigung eines Mangels ist ausgeschlossen, sofern die Vermieterin den Mangel bzw. den Vollzug mit der Mängelbeseitigung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat.

(3) Der Mieter kann gegenüber den Ansprüchen der Vermieterin auf Zahlung des Mietzinses und der Nebenkosten kein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen, es sei denn, die Vermieterin hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten. Dies gilt auch für Störungen des Mietgebrauchs durch Einwirkungen von außen."

Der BGH¹⁰⁷ hält die Klausel in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages für unwirksam. Es sei unklar, ob die Klausel dahingehend auszulegen sei, dass der Mieter bei einem Mangel, den der Vermieter nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich zu vertreten habe, umfassend mit seinem Minderungsrecht ausgeschlossen sei oder ob die Minderung zwar nicht durch sofortigen Abzug von der laufenden Miete vorgenommen werden könne, dem Mieter aber das Recht verbleibe, den Minderungsbetrag gesondert nach § 812 BGB verlangen zu können. Infolge dieser Unklarheit sei § 305c Abs. 2 BGB anzuwenden, wonach Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen würden. Die im Sinne eines allumfassenden Ausschlusses zu verstehende Klausel sei unwirksam. Denn der vollständige formularmäßige Ausschluss der Minderung benachteilige den Mieter unangemessen, weil ein solcher Ausschluss eine Verletzung der Kardinalpflicht des Vermieters, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, privilegieren, ohne dem Mieter eine andere Möglichkeit einzuräumen, das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung

¹⁰⁶ BGH v. 20.6.1984 – VIII ZR 337/82, NJW 1984, 2404; BGH v. 27.1.1993 - XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519.

¹⁰⁷ BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693.



tung wieder herzustellen.¹⁰⁸ Dies bewirkte auch eine unangemessene **20**
rung zu Ungunsten des Mieters.¹⁰⁹

Das gleiche Ergebnis gelte für Klauseln, in denen die Minderung nur wegen bestimmter Unzulänglichkeiten (generell) ausgeschlossen werde.¹¹⁰

Verklausuliert hat der BGH sich richtigerweise von seiner bisherigen Rechtsprechung zurückgezogen. Ein Minderungsausschluss wird kaum noch wirksam zu formulieren sein, ohne ausdrücklich das Rückforderungs- oder Klagerecht des Mieters zu erwähnen.

7.4 Schadensersatz

7.4.1 Vorrang des § 536a BGB beim Rechtsmangel

Bezieht sich das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen darauf, dass der Vermieter dem Mieter den unzutreffenden Eindruck vermittelt, er verhandle mit dem wahren Berechtigten und könne im Falle der Einigung ein Recht zum Besitz erwerben, wird ein dem Mieter entstandener Schaden, der aus der Entziehung der Sache durch den Drittberechtigten resultieren kann, durch §§ 536 Abs. 3, 536a BGB erfasst. Diese enthalten, soweit es um Rechtsmängel der Mietsache geht, eine abschließende Sonderregelung,¹¹¹ die die Haftung wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen ausschließen, wenn das Mietobjekt dem Mieter bereits überlassen worden war.

An diesen Grundsätzen ist festzuhalten,¹¹² obwohl die Rechtsprechung für die Rechtsmängelhaftung beim Kauf einen Vorrang des Gewährleistungsrechts gegenüber dem allgemeinen Recht der Leistungsstörungen abgelehnt hat.¹¹³ Denn schon wegen dogmatischer Überlegungen (besondere Erwähnung des Rechtsmangels in § 536 Abs. 3 BGB) ist dies bei der Miete ausdrücklich nicht übernommen worden.¹¹⁴

7.4.2 Verschuldenshaftung bei Kurzschluss

Um seiner Verpflichtung, die Mietsache in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten und den Mieter vor Schaden zu bewahren, erfüllen zu können, trifft den Vermieter eine Pflicht zur regelmäßigen Prüfung des Gebäudezustandes, wobei man Abstände von etwa 2 Jahren annimmt.¹¹⁵ Innerhalb der Wohnung des Mieters muss er jedoch nicht ohne konkreten Anlass Besichtigungen durchführen, um mögliche Gefahren für andere Mieter ggf. zu entdecken.¹¹⁶ Unabhängig davon entsteht

¹⁰⁸ vgl. KG v. 12.11.2007 – 8 U 194/06, GE 2008, 52, 53; LG Hamburg v. 16.6.2004 – 311 O 291/03, NZM 2004, 948; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rz. 363; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiets Kap. 14 Rz. 305; Fritz, Gewerberaummietsrecht, 4. Aufl., Rz. 171 b; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* Mietsrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rz. 426 ff.; a.A.: Erman/*Jendrek*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 31.

¹⁰⁹ vgl. *Sternel*, Gedächtnisschrift für Sonnenschein, S. 293, 298.

¹¹⁰ BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06, NZM 2008, 609 = GE 2008, 981 = ZMR 2008, 776.

¹¹¹ vgl. BGHZ 63, 132, 137; 136, 102, 106; BGH v. 29.11.1995 - XII ZR 230/94, NJW 1996, 714.

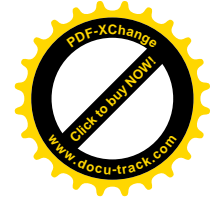
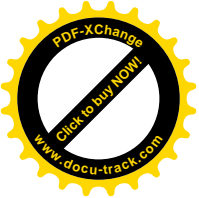
¹¹² BGH v. 10.07.2008 – IX ZR 128/07, NZM 2008, 644 = GuT 2008, 282.

¹¹³ vgl. BGHZ 65, 246, 252 f.; BGH v. 21.12.1984 - V ZR 206/83, NJW 1985, 2697, 2698; BGH v. 17.5.1991- V ZR 92/90, NJW 1991, 2700; BGH v. 19.11.1999 - V ZR 321/98, NJW 2000, 803, 804; BGH v. 6.4.2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875; BGH v. 26.9.2003 - V ZR 217/02, NJW 2004, 364 f.

¹¹⁴ dies übersieht *Emmerich* in Festschrift für Honsell, 2002, S. 209, 213.

¹¹⁵ *Löfflad* in Lützenkirchen, AHB Mietsrecht, H Rz. 4.

¹¹⁶ OLG Frankfurt/Main v. 7.3.2003 – 24 U 125/02, WuM 2003, 319.



eine Überprüfungspflicht aber vor allem, wenn der Mieter einen Mangel oder **21**
gen gefährlichen Zustand der Mietsache anzeigt (§ 536c BGB).

Diese Rechtslage hat der BGH¹¹⁷ im Zusammenhang mit einem Schaden durch Brand in der Nachbarwohnung bestätigt. Der Vermieter sei nicht verpflichtet, die Elektroleitungen und elektrischen Anlagen in den von ihm vermieteten Wohnungen ohne konkreten Anlass oder Hinweis auf Mängel einer regelmäßigen Überprüfung durch einen Elektrofachmann zu unterziehen. Die vertragliche Nebenpflicht, die Mietsache in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten erstrecke sich grundsätzlich auf alle Teile des Hauses. Ihm bekannt gewordene Mängel, von denen eine Gefahr für die Mietwohnungen ausgehen kann, müsse der Vermieter deshalb unverzüglich beheben. Er müsse im Rahmen seiner Verkehrssicherungspflicht aber keine regelmäßige Generalinspektion vornehmen. Allerdings könnten im Einzelfall besondere Umstände, wie zum Beispiel ungewöhnliche oder wiederholte Störungen, Anlass bieten, nicht nur einen unmittelbar zu Tage getretenen Defekt zu beheben, sondern eine umfassende Inspektion der gesamten Elektroinstallation durchzuführen.

7.5 Geltendmachen des § 320 BGB

Oftmals erheben Mieter erst nach anwaltlicher Beratung und dann auch erst im Prozess die Einrede des § 320 BGB, nachdem sie sich außergerichtlich allein auf Minderung wegen eines mangels der Mietsache berufen haben. Da die Einrede des § 320 BGB geltend gemacht werden muss, stellt sich die Frage, ob allein die Nichtzahlung in der Regel als stillschweigende Geltendmachung der Einrede ausgelegt werden kann.

Nach Auffassung des BGH¹¹⁸ kann der Mieter nachträglich sein Zahlungsverhalten nicht mit § 320 BGB unterlegen. Zwar müsse die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht ausdrücklich erhoben werden. Erforderlich sei aber, dass der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzuhalten, eindeutig erkennbar sei.¹¹⁹ Daran fehle es, wenn sich Mieter ausschließlich darauf berufen hätten, dass die eingeklagte Mietforderung zur einen Hälfte aufgrund einer Minderung und zur anderen Hälfte aufgrund einer Aufrechnung mit Rückgewähransprüchen nicht geschuldet bzw. erloschen sei.

7.6 Aufwendungsersatz nach § 539 BGB neben § 536a Abs. 2 BGB?

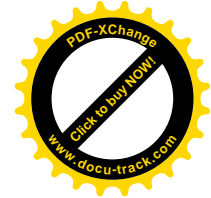
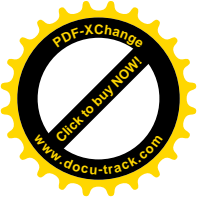
Nach § 539 Abs. 1 BGB kann der Mieter über die Voraussetzungen einer berechtigten (§ 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB) oder unberechtigten (§ 684 Satz 1, §§ 812 ff. BGB) Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, die der Vermieter nicht nach § 536a Abs. 2 BGB zu ersetzen hat. Hierzu wird teilweise vertreten, der Mieter könne in Fällen einer Selbstbeseitigung von Mängeln auf § 539 Abs. 1 BGB zurückgreifen, wenn die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BGB nicht vorliegen.¹²⁰

¹¹⁷ BGH v. 15.10.2008 – VIII ZR 321/07, GE 2008, 1555.

¹¹⁸ BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693.

¹¹⁹ BGH v. 7.10.1998 - VIII ZR 100/97, NJW 1999, 53; BGH v. 7.6.2006 - VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839, 2842.

¹²⁰ vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 539 BGB Rz. 3; Palandt/Weidenkaff, 66. Aufl., § 536a BGB Rz. 17, § 539 BGB Rz. 2; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 539 BGB Rz. 6; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, 1460 f., jew. m.w.N.



Diese Meinung hat der BGH verworfen¹²¹ und sich der überwiegenden Auffassung geschlossen.¹²² Der Anwendbarkeit des § 539 Abs. 1 BGB auf Fälle der eigenmächtigen Mängelbeseitigung durch den Mieter stehe insbesondere der Zweck des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen. Nach dieser gesetzlichen Wertung soll dem Vermieter der Vorrang bei der Beseitigung eines Mangels zukommen. Das diene zum einen deswegen auch seinem Schutz, weil er dadurch die Minderung der Miete (§ 536 BGB) oder Schadensersatzansprüche des Mieters (§ 536a Abs. 1 BGB) abwenden könne. Dieses Privileg solle es dem Vermieter zudem ermöglichen, die Mietsache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann, und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Würde ihm diese Möglichkeit genommen, würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern.¹²³

Ist die Mietsache renovierungsbedürftig, liegt ein Mangel der Mietsache vor, den der Vermieter beseitigen muss, solange die Schönheitsreparaturen nicht wirksam auf den Mieter übertragen wurden. Fraglich ist, ob die Ausschlusswirkung des § 536a Abs. 2 BGB auch vor Eintritt der Fälligkeit der Renovierung greift, also § 536a Abs. 2 BGB schon deshalb der Vorrang gebührt, weil sich der Zustand irgendwann einmal als Mangel auswirken kann.¹²⁴ Im Hinblick auf den Schutzzweck des § 536a BGB ist das zu bejahen.

7.7 Kündigung wegen Heizungsausfall

Nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache wieder entzogen wird. Darunter fällt jede erhebliche Störung des Mietgebrauchs durch das nachträgliche Auftreten eines Sach- oder Rechtsmangels, der aus der Sphäre des Vermieters stammt, ohne dass es auf ein Verschulden des Vermieters ankommt.¹²⁵ Eine mangelhafte Beheizung während der Heizperiode kann eine solche erhebliche Störung darstellen, wenn der Vermieter für die Beheizung zu sorgen hat

Das Funktionieren der Heizung in den Wintermonaten und in der Übergangszeit ist von erheblicher Bedeutung für die Gebrauchstauglichkeit; die Annahme eines unerheblichen Mangels ist nur bei sehr kurzem Heizungsausfall oder bei vorübergehend geringfügiger (1° C) Unterschreitung der erforderlichen Heizleistung gerechtfertigt.¹²⁶

Der Mieter von Gewerberaum kann erwarten, dass während der Heizperiode in den als Büro vermieteten Räumen eine Mindesttemperatur von 20° C erreicht wird.¹²⁷ Nach § 3 Abs. 1 ArbStättV müssen Arbeitsstätten so eingerichtet werden, dass von ihnen keine Gefährdung der Gesundheit

¹²¹ BGH v. 16.1.2008 – VIII ZR 222/06, WuM 2008, 147 = ZMR 2008, 281.

¹²² Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 536a BGB Rz. 165; Staudinger/*Emmerich*, 2006, § 536a BGB Rz. 41; Blank in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 539 BGB Rz. 11; Erman/*Jendrek*, BGB, 12. Aufl., § 536a BGB Rz. 13, 20; *Derleder*, NZM 2002, 676, 681 f.; AnwKommBGB/*Klein-Blenkers*, 2005, § 536a BGB Rz. 21, § 539 BGB Rz. 2; jew. m.w.N.

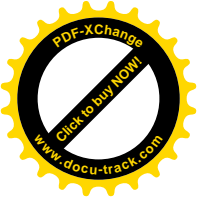
¹²³ vgl. BGHZ 162, 219, 227 ff. zum Kaufrecht; siehe auch BGH v. 11.10.1965 - VII ZR 124/63, NJW 1966, 39, unter I 4, zum Ausschluss von Bereicherungsansprüchen im Fall der Nichteinhaltung des Fristsetzungserfordernisses nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB(B).

¹²⁴ Vgl. dazu auch *Häublein*, www.mietgerichtstag.de/herbstveranstaltungen.php.

¹²⁵ vgl. *Bieber* in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Auflage, 2008, § 543 BGB Rz. 25; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 24.

¹²⁶ BGH, GE 2004, 1228 f. = NJW-RR 2004, 1450 ff.

¹²⁷ KG v. 20.4.2008 – 8 U 209/07, ZMR 2008, 790.



der Beschäftigten ausgeht. Nach Ziffer 3.5 des Anhangs zu § 3 Abs. 1 ArbStättV muss **23** eine gesundheitlich zuträgliche Raumtemperatur erreicht werden. Danach kann in Büroräumen eine Mindesttemperatur von 20° C verlangt werden.¹²⁸ Demnach kann der Mieter (hier: Steuerbüro) fristlos kündigen,¹²⁹ wenn die Wärmeversorgung in den Mieträumen in den Monaten November/Dezember anhaltend, allenfalls mit kurzen Unterbrechungen, so gestört war, dass Temperaturen bestanden, die zum Teil sehr viel weniger als 20° C betragen mit der Folge, dass der Gebrauch der Mietsache empfindlich beeinträchtigt war. Dies vor allem dann, wenn eine Tätigkeit in den Gewerberäumen vorwiegend sitzend ausgeübt wird, so dass sich die Möglichkeit einer Erwärmung durch Bewegung - anders als bei einer Arbeit als Serviererin in einer Gaststätte¹³⁰ - eher nicht ergibt.

8 Betriebskosten

8.1 Prozessuale Durchsetzung der Kosten des Hauswarts

Zu den umlagefähigen Kosten für den Hauswart gehören die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die der Eigentümer dem Hauswart für seine Arbeit gewährt, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft (§ 2 Nr. 14 BetrKV). Danach sind die Kosten für den Hauswart, die der Instandhaltung und Instandsetzung sowie Verwaltungstätigkeiten zuzurechnen sind, nicht umlagefähig. Vor diesem Hintergrund muss der Vermieter die Kosten der umlagefähigen Hauswartstätigkeit einerseits und die nicht umlagefähigen Verwaltungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten andererseits nachvollziehbar aufschlüsseln, so dass die nicht umlagefähigen Kosten herausgerechnet werden können.¹³¹

Die Darlegungs- und Beweislast trifft nach einhelliger Ansicht den Vermieter¹³² und erfährt durch die Formulierung "soweit ... nicht" (§ 2 Nr. 14 BetrKV) keine Änderung.¹³³ Die Vorschrift bezwecke nicht, dem Wohnraummietler das Risiko von Darlegungsmängeln sowie der Nichterweislichkeit aufzuerlegen, denn es handele sich durchweg um Umstände aus der Sphäre des Vermieters. Nicht umlagefähige Kosten bildeten auch keine Ausnahme von der Regel, weil die Tätigkeit des Hauswarts von den vertraglichen Vereinbarungen und ihrer Handhabung im Einzelfall abhängt. Entscheidend für die Umlage sei der tatsächliche Zeitaufwand des Hauswarts für die jeweiligen Arbeiten.¹³⁴ Die Leistungsbeschreibung im Vertrag des Vermieters mit dem Hauswart sei lediglich ein Indiz für den Umfang der nicht umlagefähigen Kosten. Solange der Vermieter von den gesamten Kosten für den Hauswart lediglich pauschal 10 % als nicht umlagefähig absetze, könnte sich der Mieter demgegen-

¹²⁸ vgl. Bub/Treier/Kraemer, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, 1999, III Rz. 1306; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 347.

¹²⁹ KG v. 20.4.2008 – 8 U 209/07, ZMR 2008, 790.

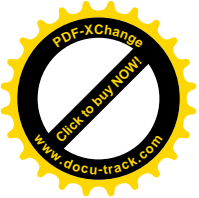
¹³⁰ Vgl. dazu KG v. 29.11.2001 - 22 U 6421/00, GE 2002, 462.

¹³¹ LG Potsdam, WuM 2003, 743; LG Neuruppin, WuM 2004, 49, 50.

¹³² Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 40; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 5336; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 185; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 66; Betriebskostenkommentar/Wall, 2. Aufl., Rz. 3730.

¹³³ BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 27/07, WuM 2008, 284 = GE 2008, 662 = ZMR 2008, 691.

¹³⁴ Riecke, WuM 2003, 663, 670.



über mit bloßem Bestreiten begnügen.¹³⁵ Dann muss der Vermieter seinen Vortrag **24** konkretisieren, sofern er beachtlich bleiben soll.

Die Anforderungen der Darlegungs- und Beweislast kann der Vermieter in Zweifel nur durch Vorlage von Tätigkeitsberichten erfüllen, die er über einen Zeitraum von mindestens zwei bis drei Wochen erstellen lassen sollte.

8.2 Stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung

Grundsätzlich kann durch jahrelange anstandslose Zahlung der Nebenkostenabrechnungen eine stillschweigende Vereinbarung über die Umlage von Betriebskosten entstehen.¹³⁶ Gegenstand dieser stillschweigenden Einigung kann sowohl eine generelle als auch eine Regelung sein, die zu einer (partiellen) Erweiterung der bestehenden Vereinbarung führt.

Fast unbemerkt hat der BGH die Anforderungen nun erhöht. Danach kommt eine stillschweigende Änderung nur in Betracht, wenn der Vermieter nach den Gesamtumständen davon ausgehen kann, dass der Mieter einer Umlage weiterer Betriebskosten zustimmt.¹³⁷ Dafür soll es grundsätzlich nicht ausreichen, dass der Mieter Betriebskostenabrechnungen unter Einbeziehung bisher nicht vereinbarter Betriebskosten lediglich nicht beanstandet, zumal wenn die Mehrzahl der Abrechnungen jeweils mit einem Guthaben endeten. Immerhin lasse sich aus der Sicht des Mieters der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht, schon nicht ohne weiteres der Wille des Vermieters entnehmen, eine Änderung des Mietvertrages herbeizuführen. Selbst wenn er daraufhin eine Zahlung erbringe, komme darin zunächst allein die Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein.¹³⁸ Maßgeblich sei, ob aufgrund besonderer Umstände der Änderungswille des Vermieters für den Mieter erkennbar sei. Derartige Anhaltspunkte seien z.B. bei einem Vermieterwechsel gegeben, wenn der Erwerber umfassend Nebenkosten in Rechnung stelle, während sich die Abrechnung zuvor auf die Kosten für Heizung und Warmwasser beschränkt habe.¹³⁹

*Besondere Umstände, die eine konkludente Änderung rechtfertigen, sollen vorliegen, wenn der Mieter auch die Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen akzeptiert hat.*¹⁴⁰

8.3 Geltung des Abflussprinzips

Nach welcher Art die Betriebskosten zu erfassen sind, wird nicht einheitlich bewertet. Nach dem überwiegend für allein zulässig gehaltenen Leistungsprinzip (auch Zeitabgrenzungs- oder Verbrauchsprinzip genannt) sind diejenigen Betriebskosten abzurechnen, die für den jeweiligen Abrechnungszeitraum angefallen sind.¹⁴¹ Sofern nicht die Heizkostenverordnung anwendbar sei, kön-

¹³⁵ vgl. BGH v. 11.7.1995 - X ZR 42/93, WM 1995, 1886, unter II 3; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 138 ZPO Rz. 8a, 10a; siehe auch Musielak/Stadler, ZPO, 5. Aufl., § 138 Rz. 10, m.w.N.

¹³⁶ BGH v. 7.4.2004 - VIII ZR 146/03, NJW-RR 2004, 877, unter II 2 b; BGH v. 29.5.2000 - XII ZR 35/00, NJW-RR 2000, 1463, unter II.

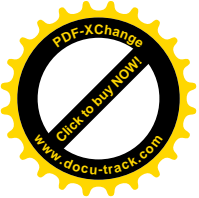
¹³⁷ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, WuM 2007, 694 = GE 2008, 46.

¹³⁸ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 58.

¹³⁹ So wie in BGH v. 29.5.2000 - XII ZR 35/00, NJW-RR 2000, 1463.

¹⁴⁰ AG Köln v. 14.5.2008 - 220 C 422/07, DWW 2008, 260.

¹⁴¹ LG Hamburg, NZM 2001, 806, 807; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 117; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 132; Schneider in: Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, Stand: September 2007, § 556 BGB Rz. 308 ff.; Betriebskostenkommentar/Rips, 2. Aufl., Rz. 1860, 1951; Both in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 60; Beyersle in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummierte, 2006, Kap. 11 Rz. 125, 142.



ne ein anderes Abrechnungsprinzip zwar grundsätzlich vereinbart werden;¹⁴² sei eine **25** solche Vereinbarung nicht getroffen worden, stehe dem Vermieter jedoch kein Wahlrecht zu.¹⁴³ Demgegenüber wird auch eine Abrechnung nach dem so genannten Abflussprinzip (auch Abrechnung nach Rechnungen oder Ausgabenabrechnung genannt) für zulässig gehalten. Danach kann der Vermieter alle Kosten, mit denen er selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird, in die Abrechnung einstellen.¹⁴⁴ Nach einer vermittelnden Auffassung kann der Vermieter nach dem Abflussprinzip jedenfalls dann abrechnen, wenn eine Mehrbelastung des Mieters ausgeschlossen ist, weil im Jahr des Verbrauchs und im Jahr der Abrechnung kein Mieterwechsel stattgefunden hat.¹⁴⁵

Der BGH hält das Abflussprinzip im Mietrecht grundsätzlich generell für anwendbar.¹⁴⁶ Den §§ 556 ff. BGB und den Gesetzesmaterialien¹⁴⁷ sei nicht zu entnehmen, dass der Vermieter auf eine bestimmte zeitliche Zuordnung der Betriebskosten festgelegt sei.¹⁴⁸ Aus § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB könne eine ausschließliche Geltung des Leistungsprinzips nicht hergeleitet werden. Diese Vorschrift treffe keine Bestimmung über die Zuordnung von Betriebskosten zu einem bestimmten Abrechnungszeitraum. Auch eine Betriebskostenabrechnung nach dem Abflussprinzip werde dem Verbrauch bzw. der Verursachung als Abrechnungsmaßstab gerecht. § 556 Abs. 3 Satz 1, 2 und 3 BGB sei ebenfalls nicht einschlägig. Der Sinn und Zweck der Vorschrift beschränke sich auf die Herbeiführung einer zeitnahen Abrechnung.¹⁴⁹ Gegen das Abflussprinzip lasse sich auch nicht anführen, dass dem Mieter ein Vergleich der Kostenentwicklung über verschiedene Abrechnungsperioden hinweg erschwert werde. Die Anwendung des Abflussprinzips könne für den Mieter auch von Vorteil sein, weil ihm die Kontrolle erleichtert werde. Anhand des Fälligkeitsdatums der Rechnung könne leicht festgestellt werden, ob ein in die Abrechnung eingestellter Betrag zum Abrechnungszeitraum gehöre. Auch das Abflussprinzip ermögliche grundsätzlich eine sachgerechte Umlage der Betriebskosten, indem es auf die Kosten abstelle, mit denen der Vermieter im Abrechnungszeitraum vom Leistungsträger jeweils tatsächlich belastet worden sei, zumal wenn der Zeitraum, über den der Versorger abrechne, nicht mit der Abrechnungsperiode übereinstimme.¹⁵⁰ Gewisse Ungenauigkeiten, die sich durch eine konkrete Messung des (Gesamt)Verbrauchs zum Ende des Abrechnungszeitraums des Vermieters vermeiden ließen, seien hinzunehmen. Ob der Vermieter in besonders gelagerten Fällen eines Mieterwechsels nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert sein könnte, Betriebskosten nach dem Abflussprinzip abzurechnen, könne im vorliegenden Fall dahinstehen.

Nunmehr kann davon ausgegangen werden, dass der Vermieter die Art der Kostenerfassung grundsätzlich frei wählen kann. Das vereinfacht insbesondere die Abrechnung bei einer Eigentumswoh-

¹⁴² Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., § 535 BGB Rz. 93; zweifelnd Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 117.

¹⁴³ Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3198.

¹⁴⁴ LG Wiesbaden, NZM 2002, 944; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 54a, 78a, m.w.N.

¹⁴⁵ LG Berlin, ZK 63, GE 2007, 368 und GE 2007, 451; LG Berlin, ZK 64, GE 2006, 725 und GE 1999, 1129, 1131; LG Berlin, ZK 62, MM 2004, 374 LS; LG Düsseldorf, DWW 1990, 51; Blank, DWW 1992, 65 f.

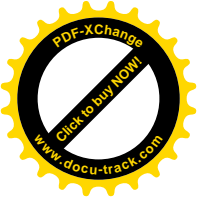
¹⁴⁶ BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 49/07, WuM 2008, 223 = GE 2008, 471 = ZMR 2008, 444; BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 27/07, WuM 2008, 285.

¹⁴⁷ BT-Drs. 14/4553, S. 50 ff.

¹⁴⁸ Bieber, BGH-Report 2006, 1340.

¹⁴⁹ BGH v. 14.2.2007 – VIII ZR 1/06, WuM 2007, 196 Tz. 13, m.w.N.

¹⁵⁰ vgl. Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 101.



nung. Denn dort werden die Kosten durch den WEG-Verwalter grundsätzlich nach dem **26** Abflussprinzip ermittelt. Der Vermieter, der bisher seine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip gefahren hat, sollte diese Praxis aber beibehalten. Denn in jeder Periode wird es Mieterwechsel geben. Für diese Fälle hält der BGH die Notwendigkeit einer Abgrenzung jedenfalls für möglich. Insoweit wird es voraussichtlich auf die Erheblichkeit der Unterschiede ankommen, die der Mieter darzulegen hätte.

8.4 Formelle Fehler

Die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Fehlern einer Abrechnung ist für die Einhaltung der Abrechnungsfrist von Bedeutung. Eine formell fehlerhafte Abrechnung kann der Vermieter nämlich nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB nicht mehr korrigieren.

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.¹⁵¹

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.¹⁵² Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters.

8.4.1 Angabe der Gesamtkosten

Die Zusammenstellung der Gesamtkosten ist die erste der vier Mindestanforderungen.¹⁵³

Zu dieser Anforderung hat der BGH¹⁵⁴ klargestellt, dass nicht die bloße Angabe (irgendwelcher) Gesamtkosten ausreicht, sondern dass auch die Abzüge erläutert werden müssen, wenn nicht umlagefähige Teile herausgerechnet worden sind. Andernfalls leidet die Abrechnung an einem formellen Fehler, der nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB nicht mehr geheilt werden könne. Diese Grundsätze gelten für die Abrechnung bei gemischter Nutzung in gleicher Weise.¹⁵⁵

Selbst wenn der Vermieter Kosten, die für eine größere Wirtschaftseinheit als die der Abrechnung zugrunde gelegten Einheit angefallen sind, muss der Vermieter die „internen“ Rechenschritte zur Vermeidung eines formellen Fehlers in der Abrechnung offen legen.¹⁵⁶

¹⁵¹ BGH vom 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260, Tz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258, Tz. 15.

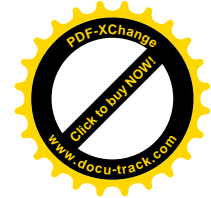
¹⁵² BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

¹⁵³ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 = WuM 2005 61 mwN.

¹⁵⁴ BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, WuM 2007, 196 = GE 2007, 438.

¹⁵⁵ BGH v. 11.9.2007 - VIII ZR 1/07, WuM 2007, 575 = NZM 2007, 770.

¹⁵⁶ BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700 = GE 2007, 1686 = NJW 2008, 142.



Die Abgrenzung zwischen formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung einerseits und deren inhaltlicher Richtigkeit andererseits richtet sich danach, ob der Mieter in der Lage ist, die Art des Verteilerschlüssels der einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an den Gesamtkosten rechnerisch nachzuprüfen (formelle Wirksamkeit). Ob die abgerechneten Positionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen oder sonstige Mängel der Abrechnung vorliegen, etwa ein falscher Anteil an den Gesamtkosten zu Grunde gelegt wird, betrifft die inhaltliche Richtigkeit.

8.4.2.1 *Veränderung der Abrechnungsschlüssel*

Auch entsteht allein noch deshalb kein formeller Fehler, weil der Vermieter in vier aufeinanderfolgenden Abrechnungsperioden vier verschiedene Umlageschlüssel ohne ein Wort der Erläuterung anwendet.¹⁵⁷ § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB erstrecke den Abrechnungszeitraum der Betriebskosten auf ein Jahr. Den an eine Betriebskostenabrechnung zu stellenden formellen Anforderungen sei genügt, wenn die in diesem Zeitraum angefallenen Betriebskosten aus sich heraus verständlich abgerechnet würden. Eines Abgleichs mit anderen Abrechnungszeiträumen bedürfe es nicht, sodass der Vermieter dazu auch keine Erläuterungen abgeben müsse.

8.4.2.2 *Verteilerschlüssel „Wohnfläche*Monat“*

Um den Auszug von Mietern in der Abrechnungsperiode berücksichtigen zu können, multiplizieren Vermieter teilweise den vereinbarten Abrechnungsschlüssel mit der Zahl der Monate, anstatt in einem zusätzlichen Rechenvorgang den Zeitanteil zu berechnen. Wie dies formal wirksam in der Praxis umzusetzen ist, richtet sich nach dem Einzelfall.

Dem BGH¹⁵⁸ lag folgendes Problem vor: In einer Betriebskostenabrechnung war einer der Verteilerschlüssel wie folgt erläutert: "Umlage nach Quadratmeter Wohnfläche*Monate". Dazu hieß es: "Gesamtsumme 3816,00", "Ihr Anteil 1176,00"; in der Zeile darunter war die Zahl "12,00" aufgeführt. Nachdem die beklagten Mieter reklamiert hatten, die Betriebskostenabrechnung sei unverständlich, präzisierte der Hausverwalter mit Schreiben vom 23. März 2005 den Verteilerschlüssel.

Nach Auffassung des BGH ist die Betriebskostenabrechnung unverständlich und damit formell nicht ordnungsmäßig. Dem durchschnittlichen Mieter erschließe sich nicht, dass die unter "Gesamtsumme" angeführte Zahl "3816,00" das Produkt aus der Gesamtwohnfläche des Hauses von 318,00 m² und den zwölf Monaten des Jahres sein solle. Ebenso wenig werde klar, dass sich die unter "Ihr Anteil" angegebene Zahl "1176,00" aus der Wohnfläche der vom Beklagten gemieteten Wohnung von 98,00 m² multipliziert mit zwölf Monaten ergeben solle. Die mangelnde Nachvollziehbarkeit stelle einen formellen Fehler dar, weil die Abrechnung den Mieter in die Lage versetzen solle, den Anspruch des Vermieters gedanklich nachzuvollziehen. Dieses Ziel werde nicht erreicht, wenn die Abrechnung aus sich heraus nicht nachvollziehbar sei. Die Korrekturabrechnung vom 23. März 2005 sei für den Abrechnungszeitraum 2003 verspätet, weil die Klägerin damit ihrer Verpflichtung aus § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, die jährliche Abrechnung über die Vorauszahlungen für Betriebskosten spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mit-

¹⁵⁷ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, WuM 2008, 407 = ZMR 2008, 777.

¹⁵⁸ BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, GE 2008, 795.



zuteilen, nicht genügt habe. Daher sei sie gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB mit der Nachforderung aus der korrigierten Abrechnung abgeschlossen. **28**

8.4.2.3 Personenschlüssel

Die Umsetzung des Personenschlüssels kann mit einem erheblichem Aufwand und gewissen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden sein. Immerhin muss der Vermieter eigentlich taggenau ermitteln, welche Personen potentiell an der Entstehung von Betriebskosten mitgewirkt haben. Denn wenn für die Verteilung der Betriebskosten die Anzahl der Bewohner maßgeblich sein soll, kommt es auf die tatsächliche Benutzung an.¹⁵⁹

Deshalb ist eine Betriebskostenabrechnung inhaltlich falsch, wenn der Vermieter für die Ermittlung der Zahl der in den einzelnen Wohnungen ständig lebenden Menschen allein die Angaben aus dem amtlichen Einwohnermelderegister verwertet hat.¹⁶⁰ Das Register nach dem Melderechtsrahmengesetz vom 19. April 2002¹⁶¹ in Verbindung mit den Meldegesetzen der Länder sei keine hinreichend exakte Grundlage für die Feststellung der wechselnden Personenzahl in einem Mietshaus mit einer Vielzahl von (wie hier 20) Wohnungen. In einem solchen Haus finde erfahrungsgemäß eine beachtliche Fluktuation statt, etwa durch Geburt, Tod, Ein- oder Auszug von Familienmitgliedern oder Lebensgefährten, Beginn oder Ende des Studiums auswärtiger studierender Kinder, längeren Auslandsaufenthalt von Familienmitgliedern oder Ähnliches. Dies spiegele sich nach aller Lebenserfahrung nicht oder nur unzureichend im Einwohnermelderegister wider. Eine Umlegung von Betriebskosten nach der Kopffzahl setze deshalb voraus, dass der Vermieter für bestimmte Stichtage die tatsächliche Belegung der einzelnen Wohnungen feststellt.

8.4.3 Abzug der Vorauszahlungen

Die Angabe bzw. der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen gehört zu den Mindestanforderungen, ohne die eine Abrechnung formell mangelhaft ist. Wenn der Vermieter bei der Abrechnung der „kalten“ Betriebskosten die Vorauszahlungen ansetzt und neben einer weiteren Heizkostenabrechnung über die Wasserkosten in der Form abrechnet, dass er die vom Versorger für die Wasserzähler des Mieters ermittelten Kosten ohne Abzug von Vorauszahlungen weitergibt, stellt sich die Frage, ob die Wasserkosten formell einwandfrei abgerechnet wurden.

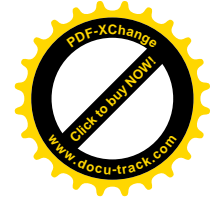
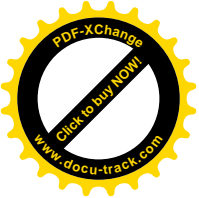
Zur Einhaltung der Mindestanforderungen ist es ausreichend, dass der Vermieter parallel zu seinem Begehren auf Erstattung der ihm in Rechnung gestellten Kosten für den Wasserverbrauch eine Abrechnung für die (übrigen) „kalten“ Nebenkosten erstellt hat.¹⁶² Denn damit würden die geleisteten Vorauszahlungen bei der Abrechnung der Nebenkosten berücksichtigt. Die Besonderheit, dass die Wasserkosten nicht formal in die über die übrigen „kalten“ Nebenkosten bereits erstellte Abrechnung eingestellt worden seien, sondern eine schlichte Weiterleitung stattfinde, sei unerheblich. Denn die Forderung nach Einstellung der Position in die eigentliche Abrechnung sei in der besonderen Situation eine leere Förmelerei, weil eine Abrechnung von Wasserkosten – im üblichen Sinne der

¹⁵⁹ vgl. OLG Hamm, DWE 1989, 179 - zu Eigentumswohnungen -; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 4145.

¹⁶⁰ BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 82/07, WuM 2008, 151 = GE 2008, 401.

¹⁶¹ BGBl. I S. 1342.

¹⁶² BGH v. 19.4.2008 – VIII ZR 75/07, WuM 2008, 350 = ZMR 2008, 702.



Verteilung der Gesamtkosten auf die einzelnen Mieter nach einem bestimmten Umlageschlüssel – ohnehin nicht vorzunehmen gewesen sei. **29**

8.4.4 Abweichende Abrechnungsperioden

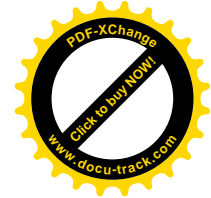
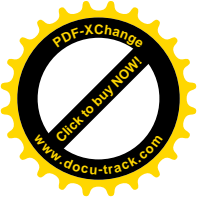
Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 BGB ist über die Vorauszahlungen für Betriebskosten jährlich abzurechnen. Diese Bestimmung regelt nur, dass der Abrechnungszeitraum ein Jahr nicht überschreiten darf, schreibt aber nicht vor, welcher jährliche Zeitraum der Abrechnung zugrunde zu legen ist; in Betracht kommen etwa das Kalenderjahr, das Mietjahr oder der Jahreszeitraum, innerhalb dessen regelmäßig die Jahresabrechnungen der Versorgungsträger erteilt werden.¹⁶³ Soweit ein bestimmter Abrechnungszeitraum vertraglich nicht vereinbart wurde, ist der Vermieter in der Wahl des Abrechnungszeitraums frei.

Dem Vermieter ist es nach § 556 Abs. 3 Satz 1 HS. 1 BGB auch nicht verwehrt, in die Gesamtabrechnung der Betriebskosten die von einem Fremdunternehmen erstellte Heizkostenabrechnungen einzustellen, die sich abweichend von der Abrechnung der übrigen Betriebskosten nach dem Kalenderjahr auf die jährliche Heizperiode (bis 31. Juli) bezieht.¹⁶⁴ Dies ergebe sich bereits daraus, dass §§ 556 ff. BGB den Vermieter bei der Abrechnung von Betriebskosten nicht auf eine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip festlegen; auch eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip, bei dem es nicht auf den Verbrauchszeitraum ankommt, ist grundsätzlich zulässig.¹⁶⁵ Gewisse zeitliche Abweichungen des nach § 556 Abs. 3 Satz 1 HS. 1 BGB maßgeblichen mietvertraglichen Abrechnungszeitraums von dem jährlichen Abrechnungsturnus für verbrauchsabhängige Betriebskosten, die der Vermieter in seiner Abrechnung zu berücksichtigen habe, seien zulässig; sie ließen sich auch wegen der nie nach exakt 365 Tagen durchzuführenden Ablesung kaum vermeiden. Abgesehen davon sei der Vermieter von Versorgungs- und Verbrauchserfassungsunternehmen abhängig, so dass die Abrechnungsperioden von Versorgungsträgern und Verbrauchserfassungsunternehmen - je nach Betriebskostenart (Wasser, Strom, Heizung) - untereinander häufig nicht vollkommen deckungsgleich seien. Auch ist der Vermieter, der die Betriebskosten in zulässiger Weise nach dem Kalenderjahr abrechnet, nicht verpflichtet, die nach einem vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum vorgenommene Verbrauchsabrechnung des Versorgungsunternehmens mit einer Umrechnung auf das Kalenderjahr im Wege einer Schätzung oder mit Hilfe einer zusätzlichen Verbrauchserfassung verbundene zusätzliche Aufwand sei für den Vermieter nicht zumutbar und werde von schutzwürdigen Interessen des Mieters nicht gefordert. Der Vermieter sei auch nicht zu einer getrennten Abrechnung der Heizkosten einerseits und der sonstigen Betriebskosten andererseits verpflichtet. § 556 Abs. 3 Satz 1 HS. 1 BGB gehe von einer jährlichen Gesamtabrechnung aller Betriebskosten durch den Vermieter aus. Dies ergebe sich aus der Bestimmung in § 556 Abs. 3 Satz 4 BGB, nach welcher der Vermieter zu Teilabrechnungen - auch über einzelne Betriebskosten - nicht verpflichtet sei. Eine Verpflichtung des Vermieters zu einer getrennten Abrechnung hinsichtlich einzelner Betriebskosten könne sich allerdings aus dem Mietvertrag ergeben; im Zweifel sei jedoch entsprechend dem in § 556 Abs. 3 Satz 4 BGB zum Ausdruck kommenden Regelfall von einer einheitlichen Abrechnung auszugehen. Gegen eine vertraglich übernommene Verpflichtung des

¹⁶³ MünchKommBGB/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 301; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 116; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 556 BGB Rz. 10.

¹⁶⁴ BGH v. 30.4.2008 – VIII ZR 240/07, WuM 2008, 404 = NZM 2008, 520.

¹⁶⁵ BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 49/07, NJW 2008, 1300.



Vermieters zur getrennten (vorweggezogenen) Abrechnung bestimmter Betriebskosten **30**

- etwa der Heizkosten - spreche es, wenn der Mieter nach dem Mietvertrag einen einheitlichen Vorauszahlungsbetrag für alle Betriebskosten zu leisten habe. Denn über einheitliche Vorauszahlungen auf Heiz- und Betriebskosten könne sinnvoll nur einheitlich abgerechnet werden, weil nicht zu ermitteln sei, welcher Teilbetrag der Vorauszahlungen für eine vorweggezogene Abrechnung bestimmter Betriebskosten in Ansatz zu bringen wäre.

8.5 Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung?

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, sind die Betriebskosten grundsätzlich nach dem gesetzlichen Abrechnungsmaßstab des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB nach dem Anteil der Wohnfläche umzulegen.

Allein der Einbau eines Kaltwasserzählers in der Wohnung des Mieters rechtfertigt auch keine stillschweigende Vereinbarung, dass die Wasserkosten nunmehr verbrauchsabhängig abzurechnen seien.¹⁶⁶ Diesem Vorgang könne allenfalls eine einseitige Erwartung des Mieters wecken, nunmehr für den tatsächlichen Wasserverbrauch in Anspruch genommen zu werden, auch wenn ein Wasserzähler nicht in allen anderen Wohnungen vorhanden sei. Ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert im Sinne einer dahingehenden Verpflichtung des Vermieters komme der bloßen Installation eines Wasserzählers jedoch nicht zu, solange keine besonderen Umstände ersichtlich seien, die ausnahmsweise eine andere Bewertung rechtfertigen könnten.

Aus § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB folge nicht, dass der Vermieter nach dem Einbau des Wasserzählers in der Wohnung des Mieters für den Abrechnungszeitraum 2004 von dem Verhältnis der Wohnflächen als Abrechnungsmaßstab für die Wasser- und Abwasserkosten abgehen musste. Betriebskosten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung durch die Mieter abhängen, seien nach dieser Vorschrift nach einem Maßstab umzulegen, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung trage. Dies setze voraus, dass eine Verbrauchserfassung für alle Mieter stattfinde.¹⁶⁷ Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach es auf "die Mieter" ankommt. Das sei auch dann nicht anders, wenn der Wasserverbrauch lediglich in einer Wohnung nicht erfasst werden kann, weil deren Mieter den Einbau einer Wasseruhr verweigert hat.

8.6 Änderung des gesetzlichen Umlageschlüssels

Vor der Mietrechtsreform wurde dem Mieter über § 242 BGB ein Anspruch auf Änderung des Verteilerschlüssels zugebilligt, wenn ein anderer, dem Vermieter zumutbarer Umlagemaßstab ihn um mehr als 50% entlastete.¹⁶⁸

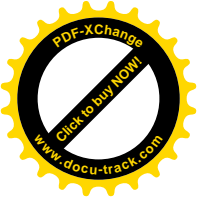
Der BGH hebt hervor, dass bloße Zweifel an der Billigkeit des Umlagemaßstabs nicht genügen würden, um ein auf Änderung des gesetzlichen Umlageschlüssels gerichtetes Verlangen des Mieters zu rechtfertigen.¹⁶⁹ Lediglich für besondere Ausnahmefälle sei der Gesetzgeber davon ausgegangen,

¹⁶⁶ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 188/07, WuM 2008, 288 = GE 2008, 661.

¹⁶⁷ Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 556a BGB Rz. 15; MünchKommBGB/*Schmid*, 5. Aufl., § 556a BGB Rz. 31; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 67. Aufl., § 556a BGB R.. 4; *Langenberg*, NZM 2001, 783, 790.

¹⁶⁸ LG Aachen v. 24.5.1991 – 5 S 70/91, WuM 1991, 503; AG Lippstadt v. 4.7.1995 – 6 C 243/95, WuM 1995, 594.

¹⁶⁹ BGH v. 12.3.2008 – VIII ZR 188/07, WuM 2008, 288, 289.



dass ein Anspruch des Mieters auf ein Abweichen von dem in § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB **31**

vorgesehenen Flächenschlüssel entstehen könne. So solle der Mieter "auch zukünftig einen Anspruch auf Umstellung des Umlagemaßstabs" haben, "soweit es im Einzelfall zu einer kras- sen Unbilligkeit kommt".¹⁷⁰ Die so umschriebene Voraussetzung für einen Änderungsanspruch sei- en aber auch bei einer 50%-igen Verbesserung noch nicht gegeben.

8.7 Gebot der Wirtschaftlichkeit

Den Vermieter trifft gegenüber seinem Mieter die vertragliche Nebenpflicht, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der letztlich von diesem zu tragenden Nebenkosten ha- ben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen. Ein Verstoß gegen die- se Nebenpflicht kann zu einem Schadensersatzanspruch führen, der sich auf Freihaltung des Mie- ters von den unnötigen Kosten richtet.¹⁷¹

Eine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme setzt jedoch das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus und kann daher erst mit Abschluss des Mietvertrags bzw. allenfalls mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrags einsetzen. Hieran fehlt es, wenn der Lieferungsvertrag vor der Anmietung der Wohnung abgeschlossen wurde.¹⁷² Die weitere Verpflich- tung des Vermieters zur Kostenkontrolle im laufenden Mietverhältnis kann nur verletzt sein, wenn dem Vermieter die Erfüllung möglich ist. Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Lieferungsvertrag eine feste Laufzeit hat, so dass er in den einschlägigen Perioden nicht änderbar war.

8.8 Abrechnungsfrist

8.8.1 bei getrennter Heiz- und Betriebskostenabrechnung

Nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ist die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist ausgeschlossen. Fraglich ist, ob bei einer getrennten Abrechnung der Betriebs- und Heizkosten, denen unterschiedliche Abrechnungsperioden zugrunde liegen, auf die zuletzt ablaufende Periode für den Beginn der Abrechnungsfrist abgestellt werden kann. (Bei- spiel: Heizperiode 1.8. – 31.7.2003; Abrechnungsperiode für Betriebskosten = Kalenderjahr 2003; Erteilung der Abrechnung am 22.9.2004)

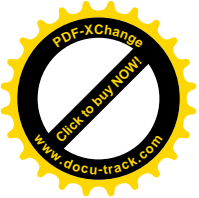
Im Beispielsfall sei der maßgebliche Abrechnungszeitraum für die jährliche Gesamtabrechnung der Vorauszahlungen auf die Betriebskosten, mit dessen Ende der Lauf der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB beginne, das Kalenderjahr.¹⁷³ Zwar gelte auch für eine Heizkostenabrechnung die Ausschluss- frist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB. Für die in der Gesamtabrechnung enthaltene Heizkostenabrech- nung liefe aber keine andere Frist als für die Abrechnung der übrigen Betriebskosten. Der Umstand, dass die Heizperiode bereits vor dem Ablauf des Kalenderjahres endete, habe nicht zur Folge, dass die Einhaltung der Ausschlussfrist für die Abrechnung der Heizkosten und der sonstigen Betriebs- kosten jeweils gesondert zu prüfen wäre. Dies setze voraus, dass über die Heizkosten getrennt - nämlich vorab innerhalb eines Jahres nach Abschluss der Heizperiode - abzurechnen gewesen wäre.

¹⁷⁰ BT-Drs. 14/4553, S. 51; vgl. BGH v. 31.5.2006 - VIII ZR 159/05, NJW 2006, 2771, Tz. 15, und v. 20.9.2006 - VIII ZR 103/06, NJW 2006, 3557, Tz. 21.

¹⁷¹ Staudinger/*Weitemeyer*, BGB (2006), § 556 BGB Rz. 93; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 9. Aufl., § 560 BGB Rz. 114.

¹⁷² BGH v. 28.11.2007 – VIII ZR 243/06, WuM 2008, 29 = GE 2008, 116 = ZMR 2008, 195.

¹⁷³ BGH v. 30.4.2008 – VIII ZR 240/07, WuM 2008, 404 = NZM 2008, 520.



Zu einer vorweggezogenen Heizkostenabrechnung sei der Vermieter jedoch nicht **32** verpflichtet. Wenn aufgrund einheitlicher Vorauszahlungen auf die Betriebskosten eine Gesamtabrechnung über alle Betriebskosten zu erstellen sei, dann könne für den Nachforderungsausschluss auch nur eine einheitliche Abrechnungsfrist gelten, und zwar die für die Gesamtabrechnung maßgebliche Frist.

Mit Rücksicht auf die Begründung bleibt zweifelhaft, ob anders zu entscheiden ist, wenn der Mietvertrag in ansonsten vergleichbaren Fällen für Heiz- und Betriebskosten getrennte Vorauszahlungsbeträge ausweist. Dies ist im Ergebnis aber zu verneinen.

8.8.2 Umfang des Abrechnungsausschlusses

Nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der auf die Gewerberaummiete ohne Vereinbarung nicht anwendbar ist,¹⁷⁴ verliert der Vermieter seinen Anspruch auf die Nachforderung, wenn er die Betriebskostenabrechnung nach Ablauf der Abrechnungsfrist vorlegt und diese Verspätung zu vertreten hat.

Um Nachforderungen in diesem Sinne handelt es sich aber begrifflich nur, wenn der Vermieter nach Ablauf der zwölfmonatigen Abrechnungsfrist einen Betrag verlangt, der den Saldo aus einer bereits erteilten Abrechnung¹⁷⁵ oder, falls eine rechtzeitige Abrechnung nicht vorliegt, die Summe der Vorauszahlungen des Mieters übersteigt.¹⁷⁶ Dies gilt entsprechend, soweit der Mieter geschuldete Vorauszahlungen nicht erbracht hat. Nebenkosten bis zum Betrag der geschuldeten Vorauszahlungen kann der Vermieter deshalb auch aufgrund einer nach Ablauf der Abrechnungsfrist erteilten Abrechnung geltend machen.¹⁷⁷ Auf ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht wegen unterbliebener Abrechnungen kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Eine nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ausgeschlossene Nachforderung ist auch dann anzunehmen, wenn der Vermieter nach Fristablauf einen Betrag fordert, der das Ergebnis einer bereits erteilten Abrechnung übersteigt.¹⁷⁸ Führt also die Korrektur zu einer Reduzierung eines ausgezahlten Guthabens, ist der Vermieter mit dieser Nachforderung ausgeschlossen.

8.8.3 Neubeginn durch Anerkenntnis?

Die einjährige Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB ist gemäß dem sich daran anschließenden Satz 3 eine Ausschlussfrist. Darauf kann insbesondere § 214 S. 1 BGB, wonach eine Zahlung auf eine verjährte Forderung nicht zurückverlangt werden kann, auch nicht analog angewendet werden.¹⁷⁹

Aber auch die für das Verjährungsrecht geltende Vorschrift des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wonach die Verjährung erneut beginnt, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch vor Ablauf der Verjährungsfrist anerkennt, findet auf die Ausschlussfrist für die Betriebskostenabrechnung

¹⁷⁴ KG v. 29.12.2006 – 12 U 117/06, GE 2007, 845 = ZMR 2007, 449; OLG Düsseldorf v. 27.4.2006 – I-10 U 169/05, GuT 2006, 132 = DWW 2006, 198; a.A. AG Wiesbaden v. 10.10.2005 – 93 C 349/05, NZM 2006, 140.

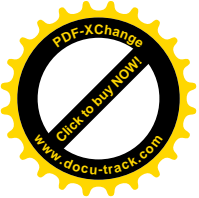
¹⁷⁵ BGH v. 12.12.2007 – VIII ZR 190/06, WuM 2008, 150 = NZM 2008, 204.

¹⁷⁶ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, WuM 2005, 337 = NJW 2005, 1499, unter II 5 c.

¹⁷⁷ BGH v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700 = GE 2007, 1686 = NJW 2008, 142.

¹⁷⁸ BGH v. 12.12.2007 – VIII ZR 190/06, WuM 2008, 150 = NZM 2008, 204.

¹⁷⁹ BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 94/05, WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268.



keine entsprechende Anwendung.¹⁸⁰ Der Zweck der Ausschlussfrist besteht darin, für **33** Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu sorgen. Dieser Zweck steht ihrer vollständigen Erneuerung entgegen.

8.9 Umfang des Einwendungsausschlusses

Im Hinblick auf den Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB sowie den Sinn und Zweck der Vorschrift ist eine Beschränkung des Einwendungsausschlusses nach Auffassung des BGH nicht geboten.¹⁸¹ Die Bestimmung stelle im Interesse der Ausgewogenheit¹⁸² dem Nachforderungsausschluss für den Vermieter (Abs. 3 Satz 3) einen Einwendungsausschluss für den Mieter gegenüber. Damit solle erreicht werden, dass in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche bestehe. Die insoweit beabsichtigte Befriedungsfunktion wäre nicht gewährleistet, wenn nicht nach Ablauf der Einwendungsfrist auch Streitigkeiten darüber ausgeschlossen wären, ob die Abwälzung einzelner, grundsätzlich umlagefähiger Betriebskostenarten auf den Mieter vereinbart worden sei oder nicht. Ein Wertungswiderspruch zu § 556 Abs. 1 BGB bestehe in diesem Fall nicht. Wie der Fall zu beurteilen sei, dass der Vermieter Betriebskosten abrechne, obwohl eine Übernahme von Betriebskosten überhaupt nicht oder als Pauschale vereinbart sei, könne offen bleiben.

Im Hinblick darauf ist auch die Einwendung, eine Position sei bereits durch die vereinbarte Teilklausivmiete gedeckt, von § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB erfasst.¹⁸³

*Damit kommt dem Ablauf der Frist eine Anerkenntniswirkung zu. Allerdings nur, wenn der Vermieter überhaupt zur Abrechnung berechtigt ist – und sei es nur für eine Position.*¹⁸⁴

8.10 Erhöhung der Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB

Es besteht Einigkeit, dass die Vorschrift erst anwendbar ist, wenn eine Abrechnung vorliegt und diese Abrechnung formell ordnungsgemäß ist. Die materielle Richtigkeit der Abrechnung sollte zumindest Einfluss auf die „angemessenen Höhe“ der Vorauszahlungen i.S.v. § 560 Abs. 4 BGB haben.¹⁸⁵

Nach BGH¹⁸⁶ ist eine formell einwandfreie Abrechnung und eine formell ordnungsgemäße Anforderung der Vorauszahlungen (Textform) ausreichend.

Auch wenn sich der VIII. Senat nicht mit dem Problem der materiellen Richtigkeit der Abrechnung auseinandergesetzt hat, ist seine Auffassung richtig. Nur so wird Rechtsicherheit über die Höhe der Miete gewonnen. Ist die zugrundeliegende Abrechnung materiell falsch (und setzt sich dieser Fehler in der Zukunft fort), wird ein Guthaben des Mieters höher.

¹⁸⁰ BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, WuM 2008, 351 = GE 2008, 795 = NZM 2008, 477.

¹⁸¹ BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, WuM 2007, 694.

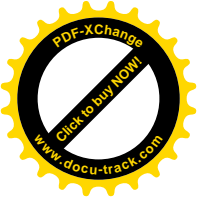
¹⁸² Begr. in BT-Drs. 14/5663 S. 79.

¹⁸³ BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 80/07, WuM 2008, 283 = GE 2008, 664.

¹⁸⁴ Dickersbach, ZMR 2008, 355.

¹⁸⁵ vgl. statt aller Schmid, Nebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3097; nach Weitemeyer in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 560 BGB Rz. 37 soll sogar eine Reduzierung im Umfang der materiellen Unrichtigkeit eintreten.

¹⁸⁶ BGH v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, WuM 2008, 31 = GE 2008, 114 = ZMR 2008, 196 = NZM 2008, 121.



9 Heizkosten

34

9.1 Vorrang der HeizKV

Nach § 2 HeizKV gehen die Vorschriften dieser Verordnung rechtsgeschäftlichen Regelungen vor mit der Folge, dass alle Bestimmungen unwirksam sind, die eine verbrauchsabhängige Abrechnung der Kosten der Wärme und des Warmwassers verhindern (können). Dies gilt insbesondere für die Vereinbarung einer Brutto-/Warmmiete.¹⁸⁷

Dies hat zur Konsequenz, dass der gutgläubige Vermieter nicht erst für die Zukunft gezwungen werden kann, verbrauchsabhängig abzurechnen, sondern auch für die Vergangenheit. Damit steht dem Mieter regelmäßig für mindestens zwei Perioden das Kürzungsrecht des § 12 HeizKV zu. Da der BGH die HeizKV auch für Altfälle für einschlägig hält, müssen sämtliche Verträge, die noch Bruttowarmmietvereinbarungen enthalten, umgestellt werden, und über die herauszurechnenden Kostenanteile für Heizung und Warmwasser ist künftig verbrauchsabhängig anzurechnen. Das macht wiederum den Einbau von Verbrauchserfassungsgeräten, soweit nicht vorhanden, erforderlich. Die Herabsetzung kann entsprechend § 556a Abs. 2 BGB erfolgen. Die Vorschrift sagt allerdings nichts darüber, ob der Vermieter infolge der Umstellung berechtigt ist, nunmehr Vorauszahlungen zu verlangen. Dies wird in der Literatur¹⁸⁸ aber allgemein und ohne Problematisierung bejaht, obwohl dem Vermieter damit ein Recht auf eine einseitige Änderung der Mietstruktur zugebilligt wird, was sonst allgemein als ausgeschlossen gilt.

Diese Konsequenzen gelten auch für eine vereinbarte Nebenkostenpauschale.¹⁸⁹ Hier sei der „kalkulatorische Ansatz“ aus der Pauschale herauszurechnen, was auf der Grundlage der vorhandenen Flächen realisiert werden könne. Im konkreten Fall konnte die Entscheidung – mangels weitergehender Antragstellung - auf seine Berechnung für das „streitige“ Abrechnungsjahr beschränkt werden, obwohl der Mietvertrag auch schon vorher bestand.

Ob diese Vorgehensweise richtig ist, hängt davon ab, ob die durch § 2 HeizKV hervorgerufene Unwirksamkeit dynamisch oder statisch ist. Ist sie statisch, ist allein der kalkulatorische Ansatz aus dem ersten Abrechnungsjahr relevant. Der Betrag ist dann identisch mit den Vorauszahlungen, die in jeder Abrechnung anzusetzen sind. Die dynamische Unwirksamkeit passt sich den jährlichen Änderungen der Kosten an und „frisst“ sich damit in eine Bruttomiete oder Pauschale hinein. Da die Abrechnung jedenfalls für die Vergangenheit nicht verbrauchsabhängig erfolgen kann, ist ein Abzug von 15% vorzunehmen, so dass die dynamische Variante stets zu einem Guthaben (in Höhe der 15%) führt.

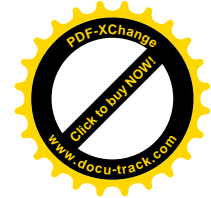
9.2 Vorerfassung nach Nutzergruppen

Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizKV, sind dann, wenn der Verbrauch der von einer Anlage im Sinne des § 1 Abs. 1 HeizKV versorgten Nutzer nicht mit gleichen Ausstattungen erfasst wird, zunächst durch Vorerfassung vom Gesamtverbrauch die Anteile der Gruppen von Nutzern zu erfassen, deren Verbrauch mit gleichen Ausstattungen erfasst wird. Diese Voraussetzungen sind z.B. erfüllt, wenn eine

¹⁸⁷ BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, GE 2006, 1094 = WuM 2006, 518 = ZMR 2006, 766.

¹⁸⁸ vgl. etwa Schmid, ZMR 2001, 761, 762; Blank, WuM 1993, 503, 508; Weitemeyer in Emmerich/Sonnenschein, 8. Aufl., § 556 a BGB Rz. 38; Langenberg in Schmidt-Futterer, 8. Aufl., § 556 a BGB Rz. 136.

¹⁸⁹ OLG Düsseldorf v. 11.3.2008 – I-24 U 152/07, OLGR 2008, 622.



Gewerbeinheit mit einem Wärmehzähler versehen ist, der den Wärmeverbrauch mengenmäßig erfasst, und die Wohnungen im Gebäude nur über Heizkostenverteiler an den Heizkörpern, die den Wärmeverbrauch nicht messen, sondern lediglich die Feststellung des anteiligen Verbrauchs an einem bestimmten Gesamtgebrauch der Wohnungen ermöglichen.¹⁹⁰

In dieser Konstellation sind Heizkostenabrechnungen (materiell) fehlerhaft, wenn es an einer den Anforderungen von § 5 Abs. 1 Satz 1 HeizkV entsprechenden Vorerfassung der Anteile der unterschiedlich ausgestatteten Nutzergruppen am Gesamtverbrauch fehlt, weil lediglich der Anteil der Gewerbeinheit am Gesamtverbrauch durch einen Wärmehzähler erfasst und zur Ermittlung des Gesamtverbrauchs der Wohnungen der für die Gewerbeinheit gemessene Anteil von den Gesamtkosten abgezogen wird.¹⁹¹ Denn diese Verfahrensweise stellt keine Vorerfassung im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 HeizkV dar. Vielmehr ist dazu auch eine Messung des Wärmeverbrauchs der Wohneinheiten durch ein geeignetes Gerät, namentlich einen Wärmehzähler, erforderlich.¹⁹² Dies folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift und ihrem Zweck, mit dem Energieeinsparung erreicht werden soll.¹⁹³ Abgesehen davon würden sich die Messungenauigkeiten bei der Differenzberechnung einseitig zu Lasten der nicht vorerfassten Nutzergruppe auswirken.

9.3 Wärmecontracting

Als vertragliche Regelung, die dem Vermieter die Umlage von Betriebskosten gestattet, genügt eine Verweisung im Mietvertrag auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II.BV, sofern es sich nicht um "sonstige Betriebskosten" i.S.v. Nr. 17 dieser Anlage handelt.¹⁹⁴ Bei einer entsprechenden Bezugnahmeregelung darf der Vermieter, der während des laufenden Mietverhältnisses den Betrieb einer vorhandenen Heizungsanlage einstellt, die Kosten der nachfolgenden Fernwärmelieferung umlegen, wenn die im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags gültige Fassung der II.BV die Tragung der Kosten der Lieferung von Fernwärme vorsah.¹⁹⁵

Eine solche Umlagevereinbarung ist auch gegeben, wenn im Mietvertrag steht, dass der Mieter die Kosten für "Heizungsbetrieb und Warmwasserversorgung" zu tragen hat, wobei ausdrücklich auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV verwiesen wird.¹⁹⁶ Die bei Abschluss des Mietvertrags im Januar 1999 maßgebliche Fassung der II.BV vom 12. Oktober 1990¹⁹⁷ habe in der Anlage 3 zu § 27 unter Nr. 4 lit. c) und Nr. 5 lit. b) auch die Umlage der Kosten der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser vorgesehen, wovon die Lieferung von Fernwärme erfasst werde. Zu den umlegbaren Kosten der Fernwärme gehörten die gesamten Kosten, die der Wärmelieferant seinerseits dem Vermieter in Rechnung stelle, einschließlich der Investitions- und Verwaltungskosten sowie des Unternehmergewinns.¹⁹⁸

¹⁹⁰ zu diesem Unterschied vgl. *Lammel*, HeizkV, 2. Aufl., § 5 Rz. 7 und 50.

¹⁹¹ BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 57/07, WuM 2008, 556 = GE 2008, 1120 = ZMR 2008, 885.

¹⁹² *Lammel*, HeizkV, 2. Aufl., § 5 Rz. 88 m.w.N.; Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 9. Aufl., § 5 HeizkV Rz. 33; *Lefèvre*, HKA 1996, 29, 30; *Kreuzberg/Wien*, Handbuch der Heizkostenabrechnung, 6. Aufl., S. 33.

¹⁹³ vgl. BR-Drs. 632/80, S. 13; *Lammel*, HeizkV, 2. Aufl., § 1 Rz. 1.

¹⁹⁴ BGH v. 7.4.2004 – VIII ZR 167/03, NZM 2004, 417.

¹⁹⁵ BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, NJW 2007, 3060.

¹⁹⁶ BGH v. 19.4.2008 – VIII ZR 75/07, WuM 2008, 350 = ZMR 2008, 702.

¹⁹⁷ BGBl. I S. 2178.

¹⁹⁸ BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 286/02, NJW 2003, 2900; BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, NJW 2007, 3060.



Der BGH geht mit keinem Wort auf die Kritik ein, die u.a. durch ein ehemaliges Mitglied des VIII. Senats¹⁹⁹ an sein Urteil vom 27.6.2007 geübt wurde. Allein die Tatsache, dass er das Urteil bestätigt, zeigt zwar ausreichend, dass er die Argumente nicht für stichhaltig hält. Trotzdem hätten ein paar Gegenargumente auch die Rechtsfortbildung gefördert.

36

9.4 Kosten der Zwischenablesung

In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob es sich bei der Nutzerwechselgebühr um - nicht umlagefähige - Kosten der Verwaltung (zur Legaldefinition vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV, in Kraft getreten am 1. Januar 2004) oder um - umlagefähige - Betriebskosten im Sinne der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BV oder gemäß § 7 Abs. 2, § 9b HeizkV handelt. Nach einer vorwiegend in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, sind die Nutzerwechselkosten vom Vermieter zu tragen, da der sie auslösende Mieterwechsel grundsätzlich in den Risikobereich des Vermieters falle.²⁰⁰ Nach anderer Auffassung soll der ausziehende Mieter diese Kosten tragen.²⁰¹ Eine weitere Meinung stellt auf das Verursacherprinzip ab und will danach unterscheiden, wer den Auszug herbeigeführt hat: Der Vermieter oder der ausziehende Mieter, wobei die Verursachung teilweise mit schuldhaftem Verhalten gleichgesetzt wird.²⁰² Teilweise wird die Meinung vertreten, die Kosten seien verhältnismäßig zwischen dem ausziehenden Mieter und dem neuen Mieter/gegebenenfalls - bei Leerstand - dem Vermieter aufzuteilen.²⁰³ Die Gegenauffassung hält es nicht für gerechtfertigt, den Vermieter einerseits oder den ausziehenden Mieter andererseits (ggfs. zusammen mit dem einziehenden Mieter) mit den Kosten des Nutzerwechsels zu belasten. Sie meint, diese Kosten flössen in die Gesamtkosten für die Betriebskostenabrechnung ein, die auf alle Mieter umzulegen seien.²⁰⁴

Nach Auffassung des BGH²⁰⁵ sind die Kosten ohne besondere Vereinbarung nicht auf den Mieter umlegbar, weil sie nicht der Legaldefinition in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechen. Danach müsste es um „laufend entstehende Kosten“ gehen, also um (stetig) wiederkehrende Belastungen. Die sog. Nutzerwechselgebühr falle aber nicht in wiederkehrenden, periodischen Zeiträumen an, sondern im Laufe eines Mietverhältnisses lediglich einmalig im Zusammenhang mit dem Auszug des Mieters.

Der BGH verkennt, dass die Zwischenablesung durch § 9b HeizkV angeordnet ist und es sich daher um Kosten der Abrechnung nach § 7 Abs. 2 HeizkV handelt.

¹⁹⁹ Beyer, NZM 2008, 12.

²⁰⁰ AG Münster, WuM 1996, 231; AG Augsburg, WuM 1996, 98; AG Rendsburg, WuM 1981, 105; AG Braunschweig, WuM 1982, 170.

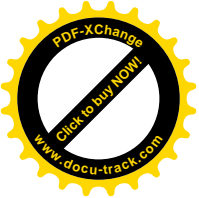
²⁰¹ AG Coesfeld, WuM 1994, 696 (hiergegen: AG Münster, WuM 1999, 405); AG Köln, WuM 1997, 648.

²⁰² AG Lörrach, WuM 1993, 68; LG Berlin, GE 2003, 121; von Brunn in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 93.

²⁰³ Lammel, Heizkostenverordnung, 2. Aufl., § 9b Rz. 11 ff., 15; Lammel in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 9b HeizkV Rz. 15.

²⁰⁴ AG Hamburg, WuM 1996, 562; AG Rheine, WuM 1996, 715; AG Oberhausen, DWW 1994, 24; Wall in Eisenschmid/Rips, Betriebskostenkommentar, 2. Aufl., Rz. 3001; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, Rz. 6243; Wall, WuM 2007, 415, 424; Ropertz, WuM 1992, 291, 292; Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl., L Rz. 207; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556a BGB Rz. 33; Both, Betriebskostenlexikon, 2. Aufl., Teil 1, Rz. 13; aA Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 9. Aufl., § 9b HeizkV Rz. 4.

²⁰⁵ BGH v. 14.11.2007 - VIII ZR 19/07, WuM 2008, 85 = GE 2008, 193 = NZM 2008, 123.



Es ist nicht zulässig ist, die den Heizkosten zuzuordnenden Stromkosten für die Heizungsanlage als Teil des Allgemeinstroms abzurechnen.²⁰⁶ Demgemäß hat der Vermieter den Betriebsstrom für alle diejenigen Aggregate, von denen die Wärmeerzeugung abhängt, gesondert zu ermitteln.

Sofern es, wie hier, für die Heizungsanlage keinen Zwischenzähler gibt, ist eine Schätzung durch den Vermieter zulässig.²⁰⁷ Die Grundlagen der Schätzung muss der Vermieter allerdings offen legen. Dazu muss der Mieter nicht (zunächst) einen höheren Abzug darlegen.

10 Beendigung des Mietvertrages

10.1 Kündigungsbefugnis des Erwerbers vor Eintragung

Der Erwerber einer Immobilie tritt erst mit der Eintragung in das Grundbuch als Eigentümer in den Mietvertrag ein, § 566 BGB. Für die Geschäftsraummiete wird die (unwirksamen) Abtretung des Kündigungsrechts gemäß § 140 BGB in eine Ermächtigung (§ 185 BGB) zum Kündigungsausspruch umgedeutet mit der Folge, dass der Ermächtigte im eigenen Namen zum Kündigungsausspruch befugt ist.²⁰⁸ Dagegen kann die (ohne Zustimmung des Mieters unwirksame) Regelung in einem Grundstückskaufvertrag, dass der Käufer mit dem Tag des Vertragsschlusses in einen bestehenden Mietvertrag eintritt, nicht in eine Ermächtigung zur Kündigung umgedeutet werden.²⁰⁹

Auch bei der Wohnraummiete soll es zulässig sein, den Erwerber im Kaufvertrag zur Ausübung des Kündigungsrechts im eigenen Namen zu ermächtigen, jedenfalls zur Ausübung des Rechts der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges.²¹⁰

Zweifel gegen eine solche Ermächtigung können sich daraus herleiten, dass der Mieter bestimmte Schutzrechte (§§ 569 Abs. 3, 574 BGB) nur gegenüber dem Vermieter geltend machen kann, insbesondere einen eventuellen Anspruch auf Vertragsfortsetzung gemäß § 574 BGB.²¹¹ Diese Bedenken können aber dadurch zerstreut werden, dass sich die Ermächtigung vom bisherigen Vermieter ableitet, so dass die Ausübung der Rechte wie bei § 407 BGB auch für den Vermieter gelten würde. Allerdings wird eine Ermächtigung wohl nicht ausreichen, um eine Kündigung zu erklären, bei der es auf die individuellen Verhältnisse des Vermieters ankommt (z.B. § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB).

10.2 Verhältnis von Anfechtung und Kündigung

Ob und gegebenenfalls mit welcher Rechtsfolge eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB auch nach Übergabe der Mietsache möglich ist, ist umstritten. Teilweise wird vertreten, das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung werde, sobald der Mietvertrag durch Überlassung der Mietsache vollzogen sei, durch das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 BGB verdrängt, soweit sich der Willensmangel auf

²⁰⁶ vgl. nur Betriebskostenkommentar/Wall, 2. Aufl., Rz. 2955.

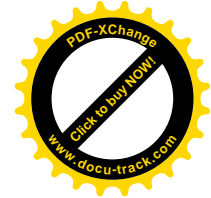
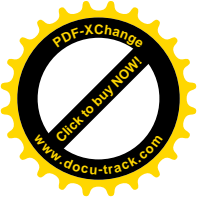
²⁰⁷ BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 27/07, WuM 2008, 285, 287 = GE 2008, 662.

²⁰⁸ BGH v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, WuM 1998, 99 = MDR 1998, 271 = ZMR 1998, 214.

²⁰⁹ OLG Celle v. 9.6.1999 – 2 U 166/98, ZMR 1999, 618 = NZM 2000, 93.

²¹⁰ KG v. 4.2.2008 – 8 U 167/07, WuM 2008, 153.

²¹¹ Deshalb gehen von der Unzulässigkeit aus: LG München I, WuM 1999, 161; AG Mitte v. 17.8.2004, MM 2004, 375.



verkehrs wesentliche Eigenschaften des Mietobjekts selbst beziehe.²¹² Nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann zwar eine auf Abschluss eines Mietvertrages gerichtete Willenserklärung auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung angefochten werden.²¹³ Differenziert wird jedoch nach der Wirkung der Anfechtung. Einige lassen die Rechtsfolgen erst ab Zugang der Anfechtungserklärung (ex nunc) zu, weil ein bereits vollzogenes Mietverhältnis nur unter Inkaufnahme großer Schwierigkeiten abgewickelt werden könne.²¹⁴ Die Gegenmeinung²¹⁵ verweist darauf, dass für Mietverträge kein Anlass bestehe, von der gesetzlichen Bestimmung des § 142 Abs. 1 BGB durch Richterrecht abzuweichen. Denn jedenfalls für die Geschäftsraummiete lasse sich ein die Rückabwicklung ausschließender sozialer Einschlag nicht erkennen.²¹⁶

38

Der BGH hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen.²¹⁷ Die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 536 ff. BGB) und das Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 BGB hätten auch nach Invollzugsetzung des Mietvertrages keinen Vorrang, weil die Anfechtung nach § 123 BGB einerseits und die Gewährleistungs- sowie die Kündigungsvorschriften andererseits unterschiedliche Sachverhalte regelten und unterschiedliche Schutzzwecke verfolgten. Die Anfechtung schützt die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit. Gegenstand der Gewährleistungsrechte und der außerordentlichen Kündigung sei eine aktuelle Leistungsstörung. Eine Abweichung von § 142 Abs. 1 BGB sei jedenfalls bei der Geschäftsraummiete nicht gerechtfertigt. Die Schwierigkeiten, die sich bei der Rückabwicklung aufgrund des Zeitablaufs und der Anzahl der rückabzuwickelnden Leistungen ergeben, rechtfertigten keine Ausnahme. Die gleichen Schwierigkeiten würden bei Mietverträgen bestehen, die z.B. gemäß § 134 BGB nichtig seien. Besonderheiten der Leistung wie beim Arbeitsverhältnis oder Gläubigerschutz wie beim Gesellschaftsverhältnis seien für den Mietvertrag nicht gegeben.

10.3 Ordentliche Kündigung

10.3.1 Schuldhaft nicht unerhebliche Pflichtverletzung und § 560 Abs. 4 BGB

Gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB kann der Vermieter eine fristlose Kündigung auf Zahlungsrückstände, die durch eine Mieterhöhung nach den §§ 558 – 560 BGB entstanden sind, erst nach Ablauf von zwei Monaten seit der rechtskräftigen Verurteilung zur Zahlung stützen. Fraglich ist, ob sich diese Vorschrift auch auswirkt, wenn der Vermieter seine Kündigung nicht auf § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB, sondern § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB stützt.

²¹² *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., I Rz. 245; Bub in: Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 673.

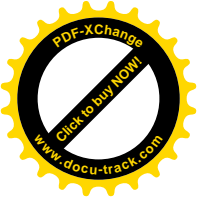
²¹³ (RGZ 157, 173, 174; KG, NZM 2002, 21; LG Mannheim, ZMR 1990, 303; Emmerich/Sonnenschein/Rolfs, *Miete*, 9. Aufl., § 542 BGB Rz. 82; Soergel/Heintzmann, *BGB*, 12. Aufl., vor § 542 Rz. 2; Hübner/Griesbach/Schreiber in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann *Geschäftsraummiete*, Kap. 14 Rz. 214; Kraemer in: Bub/Treier Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 1326; MünchKomm/Häublein, *BGB*, 5. Aufl., vor § 536 Rz. 24.

²¹⁴ LG Nürnberg-Fürth, MDR 1966, 1003, 1004; Schmidt-Futterer/Blank, *Mietrecht*, 9. Aufl., vor § 535 BGB Rz. 7; Staudinger/Rolfs, *BGB* [2006], § 542 Rz. 179; für die Wohnraummiete: Hille, WuM 1984, 292, 293.

²¹⁵ RGZ 86, 334; 102, 225, 226; 157, 173, 174; KG MDR 1967, 404; KG NZM 2002, 21; Soergel/Heintzmann, *BGB*, 12. Aufl., vor § 542 Rz. 2; Erman/Jendrek, *BGB* 12. Aufl. vor § 536 Rz. 20; Schmid, DWW 1985, 302; Fischer, NZM 2005, 567, 571; Emmerich NZM 1998, 692, 694 f.

²¹⁶ KG, NZM 2002, 21.

²¹⁷ BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, GuT 2008, 330.



Ohne diese Frage besonders zu prüfen, nimmt der BGH eine schuldhafte nicht **39** erhebliche Pflichtverletzung des Mieters an, der mit Mietanteilen in Rückstand geraten war, die nach der Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB geschuldet wurden.²¹⁸ Insoweit sah der Senat insbesondere ein ausreichendes Verschulden des Mieters. Denn die Nichtzahlung erfolgte nicht wegen einer wirtschaftlichen Notlage, die das Verschulden ausschließen könne,²¹⁹ sondern weil er die der Mieterhöhung zugrunde liegende Betriebskostenabrechnung in einzelnen Positionen für falsch gehalten hatte. Etwaige inhaltliche Fehler der Betriebskostenabrechnung berechtigten den Mieter indessen nicht, die bisherigen Betriebskostenvorschüsse unverändert weiter zu zahlen. Denn die Erhöhung gemäß § 560 Abs. 4 BGB ist unabhängig von der Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung wirksam, wenn sie formell einwandfrei ist. Ein etwaiger Rechtsirrtum ist in einer solchen Situation vermeidbar und daher nicht geeignet, das Verschulden des Mieters auszuschließen.

10.3.2 Nicht unerhebliche Pflichtverletzung

Ob der Zahlungsverzug eine schuldhafte nicht unerhebliche Pflichtverletzung begründet, hängt von einer umfassenden Einzelfallabwägung ab, bei der auch die Frage, was Verzugsgrund war und ob der Mieter den Rückstand in der Zwischenzeit beglichen hat, eine wesentliche Rolle spielt.²²⁰

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die fristgerechte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB unbegründet, wenn der Mieter dem alten Vermieter eine Einzugsermächtigung für die Miete erteilt hat, der Erwerber, der von dieser Einzugsermächtigung keinen Gebrauch macht, fristgerecht kündigt, während sich der Mieter auf Montage im Ausland befindet und seine Kontounterlagen nicht überprüft, aber innerhalb der Schonfrist den Rückstand ausgleicht.²²¹

Der Mieter hatte sechs Monate keine Miete gezahlt, was letztlich auf Nachlässigkeit beruhte, weil er seine Kontounterlagen nicht sichtete. Auch wenn er dem Vermieter eine Einzugsermächtigung erteilt hat, die von einem Erwerber nicht ohne Weiteres angewendet werden kann, obliegt dem Mieter eine Kontrollpflicht. Im Hinblick darauf erscheint die Entscheidung gerade noch vertretbar.

10.3.3 Unverschuldete Zahlungsunfähigkeit?

Während der Mieter beim Zahlungsverzug für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat und sich deswegen nicht auf § 286 Abs. 4 BGB berufen kann, entlastet ihn im Rahmen von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit.²²² Der Mieter hat Zahlungsverzögerungen aufgrund unverschuldeter wirtschaftlicher Schwierigkeiten (z.B. Arbeitslosigkeit, Krankheit) nicht zu vertreten²²³ und kann sich auf unvorhersehbare wirtschaftliche Engpässe berufen. Im Rahmen des Verschuldens kann zudem eine nachträgliche Zahlung des Mieters zu seinen Gunsten

²¹⁸ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, WuM 2008, 31 = GE 2008, 114 = NZM 2008, 121 = ZMR 2008, 196.

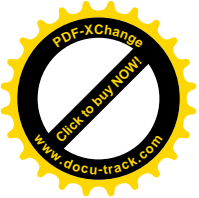
²¹⁹ Vgl. BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 = ZMR 2005, 356, unter II 2 d cc).

²²⁰ Vgl. zur Methodik: Beyer, InfoM 2008, 317.

²²¹ KG v. 9.6.2008 – 8 U 217/07, GE 2008, 925 = www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/index.html.

²²² Vgl. BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 6/04, WuM 2005,250 = NZM 2005,334.

²²³ Schmidt/Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 30.



berücksichtigt werden, weil sie ein etwaiges Fehlverhalten in einem milderen Licht scheinen lässt.²²⁴ Für fehlendes Verschulden ist der Mieter darlegungs- und beweispflichtig.²²⁵ 40

Zur Annahme eines fehlenden Verschuldens reicht aber der Vortrag des Mieters nicht aus, wonach er seit dem Januar 2005 Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II sei und die Mietzahlung für Februar 2007 nicht rechtzeitig habe erbringen können, weil es bei ihm zu einer einmaligen finanziellen Notlage gekommen sei; er sei nicht mehr in der Lage gewesen, seine Ausgaben zu bestreiten, da aufgrund des längerfristigen Bezuges von ALG II Rückstände aufgelaufen seien, auch weil er Waren des täglichen Bedarfs und Kleidung habe erwerben müssen.²²⁶ Denn dazu hätte im Einzelnen dargelegt werden müssen, aus welchen Gründen es gerade im Februar 2007 zu den wirtschaftlichen Engpässen gekommen sei und welche unvorhergesehenen Ausgaben er in diesem Zeitraum gehabt habe, so dass er die Miete nicht habe entrichten können. Insoweit müsse der Vortrag auch erkennen lassen, dass der Mieter sich rechtzeitig beim Job Center um Übernahme der Februarmiete bemüht habe, da er habe absehen können, dass er nicht zur Beilegung der Miete in der Lage sein würde. Soweit sich ein Mieter darauf beruft, dass er unter depressiven Störungen gelitten habe und sich in dem maßgeblichen Zeitraum nicht habe sachgerecht verhalten können, ist sein Vortrag nur zureichend, wenn er erkennen lässt, inwieweit sein gesundheitlicher Zustand Einfluss auf die Mietzahlungen gehabt haben soll.

10.3.4 Abmahnung?

Die Frage, ob der ordentlichen Kündigung wegen schuldhafter nicht unerheblicher Vertragsverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) eine Abmahnung oder sogar eine mit Kündigungsandrohung versehene (qualifizierte) Abmahnung vorauszugehen hat, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.²²⁷

Eine Abmahnung soll schon wegen des Wortlauts des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht erforderlich sein.²²⁸ Dies entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, der durch die Einfügung von § 543 Abs. 3 BGB gezeigt habe, dass er sich mit dem Problem der Abmahnung im Gesetzgebungsverfahren auseinandergesetzt habe. Auch ein praktischer Bedarf sei nicht zu erkennen, da der Vermieter typischerweise die ordentliche Kündigung wegen schuldhafter nicht unerheblicher Pflichtverletzung hilfsweise neben der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund erkläre, die gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich eine erfolglose Abmahnung voraussetze, so dass der Mieter bereits auf diesem Wege gewarnt sei.

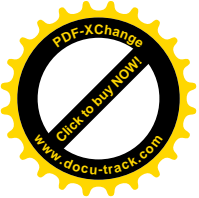
²²⁴ vgl. BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 6/04, NZM 2005,334 = WuM 2005,250.

²²⁵ Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 573 BGB Rz. 22.

²²⁶ KG v. 24.7.2008 - 8 U 26/08, GE 2008, 1327.

²²⁷ Dafür u.a. LG Itzehoe, WuM 1992, 608; LG Lüneburg, WuM 1995, 708; LG Hamburg, ZMR 2005, 867, 869; *Bieber*, BGHReport 2005, 689, 690; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 14; MünchKommBGB/*Häublein*, 4. Aufl., § 573 Rz. 58 f.; dagegen OLG Oldenburg, NJW-RR 1992, 79; *Schläger*, ZMR 1991, 41, 47; *Franke* in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band 6, Stand März 2005, § 573 BGB Anm. 7.1 Nr. 2, Anm. 9 Nr. 3, Anm. 12 Nr. 7; *Gahn* in: Schmid, Mietrecht, 2006, § 573 BGB Rdnr. 16; *Grapentin* in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rz. 62, 64; *Hannappel* in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 573 Rz. 22; *Haug* in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 19; *Herrlein* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 17.

²²⁸ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, WuM 2008, 31 = GE 2008, 114 = NZM 2008, 121.



Danach kommt der Abmahnung für die Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB **41**
dings in Ausnahmefällen insofern Bedeutung bei, als erst ihre Missachtung der Pflicht-
verletzung das erforderliche Gewicht verleihen kann, etwa weil vorher nur ein schlichtes Versehen
des Mieters vorgelegen habe oder eine Duldung des Vermieters zu vermuten gewesen sei.

10.3.5 Anbietpflicht bei Eigenbedarf

Nach der Rechtsprechung des BGH²²⁹ besteht eine Anbietpflicht des Vermieters für den Fall ein
freiwerdenden Alternativwohnung. Allerdings ist die Anbietpflicht zeitlich durch den Ablauf der
Kündigungsfrist beschränkt.²³⁰

Diese Voraussetzungen sind aber nur erfüllt, wenn die Alternativwohnung bis zum Ablauf der Kün-
digungsfrist frei wird.²³¹ Läuft die Kündigungsfrist des Mietvertrages über die Alternativwohnung
erst später ab, muss der Vermieter sie nicht anbieten.

*Im Rahmen von Kündigungen mit der Dreimonatsfrist kommt die Anbietpflicht regelmäßig nur noch
in Betracht, wenn bei Ausspruch der Kündigung eine Alternativwohnung frei ist oder der Vermieter
mit der Geltendmachung des Eigenbedarfs solange zuwartet, bis er die Alternativwohnung vermie-
tet hat.*

10.4 Erleichterte Kündigung nach § 573a BGB

10.4.1 Gebäude mit zwei Wohnungen

Die Anwendbarkeit des § 573a BGB ist immer wieder zweifelhaft, wenn es aufgrund der Beschaf-
fenheit des Gebäudes keine zwangsläufigen Berührungspunkte für die Lebensräume von Vermieter
und Mieter gibt. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Wohnungen auch von außen separate Zu-
gänge verfügen, so dass kein erhöhtes Konfliktpotenzial zwischen den Parteien entsteht.

§ 573a BGB in diesen Fällen nicht anzuwenden kann sich zwar durchaus aus dem Zweck der Vor-
schrift rechtfertigen, wonach dem Vermieter dann eine erleichterte Möglichkeit zur Beendigung
eingerräumt werden soll, wenn aufgrund der vorhandenen räumlichen Enge die erforderliche Har-
monie der Parteien nicht mehr gewährleistet sei.²³² Diese gesetzgeberische Intention habe im
Wortlaut der Vorschrift allerdings keinen Niederschlag gefunden. Deshalb sei aus Gründen der
Rechtssicherheit und Rechtsklarheit das Sonderkündigungsrecht auch dann gegeben, wenn Vermie-
ter und Mieter in dem gemeinsam bewohnten Gebäude keine Gelegenheit zum Zusammentreffen
hätten, wenn es insbesondere an einem gemeinsamen Treppenhaus und an einem gemeinsamen
Hauseingang fehle und auch sonstige gemeinschaftlich zu nutzende Räume oder Flächen nicht vor-
handen seien.²³³

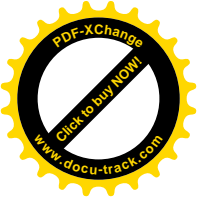
²²⁹ BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 311/02, ZMR 2003, 665 = NZM 2003, 682; BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 276/02, ZMR 2003, 664 = NZM 2003, 681.

²³⁰ BGH v. 9.7.2003 – VIII ZR 311/02, ZMR 2003, 665 = NZM 2003, 682.

²³¹ BGH v. 4.6.2008 - VIII ZR 292/07, NZM 2008, 642 = GE 2008, 1048.

²³² BGH v. 25.6.2008 – VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 = GE 2008, 1118 = ZMR 2008, 877.

²³³ OLG Saarbrücken, NJW-RR 1993, 20 ff.; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9, Aufl., § 573a BGB Rz. 12, jeweils auch mit Nachwei-
sen zur abweichenden Meinung.



Das Sonderkündigungsrecht nach § 573a BGB ist nicht gegeben, wenn das Gebäude mehr als zwei Wohnungen aufweist. Dies könnte insbesondere angenommen werden, wenn außer dem Gewerbebetrieb und den Wohnungen von Vermieter und Mieter noch Räume vorhanden sind, die von ihrer baulichen Ausstattung und ihrer funktionalen Zuordnung unschwer als Wohnung genutzt werden könnten.

Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es darauf an, ob sich im Gebäude mehr als zwei Wohnungen befinden.²³⁴ Durch den Umstand, dass sich abgesehen von zwei Wohnungen noch Gewerbe- und andere Räume im Haus befinden, wird die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht ausgeschlossen. Die Vorgängerregelung zu § 573a BGB betraf zwar ausschließlich "Wohngebäude" (§ 564b Abs. 4 BGB a.F.). Diese Beschränkung auf reine Wohngebäude hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung durch das Mietrechtsreformgesetz²³⁵ aber bewusst nicht beibehalten.²³⁶ In diesem Zusammenhang sei nicht von Bedeutung, dass im Gebäude Räume vorhanden seien, die sich für eine Nutzung als (dritte) Wohnung eignen und in der Vergangenheit als Wohnung genutzt wurden. Entscheidend sei vielmehr, ob diese weiteren Räume schon vor Abschluss des konkreten Mietvertrages nicht mehr als Wohnung, sondern als gewerbliche Räume für den vorhandenen Betrieb genutzt wurden (hier: Sozialräume für die Angestellten). Als nur eine Wohnung seien auch Räume zu werten, die getrennt durch ein Treppenhaus auf zwei Stockwerke verteilt seien.

10.5 Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund

10.5.1 Zahlungsverzug mit mehr als einer Miete

§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB regelt drei Varianten des Zahlungsverzuges. Dabei enthält lit. a) zwei Alternativen, in denen sich über einen Zeitraum von zwei Monaten ein nicht unerheblicher Rückstand aufgebaut haben muss. Nicht unerheblich ist der Rückstand, wenn entweder beide Mieten nicht gezahlt wurden oder – jedenfalls mit Blick auf § 569 Abs. 3 BGB – ein Rückstand von mehr als einer Monatsmiete entstanden ist. Fraglich ist, ob der Vermieter auch kündigen kann, wenn sich der Rückstand in Höhe von mehr als einer Monatsmiete aus Einzelbeträgen zusammensetzt, die für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen sind.²³⁷

Richtigerweise setzt § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) BGB voraussetzt,²³⁸ dass der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultiert.²³⁹ Diese Auslegung ergebe sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Zudem ließen die beiden Regelungen in § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) und b) BGB erkennen, dass der Fall, in dem der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Mietzahlung in Verzug sei, abweichend von dem Fall, in dem der Verzug sich über einen Zeitraum von mehr

²³⁴ BGH v. 25.6.2008 – VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 = ZMR 2008, 877.

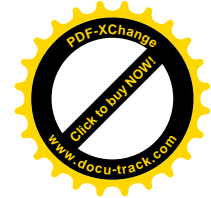
²³⁵ BGBl. I, S. 1149.

²³⁶ Haas, Das neue Mietrecht - Mietrechtsreformgesetz, Bundesanzeiger 2001, S. 242.

²³⁷ So: OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – 10 U 166/05, DWW 2006, 240; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rz. 109.

²³⁸ BGH v. 23.7.2008 – XII ZR 134/06, WuM 2008, 595 = GE 2008, 1319 = NZM 2008, 770 = GuT 2008, 353.

²³⁹ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903; MünchKomm/*Bieber*, 5. Aufl., § 543 BGB Rz. 46; Staudinger/*Emmerich*, Berab. 2006, § 543 BGB Rz. 52; Bub/*Treier/Grapentin*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiets, 3. Aufl., IV Rz. 178; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiets, Kap. 15 Rz. 210; *Gramlich*, Mietrecht, 9. Aufl., § 553 BGB Rz. 10; *Both*, NJW 1970, 2197.



als zwei Terminen erstrecke, dahin geregelt werden solle, dass im ersten Fall ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ausreiche, während im zweiten Fall ein Rückstand in Höhe von zwei Monatsmieten erforderlich sei. Dieser Wille des Gesetzgebers sei auch den Gesetzesmaterialien zu § 554 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a.F. zu entnehmen. Danach hätten in dieser Vorgängervorschrift zwei selbständige Tatbestände geregelt werden sollen.

43

Insoweit ist es unerheblich, ob die Miete monatlich oder für längere Zeiträume geschuldet werde.²⁴⁰ Dies macht bereits der Wortlaut deutlich. Allenfalls kann hier für Altverträge § 551 Abs. 2 BGB a.F. eingreifen, wonach mangels anderweitiger Regelung eine vierteljährliche Zahlung geschuldet ist.

10.5.2 Zahlungsverzug bei vereinbartem Lastschriftinzug

Mit der Vereinbarung des Lastschrift-Einzugsverfahrens zur Mietzahlung verändert sich die gesetzlich vorgesehene Leistungsmodalität für Geldschulden von einer qualifizierten Schickschuld gemäß § 270 Abs. 1 BGB in eine Holschuld gemäß § 269 BGB.²⁴¹ Im Hinblick darauf tritt der Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB grundsätzlich nicht ein, wenn der Gläubiger (=Vermieter) seine Mitwirkungshandlung - Vornahme der Abbuchung in den konkreten Monaten - nicht nachkommt.²⁴² An diesem Ergebnis ändert die Frage, ob das Konto gedeckt war, in der Regel nichts. Denn die bei der Holschuld erforderliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers ist für die Annahme des Schuldnerverzugs grundsätzlich nur dann entbehrlich, wenn eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners (= Mieters) vorliegt, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Diese kann nicht allein in der mangelnden Deckung auf dem Schuldnerkonto gesehen werden. Hierauf kann allenfalls verzichtet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Konto des Schuldners zum Zeitpunkt der Fälligkeit keine Deckung aufweist.²⁴³

Die Anhaltspunkte für eine mangelnde Deckung müssen so konkret sein, dass sie insbesondere auch für den Schuldner so eindeutig auf der Hand liegen, dass es treuwidrig wäre, wenn er sich weiterhin auf das Lastschriftverfahren berufen dürfte.²⁴⁴ Auch für ihn muss es aus Gründen der Rechtsklarheit und zur Vermeidung von Doppelzahlungen eindeutig erkennbar sein, dass die vereinbarte Abbuchung wegen offensichtlicher Unzumutbarkeit nicht mehr erfolgen wird und er selbst unzweifelhaft für die Rechtzeitigkeit der Leistung zu sorgen hat. Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, genügt ein vorübergehender Liquiditätsengpass trotz mehrmaligen Scheiterns des Lastschriftverfahrens jedenfalls dann nicht aus, wenn in der Vergangenheit jeweils erfolgreiche Absprachen über die Begleichung der Rückstände getroffen wurden.

Allerdings kann der Schuldnerverzug trotzdem eintreten, wenn der Schuldner das Unterbleiben der Mitwirkungshandlung des Gläubigers in von ihm zu vertretender Weise (mit-) veranlasst hat,²⁴⁵ wobei für den Verschuldensmaßstab des Schuldners § 300 Abs. 1 BGB gilt, weil die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs vorliegen. Dazu müsste der Mieter dem Vermieter aber z.B. mitteilen, dass keine ausreichende Deckung auf dem Konto vorhanden ist, oder die Einzugsermächtigung wi-

²⁴⁰ BGH v. 17.9.2008 – XII ZR 61/07, GE 2008, 1488 = GuT 2008, 357.

²⁴¹ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

²⁴² BGH v. 23.1.1996 – X ZR 105/93, NJW 1996, 1745; BGH v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469 ff.

²⁴³ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

²⁴⁴ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

²⁴⁵ BGH v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469 ff.



derrufen. Die Rücklastschriften der Vormonate und eine vereinbarte Ratenzahlung ge- **44**
nügen nicht für eine schuldhafte - grob fahrlässige - Veranlassung der Nichtabbuchung.

Durch das Fehlschlagen von Abbuchungsversuchen an vorangegangenen Fälligkeitsterminen ändert sich die vereinbarte Holschuld auch nicht in eine qualifizierte Schickschuld gemäß § 270 Abs. 1 BGB. Es ist zwar anerkannt, dass bei einem fehlgeschlagenen Einziehungsversuch des Gläubigers - je nach den übrigen Vereinbarungen der Parteien - die Holschuld wieder zu einer Schickschuld wird.²⁴⁶ Bei einem Dauerschuldverhältnis betrifft dies aber nur die am konkreten Fälligkeitstermin bestehende Schuld, solange keine Kündigung durch den Gläubiger erfolgt.²⁴⁷

Ob der Gläubiger durch einseitige Erklärung die vereinbarte Lastschriftabrede beenden kann, oder ob hierfür eine vertragliche Regelung erforderlich ist, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich gesehen. Die jederzeitige Widerruflichkeit oder Kündbarkeit des Einverständnisses mit dem Lastschrifteinzug wird damit begründet, dass die Zahlung im Lastschriftverfahren eine besondere Handlung des Gläubigers voraussetzt, die niemandem aufgezwungen werden kann.²⁴⁸ Nachdem der BGH zunächst dieser Ansicht zuzuneigen schien,²⁴⁹ hierfür aber eine „unmissverständliche Mitteilung“ des Gläubigers an den Schuldner verlangte, hat er in einer späteren Entscheidung ausgeführt, der Lastschriftgläubiger könne sich nicht einseitig von dem vereinbarten Einzug im Lastschriftverfahren lösen.²⁵⁰ Diese Ansicht spricht für das Erfordernis einer vertraglichen und somit einvernehmlichen Änderung eines Schuldverhältnisses, wozu auch die Vereinbarung einer Leistungsmodalität gehört. Eine einvernehmliche ausdrückliche Beendigung des Abbuchungsverfahrens erfolgte vorliegend unstreitig jedoch nicht, ebenso wenig eine Aufkündigung dieser Zahlungsart. Im Hinblick auf die wiederholten Rücklastschriften hätte der Klägerin ein Recht zur Kündigung des Lastschriftverfahrens jedoch gemäß § 314 Abs. 1 BGB zugestanden.

10.5.3 Zahlungsverweigerung des vorläufigen Insolvenzverwalters

§ 112 InsO verbietet eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges zwischen Antragstellung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Rückständen, die vor der Antragstellung entstanden sind. Während des Eröffnungsverfahrens soll die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges begründet sein, wenn der Mieter lediglich mit einer Monatsmiete in Rückstand ist, jedoch erklärt, er werde in Zukunft zu Mietzinszahlungen nicht in der Lage sein.²⁵¹ Im Schrifttum wird indes die Auffassung vertreten, der Vermieter müsse auch bei Ankündigung des vorläufigen Verwalters, die vorläufige Masse könne oder werde nicht zahlen, bis zum Eintritt einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges rechtfertigenden Mietrückstands zuwarten.²⁵²

Der BGH²⁵³ hat in einem Regressprozess gegen einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt zum Ausdruck gebracht, dass die Mitteilung des vorläufigen Insolvenzverwalters,

²⁴⁶ OLG Köln v. NJW-RR 1986, 390

²⁴⁷ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

²⁴⁸ *Canaris* in Staub, HGB, 4. Aufl., Bankvertragsrecht, I. Teil, Rz. 649.

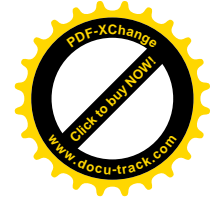
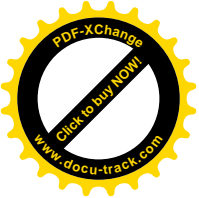
²⁴⁹ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

²⁵⁰ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

²⁵¹ OLG Düsseldorf v. 23.5.1991 – 10 U 119/90, NJW-RR 1991, 1353, 1354 = MDR 1991, 965.

²⁵² vgl. MünchKomm-InsO/*Eckert*, 1. Aufl., § 112 InsO Rz. 37.

²⁵³ BGH v. 24.1.2008 – IX ZR 201/06, GE 2008, 598.



das Insolvenzgericht habe ein vorläufiges Zahlungsverbot erlassen und deshalb seien er **45** und der Zwischenvermieter als Schuldner gehindert, eingehende Zahlungen leiten, als Pflichtverletzung ausreichen lassen.

10.5.4 Schwere Erkrankung des Mieters

Der Mieter kann das Mietverhältnis nach § 543 Abs. 1 BGB fristlos kündigen, wenn ein wichtiger Grund aus seinem Interessenbereich besteht, der nicht auf Umständen beruht, die in seinen Risikobereich fallen.²⁵⁴

Die Annahme derartiger Umstände ist auch bei einer schweren Erkrankung des Mieters nicht gerechtfertigt.²⁵⁵ Aus § 537 BGB folge, dass der Mieter das Risiko der Nutzung trägt. Dieses Risiko sei durch § 540 Abs.1 BGB abgemildert, indem der Mieter bei einer Verweigerung der Zustimmung zur Untervermietung durch den Vermieter außerordentlich kündigen könne, sofern in der Person des Dritten kein wichtiger Grund besteht.

11 Ausblick

Die Rasananz, mit der sich das Mietrecht entwickelt, hat spürbar zugenommen. Dabei ist eine Tendenz zu mehr dogmatischem Denken und Behandeln der Fälle erkennbar. Dies vermittelt neue Freude bei der Bearbeitung mietrechtlicher Fälle, weil man im Studium erlernte Methodik anwenden kann und nicht in ein klassenkampfähliches Denken eingebunden ist. Es bleibt zu hoffen, dass sich diese Tendenz durch alle Instanzen fortsetzt.

²⁵⁴ OLG Düsseldorf, WuM 2001, 94 = ZMR 2001, 106 = NZM 2001, 669.

²⁵⁵ OLG Düsseldorf v. 25.7.2008 – I-24 W 53/08, GE 2008, 1195 = NZM 2008, 807.