



Aktuelles Mietrecht 2009

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

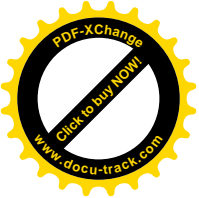




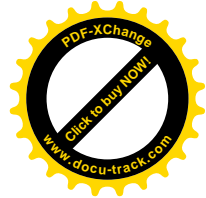
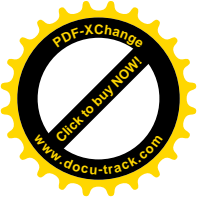
1	Einblick.....	9
2	Anwaltshaftung im Mietrecht.....	9
2.1	Haftung des Verbandsanwalts.....	9
2.2	Regress im Berufungsverfahren.....	10
3	Rechtsausübung durch den Mieter	12
3.1	Rechtsunsicherheit	13
3.1.1	Ausgangsfall.....	13
3.1.2	Unvollständiger Sachverhalt	13
3.2	Die Auswirkungen auf die Praxis.....	14
3.2.1	Gewährleistung	14
3.2.2	Kündigung.....	14
3.2.3	Andere Verfahren	15
4	Überleitungsrecht	16
4.1	§ 566a BGB.....	16
5	Mietvertrag	17
5.1	Sicherung des Mietvorvertrages durch einstweilige Verfügung?.....	17
5.2	Abgrenzung zur Pacht	18
5.3	Strohmann und Scheingeschäft	18
5.4	Arglistige Täuschung wegen Verschweigens wesentlicher Sortimentsbestandteile	19
5.5	Befristung durch auflösende Bedingung?.....	20
5.6	Deklaratorische Bedeutung der Schriftform.....	20
5.7	Vermieterwechsel und Zubehör	21
5.8	Mieterwechsel.....	21
5.9	Kein Anspruch auf Mietechuldenfreiheitsbescheinigung.....	23
6	Vertragsgemäßer Gebrauch	24
6.1	Festlegung durch stillschweigende Vereinbarung	24
6.2	Geschäftliche Tätigkeit des Mieters in der Wohnung	25
6.3	Untervermietung	27
6.4	Umfang des Rechts zur Nutzung von Gemeinschaftsflächen....	27
7	Miete.....	28
7.1	Lastschrifteinzug.....	28
7.1.1	Formularmäßige Vereinbarung	28
7.1.2	Grundloser Widerspruch.....	29
7.1.3	Einseitige Beendigung des Lastschrifteinzugsverfahrens?....	31
7.2	Vereinbarungen zur Umsatzsteuer.....	32
7.3	Fälligkeit und Aufrechnungsverbot in Altverträgen.....	32
7.4	Mietpreis-Gleitklauseln.....	33



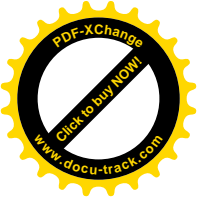
7.4.1	im preisgebundenen Wohnraum	33	4
7.4.2	als Wertsicherungsklausel bei Indexfortfall	35	
7.5	Umsatzsteuer	37	
8	Mietzeit	37	
8.1	Einseitiger formularmäßiger Kündigungsverzicht des Mieters	37	
8.2	Kündigungsverzicht für Studentenwohnung	38	
8.3	Auflösend bedingter Mietvertrag.....	39	
9	Schriftform.....	40	
9.1	Bezugnahme auf Grundrisszeichnungen	40	
9.2	Heilung durch Nachtrag	40	
10	Schönheitsreparaturen	41	
10.1	Wirksame Überbürdung trotz unrenovierter Übergabe	41	
10.2	Keine Überbürdung von Außenanstrichen	41	
10.3	Keine Farbwahlbeschränkung während der Mietzeit	42	
10.4	„Weißen“ der Decken und Wände.....	43	
10.5	Bodenbeläge bei der Gewerberaummiete.....	44	
10.5.1	Grundreinigung des Teppichbodens.....	44	
10.5.2	Erneuerung von Teppichboden	44	
10.6	Zusammentreffen von starren Fristen und individueller Endrenovierung	45	
10.6.1	Zustandekommen einer Individualvereinbarung	45	
10.6.2	Unwirksamkeit der Individualvereinbarung über § 139 BGB?46		
10.7	Sinnlose Renovierung.....	47	
10.8	Geltendmachung einer unwirksamen Klausel.....	48	
10.9	Ausgleichspflicht für nicht geschuldete Renovierung	48	
10.9.1	Ansprüche aus cic?	48	
10.9.2	Aufwendungsersatz nach § 684 BGB.....	49	
10.9.3	Bereicherungsausgleich.....	51	
10.10	Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Renovierungsklausel52		
10.11	Fristsetzung mit unbestimmten Zeitraum	53	
11	Erhaltungsmaßnahmen des Vermieters	55	
11.1	Duldungspflicht des Mieters	55	
12	Gewährleistung	56	
12.1	Mangel durch unliebsamen Publikumsverkehr	56	
12.2	Zugangsbehinderung als Mangel	57	
12.3	Schallbrücke nach Änderung des Bodenbelags.....	58	
12.4	Flächenabweichung	59	
12.4.1	Berechnung der Wohnfläche.....	59	
12.4.1.1	Fachwerkhaus.....	59	



12.4.1.2	Festlegung durch den Vermieter	60	5
12.4.1.3	Freisitz	60	
12.4.1.4	Doppelhaushälfte.....	60	
12.4.2	Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen	61	
12.4.3	Berechnung der Fläche bei Gewerberaum	61	
12.4.4	Fristlose Kündigung	62	
12.5	Verschuldenshaftung bei Kurzschluss	62	
12.6	Aufwendungsersatz nach § 539 BGB	63	
12.7	Anwendbarkeit von § 536b BGB auf § 569 Abs. 1 BGB.....	64	
13	Nachvertragliche Leistungspflichten.....	64	
13.1	Ausstellung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung.....	64	
13.2	Versorgungssperre	66	
13.2.1	Vertragliche Ansprüche	66	
13.2.2	Besitzschutz	67	
14	Kaution.....	68	
14.1	Anlage durch den Zwangsverwalter.....	68	
14.2	Zurückbehaltungsrecht trotz Insolvenz des Vermieters.....	69	
14.3	Sicherung des Rückzahlungsanspruchs durch einstweilige Verfügung?	70	
15	Mieterhöhung.....	70	
15.1	Bis zur ortsüblichen Miete	70	
15.1.1	Mieterhöhung und genossenschaftliche Gleichbehandlung ..	70	
15.1.2	Mieterhöhung bis zum oberen Spannenwert.....	72	
15.1.3	Beifügung des Mietspiegels.....	72	
15.1.3.1	Verweis auf Einsicht	72	
15.1.3.2	Allgemein zugänglich	73	
15.1.4	Flächenabweichung.....	73	
15.1.5	Bezugnahme auf Rasterfeld des Mietspiegels.....	73	
15.1.6	Formelle Anforderungen an das Mieterhöhungsbegehren ...	74	
15.1.6.1	bei der Anrechnung von Drittmitteln	74	
15.1.6.2	Behebung von Mängeln im Prozess.....	75	
15.2	Staffelmiete	75	
15.2.1	Mangelnde zeitliche Begrenzung in Altverträgen.....	75	
15.2.2	Staffel mit Einwirkungsoption für den Mieter.....	75	
15.3	wegen Modernisierung	76	
15.3.1	Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat.....	76	
15.3.2	Notwendige Kosten.....	76	
16	Betriebskosten.....	77	
16.1	Aufzugskosten.....	77	

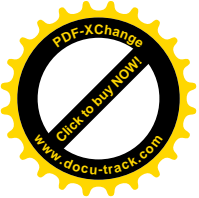


16.2 Gartenpflege.....	78	6
16.3 Formelle Fehler.....	78	
16.3.1 Angabe der Gesamtkosten.....	78	
16.3.1.1 Erläuterung von Vorwegabzügen.....	78	
16.3.1.2 Zusammenfassen von Frisch- und Abwasserkosten.....	79	
16.3.1.3 Sach- und Haftpflichtversicherung.....	80	
16.3.2 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels.....	80	
16.3.2.1 Schlagwortartige Bezeichnung des Verteilerschlüssels.....	81	
16.3.2.2 Veränderung der Abrechnungsschlüssel.....	81	
16.3.2.3 Umfang der Erläuterung.....	81	
16.3.2.4 verbrauchsunabhängige Abrechnung trotz anderer Vereinbarung	81	
16.3.2.5 Abweichende Abrechnungsperioden.....	82	
16.3.3 Abrechnung nach Sollvorauszahlungen.....	83	
16.4 Schuldanerkenntnis durch Ausgleich der Nachforderung?.....	84	
16.5 Abrechnungsfrist.....	85	
16.5.1 Verschulden bei Verlust auf dem Postweg.....	85	
16.5.2 bei getrennter Heiz- und Betriebskostenabrechnung.....	86	
16.6 Berichtigung einer Abrechnung mit Guthaben in der Gewerberaummieta	87	
.....	87	
17 Heizkosten.....	88	
17.1 Abgrenzungsfragen bei § 1 Abs. 1 HeizkV.....	88	
17.2 Kostenersparnis als Umlageargument.....	88	
18 Beendigung des Mietvertrages.....	89	
18.1 Verhältnis von Anfechtung und Kündigung.....	89	
18.1.1 Rechtsfolge: Nutzungsentschädigung inklusive Umsatzsteuer ⁹⁰		
18.1.2 Rechtsfolge: Nutzungsentschädigung inklusive verbrauchsabhängiger		
Nebenkosten.....	91	
18.2 Ordentliche Kündigung.....	91	
18.2.1 § 573 Abs. 2 Nr.1 BGB.....	91	
18.2.1.1 Schuldhaftes nicht unerhebliches Pflichtverletzung und § 560 Abs. 4		
BGB.....	91	
18.2.1.2 Nicht unerhebliches Pflichtverletzung.....	92	
18.2.2 § 573 Abs. 2 Nr.2 BGB.....	92	
18.2.2.1 Entfernte Verwandte als Begünstigte.....	92	
18.2.2.2 Erneute Kündigung nach Klageabweisung.....	92	
18.2.2.3 Kündigung innerhalb der ersten fünf Jahre.....	93	
18.2.2.4 Schadensersatz wegen vorgetäuschten Eigenbedarf... ..	94	
18.2.3 § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB.....	94	
18.2.3.1 Wirtschaftliche Verwertung.....	94	



18.2.3.2	Angemessenheit der Verwertung.....	95	7
18.2.3.3	Erhebliche Nachteile.....	95	
18.3	Kündigungsbeschränkungen	96	
18.3.1	Anwendungsbereich der Kündigungssperrfrist	96	
18.3.2	Anwendbarkeit des § 577a BGB bei Erwerb durch GbR	97	
18.4	Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist	99	
18.4.1	§ 57a ZVG.....	99	
18.5	Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund.....	99	
18.5.1	Anforderungen an die Abmahnung.....	99	
18.5.2	Ankündigung der Nichtzahlung.....	100	
18.5.3	Unpünktliche Mietzahlung.....	101	
18.5.4	Zurechnung des Zahlungsverhaltens des Jobcenters.....	102	
18.5.5	Verhältnis von § 314 Abs. 3 BGB und § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB	102	102
18.5.6	Zahlungsverzug mit mehr als einer Miete.....	103	
18.5.7	Zahlungsverzug bei vereinbartem Lastschrifteinzug	104	
18.6	Außerordentliche Kündigung des Mieters.....	105	
18.6.1	§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	105	
19	Rückgabe.....	106	
19.1	durch den Insolvenzverwalter	106	
19.2	Rückbauverpflichtung als Hauptpflicht.....	106	
20	Nutzungsentschädigung.....	107	
20.1	Vorenthaltung bei mangelhafter Räumung	107	
20.2	Herausgabe des Mehrerlöses aus der Untervermietung	107	
20.3	Bereicherung durch Parken auf dem Mietgrundstück.....	108	
21	Bereicherung durch vorzeitiger Rückgabe	108	
22	Vorkaufsrecht	109	
22.1	Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Zwangsverwalter	109	
23	Verjährung.....	110	
23.1	Kurze Verjährung und Schlüsselrückgabe	110	
23.2	Hemmung durch Verhandlung.....	111	
24	Prozess.....	113	
24.1	Urkundsklage.....	113	
24.2	Räumungsvergleich als unwirksame Vertragsstrafe?.....	114	
25	Streitwert	116	
25.1	Mehrwert des Vergleichs	116	
25.1.1	Verzicht auf Räumungsschutz.....	116	
26	Zwangsvollstreckung.....	117	
26.1	Beseitigungstitel begründet keine Auskunftspflicht.....	117	





Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2008 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidungen erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Neben den Zitaten kann insoweit auf den jährliche Überblick verwiesen werden, der unter

www.ld-ra.de/news

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

2 Anwaltshaftung im Mietrecht

2.1 Haftung des Verbandsanwalts

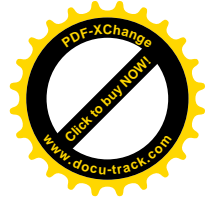
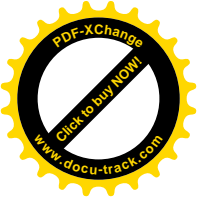
Grundsätzlich haftet der Rechtsanwalt nur aus dem Anwaltsvertrag seinem Mandanten. Wird er für einen Verein als selbständiger Anwalt tätig, haftet er daher prinzipiell nur diesem Auftraggeber. Anderes gilt aber dann, wenn nach dem Willen der Vertragsparteien Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen sind. Von einem solchen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) immer dann auszugehen, wenn dem Vertragsschuldner die Einbeziehung des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich bekannt oder zumindest erkennbar ist, die Rechtsgüter des Dritten durch die Vertragsleistung des Schuldners bestimmungsgemäß oder typischerweise beeinträchtigt werden können ("Leistungsnähe"), ein berechtigtes Interesse des Vertragsgläubigers am Schutz des Dritten besteht und der Dritte ein Schutzbedürfnis hat.¹ Diese Grundsätze gelten auch für Anwaltsverträge; in einem solchen Fall sind die von einer Pflichtverletzung betroffenen Personen Adressaten der anwaltlichen Pflichten und berechtigt, bei pflichtwidriger Schadenszufügung durch den Anwalt von ihm Schadensersatz zu fordern.²

Die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte liegen auch vor, wenn ein Verein einen Rechtsanwalt im eigenen Namen mit der Beratung seiner Mitglieder beauftragt.³ Inhalt und Zweck dieses Auftrags ist ersichtlich die Beratung Dritter, nämlich der Vereinsmitglieder, deren Rechtsgüter diesem Zweck entsprechend durch Fehlleistungen des Rechtsanwaltes Nachteile erleiden können. Die Drittbezogenheit der von dem Rechtsanwalt zu erbringenden Leistung ist nachgerade der Kern des ihm erteilten Beratungsauftrags. Auch liegt das Interesse des Vereins am Schutz seiner Mitglieder, denen er die Rechtsberatung offeriert, auf der Hand. In der Regel sind die Mitglieder zudem auch schutzbedürftig. Gleichwertige Ersatzansprüche gegen den Verein (Mieter- oder Haus-undGrundbesitzerverein) sind regelmäßig satzungsgemäß ausgeschlossen oder beschränkt („Aus der Gewährung von Rat, Information und Hilfe kann das Mitglied keine Ansprüche gegen den Verein und seine Organe herleiten.“)

¹ vgl. BGH, NJW 1985, 489; BGH, NJW 1985, 2411; BGH, NJW 1996, 2927; BGH, NJW 2004, 3630; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1314; OLG Düsseldorf, GuT 2007, 287; MDR 2007, 988; Palandt/Heinrichs, 69. Aufl., § 328 BGB Rz. 13 ff.; Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rz. 1383 ff.; Zugehör, NJW 2008, 1105; Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl., Rz. 102 ff.

² vgl. BGH, NJW 1995, 51; BGH, NJW 2000, 725.

³ OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – I-24 U 50/08, ZMR 2009, 846.



2.2 Pflichten des Rechtsanwaltes

10

Der Rechtsanwalt hat in den Grenzen des Mandats dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist.⁴

Dagegen verstößt ein Rechtsanwalt, der anlässlich der Beratung der Mieter im Rahmen eines Vertrages mit dem Mieterverein den Mietern rät, die Miete einzubehalten und mit (vermeintlichen) Gegenforderungen aufzurechnen, obwohl der Vertrag nur die Aufrechnung mit unstreitigen und rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässt.⁵ Wird ihm später (zur prozessualen Vertretung) das Mandat unmittelbar erteilt, begeht er eine weitere Pflichtverletzung, wenn er ohne erneute Sach- und Rechtsprüfung an dem in der früheren Beratung eingeschlagenen (falschen) Weg festhält. Eine Haftungsbeschränkung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Mieter Mitglieder des Vereins nur mit der Beschränkung auf Wohnungsmietangelegenheiten sind, wenn die Beratung die Beratung (für den Verein) zu einem Mietvertrag über Geschäftsraum erfolgte. Dazu hätte es einer ausdrücklichen Beschränkung im Vertrag zwischen Verein und Rechtsanwalt bedurft.

2.3 Regress im Berufungsverfahren

Der Fall: Die Klägerin, Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses, nahm die Mieter einer ihrer Wohnungen auf Zahlung von Nebenkosten für die Jahre 1998 bis 2000 in Anspruch. Streitig war u.a., ob die Mieter zur anteiligen Zahlung von Versicherung und Grundsteuer verpflichtet waren.. Das Amtsgericht, vor dem sich die Klägerin selbst vertrat, gab ihrer Klage in den genannten Punkten mit der Begründung statt, die Mieter hätten durch jahrelanges widerspruchsloses Zahlen der Umlage einer entsprechenden Änderung des schriftlichen Vertrages zugestimmt. Nachdem die Mieter Berufung eingelegt hatten, beauftragte die Klägerin die beklagte Anwaltssozietät mit ihrer Vertretung. Durch Urteil vom 11. Februar 2003 wies das Berufungsgericht die Klage in den fraglichen Punkten ab, weil vorbehaltlose Zahlungen von Mietern, die auch auf Rechtsirrtum beruhen könnten, nicht zu einer Vertragsänderung führten.

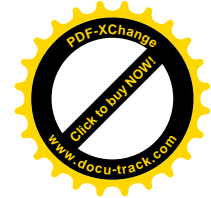
Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 3.647,53 € (1.969,56 € entgangene Nebenkosten sowie Gerichts- und Anwaltskosten). Mit der Begründung, die Beklagte habe sie unzureichend vertreten, insbesondere vor dem Berufungsgericht nicht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Mai 2000 (XII ZR 35/00, NJW-RR 2000, 1463) über den stillschweigenden Abschluss einer Vereinbarung über zu tragende Nebenkosten durch jahrelange Übung hingewiesen.

Der BGH hat der Klägerin Recht gegeben.⁶ Der mit der Prozessführung betraute Rechtsanwalt sei seinem Mandanten gegenüber verpflichtet, dafür einzutreten, dass die zugunsten des Man-

⁴ BGH, WPM 1993, 1376; BGH, WPM 1996, 1824; BGH, WPM 2006, 927; BGH, WPM 2007, 419; BGH, NJW 2007, 2485; BGH, NJW-RR 2008, 1235.

⁵ OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – I-24 U 50/08, ZMR 2009, 846.

⁶ BGH v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07, WuM 2009, 134 = NZM 2009, 193; bestätigt durch BverfG v. 22.4.2009 – 1 BvR 386/09, NZM 2009, 579.



danten sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend wie 11
möglich ermittelt und bei der Entscheidung des Gerichts berücksichtigt werden.⁷

Zwar weist die Zivilprozessordnung die Entscheidung und damit die rechtliche Beurteilung des Streitfalles dem Gericht zu; dieses trägt für sein Urteil die volle Verantwortung. Es widerspräche jedoch der rechtlichen und tatsächlichen Stellung der Prozessbevollmächtigten in den Tatsacheninstanzen, würde man ihre Aufgabe allein in der Beibringung des Tatsachenmaterials sehen. Der Möglichkeit, auf die rechtliche Beurteilung des Gerichts Einfluss zu nehmen, entspreche im Verhältnis zum Mandanten die Pflicht, diese Möglichkeit zu nutzen. Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums sei es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken.⁸ Dies entspreche auch dem Selbstverständnis der Anwaltschaft (§ 1 Abs. 3 BORA). Diese Pflicht habe die Beklagte verletzt, indem sie weder in der schriftlichen Berufungserwiderung noch in der mündlichen Verhandlung noch in einem auf ihren Antrag nachzulassenden Schriftsatz auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Mai 2000 (XII ZR 35/00, NJW-RR 2000, 1463) zur konkludenten Vereinbarung über die Umlegung von Nebenkosten durch jahre-lange Übung hingewiesen habe. Der Rechtsanwalt, der die Vertretung der beklagten Partei in einem Zivilprozess übernehme, habe zu prüfen, ob die gegnerische Klage eventuell schon an der fehlenden Schlüssigkeit scheitert. Seien bei verkehrsüblicher Sorgfalt solche Mängel erkennbar, so habe der Prozessbevollmächtigte sie grundsätzlich im Rechtsstreit geltend zu machen.⁹ Übernimmt der Anwalt die Vertretung eines Berufungsbeklagten, habe er ebenso zu prüfen, ob die mit der Berufung verfolgte Rechtsverteidigung schon aus Rechtsgründen aussichtslos sei (oder umgekehrt ohne weiteres Erfolg hat, so dass eine Klagerücknahme angezeigt sei). Der Hinweis auf eine die Rechtsauffassung der Klägerin stützende Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei geeignet, der gegnerischen Berufung den Boden zu entziehen. Die Mieter hätten durch sie veranlasst werden können, ihre Berufung zurückzunehmen. Das Gericht hätte sich ihr anschließen können. Hätte es abweichen wollen, hätte es zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) die Revision zulassen müssen; hätte es die Entscheidung deshalb, weil der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall das gewerbliche Mietrecht und nicht das Wohnraummietrecht betraf, für nicht einschlägig gehalten, wäre der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung erfüllt gewesen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Eine unterbliebene Zulassung hätte wegen des Entzugs des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 GG) und wegen Verletzung des Rechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; vgl.) mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können.¹⁰

Ein mit verkehrsüblicher Sorgfalt arbeitender Anwalt habe die fragliche Entscheidung im Zuge der Bearbeitung des Mandats auch ohne sonderliche Mühe auffinden und verarbeiten können, da sie im Zeitpunkt der Mandatsübernahme bereits in mehreren juristischen Zeitschriften veröffentlicht worden (NJW-RR 2000, 1463; NZM 2000, 961; Grundeigentum 2000, 1614) und wur-

⁷ BGH v. 24.3.1988 - IX ZR 114/87, NJW 1988, 3013, 3016; BGH v. 4.6.1996 - IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648, 2650; BGH v. 24.5.2007 - IX ZR 142/05, WPM 2007, 1425, 1426 f. Rn. 14; BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 111/05, ZMR 2008, 602; *Zugehör*, NJW 2003, 3225, 3226 unter 2a).

⁸ BGHZ 174, 205, 210 Rn. 15; BGH v. 25.6.1974 - VI ZR 18/73, NJW 1974, 1865, 1866.

⁹ BGH v. 24.5.2007 - IX ZR 142/05, WPM 2007, 1425, 1426.

¹⁰ BVerfG. v. 4.11.2008 - 1 BvR 2587/06, NJW 2009, 572, Rz. 16.



de zudem in einem gängigen Kommentar zum BGB nachgewiesen (Pa- 12
landt/Weidenkaff, BGB 63. Aufl. § 535 Rn. 87).

Unabhängig von den an eine sorgfältige Berufungserwiderung zu stellenden Anforderungen sei die Beklagte außerdem verpflichtet, auf den Hinweis des Berufungsgerichts im Ausgangsprozess zu reagieren und dabei die der Rechtsauffassung des Gerichts entgegenstehende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu zitieren. In der mündlichen Verhandlung über die Berufung der Mieter habe das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass seiner Ansicht nach eine stillschweigende Abänderung der im schriftlichen Mietvertrag getroffenen Vereinbarungen über die Nebenkosten nicht in Betracht komme. Es bezog sich dabei auf eine „herrschende Meinung“ und zitierte zwei landgerichtliche Urteile aus den Jahren 1982 und 1989 sowie eine Kommentierung aus dem Jahre 1979 (*SterneI*, Mietrecht 2. Aufl. 1979, II Rz. 72; LG Darmstadt WuM 1989, 582; LG Wuppertal WuM 1982 Heft 11). Bei ordnungsgemäßer Vorbereitung der mündlichen Verhandlung wäre die Beklagte in der Lage gewesen, auf anderslautende jüngere Rechtsprechung und Literatur hinzuweisen. Habe sie dies nicht gekonnt, hätte sie Schriftsatznachlass beantragen, sich in das Problem einarbeiten¹¹ und im nachgelassenen Schriftsatz auf den aktuellen Meinungsstand sowie insbesondere die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Mai 2000 hinweisen können. Gemäß § 139 Abs. 5 ZPO soll das Gericht dann, wenn einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist, eine Frist bestimmen, in der die Partei die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann. Einen Antrag auf Schriftsatznachlass habe die Beklagte jedoch nicht gestellt.

Der IX. Senat stellt unter Rz. 14 fest, dass nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Umlegung einzelner sonstiger Betriebskosten auch aufgrund jahrelanger Zahlung durch stillschweigende Vereinbarung erfolgen könne und zitiert dazu ergänzend BGH, Urt. v. 7. April 2004 - VIII ZR 146/03, NJW-RR 2004, 877. Allerdings wurde diese Rechtsprechung in der Zwischenzeit zumindest relativiert.

3 Rechtsausübung durch den Mieter

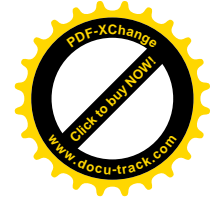
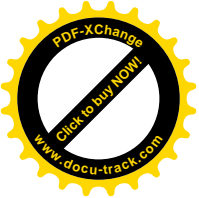
Das Handeln des Vermieters steht seit langem unter der Prämisse der Rechtmäßigkeit. Das bedeutet, dass der Vermieter sich aus dem Gesichtspunkt der Treuepflichtverletzung schadensersatzpflichtig macht, wenn er Rechte für sich reklamiert, die ihm tatsächlich nicht zustehen.¹² Erklärt er z.B. eine Kündigung, die nicht durchsetzbar ist, hat er dem Mieter den daraus entstandenen Schaden aus der pVV (§ 280 Abs. 1 BGB) zu ersetzen.¹³ Das Gleiche gilt für Mieterhöhungen.

Nichts anderes gilt auch für den Mieter. Hier kann hinsichtlich der Rechtsausübung aber unterschieden werden, zwischen rechtlicher Unsicherheit und unvorhersehbaren Sachverhaltskomponenten.

¹¹ vgl. BGH v. 22.9.2005 - IX ZR 23/04, WPM 2005, 2197, 2198 m.w.N.

¹² BGH, NJW 1988, 1268, 1269; BGH, NJW 1984, 1028.

¹³ OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54; BayObLG, NJW 1982, 2003.



3.1 Rechtsunsicherheit

13

3.1.1 Ausgangsfall

Dem BGH lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor: Die beklagten Mieter einer preisfreien Wohnung gelangten mit mehr als zwei Monatsmieten in Rückstand, weil ihnen der Mieterverein wegen einer verweigerten Übersendung von Belegkopien zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts geraten hatte, ohne auf die vor der Entscheidung des BGH v. 8.3.2006¹⁴ ungesicherte Rechtslage hinzuweisen. Der Vermieter erklärte daraufhin die ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Mieter hielten diese Kündigung für unwirksam, da sie – wenn überhaupt – jedenfalls kein eigenes Verschulden treffe und der Mieterverein nicht als ihr Erfüllungsgehilfe angesehen werden könne. Jedenfalls könnten Sie sich auf einen Rechtsirrtum berufen.¹⁵

3.1.2 Unvollständiger Sachverhalt

Beruhet die fehlerhafte Rechtsausübung auf einer mangelhaften Sachverhaltsaufklärung gilt folgendes:

Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) entspricht der Gläubiger nach der Rechtsprechung des BGH, wenn er prüft, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen, der eigene Rechtsstandpunkt mit hin plausibel ist.¹⁶ Mit dieser Plausibilitätskontrolle¹⁷ hat es sein Bewenden. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt.¹⁸

Dem ist der BGH¹⁹ entgegengetreten. Danach sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums grundsätzlich strenge Maßstäbe anzulegen. Der Schuldner müsse die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig prüfen. Entschuldigt sei ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.²⁰ Im Übrigen bestehe kein Grund, im Rahmen der Kündigungsregelung des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei den Sorgfaltsanforderungen an den Schuldner im Zusammenhang mit seiner Verpflichtung zur Mietzahlung einen geringeren Maßstab anzulegen als etwa im Rahmen der Schadensersatzhaftung nach den §§ 280 ff. BGB.

¹⁴ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340 = MietRB 2006, 157.

¹⁵ Vgl. nur die Nachweise bei *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 2. Aufl., § 543 BGB Rz. 93.

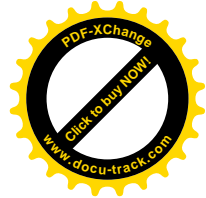
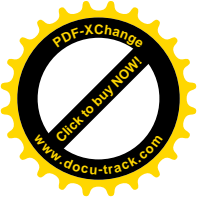
¹⁶ vgl. BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147, 1148.

¹⁷ ähnlich *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1712: Evidenzkontrolle.

¹⁸ BGH v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, NZM 2009, 367; BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147, 1148; *Haertlein*, MDR 2009, 1, 2.

¹⁹ BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, WuM 2007, 24 = GE 2007, 46 = NZM 2007, 35.

²⁰ BGH v. 12.7.2006 - X ZR 157/05, BB 2006, 1819; BGH v. 26.1.1983 – IVb ZR 351/81, NJW 1983, 2318; BGH v. 18.4.1974 – KZR 6/73, NJW 1974, 1903.



3.2 Die Auswirkungen auf die Praxis

14

Die Entscheidungen machen deutlich, dass die Schwelle zum Regress des Beraters auf Mieterseite sich erheblich verringert hat bzw. niedriger liegt, als bisher angenommen. Insoweit beschränkt sich die Anforderung, dass der Berater nur schuldlos handelt, wenn keine andere Entscheidung in Betracht kommt, auch nicht allein auf Rechtsfragen. Auch problematische Sachverhalte erfordern eine sorgfältige Prüfung und ggf. Hinweise auf bestehende Risiken, zumal wenn sich bei tatbestandsausfüllenden Tatsachen Probleme ergeben.²¹

3.2.1 Gewährleistung

Die Ausübung von Gewährleistungsrechten setzt einen Mangel i.S.v. § 536 BGB voraus. Ob ein relevanter Mangel aber überhaupt besteht, lässt sich in der Beratung regelmäßig nicht beurteilen, was z.B. für Feuchtigkeitsschäden schon wegen der möglichen Selbstverursachung durch den Mandanten (Heiz- und Lüftungsverhalten) auf der Hand liegt. Jedenfalls die Empfehlung einer Minderungsquote kann wegen des Einzelfallcharakters problematisch werden. Dies gilt erst recht für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts. Hier ist noch immer umstritten,²² ob der drei- bis fünffache Minderungsbetrag geltend gemacht werden kann oder die Mängelbeseitigungskosten relevant sind.

Hinsichtlich der tatsächlichen Grundlage für die Beratung kann sich der Rechtsberater regelmäßig nur Sicherheit verschaffen, wenn ein selbständiges Beweisverfahren vorgeschaltet wird. Selbst wenn der Rechtsberater seinen Mandanten auf die problematische Situation und die bestehenden Gefahren hinweist, bleibt für den Mieter ein Risiko. Zwar hat sein Rechtsberater dann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet. Kürzt der Mieter aber trotzdem die Miete, geht er bewusst ein Risiko ein. Immerhin steht ihm z.B. die Möglichkeit offen, eine Zahlung unter Vorbehalt zu leisten und seine (vermeintlichen) Rechte durch Klage auf Rückzahlung, Feststellungsklage wg. einer bestimmten Minderungsquote o.ä. geltend zu machen.

Wenn überhaupt, wird der Mieter nur noch zwei bis drei Monate in geringem Umfang mindern können, wobei noch zu klären sein wird, bei welchen geringeren Anforderungen die ordentliche Kündigung wegen „Zahlungsverzuges“ durchgreift. Auf jeden Fall sollte aber der Hinweis erfolgen, dass „ohne Risiko“ für den Bestand des Vertrages eigentlich nur die Zahlung unter Vorbehalt in Betracht kommt.

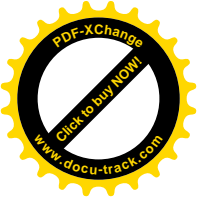
3.2.2 Kündigung

Erhält der Mieter eine Kündigung, deren Wirksamkeit nicht ausgeschlossen werden kann, besteht das Risiko, es auf eine Räumungsklage ankommen zu lassen, in

- einer zwischenzeitlich anderen Unterbringung des Vermieters,
- seinen entgangenen (höheren) Mieteinnahmen,
- eigenen höheren Mietausgaben (z.B. bei Eigenbedarf),
- höheren Zinsaufwendungen o.ä.

²¹ Blank, WuM 2007, 655, 662.

²² Vgl. Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl. Rz. 119 m.w.N.



Jedenfalls ergibt sich regelmäßig ein unkalkulierbares wirtschaftliches Risiko. Wird dem Mandanten zum Auszug geraten, verliert er – ggf. unnötig – seinen Lebensmittelpunkt. Einen „Auszug unter Vorbehalt“ führt zum gleichen Ergebnis und hat allenfalls den zweifelhaften Vorteil, dass der dann beweispflichtige Mieter später Schadensersatzansprüche geltend machen kann. 15

In der gegebenen Situation beschränkt sich die Aufgabe des Rechtsanwalts in der Empfehlungsphase darauf, dem Mieter die Konsequenzen der möglichen Varianten aufzuzeigen. Entschließt sich der Mandant zum Auszug, um Risiko zu vermeiden, kann – jedenfalls wenn „nur“ eine ordentliche Kündigung auf dem Tisch liegt - noch an eine Räumungsvereinbarung mit Umzugshilfe gedacht werden. Ansonsten kann der Mieter „beruhigt“ werden, indem ihm zusätzlich das Prozedere (Räumung durch den Gerichtsvollzieher) nahe gebracht wird, also insbesondere die Tatsache, dass der Gerichtsvollzieher einen Räumungstermin in der Regel vier bis sechs Wochen vorher ankündigt. Vor dem Hintergrund dieser Zeitschiene und der Ungewissheit, die für den Mandanten über einen Zeitraum von ca. 12 Monaten bestehen kann, sollte ermittelt werden, inwieweit der Mandant psychisch dazu in der Lage ist, eine derartige Situation durchzustehen. Insoweit besteht die Kunst allerdings darin, dem Mandanten zur Selbsterkenntnis zu verhelfen, ob er die beschriebene Situation problemlos durchhält, wobei natürlich auch die Möglichkeit, Alternativobjekte zu erhalten, eine wesentliche Rolle spielt. Der Familienvater wird hier größere Schwierigkeiten haben als der allein stehende Single

Die Mieterberatung gegenüber Kündigungen ist immer schwierig. Hier sollte man sich davor schützen, Fragen nach dem „was würden Sie an meiner Stelle tun?“ direkt zu beantworten.

3.2.3 Andere Verfahren

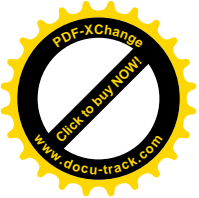
Die Risiken entstehen aber nicht nur im Zusammenhang mit dem Mietzahlungsanspruch, wenngleich hier die schwersten Folgen mit der (fristlosen) Kündigung unmittelbar drohen. Die Regressgefahr besteht auch bei anderen Verfahren, etwa wenn der Vermieter einen Anspruch auf Zustimmung geltend macht. Dies ist z.B. die Rechtsfolge bei § 558 BGB oder § 554 BGB.

Bei einem Verfahren nach § 558 BGB ist der Mieter weitestgehend durch § 569 Abs. 2 Nr. 3 BGB geschützt.

Kündigt der Vermieter eine Modernisierungsmaßnahme an, besteht das Risiko der (fahrlässigen) Falschberatung darin, dass der Vermieter ggf. höhere Kosten, entgangene Mieteinnahmen, höhere Finanzierungskosten etc. bei dem Mieter als Schadensersatz geltend macht. Hierüber ist der Mieter aufzuklären. Denn nur so kann ihm das Risiko, dass er bei der Verweigerung der Arbeiten eingeht, deutlich gemacht werden.

Duldet der Mieter die Arbeiten, kann er sich gegenüber der Mieterhöhung nach § 559 BGB nicht auf die mangelnden Voraussetzungen des § 554 Abs. 2 BGB berufen.²³ Mithin muss er vor Beginn der Arbeiten eine Erklärung abgeben, mit der das Risiko des Schadensersatzes begrenzt wird, aber auch seine Rechte gewahrt bleiben. Dies könnte z.B. durch eine „Duldung unter Vorbehalt“ erfolgen. Damit behält der Mieter seine Rechte und verlagert das Risiko auf die

²³ Kunze in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 3. Aufl., E Rz. 185 m.w.N.



Vermieterseite. Immerhin steht für den Vermieter nun das Risiko im Raum, dass er die Kosten der Maßnahme nicht mieterhöhend umlegen kann. 16

Musterformulierung:

Sehr geehrter Herr Vermieter,

ich habe Ihr Schreiben vom ... , mit dem Sie vermeintliche Modernisierungsmaßnahmen in meiner Wohnung ankündigen, erhalten. Unabhängig davon, dass ich Zweifel daran habe, ob ein Auswechseln des Bodenbelags (Laminat gegen PVC) eine Wertverbesserung darstellt, meine ich, nicht zur Duldung verpflichtet zu sein, weil die angekündigte Mieterhöhung dazu führt, dass ich mehr als 30% meines Nettoeinkommens von 1485,00 EURO für die Miete aufwenden muss.

Da ich aber abschließend Rechtssicherheit erst in einem Gerichtsverfahren erlangen kann, was bei einem für mich negativen Ausgang mit Regressansprüchen verbunden sein kann, bin ich bereit, die Arbeiten zu dulden. Für diesen Fall behalte ich mir aber alle Rechte vor, insbesondere den Einwand nicht zur Duldung verpflichtet zu sein.

Mit freundlichen Grüßen

4 Überleitungsrecht

4.1 § 566a BGB

§ 566a BGB hat eine grundlegende Veränderung der Rechtslage hinsichtlich der Haftung des Erwerbers für die Rückzahlung der an den Vermieter geleisteten Kautionsherbeigeführt. Im Gegensatz zu § 572 BGB a.F. haftet der Erwerber unabhängig davon, ob ihm die Kautionsherbeigeführt wurde. Für den Erwerber, der vor dem 1.9.2001 ein Mietobjekt gekauft hat, kann die uneingeschränkte Geltung der neuen Rechtslage zu einer Verböserung führen. Er konnte nämlich das Haftungsrisiko mangels Kenntnis der Rechtänderung nicht durch entsprechende Gestaltung des Kaufvertrages abmildern. Für den alten Vermieter tritt dagegen eine Verbesserung ein, weil er nach bisherigem Recht über § 415 BGB grundsätzlich nicht nur subsidiär haftete.²⁴ Gleichwohl wurde unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzes die Auffassung vertreten, § 566a BGB gelte auch bei Veräußerungen vor dem 1.9.2001.²⁵

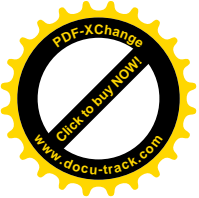
Der BGH²⁶ hat gegen den Willen des Gesetzgebers mit der ganz herrschenden Meinung²⁷ eine (rückwirkende) Anwendung auf Sachverhalte, die vor dem 1.9.2001 abgeschlossen waren, abgelehnt. Im konkreten Fall war der Eigentumsübergang in der Zwangsversteigerung vor dem 1.9.2001 erfolgt. Zur Begründung hatte er u.a. darauf verwiesen, dass aufgrund des Verbotes der echten Rückwirkung von Gesetzen verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Anwendung des § 566a S. 1 BGB beständen.

²⁴ BGH v. 24.03.1999 – XII ZR 124/97, NZM 1999, 496.

²⁵ Grundmann, NJW 2001, 2497, 2499; Franke, ZMR 2001, 951, 952; Maciejewski, MM 2001, 217.

²⁶ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 381/03, WuM 2005, 404 = ZMR 2005, 686 = MietRB 2005, 197.

²⁷ LG Berlin v. 1.2.2002 – 64 S 316/01, GE 2002, 596; LG Aachen v. 28.11.2002 – 2 S 216/02, NJW-RR 2003, 586; Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 9. Aufl., § 566a BGB Rz. 4; Derleder, DWW 2002, 150; Geldmacher, DWW 2002, 182, 193.



Diese sieht das KG²⁸ nicht. Im Gegenteil: nach seiner Auffassung besteht jedenfalls 17 kein grundrechtlich geschütztes Vertrauen des Erwerbers, wenn die Eigentumsbeschreibung nach dem 1.9.2001 stattgefunden hat und der Kaufvertrag vor der Verkündung des Gesetzes (19.6.2001) aber nach der maßgeblichen Beschlussfassung durch den Deutschen Bundestag (29.3.2001) beurkundet wurde. Insoweit wird wesentlich darauf abgestellt, dass der Erwerber bei Abschluss des Kaufvertrages damit der Änderung der Rechtslage rechnen musste.

Der BGH²⁹ weist jedoch darauf hin, dass seine den zeitlichen Geltungsbereich des § 566a BGB einschränkende Rechtsprechung nicht vorrangig auf verfassungsrechtliche Überlegungen gestützt sei. Vielmehr habe er seine Auffassung hierzu primär mit einer am Willen des historischen Gesetzgebers orientierten Auslegung des § 566a BGB begründet. Bei einer solchen Auslegung werde sich der zeitliche Anwendungsbereich des § 566 a BGB im Interesse der Rechtssicherheit und leichten Handhabbarkeit nur generell bestimmen und nicht danach beurteilen lassen, ob der Erwerber des vermieteten Grundstücks im Einzelfall Vertrauensschutz genieße. Auch eine Differenzierung danach, ob die für eine Regelung der Kautionsfrage maßgebenden Abreden zwischen Erwerber und Veräußerer vor oder nach dem Gesetzesbeschluss zum Mietrechtsreformgesetz getroffen worden sind, erscheine praktisch unbefriedigend und könne nicht als vom Gesetzgeber gewollt angenommen werden; sie finde in den vom Gesetzgeber in Art. 229 § 3 EGBGB ausdrücklich getroffenen Übergangsregelungen auch keine Parallele.

5 Mietvertrag

5.1 Sicherung des Mietvorvertrages durch einstweilige Verfügung?

Ein Mietvorvertrag setzt voraus, dass sich die Parteien im wesentlichen über den Inhalt eines noch abzuschließenden Mietvertrages geeinigt haben, sodass der Inhalt des künftigen Mietvertrages zumindest bestimmbar ist.³⁰ Der Vorvertrag muss also die notwendigen Anhaltspunkte enthalten, um die fehlende Einigung der Parteien im Streitfall durch richterliche Entscheidung unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Parteiwillens im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß den §§ 157, 242 BGB zu überwinden.³¹

Die Rechtsfolge des Vorvertrages ist kein unmittelbarer Anspruch auf Zahlung der entgangenen Miete gemäß § 535 Abs. 2 BGB, sondern der klageweise geltend zu machende Anspruch auf Abschluss des Mietvertrages, mit dem der Antrag auf Leistung nach dem Hauptvertrag verbunden werden kann.³² Besteht für den Vermieter am Abschluss des Hauptvertrages kein Interesse mehr, kann der (potentielle) Mieter Schadenersatz aus pVV (§ 280 Abs. 1 BGB) wegen Nichterfüllung des Vorvertrages beanspruchen. Andererseits kann er sich bei Erschütterung der Vertrauensgrundlage gemäß § 242 BGB auf ein Rücktrittsrecht berufen. Diese Voraussetzungen können gegeben sein, wenn der angebotene Hauptvertrag Bedingungen enthält, die wesentlich vom Vorvertrag abweichen und ein unverbindlich bleibender Beginn des Mietverhältnisses ange-

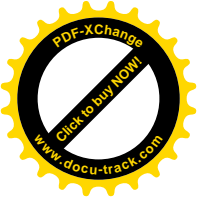
²⁸ KG v. 20.9.2007 – 8 U 190/06, GE 2007, 1628.

²⁹ BGH v. 24.6.2009 – XII ZR 145/07, GE 2009, 1039 = ZMR 2009, 837.

³⁰ BGH, NJW-RR 1994, 317; NJWE-MietR 1996, 56; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1996, 997.

³¹ BGH, NJW 1990, 1234; WuM 1992, 686.

³² OLG Koblenz NJW-RR 1998, 808.



boten wird.³³ Richtigerweise ist bei der Erschütterung der Vertrauensgrundlage auch **18** darauf abzustellen, ob die berechtigten Interessen des (potentiellen) Mieters tangiert sind. Dies kann anzunehmen sein, wenn der Vertrag die nahtlose Fortsetzung des Betriebes des Mieters an einem anderen Standort gewährleisten sollte. Ähnliches wird für den Wohnraummietter gelten können, dessen bisheriger Mietvertrag ausläuft.

Der Anspruch aus dem Mietvorvertrag wird grundsätzlich im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Der Klageantrag muss aber den gesamten Vertragsinhalt des geschuldeten Hauptvertrages umfassen³⁴.

Den Leistungsanspruch kann der Mieter aber nicht durch einstweilige Verfügung sichern.³⁵ Eine Unterlassungsverfügung würde zu seiner vollständigen Befriedigung führen, so dass ein entsprechender Antrag unzulässig ist. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung können in der Regel nur solche Maßnahmen angeordnet werden, die den Anspruch des Gläubigers sichern, ohne die Entscheidung in der Hauptsache vorweg zu nehmen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass nach der hM in der obergerichtlichen Rechtsprechung, ein Mieter selbst im Falle der Doppelvermietung seinen Besitzüberlassungsanspruch als erster Mieter gegenüber dem Vermieter nicht durch eine einstweilige Verfügung sichern lassen kann.³⁶ Der Vermieter darf vielmehr selbst entscheiden, welchen Vertrag er erfüllt und an welchen Mieter er ggf. Schadensersatz leistet. Dies entspricht dem Wesen der Privatautonomie, die auf dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Selbstbestimmung über die eigenen Interessen einer Partei beruht. Der Vermieter, der einen Mietvertrag abschließt, begibt sich insbesondere noch nicht seines durch die Vertragsfreiheit geschützten Rechts, an einen Dritten erneut zu vermieten.

5.2 Abgrenzung zur Pacht

Das wesentliche Merkmal, das die Miete von der Pacht unterscheidet, besteht in der Fruchtziehung. Ein Pachtvertrag erlaubt dem Nutzer aus den überlassenen Gegenständen Früchte zu ziehen.

Der Nutzungsvertrag gewinnt aber nur den Charakter als Pachtvertrag, wenn die Fruchtziehung das Vertragsverhältnis vorrangig prägt. Das ist nicht der Fall, wenn dem Mieter im laufenden Mietverhältnis das Recht eingeräumt wird, sich den Ertrag von ihm vorgenommener Anpflanzungen anzueignen.³⁷

5.3 Strohmännchen und Scheingeschäft

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Vertragsparteien nur den äußeren Schein des Abschlusses des Rechtsgeschäftes hervorrufen, dagegen die damit verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollten.³⁸ Wird bei einem Vertragsabschluss eine Person als Vertragspartner bloß vorgeschoben (sog. Strohmännchen), sind die Voraussetzungen eines Scheingeschäftes in der

³³ OLG Koblenz, NJW 1998, 808.

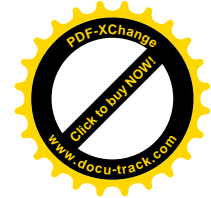
³⁴ BGH, NJW-RR 1994, 1272, 1273 = ZMR 1994, 106 m.w.N.

³⁵ OLG Celle v. 29.9.2008 - 2 W 199/08, ZMR 2009, 113.

³⁶ vgl. KG, ZMR 2007, 614; OLG Koblenz, ZMR 2008, 50; OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521; OLG Frankfurt, MDR 1997, 137; a.A. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 137 f.

³⁷ BGH v. 17.9.2008 - XII ZR 61/07, GE 2008, 1488 = ZMR 2009, 106.

³⁸ vgl. BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 226/03, NJW-RR 2006, 1555 ff.



Regel nicht erfüllt, selbst wenn alle Beteiligten die Strohmanneigenschaft kennen.³⁹ 19

Dies würde sich anders darstellen, wenn der Strohmann im Außenverhältnis nicht haften soll, sondern eine Haftung des Hintermannes gewollt ist.⁴⁰ Für die Beurteilung, ob ein Scheingeschäft geschlossen wurde, kommt es in erster Linie auf die Erklärungen vor oder bei Abschluss des Vertrages an; allerdings kann auch nachträgliches Verhalten für die Ermittlung des tatsächlichen Vertragswillens der Beteiligten Bedeutung haben und darf deshalb nicht unberücksichtigt bleiben.⁴¹ Die Darlegungs- und Beweislast trägt im Allgemeinen derjenige, für den die Annahme eines Scheingeschäftes materiell-rechtlich günstig wäre.⁴²

Soweit eine GmbH Wohnräume zusammen mit ihren Geschäftsräumen im Erdgeschoss nutzen wollte, weshalb u.a. mittels einer Treppe eine Verbindung der beiden Einheiten hergestellt wurde, und eine gewerbliche Nutzung nach Vertragsabschluss auch erfolgte, wovon der Vermieter jeweils Kenntnis hatte, lässt dies zwar den Schluss zu, dass hinsichtlich des Vertragszweckes unzutreffende Willenserklärungen schriftlich fixiert wurden.⁴³ Vorgetäuscht wurde ein Wohnraummietverhältnis, der wahre Vertragszweck galt unterdessen der Geschäftsraumnutzung. Jedoch macht die falsche Bezeichnung des Vertrages diesen nicht unwirksam. Des weiteren stellt sich die Frage nach dem Vertragspartner grundsätzlich unabhängig von der Frage nach dem Vertragsgegenstand.

5.4 Arglistige Täuschung wegen Verschweigens wesentlicher Sortimentsbestandteile

Das Verschweigen von Tatsachen stellt dann eine Täuschung im Sinne von § 123 BGB dar, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsachen eine Aufklärungspflicht besteht. Entscheidend ist, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte. Grundsätzlich ist es Sache jeder Partei, ihre eigenen Interessen selbst wahrzunehmen. Es besteht daher keine allgemeine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sein können. Unter bestimmten Voraussetzungen besteht dennoch eine Aufklärungspflicht. Beispielsweise müssen Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, ungefragt offenbart werden.⁴⁴

Räumt der Mieter selbst ein, dass das von ihm angebotene Warensortiment eine hohe Affinität zur rechten Szene aufweise, besteht insoweit eine vorvertragliche Aufklärungspflicht,⁴⁵ jedenfalls dann, wenn es sich um Mieträume in einem exponierten Gebäude (Hundertwasserhaus) handelt, dass eine Touristenattraktion darstellt.

³⁹ vgl. BGH v. 4.4.2007 - III ZR 197/06, NJW-RR 2007, 1209 f.; BGH v. 6.12.1994 - XI ZR 19/94, NJW 1995, 727 f.

⁴⁰ vgl. BGH v. 22.10.1981 - III ZR 149/80, NJW 1982, 569 f.

⁴¹ vgl. BGH v. 29.10.1996 - XI ZR 319/95, NJW-RR 1997, 238 f.

⁴² vgl. BGH v. 31.1.1991 - VII ZR 375/89, NJW 1991, 1617 f.; Palandt/*Heinrichs/Ellenberger*, BGB, 67. Aufl., 2008, § 117 BGB Rz. 9.

⁴³ KG v. 4.8.2008 – 8 U 49/08, GE 2008, 1323 = ZMR 2009, 201.

⁴⁴ BGH, NJW 1971, 1795, 1799.

⁴⁵ KG v. 28.5.2009 – 8 U 223/08, GuT 2009, 176 = ZMR 2009, 852; OLG Naumburg v. 28.10.2008 – 9 U 39/08, NZM 2009, 128; a.A. LG Nürnberg-Fürth v. 12.6.2009 – NZM 2009, 584.



5.5 Befristung durch auflösende Bedingung?

20

Die Frage, ob ein unter einer auflösenden Bedingung geschlossener Mietvertrag vor Bedingungseintritt ordentlich gekündigt werden kann, ist namentlich im Wohnraum-Mietrecht umstritten. Die Frage dürfte sich grundsätzlich in gleicher Weise auch für gewerbliche Miet- oder Pachtverträge stellen. Nach einer Auffassung sind solche Verträge wie andere unbefristete Mietverhältnisse zu behandeln mit der Folge, dass sie vor Bedingungseintritt ordentlich gekündigt werden können.⁴⁶ Nach anderer Auffassung sind solche Verträge nicht ordentlich kündbar; denn mit der Aufnahme der Bedingung solle nicht eine Lösungsmöglichkeit zusätzlich zum Kündigungsrecht geschaffen, sondern der Bestand des Vertrags einzig vom Eintreten der Bedingung abhängig gemacht werden.⁴⁷ Nach einer dritten Auffassung ist auf den beim Vertragsschluss zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien abzustellen. Solle die auflösende Bedingung der alleinige Grund für die Vertragsbeendigung sein, sei das Nutzungsverhältnis vor Eintritt der Bedingung grundsätzlich nicht ordentlich kündbar. Sei die auflösende Bedingung dagegen nur als spätestmöglicher Beendigungszeitpunkt bestimmt, könne das Nutzungsverhältnis auch schon vor Bedingungseintritt ordentlich gekündigt werden.⁴⁸

Der BGH⁴⁹ folgt im Ergebnis der letztgenannten Auffassung. Unter einer auflösenden Bedingung geschlossene Mietverträge seien als unbefristete Verträge zwar grundsätzlich ordentlich kündbar. Die Vertragsparteien seien jedoch nicht gehindert, die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung auszuschließen. Ein solcher Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung könne auch schon in der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung als solcher zu finden sein. Dies sei allerdings nur dann der Fall, wenn die Parteien mit der auflösenden Bedingung die Beendigung des Nutzungsverhältnisses - vorbehaltlich des Eintritts außerordentlicher Kündigungsgründe - abschließend regeln und nicht nur einen Zeitpunkt festlegen wollten, zu dem das Nutzungsverhältnis in jedem Falle - also unbeschadet der Möglichkeit einer früheren Auflösung - enden sollte. Ob der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung eine solche weitergehende, das ordentliche Kündigungsrecht ausschließende Bedeutung zukommt, habe im Streitfall diejenige Vertragspartei darzulegen und zu beweisen, die sich auf diese Bedeutung beruft.

5.6 Deklaratorische Bedeutung der Schriftform

Das Nichtzustandekommen eines Vertrages ist nach der Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB im Zweifel Rechtsfolge einer vereinbarten, aber nicht eingehaltenen Form. Die Regel des § 154 Abs. 2 BGB greift nicht ein, wenn die Schriftform für die Parteien keine konstitutive Bedeutung hat, der Vertragsschluss also nicht mit der Beurkundung steht und fällt. An einer konstitutiven Bedeutung fehlt es etwa dann, wenn die Schriftform nur Beweis Zwecken dienen soll. Aber auch wenn die Parteien den noch nicht beurkundeten Vertrag einvernehmlich in Vollzug setzen, können sie damit zu erkennen geben, dass der Vertrag ohne Rücksicht auf die nicht eingehaltene Schriftform wirksam werden soll.⁵⁰

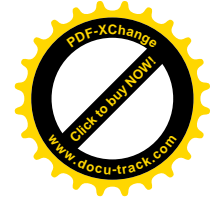
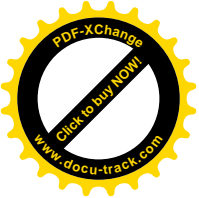
⁴⁶ Palandt/*Weidenkaff*, 68. Aufl., § 572 BGB Rz. 5.

⁴⁷ vgl. etwa *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 572 BGB Rz. 13 m.w.N.

⁴⁸ Staudinger/*Rolfs*, BGB [2006], § 572 Rz. 11 f. m.w.N.; ähnlich auch Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 572 BGB Rz. 13.

⁴⁹ BGH v. 1.4.2009 – XII ZR 95/07, GuT 2009, ■

⁵⁰ vgl. BGHZ 119, 283, 291; BGH NJW-RR 1997, 669, 670; KG MDR 2005, 1276.



Eine lediglich deklaratorische Wirkung ist anzunehmen, wenn zwar die Vorstellungen der Parteien zur Miethöhe zunächst noch offenkundig voneinander abweichen, sie aber von vornherein darum bemüht sind, zu einer inhaltlichen Einigung zu gelangen und diese dann im Hinblick auf die vertragswesentlichen Punkte rückwirkend erzielen und den Vertrag in der abgesprochenen Weise durchführen.⁵¹ In diesem Fall gilt auch die Schriftformklausel in einem Vertrag als abbedungen.

Allerdings soll bei langfristigen und wichtigen Verträgen die konstitutive Bedeutung der Schriftform widerleglich vermutet werden.⁵²

5.7 Vermieterwechsel und Zubehör

Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung erstreckt sich nach den §§ 90, 55 ZVG auch auf die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks und das Zubehör. Hat der Mieter im Verfahren sein Eigentum nicht nach Maßgabe des § 55 Abs. 2, § 37 Nr. 5 ZVG geltend gemacht, kann der Erwerber – nach Entfernung durch den Mieter – z.B. nach § 985 BGB die Rückverschaffung verlangen.

Eine Einbauküche wird grundsätzlich nicht wesentlicher Bestandteil einer Mietsache. Sie könnte aber als Zubehör angesehen werden. Gemäß § 97 BGB ist eine bewegliche Sache grundsätzlich dann Zubehör, wenn sie, ohne schon Bestandteil der Hauptsache zu sein, nicht nur vorübergehend deren wirtschaftlichem Zweck zu dienen bestimmt ist und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis steht. Die danach erforderliche Zweckbestimmung erfolgt in der Regel durch schlüssige Handlung, für die die tatsächliche Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache ein Indiz sein kann. Dazu genügt nicht, dass die Verbindung nur für einen von vornherein begrenzten Zeitraum oder lediglich zur Befriedigung der Bedürfnisse des derzeitigen Nutzers erfolgt.⁵³

Selbst wenn angenommen werden kann, dass eine Einbauküche dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache, nämlich der Wohnung, zu dienen bestimmt ist, sind damit zunächst nur die Voraussetzung des § 97 Abs. 1 Satz 1 BGB festgestellt. Die Zubehöreigenschaft fehlt jedoch gleichwohl, wenn die Sache im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird, § 97 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Dies kann für Einbauküchen grundsätzlich nicht unterstellt werden.⁵⁴ Denn ein Mieter will die von ihm eingebrachte Küche in aller Regel beim Auszug wieder mitnehmen, so dass er gerade keine Zweckbestimmung trifft, dass die Einbauküche Zubehör werden soll.

5.8 Mieterwechsel

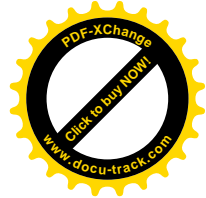
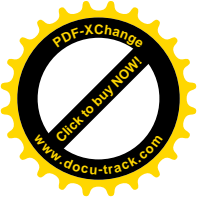
Im Mietrecht gilt der Grundsatz, dass eine Auswechslung des Mieters der Zustimmung des Vermieters bedarf, die auch konkludent erklärt werden kann. Deshalb führt durch der Eintritt eines

⁵¹ BGH v. 8.10.2008 – XII ZR 66/06, ZMR 2009, 108 = NZM 2008, 931.

⁵² OLG Brandenburg v. 18.3.2009 – 3 U 37/08, ZMR 2009, 841.

⁵³ BGH v. 1.2.1990 - IX ZR 110/89, WPM 1990, 603, 605.

⁵⁴ BGH v. 20.11.2008 – IX ZR 180/07, WuM 2009, 129; ebenso: OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 19, 20; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 459, 460; OLG Frankfurt/Main, ZMR 1988, 136; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 333; FamRZ 1998, 1028; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1993, 169, 170; OLG Koblenz, ZMR 1993, 66, 68; OLG Düsseldorf, VersR 1995, 559.



Gesellschafters in den Betrieb eines Einzelkaufmanns und die Fortführung des Geschäfts durch die neu gegründete Gesellschaft nicht kraft Gesetzes dazu, dass nunmehr die Gesellschaft Vertragspartei eines zuvor von dem Einzelkaufmann abgeschlossenen Mietvertrages wird.⁵⁵

Demgegenüber eröffnet das Umwandlungsgesetz die weitreichende Möglichkeit der Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ohne Zustimmung der betroffenen Gläubiger.⁵⁶ Ausdrücklich ist diese Möglichkeit auch für das Unternehmen eines Einzelhandelskaufmannes vorgesehen, der durch Ausgliederung (ein Unterfall der Spaltung, vgl. §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 123 UmwG) seines Unternehmens in eine Kapitalgesellschaft seine Haftung beschränken kann. Mit der Eintragung der Ausgliederung in das Handelsregister geht das ausgegliederte Vermögen mit den ausgegliederten Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über, und zwar mit den rechtlichen Beziehungen, die beim übertragenden Einzelkaufmann bestehen. Die Ausgliederung bewirkt somit eine Gesamtrechtsnachfolge, von der grundsätzlich auch schuldrechtliche Verträge und somit auch Mietverträge betroffen sind. Ausgeschlossen ist der Übergang nur bei schlechthin nicht übertragbaren Rechtspositionen, wie etwa die Mitgliedschaft in einem Verein oder die Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.⁵⁷

Ein derartige Rechtsposition bildet aber das Nutzungsrecht aus einem Mietvertrag nicht.⁵⁸ Der Mietvertrag geht daher mit der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den neuen Unternehmensträger über, ohne dass es der Mitwirkung des Vermieters bedurfte.⁵⁹ Diese Grundsätze gelten im Mietrecht nicht nur dann, wenn es um die Umwandlung einer juristischen Person in eine andere geht, sondern auch dann, wenn eine Personenhandelsgesellschaft in eine juristische Person umgewandelt wird. Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn das Unternehmen eines Einzelhandelskaufmanns in eine GmbH umgewandelt wird, da in beiden Fällen dem Vermieter nunmehr statt eines persönlich Haftenden eine juristische Person mit beschränkter Haftung gegenübersteht.⁶⁰ Das Ergebnis ändert sich nicht durch eine vertragliche Bestimmung, wonach der Mieter grundsätzlich ohne schriftliche Einwilligung des Vermieters weder zu einer Untervermietung noch zu einer sonstigen Gebrauchsüberlassung an Dritte berechtigt ist. Denn bei der Umwandlung geht es gerade nicht um eine Gebrauchsüberlassung an einen Dritten.

Die Entscheidung steht im Einklang mit der hM. Der BGH⁶¹ hatte zunächst offen gelassen, ob ein Mietvertrag nach § 132 UmwG a.F. im Wege der Ausgliederung mitübertragen werden kann. Dagegen hat er für den Fall eines Pachtverhältnisses festgestellt, dass bei einer Umwandlung

⁵⁵ BGH v. 25.04.2001 - XII ZR 43/99, NJW 2001, 2251.

⁵⁶ vgl. *Semler/Stengel*, UmwG, 2. Aufl., § 1 Rz. 11, 12.

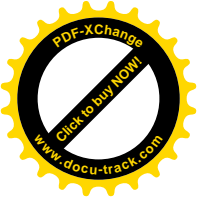
⁵⁷ vgl. *Semler/Stengel*, UmwG, 2. Aufl., § 131 Rz. 22 ff.

⁵⁸ OLG Karlsruhe v. v. 19.8.2008 – 1 U 108/08, ZMR 2009, 34.

⁵⁹ vgl. dazu Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 837; Palandt/*Weidenkaff*, 67. Aufl., § 535 BGB Rz. 11/12; *Bieber/Ingendoh*, Geschäftsraummiete [2007], § 6 Rn. 49; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 1366; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 9. Aufl., § 540 Rz. 28; *Kandelhard*, WuM 1999, 253, 254.

⁶⁰ OLG Karlsruhe v. 19.8.2008 – 1 U 108/08, ZMR 2009, 34.

⁶¹ BGH, NJW-RR 2004, 123.



durch Verschmelzung gemäß § 20 UmwG, die umgewandelte GmbH kraft Gesetzes anstelle der früheren Pächterin (ebenfalls eine GmbH) in die bestehenden Pachtverträge eingetreten ist.⁶² 23

5.9 Kein Anspruch auf Mietechuldenfreiheitsbescheinigung

In jüngster Zeit verlangen Vermieter von einem Mietinteressenten eine sog. Mietschuldenfreiheitsbescheinigung. Damit soll der bisherige Vermieter bestätigen, dass der Mieter aus dem vorherigen Mietverhältnis keine Forderungen schuldig geblieben ist. Ob der Mieter von seinem bisherigen Vermieter eine solche Bestätigung über eine bloße Quittung i.S.v. § 368 BGB für die geleisteten Mietzahlungen hinaus verlangen kann, wird nicht einheitlich bewertet.

Der BGH⁶³ sieht für einen Anspruch auf Ausstellung der geforderten Mietschuldenfreiheitsbescheinigung keine Grundlage. Eine solche ergebe sich als mietvertragliche Nebenpflicht der Beklagten weder im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung aufgrund einer nach Vertragsschluss am örtlichen Wohnungsmarkt dahingehend entstandenen Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) noch sei die Beklagte sonst gemäß § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, auf die Interessen der Kläger an der Erlangung einer neuen Wohnung durch Ausstellung einer solchen Bescheinigung Rücksicht zu nehmen. Es könne nicht festgestellt werden, dass sich eine entsprechende Verkehrssitte gebildet habe. Denn eine Verkehrssitte als eine die beteiligten Verkehrskreise untereinander verpflichtende Regel verlange, dass sie auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen tatsächlichen Übung beruhe, die sich innerhalb eines angemessenen Zeitraums für vergleichbare Geschäftsvorfälle gebildet habe und der eine einheitliche Auffassung sämtlicher beteiligten Kreise an dem betreffenden, gegebenenfalls räumlich beschränkten Geschäftsverkehr zu Grunde liege.⁶⁴

Im Übrigen werde die Frage, ob ein Vermieter verpflichtet sei, seinem Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Mietschuldenfreiheitsbescheinigung auszustellen, unterschiedlich beantwortet. Teilweise werde eine solche Verpflichtung als fortwirkende mietvertragliche Nebenpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich bejaht, weil eine solche Bescheinigung einerseits dem nachvollziehbaren Interesse des Mieters diene, dem künftigen Vermieter zum Erhalt der von ihm erstrebten neuen Wohnung die eigene Zahlungsfähigkeit nachzuweisen, während andererseits dem Vermieter hieraus kein größerer Aufwand entstehe.⁶⁵ Teilweise werde eine solche Verpflichtung hingegen verneint, weil der Mieter auf eine solche Bescheinigung nicht zwingend angewiesen sei, sondern seine Mietschuldenfreiheit auch anders, etwa durch Vorlage des alten Mietvertrages, von Kontounterlagen oder ihm auszustellender Zahlungsquittungen, belegen könne, und zudem eine Mietschuldenfreiheitsbescheinigung nur sehr eingeschränkt geeignet sei, über die Zuverlässigkeit und Solvenz eines Mieters verlässlich Auskunft zu geben.⁶⁶

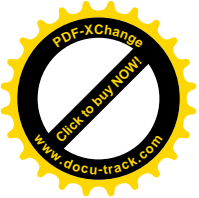
⁶² BGH, WPM 2002, 1240, 1241; vgl. auch OLG Düsseldorf, BB 1992, 2173.

⁶³ BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 238/08, ■.

⁶⁴ BGH v. 2.5.1984 - VIII ZR 38/83, WPM 1984, 1000, unter II 3 c bb; BGH v. 11.5.2001 - V ZR 492/99, WPM 2001, 1417, unter II 1 c; RGZ 114, 9, 12.

⁶⁵ AG Hohenschönhausen, GE 2006, 974, 975; *Beuermann*, GE 2006, 1600; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rdnr. VII 251b.

⁶⁶ AG Schöneberg, GE 2006, 975 f.; AG Tiergarten, GE 2008, 203; *Daub*, GE 2006, 961 f.; zweifelnd auch *Herrlein*, WuM 2007, 54, 56.



Der zuletzt genannten Auffassung gibt der Senat den Vorzug. Dazu hebt er 24
sondere hervor, dass einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung die Erklärung des
Vermieters entnommen werden könne, dass der Mieter abgesehen von ausdrücklich vorbehal-
tenen Forderungen von Mietschulden frei sei und ihm nichts mehr schulde. Damit stehe sie
unübersehbar in einer gewissen Nähe zu der vor allem im Arbeitsrecht anzutreffenden Aus-
gleichsquittung, der u. a. die Wirkung einer Verzichtserklärung oder eines negativen Schuldan-
erkenntnisses dahin beigelegt werde, gegen den Schuldner keine bekannten oder unbekannt
Ansprüche mehr zu haben.⁶⁷ Zur Abgabe einer solchen, mit einer Verzichtswirkung verbunde-
nen Erklärung sei ein Vermieter jedoch nicht verpflichtet.⁶⁸ Selbst wenn der Mietschuldenfrei-
heitsbescheinigung aber kein derart rechtsgeschäftlicher, über eine bloße Wissenserklärung
hinausgehender Erklärungswert beizumessen sein sollte, könne ihr immer noch die Wirkung
eines beweisrechtlich nachteiligen "Zeugnisses gegen sich" selbst zukommen.⁶⁹ Für diesen Fall
müsse der Vermieter mit Ausstellung der Bescheinigung beweisrechtliche Nachteile befürchten,
falls nachträglich noch Streit über den Bestand und die Erfüllung von Mietforderungen entste-
hen sollte.

6 Vertragsgemäßer Gebrauch

6.1 Festlegung durch stillschweigende Vereinbarung

Ein Mangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder
mindert und deshalb dem Mieter sowohl ein Recht zur Mietminderung (§ 536 Abs. 1 BGB) als
auch einen Anspruch auf Mangelbeseitigung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) gewährt, ist eine für
den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich
vorausgesetzten Zustand. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach den Vereinba-
rungen der Mietvertragsparteien.⁷⁰ Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache feh-
len, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand durch den vereinbarten Nut-
zungszweck – z.B. die Nutzung als Wohnung - bestimmt. Der Mieter einer Wohnung kann nach
der allgemeinen Verkehrsanschauung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen
Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist. Dabei sind ins-
besondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete
und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen.⁷¹ Gibt es zu bestimmten Anforderungen tech-
nische Normen, ist jedenfalls deren Einhaltung geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsan-
schauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.

Insoweit kann aber nicht allein aus dem bei Anmietung z.B. einer Wohnung vorgefundenen Zu-
stand an Geräuschmissionen sowie der (faktischen) Nutzbarkeit einer über einem Lichthof
liegenden Plattform als Dachterrasse auf eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung dahin
geschlossen werden, dass der Vermieter ein Lärmniveau schuldet, das nicht über gelegentlichen

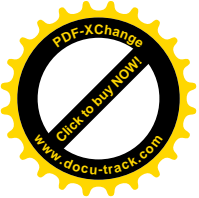
⁶⁷ BGH v. 13.1.1999 - XII ZR 298/96, NJW-RR 1999, 593, unter I 2 a; BAG, NJW 2008, 461, 462; Bamber-
ger/Roth/Dennhardt, BGB, 2. Aufl., § 397 Rz. 23 m.w.N.

⁶⁸ vgl. *Blank* in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 538 BGB Rz. 6.

⁶⁹ vgl. BGH v. 7.11.1996 - III ZR 88/95, VIZ 1997, 181, unter I b.

⁷⁰ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218, unter II 1; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441
= WuM 2009, 457 = NZM 2009, 580 = ZMR 2009, 836, Tz. 9.

⁷¹ BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, WuM 2004, 527, unter II A 1 b bb.



Störgeräuschen geringen Umfangs liegt.⁷² Zwar gelten bei einer Raummiete die zu den Mieträumen gehörenden Nebengelände grundsätzlich ohne zusätzliches Entgelt als mitvermietet.⁷³ Das gilt auch für Außenflächen, die (allein) von der vermieteten Wohnung aus betreten werden können und deshalb nur für eine alleinige Benutzung durch den Mieter in Betracht kommen.⁷⁴ Jedoch war im konkreten Fall der außerhalb der Wohnung gelegenen Plattform kein bestimmter Nutzungszweck beigemessen worden. Er erschließt sich auch nicht von selbst. Abgesehen davon, dass ein Mieter nicht ohne Weiteres erwarten kann, eine bestimmte Wohnnutzung wie die Terrassennutzung auf eine nicht als (Außen-) Wohnfläche mitvermietete Nebenfläche dauerhaft ausweiten zu können, die auch eine andere sinnvolle Nutzung etwa als Trocken- oder Abstellfläche zulässt, ist hier zusätzlich die Lage der Plattform oberhalb eines im Inneren eines Wohn- und Geschäftshauses gelegenen Lichthofs zu berücksichtigen. Derartigen Lichthöfen kommt nicht selten die Funktion zu, straßenseitig unzulässige oder sonst aus nachvollziehbaren Gründen unerwünschte haustechnische Anlagen einschließlich ihrer Lüftungstechnischen Ver- und Entsorgungsleitungen entsprechend den Nutzungserfordernissen der jeweiligen Mitmieter aufzunehmen, so dass dieser Zweck die Nutzungsmöglichkeiten etwaiger Nebenflächen anderer Mieter im Bereich des Lichthofs - vorbehaltlich abweichender Abreden - mitbestimmt.

Derartige abweichende Vereinbarungen waren im konkreten Fall nicht gegeben. Diese können zwar auch stillschweigend getroffen werden.⁷⁵ Insbesondere kann eine solche Abrede dadurch getroffen werden, dass in einer Beschreibung des Mietobjekts zugleich eine Aussage über seinen Charakter und damit eine diesem Charakter entsprechende Beschaffenheit enthalten ist.⁷⁶ Enthält die Vertragsurkunde zur entsprechenden Nutzung oder Fläche jedoch keine Aussage und kann nicht festgestellt werden, dass dahingehend mündliche Absprachen erfolgt sind, reicht es zur Annahme einer konkludent getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung nicht aus, dass die Fläche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Wohnung aus betreten werden konnte und neben anderen Nutzungsmöglichkeiten auch Platz zum Sitzen, Liegen und Ruhen bot. Zwar kann die für eine Beschaffenheitsvereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung auch konkludent in der Weise erzielt werden, dass der Mieter dem Vermieter bestimmte Anforderungen an die Mietsache zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt dafür jedoch selbst dann noch nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist vielmehr weiter, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert.⁷⁷

6.2 Geschäftliche Tätigkeit des Mieters in der Wohnung

In welchem Umfang der Mieter einer Wohnung in den Mieträumen einer geschäftlichen Tätigkeit nachgehen darf, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

⁷² BGH v. 23.9.2009 – VIII ZR 300/08, GE 2009, 1426.

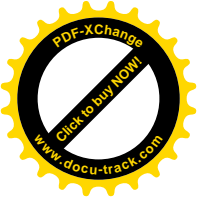
⁷³ Ertman/*Jendrek*, BGB, 12. Aufl., § 535 Rz. 28.

⁷⁴ vgl. Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 535 Rz. 16; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 25; AG Eschweiler, WuM 1994, 427.

⁷⁵ BGH v. 2.11.2005 - VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774.

⁷⁶ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 106/07, ZMR 2008, 116, Tz. 2.

⁷⁷ vgl. BGH v. 20.5.2009 - VIII ZR 191/07, NJW 2009, 2807, Tz. 9.



Nach einer verbreiteten Meinung wird von dem bei Anmietung einer Wohnung 26 mindestens stillschweigend vereinbarten Vertragszweck "Wohnen" auch eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit des Mieters umfasst, sofern es sich nur um eine gewerbliche Mitbenutzung handelt, die die Wohnnutzung nicht überwiegt, und von der teilgewerblichen Nutzung keine wesentlich anderen Einwirkungen auf die Mietsache oder die Mitmieter ausgehen als bei einer ausschließlichen Wohnnutzung.⁷⁸ Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob andere Mieter die gewerbliche Tätigkeit in vergleichbaren Fällen ebenfalls in der Wohnung ausüben oder ob dafür üblicherweise Geschäftsraum angemietet wird.⁷⁹ Das LG Berlin⁸⁰ stellt hingegen darauf ab, ob bei wertender Betrachtung von einer "regelmäßigen kommerziellen Tätigkeit" des Mieters auszugehen ist. *Kraemer*⁸¹ hält schriftstellerische oder wissenschaftliche Tätigkeiten und gelegentliche Büroarbeiten für zulässig, sieht aber die Grenze überschritten, wenn die gewerbliche Tätigkeit Außenwirkung entfaltet und Laufkundschaft anzieht oder wenn Angestellte zu gewerblichen Zwecken beschäftigt werden.

Nach Auffassung des BGH⁸² kommt es darauf an, ob der Mieter mit einer geschäftlichen Tätigkeit nach außen in Erscheinung tritt, etwa indem er die Wohnung als seine Geschäftsadresse angibt, ob er in der Wohnung Kunden empfängt oder dort Mitarbeiter beschäftigt. Berufliche Tätigkeiten, die der Mieter - etwa im häuslichen Arbeitszimmer - ausübt, ohne dass sie nach außen in Erscheinung treten, fallen nach der Verkehrsanschauung von vornherein unter den Begriff des "Wohnens"; hierzu gehört die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers ebenso wie die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors oder der Empfang oder die Bewirtung eines Geschäftsfreundes des Mieters in der Wohnung. Bei geschäftlichen Aktivitäten freiberuflicher oder gewerblicher Art, die nach außen in Erscheinung treten, liegt hingegen eine Nutzung vor, die der Vermieter einer Wohnung ohne entsprechende Vereinbarung grundsätzlich nicht dulden muss. Der Vermieter kann jedoch im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein, eine Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung zu erteilen. Sie wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn es sich nur um eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr handelt. Auch eine selbständige berufliche Tätigkeit kann im Einzelfall so organisiert sein oder einen so geringen Umfang haben, dass sie - wie beispielsweise bei einem Rechtsanwalt oder Makler - im Wesentlichen am Schreibtisch erledigt wird, in der Wohnung keine Mitarbeiter beschäftigt werden und von etwaigem Publikumsverkehr keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung; dies wird etwa in der Existenzgründungsphase einer selbständigen Tätigkeit der Fall sein können. Ein Anspruch auf Gestattung kommt dagegen regelmäßig nicht in Betracht, wenn für die geschäftliche Tätigkeit Mitarbeiter des Mieters in der Wohnung beschäftigt werden.

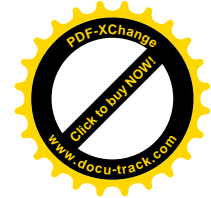
⁷⁸ LG Hamburg, WuM 1985, 263; LG Hamburg, WuM 1993, 188; LG Osnabrück WuM 1986, 94; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., VI Rz. 213; vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 535 Rz. 36 f.

⁷⁹ *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 266 ff.

⁸⁰ LG Berlin, NJW-RR 1993, 907, 908; LG Berlin, NZM 2002, 1029, 1030.

⁸¹ in: *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. Rz. 1003.

⁸² BGH v. 14.7.2009 – VIII ZR 165/08, GE 2009, 1117.



6.3 Untervermietung

27

Die Erlaubnis des Vermieters zur Untervermietung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Mit deren Zugang beim Mieter wird auch eine nach dem Verträge an sich unberechtigte Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten vertragsgemäß.⁸³ Diese Erlaubnis bedarf keiner Form; sie kann mündlich oder auch stillschweigend erteilt werden.⁸⁴

Die für eine Unterverpachtung erforderliche Erlaubnis einzuholen, ist zwar grundsätzlich Sache des Pächters;⁸⁵ die Erlaubnis kann jedoch auch auf die Anfrage des künftigen Unterpächters erteilt werden, ob der Verpächter mit einer Unterverpachtung an ihn einverstanden sei.⁸⁶ Insofern kann dabei dahinstehen, ob sich das bereits aus einer gebotenen entsprechenden Anwendung der Vorschrift über die Erteilung einer Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft (§ 182 Abs. 1 BGB) ergibt, wie es ein Teil des Schrifttums annimmt,⁸⁷ oder ob einer solchen Analogie zu § 182 Abs. 1 BGB der Umstand entgegensteht, dass die Erlaubnis keine für die Wirksamkeit des Unterpachtvertrages erforderliche Zustimmung eines Dritten ist, sondern allein die Rechtmäßigkeit der Untervermietung in dem Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter betrifft.⁸⁸ Die dem künftigen Untermieter gegenüber ausgesprochene Erlaubnis des Vermieters zu einer Untervermietung durch den Mieter an ihn wird indes nach den Grundsätzen über den Zugang von in Abwesenheit des Empfängers abgegebenen Willenserklärungen (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB) jedenfalls dann wirksam, wenn sie von dem (künftigen) Untermieter dem Mieter zum Zwecke des Abschlusses des Untermietvertrages übermittle wird.

6.4 Umfang des Rechts zur Nutzung von Gemeinschaftsflächen

Bei der Vermietung von Geschäftsräumen erstreckt sich das Recht des Mieters zur Nutzung der gemieteten Räume auf das Recht zur Mitbenutzung der Grundstücksgemeinschaftsflächen.⁸⁹ Sind keine besonderen Vereinbarungen getroffen, umfasst das Mitbenutzungsrecht alle Modalitäten, die typischerweise mit der Benutzung der gemieteten Gewerbeflächen verbundenen sind.

Der alleinige Mieter, der eine Teilfläche in einer Halle gemietet hat, hat grundsätzlich ein bevorzugtes Recht, die Hallenzufahrt für seine gewerblichen Zwecke zu nutzen.⁹⁰ Dies kann erst anders zu beurteilen sein, wenn sonstige Grundstücksmitbenutzer nach den örtlichen Verhältnissen auf die laufende Mitbefahrbarkeit der Hallenzufahrt angewiesen sind und wegen der Nutzung des Mieters ihre Nutzungsrechte an den ihnen zum Alleingebrauch überlassenen Grundstücksteilen nicht oder nicht angemessen ausüben können. Das Nutzungsrecht des Mieters umfasst deshalb ohne jeden Zweifel das Rangieren, Ein- und Ausfahren mit sowie das Be- und Entladen von Kraftfahrzeugen, und zwar "rund um die Uhr". Zu seinem Nutzungsrecht gehört aber

⁸³ BGHZ 59, 3, 7

⁸⁴ BGH v. 15.5.1991, VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750, 1751.

⁸⁵ Bamberger-Roth/Ehler, BGB, 2. Aufl., § 540 BGB Rz. 8; Staudinger/Emmerich, BGB [2006], § 540 BGB Rz. 11.

⁸⁶ BGH v. 25.4.2008 – LwZR 10/07, GuT 2009, ■.

⁸⁷ Bamberger/Roth/Ehler, BGB, 2. Aufl., § 540 Rz. 8, Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 540 BGB Rz. 42.

⁸⁸ vgl. BGHZ 59, 3, 8.

⁸⁹ vgl. BGH, NJW 2007, 146, 147 sub II.2; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 187; Bub/Treier/Krämer, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 1171; Staudinger/Emmerich, [2006], § 535 BGB Rz 9; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 535 BGB Rz 282 f; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 25 f, 283 ff; Fritz, Gewerberaummietrecht, Rz 262.

⁹⁰ OLG Düsseldorf v. 5.5.2009 – I-24 U 153/08, GE 2009, 1187.



auch das kurzfristige Abstellen von Kraftfahrzeugen auf der Zufahrt, wenn es im Zusammenhang mit den vorgenannten Dispositionen steht. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Halle noch mit einem anderen Kraftfahrzeug belegt ist, so dass das unverzügliche Einfahren nicht möglich ist. 28

7 Miete

7.1 Lastschriftinzug

Das Lastschriftverfahren ist ein von der deutschen Kreditwirtschaft entwickeltes System zur schnellen und besonders kostengünstigen Abwicklung von Zahlungsvorgängen im bargeldlosen Zahlungsverkehr. Wegen seiner Einfachheit und seiner besonderen Eignung für eine elektronische Abwicklung hat sich das Einzugsermächtigungsverfahren, über das rund die Hälfte des bargeldlosen Zahlungsverkehrs in Deutschland abgewickelt wird, durchgesetzt. Auch der Staat verpflichtet mittlerweile beispielsweise Kfz-Halter und Umsatzsteuerpflichtige, ihre Steuerschuld mittels Einzugsermächtigungsverfahren zu begleichen.

Die Besonderheit des Einzugsermächtigungsverfahrens besteht darin, dass der Gläubiger die Initiative zur Bezahlung seiner Forderung ergreift, indem er seine Bank beauftragt, den Geldbetrag einzuziehen. Diese leitet den Auftrag an die Schuldnerbank weiter, die den Betrag vom Schuldnerkonto abbucht und der Gläubigerbank zuleitet, ohne dazu vom Schuldner eine Weisung erhalten zu haben. Wegen dieser weisungslosen Belastung seines Kontos steht dem Schuldner gegenüber der Schuldnerbank aus dem Girovertrag bis zu seiner Genehmigung ein Widerspruchsrecht zu. Widerspricht der Schuldner, ohne zuvor genehmigt zu haben, muss die Schuldnerbank die Buchung berichtigen und gibt die Lastschrift im Interbankenverhältnis zurück. Die Gläubigerbank belastet sodann das Gläubigerkonto wieder mit dem zuvor gutgeschriebenen Betrag einschließlich Rücklastschriftgebühren.

7.1.1 Formularmäßige Vereinbarung

Die Zahlung durch Teilnahme am Abbuchungsverfahren ist formularvertraglich nicht vereinbar.⁹¹ Vielmehr ist formularmäßig nur die Verpflichtung zur Erteilung einer Einzugsermächtigung (Beteiligung am Lastschriftverfahren) zulässig. Gleichwohl kann die Klausel unwirksam werden, wenn sie mit einer Regelung kombiniert ist, nach der der Vermieter Zahlungen des Mieters beliebig verrechnen darf (Verstoß gegen das Transparenzgebot)⁹² oder den Mieter über seine Widerrufsmöglichkeit nicht aufklärt.⁹³ Berechtigt die Klausel den Vermieter auch zum Einzug von Einmalzahlungen (z.B. Betriebskostennachforderungen),⁹⁴ muss sie die Möglichkeit vorsehen, dass zwischen Zugang der Rechnung und dem Einzug des Rechnungsbetrages mindestens 5 Werktage liegen. Denn nach Auffassung des BGH benötigt ein Kunde diese Zeit, um die Rechnung zu prüfen und ggf. für ausreichende Deckung des Kontos zu sorgen.⁹⁵

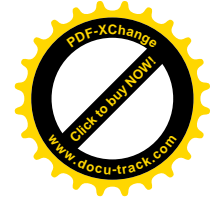
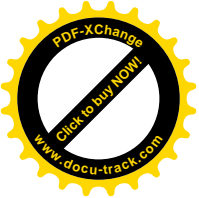
⁹¹ LG Köln, WuM 1990, 380; AG Köln, WuM 2000, 209; AG Freiburg, WuM 1987, 51

⁹² LG Köln v. 16.5.2002- 1 S 205/01, NZM 2002, 780.

⁹³ LG Frankfurt/O. v. 22.7.2003 – 12 O 58/03, ZMR 2003, 741.

⁹⁴ *Börstinghaus*, NZM 2003, 829, 831.

⁹⁵ BGH v. 23.1.2003 – III ZR 54/02, NZM 2003, 367.



Allein die Verwendung des Wortes „Bankeinzug“ in einer Klausel führt nicht zu deren 29
Unwirksamkeit, weil damit auch das Abbuchungsverfahren gemeint sein könnte.⁹⁶

Denn dem Kunden ist im Zusammenhang mit dem Einzugsermächtigungsverfahren Wort „Bankeinzug“ vertraut. Im Übrigen deuteten alle Umstände nur auf diese Art des in der Praxis weit verbreiteten und bekannteren Lastschriftverfahrens hin. Im Übrigen sein von ausschlaggebender Bedeutung, dass bei einem Lastschriftverfahren ausschließlich eine abschließende Willenserklärung gegenüber dem Verwender abzugeben sei, während das Abbuchungsauftragsverfahren eine Willenserklärung ausdrücklich gegenüber der Bank des Kunden erfordere.

Für Vermieter ist der Lastschrifteinzug aber nicht ohne Risiko: Nach den AGB's der Banken kann der Mieter noch mindestens sechs Wochen später die Belastung rückgängig machen (richtigerweise sogar noch länger, nach sechs Wochen ändert sich allein die Risikoverteilung zwischen der Bank des Mieters und des Vermieters). Aus dieser Rechtslage soll sich für den vorläufigen Insolvenzverwalter die Pflicht zum Widerruf⁹⁷ und damit zur Auffüllung der Insolvenzmasse ergeben: nach ihrer Bestellung widerrufen sie zuerst die Lastschrifteinzugserlaubnis und lassen dann zumindest die Mieten, die in den letzten sechs Wochen gezahlt wurden, zurückbuchen. Damit können im Regelfall bis zu drei Mieten rückgängig gemacht werden.

Das Dilemma für den Vermieter: es entsteht rückwirkend ein unvorhersehbarer Mietrückstand, der nur als einfache Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden kann. Auch wenn dadurch der Rückstand zwei Monatsmieten übersteigt, kann damit eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges nicht begründet werden. Denn nach § 112 InsO kann eine Kündigung nicht auf Zahlungsrückstände gestützt werden, die in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten sind. Der Vermieter muss also warten, bis der (vorläufige) Insolventverwalter selbst einen (ausreichenden) Zahlungsrückstand herbeiführt.

7.1.2 Grundloser Widerspruch

Die Frage, wie die Rechtsbeziehungen zwischen den am Lastschriftverkehr Beteiligten beim Einzugsermächtigungsverfahren rechtlich einzuordnen sind, ist streitig.⁹⁸

In der Rechtsprechung des BGH hat sich nach einer Zeit nicht ganz eindeutiger Entscheidungen⁹⁹ die sog. Genehmigungstheorie durchgesetzt.¹⁰⁰ Danach ist die für die Belastung des Schuldnerkontos im Deckungsverhältnis erforderliche Genehmigung des Schuldners auch maßgeblich für die Erfüllung im Valutaverhältnis.

Ein Schwachpunkt der Genehmigungstheorie besteht darin, dass bis zur Genehmigung der Belastungsbuchung im Deckungsverhältnis auch im Valutaverhältnis über einen längeren Zeitraum in der Schwebe ist, ob Erfüllung der dem Lastschrifteinzug zugrunde liegenden Schuld eingetreten ist oder nicht. Dieser Schwebezustand eröffnet dem Schuldner die Möglichkeit zum Missbrauch des Widerspruchs. Das Missbrauchspotential erforderte es, den Schuldner bei einem

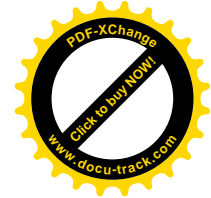
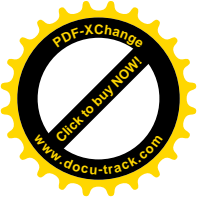
⁹⁶ BGH v. 29.5.2008 - III ZR 330/07, NZM 2008, 656.

⁹⁷ AG Hamburg v. 28.6.2007 – 68g IK 272/07, ZMR 2008, 541.

⁹⁸ *van Gelder* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 57 Rz. 5-56d.

⁹⁹ vgl. BGHZ 69, 82, 85; 74, 300, 305; 74, 309, 312.

¹⁰⁰ BGH v. 14.2.1989 - XI ZR 141/88, WPM 1989, 520, 521; BGHZ 144, 349, 353 f.; 161, 49, 53 ff.; 162, 294, 303; 167, 171, 174 Tz. 12 ff.; BGH v. 10.1.1996 - XII ZR 271/94, WPM 1996, 335, 337; BGH v. 25.10.2007 - IX ZR 217/06, WPM 2007, 2246, 2247 Tz. 12.



rechtsmissbräuchlichen Widerspruch, der nicht auf aner kennenswerten Gründen **30**

beruht, einer Schadenersatzpflicht nach § 826 BGB auszusetzen.¹⁰¹ In der Insolvenz des Schuldners sollte auch der (vorläufige) Insolvenzverwalter an die durch § 826 BGB determinierte Rechtsstellung des Schuldners gebunden sein und berechtigten Lastschriftinzügen nicht widersprechen dürfe.¹⁰²

Gegen diese ganz hM stellte sich der IX. Zivilsenat des BGH.¹⁰³ Er wendet die Genehmigungstheorie nunmehr schematisch bereits nach Beantragung des Insolvenzverfahrens an und kommt so zu dem Ergebnis, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter einem Lastschriftinzug bei noch nicht erfolgter Genehmigung des Schuldners selbst dann widersprechen kann, wenn der Widerspruch durch den Schuldner eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) des Gläubigers oder der beteiligten Banken darstellen würde. Danach tritt der (vorläufige) Insolvenzverwalter in diesem Punkt nicht in die "Fußstapfen" des Schuldners,¹⁰⁴ so dass er während des Schwebezustandes nahezu ohne Einschränkung widersprechen kann. Deswegen versagt das Korrektiv des § 826 BGB der Genehmigungstheorie im beantragten Insolvenzverfahren.

Da eine ausdrückliche Genehmigung bei Einzugsermächtigungslastschriften regelmäßig nicht erfolgt, kommt es für die Dauer des Schwebezustandes im Deckungsverhältnis und im Valutaverhältnis (und damit die Widerspruchsmöglichkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters) auf die Genehmigungsfiktion nach Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken (bzw. Nr. 7 Abs. 4 AGB-Sparkassen) an, so dass in der Regel bis zu viereinhalb Monate zurückliegenden Lastschriften im Deckungsverhältnis widersprochen werden kann. Betroffen davon sind insbesondere auch Einziehungen von Mieten und Entgelten für Strom, Gas und Wasser sowie Telefongebühren, die Umsatzsteuervorauszahlungen etc.¹⁰⁵ Da die Genehmigungsfiktion nach der Ansicht des IX. Zivilsenats gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt keine Wirkung entfalten soll und der Schuldner wegen des Verfügungsverbots auch nicht mehr selbst genehmigen kann, würde sich der Schwebezustand noch einmal um den oftmals mehrere Monate betragenden Zeitraum verlängern, indem ein solcher Verwalter bestellt war.

Dem ist nun der XI. Zivilsenat entgegengetreten und hat seine (ältere) Rechtsprechung verteidigt.¹⁰⁶ Der IX. Zivilsenat lasse unberücksichtigt, dass die Regelung des § 826 BGB als spezielle Ausprägung des die gesamte Zivilrechtsordnung beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) uneingeschränkt auch für (vorläufige) Insolvenzverwalter gilt. Dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter stehe innerhalb von Vertragsverhältnissen nicht mehr und keine anderen Rechte zu als dem Schuldner.¹⁰⁷ Er dürfe deshalb keine Handlungen vornehmen, durch

¹⁰¹ vgl. BGHZ 74, 309, 312 ff.; 101, 153, 156 f.; BGH v. 29.5.2001 - VI ZR 114/00, WPM 2001, 1458, 1459 f.; *van Gelder* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 58 Rdn. 95 ff.

¹⁰² vgl. *van Gelder* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 59 Rdn. 15, 15 d m.w.N.

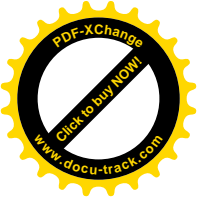
¹⁰³ BGH v. 4.11.2004 - IX ZR 82/03, ZinsO 2005, 40; BGH v.4.11.2004 - IX ZR 28/04, EWiR 2005, 227; BGH v. 21.9.2006 - IX ZR 173/02, WPM 2006, 2092, 2093 Tz. 9; BGH v. 25.10.2007 - IX ZR 217/06, WPM 2007, 2246, 2247 Tz. 11 ff., BGH v. 29.5.2008 - IX ZR 42/07, WPM 2008, 1327, 1328 Tz. 9.

¹⁰⁴ vgl. dazu *Haas*, in: Aktuelle insolvenzrechtliche Probleme der Kreditwirtschaft, Anlegerschutz bei strukturierten Produkten, Bankrechtstag 2007, S. 3, 10 ff.

¹⁰⁵ zu den existenzbedrohenden Folgen des Lastschriftwiderspruchs für den Schuldner anschaulich AG München ZIP 2008, 592, 596 unter Ziffer V.

¹⁰⁶ BGH v. 10.6.2008 - XI ZR 283/07, ZMR 2009, 185.

¹⁰⁷ vgl. BGHZ 44, 1, 4; 56, 228, 230 f.; 106, 169, 175; 144, 349, 351; BGH v. 17.12.1998 - IX ZR 151/98, WPM 1999, 229, 230.



die der Schuldner eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB begehen würde. Durch die Beantragung eines Insolvenzverfahrens, das möglicherweise abgelehnt werde, werde sittenwidriges nicht plötzlich zu anständigem Verhalten. Daher sei auch der vorläufige Insolvenzverwalter an die rechtliche Verpflichtung des Schuldners gebunden, sittenwidrige Lastschriftwidersprüche zu unterlassen.¹⁰⁸ Das Insolvenzrecht rechtfertigt es nicht, das Grundinstrumentarium des BGB "für Zwecke des Insolvenzverfahrens" umzuinterpretieren¹⁰⁹ und das Einzugsermächtigungsverfahren in der Insolvenz des Schuldners zu einem Instrument der Massemehrung umzufunktionieren.¹¹⁰

31

7.1.3 Einseitige Beendigung des Lastschrifteinzugsverfahrens?

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.¹¹¹ Nachdem der BGH zunächst dieser Ansicht zuzuneigen schien,¹¹² 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.¹¹³ 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. Dies setzt aber ebenfalls eine eindeutige auf die Beendigung des Verfahrens gerichtete Willenserklärung voraus.¹¹⁴

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 Miete werde im Lastschrifteinzugsverfahren 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.

¹⁰⁸ OLG Hamm WM 1985, 1139, 1141; *Hadding*, WPM 2005, 1549, 1553 ff.; *Nobbe/Ellenberger*, WPM 2006, 1885, 1890 m.w.N.

¹⁰⁹ *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1046, 1047.

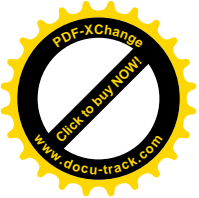
¹¹⁰ vgl. AG München, ZIP 2008, 592, 596.

¹¹¹ *Canaris* in Staub, HGB, 4. Aufl., Bankvertragsrecht, I. Teil, Rz. 649.

¹¹² BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

¹¹³ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

¹¹⁴ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.



7.2 Vereinbarungen zur Umsatzsteuer

32

Die Regelung im Mietvertrag, dass eine Grundmiete „zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer“ zu zahlen ist, geht ihrem Wortlaut nach ins Leere, wenn der Vermieter nicht von der Option nach § 9 Abs. 2 UStG Gebrauch gemacht hat. Denn es gibt keine „gültige Mehrwertsteuer“ für nicht steuerpflichtige Vermietungsumsätze und es steht auch nicht zur Disposition der Parteien, nach dem Gesetz steuerfreie Umsätze durch Vereinbarung steuerpflichtig zu machen.¹¹⁵

7.3 Fälligkeit und Aufrechnungsverbot in Altverträgen

Nach der Rechtsprechung des BGH¹¹⁶ war nach § 537 Abs. 3 BGB a.F. bei einem Mietverhältnis über Wohnraum jede zum Nachteil des Mieters von seinen Rechten aus § 537 Abs. 1 und 2 BGB a.F. abweichende Vereinbarung verboten, wozu nicht nur der völlige Ausschluss, sondern auch Beschränkungen eines Mietminderungsrechts gezählt haben. Da nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Gewährleistungsrechts in § 537 Abs. 1 BGB a.F. (= § 536 BGB) die Minderung im Regelfall durch schlichten Abzug von der Miete durchgesetzt werden kann, stellt eine vertragliche Bestimmung, nach der der Mieter die Minderung aktiv im Klagewege durchsetzen müsste, eine unzulässige Beschränkung des Minderungsrechts im Wohnraummietverhältnis dar.

Diese Voraussetzungen erfüllt folgende Klausel¹¹⁷:

- „1. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts am Mietzins oder die Aufrechnung gegenüber dem Mietzins mit einer unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung des Mieters ist zulässig. Die Ausübung dieser Rechte beschränkt sich der Höhe nach auf monatliche Teilbeträge, die 25 % des monatlichen Mietzinses nicht überschreiten dürfen.
2. In allen anderen Fällen ist die Ausübung dieser Rechte unzulässig, es sei denn, dass es sich ausschließlich um ein Mietverhältnis über Wohnraum handelt oder diesem gleichgestellt ist und es sich bei der Gegenforderung des Mieters um eine solche nach § 538 BGB handelt (Ersatzforderung wegen Mängel der Mietsache).
3. In jedem Fall hat der Mieter seine Absicht, diese Rechte auszuüben, dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit des Mietzinses schriftlich anzuzeigen.“

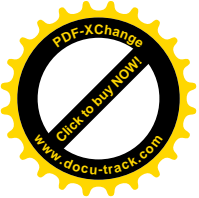
Denn nach dieser Klausel wird die Durchsetzung eines Minderungsrechts nicht nur in einem allenfalls geringfügigen zeitlichen Umfang verschoben.¹¹⁸ Die Ausübung eines Minderungsrechts durch Aufrechnung wird vielmehr für nachträgliche Mängel, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, so dass er für eine dadurch verminderte Gebrauchsfähigkeit der Mietsache auch nicht nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. eintreten muss, ganz ausgeschlossen. Zudem begrenzt die Klausel den Mieter ungeachtet des einem Mangel zukommenden Gewichts bei Ausübung seines Minderungsrechts auch sonst der Höhe nach dauerhaft auf einen Betrag von höchstens 25% der monatlichen Miete.

¹¹⁵ BGH v. 21.1.2009 – XII ZR 79/07, NZM 2009, 337 = MDR 2009, 440 = GuT 2009, 22; vgl. BGH v. 28.7.2004 - XII ZR 292/02, NJW-RR 2004, 1452, 1453.

¹¹⁶ BGHZ 127, 245, 251 ff.

¹¹⁷ BGH v. 4.2.2009 – VIII ZR 66/08, WuM 2009, 228.

¹¹⁸ Vgl. dazu BGH v. 14.11.2007 – VIII ZR 337/06, WuM 2008, 152, Tz. 15.



An die Stelle der unwirksamen Vorauszahlungsklausel ist gemäß § 306 Abs. 2 BGB **33** die Vorschrift des § 551 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. getreten, wonach ein nach Zeitabschnitten bemessener Mietzins nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist.¹¹⁹ Diese Bestimmung ist nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB für den Mietvertrag der Parteien über den 31.8.2001 hinaus in Geltung geblieben und nicht durch den seither geltenden § 556b Abs. 1 BGB ersetzt worden, der nunmehr eine Entrichtung der Miete zu Beginn ihres jeweiligen Bemessungsabschnitts vorsieht. Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB wird bei Dauerschuldverhältnissen für die Zeit ab 1.1.2003 nicht von Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB verdrängt. Der BGH hat bereits entschieden, dass die in Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB enthaltene Übergangsvorschrift zu § 573c Abs. 4 BGB als die speziell auf die mietvertragliche Interessenlage zugeschnittene Regelung der für Dauerschuldverhältnisse nur allgemein konzipierten Übergangsbestimmung in Art. 229 § 5 EGBGB vorgeht.¹²⁰ Dasselbe hat der BGH für das Verhältnis von Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB und Art. 229 § 5 EGBGB angenommen.¹²¹ Für die in Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB angeordnete Fortgeltung der Fälligkeitsbestimmung des § 551 BGB a.F. gilt dieser aus der Spezialität der Übergangsregelung folgende Vorrang in gleicher Weise.¹²² Die vereinzelt vertretene Ansicht, die Prüfung der Klausel müsse sich heute jedenfalls an der Leitbildfunktion des § 556b Abs. 1 BGB orientieren, der mittlerweile eine Vorauszahlungspflicht vorgibt,¹²³ übersieht, dass für die Prüfung der Wirksamkeit einer Formulklausel im Individualprozess allein auf die Gesetzeslage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist.¹²⁴ Nachträgliche Gesetzesänderungen können dagegen grundsätzlich keine Änderung des Prüfungsmaßstabs mehr bewirken.¹²⁵

7.4 Mietpreis-Gleitklauseln

7.4.1 im preisgebundenen Wohnraum

Die Vereinbarung einer Gleitklausel gem. § 4 Abs. 8 NMV hat zur Folge, dass der Vermieter auch rückwirkende Mieterhöhungen geltend machen kann. Viel wesentlicher ist aber die Folge, dass bei einer entsprechenden Vereinbarung nicht die Erhöhungserklärung nach § 10 Abs. 1 WoBindG den Anspruch begründet, sondern die Vertragsklausel selbst anspruchsbegründend wirkt.¹²⁶ Dies ist bedeutsam für den Fall, dass dem Erhöhungsschreiben nicht die nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WoBindG notwendige Erläuterung und Berechnung beigefügt war oder ein sonstiger formeller Mangel der Mieterhöhungserklärung besteht. Da die Klausel den Grund der Mietzahlung bildet, kann der Mieter nicht die Beträge zurückfordern, die er aufgrund einer unwirk-

¹¹⁹ BGH v. 4.2.2009 – VIII ZR 66/08, WuM 2009, 228.

¹²⁰ BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 155/04, NJW 2005, 1572, unter II 2 b bb; BGH v. 15.3.2006 – VIII ZR 134/05, NJW 2006, 1867, Tz. 9 f.; BGH v. 7.2.2007 – VIII ZR 145/06, WuM 2007, 202, Tz. 14.

¹²¹ BGH v. 11.7.2007 – VIII ZR 230/06, WuM 2007, 513, Tz. 7.

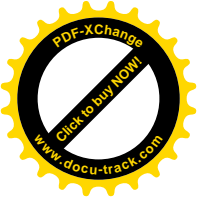
¹²² LG Hamburg, WuM 2007, 710; LG Berlin, GE 2003, 529, 531; AG Köln, WuM 2007, 40; AG Saarbrücken, WuM 2004, 657; AG Wetzlar, WuM 2002, 307; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 556b Rdnr. 33; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556b Rz. 48; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 556b Rz. 17; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556b BGB Rz. 15; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556b Rz. 9, jeweils m.w.N.

¹²³ Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 556b BGB Rz. 51.

¹²⁴ vgl. BGHZ 112, 115, 118; Bamberger/Roth/H. Schmidt, BGB, 2. Aufl., § 307 Rz. 39.

¹²⁵ vgl. BGH v. 1.6.1994 – XII ZR 241/92, WPM 1994, 1940, unter I 3 (zu § 134 BGB).

¹²⁶ BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 10/03, WuM 2004, 25 = ZMR 2004, 103 = NZM 2004, 93 = MietRB 2004, 98.



samen Mietänderung geleistet hat. Solange die Mietänderungserklärung nicht allen **34** formellen Anforderungen gerecht wird, steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Da derartige Klauseln regelmäßig vorformuliert sind, sind sie auch am Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu messen. Danach müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel ist dann ausreichend bestimmt, wenn sie im Rahmen des Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Verwenders so klar und präzise wie möglich umschreibt.¹²⁷

Diesen Anforderungen werden folgende Klauseln gerecht:

- „bei preisgebundenem Wohnraum gilt die jeweils gesetzlich zulässige Miete als vertraglich vereinbart“¹²⁸
- „Alle durch gesetzliche oder behördliche Regelungen allgemein oder im konkreten Fall zugelassenen Mieterhöhungen oder Erhöhungen bzw. Neueinführungen von Nebenkosten und Grundstücksumlagen jeder Art sind vom Zeitpunkt der Zulässigkeit ab vereinbart und zahlbar, ohne dass es einer Kündigung oder einer Mitteilung gemäß § 18 I BMG bedarf.“¹²⁹

Die Anforderungen an die Transparenz werden bei den beiden Klauseln schon deshalb eingehalten, weil sie hinsichtlich der Höhe der möglichen Mietänderung auf die gesetzlichen und behördlichen Regelungen und wegen des Zeitpunktes der Mieterhöhung auf die „Zulässigkeit“ verweisen.

Nicht gerecht wird aus diesem Grund dem Transparenzgebot folgende Klausel:

- „Alle allgemein oder im konkreten Fall eintretenden Mieterhöhungen und/oder Erhöhungen sowie Neueinführungen von Nebenkosten und Grundstückslasten jeder Art sind vom Zeitpunkt des Eintritts ab vereinbart und vom Mieter zu zahlen. Unbeschadet bleibt das Kündigungsrecht des Mieters; für diesen Fall tritt eine Erhöhung der Miete nicht ein.“¹³⁰

Eine Mietgleitklausel liegt bei folgender Formulierung nicht vor¹³¹:

- "Gilt die Kostenmiete des öffentlich geförderten Wohnungsbaues, so ist der Vermieter befugt, bei Änderung der Kostenmiete diese ab Zulässigkeit vom Mieter auch rückwirkend zu verlangen, ohne dass es des Verfahrens nach § 10 WoBindG bedarf."

Diese Klausel räumt dem Vermieter die Befugnis ein, bei einer Änderung der Kostenmiete diese – auch rückwirkend – zu verlangen. Ihrem Wortlaut nach begründet die Klausel damit aus der Sicht des insoweit maßgeblichen durchschnittlichen Mieters lediglich die Berechtigung des Ver-

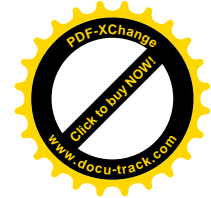
¹²⁷ BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 10/03, WuM 2004, 25 = ZMR 2004, 103 = NZM 2004, 93 = MietRB 2004, 98..

¹²⁸ BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 10/03, WuM 2004, 25 = ZMR 2004, 103 = NZM 2004, 93 = MietRB 2004, 98.

¹²⁹ BGH v. 3.3.2004 – VIII ZR 151/03, WuM 2004, 288; BGH v. 3.3.2004 – VIII ZR 153/03, NZM 2004, 379= MietRB 2004, 197.

¹³⁰ BGH v. 3.3.2004 – VIII ZR 149/03, WuM 2004, 285.

¹³¹ BGH v. 8.4.2009 – VIII ZR 233/08, WuM 2009, 354 = GE 2009, 712 = NZM 2009, 511 = ZMR 2009, 678.



mieters, die Miete durch das Verlangen einer geänderten (erhöhten) Kostenmiete einseitig zu ändern, führt aber nicht selbst – ohne eine dahingehende Äußerung des Vermieters – die Änderung der geschuldeten Miete herbei. Jedenfalls lässt die Klausel (auch) ein solches Verständnis zu und ist deshalb zu Lasten des Verwenders/Vermieters in diesem Sinne auszulegen (§ 305c Abs. 2 BGB). Anders als die oben dargestellten echte Mietgleitklauseln gemäß § 4 Abs. 8 Satz 1 NMV enthält die Klausel danach keine Vereinbarung zur Miethöhe, die unmittelbare Geltung beansprucht, sondern eröffnet dem Vermieter nur die Möglichkeit, eine Mieterhöhung durch Erklärung einseitig vorzunehmen. Dabei soll er von den formellen Anforderungen, die § 4 Abs. 7 NMV, § 10 Abs. 1 WoBindG an eine solche Mieterhöhungserklärung stellen, freigestellt sein und eine Mieterhöhung abweichend von § 4 Abs. 7 NMV, § 10 Abs. 2 WoBindG auch rückwirkend herbeiführen dürfen.

7.4.2 als Wertsicherungsklausel bei Indexfortfall

In vielen Mietverträgen über Gewerbeflächen nehmen die Gleitklauseln noch Bezug auf den "vom Bundesamt für Statistik ermittelten Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalts (Basis 1980 = 100)". Damit wird auf den "Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalten mit mittlerem Einkommen" verwiesen, der auf die Basisjahre 1985 = 100, 1991 = 100 und zuletzt auf das Basisjahr 1995 = 100 neu berechnet worden ist. Dieser Index wird - wie auch alle anderen nach Haushaltstypen differenzierten Preisindizes für die Lebenshaltung - nicht fortgeschrieben.¹³² Eine fiktive Fortschreibung dieses Index, die nicht nur die Preisentwicklung, sondern auch Veränderungen des Warenangebots und des Konsumverhaltens berücksichtigen müsste, ist nicht möglich.¹³³

Die so entstandene Regelungslücke muss im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden.¹³⁴ Dabei muss eine Regelung gefunden werden, welche die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall eines Wegfalls des gewählten Index bedacht hätten.

Insoweit ist zunächst davon auszugehen, dass die Parteien den für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland geltende Index (jetzt: "Verbraucherpreisindex") vereinbart hätten, sofern sie bedacht hätten, dass der von ihnen in Bezug genommene und auf einen bestimmten Haushaltstyp (4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalt mit mittlerem Einkommen) zugeschnittene Lebenshaltungsindex nicht fortgeschrieben wird, wohl aber Verbraucherpreisindex. Zwar führt das Statistische Bundesamt auch den Index der Einzelhandelspreise sowie den - primär für die Europäische Union bestimmten - Harmonisierten Verbraucherpreisindex fort. Beide Indizes sind aber nicht geeignet, die vom ursprünglich vereinbarten (und auf einen bestimmten Haushaltstyp bezogenen) Index abgebildete Preisentwicklung in vergleichbarer Weise nachzuzeichnen wie der Verbraucherpreisindex. Dieser Index misst die durchschnittliche Preisveränderung aller Waren und Dienstleistungen in Deutschland, die von privaten Haushalten für Kon-

¹³² vgl. Statistisches Bundesamt, Eilbericht Juni 2005, Fachserie 17/Reihe 7, abgedruckt FamRZ 2005, 1406.

¹³³ Lützenkirchen, NZM 2001, 835, 836.

¹³⁴ vgl. AG Mönchengladbach, NZM 2005, 742; AG Koblenz, ZMR 2006, 451; Gutachten DNotI-Report 2/2003 9, 10; Reul, DNotZ 2003, 92, 97.



sumzwecke gekauft werden; er bildet die Verbraucherpreise umfassend ab.¹³⁵ Hierauf hätte sich jede der Parteien redlicherweise einlassen müssen.¹³⁶ 36

Hing nach der vereinbarten Gleitklausel die Anpassung der Miete nicht davon ab, ob die Veränderung der Indexwerte um einen bestimmten Prozentsatz steigt, sondern eine bestimmte Punktzahl erreicht, d.h. konkret: wenn die Differenz zwischen dem alten und dem neuen Indexstand mindestens 10 Punkte beträgt, muss auch die Umstellung eines Index auf ein neues Basisjahr dem Rechnung tragen. Denn anders als eine nach einem bestimmten Prozentsatz bemessene Steigerungsrate hängt die Frage, ob die Indexentwicklung einen bestimmten Punktwert erreicht, von der Wahl des Basisjahres ab:¹³⁷ so beträgt eine Steigerung des Index (Basisjahr 1980 = 100) von 110 auf 120 zwar 10 Punkte; sie macht (bezogen auf das Basisjahr) aber nur eine Steigerung von $(120 \times 100 : 110 =)$ 9,09 % aus - ein Unterschied, der sich mit zunehmendem Abstand vom Basisjahr verschärft.¹³⁸

Dieses Problem wird dadurch gelöst, dass die für das neue Basisjahr und die Folgejahre bereits veröffentlichten, aber noch auf das frühere Basisjahr bezogenen Werte neu errechnet werden und die insoweit bereits veröffentlichten Werte ersetzen. Die Ergebnisse für die vor dem neuen Basisjahr liegenden Zeiträume müssen umbasiert werden.¹³⁹ Entsprechendes gilt, wenn an die Stelle eines bisherigen Index (Lebenshaltungskosten eines 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalts mit mittlerem Einkommen, Basisjahr 1980 = 100, neu berechnet zuletzt auf das Basisjahr 1995 = 100) ein neuer Index (hier: Verbraucherpreisindex, neu berechnet auf das Basisjahr 2000 = 100) tritt. Soll anhand des neuen Index ermittelt werden, ob die Indexentwicklung zwischen der letzten Leistungsanpassung nach dem bisherigen Index und dem Jetzt-Stand des neuen Index die vereinbarte Punktzahl erreicht, müssen die Indexwerte des bisherigen und des neuen Index zueinander in Beziehung gesetzt werden. Dies kann dadurch erfolgen, dass der im Zeitpunkt der begehrten Vertragsanpassung maßgebende Wert des neuen Index mit dem Verhältnis multipliziert wird, in dem der Wert des alten Index zum neuen Index - und zwar jeweils im Zeitpunkt der Umstellung vom einen auf den andern Index - steht. Ebenso kann aber auch die nach dem Vertrag für eine Leistungsanpassung erforderliche Punktzahl (hier: 10 Punkte) auf den neuen Index umgerechnet werden. Dies geschieht, wenn die letzte Leistungsanpassung (hier: Januar 2000) nach dem Beginn des für den neuen Index geltenden Basisjahres (hier: 2000 = 100) erfolgt ist, dadurch, dass die Punktzahl, um die der Index seit der letzten Leistungsanpassung gestiegen sein muss, mit dem Verhältnis multipliziert wird, in dem der Wert des neuen Index zum alten Index - und zwar jeweils im Zeitpunkt der Umstellung vom einen auf den andern Index - steht.¹⁴⁰

¹³⁵ Statistisches Bundesamt, Eilbericht Juni 2005, Fachserie 17/Reihe 7, abgedr. FamRZ 2005, 1406.

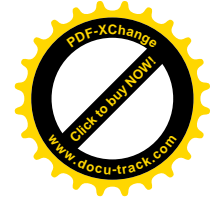
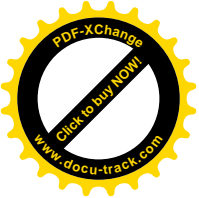
¹³⁶ vgl. allgemein AG Mönchengladbach, NZM 2005, 742; AG Koblenz, ZMR 2006, 451; Gutachten DNotI- Report 2/2003 9, 10; Reul, DNotZ 2003, 92, 97; vgl. auch Staudinger/Amann, BGB, Bearb. 2002, § 1105 Rz. 14; allgemein für den Fall der Neuberechnung auf ein neues Basisjahr: OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 402; für den Fall der Unwirksamkeit einer Wertsicherungsklausel vgl. etwa BGH v. 23.2.1979 - V ZR 106/76 - DNotZ 1980, 604.

¹³⁷ vgl. etwa Statistisches Bundesamt, Eilbericht Juni 2005, Fachserie 17/Reihe 7, abgedr. FamRZ 2005, 1406; Rasch, DNotZ 1999, 467, 473

¹³⁸ vgl. Reul, DNotZ 2003, 92, 101.

¹³⁹ BGH v. 4.3.2009 - XII ZR 2 GuT 2009, 93 = NZM 2009, 398 = ZMR 2009, 591.

¹⁴⁰ Zu dieser Berechnung kann auf das Berechnungsprogramm des Statistischen Bundesamtes zurückgegriffen werden: www.destatis.de/wsk



7.5 Umsatzsteuer

37

Die Vermietung von Grundstücken und Räumen ist grundsätzlich umsatzsteuerfrei (§ 4 Nr.12 a UStG). Indessen kann der Vermieter nach § 9 Abs. 1 UStG auf die Steuerbefreiung verzichten, also zur Umsatzsteuer optieren. Dies setzt allerdings voraus, dass der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Beide Parteien, Vermieter und Mieter, müssen Unternehmer gemäß § 2 Abs. 1 UStG sein. Der Unternehmerbegriff des Umsatzsteuerrechts weicht erheblich vom allgemeinen Sprachgebrauch ab. Während man üblicherweise unter einem Unternehmer jemanden versteht, der sich unter Einsatz von Kapital und Arbeitskräften intensiv am Wirtschaftsleben beteiligt, geht der umsatzsteuerliche Begriff des Unternehmers weiter. Er stellt nicht auf ein äußeres Erscheinungsbild der Person des Unternehmers ab, sondern rein formal auf eine unter bestimmten Umständen ausgeübte Tätigkeit. Daher umfasst der Kreis der Unternehmer auch Privatleute, die aus der Nutzung ihres Vermögens (z.B. Grundbesitz) fortlaufend Einnahmen erzielen.¹⁴¹

Mit Rücksicht auf diese Grundsätze ist eine Vereinbarung, wonach der Mieter neben der Miete die jeweils „gültige“ Umsatzsteuer zahlen soll, grundsätzlich unwirksam, wenn der Vermieter nicht wirksam nach § 9 Abs. 1 UStG zur Umsatzsteuer optiert hat, weil in diesem Fall keine „gültige Umsatzsteuer“ existiert.¹⁴²

Eine Ausnahme davon kann sich im Wege der (ergänzenden) Vertragsauslegung ergeben, wenn in einem Mietvertrag mit einem nicht umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen (Innungskrankenkasse) nicht nur die „gültige“ Umsatzsteuer vereinbart ist, sondern auch in Fettdruck der Endbetrag (Gesamtmiete) ausgewiesen ist und der Vermieter behauptet, die umsatzsteuer sei ein unselbständiger Berechnungsfaktor gewesen, weil die mangelnde Umsatzsteuerpflicht des Mieters von vorneherein bekannt gewesen sei.¹⁴³

8 Mietzeit

8.1 Einseitiger formularmäßiger Kündigungsverzicht des Mieters

Im Rahmen der Klärung der grundsätzlichen Zulässigkeit von Vereinbarungen einer Mindestlaufzeit für die Wohnraummiete¹⁴⁴ wurde auch ein formularmäßiger einseitiger Kündigungsverzicht des Mieters für die Dauer von zwei Jahren im Hinblick auf § 557a Abs. 3 BGB für zulässig erachtet.¹⁴⁵ In Verbindung mit einer Staffelmiete ist sogar ein vierjähriger einseitiger Verzicht als wirksam anerkannt.¹⁴⁶

Regelt die Klausel lediglich den Ausschluss der ordentlichen Kündigung für die Dauer von zwei Jahren, scheitert ihre Einbeziehung nicht an § 305c Abs. 2 BGB.¹⁴⁷ Selbst wenn die Klausel nicht

¹⁴¹ *Bunjes/Geist*, UStG, 8. Aufl., § 2 UStG Rz. 5.

¹⁴² BGH v. 28.7.2004 – XII ZR 292/02, MDR 2004, 1406.

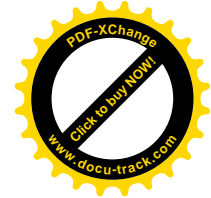
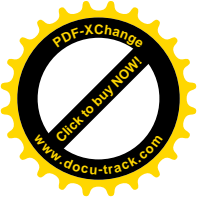
¹⁴³ BGH v. 21.1.2009 – XII ZR 79/07, GE 2009, 840.

¹⁴⁴ BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, WuM 2004, 157 = ZMR 2004, 251 mit Anm. *Häublein*; BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 379/03, WuM 2004, 542; BGH v. 30.6.2004 – VIII ZR 294/03, WuM 2004, 543.

¹⁴⁵ LG Berlin v. 3.6.2005 – 65 S 30/05, MietRB 2005, 312; AG Charlottenburg v. 13.12.2004 – 209 C 483/04, MietRB 2005, 61; a.A. LG Duisburg v. 16.4.2002 – 13 S 417/01, MM 2002, 334 = NZM 2003, 354; *Wiek*, WuM 2001, 442, 443.

¹⁴⁶ BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 154/04, WuM 2006, 97 = ZMR 2006, 262.

¹⁴⁷ BGH v. 12.11.2008 – VIII ZR 270/07, GE 2009, 45 = NZM 2009, 80 = ZMR 2009, 189.



38 eindeutig regelte, ob das Mietverhältnis erstmals zum Ablauf von zwei Jahren gekündigt oder die Kündigungserklärung erstmals nach Ablauf dieses Zeitraums abgegeben werden kann, hätte eine solche Mehrdeutigkeit nach § 305c Abs. 2 BGB lediglich zur Folge, dass die Klägerin die ihr ungünstigste Auslegungsvariante gegen sich gelten lassen müsste. Eine solcher Kündigungsausschluss hält auch der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB stand, wenn er in Verbindung mit einer Staffelmiete erfolgt. Die Vereinbarung einer Staffelmiete soll beiden Parteien Kalkulationssicherheit geben; sie ist auch für den Mieter insoweit vorteilhaft, als Mieterhöhungen nach §§ 558 bis 559b BGB ausgeschlossen sind (§ 557a Abs. 2 Satz 2 BGB). § 557a Abs. 3 BGB sieht bei der Staffelmiete ausdrücklich vor, dass das Kündigungsrecht des Mieters für höchstens vier Jahre seit Abschluss der Staffelmietvereinbarung ausgeschlossen werden kann. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ist es für die Wirksamkeit des Kündigungsausschlusses nicht erforderlich, dass dieser wechselseitig auch für den Vermieter gilt. Der Gesetzgeber hat Staffelmietvereinbarungen, die einen einseitigen Ausschluss des Kündigungsrechts enthalten, bis zur Grenze von vier Jahren billigen wollen und durch die Bestimmung des § 557a Abs. 3 BGB zugelassen.

Ohne einen solchen Vorteil, der den Nachteil der einseitigen Bindung des Mieters ausgleicht, ist eine formularmäßiger einseitiger Kündigungsverzicht unwirksam¹⁴⁸.

8.2 Kündigungsverzicht für Studentenwohnung

Grundsätzlich sieht der BGH einen beiderseitigen zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts für zwei Jahre auch dann als wirksam an, wenn ein solcher Ausschluss formularmäßig vereinbart ist. Insbesondere gebieten es weder § 573c Abs. 4 BGB noch § 575 Abs. 4 BGB, die Vereinbarung eines formularmäßigen Kündigungsverzichts für sich allein schon als eine unangemessene Benachteiligung des Mieters im Sinne von § 307 Abs. 2 BGB zu werten.¹⁴⁹ Namentlich § 573c BGB steht einem solchen Verzicht nicht entgegen, weil diese Vorschrift lediglich die Kündigungsfrist regelt und somit ein Bestehen des Kündigungsrechts, das vorliegend im Streit ist, gerade voraussetzt.¹⁵⁰

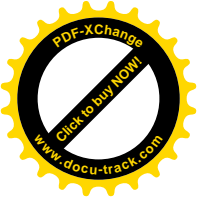
Gleichwohl ist ein formularmäßiger Kündigungsverzicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn er den Mieter nach den Umständen entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine solche unangemessene Benachteiligung nimmt der BGH¹⁵¹ an, wenn dem Mieter ein schutzwürdiges Bedürfnis nach einem besonderen Maß an Mobilität und Flexibilität zugebilligt werden muss, um z.B. auf Unwägbarkeiten des Studienverlaufs und ausbildungsbedingte Erfordernisse eines Ortswechsels angemessen reagieren zu können, während es ins Gewicht fallende Interessen des Vermieters, den Mieter für längere Zeit als die gesetzliche Kündigungsfrist zu binden, nicht erkennen konnte. Insoweit hebt der BGH hervor, dass dem Umstand besondere Bedeutung beigemessen wurde, dass das angemietete Zimmer mit dem vom Mieter verfolgten Zweck verknüpft war, am Ort der Wohnung studieren zu können. Diese Zweckbeziehung und ein daraus resultierendes sachliches Veränderungsbedürfnis des Mieters habe der Vermieter nicht einfach ignorieren dürfen, um einseitig und ausnahmslos sein Interesse durch-

¹⁴⁸ BGH v. 19.11.2008 – VIII ZR 30/08, GE 2009, 110 = NZM 2009, 153.

¹⁴⁹ BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 27/04, WuM 2005, 346, unter II 1 m.w.N.

¹⁵⁰ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 2/04, WuM 2004, 672, unter II m.w.N.

¹⁵¹ BGH v. 15.7.2009 – VIII ZR 307/08, WuM 2009, 587.



zusetzen, die Fluktuation in seinem Mietobjekt gering zu halten und durch Vermeidung eines innerhalb des Semesters liegenden Mietendes eine nahtlose Anschlussvermietung sicherzustellen. Diese Erwägungen stehen zudem im Einklang mit den Maßstäben, die der BGH bei Schul- und Ausbildungsverträgen an die Beurteilung von formularmäßigen Beschränkungen eines ordentlichen Kündigungsrechts angelegt hat. Auch hierbei hat der BGH den hohen Stellenwert hervorgehoben, der dem Einzelnen an der Wahl des für ihn richtigen Berufs und der dafür geeigneten Ausbildungsstätte sowie daran zuzubilligen ist, etwaige Fehlentscheidungen ohne gravierende, insbesondere ohne wirtschaftlich vielfach nicht mehr tragbare Belastungen korrigieren zu können. Formularmäßig fest vorgegebene Vertragslaufzeiten benachteiligen die andere Seite deshalb angesichts der besonderen Schutzwürdigkeit dieser Interessen und dem solchen Verträgen vertragstypisch anhaftenden Risiko einer geänderten beruflichen Orientierung unangemessen, wenn der Verwender seine eigenen Interessen an einer langfristigen Vertragsdauer einseitig durchsetzt und dem für ihn erkennbaren Interesse des Ausbildungswilligen, ohne gravierende Nachteile sein Berufsziel oder seine Ausbildungsstätte aufgeben zu können, nicht durch angemessene Vertragsgestaltung Rechnung trägt.¹⁵²

39

8.3 Auflösend bedingter Mietvertrag

Die Frage, ob ein unter einer auflösenden Bedingung geschlossener Mietvertrag vor Bedingungseintritt ordentlich gekündigt werden kann, ist umstritten.

Nach einer Auffassung sind solche Verträge wie andere unbefristete Mietverhältnisse zu behandeln mit der Folge, dass sie vor Bedingungseintritt ordentlich gekündigt werden können.¹⁵³ Nach anderer Auffassung sind solche Verträge nicht ordentlich kündbar; denn mit der Aufnahme der Bedingung solle nicht eine Lösungsmöglichkeit zusätzlich zum Kündigungsrecht geschaffen, sondern der Bestand des Vertrags einzig vom Eintreten der Bedingung abhängig gemacht werden.¹⁵⁴ Nach einer dritten Auffassung ist auf den beim Vertragsschluss zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien abzustellen. Solle die auflösende Bedingung der alleinige Grund für die Vertragsbeendigung sein, sei das Nutzungsverhältnis vor Eintritt der Bedingung grundsätzlich nicht ordentlich kündbar. Sei die auflösende Bedingung dagegen nur als spätestmöglicher Beendigungszeitpunkt bestimmt, könne das Nutzungsverhältnis auch schon vor Bedingungseintritt ordentlich gekündigt werden.¹⁵⁵

Der BGH¹⁵⁶ folgt im Ergebnis der letztgenannten Auffassung. Unter einer auflösenden Bedingung geschlossene Pachtverträge seien als unbefristete Verträge zwar grundsätzlich ordentlich kündbar. Die Vertragsparteien seien jedoch nicht gehindert, die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung auszuschließen. Ein solcher Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung könne auch schon in der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung als solcher zu finden sein. Dies sei allerdings nur dann der Fall, wenn die Parteien mit der auflösenden Bedingung die Beendigung des Nutzungsverhältnisses - vorbehaltlich des Eintritts außerordentlicher Kündigungs-

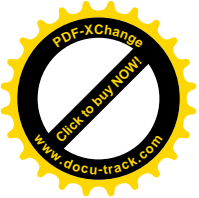
¹⁵² BGHZ 120, 108, 120 f.; vgl. ferner BGH, Urteil vom 28. Februar 1985 - IX ZR 92/84, WM 1985, 780, unter III 4 c cc, d.

¹⁵³ Palandt/*Weidenkaff*, 68. Aufl., § 572 BGB Rz. 5.

¹⁵⁴ vgl. etwa *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 572 BGB Rz. 13 m.w.N.

¹⁵⁵ Staudinger/*Rolfs*, [2006], § 572 BGB Rz. 11 f. m.w.N.; ähnlich auch *Blank* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 572 BGB Rz. 13.

¹⁵⁶ BGH v. 1.4.2009 - XII ZR 95/07, NZM 2009, 433 = GuT 2009, 108.



gründe - abschließend hätten regeln und nicht nur einen Zeitpunkt festlegen wollen, 40 zu dem das Nutzungsverhältnis in jedem Falle - also unbeschadet der Möglichkeit einer früheren Auflösung – habe enden sollen. Ob der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung eine solche weitergehende, das ordentliche Kündigungsrecht ausschließende Bedeutung zukomme, habe im Streitfall diejenige Vertragspartei darzulegen und zu beweisen, die sich auf diese Bedeutung berufe.

9 Schriftform

9.1 Bezugnahme auf Grundrisszeichnungen

Soweit das Mietobjekt durch Bezugnahme auf Grundrisszeichnungen beschrieben wird, muss zur Feststellung eines Formmangels zunächst untersucht werden, inwieweit durch die in Bezug genommene Anlage eine wesentliche Vertragsbedingung tangiert wird.¹⁵⁷ Nur wenn Anlagen wesentliche Bestimmungen des Mietvertrages enthalten (sollen), kommt eine Verletzung der Schriftform in Betracht.¹⁵⁸ Das ist bei Grundrisszeichnungen nicht der Fall, wenn sie als bloßer Orientierungsbehelf ohne feste Verbindung dem Vertrag beigelegt werden, weil derartige Urkunden lediglich ergänzende oder erläuternde Funktionen ohne eigenständigen Regelungsgehalt haben.¹⁵⁹ Etwas anderes gilt jedoch, wenn sich erst aus den Grundrissplänen, die nicht mit der Urkunde fest verbunden und auch keine sonstige Bezugnahme zur Urkunde aufweisen, die vermietete Fläche konkret ergibt.¹⁶⁰

Deshalb ist stets zu ermitteln, ob den Grundrisszeichnungen eine inhaltlich beschreibende Bedeutung zukommt. Das ist nicht der Fall, wenn die textliche Beschreibung eine tatsächliche Nutzung bei Abschluss des Vertrages vollständig (z.B. durch Ausgrenzung nicht vermieteter Bereiche) erfasst, so dass den Zeichnungen nur noch visualisierende Wirkung zukommt.¹⁶¹

9.2 Heilung durch Nachtrag

Haben sich die Parteien noch nicht abschließend geeinigt (oder gelingt einer Partei ein solcher Nachweis nicht) und übermittelt der eine Partner den unterschriebenen Mietvertrag, ohne eine Annahmefrist zu bestimmen, kann die Annahme (wirksam) nur innerhalb der Frist erklärt werden, in welcher der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, § 147 Abs. 2 BGB. Wird die Annahme nach Ablauf der Frist erklärt, wirkt sie nach § 150 Abs. 2 BGB als Angebot. Dokumentiert der ursprünglich Antragende seine Annahme nun nicht durch eine (weitere) Unterschrift, soll ein Schriftformmangel gegeben sein.¹⁶²

Auf eine möglicherweise verspätete Annahme nach § 147 Abs. 2 BGB kommt es nicht an, wenn die durch eine von beiden Vertragspartnern unterzeichnete, wirksam abgeschlossene schriftliche Änderungsvereinbarung den Inhalt des Ausgangsvertrages bestätigt haben.¹⁶³ Das ist der

¹⁵⁷ vgl. BGH, WuM 1970, 20.

¹⁵⁸ BGH, WuM 1999, 516 = ZMR 1999, 691.

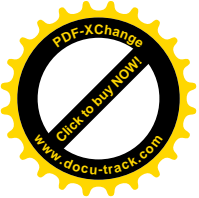
¹⁵⁹ BGH, WuM 1999, 761,762; ebenso: OLG Hamm ZMR 1998, 623.

¹⁶⁰ OLG Jena, NZM 1999, 906.

¹⁶¹ BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 57/07, NZM 2009, 198.

¹⁶² KG v. 25.1.2007 – 8 U 129/06, GuT 2007, 87 = WuM 2007, 346 = ZMR 2007, 535 = NZM 2007, 517: a.A. Lützenkirchen, WuM 2008, 119, 130.

¹⁶³ BGH v. 29.4.2009 – XII ZR 142/07, NZM 2009, 515.



Fall, wenn die Vereinbarung ausdrücklich Bezug nimmt auf den schriftlichen Ausgangsvertrag. Aus der Gesamtheit der durch Bezugnahme zu einer gedanklichen Einheit verbundenen Vertragsurkunden ergibt sich der Inhalt des Vertrages. Für die Einhaltung der Schriftform ist es nicht erforderlich, dass schon die erste Vertragsurkunde selbst alle Schriftformvoraussetzungen erfüllt.¹⁶⁴ Vielmehr genügt es, wenn diese Voraussetzungen in der Änderungsvereinbarung gemeinsam mit der in Bezug genommenen ersten Vertragsurkunde erfüllt werden.

10 Schönheitsreparaturen

10.1 Wirksame Überbürdung trotz unrenovierter Übergabe

Seit dem Rechtsentscheid vom 1.7.1987¹⁶⁵ schien geklärt zu sein, dass der Anfangszustand auf die Wirksamkeit einer Renovierungsklausel keinen Einfluss hat. In seiner Entscheidung vom 26.9.2007 zur Wirksamkeit einer Abgeltungsklausel hatte der BGH¹⁶⁶ jedoch angedeutet, wegen der Doppelbelastung des Mieters über die Frage noch einmal neu nachdenken zu wollen.

Nunmehr hat er zwar für Vornahmeklauseln seine bisherige Rechtsprechung¹⁶⁷ bestätigt.¹⁶⁸ Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass seine Ankündigung vom 27.9.2007 hinfällig ist. Denn sie bezog sich nur auf Mietverträge, die nach dem 1.1.2008 geschlossen wurden.

10.2 Keine Überbürdung von Außenanstrichen

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.¹⁶⁹ Das Gleiche soll bei einer räumlichen Erweiterung z.B. auf den Außenanstrich der Fenster zumindest über § 305c Abs. 2 BGB gelten.¹⁷⁰

Der BGH sieht in der Erweiterung auf den Außenanstrich der Fenster und Türen einen Verstoß gegen § 307 BGB.¹⁷¹ Die Klausel benachteilige den Mieter unangemessen, weil der Außenanstrich der Fenster und Türen nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen fallen, der in § 28 Abs. 4 Satz 3 II.BV definiert sei. Soweit es um Türen und Fenster gehe, gehöre zu den Schönheitsreparaturen im Sinne dieser Bestimmung, die den Maßstab dafür bildet, welche Arbeiten dem Mieter in einer Formulklausel auferlegt werden dürften, nur das Streichen der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen, nicht aber der Außenanstrich von Türen und Fenstern. Ebenso wenig gehöre der Anstrich einer Loggia zu den Schönheitsreparaturen. Die Unwirksamkeit der Verpflichtung des Mieters zum Außenanstrich von Türen und Fenstern

¹⁶⁴ vgl. BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181, 2183; BGH v. 7.7.1999 - XII ZR 15/97, NJW 1999, 3257, 3258; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, 2. Aufl., Kap. 6 Rz. 75; missverständlich Palandt/*Weidenkaff*, 68. Aufl., § 550 BGB Rz. 17.

¹⁶⁵ BGH v. 1.7.1987 - VIII AZR 9/86, WuM 1987, 306.

¹⁶⁶ BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684.

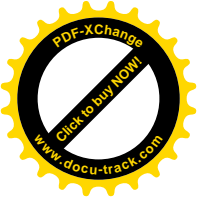
¹⁶⁷ BGH v. 28.4.2004 - VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087; BGH v. 26.5.2004 - VIII ZR 77/03, NJW 2004, 3042; BGH v. 20.10.2004 - VIII ZR 378/03, WuM 2005, 50; BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 17/04, NJW 2005, 1426.

¹⁶⁸ BGH v. 18.11.2008 - VIII ZR 73/08, WuM 2009, 36 = GE 2009, 192 NZM 2009, 197.

¹⁶⁹ LG Köln, WuM 1989, 506.

¹⁷⁰ KG v. 17.9.2007 - 8 U 77/07, GE 2008, 987; LG Berlin v. 11.6.2004 - 65 S 406/03, WuM 2004, 497.

¹⁷¹ BGH v. 18.2.2009 - VIII ZR 210/08, WuM 2009, 286 = GE 2009, 573.



sowie zum Anstrich der Loggia führe zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel über die Vornahme von Schönheitsreparaturen durch den Mieter. Die bloße Streichung der Textbestandteile, mit denen der in § 28 Abs. 4 Satz 3 II.BV geregelte Gegenstandsbereich von Schönheitsreparaturen überschritten werde, liefe der Sache nach auf eine - nach dem Gesetz unzulässige - geltungserhaltende Reduktion hinaus.

Der BGH hat selbst eine Klausel, in der zu den Schönheitsreparaturen ebenfalls der „Anstrich der Fenster“ gehören sollte, nicht beanstandet.¹⁷² Zwar wurde in der Entscheidung die relevante Formulierung nicht problematisiert. Die Klausel wurde jedoch ausdrücklich für wirksam erklärt.

10.3 Keine Farbwahlbeschränkung während der Mietzeit

Der Vermieter ist insbesondere vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung daran interessiert, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Deshalb wird überwiegend angenommen, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben.¹⁷³

Diese Interesse erkennt auch der BGH und hält eine Formulklausel, die dem Mieter eine Beschränkung auf helle, neutrale und deckende Farben einen etwas engeren Rahmen setzt, grundsätzlich für wirksam, soweit sie sich auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezieht und keine Festlegung auf eine spezielle Dekorationsweise enthält.¹⁷⁴ 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 Mietverhältnisses einen Neuanstrich in neutralen Farben anbringen muss, obwohl die Dekoration noch nicht abgenutzt ist, oder ob er es vorzieht, die Schönheitsreparaturen schon während des Mietverhältnisses entsprechend der Farbwahlklausel in "hellen, neutralen, deckenden Farben" auszuführen. Regelt die Vertragsbedingungen aber ausdrücklich die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen 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".

Bezieht sich die Farbwahlbeschränkung aber auf die Schönheitsreparaturen insgesamt, ist die Renovierungsklausel unwirksam.¹⁷⁵

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH ausdrücklich die Wirksamkeit von Farbwahlklauseln (Hamburger Holzklause) bestätigt, die sich auf die Rückgabe der Mietsache beziehen.¹⁷⁶ Die Klausel lautete:

¹⁷² BGH v. 6.10.2004 – VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 = NZM 2004, 903.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.

¹⁷⁵ BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 166/08, WuM 2009, 224 = GE 2009, 574 = NZM 2009, 313.



"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.¹⁷⁷ 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.

10.4 „Weißen“ der Decken und Wände

Ob mit folgender Klausel eine unzulässige Farbwahlvorgabe erfolgt, kann zweifelhaft sein. Denn unter „Weißen“ kann auch der direkte Farbanstrich auf Putz verstanden werden.

"Die Schönheitsreparaturen umfassen insbesondere:

Anstrich und Lackieren der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen sowie sämtlicher Holzteile, Versorgungsleitungen und Heizkörper, das Weißen der Decken und Oberwände sowie der wischfeste Anstrich bzw. das Tapezieren der Wände."

Der BGH hält die die Klausel für unwirksam¹⁷⁸. Ebenso wie die formularmäßige Verpflichtung, die Schönheitsreparaturen in "neutralen, hellen, deckenden Farben und Tapeten auszuführen"¹⁷⁹, wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam sei, wenn sie nicht auf den Zustand der Wohnung im Zeitpunkt der Rückgabe beschränkt sei, benachteilige auch die vorliegende Klausel den Mieter regelmäßig deshalb unangemessen, weil sie ihn auch während des Mietverhältnisses zu einer Dekoration in einer ihm vorgegebenen Farbwahl verpflichte und dadurch in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs einschränke, ohne dass dafür ein anerkanntes Interesse des Vermieters bestehe. Es liege jedenfalls nicht fern, unter dem Begriff "Weißen" nicht lediglich ein Synonym für streichen, sondern auch einen Anstrich

¹⁷⁶ BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, WuM 2008, 722 = NZM 2008, 926 = GE 2008, 1621.

¹⁷⁷ BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, WuM 2008, 722 = NZM 2008, 926.

¹⁷⁸ BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 344/08, ■.

¹⁷⁹ BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.



in weißer Farbe zu verstehen. Lässt die Klausel somit auch diese Auslegung zu, so sei sie gemäß § 305c Abs. 2 BGB in dieser dem Mieter günstigsten, weil zur Unwirksamkeit der Klausel führenden Auslegung zugrunde zu legen. 44

Versteht man das Weißen wie das umgangssprachliche Tünchen, kann man kaum noch einen Unterschied zu dem in § 28 Abs. 4 II. BV erwähnten Kalken erkennen.

10.5 Bodenbeläge bei der Gewerberaummiete

10.5.1 Grundreinigung des Teppichbodens

Die Frage, ob die Vereinbarung über Schönheitsreparaturen auch ohne ausdrückliche Regelung die Reinigung des vom Vermieter verlegten Teppichbodens erfasst, ist umstritten.¹⁸⁰

Nach Auffassung des BGH¹⁸¹ gehört jedenfalls die Grundreinigung des Teppichbodens zu den gemäß §§ 10 Ziff. 2, 25 Ziff. 2 des Mietvertrages auf die Beklagte übertragenen Schönheitsreparaturen. Auch für die Gewerberaummiete sei im Zweifel für das Verständnis von Schönheitsreparaturen auf die Definition in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV abzustellen. Darin werde zwar ausdrücklich die Grundreinigung nicht genannt. Bei den Schönheitsreparaturen handele es sich aber um Maßnahmen zur Erhaltung eines ansprechenden äußeren Erscheinungsbildes der Mieträume durch Beseitigung der Spuren des vertragsgemäßen Gebrauchs. Soweit in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV auch für die Böden Malerarbeiten, nämlich deren Streichen vorgesehen sei, gehe die Vorschrift von den früher üblichen, inzwischen aber kaum noch vorhandenen gestrichenen Holzdielenböden aus. Da die Schönheitsreparaturen folglich nicht nur die Oberflächen der Decken und Wände, sondern auch die Oberfläche des Bodenbelags in einen ansehnlichen Zustand versetzen sollten, müsse der redliche Mieter davon ausgehen, dass er an Stelle des nur für Holzdielenböden geeigneten Streichens des Bodens die Maßnahme ergreifen müsse, die für den vorhandenen Boden zu einem vergleichbaren Ergebnis führe. Der Verschönerung der Oberfläche des Holzdielenbodens durch Streichen entspreche bei einem Teppichboden dessen gründliche Reinigung. Dadurch werde die Oberfläche des Fußbodens aufgefrischt. Nicht ausreichend sei demgegenüber die nur übliche Reinigung von dem sich allmählich ansammelnden Schmutz durch Staubsaugen.

10.5.2 Erneuerung von Teppichboden

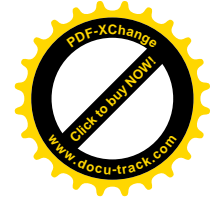
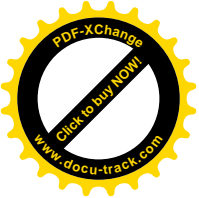
Schönheitsreparaturen werden inhaltlich grundsätzlich durch Heranziehung der Definition des § 28 Abs. 4 S. 4 II. BV als das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen bestimmt.¹⁸² Ob darüber hinaus im gewerblichen Mietrecht auch die Erneuerung der Bodenbeläge begrifflich zu den Schönheitsreparaturen zählt, ist umstritten. Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 9.2.1989¹⁸³ nach dem Motto, „was Tapeten für die Wände

¹⁸⁰ dafür: Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 538 BGB Rz. 7; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 535 BGB Rz. 356; Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rz. 220; Kraemer, NZM 2003, 417, 418; Sternel, NZM 1998, 833, 843; Both, WuM 2007, 3; Erman/Jendrek, 12. Aufl., § 535 BGB Rz. 94; dagegen: AG Braunschweig v. 1.4.1986 – 115 C 741/86, WuM 1986, 310; Staudinger/Emmerich, [Neubearb. 2006], § 535 BGB Rz. 103; Bub in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiets, II Rz. 479.

¹⁸¹ BGH v. 8.10.2008 – XII ZR 15/07, WuM 2009, 225 = GE 2009, 111 = NZM 2009, 126.

¹⁸² KG v. 29.3.2004 - 8 U 286/03, KGReport Berlin 2004,425 = NZM 2005, 181; Wolf in Geschäftsraummiets, Kap. 13, Rz. 180

¹⁸³ OLG Düsseldorf v. 9.2.1989 - 10 U 96/88, WuM 1989, 508 -NJW-RR 1989, 663.



seien, sei der Teppichboden für den Fußboden", entschieden, dass der gewerbliche Mieter jedenfalls dann den bei Mietbeginn durch den Vermieter neu verlegten und bei Mietende verschlissenen Teppichboden ersetzen muss, wenn er vertraglich die Ausführung der Schönheitsreparaturen übernommen hat und nach einer Zusatzvereinbarung im Mietvertrag verpflichtet ist, den Zustand wie beim Einzug wiederherzustellen. Im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung wird demgegenüber überwiegend die Auffassung vertreten, dass der Austausch der Bodenbeläge, insbesondere die Erneuerung des Teppichbodens, ohne besondere Vereinbarung nicht zu den Schönheitsreparaturen zählt.¹⁸⁴

Welcher Meinung der Vorzug gebührt kann jedenfalls dahinstehen, wenn eine gemäß §§ 133, 157, 242 BGB an Treu und Glauben orientierte interessengerechte Auslegung der vertraglichen Regelungen ergibt, dass die Parteien die Erneuerung des Bodenbelags nicht den Schönheitsreparaturen zugerechnet haben.¹⁸⁵ Das ist bereits anzunehmen, wenn eine Vertragsklausel abweichend von der Legaldefinition des § 28 Abs. 4 S. 4 II. BV den Fußboden - auch in der Form des Streichens - nicht erwähnt und die weitere Regelung getroffen wurde, dass der Mieter verpflichtet ist, „die vorhandenen Fußbodenbeläge einschließlich Leisten bei Bedarf fachgerecht zu behandeln, insbesondere Parkett- und andere Holzfußböden abzuschleifen und zu versiegeln.“

10.6 Zusammentreffen von starren Fristen und individueller Endrenovierung

10.6.1 Zustandekommen einer Individualvereinbarung

Eine Individualabrede liegt bei einem von einer Partei gestellten Vertragstext dann vor, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner einen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen tatsächlich einräumt.¹⁸⁶

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Mieter im Rahmen der Vertragsverhandlungen von dem Vermieter verlangt, dass in den von diesem gestellten Vertragstext zusätzlich eine Klausel aufgenommen wird, nach der der Mieter bei Beendigung des Mietvertrages nicht verpflichtet ist, den Teppichboden durch einen neuen zu ersetzen, sondern nur etwaige Beschädigungen, die durch unsachgemäße Behandlung entstanden sind, zu beseitigen und sich die Parteien auf diese gewünschte Klausel geeinigt haben.¹⁸⁷ Mit der Verhandlung über die von dem Mieter bei Vertragsbeendigung am Teppichboden vorzunehmenden Arbeiten haben die Parteien über den Umfang der nach dem Mietvertrag dem Mieter generell auferlegten Schönheitsreparaturen bei Ende des Mietvertrages verhandelt. Sie haben für den vom Vermieter verlegten Teppichboden, dessen Grundreinigung Teil der Schönheitsreparaturen ist,¹⁸⁸ eine gesonderte Regelung getroffen.

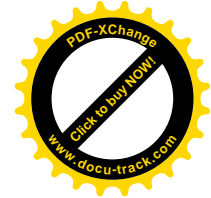
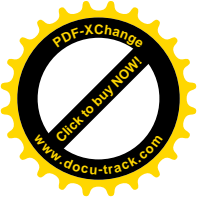
¹⁸⁴ OLG Düsseldorf v. 14.12.2006, GuT 2007, 211; OLG Braunschweig v. 30.1.1997 - 1 U 35/96, OLGReport Braunschweig 1997, 85; OLG Celle v. 20.11.1996 - 2 U 273/95, NZM 1998, 158 = OLGReport Celle 1997, 138; OLG Stuttgart v. 6.3.1995 - 5 U 204/94, NJW-RR 1995, 1101; OLG Hamm v. 22.3.1991 - 30 REMiet 3/90, DWW 1991, 145 = WuM 1991, 248 = ZMR 1991, 219 für die Wohnraummiete; *Fritz*, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rz. 224; instruktiv *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., Rz. 113; *Wolf* in Geschäftsraummiete, Rz. 181.

¹⁸⁵ OLG Düsseldorf v. 8.5.2008 - I-10 U 8/08, OLGReport 2008, 660 = ZMR 2008, 890.

¹⁸⁶ BGH v. 18.5.1995 - X ZR 114/93, - WPM 1995, 1455, 1456; BGH v. 25.6.1992 - VII ZR 128/91, NJW 1992, 2759, 2760.

¹⁸⁷ BGH v. 18.3.2009 - XII ZR 200/06, GE 2009, 647 = NZM 2009, 397 = ZMR 2009, 672 = GuT 2009, 98.

¹⁸⁸ BGH v. 8.10.2008 - XII ZR 15/07, WuM 2009, 225 = GE 2009, 111 = NZM 2009, 126.



Der Mieter sollte bei Beendigung des Mietvertrages nur verpflichtet sein, etwaige 46
Beschädigungen des Teppichbodens zu beseitigen. Damit hatte sich der Vermieter
bereit erklärt, seine Vorgabe zu dem Umfang der bei Beendigung des Vertrages
den Schönheitsreparaturen abzuändern

10.6.2 Unwirksamkeit der Individualvereinbarung über § 139 BGB?

Starre Fristen führen zur Unwirksamkeit einer formularmäßigen Renovierungsklausel.¹⁸⁹ In Verbindung mit einer formularmäßigen Endrenovierungspflicht ergibt sich die Unwirksamkeit der Klauseln aus dem Summierungseffekt gemäß § 307 BGB.¹⁹⁰ Jedenfalls als Gegenstand einer isolierten Individualvereinbarung bestehen gegen die Wirksamkeit einer Abrede, die von dem Mieter die Rückgabe einer vollständig renovierten Wohnung verlangt, keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken, auch wenn danach die Endrenovierungspflicht unabhängig vom aktuellen Erhaltungszustand der Wohnung eingreifen soll.¹⁹¹ Fraglich ist, wie sich das Zusammentreffen einer unwirksamen Renovierungsklausel und der Individualvereinbarung auswirkt, also ob die Endrenovierung verlangt werden kann..

Der BGH hat es zwar für denkbar gehalten, dass in einem derartigen Fall die beiden Klauseln wegen ihres sachlichen Zusammenhangs ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB darstellen, das bei Nichtigkeit eines Teils im Zweifel insgesamt nichtig ist.¹⁹² Dem hat aber eine Sachverhaltsgestaltung zugrunde gelegen, bei der die Formularbedingung und die individuelle Abrede gleichzeitig vereinbart worden sind.

Wird die Endrenovierungspflicht dagegen in individueller Form nachträglich vereinbart und auf diese Weise in einen Mietvertrag eingefügt, dessen beide Formularklauseln über eine laufende und eine Endrenovierungspflicht des Mieters gemäß § 307 BGB nie wirksam geworden waren, ohne dass dies nach § 306 Abs. 1 BGB den Bestand des Mietvertrages im Übrigen berührt hat, bleibt die Klausel bestehen.¹⁹³ Durch die im Protokoll der Wohnungsübergabe vereinbarte Endrenovierungspflicht haben die Parteien dem bestehenden Mietvertrag also nur später noch eine weitere Abrede hinzugefügt, ohne den sonstigen Bestand an Rechten und Pflichten zu verändern.

Damit war der Fall aber noch nicht zu Ende: der BGH hat die Sache an das Landgericht zurückverwiesen, weil der Mieter behauptet habe, die Regelungen im Protokoll seien ebenfalls allgemeine Geschäftsbedingungen, weil sie für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert worden seien. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Text hand- oder maschinenschriftlich abgefasst ist. Maßgeblich ist allein die Wiederverwendungsabsicht. Es verhilft also nicht zum Erfolg, wenn in Zukunft in jedem Übergabeprotokoll eine handschriftliche Endrenovierungsklausel enthalten ist. Im Übrigen kommt - jedenfalls bei größeren Vermietern - auch § 310 Abs. 3 BGB in Betracht. Danach unterliegen bei Verbraucherverträgen auch Individualvereinbarungen der Inhaltskontrolle.

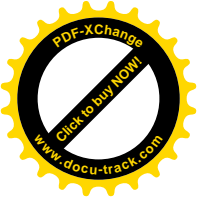
¹⁸⁹ BGH v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, WuM 2004, 463 = NZM 2004, 653.

¹⁹⁰ BGH v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436.

¹⁹¹ BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 163/05, NJW 2006, 2116, Tz. 17, 20.

¹⁹² BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 163/05, NJW 2006, 2116, Tz. 20.

¹⁹³ BGH v. 14.1.2009 – VIII ZR 71/08, WuM 2009, 173 = GE 2009, 321 = ZMR 2009, 358 m. Anm. Disput.



Auch bei der Geschäftsraummieta sieht der BGH¹⁹⁴ grundsätzlich keine Bedenken 47 dagegen, den Mieter individualvertraglich zur Endrenovierung - unabhängig vom tatsächlichen Erhaltungszustand der Räume - zu verpflichten. Ihre Schranken findet die samkeit einer solchen Vereinbarung vor allem in den Verbotsgesetzen im Sinne des § 134 BGB, im Verbot der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dafür, dass eine Endrenovierungsklausel gegen diese Schranken verstößt, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Im Übrigen weist der BGH aber darauf hin, dass eine Unwirksamkeit der für sich allein gesehen unbedenklichen, individuell vereinbarten Endrenovierungsklausel auch nicht aus dem Zusammentreffen mit anderen formularmäßig vereinbarten Klauseln des Vertrages und einem dadurch hervorgerufenen Summierungseffekt folge. Eine sich daraus ergebende etwaige Unwirksamkeit hätte nur die Unwirksamkeit der Formulklausel, nicht aber der Individualabrede zur Folge. „Denn die Individualabrede unterliegt nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB (BGH Urteil vom 14. Januar 2009 - VIII ZR 71/08 - juris).“

Diese Feststellung erstaunt, weil der XII. Senat nicht § 139 BGB prüft, den der VIII. Senat in der in Bezüge genommenen Entscheidung verneint, weil zwischen der Formular- und der Individualklausel kein zeitlicher Zusammenhang bestand. Hier befanden sich beide Klauseln aber in einer Urkunde. In dieser Konstellation sollte die Anwendbarkeit von § 139 BGB zumindest denkbar sein.¹⁹⁵

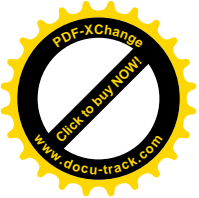
10.7 Sinnlose Renovierung

Einem Vermieter steht ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Geld ohne vorherige Fristsetzung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zu, wenn die Schönheitsreparaturen wegen anschließenden Umbaus sinnlos werden.¹⁹⁶ Denn will der Vermieter die Mieträume nach dem Auszug des Mieters umbauen, ist er regelmäßig einer Sachleistung des Mieters nicht mehr interessiert. Bei dieser Sachlage wäre es zum einen widersinnig, den zum Umbau entschlossenen Vermieter an dem Anspruch auf Erfüllung der von dem Mieter vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen festzuhalten, obwohl bei Erfüllung dieser Pflicht das Geschaffene alsbald wieder zerstört würde. Zum anderen würde es regelmäßig in Widerspruch zu dem Inhalt des Mietvertrages stehen, den Mieter von seiner Verpflichtung zu befreien, ohne dass er hierfür einen Ausgleich entrichten müsste. Denn die im Vertrag übernommene Verpflichtung des Mieters zur Vornahme der Schönheitsreparaturen stellt sich im Regelfall als Teil des Entgelts dar, das er als Gegenleistung für die Leistung des Vermieters zu entrichten hat. Daher entspricht es nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien, dem Vermieter anstelle des wirtschaftlich sinnlos gewordenen Anspruchs auf Durchführung von Schönheitsreparaturen einen entsprechenden Geldanspruch zu geben.

¹⁹⁴ BGH v. 18.3.2009 - XII ZR 200/06, GE 2009, 647 = NZM 2009, 397.

¹⁹⁵ BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 163/05, NJW 2006, 2116, Tz. 20.

¹⁹⁶ BGH v. 25.6.1980 - VIII ZR 260/79, WuM 1980, 241 = ZMR 1980, 378; BGH v. 5.6.2002 - XII ZR 220/99, NJW 2002, 2383 = NZM 2002, 655 = WuM 2002, 484.



Bei der Höhe des Anspruchs ist zu unterscheiden: durfte der Mieter nach dem Mietvertrag die Arbeiten in Eigenleistung bzw. durch Verwandte oder Bekannte ausführen lassen, schuldet der Mieter als Ausgleich nur die Materialkosten und ein geringes Entgelt, das an „Freunde“ gezahlt wird.¹⁹⁷

48

Der Vermieter kann aber dann den Anspruch auf der Grundlage eines Kostenvoranschlags eines Malers berechnen, wenn der Mieter die von ihm geschuldete Ausführung von Schönheitsreparaturen endgültig abgelehnt hatte.¹⁹⁸ Eine derartige Verweigerung liegt auch vor, wenn der Mieter dem Vermieter erklärt, er könne die Renovierung wegen der geplanten Maßnahme nicht (mehr) verlangen und müsse sich auf den Zahlungsanspruch in Höhe der ersparten Eigenleistung beschränken.¹⁹⁹

10.8 Geltendmachung einer unwirksamen Klausel

Es besteht Einigkeit darüber, dass das Berufen auf eine unwirksame Formulklausel eine Pflichtverletzung des Verwenders i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB darstellt.²⁰⁰ Die damit begründete Schadensersatzverpflichtung kann der Vermieter auf verschiedene Weise verwirklichen:

- Verlangen auf Zahlung des Abgeltungsanspruchs bei unwirksamer Quotenklausel,
- Verlangen nach Renovierung trotz unwirksamer Klausel,
- Schweigen auf die Ankündigung des Mieters, die Renovierung auszuführen, obwohl AGB-rechtlich keine wirksame Verpflichtung besteht (Offenbarungspflicht).²⁰¹

Für den Vermieter und seine Mitarbeiter besteht also im Rahmen der Abwicklung beendeter Mietverträge das Problem, dass sie gegenüber dem Mieter nicht den Eindruck erwecken dürfen, trotz unwirksamer Renovierungsklausel eine Schönheitsreparatur zu verlangen.

Dies wird schon damit erreicht, dass der Verwalter, dessen Handeln sich der Vermieter nach § 278 BGB zurechnen lassen muss, dem Mieter in der Kündigungsbestätigung mitteilt:

„Im Hinblick auf die Schönheitsreparaturen beachten Sie bitte die Vereinbarung unter § 10 Abs. 4 des Mietvertrages ...“

Die dadurch begründete schuldhaftige Pflichtverletzung verpflichtet zumindest, die Anwaltskosten des Mieters zu tragen.²⁰²

10.9 Ausgleichspflicht für nicht geschuldete Renovierung

10.9.1 Ansprüche aus cic?

Ein Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen verletzt durch die Verwendung unwirksamer Klauseln seine vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber seinem Vertragspartner

¹⁹⁷ BGH v. 20.10.2004 – VIII ZR 378/03, GE 2005, 51 = WuM 2005, 50 = NZM 2005, 58 = ZMR 2005, 109

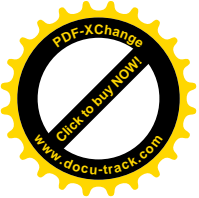
¹⁹⁸ KG v. 28.4.2008 – 8 U 154/07, GE 2009, 448.

¹⁹⁹ KG v. 28.4.2008 – 8 U 154/07, GE 2009, 448.

²⁰⁰ BGH, NJW 1994, 2754; Artz, NZM 2007, 265, 271 m.w.N.

²⁰¹ Artz, NZM 2007, 265, 272.

²⁰² KG v. 18.5.2009 – 8 U 190/08, GE 2009, 1044.



und kann sich deshalb bei Verschulden diesem gegenüber schadensersatzpflichtig machen, wenn der Vertragspartner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen tätigt.²⁰³ Im mietrechtlichen Schrifttum wird deshalb angenommen, dass ein Vermieter sich wegen einer Verletzung der vorvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB) gegenüber dem Mieter schadensersatzpflichtig machen kann, wenn er diesem gegenüber schuldhaft (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB) unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen über die Durchführung von Schönheitsreparaturen verwendet und der Mieter daraufhin in der irrigen Annahme der Wirksamkeit dieser Regelungen Renovierungsaufwendungen tätigt.²⁰⁴

Dieser Anspruch ist aber zu verneinen, wenn den Vermieter als Verwender kein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann.²⁰⁵ Dies ist der Fall, wenn der BGH kurz vor Abschluss des konkreten Mietvertrages eine identische Klausel als wirksam behandelt hatte.²⁰⁶

Ergibt sich die unwirksame Renovierungsklausel aus einer handschriftlichen, aber dennoch vorformulierte Vertragsbestimmung, ist ein Verschuldensvorwurf grundsätzlich zweifelhaft.²⁰⁷ Zwar entsteht auch bei einer handschriftlichen Regelung in einem Mietvertrag eine Formulklausel, wenn der Vermieter in Mehrfachverwendungsabsicht handelt.²⁰⁸ Das setzt aber voraus, dass von dem Vermieter erwartet werden kann, dass ihm an der Zulässigkeit einer Endrenovierungsabrede, die individualvertraglich nicht zu beanstanden ist,²⁰⁹ Zweifel kommen mussten, wenn er sie in einer für individualvertragliche Vereinbarungen typischen Weise handschriftlich hinzugefügt hat. Insbesondere kann es ihm nicht als Verschulden angelastet werden, wenn er nicht erkannt hat, dass nach der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²¹⁰ solche handschriftlich hinzu gesetzten Regelungen als vorformulierte Vertragsbestimmungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB zu werten sein können mit der Folge, dass ihre Wirksamkeit strengeren Anforderungen unterliegt.

10.9.2 Aufwendungsersatz nach § 684 BGB

§ 539 Abs. 1 BGB bestimmt, dass der Mieter vom Vermieter Aufwendungen auf die Mietsache, die der Vermieter ihm nicht gemäß § 536a Abs. 2 BGB zu ersetzen hat, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677, § 683 Satz 1, § 670 BGB) ersetzt verlangen kann. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung, die erfordert,

²⁰³ vgl. BGH, BGHZ 99, 101, 107; BGH v. 8.10.1987 - VII ZR 358/86, WM 1988, 56, unter 3 a; BGH v. 28.5.1984 - III ZR 63/83, WM 1984, 986, unter II 5 a bb; ferner etwa Erman/Roloff, BGB, 12. Aufl., Vor § 307 bis 309, Rz. 19 m.w.N.

²⁰⁴ Blank, Festschrift für Derleder, 2005, S. 189, 198 ff.; Börstinghaus, WuM 2005, 675, 678; Lehmann-Richter, WuM 2005, 747 f.; Sternel, ZMR 2008, 501 f.; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., Rz. I 268; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 535 Rz. 196 a; MünchKommBGB/Häublein, 5. Aufl., § 535 Rz. 126; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., § 535 Rz. 47 a.

²⁰⁵ BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, WuM 2009, 395 = GE 2009, 901 = ZMR 2009, 829.

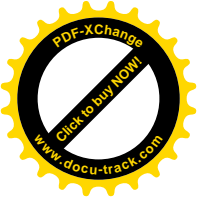
²⁰⁶ BGH v. 3.6.1998 - VIII ZR 317/97, WuM 1998, 592, unter III 2 und 3 (Klausel mit einfachem Fristenplan)

²⁰⁷ BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, WuM 2009, 395 = GE 2009, 901 = ZMR 2009, 829.

²⁰⁸ BGH, BGHZ 141, 108, 110 f.; BGH v. 19.5.2005 - III ZR 437/04, WPM 2005, 1373, unter II 2 a.

²⁰⁹ BGH v. 14.1.2009 - VIII ZR 71/08, WuM 2009, 193, Tz. 12 f.

²¹⁰ vgl. BGH, BGHZ 141, 108, 110 f.; BGH v. 19.5.2005 - III ZR 437/04, WPM 2005, 1373, unter II 2 a.



dass zugleich die gesetzlichen Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne 50
trag vorliegen.²¹¹

Daran kann es fehlen, wenn sich der Mieter durch eine individualvertragliche Abrede wirksam zur Vornahme der getätigten Endrenovierung verpflichtet und in diesem Fall eine eigene vertragliche Pflicht erfüllt hätte.²¹² Durch eine Formulklausel ist jedoch eine andere Situation gegeben, die besondere Feststellungen verlangt.

Die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag setzen voraus, dass der Geschäftsführer ein Geschäft "für einen anderen" besorgt. Das kann bereits dann der Fall sein, wenn er das Geschäft nicht nur als eigenes, sondern auch als fremdes führt, das heißt in dem Bewusstsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln. In diesem Zusammenhang wird zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften unterschieden. Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis eingreifen,²¹³ wird regelmäßig ein ausreichender Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Das gilt grundsätzlich auch für Geschäfte, die zugleich objektiv eigene als auch objektiv fremde sind. Dabei kann es genügen, dass das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch einem Dritten zugute kommt, insbesondere wenn dessen Interesse an der Vornahme der Handlung im Vordergrund steht oder gar vordringlich ist. Hingegen erhalten objektiv eigene oder neutrale Geschäfte ihren (subjektiven) Fremdcharakter allenfalls durch einen Willen des Geschäftsführers zur vordringlichen Wahrnehmung fremder Interessen. Hierfür besteht grundsätzlich keine tatsächliche Vermutung; der Wille, ein solches Geschäft in erster Linie oder zumindest zugleich für einen anderen zu führen, muss vielmehr hinreichend deutlich nach außen in Erscheinung treten.²¹⁴ Dem-gemäß hat der BGH etwa in Fällen, in denen ein Energieversorger Energielieferungen in der irrigen Annahme durchgeführt hatte, zur Versorgung vertraglich verpflichtet zu sein, einen Rückgriff auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nur deshalb zugelassen, weil dies über seine eigenen Lieferinteressen hinaus zugleich dem Versorgungsinteresse des Abnehmers an einer ununterbrochenen Energielieferung, und zwar nicht zuletzt mit Blick auf die hierauf angewiesenen Nutzer, entsprochen hat.²¹⁵

In der mietrechtlichen Instanzrechtsprechung wie auch im Schrifttum wird verbreitet die Auffassung vertreten, dass der Mieter, der auf Grund einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel renoviert, selbst bei einer Schlussrenovierung kein Geschäft des Vermieters führt.²¹⁶

²¹¹ BGH v. 24.2.1982 - IVa ZR 306/08, WPM 1982, 698, unter I 3 a; Palandt/*Weidenkaff*, 68. Aufl., § 539 BGB Rz. 6 m.w.N.

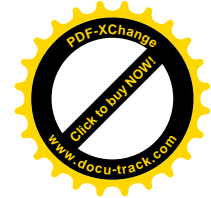
²¹² vgl. BGHZ 63, 119, 120 f.; *Lange* in: *jurisPK-BGB*, 4. Aufl., § 677 Rz. 30; Palandt/*Sprau*, 68. Aufl., § 677 BGB Rz. 11.

²¹³ z.B. Hilfe für einen Verletzten, BGHZ 33, 251, 254 ff.; Abwendung der von einem unbeleuchteten Fahrzeug drohenden Gefahren, BGHZ 43, 188, 191 f.; Tilgung fremder Schulden, BGHZ 47, 370, 371; Veräußerung einer fremden Sache, RGZ 138, 45, 48 f.

²¹⁴ BGH v. 21.10.2003 - X ZR 66/01, WPM 2004, 1397, unter III 2 a aa m.w.N.

²¹⁵ BGH v. 27.4.2005 - VIII ZR 140/04, WPM 2005, 1717, unter II 2 a; BGH v. 26.1.2005 - VIII ZR 66/04, WM 2005, 1089, unter II 3 a und b.

²¹⁶ LG Berlin, GE 2007, 517, 518; LG Waldshut-Tiengen, WuM 2000, 240; AG Köln, WuM 2006, 261, 262; AG München, NZM 2001, 1030; *Blank*, Festschrift für Derleder, 2005, S. 189, 197 f.; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 539 Rz. 6; *Both*, WuM 2007, 3, 6; *Horst*, DWW 2007, 48, 52; *Lange*, NZM 2007, 785, 787; *Paschke*, WuM 2008, 647, 648 f.; *Kinne*, GE 2009, 358 f.; a.A.: LG Landshut WuM 2008, 335; LG Wuppertal, ZMR 2007, 973; LG Karlsruhe, NZM 2006, 508; *Sternel*, ZMR 2008, 501, 502



Dem hat sich der BGH angeschlossen.²¹⁷ Der für eine Fremdgeschäftsführung 51 derliche unmittelbare Bezug zum Rechts- und Interessenkreis des Vermieters²¹⁸ sei nicht schon deswegen gegeben, weil die Renovierungsmaßnahmen zu einer Verbesserung der Mietsache führen und damit dem Vermögen des Vermieters zugute kommen. Denn mit der Vornahme von Schönheitsreparaturen will der Mieter eine Leistung erbringen, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts anzusehen ist.²¹⁹ Eine dadurch bewirkte Vermögensmehrung auf Vermieterseite stellt ebenso wenig wie die Zahlung der Miete eine Wahrnehmung von Vermieterinteressen und damit eine Geschäftsführung dar, welche eine Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag rechtfertigen könnte.

10.9.3 Bereicherungsausgleich

Wurden Schönheitsreparaturen auf Grund einer unwirksamen Endrenovierungsklausel und damit ohne rechtlichen Grund erbracht, kommen Ansprüche aus § 812 BGB in Betracht.

Da die von dem Mieter rechtsgrundlos erbrachte Leistung nicht in Natur herausgegeben werden kann, hat der Vermieter nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Dieser ist entgegen einer verbreitet vertretenen Auffassung²²⁰ allerdings nicht darauf gerichtet, eine durch die Renovierungsmaßnahmen eingetretene Wertsteigerung der Mieträume in Form von Vorteilen auszugleichen, die der Vermieter aus einem erhöhten objektiven Ertragswert der Mietsache tatsächlich erzielen kann oder hätte erzielen können. Diese für einen Ausgleich von Grundstücksverwendungen maßgebliche Sichtweise²²¹ passt dann nicht, weil die Leistung der Kläger darin bestanden hat, einen rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihnen für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung vermeintlich geschuldeten Entgelts durch Vornahme der Schönheitsreparaturen und damit durch eine Werkleistung zu erbringen.²²²

Bei rechtsgrundlos erbrachten Dienst- oder (nicht verkörperten) Werkleistungen bemisst sich der Wert der herauszugebenden Bereicherung grundsätzlich nach dem Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung.²²³ Eine solche Bemessung kann auch bei verkörperten Werkleistungen angebracht sein.²²⁴ Das ist im Mietrecht deshalb geboten, weil der von dem Mieter herbeigeführte Dekorationserfolg dem entspricht, was der Vermieter in der von ihm gestellten Endrenovierungsklausel verlangt hatte und was er im Zuge der Weitervermietung nutzen konnte, ohne dass es dafür entscheidend darauf ankommt, ob und in welcher Höhe dies zu einer Wertsteigerung der Mietwohnung geführt hat. Dabei muss allerdings berücksichtigt wer-

²¹⁷ BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, WuM 2009, 395 = GE 2009, 901 = ZMR 2009, 829.

²¹⁸ vgl. BGHZ 54, 157, 160 f.; BGHZ 61, 359, 363; BGHZ 72, 151, 153; BGHZ 82, 323, 330 f.; BGH v. 3.3.2009 - XI ZR 41/08, WPM 2009, 790, Tz. 24; Palandt/*Sprau*, 68. Aufl., § 677 BGB Rz. 4.

²¹⁹ BGH, BGHZ 92, 363, 370 f.; BGHZ 101, 253, 262; BGHZ 105, 71, 79 ff.; BGH v. 3.6.1998 - VIII ZR 317/97, WPM 1998, 2145, III 2 c; BGH v. 28.4.2004 - VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087, unter III a; BGH v. 20.10.2004 - VIII ZR 378/03, WuM 2005, 50, unter II 2 b; BGH, BGH v. 5.6.2002 - XII ZR 220/99, WuM 2002, 484, unter II b.

²²⁰ z.B. LG Berlin, GE 2007, 517, 518 f.; AG Karlsruhe, DWW 2005, 374, 375; *Hannemann*, Festschrift für Blank, 2006, S. 189, 203; *Lehmann-Richter*, WuM 2005, 747, 751; *Both*, WuM 2007, 3, 6; *Paschke*, WuM 2008, 647, 651; *Blank, Blank*, Festschrift für Derleder, 2005, S. 189, 198; *Börstinghaus*, WuM 2005, 675, 677; *Kinne*, GE 2009, 358, 360.

²²¹ vgl. BGH v. 16.9.1998 - XII ZR 136/96, NZM 1999, 19, unter II 3 b m.w.N.

²²² BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, WuM 2009, 395 = GE 2009, 901 = ZMR 2009, 829.

²²³ Palandt/*Sprau*, 6. Aufl., § 818 BGB Rz. 21; *Bamberger/Roth/Wendehorst*, BGB, 2. Aufl., § 818 BGB Rz. 30, jeweils m.w.N.

²²⁴ vgl. BGH v. 26.4.2001 - VII ZR 222/99, WPM 2001, 1766, unter IV 2 d.



den, dass Mieter bei Ausführung von Schönheitsreparaturen vielfach von der im Mietvertrag regelmäßig eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, die Arbeiten in Eigenleistung zu erledigen oder sie durch Verwandte und Bekannte erledigen zu lassen. In diesem Fall bemisst sich der Wert der Dekorationsleistungen üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen.²²⁵ Den Wert der von den Klägern erbrachten Eigenleistungen, der im Allgemeinen nur einen Bruchteil des Betrages ausmacht, den der Mieter bei Beauftragung eines Handwerkers hätte aufbringen müssen, kann gemäß § 287 ZPO geschätzt werden. Ob ein höherer Wert etwa deshalb anzusetzen ist, weil die Ausführung der Schönheitsreparaturen zugleich Gegenstand eines von dem Mieter in selbständiger beruflicher Tätigkeit geführten Gewerbes ist, ist Tatfrage.

10.10 Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Renovierungsklausel

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.²²⁶ Ergänzend besteht die Auffassung,²²⁷ 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.²²⁸ Weiterhin ist die Meinung vertreten,²²⁹ 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,²³⁰ teilweise wird auf das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln abgestellt.²³¹ *Emmerich*²³² 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

²²⁵ vgl. BGH, BGHZ 92, 363, 373.

²²⁶ 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.

²²⁷ 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.

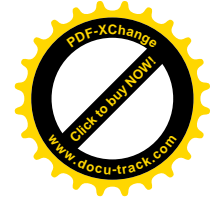
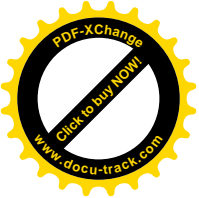
²²⁸ vgl. *Blank*, Folgen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln, S. 22.

²²⁹ LG Nürnberg-Fürth v. 18.11.2005, NZM 2006, 53 = WuM 2006, 53.

²³⁰ vgl. *Ahrlt*, DWW 2005, 96 = GuT 2005, 47.

²³¹ vgl. *Hemming*, WuM 2005, 165; *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170, 173.

²³² *Emmerich*, NZM 2006, 761.



Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch kein Raum für eine 53
pensation bestehe.

Der BGH²³³ 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.

Das Problem ist damit nicht aus der Welt. Mit seinem Urteil vom 20.6.2007²³⁴ 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.

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.²³⁵

10.11 Fristsetzung mit unbestimmten Zeitraum

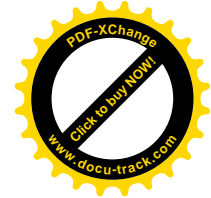
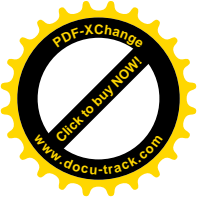
§ 281 Abs. 1 BGB verlangt als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung. Welche Anforderungen daran gestellt werden können, wir nicht einheitlich beurteilt.

Insoweit verlangt die überwiegende Meinung in der Literatur für eine Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB die Bestimmung eines konkreten Zeitraums, entweder durch Mitteilung eines bestimmten Termins, zu dem die Frist abläuft, oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten,

²³³ BGH v. 11.2.2009 – VIII ZR 118/07, WuM 2009, 240; 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.

²³⁴ BGH v. 20.6.2007 - VIII ZR 303/06, NZM 2007, 639.

²³⁵ LG Berlin v. 29.9.2009 – 63 S 283/08, GE 2009, 1435 (Revision zugelassen); AG Schöneberg v. 6.6.2008 – 17b C 295/07, GE 2008, 1495; a.A. *Wüstenfeld*, WuM 2008, 697.



die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt werden.²³⁶ Nach dieser Auffassung genügt die Aufforderung zur "sofortigen" bzw. "unverzüglichen" oder - "umgehenden" Leistung nicht. Teilweise wird dies damit begründet, dass nach dem Wegfall der nach früherem Recht vorgesehenen Ablehnungsandrohung allein die Fristsetzung die Warnfunktion gegenüber dem Schuldner erfülle und an sie deshalb strenge Anforderungen zu stellen seien.²³⁷

54

Demgegenüber vertritt ein weiterer Teil der Literatur die Auffassung, auch eine Aufforderung zur unverzüglichen Leistung könne ausreichen,²³⁸ zumindest in Fällen besonderer Dringlichkeit.²³⁹

Auch nach Auffassung des BGH ist bei einer wirksamen Fristsetzung grundsätzlich keine bestimmte Zeitspanne anzugeben.²⁴⁰ Auszugehen sei vom Wortlaut des Gesetzes. Dem Begriff der Fristsetzung lasse sich nicht entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein müsse oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben sei. Eine in dieser Weise bestimmte Frist verlange § 281 Abs. 1 BGB - anders als § 286 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB für den Verzugseintritt ohne Mahnung - nicht. Vielmehr könne die Dauer einer Frist grundsätzlich auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden; dies sei insbesondere bei rechtsgeschäftlichen Fristen häufig der Fall.²⁴¹ Nach allgemeiner Meinung sei eine Frist ein Zeitraum, der bestimmt oder bestimmbar sei.²⁴² Mit der Aufforderung, die Leistung oder die Nacherfüllung "in angemessener Zeit", "umgehend" oder "so schnell wie möglich" zu bewirken, werde eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar sei.

Auch der Zweck der Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB erfordere es nicht, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angebe. Dem Schuldner solle mit der Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken könne, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt sei. Dieser Zweck werde bereits durch die Aufforderung, innerhalb "angemessener Frist", "unverzüglich" oder - wie hier - "umgehend" zu leisten, hinreichend erfüllt. Zwar bestehe für den Schuldner dann die Ungewissheit, welcher genaue Zeitraum ihm für die Leistung bzw. Nacherfüllung zur Verfügung stehe. Diese Ungewissheit bestehe aber in vielen Fällen auch bei Angabe einer bestimmten Frist, nämlich immer dann, wenn die vom Gläubiger gesetzte Frist zu kurz sei. Eine solche Fristsetzung sei nach der Rechtsprechung des BGH nicht unwirksam, sondern setze eine angemessene Frist in Gang, die ggf. vom Gericht in einem späteren Prozess festgestellt werde.²⁴³ Diese - zu § 326 BGB aF ergangene - Rechtsprechung habe der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform ausdrücklich unberührt lassen wollen.²⁴⁴ Nach den Gesetzesma-

²³⁶ Münch-KommBGB/*Ernst*, 5. Aufl., § 323 Rz. 68; Palandt/*Grüneberg*, 68. Aufl., § 281 BGB Rz. 9; Soergel/*Gsell*, 13. Aufl., § 323 BGB Rz. 80.

²³⁷ Münch-KommBGB/*Ernst*, 5. Aufl., § 323 Rz. 68.

²³⁸ Staudinger/*Otto*, (2004), § 281 BGB Rz. B 62 und § 323 BGB Rz. B 59; Bamberger/*Roth/Unberath*, 2. Aufl., § 281 BGB Rz. 16.

²³⁹ Jauernig/*Stadler*, 12. Aufl., § 281 BGB Rz. 6; vgl. auch MünchKommBGB/*Ernst*, 5. Aufl., § 323 BGB Rz. 74.

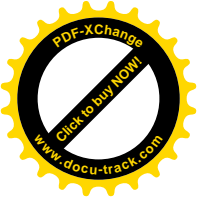
²⁴⁰ BGH v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, WuM 2009, 580.

²⁴¹ MünchKommBGB/*Grothe*, 5. Aufl., § 186 BGB Rz. 4.

²⁴² RGZ 120, 355, 362; Palandt/*Heinrichs*, 68. Aufl., § 186 BGB Rz. 3; Eрман/*Palm*, 12. Aufl., vor § 186 BGB Rz. 1; Bamberger/*Roth/Heinrich*, 2. Aufl., § 186 BGB Rz. 2; *Kessler* in Prütting/*Wegen/Weinreich*, BGB, 4. Aufl., § 186 BGB Rdnr. 3.

²⁴³ BGH v. 21.6.1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, unter II 1 a m.w.N.

²⁴⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 138.



terialien sollte die Fristsetzung im Übrigen auch nicht zu einer Hürde werden, an der 55
der Gläubiger aus formalen Gründen scheitert.²⁴⁵ Für eine Fristsetzung nach § 281
Abs. 1 BGB genügt es deshalb, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger,
unverzögerlicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht,
dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung steht.

11 Erhaltungsmaßnahmen des Vermieters

11.1 Duldungspflicht des Mieters

Erhaltungsmaßnahmen hat der Mieter nach § 554 Abs. 1 BGB zu dulden. Seine Duldungspflicht
bei Modernisierungsmaßnahmen richtet sich nach § 554 Abs. 2, 3 BGB, die eine Mieterhöhung
nach § 559 BGB nach sich ziehen können. Führt der Vermieter Maßnahmen durch aufgrund von
Umständen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z.B. aufgrund behördlicher Anordnung),
kann er ebenfalls die Miete nach § 559 BGB erhöhen. Eine Duldungspflicht dazu regeln die miet-
rechtlichen Vorschriften aber nicht.

Bauliche Maßnahmen, die der Vermieter aufgrund einer behördlichen Anordnung oder gesetzli-
chen Verpflichtung durchzuführen hat, fallen nicht unter § 554 Abs. 2 BGB und unterliegen des-
halb auch nicht den in § 554 Abs. 3 BGB dem Vermieter auferlegten Mitteilungspflichten. Sie
sind vielmehr - soweit es sich nicht schon um ohnehin gemäß § 554 Abs. 1 BGB hinzunehmen-
de Erhaltungsmaßnahmen handelt - vom Mieter gemäß § 242 BGB zu dulden.²⁴⁶ Bei der Einfüh-
rung des § 554 BGB im Rahmen des Mietrechtsreformgesetzes ist davon abgesehen worden, in
Abs. 3 der Vorschrift entsprechend der Regelung in § 3 MHG (bzw. jetzt § 559 Abs. 1 BGB)
auch Maßnahmen "aufgrund von Umständen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat", aufzu-
nehmen; die mit einer derartigen Regelung verbundene Konsequenz, dass der Mieter bei Vor-
liegen von Härtegründen der Durchführung solcher Maßnahmen widersprechen könnte, obwohl
der Vermieter nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften dazu verpflichtet ist, erschien dem Ge-
setzgeber nicht sachgerecht.²⁴⁷

Derartige bauliche Maßnahmen liegen vor, wenn die zuständige Umweltbehörde dem Vermieter
unter Androhung eines Bußgeldes aufgibt, Wohnungen in anderen Geschossen an die vorhan-
dene Zentralheizung anzuschließen.²⁴⁸ Dass zu diesem Zweck die Heizungsrohre durch die zwi-
schen den beiden Geschossen liegende Wohnung geführt werden müssen und deshalb in der
betreffenden Wohnung entsprechende Bauarbeiten durchzuführen sind, liegt auf der Hand. Die
Durchführung dieser Arbeiten muss der Mieter dieser Wohnung jedenfalls gemäß § 242 BGB
grundsätzlich dulden.

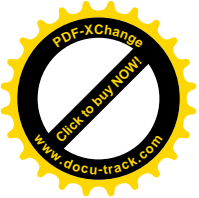
Aus dieser grundsätzlichen Duldungspflicht des Mieters folgt allerdings noch nicht, dass die
Bauarbeiten ohne jede Rücksichtnahme auf seine Belange durchgeführt werden könnten. Auch
bei einer sich aus § 554 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB ergebenden Duldungspflicht sind die beab-

²⁴⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 185.

²⁴⁶ auch MünchKommBGB/*Bieber*, 5. Aufl., § 554 Rz. 6; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 554 Rz. 2;
Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 554 Rz. 1; *Sternel*, NZM 2001, 1058, 1060.

²⁴⁷ vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 49.

²⁴⁸ BGH v. 4.3.2009 – VIII ZR 110/08, WuM 2009, 290 = GE 2009, 646 = NZM 2009, 394.



sichtigen Maßnahmen, soweit es sich nicht um Notmaßnahmen (Wasserrohrbruch u. ä.) handelt, vom Vermieter vorher anzukündigen, so dass sich der Mieter nach Möglichkeit darauf einstellen kann.²⁴⁹ Die Anforderungen an die Ankündigung des Vermieters richten sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls, der Dringlichkeit und dem Umfang der Maßnahme; der Mieter seinerseits ist nach Treu und Glauben verpflichtet, an einer baldigen Terminabstimmung mitzuwirken, damit die erforderlichen baulichen Maßnahmen zeitnah durchgeführt werden können.

12 Gewährleistung

12.1 Mangel durch unliebsamen Publikumsverkehr

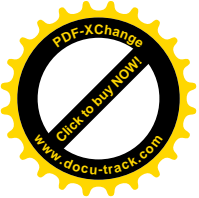
Immer schon definiert der BGH den Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB als eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen von dem vertraglich geschuldeten Zustand der Mietsache, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. So können bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände - etwa die Behinderung des Zugangs zu einem gemieteten Geschäftslokal - einen Fehler des Mietobjekts begründen. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind.²⁵⁰ Mit der vorliegenden Entscheidung wird deutlich, dass abstrakte Auswirkungen nicht die Annahme eines Mangels rechtfertigen können.

Ohne besondere Absprachen kann auch aus der bloßen Vereinbarung einer deutlich über den örtlichen Spitzenpreisen liegenden Miete, auch vor dem Hintergrund eines das "einmalige Ambiente" und die "angenehme Atmosphäre" hervorhebenden Exposés, noch keine Verpflichtung des Vermieters abgeleitet werden, einen bestimmten "Mietermix" oder ein bestimmtes "Milieuniveau" zu bewahren, das zumindest "eher über dem Durchschnitt liegenden Anforderungen" gerecht werden müsse.²⁵¹ Dieser Begriff sei bereits so unbestimmt und einer Subsumtion so wenig zugänglich, dass die Miethöhe allein kein hinreichendes Indiz für einen dahingehenden Rechtsbindungswillen der Parteien darstelle. Selbst wenn sich unter den Besuchern der ARGE einschließlich der von ihr für ihre Kunden betriebenen Schuldner- und Suchtberatung ein überdurchschnittlich hoher Anteil sozial auffällig gewordener Personen befinde, könnte ein solcher Personenkreis auch als Mandanten eines Strafverteidigers, Klienten eines Bewährungshelfers und Patienten eines Psychiaters in Betracht kommen, was für sich allein die Annahme eines Mangels noch nicht rechtfertigen. Dies setzte vielmehr voraus, dass der vertragsgemäße Mietgebrauch hierdurch konkret beeinträchtigt werde. Auch in der Vielzahl oder dem Verhalten der Kunden und Besucher eines Mitmieters sei ein den vertragsgemäßen Gebrauch der Mieträume mehr als nur unwesentlich beeinträchtigender Mangel erst dann zu sehen, wenn sich daraus Unzuträglichkeiten oder Belästigungen ergeben, die sich konkret auf den Mieter und seinen Betrieb auswirkten.

²⁴⁹ BGH v. 4.3.2009 – VIII ZR 110/08, WuM 2009, 290 = GE 2009, 646 = NZM 2009, 394.

²⁵⁰ BGH v. 21.9.2006 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 900; BGH v. 16.2.2000 – XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1715 m.w.N.

²⁵¹ BGH v. 15.10.2008 – XII ZR 1/07, NZM 2009, 124 = GE 2009, 254.



12.2 Zugangsbehinderung als Mangel

57

Die Minderung des § 536 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass ein Sach- oder Rechtsmangel der Mietsache deren Gebrauchstauglichkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Ein Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB erfordert eine Abweichung der Soll- von der Ist-Beschaffenheit.²⁵² Die Soll-Beschaffenheit definiert sich dabei nach den vertraglichen Vereinbarungen; sieht der Vertrag hierzu nichts Konkretes vor, richtet sie sich nach den für den Vertragszweck erforderlichen Umständen, ggf. dem, was nach der allgemeinen Verkehrsanschauung für die Erfüllung des Vertragszweckes erforderlich ist. Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Vermieter nämlich verpflichtet, die Mietsache zum vertraglichen Gebrauch zu überlassen, wozu insbesondere ihre Tauglichkeit zum vertraglich vorgesehenen Verwendungszweck gehört.²⁵³ Dabei kommen nicht nur Mängel in Betracht, die in der Beschaffenheit der Mieträume selbst begründet sind, sondern auch Einwirkungen auf die Mietsache und ihren Gebrauch von Außen, sog. Umwelt- oder Umfeldmängel.²⁵⁴

Wird der Zugang zu einem von Kundenströmen frequentierten Ladenlokal erheblich erschwert, kann hierin ein Mangel der Mieträume im Sinne eines solchen Umfeldmangels liegen.²⁵⁵ Um jedoch den Anwendungsbereich der Minderung nicht ausufern zu lassen, wird im Falle der Umwelt- und Umfeldmängel ihre Anwendung auf solche Mängel begrenzt, die sich unmittelbar und nicht nur mittelbar auf die Gebrauchstauglichkeit der Mieträume auswirken.²⁵⁶ Ob eine unmittelbare oder mittelbare Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt, ist regelmäßig anhand der Umstände des Einzelfalles zu prüfen. An einer Unmittelbarkeit soll es in der Regel fehlen, wenn Umfeldeinwirkungen den Zustand der Pachtsache selbst sowie deren vertragsgemäße Nutzungsmöglichkeit unberührt lassen und sich allein auf die Menge potentieller Kunden auswirken.²⁵⁷

Ob eine Zugangsbehinderung im Einzelfall eine mittelbare oder eine unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit darstellt, hängt zum einen vom Nutzungszweck der Mieträume und zum anderen von der Art der Zugangsbehinderung ab. So hat das KG²⁵⁸ eine zur Minderung führende, unmittelbare Gebrauchsbeeinträchtigung in einem Fall angenommen, in dem durch den Bau der U-Bahn der Zugang zu einem Geschäft, in welchem Reiseliteratur, Stadtpläne, Ansichtskarten und Souvenirs verkauft wurden, welches also klassisch von Laufkundschaft lebt, nur noch über eine Behelfsbrücke erreichbar gewesen wäre. Könnten die Kunden eines solchen Geschäftes dieses wegen der Versperrung durch die Baustelleneinrichtung nicht mehr wie bisher erreichen, könne auch der Mietzweck, dieser Kundenschicht diese Artikel zum Kauf anzubieten und auch zu verkaufen, nicht mehr erreicht werden. Bei Vermietung eines Ladenlokals zum Be-

²⁵² BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, GE 2000, 671 = NJW 2000, 1714.

²⁵³ BGH v. 5.10.1981 - VIII ZR 259/80, NJW 1982,696; BGH v. 1.7.1981 - VIII ZR 192/80, GE 1982,137 = NJW 1981,2405.

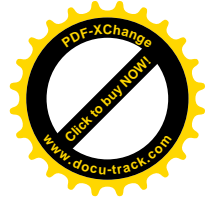
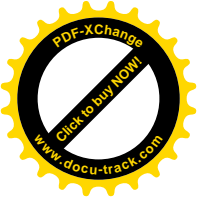
²⁵⁴ Palandt/*Weidenkaff*, 67. Aufl., § 536 BGB Rz. 16; *Eisenschmid* in MietPrax, Fach 5 Rn. 18.

²⁵⁵ KG v. 12.11.2008 - 8 U 194/06, GE 2008,52 = GuT 2008, 436; OLG Frankfurt v. 1.7.2005 – 24 U 234/04; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 242, 268; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rz. 187; *Lindner-Figura/Oprea/Stellmann*, 2. Aufl., Kap. 14 Rz. 263; *Kandelhard* in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 536 BGB Rz. 18; *Fritz*, NZM 2008, 825, 830.

²⁵⁶ BGH v. 16.2.2000, XII ZR 279/97, GE 2000, 671 = NJW 2000, 1714.

²⁵⁷ LG Berlin v. 4.8.2008,12 O 812/07, GE 2008,1426 = NZM 2008, 844 für die Umgestaltung des Hauptbahnhofes in Ladennähe.

²⁵⁸ KG v. 12.11.2007 - 8 U 194/06, GE 2008,52 = GuT 2007;436.



trieb eines Schuhgeschäftes hat der BGH²⁵⁹ entschieden, es könne über die Eignung der Räume in ihrer baulichen Ausgestaltung hinaus auch der ungehinderte Zutritt des Publikums zu diesem Geschäft - also die Möglichkeit, es beschwerde-, gefahrlos und bequem betreten zu können - für die Gebrauchstauglichkeit unmittelbar bestimmend sein. Werde diese Möglichkeit durch bauplanerische oder bauausführende Maßnahmen in der näheren Umgebung des Ladenlokals nachhaltig beeinträchtigt, könne dies einen Mangel darstellen. Eine bloße mittelbare Gebrauchsbeeinträchtigung nahm der BGH in einem Fall an, in dem der Mieter eines Wäschegeschäftes in einem Einkaufszentrum geltend machte, es seien in der Nähe nicht ausreichend Parkplätze vorhanden und eine in Aussicht gestellte überdachte Zuwegung zwischen dem Hauptbahnhof und dem Einkaufszentrum sei nicht geschaffen worden, so dass die Kunden nicht trockenen Fußes in das Geschäft gelangen könnten, was ihre Entscheidung, dieses aufzusuchen, beeinflusse.²⁶⁰ Verneint hat auch das OLG Celle eine unmittelbare Einwirkung für den Fall, dass eine Gaststätte in die Einrichtung einer verkehrsberuhigten Zone einbezogen wird und hierdurch ein Umsatzrückgang eintritt.²⁶¹ Ebenso nur eine mittelbare Beeinträchtigung hat das OLG Frankfurt für den Fall angenommen, dass ein Rechtsanwalt, der Räumlichkeiten für seine Kanzlei in einem eleganten Bürogebäude gemietet hat, ein Ausbleiben von Mandanten wegen des durch andere Mieter hervorgerufenen optischen Eindrucks befürchtete.²⁶² Für ein Ladenlokal, welches an einer Straße liegt, die ein Einkaufszentrum und den Markt verbindet, hat Fritz²⁶³ eine Minderung verneint, wenn der Zugang vom Markt her wegen Bauarbeiten versperrt wird, vom anderen Ende der Straße her aber möglich bleibt.

Unter Berücksichtigung der vorskizzierten Grundsätze und Fallbeispiele vermag das OLG Rostock²⁶⁴ kein Minderungsrecht wegen nur mittelbarer Gebrauchsbeeinträchtigung der gemieteten Räume zur Nutzung als Spielothek durch das Postieren von Ordnungspersonal eines anderen Mieters auf dem gemeinsam zu nutzenden Kellerflur anzunehmen. Der Zugang zu den Mieträumen sei in ausreichendem und damit vertragsgemäßen Umfang gewährleistet. Die Kunden des Mieters könnten die Räumlichkeiten fußläufig erreichen, ohne dass ihnen die Zuwegung versperrt sei oder sie anderweitig nicht bequem und ohne größere Schwierigkeiten zu erreichen wären. Allein die optische Präsenz der Ordner auf dem Flur und ein vereinzeltes Ansprechen der Kunden des Mieters, ob diese in die Spielothek oder die Diskothek wollten, hinderten die Kunden nicht daran, die Räumlichkeiten fußläufig zu erreichen. Soweit der optische Eindruck der Ordner auf den einzelnen Kunden einen verunsichernden oder abschreckenden Eindruck machten, hindere ihn dies gleichwohl nicht, die Spielothek ungehindert und ohne den Anblick der Ordner durch den straßenseitigen Eingang aufzusuchen.

12.3 Schallbrücke nach Änderung des Bodenbelags

Fehlen ausdrückliche Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache, so ist jedenfalls die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsan-

²⁵⁹ BGH v. 1.7.1981 - VIII ZR 192/80, GE 1982, 137 = NJW 1981, 2405.

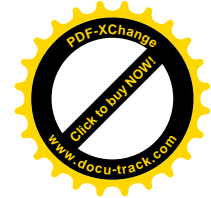
²⁶⁰ BGH v. 16.2.2000, XII ZR 279/97, GE 2000,671 = NJW 2000, 1714.

²⁶¹ OLG Celle v. 13.3.1996 - 2U53/95, NJW-RR 1996,1099.

²⁶² OLG Frankfurt/M. v. 1.7.2005 - 24 U 234/04, zitiert nach juris.

²⁶³ Fritz, NZM 2008, 825.

²⁶⁴ OLG Rostock v. 13.11.2008 - 3 U 138/08, GE 2009, 322.



schauung grundsätzlich der bei der Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.²⁶⁵ Insoweit kann der Mieter nach der Rechtsprechung des BGH allerdings erwarten, dass Lärmschutzmaßnahmen getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen genügen, wenn der Vermieter selbst bauliche Veränderungen vornimmt, die zu Lärmimmissionen führen können.²⁶⁶ In dem damals entschiedenen Fall hatte das über der Wohnung des Mieters gelegene Dachgeschoss zunächst nur als Abstellraum gedient und wurde während der Mietzeit von dem Vermieter erstmals als Wohnung ausgebaut und genutzt.

Mit dieser Konstellation ist eine bloße Veränderung des Bodenbelags nicht vergleichbar.²⁶⁷ Solche Maßnahmen sind von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her dem erstmaligen Ausbau eines Dachgeschosses für eine Wohnnutzung nicht gleichzustellen. Denn bei diesen Leistungen, handelt es sich ausschließlich um solche Arbeiten, die aufgrund der Abnutzung des Fußbodens zum Zwecke der Instandhaltung der Wohnungsausstattung von Zeit zu Zeit erforderlich sind, ohne dass damit eine Veränderung oder Modernisierung des Gebäudes als solchem einhergeht. Der Mieter kann, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, auch nicht erwarten, dass Veränderungen des Fußbodenbelags in der Wohnung über ihm unterbleiben, wenn dadurch die schallschutztechnische Situation zwar verschlechtert wird, der Trittschallschutz aber auch nach der Veränderung den technischen Normen genügt, die bei Errichtung des Gebäudes galten und deren Einhaltung vom Vermieter geschuldet ist.

12.4 Flächenabweichung

12.4.1 Berechnung der Wohnfläche

Die Abweichung der tatsächlich vorhandenen von der vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % stellt einen erheblichen Mangel der Mietsache dar, die den Mieter zu einer entsprechenden Mietminderung berechtigt.²⁶⁸ Dabei ist der Begriff "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen. Dementsprechend ist die Wohnfläche für Mietverhältnisse aus der Zeit vor dem 1.1.2004 aufgrund der bis zum 31.12.2003 anwendbaren §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV), für Mietverhältnisse jüngerer Datums nach der ab dem 1.1.2004 geltenden Wohnflächenverordnung (WoFIV) zu ermitteln.²⁶⁹ Das gilt nur dann nicht, wenn die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beigemessen haben oder wenn ein anderer Berechnungsmodus vereinbart oder ortsüblich ist oder nach der Art der Wohnung näher liegt.

12.4.1.1 Fachwerkhaus

Haben die Parteien ausdrücklich geregelt, dass die Wohnfläche nach den §§ 42 ff. II.BV ermittelt werden soll, kann ein Gericht diese Vereinbarung nicht als unverbindlich ansehen, weil Ob-

²⁶⁵ BGH v. 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, WuM 2004, 527, unter II A 1 b bb; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218, unter II 1.

²⁶⁶ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218.

²⁶⁷ BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441 = WuM 2009, 457 = NZM 2009, 580 = ZMR 2009, 836.

²⁶⁸ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, WuM 2004, 336 = NZM 2004, 453.

²⁶⁹ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230.



jekte der konkreten Art (Fachwerkhaus) regelmäßig schon wegen der fehlenden Deckenhöhe anders bewertet werden.²⁷⁰ Vielmehr sind die Regeln der § 42 ff. II.BV dahin anzuwenden, dass bei mangelnder Deckenhöhe die Fläche unberücksichtigt bleibt.

12.4.1.2 Festlegung durch den Vermieter

Die "allgemeinen Regeln" des § 44 Abs. 2 II.BV, des § 4 Nr. 4 WoFIV und der DIN 283 sehen für die Anrechnung von Außenflächen (Balkonen, Loggien und Dachterrassen) unterschiedliche Anrechnungsquoten vor. Während die DIN 283 eine starre Anrechnung zu $\frac{1}{4}$ vorschreibt, lässt § 44 Abs. 2 II. BV eine Anrechnung bis zur Hälfte zu. Nach § 4 Nr. 4 WoFIV sind solche Flächen höchstens zur Hälfte, in der Regel aber mit $\frac{1}{4}$ anzurechnen.

Nach Auffassung der BGH ist es nicht gerechtfertigt, nach § 44 Abs. 2 II. BV die Anrechnungsquote mit $\frac{1}{4}$ anzusetzen, wenn der Vermieter den Mieter nicht bei Vertragsabschluss nicht darauf hingewiesen habe, dass er Außenflächen mit einem "überdurchschnittlich hohen" Prozentsatz von mehr als 25 % angesetzt habe.²⁷¹ Einen Mittel- oder Regelwert der Anrechnung von $\frac{1}{4}$ nennt § 44 Abs. 2 II. BV – anders als § 4 Abs. 4 WoFIV – nicht. Die Bestimmung überlässt es vielmehr dem Bauherrn, die für ihn unter dem Gesichtspunkt der Wohnungsbauförderung günstigste Anrechnungsquote bis zur Hälfte zu wählen. Dieser dem Bauherrn vom Gesetz bewusst eingeräumte Spielraum kann bei der Ermittlung der Wohnfläche nach dem Maßstab des § 44 Abs. 2 II. BV auch dann nicht unberücksichtigt bleiben, wenn es um die Frage einer möglichen Wohnflächenabweichung als Mangel der Mietsache geht. Denn dies hätte zur Folge, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist. Ein solches Ergebnis erscheint nicht hinnehmbar. Die Anrechnung der Dachterrassenflächen auf die Gesamtwohnfläche der Mietwohnung der Beklagten ist allerdings dann auf $\frac{1}{4}$ begrenzt, wenn es zutrifft, dass die Anrechnung zu $\frac{1}{4}$ am Ort der Wohnung der ortsüblichen Verkehrssitte entspricht.

12.4.1.3 Freisitz

Der in § 44 Abs. 2 II.BV erwähnte Freisitz liegt vor bei einer unmittelbar an den Wohnraum angrenzenden Fläche.²⁷²

12.4.1.4 Doppelhaushälfte

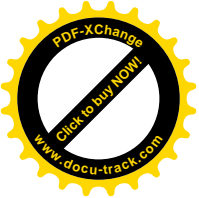
Auch bei einer vermieteten Doppelhaushälfte ist die Wohnfläche grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen der II. BV zu ermitteln ist.²⁷³ Soweit nicht die Parteien dem Begriff "Wohnfläche" eine andere Bedeutung beigemessen haben oder ein anderer Berechnungsmodus ortsüblich oder nach der Art der Wohnung nahe liegender ist, ist davon auszugehen, dass sich die Parteien stillschweigend darauf geeinigt haben, dass die Vorschriften der Wohnflächenverordnung beziehungsweise der §§ 42 bis 44 II. BV anzuwenden

²⁷⁰ BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 218/08, GE 2009, 1118 = ZMR 2009, 838.

²⁷¹ BGH v. 22.4.2009 - VIII ZR 86/08, WuM 2009, 344.

²⁷² BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 218/08, GE BGH v. 28.10.2009 – VIII ZR 164/08, GE 2009, 1118 = ZMR 2009, 838.

²⁷³ BGH v. 28.10.2009 – VIII ZR 164/08, ■.



sind.²⁷⁴ Bei Mietverträgen, die - wie hier - vor Inkrafttreten der 61
nung abgeschlossen worden seien, sei dabei auf die Vorschriften der Zweiten Be-
rechnungsverordnung abzustellen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Auffassung nicht vertreten, bei einer Doppelhaushälfte sei
- anders als bei einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus - wegen der zusätzlich zur Nutzung
vermieteten Garten-Grundstücksfläche ein Mangel erst dann gegeben, wenn die tatsächliche
Wohnfläche um mehr als 15 % unter der vertraglich vereinbarten Wohnfläche liege.²⁷⁵ Die
Erheblichkeitsgrenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10 % an-
zusetzen.²⁷⁶ Eine zusätzliche Toleranzschwelle liefe diesem Interesse zuwider und sei auch bei
einem vermieteten Einfamilienhaus sachlich nicht gerechtfertigt. Die Wohnfläche stelle ein we-
sentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Wohnung dar. So werde bereits bei der
Inserierung in aller Regel die Wohnungsgröße der angebotenen Wohnung angegeben, um Inte-
ressenten eine Vergleichbarkeit verschiedener Wohnungen zu erleichtern und um die Miete pro
Quadratmeter errechnen zu können. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um Mietraum ei-
ner Wohnung in einem Mehrfamilienhaus oder in einem Einfamilienhaus wie etwa einer Doppel-
haushälfte mit Gartenfläche handele.

12.4.2 Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen

Unabhängig davon, welche Berechnungsmethode anzuwenden ist, kann es zweifelhaft sein, ob
Räume, die wegen Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften eigentlich nicht zum
Wohnen geeignet sind, bei der Berechnung der Wohnfläche berücksichtigt werden können bzw.
ob allein auf deren „Wegfall“ aus der Berechnung das Minderungsrecht bei mehr als 10%-iger
Abweichung hergeleitet werden kann. Eine öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung kommt
z.B. bei (ohne Genehmigung) zum Wohnen ausgebauten Dach- oder Kellerräumen in Betracht.

Nach Auffassung des BGH²⁷⁷ scheidet eine Mietminderung wegen einer zu geringen Wohnfläche
aus. Die auf die ausgebauten Räume im Dach- oder Kellergeschoss entfallende Fläche sei bei
der Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche zu berücksichtigen. Die Auslegung des Mietvertra-
ges ergebe, dass die Räume im Dachgeschoss zu Wohnzwecken, also als Wohnraum vermietet
worden seien. Etwaige öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen würden erst zur Minde-
rung berechtigen, wenn die Nutzbarkeit der Räume infolge des Einschreitens der zuständiger
Behörden eingeschränkt werde.²⁷⁸

12.4.3 Berechnung der Fläche bei Gewerberaum

Für die Berechnung der Fläche von Gewerberaum stehen mehrere Methoden zur Verfügung
(z.B. DIN 277, Grundsätze nach gif, Frankfurter Aufmaß). Deshalb kommt es hier darauf an, ob
die Parteien dazu eine Festlegung getroffen haben.

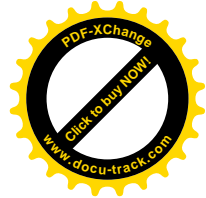
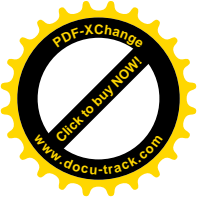
²⁷⁴ BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 13, 17; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 1947, unter II 1 b aa.

²⁷⁵ BGH v. 28.10.2009 - VIII ZR 164/08, ■.

²⁷⁶ v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 1947, unter II.

²⁷⁷ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, GE 2009, 1425.

²⁷⁸ Vgl. dazu BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, GuT 2007, 434 = GE 2008, 120 m.w.N.



Ist das nicht der Fall, sind die Flächen der Räume zu bewerten, die in der Beschreibung des Mietobjektes genannt sind oder von einer Grundrisszeichnung erfasst werden.²⁷⁹ Damit kommen u.U. auch Flächen zur Anrechnung, die vom Mieter nicht alleine genutzt werden.

62

12.4.4 Fristlose Kündigung

Da die Flächenabweichung von mehr als 10% einen erheblichen Mangel bildet, kann der Mieter grundsätzlich gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB außerordentlich fristlos kündigen, jedenfalls wenn er die Mietfläche noch nicht übernommen hat.²⁸⁰ Bei späterer Kenntnis von der geringeren Fläche soll dies zweifelhaft sein.²⁸¹

Der BGH²⁸² hat die Kündigung nach dreijähriger Dauer des Mietvertrages bei einer Wohnflächenabweichung von 22,63 % als begründet angesehen. Denn in dieser Situation sei dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt worden. Für die fristlose Kündigung sei nicht erforderlich, dass der Mieter darlege, warum ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Für die Wirksamkeit einer Kündigung genüge es vielmehr grundsätzlich, wenn einer der in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten Tatbestände vorliegt. Bei diesen Kündigungsgründen handele es sich um gesetzlich typisierte Fälle der Unzumutbarkeit. Soweit deren tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt seien, sei grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung gegeben. Allerdings könne das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls verwirkt sein. Dies komme etwa dann in Betracht, wenn der Mieter bei Mietbeginn oder danach erkenne, dass die tatsächliche Wohnfläche die im Mietvertrag angegebene um mehr als zehn Prozent unterschreitet, ohne dies zeitnah zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen.

12.5 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.²⁸³ Innerhalb der Wohnung des Mieters muss er jedoch nicht ohne konkreten Anlass Besichtigungen durchführen, um mögliche Gefahren für andere Mieter ggf. zu entdecken.²⁸⁴ Unabhängig davon entsteht eine Überprüfungspflicht aber vor allem, wenn der Mieter einen Mangel oder sonstigen gefährlichen Zustand der Mietsache anzeigt (§ 536c BGB). In diesem Fall darf der Vermieter mit der Überprüfung nicht warten.

Diese Rechtslage hat der BGH²⁸⁵ im Zusammenhang mit einem Schaden durch Brand in der Nachbarwohnung bestätigt. Der Vermieter sei nicht verpflichtet, die Elektroleitungen und elekt-

²⁷⁹ KG v. 5.2.2009 – 12 U 122/07, GE 2009, 516.

²⁸⁰ BGH v. 4.5.2005 – XII ZR 254/01, GuT 2005, 163.

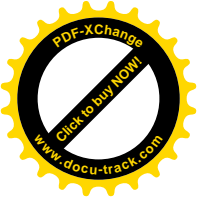
²⁸¹ *Scheffler*, NZM 2003, 17, 19 m.w.N.

²⁸² BGH v. 29. April 2009 - VIII ZR 142/08, WuM 2009, 349 = GE 2009, 709 ZMR 2009, 681.

²⁸³ *Löfflad* in Lützenkirchen, AHB Mietrecht, H Rz. 4.

²⁸⁴ OLG Frankfurt/Main v. 7.3.2003 – 24 U 125/02, WuM 2003, 319.

²⁸⁵ BGH v. 15.10.2008 – VIII ZR 321/07, GE 2008, 1555 = ZMR 2009, 345.



rischen Anlagen in den von ihm vermieteten Wohnungen ohne konkreten Anlass oder Hinweis auf Mängel einer regelmäßigen Überprüfung durch einen Elektrofachmann zu unterziehen. Zwar treffe den Vermieter die vertragliche Nebenpflicht, die Mietsache in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten. Diese Pflicht erstreckte 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. Im Einzelfall könnten zwar 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.

12.6 Aufwendungsersatz nach § 539 BGB

Nach § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen einer berechtigten (§ 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB) oder unberechtigten (§ 684 Satz 1, §§ 812 ff. BGB) Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Mieter 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. Dies vermeide, dass dem Vermieter Vorteile zufließen, die nur deshalb nicht ausgleichspflichtig seien, weil der Mieter das Verfahren des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht beachtet habe.²⁸⁶

Diese Meinung hat der BGH verworfen²⁸⁷ und sich der überwiegenden Auffassung angeschlossen.²⁸⁸ An der Rechtslage vor dem 1.9.2009²⁸⁹ habe die Mietrechtsreform nicht ändern wollen.²⁹⁰ Zwar könnte der Wortlaut des § 539 Abs. 1 BGB auch dahin verstanden werden, dass der Vermieter generell alle Aufwendungen zu ersetzen habe, die der Mieter nicht schon nach § 536a Abs. 2 BGB ersetzt verlangen könne. Dagegen würden jedoch bereits die Gesetzesmaterialien sprechen. Der Gesetzgeber habe bei § 539 Abs. 1 BGB Mängelbeseitigungsarbeiten nicht im Blick gehabt, sondern allein Fälle, in denen der Mieter Einbauten vorgenommen habe, die in erster Linie im eigenen Interesse lagen, wie zum Beispiel die Ausstattung von Küchen und Badezimmer.²⁹¹ 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.

²⁸⁶ 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.

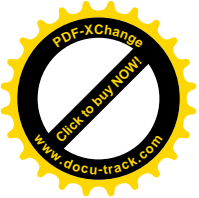
²⁸⁷ BGH v. 16.1.2008 – VIII ZR 222/06, WuM 2008, 147 = ZMR 2008, 281.

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ Vgl. dazu BGH v. 22.11.1958 - VIII ZR 121/57, WPM 1958, 1420, unter VI; BGH v. 13.2.1974 - VIII ZR 233/72, WPM 1974, 348, unter II 3; BGH v. 30.3.1983 - VIII ZR 3/82, WPM 1983, 766, unter A I 4; BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 22/92, WPM 1993, 797, unter II 2 b; ebenso zum Verhältnis von § 538 Abs. 2, § 547 Abs. 2 BGB a.F. Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., II Rz. 589.

²⁹⁰ BT-Drs. 14/4553, S. 41.

²⁹¹ BT-Drs. 14/4553, S. 42.



1 BGB) abwenden könne. Die dem Vermieter grundsätzlich einzuräumende Möglichkeit, den Mangel selbst zu beseitigen, solle es ihm 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. Diese Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung verliert der Vermieter, wenn er nach der vom Mieter vorgenommenen Mängelbeseitigung im Rahmen der Geltendmachung eines Anspruchs aus § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vor "vollendete Tatsachen" gestellt wird. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern.²⁹²

64

Eine Notmaßnahme ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn branchentypisch (hier: Speditionsgewerbe) für den Einsatz der Mietsache Zeitdruck besteht.²⁹³

12.7 Anwendbarkeit von § 536b BGB auf § 569 Abs. 1 BGB

Liegt ein Mangel der Mietsache schon zu den nach § 536b BGB maßgeblichen Zeitpunkten vor, sind Minderung (§ 536 BGB) und Schadensersatz (§ 536a BGB) ausgeschlossen. Auch ein Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt nicht in Betracht.

Beruht der Mangel aber auf einer Gesundheitsgefährdung kommt eine Anwendung des § 536b BGB auf den Kündigungstatbestand des § 569 Abs. 1 BGB nicht in Betracht.²⁹⁴ Denn diese Vorschrift verfolgt öffentliche Interessen und ist daher unverzichtbar.

13 Nachvertragliche Leistungspflichten

13.1 Ausstellung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung

Die Frage, ob ein Vermieter verpflichtet ist, seinem Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Mietschuldenfreiheitsbescheinigung auszustellen, wird unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird eine solche Verpflichtung als fortwirkende mietvertragliche Nebenpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich bejaht, weil eine solche Bescheinigung einerseits dem nachvollziehbaren Interesse des Mieters diene, dem künftigen Vermieter zum Erhalt der von ihm erstrebten neuen Wohnung die eigene Zahlungsfähigkeit nachzuweisen, während andererseits dem Vermieter hieraus kein größerer Aufwand entstehe.²⁹⁵ Teilweise wird eine solche Verpflichtung hingegen verneint, weil der Mieter auf eine solche Bescheinigung nicht zwingend angewiesen sei, sondern seine Mietschuldenfreiheit auch anders, etwa durch Vorlage des alten Mietvertrages, von Kontounterlagen oder ihm auszustellender Zahlungsquittungen, belegen könne, und zudem eine Mietschuldenfreiheitsbescheinigung nur sehr eingeschränkt geeignet sei, über die Zuverlässigkeit und Solvenz eines Mieters verlässlich Auskunft zu geben.²⁹⁶

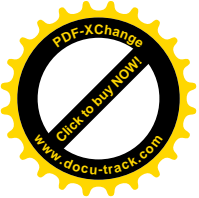
²⁹² vgl. BGHZ 162, 219, 227 ff. zum Kaufrecht; siehe auch BGH v. 11.10.1965 - VII ZR 124/63, NJW 1966, 39, unter I 4, zum Ausschluss von Bereicherungsansprüchen im Fall der Nichteinhaltung des Fristsetzungserfordernisses nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB(B).

²⁹³ OLG Düsseldorf v. 5.2.2009 – 10 U 128/08, ZMR 2009, 362.

²⁹⁴ OLG Brandenburg v. 2.7.2008 – 3 U 156/07, ZMR 2009, 190

²⁹⁵ AG Hohenschönhausen, GE 2006, 974, 975; *Beuermann*, GE 2006, 1600; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., VII Rz. 251b.

²⁹⁶ AG Schöneberg, GE 2006, 975 f.; AG Tiergarten, GE 2008, 203; *Daub*, GE 2006, 961 f.; zweifelnd auch *Herrlein*, WuM 2007, 54, 56.



Der BGH hat sich der zuletzt genannte Auffassung angeschlossen.²⁹⁷ Ein Schuldverhältnis könne gemäß § 241 Abs. 2 BGB nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Interessen des anderen Teils verpflichten. Zu diesen Schutz- und Rücksichtnahmepflichten, deren Inhalt bei Fehlen entsprechender Absprachen jeweils nach der konkreten Situation unter Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen zu bestimmen sei,²⁹⁸ könnten auch Abwicklungspflichten bei oder nach Beendigung eines Mietverhältnisses gehören. Insbesondere könnten bestimmte nachvertragliche Auskunfts- und Mitteilungspflichten bestehen oder die Vertragsparteien gehalten sein, die Eingehung neuer Mietverhältnisse der jeweils anderen Seite nicht unnötig zu behindern.²⁹⁹ Eine Verpflichtung des Vermieters zur Erteilung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung überschreite jedoch den Rahmen dessen, was ihm billigerweise an Rücksichtnahme auf die Interessen des Mieters zuzumuten ist.

65

Es sei zwar anerkannt, dass eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung zwischen den Partnern einer rechtlichen Sonderverbindung auch ohne ausdrückliche Absprache bestehen könne, wenn die eine Seite in entschuldbarer Weise über den Umfang ihrer Rechte im Ungewissen sei, sie sich die zur Vorbereitung und Wahrnehmung dieser Rechte notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen könne und die andere Seite die Auskünfte unschwer, d.h. ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermöge.³⁰⁰ Eine solche Auskunftsverpflichtung scheitere für Fälle der vorliegenden Art aber schon daran, dass der Mieter über Art und Umfang seiner Mietverbindlichkeiten nicht im Ungewissen sei. Sie seien jedenfalls unter Zuhilfenahme eigener Zahlungsbelege sowie der vom Vermieter gemäß § 368 BGB geschuldeten Quittungen über die empfangenen Zahlungen ohne Weiteres in der Lage, die Erfüllung seiner Mietverbindlichkeiten zu belegen.

Eine Mietschuldenfreiheitsbescheinigung sei nach ihrem Aussagegehalt nicht nur eine pauschale Bestätigung des Empfangs bestimmter Miet- und Nebenkostenzahlungen. Ihr könne auch die Erklärung des Vermieters entnommen werden, dass der Mieter abgesehen von ausdrücklich vorbehaltenen Forderungen von Mietschulden frei sei und ihm nichts mehr schulde. Damit stehe sie unübersehbar in einer gewissen Nähe zu der vor allem im Arbeitsrecht anzutreffenden Ausgleichsquittung, der u.a. die Wirkung einer Verzichtserklärung oder eines negativen Schuldanerkenntnisses dahin beigelegt werde, gegen den Schuldner keine bekannten oder unbekanntenen Ansprüche mehr zu haben.³⁰¹ Zur Abgabe einer solchen, mit einer Verzichtswirkung verbundenen Erklärung sei ein Vermieter jedoch nicht verpflichtet.³⁰² Selbst wenn der Mietschuldenfreiheitsbescheinigung aber kein derart rechtsgeschäftlicher, über eine bloße Wissenserklärung hinausgehender Erklärungswert beizumessen sein sollte, könne ihr immer noch die Wirkung eines beweisrechtlich nachteiligen "Zeugnisses gegen sich" selbst zukommen.³⁰³ Für diesen Fall müsse der Vermieter mit Ausstellung der Bescheinigung beweisrechtliche Nachteile befürchten,

²⁹⁷ BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 238/08, WuM 2009, 647 = GE 2009, 1485.

²⁹⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 126; *Blank*, WuM 2004, 243, 244

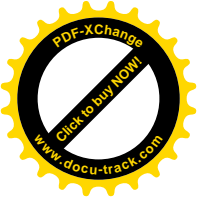
²⁹⁹ vgl. *Sonnenschein*, PiG 20 (1985), 69, 100; *Sonnenschein*, PiG 46 (1995), 7, 18; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 173

³⁰⁰ BGHZ 149, 165, 174 f. m.w.N.

³⁰¹ BGH v. 13.1.1999 - XII ZR 298/96, NJW-RR 1999, 593, unter I 2 a; BAG, NJW 2008, 461, 462; Bamberger/Roth/*Dennhardt*, BGB, 2. Aufl., § 397 Rz. 23 m.w.N.

³⁰² vgl. *Blank* in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 538 Rz. 6.

³⁰³ vgl. BGH v. 7.11.1996 - III ZR 88/95, VIZ 1997, 181, unter I b.



falls nachträglich noch Streit über den Bestand und die Erfüllung von 66
gen entstehen sollte.³⁰⁴ Die Abgabe einer in ihren Wirkungen u.U. derart weit rei-
chenden Erklärung könne einem Vermieter deshalb schon wegen einer möglichen künftigen
gefährdung eigener Rechtspositionen nicht zugemutet werden.

13.2 Versorgungssperre

13.2.1 Vertragliche Ansprüche

Grundsätzlich endet mit der Mietvertragsbeendigung auch die Pflicht des Vermieters zur Ge-
brauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 BGB. Allerdings können nach Treu und Glauben ein-
zelne Verpflichtungen des Vermieters noch nach der Vertragsbeendigung bestehen, wozu auch
die Pflicht zur Erbringung von Versorgungsleistungen gehören kann.³⁰⁵

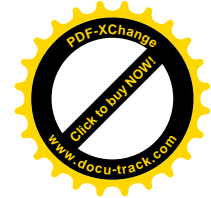
Solche nachvertraglichen Pflichten können sich im Einzelfall aus der Eigenart des - beendeten -
Mietvertrages (z.B. Wohnraummiete) oder den besonderen Belangen des Mieters (z.B. Gesund-
heitsgefährdung oder etwa durch eine Versorgungssperre drohender, besonders hoher Scha-
den) ergeben.³⁰⁶ Eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung
würde allerdings allein den Interessen des Mieters dienen. Die trotz beendeten Vertrages aus
Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung lässt sich daher nur rechtferti-
gen, wenn sie auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer
Weise zuwiderläuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht. Ist dem Vermieter die
Weiterbelieferung nicht zumutbar, so kommt es anders als bei bestehendem Mietvertrag auf
den Umfang und die Grenzen eines Zurückbehaltungsrechts nicht an, weil der Vermieter in die-
sem Fall schon nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist.

Nach diesen Grundsätzen kann der Vermieter etwa zur Fortsetzung von Versorgungsleistungen
verpflichtet sein, wenn dem Mieter eine Räumungsfrist nach §§ 721, 765 a, 794 a ZPO gewährt
worden ist und dem Vermieter wegen der regelmäßig entrichteten Nutzungsentschädigung kein
Schaden entsteht. Anders liegt es dagegen jedenfalls dann, wenn bereits die Beendigung des
Mietverhältnisses auf dem Zahlungsverzug des Mieters beruht und der Vermieter die Versor-
gungsleistungen mangels Vorauszahlungen des Mieters auf eigene Kosten erbringen müsste.
Der Vermieter liefe dann Gefahr, die von ihm verauslagten Kosten für die Versorgung nicht er-
stattet zu erhalten und dadurch einen - weiteren - Schaden zu erleiden. Weil ihm unter diesen
Umständen die Fortsetzung der Leistungen nicht zuzumuten ist, ist der Vermieter jedenfalls bei
der Geschäftsraummiete regelmäßig nicht mehr verpflichtet, dem Mieter weitere Versorgungs-
leistungen zu erbringen. Den Vermieter trifft dann nur noch die Abwicklungspflicht, dem Mieter
die Unterbrechung der Versorgungsleistungen so frühzeitig anzukündigen, dass dieser sich da-
rauf einstellen kann.

³⁰⁴ vgl. BGHZ 69, 328, 332 zur Drittschuldnererklärung nach § 840 ZPO.

³⁰⁵ vgl. Schmidt-Futterer/*Gather* Mietrecht, 9. Aufl., § 546a BGB Rz. 47 ff.; MünchKomm/*Bieber* BGB 5. Aufl. § 546a Rz.
28 ff.; allgemein MünchKomm/*Ernst*, BGB, 5. Aufl., § 280 Rz. 109 ff.

³⁰⁶ BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, WuM 2009, 469.



13.2.2 Besitzschutz

67

Die Frage, ob die Versorgungssperre durch den Vermieter eine Besitzstörung darstellt, ist umstritten. Die überwiegende Auffassung geht davon aus, dass die Unterbrechung der Versorgungsleistungen verbotene Eigenmacht sei und den auf Beseitigung und Unterlassung gerichteten Besitzschutz nach §§ 858, 862 BGB auslöse.³⁰⁷ Einwendungen des Vermieters gegen seine Lieferpflicht sind nach dieser Auffassung petitorische Einwendungen, die gegenüber Besitzschutzansprüchen nach § 863 BGB ausgeschlossen sind.³⁰⁸

Dem vertreten andere Teile der Rechtsprechung und Literatur die Meinung, die Unterbrechung der Versorgung betreffe nur den aus dem Vertrag herzuleitenden Mietgebrauch und sei daher keine verbotene Eigenmacht.³⁰⁹

Andere Stimmen in der Literatur gehen schließlich davon aus, dass die Unterbrechung von Versorgungsleistungen zwar grundsätzlich eine verbotene Eigenmacht sei. Eine Einschränkung sei jedoch für die Fälle zu machen, in denen der Vermieter es unterlasse, eine Vorleistung zu erbringen, für die er selbst im Außenverhältnis (z.B. zum Energieversorgungsbetrieb) hafte, wenn er nach vertraglichen Grundsätzen hierzu nicht mehr verpflichtet sei.³¹⁰

Der BGH³¹¹ hält es für zutreffend, dass in der Unterbrechung der Versorgungsleistungen keine Besitzstörung liegt. Die zur Nutzung des Mietobjekts erforderlichen Energielieferungen sind nicht Bestandteil des Besitzes und können daher auch nicht Gegenstand des Besitzschutzes nach §§ 858 ff. BGB sein. Der Besitz umfasse lediglich den Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft. Der Besitz werde nach § 854 Abs. 1 BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und durch die Aufgabe oder den Verlust derselben beendet (§ 856 Abs. 1 BGB). Der Besitz besteht als Voraussetzung des Besitzschutzes demnach in dem dauernden Zustand der tatsächlichen Gewalt, welche mit der Einwirkungsmacht auf die Sache und der Ausschussmacht zwei Komponenten enthält oder die Besonderheiten des Eigenbesitzes nach § 872 BGB sind hier nicht von Bedeutung.

Eine verbotene Eigenmacht nach §§ 858, 862 BGB setze daher voraus, dass in die tatsächliche Sachherrschaft eingegriffen worden sei. Ein Eingriff liege nur vor, wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt werde. Beim Besitz von Räumen liege ein Eingriff etwa dann vor, wenn der Zugang des Besitzers zu den Räumen erschwert oder vereitelt werde oder wenn in anderer Form in einer den Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt werde.³¹²

³⁰⁷ OLG Köln NZM 2005, 67; OLG Saarbrücken, OLGR 2005, 218; OLG Celle, NZM 2005, 741; OLG Koblenz, OLGR 2001, 2; Staudinger/*Bund*, BGB [2007], § 858 Rz. 53 m.w.N.; Bub/Treier/*Kraemer* Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. B Rz. 1220; *Gaier*, ZWE 2004, 109, 113; grundsätzlich auch KG - 8. Zivilsenat - KGR 2005, 945 = ZMR 2005, 951 für den Fall des unbeendeten Mietverhältnisses; ebenso Palandt/*Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 862 Rz. 4.

³⁰⁸ *Gaier*, ZWE 2004, 109, 113.

³⁰⁹ KG - 8. Zivilsenat, – GE 2004, 622; KG - 12. Zivilsenat, NZM 2005, 65; LG Berlin, GE 2009, 518; AG Bergheim ZMR 2005, 53; AG Hohenschönhausen, GE 2007, 1127; Bub/Treier/*v. Martius*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rz. 1152; *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896; *Mummenhoff*, DWW 2005, 312, 315; *Scholz*, NZM 2008, 387, 388 f.; *Krause*, GE 2009, 484.

³¹⁰ Münch-Komm/*Joost*, BGB, 5. Aufl., § 858 Rz. 6; Soergel/*Stadler*, BGB, 13. Aufl., § 858 Rz. 8; ähnlich *Streyll*, WuM 2006, 234, 236 f.

³¹¹ BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, WuM 2009, 469

³¹² vgl. auch BGH v. 27.4.1971 - VI ZR 191/69 - VersR 1971, 765.



Das sei bei der Einstellung oder Unterbrechung von Versorgungsleistungen nicht der Fall. Der Zufluss von Versorgungsleistungen könne zwar Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch sein, der nach Beendigung des Vertrages nicht mehr geschuldet werde. Er sei hingegen nicht Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher. Die Einstellung der Versorgungsleistungen beeinträchtige weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume, noch schränke sie die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit ein. Versorgungsleistungen führten vielmehr dazu, dass die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit erweitert werde. Die Gewährleistung der Versorgungsleistungen könne sich demnach allein aus dem ihnen zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben. 68

Dass Maßnahmen des Vermieters besitzrechtlich nicht anders zu behandeln seien als Eingriffe Dritter, zeige ein Vergleich mit der Liefersperre, die von einem Versorgungsunternehmen verhängt wurde. Die von Versorgungsbetrieben verhängte Liefersperre (etwa nach § 24 Abs. 2 Niederspannungsanschlussverordnung - NAV - Strom oder § 24 Abs. 2 Niederdruckanschlussverordnung - NDAV - Gas) werde nach der herrschenden Meinung zu Recht nicht als Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht betrachtet.³¹³ Für eine unterschiedliche besitzrechtliche Betrachtung der Liefersperre des Versorgungsunternehmens und der Liefersperre eines Vermieters besteht kein Grund.³¹⁴ Auch die Sperrung von Versorgungsleitungen durch eine Wohnungseigentümergeinschaft löst als solche keine Besitzschutzansprüche aus,³¹⁵ auch wenn sie den Mieter eines Wohnungseigentümers betrifft.³¹⁶

14 Kautio

14.1 Anlage durch den Zwangsverwalter

Ein Mietvertrag ist gegenüber dem Zwangsverwalter wirksam, wenn die Wohnung dem Mieter vom Vermieter vor der Beschlagnahme des Grundstücks überlassen war. Nach § 152 Abs. 2 ZVG hat der Verwalter anstelle des Schuldners dessen Vermieterrechte zu verfolgen und dessen Pflichten zu erfüllen, weil der Schuldner dazu aufgrund der Beschlagnahme und der damit verbundenen Entziehung der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks nicht mehr in der Lage ist. Der Zwangsverwalter wird deshalb in allen Fällen, in denen Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis berührt sind, wie ein Vermieter behandelt; dies gilt auch im Hinblick auf die Kautionsvereinbarung und selbst dann, wenn der Verwalter die Kautio vom Vermieter nicht erhalten hat.³¹⁷

Die Pflichten des Zwangsverwalters umfassen auch die dem Vermieter gemäß § 551 Abs. 3 BGB obliegende Pflicht, eine vom Mieter geleistete Barkautio getrennt von seinem Vermögen bei

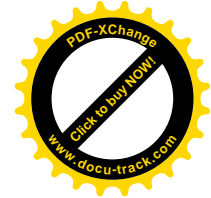
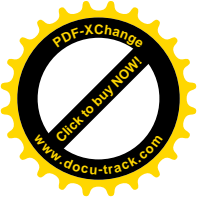
³¹³ vgl. BGHZ 115, 99; LG Frankfurt a. M., WuM 1998, 495; LG Frankfurt/Oder, NJW-RR 2002, 803; Staudinger/*Emmerich*, BGB [2006], § 535 Rz. 82; Staudinger/*Bund*, BGB [2007], § 858 Rz. 53; Palandt/*Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 862 Rz. 4; *Hempel*, NZM 1998, 689; *ders.* WuM 1998, 646; a. A. LG Bonn WuM 1980, 231.

³¹⁴ *Herrlein*, NZM 2006, 527, 528; MünchKomm/*Schilling*, BGB, 4. Aufl., § 535 Rz. 153; a. A. OLG Köln, NZM 2005, 67; OLG Saarbrücken, OLGR 2005, 889.

³¹⁵ vgl. BGH v. 10.6.2005 - V ZR 235/04, NJW 2005, 2622, 2623 - Gemeinschaft von Erbbauberechtigten; OLG Frankfurt a. M., OLGR 2006, 1060.

³¹⁶ Staudinger/*Bund*, BGB [2007], § 858 Rz. 53; Palandt/*Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 862 Rz. 4; *Gaier*, ZWE 2004, 109, 111; ausführlich *Scholz*, NZM 2008, 387; a. A. OLG Köln, NJW-RR 2001, 301.

³¹⁷ BGH v. 16.7.2003 - VIII ZR 11/03, NZM 2003, 849, unter II 2; BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 330/03, NZM 2005, 596, unter II 3.



14.3 Sicherung des Rückzahlungsanspruchs durch lige Verfügung?

70

Die Kautions dient der Sicherung der Ansprüche des Vermieters, der sich wegen seiner Forderungen, insbesondere wegen seiner nach Beendigung des Vertrages noch bestehenden Ansprüche, aus der Kautions auf einfache Weise, nämlich durch Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch des Mieters, befriedigen können soll.³²¹

Das bedeutet aber nicht, dass die Forderung, auf die der Vermieter sich zur Rechtfertigung der Verwertung der Kautions beruft, unstrittig sein muss.³²² Gerade wenn die Kautions ihren Zweck erfüllen soll, dem Vermieter - nach Beendigung des Mietverhältnisses - die Möglichkeit zu geben, sich wegen noch bestehender Ansprüche auf einfache Weise befriedigen zu können, muss ihm die Kautions als Instrument zur schnellen Durchsetzung seiner Ansprüche zur Verfügung stehen.³²³ Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Vermieter zunächst die Klärung streitiger Ansprüche in einem Rechtsstreit herbeiführen müsste.³²⁴ Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion. Ebenso wie bei der Barkautions darf deshalb der Vermieter - bei beendetem Mietverhältnis - grundsätzlich auf die verpfändete Forderung zugreifen.³²⁵ Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Abrechnung über seine noch offenen Forderungen aufstellt und diese von der Kautions abzieht.

Um so mehr kann der Mieter den Kautionsrückzahlungsanspruch nicht durch eine Unterlassungsverfügung sichern, die dem Vermieter die Inanspruchnahme der Kautions nach seiner Berechnung verbietet.³²⁶

15 Mieterhöhung

15.1 Bis zur ortsüblichen Miete

15.1.1 Mieterhöhung und genossenschaftliche Gleichbehandlung

Auch bei einem genossenschaftsrechtlichen Nutzungsvertrag handelt es sich der Sache nach um einen Mietvertrag.³²⁷ Allerdings gilt der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur für die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Beziehungen zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern, sondern auch für die Rechte und Pflichten, die sich für die einzelnen Mitglieder aus der Inanspruchnahme von Genossenschaftseinrichtungen ergeben.³²⁸ Er fordert im genossenschaftlich geprägten Mietverhältnis eine willkürfreie, auf sachlich nachvollziehbare Kri-

³²¹ BGHZ 101, 244, 251.

³²² OLG Karlsruhe v. 18.8.2008 – 8 W 34/08, ZMR 2009, 120.

³²³ *Schneider* in Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, C § 551 Rz. 199.

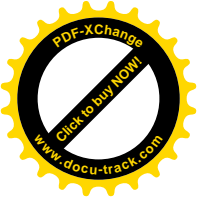
³²⁴ *Kluth/Grün*, NZM 2002, 1015, 1016.

³²⁵ LG Potsdam, GE 2007, 1253; *Kluth/Grün*, NZM 2002, 1015; a. A. LG Darmstadt ZMR 2005, 194; LG Wuppertal NJW-RR 2004, 1309.

³²⁶ OLG Karlsruhe v. 18.8.2008 – 8 W 34/08, ZMR 2009, 120.

³²⁷ vgl. BGH v. 10.9.2003 - VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691, unter II.

³²⁸ BGH v. 11.7.1960 - II ZR 24/58, NJW 1960, 2142.



terien gestützte Behandlung der Genossenschaftsmieter.³²⁹ Die Genossenschaft und ihre Organe sind daher berechtigt, unterschiedlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen und zwischen den Mitgliedern nach sachlichen Kriterien in angemessener Weise zu differenzieren. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann den Anspruch begründen, die benachteiligten Genossen so zu stellen, wie die bevorzugten Mitglieder gestellt worden sind.³³⁰

71

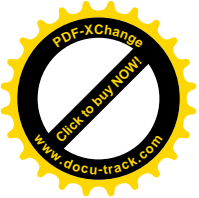
Ein solcher Anspruch steht dem Mieter aber nicht zu, wenn der Vermieter ein auf den Mieter beschränktes Erhöhungsverlangen nach § 558 BGB geltend macht, weil der Mieter im Gegensatz zu anderen Mietern das Angebot, für den Verzicht auf Mieterhöhung nach § 559 BGB auf Minderung während umfangreicher Modernisierungsarbeiten zu verzichten, nicht annimmt.³³¹ Da der Mieter - als einziges Mitglied der Genossenschaft - die Miete wegen der durch die Bauarbeiten verursachten Beeinträchtigungen gemindert habe, habe er keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter ihm gegenüber auf das - nach § 558 BGB berechnete - Mieterhöhungsverlangen ebenso verzichte wie gegenüber den anderen Genossenschaftsmietern, die ebenfalls zur Mietminderung berechtigt waren, darauf aber verzichtet hätten.³³² Das Minderungsrecht nach § 536 BGB sei zwar unabdingbar (§ 536 Abs. 4 BGB); gleichwohl könne der Mieter auf eine konkrete, aus einem bestimmtem Anlass gerechtfertigte Minderung verzichten. Der Vermieter habe dem Mieter hier konkret in Aussicht gestellt, dass er ebenso wie gegenüber den anderen Genossenschaftsmietern von einer Mieterhöhung aufgrund der durchgeführten Modernisierungsarbeiten absehen werde, wenn er - ebenso wie die anderen Genossenschaftsmieter - auf eine Minderung verzichte. Damit hätte der Mieter die Wahl zwischen einer Minderung, zu der er berechtigt war, und einem freiwilligen Verzicht des Vermieters auf eine nach § 558 BGB zulässige Mieterhöhung. Es liege auch kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darin, dass sich der Vermieter gegenüber dem Mieter ebenso verhielt wie gegenüber den anderen Genossenschaftsmietern, die ebenso wie der Mieter vor der Wahl standen, auf eine Minderung zu verzichten oder eine Mieterhöhung in Kauf zu nehmen. Wenn sich der Mieter für die Minderung entschied, so habe er keinen Anspruch auf den von dem Vermieter angebotenen Verzicht auf eine Mieterhöhung. Der Mieter könne unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung mit den anderen Genossenschaftsmietern nicht verlangen, in den Genuss sowohl der Mietminderung als auch des freiwilligen Verzichts des Vermieters auf eine nach § 558 BGB zulässige Mieterhöhung zu kommen. Es liege auch keine übermäßige Reaktion des Vermieters vor. Zwar habe der Mieter aufgrund der dauerhaften Mieterhöhung ab dem 1. Juni 2006 im Ergebnis mehr an Miete zu zahlen als den Betrag, um den er die Miete für November 2005 gemindert habe. Auch dies sei aber die von ihm hinzunehmende Folge seiner eigenen Entscheidung gegen das Angebot des Vermieters, von einer Mieterhöhung nach § 559 BGB abzusehen, wenn der Mieter ebenso wie die anderen Genossenschaftsmitglieder auf eine Mietminderung verzichtete.

³²⁹ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 98; *Börstinghaus*, jurisPR-Mietrecht 2/2009, Anm. 4; *Keßler*, Der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Wohnungsgenossenschaften, in: Genossenschaftliches Nutzungsverhältnis und Mietrecht, 2003, S. 38 f.

³³⁰ BGH v. 11.7.1960 - II ZR 24/58, NJW 1960, 2142.

³³¹ BGH v. 14.10.2009 - VIII ZR 159/08, ■.

³³² *Krautschneider*, WuM 2006, 184.



15.1.2 Mieterhöhung bis zum oberen Spannenwert

72

Nach § 558 Abs. 2 BGB wird die ortsübliche Vergleichsmiete aus den üblichen Entgelten für vergleichbaren Wohnraum gebildet. Bei der ortsüblichen Vergleichsmiete handelt es sich regelmäßig nicht um einen punktgenauen Wert; die Vergleichsmiete bewegt sich vielmehr innerhalb einer gewissen Spanne.³³³

Im Hinblick darauf ist der Vermieter berechtigt, die Miete bis zum oberen Wert einer solchen - unter Heranziehung eines Sachverständigengutachtens zutreffend ermittelten - Bandbreite der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete anzuheben.³³⁴ Dies gelte auch dann, wenn kein Mietspiegel vorhanden sei. In diesem Fall ersetze das vom Gericht eingeholte Sachverständigengutachten nicht den Mietspiegel, sondern diene der Ermittlung der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete. Auch hierbei gehe es nicht um einen punktgenauen Wert, sondern um eine Bandbreite. Dabei liege auch der obere Spannenwert noch innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete, die die obere Grenze einer Mieterhöhung nach § 558 BGB darstelle. Das Mieterhöhungsverlangen sei also in Höhe des oberen Spannenwerts der Einzelvergleichsmiete berechtigt.

15.1.3 Beifügung des Mietspiegels

15.1.3.1 Verweis auf Einsicht

Gemäß § 558a Abs. 1 BGB ist das Erhöhungsverlangen dem Mieter in Textform zu erklären und zu begründen. Mit der Begründung des Mieterhöhungsverlangens sollen dem Mieter im Interesse einer außergerichtlichen Einigung die Tatsachen mitgeteilt werden, die er zur Prüfung einer vom Vermieter gemäß § 558 BGB begehrten Mieterhöhung benötigt, also etwa die Angabe der ortsüblichen Vergleichsmiete und bei Bezugnahme auf einen Mietspiegel die Einordnung der Wohnung in die betreffende Kategorie des Mietspiegels.³³⁵ Dabei dürfen nach der Rechtsprechung des BGH an die Begründung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden; es genügt die Angabe des nach Auffassung des Vermieters einschlägigen Mietspiegelfeldes.³³⁶ Ob daneben noch die Beifügung des Mietspiegels erforderlich ist, wird nicht einheitlich bewertet. Dies soll jedenfalls dann nicht erforderlich sein, wenn der Mietspiegel allgemein zugänglich ist.³³⁷

Dasselbe gilt, wenn der Vermieter in seinem Mieterhöhungsverlangen die Einsichtnahme in den Mietspiegel in den Räumen seines Kundencenters am Wohnort des Mieters anbietet.³³⁸ Ebenso wie bei der Einsichtnahme in die Belege der Betriebskostenabrechnung³³⁹ könne einem Mieter, der die Angaben des Vermieters zur Einordnung seiner Wohnung in den Mietspiegel sowie die dafür angegebene ortsübliche Vergleichsmiete anhand des Mietspiegels überprüfen wolle, eine damit unter Umständen verbundene gewisse Mühe zugemutet werden. Einer Beifügung des

³³³ BGH v. 20.4.2005 - VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074, unter II 2 b; BGH v. 6.7.2005 - VIII ZR 322/04, NZM 2005, 660, unter II 2 c.

³³⁴ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 30/09, ■.

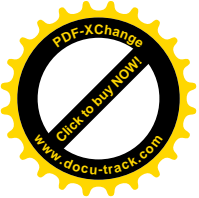
³³⁵ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NZM 2008, 124, Tz. 18.

³³⁶ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573, Tz. 12, 15 f.

³³⁷ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573, Tz. 15.

³³⁸ BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 74/08, WuM 2009, 293 = NZM 2009, 395.

³³⁹ vgl. dazu BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419, Tz. 24.



Mietspiegels sei nicht auch deshalb erforderlich, um eine umfassende rechtliche Beratung des Mieters - zum Beispiel durch einen Rechtsanwalt - zu ermöglichen, denn die Kenntnis des örtlichen Mietspiegels sei bei einem in Mietsachen tätigen Rechtsanwalt vorauszusetzen.

73

15.1.3.2 Allgemein zugänglich

Jedenfalls wenn es sich um einen allgemein zugänglichen Mietspiegel handelt, soll die Beifügung zur Begründung nach § 558a BGB nicht erforderlich sein.³⁴⁰ Allgemein zugänglich ist Mietspiegel z.B., wenn er im Amtsblatt veröffentlicht wurde.³⁴¹

Das Gleiche gilt, wenn er gegen eine geringe Schutzgebühr (3,00 €) erhältlich ist und zugleich (vollständig) im Internet veröffentlicht ist.³⁴²

15.1.4 Flächenabweichung

Eine verbreitete Auffassung leitet aus § 557 Abs. 4 BGB bzw. § 558 Abs. 6 BGB (zuvor § 10 Abs. 1 MHG) her, dass die Vereinbarung einer gemessen an den tatsächlichen Verhältnissen zu großen Wohnfläche für spätere Mieterhöhungen nach § 558 BGB nicht verbindlich sei, weil es sich um eine verkappte Mieterhöhungsmöglichkeit handele, die dem Vermieter gestatte, die Miete über die ortsübliche Vergleichsmiete hinaus zu erhöhen.³⁴³

Dieser Auffassung folgt der BGH nicht.³⁴⁴ Eine Wohnflächenvereinbarung wird von den Mieterschutzbestimmungen der §§ 557 Abs. 4, 558 Abs. 6 BGB nicht erfasst. Nach § 557 BGB kann der Vermieter Mieterhöhungen, sofern er sie nicht während des Mietverhältnisses mit dem Mieter vereinbart (§ 557 Abs. 1 BGB), nur nach Maßgabe der §§ 558 ff. BGB verlangen. Mit dem in § 557 Abs. 4 BGB enthaltenen und in § 558 Abs. 6 BGB noch einmal wiederholten Verbot von Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Bestimmungen zum Nachteil des Mieters abweichen, sind Abreden gemeint, die die formellen oder materiellen Voraussetzungen für eine Mieterhöhung abändern.³⁴⁵ Dies trifft auf eine Wohnflächenvereinbarung nicht zu, selbst wenn sie im Rahmen eines späteren Mieterhöhungsverfahrens mittelbar Bedeutung erlangen kann.

15.1.5 Bezugnahme auf Rasterfeld des Mietspiegels

Das Erhöhungsverlangen muss in formeller Hinsicht Angaben über die Tatsachen enthalten, aus denen der Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können.³⁴⁶ Aus der Bestim-

³⁴⁰ vgl. MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558a Rz. 18 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a Rz. 34; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 558a BGB Rz. 25.

³⁴¹ BGH v. 12.12.2007 – VIII ZR 11/07, WuM 2008, 88 = GE 2008, 191 = NZM 2008,164.

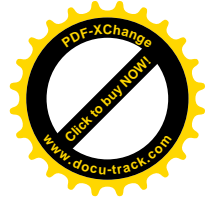
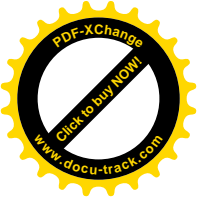
³⁴² BGH v. 28.4.2009 – VIII ZB 7/08, WuM 2009, 352 = NZM 2009, 429.

³⁴³ OLG Hamburg, NZM 2000, 654, 655; LG Berlin, WuM 2004, 613; Starnel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., IV Rz. 167; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 558 BGB Rz. 64; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 558 Rz. 32; Münch-KommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558 BGB Rz. 23; Bamberger/Roth/Ehlert, 2. Aufl., § 558 BGB Rdnr. 28; Kraemer, WuM 1998, Beil. zu Heft 12, 13, 18; Vehslage, DWW 1998, 227, 228.

³⁴⁴ BGH v. 8.7.2009 - VIII ZR 205/08, WuM 2009, 460 m. Anm. Börstinghaus = GE 2009, 1038.

³⁴⁵ vgl. BGH v. 7.2.2007 - VIII ZR 122/05, NJW-RR 2007, 667, Tz. 15 f. zum Zustimmungserfordernis

³⁴⁶ Blank/Börstinghaus, 3. Aufl., § 558a BGB Rz. 9; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 558a BGB Rz. 19; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 558a BGB Rz. 14.



74
mung des § 558a Abs. 3 BGB ergibt sich dazu unmittelbar, dass der Vermieter die Angaben des Mietspiegels zur Wohnung, auf die er sein Erhöhungsverlangen stützt, dem Mieter mitzuteilen hat. Das Begründungserfordernis nach § 558a Abs. 1 BGB wird durch § 558a Abs. 3 BGB für den Fall des Vorliegens eines qualifizierten Mietspiegels (§ 558d BGB) dahin konkretisiert, dass der Vermieter die Angaben, die ein qualifizierter Mietspiegel für die Wohnung enthält, dem Mieter im Erhöhungsverlangen in jedem Fall mitzuteilen hat, das heißt unabhängig davon, ob der Vermieter die Mieterhöhung auf diesen Mietspiegel oder auf ein anderes Begründungsmittel des § 558a Abs. 2 BGB stützt.

Dazu ist die Mitteilung des konkreten Mietspiegelfeldes, das hinsichtlich Größe, Alter, Wohnlage und Ausstattung nach der Auffassung des Vermieters für die gemietete Wohnung einschlägig ist, ausreichend, wenn der Mietspiegel ein Raster aus mit Buchstaben und Ziffern bezeichneten Feldern enthält, in denen für bestimmte Kategorien von Wohnungen (gegliedert nach Größenordnung, Zeitraum der Bezugfertigkeit, Wohnlage und Ausstattung) jeweils eine bestimmte Mietspanne ausgewiesen ist.³⁴⁷

15.1.6 Formelle Anforderungen an das Mieterhöhungsbegehren

15.1.6.1 bei der Anrechnung von Drittmitteln

Die formelle Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens § 558 BGB erfordert, dass der Vermieter Kürzungsbeträge aufgrund der Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel einschließlich der zugrunde liegenden Berechnungspositionen gemäß § 558 Abs. 5 BGB in das Erhöhungsverlangen aufnimmt.³⁴⁸

Die entsprechenden Angaben im Mieterhöhungsverlangen sind nicht deshalb entbehrlich, weil der Vermieter den Abzug der Fördermittel bereits bei einer früheren Mieterhöhung vorgenommen hatte, solange die Anrechnung der Drittmittel noch nicht verbraucht ist.³⁴⁹ Denn der Vermieter kann die Miete in dem Bewilligungs-Zeitraum nicht gemäß § 558 BGB bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete erhöhen, sondern nur bis zu dem Betrag, der sich nach Abzug der Zinsverbilligung von der ortsüblichen Vergleichsmiete ergibt.³⁵⁰ Die Angaben sind nicht entbehrlich, weil die unter Berücksichtigung der Zinsverbilligung erfolgte frühere Mieterhöhung zum Bestandteil der Grundmiete geworden und in der nach § 558 BGB zu erhöhenden Ausgangsmiete enthalten ist. Durch die in § 558 Abs. 5 BGB angeordnete Anrechnung der Drittmittel soll erreicht werden, dass bei einer Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete Leistungen aus öffentlichen Haushalten in jedem Fall dem Mieter zugute kommen.³⁵¹ Solange dem Vermieter öffentliche Fördermittel in Form der Zinsverbilligung tatsächlich zufließen, sind diese daher bei jeder Mieterhöhung nach § 558 BGB durch Absetzung des Förderbetrags von der ortsüblichen Miete zugunsten des Mieters zu berücksichtigen. Die Angaben sind auch nicht deshalb entbehr-

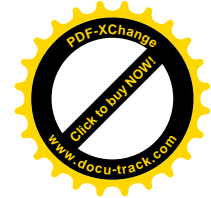
³⁴⁷ BGH v. 11.3.2009 – VIII ZR 316/07, WuM 2009, 239 = GE 2009, 512; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, WuM 2008, 88 = GE 2008, 191 = NZM 2008, 164.

³⁴⁸ BGH v. 25.2.2004 - VIII ZR 116/03, NJW-RR 2004, 947, unter II 1; BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 235/03, WuM 2004, 406, unter II; BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NJW-RR 2004, 1159, unter II 1.

³⁴⁹ BGH v. 1.4.2009 – VIII ZR, WuM 2009, 353 = GE 2009, 645 = NZM 2009, 393.

³⁵⁰ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 9. Aufl., § 558 BGB Rz. 231; Kunze/Tietzsch, WuM 2003, 423, 425 f.

³⁵¹ vgl. BT-Drs. 8/1861, Satz 5 zu § 2 MHG.



lich, weil sie bereits in dem früheren Mieterhöhungsschreiben enthalten waren. 75
Denn der Vermieter kann nicht davon ausgehen, dass der Mieter die damaligen
Schreiben noch vorliegen.

15.1.6.2 Behebung von Mängeln im Prozess

Ein zunächst unzureichend begründete Mieterhöhungsverlangen kann im Laufe des Prozesses
nach § 558b Abs. 3 BGB nachgebessert werden.

Dazu reicht es aus, wenn der Vermieter, der im Mieterhöhungsbegehren die Anrechnung von
Drittmitteln nicht mitgeteilt hat, im Prozess ein früheres Mieterhöhungsverlangen, das die er-
forderlichen Angaben zur Höhe und Berechnung der Zinsverbilligung enthält, als Anlage zu ei-
nem Schriftsatz noch einmal vorlegt.³⁵² Insoweit schadet es dem Vermieter nicht, dass er wei-
terhin an seiner Rechtsauffassung festhält, eine Anrechnung der Zinsverbilligung habe im Rah-
men der jetzigen Mieterhöhung nicht mehr zu erfolgen.

15.2 Staffelmiete

15.2.1 Mangelnde zeitliche Begrenzung in Altverträgen

Eine zeitlich nicht begrenzte Staffelmiete verstößt § 10 Abs. 2 Satz 2 MHG. Danach darf die
Vereinbarung einer gestaffelten Miete - anders als nach der seit dem 1.9.2001 gemäß § 557a
BGB geltenden Regelung - nur einen Zeitraum bis zehn Jahren umfassen. Fraglich ist, ob ein
solcher Verstoß zur Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung zur Staffelmiete mit der Folge
führt³⁵³ oder nur insoweit unwirksam ist, als sie über die damalige zulässige Höchstdauer von
zehn Jahren hinausgeht).³⁵⁴

Der BGH³⁵⁵ nimmt einen Fall der Teilnichtigkeit an, weil die (damalige) gesetzliche Regelung
Staffelmietvereinbarungen nicht grundsätzlich verboten hätte, sondern nur eine zehn Jahre
übersteigende Bindung der Parteien untersagt habe. Gemäß § 139 BGB führe die Teilnichtigkeit
jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn anzunehmen sei, dass die Par-
teien es auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten. Dies sei regelmäßig der Fall. Die
Vereinbarung einer Staffelmiete biete für beide Parteien für einen langen Zeitraum Kalkulati-
onssicherheit hinsichtlich der Miethöhe und sei auch für den Mieter insoweit vorteilhaft, als
Mieterhöhungen wegen Modernisierung und nach dem Vergleichsmietensystem während der
Laufzeit der Staffelmietvereinbarung ausgeschlossen sind (§ 10 Abs. 2 Satz 2 MHG bzw. nach
jetziger Regelung § 557a Abs. 2 Satz 2 BGB).

15.2.2 Staffel mit Einwirkungsoption für den Mieter

§ 10 Abs. 2 Satz 5 MHG = § 557a Abs. 1 BGB verlangt, dass bei einer Staffelmiete der Erhö-
hungsbetrag in der Vereinbarung betragsmäßig ausgewiesen ist, so dass der Mieter bereits bei
Vertragsschluss Gewissheit darüber hat, welche Miete er für die jeweiligen Zeiträume schuldet.

³⁵² BGH v. 1.4.2009 – VIII ZR 179/08, WuM 2009, 353 = GE 2009, 645 = ZMR 2009, 674.

³⁵³ LG Berlin, GE 2004, 625; LG Berlin, GE 2003, 325; LG Gießen, WuM 1994, 693.

³⁵⁴ so LG Berlin, GE 1991, 781, Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetz, 6. Aufl., Rz. C 518a;
Blank/Börstinghaus, Miete, 1. Aufl., § 10 MHG Rz. 22; Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., § 10 MHG Rz. 12; Bart-
helmess, WKSchG, 5. Aufl., § 10 MHG Rz. 82; wohl auch MünchKommBGB/Voelskow, 3. Aufl., § 10 MHG Rz. 20, un-
ter Hinweis auf die ähnliche Problematik bei Preisvorschriften.

³⁵⁵ BGH v. 17.12.2008 - VIII ZR 23/08, WuM 2009, 117 = GE 2009, 257 NZM 2009, 154.



Diesen Anforderungen wird eine Klausel gerecht, in der die einzelnen Staffeln be- 76
tragsmäßig ausgewiesen sind, dem Mieter aber zusätzlich die Möglichkeit einge-
räumt wurde, sich auf eine niedrigere ortsübliche Miete zu berufen.³⁵⁶ In dieser Option, bei ent-
sprechender Entwicklung der Vergleichsmiete den ausgewiesenen Betrag zu seinen Gunsten
nach unten zu korrigieren, liegt eine zulässige Abweichung von § 10 MHG = § 557a Abs. 4 BGB)
Eine Benachteiligung des Mieters lässt sich auch nicht damit begründen, dass sich der Mieter
über die jeweilige ortsübliche Vergleichsmiete informieren muss, um gegebenenfalls diese zu-
sätzliche Grenze zu ihren Gunsten geltend zu machen.

15.3 wegen Modernisierung

15.3.1 Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat

Nach § 559 Abs. 1 BGB liegen Modernisierungsarbeiten u.a. dann vor, wenn der Vermieter bau-
liche Maßnahmen aufgrund von Umständen durchführt, die er nicht zu vertreten hat.

Ob der nachträgliche Einbau von Wasserzählern eine Modernisierungsmaßnahme wegen der
Einsparung von Wasser gemäß § 559 Abs. 1 Alt. 3 BGB darstellt, kann jedenfalls dann unent-
schieden bleiben, wenn der Vermieter landesgesetzlich verpflichtet ist, Wasserzähler einzubau-
en.³⁵⁷ Denn dann handelt es sich um eine bauliche Änderung gemäß § 559 Abs. 1 Alt. 4 BGB
aufgrund von Umständen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. So ist es in Hamburg. Dort
muss gemäß § 39 Hamburgische Bauordnung jede Wohnung einen eigenen Wasserzähler ha-
ben. Werden aufgrund besonderer baulicher Gegebenheiten die Wasseranschlüsse in Küche und
Bad über zwei getrennte Steigleitungen versorgt, sind zur Erfassung des (gesamten) Wasser-
verbrauchs in der Wohnung zwei Wasserzähler erforderlich. Aufgrund der gesetzlichen Ver-
pflichtung des Vermieters zur Erfassung des Wasserverbrauchs je Wohnung handelt es sich um
einen Umstand, den die Klägerin als Vermieterin nicht zu vertreten hat. Insoweit spielt es keine
Rolle, ob im Normalfall davon auszugehen ist, dass eine Wohnung nur mit einer Wasserzulei-
tung versehen ist.

15.3.2 Notwendige Kosten

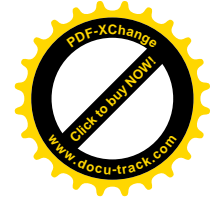
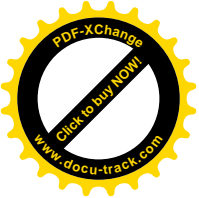
Nach dem Wortlaut des § 559 Abs. 1 BGB bilden Grundlage der Mieterhöhung die aufgewende-
ten Kosten. Deshalb lässt sich geltend machen, dem Vermieter oder dem für ihn tätigen Hand-
werker müsse ein gewisser Spielraum bei der Durchführung der für die Modernisierungsmaß-
nahme erforderlichen Arbeiten verbleiben.

Dies ist nach Auffassung des BGH jedoch nicht richtig.³⁵⁸ Von den tatsächlich aufgewendeten
Kosten seien nur diejenigen ansatzfähig im Rahmen der Mieterhöhung, die notwendig sind. Un-
nötige, unzweckmäßige oder überhöhte Aufwendungen könnten dagegen nicht angesetzt wer-
den. Denn den Umfang und die Art und Weise der baulichen Modernisierung bestimme der
Vermieter, während der Mieter insoweit kein Mitspracherecht habe. Es wäre daher unbillig, dem

³⁵⁶ BGH v. 11.3.2009 – VIII ZR 279/07, WuM 2009, 237 = GE 2009, 510.

³⁵⁷ BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 41/08, WuM 2009, 124 = GE 2009, 253 = NZM 2009, 150 = ZMR 2009, 351 mit Anm.
Schläger.

³⁵⁸ BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 41/08, WuM 2009, 124.



Mieter statt dem Vermieter das Risiko aufzuerlegen, auch solche Kosten im Rahmen der Modernisierungsmaßnahme zu tragen, die unnötig, unzweckmäßig oder ansonsten überhöht seien. 77

Mit Rücksicht darauf kann der Vermieter zwar den Austausch der bei dem Einbau von Wasserzählern beschädigten Fliesen mitberechnen. Die Demontage einer Arbeitsplatte kann jedoch nur dann berücksichtigt werden, wenn sie erforderlich war.

16 Betriebskosten

16.1 Aufzugskosten

Es ist anerkannt, dass an Kosten für Einrichtungen, die einzelnen Mieter zur alleinigen Nutzung überlassen sind, die „ausgeschlossenen“ Mieter nicht beteiligt werden dürfen.³⁵⁹ Wenn etwa ein Aufzug nur in eine Dachgeschosswohnung führt, hat folglich der Mieter dieser Wohnung die Aufzugskosten allein zu tragen.³⁶⁰

Entsprechendes gilt, wenn der Aufzug nur einem Teil der Mieter eines Gebäudes oder einer Wirtschaftseinheit zur Verfügung steht.³⁶¹ Auf die Mieter der übrigen Wohnungen, die durch den Aufzug nicht erschlossen werden in dem Sinne, dass von dem Aufzug aus kein Zugang zu den Wohnungen besteht, können Aufzugskosten deshalb nicht umgelegt werden.³⁶²

Die faktische Nutzbarkeit ist das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal zu dem Fall des Erdgeschossmieters, dessen Wohnung mit dem Aufzug erreicht werden kann, auch wenn er ihn wegen der Lage seiner Wohnung faktisch nicht nutzt. In diesem Fall hat der Erdgeschossmieter eine Beteiligung an den Aufzugskosten aufgrund eines einheitlichen, generalisierenden Maßstabs AGB-rechtlich hinzunehmen, weil es naheläge, andernfalls auch bei den Mietern der Wohnungen in den höher gelegenen Etagen nach dem Grad der tatsächlichen Nutzung zu differenzieren, der damit angestrebten möglichst weitgehenden Umlagegerechtigkeit aber Gründe der Praktikabilität und der Transparenz der Abrechnung entgegenstehen.³⁶³ Die Grenze der Zumutbarkeit einer generalisierenden Betrachtungsweise für den Mieter wird jedoch überschritten, wenn er einen Aufzug nicht nur tatsächlich nicht nutzt oder dafür kein Bedürfnis hat, sondern wenn seine Wohnung mit dem Aufzug überhaupt nicht erreicht werden kann.

Etwas anderes gilt, wenn dem Mieter der Aufzug ungeachtet dessen jedenfalls zur Verfügung steht, um etwa einen seiner Wohnung zugewiesenen Keller oder eine Gemeinschaftseinrichtung zu erreichen.³⁶⁴

³⁵⁹ BGH v. 26.5.2004 – VIII ZR 135/03, WuM 2004, 399, unter II 2, für Gartenflächen; KG, GE 2005, 1424, 1425, für Heizungsanlagen; OLG Düsseldorf, DWW 2000, 54, für Aufzugsanlagen; MünchKommBGB/Schmid, 5. Aufl., § 556a Rz. 8; Ehlert, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl., § 556a BGB Rz. 13

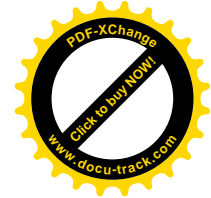
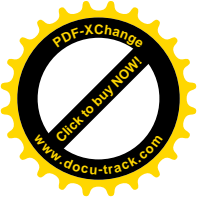
³⁶⁰ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556a BGB Rz. 101

³⁶¹ BGH v. 8.4.2009 – VIII 128/08, WuM 2009, 351 = GE 2009, 711 = ZMR 2009, 675.

³⁶² Ebenso: LG Berlin, GE 2005, 1489; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556a BGB Rz. 26; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., § 535 BGB Rz. 89.

³⁶³ BGH v. 20.9.2006 – VIII ZR 103/06, NJW 2006, 3557, Tz. 12 ff.

³⁶⁴ LG Berlin, GE 2007, 54



16.2 Gartenpflege

78

Sieht der Mietvertrag eine Umlage der Betriebskosten nach einem gesetzlichen Katalog (z.B. § 2 BetrKV) vor und ist (individualvertraglich) eine Übertragung der Pflicht zur Gartenpflege auf den Mieter erfolgt, ist die Umlagefähigkeit von Kosten der Gartenpflege nicht deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil danach die im Rahmen einer Gartenpflege zu leistenden Instandhaltungsarbeiten nicht mehr zum Pflichtenkreis des Vermieters gehören. Vielmehr muss eine Auslegung durchgeführt werden.

Diese Auslegung ergibt, dass die Durchführung der Gartenpflege ausschließlich der Klägerin auf ihre Kosten übertragen war, so dass der Vermieter mangels Zuständigkeit für diesen Aufgabenkreis auch keine Kosten für von ihm selbst durchgeführte Pflegearbeiten als Nebenkosten umlegen kann.³⁶⁵ Insoweit kommt allenfalls ein Ersatzanspruch in Betracht, wenn der Vermieter die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme geschaffen hätte.

Sind die widersprechenden Regelungen als Formulklauseln zu werten, ergibt sich das gleiche Ergebnis aus § 305c Abs. 2 BGB.

16.3 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.³⁶⁶

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.³⁶⁷ 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. Allgemein verständliche Verteilungsmaßstäbe bedürfen keiner Erläuterung.

16.3.1 Angabe der Gesamtkosten

16.3.1.1 Erläuterung von Vorwegabzügen

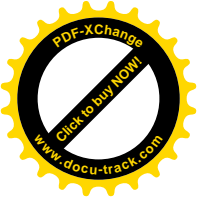
Die Zusammenstellung der Gesamtkosten ist die erste der vier Mindestanforderungen.³⁶⁸

³⁶⁵ BGH v. 29.9.2008 – VIII ZR 124/08, NZM 2009, 27 = GE 2009, 115 = ZMR 2009, 188.

³⁶⁶ 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.

³⁶⁷ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

³⁶⁸ BGH v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 = WuM 2005 61 mwN.



Zu dieser Anforderung hat der BGH³⁶⁹ klargestellt, dass nicht die bloße Angabe (ir- 79
gendwelcher) Gesamtkosten ausreicht, sondern dass auch die Abzüge erläutert
werden müssen, wenn nicht umlagefähige Teile herausgerechnet worden sind. Andernfalls lei-
det 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.³⁷⁰

Selbst wenn der Vermieter Kosten, die für eine größere Wirtschaftseinheit als die der Abrech-
nung zugrunde gelegten Einheit angefallen sind, muss der Vermieter die „internen“ Rechen-
schritte zur Vermeidung eines formellen Fehlers in der Abrechnung offen legen.³⁷¹

16.3.1.2 Zusammenfassen von Frisch- und Abwasserkosten

Wie stark dabei die einzelnen Kostenarten in der Abrechnung aufgegliedert sein müssen, ist
bislang nicht abschließend geklärt. Überwiegend wird verlangt, dass sämtliche angesetzten Kos-
tenarten einzeln abgerechnet werden.³⁷² Dabei wird zumindest eine Differenzierung entspre-
chend den Betriebskostenarten in § 2 der BetrKV für erforderlich gehalten,³⁷³ teils wird aber
auch noch eine zusätzliche Spezifizierung verlangt, etwa bei der Position Versicherung die An-
gabe der einzelnen Versicherungsarten.³⁷⁴

Bei den Kosten für Frischwasser und Schmutzwasser, die nach der Systematik der Betriebskos-
tenverordnung zwei verschiedene Positionen - Ziffer 2 (Wasserversorgung) und Ziffer 3 (Ent-
wässerung) – betreffen, wird jedoch von einer verbreiteten Meinung eine zusammengefasste
Abrechnung für zulässig erachtet, zumindest dann, wenn auch die Berechnung der Kosten für
Abwasser an den Frischwasserverbrauch geknüpft ist.³⁷⁵

Dieser Auffassung hat sich der BGH angeschlossen.³⁷⁶ Maßgeblich für die formelle Wirksamkeit
einer Betriebskostenabrechnung sei die Nachvollziehbarkeit und Prüffähigkeit für den Mieter.
Diese sei auch dann gewährleistet, wenn die - nach der Verkehrsanschauung ohnehin eng mit-
einander zusammenhängenden - Kosten für Frischwasser und Abwasser in der Abrechnung in
einer Summe zusammengefasst und einheitlich abgerechnet werden. Dies gelte jedenfalls dann,
wenn die Umlage einheitlich nach dem durch Zähler erfassten Frischwasserverbrauch vorge-
nommen wird. Anhand dieser Angaben sei es dem Mieter ohne weiteres möglich zu überprüfen,
ob die ihm in Rechnung gestellten Kosten nach dem Mietvertrag umlagefähig seien und ob der
richtige Umlageschlüssel verwendet worden sei, sowie den Rechenschritt nachzuvollziehen, mit
dem der von ihm zu tragende Anteil der Frischwasser- und Abwasserkosten ermittelt worden
sei.

³⁶⁹ BGH v. 14.2.2007 – VIII ZR 1/06, WuM 2007, 196 = GE 2007, 438.

³⁷⁰ BGH v. 11.9.2007 – VIII ZR 1/07, WuM 2007, 575 = NZM 2007, 770.

³⁷¹ BGH v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700 = GE 2007, 1686 = NJW 2008, 142.

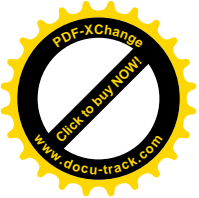
³⁷² OLG Dresden v. 12. 3. 2002 - 5/23 U 2557/01, NZM 2002, 437; OLG Hamburg, WuM 2003, 268, 269.

³⁷³ *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 426 f.; *Kinne* in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 76.

³⁷⁴ KG v. 8. 10. 2001 - 8 U 6267/00, NZM 2002, 954; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaum-
miete, 5. Aufl., G Rdnr. 144 f.

³⁷⁵ LG Berlin, GE 2003, 121; *Kinne* in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 76;
Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 427; a.A. LG Itzehoe, ZMR 2007, 539.

³⁷⁶ BGH v. 15.7.2009 - VIII ZR 340/08, GE 2009, 1037 = ZMR 2009, 839.



Die Prüffähigkeit und damit die formelle Wirksamkeit einer solchen Abrechnung 80 werde auch nicht durch den Einwand der Revision in Frage gestellt, die Abwasserkosten könnten "nachhinken", wenn der Zählerstand erst mit einiger Verzögerung vom Wasserversorgungsbetrieb dem Entsorgungsbetrieb übermittelt werde. Da für die Abrechnung jeweils derselbe Frischwasserverbrauch (Zählerstand) maßgeblich sei, spiele es für den vom Mieter zu tragenden Kostenanteil keine Rolle, ob der Wasserversorgungsbetrieb den abgelesenen Zählerstand sofort oder erst mit einiger Verzögerung an den Entsorgungsbetrieb übermittelt.

Die Abrechnung der Wasserkosten werde schließlich auch nicht deshalb (formell) unwirksam, wenn die Betriebskostenabrechnung außerdem noch die Position "Wasser und Abwasser allgemein" enthält. Für den Mieter werde hinreichend deutlich, dass es sich dabei um die für die Grundstücksbewirtschaftung als solche angefallenen und nach dem Flächenmaßstab umgelegten Kosten (im Gegensatz zu den durch individuellen Verbrauch in den Wohnungen angefallenen Kosten) handele.

16.3.1.3 Sach- und Haftpflichtversicherung

Maßgeblich für die formelle Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung ist die Nachvollziehbarkeit und Prüffähigkeit für den Mieter. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorliegende Belege nur noch zur Kontrolle und zur Behebung von Zweifeln erforderlich ist; die Pflichten zur Spezifizierung der Kosten dürfen nicht überspannt werden.³⁷⁷

Nach Auffassung des BGH³⁷⁸ ist die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung für den Mieter auch dann gewährleistet, wenn der Vermieter eng zusammenhängende Kosten - wie z.B. die Kosten für Sach- und Haftpflichtversicherung - in einer Summe zusammenfasst, ohne die auf die jeweilige Versicherungsart entfallenden Einzelbeträge anzugeben.³⁷⁹ Insoweit ist es unschädlich, dass der Vermieter diese Kostenposition nur allgemein als "Versicherung" bezeichnet und nicht ausdrücklich die in Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 II. BV und § 2 Nr. 13 BetrKV genannte Bezeichnung "Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung" verwendet hat. Eine Kontrolle der Kostenposition "Versicherung" daraufhin, ob für das Mietobjekt Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung in dieser Höhe tatsächlich angefallen sind und wie sie sich auf die beiden Versicherungsarten verteilen, braucht die Abrechnung nicht zu ermöglichen; hierfür steht dem Mieter die Möglichkeit der Belegeinsicht zur Verfügung.

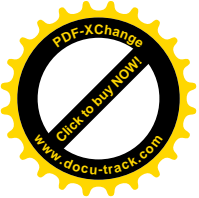
16.3.2 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels

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

³⁷⁷ BGH v. 23.11.1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573, unter I 2 a aa.

³⁷⁸ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, GE 2009, 1428.

³⁷⁹ vgl. BGH vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 340/08, WuM 2009, 516, Tz. 19, zur Abrechnung der Kosten für Frischwasser und Abwasser in einer Position.



Mängel der Abrechnung vorliegen, etwa ein falscher Anteil an den Gesamtkosten zu Grunde gelegt wird, betrifft die inhaltliche Richtigkeit. 81

16.3.2.1 Schlagwortartige Bezeichnung des Verteilerschlüssels

Die Mindestanforderung „Abgabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels“ erfordert bei der Angabe „Miteigentumsanteile“ keine zusätzliche Erläuterung.³⁸⁰ Es liege auf der Hand, dass bei diesem Schlüssel die Kosten nach dem Verhältnis der auf die Wohnung des Mieters entfallenden Miteigentumsanteile zur Summe aller Miteigentumsanteile der Abrechnungseinheit verteilt werden sollen. Es genüge daher, wenn der für die Wohnung des Mieters zugrunde gelegte Miteigentumsanteil und die Summe aller Anteile angegeben werde. Ob der Ansatz eines Miteigentumsanteils zulässig und richtig angesetzt sei, sei wiederum keine Frage der formellen Wirksamkeit, sondern der inhaltlichen Richtigkeit der Abrechnung.

16.3.2.2 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.³⁸¹ § 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.

16.3.2.3 Umfang der Erläuterung

Zusätzliche Erläuterungen sind dort erforderlich, wo der Mieter über die entsprechenden Kenntnisse nicht verfügt.³⁸²

Die Kenntnisse des Mieters müssen nicht unbedingt aus einer (früheren) Abrechnung stammen. Sie können sich auch aus einem gerichtlichen Schriftsatz ergeben, in dem der Vermieter den in der eingeklagten Abrechnung angewendeten Verteilerschlüssel erläutert.³⁸³

Für die eingeklagte Abrechnung kann die zusätzliche Erläuterung den formellen Fehler nur heilen, wenn sie innerhalb der Abrechnungsfrist erfolgt. Mit dieser (ausreichenden) Erläuterung sind aber formelle Fehler aus dem gleichen Gesichtspunkt für die Zukunft ausgeschlossen würde und war selbst dann, wenn der Hinweis auf die frühere Erläuterung nicht innerhalb der Abrechnungsfrist erfolgt.

16.3.2.4 verbrauchsunabhängige Abrechnung trotz anderer Vereinbarung

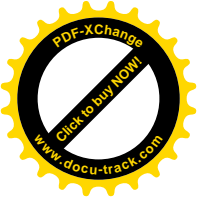
Besteht keine vertragliche Bestimmung, die die verbrauchsabhängige Abrechnung grundsätzlich vorsieht, ist zu prüfen, ob eine solche Abrede stillschweigend geschlossen wurde. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Wohnung mit (Wasser-) Zählern ausgestattet ist und darüber bei der Besichtigung vor Abschluss des Mietvertrages gesprochen wurde. Eine stillschweigende Vereinbarung zur Abrechnung nach Verbrauchserfassung kommt aber nicht in Betracht, wenn

³⁸⁰ BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 = GE 2009, 189.

³⁸¹ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, WuM 2008, 407 = ZMR 2008, 777.

³⁸² BGH v. 23.11.1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573.

³⁸³ BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78.



nicht alle Wohnungen des Hauses mit Zählern ausgestattet sind und der Vertrag einen anderen (bestimmten) Abrechnungsschlüssel vorsieht³⁸⁴. Andererseits soll der Vermieter nicht ohne Ankündigung berechtigt sein, nach dem abgelesenen Verbrauch abzurechnen, wenn als Umlagemaßstab die Wohnfläche vereinbart ist³⁸⁵. 82

Sind Zählereinrichtungen in allen Wohnungen vorhanden, ist § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB als andere Vereinbarung i.S.v. § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen und verbrauchsabhängig abzurechnen. Fehlt also eine Vereinbarung im Vertrag über den Umlageschlüssel, sind die verbrauchs- oder verursachungsabhängigen Kosten entsprechend abzurechnen.

Entgegenstehende Formulklausel sind jedenfalls dann überraschend (§ 305c BGB), wenn dem Mieter bei der Besichtigung auch die Zählervorrichtungen gezeigt wurden.

Ansonsten ist eine Klausel, die auch die Umlage statischer Kostenanteile (z.B. Zählerkosten, Grundgebühren) im Rahmen der verbrauchsabhängigen Abrechnung vorsehen, nach § 307 BGB nicht zu beanstanden. Immerhin sieht § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich vor, dass der Maßstab dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung tragen soll. Damit wird die Umlagefähigkeit statischer Kostenanteile legalisiert³⁸⁶. Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem der Mieter wegen Leerstand einen Anspruch auf Änderung des Verteilerschlüssels geltend machen kann.

Rechnet der Vermieter trotz Verpflichtung nicht verbrauchsabhängig ab, wird dem Mieter ein Abzug von 15% zugebilligt³⁸⁷. Andere lassen eine Abrechnung nach billigem Ermessen zu, wenn der vertraglich vorgesehene Einbau von Wasserzählern unterblieben ist³⁸⁸. Richtigerweise ist der Abrechnungssaldo insoweit nicht fällig. Der Vermieter kann den materiellen Fehler zwar (im Zweifel im Wege der Schätzung) korrigieren. Für einen Abzug mit Strafcharakter fehlt aber die Anspruchsgrundlage.

16.3.2.5 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.³⁸⁹ 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 Gesamt-abrechnung der Betriebskosten die von einem Fremdunternehmen erstellte Heizkostenabrech-

³⁸⁴ BGH v. 12.3.2008 - VIII ZR 188/07, WuM 2008, 288 = NZM 2008, 444; LG Berlin, GE 1999, 1052; AG Köpenick, WuM 2006, 273.

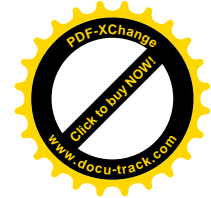
³⁸⁵ AG Potsdam v. 29.3.2007 – 26 C 287/06, GE 2008, 551.

³⁸⁶ LG Chemnitz v. 11.4.2008 – 6 S 437/07, NZM 2009, 154; *Blank/Börstinghaus*, § 556a BGB Rdnr. 28.

³⁸⁷ AG Neukölln v. 13.3.2008 – 19 C 499/07, GE 2009, 384.

³⁸⁸ OLG Düsseldorf v. 30.10.2008 – I-24 U 84/08, GE 2009, 906 = ZMR 2009, 844

³⁸⁹ 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.



nungen einzustellen, die sich abweichend von der Abrechnung der übrigen Betriebskosten nach dem Kalenderjahr auf die jährliche Heizperiode (bis 31. Juli) bezieht.³⁹⁰

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.³⁹¹ Gewisse zeitliche Abweichungen des nach § 556 Abs. 3 Satz 1 HS. 1 BGB maßgeblichen mietvertraglichen Abrechnungszeitraums von dem jährlichen Abrechnungszeitraum 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 Vermieters zur getrennten (vorweggezogenen) Abrechnung bestimmter Betriebskosten - 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.

16.3.3 Abrechnung nach Sollvorauszahlungen

Eine formell ordnungsgemäße Abrechnung gemäß § 556 Abs. 3 BGB setzt als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters sowie den Abzug seiner Vorauszahlungen voraus.³⁹²

³⁹⁰ BGH v. 30.4.2008 – VIII ZR 240/07, WuM 2008, 404 = NZM 2008, 520.

³⁹¹ BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 49/07, NJW 2008, 1300.

³⁹² BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142, Tz. 24; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283, Tz. 21.



Diesen Anforderungen genügt eine Abrechnung, die Soll-Vorauszahlungen ent- **84**

hält.³⁹³ Zwar sind grundsätzlich die vom Mieter im Abrechnungszeitraum tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen in Abzug zu bringen.³⁹⁴ Ob die vorgenommenen Abzüge der Höhe nach zutreffend angesetzt sind, betrifft jedoch nicht die formelle Wirksamkeit der Abrechnung, sondern deren inhaltliche Richtigkeit.³⁹⁵ Insoweit kann im Falle einer Abrechnung nach vereinbarten Vorauszahlungen nichts anderes gelten als bei einer Falschberechnung der geleisteten Vorauszahlungen. Es kommt in beiden Fällen allenfalls ein inhaltlicher Fehler in Betracht, der die formelle Ordnungsgemäßheit der Abrechnung unberührt lässt.³⁹⁶ In beiden Fällen kann der durchschnittlich gebildete, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulte Mieter, auf den abzustellen ist, beim Abgleich der in die Abrechnung eingestellten mit den geleisteten Vorauszahlungen unschwer erkennen, ob die Vorauszahlungen zutreffend berücksichtigt sind.

16.4 Schuldanerkenntnis durch Ausgleich der Nachforderung?

Mit dem vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos einer Betriebskostenabrechnung soll nach hM ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis³⁹⁷ entstehen, dass zum Ausschluss von Einwendungen führt, die die Parteien bei Abgabe der Erklärung kannten oder mit denen sie zumindest rechneten.³⁹⁸ Nach anderer Auffassung entsteht mit dem gleichen Vorgang stillschweigend ein Vertrag eigener Art über den Ausschluss von Einwendungen.³⁹⁹

Durch die schlichte Zahlung auf eine Rechnung kann ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis grundsätzlich nicht entstehen.⁴⁰⁰ Die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses setzt nach ständiger Rechtsprechung des BGH voraus,⁴⁰¹ dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen wollen und sich dahingehend einigen.⁴⁰² Die erforderliche Einigung kann nur angenommen werden, wenn sich ein entsprechendes Angebot sowie dessen Annahme feststellen lassen. Dies sei noch nicht bei der Prüfung einer Rechnung, der Bezahlung einer Rechnung oder auch der Bezahlung nach Prüfung anzunehmen. Hier fehle es an der Beseitigung eines Streits oder einer Ungewissheit.

³⁹³ BGH v. 23.9.2009 – VIII ZA 2/08, WuM 2009, 671.

³⁹⁴ vgl. BGH v. 27.11.2002 - VIII ZR 108/02, NJW-RR 2003, 442, unter III 2.

³⁹⁵ BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283, Tz. 22.

³⁹⁶ a.A. bezüglich der Abrechnung nach Soll-Vorschüssen: *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerbraummiete, 5. Aufl., G Rdnr. 138.

³⁹⁷ OLG Düsseldorf, DWW 2000, 196; LG Köln, ZMR 2001, 547; LG Koblenz, WuM 1997, 685; *Langenberg*, NZM 1999, 52, 62.

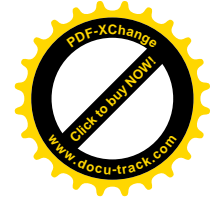
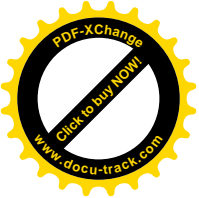
³⁹⁸ BGH v. 9.2.1998 - II ZR 374/96, WPM 1998, 656 unter 1. m.w.Nachw.

³⁹⁹ OLG Hamburg v. 2.9.1987 – 4 U 182/86, WuM 1988, 26 = NJW-RR 1987, 1495.

⁴⁰⁰ BGH v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07, GuT 2009, 122, offen gelassen: BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268.

⁴⁰¹ BGH v. 11.1.2007 –VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530.

⁴⁰² BGH v. 1.12.1994 - VII ZR 215/93, NJW 1995, 960; BGH v. 11.7.1995 - X ZR 42/93, NJW 1995, 3311; BGH v. 29.4.1999, VII ZR 248/98, BauR 1999, 1021 = ZfBR 1999, 310; BGH v. 6.12.2001 - VII ZR 241/00, BauR 2002, 613 = NZBau 2002, 338.



Hierauf hat auch der XI. Senat⁴⁰³ noch einmal hingewiesen und die (bloße) Rückzahlung eines Darlehns nicht als Anerkenntnis der Darlehensschuld gewertet. 85

*Mit Rücksicht darauf kann auch der vorbehaltlose Ausgleich des Saldos einer Betriebskostenabrechnung nicht zur Entstehung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses führen.*⁴⁰⁴

16.5 Abrechnungsfrist

16.5.1 Verschulden bei Verlust auf dem Postweg

Nach § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB ist die Abrechnung dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen. Grundsätzlich ist die Regelung dahin zu verstehen, dass die Abrechnung dem Mieter noch innerhalb der Frist zugegangen sein muss. Die rechtzeitige Absendung der Abrechnung genügt zur Fristwahrung nicht.⁴⁰⁵ Da die Aufgabe eines Briefes zur Post keinen Anscheinsbeweis dafür begründet, dass dem Mieter die Betriebskostenabrechnung rechtzeitig zugegangen ist,⁴⁰⁶ ist ein Verlust der Betriebskostenabrechnung auf dem Postweg nur dann nicht erheblich, wenn der Vermieter die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat.

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn bloß die Absendung durch die Post feststeht⁴⁰⁷. Denn bei einem Verlust der Abrechnung auf dem Postwege ist von einem Verschulden der Post AG auszugehen, das der Vermieter gemäß § 278 Satz 1 BGB zu vertreten hat. Denn für das Vertretenmüssen im Sinne von § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB gilt § 276 BGB; nach § 278 BGB hat der Vermieter auch ein Fehlverhalten seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten.⁴⁰⁸ Die Post wird Erfüllungsgehilfe des Vermieters, weil dieser sich der Post zur Beförderung der Abrechnung bedient⁴⁰⁹. Dies wird weder durch eine etwaige Monopolstellung der Post noch dadurch in Frage gestellt, dass die Post keinen Weisungen des Vermieters unterliegt.⁴¹⁰ Eine einschränkende Anwendung des § 278 Satz 1 BGB insoweit ist nicht geboten. Zwar wird vertreten, der Vermieter könne sich entlasten, wenn auf dem Postweg unerwartete und nicht vorhersehbare Verzögerungen oder Postverluste aufträten, auf die der Vermieter keinen Einfluss nehmen könne. Denn dann habe der Vermieter alles Erforderliche getan, um für die Mitteilung der Abrechnung an den Mieter zu sorgen.⁴¹¹ Für eine derartige einschränkende Anwendung des § 278 Satz 1 BGB fehlt es aber an einer stichhaltigen Begründung. Sie stünde auch im Widerspruch zur Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Das Zugangserfordernis dient ebenso wie der in § 556 Abs. 3 Satz 3

⁴⁰³ BGH v. 3.6.2008 – XI ZR 239/07, GE 2008, 986.

⁴⁰⁴ Ebenso: *Milger*, NZM 2009, 497.

⁴⁰⁵ so ausdrücklich der Regierungsentwurf zum Mietrechtsreformgesetz, BT-Drs. 14/4553, S. 51; vgl. auch MünchKommBGB/*Schmid*, 5. Aufl., § 556 Rz. 48; *Bamberger/Roth/Ehlert*, BGB, 2. Aufl., § 556 Rz. 65; a.A. *Miedtank*, ZMR 2005, 205, 207.

⁴⁰⁶ BGH v. 7.12.1994 – VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665, unter II 3 a; BGH v. 24.4.1996 – VIII ZR 150/95, NJW 1996, 2033, unter II 2.

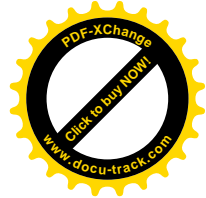
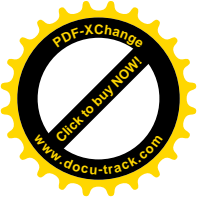
⁴⁰⁷ BGH v. 21.1.2009 – VIII ZR 107/08, WuM 2009, 236 = GE 2009, 509.

⁴⁰⁸ vgl. *Bamberger/Roth/Ehlert*, BGB, 2. Aufl., § 556 Rz. 65; *Staudinger/Weitemeyer*, BGB (2006), § 556 Rz. 109.

⁴⁰⁹ vgl. BGHZ 62, 119, 123 f.

⁴¹⁰ BGH v. 21.9.2000 – I ZR 135/98, NJW-RR 2001, 396, unter II 3; *Staudinger/Löwisch*, BGB (2004), § 278 Rz. 96; vgl. auch *Dickersbach*, Info M 2008, 219; a.A. *Kinne*, GE 2005, 1293, 1294; *Wall*, jurisPR-MietR 9/2008, Anm. 4, unter C 2.

⁴¹¹ LG Berlin, GE 2006, 1407 (ZK 62); LG Berlin GE 2007, 1317 (ZK 67); LG Potsdam, GE 2005, 1357; AG Oldenburg, ZMR 2005, 204, 205; AG Leipzig, ZMR 2006, 47; a.A. LG Düsseldorf, NZM 2007, 328; AG Meißen, WuM 2007, 628



BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen der Abrechnungssicherheit für den Mieter.⁴¹² Die Vorschriften sollen eine zeitnahe Abrechnung gewährleisten, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss.⁴¹³ Damit wäre es nicht vereinbar, den in § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB geregelten Ausnahmefall, dass der Vermieter die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat, generell dann anzunehmen, wenn auf dem Postweg für ihn unerwartete und nicht vorhersehbare Verzögerungen oder Postverluste aufgetreten sind. Denn Verzögerungen oder Verluste auf dem Postweg sind in der Regel für den Vermieter nicht vorhersehbar, so dass die einschränkende Anwendung des § 278 Satz 1 BGB im Ergebnis darauf hinaus liefe, dass im Hinblick auf den Ausschluss von Nachforderungen (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB) in allen Fällen des Postversands – abgesehen von Ausnahmesituationen (z. B. Poststreik) – doch die rechtzeitige Absendung der Abrechnung zur Fristwahrung genügen würde.

16.5.2 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. (Beispiel: Heizperiode 1.8. – 31.7.2003; Abrechnungsperiode für Betriebskosten = Kalenderjahr 2003; Erteilung der Abrechnung am 22.9.2004)

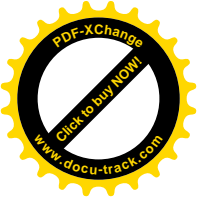
Im Beispielsfall sei der maßgebliche Abrechnungszeitraum für die jährliche Gesamtabrechnung der Vorauszahlungen auf die Betriebskosten, mit dessen Ende der Lauf der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB beginne, das Kalenderjahr.⁴¹⁴ Zwar gelte auch für eine Heizkostenabrechnung die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB. Für die in der Gesamtabrechnung enthaltene Heizkostenabrechnung 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 Betriebskosten jeweils gesondert zu prüfen wäre. Dies setzte voraus, dass über die Heizkosten getrennt - nämlich vorab innerhalb eines Jahres nach Abschluss der Heizperiode - abzurechnen gewesen wäre. Zu einer vorweggezogenen Heizkostenabrechnung sei der Vermieter jedoch nicht 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.

⁴¹² vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 37.

⁴¹³ BGH v. 5.7.2006 – VIII ZR 220/05, NZM 2006, 740, Tz. 17 m.w.N.

⁴¹⁴ BGH v. 30.4.2008 – VIII ZR 240/07, WuM 2008, 404 = NZM 2008, 520.



16.6 Berichtigung einer Abrechnung mit Guthaben in der Gewerberaummieta

87

In der Gewerberaummieta gilt § 556 Abs. 3 BGB nicht. Dennoch ist jedenfalls für die Abrechnung, die ein Guthaben ausweist, umstritten, ob der Vermieter sie berichtigen darf.

Nach *Sternel*⁴¹⁵ liegt in einer dem Mieter mitgeteilten Abrechnung, die ein Guthaben ausweist, ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gemäß §§ 781, 782 BGB, welches dazu führt, dass der Vermieter mit allen zur Zeit der Erklärung bekannten oder erkennbaren Einwendungen tatsächlicher oder rechtlicher Art ausgeschlossen ist. Um diese Verbindlichkeit zu beseitigen muss der Vermieter z.B. nach § 119 BGB anfechten. Nach anderer Meinung⁴¹⁶ kann sich eine Verbindlichkeit des Saldos entweder aus ausdrücklichen Erklärungen der Parteien oder aus einer Ausgleichung des Saldos ergeben.

Beide Meinungen sind überholt. Solange die Parteien keine ausdrückliche Erklärung abgeben, tritt eine stillschweigende Verbindlichkeit durch Übersendung der Abrechnung oder Zahlung nur ein, wenn dies zur Beilegung eines Streites oder zur Beseitigung einer Unsicherheit erfolgt.⁴¹⁷

Trotz fehlender Verbindlichkeit des Abrechnungssaldos ist der Vermieter gleichwohl nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert sein, die Abrechnung zu berichtigen. Zwar ist dem Vermieter vor Verbindlichkeit des Saldos eine einseitige Korrektur der Abrechnung grundsätzlich ohne weiteres möglich. Einer Anfechtung der Abrechnung bedarf es nicht, da es sich nicht um eine Leistungsbestimmung im Sinne des § 316 BGB handelt. Kleinere Fehler kann der Vermieter mit einer ergänzenden Mitteilung beheben, bei größeren Fehlern muss der Vermieter, wenn er eine Abrechnung berichtigen will, dem Mieter eine neue Abrechnung zukommen lassen. Diese Berichtigungsmöglichkeit soll aber auch für den Vermieter von Gewerberaum nicht grenzenlos bestehen.⁴¹⁸ Vielmehr ist auch der Vermieter von Gewerberäumen trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung über die Abrechnung der Nebenkosten gehalten, in angemessener Frist eine Abrechnung zu erteilen. Für die gewerbliche Miete fehlt es allerdings im Gegensatz zum frei finanzierten (§ 556 BGB bzw. § 4 Abs. 1 Satz 2 MHRG) und zum preisgebundenen und öffentlich geförderten Wohnraum (§ 20 Abs. 4 Satz 2 NMVO 1970) an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung. Müssen nach dem Vertrag Vorauszahlungen auf die Nebenkosten geleistet werden und steht wie hier die Höhe der Nebenkosten nicht von vornherein fest, so hat der Vermieter, der ebenso wie der Mieter für Klarheit über die gegenseitigen Ansprüche zu sorgen hat, die mietvertragliche Nebenpflicht, eine Abrechnung zu erteilen, aus der sich ergibt, ob der Mieter Nachzahlungen zu leisten oder Geld zurückzuerhalten hat.⁴¹⁹ Im Interesse der Klarheit über das Bestehen der wechselseitigen Ansprüche ist der Vermieter deshalb auch verpflichtet, von ihm erkannte Fehler in der Abrechnung zeitnah zu berichtigen. Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, hat er sein Recht auf Berichtigung der Nebenkostenabrechnung verwirkt. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Vermieter erst zwei Jahre nach der durch den Zwangsverwalter erteilten Abrechnung den Mieter auf die seiner Ansicht nach bestehenden

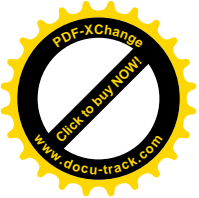
⁴¹⁵ *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., III Rz. 376 ff.

⁴¹⁶ *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 5. Aufl., VIII Rz. 183 ff.

⁴¹⁷ BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530; *Milger*, NZM 2009, 497.

⁴¹⁸ KG v. 2.12.2008 - 12 U 33/08, GE 2009, 1124.

⁴¹⁹ BGH, NJW 1984, 1684.



Fehler der Abrechnung hinweist. eine neue, berichtigte Abrechnung nicht vorlegt 88
sondern lediglich Alternativrechnungen anstellt.

17 Heizkosten

17.1 Abgrenzungsfragen bei § 1 Abs. 1 HeizkV

Ob die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1 Nr.1 oder Nr.2 HeizkV vorliegen, ist insbesondere im Hinblick auf die umlegbaren Kosten nach § 7 HeizkV von Bedeutung. Denn bei einer eigenständig gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser sind nach § 7 Abs. 4 HeizkV zusätzlich die Kosten der Wärmelieferung umlegbar.

Ein eigenständige Lieferung von Wärme liegt noch nicht vor, wenn die Heizungsanlage durch eine Fremdfirma, die auch den Verbrauch erfasst und abrechnet, gewartet wird, der Vermieter den Brennstoff aber in eigener Regie und auf eigene Kosten bezieht.⁴²⁰ Dies gilt selbst dann, wenn zusätzlich neben einem Entgelt für die Lieferung einer bestimmten Wärmemenge ein Entgelt für die "Wartung der Heizungsanlage" und den "Brennerservice" sowie "Leasingkosten für automatische Feuerungs- und Tankanlagen" bezahlt werden.

17.2 Kostenersparnis als Umlageargument

Die Kostenersparnis wird inzwischen als Argument für die Umlage von Instandsetzungs- oder Anschaffungskosten verwendet. Bei den Kosten der Ungezieferbekämpfung soll die Praxis z.B. zeigen, dass – unzweifelhaft umlegbare - regelmäßige Bekämpfungsmaßnahmen wegen der heute jedenfalls bei Neubauten üblicherweise anzutreffenden hygienischen Zuständen nicht mehr überall erforderlich sind. Herrschen in einem Objekt derartige Umstände vor und unterlässt der Vermieter daher regelmäßige (prophylaktische) Bekämpfungsmaßnahmen, um den Mieter nicht unnötig zu belasten, sollen die Kosten konkreter Befallmaßnahmen umlegbar sein⁴²¹, weil der Vermieter ansonsten durch höhere Prophylaxekosten gezwungen wäre, das Auftreten von Schädlingen zu vermeiden⁴²². Bei den Kosten der Gartenpflege wird mit dem gleichen Argument eine (Ersatz-) Beschaffung von Arbeitsgeräten, die mittelfristig bei wirtschaftlicher Betrachtung der Reduzierung von Hand- bzw. Lohnarbeiten oder der Ersparnis von Fremdarbeit dient, als umlegbar angesehen⁴²³.

Das Argument der Ersparnis reicht aber nicht aus, die Umlage von Leasingkosten für Brenner, Öltank und Verbindungsleitungen zu begründen, auch wenn durch die Umstellung auf eine – automatische – Verbrennung von Öl Kosten der Bedienung einer (früheren) Koksheizung mit einem hohen Lohnanteil entfallen.⁴²⁴ Denn die Kostenersparnis rechtfertigt es nicht, die Leasingkosten, die das Entgelt für die Überlassung der Leasing Sache sind, als Bedienungskosten im Sinne des § 7 Abs. 2 HeizkV zu qualifizieren. Dafür, dass damit nicht nur tatsächlich entstandene, sondern auch rein fiktive, gleichsam vermiedene Bedienungskosten gemeint sein könnten,

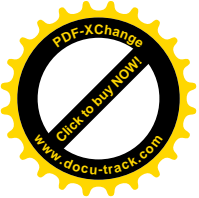
⁴²⁰ BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 92/08, WuM 2009, 115 = GE 2009, 258 = NZM 2009, 120 = ZMR 2009, 354.

⁴²¹ LG Köln, ZMR 1998, S. XII Nr. 22.

⁴²² AG Offenbach, NZM 2002, 204.

⁴²³ AG Schöneberg, NZM 2001, 808; vgl. auch AG Lichtenberg, MM 2003, 246.

⁴²⁴ BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 92/08, WuM 2009, 115, 117 = GE 2009, 258 = NZM 2009, 120 = ZMR 2009, 354..



ist nichts ersichtlich. Vielmehr würde die Berücksichtigung rein fiktiver Bedienungskosten dem Zweck der Vorschrift widersprechen, die – wie die Heizkostenverordnung insgesamt – dazu dient, Heizenergie dadurch einzusparen, dass dem Verbraucher mit der Abrechnung nicht nur sein Energieverbrauch, sondern auch die von seinem Verbrauch verursachten Kosten vor Augen geführt werden.⁴²⁵

89

Die Aufzählung der Betriebskosten in § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV ist ebenfalls abschließend und wegen § 556 Abs. 1 BGB, der unter dem Schutz des § 556 Abs. 4 BGB steht, nicht erweiterbar⁴²⁶. Deshalb greift das Argument der Kostenersparnis bei reinen Betriebskosten ebenfalls nicht durch.

18 Beendigung des Mietvertrages

18.1 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 verkehrswesentliche Eigenschaften des Mietobjekts selbst beziehe.⁴²⁷ 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.⁴²⁸ 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.⁴²⁹ Die Gegenmeinung⁴³⁰ verweist darauf, dass für Mietverträge kein Anlass bestehe, von der gesetzlichen Bestimmung des § 142 Abs. 1 BGB durch Richterrecht abzuweichen. Denn jedenfalls für die Geschäftsraummietsache lasse sich ein die Rückabwicklung ausschließender sozialer Einschlag nicht erkennen.⁴³¹

Der BGH hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen.⁴³² 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

⁴²⁵ BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 57/07, WuM 2008, 556 = NZM 2008, 767, Tz. 24 m.w.N.

⁴²⁶ Vgl. auch BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 92/08, WuM 2009, 115, 117 = NZM 2009, 120 = ZMR 2009, 354. (zu Heizkosten).

⁴²⁷ *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., I Rz. 245; Bub in: Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummietsache, 3. Aufl., II Rz. 673.

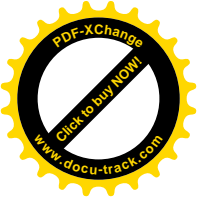
⁴²⁸ (RGZ 157, 173, 174; KG, NZM 2002, 21; LG Mannheim, ZMR 1990, 303; Emmerich/Sonnenschein/Rolfs, *Miete*, 9. Aufl., § 542 BGB Rz. 82; Soergel/Heintzmann, *BGB*, 12. Aufl., vor § 542 Rz. 2; Hübner/Griesbach/Schreiber in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann *Geschäftsraummietsache*, Kap. 14 Rz. 214; Kraemer in: Bub/Treier Hb der Geschäfts- und Wohnraummietsache, 3. Aufl., III Rz. 1326; MünchKomm/Häublein, *BGB*, 5. Aufl., vor § 536 Rz. 24.

⁴²⁹ 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 Wohnraummietsache: Hille, WuM 1984, 292, 293.

⁴³⁰ 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.

⁴³¹ KG, NZM 2002, 21.

⁴³² BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, GuT 2008, 330 = ZMR 2009, 102.



BGB einerseits und die Gewährleistungs- sowie die Kündigungsvorschriften 90
seits unterschiedliche Sachverhalte regelten und unterschiedliche Schutzzwecke
verfolgten. Die Anfechtung schützt die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit. Gegenstand
der Gewährleistungsrechte und der außerordentlichen Kündigung sei eine aktuelle Leistungsstö-
rung. Eine Abweichung von § 142 Abs. 1 BGB sei jedenfalls bei der Geschäftsraummieta 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.

18.1.1 Rechtsfolge: Nutzungsentschädigung inklusive Umsatzsteuer

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) eines unwirksa-
men Mietvertrages erfolgt nach den Grundsätzen der Saldotheorie, indem durch Vergleich der
durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile ermittelt wird, ob sich für
den Vermieter ein Überschuss (Saldo) ergibt.⁴³³ Eine Einschränkung der Saldotheorie zum
Schutz eines arglistig Getäuschten ist grundsätzlich nicht geboten, wenn der Täuschende Berei-
cherungsausgleich verlangt. Nach der Saldotheorie werden Gegenansprüche des Getäuschten
ohne weiteres als Abzugspositionen in die Saldierung einbezogen.

Herauszugeben ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB das durch die Leistung des Vermieters
Erlangte. Das ist regelmäßig die gewährte Gebrauchsüberlassung der Räume. Da die Herausga-
be der Gebrauchsüberlassung wegen ihrer Beschaffenheit nicht möglich ist, hat der Mieter als
gutgläubiger Bereicherungsschuldner nach § 818 Abs. 2 BGB deren Wert zu ersetzen. Dessen
Höhe richtet sich nach dem objektiven Verkehrswert des rechtsgrundlos Erlangten, somit nach
der Miete, die auf dem örtlichen Markt für vergleichbare Objekte erzielt wird.⁴³⁴

Insoweit kann die auf den Wertersatz entfallende Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht werden.⁴³⁵
Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG liegt ein steuerbarer Umsatz vor, wenn ein Unternehmer im Inland
eine Lieferung oder sonstige Leistungen im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Ob es sich
bei dem Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB um nicht steuerbaren Schadenersatz oder um
eine steuerbare sonstige Leistung handelt, hängt davon ab, ob die Zahlung des Wertersatzes
mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung steht und damit ein Leistungsaus-
tausch stattgefunden hat. Davon ist bei einem Wertersatzanspruch, der gemäß § 818 Abs. 2
BGB bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Mietvertrages entsteht, auszuge-
hen. Denn er tritt im Rahmen der Abwicklung eines gegenseitigen Leistungsverhältnisses an die
Stelle der vereinbarten Vergütung und ist deshalb umsatzsteuerpflichtig.⁴³⁶

⁴³³ BGH v. 10.2.1999 - VIII ZR 314/97, NJW 1999, 1181.

⁴³⁴ BGH v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NZM 1998, 192, 194; BGHZ 132, 198, 207; 168, 220, 239.

⁴³⁵ BGH v. 6.8.2008 - XII ZR 67/06, GuT 2008, 330 = ZMR 2009, 102.

⁴³⁶ vgl. BGH v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NZM 1998, 192, 194 f.; BGHZ 175, 118.



18.1.2 Rechtsfolge: Nutzungsentschädigung inklusive hängiger Nebenkosten

91

Das Einbeziehen von verbrauchsunabhängigen Nebenkosten in die nach Bereicherungsrecht zu leistende Nutzungsentschädigung könnte daran scheitern, dass es sich dabei nicht um Gebrauchsvorteile handelt.

Der nach § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzende Wert der erlangten Gebrauchsvorteile bestimmt sich nach der ortsüblichen Miete. Diese beinhaltet in dem Umfang, in dem verbrauchsunabhängige Nebenkosten ortsüblich als Teil der Miete mit vereinbart werden, auch diese Nebenkosten. Da bei der Geschäftsraummiete die vereinbarte Miete abweichend von der gesetzlichen Bestimmung in § 535 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB in der Regel die Grundmiete und verbrauchsunabhängige Nebenkosten enthält, spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass auch im örtlichen Bereich der im Streit befindlichen Räume üblicherweise bestimmte verbrauchsunabhängige Nebenkosten vom Mieter zu tragen sind.⁴³⁷ Ob und in welchem Umfang dies der Fall ist, wird erforderlichenfalls durch Sachverständigengutachten festzustellen sein. Ferner sind im Rahmen des Bereicherungsanspruchs des Vermieters die verbrauchsabhängigen Nebenkosten nur zu berücksichtigen, wenn der Vermieter sie konkret darlegt, was z.B. durch Vorlage der Nebenkostenabrechnungen geschehen kann.

18.2 Ordentliche Kündigung

18.2.1 § 573 Abs. 2 Nr.1 BGB

18.2.1.1 Schuldhafte 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.

Ohne diese Frage besonders zu prüfen, nimmt der BGH eine schuldhafte nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters an, der mit Mietanteilen in Rückstand geraten war, die nach der Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB geschuldet wurden.⁴³⁸ Insoweit sah der Senat insbesondere ein ausreichendes Verschulden des Mieters. Denn die Nichtzahlung erfolgte nicht wegen einer wirtschaftlichen Notlage, die das Verschulden ausschließen könne,⁴³⁹ 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.

⁴³⁷ BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/07, GuT 2008, 330.

⁴³⁸ BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, WuM 2008, 31 = GE 2008, 114 = NZM 2008, 121 = ZMR 2008, 196.

⁴³⁹ vgl. BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 = ZMR 2005, 356, unter II 2 d cc).



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.⁴⁴⁰

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.⁴⁴¹

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.

18.2.2 § 573 Abs. 2 Nr.2 BGB

18.2.2.1 Entfernte Verwandte als Begünstigte

Eigenbedarf kann der Vermieter auch für Familienangehörige geltend machen. Der Begriff des Familienangehörigen ist gesetzlich nicht definiert und entzieht sich nach der hierzu bestehenden Rechtsprechung auch einer allgemeinen Festlegung. Nur bei engsten Angehörigen wie Ehegatten, Eltern, Kindern und Geschwistern bedarf es im Einzelfall keiner weiteren Begründung der Eigenschaft „Familienangehöriger“.

Ansonsten fallen unter diesen Begriff alle entfernteren Verwandten, zu denen der Vermieter eine engere persönliche Bindung hat und denen gegenüber er rechtlich oder moralisch zur Unterhaltungsgewährung oder Fürsorge verpflichtet ist.⁴⁴²

Die Rechtsprechung hierzu ist kaum überschaubar;⁴⁴³ sie befasst sich in erster Linie mit der Frage, ob außer den engsten Angehörigen bestimmte andere Angehörige auch unabhängig von einer besonderen Bindung Familienangehörige im Sinne der Vorschrift sind. Wird der Vermieter geschäftsunfähig muss das Näheverhältnis zu einer Zeit bestanden haben, in der der Vermieter (noch) in der Lage war, selbst über einen Eigenbedarfswunsch zu entscheiden.⁴⁴⁴

18.2.2.2 Erneute Kündigung nach Klageabweisung

Ob der Vermieter, der im Prozess unterlegen ist, erneut kündigen kann, richtet sich nach dem Streitgegenstand des Vorprozesses. Weist das Gericht die Klage als z.Zt. unbegründet ab, kann der

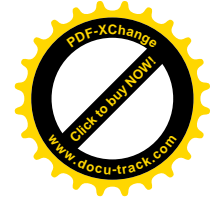
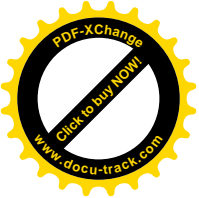
⁴⁴⁰ Vgl. zur Methodik: Beyer, InfoM 2008, 317.

⁴⁴¹ KG v. 9.6.2008 – 8 U 217/07, GE 2008, 925 = ZMR 2009, 30.

⁴⁴² BGH v. 3.3.2009 – VIII ZR 247/08, WuM 2009, 294 = DWW 2009, 189 = GE 2009, 714; LG Berlin v. 24.10.2003 – 65 S 240/03, MM 2004, 123; LG Heidelberg v. 16.4.1991 – 5 S 16/91, DWW 1991, 244.

⁴⁴³ Vgl. die Übersicht bei Eisenhardt in Lützenkirchen AHB Mietrecht, 3. Aufl., J Rz. 184.

⁴⁴⁴ AG Nürtingen v. 15.5.2007 – 10 C 395/07, WuM 2007, 578.



Vermieter ggf. unter Behebung des Mangels erneut (mit dem gleichen Grund) kündigen **93** und Räumungsklage erheben.⁴⁴⁵

Die Rechtskraft eines klageabweisenden Urteils hindert eine neue Klage nicht, wenn die Klage im Vorprozess nicht als (schlechthin) unbegründet, sondern nur als derzeit unbegründet abgewiesen worden ist, wobei es unschädlich ist, wenn dies im Tenor der Entscheidung nicht zum Ausdruck kommt.⁴⁴⁶

18.2.2.3 Kündigung innerhalb der ersten fünf Jahre

Der Vermieter setzt sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn er eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, sie alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen. Er darf dem Mieter, der mit einer längeren Mietdauer rechnet, die mit jedem Umzug verbundenen Belastungen dann nicht zumuten, wenn er ihn über die Absicht oder zumindest die Aussicht begrenzter Mietdauer nicht aufklärt.⁴⁴⁷

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird dabei - im Anschluss an einen in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Februar 1989⁴⁴⁸ enthaltenen Hinweis auf die nach damaliger Rechtslage für Zeitmietverträge in § 564c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB aF vorgesehene Höchstfrist - meist auf eine Frist von fünf Jahren abgestellt, innerhalb derer der Vermieter das Mietverhältnis mit Rücksicht auf Treu und Glauben nicht wegen Eigenbedarfs kündigen könne.⁴⁴⁹ Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Vermieters wird teilweise schon dann bejaht, wenn der bei Abschluss des Mietvertrages nicht offenbarte (künftige) Eigenbedarf nur eine Möglichkeit darstellte, die der Vermieter angesichts seiner familiären Umstände hätte in Betracht ziehen können.⁴⁵⁰

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Vermieter den Mieter bei Abschluss des Mietvertrages auch auf einen nur möglichen Eigenbedarf - beispielsweise im Hinblick auf heranwachsende Kinder - hinweisen muss, hat der BGH⁴⁵¹ offen gelassen, weil im konkreten Mietverhältnis zwar seit Abschluss des Mietvertrages noch keine fünf Jahre vergangen waren, der Mieter aber insgesamt schon neun Jahre nach der dritten Verlängerung des Mietvertrages in der Wohnung lebte.

⁴⁴⁵ BVerfG v. 30.9.2003 – 1 BvR 2388/02, ZMR 2004, 94.

⁴⁴⁶ BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, WuM 2009, 180 = GE 2009, 575; BVerfG, NJW 2003, 3759, unter II 1 b; a.A. LG Hamburg, MDR 1978, 847, vgl. auch *Schopp*, MDR 1979, 57 f.; *Stadie*, MDR 1978, 798 ff.

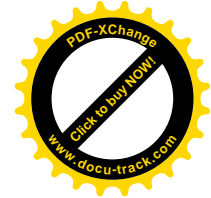
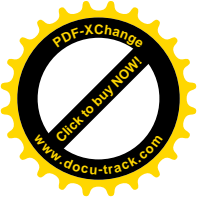
⁴⁴⁷ BVerfGE 79, 292, 308 f.; BVerfG, NJW-RR 1993, 1357; LG Münster, NJW-RR 1990, 1354; LG Berlin, NZM 1998, 433 f.; Palandt/*Heinrichs*, BGB, 68. Aufl., § 242 Rz. 56; MünchKommBGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 573 Rdnr. 72 f.; Bub/*Treier/Grapentin*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rz. 75; Emmerich/*Sonnenschein/Haug*, Miete, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 52 f.; in der Begründung teilweise abweichend Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 134.

⁴⁴⁸ BVerfGE 79, 292, 309 f.

⁴⁴⁹ LG Berlin, NZM 1998, 433 f.; LG Hamburg, NJW-RR 1994, 465 f. und WuM 1993, 50.

⁴⁵⁰ LG Hamburg, NJW-RR 1994, 465 f.; LG Karlsruhe, WuM 1988, 276; LG Paderborn, WuM 1994, 331; vgl. aber LG Düsseldorf, WuM 1989, 414; auch nach MünchKommBGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 573 Rz. 73 genügt eine "gewisse Wahrscheinlichkeit des künftigen Eigenbedarfs" nicht; ähnlich *Sonnenschein*, NJW 1993, 161, 168

⁴⁵¹ BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, WuM 2009, 180 = GE 2009, 575.



Ein Vermieter, der schuldhaft eine Kündigung wegen Eigenbedarfs ausspricht, der in Wahrheit nicht besteht, ist dem Mieter grundsätzlich zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.⁴⁵²

Einem Mieter, der auf eine Kündigung wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarfs hin auszieht, stehen Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung auch dann zu, wenn der Eigenbedarf zwar entgegen § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht im Kündigungsschreiben als berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses angegeben und die Kündigung deshalb unwirksam ist, der Vermieter dem Mieter den Eigenbedarf aber schlüssig dargetan und der Mieter keine Veranlassung hatte, die Angaben des Vermieters in Zweifel zu ziehen.⁴⁵³ Der Kausalzusammenhang zwischen der von dem Vermieter geltend gemachten (vorgetäuschten) Eigennutzungsabsicht und dem Schaden des Mieters wird durch eine einvernehmliche Beendigung des Mietverhältnisses nicht unterbrochen, obwohl er zu diesem Zeitpunkt mangels ordnungsgemäß begründeter Kündigungserklärungen nicht zur Räumung des Mietobjekts verpflichtet war.⁴⁵⁴ Entscheidend ist nicht, ob der Mieter bereits zur Räumung verpflichtet ist, sondern allein, ob er das Räumungsverlangen materiell für berechtigt halten darf, weil er keinen Anlass hat, an der Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu dem geltend gemachten Eigenbedarf zu zweifeln. Auch wenn der Mieter sich unter dem Eindruck des als bestehend angenommenen Eigenbedarfs zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses bereit findet und das Mietobjekt freigibt, ohne auf die formale Wirksamkeit der Kündigungserklärung des Vermieters abzustellen, räumt er die Mietwohnung nicht aus freien Stücken, sondern in der Vorstellung, dazu jedenfalls materiell verpflichtet zu sein. Unerheblich ist schließlich, ob der Mieter bei Abschluss des Aufhebungsvertrags bereits eine neue Wohnung angemietet hat. Steht die Anmietung der neuen Wohnung unter dem Eindruck der scheinbar materiell gerechtfertigten Eigenbedarfskündigung, ist auch insoweit die arglistige Täuschung des Vermieters ursächlich für den hieraus entstehenden Schaden des Mieters.⁴⁵⁵

*Dies kann anders zu beurteilen sein, wenn die Mietvertragsparteien die Beendigung des Mietverhältnisses im Wege eines Vergleichs vereinbaren, durch den der Streit über den vom Vermieter behaupteten, vom Mieter in Abrede gestellten Eigenbedarf beigelegt wird.*⁴⁵⁶

18.2.3 § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Für diesen Kündigungstatbestand sind drei Voraussetzungen zu prüfen.

18.2.3.1 Wirtschaftliche Verwertung

Der Begriff der wirtschaftlichen Verwertung erfordert eine Maßnahme des Vermieters zur Realisierung des dem Gebäude innewohnend materiellen Wertes.⁴⁵⁷ Dies ist z.B. beim Verkauf der

⁴⁵² BGH v. 18.5.2005 - VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395, unter II 1 m.w.N.

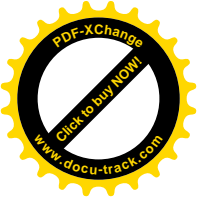
⁴⁵³ BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 231/07, WuM 2009, 359 = GE 2009, 710 = NZM 2009, 429.

⁴⁵⁴ vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54, 55; BayObLG, NJW 1982, 2003, 2004; Münch-KommBGB/Häublein, 5. Aufl., § 573 BGB Rz. 108; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rz. 79.

⁴⁵⁵ OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54, 56.

⁴⁵⁶ vgl. dazu OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1995, 145, 146.

⁴⁵⁷ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, NJW 2004, 1736 = WuM 2004, 277 = NZM 2004, 377.



Fall. Der ersatzlose Abriss zur Vermeidung von Unkosten bedeutet aber z.B. keine Realisierung des dem Grundstück innewohnenden Wertes, wie sich bereits aus den Gesetzesmaterialien ergebe, wo als Beispiel für eine wirtschaftliche Verwertung neben dem Verkauf der Abbruch des Gebäudes mit anschließendem Wiederaufbau angeführt ist.⁴⁵⁸

Der von dem Vermieter geplante Abriss des vorhandenen Gebäudes und seine Ersetzung durch einen Neubau stellt ebenfalls eine wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks dar.⁴⁵⁹

18.2.3.2 Angemessenheit der Verwertung

Angemessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist eine wirtschaftliche Verwertung dann, wenn sie von vernünftigen, nachvollziehbaren Erwägungen getragen wird.⁴⁶⁰

Diese Voraussetzungen sind anzunehmen, wenn einem Abriss eines sanierungsbedürftigen Gebäudes städtebauliche Gründe (Denkmalschutz) nicht entgegenstehen und eine Abrissgenehmigung bereits ebenso vorliegt wie die Genehmigung für den geplanten Neubau, mit dem zudem in erheblichem Umfang zusätzlicher Wohnraum geschaffen wird.⁴⁶¹ Denn gegen Investitionen in das vorhandene sanierungsbedürftige Gebäude sprachen die verhältnismäßig geringe Restnutzungsdauer von 15 bis 20 Jahren und der allein für eine "Minimalsanierung" erforderliche Kostenaufwand von 70.000 EUR.

18.2.3.3 Erhebliche Nachteile

Die Beurteilung der Frage, ob dem Eigentümer durch den Fortbestand eines Mietvertrages ein erheblicher Nachteil entsteht, ist vor dem Hintergrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und damit des grundsätzlichen Bestandsinteresses des Mieters, in der bisherigen Wohnung als seinem Lebensmittelpunkt zu verbleiben, vorzunehmen. Das Eigentum gewährt dem Vermieter vor diesem Hintergrund keinen Anspruch auf Gewinnoptimierung oder auf Einräumung gerade der Nutzungsmöglichkeiten, die den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil versprechen.⁴⁶² Auch das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und deshalb grundgesetzlich geschützt.⁴⁶³ Auf der anderen Seite dürfen die dem Vermieter entstehenden Nachteile jedoch keinen Umfang annehmen, welcher die Nachteile weit übersteigt, die dem Mieter im Falle des Verlustes der Wohnung erwachsen.⁴⁶⁴

Die im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erforderliche Abwägung zwischen dem grundsätzlichen Bestandsinteresse des Mieters und dem Verwertungsinteresse des Eigentümers entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung; sie lässt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung

⁴⁵⁸ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, NJW 2004, 1736 = WuM 2004, 277 = NZM 2004, 377.

⁴⁵⁹ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, WuM 2009, 182 = GE 2009, 381.

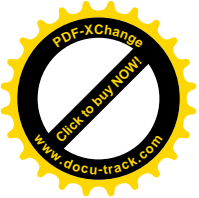
⁴⁶⁰ MünchKommBGB/Häublein, 5. Aufl., § 573 Rz. 88; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 573 Rz. 131; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 573 Rz. 24; Schach in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 573 Rz. 44; AnwK/Hinz, BGB, § 573 Rz. 58.

⁴⁶¹ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, WuM 2009, 182 = GE 2009, 381.

⁴⁶² vgl. BVerfGE 84, 382, 385 = NJW 1992, 361, 362.

⁴⁶³ BVerfGE 89, 1, 6 ff. = NJW 1993, 2035, 2036.

⁴⁶⁴ BVerfGE 79, 283, 290 = NJW 1989, 972, 973.



aller Umstände des Einzelfalls und der konkreten Situation des Vermieters 96
fen.⁴⁶⁵ Dabei handelt es sich um eine trichterliche Frage, die vom Revisionsgericht
nur eingeschränkt dahin überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht die Wertungsgrenzen
erkennt, die tatsächliche Wertungsgrundlage ausgeschöpft und die Denk- und Erfahrungssätze
beachtet hat.

Diese Anforderungen sind erfüllt, wenn der schlechte Zustand des Gebäudes eine umfassende
und nachhaltige Sanierung oder einen Abriss mit anschließendem Neubau gebiete und der Ver-
mieter nicht auf eine bloße "Minimalsanierung", mit der eine Verlängerung der Nutzungsdauer
des Objektes nicht erzielt werde, verwiesen werden könne.⁴⁶⁶ Dem Eigentümer sei auch allge-
mein ein anerkennenswertes Interesse daran nicht abzusprechen, eine angesichts des sanie-
rungsbedürftigen Gebäudezustands bereits gebotene nachhaltige Verbesserung oder dauerhafte
Erneuerung seines Eigentums alsbald und nicht erst bei vollständigem Verbrauch der bisherigen
Bausubstanz zu realisieren.

*Der BGH setzt damit für die Instanzrechtsprechung teilweise neue Maßstäbe. Denn es kommt
nicht allein auf einen wirtschaftlichen Schaden an. Vielmehr ist auch ein Nachteil allein deshalb
anzunehmen, dass der Wohnraum nicht mehr modernen Ansprüchen gerecht wird.*

18.3 Kündigungsbeschränkungen

18.3.1 Anwendungsbereich der Kündigungssperrfrist

Mit der Kündigungssperrfrist für Eigenbedarfskündigungen (heute § 577a BGB) wollte der Ge-
setzgeber den Mieter besonders davor schützen, dass umgewandelte Eigentumswohnungen
häufig zur Befriedigung eigenen Wohnbedarfs erworben werden, der durch die Kündigungs-
schutzbestimmungen erstrebte Bestandsschutz für den Mieter dadurch also besonders gefähr-
det ist.⁴⁶⁷ Gerade die erhöhte Gefahr einer Eigenbedarfskündigung nach Umwandlung des ver-
mieteten Wohnraums in eine Eigentumswohnung und Veräußerung an einen neuen Eigentümer
stellt nach der Auffassung des Gesetzgebers auch die Rechtfertigung für die mit der (verlängerten)
Kündigungssperrfrist verbundene Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Ei-
gentümergebenisse (Art. 14 GG) sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers dar.⁴⁶⁸ In
Ergänzung dazu ist die Sperrfrist für Verwertungskündigungen eingeführt worden, um zu ver-
hindern, dass infolge der (verlängerten) Sperrfrist für Eigenbedarfskündigungen der Kündi-
gungsgrund des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB (§ 564b Abs. 2 Nr. 3 BGB a.F.), der dem Vermieter
eine angemessene wirtschaftliche Verwertung sichern soll, an Bedeutung gewinnt, weil durch
die Sperrfrist für Eigenbedarfskündigungen der wirtschaftliche Wert der Wohnung sinkt. Der
Mieter sollte deshalb gegen Kündigungen wegen Veräußerungsabsichten des Erwerbers densel-
ben Schutz erhalten wie gegen Kündigungen wegen Eigenbedarfs.⁴⁶⁹ An dieser Schutzrichtung

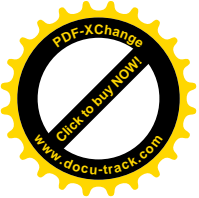
⁴⁶⁵ LG Berlin, NJW-RR 1988, 527, 528 ; Staudinger/Rolfs, BGB (2006), § 573 Rz. 156; Schmidt-Futterer/Blank, Miet-
recht, 9. Aufl., § 573 Rz. 168; Bub/Treier/Grapentin, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV 1 Rdnr.
82.

⁴⁶⁶ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, WuM 2009, 182 = GE 2009, 381.

⁴⁶⁷ BT-Drs. 11/6374, S. 5.

⁴⁶⁸ BT-Drs. 11/6374, S. 5 f.

⁴⁶⁹ BT-Drs. 11/6374, S. 7.



hat sich durch die Zusammenführung der Sperrfristregelungen in § 577a BGB durch das Mietrechtsreformgesetz nichts geändert.⁴⁷⁰ 97

Die ganz herrschenden Meinung⁴⁷¹ lehnt eine Erweiterung der Sperrfristregelung des § 577a BGB auf Kündigungen nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ab. Allein, dass § 573 Abs. 2 BGB den Absatz 1 der Vorschrift durch Regelbeispiele konkretisiert, rechtfertigt nicht die Annahme, dass § 577a BGB, der seinem Wortlaut nach nur für die Regelbeispiele des § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB gilt, auch in (anderen) Fällen des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB Anwendung finden müsse, in denen die Kündigung nicht auf einer schuldhaften Pflichtverletzung des Mieters beruhe, sondern - im weiteren Sinne - zum Zwecke einer Eigennutzung der Wohnung durch den Vermieter ausgesprochen wird.⁴⁷² Vielmehr sei die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren, der den Anwendungsbereich von § 577a BGB auf die Eigenbedarfs- und die Verwertungskündigung beschränkt habe.

Auch der BGH sieht keine Grundlage für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf andere Kündigungsgründe im Sinne von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil insoweit keine planwidrige Gesetzeslücke bestehe.⁴⁷³ Auch unabhängig von Kündigungen wegen schuldhafter Pflichtverletzungen durch den Mieter umfasse § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Vielzahl möglicher Kündigungstatbestände, die - nach der Auffassung des Gesetzgebers - nicht dieselbe naheliegende Gefahr einer Verdrängung des Mieters nach Umwandlung in Wohnungseigentum bergen wie die Eigenbedarfs- und die Verwertungskündigung. Dass ein Vermieter deshalb ein berechtigtes Interesse an der Kündigung habe, weil er die Wohnung für seinen Betrieb oder für Angestellte seines Haushalts benötige, die ungeachtet ihrer auf den Haushalt des Vermieters bezogenen Tätigkeit in der Wohnung einen eigenen Haushalt führen wollten und sollten, sei nicht in demselben Maße wahrscheinlich wie eine Kündigung wegen Eigenbedarfs, auch wenn die genannten Kündigungsgründe im Hinblick auf die Interessen von Mieter und Vermieter mit Eigenbedarf vergleichbar zu sein scheinen.

18.3.2 Anwendbarkeit des § 577a BGB bei Erwerb durch GbR

Eine unmittelbare Anwendung von § 577a BGB scheidet aus, wenn im Zeitpunkt der Kündigung durch den Vermieter eine Umwandlung in Wohnungseigentum noch nicht erfolgt ist.⁴⁷⁴ Denn der Vermieter erwirbt in diesem nicht Wohnungseigentum, sondern das bebaute Grundstück als solches. Sind die Aufteilung des Anwesens in Wohnungseigentum und die Eintragung des Gesellschafters als Eigentümer der Wohnung im Grundbuch erst nach Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist durchgeführt worden.

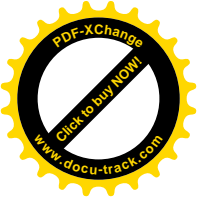
⁴⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 72 f.

⁴⁷¹ Münch-KommBGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 577a Rz. 9; Staudinger/*Rolfs*, BGB (2006), § 577a Rz. 25 f.; Soergel/*Heintzmann*, BGB, 13. Aufl., § 577a Rz. 2; *Franke* in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht (Stand November 2008), § 577a Anm. 5.1; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., IV 146; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577a Rz. 12; *Herrlein* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 577a Rz. 5; AnwK-BGB/*Hinz*, § 577a Rz. 15.

⁴⁷² A.A. Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 577a Rz. 18; vgl. auch *Barthelmess*, Wohnraummietrecht, Miethöhegesetz, 5. Aufl., § 564b BGB Rz. 84.

⁴⁷³ BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 127/08, WuM 2009, 294 = GE 2009, 651 = NZM 2009, 430.

⁴⁷⁴ BGH v. 9.7.2003 - VIII ZR 26/03, NJW 2003, 3265, unter II 1.



98

Fraglich ist aber, ob eine Analogie zu § 577a BGB geboten ist, wenn dem Gesamtgeschehen ein auf die Umgehung der Schutzvorschrift des § 577a BGB ausgerichtetes modellhaftes Vorgehen eines Bauträgers zugrunde liegt, insbesondere der Bauträger Interessenten für eine Wohnung (nicht für einen Gesellschaftsanteil) geworben habe, mit den Interessenten eine BGB-Gesellschaft gegründet, in der bestimmte Wohnungen einzelnen Gesellschaftern schuldrechtlich zugewiesen würden mit dem Hinweis darauf, dass eine Aufteilung in Wohnungseigentum erfolgen werde, das Objekt durch die BGB-Gesellschaft erworben, sodann die Kündigung wegen Eigenbedarfs des Gesellschafters in Bezug auf die ihm schuldrechtlich zugewiesene Wohnung ausgesprochen und das Objekt saniert, um nach Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung und Aufteilung des Anwesens nach dem Wohnungseigentumsgesetz die BGB-Gesellschaft im Wege der Veräußerung des Wohnungseigentums von der BGB-Gesellschaft an den einzelnen Interessenten auseinanderzusetzen.

Dabei handelt es sich um eine Gestaltung, die vom Schutzzweck des § 577a BGB nicht erfasst wird.⁴⁷⁵ Die Bestimmung hat den Zweck, dem durch die Umwandlung in Wohnungseigentum gefährdeten Bestandsschutzinteresse des Mieters Rechnung zu tragen.⁴⁷⁶ Mit der Kündigungssperrfrist für Eigenbedarfskündigungen wollte der Gesetzgeber den Mieter besonders davor schützen, dass umgewandelte Eigentumswohnungen häufig zur Befriedigung eigenen Wohnbedarfs erworben werden, der durch die Kündigungsschutzbestimmungen erstrebte Bestandsschutz für den Mieter dadurch also besonders gefährdet ist. Auf den Schutz vor einer unabhängig von der Umwandlung bestehenden Eigenbedarfslage ist die Vorschrift nach ihrem Normzweck nicht zugeschnitten. So greift die Wartefristregelung aus § 577a BGB für eine Eigenbedarfskündigung nicht schon bei der Begründung von Wohnungseigentum durch den bisherigen Eigentümer ein, sondern erst nach Veräußerung der Eigentumswohnung an deren Erwerber. Deshalb darf sich der Eigentümer einer Wohnung als Vermieter grundsätzlich auf ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses (Eigenbedarf) ohne Rücksicht auf die Wartefrist berufen, wenn er erst nach Überlassung der Wohnung an den Mieter das Hausgrundstück als Miteigentümer in einer Bruchteilsgemeinschaft mit Dritten erworben hat und die Erwerber das Miteigentum gemäß § 3 WEG in der Weise beschränkt haben, dass jedem Miteigentümer Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung eingeräumt wird.⁴⁷⁷ Dem ist die hier zu entscheidende Fallgestaltung vergleichbar. Es liegt auch keine unzulässige Umgehung von § 577a BGB durch den Vermieter (GbR) vor. Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung nicht verhindern, dass eine Mehrheit von Personen, sei es in Form einer Miteigentümergeinschaft, sei es in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ein größeres Anwesen zum Zwecke der Eigennutzung erwirbt, auch wenn dadurch eine vergleichbare Gefährdung des Bestandsschutzinteresses der Mieter eintreten mag, wie sie im Falle der Bildung und Veräußerung von Wohnungseigentum besteht. Daran, dass diese Fallgestaltung von § 577a BGB nicht erfasst wird, ändert sich nichts dadurch, dass die Erwerber die Absicht haben, früher oder später Wohnungseigentum zu bilden.

⁴⁷⁵ BGH v. 16.07.2009 - VIII ZR 231/08, GE 2009, 1119.

⁴⁷⁶ BGHZ 126, 357, 365.

⁴⁷⁷ BGHZ 126, 357, 365.



18.4 Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

99

18.4.1 § 57a ZVG

Nach § 57a ZVG hat der Ersteher in der Zwangsversteigerung ein Sonderkündigungsrecht. Hat der Mieter einen Baukostenzuschuss geleistet, konnte er die nach dem bis zum 31. Januar 2007 geltenden § 57c Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ZVG der Kündigung entgegenhalten, wenn der Vorschuss noch nicht abgewohnt war. Inzwischen ist § 57c ZVG aufgehoben worden, so dass sich die Frage stellt, in welchem Umfang er heute noch anwendbar ist.

Nach Auffassung des BGH⁴⁷⁸ hat sich die Aufhebung dieser Vorschrift auf die Rechte und Pflichten der Parteien nicht ausgewirkt, solange die Bestimmung nach dem Inhalt des Zuschlagsbeschlusses insoweit anwendbar bleibt. Der Zuschlagsbeschluss sei bestimmend für die Rechtsstellung des Erstehers und für die Änderungen, die durch den Zuschlag an den Rechten der Beteiligten eintreten.⁴⁷⁹ Die nach § 82 ZVG in die Entscheidung aufzunehmenden Versteigerungsbedingungen würden einen notwendigen Bestandteil des Zuschlagsbeschlusses darstellen.⁴⁸⁰ Dem stehe nicht entgegen, dass der Gesetzgeber § 57c ZVG aufgehoben habe, ohne eine gesonderte Anordnung für seine Fortgeltung zu treffen. Zwar würden insoweit keine Überleitungsbestimmungen bestehen und sei ihr Wegfall daher auch in laufenden Verfahren zu berücksichtigen.⁴⁸¹ Daraus folge jedoch nur, dass es nach dem 31.1.2007 für die Anmeldung einer Forderung im Sinne von § 57c Abs. 1 ZVG mit der Folge des Aufschiebs des Kündigungsrechts keine gesetzliche Grundlage mehr gab. Am 31.1.2007, dem Tag der Versteigerung, war die Vorschrift hingegen noch in Kraft und gehörte somit zu den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen, zu denen die Versteigerung an diesem Tag durchgeführt wurde. Der Zuschlagsbeschluss sei ausdrücklich auf der Grundlage der am 31.1.2007 geltenden gesetzlichen Versteigerungsbedingungen ergangen und habe mit diesem Inhalt auch Rechtskraft erlangt. Daran wären die Kläger selbst dann gebunden, wenn die Entscheidung mit diesem Inhalt nicht hätte ergehen dürfen, denn eine Bindung an die durch den Zuschlagsbeschluss geschaffene Rechtslage tritt auch dann ein, wenn er rechtsfehlerhaft ergangen sei.⁴⁸²

18.5 Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund

18.5.1 Anforderungen an die Abmahnung

Eine Abmahnung ist eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, die darauf abzielt, der anderen Vertragspartei ein bestimmtes, als Vertragsverletzung beanstandetes Fehlverhalten vor Augen zu führen, und zwar verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten zur Vermeidung weiterer vertragsrechtlicher Konsequenzen aufzugeben oder zu ändern.⁴⁸³

⁴⁷⁸ BGH v. 11.3.2009 – VIII ZR 83/08, WuM 2009, 367 = NZM 2009, 395 = ZMR 2009, 670.

⁴⁷⁹ RGZ 138, 125, 127; BGHZ 53, 47, 50.

⁴⁸⁰ *Hintzen* in: Dasser/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 82 Rz. 12.

⁴⁸¹ *Hintzen* in: Dasser/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 186 Rz. 3; *Weis*, ZfIR 2007, 477, 479; aA wohl *Storz/Kiderlen*, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, 11. Aufl., B 1.3.2 bei Fn. 82c.

⁴⁸² vgl. RGZ aaO, 127; 70, 399, 401; 67, 380, 383; BGH v. 19.10.1959 - VII ZR 68/58, WM 1960, 25, unter II 2; *Böttcher*, ZVG, 4. Aufl., § 81 Rz. 18; *Hintzen* in: Dasser/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 82 Rz. 4; *Steiner/Storz*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 81 Rz. 31, 35; *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., § 81 Rz. 9.

⁴⁸³ BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 139/07, NJW 2008, 1303, Tz. 7 m.w.N.



Diese Anforderungen erfüllt ein Schreiben, in dem der Vermieter für eine in Aussicht **100** genommene Fortsetzung des Mietverhältnisses, zu der es nach Rücknahme der ursprünglichen Räumungsklage im Ergebnis gekommen ist, unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er angesichts der in erheblicher Höhe aufgelaufenen Rückstände zumindest für die nächsten zwölf Monate einen vollständigen und pünktlichen Mieteingang unbedingt sichergestellt wissen wollte.⁴⁸⁴ Dies gilt um so mehr, wenn in dem Schreiben zugleich verdeutlicht wird, dass der Vermieter bei weiterem Zahlungsverzug keine Nachsicht mehr gewähren und bereits bei vierzehntägiger Fristüberschreitung rechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung einer Räumung ergreifen werde. Dass hierbei an die schon lange anhaltenden und im Schreiben selbst bezifferten Zahlungsrückstände vor Ausspruch der Abmahnung angeknüpft worden ist, die der Mieter daraufhin unverzüglich (noch im Dezember 2006) ausgeglichen hat, und dass ankündigungsgemäß bereits kurz nach vermeintlichem Ausbleiben der Miete für Dezember 2006 und Verzugseintritt hinsichtlich der Miete für Januar 2007 gekündigt worden ist, steht auch sonst nicht im Widerspruch zum Zweck des Abmahnerfordernisses, dem Mieter Gelegenheit zur Änderung seines Verhaltens zu geben. Vielmehr muss gerade nach fortdauernd unpünktlichen Mietzahlungen das Verhalten des Mieters in der Folge einer Abmahnung mit Kündigungsandrohung darauf angelegt sein, das Vertrauen des Vermieters in eine pünktliche Zahlungsweise wieder herzustellen.⁴⁸⁵

18.5.2 Ankündigung der Nichtzahlung

Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beantwortung der Frage, ob eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne vorliegt, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung. Diese obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen vollständig festgestellt und gewürdigt und ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat.⁴⁸⁶

Diese Voraussetzungen können bereits in der Erklärung des Mieters, er sei zur Zahlung der Miete künftig und auf unbestimmte Zeit nicht bereit, gesehen werden, weil der Mieter damit für die Zukunft die Erfüllung seiner primären Leistungspflicht, die Zahlung des Entgelts für die Nutzung des gemieteten Gegenstands, verweigert.⁴⁸⁷ In einem solchen Fall kann dem Vermieter nicht zugemutet werden, das bereits angekündigte Ausbleiben weiterer Mietzahlungen abzuwarten, bis die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfüllt sind.

Eine vergleichbare Situation ist aber nicht gegeben, wenn nur einer von zwei Mietern, und zwar der Ausziehende eine solche Erklärung abgibt.⁴⁸⁸ Maßgeblich sei, dass der am Mietvertrag festhaltende Mieter zu 1 hat eine derartige Erklärung nicht abgegeben habe. Die Kündigung sei

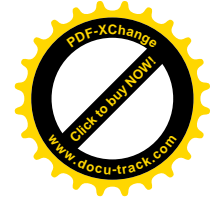
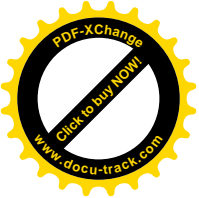
⁴⁸⁴ BGH v. 4.2.2009 – VIII ZR 66/08, WuM 2009, 228 = GE 2009, 577.

⁴⁸⁵ BGH v. 11.1.2006 – VIII ZR 364/04, NJW 2006, 1585, Tz. 14 f.

⁴⁸⁶ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 394/03, NZM 2005, 538, unter II 3; BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NZM 2006, 338, Tz. 12.

⁴⁸⁷ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 394/03, NZM 2005, 538.

⁴⁸⁸ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, ■.



auch nicht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage begründet. Es bedürfe keiner **101** Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage ein Kündigungsrecht des Vermieters aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 1 oder § 313 Abs. 3 BGB in Betracht komme. Denn nach den vorliegenden Umständen sei der Fortbestand der bei Abschluss des Mietvertrages von den Mietern angegebenen finanziellen Verhältnisse sowie die dauerhafte Nutzung der Wohnung.

18.5.3 Unpünktliche Mietzahlung

a) Ständig verspätete Mietzahlungen, ohne dass die in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB umschriebenen Rückstände erreicht werden, rechtfertigen jedenfalls nach vorheriger Abmahnung, die fristlose Kündigung.⁴⁸⁹ Maßgeblich ist die Wertung, ob dem Vermieter aufgrund der ständig verzögerten Mietzahlungen die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar geworden ist oder nicht. Dies festzustellen obliegt in erster Linie dem Vermieter durch eine von ihm vorzunehmende wertende Betrachtung der Gesamtumstände.⁴⁹⁰

Hierfür ist es ohne Bedeutung, dass der Vermieter vor Ausspruch der Kündigung - ohnehin nur teilweise - befriedigt worden ist.⁴⁹¹ Denn die Bestimmung über den Ausschluss des Kündigungsrechts bei vollständiger Befriedigung des Vermieters (§ 543 Abs. 2 Satz 2 BGB) ist hier nicht anzuwenden.⁴⁹²

Bei der wertenden Betrachtung kann es ausreichen, dass der Vermieter schon unmittelbar nach der ersten unpünktlichen Mietzahlung kündigt, die auf die Abmahnung folgt.⁴⁹³ Denn selbst bei einem Zahlungsverzug mit nur einer Monatsmiete kann der Ausspruch einer Kündigung gerechtfertigt sein, wenn das Vertrauen des Vermieters in die Wiederherstellung einer pünktlichen Zahlungsweise des Mieters angesichts des vorausgegangenen Geschehens sofort wieder enttäuscht worden ist und deshalb nachhaltig erschüttert war.

b) § 543 Abs. 1 BGB eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls voraus. Die Wirksamkeit einer hierauf gestützten Kündigung hängt mithin davon ab, ob die Fortsetzung des Mietverhältnisses dem Vermieter bei umfassender Interessenabwägung nicht mehr zugemutet werden kann. Mit Rücksicht darauf kann nicht isoliert z.B. auf unpünktliche Mietzahlungen abgestellt werden, sondern muss bei der Interessenabwägung zu Gunsten der Mieter z.B. berücksichtigt werden, dass diese wegen der eingetretenen Änderungen ihrer persönlichen und finanziellen Verhältnisse nach Abschluss des Mietvertrages auf Leistungen des Jobcenters angewiesen sind und dass die seitdem eingetretenen Zahlungsverzögerungen von jeweils einigen Tagen darauf beruhen, dass das Jobcenter trotz Kenntnis von den Abmahnungen des Vermieters nicht zu einer rechtzeitigen Zahlungsanweisung bereit ist.

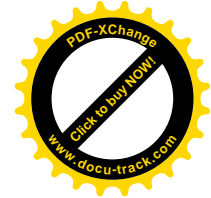
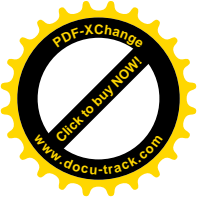
⁴⁸⁹ BGH, WuM 2008, 31; BGH, WuM 2007, 155; BGH, WuM 2006, 193; WuM 1997, 540; BGH, NJW-RR 1988, 77; vgl. auch OLG Rostock OLGR 2003, 30; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2003, 945.

⁴⁹⁰ BGH v. 11.1.2006 – VIII ZR 364/04, NJW 2006, 1585 = WuM 2006, 193.

⁴⁹¹ OLG Düsseldorf v. 8.7.2008 – I-24 U 177/07, GE 2009, 51 = ZMR 2009, 196.

⁴⁹² BGH v. 11.1.2006 – VIII ZR 364/04, NJW 2006, 1585 = WuM 2006, 193.

⁴⁹³ BGH v. 4.2.2009 – VIII ZR 66/08, WuM 2009, 228 = GE 2009, 577.



18.5.4 Zurechnung des Zahlungsverhaltens des Jobcenters

102

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur wird überwiegend vertreten, dass sich der Mieter das Verschulden einer staatlichen Stelle, derer er sich zur Erfüllung seiner Mietzahlungspflicht bedient, nach § 278 BGB zurechnen lassen müsse;⁴⁹⁴ teilweise wird eine fristlose Kündigung des Vermieters in derartigen Fällen gleichwohl als unwirksam erachtet, weil ihr der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegenstehe.⁴⁹⁵

Nach Auffassung des BGH handelt das Jobcenter bei der Überweisung der Miete nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters gegenüber dem Vermieter.⁴⁹⁶ Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.⁴⁹⁷ Auch ein Amtsträger kann als Erfüllungsgehilfe anzusehen sein. Dies ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beispielsweise für einen Notar im Bereich rechtsbetreuender Tätigkeit angenommen worden.⁴⁹⁸ Der Grund dafür, dass der Schuldner für das Verschulden eines Dritten einzustehen hat, liegt in der Erweiterung seines Geschäfts- und Risikobereichs; die Hilfsperson übernimmt eine Aufgabe, die im Verhältnis zum Gläubiger dem Schuldner selbst obliegt.

Diese Voraussetzungen sind indes bei einer Behörde, die - wie das Jobcenter - im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen an einen Bürger erbringt, nicht erfüllt. Der Anspruchsberechtigte schaltet das Jobcenter insoweit nicht als Hilfsperson zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Vermieter ein; vielmehr wendet er sich an die staatliche Stelle, um selbst die notwendigen Mittel für den eigenen Lebensunterhalt zu erhalten. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Jobcenter die Kosten der Unterkunft an den Hilfebedürftigen selbst zahlt oder direkt an den Vermieter überweist (vgl. SGB II § 22 Abs. 4). In beiden Fällen nimmt das Jobcenter hoheitliche Aufgaben wahr, um die Grundsicherung des Hilfebedürftigen zu gewährleisten. Mit dieser Stellung ist die Annahme, die Behörde werde vom Leistungsempfänger als Erfüllungsgehilfe im Rahmen des Mietvertrages über seine Unterkunft eingesetzt, nicht vereinbar.

18.5.5 Verhältnis von § 314 Abs. 3 BGB und § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Im Schrifttum ist es umstritten, ob § 314 Abs. 3 BGB bei der Wohnraummiete im Rahmen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB überhaupt Anwendung finden kann.⁴⁹⁹ Wegen des spezielleren Charakters des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB wird dies überwiegend verneint.

⁴⁹⁴ LG Mönchengladbach, ZMR 1993, 571; LG Karlsruhe, WuM 1989, 629; LG Berlin (64. ZK), GE 1991, 95; LG Berlin (63. ZK), MM 1993, 394; AG Köln, NZM 2000, 380; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 95; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 543 Rz. 26; Bamberger/Roth/*Ehlert*, BGB, 2. Aufl., § 543 Rz. 27a; offen gelassen in KG, NJW 1998, 2455, 2456; a.A. LG Mainz, WuM 2003, 629; *Franke* in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Stand Juni 2009, § 543 BGB Anm. 7.3.

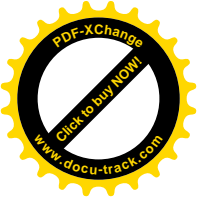
⁴⁹⁵ BerlVerfGH, GE 2003, 385, 386; LG Mönchengladbach, ZMR 1993, 571; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 127.

⁴⁹⁶ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, ■.

⁴⁹⁷ BGHZ 13, 111, 113; 62, 119, 124, st.Rspr.

⁴⁹⁸ BGH v. 13.1.1984 - V ZR 205/82, NJW 1984, 1748, unter II 2 b aa; vgl. auch BGHZ 62, 119, 124.

⁴⁹⁹ vgl. dazu Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB, Rz. 123 f.; Erman/*Hohloch*, BGB, 12. Aufl., § 314 BGB Rz. 10; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 543 Rz. 175, 183, 185; MünchKommBGB/*Bieber*, 5. Aufl., § 543 Rz. 53; MünchKommBGB/*Gaier*, . Aufl., § 314 BGB Rz. 9; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 68. Aufl., § 314 BGB Rz. 6; *Weth* in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 314 Rz. 5, 40; Erman/*Jendrek*, 12. Aufl., § 543 BGB Rz. 3, Rz. 21 a.E.; vgl. zur Gewerberaummietauch BGH v. 21.3.2007 - XII ZR 36/05, NJW-RR 2007, 886, Tz. 21 für eine auf die Nichtleistung der Kaution gestützte Kündigung.



Der BGH hat die Entscheidung der Streitfrage offen gelassen,⁵⁰⁰ da im konkreten Fall auch bei einer Anwendung von § 314 Abs. 3 BGB die erklärte Kündigung wirksam war. Denn allein der Umstand, dass der Vermieter nicht sogleich (im November 2006) gekündigt hat, als der zur fristlosen Kündigung berechtigender Rückstand von zwei Monatsmieten (erstmalig) erreicht war, vermag eine illoyale Verspätung der (am 16. April 2007) wegen eines fast doppelt so hohen Mietrückstands erklärten fristlosen Kündigung von vornherein nicht zu begründen. Für ein Vertrauen der Mieter, der Vermieter werde den Mietrückstand hinnehmen und auch bei einem weiteren Anstieg des Rückstands von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen, gibt es in dieser Situation keine Grundlage. Eine solche Kündigung ist auch nicht deshalb missbräuchlich, weil der Vermieter zuvor nicht ausdrücklich eine fristlose Kündigung angedroht hat. Gemäß § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BGB bedarf es bei einer auf Zahlungsverzug des Mieters gestützten Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB keiner vorherigen Fristsetzung oder Abmahnung. Dass der Vermieter einen sich aufbauenden Mietrückstand nicht sofort zum Anlass einer fristlosen Kündigung nimmt, ändert daran nichts und lässt eine ohne Abmahnung erfolgte Kündigung noch nicht treuwidrig erscheinen.

18.5.6 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.⁵⁰¹

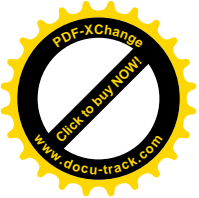
Richtigerweise setzt § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) BGB voraussetzt,⁵⁰² dass der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultiert.⁵⁰³ Diese Auslegung ergebe sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. 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 als zwei Terminen erstreckt, dahin geregelt werden sollte, 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.

⁵⁰⁰ BGH v. 11.3.2009 – VIII ZR 115/08, WuM 2009, 231 = GE 2009, 511.

⁵⁰¹ So: OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – 10 U 166/05, DWW 2006, 240; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rz. 109.

⁵⁰² BGH v. 23.7.2008 – XII ZR 134/06, WuM 2008, 595 = GE 2008, 1319 = NZM 2008, 770 = GuT 2008, 353 = ZMR 2009, 19.

⁵⁰³ 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 Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rz. 178; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete, Kap. 15 Rz. 210; *Gramlich*, Mietrecht, 9. Aufl., § 553 BGB Rz. 10; *Both*, NJW 1970, 2197.



Insoweit ist es unerheblich, ob die Miete monatlich oder für längere Zeiträume schuldet werde.⁵⁰⁴ 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.

18.5.7 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.⁵⁰⁵ 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.⁵⁰⁶ 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.⁵⁰⁷

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.⁵⁰⁸ 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,⁵⁰⁹ 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 widerrufen. Die Rücklastschriften der Vormonate und eine vereinbarte Ratenzahlung genügen nicht für eine schuldhaft - grob fahrlässige - Veranlassung der Nichtabbuchung.

⁵⁰⁴ BGH v. 17.9.2008 – XII ZR 61/07, GE 2008, 1488 = GuT 2008, 357 = ZMR 2009, 106.

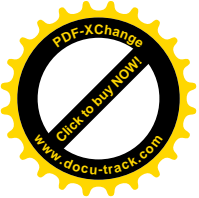
⁵⁰⁵ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

⁵⁰⁶ 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.

⁵⁰⁷ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

⁵⁰⁸ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

⁵⁰⁹ BGH v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469 ff.



Durch das Fehlschlagen von Abbuchungsversuchen an vorangegangenen Fälligkeits- 105 terminen 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.⁵¹⁰ Bei einem Dauerschuldverhältnis betrifft dies aber nur die am konkreten Fälligkeitstermin bestehende Schuld, solange keine Kündigung durch den Gläubiger erfolgt.⁵¹¹

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.⁵¹² Nachdem der BGH zunächst dieser Ansicht zuzuneigen schien,⁵¹³ 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.⁵¹⁴ 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.

18.6 Außerordentliche Kündigung des Mieters

18.6.1 § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Gewerberaummiete⁵¹⁵ ist bei Vorliegen der Tatbestände des § 543 Abs. 2 BGB eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich, ohne dass die in § 543 Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen, wie etwa die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung, zusätzlich erfüllt sein müssen.

Hiervon abzuweichen besteht für die Wohnraummiete kein Anlass.⁵¹⁶ Dies entspreche auch einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum zum Wohnraummietrecht.⁵¹⁷ Nach der Gesetzessystematik handele es sich bei den in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BGB aufgeführten Kündigungsgründen um gesetzlich typisierte Fälle der Unzumutbarkeit. Soweit deren tatbestandliche

⁵¹⁰ OLG Köln v. NJW-RR 1986, 390

⁵¹¹ OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349, 351.

⁵¹² *Canaris* in Staub, HGB, 4. Aufl., Bankvertragsrecht, I. Teil, Rz. 649.

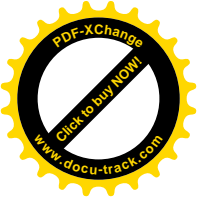
⁵¹³ BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

⁵¹⁴ BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, NJW 1984, 871, 872.

⁵¹⁵ BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NJW 2007, 147, Tz. 10; noch zweifelnd: BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152, unter II 4 c aa.

⁵¹⁶ BGH v. 29.4.2009 – VIII ZR 142/08, WuM 2009, 349 = GE 2009, 709 = NZM 2009, 431.

⁵¹⁷ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 3 m.w.N.; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 543 Rz. 60; *Erman/Jendrek*, BGB, 12. Aufl., § 543 Rz. 10; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 543 Rz. 6; aA *MünchKommBGB/Bieber*, 5. Aufl., § 543 Rdnr. 22, 23; einschränkend *Kraemer*, NZM 2001, 553, 557 f.



Voraussetzungen erfüllt sind, sei grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinne 106 von § 543 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung gegeben.

19 Rückgabe

19.1 durch den Insolvenzverwalter

Der aus § 985 BGB sowie § 546 BGB folgende, durch die Insolvenzeröffnung inhaltlich unbeeinflusste Herausgabeanspruch begründet ohne Rücksicht darauf, ob das Mietverhältnis vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde, ein Aussonderungsrecht, allerdings nur, wenn der aussondernde Gegenstand massebefangen ist. Dies ist der Fall, wenn der Verwalter Besitz daran ausübt⁵¹⁸ oder unter Anerkennung des fremden Eigentums das Recht beansprucht, die Mietsache für die Masse zu nutzen und darüber zu entscheiden, ob, wann und in welcher Weise er sie an den Vermieter zurückgibt.⁵¹⁹ Greifen diese Ausnahmetatbestände nicht ein, scheidet ein Herausgabe- und folglich auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter aus.

Ein Ausnahmetatbestand ist nicht begründet, wenn der Insolvenzverwalter die Räumungs- und Verwertungsmöglichkeit erlangt, innerhalb vertretbarer Zeit davon Gebrauch macht und die Mietsache anschließend zurückgibt.⁵²⁰

19.2 Rückbauverpflichtung als Hauptpflicht

Jeder Mieter schuldet kraft Gesetzes gemäß § 546 Abs. 1 BGB die die Entfernung seiner Sachen (Inventar, Einbauten) nach Beendigung des Mietvertrags.⁵²¹ Im Hinblick darauf ist die formularmäßig geregelte Verpflichtung des Mieters, "Ein- und Ausbauten ... zu entfernen", wenn durch sie "eine weitere Vermietung erschwert sein (sollte)", rechtlich unbedenklich.⁵²² Die Klausel begünstigt den Mieter im Vergleich zur gesetzlichen Regelung insofern, als der Rückbau nicht unbedingt (allein vom Willen des Vermieters abhängig) zu erfolgen hat, sondern nur dann, wenn der Nachfolgemmieter das wünscht. Die Fälligkeit des Rückbauanspruchs hängt in einem solchen Fall von einem entsprechenden Beseitigungsverlangen des Nachmieters ab.

Ist diese Fälligkeitsvoraussetzung eingetreten, bedarf es eines weiteren Beseitigungsverlangens des Vermieters, das gemäß § 281 BGB mit einer Fristsetzung verbunden sein muss. Denn der Rückbau ist jedenfalls mit Blick auf Umfang und Kosten der Maßnahmen (hier: 3.361,08 €) eine Hauptverpflichtung der Beklagten, so dass § 281 BGB nicht unmittelbar, sondern mittelbar über §§ 323, 325 BGB anzuwenden ist.⁵²³

Dieser Anspruch wird zwar erst mit der Beendigung des Mietvertrags fällig, so dass grundsätzlich auch erst danach Verzug eintreten und wirksam eine Frist im Sinne des §§ 325, 281 Abs. 1 BGB gesetzt werden kann. Dieser Voraussetzung bedarf es aber dann nicht, wenn der Mieter

⁵¹⁸ BGZ 148, 252, 260; BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 84/07, NZI 2008, 554, 555 Rn. 14 f.

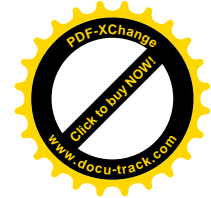
⁵¹⁹ BGHZ 127, 156, 161.

⁵²⁰ BGH v. 16.10.2008 - IX ZR 207/06, GE 2009, 322.

⁵²¹ vgl. BGH NJW 1986, 309, 310 sub I.2c; Senat OLG Düsseldorf 2007, 71 und 2002, 265 sub 1e,aa.

⁵²² OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 - I-24 U 56/08, GE 2009, 1045.

⁵²³ vgl. BGH, NJW 1977, 36; BGH, 1988, 1779, 1780 sub II.1b; BGH, 1989, 451, 452 sub II.2c; BGH, NJWE-MietR 1996, 266 jew. zu § 326 BGB a.F.; Palandt/Weidenkaff, 68. Aufl., § 546 BGB Rz. 7.



bereits vor Eintritt der Fälligkeit die Leistung endgültig und ernsthaft ablehnt.⁵²⁴ **107**

Dies kann insbesondere angenommen werden, wenn die ablehnende Haltung des Mieters nach rechtlicher Beratung durch einen Rechtsanwalt erfolgt.⁵²⁵

20 Nutzungsentschädigung

20.1 Vorenthaltung bei mangelhafter Räumung

Hat der Mieter dem Vermieter zwar den Besitz an der Mietsache verschafft, das Mietobjekt jedoch nicht geräumt, ist grundsätzlich von einer Vorenthaltung auszugehen. Zwar kommt es für die Erfüllung der Pflicht aus § 546 Abs. 1 BGB prinzipiell nicht auf den Zustand der Mietsache bei der Rückgabe an. Dies gilt aber nicht, wenn wegen der Zurücklassung von Einrichtungsgegenständen, zu deren Beseitigung der Mieter verpflichtet ist, nur von einer - unzulässigen - Teilräumung auszugehen ist⁵²⁶. Haben die Parteien indessen vereinbart, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietvertrages einen sofort fälligen Anspruch in Höhe der Wiederherstellungskosten geltend machen kann, liegt auch bei einer Teilräumung eine Vorenthaltung der Mietsache nicht mehr vor⁵²⁷.

Dieser Fall ist aber nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Vermieter bestimmten baulichen Veränderungen des Mieters während Mietzeit zugestimmt hat und der Mieter auch Einrichtungen des Vermieters übernommen hat.⁵²⁸ Solange nichts anderes vereinbart wurde, hat der Mieter die Mietsache im Ursprungszustand zurückzugeben. Müssen Einrichtungen mit erheblichem Aufwand beseitigt werden, liegt eine Vorenthaltung i.S.v. § 546a BGB vor.

20.2 Herausgabe des Mehrerlöses aus der Untervermietung

Der BGH hatte 1995 den Streit, ob der Vermieter vom Mieter die Herausgabe eines Mehrerlöses aus einer Untervermietung verlangen kann, beendet, indem er Ansprüche z.B. aus GoA oder § 812 BGB ablehnt. Insoweit verwies er insbesondere auf die Reaktionsmöglichkeiten aus §§ 543 Abs.2 Nr. 2, 541 BGB.⁵²⁹ Im damaligen Fall hatte der Mieter bei fortgesetztem Mietverhältnis untervermietet, die im Vertrag vorgesehene Vereinbarung eines Untermietzuschlages war jedoch nicht zustande gekommen.

Für den Fall der an sich erlaubten Untervermietung bei (ex tunc) nichtigem Mietvertrag hat der BGH⁵³⁰ die gleiche Rechtsfolge – also keine Herausgabepflicht des Mehrerlöses – angenommen. Hier sei der Mieter nicht auf Kosten des Vermieters bereichert, weil er von einer eigenen Dispositionsmöglichkeit Gebrauch mache.

Für den Fall der verweigerten Herausgabe der Mietsache nach Mietende hat er jetzt einen Anspruch auf den Mehrerlös ab Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs zuerkannt.⁵³¹ Nach §

⁵²⁴ vgl. BGH NJW 1989, 451, 452 sub II.2c.

⁵²⁵ OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – I-24 U 56/08, GE 2009, 1045.

⁵²⁶ OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 374.

⁵²⁷ OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 814, 816.

⁵²⁸ OLG Düsseldorf v. 14.10.2008 – I-24 U 7/08, GE 2009, 842 = ZMR 2009, 843.

⁵²⁹ BGH v. 13.12.1995 - XII ZR 194/93, WuM 1996, 216.

⁵³⁰ BGH v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, GuT 2008, 330 = ZMR 2009, 102.

⁵³¹ BGH v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08, GE 2009, 1248.



292 BGB bestimme sich, wenn der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben habe, von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Nutzungen nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Herausgabeansprüche im Sinne des § 292 BGB seien auch vertragliche Ansprüche auf Rückgabe der Mietsache. Zu diesen Nutzungen gehören gemäß §§ 100, 99 Abs. 3 BGB u.a. die mittelbaren Sachfrüchte, d.h. die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewähre. Das seien hier die Untermietzinsen, die der Mieter durch die Untervermietung der herauszugebenden Mieträume tatsächlich erzielt habe,⁵³² und die aufgrund einer Vereinbarung über die Auflösung des Untermietvertrages erhaltene Entschädigung.

20.3 Bereicherung durch Parken auf dem Mietgrundstück

Eine mietvertraglich nicht gedeckte Nutzung, z.B. durch Parken auf Gemeinschaftsflächen, die nicht zur alleinigen Nutzung mitvermietet sind, kann Nutzungsentgeltsansprüche nach Bereicherungsrecht auslösen⁵³³ und zwar unabhängig davon, ob durch diese Art der Nutzung die Gebrauchsrechte sonstiger berechtigter Drittnutzer nach den konkreten örtlichen Verhältnissen beeinträchtigt werden. Denn dabei handelt es sich um eine Sondernutzung,⁵³⁴ die grundsätzlich geeignet ist, Nutzungsentgeltansprüche des Vermieters auszulösen.

Dazu muss der Vermieter aber insbesondere zum Maß der behaupteten vertragswidrigen Nutzung substantiiert vortragen.⁵³⁵ Während ein Unterlassungsanspruch aus § 541 BGB schon bei bloßer Gefahr wiederholten vertragswidrigen Gebrauchs begründet ist, verhält es sich bei bereicherungsrechtlichen Ansprüchen anders. Die Bereicherung muss nach Art, Umfang und Dauer quantifiziert werden, um sie gemäß § 818 Abs. 2 BGB, § 287 ZPO bestimmen zu können. Dafür werden anknüpfungsfähige Tatsachen benötigt, damit eine Nutzungsentschädigung hinreichend sicher (z.B. auch als Mindestbetrag) bemessen werden kann. Das gilt umso mehr, als Art, Umfang und Dauer der vertragswidrigen Nutzung zugleich Indiz und Maßstab dafür sind, ob der Mieter durch den (behaupteten) Gebrauch überhaupt Aufwendungen gespart hat, andernfalls er nicht bereichert wäre.

21 Bereicherung durch vorzeitiger Rückgabe

Haben die Parteien einen langfristigen Mietvertrag geschlossen, nach dem der Mieter bestimmte Investitionen tätigen sollte, kann der Vermieter ungerechtfertigt bereichert sein, wenn das Mietverhältnis vorzeitig beendet wird.⁵³⁶ Letzteres kann z.B. durch § 57a ZVG herbeigeführt werden, wenn der Ersteher in der Zwangsversteigerung von seinem Recht zur außerordentlichen Kündigung Gebrauch macht.

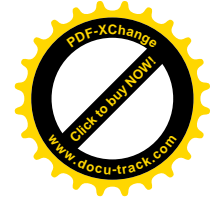
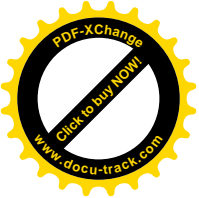
⁵³² BGH v. 21.9.2001 - V ZR 228/00, NJW 2002, 60, 61; BGH v. 11.11.1994 - V ZR 116/93, NJW 1995, 454, 455; zur Herausgabe erzielter Zinsen als Nutzungen des Kapitals: BGHZ 102, 41, 47; 138, 160, 163.

⁵³³ vgl. OLG Düsseldorf v. 5.5.2009 – I-24 U 153/08, GE 2009, 1187; AG Kamenz, ZMR 2000, 307; a.A. AG Hamburg-Wandsbek, WuM 2003, 29.

⁵³⁴ vgl. LG Hamburg, WuM 1992, 188; LG Wuppertal, WuM 1996, 267; AG Frankfurt, NJW-RR 1989, 83.

⁵³⁵ OLG Düsseldorf v. 5.5.2009 – I-24 U 153/08, GE 2009, 1187.

⁵³⁶ BGH v. 5.10.2005 - XII ZR 43/02, NJW-RR 2006, 294.



Dem steht auch nicht entgegen, dass der auf eine bestimmte Zeit fest geschlossene Mietvertrag wegen Nichteinhaltung der Schriftform des § 550 BGB mit gesetzlicher Kündigungsfrist kündbar war. Der Umstand, dass der Mietvertrag in einem solchen Fall vorzeitig kündbar ist, ändert nichts daran, dass die Parteien einen z.B. auf 15 Jahre unkündbaren Mietvertrag haben vereinbaren wollen. Der Abschluss eines insoweit langfristigen Vertrages bildet nach wie vor die Grundlage für die von dem Beklagten getätigten Investitionen. Mit der Beendigung des Mietvertrages vor dem von den Parteien geplanten Ende ist der Rechtsgrund für die vom Beklagten vorgenommene Investition insoweit weggefallen⁵³⁷ mit der Folge, dass der Vermieter bereichert sein kann.

Bei einem Vermieterwechsel infolge Grundstücksveräußerung ist nicht derjenige Bereicherungsschuldner, der im Zeitpunkt der Vornahme der Investition Vermieter war, sondern der neue Vermieter, der die Mietsache vorzeitig zurückerhält.⁵³⁸ Denn der Umfang der Bereicherung richtet sich nicht nach der Höhe der Aufwendung des Mieters und besteht auch nicht im Zeitwert der Investition oder der Verkehrswertsteigerung des Mietobjektes bei Rückgabe (und erst recht nicht zu einem früheren Zeitpunkt), sondern allein in der Erhöhung des Ertragswertes, soweit der Vermieter diesen früher als vertraglich vorgesehen durch anderweitige Vermietung zu einem höheren Mietzins realisieren kann. Um eine derartige Möglichkeit ist der Voreigentümer, der die Nutzung zum vertraglich vereinbarten Mietzins dem Mieter bis zum Eigentumsübergang gewähren musste und gewährt hat, nicht bereichert worden. Bereichert ist vielmehr der neue Vermieter, der die Mietsache vor Ablauf der vereinbarten Mietzeit zurückerhält und sie dadurch zu einem höheren Mietzins weiter vermieten kann.

Diese Grundsätze gelten auch bei einem Erwerb durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren.⁵³⁹ Der Ersteher erhält aufgrund seiner Kündigung die Mietsache früher zurück als nach dem Mietvertrag vorgesehen. Wenn er deshalb das Objekt zu einem höheren Mietzins als bisher vermieten kann, ist allein er und nicht der ursprüngliche Vermieter bereichert.

22 Vorkaufsrecht

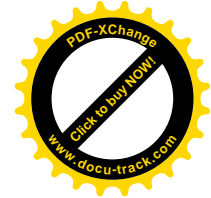
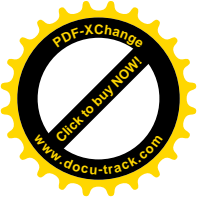
22.1 Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Zwangsverwalter

Der Mieter tritt aufgrund der Ausübung des ihnen zustehenden Vorkaufsrechts (§ 577 Abs. 1 BGB) in den zwischen dem Eigentümer (Vermieter) und dem Dritten geschlossenen Kaufvertrag über die in Wohnungseigentum umgewandelte Mietwohnung ein (§ 464 Abs. 2 BGB). Ihm steht damit aus diesem Kaufvertrag ein Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an der Mietwohnung zu (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dieser Anspruch richtet sich aber nicht bei angeordneter Zwangsverwaltung gegen den Zwangsverwalter, sondern gegen den Schuldner. Denn der Zwangsverwalter ist nicht Partei des Kaufvertrages und aufgrund seiner Stellung als Zwangsverwalter auch nicht befugt, über das Eigentum an der Mietwohnung zu verfügen. Durch die Beschlagnahme des Grundstücks nach § 148 Abs. 2 ZVG findet kein Eigentumswechsel und kein Rechtsübergang auf den Zwangsverwalter statt, sondern dem Eigentümer wird lediglich die

⁵³⁷ BGH v. 21.1.1960 - VIII ZR 16/59, WPM 1960, 497, 498.

⁵³⁸ BGH v. 5.10.2005 - XII ZR 43/02, NJW-RR 2006, 294.

⁵³⁹ BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 66/07, NZM 2009, 514.



Verwaltung und die Benutzung des Grundstücks entzogen.⁵⁴⁰ Dem Verwalter steht dementsprechend nur die Befugnis zur laufenden Verwaltung des Grundstücks zu (§ 152 Abs. 1 ZVG). Die Verfügungsbefugnis verbleibt dagegen auch nach angeordneter Zwangsverwaltung bei dem Zwangsverwaltungsschuldner,⁵⁴¹ allerdings beschränkt durch das mit der Beschlagnahme verbundene relative Veräußerungsverbot, das im Verhältnis zu dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger besteht (§ 146 Abs. 1, § 20 Abs. 1, § 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG, §§ 135, 136 BGB). Der Zwangsverwalter kann daher weder die Auflassung erklären noch die Grundbucheintragung einer Verfügung über das Grundstück beantragen oder bewilligen.

Mit Rücksicht darauf kann der Mieter gegenüber dem vom Zwangsverwalter verlangten Miete kein Zurückbehaltungsrecht wegen des (bisher nicht erfüllten) Auflassungsanspruchs geltend machen.⁵⁴² Denn es fehlt bereits an der nach § 273 BGB für ein Zurückbehaltungsrecht erforderlichen Gegenseitigkeit der Ansprüche. Aus diesem Grund kann auch die prozessuale Rechtsfolge eines geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts nicht eingreifen. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts führt zu einer Verurteilung Zug um Zug gegen Erfüllung des einredeweise geltend gemachten Gegenanspruchs (§ 274 Abs. 1 BGB). Eine solche Verurteilung, weil der Zwangsverwalter nicht Schuldner des Auflassungsanspruchs ist. Aus § 152 Abs. 2 ZVG und § 577 BGB ergibt sich nichts anderes.

23 Verjährung

23.1 Kurze Verjährung und Schlüsselrückgabe

Gemäß § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, zu denen - neben den Schadensersatzansprüchen wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen (§§ 535, 323 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB) und wegen unterbliebener Instandsetzungsmaßnahmen (§§ 535, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) - auch die Folgeansprüche wegen Mietausfalls gehören,⁵⁴³ in sechs Monaten. Gemäß § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache "zurück erhält". In diesem Sinne erhält der Vermieter die Mietsache zurück, wenn der Mieter den Besitz an der Mietsache aufgibt und der Vermieter auf der Grundlage eigener Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich vom Zustand der Mietsache unbeeinträchtigt zu unterrichten.⁵⁴⁴ Diese Voraussetzungen liegen auch dann vor, wenn der Vermieter nicht alle Schlüssel zurück erhält.⁵⁴⁵ Das gilt jedenfalls dann, wenn der Mieter trotz Nichtrückgabe aller Schlüssel die Sachherrschaft über den Mietgegenstand endgültig und für den Vermieter erkennbar aufgibt.⁵⁴⁶ Ohne Belang ist auch, ob der Vertrag im Zeitpunkt der Rückgabe rechtlich beendet ist oder noch

⁵⁴⁰ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 330/03, WuM 2005, 460, Tz. 12.

⁵⁴¹ *Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen*, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 148 Rz. 3 f.; *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., § 152 Rz. 4.3.

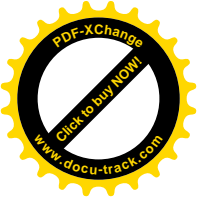
⁵⁴² BGH v. 17.12.2008 - VIII ZR 13/08, WuM 2009, 127 = GE 2009, 260 NZM 2009, 151.

⁵⁴³ vgl. auch BGH NJW 2006, 1588, 1589; BGH, NJW 2005, 739; BGH, NJW 1998, 1303; BGHZ 104, 6, 12.

⁵⁴⁴ BGH, NJW 1980, 369, 370; BGH, NJW 2001, 535; BGH, NJW 2004, 774, 775; OLG Düsseldorf, OLGR 2008, 544; OLG Düsseldorf, OLGR 2007, 465; OLG Düsseldorf, OLGR 2006, 227; 2001, 200; OLG Düsseldorf, GE 2002, 1196 m.w.N.

⁵⁴⁵ OLG Düsseldorf, OLGR 2008, 544; OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 200 jew. m. w. N.; ebso. BGH NJW 1987, 2072.

⁵⁴⁶ vgl. BGH, NJW 2000, 3203, 3206; OLG München, MDR 2007, 514; KG Berlin, ZMR 2005, 455; OLG Hamm, ZMR 1996, 373; OLG Düsseldorf, OLGR 2008, 544; OLG Düsseldorf, GE 2002, 1196.



andauert.⁵⁴⁷ Sinn dieser Gesetzgebung ist, den Vermieter, der die Mietsache zurückerhalten hat und demgemäß über ihre weitere Nutzung frei verfügen kann, zu veranlassen, sich sehr rasch über den Zustand der Mietsache Gewissheit zu verschaffen und innerhalb kurzer Zeit gegen den Mieter Ansprüche auch geltend zu machen. Andernfalls bestünde die große Gefahr, dass der typische Streit über Art, Umfang und Urheberschaft der Veränderungen und Verschlechterungen unter den Mietvertragsparteien kaum noch oder nur noch mit großem Aufwand aufgeklärt werden kann.⁵⁴⁸

Unter Anlegung dieses Maßstabs hat der Vermieter die Mieträume zurückerhalten, wenn der Mieter die Mietsache vollständig geräumt hat, sie der Vermieter zur Verfügung gestellt und ihm zu Händen seines Beauftragten einen Schlüsselsatz übergeben hat.⁵⁴⁹ Von diesem Zeitpunkt an hat der Vermieter freien Zugang zur Mietsache und kann sich über deren Zustand ungehindert unterrichten, so dass die sechsmonatige Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

23.2 Hemmung durch Verhandlung

Schon nach bisherigem Recht war für die Verjährung nach § 548 BGB (= § 558 BGB a.F.) anerkannt, dass in entsprechender Anwendung von § 852 Abs. 2 BGB die Verjährung so lange gehemmt ist, wie zwischen dem wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache ersatzpflichtigen Mieter und dem Vermieter Verhandlungen über die Ersatzansprüche schweben.⁵⁵⁰ Aus welchem Rechtsgrund die Forderung des Vermieters hergeleitet wurde, war dabei ohne Bedeutung⁵⁵¹. Durch § 203 BGB ist seit 1.1.2002 die Verhandlung als genereller Hemmungstatbestand eingeführt. Dieser gilt also nicht nur für die Verjährungsfristen der §§ 195 f. BGB, sondern auch für § 548 BGB.

Unter Verhandlungen ist jeder Meinungs austausch zu verstehen, sofern nicht erkennbar ist, dass die Verhandlungen über die Ersatzpflicht sofort abgelehnt werden.⁵⁵² Es reicht aus, wenn der Schuldner aufgrund der Erklärungen oder des Verhaltens des anderen Teils annehmen darf, dass der Gläubiger hinsichtlich der Ersatzforderung Entgegenkommen zeigen wird. Umgekehrt gilt dasselbe: Erweckt der Schuldner den Eindruck, dass er die Argumente des Gläubigers einer näheren Prüfung unterzieht, so liegt darin ein Verhandeln, das zur Hemmung führt.⁵⁵³ Ebenso kann in der Erklärung des Schuldners, er wolle dem Gläubiger seinen Standpunkt erläutern, dass der Anspruch verjährt sei, der Beginn von Verhandlungen zu sehen sein.⁵⁵⁴ Dies gilt erst recht, wenn eine Partei die andere wegen Urlaubs des Anwalts um Geduld in der Bearbeitung des geltend gemachten Zahlungsanspruchs bittet.⁵⁵⁵ Das Angebot einer Teilrenovierung ist je-

⁵⁴⁷ vgl. BGH, NJW 2006, 1588; BGH NJW 2006, 2399; BGH, NJW 1986, 2103; BGH, NJW 1981, 2106; OLG Düsseldorf, OLGR 2007, 465; OLG Düsseldorf, GE 2002, 1196.

⁵⁴⁸ OLG Düsseldorf, GE 2002, 1196 m. w. N.

⁵⁴⁹ OLG Düsseldorf v. 16.2.2009 – I-24 U 6/08, GE 2009, 1252.

⁵⁵⁰ BGH v. 19.11.1997 – XII ZR 281/95, DWW 1998, 42; BGH v. 19.11.1997 – IV ZR 357/96, MDR 1998, 347; LG Hannover v. 22.06.1998 – 20 S 201/97, NZM 1998, 627, 628; a.A. LG Braunschweig v. 13.07.1995 – 7 S 109/95, NJW-RR 1996, 842, LG Berlin v. 16.03.1995 – 67 S 420/94, WuM 1996, 139.

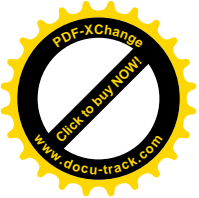
⁵⁵¹ BGH v. 28.11.1984 – VIII ZR 240/83, NJW 1985, 798; *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. 1386.

⁵⁵² BGH v. 4.2.1987 – VIII ZR 355/85, NJW 1987, 2072; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rz. 1387 ff.

⁵⁵³ OLG Hamm v. 05.11.1985 – 4 U 89/85, ZMR 1986, 200, 201.

⁵⁵⁴ BGH v. 13.05.1997 – VI ZR 181/96, DB 1997, 2073.

⁵⁵⁵ AG Donaueschingen v. 29.4.2004 – 31 C 38/04, WuM 2004, 606.



doch nicht ausreichend, um eine verjährungshemmende Verhandlung annehmen zu können.⁵⁵⁶ Nicht ausreichend sind zudem allgemeine Gespräche über eine pauschale Abfindungssumme ohne Eingehen auf die einzelnen Schäden eintreten.⁵⁵⁷ Als Verhandlungsbeginn kann aber der Hinweis auf eine bisher nicht hinreichende Substantiierung zum Haftungsgrund und zur Höhe verstanden werden, weil sie nicht als eine klare und eindeutige Weigerung, weiter mit dem Gläubiger zu verhandeln, angesehen werden kann⁵⁵⁸.

112

Teilt der Mieter mit, dass er die Berechtigung der geforderten Renovierungsarbeiten prüfe, kommt darin zum Ausdruck, dass er sich auf eine Erörterung der Ansprüche einlassen will, so dass Verhandlungen angenommen werden können.⁵⁵⁹

Ebenso tritt Hemmung ein, wenn in einer gerichtlichen Güteverhandlung über den geltend gemachten Anspruch ein Vergleich geschlossen wird. Die Hemmung dauert in diesem Fall bis zum (vorgesehenen) Widerruf.⁵⁶⁰ Hierauf kann es ankommen, wenn z.B. der Erwerber im eigenen Namen klagt, bevor er im Grundbuch eingetragen ist. Legt er mit der Klage nicht offen, dass er aus abgetretenem Recht des bisherigen Vermieters vorgeht, wird die Verjährung nur hinsichtlich des prozessual geltend gemachten Anspruchs gehemmt.⁵⁶¹ Die spätere Vorlage der Abtretungsurkunde stellt eine Klageänderung i.S.v. § 263 ZPO dar, die (erst dann) die Hemmung für den abgetretenen Anspruch bewirkt. Wenn dies nach Vollendung der Verjährung erfolgt, kommt es darauf an, ob der vorher geschlossene Widerrufsvergleich auch den abgetretenen Anspruch erfasst. Davon ist auszugehen, wenn der Vergleich ausdrücklich zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche abgeschlossen wird.

Die Hemmung endet gemäß § 203 BGB, wenn der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Diese Voraussetzungen sind bei einem ausdrücklichen Abbruch der Verhandlungen,⁵⁶² aber auch bei der endgültigen Weigerung, sie fortzusetzen⁵⁶³ oder Schadensersatz über einen bestimmten Abfindungsbetrag hinaus nicht zu leisten,⁵⁶⁴ gegeben. Ein Abbruch der Verhandlungen kann aber noch nicht angenommen werden, wenn der Vertreter des Vermieters mitteilt, er sei „noch nicht“ zu Verhandlungen über eine gütliche Einigung bevollmächtigt.⁵⁶⁵ Denn in dieser Erklärung kommt nicht zum Ausdruck, dass weitere Verhandlungen nicht stattfinden werden.

Ein Abbruch der Verhandlungen durch ein sog. "Einschlafenlassen" ist dann anzunehmen, wenn der Berechtigte den Zeitpunkt versäumt, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Verhandlungen mit verjährungs-

⁵⁵⁶ AG Butzbach v. 13.9.1988 – 5 C 118/88, WuM 1989, 20.

⁵⁵⁷ OLG Düsseldorf v. 15.10.1987 – 10 U 217/86, ZMR 1988, 57.

⁵⁵⁸ OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 583, 584.

⁵⁵⁹ BGH v. 12.5.2004 – XII ZR 223 /01, NZM 2004, 583 = MietRB 2004, 321.

⁵⁶⁰ BGH v. 4.5.2005 – VIII ZR 93/04, WuM 2005, 381.

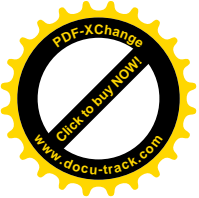
⁵⁶¹ BGH v. 17.10.1995 – VI ZR 246/94, NJW 1996, 117(I12a); BGH v. 23.3.1999 – VI ZR 101/98, NJW 1999, 2110.

⁵⁶² OLG Düsseldorf v. 17.01.1991 – 10 U 29/90, DWW 1991, 52.

⁵⁶³ BGH v. 26.01.1988 – VI ZR 120/87, VersR 1988, 718, 719.

⁵⁶⁴ OLG Hamm v. 15.12.1994 – 27 U 39/94, VersR 1996, 243, 245.

⁵⁶⁵ BGH v. 12.5.2004 – XII ZR 223 /01, NZM 2004, 583.



hemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden sollen.⁵⁶⁶ Diese für § 852 Abs. 2 113 BGB a.F. entwickelten Grundsätze sind auch im Anwendungsbereich des § 203 Satz 1 BGB anzuwenden.⁵⁶⁷

Denn nach Auffassung des BGH⁵⁶⁸ entspricht dies dem im Gesetzgebungsverfahren verlautbarten Verständnis der Norm.⁵⁶⁹ Auf die Prüfbitte des Bundesrats, ob nicht durch eine besondere Formulierung in § 203 BGB sicherzustellen sei, die Verjährung von Ansprüchen nicht auf unabsehbare Zeit dadurch zu hemmen, dass Verhandlungen nicht weiterbetrieben werden, habe die Bundesregierung mitgeteilt, dass dem berechtigten Anliegen des Bundesrates durch den Entwurf sogar besser Rechnung getragen werde als durch die vorgeschlagene Ergänzung. Beim "Einschlafen" von Verhandlungen werde die Verjährungsfrist nicht auf unbestimmte Zeit gehemmt, weil für die Auslegung der (später beschlossenen) Entwurfsfassung auf die Rechtsprechung zu § 852 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden könne, in der diese Frage bereits geklärt sei.

24 Prozess

24.1 Urkundsklage

Der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses steht es nicht entgegen, dass der beklagte Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht⁵⁷⁰ oder dass der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB darauf stützt, ein Mangel sei nachträglich eingetreten, sofern der Mieter die Wohnung unstreitig in vertragsgemäßigem Zustand erhalten hat.⁵⁷¹ Offengelassen hat der BGH dabei, ob dies auch dann gilt, wenn der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darauf stützt, er habe die Sache überhaupt nicht erhalten oder sie sei von Anfang an mit Mängeln behaftet gewesen.

Der BGH hat diese Frage nunmehr dahin entschieden,⁵⁷² dass die Klage auch dann gemäß § 592 ZPO im Urkundenprozess statthaft ist, wenn der Mieter, der wegen behaupteter anfänglicher Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt, die ihm vom Vermieter zum Gebrauch überlassene Wohnung als Erfüllung angenommen hat, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen. Zwar müsse nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der Vermieter beweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßigem Zustand zu überlassen, erfüllt habe. Demgegenüber trage nach Überlassung der Mietsache gemäß § 363 BGB grundsätzlich der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene

⁵⁶⁶ BGHZ 152, 298, 303; BGH v. 6.3.1990 – VI ZR 44/89, VersR 1990, 755, 756; BGH v. 1.3.2005 – VI ZR 101/04, NJW-RR 2005, 1044, 1047.

⁵⁶⁷ BGH v. 30.10.2007 - X ZR 101/06, WM 2008, 656, 659 Rn. 24; BGB v. 27.3.2008 – IX ZR 185/05, zitiert nach juris; ebenso OLG Düsseldorf, OLGR 2006, 518; KG, KGR 2008, 368; LAG Rheinland-Pfalz, DB 2008, 592 [LS]; Erman/Schmidt-Rantsch, 12. Aufl. § 203 BGB Rz. 6; MünchKomm-BGB/Grothe, 5. Aufl. § 203 BGB, Rz. 8; Palandt/Heinrichs, 67. Aufl. § 203 BGB Rz. 4; Staudinger/Frank Peters, Neubearb. 2004, § 203 BGB Rz. 13; a. A. OLG Koblenz, NJW 2006, 3150, 3152.

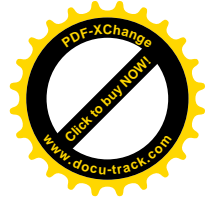
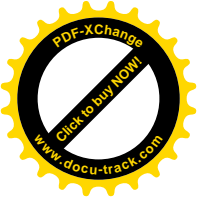
⁵⁶⁸ BGH v. 6.11.2008 – IX ZR 158/07, GE 2009, 319.

⁵⁶⁹ vgl. BT-Drucks. 14/6857 S. 43.

⁵⁷⁰ BGH v. 1.6.2005 - VIII ZR 216/04, NJW 2005, 2701, unter II 2 b; BGH v. 10.3.1999 - XII ZR 321/97, NJW 1999, 1408, unter II.

⁵⁷¹ BGH v. 20.12.2006 - VIII ZR 112/06, NJW 2007, 1061, Tz. 9 ff.

⁵⁷² BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 200/08, GE 2009, 1183.



Sache als Erfüllung angenommen hat.⁵⁷³ Die Vorschrift des § 363 BGB führt zu einer Beweislastumkehr. Ihr liegt zugrunde, dass demjenigen, der eine Leistung als Erfüllung annimmt, die Beweislast obliegt, wenn er die Leistung später nicht mehr als die geschuldete gelten lassen will.⁵⁷⁴ 114

Demzufolge ist die Klage des Vermieters im Urkundenprozess statthaft, wenn entweder unstrittig ist, dass der Mieter die Mietsache als Erfüllung angenommen hat, oder wenn der Vermieter ein solches Verhalten des Mieters durch Urkunden - etwa ein Übergabeprotokoll oder Kontoauszüge, aus denen sich ergibt, dass der Mieter zunächst die ungeminderte Miete gezahlt hat - beweisen kann. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

24.2 Räumungsvergleich als unwirksame Vertragsstrafe?

Die Parteien schlossen einen gerichtlichen Vergleich, in dem sie unter anderem vereinbarten:

I. Zwischen den Parteien wird unstrittig gestellt, dass für die Zeit bis 31. März 2006 keine Mietrückstände bestehen. Für die Zeit vom 1. April 2006 bis schließlich 31. Dezember 2006 stellen die Parteien die Mietrückstände pauschal mit einem Betrag von 1.900 EUR fest.

II. Die Beklagten verpflichten sich, diesen Rückstand in monatlichen Raten von 200 EUR, beginnend ab Juli 2007 zusätzlich zur fälligen Miete zu bezahlen.

III. Die Miete für das streitgegenständliche Anwesen ... sowie die monatliche Rate von 200 EUR sind jeweils am dritten Werktag eines jeden Monats an die Kläger zu bezahlen. Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung kommt es nicht auf die Absendung, sondern auf den Eingang des Geldes an.

...

VI. Sollten die Beklagten hinsichtlich der monatlichen Raten von 200 EUR gemäß Ziff. II und III dieses Vergleiches länger als 14 Tage in Verzug geraten, verpflichten sich die Beklagten bereits jetzt, das Anwesen ... (Doppelhaushälfte mit fünf Zimmern, insgesamt ca. 150 qm Wohnfläche nebst 500 qm Garten Carport) innerhalb von acht Wochen ab Eintritt des Verzuges vollständig zu räumen und geräumt an die Kläger herauszugeben ..."

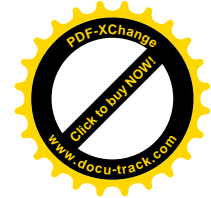
Hierzu hat der BGH⁵⁷⁵ festgestellt, dass die Regelung in Ziffer VI des Prozessvergleichs weder eine Vertragsstrafe darstelle, noch seien die Regeln über die Vertragsstrafe auf diese Abrede entsprechend anwendbar. Die Vereinbarung sei daher nicht nach § 555 BGB unwirksam.

Gemäß § 555 BGB ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die sich der Vermieter eine Vertragsstrafe vom Mieter versprechen lässt. Unter einer Vertragsstrafe wird das Versprechen einer

⁵⁷³ BGH v. 15.11.2006 - XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Tz. 23 f. m.w.N.; BGH v. 13.2.1985 - VIII ZR 154/84, NJW 1985, 2328, unter II 2 b.

⁵⁷⁴ Flatow, DWW 2008, 88, 91

⁵⁷⁵ BGH v. 14.10.2009 - VIII ZR 272/08, ■.



Zahlung (§ 339 BGB) oder einer anderen Leistung (§ 342 BGB) durch den Schuldner 115
verstanden für den Fall, dass dieser eine Verbindlichkeit nicht oder in nicht gehöriger Weise, insbesondere nicht rechtzeitig (§ 341 BGB) erfüllt. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Ansicht in der Literatur auch in dem Verzicht auf eigene Rechte eine Leistung zu sehen sein, die im Einzelfall dazu führen kann, die für die Vertragsstrafe geltenden Vorschriften jedenfalls entsprechend anzuwenden.⁵⁷⁶ Insoweit hätten die klagenden Mieter in Ziffer VI des Vergleichs nicht auf ihnen (eventuell) zustehende Rechte verzichtet.

Denn der in dem Vorprozess geltend gemachte Räumungsanspruch der Beklagten sei nach § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB begründet gewesen wie schon aus Ziffer I Satz 2 des Vergleichs hervorgehe, wo die Mietrückstände für die Zeit vom 1. April 2006 bis 31. Dezember 2006 pauschal mit einem Betrag von 1.900 € festgestellt worden seien. Bei diesem Mietrückstand sei der Räumungsanspruch der Beklagten im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses begründet. Damit sei in der Vereinbarung gemäß Ziffer VI des Vergleichs, in der sich die Beklagten für den Fall der Nichterfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen aus dem Vergleich "bereits jetzt" zur Räumung des Anwesens verpflichteten, kein Rechtsverzicht der Kläger zu sehen, sondern ein auflösend bedingter Rechtsverzicht der Beklagten, die ihren an sich begründeten Räumungsanspruch zunächst nicht weiter verfolgten, sondern solange zur Fortsetzung des Mietverhältnisses bereit waren, als die Kläger ihre Zahlungsverpflichtungen aus dem Vergleich erfüllten.

Derartige vergleichstypisch als Belohnung ausgestaltete Verfallklauseln sind grundsätzlich wirksam.⁵⁷⁷

Die Vollstreckung verstößt auch nicht gegen § 242 BGB. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen befanden sich die Kläger seit dem 7. November 2007 mit einer halben Rate in Höhe von 100 € in Verzug. Ist - wie vorliegend - für den Fall einer nicht rechtzeitigen Zahlung zu einem bestimmten Termin eine bestimmte Rechtsfolge (bedingt) vereinbart, so geht es zu Lasten des Schuldners, wenn er auch nur einen Tag zu spät zahlt und die Bedingung damit eintritt. Der Sinn solcher Verfallsregelungen ist es gerade, feste Fristen und Termine zu schaffen, durch deren Nichteinhaltung Rechtswirkungen im Sinne auflösender oder aufschiebender Bedingungen ausgelöst werden. Derjenige, der in einem Vergleich auf einen Teil seiner Ansprüche gegen die Zusicherung verzichtet, dass nunmehr der vereinbarte Zahlungsbetrag genau und pünktlich unter den festgesetzten Bedingungen an ihn gelangen werde, hat ein Interesse daran, dass auch sein Gegner diese ausgehandelten Zahlungsbedingungen einhält. Es kann ihm daher nicht als treuwidriges Verhalten angelastet werden, wenn er die für den Fall des Zahlungsverzugs vereinbarte Rechtsfolge auch bei einer nur verhältnismäßig geringfügigen Verletzung der im Vergleich festgelegten Zahlungspflicht des anderen Teils für sich in Anspruch nimmt. Dem von der Revisi-

⁵⁷⁶ BGH v. 27.6.1960 - VII ZR 101/59, NJW 1960, 1568; BGH v. 8.10.1992 - IX ZR 98/91, NJW-RR 1993, 243, unter B I 1 c cc; vgl. auch BGH v. 21.2.1985 - IX ZR 129/84, NJW 1985, 1705, unter II 2 c; MünchKommBGB/*Gottwald*, 5. Aufl., Vor § 339 BGB Rz. 36; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 555 BGB Rz. 4; Schmidt-Futterer/*Blank*, *Mietrecht*, 9. Aufl., § 555 BGB Rz. 4; *Lammel*, *Wohnraummietrecht*, 3. Aufl., § 555 BGB Rz. 8; Erman/*Jendrek*, 12. Aufl., § 555 BGB Rz. 2; Palandt/*Weidenkaff*, 68. Aufl., § 555 BGB Rz. 1; differenzierend: Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 555 BGB Rz. 3.

⁵⁷⁷ BGH v. 19.12.1979 - VIII ZR 46/79, NJW 1980, 1043, unter II 1 b; BGH v. 8.7.1981 - VIII ZR 247/80, NJW 1981, 2686, unter I 2; OLG München, NJW-RR 1998, 1663, 1664; Staudinger/*Rieble*, (2009), Vorbemerkung zu §§ 339 ff. BGB Rz. 28 f.



on angeführten Umstand, dass den Klägern angeblich eine Forderung gegen die Beklagten in Höhe von 1.469,99 € zustand, kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. 116

25 Streitwert

25.1 Mehrwert des Vergleichs

Werden in einem Vergleich Streitgegenstände miterledigt, die im Rechtsstreit nicht anhängig gewesen sind (so genannter Mehrvergleich), sind alle Mehrvergleichsgegenstände nach allgemeinen Grundsätzen einzeln zu bewerten. Sie erhöhen den Gegenstandswert des Vergleichs und sind mit dem rechtshängigen Vergleichsgegenstand zu addieren.⁵⁷⁸

Eine sog. Umzugskostenbeihilfe, zu deren Zahlung sich der Vermieter im Gegenzug zum titulierten mietrechtlichen Räumungs- und Herausgabeanspruch bereit erklärt, soll aber bei der Bestimmung des Vergleichswerts nicht zu berücksichtigen sein. Das folge aus dem anerkannten Bewertungsgrundsatz, dass sich der Vergleichswert nicht daran orientiert, *worauf*, sondern *worüber* sich die Parteien geeinigt haben.⁵⁷⁹ Da ein zur Erfüllung des mietrechtlichen Räumungs- und Herausgabeanspruchs aus § 546 Abs. 1 BGB verpflichteter Mieter keine gesetzlichen Gegenrechte hat, ist die "Umzugskostenbeihilfe" eine freiwillige Leistung der Kläger, die dazu diene, es nicht auf die Entscheidung des von den räumungsunwilligen Beklagten angerufenen Berufungsgerichts ankommen zu lassen und diese statt dessen zur freiwilligen Räumung und Herausgabe der Mietwohnung zu bewegen. Die "Umzugskostenbeihilfe" ist deshalb ein Teil dessen, worauf und nicht worüber sich die Parteien geeinigt haben, und bleibt bei der Bewertung unberücksichtigt.

25.1.1 Verzicht auf Räumungsschutz

Nach herrschender Meinung kann der Mieter im Räumungsvergleich wirksam auf den ihm in bestimmten Fällen kraft Gesetzes (§§ 794 Abs. 1 Nr. 1, 794a Abs. 1 ZPO) zustehenden Räumungsschutz (nicht Vollstreckungsschutz aus § 765a ZPO) verzichten.⁵⁸⁰ Ein solcher Verzicht stellt einen selbstständigen und werthaltigen prozessualen Anspruch dar, der deshalb auch den Vergleichswert beeinflusst. Das Vollstreckungsschutzbegehren nach § 794a Abs. 1 ZPO wird gemäß § 3 ZPO in der Regel mit der vollen monatlichen Miete und entsprechend der beantragten Räumungsfristverlängerung bis zur Dauer von maximal einem Jahr bewertet.⁵⁸¹

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf⁵⁸² ist zwar einerseits zu berücksichtigen, dass der Mieter zugunsten des Vermieters auf seine Rechte aus § 794a ZPO Abs. 1 ZPO ohne Einschränkung verzichtet hat. Andererseits ist aber auch die Ungewissheit darüber zu bewerten, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit der Vermieter bei Vergleichsabschluss mit einem Räumungsschutzantrag rechnen mussten. Diese recht erhebliche Ungewissheit rechtfertigt es gemäß § 3 ZPO, ausgehend von der Jahresmiete einen Abschlag von 80% vorzunehmen.

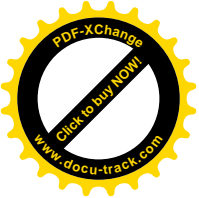
⁵⁷⁸ vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1697 = OLGR Düsseldorf, 2008, 748.

⁵⁷⁹ OLG Düsseldorf v. 11.5.2009 – I-24 W 16/09, WuM 2009, 543.

⁵⁸⁰ vgl. LG Heilbronn, Rpfleger 1992, 528 = DGVZ 1992, 569; LG Aachen, WuM 1996, 568 jew. m.w.N.

⁵⁸¹ OLG Stuttgart, NZM 2006, 880; OLG Zweibrücken, MDR 1992, 1081 jew. zu dem rechtsähnlichen § 721 ZPO.

⁵⁸² OLG Düsseldorf v. 11.5.2009 – 24 W 16/09, WuM 2009, 543.



26 Zwangsvollstreckung

117

26.1 Beseitigungstitel begründet keine Auskunftspflicht

Besteht ein Titel, wonach der Schuldner z.B. ein Gebäude auf dem gemieteten Grundstück zu beseitigen hat, ist fraglich, ob der Mieter des Gebäudes eine Vollsteckung dulden muss. Gegen den Mieter richtet sich weder der Leistungstitel der Vollstreckungsgläubiger noch kann der Gerichtsvollzieher gegen sie nach § 892 ZPO eingesetzt werden. Die Zwangsvollstreckung ist bei einer derartigen Fallgestaltung nur dann möglich, wenn der Mieter sein Einverständnis mit der durchzuführenden Maßnahme erklärt oder der Vollstreckungsgläubiger einen eigenen Duldungstitel gegen den Mieter erwirkt hat.⁵⁸³ Fehlt es daran, scheidet eine Vollstreckung nach § 887 ZPO aus.⁵⁸⁴ In einem solchen Fall ist die Zwangsvollstreckung nach § 888 Abs. 1 ZPO durchzuführen.⁵⁸⁵

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Auffassung vertreten, dass ein Gläubiger aus einem Vollstreckungstitel, der auf die Vornahme einer bestimmten, an sich vertretbaren Handlung gerichtet ist, deren Durchführung aber von der Duldung oder Zustimmung eines Dritten (z.B. Untermieter) abhängt, auch in der Weise vollstrecken kann, dass er den Schuldner auf Auskunft über den Namen und die Adresse des Dritten in Anspruch nimmt, um sich selbst einen Duldungstitel gegen den Dritten verschaffen zu können. Denn ein Vollstreckungstitel, der den Schuldner zur Vornahme einer vertretbaren Handlung verpflichtet, könnte dahingehend auszulegen sein, dass dem Schuldner damit auch aufgegeben worden wird, dem Gläubiger die Informationen zu erteilen, die dieser zur Erwirkung eines eigenen Duldungstitels gegen den Dritten benötigt.

Dies geht dem BGH zu weit.⁵⁸⁶ Voraussetzung sei zunächst die schlüssige Darlegung der Voraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung nach § 888 Abs. 1 ZPO durch den Vollstreckungsgläubiger. Bei der von dem Schuldner vorzunehmenden Beseitigung des von ihm errichteten Gebäudes handelt es sich grundsätzlich um eine vertretbare Handlung, die gemäß § 887 Abs. 1 ZPO zu vollstrecken ist. Danach ist der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, die geschuldete Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen, wenn der Schuldner die titulierte Verpflichtung nicht erfüllt. Die geschuldete vertretbare Handlung wird allerdings zu einer unvertretbaren i.S. von § 888 Abs. 1 ZPO, wenn deren Vornahme die Mitwirkung oder Zustimmung von dritten Personen erfordert und diese dazu nicht bereit sind.

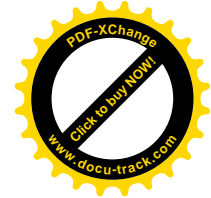
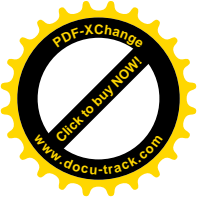
Dazu muss der Gläubiger aber einen Ermächtigungsantrag nach § 887 Abs. 1 ZPO stellen und vortragen, dass etwaige Mieter eine ggf. zur Durchführung der Ersatzvornahme erforderliche Zustimmung nicht erteilt haben oder nicht erteilen werden. Bei einem Vorgehen nach § 887 Abs. 1 ZPO, verbunden mit einem Hilfsantrag nach § 888 Abs. 1 ZPO auf Festsetzung von Zwangsgeld wegen Nichtvornahme der möglicherweise unvertretbaren Handlung, wäre es Sache des Schuldners darzulegen, dass und aus welchen Gründen ihm die Vornahme der titulier-

⁵⁸³ vgl. BayObLG, NJW-RR 1989, 462; Staudinger/Wenzel aaO § 45 WEG Rdn. 83; MünchKomm.ZPO/Gruber, ZPO, 3. Aufl., § 887 Rz. 11; vgl. auch BGH v. 1.12.2006 - V ZR 112/06, NJW 2007, 432.

⁵⁸⁴ Thomas/Putzo/Hübtege, ZPO, 29. Aufl., § 887 Rz. 1a; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 887 Rz. 10 und § 888 Rz. 13 ff.

⁵⁸⁵ BayObLG, NJW-RR 1989, 462; OLG Stuttgart, MDR 2006, 293 f.; Staudinger/Wenzel, BGB (2005), § 45 WEG Rz. 83.

⁵⁸⁶ BGH v. 27.11.2008 – I ZB 46/08, ZMR 2009, 347.



ten Handlung (Abriss des Gebäudes) unmöglich sei. Er müsste dazu vortragen, dass die Mieter der Beseitigung des Gebäudes nicht zustimmen und was er konkret unternommen hat, um den Abriss des Gebäudes zu ermöglichen.⁵⁸⁷ Solange nicht feststeht, dass eine an sich vertretbare Handlung nicht nach § 887 Abs. 1 ZPO vollstreckt werden kann, ist für die Anwendung des § 888 Abs. 1 ZPO kein Raum. 118

Ein in dieser Situation von den Gläubigern gestellter Antrag, gegen den Schuldner ein Zwangsgeld festzusetzen, ist aber auch dann unbegründet, wenn unterstellt wird, dass es sich bei der titulierten Verpflichtung mangels Zustimmung der Mieter des Schuldners zur Beseitigung des Gebäudes um eine unvertretbare Handlung handelt. Die zu vollstreckende Verpflichtung des Schuldners besteht auch dann (nur) in der Beseitigung des Gebäudes. Die Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 888 Abs. 1 ZPO setzt voraus, dass es sich um eine (nicht vertretbare) Handlung handelt, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Daraus ergibt sich, dass die objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Handlung die Anordnung eines Zwangsgeldes ausschließt.⁵⁸⁸ Die Zwangsvollstreckung wegen einer nicht vertretbaren Handlung i.S. von § 888 Abs. 1 ZPO ist grundsätzlich nicht schon dann ausgeschlossen, wenn ein Dritter an der Handlung mitwirken muss. Die Festsetzung von Zwangsgeld oder Zwangshaft ist nur dann nicht möglich, wenn eindeutig feststeht, dass der Vollstreckungsschuldner erfolglos alle zumutbaren Maßnahmen einschließlich eines gerichtlichen Vorgehens unternommen hat, um den Dritten zur Duldung der vorzunehmenden Handlung zu veranlassen.⁵⁸⁹

Ein Titel, der auf die Vornahme einer Handlung gerichtet ist, die von der Mitwirkung eines Dritten abhängt, kann, wenn der Dritte dazu nicht bereit ist, in der Weise vollstreckt werden, dass der Gläubiger nach § 888 Abs. 1 ZPO die Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den Schuldner beantragt, solange dieser nicht alle zumutbaren Maßnahmen (rechtlicher oder tatsächlicher Art) ergriffen hat, um seinerseits den Dritten zur Duldung der geschuldeten Handlung oder Mitwirkung daran zu bewegen. Eine Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger die Namen und Anschriften von Personen mitzuteilen, damit diese von dem Gläubiger selbst auf Duldung einer gebotenen Vollstreckungsmaßnahme oder Mitwirkung daran in Anspruch genommen werden können, ergibt sich weder aus dem Vollstreckungstitel noch aus § 888 Abs. 1 ZPO.⁵⁹⁰ Sofern den Gläubigern gegen den Schuldner ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Auskunft über die Namen der Mieter des Schuldners zustehen sollte, müssten sie diesen, da darüber in dem dem Vollstreckungstitel zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren nicht entschieden worden ist, gegebenenfalls in einem neuen Verfahren geltend machen.

⁵⁸⁷ OLG Stuttgart MDR 2006, 293 f.

⁵⁸⁸ BGH v. 27.11.2008 – I ZB 46/08, ZMR 2009, 347; OLG Stuttgart MDR 2006, 293 f.

⁵⁸⁹ BayObLG NJW-RR 1989, 462; OLG Düsseldorf ZMR 2002, 853 f.; OLG Stuttgart MDR 2006, 293 f.

⁵⁹⁰ BGH v. 27.11.2008 – I ZB 46/08, ZMR 2009, 347.