

Aktuelles Mietrecht 2014

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

Venloer St. 151 - 153

50672 Köln

0221-1792910

luetzenkirchen@ld-ra.de

1	Einblick	5
2	Mietvertrag	5
2.1	Abgrenzung bei Mischmietverhältnissen	5
2.2	Einheitliches Mietverhältnis	8
3	Vertragsgemäßer Gebrauch	8
3.1	Geschäftliche Tätigkeit in der Wohnung	8
3.2	Untervermietung und Veränderung des Lebensmittelpunktes	9
3.3	Untervermietung an Touristen	14
3.4	Ehegatte als Dritter i.S.v. § 540 BGB?	14
3.5	Haftung für Tierhaltung	15
3.6	Periodisches Besichtigungsrecht des Vermieters	16
4	Vertragsparteien	17
4.1	Geschäftsführer als Mitmieter	17
4.2	Haftung des Mietererben	17
5	Mietzeit	19
5.1	Rechtsfolge unwirksamer Befristung	19
5.2	Anwendbarkeit des § 167 ZPO auf § 545 BGB	20
5.3	Verlängerungswiderspruch	22
6	Schönheitsreparaturen	22
6.1	Summierungseffekt in der Gewerberaummiete	22
6.2	Außergewöhnlicher Dekorationszustand bei der Rückgabe	25
6.3	Abgeltungsklausel	27
6.3.1	Auswirkungen der kundefeindlichsten Auslegung	27
6.3.2	Alles neu?	29
6.4	Vorformulierte Auftragserteilung zur Renovierung	30
6.5	Geldersatz wegen Umbau	31
7	Miete	32
7.1	Verwirkung von Zahlungstiteln	32
8	Gewährleistung	33
8.1	Opfergrenze bei vorsätzlich errichteten Anbau	33
8.2	Beschaffenheitsvereinbarung zu Verkehrslärm	34
8.3	Sollbeschaffenheit bei baulichen Veränderungen	35
8.4	Öffentlich-rechtlicher Mangel	37
8.5	Unwirtschaftliche Heizung als Mangel	38
8.6	Schimmel als Gesundheitsgefährdung	39
8.7	Aufhebung der Tauglichkeit	40
8.8	Ersatz von Umzugskosten	41
9	Verjährung	42
9.1	Umfang der erfassten Ansprüche	42

9.2	Schlüsselrückgabe an den Hausmeister	43
10	Schriftform.....	45
10.1	Bezeichnung des Vermieters als „Grundstücksgemeinschaft“	45
10.2	Formunwirksamer Mieterbeitritt.....	46
10.3	Bestimmbarer Vertragsbeginn	47
10.4	Einseitige Erhöhung von Betriebskostenvorauszahlungen	47
10.5	Änderung der Umlagevereinbarung	48
10.6	Optionsausübung.....	49
10.7	Heilungsklausel.....	50
11	Kautions.....	53
11.1	Sicherheit zur Abwendung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges....	53
11.2	Bürgschaft und Aufhebung der Kündigungswirkung.....	54
11.3	Inanspruchnahme im laufenden Mietvertrag	54
11.4	Inanspruchnahme vor Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs	55
11.5	Vorbehaltlose Rückzahlung der Kautions	56
12	Modernisierung	57
12.1	Modernisierung und Indexmiete	57
13	Mieterhöhung	58
13.1	Erklärung des Erwerbers.....	58
13.2	Erklärung des Hausverwalters.....	59
13.3	Mieterhöhung zu späterem Termin.....	60
13.4	Anforderungen an ein prozessuales Mietwertgutachten.....	61
13.5	Angriff gegen qualifizierten Mietspiegel	62
13.6	Anforderungen an die Mietänderungserklärung nach § 10 WoBindG	65
13.7	Wirksamkeit einer Wertsicherungsklausel.....	66
14	Betriebskosten	68
14.1	Abrechnung durch den Erwerber.....	68
14.2	Umlagepositionen	68
14.2.1	Verwaltungskosten im Gewerbe	68
14.3	Formelle Fehler der Abrechnung	69
14.3.1	Angabe der Gesamtkosten.....	69
14.3.2	Vorberechnung zu Gesamtkosten.....	71
14.3.3	Fehlende Angabe von Vorauszahlungen	72
14.4	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels.....	72
14.4.1	Personenschlüssel bei Leerstand.....	73
14.5	Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummiets.....	73
15	Beendigung des Mietvertrages	77
15.1	Kündigungsadressat bei Freigabe gemäß § 109 Abs. 1 InsO	77
15.2	Ordentliche Kündigung.....	79
15.2.1	Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Vermieters.....	79

15.2.2	Zahlungsrückstand als Grund im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB	80
15.2.3	Gewerbliche Tätigkeit in der Wohnung	81
15.2.4	Kein absehbarer Eigenbedarf bei Geburt eines Urenkels	81
15.2.5	Kein namentliche Nennung des Lebensgefährten der Tochter	82
15.2.6	Anrechnung einer unentgeltlichen Nutzung auf § 573c BGB?	82
15.3	Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist	84
15.3.1	§ 57a ZVG bei einheitlich vermietetem Grundstück	84
15.3.2	§ 563 Abs. 4 BGB	84
15.4	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	85
15.4.1	„frei erfundene“ Vorvermieterbescheinigung	85
15.4.2	Kündigung wegen unzulässiger Untervermietung	86
15.4.3	Überzogene Minderung	86
16	Rückgabe	87
16.1	Ausschlusswirkung der Rückgabe	87
16.2	Räumungspflicht des Zwischenvermieters	88
16.3	Gemeinnütziger Zwischenmieter mit Gewinnabsicht	88
17	Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB	91
17.1	Vorenthalten und Rückbau	91
17.2	Vorenthalten trotz Zugang des Vermieters	93
17.3	Inanspruchnahme von Mieter und Untermieter	94
18	Schadensersatz	96
18.1	Schlüsselverlust	96
18.2	Mietausfallschaden	98
18.3	Versicherungsrechtliche Lösung	99
19	Vermieterpfandrecht	101
20	Vermieterwechsel	102
21	Vorkaufrecht	103
22	Prozessuales	109
22.1	Mangelhafte Mietsache und Urkundenprozess	109
22.2	Anwendung des § 940a Abs. 2 ZPO in der Gewerberaummiete	110
22.3	Herausgabe des Titels bei zwei Schuldnern	111

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2013/14 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung 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 Mietvertrag

2.1 Abgrenzung bei Mischmietverhältnissen

Welcher Vertragszweck bei Mischmietverhältnissen im Vordergrund steht, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der getroffenen Vereinbarungen zu ermitteln. Entscheidend ist der wahre, das Rechtsverhältnis prägende Vertragszweck¹, also die gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Vertragsparteien darüber, wie das Mietobjekt genutzt werden soll und welche Art der Nutzung im Vordergrund steht². Ein hiervon abweichender, im Vertrag nur vorgetäuschter Vertragszweck ist unbeachtlich³.

Dabei lassen sich keine festen Regeln aufstellen⁴. Insbesondere lässt der Umstand, dass die Vermietung nicht nur zu Wohnzwecken, sondern auch zur Ausübung einer gewerblichen/freiberuflichen Tätigkeit vorgenommen wird, durch die der Mieter seinen Lebensunterhalt bestreitet, keine tragfähigen Rückschlüsse auf einen im Bereich der Geschäftsräummierte liegenden Vertragsschwerpunkt zu.

Zwar hat der VIII. Senat in seinem Urteil vom 16. April 1986⁵ ausgeführt, wenn ein Einfamilienhaus einem Rechtsanwalt zur Nutzung als Kanzlei und zugleich als Wohnung überlassen werde, sei im Allgemeinen anzunehmen, dass die Vermietung in erster Linie zu gewerblichen Zwecken vorgenommen werde. Dies gelte selbst für den Fall, dass die für den Betrieb der Kanzlei zur Verfügung stehende Fläche des Hauses geringer sei als die für Wohnzwecke gedachte. Denn die Kanzlei sei für den Rechtsanwalt die Stätte, ohne die er im Allgemeinen seine Berufstätigkeit nicht ausüben und die Geldmittel erwerben könne, die er benötige, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, zu denen auch die Miete für die Wohnung gehöre. Der Vermieter könne im Allgemeinen eine höhere Miete für sein Haus verlangen, wenn er es nicht ausschließlich zu Wohnzwecken, sondern zugleich auch zum Betrieb der Anwaltskanzlei des Mieters vermiete. Die Größe der vermieteten Flächen spiele nur eine untergeordnete Rolle, es sei denn, die Fläche, die zur Benutzung als Wohnung zur Verfügung stehe, überwiege die Fläche, die zur Nutzung als Kanzlei in Betracht

¹ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877; OLG Düsseldorf, MDR 2012, 20 (21).

² OLG Stuttgart v. 31.3.2008 - 5 U 199/07, MDR 2008, 1091; KG, ZMR 2010, 956; OLG Saarbrücken, MDR 2012, 1335, 1336; OLG Karlsruhe, WuM 2012, 666 (668).

³ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877.

⁴ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, ■.

⁵ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877.

komme, derart, dass der für die Kanzlei zur Verfügung stehenden nur eine geringe Bedeutung zukomme. 6

An diesem Abgrenzungskriterium, das der VIII: Senat zur Beurteilung der Anwendbarkeit des Miethöheregulierungsgesetzes (MHRG) entwickelt hat⁶, hält der BGH mehr nicht fest⁷. Das Bestreiten des Lebensunterhalts als vorrangiges Kriterium für das Vorliegen eines gewerblichen Nutzungsschwerpunkts ist im Hinblick auf die weitgefasste Formulierung im Urteil vom 16. April 1986 ("im Allgemeinen") von den Instanzgerichten und vom Schrifttum als verallgemeinerungsfähiger Grundsatz aufgefasst worden⁸. Dieser Gesichtspunkt stellt jedoch kein sachgerechtes Unterscheidungskriterium dar⁹. Ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass bei einem Mischmietverhältnis die Schaffung einer Erwerbsgrundlage Vorrang vor der Wohnnutzung hat, besteht nicht¹⁰. Dass das Wohnen als wesentlicher Aspekt des täglichen Lebens generell hinter der Erwerbstätigkeit des Mieters zurücktreten soll, lässt sich weder mit der Bedeutung der Wohnung als Ort der Verwirklichung privater Lebensvorstellungen noch mit dem Stellenwert, dem das Wohnen in der heutigen Gesellschaft zukommt, in Einklang bringen.

Die Nutzung zu Wohnzwecken dient dazu, dem Mieter die Verwirklichung seiner privaten Lebensvorstellungen zu ermöglichen. Die Wohnung ist für jedermann regelmäßig der Mittelpunkt der privaten Existenz¹¹. Der einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Sicherung seiner Freiheit und zur Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen. Im Falle der Anmietung von Wohnraum erfüllt das Besitzrecht des Mieters Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukommen, und stellt daher eine privatrechtliche Position dar, die den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt¹². Die Wohnung bildet letztlich die Stätte, die der Mieter im Allgemeinen benötigt, um die Kraft und Energie für die Ausübung seiner Berufstätigkeit gewinnen zu können. Es lässt sich damit nicht sagen, dass die gewerbliche/freiberufliche Nutzung bei Mischmietverhältnissen generell überwiegt. Umgekehrt lässt sich auch kein Erfahrungssatz aufstellen, dass die Wohnungsnutzung im Allgemeinen Vorrang vor der Nutzung zu gewerblichen/freiberuflichen Zwecken hat.

Für die Ermittlung des nach dem Willen der Parteien vorherrschenden Vertragszwecks ist beim Fehlen ausdrücklicher Regelungen auf objektive (äußerliche) Umstände zurückzugreifen, sofern diese tragfähige Anhaltspunkte für den Parteiwillen bilden¹³. Als Indiz

⁶ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877.

⁷ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, ■.

⁸ vgl. KG, GE 1995, 1205 f.; OLG Köln v. 12.06.2001 - 3 U 172/00, ZMR 2001, 963, 965; OLG Stuttgart v. 31.3.2008 - 5 U 199/07, MDR 2008, 1091]; OLG Saarbrücken, MDR 2012, 1335, 1336; LG Frankfurt v. 31.1.2013 - 2/32 O 176/12, juris Rz. 30 f.; LG Hamburg, WuM 1993, 36; Staudinger/*Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, Vorbem. zu § 535 BGB Rz. 28; MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl., § 549 BGB Rz. 6; *Ermann/Lützenkirchen*, 13. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 15; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 11. Aufl., Vor §§ 557 - 557b BGB Rz. 25; BeckOK-BGB/*Ehlert*, Stand: 1. Mai 2014, § 549 BGB Rz. 10 m.w.N.

⁹ LG Köln v. 11.07.1988 - 32 O 182/88, WuM 1988, 313 (314); LG Berlin, WuM 1988, 22; AG Fürth (Bayern) v. 6.12.2000 - 330 C 2618/00, WuM 2001, 599, 601; *Bühler*, ZMR 2010, 897 (908 ff.); MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 573 BGB Rz. 22 m.w.N.; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 109 m.w.N.

¹⁰ *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VI 13.

¹¹ BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, NJW 1993, 2035.

¹² vgl. auch BVerfG v. 4.4.2011 - 1 BvR 1803/08, WuM 2011, 355 (356 f).

¹³ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, ■.

kommt etwa - je nach Fallgestaltung - die Verwendung eines auf eine der beiden Nutzungsarten (Geschäftsraum- oder Wohnraummiete) zugeschnittenen Vertragsformulars in Betracht¹⁴. Dabei können nicht nur der Inhalt der darin enthaltenen Regelungen¹⁵ oder - unter Umständen - die Bezeichnung des Mietverhältnisses in der Überschrift Bedeutung gewinnen¹⁶, sondern auch der Aufbau der vertraglichen Regelungen (Wohnraumnutzung oder Gewerberaumnutzung als Zusatz oder Anhang zu den übrigen Vertragsregelungen¹⁷.

Indizwirkung kann auch dem Verhältnis der für eine gewerbliche/freiberufliche Nutzung vorgesehenen Flächen und der für Wohnzwecke bestimmten Flächen zukommen¹⁸. Entsprechendes gilt - falls die Miete für die verschiedenen Nutzungen gesondert ausgewiesen ist - für die Verteilung der Gesamtmiete auf die einzelnen Nutzungsanteile¹⁹, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass für Gewerberäume regelmäßig eine höhere Miete entrichtet wird²⁰. Auch die baulichen Gegebenheiten (Zuschnitt, Einrichtung etc.) können gegebenenfalls Rückschlüsse auf einen von den Parteien gewollten Vorrang einer Nutzungsart zulassen²¹. Ein Indiz für das Überwiegen eines Nutzungsanteils kann sich auch aus Umständen im Vorfeld des Vertragsschlusses²² oder aus einem nachträglichen Verhalten der Parteien - soweit dieses Rückschlüsse auf den übereinstimmenden Willen bei Vertragsschluss zulässt - ergeben²³. Die aufgeführten Indizien sind nicht abschließend. Es obliegt dem Tatrichter, auf der Grundlage der Einzelfallumstände zu beurteilen, ob Indizien vorliegen, die einen tragfähigen Rückschluss auf den übereinstimmenden Parteiwillen über den Nutzungsschwerpunkt zulassen, und diese zu gewichten.

Lässt sich bei der gebotenen Einzelfallprüfung ein Überwiegen der gewerblichen Nutzung nicht feststellen (also auch bei einer Gleichwertigkeit beider Nutzungen), ist von der Geltung der Vorschriften der Wohnraummiete auszugehen²⁴. Denn ansonsten würden die zum Schutz des Wohnraummieters bestehenden zwingenden Sonderregelungen, insbesondere die eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters (§§ 573, 543, 569 BGB) und die ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts (§ 23 Nr. 2a GVG), unterlaufen.

¹⁴ OLG Hamburg, ZMR 1995, 120, 121; OLG Düsseldorf, GE 2006, 647; OLG Stuttgart, MDR 2008, 1091; OLG Celle, ZMR 1999, 469, 470; LG Berlin, WuM 1988, 22; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 15;; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 109; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VI 12

¹⁵ KG Berlin v. 17.6.2010 - 12 U 51/09 ZMR 2010, 956 (957); OLG München v. 24.4.2006 - 17 U 2291/06 ZMR 2007, 119 (120).

¹⁶ OLG München, ZMR 1995, 295 (296); OLG Düsseldorf v. 16.4.2002 - 24 U 199/01, NZM 2002, 739 (740); OLG Karlsruhe v. 21.5.2012 - 9 U 18/12, WuM 2012, 666 (668) und OLG Köln v. 21.6.2005 - 22 U 8/05, juris Rz. 9 einerseits und OLG Stuttgart, MDR 2008, 1091; OLG München, ZMR 2010, 962 andererseits.

¹⁷ vgl. OLG Köln v. 12.6.2001 - 3 U 172/00, ZMR 2001, 963; OLG Saarbrücken v. 21.6.2012 - 8 U 451/11, juris Rz. 23, insoweit in MDR 2012, 1335 nicht abgedruckt.

¹⁸ BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877; OLG Karlsruhe v. 21.5.2012 - 9 U 18/12, MDR 2012, 1401; OLG Düsseldorf, GE 2006, 647 m.w.N.; LG Berlin, MM 2002, 383; LG München v. 14.11.2006 - 3 O 7669/06, juris Rz. 20.

¹⁹ vgl. OLG Düsseldorf, GE 2006, 647; LG Berlin, WuM 1988, 22; Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl., Einf. v. § 535 BGB Rz 101 f.

²⁰ LG Köln v. 11.7.1988 - 32 O 182/88, MDR 1988, 1061.

²¹ OLG Saarbrücken v. 21.6.2012 - 8 U 451/11, juris Rz. 23, insoweit in MDR 2012, 1335 nicht abgedruckt

²² OLG München, ZMR 1995, 295 (296)

²³ OLG Karlsruhe v. 21.5.2012 - 9 U 18/12, WuM 2012, 666 (668).

²⁴ OLG Stuttgart v. 7.11.1985 - 8 REMiet 3/84, NJW 1986, 322, 323; LG Frankfurt v. 31.1.2013 - 2/32 O 176/12, juris Rz. 51; LG Berlin, MM 1990, 347; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 3. Aufl., § 535 Rn. 122a.

Nach der Rechtsprechung des BGH²⁵ spricht bei einem schriftlichen Wohnungsmietvertrag und einem separat abgeschlossenen Mietvertrag über eine Garage eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der beiden Vereinbarungen. Es bedarf dann der Widerlegung der Vermutung durch besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen.

Daran fehlt es, wenn der Mietvertrag über die Garage für beide Vertragspartner - abweichend von den für Wohnraum geltenden Regelungen - eine ordentliche Kündigung mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende vorsieht²⁶. Dies lässt auf den Willen der Parteien schließen, dass es sich bei dem Mietvertrag über die Garage um ein separates Mietverhältnis handeln sollte, das für beide Parteien mit einer verhältnismäßig kurzen Frist und unabhängig vom Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Beendigung des Mietverhältnisses (vgl. § 573 BGB) kündbar sein sollte. Dies wird nicht dadurch entkräftet, dass der Vermieter bei früheren Mieterhöhungen die Garagenmiete und die Wohnraum-miete im selben Verhältnis angehoben hat.

Ebenso unerheblich ist es, wenn sich Garage und Wohnung auf derselben Grundstückspar-zelle befänden. Zum einen steht dies im Widerspruch zu den tatbestandlichen Feststel-lungen des Berufungsgerichts, wonach die beiden Mietobjekte auf verschiedenen Grund-stücken liegen; einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat der Beklagte nicht gestellt. Zum anderen käme es hierauf auch nicht an. Denn der Umstand, dass bezüglich der Gara-ge Kündigungsfristen vorgesehen sind, die von den für den Wohnraummietvertrag gelten- den Kündigungsfristen abweichen, lässt unabhängig von der Lage der Mietobjekte auf den Willen der Vertragsparteien schließen, dass die Verträge gerade keine Einheit bilden sol- len.

3 Vertragsgemäßer Gebrauch

3.1 Geschäftliche Tätigkeit in der Wohnung

Unter den nach der Verkehrsanschauung zu bestimmenden Begriff des "Wohnens" fallen nach der Rechtsprechung des BGH lediglich solche berufliche Tätigkeiten, die der Mieter - etwa im häuslichen Arbeitszimmer - in einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Weise ausübt. Der BGH hat beispielhaft hierfür die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers, die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors sowie den Empfang oder die Bewirtung von Geschäftsfreunden angeführt²⁷. Für die Aufnahme derar-tiger Tätigkeiten, die mit dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck im Einklang ste- hen, bedarf es keiner Erlaubnis des Vermieters.

Hingegen muss der Vermieter in ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen geschäftliche (gewerbliche oder [frei-]berufliche) Aktivitäten des Mieters, die nach außen

²⁵ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, WuM 2012, 14 = GE 2012, 58.

²⁶ BGH v. 4.6.2013 - VIII ZR 422/12, WuM 2013, 536 = GuT Beilage zu Heft 4/2013, S. 63; BGH v. 9.4.2013 - VIII ZR 245/12, WuM 2013, 421 = GE 2013, 941.

²⁷ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 14.

in Erscheinung treten, grundsätzlich nicht ohne entsprechende vorherige Vereinbarung dulden²⁸. Im Hinblick darauf liegt eine vertragswidrige geschäftliche Aktivität mit Publikumsverkehr vor, wenn der Mieter in den ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen nach seinen Angaben an drei Werktagen in der Woche zehn bis zwölf Schülern Gitarrenunterricht erteilt, für deren Zulässigkeit es an einer Vereinbarung der Parteien fehlt²⁹. Zwar hat der BGH entschieden, dass der Vermieter im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein kann, eine Erlaubnis zur teilweisen gewerblichen oder (frei-)beruflichen Nutzung zu erteilen. Eine solche Verpflichtung des Vermieters, eine nach den Bestimmungen des Mietvertrags vertragswidrige Nutzung zu gestatten, wird jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn von der beabsichtigten Tätigkeit - was der Mieter darzulegen und zu beweisen hat³⁰ - keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung. Beispielhaft hat der BGH dabei eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr genannt³¹. Um eine derartige Tätigkeit handelt es sich bei Gitarrenunterricht offensichtlich nicht.

3.2 Untervermietung und Veränderung des Lebensmittelpunktes

Nach § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter vom Vermieter die Erlaubnis verlangen, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, wenn für ihn nach Abschluss des Mietvertrags ein berechtigtes Interesse hieran entsteht. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift nicht, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann. Davon ausgehend hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Kläger auf Gestattung der Untervermietung von zwei Räumen der Dreizimmerwohnung an Frau H. rechtsfehlerfrei bejaht.

Ein nach dem Abschluss des Mietvertrages entstandenes berechtigtes Interesse des Mieters kann darin gesehen werden, dass dieser seinen Lebensmittelpunkt für mehrere Jahre im Ausland begründet, weil er dort z.B. eine befristete Lehrtätigkeit aufnehmen will und durch die Untervermietung die Kosten einer doppelten Haushaltsführung verringern will³². Ein Interesse des Mieters im Sinne von § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB ist schon dann anzunehmen, wenn ihm vernünftige Gründe zur Seite stehen, die seinen Wunsch nach Überlassung eines Teils der Wohnung an Dritte nachvollziehbar erscheinen lassen³³.

Als berechtigt ist dabei jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang steht³⁴. Der Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung aus § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB ist - vor allem in der durch Mobilität und Flexibilität geprägten heutigen Gesellschaft - nicht auf

²⁸ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

²⁹ BGH v. 4.6.2012 - VIII ZR 422/12, GuT Beilage zu Heft 4/2013, S. 63; BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, WuM 2013, 349.

³⁰ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 17.

³¹ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

³² BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998.

³³ vgl. BGH v. 3.10.1984 - VIII AZR 2/84, BGHZ 92, 213, 218 zur Vorgängerregelung des § 549 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F.

³⁴ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 8 (zu § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB); BGH v. 3.10.1984 - VIII AZR 2/84, BGH Z 92, 213, 219 (zu § 549 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F.).

die Fälle beschränkt, in denen der Mieter seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung hat. Denn dies würde dem Zweck des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB zuwiderlaufen, dem Mieter auch dann die Wohnung zu erhalten, wenn er einen Teil untervermieten möchte, und der grundsätzlich anzuerkennenden Entscheidung des Mieters, sein Privatleben "innerhalb der eigenen vier Wände" nach seinen Vorstellungen zu gestalten³⁵. Daher ist der Wunsch eines Mieters, der am Ort seiner in einer anderen Stadt gelegenen Arbeitsstelle unter Beibehaltung der bisherigen Wohnung eine weitere Wohnung angemietet hat, von berufsbedingt entstehenden Reise- und Wohnungskosten entlastet zu werden, als berechtigtes Interesse zur Untervermietung eines Teils der Wohnung anzuerkennen³⁶. Dies gilt auch für die Aufnahme einer (befristeten) Arbeitstätigkeit im Ausland.

Der Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis besteht auch, wenn der Mieter mehr als die Hälfte der Wohnung untervermieten und auch den verbleibenden Teil nicht zum Wohnen nutzen will³⁷.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum finden sich allerdings zahlreiche Bestrebungen, den Anwendungsbereich des § 553 Abs. 1 BGB durch qualitative und/oder durch quantitative Anforderungen an die verbleibende Nutzung durch den Mieter einzuschränken. Nach der wohl strengsten Auffassung setzt § 553 BGB voraus, dass die Wohnung auch nach der Untervermietung Lebensmittelpunkt des Mieters bleibt³⁸. Andere Stimmen sehen das entscheidende Kriterium für die Anwendung des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB darin, dass der Mieter nach wie vor die Sachherrschaft (Obhut) über die Wohnung behält³⁹. Bei einer nur marginalen Nutzung, wie etwa bei der Einlagerung von Möbeln oder bei einer gelegentlichen Übernachtung in einem nicht untervermieteten Zimmer einer größeren Wohnung, seien die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB von vornherein nicht erfüllt⁴⁰.

Eine andere Auffassung will dem Mieter in Anlehnung an eine Entscheidung des Landgerichts Mannheim⁴¹ aus dem Jahr 1997 nur dann einen Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis zubilligen, wenn ihm mindestens die Hälfte des Wohnraums zur Eigennutzung verbleibt⁴².

Im Gegensatz dazu halten ein Teil der Instanzgerichte und des Schrifttums eine großzügigere Betrachtungsweise für geboten⁴³. Nach dieser Ansicht soll eine Anwendung des § 553 Abs. 1 BGB nur dann ausscheiden, wenn der Mieter der Sache nach die Wohnung zu Güns-

³⁵ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 13.

³⁶ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 13.

³⁷ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998.

³⁸ OLG Hamm, MDR 1998, 1127 f.; LG Berlin, GE 1995, 1277, 1279; LG Berlin, ZMR 2002, 49; LG Berlin, GE 2005, 126; LG Frankfurt, WuM 2002, 92; *Hinz* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 1. Aufl., § 553 BGB Rz. 8; a.A. *Hinz* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 2. Aufl., § 553 BGB Rz. 8.

³⁹ LG Berlin v. 27.3.2008 - 62 S 376/07, juris; Münch-Komm/*Bieber*, 6. Aufl., § 553 BGB Rz. 6; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 553 BGB Rz. 8; Soergel/*Heintzmann*, BGB, 13. Aufl., § 553 Rz. 3; jurisPK-BGB/*Schur*, 6. Aufl., § 553 BGB Rz. 6.

⁴⁰ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 553 BGB Rz. 7; LG Berlin, GE 1982, 947.

⁴¹ LG Mannheim, WuM 1997, 263.

⁴² Bamberger/*Roth/Ehlert*, BGB, 3. Aufl., § 553 Rn. 4; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 553 BGB Rz. 6.

⁴³ LG Hamburg, WuM 1994, 535; LG Hamburg, NJW-RR 2000, 602; LG Hamburg, ZMR 2001, 973; LG Berlin, GE 1993, 653; NJW-RR 1994, 1289; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 553 BGB Rn. 6; *Ermann/Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 553 BGB Rz. 3.

ten eines anderen vollständig aufgibt, also die Sachherrschaft endgültig und vollständig verliert⁴⁴. Daher sei die genannte Vorschrift anzuwenden, wenn der Mieter weiterhin Mitgewahrsam ausübe, etwa indem er ein Zimmer für sich belege, persönliche Gegenstände in der Wohnung belasse oder im Besitz von Schlüsseln sei⁴⁵. 11

Der letztgenannten Auffassung gibt der BGH den Vorzug⁴⁶. § 553 Abs. 1 BGB stellt weder quantitative Vorgaben hinsichtlich des beim Mieter verbleibenden Anteils des Wohnraums noch qualitative Anforderungen bezüglich seiner weiteren Nutzung durch den Mieter auf. Die Stimmen in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum, die in unterschiedlicher Ausprägung dem Mieter nur dann einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung gewähren wollen, wenn ihm ein wesentlicher Teil der Wohnung zur Eigennutzung (zu Wohnzwecken) verbleibt, wenden bei der Auslegung des § 553 Abs. 1 BGB Kriterien an, die im Gesetz keine Stütze finden und die dem Regelungszweck der genannten Vorschrift zuwiderlaufen.

Die Bestimmung des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB macht den Anspruch auf Gestattung der Untervermietung lediglich vom Vorliegen eines berechtigten Interesses des Mieters sowie davon abhängig, dass er nur einen Teil des Wohnraums einem Dritten überlässt. Dass der Mieter mehr als die Hälfte des Wohnraums oder wenigstens einen signifikanten Anteil zur Eigennutzung zurückbehalten müsse, ist dieser Vorschrift (und auch § 549 Abs. 2 BGB a.F.) nicht zu entnehmen. Die abweichende Auffassung stützt sich auf eine Entscheidung des Landgerichts Mannheim aus dem Jahr 1997⁴⁷, die solche Anforderungen jedoch nicht aus § 549 Abs. 2 BGB a.F. (heute § 553 Abs. 1 BGB), sondern allein aus der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Sonderregelung des § 21 Abs. 1 Satz 1 WoBindG abgeleitet hat. Nach dieser Bestimmung gelten für den Inhaber einer öffentlich geförderten Wohnung die Vorschriften des Wohnungsbindungsgesetzes entsprechend, wenn dieser die gesamte Wohnung oder mehr als die Hälfte der Wohnfläche an einen Dritten untervermietet. Auch zur Art und zum Umfang der dem Mieter verbleibenden Nutzung (etwa: Wohnung als Lebensmittelpunkt, Ausübung der Sachherrschaft, nicht nur gelegentliche Nutzung zu Wohnzwecken) macht § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Vorgaben.

Solche Einschränkungen ergeben sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte dieser Regelung oder aus der mit ihr verfolgten Zielsetzung.

§ 553 BGB entspricht, von geringen redaktionellen Änderungen abgesehen, § 549 Abs. 2 BGB a.F.⁴⁸. § 549 Abs. 2 BGB a.F. war in das Mietrecht eingefügt worden, um einen billigen Ausgleich zwischen den Interessen des Vermieters und des Mieters zu schaffen⁴⁹. Dass dem Mieter nur dann ein Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung eingeräumt werden sollte, wenn er nur einen Teil des Mietraums dem Untermieter überlas-

⁴⁴ LG Hamburg, NJW-RR 2000, 602; LG Hamburg WuM 1994, 535; LG Berlin, NJW-RR 1994, 1289; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 553 BGB Rz. 6; *Hinz* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 2. Aufl., § 553 BGB Rz. 8.

⁴⁵ LG Berlin, GE 1993, 653; NJW-RR 1994, 1289; LG Hamburg, WuM 1994, 535; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 553 BGB Rz. 3; a.A. LG Berlin, GE 1982, 947.

⁴⁶ BGH v. 11.6.2014 - VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = GE 2014, 998.

⁴⁷ LG Mannheim, WuM 1997, 263.

⁴⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 49.

⁴⁹ BT-Drucks. IV/806 S. 9; Bericht zu BT-Drucks. IV/2195, S. 3 f.

sen will, beruhte auf der Überlegung, dass den berechtigten Interessen eines 12 Mieters, der den gesamten Wohnraum weitervermieten will, durch das bereits in § 549 Abs. 1 Satz 2 a.F. (heute § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB) geregelte Sonderkündigungsrecht genügt wird⁵⁰. Dieses seit längerem bestehende Kündigungsrecht sollte nun bei Vorliegen eines nach Mietvertragsabschluss entstandenen berechtigten Interesses daran, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zu überlassen, durch einen gesetzlichen Anspruch des Mieters auf Gestattung der Untervermietung ergänzt werden⁵¹. Der Gesetzgeber empfand es als unbillig, dass der Mieter nach bisheriger Rechtslage darauf angewiesen war, von diesem Kündigungsrecht auch dann Gebrauch zu machen, wenn er ein Interesse daran hatte, den Wohnraum nicht vollständig aufzugeben⁵².

Zum Schutz gegenläufiger Belange des Vermieters sollte der Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte allerdings dann ausgeschlossen sein, wenn sie dem Vermieter wegen eines wichtigen Grundes in der Person des Untermieters, wegen einer Überbelegung des Wohnraums oder aus sonstigen Gründen nicht zuzumuten ist (§ 549 Abs. 2 a.F.).

Die zu § 549 Abs. 2 BGB a.F. angestellten Erwägungen sind auch für die Auslegung der nahezu gleichlautenden Bestimmung des § 553 BGB und für die Abgrenzung dieser Vorschrift zu § 540 Abs. 1 BGB maßgebend. Daneben kommt der in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz hervorgehobenen Mobilität und Flexibilität in der heutigen Gesellschaft Bedeutung zu⁵³.

Der Zweck des § 553 Abs. 1 BGB besteht darin, dem Mieter die Wohnung, an der er festhalten will, zu erhalten⁵⁴. Dieser Gesichtspunkt ist maßgebend dafür, dass der Gesetzgeber dem Mieter - anders als in den Fällen des § 540 Abs. 1 BGB - nicht nur ein Sonderkündigungsrecht, sondern einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung gewährt. Dabei stellt § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB - ebenso wie die Vorgängerregelung des § 549 Abs. 2 BGB a.F. - keine hohen Hürden für einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung auf. Es genügt, dass der Mieter ein nach Vertragsschluss entstandenes berechtigtes Interesse an der Untervermietung vorweisen kann und den Wohnraum nicht vollständig dem Dritten überlässt.

Etwaigen gegenläufigen Interessen des Vermieters wird durch die ergänzenden Regelungen des § 553 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB Rechnung getragen. Nach § 553 Abs. 1 Satz 2 BGB ist ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis ausgeschlossen, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann. In den Fällen, in denen dem Vermieter die Gestattung der Gebrauchsüberlassung an Dritte nur gegen angemessene Erhöhung der Miete zuzumuten ist, sieht § 553 Abs. 2 BGB vor, dass der Vermieter die Erlaubnis von einer entsprechenden Einverständniserklärung des Mieters abhängig machen kann.

⁵⁰ BT-Drucks. IV/806 S. 9.

⁵¹ BT-Drucks. IV/806 S. 9; Bericht zu BT-Drucks. IV/2195, S. 3 f.

⁵² BT-Drucks. IV/806 S. 9.

⁵³ BT-Drucks. 14/4553, S. 38 f. zu den Kündigungsfristen.

⁵⁴ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 11, 13.

§ 553 Abs. 1, 2 BGB trägt damit den unterschiedlichen Interessen der Mietver- 13
tragsparteien bei einer Untervermietung durch eine abgestufte Interessen- und
Zumutbarkeitsprüfung Rechnung. Dagegen legt § 553 Abs. 1 BGB dem Mieter nicht zusätz-
lich ungeschriebene Pflichten auf, denen er sich zum Schutz des Vermieters durch eine
Untervermietung nicht entziehen können soll.

Dem steht schon entgegen, dass § 553 Abs. 1 BGB die zu berücksichtigenden Interessen
abschließend festlegt. Ein schutzwürdiges Interesse des Vermieters daran, dem Mieter
eine Untervermietung nur dann zu gestatten, wenn er den Wohnraum im Wesentlichen
selbst nutzt oder zumindest die Sachherrschaft über den Wohnraum ausübt, besteht
nicht. Denn der Vermieter wird ausreichend dadurch geschützt, dass der Untermieter
Erfüllungsgehilfe des Mieters hinsichtlich der Obhut über die Mietsache ist und der Mieter
demzufolge dem Vermieter gemäß § 278 BGB für Verletzungen der Obhutspflicht haftet⁵⁵.
Darüber hinaus verkennen die Stimmen in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum,
die für die Anwendung des § 553 Abs. 1 BGB - in unterschiedlichen Ausprägungen - eine
signifikante Weiternutzung des Wohnraums durch den Mieter verlangen, dass das Wohn-
raummietrecht dem Mieter generell keine Gebrauchspflicht auferlegt⁵⁶. Insbesondere ist
ein Mieter nicht verpflichtet, in der Wohnung seinen Lebensmittelpunkt zu begründen;
wo er im herkömmlichen Sinn "wohnt", ist seinen persönlichen Vorstellungen und seiner
freien Entscheidung überlassen⁵⁷. Weswegen im Falle einer Untervermietung, die gerade
der Verwirklichung persönlicher Lebensvorstellungen dienen soll, etwas anderes gelten
soll, ist nicht zu erkennen.

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Überlassung eines Teils des Wohnraums" hat
sich letztlich allein daran auszurichten, dass der Gesetzgeber durch § 553 Abs. 1 Satz 1
BGB dem Mieter, der ein nachträglich entstandenes berechtigtes Interesse an einer Un-
tervermietung hat, nur dann eine Untermieterlaubnis verwehren will, wenn er den ge-
samten Wohnraum an einen Dritten weitergeben möchte. In einem solchen Fall geht es
dem Mieter nicht darum, sich den Wohnraum zu erhalten; seinen Belangen wird durch das
Sonderkündigungsrecht in § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB ausreichend Rechnung getragen⁵⁸. Ge-
nügt dagegen das Kündigungsrecht nach § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht, um den Bedürfnis-
sen des Mieters in der heutigen durch Flexibilität und Mobilität geprägten Gesellschaft
vollständig gerecht zu werden, steht ihm, sofern die weiteren Voraussetzungen des §
553 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt sind und keine Ausschlussgründe nach Satz 2 dieser Vorschrift
bestehen, ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis zu.

Dabei ist in Anbetracht des mieterschützenden Zwecks des § 553 Abs. 1 BGB, dem Mieter
den Wohnraum zu erhalten⁵⁹, ein großzügiger Maßstab anzulegen. Von einer "Überlassung
eines Teils des Wohnraums an Dritte" ist daher regelmäßig bereits dann auszugehen,
wenn der Mieter den Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgibt. Hierfür

⁵⁵ vgl. BGH v. 5.3.2013 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 Rz. 12 (zur Erfüllungseigenschaft des Mieters
hinsichtlich Verhaltenspflichten des Vermieters); vgl. auch Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, §
540 BGB Rz. 37 (zu § 540 Abs. 2 BGB).

⁵⁶ vgl. BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 93/10, NZM 2011, 151 Rz. 14 m.w.N.

⁵⁷ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 93/10, NZM 2011, 151 Rz. 14.

⁵⁸ vgl. BT-Drucks. IV/806, S. 9.

⁵⁹ BGH v. 23.11.2005 - VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200 Rz. 11.

genügt es, wenn der Mieter ein Zimmer einer größeren Wohnung zurückbehält, um hierin Einrichtungsgegenstände zu lagern und/oder dieses gelegentlich zu Übernachtungszwecken (Urlaub, kurzzeitiger Aufenthalt) zu nutzen. 14

3.3 Untervermietung an Touristen

Wird dem Mieter eine generelle Untervermietungserlaubnis erteilt, kann dennoch zweifelhaft sein, ob damit jede Nutzung erlaubt ist. Im Zweifel wird anzunehmen sein, dass zumindest der Vertragszweck nicht geändert werden darf⁶⁰.

Der BGH beschränkt sich auf eine Auslegung der erteilten Erlaubnis und verschafft seiner Entscheidung damit Einzelfallcharakter⁶¹. Eine Untervermietung von Wohnraum finde für gewöhnlich in der Weise statt, dass der Mieter die Wohnung oder einen Teil davon mit Genehmigung des Vermieters einem Dritten auf unbestimmte Zeit oder für einen (nach Monaten oder Jahren) befristeten Zeitraum überlässt, jedenfalls für eine gewisse Dauer. Hiervon unterscheidet sich die aus den Werbeanzeigen des Mieters ersichtliche Art der Überlassung der Wohnung an Touristen grundlegend. Der Fall ist auch nicht anders zu beurteilen, weil der Mieter die Wohnung an zwei Wochenenden im Monat selbst benötigte. Denn für den Vermieter lag es nicht auf der Hand, dass nur eine Vermietung an Feriengäste in Betracht käme und deshalb die Untervermietung an Touristen stillschweigend von der Erlaubnis umfasst wäre. Vielmehr hätte es nahe gelegen, eines der beiden Zimmer der Wohnung einem "normalen" Untermieter - etwa einem "Wochenendfahrer" - zu überlassen. Mangels ausdrücklicher Erlaubnis einer Überlassung an Touristen konnte der Mieter deshalb nicht davon ausgehen, dass die ihm erteilte Erlaubnis eine solche ungewöhnliche Nutzung umfasste. Zudem hatte die Vermieterin bei der Erteilung der Untervermietungserlaubnis verlangt, dass der Mieter den Untermietern Postvollmacht für alle Willenserklärungen der Hausverwaltung im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis erteilen sollte; schon daraus konnte der Mieter erkennen, dass sich die Erlaubnis nicht auf die Vermietung an Touristen bezog, die eine derartige Funktion offensichtlich nicht wahrnehmen konnten.

3.4 Ehegatte als Dritter i.S.v. § 540 BGB?

Dritter im Sinne des § 540 BGB ist grundsätzlich jede Person, die nicht Partei des Mietvertrages ist. Hiervon ausgenommen ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehungen⁶². Kein Dritter im Sinne des § 540 BGB ist namentlich der Ehegatte des Mieters⁶³. Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Ehegatte, der allein Mietvertragspartei ist, anlässlich der Trennung der Ehegatten aus der Wohnung auszieht und sie dem anderen Ehegatten, der nicht Mietvertragspartei ist, (zunächst) allein überlässt. Maßgeblich ist insoweit allein die Frage, ob es sich nach wie vor um eine

⁶⁰ Schmidt-Futterer/*Blank*, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 49; *Lützenkirchen*, Mietrecht, § 540 BGB Rz. 13.

⁶¹ BGH v. 8.1.2014 - VIII ZR 210/13, WuM 2014, 142 = NJW 2014, 622 = GE 2014, 248.

⁶² BGH v. 5.11.2003 - VIII ZR 371/02, MDR 2004, 141 = ZMR 2004, 100 = NJW 2004, 56.

⁶³ vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 72. Aufl., § 540 BGB Rz. 5; NK-BGB/*Klein-Blenkers*, 2. Aufl., § 540 BGB Rz. 5; NK-BGB/*Hinz*, 2. Aufl., § 553 BGB Rz. 10; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 24.

Ehewohnung handelt. Solange dies der Fall ist, ist der in der Wohnung verbliebene Ehegatte kein Dritter im Sinne der §§ 540, 553 BGB⁶⁴. 15

Die Qualifizierung als Ehewohnung hängt nicht davon ab, dass noch beide Ehegatten in der Wohnung leben bzw. der in der Wohnung verbliebene Ehegatte auch Mietvertragspartei ist⁶⁵. Die Wohnung verliert ihre Eigenschaft als Ehewohnung deshalb nicht schon dadurch, dass der (mietende) Ehegatte die Wohnung dem anderen - ggf. auch für einen längeren Zeitraum - überlassen hat bzw. diese nur noch sporadisch nutzt⁶⁶. Erst wenn der Ehegatte, der die Wohnung verlassen hat, diese endgültig aufgibt, verliert sie ihren Charakter als Ehewohnung⁶⁷. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob die Überlassung an den anderen Ehegatten noch den aktuellen Erfordernissen in der Trennungssituation geschuldet ist oder ob ihr schon eine endgültige Nutzungsüberlassung zugrunde liegt.

Eine andere Sichtweise würde die vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit der Wohnungszuweisung (nach § 1361b BGB während des Getrenntlebens und nach § 1568a BGB für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung) unterlaufen⁶⁸. Denn oftmals hat einer der Ehegatten vor einer gerichtlichen Zuweisung die Ehewohnung bereits verlassen. Wäre dieser zufällig der alleinige Mieter, könnte der Vermieter das Mietverhältnis wegen vertragswidriger Überlassung an einen Dritten noch vor einer Entscheidung über eine Zuweisung der Wohnung kündigen; eine Wohnungszuweisung wäre dann nicht mehr möglich.

Kündigt der ausgezogene Mieter infolge der Trennung, kann der zurückbleibende Ehegatte nicht mehr nach § 1361b BGB vorgehen. Danach kann nämlich nur die (alleinige) Überlassung erreicht werden. Im Verhältnis zum Vermieter bleibt dieses Verfahren ohne Bedeutung. Der zurückbleibende Ehegatte kann allenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen⁶⁹.

3.5 Haftung für Tierhaltung

Ist die Tierhaltung zulässig, halten sich durch das Tier hervorgerufene Abnutzungerscheinungen grundsätzlich im Rahmen des § 538 BGB⁷⁰. Dazu gehören z.B. Kratzspuren im Parkett, die durch das Umhrlaufen eines Hundes entstehen⁷¹.

Schadensersatzansprüche wegen Beschädigung der Mietsache können daher nur geltend gemacht werden, wenn es sich um vermeidbare Beeinträchtigungen handelt oder individuell vereinbart wurde, dass der Mieter für die besondere Abnutzung durch das Tier aufkommen muss. Danach kommt eine Haftung in Betracht, wenn die Tiere z.B. nicht ausreichend beaufsichtigt werden, so dass eine übermäßige Abnutzung eintritt. Diese Pflicht verletzt der Mieter, wenn mehrere Katzen gehalten werden, die tagsüber unbeaufsichtigt sind und Substanzschäden durch Verunreinigung verursachen⁷². Im Übrigen kann nur nach

⁶⁴ BGH v. 12.6.2013 - XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

⁶⁵ BGH v. 12.6.2013 - XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

⁶⁶ so aber Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 26.

⁶⁷ *Johannsen/Henrich/Götz*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1361 b BGB Rz. 11 m.w.N.

⁶⁸ BGH v. 12.6.2013 - XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = GE 2013, 999.

⁶⁹ OLG Frankfurt v. 20.02.2013 - 5 UF 14/13, ZMR 2014, 279.

⁷⁰ AG Koblenz v. 20.12.2013 - 162 C 939/13, IMR 2014, 58.

⁷¹ LG Hannover v. 15.8.1997 - 8 S 334/96, zfs 1998, 60.

⁷² OLG Saarbrücken v. 9.9.2013 - 5 W 72/13, ZMR 2014, 357.

den jeweiligen Umständen des Einzelfalls entschieden werden, ob das Halten von Haustieren als übermäßige Beanspruchung einer Mietwohnung anzusehen ist. Danach führt das Urinieren von zwei Katzen auf den Teppichboden zur Haftung des Mieters⁷³. Eine übermäßige Beanspruchung der Mietsache kann auch durch das durch Gewährenlassen der Tiere beim Kratzen an der Tapete hervorgerufen werden⁷⁴.

3.6 Periodisches Besichtigungsrecht des Vermieters

Ob dem Vermieter ein periodisches, etwa alle ein bis zwei Jahre zu gewährendes Recht, ohne besonderen Anlass den Zustand der Wohnung zu kontrollieren, zusteht, ist umstritten⁷⁵.

Diese ein anlassloses Betretungsrecht regelnde Klausel benachteiligt den Mieter unangemessen und ist daher unwirksam (§ 307 Abs. 1 BGB).

Nach Auffassung des BGH ist das nicht der Fall⁷⁶. Während der Dauer des Mietvertrags ist das alleinige und uneingeschränkte Gebrauchsrecht an der Wohnung dem Mieter zugewiesen. Zudem steht die Wohnung des Mieters als die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet, unter dem Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG, der das Recht gewährleistet, in diesen Räumen "in Ruhe gelassen zu werden"⁷⁷. Vor diesem Hintergrund kann dem Vermieter von Wohnraum entgegen einer Auffassung, die teilweise in der Instanzrechtsprechung⁷⁸ und der Literatur⁷⁹ vertreten wird, nicht das Recht zugebilligt werden, die Mietsache auch ohne besonderen Anlass in einem regelmäßigen zeitlichen Abstand von ein bis zwei Jahren zu besichtigen. Vielmehr besteht eine vertragliche, aus § 242 BGB herzuleitende Nebenpflicht des Mieters, dem Vermieter - nach entsprechender Vorankündigung - den Zutritt zu seiner Wohnung zu gewähren, nur dann, wenn es hierfür einen konkreten sachlichen Grund gibt, der sich zum Beispiel aus der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Objektes ergeben kann⁸⁰.

Entgegenstehende Formularklauseln sind nach § 307 BGB unwirksam⁸¹.

⁷³ AG Karlsruhe v. 10.11.1994 - 10 C 326/94, WuM 2000, 331.

⁷⁴ AG Wiesbaden v. 29.11.1988 - 96 C 1201/88, zfs 1989, 245.

⁷⁵ dagegen: LG München II, ZMR 2009, 371; dafür: LG Tübingen, GE 2008, 1055; *Lützenkirchen*, NJW 2007, 2152 f.

⁷⁶ BGH v. 4.6.2014 - VIII ZR 289/13, WuM 2014, 495 = GE 2014, 1053.

⁷⁷ BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, 23; BVerfG v. 16.1.2004 - 1 BvR 2285/03, NZM 2004, 186, 187.

⁷⁸ LG Stuttgart, ZMR 1985, 273, LG Frankfurt v. 17.12.2012 - 2-11 S 146/12, BeckRS 2013, 06643; AG Münster, WuM 2009, 288; AG Saarbrücken, ZMR 2005, 372; AG Rheine, WuM 2003, 315; vgl. auch LG Tübingen, GE 2008, 1055 zur Gewerberaummieta.

⁷⁹ Palandt/*Weidenkaff*, 73. Aufl., § 535 BGB Rz. 82; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 535 BGB Rz. 76; *Krämer/Schüller* in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl., III. A Rz. 2720; Hannemann/Wiegenger/*Kühn*, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl., § 15 Rz. 132.

⁸⁰ LG München II, ZMR 2009, 371; LG Hamburg, WuM 1994, 425; AG Bonn, NZM 2006, 698; Münch-Komm/*Häublein*, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 134 ff.; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 535 BGB Rz. 98; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 535 BGB Rz. 43; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Aufl., § 535 BGB Rz. 206; BeckOK/*Ehlert*, Stand Mai 2014, § 535 BGB Rz. 218b.

⁸¹ BGH v. 4.6.2014 - VIII ZR 289/13, WuM 2014, 495.

4.1 Geschäftsführer als Mitmieter

Bei Abschluss von Mietverträgen, wo auf Mieterseite eine juristische Person handelt, gehen die Vermieter immer mehr dazu über, die handelnden natürlichen Personen mit zu verpflichten. Ist z. B. in einem Mietvertrag eine GmbH als Mieter 1 bezeichnet und deren Geschäftsführer als Mieter 2 und unterzeichnet der Geschäftsführer den Mietvertrag ohne Vertretungszusatz nur auf der für „Mieter 1“ vorgesehenen Unterschriftenleiste, muss der Mietvertrag ausgelegt werden.

Diese Auslegung kann ergeben, dass der Geschäftsführer seine Unterschrift sowohl in eigenem Namen als auch in Vertretung für den Mieter zu 1 geleistet hat⁸². Bei der Frage, ob der Geschäftsführer, als er die Unterschrift geleistet hat, nur in Vertretung der GmbH oder auch im eigenen Namen gehandelt hat, kommt es, wie stets im Rechtsverkehr bei der Auslegung von Willenserklärungen, auf den objektiven Erklärungswert an, darauf also, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben für den Empfänger darstellt⁸³. Da zwischen dem Vertreter der Mieterin 1 und dem Mieter zu 2 Personenidentität besteht und der Mieter 2 ohne Vertretungszusatz unterzeichnet hat, durfte der Vermieter nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Geschäftsführer seine Unterschrift auch im eigenen Namen abgegeben hat. Dagegen spricht nicht, dass er seine Unterschrift nur auf die Unterschriftenleiste der Mieterin 1 gesetzt hat. Im Hinblick auf die Personenidentität zwischen dem Vertreter des Mieters 1 und dem Mieter 2 selbst ersetzte die ohne Vertretungszusatz geleistete Unterschrift die Wiederholung der Unterschrift auf der Unterschriftenleiste des Mieters 2. Der Geschäftsführer hätte seinen als „Mieter 2“ im Rubrum des Mietvertrages aufgeführten Namen streichen, zumindest aber die Unterschrift auf der Unterschriftenleiste des Mieters 1 mit einem Vertretungszusatz versehen müssen, wenn er hätte zum Ausdruck bringen wollen, dass er die Unterschrift nicht in eigenem Namen sondern nur als Vertreter leisten will.

4.2 Haftung des Mietererben

Stirbt der Mieter ist selbst bei Anwendung des § 564 BGB eine Fortsetzung des Mietvertrages mit dem Erben bis zum Ablauf der Kündigungsfrist vorgesehen. Bis dahin schuldet der Mietererbe die anfallenden Mieten. Die Einordnung derartiger Forderungen ist allerdings umstritten. Nach einer teilweise vertretenen Auffassung haftet der Erbe für die nach dem Erbfall entstehenden mietrechtlichen Verbindlichkeiten aufgrund seiner Stellung als Mieter auch persönlich⁸⁴. Nach der Gegenmeinung handelt es sich jedenfalls dann, wenn das Mietverhältnis durch Kündigung nach § 564 BGB beendet wird, um reine Nachlassverbind-

⁸² KG v. 8.1.2014 - 8 U 132/14, ZMR 2014, 352.

⁸³ BGHZ 36, 30; BGHZ 125, 175.

⁸⁴ Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 564 BGB Rz. 3; *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 564 BGB Rz. 3; wohl auch *MünchKommBGB/Häublein*, 6. Aufl., § 564 BGB Rz. 6

lichkeiten⁸⁵, so dass der Erbe seine Haftung durch Erhebung der Dürftigkeitseinrede auf den Nachlass beschränken kann. 18

Der BGH hat sich der zuletzt wiedergegebenen Meinung angeschlossen, dass auch die nach dem Tod des Erblassers fällig werdenden Forderungen aus dem Mietverhältnis jedenfalls dann reine Nachlassverbindlichkeiten sind, wenn das Mietverhältnis innerhalb der in § 564 S. 2 BGB bestimmten Frist beendet wird⁸⁶.

Als sog. Nachlasserschulden werden im Allgemeinen Verbindlichkeiten bezeichnet, die durch Rechtsgeschäfte des Erben bei der Verwaltung des Nachlasses entstehen und die deshalb sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch - soweit sie auf ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses beruhen - Nachlassverbindlichkeiten sind⁸⁷. Unter diesem Blickwinkel lässt sich eine persönliche Haftung des Erben in der Regel nicht begründen, solange kein rechtsgeschäftliches Handeln zur Fortsetzung des Mietverhältnisses vorliegt.

Aus § 564 S. 1 BGB ergibt sich auch keine persönliche Haftung der Erben. Diese Vorschrift knüpft den Eintritt in das Mietverhältnis an die Erbenstellung an; der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung bietet somit keine Anhaltspunkte für eine zusätzliche persönliche Haftung des in das Mietverhältnis eintretenden Erben. Auch aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift lässt sich nichts dafür entnehmen, dass dem Erben im Hinblick auf das Wohnraummietverhältnis des Erblassers eine über die allgemeine Rechtsnachfolge (§ 1922 BGB) hinausgehende und mit einer persönlichen Haftung verbundene Sonderstellung zugewiesen wäre. Denn die Regelung des § 564 S. 1 BGB erklärt sich aus der Besonderheit, dass im Falle des Todes eines Mieters von Wohnraum vorrangig der Eintritt von Familien- und Haushaltsangehörigen oder Mitmietern des Erblassers in Betracht kommt (§§ 563, 563a BGB) und es deshalb einer Regelung dahin bedarf, dass der Erbe (nur) dann in das Mietverhältnis eintritt, wenn das Mietverhältnis nicht nach §§ 563, 563a BGB fortgesetzt wird. Dies ändert indes nichts daran, dass das Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis nach §§ 1922, 1967 BGB auf den Erben übergeht und die daraus resultierenden Verbindlichkeiten den Erben nur als solchen treffen. Insoweit ist auch zu beachten, dass § 580 BGB für sonstige Mietverhältnisse lediglich eine dem § 564 S. 2 BGB entsprechende außerordentliche Kündigungsmöglichkeit vorsieht und somit den Übergang des Mietverhältnisses auf den Erben (nach §§ 1922, 1967 BGB) voraussetzt.

Da es sich somit bei den Mietschulden um (reine) Nachlassverbindlichkeiten handelt, haftet der Erbe nur beschränkt auf den Nachlass. Die auf Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit gerichtete Klage abzuweisen ist, wenn der Erbe die Dürftigkeitseinrede erhoben hat und die Erschöpfung des Nachlasses feststeht⁸⁸.

⁸⁵ KG v. 9.1.2006 - 8 U 111/05, ZMR 2006, 526 = NJW 2006, 2561, 2562; OLG Düsseldorf v. 28.10.1993 - 10 U 12/93, WuM 1994, 78 = ZMR 1994, 114; LG Wuppertal v. 27.9.1996 - 10 S 195/96, MDR 1997, 34; Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1967 BGB Rz. 2, 11; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 564 BGB Rz. 7.

⁸⁶ BGH v. 23.1.2013 - VIII ZR 68/12, GE 2013, 348 = WuM 2013, 236.-

⁸⁷ vgl. BGH v. 31.1.1990 - IV ZR 326/88, BGHZ 110, 176, 179.

⁸⁸ vgl. BGH v. 9.3.1983 - IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378 unter 2.

5.1 Rechtsfolge unwirksamer Befristung

Die Befristung eines Mietvertrags über Wohnraum ist gemäß § 575 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zulässig, wenn der Vermieter die Räume nach Ablauf der Mietzeit als Wohnraum für sich oder seine Familien- oder Haushaltsangehörigen nutzen will oder die Absicht hat, die Räume zu beseitigen oder so wesentlich zu verändern oder instand zu setzen, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden. Sind diese Voraussetzungen nicht bei Abschluss des Mietvertrages schriftlich mitgeteilt, ist die Befristung unwirksam. Gemäß § 575 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt der Vertrag deshalb grundsätzlich als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Infolge der Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung ist eine planwidrige Vertragslücke entstanden, die im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist⁸⁹. Die Parteien haben mit der Befristung des Vertrages eine beiderseitige langfristige Bindung bezweckt. Dies ergibt sich daraus, dass die Befristung auf Wunsch des Mieters aufgenommen worden ist, der sich durch eine feste Vertragslaufzeit eine lange Mietzeit sichern wollte und deshalb in Kauf genommen hat, dass er während der festen Vertragslaufzeit auch selbst nicht ordentlich kündigen kann. Mit diesem Wunsch des Mieters nach einer beiderseitigen Bindung für die Dauer von sieben Jahren hat sich der Vermieter durch die Aufnahme der Befristung in den Mietvertrag einverstanden erklärt. Sie hat damit gleichfalls eine langfristige Bindung beider Seiten gewollt.

Durch die Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung ist im vertraglichen Regelungsgefüge eine Lücke eingetreten, weil die bezweckte langfristige Bindung beider Parteien entfallen ist. Das dispositives Recht, nach dem das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt (§ 575 Abs. 1 Satz 2 BGB) und somit innerhalb der Fristen des § 573c BGB ordentlich gekündigt werden kann, wird dem Willen der Parteien nicht gerecht.

§ 575 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält keine abschließende, eine ergänzende Vertragsauslegung verbotende gesetzliche Regelung der Folgen einer unwirksamen Befristung⁹⁰. Denn mit der Neuregelung des Zeitmietvertrages verfolgte der Gesetzgeber nicht das Ziel, die Möglichkeit einer langfristigen Bindung der Mietparteien an den Vertrag zu beschränken. Es ging vielmehr darum, dass durch die Beschränkung der Befristungsgründe ein Missbrauch zur Umgehung der dem Mieterschutz dienenden Kündigungs- und Mieterhöhungsvorschriften ausgeschlossen werden sollte. Langfristige Bindungen der Vertragsparteien, zum Beispiel durch einen Kündigungsausschluss, sollten hingegen weiterhin möglich sein⁹¹.

Eine planwidrige Regelungslücke ist unter Berücksichtigung dessen zu schließen, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der vereinbar-

⁸⁹ BGH v. 11.12.2013 - VIII ZR 235/12, WuM 2014, 148 = IMR 2014, 98; BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = WuM 2013, 617 = GE 2013, 1197 = ZMR 2013, 952 = NZM 2013, 646.

⁹⁰ BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = WuM 2013, 617 = GE 2013, 1197 = ZMR 2013, 952 = NZM 2013, 646.

⁹¹ BT-Drucks. 14/4553, S. 69; BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448 unter II 2.

ten Vertragsbestimmung bekannt gewesen wäre⁹². Danach ist die Lücke hier 20 dahin zu schließen, dass an die Stelle der unwirksamen Befristung ein beiderseitiger Kündigungsverzicht in der Weise tritt, dass eine Kündigung frühestens zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit möglich ist⁹³. Auf diese Weise wird das von beiden Parteien erstrebte Ziel der langfristigen Bindung erreicht.

Ein Kündigungsausschluss kann im Wege der Individualvereinbarung auch für einen Zeitraum vereinbart werden, der über die bei einer allgemeinen Geschäftsbedingung höchstens zulässige Frist von vier Jahren deutlich hinausgeht⁹⁴. Insoweit gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch eine langfristige Bindung - wie hier von bis zu 13 Jahren - ermöglicht, soweit nicht - wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen - die Grenze des § 138 BGB überschritten ist. Das Eigentumsgrundrecht des Vermieters ist nicht tangiert, wenn er sich mit einer Individualvereinbarung auf eine Bindung von bis zu 13 Jahren einlässt, die nur unter den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung vorzeitig beendet werden kann.

5.2 Anwendbarkeit des § 167 ZPO auf § 545 BGB

Nach § 545 Satz 1 BGB verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, wenn der Mieter den Gebrauch der Mietsache nach Ablauf der Mietsache fortsetzt und keine Vertragspartei ihren entgegenstehenden Willen der anderen Partei binnen zwei Wochen mitteilt. Umstritten ist, ob die Frist gewahrt ist, wenn die (Räumungs-) Klageschrift dem Mieter ohne dem Vermieter zuzurechnende Verzögerungen und deshalb "demnächst" i.S.d. § 167 ZPO zugestellt wurde.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur wird unter Bezugnahme auf eine ältere Rechtsprechung des BGH⁹⁵ überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Vorschrift des § 167 ZPO auf die Frist des § 545 BGB [früher § 568 BGB aF] keine Anwendung finde⁹⁶. Zur Begründung wird vor allem angeführt, dass die Vorschrift des § 167 ZPO restriktiv auszulegen sei und deshalb nur für Fristen gelte, die nicht durch außergerichtliche Geltendmachung, sondern nur durch Inanspruchnahme der Gerichte gewahrt werden könnten, wie etwa die Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Auch stehe der Zweck des § 545 BGB, alsbald Klarheit über die Beendigung des Mietverhältnisses zu erlangen, einer Anwendung des § 167 ZPO entgegen.

⁹² BGH v. 12.7.1989 - VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115 unter III 1 c; BGH v. 14.3.2012 - VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rz. 24.

⁹³ BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = GE 2013, 1197 = NZM 2013, 646.

⁹⁴ vgl. BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448; BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 Rz. 25.

⁹⁵ BGH v. 21.10.1981 - VIII ZR 212/80, NJW 1982, 172 unter II 3 b [zur befristeten Bürgschaft]; BGH v. 10.2.1971 - VIII ZR 208/69, WM 1971, 383 unter II 3 b [zur Mieterhöhungserklärung]

⁹⁶ OLG Stuttgart v. 9.3.1987 - 8 RE-Miet 1/86, WuM 1987, 114; LG Berlin, NZM 2001, 40; LG Berlin, MM 1997, 40; Palandt/*Weidenkaff*, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl., § 545 Rn. 9; Staudinger/*Emmerich*, Neuberb. 2011, § 545 BGB Rz. 13; MünchKomm/*Bieber*, § 545 BGB Rz. 13; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 545 BGB Rz. 9; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 545 BGB Rz. 9; *Feldhahn* in Prütting/*Wegen/Weinreich*, BGB, 9. Aufl., § 545 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 545 BGB Rz. 22; BeckOK BGB/*Herrmann*, Stand Februar 2014, § 545 BGB Rz. 5; Musielak/*Wittschier*, 11. Aufl. § 167 ZPO Rz. 2a; Stein/*Jonas/Roth*, 22. Aufl., § 167 ZPO Rz. 3.

In der grundlegenden Entscheidung vom 17. Juli 2008⁹⁷ hat der Bundesgerichtshof allerdings seine ältere, restriktive Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass § 167 ZPO regelmäßig auch auf Fristen anzuwenden ist, die auch durch außergerichtliche Geltendmachung gewahrt werden können. Er hat dabei vor allem auf Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes abgestellt. Der Wortlaut des § 167 ZPO bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zustellung davon abhängt, ob mit der Zustellung eine nur gerichtlich oder auch eine außergerichtlich geltend zu machende Frist gewahrt werden soll und ob die Zustellung durch Vermittlung des Gerichts oder eines Gerichtsvollziehers (§ 132 BGB) erfolgt. Wer mit der Klage die stärkste Form der Geltendmachung von Ansprüchen wählt, muss sich darauf verlassen können, dass die Einreichung der Klageschrift die Frist wahre. 21

Für die Wahrung der in § 545 BGB bestimmten Frist gilt nichts anderes, auch insoweit findet § 167 ZPO Anwendung⁹⁸. Eindeutiger als durch die Einreichung einer Räumungsklage kann der Vermieter seinen Widerspruch gegen die Verlängerung des Mietverhältnisses nach § 545 BGB nicht zum Ausdruck bringen. Derjenige, der mit der Klage die stärkste Form der Geltendmachung von Ansprüchen wählt, muss sich aber darauf verlassen können, dass die Einreichung der Klageschrift die Frist wahrt⁹⁹. Ein rechtzeitiger Widerspruch gegen die Verlängerung des Mietverhältnisses kann mithin auch dadurch erfolgen, dass innerhalb der Widerspruchsfrist eine Räumungsklage eingereicht wird, deren Zustellung "demnächst" im Sinne des § 167 ZPO erfolgt¹⁰⁰. Der Widerspruch nach § 545 BGB ist auch nicht mit der Anfechtung nach §§ 119 f. BGB vergleichbar. Für diese Anfechtung wird eine Ausnahme anerkannt, weil die Anfechtung "unverzüglich" zu erklären ist (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) und das Interesse des Anfechtungsgegners im Vordergrund steht, alsbald darüber Klarheit zu erlangen, ob der Anfechtungsberechtigte von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch macht¹⁰¹. Demgegenüber bezweckt § 545 BGB, einen vertragslosen Zustand zu vermeiden, der ohne diese Vorschrift - von den Parteien unbemerkt - auch für einen längeren Zeitraum eintreten und zu erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten bei der in diesem Fall erforderlichen Abwicklung nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts oder des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses führen könnte¹⁰². Diesem Gesetzeszweck steht es nicht entgegen, die innerhalb der zweiwöchigen Frist eingereichte und "demnächst" im Sinne des § 167 ZPO zugestellte Räumungsklage für die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs ausreichen zu lassen. Denn auch durch die Einreichung einer Räumungsklage ist sichergestellt, dass binnen einer Frist von zwei Wochen ab Ende des Mietverhältnisses die alsbaldige Abwicklung des Mietverhältnisses in die Wege geleitet wird.

⁹⁷ BGH v. 17.7.2008 - I ZR 109/05, BGHZ 177, 319.

⁹⁸ BGH v. 25.6.2014 - VIII ZR 10/14, WuM 2014, 485 (486).

⁹⁹ BGH v. 17.7.2008 - I ZR 109/05, BGHZ 177, 319 Rz. 25.

¹⁰⁰ so auch Spielbauer/Schneider/Krenek, Mietrecht, 2013, § 545 BGB Rz. 17; Franke in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Stand Juni 2004, § 545 BGB Anm. 6.6

¹⁰¹ BGH v. 17.7.2008 - I ZR 109/05, BGHZ 177, 319 Rz. 26 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 11. Oktober 1974 - V ZR 25/73, NJW 1975, 39 f.

¹⁰² vgl. BT-Drucks. 14/1454, S. 44, 98.

Mit dem Mietvertrag vom 21./29.12.2002 haben die Parteien ein Mietverhältnis auf bestimmte Zeit (Zeitmietvertrag) mit Verlängerungsklausel begründet. Das Mietverhältnis läuft nach der Regelung in § 6 Ziff. 1 des Mietvertrages jeweils bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, dem 31. Dezember des Jahres 2004 bzw. der Folgejahre, und verlängert sich dann um ein Jahr, wenn es nicht bis zum 31. Mai desselben Jahres gekündigt wird. Mit dem Begriff der "Kündigung" wird danach - abweichend von dem gewöhnlichen Verständnis - nicht die Beendigung eines unbefristet laufenden Dauerschuldverhältnisses mit Wirkung für die Zukunft bezeichnet, sondern eine Erklärung, welche die Verlängerung des bis zu einem bestimmten Zeitpunkt laufenden Vertrages verhindert. Der BGH hat dies für eine vergleichbare Regelung in einem Pachtvertrag in seinem Urteil vom 16.10.1974¹⁰³ klargestellt. Danach enthält die vertragliche Regelung bereits das wechselseitige Angebot der Vertragsparteien, das Mietverhältnis um ein Jahr zu verlängern, welches durch Schweigen der Vertragspartner angenommen wird.

Gleichzeitig wird den Vertragspartnern die Möglichkeit eröffnet, mit einer Erklärung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Vertragsverlängerung i.S.v. § 542 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu verhindern. Auf eine solche Erklärung aber ist die Regelung in § 193 BGB anzuwenden¹⁰⁴. Wendet man aber die Regelung des § 193 BGB im folgenden Falle an, dann ging die "Kündigung" des Beklagten am 2.6.2009 rechtzeitig zu, denn der 31.5.2009 war ein Sonntag und der 1.6.2009 ein gesetzlicher Feiertag, der Pfingstmontag. Nach Rückgabe des Mietobjektes durch den Beklagten spätestens am 28.6.2010 hat die Klägerin demnach weder einen Anspruch auf Zahlung von Miete aus dem Mietvertrag gemäß § 535 Abs. 2 BGB noch auf Zahlung von Nutzungsentschädigung aus § 546a Abs. 1 BGB.

6 Schönheitsreparaturen

6.1 Summierungseffekt in der Gewerberaummiete

Grundsätzlich bestehen keine Bedenken, in einem Formularymietvertrag die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter zu übertragen. Zwar obliegt nach der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Vermieter die Verpflichtung, das Mietobjekt während der gesamten Vertragszeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Allerdings weicht die mietvertragliche Praxis, insbesondere in Formularverträgen, seit langem von diesem gesetzlichen Leitbild ab. Wegen dieser langjährigen Übung, die bereits allgemeine Verkehrssitte geworden ist, hat es der Bundesgerichtshof gebilligt, dass in Formularverträgen Schönheitsreparaturen regelmäßig auf den Mieter verlagert werden, obwohl nach § 307 BGB Bestimmungen, die vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, in der Regel als unangemessen und damit unwirksam anzusehen sind¹⁰⁵.

¹⁰³ BGH v. 16.10.1974 - VIII ZR 74/73, NJW 1975, 40.

¹⁰⁴ OLG Dresden v. 8.11.2013 - 5 U 1101/13, MDR 2014, 80 = GuT 2013, 211 = ZMR 2014, 277; ebenso BGH v. 16.10.1974 - VIII ZR 74/73, NJW 1975, 40; OLG Düsseldorf v. 29.7.1993, 10 U 253/92, ZMR 1993, 521.

¹⁰⁵ vgl. BGHZ 92, 363 = NJW 1985, 480, 481; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006, 2007; BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 12.

Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen 23 durch Allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenze in den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB. Zwar sind die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht anwendbar, wenn sie im Rahmen eines gewerblichen Mietvertrags gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Auch in solchen Fällen kann die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB allerdings zur Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führen, insbesondere wenn sich die Regelung noch weiter als im Rahmen der mietrechtlichen Praxis erforderlich vom gesetzlichen Leitbild entfernt und zu einer unangemessenen Verschärfung der vertraglichen Verpflichtungen zu Lasten des Mieters führt¹⁰⁶.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Mit Blick hierauf hat der VIII. Zivilsenat des BGH unter anderem Allgemeine Geschäftsbedingungen, mit denen Schönheitsreparaturen nach einem "starrten" Fristenplan auf den Mieter übertragen werden, für unwirksam erachtet, weil sie den Mieter mit Renovierungspflichten belasten, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen und dem Mieter eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegen, als sie den Vermieter ohne eine solche vertragliche Klausel treffen würde¹⁰⁷. Ausnahmen lässt der VIII. Zivilsenat nur für solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu, die eine Renovierung innerhalb bestimmter Fristen zwar für den Regelfall vorsehen, diese aber vom tatsächlichen Erhaltungszustand der Mieträume abhängig machen¹⁰⁸. Knüpft die Vertragsklausel die Renovierungspflicht des Mieters dagegen allein an feste zeitliche Grenzen und führt die Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu, dass der Erhaltungszustand für die Verpflichtung keine Rolle spielt, führt dies regelmäßig zur Unwirksamkeit der Klausel¹⁰⁹. Dieser Rechtsprechung hat sich der XII. Senat für den Bereich der Gewerberaummiete angeschlossen¹¹⁰.

Gemessen an diesen Grundsätzen hält die Regelung einem Mietvertrag der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB stand, die den Mieter verpflichtet, die Schönheitsreparaturen in einem angemessenen Turnus auszuführen und zusätzlich regelt, dass im Hinblick auf das Gewerbe des Mieters alle drei Jahre Renovierungsbedürftigkeit eintreten könne¹¹¹.

Ob eine formularvertragliche Regelung im Einzelfall zulässig ist, hängt von ihrem Inhalt ab, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von ver-

¹⁰⁶ BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 15.

¹⁰⁷ BGH v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586, 2587.

¹⁰⁸ vgl. BGH v. 13.7.2005 - VIII ZR 351/04, NJW 2005, 3416; BGH v. 18.10.2006 - VIII ZR 52/06, NJW 2006, 3778 Rz. 17; BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632 Rz. 12.

¹⁰⁹ BGH v. 5.4.2006 - VIII ZR 178/05, NJW 2006, 1728 Rz. 11; BGH v. 7.3.2007 - VIII ZR 247/05, WuM 2007, 260, 261.

¹¹⁰ BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 21 ff.

¹¹¹ BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, MDR 2014, 518 = NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 ZMR 2014, 622.

ständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der 24 normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden¹¹². Die Vertragsklausel in § 7 Nr. 3 des Mietvertrags ist dahingehend auszulegen, dass der Mieter zwar zu einer regelmäßigen Renovierung der Mieträume verpflichtet sein sollte, die Mietvertragsparteien die Erforderlichkeit von Schönheitsreparaturen jedoch zusätzlich von einem tatsächlich vorhandenen Bedarf abhängig machen wollten. Die in § 7 Nr. 3 Satz 2 des Mietvertrags enthaltene Regelung, wonach die Parteien im Hinblick auf das Gewerbe des Mieters davon ausgehen, dass alle drei Jahre Renovierungsbedarf eintreten kann, ist nicht als zwingend einzuhaltende Frist anzusehen keine starre Fristenregelung.

Entgegen der Auffassung der Revision wird die Klägerin durch die Übertragung der Schönheitsreparaturen auch nicht deshalb unangemessen benachteiligt, weil sie zusätzlich durch § 12 Nr. 1 des Mietvertrags verpflichtet wird, bei Beendigung des Mietverhältnisses das Mietobjekt in bezugsfertigem Zustand zurückzugeben¹¹³.

Eine Regelung in einem Formularvertrag, die den Mieter verpflichtet, die Mieträume unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der letzten Schönheitsreparaturen bei Vertragsende renoviert zu übergeben, ist allerdings wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam¹¹⁴. Die in Formularmietverträgen enthaltene Verpflichtung des Mieters, neben der Durchführung der Schönheitsreparaturen die Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses renoviert zurückzugeben, entfernt sich noch weiter vom gesetzlichen Leitbild und führt zu einer zusätzlichen Verschärfung zu Lasten des Mieters. Er muss in diesen Fällen eine Endrenovierung vornehmen unabhängig davon, wann die letzte Schönheitsreparatur erfolgt ist und ob ein Bedarf hierfür besteht. Eine so weit gehende Abweichung vom gesetzlichen Leitbild ist mit § 307 BGB nicht mehr vereinbar. Dies hat zur Folge, dass sowohl die Endrenovierungsklausel als auch die Klausel, die die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter regelt, unwirksam sind¹¹⁵.

§ 12 Nr. 1 des Mietvertrags enthält keine (versteckte) Endrenovierungsklausel, die den Mieter unabhängig vom tatsächlichen Erhaltungszustand der Mieträume zur Vornahme einer umfassenden Renovierung verpflichtet¹¹⁶. Nach dem Wortlaut der Vertragsklausel schuldet der Mieter die Rückgabe der Mieträume in bezugsfertigem Zustand. Um diese Verpflichtung zu erfüllen, muss der Mieter die Mieträume, jedenfalls grundsätzlich, nicht umfassend renovieren. Ausreichend ist vielmehr, wenn er die Mieträume in einem Erhaltungszustand zurückgibt, die es dem Vermieter ermöglichen, einem neuen Mieter die Räume in einem bezugsgeeigneten und vertragsgemäßen Zustand zu überlassen¹¹⁷. Nur wenn die Räume diesen Anforderungen nicht genügen, etwa weil der Mieter während der Mietzeit keine Schönheitsreparaturen durchgeführt hat, die letzten Schönheitsreparatu-

¹¹² BGH BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rz. 14.

¹¹³ BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, MDR 2014, 518 = NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 = ZMR 2014, 622.

¹¹⁴ BGH v. 3.6.1998 - VIII ZR 317/97, NJW 1998, 3114, 3115; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006, 2007.

¹¹⁵ vgl. BGH v. 14.5.2003 - VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234, 2235; BGH v. 25.6.2003 - VIII ZR 335/02, NZM 2003, 755; BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006, 2007.

¹¹⁶ BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, MDR 2014, 518 = NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 = ZMR 2014, 622.

ren lange zurückliegen oder sich die Mieträume aufgrund übermäßig starker 25
Abnutzung trotz durchgeführter Schönheitsreparaturen nicht in einem zur Weitervermietung geeigneten Zustand befinden, hat der Mieter bei seinem Auszug Renovierungsarbeiten zu erbringen. Dies folgt jedoch bereits aus der Verpflichtung des Mieters, Schönheitsreparaturen durchzuführen, wenn es der Erhaltungszustand der Mieträume erfordert¹¹⁸. Eine zusätzliche Belastung erfährt der Mieter durch die Regelung, die Mieträume in bezugsfertigem Zustand zurückzugeben, damit nicht¹¹⁹.

Aus § 12 Nr. 1 i.V.m. § 5 Nr. 2 des Mietvertrags ergibt sich auch keine vom tatsächlichen Zustand der Räume unabhängige Verpflichtung zur Endrenovierung in Form eines Neuanstrichs der Wände¹²⁰. Zwar hat das Berufungsgericht eine Auslegung der Vertragsklausel erwogen, wonach mit dem Begriff des bezugsfertigen Zustands auch gemeint sein könnte, dass die Mieträume so wieder herzurichten seien, wie sie bei Vertragsbeginn übernommen wurden. Daraus möchte die Revision schließen, dass die Klägerin durch § 12 Nr. 1 i.V.m. § 5 Nr. 2 des Mietvertrags unabhängig vom Zustand der Mieträume jedenfalls einen Neuanstrich der Wände schulde. Damit versucht die Revision jedoch nur, die Vertragsklausel in einem für sie vorteilhaften Sinn auszulegen. Dies kann keinen Erfolg haben. In einer Gesamtschau der für die Auslegung maßgeblichen Umstände sind die Regelungen in § 7 Nr. 3 und § 12 Nr. 1 des Mietvertrags vielmehr dahingehend zu verstehen, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen nur bei Bedarf auszuführen hat und hierfür weder ein festes Intervall besteht noch die zwingende Notwendigkeit, die Mieträume beim Auszug frisch zu renovieren¹²¹.

6.2 Außergewöhnlicher Dekorationszustand bei der Rückgabe

Eine ungewöhnliche Farbwahl bei der Dekoration einzelner Räume führt nach allgemeiner Meinung¹²² zu einer vom Vermieter nicht hinzunehmenden Verschlechterung der zurückgegebenen Mieträume, wenn eine Weitervermietung der Wohnung in diesem Zustand praktisch unmöglich ist. So hat auch der BGH bereits ausgesprochen, dass dem Vermieter vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ein Interesse daran, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, nicht abzusprechen ist und der Mieter nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB gehalten ist, eine von ihm angebrachte ungewöhnliche Dekoration bei Rückgabe der Wohnung wieder zu beseitigen¹²³.

Der Mieter ist gemäß §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine in neutraler Dekoration übernommene Wohnung mit einem farbigen An-

¹¹⁷ vgl. BGHZ 49, 56, 58 = NJW 1968, 491; BGH v. 14.7.1971 - VIII ZR 28/70, NJW 1971, 1839; BGH v. 13.1.1982 - VIII ZR 186/80, ZMR 1982, 180, 181.

¹¹⁸ vgl. BGH v. 10.7.1991 - XII ZR 105/90, NJW 1991, 2416, 2417.

¹¹⁹ a.A. *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., I. Teil Rz. 229.

¹²⁰ BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = NJW 2014, 1444 = MDR 2014, 518.

¹²¹ zur Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Revisionsgericht vgl. BGH v. 13.11.2012 - XI ZR 145/12, juris Rz. 20.

¹²² vgl. BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 Rz. 18 m.w.N.; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 535 BGB Rz. 109a

¹²³ BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NJW 2010, 674 Rz. 16; BGH v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62 Rz. 17.

strich zurückgibt¹²⁴. Dies ergibt sich allerdings nicht aus § 546 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben ist, da der Zustand der Wohnung für die Rückgabe selbst ohne Bedeutung ist. Nach der vom Gesetz getroffenen Regelung kann der Vermieter wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache zwar Schadensersatz verlangen, nicht aber die Rücknahme der Mietsache ablehnen¹²⁵.

Insoweit wird vertreten¹²⁶, die Rückgabe eines Mietobjekts in einem Zustand, der beim Vermieter zusätzliche Kosten für die dekorative Herrichtung auslöst, sei als Vertragsverletzung i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB anzusehen. Diese bestehe nicht darin, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen während der Mietzeit nach seinen sehr singulären Vorstellungen durchführe, sondern in der Rückgabe in einem Zustand, der es nicht ermögliche, allein mit den üblichen Vorarbeiten die Dekoration zu erneuern. In diesem Fall versuche der Mieter, die zusätzlichen Kosten, die aus der Selbstverwirklichung durch Farbwahl und sonstige Gestaltung stammten, auf den Vertragspartner abzuwälzen¹²⁷. Dagegen wird eingewandt¹²⁸, dass das, was während der Mietzeit erlaubt sei, bei Ende des Mietverhältnisses nicht zu einer Vertragsverletzung werden könne.

Zutreffend ist insoweit zwar, dass der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache dann nicht nach § 538 BGB zu vertreten hat, wenn sie durch einen vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden¹²⁹, und dass die farbliche Gestaltung der Mieträume während der Dauer des Mietverhältnisses dem Mieter überlassen ist, somit zum vertragsgemäßen Gebrauch einer angemieteten Wohnung gehört¹³⁰. Der Mieter verletzt jedoch seine Pflicht zur Rücksichtnahme nach §§ 241 Abs. 2, 242 BGB, wenn er die in neutraler Dekoration übernommene Wohnung bei Mietende in einem Zustand zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird. Der Schadenersatzanspruch des Vermieters beruht in diesem Fall auf §§ 535, 280, 241 Abs. 2, 242 BGB. Der Schaden des Vermieters besteht darin, dass er die für breite Mieterkreise nicht akzeptable Art der Dekoration beseitigen muss.

Vermieter und Mieter müssen bei der Gebrauchsüberlassung beziehungsweise Nutzung der Wohnung auf die Interessen des jeweils anderen Vertragspartners Rücksicht nehmen (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB). So hat der Mieter das berechtigte Interesse, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren, während das berechtigte Interesse des Vermieters dahin geht, die Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren

¹²⁴ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 = GE 2014, 49 Rz. 15.

¹²⁵ BGH v. 10. 1.1983 - VIII ZR 304/81, BGHZ 86, 204, 209 f.; Staudinger/*Rolfs*, Neubearb. 2011, § 546 BGB Rz. 19.

¹²⁶ *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., E Rz. 373.

¹²⁷ *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., E Rz. 373.

¹²⁸ *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 466 f.

¹²⁹ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rz. 21.

¹³⁰ BGH v. 21.9.2011 - VIII ZR 47/11, WuM 2011, 618 Rz. 8; BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2599 Rz. 17.

Interessentenkreises entspricht und somit einer baldigen Weitervermietung 27
nicht entgegensteht¹³¹.

Aus der Entscheidung des BGH zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung im Falle des Rauchens¹³² folgt nichts anderes¹³³. Denn diese Entscheidung betraf die Frage, wann beim Rauchen die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs überschritten sind; dort hat der Senat entschieden, dass Rauchen nicht mehr als vertragsgemäßer Gebrauch der Mietsache anzusehen ist ("exzessives Rauchen"), wenn die damit verbundenen negativen Auswirkungen auf die Mietsache Schäden verursachen, die über die Abnutzung der Dekoration hinausgehen und sich dementsprechend nicht mehr durch bloße Ausführung von Schönheitsreparaturen beseitigen lassen¹³⁴. Darum geht es hier indes nicht.

Exzessives Rauchen führt zu einer übermäßigen Abnutzung der Mieträume, die Beseitigungsmaßnahmen erfordert, die über normale Schönheitsreparaturen hinausgehen¹³⁵. Um Abnutzung der Mieträume geht es bei deren farblicher Gestaltung in ungewöhnlichen Farben jedoch nicht. Maßnahmen zu deren Beseitigung sind deshalb im Rechtssinne auch keine Schönheitsreparaturen. Das zeigt schon die schlichte Überlegung, dass das berechnete Interesse des Vermieters, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, auch dann ohne Einschränkung zu bejahen ist, wenn der Mieter die Wohnung vor der Rückgabe in ungewöhnlichen Farben frisch renoviert hat.

6.3 Abgeltungsklausel

6.3.1 Auswirkungen der kundefeindlichsten Auslegung

Der Zweck einer Quotenabgeltungsklausel besteht darin, dem Vermieter, der von dem ausziehenden Mieter mangels Fälligkeit der Schönheitsreparaturen nach dem Fristenplan keine Endrenovierung verlangen kann, wenigstens einen prozentualen Anteil an Renovierungskosten für den Abnutzungszeitraum seit den letzten Schönheitsreparaturen während der Mietzeit zu sichern. Eine solche Klausel benachteiligt den Mieter grundsätzlich nicht unangemessen, weil die Abwälzung turnusmäßiger Schönheitsreparaturen - deren Kosten der Mieter zu tragen hätte, wenn das Mietverhältnis bis zum Eintritt der Fälligkeit der Schönheitsreparaturverpflichtung fortbestanden hätte - rechtlich und wirtschaftlich einen Teil der Gegenleistung des Mieters für die Gebrauchsüberlassung der Räume darstellt, die er andernfalls - bei einer den Vermieter treffenden Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen (§ 535 Abs. 1 Satz 2, § 538 BGB) - über eine höhere Bruttomiete im Voraus abgelden müsste¹³⁶. Insbesondere stellt sie keine unzulässige "verkappte Endreno-

¹³¹ BGH v. 22.2.2012 - VIII ZR 205/11, NJW 2012, 1280 Rz. 12; BGH v. 14.12.2010 - VIII ZR 198/10, WuM 2011, 96 Rz. 3; BGH v. 14.12.2010 - VIII ZR 218/10, WuM 2011, 212 Rz. 3.

¹³² BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439.

¹³³ A.A. *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 466 f.

¹³⁴ BGH v. 5.3.2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439.

¹³⁵ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 = GE 2014, 49 Rz. 15.

¹³⁶ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff.; BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684 Rz. 15 m.w.N.

vierungsklausel" dar, denn sie verpflichtet den Mieter gerade nicht zur Renovierung der Räume¹³⁷. 28

Bei der inhaltlichen Gestaltung einer Quotenabgeltungsklausel ist jedoch auf die berechtigten Belange des Mieters angemessen Rücksicht zu nehmen. Diesen Anforderungen wird eine Klausel, in der die Berechnungsgrundlage für die vom Mieter zu zahlenden Beträge "ein Kostenvoranschlag eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäfts" sein soll, nicht gerecht¹³⁸. Diese Bestimmung ist mehrdeutig. Sie kann zum einen dahingehend ausgelegt werden, dass sich der Mieter nur an notwendigen Renovierungskosten zu beteiligen hat und der Kostenvoranschlag dazu nur als (unverbindliche) Berechnungsgrundlage dient, deren Richtigkeit und Angemessenheit der Mieter bestreiten kann¹³⁹. Zum anderen lässt die genannte Klausel aber auch die Deutung zu, dass dem Kostenvoranschlag des vom Vermieter ausgewählten Malerfachgeschäfts bindende Wirkung für die Bemessung der Abgeltungsquoten zukommt, also dem Mieter die Möglichkeit abgeschnitten ist, Einwendungen gegen dessen Richtigkeit und Angemessenheit zu erheben oder gar auf eine Berechnung nach Maßgabe eines von ihm eingeholten günstigeren Kostenvoranschlags zu dringen.

Einer solchen Auslegung steht nicht entgegen, dass der Klägerin ohne eine entsprechende Regelung im Zweifel ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1, 3, § 316 BGB zustünde. Diese Argumentation verfängt schon deswegen nicht, weil ein solches Leistungsbestimmungsrecht voraussetzt, dass der Beklagte dem Grunde nach eine quotale Abgeltung schuldet. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn eine vertragliche Quotenabgeltungsregelung nicht oder jedenfalls nicht wirksam getroffen worden ist. Davon abgesehen fehlt in der verwendeten Klausel ein Hinweis darauf, dass der Kostenvoranschlag nach billigem Ermessen zu erfolgen hat. Dass er von einem Malerfachgeschäft zu erstellen ist, besagt noch nichts über die Billigkeit der darin aufgeführten Kostenpositionen.

Bei der Prüfung der Wirksamkeit der Abgeltungsklausel ist diejenige Auslegung zugrunde zu legen, nach der dem vom Vermieter einzuholenden Kostenvoranschlag verbindliche Wirkung zukommt und es dem Mieter verwehrt ist, hiergegen Einwendungen zu erheben. Denn nach neuerer Rechtsprechung ist für die Inhaltskontrolle einer mehrdeutigen Allgemeinen Geschäftsbedingung nicht nur im Verbandsprozess, sondern auch im - hier gegebenen - Individualprozess von mehreren möglichen Deutungen die kundenfeindlichste Auslegung, also diejenige maßgebend, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt¹⁴⁰. Hierdurch wird zum einen § 305c Abs. 2 BGB Rechnung getragen, wonach sich Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders auswirken, und zum anderen vermieden, dass die Entscheidung im Individualprozess auf eine Klausel gegründet wird, die im Verbandsprozess für unwirksam zu erklären wäre¹⁴¹.

¹³⁷ BGH v. 26.5.2004 - VIII ZR 77/03, NJW 2004, 3042 unter II 2 a cc.

¹³⁸ BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, MDR 2013, 900 = GE 2013, 997.

¹³⁹ BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 82; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 unter II 1.

¹⁴⁰ BGH v. 29.4.2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rz. 19 m.w.N.; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 344/08, NJW 2009, 3716 Rz. 8.

¹⁴¹ BGH v. 29.4.2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rz. 19.

Soweit sich aus früheren Senatsentscheidungen (Beschluss vom 6. Juli 1988 - 29 VIII ARZ 1/88; BGH v. 6. Oktober 2004 - VIII ZR 215/03) etwas anderes ergibt, sind die dort getroffenen Aussagen durch die beschriebene Entwicklung überholt. Der VIII. Senat hält daher an diesen Entscheidungen nicht mehr fest.

6.3.2 Alles neu?

Der VIII. Senat des BGH¹⁴² hat folgenden Beschluss abgesetzt:

„Aufgrund der nach der mündlichen Verhandlung durchgeführten Beratung haben sich für den Senat folgende bislang nicht (ausreichend) erörterte Fragen ergeben.

1. Im Urteil vom 26. September 2007 (VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632) hat der Senat Bedenken geäußert, ob eine Quotenabgeltungsklausel bei unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassener Wohnung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB standhält. Er hat diese Zweifel damit begründet, dass entweder - wenn der Mieter während der Mietzeit keine Schönheitsreparaturen durchgeführt hat - sich am Ende der Mietzeit nicht feststellen lässt, in welchem Umfang die Abnutzung durch den Mieter selbst und wie weit sie durch den Vormieter herbeigeführt worden ist, oder der Mieter - wenn er im Laufe seiner Mietzeit renoviert hat - doppelt belastet wird, indem er zusätzlich zu dem Schönheitsreparaturaufwand eine Kostenquote zu tragen hat, obwohl beziehungsweise weil er die von ihm (jedenfalls auch zur Beseitigung der Abnutzung durch den Vormieter) vorgenommenen Dekorationsarbeiten noch nicht vollständig abgenutzt hat (Senatsurteil vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06, aaO Rn. 20).

Dahinter steht der Gedanke, dass es eine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellen könnte, wenn der Mieter die Kosten für die Beseitigung von Gebrauchsspuren (mit) zu tragen hat, die nicht er, sondern der Vormieter verursacht hat (Senatsurteil vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06, aaO Rn.17).

Wenn diese Bedenken - entgegen dem Rechtsentscheid des Senats vom 6. Juli 1988 (VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 84 ff.) - für durchgreifend erachtet würden, käme es im Streitfall darauf an, ob die Wohnung renoviert oder unrenoviert übergeben wurde. Zu dieser zwischen den Parteien streitigen Tatsache hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

Die dargestellte Argumentation könnte zur Folge haben, dass bei unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassener Wohnung - entgegen dem Rechtsentscheid des Senats vom 6. Juli 1988 (VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff.) - auch bereits die Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen als den Mieter unangemessen benachteiligend anzusehen wäre. Denn auch durch eine solche Klausel würde der Mieter zur Beseitigung von Gebrauchsspuren verpflichtet, die nicht er, sondern der Vormieter verursacht hat.

2. Unabhängig von den Erwägungen unter 1 stellt sich dem Senat die grundsätzliche Frage, ob Quotenabgeltungsklauseln der Inhaltskontrolle unter einem anderen Gesichtspunkt überhaupt standhalten können.

¹⁴² BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 352/12, WuM 2014, 135.

Der Senat hat zwar in seinem Urteil vom 26. September 2007 (VIII ZR 143/06, 30 aaO Rn.15 ff.) im Anschluss an den Rechtsentscheid des Senats vom 6. Juli 1988 (VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff.) eine Quotenabgeltungsklausel über eine vom Vermieter renoviert überlassene Wohnung für unbedenklich gehalten, wenn sie eine Berücksichtigung des tatsächlichen Erhaltungszustands der Wohnung in der Weise ermöglicht, dass für die Berechnung der Quote das Verhältnis zwischen der Mietdauer seit Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen und dem Zeitraum nach Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen maßgeblich ist, nach dem bei einer hypothetischen Fortsetzung aufgrund des Wohnverhaltens des Mieters voraussichtlich Renovierungsbedarf bestünde (Senatsurteil vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06, aaO Rn. 17 f., 29).

Es ist jedoch fraglich, ob sich auf der Grundlage des tatsächlichen Zustands der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses eine realistische Feststellung dazu treffen lässt, welcher hypothetischen Nutzungsdauer bei "normaler" Nutzung der bei Beendigung des Mietverhältnisses bestehende Abnutzungsgrad der einzelnen Wohnräume entspricht und ob darüber hinaus eine empirische Prognose über den (hypothetischen) Zeitpunkt des voraussichtlich eintretenden Renovierungsbedarfs bei unterstellter Fortdauer des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Mieters zuverlässig möglich ist oder ob dies nicht vielmehr einer Fiktion gleichkommt. Darin könnte eine unangemessene Benachteiligung des Mieters gesehen werden. Auf die Frage, ob die Wohnung renoviert oder unrenoviert überlassen wurde, käme es dann nicht an.“

Der Beschluss legt die Annahme nahe, dass formularmäßige Abgeltungsklauseln insgesamt unwirksam sind. Darüber hinaus stellt sich - erneut - die Frage, ob Renovierungsklauseln AGB-mäßig wirksam vereinbart werden können, wenn die Wohnung unrenoviert übergeben wurde. Denn mittlerweile ist auch im Individualprozess der Maßstab der kundenfeindlichsten Auslegung bei der Inhaltskontrolle anzulegen. Damit könnte die ursprüngliche Überlegung des BGH, die nicht abweichend vereinbarte Anfangsrenovierung führe zu einem Anspruch des Mieters nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB den der Mieter nach ca. sechs Monaten verwirkt¹⁴³, obsolet sein. Denn in einem solchen Fall könnte der Vermieter den vertragstreuen Mieter durch Hinweis auf den Mietvertrag, in dem zur Anfangsrenovierung nicht geregelt ist, mit Rücksicht auf die Pflicht, laufende Schönheitsreparaturen durchzuführen, davon abhalten, den Anspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geltend zu machen.

6.4 Vorformulierte Auftragserteilung zur Renovierung

Vorgefertigte Rücknahmeprotokolle enthalten häufig am Ende vorformulierte Erklärungen des Mieters, die die Rechtsfolge nach Beendigung der Rückgabe manifestieren soll. Oftmals wird u.a. vorformuliert, dass der Mieter den Vermieter beauftragt, die fälligen Schönheitsreparaturen auf seine (des Mieters) Kosten auszuführen und sich verpflichtet, dem Vermieter den notwendigen Aufwand zu ersetzen.

¹⁴³ BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, MDR 1987, 927 = WuM 1987, 306.

Derartige Renovierungsauftragsklauseln sind gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam¹⁴⁴. Eine solche Klausel legt dem Mieter Schönheitsreparaturen auf, obwohl diese noch nicht fällig sind und obwohl er z.B. ausdrücklich "die Durchführung der Arbeiten im Hinblick auf die (...) Beanstandungen ernsthaft und endgültig" abgelehnt hat. 31

6.5 Geldersatz wegen Umbau

Ein Anspruch des Vermieters auf Geldersatz für die vom Mieter geschuldeten Reparaturen und Instandsetzungsmaßnahmen kann sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergeben¹⁴⁵. Danach kommt ein Anspruch auf Geldersatz in Fällen in Betracht, in denen ein Mieter bei Auszug die von ihm geschuldeten Schönheitsreparaturen und Instandsetzungsmaßnahmen nicht ausführt, weil der Vermieter die Mieträume anschließend umbauen will und deshalb auch an einer Sachleistung des Mieters nicht mehr interessiert ist und wenn der Mietvertrag für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung enthält. 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 festzuhalten, obwohl bei Erfüllung dieser Pflicht das Geschaffene alsbald wieder zerstört würde. Zum anderen würde es regelmäßig in Widerspruch zum Inhalt des Mietvertrages stehen, den Mieter von seiner Verpflichtung zu befreien, ohne dass er hierfür einen Ausgleich entrichten müsste.

Der Anspruch setzt voraus, dass der Mietvertrag keine ausdrückliche Abrede darüber enthält, ob der Vermieter, wenn bei Beendigung des Mietverhältnisses fällige Instandsetzungs- und Reparaturmaßnahmen nicht ausgeführt sind, ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung zusteht, wenn er beabsichtigt, die Mietsache umzubauen und durch den Umbau etwaige Instandsetzungs- und Reparaturmaßnahmen wieder zerstört würden¹⁴⁶. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheitert nicht daran, dass der Vermieter bereits bei Abschluss des Mietvertrages wußte, dass die Schönheitsreparatur-, Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Endrenovierungsverpflichtung bei Beendigung des Mietverhältnisses so gut wie sinnlos wird. Das gilt auch, wenn der Vermieter die Räume des Geschäftshauses nach den Bedürfnissen des Mieters zum Betrieb eines Therapiezentrums umgestaltet und hergerichtet haben, und wegen der Größe des Objektes eine Neuvermietung notwendigerweise mit dem Umbau und der Umgestaltung des Objektes verbunden ist, um es nach den Bedürfnissen des zukünftigen Mieters herzurichten. Dazu hätte bei Abschluss des Mietvertrages dem Vermieter klar gewesen sein müssen, dass eine Neuvermietung ohne Umbau nicht möglich sein würde. Für diese Annahme reicht die Durchführung der Arbeiten zu Beginn des Mietvertrages nicht aus.

Der Ausgleichsanspruch im Wege ergänzender Vertragsauslegung soll auch nicht dadurch entfallen, dass der Vermieter die Mietsache veräußert hat, ohne zuvor tatsächlich Umbaumaßnahmen durchgeführt zu haben. Der Vermieter hatte dem Mieter unstreitig mit

¹⁴⁴ BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, GE 2013, 997.

¹⁴⁵ BGH v. 20.10.2004 - VIII ZR 378/03, WuM 2005, 50 = ZMR 2005, 109; BGH v. 5.6.2002 - XII ZR 220/99, MDR 2002, 1304 = WuM 2002, 484 = ZMR 2002, 735; BGH v. 30.10.1984 - VIII ARZ 1/84, MDR 1985, 400 = WuM 1985, 46 = ZMR 1985, 84.

¹⁴⁶ OLG Koblenz v. 12.4.2013 - 10 U 832/12, MDR 2013, 964 = ZMR 2013, 882.

Schreiben vom 25. September 2009 mitgeteilt, dass er im Zuge der beabsichtigten Neuvermietung des Objektes umfangreiche Umbau- und Renovierungsarbeiten durchführen würde und deshalb an Stelle der Durchführung der Schönheitsreparaturen und Renovierungsarbeiten den hierfür noch zu ermittelnden Geldbetrag einfordern würde. Der Zahlungsanspruch des Vermieters entsteht dabei, sobald der Mieter von der Absicht des Vermieters, die Mieträume umzubauen, Kenntnis erlangt. Er wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Mieter in Kenntnis der Umbauabsichten des Vermieters vor Rückgabe renoviert oder sich zur Renovierung nach dem Umbau bereitklärt¹⁴⁷.

Diese Auffassung hat der BGH verworfen¹⁴⁸. Denn sollte allein der Verkauf für die Entstehung des Geldanspruchs ausreichen, könnte der Vermieter die Voraussetzungen des § 281 BGB umgehen. Dass der Vermieter aufgrund einer Veräußerung des Mietobjekts subjektiv kein Interesse an der Erbringung der Renovierungsarbeiten mehr hat, rechtfertigt es ebenfalls nicht, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die Stelle des primären Erfüllungsanspruchs einen Ausgleichsanspruch treten zu lassen. Der vertragliche Anspruch gegen den Mieter auf Erbringung der übernommenen Renovierungsarbeiten erlischt erst durch ein Schadensersatzverlangen nach § 281 Abs. 4 BGB. Da der Anspruch nach Beendigung des Mietverhältnisses und dem Auszug des Mieters bis zu diesem Verlangen fortbesteht, geht er gemäß § 566 Abs. 1 BGB auf den Erwerber des Mietobjekts über. Dieser kann vom Mieter Erfüllung verlangen oder, falls der Mieter nicht zur Vornahme der Renovierungsarbeiten bereit ist, die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 281 Abs. 1 BGB schaffen und die Erklärung nach § 281 Abs. 4 BGB abgeben¹⁴⁹. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass der Mieter auch bei einer Veräußerung des Mietobjekts nicht kompensationslos von der übernommenen Verpflichtung zur Vornahme von Renovierungsarbeiten befreit wird. Dann besteht auch kein Bedürfnis dafür, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die Stelle des vereinbarten Anspruchs auf Durchführung von Schönheitsreparaturen oder Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsarbeiten einen Ausgleichsanspruch des Vermieters treten zu lassen.

7 Miete

7.1 Verwirkung von Zahlungstiteln

Bei dem Rechtsgedanken der Verwirkung kommt es in erster Linie auf das Verhalten des Berechtigten an. Mit der Verwirkung soll die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten gegenüber dem Verpflichteten ausgeschlossen werden. Dabei ist das Verhalten des Berechtigten nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Maßgebend ist insoweit, ob bei objektiver Beurteilung der Verpflichtete dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, ob er sich also darauf einrichten durfte, dass er mit einer Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen brauche¹⁵⁰. Im Hinblick darauf müssen daher zu dem reinen Zeit-

¹⁴⁷ OLG Oldenburg v. 14.1.2000 - 13 U 66/99, WuM 2000, 301 = ZMR 2000, 528 = NZM 2000, 828; *Hannemann/Wiegner*, Münchner Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl. 2010, § 19 Rz. 218.

¹⁴⁸ BGH v. 12.2.2014 - XII ZR 76/13, WuM 2014, 201 = GE 2014, 453.

¹⁴⁹ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 130.

¹⁵⁰ BGHZ 25, 47 = NJW 1957, 1358; RGZ 155, 152

ablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände **33** hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen¹⁵¹. Der Vertrauenstatbestand kann nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden¹⁵².

Dies gilt erst recht für titulierte Ansprüche¹⁵³. Lässt ein Gläubiger seinen Anspruch durch Gerichtsurteil titulieren, gibt er bereits dadurch zu erkennen, dass er die Forderung durchsetzen will und sich dazu eines Weges bedient, der ihm dies grundsätzlich für die Dauer von 30 Jahren ermöglicht. Bei dieser Ausgangslage liegt die Annahme, ein anschließendes Ruhen der Angelegenheit könne bedeuten, der Gläubiger wolle den Anspruch endgültig nicht mehr durchsetzen, umso ferner. Abgesehen davon ist der Schuldner nach etwaiger Erfüllung der Schuld keineswegs schutzlos. Er kann nicht nur eine Quittung beanspruchen (§ 368 BGB), sondern auch den Titel selbst vom Gläubiger heraus verlangen (§ 371 BGB analog).

8 Gewährleistung

8.1 Opfergrenze bei vorsätzlich errichteten Anbau

Die Verpflichtung des Vermieters zur Beseitigung eines Mangels (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) endet dort, wo der dazu erforderliche Aufwand die "Opfergrenze" überschreitet. Unter welchen Umständen diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist, muss unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden. Besteht etwa ein krasses Missverhältnis zwischen dem Mangelbeseitigungsaufwand einerseits und dem Nutzen der Mangelbeseitigung für den Mieter andererseits, ist das Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze indiziert. Im Extremfall kann dieses Indiz so stark sein, dass es schwer vorstellbar erscheint, welche weiteren Umstände zu einer anderen Abwägung sollten führen können¹⁵⁴. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Einzelfall ist Sache des Patrichters.

Eine solche Abwägung fällt zugunsten des Vermieters aus, wenn der Mieter auf Herstellung eines Mindestabstands von drei Metern zwischen den zwei Gebäuden klagt¹⁵⁵. In der Sache ging es darum, dass der Vermieter in den Jahren 2010/2011 auf dem Grundstück M.-straße 16 in Berlin ein mehrstöckiges Wohnhaus errichten ließ, das mit einer Außenwand unmittelbar an die Giebelseite des Anwesens C.-straße 21 angrenzt, in der sich die Fenster von Küche und Bad der von dem Mieter genutzten Wohnung befinden. Zwar sei zugunsten des Mieters eine vorsätzlich mietvertragswidrige Errichtung des Neubaus zu unterstellen. Der Erfolg der erstrebten Mangelbeseitigung stehe jedoch in keinem Verhältnis zum Aufwand der Mangelbeseitigung, der sich wegen des dafür erforderlich werdenden Teilabrisses des neu errichteten Gebäudes zumindest auf einen namhaften sechs-

¹⁵¹ BGH v. 18.1.2001 - VII ZR 416/99, NJW 2001, 1649; BGH v. 14.11.2002 - VII ZR 23/02, NJW 2003, 824; BGH v. 30.10.2009 - V ZR 42/09, NJW 2010, 1074.

¹⁵² BGH v. 20.12.1968 - V ZR 97/65; BGH v. 29.2.1984 - VIII ZR 310/82, NJW 1984, 1684; BGH v. 27.3.2001 - VI ZR 12/00, NZV 2001, 464, 466; BGH v. 14.11.2002 - VII ZR 23/02, NJW 2003, 824.

¹⁵³ BGH v. 9.10.2013 - XII ZR 59/12, GE 2014, 52.

¹⁵⁴ vgl. BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 131/09, NJW 2010, 2050 Rz. 21 ff.; BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284 unter II 2.

¹⁵⁵ BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 135/13, WuM 2014, 277 = 2014, 313 = MM 2014, Heft 6, S.28.

stelligen Betrag belaufe. Zwischen dem Mangelbeseitigungsaufwand und dem Mangelbeseitigungserfolg bestehe daher ein krasses Missverhältnis, zumal von den Beeinträchtigungen nicht zentrale Wohnräume, sondern allein Funktionsräume betroffen seien. In die wertende Gesamtbetrachtung sei einzubeziehen, dass die Beklagte den Baufortschritt hingenommen habe, ohne die Klägerin auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. 34

Nach dem Gesetz ist bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Vorschrift des § 275 Abs. 2 BGB schließt es mithin nicht aus, dass es Umstände geben kann, unter denen sich auch ein Schuldner, der das Leistungshindernis vorsätzlich herbeigeführt hat, mit Erfolg auf die Einrede berufen kann. Es obliegt mithin auch bei einem vorsätzlich herbeigeführten Leistungshindernis der wertenden Gesamtbetrachtung des Tatrichters, ob er angesichts der von ihm zu berücksichtigenden Gesamtumstände des Einzelfalls die Einrede für begründet erachtet¹⁵⁶.

8.2 Beschaffenheitsvereinbarung zu Verkehrslärm

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien¹⁵⁷, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können¹⁵⁸. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler)¹⁵⁹, wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist¹⁶⁰. Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt¹⁶¹.

Vor diesem Hintergrund kann bei gegenüber dem Zustand bei Vertragsschluss in der Wohnung vernehmbarer erhöhter Lärmbelastung grundsätzlich nicht von einem zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache ausgegangen werden¹⁶². Insoweit kann nicht unterstellt werden, die Parteien hätten bei Abschluss des Mietvertrages hinsichtlich zukünfti-

¹⁵⁶ BGH v. 18.7.2008 - V ZR 171/07, NJW 2008, 3123 Rz. 23.

¹⁵⁷ BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 11; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2442 Rz. 9; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218 unter II 1.

¹⁵⁸ BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 14; BGH v. 2.11.2006 - VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774 Rz. 2.

¹⁵⁹ vgl. zu diesem Begriff: MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 14 f.; Bamberger/Roth/Ehlert, 3. Aufl., § 536 BGB Rz. 29a; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 536 BGB Rz. 26 ff.; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 536 BGB Rz. 8 ff.

¹⁶⁰ vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 12 ff.; BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899 Rz. 19.

¹⁶¹ vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133; BGH v. 10.5.2006 - XII ZR 23/04, NZM 2006, 582 Rz. 10.

¹⁶² BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, GE 2013, 261.

ger, von Dritten verursachter Lärmbelastigungen den zur Zeit des Vertrags- 35
schlusses bestehenden Zustand für die gesamte Dauer des auf unbestimmte
Zeit geschlossenen Mietvertrags als unverändert bestehend bleibend "stillschweigend ver-
einbart". Auch eine konkludente Vereinbarung setzt zwei übereinstimmende Willenserklä-
rungen voraus. Für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung bezüglich eines
sog. Umweltfehlers reicht es jedoch nicht aus, dass der Mieter bei Vertragsschluss einen
von außen auf die Mietsache einwirkenden Umstand - wie hier den in der Wohnung zu
vernehmenden Straßenlärm - in einer für ihn vorteilhaften Weise wahrnimmt (etwa: "ru-
hige Lage") und er sich (möglicherweise auch) wegen dieses Umstands dafür entscheidet,
die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung
wird dieser Umstand vielmehr nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters
nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen
musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands
über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für
den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt.
Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbe-
züglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt
ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend
reagiert¹⁶³.

Auch die Bestimmung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands nach der
Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des
Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) führt nicht dazu, dass in der durch die
straßenbaubedingte Umleitung des Verkehrs verursachten erhöhten Lärmbelastung ein
Mangel zu sehen wäre, der die Mieter zur Minderung berechtigt. Die von den Mietern
vorgetragene (gegenüber den Verhältnissen bei Vertragsschluss erhöhten) Lärmwerte
stellen, ausgehend von der im Berliner Mietspiegel 2009 aufgestellten Grenze der Ver-
kehrslärmbelastung, keine hohe Belastung dar. Unter Berücksichtigung dessen, dass sich
die vermietete Wohnung in der Berliner Innenstadt befindet, mithin in einer Lage, bei der
jederzeit mit Straßenbauarbeiten größeren Umfangs und längerer Dauer zu rechnen ist,
haben die Mieter diese (erhöhte) Lärmbelastung redlicherweise hinzunehmen.

8.3 Sollbeschaffenheit bei baulichen Veränderungen

Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Mieter erwarten, dass Lärmschutzmaßnah-
men getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-
Normen genügen, wenn der Vermieter selbst bauliche Veränderungen in einem älteren
Gebäude vornimmt, die (im Zusammenhang mit einer damit einhergehenden Nutzungsän-
derung) zu Lärmimmissionen führen können¹⁶⁴. Der BGH hat dies in einem Fall entschie-
den, in dem das über der Wohnung des Mieters gelegene Dachgeschoss zunächst nur als
Abstellraum gedient hatte und während der Mietzeit von dem Vermieter erstmals als
Wohnung ausgebaut und genutzt wurde, womit eine erhebliche Änderung der Nutzungs-

¹⁶³ vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 14.

¹⁶⁴ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, GE 2004, 1586 = NJW 2005, 218; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08,
GE 2009, 973 = NJW 2009, 2441 Rz. 11; ebenso Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz.
28.

gewohnheiten einherging¹⁶⁵. In Abgrenzung hierzu wurde im Urteil vom 17. Juni 2009¹⁶⁶ entschieden, dass der Mieter bei einem bloßen Austausch des Fußbodenbelags in der Oberwohnung - ohne Veränderung des darunter liegenden Estrichs und der Geschosdecke - nicht erwarten kann, dass die Maßnahme so durchgeführt wird, dass der Trittschallschutz anschließend den höheren Anforderungen der zur Zeit des Austauschs geltenden DIN-Normen genügt¹⁶⁷. Denn diese Maßnahme ist von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her - anders als der erstmalige Ausbau eines Dachgeschosses für eine Wohnnutzung - mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes nicht vergleichbar; sie hat vielmehr keine nachhaltige Auswirkung auf die Gebäudesubstanz.

Nichts anderes gilt, wenn der Vermieter in einem 1952 wiederaufgebauten Haus im Jahre 2003 aus einer Wohnung zwei macht und dabei ca. 12% der mit Estrich bedeckten Fläche erneuert und die restliche Fläche begradigt wurde¹⁶⁸. Nach der angeführten Rechtsprechung des BGH finden, wenn der Vermieter bauliche Veränderungen in einem älteren Gebäude vornimmt, nur dann die zur Zeit der Durchführung dieser Maßnahmen geltenden, den Tritt- und Luftschallschutz betreffenden DIN-Normen und nicht die bei Errichtung des Gebäudes geltenden Maßstäbe Anwendung, wenn die Maßnahmen von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes vergleichbar sind. Für Maßnahmen, die diese Schwelle nicht erreichen, bleibt es hingegen bei dem Grundsatz der Anwendung der bei Errichtung des Gebäudes geltenden Maßstäbe. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass etwa auch erforderliche Erhaltungsmaßnahmen und Modernisierungsmaßnahmen seitens des Vermieters unterbleiben könnten, um die mit einer Anpassung der Mietsache an die zur Zeit der baulichen Veränderung geltenden DIN-Normen verbundenen Kosten zu vermeiden.

Maßgeblich ist insoweit, dass eine Begradigung oder ein Ausgleich des Estrichs, um hierauf einen neuen Fußbodenbelag aufbringen zu können, nach dem Gewicht des Eingriffs in die Gebäudesubstanz nicht als derartig gravierend angesehen werden kann, dass hiermit eine Änderung der maßgeblichen Schallschutzmindestanforderungen einhergeht. Solche Arbeiten sind in dem über der Wohnung des Mieters gelegenen Wohngeschoss auf insgesamt 155 m² der bearbeiteten Bodenfläche von 176 m² vorgenommen worden. Auf einer Fläche von 21 m² erfolgten eine Entfernung und eine - mit der Einbringung sogenannter L. -Schwalbenschwanzplatten verbundene - Erneuerung des Estrichs. Diese Arbeiten sind mit einem Neubau oder einem Eingriff in die Gebäudesubstanz, der einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes gleich kommt und der es erfordert, den Tritt- und Luftschallschutz der Geschosdecke insgesamt durch Lärmschutzmaßnahmen den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen anzupassen, nicht vergleichbar.

¹⁶⁵ BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, GE 2004, 1586 = NJW 2005, 218.

¹⁶⁶ BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, GE 2009, 973 = NJW 2009, 2441.

¹⁶⁷ ebenso BGH v. 1.6.2012 - V ZR 195/11, NJW 2012, 2725.

¹⁶⁸ BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, MDR 2013, 834 = GE 2013, 938 = WuM 2013, 481.

Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich Geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache in Betracht kommen¹⁶⁹. Außer reinen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache können unter anderem auch behördliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen ihre Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, dass sie einen Mangel im Sinne von § 536 BGB begründen¹⁷⁰. Letztere stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nur dann einen Mangel dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben¹⁷¹. Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden¹⁷². Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; dem Mieter ist es deshalb grundsätzlich zuzumuten, die behördlichen Anordnungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen¹⁷³. Allerdings kann ein möglicher Sachmangel im Einzelfall auch darin gesehen werden, dass eine langwährende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können¹⁷⁴.

In der vorliegenden Konstellation ist ein Mangel im vorgenannten Sinne zu verneinen¹⁷⁵.

Ausweislich § 1 Nr. 3 des Mietvertrages der Parteien ist der Mieter berechtigt, das Mietobjekt als Einzelhandelsgeschäft zu nutzen. Gemäß § 5 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 des Mietvertrages hat der Vermieter die Einstandspflicht dafür übernommen, dass alle Genehmigungen bei der Übergabe des Mietobjektes vorliegen, die zum Betrieb eines Lebensmittelmarktes/Lebensmitteldiscountmarktes erforderlich sind. Diese vertraglichen Bedingungen waren bei Übergabe des Mietobjekts an die ursprüngliche Mieterin P. Warenhandelsgesellschaft mbH unstreitig erfüllt.

Unbeschadet der Frage, ob die Nutzung des Mietobjektes auch in Form eines - wie nun von der Untermieterin angestrebt - Bettengeschäftes vertraglich geschuldet ist, wurde sie von der Behörde jedenfalls nicht untersagt. Vielmehr hat der Landkreis mit seinem Schreiben vom 15. Juli 2010 die Untermieterin lediglich im Verwaltungsverfahren gemäß § 28 VwVfG angehört. Mit diesem Schreiben ist, dass trotz der hiermit zugleich erfolgten Mitteilung, den Bauantrag ablehnen zu wollen, noch keine endgültige Entscheidung getroffen worden. Nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist dem Beteiligten im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern,

¹⁶⁹ vgl. BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09, NJW 2011, 3151 Rz. 8 zur Pacht.

¹⁷⁰ vgl. BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226, 3227.

¹⁷¹ vgl. BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3151 Rz. 8 zur Pacht.

¹⁷² BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 Rz. 6; OLG Düsseldorf DWW 2012, 377, 379.

¹⁷³ vgl. BGH v. 20.1.1971 - VIII ZR 167/69, WPM 1971, 531, 532.

¹⁷⁴ vgl. BGH v. 20.1.1971 - VIII ZR 167/69, WPM 1971, 531, 532; BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, ZMR 2008, 274; BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226, 3227.

¹⁷⁵ BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12, MDR 2014, 141 = ZMR 2014, 266.

bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. Denn es **38**

ist darauf abzustellen, dass aufgrund des Schreibens des Landkreises vom 15.

Juli 2010 bekannt war, dass sich die Bedenken des Landkreises nicht auf die zukünftige Nutzung durch die Untermieterin, sondern auf eine frühere Planung bezogen haben, die das Grundstück immer noch als "Fläche für den Gemeinbedarf Schule" ausgewiesen hat. Danach wurde die der ursprünglichen Mieterin (P. Warenhandelsgesellschaft mbH) erteilte Baugenehmigung im Vorgriff auf eine beabsichtigte Bebauungsplanänderung erteilt; zu dieser Änderung ist es danach allerdings nicht mehr gekommen. Damit lag für die Mieterseite nahe, dass die ursprüngliche Genehmigung jedenfalls für das - auch von der Untermieterin beabsichtigte - Betreiben eines Einzelhandelsgeschäftes Bestandsschutz entfalten konnte¹⁷⁶.

Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass die Behörde bei Aufnahme des Geschäftsbetriebes durch die Untermieterin vor Erteilung der Baugenehmigung die Nutzung bauordnungsrechtlich untersagt hätte; zudem hätte die Untermieterin in diesem Fall möglicherweise eine Ordnungswidrigkeit begangen. Das ändert aber nichts daran, dass die Mieterseite unter Berücksichtigung der vorerwähnten Gesichtspunkte, wonach es im Ergebnis an einer begründeten Besorgnis der mangelnden Nutzbarkeit fehlte, gehalten war, den Fortgang des Verwaltungsverfahrens abzuwarten.

Die Verzögerung aufgrund des von der Untermieterin initiierten Genehmigungsverfahrens stellt für sich gesehen keinen Mangel im Sinne des § 536 BGB dar und fällt deshalb nicht in die Sphäre der Klägerin. Zwar kann die behördlich bewirkte Nutzungsbeschränkung einer Sache - wie dargelegt - einen solchen Mangel begründen. Die Ursache hierfür liegt dann aber in der Regel in dem bei Errichtung oder Benutzung der Sache aufgetretenen - vorläufig oder endgültig festgestellten - Verstoß gegen maßgebliche gesetzliche Vorschriften, der das behördliche Verfahren ausgelöst hat, und nicht in der Tatsache des Verfahrens als solchem¹⁷⁷. Wie nicht zuletzt die am 5. Oktober 2010 - und damit relativ zeitnah erteilte - Baugenehmigung zeigt, war das Mietobjekt indes nicht wegen eines Verstoßes gegen öffentliches Baurecht fehlerhaft.

8.5 Unwirtschaftliche Heizung als Mangel

Oftmals beanstanden Mieter die Unwirtschaftlichkeit der vom Vermieter eingebauten Heizungsanlage.

In diesem Fall liegt ein Mietmangel auch nicht deshalb vor, weil der Mieter die Kosten für die Heizung trägt und der Energieverlust erheblich ist. Eine verlustreich arbeitende Heizung stellt per se keinen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache dar. Der Kostenaspekt ist für den Begriff des Sachmangels irrelevant¹⁷⁸. Selbst außergewöhnlich hohe Heizkosten stellen als solche keinen Fehler der Mietsache dar¹⁷⁹. Nur wenn diese

¹⁷⁶ vgl. dazu BVerwG NVwZ 1991, 264, OLG Düsseldorf, DWW 2012, 377, 379.

¹⁷⁷ vgl. BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226, 3227.

¹⁷⁸ KG v. 28.4.2008 - 12 U 6/07, MDR 2008, 966 = MietRB 2008, 328 = ZMR 2008, 892 = GE 2008, 990 = GuT 2008, 344; OLG Düsseldorf v. 4.11.1982 - 10 U 109/82, MDR 1983, 229 = WuM 1984, 54 = ZMR 1983, 377 (Energieverlust von 60%).

¹⁷⁹ BGH v. 18.12.2013 - XII ZR 80/12, GE 2014, 245 = IMR 2014, 110; KG v. 21.5.2012 - 8 U 217/11, GE 2012, 1227 = ZMR 2012, 858.

hohen Heizkosten auf einem Fehler der Heizungsanlage beruhen, kann ein **39** Mangel der Mietsache vorliegen. Ob ein Fehler der Heizungsanlage vorliegt, ist aber nach dem Stand der Technik zur Zeit des Einbaus der Heizungsanlage zu beurteilen¹⁸⁰. Der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf¹⁸¹, wonach der Vermieter nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verpflichtet ist, dem Mieter eine wirtschaftlich arbeitende Heizungsanlage bereitzustellen, ist nicht zu folgen. Der Mieter hat grundsätzlich einen Anspruch auf eine Heizung, die den vertraglichen Vereinbarungen entspricht oder aber, falls eine ausdrückliche Vereinbarung fehlt, jedenfalls dem Stand der Technik entspricht. Da die Heizungs- und Belüftungsanlage nach dem Vortrag der Beklagten dem Stand der Technik entspricht, liegt ein Mangel nicht vor.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass sich die Mietsache nicht ausreichend beheizen lässt. Das ist nicht nur der Fall, wenn die gewöhnlichen Zimmertemperaturen nicht erreicht werden. Vielmehr kommt ein Mangel i.S.d. § 536 BGB auch in Betracht, wenn die Mietsache nicht die vereinbarte und vertraglich vorausgesetzte Beheizbarkeit aufweist, da diese nicht mit zumutbarem Aufwand und innerhalb angemessener Zeit beheizt und dauerhaft temperiert werden kann, ohne die Nutzung zu stören¹⁸².

8.6 Schimmel als Gesundheitsgefährdung

Ob eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit i.S.v. § 569 Abs. 1 BGB vorliegt, ist gemäß der inzwischen wohl ganz herrschenden Meinung¹⁸³ nach dem jeweils aktuellen Erkenntnisstand allein anhand objektiver Maßstäbe zu beurteilen. Der Gesetzgeber wollte mit § 569 Abs. 1 BGB aus sozialpolitischen Gründen eine zwingende Mieterschutzvorschrift schaffen, die bewusst über den sonst maßgeblichen subjektiven Fehlerbegriff hinausgeht¹⁸⁴. Deshalb reicht es einerseits nicht aus, wenn sich eine Gesundheitsgefährdung - aufgrund spezieller Umstände wie etwa gesundheitlicher Auffälligkeiten - allein für Einzelpersonen wie den Mieter selbst, einzelne Angehörige, Mitarbeiter, Besucher oder Kunden ergibt. Andererseits ist es jedoch nicht erforderlich, dass zu dieser Gruppe gehörige Personen deutlich zu erkennen geben, sie fühlten sich durch den gesundheitsgefährdenden Umstand auch subjektiv beeinträchtigt. Zudem reicht es aus, wenn die Gesundheitsgefährdung nur für bestimmte Personengruppen - etwa Kleinkinder oder gesundheitlich prädisponierte Menschen wie Allergiker oder Asthmatiker - besteht¹⁸⁵. Daraus folgt zugleich die Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung, soweit das Kündigungsbegehren auf Gesundheitsgefahren gestützt wird, die - wie z.B. bei Auftreten eines weiträumigen Schimmelpilzbefalls - von Raum- und Umweltgiften ausgehen: Es bedarf insoweit der Feststellung, dass von dem den Mietgebrauch beeinträchtigenden Stoff konkrete, d.h. naheliegende, Gesundheitsgefahren für alle Benutzer der Räumlichkeiten oder jedenfalls Gruppen von ihnen ausgehen¹⁸⁶. Um dies nachweisen zu können, wird es regelmäßig der

¹⁸⁰ KG v. 28.4.2008 - 12 U 6/07, MDR 2008, 966 = MietRB 2008, 328 = ZMR 2008, 892 = GE 2008, 990 = GuT 2008, 344; Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III, Rz.1305.

¹⁸¹ OLG Düsseldorf v. 4.11.1982 - 10 U 109/82, MDR 1983, 229 = WuM 1984, 54 = ZMR 1983, 377.

¹⁸² OLG Dresden v. 29.11.2011 - 5 U 763/11, n.v.

¹⁸³ OLG Brandenburg, ZMR 2009, 190; KG, ZMR 2004, 513; LG Berlin, ZMR 1999, 27; LG Lübeck, NZM 2002, 431.

¹⁸⁴ vgl. Jauernig/*Teichmann*, 10. Aufl., § 569 BGB Rz. 2.

¹⁸⁵ LG Lübeck, NZM 2002, 431; LG Mannheim, ZMR 1977, 154; *Sternel*, Mietrecht, 4. Aufl. Rz. VIII 374.

¹⁸⁶ KG, ZMR 2004, 513.

Vorlage entsprechender, die Belastung der Raumluft mit Umweltgiften bzw. Schimmelpilzsporen analysierender sowie bewertender, Sachverständigengutachten bedürfen¹⁸⁷. Hingegen genügt es gerade nicht, in diesem Zusammenhang lediglich auf die allgemeine, grundsätzliche Gefährlichkeit von Raumgiften bzw. Schimmel für die menschliche Gesundheit hinzuweisen¹⁸⁸. 40

An dem danach erforderlichen Nachweisen fehlt es, wenn der Mieter keine tragfähigen Anknüpfungstatsachen vorträgt, die ihm eine Beweisführung hinsichtlich des Bestehens einer erheblichen Gesundheitsgefahr ermöglichen könnte¹⁸⁹. Denn die Vorlage eines Prüfberichts und eine darauf fußende Gefahreinschätzung des Umweltamtes der Stadt C... reicht dazu nicht aus, wenn sich daraus lediglich ergibt, dass sich an einer aus dem Büro des Geschäftsführers des Mieters entnommenen Materialprobe (Tapete) u.a. ein „reichliches Wachstum von *Acremonium spec.*“, und an einer Tupperprobe aus dem Regallager ein „vereinzelttes Wachstum von *Cladosporium spec.*“ habe feststellen lassen, wobei es sich um Schimmelpilzbefall gehandelt habe und die Pilze der Gattung *Acremonium* sowie *Cladosporium* Schimmelpilzgifte bildeten, die Mykotoxikosen (Pilzinfektionen) verursachen könnten, derartige Erkrankungen jedoch „immer abhängig von der individuellen Abwehrlage des Körpers sowie der Einwirkzeit und Sporenkonzentration in der Raumluft“ seien. Abgesehen davon, dass den Berichten des Gesundheitsamtes keine Raumluftprobe zugrunde lag, lässt sich ihnen gerade nicht entnehmen, dass der von der Beklagten behauptete Befall des Mietobjekts mit Schimmelpilzen ein für ihre Mitarbeiter (konkret) gefährliches Ausmaß angenommen hatte; die Stellungnahmen referieren vielmehr lediglich allgemeine Gefahrenlagen, die mit Schimmelpilzbefall in geschlossenen Räumlichkeiten verbunden sein können. Selbst wenn man die Angaben der bei dem Mieter beschäftigten Zeugen, Allergikern bzw. Asthmatikern, mitberücksichtigt, wonach sie in den Räumen verstärkte allergische Reaktionen bzw. Hustenreiz an sich bemerkt haben, gilt im Ergebnis nichts anders. Denn die Zeugen haben selbst einräumen müssen, den insoweit notwendigen Kausalitätsnachweis nicht führen zu können; es ist insofern bei bloßen Mutmaßungen geblieben, die als Anknüpfungstatsachen nicht genügen.

8.7 Aufhebung der Tauglichkeit

Ob eine vollständige Gebrauchsuntauglichkeit vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden. Maßstab ist der Vertragszweck. Kann die danach vorausgesetzte Nutzung nicht mehr stattfinden, ist die Gebrauchstauglichkeit aufgehoben. Insoweit ist aber Vorsicht geboten: allein das Auftreten giftiger Substanzen und eine Überschreitung der einschlägigen Grenzwerte, muss eine Wohnung nicht unbewohnbar machen. Die Annahme einer Unbewohnbarkeit in solchen Fällen würde darauf hinauslaufen, dass der Mieter kostenfrei

¹⁸⁷ KG v. 3.6.2010 - 12 U 164/09, MDR 2010, 1375 = MietRB 2010, 356 = GE 2010, 1201; LG Kiel v. 20.1.2005 - 1 S 100/04, zit. nach juris; AG Charlottenburg, GE 2007, 1387.

¹⁸⁸ so aber noch LG Duisburg, NZM 2002, 214; ferner: *Selk/Hankammer*, NZM 2008, 65; *Streyll*, WuM 2007, 365; allgemein kritisch: *Staudinger/Emmerich*, 2011, § 569 BGB Rz. 4, 14.

¹⁸⁹ OLG Brandenburg v. 25.2.2014 - 3 U 154/11, GE 2014, 460.

wohnen könnte¹⁹⁰. Abgesehen davon ist zu prüfen, ob der Mieter durch eigene geeignete Maßnahmen (z.B. Lüften) die Auswirkungen reduzieren kann¹⁹¹. 41

8.8 Ersatz von Umzugskosten

Es wird vertreten, dass die Ersatzpflicht für die geltend gemachten Schäden aus mangelbedingtem Umzug des Mieters in eine andere Wohnung von der Wirksamkeit des Ausspruchs seiner danach an sich berechtigten Kündigung abhängt.

Das Erfordernis der Wirksamkeit des Kündigungsausspruchs unabhängig vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes ergibt sich nicht aus dem dafür in Bezug genommenen Urteil vom 13. Juni 2007¹⁹². Soweit dort ausgeführt ist, dass nach der ständigen, im Einzelnen näher bezeichneten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages veranlasst hat, dieser Partei zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet ist, ist es - genauso wie in weiteren Fallgestaltungen¹⁹³ - immer nur um Fragen des Kündigungsgrundes und der Ersatzpflicht für hierdurch verursachte Schäden gegangen. Mit der Frage, ob zusätzliche Voraussetzung für eine Ersatzpflicht auch die formell wirksame Ausübung eines gegebenen Kündigungsrechts ist, hat sich der BGH indessen nicht befasst.

Diese Frage entscheidet er nunmehr dahin, dass die von einem sachlichen Grund zur fristlosen Kündigung getragene Kündigung eines Mietverhältnisses, auch wenn sie an einem formellen Mangel leidet, einem auf § 536a Abs. 1 BGB gestützten Ersatz derjenigen Schäden nicht entgegen steht, die darauf beruhen, dass der Mieter bestehende Mängel der Mietwohnung berechtigterweise zum Anlass nimmt, wegen einer nicht mehr vorhandenen Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch eine den Umständen nach angemessene neue Wohnung anzumieten¹⁹⁴. Für eine zusätzliche Einschränkung der Ersatzpflicht des Vermieters dahingehend, dass diese ungeachtet des Kündigungsgrundes, der dadurch herausgeforderten Anmietung der Ersatzwohnung und einer damit einhergehenden Freigabe der bisherigen Wohnung erst mit Ausspruch einer auch formell in jeder Hinsicht wirksamen Kündigung entstehen soll, gibt der Wortlaut des § 536a Abs. 1 BGB nichts her. Dieser knüpft für die Schadensersatzpflicht des Vermieters vielmehr nur an das sachliche Vorliegen der dort beschriebenen Mängel oder den Verzug mit der Mängelbeseitigung und einen dadurch verursachten Schaden an.

¹⁹⁰ LG Berlin v. 13.1.2003 - 61 S 152/02, GE 2003, 884; LG Lübeck v. 6.11.1997 - 14 S 135/97, ZMR 1998, 433 = NZM 1998, 190.

¹⁹¹ BGH v. 15.1.2013 - VIII ZR 411/12, GE 2013, 609 mit Vorinstanz LG München I v. 6.12.2012 - 14 S 12138/12.

¹⁹² BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 281/06, WuM 2007, 570 Rn. 9.

¹⁹³ vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WuM 1974, 213 unter II 1; BGH v. 3.6.1992 - VIII ZR 138/91, BGHZ 118, 282, 294 f.

¹⁹⁴ BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 191/12, WuM 2013, 538 = GE 2013, 1129 = NZM 2013, 675.

9.1 Umfang der erfassten Ansprüche

Die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB gilt auch für Ansprüche des Vermieters auf Erfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Instandhaltungspflicht bzw. auf Schadensersatz wegen deren Nichterfüllung. Denn die Regelung des § 548 Abs. 1 BGB soll zwischen den Parteien des Mietvertrags eine rasche Auseinandersetzung gewährleisten und eine beschleunigte Klarstellung der Ansprüche wegen des Zustands der überlassenen Sache bei Rückgabe erreichen. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des § 548 BGB weit ausgedehnt. So unterfallen unter anderem Ansprüche auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mietsache ebenso der kurzen Verjährung des § 548 BGB wie Ansprüche wegen einer vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht. Ferner erfasst § 548 Abs. 1 BGB sämtliche Schadensersatzansprüche des Vermieters, die ihren Grund darin haben, dass der Mieter die Mietsache als solche zwar zurückgeben kann, diese sich aber nicht in dem bei der Rückgabe vertraglich geschuldeten Zustand befindet¹⁹⁵.

Die Verjährung auch des auf §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs beginnt bereits mit Rückgabe der Mietsache zu laufen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Anspruch zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden war. Denn mit § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB ist im Sinn des § 200 Satz 1 BGB ein anderer Verjährungsbeginn als der der Entstehung des Anspruchs bestimmt¹⁹⁶. Daher kann der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht bereits verjähren, bevor die gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Fristsetzung durch den Vermieter erfolgt ist.

Dabei hemmt die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch Klageerhebung die Verjährung selbst dann rechtzeitig, wenn die Voraussetzungen erst nach Rechtshängigkeit eintreten¹⁹⁷. Dem steht zum einen nicht entgegen, wenn der Vermieter ursprünglich den Klagebetrag in erster Linie als Vorschuss und lediglich hilfsweise als Schadensersatz gefordert hat. Denn für die verjährungshemmende Wirkung einer Klage ist die prozessuale Gestaltung als Haupt- oder Hilfsantrag unschädlich¹⁹⁸. Zum anderen ist der Klageerhebung eine Hemmungswirkung nicht bereits deshalb abzusprechen, weil zu diesem Zeitpunkt mangels Fristsetzung gegebenenfalls noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorgelegen haben. Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB wird die Verjährung durch die Erhebung einer Leistungsklage gehemmt. Dem liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass der Gläubiger durch aktives Betreiben seines Anspruchs seinen Rechtsverfolgungswillen so deutlich macht, dass der Schuldner gewarnt wird und sich auf eine Erfüllung auch nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist einstellen muss. Dabei ist

¹⁹⁵ BGH v. 23.6.2010 - XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 Rz. 12 m.w.N.; BGH v. 7.11.1979 - VIII ZR 291/78, NJW 1980, 389, 390; vgl. auch Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 548 BGB Rz. 13, 19, 25 m.w.N.

¹⁹⁶ BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 9.

¹⁹⁷ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, WuM 2014, 140 = GE 2014, 313 = ZMR 2014, 526 = NZM 2014, 242; kritisch dazu *Priebe*, ZMR 2014, 524.

¹⁹⁸ BGH v. 7.5.1997 - VIII ZR 253/96, NJW 1997, 3164, 3165; BGH v. 19.1.1994 - XII ZR 190/92, NJW-RR 1994, 514, 515; MünchKomm/*Grothe*, 6. Aufl., § 204 BGB Rz. 6.

zwar nur die wirksam erhobene Leistungsklage geeignet, die Verjährung zu 43 hemmen, weil die unwirksame Klage, die insbesondere den Mindestanforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO nicht entspricht, nicht als Klage im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann. Im Gegensatz dazu löst aber eine wirksame, wenn auch mit Fehlern behaftete Klageschrift die Hemmung aus, gleich ob sie unzulässig oder unbegründet ist. Denn auch sie macht für den Schuldner den Rechtsverfolgungswillen des Gläubigers deutlich¹⁹⁹. Nach ständiger Rechtsprechung entfaltet die wirksame Klageerhebung ihre verjährungshemmende Wirkung daher auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung von der Sachbefugnis abgesehen noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen²⁰⁰.

Die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche des Vermieters sind insgesamt nicht verjährt²⁰¹. Die verjährungshemmende Wirkung ist hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs nicht auf den bei Klageerhebung bezifferten Betrag (mit oder ohne Mehrwertsteuer) beschränkt, so dass der darüber hinausgehende, derzeit mit dem Feststellungsantrag verfolgte Anspruch ebenfalls nicht verjährt ist. Zwar erstreckt sich die Hemmung bei einer "verdeckten Teilklage", d.h. einer solchen, bei der weder für die Beklagtenseite noch für das Gericht erkennbar ist, dass die bezifferte Forderung nicht den Gesamtschaden abdeckt, nur auf den geltend gemachten Anspruch im beantragten Umfang. Etwas anderes gilt für die Anwendung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf Schadensersatzansprüche aber, wenn mit der Klage von Anfang an ein bestimmter Anspruch in vollem Umfang geltend gemacht wird und sich dann Umfang und Ausprägung des Klageanspruchs ändern, nicht aber der Anspruchsgrund. Der Schadensersatzkläger klagt dann nicht eine Geldsumme, sondern den Schaden ein und unterbricht damit die Verjährung der Ersatzforderung in ihrem betragsmäßig wechselnden Bestand. Für die endgültige Bemessung des Schadens ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend, aufgrund derer das Urteil ergeht, so dass dem Umfang der Verjährungswirkung daher durch den ursprünglich bezifferten Leistungsantrag keine Grenzen gezogen werden²⁰². So liegt der Fall, wenn der Vermieter z.B. von Anfang an ausreichend deutlich macht, dass er den gesamten für die nachzuholenden Instandsetzungsarbeiten erforderlichen Betrag als Schadensersatz begehrt und diesen auf der Grundlage des vorgerichtlichen Gutachtens, das die angegebenen Kosten als "grob geschätzt" bezeichnet, vorläufig beziffert hat. Damit wird die Verjährung auch für über den Klageantrag hinausgehende Beträge gehemmt, soweit diese ebenfalls auf dem Anspruchsgrund der nicht von Mieterseite ausgeführten Arbeiten beruhen.

9.2 Schlüsselerückgabe an den Hausmeister

Nach § 548 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB beginnt die sechsmonatige Verjährungsfrist für die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Miet-

¹⁹⁹ BGH v. 24.5.2012 - IX ZR 168/11, FamRZ 2012, 1296 Rz. 16 f.; BGH v. 19.1.1994 - XII ZR 190/92, NJW-RR 1994, 514, 515.

²⁰⁰ BGHZ 172, 42 = NJW 2007, 1952 Rz. 43 zum Mahnbescheidsantrag; BGH v. 27.2.2003 - VII ZR 48/01, NJW-RR 2003, 784; BGH v. 3.5.1999 - II ZR 119/98 NJW 1999, 2115; vgl. auch Erman/*Schmidt-Räntsch*, 13. Aufl., § 204 BGB Rz. 3; Palandt/*Ellenberger*, 73. Aufl., § 204 BGB Rz. 5.

²⁰¹ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, WuM 2014, 140 = GE 2014, 313 = NZM 2014, 242.

²⁰² BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, WuM 2014, 140 = GE 2014, 313 = NZM 2014, 242; BGHZ 151, 1 = NJW 2002, 2167, 2168.

sache in dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält. Die Beendigung des Mietvertrags ist nicht Voraussetzung für den Beginn der kurzen Verjährung²⁰³. Andererseits ist der Vermieter nicht dazu verpflichtet, die Mietsache jederzeit - sozusagen "auf Zuruf" - zurückzunehmen, etwa wenn der Mieter kurzfristig auszieht und den Schlüssel zur Wohnung an den Vermieter zurückgeben will²⁰⁴.

Zweck des § 548 BGB ist es, zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine möglichst schnelle Klarstellung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen²⁰⁵. Das bedeutet zum einen, dass der Vermieter in die Lage versetzt werden muss, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen²⁰⁶. Zum anderen ist es erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt, wobei der Vermieter hiervon Kenntnis erlangen muss²⁰⁷. Ohne Kenntnis von der Besitzaufgabe des Mieters an der Wohnung, etwa durch Rückgabe der Wohnungsschlüssel an den Vermieter oder seinen Bevollmächtigten, ist der Vermieter grundsätzlich nicht in der Lage, den Zustand der Wohnung zu prüfen. Die Rückerlangung der Mietsache im Sinne von § 558 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt mithin außer der Übertragung des Besitzes an der Wohnung vom Mieter an den Vermieter die Kenntnis des Vermieters von der Besitzaufgabe voraus²⁰⁸.

Diese Voraussetzungen liegen bei einer bloßen Übergabe der Schlüssel an einen Hauswart, der zur Wohnungsrückgabe keinen besonderen Auftrag hat, noch nicht vor²⁰⁹. In der Rückgabe der Wohnungsschlüssel vom Mieter an den Hauswart liegt zwar die erforderliche vollständige und unzweideutige Besitzaufgabe des Mieters. Insoweit ist der Hauswart auch als Besitzdiener des Vermieters gemäß § 855 BGB anzusehen ist. Dies gilt jedenfalls, wenn der Hauswart beauftragt ist, Wohnungsbesichtigungen durchzuführen und nach Rücksprache mit der Hausverwaltung zum Teil auch Schlüssel zurückzunehmen. Soweit der Hauswart also im Besitz von Schlüsseln ist, sei es auch, um Besichtigungen durchzuführen und gegebenenfalls für den Notfall Zutritt zu den Wohnungen nehmen zu können, übt er als Hauswart die Sachherrschaft über die Wohnungen im Rahmen seines weisungsgebundenen Angestelltenverhältnisses mit Wissen und Willen des Vermieters als dessen Besitzdiener aus (§ 855 BGB). Dies allein reicht jedoch für die Rückgabe der Wohnung im Sinne von § 548 Abs. 1 S. 2 BGB nicht aus.

Der Vermieter ist damit noch nicht in die Lage versetzt worden, sich durch die nunmehr erlangte unmittelbare Sachherrschaft - vermittelt durch den Hauswart als Besitzdiener - ein Bild vom Zustand der Wohnung machen zu können²¹⁰. Denn er selbst hatte keine Kenntnis von der Wohnungsrückgabe, während der Hauswart, der die Kenntnis hatte,

²⁰³ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 14 m.w.N.; BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 unter II 2 a.

²⁰⁴ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 19.

²⁰⁵ BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rz. 12; BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 195/10, NJW 2011, 1866 Rz. 12.

²⁰⁶ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 14 m.w.N.

²⁰⁷ BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 unter II 2 e aa; BGH v. 19.11.2003 - XII ZR 68/00, NJW 2004, 774 unter II 3 a.

²⁰⁸ vgl. OLG München, ZMR 2010, 285, 286.

²⁰⁹ BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, WuM 2013, 729 = GE 2013, 1647 = ZMR 2014, 270.

nicht bevollmächtigt war, Wohnungsabnahmen durchzuführen. Gleiches gilt 45 für die Kenntnis der vom Vermieter bevollmächtigten Hausverwaltung, solange diese keine Kenntnis von der Schlüsselrückgabe hat.

Ein Vermieter muss sich oder die zuständige Hausverwaltung auch nicht die Kenntnis von der Schlüsselübergabe an den Hauswart spätestens ab dem Zeitpunkt analog § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, zu dem üblicherweise davon auszugehen ist, dass diese im Geschäftsbetrieb vom Hauswart erlangte Information an den Vermieter oder die Hausverwaltung weitergegeben wird²¹¹. Für eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB zur Kenntniserlangung durch einen Besitzdiener ist kein Raum. Dies setzt voraus, dass der Hauswart als "Wissensvertreter" des Vermieters eingesetzt ist²¹².

Die Frage, ob ein Hauswart oder ein Hausmeister eine zum Empfang der Schlüssel berechnete Person ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere kommt es auf die konkrete Ausgestaltung seiner Tätigkeit an, also ob er allgemein oder für den konkreten Fall vom Vermieter (oder der von ihm bevollmächtigten Hausverwaltung) mit der Rücknahme der Wohnung beauftragt ist²¹³. Die Kenntnis des Hauswarts von der Rückgabe der Wohnungsschlüssel ist dem Vermieter oder der ihn vertretenden Hausverwaltung nur dann zuzurechnen, wenn der Hauswart konkret damit beauftragt ist, die Wohnungsschlüssel zum Zweck der Übergabe der Wohnung entgegenzunehmen. Ansonsten erhält der Vermieter durch die Schlüsselrückgabe an den Hauswart zwar die Sachherrschaft über die Wohnung zurück, er ist jedoch mangels Kenntnis davon nicht in der Lage, sich daraufhin ein umfassendes Bild vom Zustand der Wohnung zu machen.

10 Schriftform

10.1 Bezeichnung des Vermieters als „Grundstücksgemeinschaft“

Die Regelung des § 550 ZPO dient in erster Linie dem Schutz des Immobilienerwerbers, der in die Lage versetzt werden soll, sich anhand des schriftlichen Mietvertrages über den Umfang und den Inhalt eines nach § 566 BGB auf ihn übergehenden Mietverhältnisses zu unterrichten; darüber hinaus hat die Bestimmung aber auch Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktionen im Verhältnis der Mietparteien untereinander und soll insbesondere auch die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherstellen²¹⁴. Daher gehören zu den in die Vertragsurkunde aufzunehmenden Vereinbarungen nicht nur alle Essentialia wie Parteien des Mietvertrages, Mietgegenstand, Miethöhe und Dauer des Vertrages, sondern auch alle weiteren Abreden, die nach dem Willen der Vertragsparteien von wesentlicher Bedeutung sind²¹⁵.

Diesen Anforderungen genügt ein Mietvertrag, in dem der Vermieter mit „Grundstücksgemeinschaft N.- K.“ bezeichnet ist. Denn auch formbedürftige Vertragsklauseln sind der Auslegung durch Rückgriff auf ggf. außerhalb der Urkunde liegende Umstände zugänglich

²¹⁰ BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, WuM 2013, 729 = GE 2013, 1647 = ZMR 2014, 270.

²¹¹ BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, WuM 2013, 729 = GE 2013, 1647 = ZMR 2014, 270.

²¹² zu den Voraussetzungen vgl. BGH vom 20.10.2004 - VIII ZR 36/03, NJW 2005, 365 unter II 3 m.w.N.

²¹³ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rz. 62.

²¹⁴ BGH seit BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58, 61; OLG Düsseldorf, NZM 2007, 643

²¹⁵ BGH, NJW 2007, 3202.

und deshalb formwirksam, wenn der Inhalt der Urkunde auf diese Weise zu- 46
mindest eindeutig bestimmbar ist²¹⁶. So liegt der Fall hier. Der Mietvertrag
vom Januar 2005 weist als Vermieter(in) die „Grundstücksgemeinschaft N.-K.“ aus. Aus §
1 des MV ergibt sich, dass dieser Vermieter der Eigentümer des Grundstücks K., O. 150
ist, in dem die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten vermieteten Räume belegen
sind. Damit muss es sich bei der „Grundstücksgemeinschaft“ um die Gesellschaft bzw. die
Personen handeln, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Eigentümer(in) im Grund-
buch eingetragen war(en), und damit waren der oder die Vermieter(in) eindeutig be-
stimmbar. Ein potenzieller Erwerber des Grundstücks konnte den Vermieter bei Veräuße-
rung ohne weiteres ermitteln und so Klarheit darüber gewinnen, wer Vertragspartner des
Mietvertrages ist und ob er (Erwerber) in einen unbefristeten oder befristeten Mietver-
trag eintritt.

10.2 Formunwirksamer Mieterbeitritt

Ein schriftlich geschlossener Vertrag, der nachträglich formlos geändert wird, entbehrt
nunmehr insgesamt der Schriftform, wenn er nachträglich in einem wesentlichen Punkt
geändert wird²¹⁷. Dass in der Aufnahme eines zweiten Mieters in den zwischen dem Ver-
mieter und dem (ersten) Mieter bestehenden Mietvertrag eine Vertragsänderung liegt, ist
nicht zweifelhaft. Der BGH²¹⁸ hat jedoch eine Ausnahme für einen Verlängerungsvertrag
zugelassen und dabei erwogen, dass dieser in den Inhalt des bereits bestehenden, form-
gültigen, ursprünglichen Vertrages während dessen Laufzeit in keiner Weise eingreift,
sondern nur zur Folge hat, dass der vereinbarten Mietzeit, bei der es nach dem Willen der
Vertragsschließenden bleibt, ein weiterer Zeitabschnitt vertraglich angefügt wird. Der
Gedanke, dass der als unteilbare Einheit aufgefasste Inhalt des Vertrages formgültig nur
abgeändert werden kann, wenn er insgesamt von der Schriftform umfasst wird, treffe
dann nicht mehr in vollem Umfang zu, wenn die Änderung nur in einer den sonstigen In-
halt nicht berührenden Verlängerung besteht. Daraus folge, dass nur der Verlängerungs-
vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen und deshalb kündbar ist, während der ur-
sprüngliche formgültige Vertrag bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit fest abgeschlos-
sen bleibt.

Diese Grundsätze können auf den Fall übertragen werden, in dem ein Vertragsbeitritt
durch einen zweiten Mieter stattfindet²¹⁹. Die Rechtsstellung des ersten Mieters soll
grundsätzlich dadurch nicht geändert werden. Er soll und wollte Mieter mit allen sich aus
dem Ursprungsvertrag ergebenden Rechten und Pflichten bis zum Ablauf der Mietzeit
bleiben. Lediglich ein neuer Mieter trat hinzu. Bei einer solchen Fallgestaltung sind keine
Gründe erkennbar, warum die Erstbeklagte ihre schuldrechtlichen Verpflichtungen durch
eine vorzeitige Kündigung praktisch nur deshalb sollte beenden können, weil ein Zusatz-
vertrag nicht den Formvorschriften entspricht, der den Eintritt eines weiteren Mieters

²¹⁶ OLG Düsseldorf v. 21.11.2013 - 10 U 49/13 ZMR 2014, 628.

²¹⁷ BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653 = WPM 1975, 824 = BGHZ 65, 49.

²¹⁸ BGH v. 27.03.1968 - VIII ZR 71/66, NJW 1968, 1229 = BGHZ 50, 39.

²¹⁹ OLG Düsseldorf v. 6.12.2012 - 10 U 63/12, ZMR 2013, 794 = GE 2013, 1586 unter Hinweis auf BGH v.
2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653 = WPM 1975, 824 = BGHZ 65, 49.

zum Gegenstand hat, im übrigen aber seine Rechtsbeziehungen zum Vermieter nicht berührt. 47

10.3 Bestimmbarer Vertragsbeginn

Die Mietzeit kann insbesondere bei der Vermietung vom Reißbrett oder sonstigen Vorhaben, bei denen die Mietsache noch in einen vertragsgemäßen Zustand versetzt werden muss, problematisch sein, wenn der Fertigstellungstermin ungewiss ist. Vielfach wird hier die Mietzeit an die Übergabe geknüpft, die vom Vermieter mit einer bestimmten Frist anzukündigen sein soll. Insoweit ist maßgeblich auf den Zeitpunkt der Einigung abzustellen. Wird die Mietzeit im Vertrag mit „ab der Übergabe 15 Jahre“ festgehalten, ist die Schriftform eingehalten, weil die Mietzeit ausreichend bestimmbar ist²²⁰. Denn die Übergabe ist ein Ereignis, das objektiv – ggf. durch Zeugenbeweis oder Urkunde – festgestellt werden kann und an das durch § 550 BGB keine höheren Anforderungen gestellt werden können als an die Wirksamkeit der Einigung.

Das Gleiche gilt, wenn eine Regelung im Mietvertrag den durch die Übergabe bestimmbareren Mietbeginn verschiebt, sofern Änderungswünsche des Mieters realisiert werden oder eine Verzögerung infolge der nicht rechtzeitigen Vorlage von Unterlagen (z.B. Bauzeichnungen, Pläne etc.) eintritt²²¹. Maßgeblich ist, dass die Parteien in der Urkunde einen Sachverhalt so genau beschreiben, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt.

10.4 Einseitige Erhöhung von Betriebskostenvorauszahlungen

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH müssen sich gemäß §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 Satz 1 BGB bei einem für eine längere Zeit als ein Jahr geschlossenen Mietvertrag die wesentlichen Vertragsbedingungen insbesondere Mietgegenstand, Miete sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses aus der Vertragsurkunde ergeben.

Mit Rücksicht darauf führt die einseitige Erhöhung der Nebenkostenvorauszahlungen nicht dazu, dass das Vertragsverhältnis wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis als auf unbestimmte Zeit geschlossen anzusehen ist²²². Der Vermieter war in § 5 Ziffer 1 letzter Absatz Satz 2 des Mietvertrags das Recht eingeräumt, die Höhe der Vorauszahlungen unter anderem dann neu festzusetzen, wenn sich aus der Nebenkostenabrechnung eine entsprechende Nachforderung ergab. Diese Klausel entspricht sinngemäß dem nur auf Wohnraummietverhältnisse anwendbaren § 560 Abs. 4 BGB. Dieser gewährt den Vertragsparteien das Recht, durch einseitige, in Textform gemäß § 126b BGB abzugebende Willenserklärung eine Anpassung der Vorauszahlungshöhe zu bewirken, ohne dass es der Zustimmung der Gegenseite bedarf²²³.

²²⁰ BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 212/03, MDR 2006, 561 = ZMR 2006, 115 = NZM 2006, 54; BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, MDR 2007, 1063 = ZMR 2007, 611 = NZM 2007, 443.

²²¹ BGH v. 24.7.2013 - XII ZR 104/12, WuM 2013, 668 (670) = ZMR 2014, 22.

²²² BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, GE 2014, 455 = NZM 2014, 308.

²²³ vgl. MünchKomm/Schmid, 6. Aufl., § 560 BGB Rz. 35; Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl. § 560 BGB Rz. 17; BeckOK/Schüller, [Stand: 1. November 2013], § 560 BGB Rz. 22.

Damit korrespondierend besteht der Regelungsgehalt der Vertragsklausel darin, **48** dass der Vermieter eine Anpassung der Nebenkostenvorauszahlungen durch einseitige Erklärung gegenüber dem Mieter herbeiführen konnte und nicht lediglich berechtigt war, seine Zustimmung zur Vertragsänderung zu verlangen. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Vertragsparteien bei der Gewerberaummieta in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbaren, dass der Vermieter im Anschluss an Nebenkostenabrechnungen die Höhe der Nebenkostenvorauszahlungen durch einseitige Erklärung anpassen darf²²⁴. Die mit der einseitigen, auf Erhöhung der Nebenkostenvorauszahlung gerichteten Willenserklärung des Vermieters verbundene Änderung der von der Beklagten geschuldeten Gesamtmiete unterlag nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB.

Der BGH hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es eine Reihe von Fallgestaltungen gibt, in denen § 550 BGB den Zweck, einem späteren Grundstückserwerber Klarheit über die Bedingungen eines langfristigen Mietvertrags zu verschaffen, in den er kraft Gesetzes eintritt, nicht umfassend gewährleisten kann. Dies gilt unter anderem für die einem Grundstückserwerber wichtige Kenntnis, bis zu welchem Zeitpunkt ein langfristiges Mietverhältnis besteht. Enthält die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption zu Gunsten des Mieters, kann der Grundstückserwerber der Urkunde nicht entnehmen, ob der Mieter diese Option vor dem Eigentumsübergang ausgeübt hat oder nicht, so dass Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald enden oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Der Erwerber des Grundstücks ist aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Verlängerungsoption hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich gegebenenfalls bei dem Verkäufer oder bei dem Mieter zu erkundigen²²⁵.

Nicht anders liegt es bei der streitgegenständlichen Klausel zur Anpassung der Nebenkostenvorauszahlungen. Auch sie eröffnet einer Vertragspartei - dem Vermieter - in zulässiger Weise das Recht, durch eine einseitige Willenserklärung eine Vertragsänderung herbeizuführen. Sie soll eine flexible Anpassung der Vorauszahlungshöhe ermöglichen und ist daher gerade auch bei einem auf mehrere Jahre befristeten Mietvertrag sinnvoll. Die entsprechende Erklärung kann aber, ebenso wie die Ausübung einer Verlängerungsoption, nicht Bestandteil der von § 550 BGB geforderten Vertragsurkunde sein. Dem Schutzbedürfnis eines späteren Grundstückserwerbers ist dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass ihn die entsprechende Vertragsbestimmung deutlich darauf hinweist, dass eine die Vorauszahlungshöhe gegenüber der Vertragsurkunde ändernde Festsetzung erfolgt sein kann.

Das Gleiche gilt für die Umsetzung einer Wertsicherungsklausel²²⁶.

10.5 Änderung der Umlagevereinbarung

Zur Einhaltung der Schriftform müssen alle wesentlichen Vertragsabreden, also mindestens zur Mietsache, Miete, Mietzeit und den Parteien in einer der Schriftform entspre-

²²⁴ BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz. 31; vgl. auch BGH v. 9.5.2012 - XII ZR 79/10, NJW 2012, 2187 zur Klauselkontrolle eines Leistungsbestimmungsrechts des Vermieters die Änderung der Miete betreffend.

²²⁵ BGH v. 24.7.2013 - XII ZR 104/12, NJW 2013, 3361 Rz. 25; BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, NJW 2007, 3273 Rz. 27.

²²⁶ BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, GE 2014, 455.

chenden Weise niedergelegt sein²²⁷. Auf das Merkmal der Wesentlichkeit der Abrede kann nicht verzichtet werden²²⁸. Denn im Gegensatz zu § 313b BGB steht die Warnfunktion nicht im Vordergrund. Vielmehr wird durch § 550 BGB in erster Linie der Erwerber geschützt. Dieser Schutzzweck gebietet es nicht, auch Abreden von geringer Bedeutung in die Urkunde aufzunehmen. Denn der Erwerber ist regelmäßig daran interessiert, aus dem Mietvertrag Aspekte zu erfahren, die seine Finanzierung gefährden können oder erhebliche Erschwerungen bei der Abwicklung des Mietvertrages herbeiführen.

Auch die Umlagevereinbarung zu den Betriebskosten betrifft die Miete und damit eine wesentliche Vertragsabrede. Insoweit kann z.B. die stillschweigende Abänderung der Nebenkosten dazu führen, dass der schriftliche Mietvertrag hinsichtlich der Höhe der monatlichen Nebenkostenvorauszahlungen und des Umfangs der Nebenkostenübernahme unvollständig wird. Hierin soll jedoch nur ein unerheblicher Verstoß gegen § 550 BGB liegen, wenn eine grundsätzliche Umlage der Nebenkosten auf den Mieter vereinbart und auch der Umfang der Nebenkosten grundsätzlich klar ist, demgegenüber lediglich zwei Positionen nicht ausdrücklich (schriftlich) aufgeführt worden sind²²⁹. Dabei wird die Unwesentlichkeit aus dem Verhältnis der Miete (12.685,15 Euro) zu den Nebenkostenvorauszahlungen (ca. 590,00 Euro) hergeleitet.

Ein Verstoß gegen § 550 BGB wird aber angenommen, wenn die Parteien mündlich vereinbaren, dass der Mieter Nebenkosten von 5.113,00 Euro zu zahlen hat und damit von der Umlagevereinbarung abgewichen wird, wonach der Mieter ganz bestimmte Kosten selbst zu entrichten und die Kosten der Versicherung und Grundsteuer dem Vermieter zu erstatten hat²³⁰. Denn schon der Betrag macht deutlich, dass der Mieter erhebliche Mehrkosten zu tragen hat, so dass von einer wesentlichen Änderung des Mietvertrages auszugehen ist im Gegensatz zu den Fällen, in denen der Mieter zusätzlich ein oder zwei Positionen übernimmt²³¹.

10.6 Optionsausübung

Die Ausübung einer Option, die eine Verlängerung von mehr als einem Jahr herbeiführen soll, muss nicht in der Schriftform der §§ 550, 126 BGB erfolgen²³². Die Gegenansicht²³³ verkennt, dass der Schutzzweck des § 550 BGB sich auf den Mietvertrag beschränkt. Daraus soll der Erwerber aus dem Mietvertrag (sicher) ersehen können, wie sich die Laufzeit des Mietvertrages gestaltet. Deshalb muss im Mietvertrag geregelt sein, ob und wenn ja,

²²⁷ Vgl. BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07, NJW 2009, 2195 (2196); BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 (Tz. 18).

²²⁸ A. A. Schmidt-Futterer/Lammel, § 550 BGB Rz. 33 m.w.N.

²²⁹ OLG Hamm v. 26.10.2005 - 30 U 121/05, OLGR 2006, 138.

²³⁰ BGH v. v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, MDR 2014, 142 = NZM 2014, 34; OLG Brandenburg v. 17.10.2012 - 3 U 75/11, ZMR 2013, 184, 186.

²³¹ Zur zusätzlichen Übernahme der Kosten der Versicherung: OLG Naumburg v. 25.9.2007 - 9 U 89/07, ZMR 2008, 371 (kein Schriftformmangel).

²³² BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, MDR 2008, 851 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482 (Rz. 15); BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, NJW 2007, 3273, 3275 (Rz. 27); Zöll in Lindner-Figura u.a., Kap. 9 Rz. 26 m.w.N.

²³³ KG v. 2.5.2013 - 8 U 130/12, GE 2013, 808 = ZMR 2013, 702; OLG Düsseldorf v. 22.1.2013 - 24 U 97/12, ZMR 2013, 43; OLG Köln v. 29.11.2005 - 22 U 105/05, MDR 2006, 925 = GuT 2006, 122; OLG Frankfurt v. 20.5.1998 - 23 U 121/97, NZM 1998, 1006.

welche Formerfordernisse für die ansonsten formfreie mögliche Option gelten 50 sollen. Es ist aber nicht die Aufgabe des § 550 BGB, dem Erwerber auch die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände, die ihre Ursache im Vertrag haben, in der Form des § 126 BGB zu präsentieren²³⁴. Deshalb wird die für die Ausübung der Option vereinbarte Schriftform nach § 127 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch durch ein Telefax eingehalten.

10.7 Heilungsklausel

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

Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrages zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre²³⁵.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wenn die Parteien eine Schriftformheilungsklausel vereinbart haben, schließt der BGH²³⁶ jedenfalls für den Erwerber grundsätzlich aus, und zwar sowohl als Individual- als auch als Formularklausel.

Allerdings kann eine Mitwirkungspflicht der Vertragsparteien am Zustandekommen eines der Schriftform entsprechenden Mietvertrages bestehen. Das kann etwa der Fall sein, wenn in einem Vorvertrag vereinbart worden ist, ein langfristiges Mietverhältnis zu begründen²³⁷. Möglich ist es etwa auch, dass sich Vertragsparteien im Hinblick auf nachträglich zustande gekommene Vereinbarungen verpflichten, insofern dafür zu sorgen, dass die Schriftform gewahrt und damit die langfristige Bindung an den Mietvertrag sichergestellt wird²³⁸. In derartigen Fällen geht es entweder darum, den Vorgaben des Vorvertrags zu entsprechen und in Anknüpfung an die darin getroffenen Abreden einen formwirksamen Mietvertrag zu vereinbaren oder einem konkret befürchteten Formmangel entgegenzuwirken.

²³⁴ BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, MDR 2008, 851 = GE 2008, 798 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482.

²³⁵ BGH v. 25.7.2007 - XII ZR 143/05, NJW 2007, 3202 Rz. 23; BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 233/03, NJW 2006, 140 Rz. 23 jew. m.w.N.

²³⁶ BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, GE 2014, 385 = NZM 2010, 239.

²³⁷ BGH v. 7.3.2007 - XII ZR 40/05, NJW 2007, 1817 Rz. 15.

²³⁸ BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, 2227.

Im Unterschied hierzu haben die Vertragsparteien sich in § 24 Nr. 6 des Miet- 51
vertrages von vornherein verpflichtet, "alle Handlungen vorzunehmen und Er-
klärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis
Genüge zu tun, und den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der ge-
setzlichen Schriftform vorzeitig zu kündigen". Ob eine derartige Schriftformheilungsklau-
sel durch Individualvertrag rechtswirksam getroffen werden kann oder - falls es sich um
einen Formularvertrag handelt - der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB stand-
hält, wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und im Schrifttum nicht einheit-
lich beantwortet. Ebenso besteht Streit über die Frage, ob eine solche Klausel - ihre
Wirksamkeit unterstellt - nur eine der ursprünglichen Vertragsparteien hindern kann, den
Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel zu kündigen, oder ob ihr auch
gegenüber einem Erwerber des Grundstücks Rechtswirkung zukommt.

Teilweise wird ohne Weiteres davon ausgegangen, Schriftform- heilungsklauseln seien
wirksam mit der Folge, dass die auf den Formmangel gestützte Kündigung treuwidrig sei,
solange nicht erfolglos versucht worden sei, die andere Partei zu einer Heilung des Man-
gels zu veranlassen²³⁹.

Teilweise wird eine entsprechende Klausel vor allem im Hinblick auf einen möglichen Er-
werbsfall für grundsätzlich unwirksam gehalten²⁴⁰.

Darüber hinaus wird die Auffassung vertreten, eine Heilungsklausel sei jedenfalls gegen-
über einem Grundstückserwerber unwirksam²⁴¹.

Das Oberlandesgericht Rostock²⁴² hat es im Ergebnis offen gelassen, ob eine Heilungsklau-
sel wirksam ist. Es hält die ordentliche Kündigung eines formunwirksamen Mietvertrages
nicht für treuwidrig, weil dem Kündigenden gegebenenfalls ein Schadensersatzanspruch
gegen die andere Vertragspartei aus der Verletzung einer Vertragspflicht zustehe.

Bei dem Eintritt eines Erwerbers gemäß § 566 Abs. 1 BGB in die sich aus dem Mietverhält-
nis ergebenden Rechte und Pflichten ist allein von Bedeutung, ob einem Erwerber ange-
lastet werden kann, sich treuwidrig zu verhalten, wenn er trotz einer im Mietvertrag ent-
haltenen Heilungsklausel das Mietverhältnis wegen eines Schriftformmangels kündigt. Das
ist nach Auffassung des BGH nicht der Fall²⁴³.

²³⁹ OLG Naumburg v. 26.7.2012 - 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808; KG v. 13.11.2006 - 8 U 51/96, NJW-RR 2007, 805; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 - 24 U 264/03, DWW 2004, 224; OLG Köln v. 23.9.2005 - 1 U 43/04, OLGR 2005, 697; OLG Celle v. 22.7.2004 - 13 U 71/04, NZM 2005, 219; *Lindner-Figura* in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 6 Rz. 103; *ders.* in NZM 2007, 705, 713; *Lindner-Figura/Schnieders* in 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, S. 436, 438 ff.; *Kreikenbohm/Niederstetter*, NJW 2009, 406 ff.; *Scheer-Hennigs/Quast*, ZMR 2009, 180, 181 f.; *Lammel* in Schmidt-Futterer Mietrecht, 10. Aufl., § 550 BGB Rz. 66; *Disput/Wortberg*, ZfIR 2009, 57, 59; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. I 145; *Gratz*, juris AnwZert MietR 26/2008 Anm. 1.

²⁴⁰ *Gerber*, ZfIR 2008, 632, 633 f.; *Leo*, NZM 2006, 815, 816; *Ghassemi-Tabar/Leo*, AGB im Gewerbe-
raummietrecht, II. Teil Rz. 383; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Lea-
singrechts, 10. Aufl., A III Rz. 136; *Staudinger/Emmerich*, [2011], § 550 BGB Rz. 45 ff.; *Blank* in
Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 550 BGB Rz. 89; BeckOK BGB/*Hermann*, [Stand: 1. Februar
2013], § 550 BGB Rz. 17; *Robles y Zepf/Piepers*, ZfIR 2010, 569, 575.

²⁴¹ *Klinke*, WuM 2010, 8, 12; *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313, 3316; MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl., § 550
BGB Rz. 20.

²⁴² OLG Rostock v. 10.7.2008 - 3 U 108/07, NZM 2008, 446.

²⁴³ BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, MDR 2014, 334 = GE 2014, 385.

Da die in Rede stehende Heilungsklausel keine Einschränkung dahingehend 52 enthält, dass sie nur im Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien Geltung beanspruchen soll, würde sie - im Falle ihrer Wirksamkeit - auch den Grundstückserwerber betreffen. Auch er hätte deshalb der Verpflichtung nachzukommen, zunächst auf die Heilung des Formmangels hinzuwirken und könnte den formunwirksamen Mietvertrag erst kündigen, nachdem entsprechende Bemühungen erfolglos geblieben sind. Damit ergäbe sich indessen die Situation, vor der § 550 BGB den Grundstückserwerber gerade schützen will.

§ 550 BGB will nach ständiger Rechtsprechung des BGH in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Darüber hinaus dient § 550 BGB dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen. Hinsichtlich des Schutzes des Erwerbers gibt es zwar zahlreiche Fallgestaltungen, in denen § 550 BGB den Zweck, diesem letzte Klarheit über die Geltung eines langfristigen Mietvertrags zu verschaffen, nicht umfassend gewährleisten kann. Sinn und Zweck der Schriftform ist es nämlich nicht, ihm Gewissheit zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch besteht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben wurde. Denn soweit ein Eintritt des Grundstückserwerbers in den Mietvertrag nicht stattfindet, weil dieser nicht oder nicht mehr besteht, bedarf es auch nicht des Schutzes der Schriftform vor einer langjährigen Bindung an unbekannte Bedingungen. Auch im Fall einer im Mietvertrag vorgesehenen Verlängerungsoption kann der Grundstückserwerber der Mietvertragsurkunde nicht entnehmen, ob die Option vor dem Eigentumserwerb ausgeübt wurde, so dass Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald endet oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Dann ist der Erwerber aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Option hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich bei dem Verkäufer oder dem Vermieter hierüber zu erkundigen²⁴⁴.

Auch wenn der Schutz des § 550 BGB danach nicht umfassend sein kann, soll erreicht werden, dass der Erwerber die Bedingungen, zu denen er in ein Mietverhältnis eintritt, im Grundsatz aus der Mietvertragsurkunde ersehen kann. Er soll davor geschützt werden, sich auf einen Mietvertrag einzulassen, dessen wirtschaftliche Bedingungen sich, etwa infolge einer Mietreduzierung, anders als erwartet und deshalb finanziell einkalkuliert darstellen. Ist das infolge formunwirksamer, z.B. nur mündlicher Abreden gleichwohl der Fall, so hat er die Möglichkeit, sich vorzeitig durch ordentliche Kündigung von dem Mietvertrag zu lösen. Diese Möglichkeit würde ihm genommen, wenn er infolge der Heilungsklausel verpflichtet wäre, den langfristigen Bestand des Mietverhältnisses sicherzustellen. Dass ihm im Fall unterlassener Information über ihm nachteilige formunwirksame Vereinbarungen gegenüber dem Veräußerer Schadensersatzansprüche zustehen mögen, rechtfertigt nicht die Annahme, der Schutzzweck des § 550 BGB trete deshalb zurück. Nach der

²⁴⁴ BGH, NJW 2008, 2178 Rz. 13 ff.

gesetzlichen Konzeption soll der Erwerber bei einer derartigen Fallgestaltung **53** nämlich nicht allein auf Schadensersatzansprüche verwiesen werden, sondern ihm soll ein ordentliches Kündigungsrecht zustehen, um die aus der Mietvertragsurkunde nicht in allen maßgeblichen Einzelheiten erkennbaren Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis beenden zu können. Da bei einer Geltung der Heilungsklausel auch ihm gegenüber diese Möglichkeit im Falle einer vollzogenen Heilung genommen würde, würde der Schutzzweck des § 550 BGB verfehlt. Die Bestimmung stellt indessen nach allgemeiner Meinung zwingendes Recht dar²⁴⁵. Mit Rücksicht darauf ist es ungeachtet der Frage, ob es sich bei dem Mietvertrag um eine Individualvereinbarung oder einen Formularvertrag handelt, mit § 550 BGB nicht vereinbar, den Erwerber aufgrund einer Heilungsklausel als verpflichtet anzusehen, von einer ordentlichen Kündigung Abstand zu nehmen. Er verhält sich deshalb nicht nach § 242 BGB treuwidrig, wenn er von der in diesem Fall vorgesehenen gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch macht. Das gilt unabhängig davon, ob dem Erwerber im Einzelfall die Umstände, die vor seinem Eintreten in den Mietvertrag zu der Formunwirksamkeit geführt haben, bekannt waren²⁴⁶. Denn wenn der Erwerber aufgrund des Schutzzwecks des § 550 BGB durch eine Heilungsklausel nicht gebunden ist, kann auch eine Kenntnis des Formmangels nicht dazu führen, dass er an dessen Heilung mitwirken müsste. Im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt kommt eine Treuwidrigkeit der Kündigung deshalb nicht in Betracht.

Diese Sichtweise gilt im gleichen Umfang für den Nießbraucher, der in den laufenden Mietvertrag nach den §§ 1056, 566 BGB eingetreten ist²⁴⁷.

11 Kautio

11.1 Sicherheit zur Abwendung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Die in § 551 Abs. 1 BGB enthaltene Begrenzung der Mietsicherheit auf drei Monatsmieten dient - bei Anerkennung des grundsätzlichen Sicherungsbedürfnisses des Vermieters - dem Interesse des Mieters vor zu hohen Belastungen. Insbesondere soll damit Erschwerungen für den Abschluss eines Mietvertrages entgegengewirkt werden, die in mobilitätshemmender Weise von hohen Kautionsforderungen ausgehen können²⁴⁸. Dieser Schutzzweck ist nicht betroffen, wenn Eltern für ihre Kinder - anstelle einer Anmietung im eigenen Namen - von sich aus dem Vermieter eine Bürgschaft für den Fall eines Vertragsschlusses zusagen; in einem solchen Fall steht die gesetzliche Begrenzung der Mietsicherheit einer wirksamen Übernahme einer Bürgschaft durch die Eltern nicht entgegen²⁴⁹.

Ähnlich verhält es sich bei einer Sicherheit, die im laufenden Mietverhältnis zur Abwendung einer drohenden Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzugs gewährt wird²⁵⁰. Ein unabdingbares Verbot, in dieser Situation eine drei Monatsmieten übersteigende Si-

²⁴⁵ vgl. nur BT-Drucks. 14/4553 S. 47; Staudinger/*Emmerich*, [2011], § 550 BGB Rz. 45.

²⁴⁶ a.A. Bub/*Treier/Heile*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 789; Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 BGB Rz. 65.

²⁴⁷ BGH v. 30.04.2014 - XII ZR 146/12, GE 2014, 865 = NZM 2014, 471.

²⁴⁸ vgl. BT - Drucks. 9/2079 S. 10 zu § 550b Abs. 1 S. 1 BGB a.F., der Vorgängervorschrift zu § 551 Abs. 1 BGB.

²⁴⁹ BGH v. 7.6.1990 - IX ZR 16/90, BGHZ 111, 361, 363.

²⁵⁰ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 379/12, MDR 2013, 641 = GE 2013, 673 = WuM 2013, 357.

cherheit zu vereinbaren, würde in erster Linie den Mieter benachteiligen, weil der Vermieter in diesem Fall keine wirksame zusätzliche Sicherheit erhalten könnte und die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen des eingetretenen Zahlungsverzuges die Folge wäre; die dem Schutz des Mieters dienende Begrenzung der Mietsicherheit würde damit in ihr Gegenteil verkehrt. Auf eine Kautionskündigung des Vermieters abgewendet werden soll, findet § 551 Abs. 1, 4 BGB deshalb generell keine Anwendung²⁵¹; darauf, ob der Bürge eine derartige Sicherheit unaufgefordert beigebracht oder der Vermieter eine zusätzliche Sicherheit verlangt hat, kommt es nicht an.

11.2 Bürgschaft und Aufhebung der Kündigungswirkung

Eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung liegt selbst dann vor, wenn im Zeitpunkt der Hingabe der Bürgschaft der Mietvertrag noch nicht geschlossen wurde. Maßgeblich und ausreichend ist, dass objektiv festgestellt werden kann, für welche Schuld der Bürge einstehen sollte²⁵². Das ist ohne weiteres möglich, wenn im Zeitpunkt der Abgabe der Bürgschaftserklärung in schriftlicher Form (§ 766 BGB) das Angebot des Vermieters vorliegt, das der Mieter später annimmt²⁵³.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die Parteien einen Mietvertrag nach dessen wirksamer Beendigung fortsetzen. Kündigt der Vermieter den Mietvertrag (wirksam) fristlos und verständigen sich die Mietparteien nachfolgend auf die Fortsetzung liegt darin entgegen dem Wortlaut der Abschluss eines neuen Mietvertrages für den die Bürgschaft grundsätzlich nicht (mehr) gilt²⁵⁴.

11.3 Inanspruchnahme im laufenden Mietvertrag

Die Mietkaution dient nicht dazu, dem Vermieter eine Verwertungsmöglichkeit zum Zwecke schneller Befriedigung behaupteter Ansprüche gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses zu eröffnen. Gemäß § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB hat der Vermieter die ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen anzulegen.

Mit der Pflicht zur treuhänderischen Sonderung der vom Mieter erbrachten Kautionsleistung wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz des Vermieters ungeschmälert auf die Sicherheitsleistung zurückgreifen kann, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen²⁵⁵. Diese Zielsetzung würde unterlaufen, wenn der Vermieter die Mietkaution bereits während des laufenden Mietverhältnisses auch wegen streitiger Forderungen in Anspruch nehmen könnte²⁵⁶. Die davon zum Nachteil des Mieters abweichende Zusatzvereinbarung zu § 7 des Mietvertrags ist deshalb gemäß § 551 Abs. 4 BGB unwirksam. Dieses Ergebnis entspricht

²⁵¹ LG Kiel, NJW-RR 1991, 1291; Palandt/*Weidenkaff*, 72. Aufl., § 551 BGB Rz. 3; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 551 BGB Rz. 33; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., III 174; a.A. *Staudinger/Emmerich*, *BGB*, Neubearb. 2011, § 551 BGB Rz. 4 und 9.

²⁵² BGH v. 17.2.2000 - IX ZR 32/99, MDR 2000, 714 = NJW 2000, 1569.

²⁵³ BGH v. 30.3.1995 - IX ZR 98/94, MDR 1995, 892 = NJW 1995, 1886.

²⁵⁴ OLG Düsseldorf v. 22.3.2011 - 10 U 158/10, ZMR 2013, 628.

²⁵⁵ BGH v. 20.12.2007 - IX ZR 132/06, WuM 2008, 367 Rz. 8; BGH v. 13.10.2011 - VIII ZR 98/10, NJW 2010, 59 Rz. 19; jeweils unter Hinweis auf BT-Drucks. 9/2079, S. 10 f.

²⁵⁶ BGH v. 7.5.2014 - VIII ZR 234/13, MDR 2014, 704 = WuM 2014, 418 = GE 2014, 866.

11.4 Inanspruchnahme vor Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs

Der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions wird nicht bereits im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses fällig. Vielmehr ist dem Vermieter, nach Beendigung des Mietvertrages eine angemessene Frist einzuräumen, innerhalb deren er sich zu entscheiden hat, ob und in welcher Weise er die Kautions zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will; erst danach wird der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions fällig²⁵⁸. Schon daraus folgt, dass es dem Vermieter jedenfalls bis zum Ablauf der ihm zuzubilligenden Abrechnungsfrist gestattet ist, die Kautions in der Höhe einzubehalten, die zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Mietverhältnis angemessen ist; anderenfalls würde die Mietkautions ihrer Sicherungsfunktion nicht gerecht.

Wie viel Zeit dem Vermieter zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Diese können so beschaffen sein, dass mehr als sechs Monate für den Vermieter erforderlich und dem Mieter zumutbar sind²⁵⁹. Danach steht dem Mieter vor Ablauf der angemessenen Prüfungsfrist kein Recht zur Aufrechnung mit dem Kautionsrückzahlungsanspruch zu.

Im Falle der Bürgschaft als Mietsicherheit kann dem Mieter aber ein Anspruch gegen den Vermieter gemäß § 812 Abs.1 BGB wegen zu Unrecht gezogener Bürgschaft zugestanden haben. Einem solchen Anspruch stünde aber gemäß § 390 BGB ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters gemäß § 273 BGB entgegen.

Unstreitig hat der Vermieter am 5. Dezember 2012 die von dem Mieter gestellte Mietbürgschaft in Anspruch genommen und sich von der Commerzbank einen Betrag in Höhe von 14.743,61 € auszahlen lassen. Der Geschäftsraumvermieter ist ebenso wie der Wohnungsvermieter verpflichtet, die vom Mieter geleistete Barkautions von seinem Vermögen getrennt und insolvenzsicher anzulegen²⁶⁰. Diese Verpflichtung endet nicht, bevor er über die Kautions abgerechnet hat. Hat der Mieter eine Bürgschaftskautions geleistet, hat diese nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion. Ebenso wie bei der Barkautions darf der Vermieter - bei beendetem Mietverhältnis - grundsätzlich auf die verpfändete Forderung zugreifen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Abrechnung über seine noch offenen Forderungen aufstellt und diese von der Kautions abzieht²⁶¹.

²⁵⁷ LG Mannheim, WuM 1996, 269; LG Wuppertal, NZM 2004, 298; LG Darmstadt, ZMR 2005, 193; LG Darmstadt, WuM 2008, 726; LG Halle, NZM 2008, 685; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. III 184; *Kraemer*, NZM 2001, 737, 741; *Derleder*, NZM 2006, 601, 607; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 551 BGB Rz. 27; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 551 BGB Rz. 91; Palandt/*Weidenkaff*, 73. Aufl., Einf. v. § 535 BGB Rz. 123; BeckOK BGB/Ehlert, Stand: 1. Mai 2013, § 551 Rz. 32; anders *Kluth/Grün*, NZM 2002, 1015, 1016 f., *Kießling*, JZ 2004, 1146, 1153; MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl., § 551 BGB Rz. 14.

²⁵⁸ BGHZ 101, 244, 250.

²⁵⁹ BGHZ 101, 244, 250.

²⁶⁰ KG v. 9.9.2013 - 8 U 254/12, GE 2013, 1586; KG v. 4.12.2003 - 8 U 121/03, DWW 2004, 85; OLG Frankfurt v. 1.10.1998 - 20 W 6592/98, NZM 1999, 376.

²⁶¹ OLG Karlsruhe v. 18.8.2008 - 8 W 34/08, MDR 2009, 320 = ZMR 2009, 120 = NZM 2009, 817

Greift der Vermieter auf die Bürgschaftskautions zu, ohne zugleich abzurechnen, verwandelt er die Bürgschaftskautions nicht etwa in eine Barkautions, sondern verleiht er sich fremdes Geld, das ihm jedenfalls ohne Abrechnung nicht zusteht, jedenfalls dann ein, wenn er dieses nicht durch Anlage auf einem gesonderten Konto von seinem Vermögen getrennt hält²⁶². Der Mieter hat in einem solchen Fall gegen den Vermieter einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs.1 BGB. Diesem Bereicherungsanspruch steht aber gemäß § 390 BGB ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters entgegen.

Der Vermieter hat nämlich im Gegenzug, solange das Mietverhältnis noch nicht abgewickelt ist, gegen den Mieter einen Anspruch auf erneutes Stellen einer Bürgschaftskautions und hat daher ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB. Diesen Anspruch macht die Klägerin hier zwar nicht geltend. § 390 BGB, wonach eine Forderung, der eine Einrede entgegen steht, nicht aufgerechnet werden kann, greift aber auch dann ein, wenn die Einrede noch nicht erhoben ist²⁶³.

11.5 Vorbehaltlose Rückzahlung der Kautions

An die Feststellung eines Verzichtswillens, der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen²⁶⁴. Gerade bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsvernichtend gewertet werden sollen, ist das Gebot einer interessengerechten Auslegung zu beachten und haben die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung. Wenn feststeht oder davon auszugehen ist, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. Das bildet in solchen Fällen die Ausnahme²⁶⁵. Die Partei, die sich auf einen Ausnahmefall beruft, muss deshalb einen nachvollziehbaren Grund darlegen, warum der Forderungsinhaber bereit gewesen sein sollte, auf seine Forderung zu verzichten²⁶⁶.

Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggf. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten²⁶⁷. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kautions nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusammenhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein unzweideutiges Verhalten voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall einer ausdrücklichen Willenserklärung. Das Vermieterverhalten kann auch den Umständen nach (§§ 133, 157 BGB) als konkludenter Verzicht oder Erlass zu werten sein. In Betracht kommt, dass damit nicht berücksichtigte Forderungen des Vermieters erlassen

²⁶² KG v. 9.9.2013 - 8 U 254/12, GE 2013, 1586.

²⁶³ Palandt/*Grüneberg*, 72. Auflage, § 390 BGB Rz. 1.

²⁶⁴ z. B. BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 353/07, MDR 2008, 1051 = NJW 2008, 2842; BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris.

²⁶⁵ BGH v. 15.1.2002 - X ZR 91/00, MDR 2002, 749 = NJW 2002, 1044.

²⁶⁶ BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris; BGH v. 10.5.2001 - VII ZR 356/00, MDR 2001, 859 = NJW 2001, 2325.

²⁶⁷ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

werden²⁶⁸, wenn dieser ein Mietverhältnis unter Berücksichtigung der Kautionsrückzahlung abrechnet und er das Abrechnungsguthaben an den Mieter auszahlt. Als weitere Option ist denkbar, dass der Verpächter durch eine vorbehaltlose Rückzahlung der Kautionsrückzahlung trotz erkannter oder zumindest leicht erkennbarer Mängel in der Regel aus der Sicht des Mieters schlüssig zu erkennen gibt, dass er den Zustand der Pachtsache als vertragsgemäß anerkennt und insoweit auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet²⁶⁹.

Eine vergleichbare Fallgestaltung liegt nicht vor, wenn der notarielle Erwerbsvertrag, mit dem der Mieter das an ihn vermietete Ladenlokal vom Vermieter erworben hat, die Regelung "Das Mietverhältnis erlischt mit dem Tage der vollständigen Kaufpreiszahlung; die Kautionsrückzahlung wird erstattet"²⁷⁰. Da der Notarvertrag zugleich keinen Hinweis auf rückständige Mietforderungen gegenüber dem Mieter enthält, liegt hierin zwar bei isolierter Betrachtung und ohne Kenntnis der Vertragshistorie ein starkes Indiz dafür, dass mit der vereinbarten vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung die wechselseitigen Ansprüche der Parteien abgegolten sein sollten. Diese Wertung der Rückzahlungsklausel wird jedoch durch das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme widerlegt. Danach steht aufgrund der Aussage des Notars, des Zeugen Dr. W., fest, dass die Parteien vor Abschluss des Kaufvertrages über die offenen Mietforderungen des Vermieters verhandelt und den noch im ersten Entwurf des Notarvertrages enthaltenen Zusatz, "Gegenseitige Ansprüche zwischen den Parteien sind abgegolten", mangels Einigung hierüber ausdrücklich gestrichen haben. Eine Abgeltung der Mietforderungen sollte nach Aussage des Zeugen durch die Änderung der ersten Entwurfsfassung gerade nicht getroffen werden. Unter diesen Umständen hatte der Mieter als verständiger Vertragspartner keinen Anlass die endgültige Fassung der Kautionsregelung des Notarvertrages als Verzicht oder Erlass des Klägers in Bezug auf die streitgegenständlichen Mietforderungen zu interpretieren (§ 133 BGB).

12 Modernisierung

12.1 Modernisierung und Indexmiete

Es steht dem Duldungsanspruch des Vermieters nicht entgegen, dass die Parteien eine Indexmiete vereinbart haben und dem Vermieter deshalb eine Mieterhöhung nach § 559 BGB verwehrt ist. Denn einen Ausschluss der Duldungspflicht sieht § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. nur für den Fall vor, dass die Maßnahme für den Mieter mit einer unzumutbaren Härte verbunden ist²⁷¹. Anhaltspunkte dafür, dass die von dem Vermieter geplanten Modernisierungsmaßnahmen mit Rücksicht darauf, dass der Vermieter die Kosten der Fernwärmeversorgung anschließend anteilig auf den Mieter umlegen will und insoweit monatliche Vorauszahlungen in Höhe von 104,59 € begehrt, eine unzumutbare Härte darstellen, sind nicht ersichtlich. Zwar verbietet der Schutzzweck des § 557b Abs. 2 BGB, die für eine zentrale Beheizung erforderlichen Investitionen durch den Lieferanten der Fernwärme

²⁶⁸ OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, ZMR 2001, 962.

²⁶⁹ OLG München v. 14.07.1989 - 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20.

²⁷⁰ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

²⁷¹ BGH v. 12.3.2014 - VIII ZR 147/13, GE 2014, 665 = NZM 2014, 304.

vornehmen und in die dem Mieter auferlegten Kosten der Fernwärmelieferung **58** einfließen zu lassen. Dies kann aber von vornherein nicht dazu führen, dass der Mieter die Modernisierungsmaßnahmen nicht zu dulden hätte. Denn § 557b Abs. 2 Satz 2 BGB verwehrt dem Vermieter lediglich eine auf § 559 BGB gestützte Mieterhöhung, gibt dem Mieter aber nicht das Recht, die Duldung einer Modernisierungsmaßnahme unabhängig von den Voraussetzungen des § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. zu verweigern.

Die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Betriebskosten (der Fernwärme) auf den Mieter umgelegt werden können, waren im Rahmen des allein zu entscheidenden Duldungsanspruchs nicht streitgegenständlich.

13 Mieterhöhung

13.1 Erklärung des Erwerbers

Der Rechtsinhaber kann einen Dritten zur Geltendmachung eines unselbständigen Gestaltungsrechts im eigenen Namen ermächtigen²⁷². Eine derartige Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung ist der Regelung in einem Kaufvertrag zu entnehmen, wonach der Erwerber bevollmächtigt wird, ab sofort bis zum Eigentumsvollzug im Grundbuch den Mietern gegenüber sämtliche mietrechtlichen Erklärungen abzugeben und ggfs. im eigenen Namen entsprechende Prozesse zu führen.

§ 566 BGB steht einer solchen rechtsgeschäftlich erteilten Ermächtigung nicht entgegen²⁷³. § 566 BGB ordnet für den Fall der Veräußerung vermieteten Eigentums an, dass der Erwerber für die Dauer seines Eigentums in die Vermieterstellung einrückt. Dies schließt es nicht aus, dass der bisherige Vermieter schon zu einem früheren Zeitpunkt Ansprüche aus dem Mietverhältnis abtritt oder einem Erwerber eine Ermächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen erteilt. Für eine Differenzierung, eine Ermächtigung nur bezüglich einer Kündigung oder einer Modernisierungsankündigung, nicht aber bezüglich eines Mieterhöhungsverlangens zuzulassen, besteht kein sachlicher Grund.

Schließlich erfordern auch Gesichtspunkte des Mieterschutzes keine abweichende Beurteilung²⁷⁴. Allerdings wird teilweise die Auffassung vertreten, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, das von einer vom Vermieter dazu ermächtigten Person vorgenommen wird, nur wirksam sei, wenn die Ermächtigung offen gelegt werde²⁷⁵. Zur Begründung wird angeführt, dass die Offenlegung der Ermächtigung dem Mieter bei einem einseitigen Rechtsgeschäft die Möglichkeit gebe, das Rechtsgeschäft entsprechend § 182 Abs. 3, § 111 BGB zurückzuweisen, falls die Ermächtigung nicht in schriftlicher Form beigelegt gewesen sei.

²⁷² BGH v. 10.12.1997 - XII ZR 119/96, NJW 1998, 896 unter II 2; BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, unter II 6, jeweils zum Kündigungsrecht; vgl. auch BGH v. 13.2.2008 - VIII ZR 105/07, NJW 2008, 1218 Rz. 26 ff. zur Modernisierungsankündigung.

²⁷³ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, GE 2014, 663 = ZMR 2014, 620.

²⁷⁴ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, GE 2014, 663 = ZMR 2014, 620.

²⁷⁵ LG Berlin GE 2009, 326; *Börstinghaus*, NZM 2009, 681, 683; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., IV Rn. 81; Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 46.

Dieser Auffassung folgt der BGH nicht²⁷⁶. Anders als die Stellvertretung gestattet die Ermächtigung dem Berechtigten das Handeln im eigenen Namen, so dass es eines Hinweises auf den eigentlichen Rechtsinhaber gerade nicht bedarf. Es besteht auch kein Anlass, von diesem Grundsatz für den hier vorliegenden Fall abzuweichen, dass von einer Ermächtigung im Rahmen eines Mietverhältnisses Gebrauch gemacht wird. Insbesondere ist das Argument nicht gerechtfertigt, nur durch das Erfordernis einer Offenlegung der Ermächtigung könne eine doppelte Inanspruchnahme des Mieters vermieden werden. Denn der Mieter, der aus dem Mietvertrag von einer anderen Person als seinem ursprünglichen Vermieter in Anspruch genommen wird, kann sich zunächst dessen Berechtigung nachweisen lassen, wenn er Zweifel daran hat, ob eine entsprechende Vollmacht oder Ermächtigung vorliegt oder ein Rechtsübergang nach § 566 BGB stattgefunden hat. Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Mieter ein Mieterhöhungsverlangen, das ihm der noch nicht eingetragene Erwerber aufgrund einer Ermächtigung des bisherigen Vermieters stellt, analog §§ 180 Abs. 1, 174 BGB oder entsprechend §§ 182 Abs. 3, 111 BGB zurückweisen kann, wenn ihm keine Urkunde beigelegt ist, aus der sich die Ermächtigung zur Geltendmachung des Mieterhöhungsverlangens ergibt. Denn eine Zurückweisung hätte jedenfalls nur unverzüglich erfolgen können; hieran mangelt es bei der von dem Mieter mit Schreiben vom 31.5.2012 erklärten Zurückweisung der in den Jahren 2006, 2008 und 2009 gestellten Mieterhöhungsverlangen. Insoweit käme es auf den Zeitpunkt des Zugangs des jeweiligen Mieterhöhungsverlangens an und nicht auf den späteren Zeitpunkt, in dem dem Mieter bekannt geworden ist, dass der Eigentumswechsel im Grundbuch erst im Jahr 2010 vollzogen wurde und der Erwerber die vorangegangenen Mieterhöhungsverlangen nicht aufgrund einer ihm nach § 566 Abs. 1 BGB zustehenden Vermieterstellung, sondern aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung der bisherigen Vermieterin gestellt hat.

13.2 Erklärung des Hausverwalters

Gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, für und gegen den Vertretenen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgt (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Allerdings wird teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Mieterhöhungsverlangen, das durch einen Bevollmächtigten wie beispielsweise eine Hausverwaltung gestellt werde, nur wirksam sei, wenn die Stellvertretung ausdrücklich offen gelegt und der Vermieter darin namentlich benannt werde²⁷⁷. Dies sei zum Schutz des Mieters gerechtfertigt, der in dem vom Gesetzgeber bewusst formalisiert gestalteten Mieterhöhungsverfahren Klarheit über den Erklärenden haben müsse²⁷⁸. Nur so könne er binnen der Überlegungsfrist des §

²⁷⁶ BGH v. 19.3.2014 - VIII ZR 203/13, GE 2014, 663.

²⁷⁷ LG Potsdam, GE 2013, 689 ff.; LG Berlin, GE 2013, 483; LG Berlin, GE 2011, 168; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 558 BGB, Rz. 43; MünchKomm/Artz, 6. Aufl., § 558a BGB Rz. 12; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 558a BGB Rz. 5; jurisPK-BGB/*Heilmann*, 6. Aufl., § 558 BGB Rz. 10.

²⁷⁸ LG Berlin, GE 2013, 483.

558b Abs. 2 Satz 1 BGB die Berechtigung des Erhöhungsverlangens prüfen²⁷⁹. 60
Mit dem Auftreten als Hausverwaltung sei zudem ohne weitere Umstände auch ein Eigengeschäft vereinbar.

Diese Auffassung teilt der BGH²⁸⁰ nicht, weil sie mit der gesetzlichen Regelung in § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach auch ein konkludentes Handeln in fremdem Namen genügt, nicht vereinbar ist. Es besteht auch kein Anlass, in Abweichung hiervon aus Gründen des Mieterschutzes für das Mieterhöhungs-verlangen nach § 558a BGB eine ausdrückliche Offenlegung der Vertretung zu fordern. Die erforderliche Klarheit über den Vertragspartner bei einer Stellvertretung ist - wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft - durch eine Auslegung der Erklärung und der sie begleitenden Umstände gemäß § 164 Abs. 1 BGB gewährleistet. Gibt eine Hausverwaltung, die nicht selbst Vermieterin ist, im Rahmen eines Mietverhältnisses eine Erklärung gegenüber dem Mieter ab, ist aus diesen Umständen regelmäßig zu entnehmen, dass sie im Namen des Vermieters handelt²⁸¹.

13.3 Mieterhöhung zu späterem Termin

Nach der Rechtsprechung des BGH²⁸² ist der Vermieter nicht gehindert, eine Mieterhöhung erst mit Wirkung zu einem späteren als dem in § 558b BGB bestimmten Zeitpunkt geltend zu machen. Ein derartiger Fall liegt vor, wenn bei einer § 558b Abs. 1 BGB folgenden Mieterhöhung die Mieter bei Zustimmung die erhöhte Miete grundsätzlich mit Beginn des dritten Kalendermonats nach Zugang des Erhöhungsverlangens (Januar 2011), mithin ab 1. April 2011 und nicht erst ab 1. August 2011 geschuldet hätten.

Fraglich ist aber, ob das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters deshalb unwirksam ist, weil ein Anspruch auf Zahlung der erhöhten Miete nicht schon zum 1. April 2011, sondern erst zum 1. August 2011 besteht. Immerhin ist die Auffassung nicht fernliegend, die Nennung eines späteren als des sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebenden Wirksamkeitszeitpunkts sei nur in den Fällen zulässig, in denen dem Vermieter auch bereits zu dem sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebenden früheren Zeitpunkt ein Anspruch auf die erhöhte Miete zustehe. Nur dann wirke sich die Nennung eines späteren Wirksamkeitszeitpunkts ausschließlich zugunsten des Mieters aus. Anders sei dies zu beurteilen, wenn dem Vermieter erst ab dem von ihm genannten späteren Zeitpunkt ein Anspruch auf die erhöhte Miete zustehe. In einem derartigen Fall sei das verfrühte Erhöhungsverlangen unwirksam, da es die Rechte des Mieters aus § 561 Abs. 1 BGB unzulässig beschneide.

So verhält es sich im Streitfall. Dem Vermieter habe erst ab 1. August ein Anspruch auf die erhöhte Miete zugestanden. Durch den bereits im Januar 2011 erfolgten Zugang des Erhöhungsverlangens zum 1. August 2011 hätte es den Mietern - wenn sie denn der Mieterhöhung hätten entgegenwollen - nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB obliegen, das Mietverhältnis bis spätestens 31. März 2011 zum 31. Mai 2011 zu kündigen; wäre das Mieterhöhungsverlangen hingegen erst im Mai 2011 zugegangen, hätten die Beklagten das Mietver-

²⁷⁹ LG Potsdam, GE 2013, 689 (691).

²⁸⁰ BGH v. 2.4.2014 - VIII ZR 231/13, GE 2014, 658 = IMR 2014, 227.

²⁸¹ LG Berlin, GE 1994, 1447; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 294; Erman/*Maier-Reimer*, BGB, 13. Aufl., § 164 BGB Rz. 8; vgl. auch BGH v. 8.1.2004 - VII ZR 12/03, NJW-RR 2004, 1017 unter II 2 a, zur Vergabe von Bauleistungen durch den Hausverwalter.

²⁸² BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 204/10, NJW-RR 2011, 1382 Rz.11.

hältnis spätestens am 31. Juli 2011 erst zum 30. September 2011 kündigen 61
müssen. Rechtsfolge einer zum 30. September 2011 ausgesprochenen Kündigung wäre es aber gewesen, dass die Beklagten die Wohnung bis zu diesem Zeitpunkt gegen Zahlung der nicht erhöhten Miete hätten nutzen können (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Möglichkeit sei den Beklagten durch den verfrühten Zugang des Erhöhungsverlangens genommen worden.

Diese Auffassung trifft indes bei der gebotenen, sich an dem Zweck der Vorschrift orientierenden Auslegung des § 561 Abs. 1 BGB nicht zu²⁸³. Nach § 558b Abs. 1 BGB schuldet der Mieter, soweit er der Erhöhung zustimmt, die erhöhte Miete mit Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens. Macht der Vermieter eine Mieterhöhung nach § 558 BGB oder § 559 BGB geltend, kann der Mieter bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang der Erklärung des Vermieters das Mietverhältnis außerordentlich zum Ablauf des übernächsten Monats kündigen (§ 561 Abs. 1 Satz 1 BGB). Kündigt der Mieter, tritt die Mieterhöhung nicht ein (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB).

§ 558b Abs. 1 BGB und § 561 Abs. 1 BGB sind aufeinander abgestimmte Regelungen, deren Verständnis sich nur aus einer Zusammenschau erschließt. Erreicht den Mieter das Verlangen des Vermieters, einer Mieterhöhung zuzustimmen, stehen ihm grundsätzlich zwei Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung: Er kann der Mieterhöhung nach § 558b Abs. 1 BGB zustimmen bzw. sich auf Zustimmung verklagen lassen (§ 558b Abs. 2 BGB), oder er kann das Mietverhältnis nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB kündigen, wenn er der Mieterhöhung (sicher) entgehen will. Der Zeitpunkt, zu dem die Mieterhöhung - von deren materiell-rechtlicher Wirksamkeit das Gesetz ausgeht - gemäß § 558b Abs. 1 BGB nach Zustimmung des Mieters wirksam wird ("... zu Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens."), folgt unmittelbar auf den Zeitpunkt, zu dem der Mieter nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB spätestens kündigen muss, wenn er der Mieterhöhung entgehen will ("...bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang der Erklärung des Vermieters..."). Zweck des § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB ist es mithin, dem Mieter bis unmittelbar vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Mieterhöhung (hier 31. Juli 2011) die Möglichkeit offen zu lassen, sich vom Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung zum Ende des übernächsten Monats (hier 30. September 2011) zu lösen mit der sich anschließenden Rechtsfolge, dass dem Mieter noch weitere zwei Monate die Nutzungsmöglichkeit der Wohnung gegen Zahlung der nicht erhöhten Miete verbleibt (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision wird der Mieter durch ein verfrühtes Mieterhöhungsverlangen somit nicht benachteiligt.

13.4 Anforderungen an ein prozessuales Mietwertgutachten

Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind (§ 558 Abs. 2 BGB). Nach diesen gesetzlichen Vorgaben ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der einen repräsentati-

²⁸³ BGH v. 25.9.2013 - VIII ZR 280/12, GE 2013, 1581 = WuM 2013, 737 = NJW 2013, 3641.

ven Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll²⁸⁴. Die ortsübliche Vergleichsmiete darf im Prozess daher nur auf der Grundlage von Erkenntnisquellen bestimmt werden, die die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer für die freie tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) hinreichenden Weise ermittelt haben²⁸⁵.

Diesen Anforderungen genügt ein Gutachten eines gerichtlich beauftragten Sachverständigen nicht, wenn der Sachverständige bei der Ermittlung der Einzelvergleichsmiete kein breites Spektrum von Vergleichswohnungen aus der Gemeinde berücksichtigt, sondern nur Vergleichswohnungen aus einer einzigen Siedlung, die im Eigentum ein und desselben Vermieters steht²⁸⁶. Das ist das nicht deshalb anders zu beurteilen, weil der Ortsteil, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet, gewisse Besonderheiten aufweist und sich dort eine Reihe fast identischer Vergleichsobjekte befindet. Diese Umstände nötigen auch nicht dazu, eine Art "Spezialmietenspiegel" für diesen Ortsteil aufzustellen. Denn Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete ist das Mietniveau in der gesamten Gemeinde. Zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete können deshalb auch Objekte herangezogen werden, die nach Ausstattung, Art, Größe und Lage nur ungefähr vergleichbar sind. Einzelnen Unterschieden bei den Vergleichswohnungen kann gegebenenfalls durch Zu- oder Abschläge Rechnung getragen werden. Im Übrigen kann der Vermieter nach der Rechtsprechung des BGH zwar zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens nach § 558a BGB auf den eigenen Bestand zurückgreifen²⁸⁷. Ferner hat es der BGH nicht beanstandet, dass der gerichtliche Sachverständige die Vergleichswohnungen nur durch Befragungen verschiedener Vermieter ermittelt²⁸⁸. Eine Auswahl von Wohnungen, die sämtlich dem die Mieterhöhung begehrenden Vermieter gehören, stellt aber keine repräsentative Stichprobe für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Prozess dar.

13.5 Angriff gegen qualifizierten Mietspiegel

Voraussetzung für die Berücksichtigung des Mietspiegels als Indiz oder als Vermutung im Rahmen der Überzeugungsbildung des Tatrichters ist, dass der Mietspiegel die Tatbestandsmerkmale des § 558c Abs. 1 BGB bzw. des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt. Insoweit verkürzt es die Tatbestandsvoraussetzungen des § 558d Abs. 3 BGB, wenn für das Eingreifen der dort geregelten Vermutungswirkung allein ausreichen soll, dass "die Vorschrift des Abs. 2 eingehalten", also der Mietspiegel im Abstand von zwei Jahren der Marktentwicklung angepasst oder nach vier Jahren neu erstellt worden ist (vgl. § 558d Abs. 2 BGB)²⁸⁹. Bei dieser Sichtweise bleibt außer Betracht, dass § 558d Abs. 3 BGB ausdrücklich an die "im qualifizierten Mietspiegel genannten Entgelte" anknüpft, in § 558d Abs. 2 BGB ebenfalls von einem qualifizierten Mietspiegel die Rede ist und sich damit beide Absätze auf die in § 558d Abs. 1 BGB enthaltene Legaldefinition des qualifizierten Mietspiegels beziehen.

²⁸⁴ BVerfGE 53, 352, 358.

²⁸⁵ BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, ZMR 2013, 262 = NJW 2013, 775 m.w.N.; vgl. BVerfGE 37, 132, 143.

²⁸⁶ BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 263/12, ZMR 2013, 954 = NZM 2013, 612; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 359/12, ZMR 2013, 25.

²⁸⁷ BGH v. 19.5.2010 - VIII ZR 122/09, NZM 2010, 576 Rz. 12.

²⁸⁸ BGH v. 21.10.2010 - VIII ZR 30/09, NJW 2010, 149 Rz. 13.

²⁸⁹ BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, WuM 2013, 110 = IMR 2013, 49 = ZMR 2013, 262.

Da an einen qualifizierten Mietspiegel bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind **63**
(Hinweispflicht im Rahmen des Mieterhöhungsverlangens nach § 558a Abs. 3
BGB, Vermutungswirkung nach § 558d Abs. 3 BGB), muss die Frage, ob es sich um einen -
ordnungsgemäß erstellten und anerkannten - qualifizierten Mietspiegel handelt, für die
betroffenen Parteien auch überprüfbar sein²⁹⁰. Diese Überprüfung erfolgt nicht im Ver-
waltungsprozess²⁹¹, sondern inzident im Rahmen eines Zivilprozesses über die Berechti-
gung einer Mieterhöhung²⁹².

Auf die Prüfung, ob ein Mietspiegel die Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt, kann
im Bestreitensfall nicht schon deswegen verzichtet werden, weil der Mietspiegel von sei-
nem Ersteller als qualifizierter Mietspiegel bezeichnet oder von der Gemeinde und/oder
von den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter als solcher anerkannt und
veröffentlicht worden ist. Denn diese Umstände beweisen noch nicht, dass die Vorausset-
zungen des § 558d Abs. 1 BGB auch tatsächlich erfüllt sind, insbesondere der Mietspiegel
nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist²⁹³. Das Gericht
muss vielmehr - gegebenenfalls unter Einholung amtlicher Auskünfte gemäß § 273 Abs. 2
Nr. 2 oder § 358a Nr. 2 ZPO - über das Vorliegen der in § 558d Abs. 1 BGB genannten Vo-
oraussetzungen Beweis erheben. Die Einhaltung/Nichteinhaltung anerkannter wissen-
schaftlicher Grundsätze wird sich, sofern sie sich nicht bereits - etwa aufgrund der im
Mietspiegel oder den hierzu veröffentlichten Erläuterungen enthaltenen (aussagekräfti-
gen) Angaben zum Verfahren der Datengewinnung und -auswertung sowie zu den einzel-
nen Bewertungsschritten - als offenkundig darstellt oder vom Gericht in eigener Sachkun-
de beurteilt werden kann, häufig nur durch ein Sachverständigengutachten klären las-
sen²⁹⁴. Es wird aber durchaus auch Fälle geben, in denen eine ausreichende Klärung durch
die Anhörung von sachverständigen Zeugen (§ 414 ZPO) - etwa von Experten, die an der
Erstellung des Mietspiegels maßgeblich beteiligt waren - herbeigeführt werden kann. Ob
im Bestreitensfall ein Sachverständigengutachten erforderlich ist, hängt vorrangig von
der Art der gegen den Mietspiegel vorgebrachten Einwendungen, der Aussagekraft der
vorhandenen und zugänglichen Dokumentation der Datenerhebung und Datenauswertung,
dem Inhalt der Erläuterungen zu der im Mietspiegel angewandten Methodik und der eige-
nen Sachkunde des Gerichts ab.

Die Notwendigkeit, bei Bestreiten des Vorliegens eines qualifizierten Mietspiegels hier-
über Beweis zu erheben, birgt allerdings die Gefahr in sich, dass die in § 558d Abs. 3 BGB
vorgesehene Vermutung ihre verfahrensvereinfachende Funktion im Ergebnis weitgehend
einbüßt. Denn die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der Miet-
spiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde, ist in aller Re-
gel kosten- und zeitaufwändig. Diese Auswirkungen sind jedoch als unvermeidbar hinzu-

²⁹⁰ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 57 zum Merkmal der Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Metho-
den.

²⁹¹ BVerwG, NJW 1996, 2046 ff. (für einen einfachen Mietspiegel); OVG Münster, NZM 2006, 906 (für einen
qualifizierten Mietspiegel).

²⁹² vgl. LG Bochum, DWW 2007, 298; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 10. Aufl., § 558d BGB Rz.
106; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 558d BGB Rz. 2

²⁹³ vgl. *Kinne* in Beierlein u.a., Der Mietprozess, 2006, Kap. 4 Rz. 41; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb.
2011, § 558d BGB Rz. 20; Langenberg, WuM 2001, 523, 525

²⁹⁴ vgl. *Börstinghaus*, NZM 2000, 1087, 1092; *Mersson*, ZMR 2002, 806, 809.

nehmen. Denn das Gesetz knüpft die - verfahrenserleichternde - Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB nur an einen Mietspiegel, der den Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB unstreitig, offenkundig (§ 291 ZPO) oder nachweislich genügt²⁹⁵. Sie lassen sich zudem durch eine sachgerechte Anwendung zivilprozessualer Grundsätze auf ein für die beteiligten Parteien vertretbares Maß verringern.

Von der Partei, die das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels in Abrede stellt, ist zunächst zu verlangen, dass sie im Rahmen des Möglichen substantiierte Angriffe gegen den Mietspiegel vorbringt, sofern die Erstellung des Mietspiegels in allgemein zugänglichen Quellen dokumentiert ist²⁹⁶. Der Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes ist bei Einführung des qualifizierten Mietspiegels davon ausgegangen, dass dessen Erstellung dokumentiert wird²⁹⁷. Auch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen hat im Rahmen seiner - in den Gesetzesmaterialien in Bezug genommenen - "Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln" aus dem Jahr 2002 ausgeführt, dass ein qualifizierter Mietspiegel "zwingend zu dokumentieren" ist, "um die Ergebnisse nachvollziehen und überprüfen zu können". Hierzu sollen "insbesondere die angewandten Methoden ausführlich und möglichst verständlich" dargestellt werden²⁹⁸. Geschieht dies - wie die "Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln" ebenfalls voraussetzen²⁹⁹ - in allgemein zugänglicher Form, lassen sich manche Fragestellungen (wie beispielsweise die der einer Wohnlageneinordnung zugrunde gelegten Kriterien) ohne weiteres klären. Informationen, die sich aus einer derartigen Dokumentation ergeben, kann die Partei, die den qualifizierten Mietspiegel nicht anerkennen will, nicht mehr mit Nichtwissen bestreiten. Sie muss sich vielmehr mit dem Inhalt der Dokumentation substantiiert auseinandersetzen, soweit dies ohne Fachkenntnisse - etwa auf dem Gebiet der Statistik - möglich ist. Liegt ein substantiiertes Bestreiten vor, wird sich in manchen Fällen die richterliche Überzeugung über die Einhaltung/Nichteinhaltung wissenschaftlich anerkannter Grundsätze bei der Erstellung des Mietspiegels auf einfachere Weise als durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gewinnen lassen, etwa aufgrund ergiebiger Erläuterungen im Mietspiegel und ergänzend eingeholter amtlicher Auskünfte, durch Anhörung sachverständiger Zeugen oder kraft ausreichender eigener Sachkunde des Gerichts.

Schließlich kann auch in den Fällen, in denen für eine ausreichende Klärung der Streitfragen ein Sachverständigengutachten unverzichtbar ist, unter Umständen die Möglichkeit bestehen, auf bereits existierende Gutachten zurückzugreifen. Ein in einem anderen Verfahren über die Frage der Einhaltung anerkannter wissenschaftlicher Methoden erhobenes Gutachten kann gegebenenfalls entweder nach § 411a ZPO als Sachverständigenbeweis oder nach §§ 415 ff. ZPO als Urkundenbeweis verwertet werden.

Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen reicht das Bestreiten aus, der Mietspiegel 2009 der Stadt Berlin sei nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wor-

²⁹⁵ Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 15.

²⁹⁶ vgl. Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 15, 19; großzügiger dagegen Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 10. Aufl., § 558d BGB Rz. 99.

²⁹⁷ BT-Drucks. 14/4553, S. 57.

²⁹⁸ Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln, S. 33; vgl. auch S. 34.

²⁹⁹ Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln, S. 34.

den³⁰⁰. Dieses Bestreiten ist auch hinreichend substantiiert. Der Vermieter hat moniert, die Einordnung der Wohngebiete im Berliner Mietspiegel 2009 beruhe - anders als etwa beim Münchner Mietspiegel - nicht auf überprüfbaren anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erhebungen, sondern auf einer willkürlichen und realitätsfremden, nicht am tatsächlichen Mietniveau orientierten Einteilung einzelner Straßen und Gebiete in die drei Wohnlagen "einfach", "mittel" und "gut", wobei die im Münchner Mietspiegel vorgesehene Kategorie "beste Wohnlage" gar nicht vorgesehen sei. Hierbei hat er insbesondere die im Straßenverzeichnis zum Mietspiegel 2009 vorgenommene Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in die Kategorie "einfache Wohnlage" bemängelt und dazu vorgetragen, die Wohnung liege in einem - vor allem wegen seiner Infrastruktur - besonders beliebten Innenstadtgebiet (Berlin-Mitte), in dem deutlich über dem einschlägigen Höchstwert des Berliner Mietspiegels 2009 liegende Mieten erzielt würden. Dies werde exemplarisch dadurch belegt, dass von 30 Wohnungen im Bestand des Vermieters nur drei innerhalb der im einschlägigen Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne lägen. Der Vermieter hat damit die Richtigkeit und Repräsentativität des dem Mietspiegel zugrunde gelegten Datenmaterials substantiiert in Frage gestellt.

13.6 Anforderungen an die Mietänderungserklärung nach § 10 WoBindG

Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1, 2 WoBindG kann der Vermieter die Miete durch schriftliche Erklärung erhöhen, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines geringeren als des nach dem Gesetz zulässigen Entgelts verpflichtet ist. Die Erklärung ist nur wirksam, wenn in ihr die Erhöhung berechnet und erläutert wird. Zusätzlich verlangt § 10 Abs. 1 Satz 3 WoBindG, dass der Berechnung der Kostenmiete eine Wirtschaftlichkeitsberechnung oder ein Auszug daraus beigefügt wird, der die Höhe der laufenden Aufwendungen erkennen lässt³⁰¹.

Diese Voraussetzungen erfüllt ein Mieterhöhungsverlangen, wenn in dem Schreiben die Grundlage der Mieterhöhung, z.B. erhöhte Instandhaltungs- und Verwaltungspauschalen sowie höhere Darlehensaufwendungen, mitgeteilt und auf dieser Grundlage die Erhöhung der Durchschnittsmiete berechnet wird und ein Auszug aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung zu diesen Punkten der Mieterhöhungserklärung beigefügt ist³⁰². Einer Erläuterung, wie die Einzelmiete gebildet wird, bedarf es nicht³⁰³. Insbesondere kann nicht verlangt werden, den Wohnwert der einzelnen Wohnung (hier des Reihenhauses) nicht nur zu Anfang der Vermietung gemäß § 8a Abs. 5 WoBindG, sondern in jeder Mieterhöhungserklärung zu erläutern.

Schon nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 Satz 2 WoBindG ist nur die Erhöhung selbst zu erläutern und zu berechnen. Bei der Erläuterung der Mieterhöhung sind nach § 4 Abs. 7 Satz 2 NMV 1970 lediglich die Gründe anzugeben, aus denen sich die einzelnen Aufwendungen erhöht haben, und die darauf entfallenden Beträge. Zur Errechnung und Erläute-

³⁰⁰ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 346/12, GE 2013, 1645; BGH v. 21.11. 2012 - VIII ZR 46/12, WuM 2013, 110 = IMR 2013, 49.

³⁰¹ BGH v. 6.4. 2011 - VIII ZR 199/10, WuM 2011, 371 Rz. 8.

³⁰² BGH v. 4.12.2013 - VIII ZR 32/13, WuM 2014, 102 = GE 2014, 185 = ZMR 2014, 351.

³⁰³ A.A. *Bellinger* in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Bd. 5, Stand: Juli 2006, § 10 WoBindG Anm. 3.3 unter 5. "Einzelmiete".

rechnung und demzufolge zum Verständnis lediglich der Mieterhöhung ist die Berechnung und Erläuterung der früheren Miete nicht erforderlich³⁰⁴. Dasselbe gilt für die gemäß § 8b Abs. 5 Satz 1 WoBindG, § 3 Abs. 3 NMV 1970 vom Vermieter berechnete Einzelmiete. Bei einer Mieterhöhung, die mangels Auswirkungen auf den Wohnwert der vermieteten Wohnungen keinen Einfluss auf das Verhältnis der bisherigen Einzelmiete zur Durchschnittsmiete hat, bedarf die Bildung der Einzelmiete keiner Erläuterung.

Die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 2 bis 4 WoBindG enthält im Zusammenhang mit den sie ausfüllenden und ergänzenden Vorschriften (§ 4 Abs. 7 und § 9 Satz 1 NMV 1970 i.V.m §§ 39, 39a II. BV) eine bis ins Detail gehende Aufzählung der an die Mieterhöhungserklärung zu stellenden formalen Erfordernisse. Es besteht keine Veranlassung zur Verschärfung dieser Anforderungen, zumal dem von einer Mieterhöhung nach § 10 Abs. 1 WoBindG betroffenen Mieter zur Klärung etwaiger Unklarheiten das an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 8 Abs. 4 WoBindG, § 29 Abs. 1 NMV 1970 zusteht³⁰⁵. Es ist daher bei einer Mieterhöhung nicht die Erläuterung der Bildung der erhöhten Einzelmiete insgesamt, sondern lediglich die Erläuterung der Erhöhung erforderlich.

Auch die gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 WoBindG erforderliche Schriftform des Mieterhöhungsverlangens ist eingehalten. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 5 WoBindG bedarf die Mieterhöhungserklärung keiner eigenhändigen Unterschrift des Vermieters, wenn die Erklärung mit Hilfe automatischer Einrichtungen gefertigt worden ist. Zwar ist die Mieterhöhungserklärung im vorliegenden Fall lediglich mit "Ihr Serviceteam Mietmanagement" unterschrieben, so dass weder die natürliche Person noch die juristische Person, die hinter der Erklärung steht, aus der Unterschrift erkennbar ist. Allerdings sind sowohl die juristische Person als auch die die Erklärung abgebenden natürlichen Personen unter der dem Schreiben anliegenden tabellarischen Gegenüberstellung angegeben. Da hierauf in dem Mieterhöhungsschreiben Bezug genommen wird, wäre es "leere Förmerei" zu verlangen, dass die im Übrigen aus dem Briefkopf des Mieterhöhungsverlangens ersichtliche juristische Person oder deren Vertreter zusätzlich in der maschinellen Unterschrift bezeichnet sein müssten³⁰⁶.

13.7 Wirksamkeit einer Wertsicherungsklausel

Seit dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes am 14. September 2007 richtet sich die Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln nach diesem Gesetz. Das folgt aus der Übergangsvorschrift des § 9 PrKG, wonach nur für solche Preisklauseln, die nach früherem Recht schon genehmigt waren oder deren Genehmigung nach früherem Recht bereits beantragt war, die Genehmigung fort gilt bzw. die bislang geltenden Vorschriften weiter anzuwenden sind. Andere Preisklauseln, deren schwebende Unwirksamkeit sich bis zum 13. September 2007 aus dem Genehmigungserfordernis nach § 2 Abs. 2 PaPkg i.V.m. § 3 PrKG ergab, können seit dem 14. September 2007 nicht mehr durch ein Genehmigungs-

³⁰⁴ BGH v. 11.1.1984 - VIII ARZ 10/83, BGHZ 89, 284, 294.

³⁰⁵ BGH v. 6.4.2011 - VIII ZR 199/10, WuM 2011, 371 Rz. 11; BGH v. 11.1.1984 - VIII ARZ 10/83, BGHZ 89, 284, 291.

³⁰⁶ vgl. BGH v. 7.7. 2010 - VIII ZR 321/09, NJW 2010, 2945 Rz. 15 f.

verfahren, sondern nur noch nach den Vorschriften des Preisklauselgesetzes 67
Wirksamkeit erlangen³⁰⁷.

Nach § 8 PrKG tritt die Unwirksamkeit einer Preisklausel zum Zeitpunkt des rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen dieses Gesetz ein, soweit nicht eine frühere Unwirksamkeit vereinbart ist. Die Rechtswirkungen der Preisklausel bleiben bis zum Zeitpunkt der Unwirksamkeit unberührt. Damit gelten Preisklauseln - abweichend von der früheren Rechtslage - als auflösend bedingt wirksam³⁰⁸.

Die Regelung betrifft nicht nur die Unwirksamkeit von Preisklauseln nach den Bestimmungen des Preisklauselgesetzes, sondern die auch schon nach früherem Recht unwirksamen Klauseln³⁰⁹. Denn die Unwirksamkeit dieser Klauseln richtet sich seit dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes nach diesem Gesetz und nicht mehr nach früherem Recht. Lediglich die Folgen des Schwebezustandes hat das Gesetz geändert, indem es Klauseln, die nach früherem Recht bis zur Erteilung der Genehmigung als schwebend unwirksam galten, nunmehr als anfänglich wirksam behandelt, auflösend bedingt durch die gerichtliche Feststellung des Verstoßes. Dass daran auch die vor dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes vereinbarten Wertsicherungsklauseln teilhaben, ist schon deshalb geboten, weil es bei dem alten Zustand der schwebenden Unwirksamkeit nicht bleiben könnte. Denn das neue Recht kennt kein Genehmigungsverfahren mehr, welches einer schwebend unwirksamen Klausel noch zur Wirksamkeit verhelfen könnte³¹⁰. Die Geltung des neuen Preisklauselgesetzes für alle Preisklauseln, die unter der Geltung des § 2 PaPKG oder des § 3 WährG vereinbart worden waren und für die bis zum Tag der Verkündung des neuen Gesetzes kein Genehmigungsantrag beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle gestellt war, entspricht erkennbar auch der Vorstellung des Regierungsentwurfs³¹¹.

Darin liegt keine unangemessene Benachteiligung der Vertragsparteien, weil die Folge der - zumindest auflösend bedingten - Wirksamkeit der Klausel dem zwischen ihnen Vereinbarten entspricht³¹². Da ein Verstoß der vereinbarten Wertsicherungsklausel gegen das Preisklauselgesetz bisher nicht gerichtlich festgestellt ist, stehen die Vorschriften dieses Gesetzes einer Anwendung der vereinbarten Klausel nicht entgegen. Daher kommt es auf die verschiedentlich unter dem Blickwinkel der Gesetzgebungskompetenz angezweifelte Vereinbarkeit des Preisklauselgesetzes mit dem Grundgesetz³¹³ im Ergebnis nicht an.

Die durch das Preisklauselgesetz eingeführte, auflösend bedingte Wirksamkeit vereinbarter Preisklauseln greift allerdings nur ab dem Inkrafttreten dieses Gesetzes mit Wirkung für die Zukunft³¹⁴. Eine Rückwirkung auf Zeiträume vor seinem Inkrafttreten ordnet das Preisklauselgesetz nicht an. Gegen eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertrags-

³⁰⁷ Vgl. *Neuhaus*, MDR 2010, 848; *Heller/Rousseau*, NZM 2009, 301, 303; *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564, 566; vgl. auch OLG Celle, NJW-RR 2008, 896, 897; BT-Drucks. 16/4391 S. 29.

³⁰⁸ vgl. *Neuhaus*, MDR 2010, 848.

³⁰⁹ BGH v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, GE 2014, 50 = NJW 2014, 52.

³¹⁰ im Ergebnis ebenso *Heller/Rousseau*, NZM 2009, 301, 303; *Schultz*, NZM 2008, 425, 427; *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564, 567; *Neuhaus*, MDR 2010, 848, 850; vgl. auch *Gerber*, NZM 2008, 152.

³¹¹ BT-Drucks. 16/4391 S. 29.

³¹² BGH v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, GE 2014, 50 = NJW 2014, 52.

³¹³ vgl. *Schultz*, NZM 2008, 425, 427; *Hellner/Rousseau*, NZM 2009, 301, 302; MünchKomm/Grundmann, 6. Aufl., § 245 BGB Rz. 71; ferner *Kirchhof*, Wertsicherungsklauseln für Euro-Verbindlichkeiten S. 159 ff.

³¹⁴ BGH v. 13.11.2013 - XII ZR 142/12, GE 2014, 50 = NJW 2014, 52.

schlusses sprechen auch Vertrauensgesichtspunkte, weil Vertragsparteien 68 sonst rückwirkenden Zahlungspflichten auch aus solchen Preisklauseln ausgesetzt sein könnten, welche nach früherem Recht nicht genehmigungsfähig waren. Für den Zeitraum vor dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes richtet sich die Wirksamkeit der vereinbarten Klausel daher weiterhin nach dem bis 13. September 2007 geltenden Recht, wobei ab Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes kein Genehmigungsantrag mehr möglich ist.

14 Betriebskosten

14.1 Abrechnung durch den Erwerber

Betriebskostenabrechnungen sind nicht deshalb unwirksam, weil sie von einem Erwerber zu einem Zeitpunkt erteilt wurden, als er mangels Eintragung im Grundbuch noch nicht in die Stellung des Vermieters (vgl. § 566 Abs. 1 BGB) eingerückt war. Der Vermieter braucht die Abrechnung von Betriebskosten - selbstverständlich - nicht persönlich vorzunehmen, sondern kann sich dafür Hilfspersonen oder Dritter bedienen. In einem solchen Fall ist regelmäßig schon aus den Umständen - nämlich dem Bezug zur Wohnung des Mieters - ersichtlich, dass mit der von einem Dritten erstellten Abrechnung die Abrechnungspflichten des Vermieters erfüllt werden sollen.

14.2 Umlagepositionen

14.2.1 Verwaltungskosten im Gewerbe

Verwaltungskosten sind im Gewerberaummietvertrag umlagefähig, sofern sie in der Umlagevereinbarung ausdrücklich genannt sind³¹⁵. Die Transparenz dieser Position ergibt sich zwar aus der Definition des § 26 II. BV. Davon abweichende Tätigkeiten können jedoch nicht umgelegt werden. Auch im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kosten bedarf es grundsätzlich keiner näheren Konkretisierung in allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch nicht der Festlegung einer Höchstgrenze, jedenfalls solange sich der Umfang der Tätigkeit durch § 26 II. BV begrenzen lässt. Denn prinzipiell ist ein legitimes Interesse des Vermieters an der variablen Ausgestaltung der Kostenregelung anzuerkennen, zumal der Mieter von Geschäftsraum in der Regel in der Lage ist, die entstehenden Kosten wenigstens im Groben abzuschätzen³¹⁶.

Wie im Verwaltervertrag als Bezugsgröße für die Vergütung die "Bruttowarmsollmiete" als Berechnungsgrundlage genannt, sind die vereinbarten Mieten, nicht jedoch zusätzlich die erzielbaren Mieten bei leerstehenden Wohnungen heranzuziehen³¹⁷. Verträge sind nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen, §§ 133, 157 BGB. Insoweit ist es unerheblich, ob die "Immobilienwirtschaft" in gewissen Zusammenhängen Bruttowarmsollmieten als die erzielbaren Mieten auch bei Leerstand versteht. Beweis hierzu muss jedenfalls nicht erhoben werden, wenn der Vermieter nicht Teil dieser Spezialgruppe ist, so dass von ihnen nur das Sprachverständnis des "Normalbürgers", nicht das Sprachverständnis

³¹⁵ BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 69/08, MDR 2010, 687 = GE 2010, 482 = NZM 2010, 279 = GuT 2010, 96.

³¹⁶ BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, NJW 2010, 671 = MDR 2010, 313 = ZMR 2010, 351.

³¹⁷ KG v. 27.9.2012 - 20 U 221/11, GE 2013, 617 = ZMR 2013, 879; KG v. 31.7.2012 - 13 U 41/11, GE 2013, 616.

von Immobilienwirten, verlangt werden kann. Nach objektivem Empfängerhorizont sind "Bruttowarmsollmieten" die mietvertraglich vereinbarten Mieten. 69

Auch sind nur diese klar nachweisbar und damit als Berechnungsgrundlage geeignet, anders als ein erst jeweils nach Marktlage zu ermittelnder "Mietwert" leerstehender Flächen.

14.3 Formelle Fehler der Abrechnung

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.³¹⁸

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.³¹⁹ 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.

14.3.1 Angabe der Gesamtkosten

Der Nachzahlungsanspruch eines Vermieters aus einer Betriebskostenabrechnung setzt voraus, dass dem Mieter innerhalb der einjährigen Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB eine formell ordnungsgemäße Abrechnung zugegangen ist. Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Ob die Betriebskostenabrechnung die Voraussetzungen erfüllt, die an ihre Wirksamkeit zu stellen sind, richtet sich danach, ob der Mieter in der Lage ist, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und anhand des ihm mitgeteilten Verteilerschlüssels den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten rechnerisch nachzuprüfen³²⁰. Hiernach sind bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben in die Abrechnung aufzunehmen: Eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Abrechnung der Klägerin bezüglich

³¹⁸ 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.

³¹⁹ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

³²⁰ st. Rspr., z.B. BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, WuM 2010, 493 Rz. 11 m.w.N.

der Positionen Wasser, Schornsteinfeger und Hauswart nicht deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil die Gesamtkosten nicht hinreichend ausgewiesen wären. 70

Die Gesamtkosten einer Abrechnungsposition sind - aus formellen Gründen - auch dann vollständig anzugeben, wenn einzelne Kostenanteile nicht umlagefähig sind. Danach genügt es nicht, nur die - um die nicht umlagefähigen Anteile - schon bereinigten Kosten anzugeben. Entsprechendes gilt, wenn der Vermieter Kosten, die sich auf eine größere Wirtschaftseinheit als die der Abrechnung zugrunde gelegte Einheit beziehen, in einem internen Rechenschritt auf die einzelne Wirtschaftseinheit umrechnet und in der Abrechnung lediglich die auf diese Weise bereinigten Kosten mitteilt. Dem Mieter muss ersichtlich sein, ob und in welcher Höhe nicht umlagefähige Kosten vorab abgesetzt worden sind, denn auch dies hat Einfluss auf die dem Mieter angelasteten Kosten³²¹.

Allerdings führt diese Sichtweise dazu, dass eine für sich genommen nachvollziehbare (und den Mindestanforderungen genügende) Abrechnung, die Angaben zu den Gesamtkosten der Abrechnungseinheit, dem Verteilerschlüssel und dem Anteil des Mieters enthält, im Nachhinein als aus formellen Gründen unwirksam behandelt wird, wenn durch Einsichtnahme in die Belege offenbar wird, dass der Vermieter Vorwegabzüge oder andere Rechenschritte vorgenommen hat, die aus der Abrechnung nicht ersichtlich oder darin nicht ausreichend erläutert sind. In der Literatur wird zudem kritisiert, dass ein Vermieter, der eine erforderliche Bereinigung um nicht umlagefähige Kosten vornimmt, mit einer Nachforderung ausgeschlossen ist, wenn der Vorwegabzug aus der Abrechnung selbst nicht ersichtlich und deshalb aus formellen Gründen unwirksam ist, während dem Vermieter, der einen gebotenen Vorwegabzug unterlässt, eine spätere Korrektur seiner Abrechnung nicht verwehrt ist³²².

Ob dieser Kritik Rechnung zu tragen ist, lässt der BGH dahinstehen³²³. Denn die konkret zu beurteilende Abrechnung war formell wirksam.

Hinsichtlich der Hauswartkosten ist zwar dasselbe Hauswartunternehmen für mehrere Wohnblocks beschäftigt worden. Indessen wurden die Leistungen für jeden Block gesondert abgerechnet. Wenn bereits das Hauswartunternehmen eine gesonderte Rechnung für jede Wohneinheit erstellt, braucht der Vermieter selbstverständlich nur den sich daraus ergebenden Betrag anzugeben und nicht, welche Gesamtkosten auf die gesamte Wirtschaftseinheit entfallen³²⁴. Es liegt dann schon keine Umrechnung durch den Vermieter vor, wenn er den seitens des jeweiligen Leistungserbringers für die der Abrechnung zugrunde liegende Wohneinheit ermittelten Rechnungsbetrag lediglich weitergibt.

Ähnlich verhält es sich bei der Position der Schornsteinfegerkosten. Der Mieter hat in diesem Zusammenhang schon nicht geltend gemacht, dass Kosten, die sich auf eine größere Wirtschaftseinheit als die Wohneinheit des Mieters beziehen, vom Vermieter in einem

³²¹ BGH v. 7.12.2011 - VIII ZR 118/11, WuM 2012, 22 Rz. 22 f.; BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 Rz. 24.

³²² vgl. insoweit *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Auflage, H Rz. 140.

³²³ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

³²⁴ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

internen Rechenschritt auf die von dem Mieter bewohnte Wirtschaftseinheit 71 umgerechnet worden seien. Gerügt wird insoweit nur, dass sich aus den bei der Belegeinsicht vorgelegten Rechnungen lediglich ein niedrigerer Betrag ergeben habe als für diese Position bezogen auf sämtliche Gebäude der Wirtschaftseinheit. Dies wäre jedoch ein materieller Mangel der Abrechnung.

Bezüglich der Position Wasser ist in der Abrechnung ein Gesamtkostenbetrag in Höhe von 3.322,88 € und als zu verteilende Kosten ein Betrag in Höhe von 3.156,74 € ausgewiesen. Entsprechendes gilt für die Entwässerungskosten, wo als Gesamtkosten 3.608,74 € angegeben werden und die zu verteilenden Kosten 3.428,30 € betragen. Dass von den Gesamtkosten ein Abzug von jeweils 5 % gemacht wird und die zu verteilenden Kosten geringer als die Gesamtkosten sind, geht somit aus der Abrechnung selbst hervor³²⁵. Also steht auch hier kein interner Rechenschritt, der zur (formellen) Unwirksamkeit der Abrechnung führen könnte, in Rede. Im Gegenteil: Der Mieter wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht die Gesamtkosten, sondern lediglich ein geringerer Betrag verteilt wird.

14.3.2 Vorberechnung zu Gesamtkosten

Die Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung setzt die Angabe der auf die Mieter der Abrechnungseinheit verteilten Gesamtkosten voraus. Dies heißt aber nicht, dass der Vermieter aus formellen Gründen gehalten wäre, nicht nur den Gesamtbetrag der im Kalenderjahr umzulegenden Kosten anzugeben, sondern sämtliche zur Ermittlung dieses Betrags erforderlichen Rechenschritte offen zu legen³²⁶. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vermieter aus den jahresübergreifenden Abrechnungen seines Energieversorgers die auf das jeweilige Kalenderjahr entfallenden Kosten errechnet, weil er gegenüber seinen Mietern nach dem Kalenderjahr abzurechnen hat. Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung wird nicht durch die unterbliebene Offenlegung der Zwischenschritte beeinträchtigt, denn dem Mieter wird der für die Abrechnung maßgebliche Gesamtbetrag der Brennstoffkosten mitgeteilt, der im Abrechnungszeitraum für die abgerechnete Wirtschaftseinheit angefallen ist. Etwaige inhaltliche Fehler bei dem angegebenen Gesamtbetrag sind der materiellen Ebene zuzuordnen und berühren die formelle Wirksamkeit der Betriebskostenabrechnung nicht.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des BGH zur Bereinigung der Gesamtkosten um nicht umlagefähige Kostenbestandteile, etwa bei den Hauswartkosten³²⁷. Eine derartige Kostenbereinigung ist mit der hier vorliegenden Konstellation, dass der Vermieter aus jahresübergreifenden Abrechnungen die auf das Kalenderjahr entfallenden Kosten ermitteln muss, nicht vergleichbar. Im Übrigen hat der Senat bereits angedeutet, dass an der genannten Rechtsprechung zur Erforderlichkeit auch der Angabe nicht umlagefähiger Kosten möglicherweise nicht festzuhalten sein wird³²⁸.

³²⁵ BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651.

³²⁶ BGH v. 2.4.2014 - VIII ZR 201/13, GE 2014, 659 = IMR 2014, 228 = ZMR 2014, 624.

³²⁷ vgl. BGH v. 7.12.2011 - VIII ZR 118/11, WuM 2012, 22 Rz. 22 f.; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 12; BGH v. 31.10.2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 Rz. 24; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 Rz. 10.

³²⁸ vgl. BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, WuM 2013, 734 = GE 2013, 1651 Rz. 15 f.

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß und damit wirksam, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben in eine Betriebskostenabrechnung aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen³²⁹.

Dabei hat der BGH mehrfach deutlich gemacht, dass an die Abrechnungen in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Abrechnung haben sich am Zweck der Abrechnung zu orientieren. Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen. Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, in welchen Rechenschritten die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist³³⁰. Etwaige Fehler - zu hoch oder zu niedrig angesetzte Vorauszahlungen, Ansatz der Soll- statt der Ist-Vorauszahlungen - stellen (nur) materielle Fehler der Abrechnung dar, die nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen führen, weil der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres nachprüfen kann, ob der Vermieter die geleisteten Zahlungen korrekt berücksichtigt hat³³¹.

Das gilt ebenso, wenn der Vermieter überhaupt keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht hat³³². Auch in diesem Fall kann der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres feststellen, ob dies zu Recht nicht geschehen ist. Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung wird dadurch nicht in Frage gestellt. In einem solchen Fall wäre es, wie das Berufungsgesicht mit Recht angenommen hat, eine sinnlose Förmerei, wenn der Vermieter in der Abrechnung Vorauszahlungen des Mieters ausdrücklich mit "Null" zu beziffern hätte.

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

³²⁹ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 Rz. 8 m.w.N.

³³⁰ st. Rspr.: BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283 Rz. 21 22 m.w.N.

³³¹ BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 Rz. 16 m.w.N.

³³² BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278.

Bei einem Personenschlüssel soll der Vermieter wegen der statischen Kosten, die auch bei verbrauchsabhängigen Kosten trotz Leerstand weiterlaufen (z.B. Grundkosten, Zählermiete), für die Dauer des Leerstandes eine Person ansetzen müssen³³³.

Dies begegnet Bedenken³³⁴. Denn wenn vereinbart ist, dass für die Verteilung der Betriebskosten die Anzahl der Bewohner maßgeblich sein soll, kommt es auf die tatsächliche Benutzung an und nicht z.B. auf die melderechtliche Registrierung³³⁵. Dann können aber auch bei dem Gesamtverteiler keine fiktiven Personen angesetzt werden. Die Belastung hat der Mieter bis zur Grenze der krassen Unbilligkeit zu tragen.

14.5 Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummiete

Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001³³⁶ wurde in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend die Auffassung vertreten, dass durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung und den vorbehaltlosen Ausgleich einer sich daraus ergebenden Nachforderung durch den Mieter zwischen den Mietvertragsparteien ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande komme, das den errechneten Saldo verbindlich werden lasse und spätere Nachforderungen des Mieters und auch des Vermieters ausschließe³³⁷. Gleiches sollte gelten, wenn der Vermieter ein sich aus der Abrechnung ergebendes Guthaben vorbehaltlos an den Mieter auskehrte³³⁸. Im Hinblick auf die durch das Mietrechtsänderungsgesetz eingeführten ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 sowie Satz 5 und 6 BGB wurde im Schrifttum kein Bedürfnis mehr für die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses durch den vorbehaltlosen Ausgleich des Betriebskostensaldos gesehen, weil durch die Neuregelung - anders als nach bisherigem Recht - eine rasche Abwicklung der Betriebskosten gewährleistet werde. Deshalb könne weder allein in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung durch den Mieter noch in dem vorbehaltlosen Ausgleich eines zugunsten des Mieters errechneten Guthabens durch den Vermieter ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gesehen werden³³⁹.

³³³ AG Köln v. 7.3.1997 - 201 C 609/96, WuM 1998, 290; vgl. auch BGH v. 8.1.2013 - VIII ZR 180/12, WuM 2013, 227 = GE 2013, 411 (Einzelfallentscheidung aus Billigkeitsgründen).

³³⁴ BGH v. 28.1.2013 - VIII ZR 180/12; WuM 2013, 227 = GE 2013, 411.

³³⁵ BGH v. 23.1.2008 - VIII ZR 82/07, MDR 2008, 498 = WuM 2008, 151 = GE 2008, 401; *Schmid*, Nebenkosten, Rz. 4145.

³³⁶ BGBl. I S. 1149.

³³⁷ vgl. *Staudinger/Weitemeyer*, [2010], § 556 BGB Rz. 133 mit umfangreichen Nachweisen.

³³⁸ so noch *Langenberg*, Betriebskostenrecht, 5. Aufl., Rz. G 198

³³⁹ *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 404; *Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer*, *Miete*, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 85; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., Rz. V 453; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 159; *MünchKomm/Schmid*, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 103; *Bamberger/Roth*, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 71 f.; *Palandt/Weidenkaff*, 72. Aufl., § 556 BGB Rz. 13; *Langenberg*, *Betriebskosten- und Heizkostenrecht*, 6. Aufl., Rz. H 231 f.; *Sternel*, *ZMR* 2010, 81, 82; *Flatow*, *WuM* 2010, 606, 609; *Milger*, *NZM* 2009, 497, 499; *Blank*, *NZM* 2008, 745, 751; a.A. *Beyerle* in *Lindner-Figura/Opree/Stellmann*, *Geschäftsraummiete*, 3. Aufl., Kap. 11 Rz. 233; *Eisenschmid* in *Betriebskostenkommentar*, 3. Aufl., Rz. 1973; *Fritz*, *NJW* 2012, 980, 981; *Streyll*, *WuM* 2005, 505, 508.

Der BGH hat sich für den Bereich der Wohnraummiete dieser Auffassung angeschlossen³⁴⁰. Zur Begründung hat er darauf abgestellt, dass die ausschlussbe-
wehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 S. 2 und 3 sowie S. 5 und 6
BGB der Abrechnungssicherheit dienen und Streit vermeiden sollen. Sie gewährleisten
eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusam-
menhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich bei der Abrechnung zu
seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob
und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss. Ebenso
dienen die auf Anregung des Bundesrates im Interesse der Ausgewogenheit in das Miet-
rechtsreformgesetz aufgenommene Frist für Einwendungen des Mieters gegen die Be-
triebskostenabrechnung (§ 556 Abs. 3 S. 5 BGB) und der durch § 556 Abs. 3 S. 6 BGB auch
insoweit angeordnete Einwendungsausschluss nach Fristablauf zugleich der Rechtssicher-
heit, da dadurch in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über
die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht. Durch die gesetzlichen Regelun-
gen ist damit umfassend gewährleistet, dass sich die Mietvertragsparteien zeitnah über
ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum im Klaren sind. Ein
Erfordernis für die Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vor-
behaltlosen Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht des-
halb jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr.

Der XII. Senat³⁴¹ hat sich für den Bereich des Gewerberaummietrechts der Auffassung an-
geschlossen, dass weder durch die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforde-
rung durch den Mieter noch durch die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Be-
triebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen
ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande kommt, das einer späteren Korrektur
der Betriebskostenabrechnung entgegensteht.

Insoweit kann die Begründung, mit der der BGH für die Wohnraummiete die Annahme ei-
nes deklaratorischen Schuldanerkenntnisses abgelehnt hat, für den Bereich des gewerbli-
chen Mietrechts nicht herangezogen werden. Zwar ist nach der Rechtsprechung des XII.
Senats der Vermieter von Gewerberäumen entsprechend der in § 556 Abs. 3 S. 2 BGB ent-
haltenen Regelung verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Abrech-
nungszeitraums die Betriebskostenabrechnung zu erstellen, sofern die Parteien nichts
anderes vereinbart haben oder der Vermieter die verspätete Abrechnung nicht zu vertre-
ten hat³⁴². Die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB findet dagegen bei der Gewerbe-
raummiete keine Anwendung³⁴³. Ebenso wenig gilt die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S.
6 BGB für die Möglichkeit des Mieters, Einwendungen gegen die Betriebskostenabrech-
nung zu erheben, weil diese Vorschrift nur für die Wohnraummiete gilt³⁴⁴. Die Grenze für
die Korrektur einer Betriebskostenabrechnung ergibt sich daher im gewerblichen Miet-

³⁴⁰ BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 18; noch offen gelassen in BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903, 904.

³⁴¹ BGH v. 28.5.2014 - XII ZR 6/13, GE 2014, 1003; BGH v. 10.7.2013 - XII ZR 62/12, GE 2013, 1130 = NZM 2013, 648.

³⁴² BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 38.

³⁴³ BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 17 ff.; BGH v. 17.11.2010 - XII ZR 124/09, NJW 2011, 445 Rz. 12.

³⁴⁴ vgl. Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 6.

recht nur durch den Eintritt der Verjährung oder in Ausnahmefällen aufgrund von Verwirkung (§ 242 BGB). 75

Gleichwohl kann auch bei gewerblichen Mietverhältnissen nicht angenommen werden, dass allein durch die vorbehaltlose Erstattung oder Zahlung des sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Saldos ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zwischen den Mietvertragsparteien zustande kommt. Es fehlt in diesem Fall bereits an den allgemeinen Voraussetzungen für das Entstehen eines wirksamen Vertrages. Das deklaratorische Schuldanerkenntnis setzt als vertragliches kausales Schuldanerkenntnis³⁴⁵ das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen voraus (§§ 145 ff. BGB). Zwar können diese auch durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Willensbekundungen der Parteien von dem Willen getragen sind, sich entsprechend vertraglich zu binden³⁴⁶. Nach der Rechtsprechung des BGH setzt die Wertung einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung als Angebot zum Abschluss eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses regelmäßig voraus, dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen und sich dahingehend einigen wollen³⁴⁷.

Kehrt der Vermieter nach Übersendung der Betriebskostenabrechnung vorbehaltlos ein errechnetes Guthaben an den Mieter aus, gibt er aus der maßgeblichen Sicht des Mieters (§§ 133, 157 BGB) keine auf den Abschluss eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses gerichtete Willenserklärung ab. Die Betriebskostenabrechnung ist eine reine Wissenserklärung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungswillen³⁴⁸. Durch die Auszahlung des Guthabens an den Mieter erbringt der Vermieter eine reine Erfüllungshandlung (§ 363 BGB), der kein weiterer rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt. Insbesondere erklärt der Vermieter hiermit nicht, den sich aus der Abrechnung ergebenden Saldo unstreitig stellen zu wollen. Diese Bewertung steht auch im Einklang mit der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum deklaratorischen Schuldanerkenntnis, wonach aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung einer Rechnung für sich genommen nicht auf die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses geschlossen werden kann³⁴⁹. Auch der Mieter, der zunächst vorbehaltlos eine Betriebskostennachforderung begleicht, erbringt damit eine reine Erfüllungshandlung, ohne dass daraus geschlossen werden kann, der Mieter erkenne den Abrechnungssaldo endgültig für verbindlich an.

Außerdem spricht gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens, dass der Vermieter selbst bei einem Mietverhältnis über Wohnraum innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB die Betriebskostenabrechnung auch zulasten des Mieters abändern kann³⁵⁰. Würde er mit der Übersendung der Betriebskostenabrechnung und der sofortigen Auszahlung eines Guthabens an den Mieter innerhalb der Abrechnungsfrist ein Angebot auf ein dekla-

³⁴⁵ vgl. hierzu BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 8.

³⁴⁶ vgl. MünchKomm/Habersack, 5. Aufl., § 781 BGB Rz. 4.

³⁴⁷ st. Rspr. vgl. BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 8; BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 11 jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

³⁴⁸ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz 8 m.w.N.

³⁴⁹ vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 12; BGH v. 11.11.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 9.

³⁵⁰ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 397.

ratorisches Schuldanerkenntnis abgeben, wäre er gemäß § 145 BGB daran gebunden, bis der Mieter das Angebot ablehnt oder die Frist zur Annahme (§ 147 Abs. 2 BGB) verstrichen ist. Eine Korrektur der Abrechnung wäre für den Vermieter in dieser Zeit nicht möglich³⁵¹. Verstünde man den Ausgleich einer sich aus der Abrechnung ergebenden Nachforderung durch den Mieter als dessen Annahme des Vertragsangebots, hätte der Vermieter sich allein durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung der Möglichkeit begeben, innerhalb der Jahresfrist die Abrechnung noch korrigieren zu können. Ein entsprechender Wille des Vermieters kann jedoch ohne weitere Umstände nicht angenommen werden. Nimmt der Mieter seinerseits ein vom Vermieter erstattetes Guthaben ohne weitere Erklärung entgegen, kann diesem Verhalten ebenfalls kein Rechtsbindungswille entnommen werden. Der Mieter ist in diesem Fall schlicht untätig, so dass daran nicht die Wertung geknüpft werden kann, der Mieter wolle die Betriebskostenabrechnung als verbindlich ansehen³⁵². Die Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Schuldanerkenntnisses würde nämlich auch in diesem Fall dazu führen, dass der Mieter durch die bloße Entgegennahme der Zahlung die Möglichkeit verlieren würde, noch Einwendungen gegen die Abrechnung zu erheben.

Das Vorliegen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses bei einem vorbehaltlosen Ausgleich des Betriebskostensaldos kann auch nicht mit der Erwägung begründet werden, die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ausschluss- und Einwendungsfristen des § 556 Abs. 3 BGB auf die Wohnraummiete führe bei gewerblichen Mietverhältnissen dazu, dass die Mietvertragsparteien andernfalls bis zum Eintritt der Verjährung damit rechnen müssten, weiteren Ansprüchen der jeweils anderen Partei ausgesetzt zu sein; auch bei der Gewerberaummiete bestehe jedoch das Bedürfnis der Parteien, innerhalb eines überschaubaren Zeitraums eine Verbindlichkeit des errechneten Betriebskostensaldos zu erlangen, das nur durch die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses befriedigt werden könne³⁵³. Dabei wird verkannt, dass das durchaus aner kennenswerte Interesse der Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses, zeitnah Rechtssicherheit über den Betriebskostensaldo zu erlangen, nicht die Prüfung der nach allgemeinen Grundsätzen notwendigen Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsschluss ersetzen kann. Der fehlende Verweis in § 578 Abs. 2 BGB auf § 556 Abs. 3 BGB zeigt zudem, dass der Gesetzgeber nur im Bereich der Wohnraummiete ein Bedürfnis dafür gesehen hat, durch die Schaffung von kurzen Fristen für die Erstellung der Betriebskostenabrechnung und für hiergegen gerichtete Einwendungen des Mieters alsbald eine Verbindlichkeit des errechneten Betriebskostensaldos herbeizuführen. Diese Wertung kann bei der Prüfung, ob der vorbehaltlose Ausgleich des Betriebskostensaldos zu einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis führt, nicht unberücksichtigt bleiben.

Deshalb kann sich eine andere Beurteilung auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben³⁵⁴. Nur aufgrund des Umstandes, dass der Mieter die Erstattung eines zu seinen Gunsten bestehenden Betriebskostensaldos vorbehaltlos entgegennimmt, kann der

³⁵¹ vgl. *Flatow*, WuM 2010, 606 (608).

³⁵² vgl. *Flatow*, WuM 2010, 606 (608).

³⁵³ ähnlich auch *Fritz*, NJW 2012, 980 (981); *Beyerle* in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 11 Rn. 233.

³⁵⁴ so aber *Beyerle* in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 11 Rz. 233.

Vermieter nicht darauf vertrauen, dass der Mieter den Betriebskostensaldo als verbindlich hinnehmen will und keine weiteren Nachforderungen mehr geltend machen wird. Der Mieter nimmt, insbesondere wenn die Erstattung durch Überweisung auf sein Konto erfolgt, nur eine Zahlung entgegen und bleibt im Übrigen schlicht untätig. Aus diesem Verhalten des Mieters kann bereits deshalb nicht abgeleitet werden, er erkenne den errechneten Saldo als verbindlich an und verzichte auf die Geltendmachung von Einwendungen, weil er bei einem gewerblichen Mietverhältnis gerade nicht verpflichtet ist, innerhalb einer gesetzlich vorgesehenen Frist Einwendungen zu erheben. Gleiches gilt für den Vermieter von Gewerberaum. Da auch er für die Abrechnung der Betriebskosten nicht an die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB gebunden ist, bringt er durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung nicht zum Ausdruck, auf eine nachträgliche Geltendmachung weiterer Betriebskosten zu verzichten. Im Übrigen bleibt es den Parteien eines gewerblichen Mietvertrages unbenommen, den Zeitpunkt der Verbindlichkeit der Betriebskostenabrechnung vertraglich zu regeln. § 556 Abs. 4 BGB, der für Mietverträge über Wohnraum entsprechende vertragliche Regelungen zum Nachteil des Mieters verbietet, findet bei der Gewerberaummieta keine Anwendung. Dies schließt allerdings nicht aus, dass die Mietvertragsparteien im Einzelfall hinsichtlich des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgeben und damit den Saldo für beide Seiten als verbindlich ansehen wollen. Hierzu bedarf es jedoch weiterer Umstände, aus denen auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen der Mietvertragsparteien geschlossen werden kann. Die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldverhältnisses kann danach in Betracht kommen, wenn die Parteien zunächst über einzelne Positionen der Betriebskostenabrechnung gestritten haben und dann der Saldo von einer der beiden Vertragsparteien ausgeglichen wurde oder wenn die Parteien eine Ratenzahlungs- bzw. Stundungsvereinbarung getroffen haben³⁵⁵.

15 Beendigung des Mietvertrages

15.1 Kündigungsadressat bei Freigabe gemäß § 109 Abs. 1 InsO

Die Frage, welche Auswirkungen die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO und der Ablauf der in § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO genannten Frist für das betreffende Wohnraummietverhältnis hat, wird unterschiedlich beurteilt.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die Bedeutung der Enthftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO beschränke sich darauf, dass die Masse für die nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht mehr hafte. Das Mietverhältnis bleibe aber weiterhin massebehaftet und der Treuhänder weiterhin Mietvertragspartei, denn § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO enthalte keinen Hinweis darauf, dass die Rechtswirkungen des § 80 Abs. 1 InsO mit dem Wirksamwerden der Enthftungserklärung entfallen sollten³⁵⁶. Nach dieser Auffassung kann der Vermieter nur durch eine gegenüber dem Treuhänder abgegebene Erklärung wirksam kündigen.

³⁵⁵ vgl. auch Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 406.

³⁵⁶ Uhlenbruck/*Wegener*, InsO, 13. Aufl., § 109 Rz. 22 ff; *Eckert*, NZM 2006, 803, 806; *Cymutta*, WuM 2008, 441, 443; *Flatow*, NZM 2011, 607, 610.

Nach der Gegenauffassung kann der Vermieter nach dem Wirksamwerden der Erklärung gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gegenüber dem Mieter selbst kündigen³⁵⁷. Die Enthaltungserklärung des Treuhänders bewirke, dass das Mietverhältnis "freigegeben" werde und vollständig der alleinigen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Mieters unterliege³⁵⁸.

Der BGH³⁵⁹ entscheidet die von ihm bisher offen gelassene Frage³⁶⁰ nunmehr im letztgenannten Sinn. Zwar geht die Erklärung des Treuhänders nach dem Wortlaut des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO lediglich dahin, dass die Masse für künftige Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis nicht mehr hafte. Daraus, dass die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO an die Stelle der Kündigung tritt, ergibt sich indes, dass die Zuständigkeit des Verwalters für die weitere Vertragsdurchführung ab diesem Zeitpunkt wieder dem Mieter zufällt, dieser also die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis zurückerhält. Für eine derartige Wirkung der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO spricht außerdem die Gesetzesbegründung. Danach dient die Regelung dem Schutz des Wohnraummieters, der seine Wohnung nicht verlieren soll, wenn der Treuhänder das Mietverhältnis nicht fortsetzen will; das Mietverhältnis soll vielmehr nach Ablauf der Kündigungsfrist mit dem Mieter fortgesetzt werden³⁶¹. Eine Fortdauer der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO hinaus wäre im Übrigen für die Parteien des Mietvertrages umständlich und wenig praktikabel und für den Treuhänder mit einem Verwaltungsaufwand verbunden, der sich für die Masse nachteilig auswirken könnte. Denn sämtliche Erklärungen des Vermieters (Abmahnung, Kündigung, Mieterhöhung, Betriebskostenabrechnung) müssten zunächst dem Treuhänder gegenüber erklärt und von diesem an den Mieter weitergeleitet werden. Auch ein Rechtsstreit, etwa eine Klage des Vermieters auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung, müsste gegen den Treuhänder geführt werden, obwohl dieser Prozess allein für die ursprünglichen Mietvertragsparteien von Interesse ist, nicht aber für den Treuhänder oder die Masse.

Auch aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Mietkaution (beziehungsweise der bedingte Rückgewähranspruch) in die Masse fällt, ergibt sich keine andere Beurteilung. Ein tragfähiger Rückschluss, dass aus diesem Grund von einer fortbestehenden Verfügungsbefugnis des Treuhänders auszugehen sei, ergibt sich daraus nicht. Denn dem Gesetzgeber ging es nicht vorrangig darum, dass die Kautions der Masse zur Verfügung steht. Vielmehr sollte der Mieter davor bewahrt werden, dass der Treuhänder den Mietvertrag kündigt, um die Kautions verwerten zu können³⁶². Die Frage, ob mit einem Übergang der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis auch ein (bedingter) Kau-

³⁵⁷ Kübler/Prütting/*Tintelnot*, InsO, § 109 Rz. 21; *Pape*, NZM 2004, 401, 410 f.; *Marotzke* in Heidelberg Kommentar, InsO, 7. Aufl., § 109 Rz. 16.

³⁵⁸ vgl. auch MünchKommInsO/*Eckert*, 3. Aufl., § 109 Rz. 56 unter Hinweis auf das zu den Auswirkungen des § 35 Abs. 2 InsO ergangene Urteil des BGH v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

³⁵⁹ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, MDR 2014, 643 = WuM 2014, 333 = NZM 2014, 429.

³⁶⁰ vgl. BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 32.

³⁶¹ vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

³⁶² vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

tionsrückzahlungsanspruch auf den Mieter zurückfällt³⁶³, bedarf hier deshalb 79
keiner abschließenden Entscheidung.

Im Hinblick darauf fehlt dem Insolvenzverwalter auch die Prozessführungsbefugnis für Ansprüche gegen den Vermieter auf Auszahlung von Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen an die Masse für einen Zeitraum nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung³⁶⁴.

15.2 Ordentliche Kündigung

15.2.1 Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Vermieters

Aus § 573 Abs. 4 BGB folgt, dass Abweichungen zugunsten des Mieters, z.B. eine Erschwerung der Kündigung in jedem Fall zulässig sind. Ein solcher Fall ist bereits anzunehmen, wenn im Mietvertrag z.B. ein „besonders wichtiges berechtigtes Interesse“ für die Kündigung verlangt wird. Allerdings greift diese Beschränkung auch im Anwendungsbereich des § 307 BGB nicht ein, wenn ein wichtiger Grund i.S.v. § 543 BGB vorliegt³⁶⁵.

Regelt der Mietvertrag, dass der Vermieter das Mietverhältnis nur in besonderen Ausnahmefällen kündigen kann, wenn wichtige berechnigte Interessen eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen, schließt eine solche Bestimmung nach dem Wortlaut sowie ihrem Sinn und Zweck die erleichterte Kündigung gemäß § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB, die kein berechtigtes Interesse des Vermieters im Sinne des § 573 BGB voraussetzt, aus³⁶⁶. Diesem Verständnis der Kündigungsbeschränkung steht nicht entgegen, dass in dem Gebäude zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses drei Wohnungen vorhanden waren und eine erleichterte Kündigung nach § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB damals schon tatbestandlich nicht in Betracht kam³⁶⁷. Denn dieser Umstand ändert nichts daran, dass die Kündigung des Vermieters im Mietvertrag auf besondere Ausnahmefälle beschränkt worden ist, in denen wichtige berechnigte Interessen des Vermieters die Beendigung des Mietvertrages erforderlich machen.

Eine solche Kündigungsbeschränkung schließt eine Eigenbedarfskündigung nicht generell aus³⁶⁸. Sie verschärft lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen, so dass das in § 573 Abs. 2 BGB genannte "berechnigte Interesse" nicht ausreicht, sondern darüber hinaus ein besonderer Ausnahmefall vorliegen muss, in dem wichtige Interessen des Vermieters eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen. Mit einer solchen Klausel wird dem Mieter ein gegenüber üblichen Mietverhältnissen erhöhter Bestandsschutz zugebilligt³⁶⁹.

³⁶³ bejahend FK-InsO/Wegener, 7. Aufl., § 109 Rn. 16; Flatow, NZM 2011, 607, 610; a.A. Hain, ZInsO 2007, 192, 197; Pape, aaO S. 411.

³⁶⁴ BGH v. 22.5.2014 - IX ZR 136/13, GE 2014, 932.

³⁶⁵ Vgl. dazu BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, GE 2012, 889 (Rz. 23 f.) m.w.N.

³⁶⁶ vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 89 f.; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 573a BGB Rz. 6.

³⁶⁷ BGH v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13, WuM 2013, 739 = GE 2013, 1584.

³⁶⁸ BGH v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13, WuM 2013, 739 = GE 2013, 1584.

³⁶⁹ BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rz. 27.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur ist streitig, wie hoch ein vom Mieter verschuldeter Zahlungsrückstand sein und wie lange er angedauert haben muss, um die ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

Nach einer teilweise vertretenen Auffassung soll den in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB für die fristlose Kündigung festgelegten Voraussetzungen eine allgemeingültige Bedeutung zukommen. Deshalb setze auch eine auf Zahlungsverzug gestützte ordentliche Kündigung voraus, dass sich der Mieter mit einem Betrag in Höhe von zwei vollen Monatsmieten oder für zwei aufeinanderfolgende Monate mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete in Verzug befinde³⁷⁰.

Nach der Gegenauffassung kommt auch bei einem Zahlungsverzug unterhalb der Schwelle des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine ordentliche Kündigung in Betracht. Dabei werden an die Höhe des Rückstands und die Dauer des Verzugs unterschiedliche Anforderungen gestellt. Teilweise soll jeder Zahlungsverzug zur Kündigung berechtigen, soweit es sich nicht um einen solchen handele, der auch bei jedem gutwilligen Vertragspartner einmal auftreten könne und nur zu einer kurzfristigen Störung des Vertragsverhältnisses führe³⁷¹; auch Rückstände unterhalb einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer unterhalb eines Monats werden gelegentlich als ausreichend angesehen³⁷². Überwiegend wird jedoch eine erhebliche Pflichtverletzung erst bei einem Rückstand von einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat angenommen³⁷³.

Der Auffassung, dass auch unterhalb der in § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs möglich ist, gebührt der Vorzug³⁷⁴. Die fristlose Kündigung setzt voraus, dass dem Vermieter unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Fortsetzung des Vertrags nicht bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Demgegenüber knüpft die ordentliche Kündigung an eine nicht unerhebliche Vertragsverletzung des Mieters an, die dem Vermieter die Lösung vom Vertrag nur unter Beachtung gesetzlicher oder vereinbarter Kündigungsfristen erlaubt. Angesichts dieser unterschiedlichen Anforderungen an die fristlose und die ordentliche Kündigung besteht kein Grund, die vom Gesetzgeber für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen auf die ordentliche Kündigung zu übertragen. Allerdings müsse bei der Bewertung einer Pflichtverletzung als "nicht unerheblich" die Dauer und die Höhe des Zahlungsverzugs berücksichtigt werden. Nicht jeder geringfügige oder nur kurzfristige Zahlungsverzug rechtfertige die Annahme einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung. In Anlehnung an die überwiegend vertretenen Auffassungen sei die Er-

³⁷⁰ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 10. Auflage, § 573 BGB Rz. 27; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 573 Rz. 59

³⁷¹ *Schmid*, DWW 1982, 77, 84.

³⁷² Bub/Treier *Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rz. IV 64.

³⁷³ LG Wiesbaden, NZM 2003, 713: rückständige titulierte Monatsmiete; Staudinger/*Rolfs*, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rz. 47; Bamberger/*Roth/Hannapel*, BGB, 3. Aufl., § 573 Rz. 28; Schmid/*Gahn*, Miete, 2006, § 573 BGB Rz. 22; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 573 BGB Rz. 24; vgl. auch Palandt/*Weidenkaff*, 71. Aufl., § 573 BGB Rz. 16: mindestens ein halber Monat Verzugsdauer.

³⁷⁴ BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, MDR 2013, 24 = WuM 2012, 682 = NZM 2013, 20.

heblichkeitsgrenze nicht überschritten, wenn der Rückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und zudem die Verzugsdauer weniger als einen Monat betrage. 81

15.2.3 Gewerbliche Tätigkeit in der Wohnung

Die teilweise Nutzung der Wohnung zu gewerblichen Zwecken ist grundsätzlich unzulässig³⁷⁵.

Die Voraussetzungen sind auch gegeben, wenn von dem Betrieb des Mieters bisher keine konkreten Störungen ausgegangen sind, weil er in dem gemieteten Einfamilienhaus in der Vergangenheit keine geschäftlichen Besuche von Mitarbeitern oder Kunden empfangen hat³⁷⁶. Dies gilt auch, wenn er die für seinen Betrieb benötigten Fahrzeuge nicht auf dem Wohngrundstück oder auf der Straße in der Nähe des Grundstücks abstellt, sondern ausschließlich auf einem dafür gesondert angemieteten Platz. Bei geschäftlichen Aktivitäten freiberuflicher oder gewerblicher Art, die nach außen in Erscheinung treten, liegt eine Nutzung vor, die der Vermieter einer Wohnung ohne entsprechende Vereinbarung grundsätzlich nicht dulden muss. Denn ein - auf Treu und Glauben gestützter - Anspruch auf Gestattung der gewerblichen Tätigkeit kommt nur ausnahmsweise in Betracht³⁷⁷.

15.2.4 Kein absehbarer Eigenbedarf bei Geburt eines Urenkels

Ein Vermieter setzt sich zu seinem eigenen Verhalten dann in Widerspruch, wenn er eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, sie alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen³⁷⁸. Er darf dem Mieter, der mit einer längeren Mietdauer rechnet, die mit jedem Umzug verbundenen Belastungen nicht zumuten, wenn er ihn über die Absicht oder zumindest die Aussicht begrenzter Mietdauer nicht aufklärt. Denn für den Mieter ist ein sich abzeichnender Eigenbedarf des Vermieters vor allem für die Entscheidung von Bedeutung, ob er eine Wohnung überhaupt anmieten und damit das Risiko eines Umzugs nach verhältnismäßig kurzer Mietzeit eingehen will³⁷⁹.

Diese Fallgestaltung liegt nicht vor, wenn es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags für keinen der Beteiligten absehbar war, dass ein Eigenbedarf an dem Einfamilienhaus für den Enkel der Vermieterin durch die Geburt seiner Tochter und die daraufhin geänderte Lebensplanung der Familie entstehen würde³⁸⁰. Der Eigenbedarf ist vielmehr aufgrund einer erst nach der Vermietung eingetretenen Änderung der persönlichen Verhältnisse des Enkels der Vermieterin entstanden. Durch die Erklärung des Schwiegersohns der Vermieterin anlässlich der Hausbesichtigung, ein Eigenbedarf komme nicht in Betracht, höchstens ein Hausverkauf, ist kein der Vermieterin zuzurechnender besonderer

³⁷⁵ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 13 ff.; BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, NJW 2013, 1806 Rz. 14.

³⁷⁶ BGH v. 31.7.2013 - VIII ZR 149/13, WuM 2013, 554 = GE 2013, 1132 = ZMR 2014, 273.

³⁷⁷ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 13 ff.

³⁷⁸ BVerfGE 79, 292, 308 f.; BVerfG, NJW-RR 1993, 1357; BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 [Hinweisbeschluss]; BGH v. 6.7.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 512 [Zurückweisungsbeschluss] jeweils m.w.N.

³⁷⁹ BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rz. 17, 19; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 Rz. 2

³⁸⁰ BGH v. 20.3.2013 - VIII ZR 233/12, NJW 2013, 1596 = MDR 2013, 641 = GE 2013, 674 = WuM 2013, 363 = ZMR 2013, 620.

Vertrauenstatbestand geschaffen worden, der ihre Kündigung wegen Eigenbedarfs rechtsmissbräuchlich erscheinen ließe. Die Äußerung, die im Übrigen eine reine Wissenserklärung darstellt und der kein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt zukommt, entsprach seinerzeit den Tatsachen. Sie bezog sich auf den damaligen Stand, bei dem eine Änderung nicht absehbar war. Durch sie ist auch kein auf künftige Entwicklungen bezogener Vertrauensstatbestand erweckt worden, denn die persönlichen Verhältnisse eines Vermieters und seiner Familienangehörigen können sich ändern. Will ein Mieter für solche Fälle eine Kündigung wegen Eigenbedarfs ausschließen, bedarf es einer dahin gehenden Vereinbarung.

15.2.5 Kein namentliche Nennung des Lebensgefährten der Tochter

Gemäß § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB setzt die Wirksamkeit einer Kündigungserklärung voraus, dass die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses in dem Kündigungsschreiben angegeben sind. Der Zweck dieser Vorschrift besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen³⁸¹. Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann; bei einer Kündigung wegen Eigenbedarfs ist daher grundsätzlich die Angabe der Person, für die die Wohnung benötigt wird, und die Darlegung des Interesses, das diese Person an der Erlangung der Wohnung hat, ausreichend³⁸².

Nach diesen Maßstäben ist es nicht erforderlich, neben der Tochter auch den Lebensgefährten, der mit in die Wohnung einziehen soll, in dem Kündigungsschreiben namentlich zu benennen³⁸³. Das Begründungserfordernis soll gewährleisten, dass der Kündigungsgrund derart konkretisiert ist, dass er von anderen Kündigungsgründen unterschieden werden kann. Diese Konkretisierung ermöglicht es dem Mieter, der die Kündigung nicht hinnehmen will, seine Verteidigung auf den angegebenen Kündigungsgrund auszurichten, denn eine Auswechslung des Kündigungsgrundes ist dem Vermieter verwehrt. Im Falle der Eigenbedarfskündigung genügt es, die Eigenbedarfsperson - hier die Tochter - identifizierbar zu benennen und das Interesse darzulegen, dass diese an der Erlangung der Wohnung hat. Insoweit reicht die Angabe, dass die Tochter in die größere Wohnung der Beklagten ziehen wolle, um dort mit ihrem Lebensgefährten einen gemeinsamen Hausstand zu begründen. Weiterer Angaben bedurfte hingegen nicht.

15.2.6 Anrechnung einer unentgeltlichen Nutzung auf § 573c BGB?

In Rechtsprechung und Literatur ist es umstritten, ob zu der für die Länge der Kündigungsfrist gemäß § 573c Abs. 1 BGB maßgeblichen Zeit der Überlassung der Mietsache auch ein solcher Zeitraum hinzuzurechnen ist, in welchem der Vermieter dem Mieter den

³⁸¹ vgl. BT-Drucks. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.

³⁸² so schon BayObLG, WuM 1981, 200, 202 f.; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NZM 2007, 679 Rz. 23; BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8.

³⁸³ BGH v. 30.4.2014 - VIII ZR 284/13, MDR 2014, 766 = NZM 2014, 466.

Gebrauch der Mietsache aus einem anderen Rechtsgrund als dem später gekündigten Mietvertrag gewährt hat. 83

Überwiegend gehen die Instanzrechtsprechung und die Literatur davon aus, es spiele für die nach § 573c Abs. 1 BGB maßgebliche Zeit der Überlassung keine Rolle, aus welchem Rechtsgrund der Vermieter den Gebrauch gewährt habe³⁸⁴. Aus diesem Grund sei etwa auch eine vorherige Überlassung aufgrund eines Nießbrauchsrechts bei der Berechnung der Frist des § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB einzubeziehen³⁸⁵. Begründet wird diese Ansicht damit, § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB stelle mit der Überlassung allein auf die tatsächlichen Besitzverhältnisse ab³⁸⁶. Insbesondere ergebe sich dies aber aus dem Zweck des § 573c Abs. 1 BGB³⁸⁷. Die Norm trage dem bei längerer Mietdauer zunehmend schützenswerten Interesse des Mieters Rechnung, nicht kurzfristig ausziehen zu müssen und genügend Zeit zu haben, seine sozialen Wurzeln durch Suche einer nahegelegenen Ersatzwohnung zu wahren³⁸⁸.

Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Literatur die Auffassung, die Frist des § 573c Abs. 1 BGB beginne erst mit einer Überlassung der Mietsache zur Mietnutzung³⁸⁹, so dass beispielsweise eine vorherige Übergabe der Mietsache für eine Renovierung oder einen vorzeitigen Einzug nicht mit einzubeziehen sei³⁹⁰. Eine solche Überlassung bereite die Nutzung als Mietsache lediglich vor³⁹¹.

Einer generellen Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen mit Rücksicht auf die Verwurzelung des Mieters in der streitigen Wohnung für die Berechnung der Kündigungsfrist des § 573c BGB gleichwohl auch der Zeitraum anzurechnen ist, in dem die Wohnung dem (späteren) Mieter aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses überlassen war, trifft der BGH nicht³⁹². Jedenfalls in der Konstellation, dass der spätere Mieter zunächst als Familienangehöriger des Vermieters in dessen Wohnung gelebt hat, kommt eine Anrechnung dieser Zeit nicht in Betracht. Ein derartiges unentgeltliches Nutzungsverhältnis, das keinen Kündigungsschutz genießt und vom "Vermieter" jederzeit beendet werden kann, begründet keinen Vertrauenstatbestand, der Grundlage für eine Berücksichtigung dieses Überlassungszeitraums im Wege analoger Anwendung des § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB sein könnte.

³⁸⁴ OLG Stuttgart 30.12.1983 - 8 ReMiet 3/83, NJW 1984, 875- zur Anrechnung der Wohndauer als Ehegatte des früheren Mieters; AG Kaiserslautern, ZMR 1967, 301 f. - zur Anrechnung der Wohndauer aufgrund eines vorangegangenen dinglichen Wohnrechts; Staudinger/*Rolfs*, Neubearb. 2011, § 573c BGB Rz. 20; Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 573c BGB Rz. 6; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 8; BeckOK BGB/*Hannappel*, Stand Februar 2014, § 573 BGB Rz. 12; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573c BGB Rz. 12; NK-BGB/*Hinz*, 2. Aufl., § 573c BGB Rz. 9; Spielbauer/*Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2013, § 573c BGB Rz. 15; Schmid/*Harz/Gahn*, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 573c BGB Rz. 6; Emmerich/*Sonnenschein/Haug*, Miete, 10. Aufl., § 573c BGB Rz. 10; jurisPK-BGB/*Mössner*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 18.

³⁸⁵ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 573c BGB Rz. 12; Spielbauer/*Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2013, § 573c BGB Rz. 15.

³⁸⁶ Schmid/*Harz/Gahn*, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 573c BGB Rz. 6; NK-BGB/*Hinz*, 2. Aufl., § 573c BGB Rz. 9.

³⁸⁷ MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 8; Bub/*Treier/Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. IV Rz. 97.

³⁸⁸ MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 573c BGB Rz. 1.

³⁸⁹ *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 573c BGB Rz. 25.

³⁹⁰ Soergel/*Heinzmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., § 573c BGB Rz. 4.

³⁹¹ *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 573c BGB Rz. 25.

³⁹² BGH v. 25.6.2014 - VIII ZR 10/14, WuM 2014, 485 (486).

15.3.1 § 57a ZVG bei einheitlich vermietetem Grundstück

Gemäß § 57a ZVG ist der Ersteher in der Zwangsversteigerung (nicht in der Teilungsversteigerung, § 183 ZVG) berechtigt, ein bestehendes Miet- oder Pachtverhältnis mit der gesetzlichen Frist zum erstmöglichen Termin zu kündigen. Dies beruht darauf, dass bei der Zwangsversteigerung die Interessen des Mieters grundsätzlich hinter denen des Realcredits zurückstehen (vgl. z.B. §§ 1123 f. BGB). Denn von Mietern genutzte Grundstücke werden sich ohne das Sonderkündigungsrecht in der Regel schlechter versteigern lassen und darum weniger gern beliehen³⁹³. Durch den Zuschlag wird staatlich Eigentum verliehen. Diesem Eigentumserwerb liegen grundsätzlich die im ZVG geregelten Bedingungen zugrunde. Dazu gehört das in § 57a ZVG bestimmte Sonderkündigungsrecht als einer gesetzlichen Versteigerungsbedingung³⁹⁴. Damit überlagern die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes insoweit das Zivilrecht. Dies hat der Gesetzgeber in § 57 ZVG zum Ausdruck gebracht. Danach rückt der Ersteher als Erwerber zwar gemäß dem von § 57 ZVG für entsprechend anwendbar erklärten § 566 BGB als Vermieter in das Mietverhältnis ein. Ist nur ein Teil eines einheitlich vermieteten Grundstücks versteigert worden, führt der Erwerb in der Zwangsversteigerung über §§ 57 ZVG, 566 BGB zum Beitritt zu einer Vermietergemeinschaft, die als Bruchteilsgemeinschaft vertragliche Kündigungsrechte grundsätzlich nur im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung gemäß §§ 744, 745 BGB ausüben kann³⁹⁵. Darüber hinaus ist schuldrechtlich die nur auf eine Teilfläche bezogene Kündigung regelmäßig unzulässig³⁹⁶. Allerdings bestimmt § 57 ZVG, dass § 566 BGB nur nach Maßgabe des § 57a ZVG gilt. Mit Rücksicht auf die Zielrichtung und den Regelungszusammenhang des § 57a ZVG kann bei der Versteigerung nur eines Teils einer vermieteten Fläche der Ersteher den Pachtvertrag für diese Teilfläche kündigen (räumliche Teilkündigung)³⁹⁷.

Diese Konstellation ist auch anzunehmen, wenn ein gewerblicher Zwischenvermieter eingesetzt wurde, so dass der Endmieter nach § 565 BGB Kündigungsschutz auch gegenüber dem Ersteher genießt³⁹⁸.

15.3.2 § 563 Abs. 4 BGB

Gemäß § 563 Abs. 4 BGB kann der Vermieter das Mietverhältnis innerhalb eines Monats, nachdem er von dem endgültigen Eintritt in das Mietverhältnis Kenntnis erlangt hat, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn in der Person des Eingetretenen ein wichtiger Grund vorliegt. Ob und gegebenenfalls in welcher Weise sich der in § 563 Abs. 4 BGB genannte wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung von dem in § 543 Abs. 1 BGB genannten wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung unterscheidet, ist bisher noch ungeklärt. Jedenfalls muss dieser Grund aber so beschaffen sein, dass er dem Ver-

³⁹³ KG v. 8.11.2010 - 8 U 43/10, NZM 2012, 304, 305 m.w.N.

³⁹⁴ vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 83/08, NJW 2009, 2312 Rz. 16 f. m.w.N.

³⁹⁵ vgl. BGH v. 26.4.2012 - V ZR 276/11, ZMR 2012, 692 Rz. 17; BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 f.

³⁹⁶ BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, NJW 2012, 224 Rz. 11.

³⁹⁷ KG v. 8.11.2010 - 8 U 43/10, NZM 2012, 304.

³⁹⁸ BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, GE 2013, 1648.

mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses aufgrund von Umständen unzumutbar macht, die in der Person des Mieters liegen³⁹⁹. 85

Dies ist anzunehmen, wenn der eingetretene Mieter die Wohnräume unzulässigerweise zu beruflichen Zwecken nutzt⁴⁰⁰. Unter den nach der Verkehrsanschauung zu bestimmenden Begriff des "Wohnens fallen" lediglich solche berufliche Tätigkeiten, die der Mieter - etwa im häuslichen Arbeitszimmer - in einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Weise ausübt. Als Beispiel hierfür gilt z.B. die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers, die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors sowie den Empfang oder die Bewirtung von Geschäftsfreunden⁴⁰¹ angeführt. Für die Aufnahme derartiger Tätigkeiten, die mit dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck im Einklang stehen, bedarf es keiner Erlaubnis des Vermieters. Hingegen muss der Vermieter in ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen geschäftliche (gewerbliche oder [frei-]berufliche) Aktivitäten des Mieters, die nach außen in Erscheinung treten, grundsätzlich nicht ohne entsprechende vorherige Vereinbarung dulden⁴⁰². Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Mieter in den ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen an drei Werktagen in der Woche zehn bis zwölf Schülern Gitarrenunterricht erteilt. Zwar kann der Vermieter im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein, eine Erlaubnis zur teilweisen gewerblichen oder (frei-)beruflichen Nutzung zu erteilen. Eine solche Verpflichtung des Vermieters, eine nach den Bestimmungen des Mietvertrags vertragswidrige Nutzung zu gestatten, wird jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn von der beabsichtigten Tätigkeit - was der Mieter darzulegen und zu beweisen hat⁴⁰³ - keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung. Beispielhaft hat der Senat dabei eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr genannt

15.4 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

15.4.1 „frei erfundene“ Vorvermieterbescheinigung

Die Vorlage einer gefälschten oder "frei erfundenen" Vorvermieterbescheinigung stellt eine erhebliche Verletzung (vor)vertraglicher Pflichten dar, die eine Vertragsfortsetzung für den Vermieter unzumutbar machen und die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigen kann⁴⁰⁴.

Eine Pflichtverletzung entfällt nicht deswegen, weil die in dem Formular über das vorangegangene Mietverhältnis gestellten Fragen unzulässig gewesen wären und es dem Mieter deshalb freigestanden hätte, insoweit unwahre Angaben zu machen. Fragen nach der Person und Anschrift des Vorvermieters, der Dauer des vorangegangenen Mietverhältnisses und der Erfüllung der mietvertraglichen Pflichten sind - ebenso wie Fragen nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen - grundsätzlich geeignet, sich über die Bonität

³⁹⁹ BGH v. 20.4.2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rz. 6.

⁴⁰⁰ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, MDR 2013, 698 = GE 2013, 677 = WuM 2013, 349.

⁴⁰¹ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 14.

⁴⁰² BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

⁴⁰³ BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 17.

⁴⁰⁴ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, MDR 2014, 643 = WuM 2014, 333 = NZM 2014, 429.

und Zuverlässigkeit des potentiellen Mieters ein gewisses Bild zu machen; es 86
handelt sich auch nicht um Fragen, die den persönlichen oder intimen Lebensbereich des Mieters betreffen und aus diesem Grund unzulässig sein könnten.

Zwar hat der Mieter nach der Rechtsprechung des Senats keinen Anspruch gegen seinen bisherigen Vermieter auf Ausstellung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung⁴⁰⁵. Dies führt aber nicht dazu, dass der neue Vermieter vor Abschluss eines Mietvertrages eine diesbezügliche Bescheinigung vom Mietinteressenten nicht erbitten und dieser eine solche Bescheinigung fälschen dürfte.

15.4.2 Kündigung wegen unzulässiger Untervermietung

Der Vermieter kann nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB nur kündigen, wenn die unberechtigte Gebrauchsüberlassung im Zeitpunkt der Kündigung noch fortbesteht. Hat der Mieter seinerseits dem Untermieter zur Beseitigung der Untervermietung gekündigt, kommt es darauf an, ob dem Vermieter zumutbar ist, bis zur tatsächlichen Beendigung der Untervermietung abzuwarten. Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn der Untermieter erklärt hat, nicht ausziehen zu wollen, so dass der Mieter zunächst eine Räumungsklage führen müsste.

Hat der Mieter aber seinerseits einen Räumungsprozess gegen den Untermieter angestrengt, in dem er einen Räumungsvergleich mit einer viermonatigen Ziehfrist schließt, liegen die Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht vor⁴⁰⁶.

15.4.3 Überzogene Minderung

Die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs ist ausgeschlossen, wenn sich der Mieter unverschuldet zur Minderung berechtigt gehalten hat und so in Rückstand mit der Zahlung der Miete geraten ist⁴⁰⁷. Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, solange sich der Mieter auf einen Mangel der Mietsache berufe, könne der Vermieter nicht kündigen; der Streit über das Minderungsrecht sei im Verfahren der Leistungsklage auszutragen⁴⁰⁸.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden⁴⁰⁹. Auch im Wohnraummietrecht sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere besteht kein Grund, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen mildereren Sorgfaltsmaßstab anzulegen⁴¹⁰. Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen - wie z.B. der Ursache einer Schimmelpilzbildung angesiedelten Irrtums - ist eine geänderte Beurteilung nicht gerechtfertigt⁴¹¹. Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat; zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wäre es gerechtfertigt, die bloße Einschätzung, z.B. ein Schimmelbefall

⁴⁰⁵ BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 Rz. 18 ff.

⁴⁰⁶ BGH v. 4.12.2013 - VIII ZR 5/13, WuM 2014, 27.

⁴⁰⁷ LG Frankfurt v. 14.11.2003 - 2 - 11 S 326/02, NZM 2004, 297; LG Kassel v. 08.11.1994 - 1 T 61/94, ZMR 1996, 90; LG Görlitz v. 28.9.1994 - 2 S 48/94, WuM 1994, 601, 602;

⁴⁰⁸ LG Berlin v. 22.2.2007 - 62 S 277/05, GE 2007, 1486; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 103 f.

⁴⁰⁹ BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161 = ZMR 2012, 1161 m. Anm. *Schläger* ZMR 2013, 178.

⁴¹⁰ BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103 Rz. 25 ff.

⁴¹¹ vgl. BGH v. 27.9.1989 - IVa ZR 156/88, NJW-RR 1990, 160, 161.

sei auf einen vom Vermieter zu vertretenden Baumangel zurückzuführen, für 87 eine Entschuldigung des Mieters ausreichen zu lassen, liefe dies darauf hinaus, dass sich die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte⁴¹². Für eine derartige Privilegierung des Mieters besteht kein Anlass, zumal er nicht mindern muss. Denn der Mieter kann den Minderungsbetrag, den er für angemessen hält, unter dem einfachen, lediglich die Wirkungen des § 814 BGB ausschließenden Vorbehalt der Rückforderung an den Vermieter zahlen, so dass ihm die Möglichkeit bleibt, eine gerichtliche Klärung seiner Rechte herbeizuführen, ohne dem Risiko einer fristlosen Kündigung ausgesetzt zu sein.

16 Rückgabe

16.1 Ausschlusswirkung der Rückgabe

Einem Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Verschlechterung der Mietsache (§ 280 Abs. 1 BGB) besteht nicht, wenn er die Mietsache vorbehaltlos abnimmt⁴¹³. Denn es ist anerkannt, dass bei Bescheinigung des Vermieters im Abnahmeprotokoll bezüglich der Mangelfreiheit der Mietsache es dem Vermieter versagt ist, sich später auf bestehende Mängel, die dieser hätte wahrnehmen können, zu berufen⁴¹⁴. Entsprechendes wird angenommen, wenn es nicht zur Erstellung eines Übergabeprotokolls kommt, der Vermieter aber nach Übergabe der Mietsache und Abnahme des Zustandes der Mietsache keinerlei Vorbehalte mehr macht⁴¹⁵.

Ob der Vermieter die Mietsache allerdings "vorbehaltlos" abgenommen hat, beruht auf tatsächlichen Feststellungen, nämlich auf dem Erklärungswert des Verhaltens des Vermieters im Einzelfall⁴¹⁶. Der rechtliche Gehalt der Rückgabe einer Mietsache, die mit Feststellung ihres Zustands verbunden ist, ist daher durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln⁴¹⁷. Deshalb kann es ausreichen, dass der Vermieter der Wohnung anlässlich der Rückgabe erklärt, die Wohnung sei "in Ordnung"⁴¹⁸ und der Mieter könne sich die Kautions in ein bis zwei Tagen abholen⁴¹⁹.

Rechtsgrundlage des Abschneidens von Ansprüchen des Vermieters nach vorbehaltloser Rücknahme einer Mietwohnung kann im Einzelfall ein Erlassvertrag, eine Verzichtserklärung bzw. ein negatives Schuldanerkenntnis im Sinne von § 397 Abs. 2 BGB sein, unter Umständen auch ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis oder ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB sein⁴²⁰.

⁴¹² BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161.

⁴¹³ KG v. 13.2.2003 - 8 U 371/01, GE 2003, 524.

⁴¹⁴ vgl. BGH v. 10.11.1982 - VIII ZR 22/81, BGHZ 85, 267 = NJW 1983, 446, unter VI = juris, Rz. 32.

⁴¹⁵ vgl. hierzu *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., II Rz. 434; LG Mannheim, WuM 1975, S. 119, Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V A Rz. 193.

⁴¹⁶ OLG Hamm v. 10.5.2012 - 28 U 166/11, ZMR 2012, 864.

⁴¹⁷ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 BGB Rz. 55.

⁴¹⁸ LG Berlin v. 7.5.1999 - 63 S 446/98, GE 1999, 1053.

⁴¹⁹ LG Mannheim v. 21.3.1974, WuM 1975, 118, 119.

⁴²⁰ Nachweise bei Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 BGB Rz. 55; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XIII 33 f.; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 538 Rz. 6; *Lehmann-Richter*, ZMR 2006, 833 f.

Ein Erklärungswert, der die Voraussetzungen einer dieser Rechtsgrundlagen erfüllt, ist nicht festzustellen, nur weil der Vermieter den Zustand der Mietsache gesichtet hat⁴²¹ und keine Erklärung in der Art abgibt, dass die Wohnung "in Ordnung" sei oder ähnlich. Dies gilt selbst dann, wenn der Vermieter verbal nichts bemängelt oder nur wenig verbal beanstandet (z.B. Matratze, loser Dreck auf einem neuen Teppich, Ausgestaltung des Bades), aber schriftlich nichts festgehalten wird, aber zahlreiche Fotografien des Zustands der Mietsache gefertigt werden. Fertigt der Vermieter bei Rückgabe der Mietsache Lichtbilder der Mietsache, kann der Mieter dem regelmäßig nicht den Erklärungswert beimessen, dass der Vermieter keine Ansprüche wegen des Zustands der Mietsache verfolgen will⁴²². Denn das Anfertigen von Fotografien dient in einer solchen Situation typischerweise zu Beweis Zwecken. Denn Sinn und Zweck dessen ist es, den Zustand der Mietsache möglichst beweissicher festzuhalten.

16.2 Räumungspflicht des Zwischenvermieters

Hat der Vermieter das Mietverhältnis mit dem Zwischenvermieter gekündigt, könnte ein Räumungsanspruch nach § 546 BGB in Betracht kommen. Diese Auffassung kann sich zwar auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stützen, die auf mangelnden Kündigungsschutz abstellt, wenn der Endmieter wusste, dass ein Zwischenmietverhältnis besteht⁴²³. Diese Rechtsprechung ist jedoch mit der Einführung des § 549 a BGB a.F. durch das Vierte Mietrechtsänderungsgesetz vom 21. Juli 1993⁴²⁴, der mit geringfügigen Wortlautänderungen als § 565 BGB übernommen worden ist⁴²⁵, überholt. Denn seitdem rückt bei gewerblicher Weitervermietung von Wohnraum der Vermieter im Falle der Beendigung des Hauptmietverhältnisses als Vermieter in das Mietverhältnis mit dem Endmieter ein.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 565 BGB liegen hier vor⁴²⁶. Die Vertragsparteien hatten ein Mietverhältnis mit dem Zweck abgeschlossen, dass der Zwischenvermieter die Wohneinheiten als Wohnraum weitervermieten sollte. Dass diese Weitervermietung im Rahmen des "betreuten Wohnens" erfolgen sollte und erfolgte, steht dem nicht entgegen. Damit gegebenenfalls verbundene Betreuungsleistungen sind weder Bestandteil des ursprünglichen Gesamtmietvertrags zwischen Bauträger und dem Zwischenvermieter, in den die Wohnungseigentümer auf Vermieterseite eingetreten sind, noch des zwischen dem Zwischenvermieter und den Endmietern abgeschlossenen Mietvertrags die Wohnung Nr. 7 betreffend.

16.3 Gemeinnütziger Zwischenmieter mit Gewinnabsicht

Die Entstehungsgeschichte des § 565 BGB zeigt, dass der Gesetzgeber allein den Fall der gewerblichen Weitervermietung im Sinne einer geschäftsmäßigen, auf Dauer gerichteten, mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübten Vermietungstätigkeit des Zwischenvermieters regeln wollte. Denn durch die Einfügung des § 549a BGB a.F. sollte nicht der Kündigungsschutz im Verhältnis zwischen Eigen-

⁴²¹ OLG Hamm v. 10.5.2012 - 28 U 166/11, ZMR 2012, 864

⁴²² OLG Hamm v. 10.5.2012 - 28 U 166/11, ZMR 2012, 864

⁴²³ BGHZ 114, 96 = NJW 1991, 1815; BGHZ 84, 90 = NJW 1982, 1696.

⁴²⁴ BGBl. I S. 1257; vgl. BT-Drucks. 12/5342 S. 3.

⁴²⁵ BT-Drucks. 14/4553 S. 63.

⁴²⁶ BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, GE 2013, 1648.

tümer und Untermieter neu begründet werden, sondern es sollten ausschließ- **89**
lich die mietrechtlichen Konsequenzen der zum Bauherrenmodell ergangenen
Entscheidung des BVerfG vom 11.06.1991⁴²⁷ klargestellt werden, nach welcher gemäß
Art. 3 GG auch einem Mieter, der Wohnraum von einem gewerblichen Zwischenmieter
gemietet hat, der Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zusteht⁴²⁸.

Handelt es sich bei dem Zwischenmieter um einen karitativen, gemeinnützigen Verein,
der ideelle Zwecke verfolgt, fehlt es am Merkmal der gewerblichen Weitervermietung⁴²⁹.

Insbesondere ein Verein, der in Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben an von ihm
betreute Personen Wohnraum vermietet, betreibt keine gewerbliche Weitvermietung,
und auch eine analoge Anwendung des § 565 BGB ist jedenfalls in dieser Fallgestaltung
mangels einer der gewerblichen Weitervermietung vergleichbaren Interessenlage nicht
möglich⁴³⁰. Zwar steht der Endmieter, der von einem karitativen Verein mietet, welcher
seinerseits nur Zwischenmieter ist und die Weitvermietung in Erfüllung seiner satzungsmäßigen
Aufgaben vornimmt, bei Kündigung des Hauptmietverhältnisses schlechter als
der Mieter, der entweder vom Eigentümer selbst oder von einem gewerblichen Zwi-
schenmieter mietet, weil er anders als dieser im Verhältnis zum Eigentü-
mer/Hauptvermieter keinen Kündigungsschutz genießt. Auch ist das Schutzbedürfnis der
betroffenen Nutzergruppe nicht geringer als dasjenige der Mieter, für die der Kündi-
gungsschutz des sozialen Mietrechts gilt.

Jedoch ist die Ungleichbehandlung der Endmieter in diesen Fällen sachlich gerechtfertigt⁴³¹.
Ob eine Schlechterstellung einer bestimmten Mietergruppe durch Gründe gerechtfertigt
ist, die vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben, kann nach der Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts⁴³² nur mit einem Blick auch auf die Interessen des Eigentümers
beantwortet werden; sozialer Mieterschutz und entgegenstehende Interessen des Eigen-
tümers stehen nicht in einem Regel-Ausnahmeverhältnis zueinander, sondern es sind die
beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen.

Zur Abwägung dieser Interessen führt der BGH⁴³³ sodann weiter aus:

„Bei der typischen gewerblichen Zwischenvermietung fehlt es an einem dem sozialen
Mieterschutz entgegenstehenden Interesse des Eigentümers, weil dieser lediglich aus ei-
genen Interessen, sei es an Steuervorteilen, sei es an einer Verwaltungsvereinfachung,
den Weg der gewerblichen Zwischenvermietung wählt und seine Wohnung ebenso dem
allgemeinen Wohnungsmarkt zur Verfügung stellt wie bei einer unmittelbaren Vermietung
an den Endmieter.

⁴²⁷ BVerfGE 84, 179 = NJW 1991, 2272.

⁴²⁸ BGH, NJW 2003, 3054; BGHZ 133, 142 = NJW 1996, 2862 (2863).

⁴²⁹ Erman/*Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 565 BGB Rz 5; Bamberger/Roth/*Herrmann*, 3. Aufl., § 565 BGB Rz 5;
Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 565 BGB Rz 9.

⁴³⁰ BGHZ 133, 142 = NJW 1996, 2862 (2863); KG v. 23.08.2012 - 8 U 22/12, GE 2012, 1559 Tz. 60 ff für „be-
treutes Wohnen“.

⁴³¹ KG v. 6.1.2014 - 8 U 83/13, MDR 2014, 645 = GE 2014, 935.

⁴³² BVerfG, NJW 1993, 2601; NJW 1991, 2272 (2273).

⁴³³ BGHZ 133, 142 = NJW 1996, 2862 (2864).

Die Vermietung an einen Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Versorgung von betreuungsbedürftigen Jugendlichen mit Wohnraum gehört, mag ebenfalls den Interessen des Eigentümers entgegenkommen, der mit dem Verein einen zuverlässigen und zahlungskräftigen Mieter erhält. Überlässt der Eigentümer dem Verein die Auswahl der Person des Endmieters und die Vereinbarung der Bedingungen, die im Verhältnis des Vereins zum Endmieter gelten sollen, dient sie jedoch mindestens gleichgewichtig originären Interessen des Vereins, der durch solche Mietverhältnisse erst die Möglichkeit erhält, seine satzungsmäßige Aufgabe der Betreuung von Jugendlichen zu erfüllen. Sie liegt weiter im Interesse der betreuten Personengruppe, die auf dem freien Wohnungsmarkt erfahrungsgemäß eher geringe Chancen hat, Wohnraum zu finden. Letzteres ist zugleich ein Indiz dafür, dass der Eigentümer ohne Zwischenschaltung des Vereins nicht an den betroffenen Endmieter vermietet hätte. Vielmehr bildet die Einschaltung des Vereins regelmäßig die Grundlage dafür, dass der Eigentümer bereit ist, seine Wohnung gezielt einem auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt eher benachteiligten Personenkreis zur Verfügung zu stellen. .. Der Eigentümer hat deshalb ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, die Nutzung der Wohnung durch vom Verein betreute Personen an den Fortbestand des Hauptmietverhältnisses zu binden. Diese Umstände rechtfertigen es, im Unterschied zu anderen Fällen der Zwischenvermietung dem Endmieter hier gegenüber dem Eigentümer den Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zu versagen.“

Diese Ausführungen des BGH sind auch im vorliegenden Fall einschlägig⁴³⁴. Der Zwischenmieter (A... e.V.) verfolgt nach seiner Satzung nicht wirtschaftliche, sondern ausschließlich gemeinnützige und mildtätige Zwecke. Sein Zweck ist nach der Satzung die Förderung der Jugendhilfe, die Unterstützung hilfsbedürftiger Personen, die Förderung der Fürsorge für Strafgefangene und ehemalige Strafgefangene und deren Angehörige, sowie die Förderung der Hilfe für Obdachlose und Migranten. Die Ziele sollen durch ambulante Betreuung der genannten Personengruppen, insbesondere durch Sozialarbeiter, erreicht werden. Dort heißt es weiter:

„Die Förderung der Hilfe für Migranten bezieht sich insbesondere auf die hier lebenden Roma und Sinti, die teilweise mit ihren Kindern in öffentlichen Parks unter völlig desolaten hygienischen Zuständen leben. Auch hier wird der Verein mittels Beratung u. Begleitung versuchen, die Lebensbedingungen dieser Menschen zu verbessern und sie in adäquaten Wohnraum zu vermitteln.

Der Satzungszweck wird insbesondere verwirklicht durch:

die Anmietung von Wohnraum um die KlientInnen im Rahmen des betreuten Einzelwohnen ambulant bzw. in einer sozialpädagogischen Wohngemeinschaft stationär zu betreuen.“

Danach sollte der Wohnraum vom Hauptmieter A... e.V. zur Versorgung von Personengruppen dienen, die auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt erfahrungsgemäß geringe Chancen haben, Wohnraum zu finden, und die vom Verein betreut werden sollten. Die Klägerin als Eigentümerin hatte ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, die Nutzung

⁴³⁴ KG v. 6.1.2014 - 8 U 83/13, MDR 2014, 645 = GE 2014, 935.

der Wohnung an den Fortbestand des Hauptmietverhältnisses zu binden. Es **91** kann nicht angenommen werden, dass sie ohne Zwischenschaltung des Vereins, der vermeintlich auf die Mieter durch Betreuung Einfluss nahm und die Mietzahlungen aus öffentlichen Kassen sicherstellte, unmittelbar an eine der in der Satzung genannten Personengruppen bzw. speziell an die Beklagten vermietet hätte.

Die Interessenlage des vorliegenden Falles rechtfertigt somit⁴³⁵ keine analoge Anwendung des § 565 BGB dahin, dass ein Vertragseintritt trotz fehlender gewerblicher Tätigkeit des Zwischenmieters erfolgt⁴³⁶.

Eine Anwendung des § 565 BGB folgt nicht daraus, dass der A... e.V. offenbar seine satzungsmäßigen Aufgaben missachtet und die Wohnung (sowie weitere 72 Wohnungen) mit einem Gewinnaufschlag weitervermietet und (nach der Behauptung des Endmieters) tatsächlich keine Betreuungsleistungen zugunsten der Endmieter entfaltet hat.

Nicht nur nach dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch nach ihrem Zweck, die vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) erfolgte Interessenabwägung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf eine Gewährung von sozialem Mieterschutz in Fällen der Zwischenvermietung nachzuvollziehen, kann die eigenmächtige Abweichung des Zwischenmieters von den für den Eigentümer bei Abschluss des Hauptmietvertrags erkennbaren Umständen weder eine direkte noch eine analoge Anwendung des § 565 BGB rechtfertigen. Denn sein schutzwürdiges Interesse, nicht kraft Gesetzes ein Mietverhältnis mit Personen eingehen zu müssen, an die er ohne Zwischenschaltung des Hauptmieters nicht vermietet hätte, wird durch das vertragswidrige Verhalten des Zwischenmieters nicht berührt. Umgekehrt konnten die Beklagten bei der Anmietung von dem eine gemeinnützige Tätigkeit und Betreuung versprechenden A... e.V. nicht damit rechnen, dass sie Mieterschutz gegenüber der Klägerin genossen. Wollte man das für beide Seiten unvorhersehbare Verhalten des Vereins der Anwendung von § 565 BGB zugrunde legen, würde das eine unberechtigte Verschlechterung der Rechtsstellung der Klägerin und eine ebenso sachlich nicht gerechtfertigte Verbesserung der Rechtsstellung der Beklagten darstellen.

Für eine Absicht der Vermieterin, im Zusammenwirken mit dem A... e.V. den Mieterschutz zu umgehen, ist nichts ersichtlich. Schon die unstreitigen Mietausfälle legen nahe, dass sie von den Machenschaften des Vereins ebenfalls überrascht wurde.

17 Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB

17.1 Vorenthalten und Rückbau

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs. 1 BGB liegen vor, wenn der Mieter dem Vermieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses vorenthält. Vorenthalten bedeutet die Nichterfüllung der Rückgabepflicht

⁴³⁵ anders als ggf. im Fall der Vermietung an einen gemeinnützigen Verein, der Wohnraum an seine Mitglieder, die Künstler sind, weitervermietet, vgl. BGH NJW 2003, 3054.

⁴³⁶ zu einer analogen Anwendung des § 565 BGB in solchen Fällen: *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 10. Aufl., § 565 BGB Rz. 4; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 565 BGB Rz. 14 f.

aus § 546 Abs. 1 BGB gegen den Willen des Vermieters⁴³⁷. Die Rückgabepflicht 92 erfüllt der Mieter, wenn er die Mietsache räumt und die Verfügungsgewalt über sie vollständig aufgibt, bei Räumen in der Regel durch Schlüsselübergabe und vollständiger Entfernung der Sachen des Mieters. In welchem Zustand sich die Mietsache bei der Rückgabe befindet, ist für die Rückgabe selbst grundsätzlich ohne Bedeutung. Deshalb kann allein darin, dass der Mieter dem Vermieter die Räume in verwahrlostem Zustand oder mit von ihm zu beseitigenden Einrichtungen versehen überlässt, keine Vorenthaltung gesehen werden⁴³⁸. Hat die Räumung stattgefunden, befindet sich die Mietsache aber nicht in vertragsgerechtem Zustand, gerät der Vermieter in Annahmeverzug, wenn er die Rücknahme verweigert⁴³⁹. Nur ausnahmsweise kann der Umstand, dass der Mieter Einrichtungen in der Mietsache nicht entfernt, der Annahme einer Rückgabe entgegenstehen und damit eine Vorenthaltung begründen, wenn wegen des Belassens der Einrichtungen nur eine teilweise Räumung des Mietobjektes anzunehmen ist⁴⁴⁰. Einer Vorenthaltung der Mietsache steht dies nur gleich, wenn hierdurch eine anschließende Nutzung durch den Vermieter vollständig verhindert wird⁴⁴¹. Da die Nutzungsentschädigung als Ausgleich für die nachvertragliche Leistung des Vermieters der Möglichkeit der weiteren Nutzung durch den Mieter dienen soll und gerade keinen Schadensersatzanspruch darstellt, muss eine nicht nur unerhebliche Weiternutzung durch den Mieter vorliegen. Andernfalls liegt nur eine Schlechterfüllung der Rückgabepflicht vor, die zu Schadensersatzansprüchen führen kann, den Vermieter jedoch nicht zur Ablehnung der Rücknahme berechtigt⁴⁴². Ob die Mietsache in diesem Sinne geräumt ist oder nicht, hängt von den konkreten Umständen ab und bedarf tatrichterlicher Feststellung im Einzelfall⁴⁴³.

Gemessen an diesen Maßstäben ist eine Vorenthaltung durch den Beklagten nicht gegeben, wenn der Mieter die auf seine Veranlassung eingezogenen Zwischenwände und die eingebauten Bäder/WC´s nicht entfernt und damit gegen seine vertragliche Rückbaupflicht verstößt⁴⁴⁴. Auch wenn der Rückbau Kosten in nicht unerheblicher Höhe erfordert, nämlich 32.000.00 €, ist nicht von einer nur teilweisen Räumung auszugehen. Denn durch den unterlassenen Rückbau wird der Vermieter nicht daran gehindert, das Mietobjekt in Besitz zu nehmen, zu nutzen und aus dieser Nutzung Einnahmen zu erzielen. Eine solche Nutzung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Vermieter einzelne Räume an Senioren weiter vermietet und der Mieter seinen Besitz an den Mieträumen vollständig aufgegeben hat. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass der unterlassene Rückbau der Zwischenwände und Bäder einer Weitervermietung als Büroräume in einem Ausmaße entgegenstehen würde, dass dies einer Vorenthaltung der Mietsache gleich kommen würde.

⁴³⁷ vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1119.

⁴³⁸ vgl. BGH WM 1974, 260, 261; BGHZ 86, 204, zitiert nach juris, Rz. 14; BGHZ 104, 285, zitiert nach juris, Rz. 13.

⁴³⁹ vgl. BGH WM 1974, 260, 261; OLG Düsseldorf, NZM 2002, 742; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 23.

⁴⁴⁰ vgl. BGHZ 104, 285.

⁴⁴¹ vgl. OLG Brandenburg, ZMR 1997, 584.

⁴⁴² vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546a BGB Rz. 40 und § 546 BGB Rz. 48; MünchKomm/*Bieber*, 6. Aufl., § 546a BGB Rz. 6; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1126; Lindner-Figura/*Oprée/Stellmann*, Gewerberaummietrecht, Kap. 16 Rz. 84.

⁴⁴³ vgl. BGHZ 86, 204, 211.

⁴⁴⁴ OLG Brandenburg v. 16.7.2013 - 6 U 11/12, GE 2014, 252.

Gibt der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete verlangen (§ 546a Abs. 1 BGB). Rückgabe der Mietsache bedeutet Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Zur Rückgabe von Mieträumen gehört außer der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt auch die Räumung⁴⁴⁵. Dabei hat der Mieter auch solche von ihm eingebrachte Sachen zu entfernen, die durch einen Brand zerstört worden und von denen nur noch Brandreste vorhanden sind⁴⁴⁶. Nimmt der Mieter nur eine teilweise Räumung des Mietobjekts vor, hat dies, da Teilleistungen des Mieters bei Erfüllung der Rückgabepflicht unzulässig sind, zur Folge, dass - wenn sich aus dem Vertrag nichts Gegenteiliges ergibt - dem Vermieter die gesamte Mietsache vorenthalten wird. Bleiben nur einzelne Gegenstände zurück, kann im Einzelfall dennoch anzunehmen sein, dass der Mieter seine Räumungspflicht erfüllt hat⁴⁴⁷.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist von einer nur teilweisen Räumung des Mieters auszugehen, wenn der Mieter verbrannte Einrichtungsgegenstände zurücklasst⁴⁴⁸. Die vom Vermieter abgeschlossene Wohngebäudeversicherung ändert nichts am Vorliegen der Voraussetzungen des § 546a Abs. 1 BGB. Allerdings sind in dieser Gebäudeversicherung die infolge des Versicherungsfalles notwendigen Kosten für das Aufräumen und den Abbruch von versicherten Sachen mitversichert (§ 2 Nr. 1 Buchst. a VGB 2003). Es kann dahingestellt bleiben, ob hiervon auch die auf die Beseitigung der durch den Brand unbrauchbar gewordenen - an sich nicht zu den versicherten Sachen gehörenden - Möbel des Mieters entfallenden Kosten umfasst sind. Denn dies änderte nichts daran, dass zunächst der Mieter verpflichtet ist, für eine vollständige Beseitigung der von ihr eingebrachten Möbel zu sorgen⁴⁴⁹.

Eine Vorenthaltung der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses (§ 546a Abs. 1 BGB) ist auch nicht zweifelhaft, wenn der Vermieter zwar Zugang zur Wohnung hat, der Mieter aber die Schlüssel der Wohnung nicht herausgibt. Denn eine Vorenthaltung ist selbst dann anzunehmen, wenn der Mieter zwar - wie hier noch nicht einmal der Fall - seine Sachen aus den Räumen entfernt, die Schlüssel aber zurückbehält⁴⁵⁰. Dies gilt selbst dann, wenn

die Feuerwehr das Schloss der Haustür aufgebrochen und ausgetauscht hat und in der Folgezeit eine vom Vermieter beauftragte Firma mit einem Schlüssel in das Mietobjekt gelangt ist⁴⁵¹. Denn Voraussetzung für eine Rückgabe der Mietsache im Sinne des § 546a Abs. 1 BGB ist die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch den Mieter in der Wei-

⁴⁴⁵ BGH v. 11.5.1988 - VIII ZR 96/87, BGHZ 104, 285, 288; BGH v. 5.10.1994 - XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156, 165; jeweils m.w.N.

⁴⁴⁶ vgl. BGH v. 19.10.1995 - IX ZR 82/94, BGHZ 131, 95, 100; OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2006, 493, 494; jeweils m.w.N.

⁴⁴⁷ BGH v. 11.5.1988 - VIII ZR 96/87, BGHZ 104, 285, 289 m.w.N.; BGH v. 5.10.1994 - XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156, 166 f.

⁴⁴⁸ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

⁴⁴⁹ vgl. OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2006, 493, 494; vgl. auch BGH v. 19.10.1995 - IX ZR 82/94, BGHZ 131, 95, 100; jeweils m.w.N.

⁴⁵⁰ BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, WuM 2010, 688 Rz. 55 m.w.N.

⁴⁵¹ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

se, dass der Vermieter ungestört über die Mietsache verfügen kann⁴⁵². Eine solche Verschaffung der alleinigen Sachherrschaft der Klägerin ergibt sich indes aus dem Vorbringen der Revision nicht. Für eine Rückgabe der Mietsache nach § 546a Abs. 1 BGB reicht es nicht aus, wenn der Vermieter neben dem Mieter und ohne dessen Zutun einen Zugang zur Wohnung erhält.

94

17.3 Inanspruchnahme von Mieter und Untermieter

Gegen den Untermieter besteht kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung, da er mit dem Mieter über einen Mietvertrag und nicht mit dem Vermieter verbunden ist/war. Ist der Vermieter zugleich Eigentümer kann er mit Eintritt der Bösgläubigkeit des Untermieters einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen geltend machen, der sich nach den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses bestimmt. Nach gefestigter Rechtsprechung finden die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB auf den Besitzer, dessen ursprüngliches Besitzrecht entfallen ist, und damit auch auf den infolge des Wegfalls des Hauptmietvertrags nicht mehr zum Besitz berechtigten Untermieter oder sonstigen Nutzer Anwendung⁴⁵³.

Für den Anspruch nach § 987, § 990 Abs. 1 BGB kommt es darauf an, in welchem Umfang der Untermieter Besitz an der herauszugebenden Sache hatte⁴⁵⁴.

Soweit vereinzelt vertreten wird, dass die von dem Untermieter herauszugebenden Nutzungen sich nicht auf die von ihm genutzten Räume beschränkten⁴⁵⁵, kann dem nicht gefolgt werden. Die hierfür gegebene Begründung, dass eine Wohnung ebenso wie ein Einfamilienhaus nur als Einheit zurückgegeben werden könne, hat im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 990 Abs. 2, § 286 BGB ihre Berechtigung; auf Ansprüche nach § 987, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt sie sich jedoch nicht übertragen⁴⁵⁶. Gibt ein unmittelbarer Besitzer eines Raums einer Wohnung diesen nicht heraus und ist es dem Eigentümer nicht zumutbar, nur Teile der Wohnung zu vermieten, setzt der unmittelbare Besitzer des Raums die Ursache dafür, dass die gesamte Wohnung nicht vermietet werden kann und daher ein entsprechender Mietausfallschaden entsteht⁴⁵⁷. Im Rahmen der § 987, § 990 Abs. 1 BGB geht es demgegenüber um von dem Besitzer gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen. An Räumlichkeiten, an denen kein Besitz besteht, können Nutzungen nicht gezogen werden⁴⁵⁸.

Der Untermieter durch ein gegen ihn ergangenes Räumungsurteil nicht daran gehindert, einen Besitz an sämtlichen Räumen in Abrede zu stellen⁴⁵⁹. Durch die Rechtskraft des Räumungsurteils steht nicht fest, in welchem Umfang der Untermieter Besitz an den herauszugebenden Räumen hatte. Ebenso wenig wie bei der auf § 985 BGB gestützten Räu-

⁴⁵² vgl. BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, WuM 2010, 688; Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rz. 28.

⁴⁵³ vgl. BGH v. 3.6.2005 - V ZR 106/04, NZM 2005, 830; BGH v. 19.10.1995 - IX ZR 82/94, BGHZ 131, 95, 102 jeweils m.w.N.

⁴⁵⁴ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, GE 2014, 739 = IMR 2014, 230.

⁴⁵⁵ OLG Düsseldorf, ZMR 2010, 755 f.

⁴⁵⁶ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, IMR 2014, 230.

⁴⁵⁷ OLG Köln, NJW 1961, 30; OLG Hamburg, ZMR 1958, 298; LG Kiel, WuM 1995, 540.

⁴⁵⁸ vgl. BGH v. 6.11.1968 - V ZR 85/65, WPM 1968, 1370 (1371).

⁴⁵⁹ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, IMR 2014, 230.

mungsklage rechtskräftig über das Eigentum entschieden wird⁴⁶⁰, kann dem Räumungsurteil eine Bindungswirkung dahingehend entnommen werden, in welchem Umfang der Beklagte Besitzer der herauszugebenden Sache war. 95

Der Untermieter und der Mieter können hinsichtlich des Zahlungsanspruchs wie Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden⁴⁶¹.

Der Eigentümer kann unter den Voraussetzungen der § 987, § 991 BGB den mittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Rechtsfrüchte - wie etwa den Mietzins oder eine Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB aus dem Untermietverhältnis - in Anspruch nehmen. Von dem unmittelbaren Besitzer kann der Eigentümer unter den Voraussetzungen der § 987, § 990 BGB die tatsächlich gezogenen Nutzungen, also den objektiven Mietwert der innegehabten Räume⁴⁶², verlangen. Zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer liegt in diesen Fällen keine Gesamtschuld vor⁴⁶³. Die Ansprüche haben jeweils einen anderen Inhalt. Sie decken sich bei einer Abweichung des objektiven Mietwerts von dem jeweils vereinbarten Mietzins auch nicht in ihrer Höhe⁴⁶⁴. Der Eigentümer wiederum darf keine doppelte Befriedigung erlangen⁴⁶⁵.

Der BGH⁴⁶⁶ hat dem Eigentümer daher ein Wahlrecht eingeräumt, welchen Schuldner er in Anspruch nehmen will. Dieses Wahlrecht ist aber noch nicht dadurch endgültig ausgeübt, dass er einen der Schuldner verklagt. Vielmehr hat es der BGH zugelassen, dass der Eigentümer nach der erfolglosen Inanspruchnahme eines Besitzers auch noch gegen den anderen Besitzer vorgeht. Mit der bloßen Inanspruchnahme des einen Schuldners erlischt die Haftung des anderen nicht; jeder von ihnen haftet vielmehr weiter, solange der Eigentümer nicht in voller Höhe befriedigt ist.

Die Gefahr einer unstatthaften doppelten Befriedigung ist allerdings auch dann nicht gegeben, wenn der Eigentümer zugleich beide Besitzer - sowohl den mittelbaren als auch den unmittelbaren - in Anspruch nimmt und sichergestellt ist, dass er die Leistung - wie bei einer Gesamtschuld - nur einmal beanspruchen kann. Insoweit sind die §§ 421 ff. BGB entsprechend heranzuziehen⁴⁶⁷. Diese Analogie liefert über die entsprechende Anwendung des § 422 Abs. 1 BGB die Begründung dafür, dass die Erfüllung durch einen Schuldner auch zugunsten des anderen wirkt. Auch erscheint die entsprechende Heranziehung des § 426 BGB für den Ausgleich zwischen den Schuldnern sachgerechter als die Heranziehung der Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung, auf die sich der Innenausgleich ansonsten beschränkte⁴⁶⁸. Zudem führt die Analogie zu §§ 421 ff. BGB zu prozessökonomischen Ergebnissen. Würde eine Inanspruchnahme des Mieters und des Untermieters nur zugelassen, wenn die Zwangsvollstreckung des Vermieters gegen den Mieter fruchtlos

⁴⁶⁰ vgl. BGH v. 13.11.1998 - V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376 (377).

⁴⁶¹ BGH v. 14.3.2014 - V ZR 218/13, IMR 2014, 230.

⁴⁶² BGH v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NJW-RR 1998, 803 (804).

⁴⁶³ MünchKomm/Baldus, 6. Aufl., § 991 BGB Rz. 9; BeckOK BGB/Fritzsche, Edition 30, § 987 BGB Rz. 73.

⁴⁶⁴ vgl. BGH v. 12.8.2009 - XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522 Rz. 24.

⁴⁶⁵ BGH v. 6.11.1968 - V ZR 85/65, WPM 1968, 1370; RGRK/Pickart, 2. Aufl., § 991 BGB Rz. 6; Staudinger/Gursky, [2013], § 987 BGB Rz. 28; Soergel/Stadler, 13. Aufl., § 987 BGB Rz. 27; Scheuer/Emmerich in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., V.A. Rz. 168.

⁴⁶⁶ BGH v. 6.11.1968 - V ZR 85/65, WPM 1968, 1370.

⁴⁶⁷ MünchKomm/Baldus, 6. Aufl., § 991 BGB Rz. 9.

⁴⁶⁸ vgl. dazu Staudinger/Gursky, [2013], § 987 BGB Rz. 28.

bliebe und ließe sich dies noch nicht feststellen, müsste die Klage gegen den 96
Untermieter als derzeit unbegründet abgewiesen werden. Eine nur nachrangige Haftung eines der Besitzer, die zudem davon abhängig wäre, gegen welchen der Eigentümer zunächst vorgeht⁴⁶⁹, nähme diesem auch die Möglichkeit, zeitnah die Zwangsvollstreckung gegen beide zu betreiben. Schutzwürdige Schuldnerinteressen stehen dem nicht entgegen, weil die entsprechende Heranziehung der §§ 421 ff. BGB hinreichende Absicherungen bietet.

Die Vermieterin ist für den Umfang des Besitzes der Beklagten zu 1 an den Räumen zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (§ 987 BGB) oder des Eintritts ihrer Bösgläubigkeit (§ 990 Abs. 1 Satz 2 BGB) darlegungs- und beweisbelastet⁴⁷⁰.

18 Schadensersatz

18.1 Schlüsselverlust

Kann der Mieter am Ende der Mietzeit nicht alle Schlüssel zur Mietsache zurückgeben, verletzt er seine mietvertragliche Nebenpflicht zur Obhut über den nicht mehr auffindbaren Schlüssel, § 241 Abs. 2 BGB⁴⁷¹ und ist daher dem Vermieter gegenüber - grundsätzlich - zum Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 535 Abs. 1, 546 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet. Solange er dabei zum Verbleib des Schlüssels nichts vorträgt, wird sein Verschulden vermutet. Ist der Vermieter Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft, kann er als Schadensersatz vom Mieter Freistellung (Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft) verlangen, soweit er wegen des abhanden gekommenen Schlüssels seinerseits Schadensersatzansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft ausgesetzt ist.

Der Wohnungseigentümergeinschaft steht ein solcher Schadensersatzanspruch aber erst zu, wenn die Schließanlage ausgetauscht worden ist⁴⁷². Zwar besteht zwischen den Mitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft ein gesetzliches Schuldverhältnis, durch das die Verhaltenspflichten des § 14 WEG begründet werden, aber auch darüber hinaus gehende Treue- und Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB folgen können. Der Wohnungseigentümer hat im Rahmen dieser rechtlichen Sonderverbindung für das Verschulden von Hilfspersonen nach § 278 BGB einzustehen⁴⁷³. Dies gilt auch für Fremdnutzer, denen er die Wohnung überlassen hat⁴⁷⁴. So ist anerkannt, dass ein Wohnungseigentümer den übrigen Miteigentümern nach § 278 BGB für das Verschulden seiner Mieter und Untermieter haftet⁴⁷⁵.

Diese Schutz- und Obhutspflicht erstreckt sich auch auf Schließanlagen, die im Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer stehen⁴⁷⁶. Denn zwischen den Wohnungseigen-

⁴⁶⁹ vgl. OLG Hamburg, WuM 1997, 223; LG Tübingen, WuM 1990, 217 f.

⁴⁷⁰ vgl. MünchKomm/Baldus, 6. Aufl., § 985 BGB Rz. 141.

⁴⁷¹ vgl. KG, NJW-RR 2008, 1245; Flatow, NZM 2011, 660 (661); Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. VI 262a; Schmid, MDR 2010, 1367 (1369).

⁴⁷² BGH v. 5.3.2014 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 = NZM 2014, 303 = GE 2014, 659 = ZMR 2014, 626.

⁴⁷³ BGH v. 10.11.2006 - V ZR 62/06, NJW 2007, 292 Rz. 8; BGH v. 22.4.1999 - V ZB 28/98, BGHZ 141, 224, 228 f.; Armbrüster, ZMR 1997, 395 (397).

⁴⁷⁴ Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl., § 14 Rz. 45 ff.

⁴⁷⁵ BayObLG, NJW 1970, 1551; KG, NZM 2002, 869; LG Dortmund, NZM 2000, 1016; Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl., § 14 Rz. 48 m.w.N.; Kirchhoff, ZMR 1989, 323, 324; Schmid, MDR 2010, 1367 (1369).

⁴⁷⁶ vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2004, 1310; Schmid, MDR 2010, 1367 (1368).

tümern besteht eine Schutz- und Obhutspflicht hinsichtlich der im Gemeinschaftseigentum stehenden Gegenstände, §§ 14 Nr. 1 WEG, 241 Abs. 2 BGB. Zu dieser Schließanlage gehören auch die hierfür gefertigten Schlüssel. Daher ist der Vermieter als Miteigentümer gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft in gleicher Weise zur Obhut über die ihm ausgehändigten Schlüssel der Schließanlage verpflichtet wie der Mieter im Rahmen des Mietverhältnisses gegenüber dem Vermieter. Schließlich ist es denkbar, dass der Verlust des Wohnungsschlüssels einer Schließanlage aus Sicherheitsgründen den Austausch der gesamten Schließanlage erforderlich machen kann, falls eine missbräuchliche Verwendung des nicht auffindbaren Schlüssels durch Unbefugte zu befürchten ist⁴⁷⁷.

Jedoch hat die Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Vermieter keinen Anspruch auf Zahlung des für den Austausch der Schließanlage erforderlichen Geldbetrages⁴⁷⁸. Zwar kann ein Geschädigter den für die Beseitigung eines Sachschadens erforderlichen Aufwand im Hinblick auf § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich auch fiktiv abrechnen⁴⁷⁹. Dies setzt aber voraus, dass ein erstattungsfähiger Vermögensschaden entstanden ist. Hieran fehlt es im Streitfall.

Nach einer in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur teilweise vertretenen Auffassung soll der Verlust eines einzelnen, zu einer Schließanlage gehörenden Schlüssels allerdings zu einem Sachschaden an der Schließanlage führen. Denn die Sachgesamtheit "Schließanlage" sei durch den Verlust des Schlüssels und die damit verbundene Missbrauchsgefahr in ihrer Funktion beeinträchtigt. Der Eigentümer könne deshalb seinen Schaden abstrakt berechnen und die (fiktiven) Kosten eines Austausches der Schließanlage gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB als den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen⁴⁸⁰. Die Gegenmeinung sieht in dem Verlust eines Schlüssels keine Beschädigung der Schließanlage als Sachgesamtheit⁴⁸¹. Der Verlust eines nachlieferbaren Schlüssels sei kein Eingriff in die Sachsubstanz der Schließanlage. Die Mietsache erleide durch den Verlust des Schlüssels auch keine Wertminderung⁴⁸². Solange die Schließanlage nicht erneuert worden sei, bestehe kein Schaden, denn allein die Sorge, es könne mit dem verlorenen Schlüssel Missbrauch getrieben werden, sei nicht kommerzialisierbar. Der Austausch der Schließanlage sei eine Maßnahme der Schadensverhütung, für die Schadensersatz erst nach Durchführung verlangt werden könne, da sich der Geschädigte andernfalls die bloße Besorgnis weiterer Schäden in Geld bezahlen ließe.

⁴⁷⁷ Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rz. 35 m.w.N.; *Flatow*, NZM 2011, 660 (661); *Ruthe*, NZM 2000, 365; *Schach* in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 546 BGB Rz. 6; *Schmid*, MDR 2010, 1367 (1369); KG, NJW-RR 2008, 1245 (1246); LG Berlin, ZMR 2000, 535 (536); LG Münster, WuM 1989, 508; LG Mannheim, WuM 1977, 121.

⁴⁷⁸ BGH v. 5.3.2014 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 = NZM 2014, 303.

⁴⁷⁹ st. Rspr.; vgl. BGH v. 23.3.1976 - VI ZR 41/74, BGHZ 66, 239, 241 [zur Beschädigung eines Kfz].

⁴⁸⁰ KG, NJW-RR 2008, 1245 (1246); LG Münster, WuM 1989, 508; *Lützenkirchen*, Mietrecht, § 546 BGB Rz. 121.

⁴⁸¹ LG Wiesbaden, NZM 1999, 308, AG Ludwigsburg, WuM 2010 355; AG Rheinbach, NZM 2005, 822; *Ruthe*, NZM 2000, 365 (366); *Flatow*, NZM 2011, 660 (662); *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 161, 162; *Zich*, MietRB 2004, 302, 303; Schmidt/Harz/*Harsch*, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 535 BGB Rz. 284d.

⁴⁸² Kossmann/*Meyer-Abich*, Handbuch der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 94 Rz. 22.

Der letztgenannten Auffassung gibt der BGH⁴⁸³ den Vorzug. Eine Sache oder Sachgesamtheit ist nur dann beschädigt, wenn ihre Sachsubstanz verletzt ist⁴⁸⁴. Der Verlust eines Schlüssels führt aber bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht zu einer - über die hier nicht streitgegenständliche Einbuße des verlorenen Schlüssels hinausgehende - Beeinträchtigung der Sachsubstanz der Schließanlage. Dass die Schließanlage in ihrer Sicherungsfunktion beeinträchtigt ist, wenn sich Unbefugte mit dem verloren gegangenen Schlüssel Zutritt verschaffen könnten, ist keine unmittelbare Folge eines Substanzeingriffs. Dies zeigt sich schon daran, dass diese Funktionsbeeinträchtigung durch einen neu angefertigten Schlüssel und die damit verbundene Kompensation der eingebüßten Sachsubstanz nicht beseitigt werden könnte. Soweit das Berufungsgericht die durch den Verlust des Schlüssels bedingte Funktionsbeeinträchtigung als Eingriff in die "substantielle Funktionalität" der Sachgesamtheit "Schließanlage" wertet, vermennt es die Verletzung der Sachsubstanz und die Beeinträchtigung der Sicherungsfunktion der Schließanlage. Während im ersten Fall schon aufgrund der schadensrechtlichen Differenzhypothese vom Vorliegen eines Sachschadens auszugehen ist, bedarf es bei der beschriebenen Beeinträchtigung der Sicherungsfunktion einer wertenden Betrachtung unter Einbeziehung der Verkehrsauffassung, ob sich das wegen einer Missbrauchsgefahr bestehende Sicherheitsrisiko zu einem Vermögensschaden verfestigt hat. Dies ist nicht der Fall. Das rein abstrakte Gefährdungspotential stellt regelmäßig keinen erstattungsfähigen Vermögensschaden dar. Ein ersatzfähiger Schaden entsteht vielmehr erst dann, wenn sich der Geschädigte aus objektiver Sicht unter den konkret gegebenen Einzelfallumständen zur Beseitigung einer fortbestehenden Missbrauchsgefahr veranlasst sehen darf, die Schließanlage zu ersetzen, und diesen Austausch auch tatsächlich vornimmt. In einem solchen Fall hat sich das Gefährdungspotential in einer Vermögenseinbuße realisiert. An diesen Voraussetzungen fehlt es hier.

18.2 Mietausfallschaden

Der Umfang des weitergehenden Schadens i.S.v. § 546a BGB richtet sich nach §§ 249ff. BGB, insbesondere auch nach § 252 BGB. Zur Berechnung dieses Mietausfallschadens ist die Darlegung des Vermieters erforderlich, wann und zu welcher Miete das Mietobjekt bei rechtzeitiger Rückgabe hätte vermietet werden können.⁴⁸⁵ Daran ändert die Darlegungserleichterung gemäß § 252 S. 2 BGB nichts. Der Geschädigte hat Anknüpfungstatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der geltend gemachte Gewinn zu erzielen gewesen wäre. Denn die durch § 252 S. 2 BGB zugelassene Wahrscheinlichkeitsprüfung erfordert den Vortrag greifbarer Tatsachen, weil sich nur an Hand eines bestimmten Sachverhalts sagen lässt, wie sich die Dinge weiter entwickelt hätten, und dass die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Vermutung erst nach Beibringung der erforderlichen (Ausgangs- oder Anknüpfungs-)Tatsachen zum Tragen kommen kann⁴⁸⁶. Darüber hinaus ist es für die Darlegung eines durch die verspätete

⁴⁸³ BGH v. 5.3.2014 - VIII ZR 205/13, WuM 2014, 279 = NZM 2014, 303.

⁴⁸⁴ Staudinger/*Schiemann*, BGB, Neubearb. 2005, § 249 BGB Rz. 218; MünchKomm/*Oetker*, 6. Aufl., § 249 BGB Rz. 424, jeweils m.w.N.

⁴⁸⁵ BGH v. 25.1.2007 - IX ZR 216/05, MDR 2007, 798 = MietRB 2007, 114 = WPM 2007, 606.

⁴⁸⁶ BGHZ 54, 45, 55 f.; BGH v. 17.6.1998 - XII ZR 206/96, WPM 1998, 1787, unter 3 a; BGH v. 27.9.2001 - IX ZR 281/00, MDR 2002, 169 = WPM 2001, 2450, unter III 1 a.

Rückgabe der Mietsache entstandenen konkreten Mietausfallschadens sogar als **99** erforderlich angesehen worden, dass dargetan wird, wann, an wen und zu welchem Entgelt die Mietsache hätte vermietet werden können⁴⁸⁷. Allerdings ist immer auch darauf hingewiesen worden, dass sich eine feste Regel nicht aufstellen lässt, sondern vieles von den Umständen des jeweiligen Falles abhängt und deshalb die Beurteilung einer hinreichenden Schadenswahrscheinlichkeit Aufgabe des Tatrichters ist⁴⁸⁸.

Mit Rücksicht darauf genügt der Vermieter den Anforderungen an die Darlegungslast nicht, wenn er lediglich zwei in einem Monat hervorgetretene Mietinteressenten benennt, ohne angeben zu können, ab wann diese die Wohnung überhaupt hätten anmieten wollen. Dies gilt umso mehr, wenn der Wohnungsmarkt am Ort nicht derart angespannt ist, dass allein schon aus dem Angebot der Wohnung am Markt auf deren umgehende Weitervermietung hätte geschlossen werden können⁴⁸⁹. Trägt der Vermieter aber den Anforderungen entsprechend vor, kann es nicht dahinstehen, ob der von ihm benannte Mietinteressent tatsächlich einen Mietvertrag abgeschlossen hätte⁴⁹⁰. Zwar ist es in der Tat dem Vermieter nicht zuzumuten, einen Nachfolgevertrag mit kalendermäßig bestimmtem Mietbeginn abzuschließen, wenn zunächst ungewiss ist, wann der säumige Mieter die Sache zurückgibt. Er braucht sich nicht der Gefahr auszusetzen, sich dem Nachfolgemietler gegenüber schadensersatzpflichtig zu machen⁴⁹¹. Indessen kann auch unter Berücksichtigung des § 252 BGB eine für § 286 ZPO ausreichende Wahrscheinlichkeit eines Vertragschlusses erst angenommen werden, wenn beide potentiellen Partner abschlussbereit sind.

18.3 Versicherungsrechtliche Lösung

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist der Mieter, der einen Brandschaden durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat, (regelmäßig) vor einem Rückgriff des Gebäudeversicherers (§ 86 Abs. 1 VVG) in der Weise geschützt, dass eine ergänzende Auslegung des Gebäudeversicherungsvertrages einen konkludenten Regressverzicht des Versicherers für die Fälle ergibt, in denen der Wohnungsmieter einen Brandschaden durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat⁴⁹². Der BGH hat auch bereits entschieden, dass der Vermieter im Rahmen dieser sog. versicherungsrechtlichen Lösung verpflichtet ist, den Gebäudeversicherer und nicht den Mieter auf Schadensausgleich in Anspruch zu nehmen, wenn ein Versicherungsfall vorliegt, ein Regress des Versicherers gegen den Mieter ausgeschlossen ist und der Vermieter nicht ausnahmsweise ein besonderes Interesse an einem Schadensausgleich durch den Mieter hat; verletzt der Vermieter diese Pflicht, steht dem Mieter ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung zu, den er dem Scha-

⁴⁸⁷ BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382, unter 2; OLG Düsseldorf v. 21.12.2006 - I - 10 U 80/06, 10 U 80/06, GE 2006, 327, 329; OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 - 10 U 150/01, ZMR 2003, 105.

⁴⁸⁸ BGH v. 5.5.1970 - VI ZR 212/68, MDR 1970, 752 = BGHZ 54, 45, 56 m.w.N.

⁴⁸⁹ BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, WuM 2010, 632 = GE 2010, 1265 NZM 2010, 815.

⁴⁹⁰ OLG Düsseldorf v. 8.5.2012 - -24 U 195/11, ZMR 2012, 861.

⁴⁹¹ vgl. Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Auflage, Rz. 1144

⁴⁹² BGH v. 8.11.2000 - IV ZR 298/99, BGHZ 145, 393, 397 ff.; BGH v. 12.12.2001 - XII ZR 153/99, NJW-RR 2002, 1243; BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381 unter II 2; BGH v. 13.9.2006 - IV ZR 273/05, BGHZ 169, 86 Rz. 8; BGH v. 10.11.2006 - V ZR 62/06, NJW 2007, 292 Rz. 7; BGH v. 20.12.2006 - VIII ZR 67/06, NJW-RR 2007, 684 Rz. 8; BGH v. 27.1.2010 - IV ZR 129/09, BGHZ 184, 148 Rz. 8 f.; BGH v. 10.5.2011 - VI ZR 196/10, NJW-RR 2011, 1055 Rz. 6; BGH v. 15.11.2011 - II ZR 304/09, NJW-RR 2012, 280 Rz. 11.

densersatzanspruch des Vermieters wegen seiner Obhutspflichtverletzung gemäß § 242 BGB entgegen halten kann⁴⁹³. 100

Davon für den Fall abzuweichen, dass der Mieter wegen Untauglichkeit der Mietsache zum Wohnen die Mietzahlung einstellt, ist nicht gerechtfertigt⁴⁹⁴. Insbesondere ist der Mieter nicht unter den gleichen Voraussetzungen wesentlich schlechter gestellt als im Falle der vom BGH früher vertretenen sog. haftungsrechtlichen Lösung⁴⁹⁵. Denn dem Vermieter steht auch für die Zeit bis zur Beendigung des Mietvertrages ein Anspruch auf Zahlung der Miete oder jedenfalls einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB zu und für die Zeit danach ein Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls, wofür er allerdings vorrangig seinen Gebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen hat. Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag durch ordentliche Kündigung des Mieters oder durch Mietaufhebungsvereinbarung beendet wurde. Wenn der Mieter die Zerstörung der Mietsache zu vertreten hat, ist er gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB bis zur Beendigung des Mietvertrages weiterhin zur Zahlung der Miete oder jedenfalls einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB verpflichtet⁴⁹⁶. Eine Pflicht des Vermieters zur vorrangigen Inanspruchnahme des Gebäudeversicherers besteht insoweit nicht, da es an einem Mietausfallschaden im Sinne der vom Vermieter abgeschlossenen Wohngebäudeversicherung fehlt. Denn im vorliegenden Fall sieht der vom Vermieter abgeschlossene Wohngebäudeversicherungsvertrag, dem die Allgemeinen Wohngebäude-Versicherungsbedingungen 2003 (VGB 2003) zugrunde liegen, den Ersatz des Mietausfallschadens (nur) für den Fall vor, dass der Mieter infolge eines Versicherungsfalles - hier: Wohnungsbrand - berechtigt ist, die Zahlung der Miete ganz oder teilweise zu verweigern. Eine solche Berechtigung besteht im Streitfall gerade nicht, weil der Mangel der Mietsache aus dem Risikobereich des Mieters stammt. Ein (versicherungsrechtlicher) Mietausfallschaden liegt auch insoweit nicht vor, als dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses zwar kein Mietzahlungsanspruch, aber mangels Rückgabe der Mietsache bis zur Beendigung des Mietvertrages stattdessen ein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB in Höhe der vereinbarten Miete zusteht.

Aus der Anwendung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Lösung ergibt sich aber eine Verpflichtung des Vermieters, hinsichtlich der für den Zeitraum ab der Beendigung des Mietvertrages begehrten Zahlung vorrangig seinen Wohngebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang im Anschluss an ein Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig (NJW-RR 2009, 307, 308)

Der Annahme eines Mietausfallschadens ist auch gerechtfertigt, wenn die Berechtigung des Mieters, die Mietzahlung zu verweigern, nicht unmittelbar auf dem Versicherungsfall, sondern auf einer deswegen erfolgten Kündigung des Mieters beruht. Macht der Mieter

⁴⁹³ BGH v. 3.11.2004 - VIII ZR 28/04, NJW-RR 2005, 381 unter II 3; BGH vo.10.11.2006 - V ZR 62/06, NJW 2007, 292 Rz. 7; jeweils m.w.N.

⁴⁹⁴ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

⁴⁹⁵ vgl. BGH v. 13.12.1995 - VIII ZR 41/95, BGHZ 131, 288, 292 ff.

⁴⁹⁶ vgl. OLG Düsseldorf, RuS 2004, 23; LG Frankfurt/Main, ZMR 2006, 776 und 779; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 50; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 378; *Bruck/Möller/Johannsen*, 9. Aufl., VGB 2008/2010 A, § 9 VVG Rz. 2; *Veith/Gräfe/Hoenicke*, Der Versicherungsprozess, 2. Aufl., § 2 Rz. 64.

infolge des Versicherungsfalles von einem ihm zustehenden Recht zur Kündigung des Mietverhältnisses Gebrauch, ist er ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung zur Verweigerung der Mietzahlung im Sinne der hier bestehenden Gebäudeversicherung berechtigt. Dem Vermieter entsteht mithin ein Mietausfallschaden. Der Umstand, dass der Mieter den Wohnungsbrand durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Denn auch in diesem Fall besteht grundsätzlich ein Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses.

Für den Fall einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses gilt im Grundsatz nichts anderes⁴⁹⁷. Jedenfalls dann, wenn die Parteien vor dem Hintergrund, dass der zur ordentlichen Kündigung berechtigte Mieter, erkennbar eine Beendigung des Mietverhältnisses infolge des Schadensereignisses anstrebt, das Mietverhältnis zu einem dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer möglichen ordentlichen Kündigung des Mieters entsprechenden oder zu einem späteren Zeitpunkt einvernehmlich beenden, ist von einem Mietausfall und einer Pflicht des Vermieters zur vorrangigen Inanspruchnahme des Gebäudeversicherers auszugehen. Denn es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, den Mieter in einem solchen Fall nur wegen des vorhandenen Einverständnisses des Vermieters mit der Vertragsbeendigung schlechter zu stellen, als er bei Ausübung seines Rechts zur ordentlichen Kündigung stünde.

19 Vermieterpfandrecht

Ob ein Vermieterpfandrecht erlischt, wenn Gegenstände des Mieters in anderweitig vermietete Räumlichkeiten verbracht werden, die sich auf dem Grundstück des Vermieters befinden, ist umstritten. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung, erlischt das Vermieterpfandrecht nicht, wenn der Gegenstand in andere vermietete Räumlichkeiten verbracht wird, solange es sich um das Grundstück des Vermieters handele, weil er sich dann noch in dem Machtbereich des Vermieters befinde⁴⁹⁸. Dagegen wird allerdings auch die Auffassung vertreten, dass sich das Vermieterpfandrecht nur auf Gegenstände erstrecke, die sich noch auf dem vermieteten Grundstück befinden⁴⁹⁹. Unter Grundstück im Sinne des Gesetzes sei die Mietsache zu verstehen⁵⁰⁰. Für das Entstehen des Vermieterpfandrechts sei erforderlich, dass die Sachen in die Mieträume eingebracht werden. Für den umgekehrten Fall könne nichts anderes gelten. Die Entfernung erfordere deshalb bei der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen nur das Herauschaffen der Sachen aus der Mietsache⁵⁰¹. Eine Ausdehnung des Sperrrechts des Vermieters auf nicht mitvermietete Gebäude- und Grundstücksteile widerspreche auch offenkundig dem mieterschützenden Zweck der Vorschrift⁵⁰².

⁴⁹⁷ BGH v. 21.1.2014 - VIII ZR 48/13, GE 2014, 661.

⁴⁹⁸ Prot II. S. 207 f.; Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, § 562a BGB Rz. 10; MünchKomm/*Artz*, 6. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; Palandt/*Weidenkaff*, 71. Aufl., § 562a BGB Rz. 4

⁴⁹⁹ OLG Stuttgart v. 10.04.2008 - 13 U 139/07, juris, Tz. 11; Staudinger/*Emmerich*, 562a BGB Rz. 4; Blank/*Börstinghaus*, Miete, 562a BGB Rz. 3; *Ehlert* in BeckOK, BGB, § 562a BGB Rz. 4

⁵⁰⁰ OLG Stuttgart v. 10.04.2008 - 13 U 139/07, juris, Tz. 11.

⁵⁰¹ *Ehlert* in BeckOK, § 562a BGB Rz. 4.

⁵⁰² Staudinger/*Emmerich*, 562a BGB Rz. 4.

Das OLG Bremen⁵⁰³ folgt der zuletzt genannten Auffassung. Den Interessen des Vermieters wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass er, sofern die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung seiner Forderung nicht ausreichen, der Entfernung aus der Mietsache widersprechen kann. Dass es solche Rückstände gegeben hat, ist nicht ersichtlich und wird von dem Beklagten auch nicht dargelegt, zumal im Zeitpunkt der Verwertung der Wert der Anlagen der Insolvenzschuldnerin ohne Weiteres zur Deckung der offenen Mietforderungen ausgereicht hat. Letztlich führt eine Erstreckung des Vermieterpfandrechts auf Gegenstände, die sich in an Dritte vermieteten Räumlichkeiten befinden, auch zu zufälligen Ergebnissen, da das Erlöschen des Pfandrechts allein davon abhängt, ob derselbe Vermieter vorhanden ist.

20 Vermieterwechsel

Voraussetzung für die wirksame Begründung der Vermieterstellung ist, dass die Erbengemeinschaft hinreichend bestimmbar bezeichnet ist. Das ist grundsätzlich nicht der Fall, wenn als Vermieter die „Erbengemeinschaft S“ angegeben ist⁵⁰⁴, zumal wenn damit nicht alle Mitglieder der Erbengemeinschaft identifizierbar sind.

Im Mietvertrag ist als Vermieter angegeben „S.-B., P.“, vertreten durch die Hausverwaltung N. K., der den Mietvertrag zugleich „als Vermieter“ unterzeichnet hat⁵⁰⁵. Zwar sind mit der vorgenannten Bezeichnung nicht alle Mitglieder der Eigentümergemeinschaft einzeln als Eigentümer, die bei Vertragsabschluss von dem Hausverwalter vertreten worden sind, als Vermieter benannt. Dies ist für die Wahrung der Identität indes nicht zwingend erforderlich. Ungeachtet der Frage, ob der Mietvertrag in der vorliegenden Fassung insoweit nicht bereits einer Auslegung dahingehend zugänglich ist, dass die Erbengemeinschaft „S.-B., P.“ Vermieter ist⁵⁰⁶, ist jedenfalls nach § 566 BGB analog das Identitätserfordernis gewahrt. Nach der maßgeblich in der Literatur vertretenen Auffassung ist eine analoge Anwendung des § 566 BGB dann gerechtfertigt, wenn ein Dritter, so beispielsweise der Hausverwalter, Treuhänder oder eine Gesellschaft, deren Gesellschaftern das Grundstück gehört, zwar im eigenen Namen, aber doch letztlich für den Eigentümer gehandelt hat, ebenso bei einer Vermietung durch einen von mehreren Miteigentümern oder einen von mehreren Gesellschaftern einer Eigentümergesellschaft oder bei einer Vermietung durch mehrere Personen, die aber nicht alle Eigentümer sind⁵⁰⁷. In Anlehnung an diese Auffassung sind die veräußernden Eigentümer, vertreten durch den Hausverwalter, der nicht im eigenen Namen gehandelt hat, „erst recht“ wirksam Mietvertragspartei geworden. Dass der Hausverwalter wirksam bevollmächtigt worden ist, für die Eigentümer zu handeln, wird von dem darlegungs- und beweispflichtigen Erwerber⁵⁰⁸ nicht in Frage gestellt. Auch der Umstand, dass der Verwalter neben seine Unterschrift den (schlecht leserlichen) Zusatz (wohl) „i.A.“ gesetzt hat, rechtfertigt keine andere Beurtei-

⁵⁰³ OLG Bremen v. 18.7.2013 - 5 U 7/13, ZMR 2014, 30.

⁵⁰⁴ BGH v. 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389; LG Hamburg v. 20.12.2012 - 307 S 78/12, ZMR 2013, 349.

⁵⁰⁵ OLG Saarbrücken v. 15.5.2013 - 2 U 7/13, MDR 2013, 962 = ZMR 2014, 35.

⁵⁰⁶ BGH v. 2.6.2010 - XII ZR 110/08, ZMR 2010, 844 = NZM 2010, 704 = GE 2010, 973.

⁵⁰⁷ vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 67 ff, m.z.w.N.; Staudinger/*Emmerich*, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB Rz. 21 ff.

⁵⁰⁸ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 71.

lung, weil hierdurch unter den obwaltenden Umständen weder die Bevollmächtigung noch das Vertretungsverhältnis in Frage gestellt werden, zumal er ausdrücklich „als Vermieter“ unterzeichnet hat und nichts dafür spricht, dass sich der Hausverwalter bei Vertragsabschluss nicht im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung (Vertretungsmacht) gehalten hat⁵⁰⁹. Nichts anderes gilt nach dieser Auffassung, soweit der Erwerber dahingehend argumentiert, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur die Damen S. und B., wie im Mietvertrag bezeichnet, auf Vermieterseite aufgetreten seien. Denn auch in dem Fall, dass nur durch einen (oder mehrere) von mehreren Miteigentümern oder nur durch einen (oder mehrere) von mehreren Gesellschaftern einer Eigentümergesellschaft vermietet wird, ist eine analoge Anwendung des § 566 BGB geboten, weil das Handeln der Miteigentümer bzw. Mitgesellschafter - hier die Bevollmächtigung des Hausverwalters zum Mietvertragsabschluss durch die Damen S. und B. - nach Lage der Dinge von der Ermächtigung bzw. Genehmigung oder Zustimmung der übrigen Eigentümer / Gesellschafter gedeckt ist⁵¹⁰. Dass die Beteiligten den Vertrag als mit der vorbezeichneten Eigentümergemeinschaft abgeschlossen betrachtet haben, wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass der Mietvertrag in Vollzug gesetzt und über Jahre, gar Jahrzehnte, „gelebt“ worden ist⁵¹¹.

21 Vorkaufrecht

Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen Wohnungseigentum im Sinne von § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB "begründet werden soll", wenn ein ungeteiltes Mehrfamilienhaus veräußert wird.

Nach überwiegender Ansicht setzt die Entstehung des Vorkaufsrechts zum einen voraus, dass bei Abschluss des Kaufvertrages beabsichtigt gewesen sei, Wohnungseigentum zu begründen; zum anderen müsse die von dem Mieter bewohnte Wohnung einen rechtlich bestimmten oder zumindest bestimmbar Teil des Vertragsgegenstands bilden⁵¹².

Im Hinblick auf die erste Voraussetzung wird uneinheitlich beantwortet, wann die Umwandlungsabsicht ausreichend manifestiert ist.

Teilweise wird vertreten, es genüge schon, dass sich die Umwandlungsabsicht in einer "beliebigen äußeren Form konkretisiert" habe⁵¹³, etwa wenn im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eine Abgeschlossenheitsbescheinigung erteilt oder jedenfalls beantragt worden sei⁵¹⁴. Nach ganz überwiegender Ansicht reichen reine Vorbereitungshandlungen -

⁵⁰⁹ Palandt/*Ellenberger*, 73. Aufl., Einf. V. § 164 BGB Rz. 11.

⁵¹⁰ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 71; Staudinger/*Emmerich*, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB Rz. 21 ff. m.w.N.; siehe auch Blank in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 566 BGB Rz. 33, m.w.N.; OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1278.

⁵¹¹ vgl. BGH, NJW 2002, 3389; OLG Düsseldorf, ZMR 1994, 505.

⁵¹² so zu § 2b WoBindG a.F. KG, KGR 1994, 146, 148 - die Revision wurde nicht angenommen: Senat, Beschluss vom 24. März 1994 - V ZR 111/93, unveröffentl.; MünchKomm- BGB/*Häublein*, 6. Aufl., § 577 BGB Rz. 7; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 577 BGB Rz. 3; Staudinger/*Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 23, 31; Emmerich/Sonnenschein/*Rolfs*, *Miete*, 10. Aufl., § 577 BGB Rz. 13; BeckOK BGB/*Hannappel*, Edition 26, § 577 BGB Rz. 8 f.; *Heintz*, Vorkaufsrecht des Mieters [1998], § 5 Rz. 150 ff., 176; *Wirth*, NZM 1998, 390, 392; vgl. auch BayObLGZ 1992, 100 ff. zu § 2b WoBindG a.F.

⁵¹³ Staudinger/*Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 23.

⁵¹⁴ Staudinger/*Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 23; *Kandelhard* in Herrlein/Kandelhard, *Mietrecht*, § 577 BGB, 4. Aufl., Rz. 8 f.; *Sternel*, *Mietrecht* aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 262.

zu denen auch das Bewirken der Abgeschlossenheitsbescheinigung gezählt wird 104

- dagegen nicht aus. Der gesetzlichen Regelung könne nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber die Ausübung des Vorkaufsrechts auch bei einer Gesamtveräußerung eines Grundstücks habe zulassen wollen, dessen Umwandlung in Wohnungseigentum noch nicht eingeleitet sei⁵¹⁵. Genügen soll es vornehmlich, wenn bei Vertragsschluss bereits eine Teilungserklärung nach § 8 WEG beurkundet ist⁵¹⁶. Ausreichen soll es auch, wenn sich der Verkäufer zu der Teilung verpflichtet⁵¹⁷ oder die Parteien gegenseitige Vertragspflichten übernehmen, die die Begründung von Wohnungseigentum herbeiführen sollen⁵¹⁸.

Ob die erforderliche Umwandlungsabsicht auch dann besteht, wenn erst die Erwerber Wohnungseigentum begründen sollen, ist streitig. Manche halten eine Teilungsvereinbarung der Erwerber gemäß § 3 WEG allgemein für ausreichend⁵¹⁹. Überwiegend wird dies jedoch verneint⁵²⁰.

Die zweite Voraussetzung - die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des zukünftigen Wohnungseigentums - soll erfüllt sein, wenn die Wohnung in dem Kaufvertrag selbst als Teilobjekt so hinreichend bestimmt ist, dass sie in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück der rechtlich selbständige Gegenstand eines rechtsgültigen Kaufvertrags sein kann⁵²¹. Dafür ist es als ausreichend angesehen worden, dass bei Abschluss des Kaufvertrags ein Aufteilungsplan vorlag⁵²². Nicht genügen soll es dagegen, wenn das Grundstück "als Ganzes" verkauft wird⁵²³.

Gesondert betrachtet werden häufig sog. "Erwerbermodelle", bei denen ein Mietshaus mit mehreren Wohnungen en bloc an eine Mehrheit von Erwerbern verkauft wird, die erst nach dem Erwerb Wohnungseigentum begründen wollen, um die neu geschaffenen Einheiten später jeweils selbst zu nutzen. Hier soll nach verbreiteter Ansicht ein Vorkaufsrecht auch dann entstehen, wenn auf die Erwerber nicht unmittelbar Wohnungseigentum übertragen wird, sondern andere rechtsgeschäftliche Gestaltungsformen gewählt werden, wie etwa die Begründung von Miteigentum und die anschließende Schaffung von Wohnungsei-

⁵¹⁵ BayObLGZ 1992, 100, 109 zu § 2b Abs. 1 WoBindG aF).

⁵¹⁶ BayObLGZ 1992, 100, 109 iVm 106; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 16; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rz. 4184; *Spielbauer/Krenek*, Mietrecht, § 577 BGB Rz. 20 ff.; *Mössner* in: *jurisPK-BGB*, 6. Aufl., § 577 Rz. 22 m.w.N.; *Rüßmann*, RNotZ 2012, 97, 110; *F. Schmidt*, WE 1993, 328, 334.

⁵¹⁷ *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 17; *Derleder*, NJW 1996, 2817, 2821; *Langhein*, DNotZ 1993, 650, 654 f.

⁵¹⁸ KG, KGR 1994, 146 ff.

⁵¹⁹ *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XI 262; *Wienicke*, WuM 1980, 93, 96 zu § 2b WoBindG aF). Überwiegend wird dies jedoch verneint (*Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 19; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 16; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rz. 4184; *BeckOK BGB/Hannappel*, Edition 26, § 577 Rz. 8; *Wirth*, NZM 1998, 390, 392

⁵²⁰ *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 19; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 16; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rz. 4184; *BeckOK BGB/Hannappel*, Edition 26, § 577 BGB Rz. 8; *Wirth*, NZM 1998, 390, 392.

⁵²¹ BayObLGZ 1992, 100 ff.; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 22, 24; *Klühs*, RNotZ 2012, 555, 561 f.; *Wirth*, NZM 1998, 390, 392; *Schilling/Meyer*, ZMR 1994, 497, 503 f.

⁵²² KG, KGR 1994, 146, 148 zu § 2b WoBindG a.F.

⁵²³ *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 18; *Blank*, WuM 1993, 573, 578.

gentum⁵²⁴. Gegenstand des Vorkaufsrechts sei der betroffene Miteigentumsan- 105
teil⁵²⁵. Teilweise wird darüber hinaus gefordert, dass jedem Erwerber von
vornherein eine hinreichend bestimmte Wohnung zur alleinigen Nutzung zugewiesen sein
müsse⁵²⁶. Wieder andere halten auch mit Blick auf Erwerbermodelle daran fest, dass das
Vorkaufsrecht nur dann entstehe, wenn die Umwandlung durch den Veräußerer erfolge,
nicht aber, wenn erst die Erwerber eine Teilung gemäß § 3 WEG vereinbarten⁵²⁷.

Der BGH⁵²⁸ entscheidet die Streitfrage dahingehend, dass das Vorkaufsrecht des Mieters
nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB bei dem Verkauf eines (noch) ungeteilten Mehrfamili-
enhauses im Grundsatz nur dann entsteht, wenn sich der Veräußerer vertraglich zur
Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vor-
kaufsrecht erfasste zukünftige Wohnungseigentumseinheit in dem Vertrag bereits hinrei-
chend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist; dies gilt auch im Fall eines Erwerbermo-
dells. Der Wortlaut der Vorschrift, wonach Wohnungseigentum "begründet werden soll",
ist für die Anforderungen an die Entstehung des Vorkaufsrechts im Einzelnen unergiebig.
Er lässt offen, ob die Parteien des Kaufvertrages die Umwandlung vereinbaren müssen, ob
die erkennbare subjektive Umwandlungsabsicht des Erwerbers ausreicht oder die Um-
wandlung nur objektiv mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit bevorstehen muss. Auch
die historische Auslegung führt nicht zu einem eindeutigen Ergebnis. Die Regelung geht
zurück auf § 2b WoBindG a.F., der zum 1. Juli 1980 in Kraft trat und ein Vorkaufsrecht
zunächst nur für öffentlich geförderte Mietwohnungen einführte, "um den spekulativen
Verdrängungen von Mietern insbesondere im Zusammenhang mit dem Aufkauf und der
Umwandlung ganzer Sozialmietwohnanlagen zu begegnen und gleichzeitig die Veräuße-
rung der Wohnungen grundsätzlich an den bisherigen Mieter zu sichern"⁵²⁹. Andere Gestal-
tungsformen wie die Begründung von Miteigentum werden in den Gesetzesmaterialien
zwar kurz erwähnt, aber nur im Zusammenhang mit der Mitteilungspflicht gegenüber der
zuständigen Behörde⁵³⁰. Durch die zum 1. September 1993 in Kraft getretene Vorschrift
des damaligen § 570b BGB wurde das Vorkaufsrecht auf alle Mietwohnungen ausgewei-
tet⁵³¹; ein vorangehender Entwurf, der "andere rechtliche Gestaltungen", die "zu einem
wirtschaftlich vergleichbaren Ergebnis führen", mit Blick auf die Bildung von Bruchteilsei-
gentum der Umwandlung gleichsetzen sollte⁵³², ist nicht Gesetz geworden. Später wurde
der Regelungsgehalt des § 570b BGB in den jetzigen § 577 BGB übernommen⁵³³. Mit den

⁵²⁴ MünchKomm-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 577 Rz. 8; Staudinger/Rolfs, [2011], § 577 BGB Rz. 32; § 577 BGB analog; Derleder, NJW 1996, 2817, 2821; Sonnenschein, NJW 1980, 2055, 2057; Wienicke, WuM 1980, 93, 96.

⁵²⁵ Staudinger/Rolfs, [2011], § 577 BGB Rz. 32; Blank, WuM 1993, 573, 578; Maciejewski, MM 1994, 137, 138.

⁵²⁶ Emmerich/Sonnenschein/Rolfs, Miete, 10. Aufl., § 577 BGB Rz. 13; Staudinger/Rolfs, [2011], § 577 BGB Rz. 32; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 577 BGB Rz. 8; Heintz, Vorkaufsrecht des Mieters [1998], § 5 Rz. 178 ff., 184; Blank, WuM 1993, 573, 578.

⁵²⁷ Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 577 BGB Rz. 16 und 20; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 577 BGB Rz. 19; Klühs, RNotZ 2012, 555, 561 f.; Wirth, NZM 1998, 390, 392.

⁵²⁸ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, WuM 2014, 98 GE 2014, 182.

⁵²⁹ BT-Drucks. 8/3403, S. 35, vgl. auch BVerfG, NZM 2011, 479, 480.

⁵³⁰ Ausschussbericht zu §§ 2a, 2b WoBindG aF, BT-Drucks. 8/3403, S. 40.

⁵³¹ BT-Drucks. 12/3254, S. 40.

⁵³² BT-Drucks. 12/3013, S. 8, 18.

⁵³³ BT-Drucks. 14/4553, S. 72.

Anforderungen an die gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB noch bevorstehende Begründung von Wohnungseigentum im Einzelnen hat sich der Gesetzgeber nicht befasst⁵³⁴. 106

Dass der Veräußerer sich vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichten muss, ergibt sich vor allem aus systematischen Überlegungen⁵³⁵.

Auf das Vorkaufsrecht finden gemäß § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB ergänzend die allgemeinen Bestimmungen über den Vorkauf Anwendung (§§ 463 ff. BGB). Gemäß § 464 Abs. 2 BGB wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts als Gestaltungsrecht zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein (weiterer) selbständiger Kaufvertrag neu begründet zu den gleichen Bedingungen, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossen war; der Berechtigte tritt also nicht in den zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer geschlossenen Vertrag ein⁵³⁶. Vielmehr bestehen zwei Verträge, soweit der Vertrag mit dem Drittkäufer nicht unter einer auflösenden Bedingung steht⁵³⁷. Die beiden Kaufverträge unterscheiden sich in der Regel nur darin, dass als Käufer anstelle des Dritten der Berechtigte steht⁵³⁸.

Das Vorkaufsrecht gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB soll allerdings gerade nicht zum Erwerb des gesamten Grundstücks berechtigen. Ebenso wenig soll der Mieter dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil in einer Bruchteilsgemeinschaft ohne Sondereigentum an der angemieteten Wohnung erwerben. Vielmehr ist ein zwar sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum Gegenstand des Vorkaufsrechts⁵³⁹. Das folgt aus dem systematischen Bezug des Vorkaufsrechts zu der Umwandlung in Wohnungseigentum.

Es entspricht auch seinem Zweck, dem Mieter ungeachtet der Aufteilung die weitere alleinige Nutzung der bislang mietweise überlassenen Wohnräume zu sichern. Deshalb muss zunächst gewährleistet sein, dass der Mieter einen Anspruch auf die Begründung des Wohnungseigentums erwirbt. Dies ist nur der Fall, wenn der Verkäufer als Vorkaufsverpflichteter in dem Kaufvertrag eine Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat. Die Teilungserklärung des Veräußerers gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 8 WEG reicht für sich genommen nicht aus. Diese wird nämlich erst mit der Anlegung der Wohnungsbücher wirksam und ist bis dahin frei widerruflich⁵⁴⁰. Aus diesem Grund muss die Auslegung des Kaufvertrags ergeben, dass die vollendete Aufteilung geschuldet ist; das kann auch aus einer Bezugnahme auf die Teilungserklärung folgen. Fehlt es daran, kann der Umstand, dass der Verkäufer im Zusammenhang mit der Veräußerung eine Teilungserklärung einreicht, ein Indiz für eine dahingehende Vertragspflicht im Wege einer Nebenabrede sein; ist diese zum Zwecke der Umgehung des Vorkaufsrechts nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen worden, dürfte sich der Veräußerer gegenüber dem Mieter nicht auf die Formunwirksamkeit der Nebenabrede berufen (§ 242 BGB). Jedenfalls be-

⁵³⁴ vgl. BayObLGZ 1992, 100, 108.

⁵³⁵ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, WuM 2014, 98.

⁵³⁶ BGH v. 13.3.2009 - V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172 Rz. 14; RGZ 121, 137, 138.

⁵³⁷ dazu BGH v. 13.3.2009 - V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172 Rz. 16 f.

⁵³⁸ BGH v. 13.6.1980 - V ZR 11/79, BGHZ 77, 359, 362.

⁵³⁹ vgl. BayObLGZ 1992, 100, 109.

⁵⁴⁰ *Armbrüster* in Bärman, 12. Aufl., § 8 WEG Rz. 21; *Then* in Spielbauer/Then, 2. Aufl., § 8 WEG Rz. 5.

steht nur bei einer vertraglichen Verpflichtung ein Anspruch auf Durchführung der Aufteilung, den auch der Mieter als Vorkaufsberechtigter gegenüber dem Veräußerer geltend machen kann. 107

Vertragsgegenstand des zweiten Vertrags zwischen dem Veräußerer und dem Mieter ist - sofern die weitere Voraussetzung vorliegt, das zukünftige Wohnungseigentum also vertraglich hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist - die Durchführung der Aufteilung und Übereignung des an den von dem Mieter bewohnten Räumen neu begründeten Sondereigentums mit einem entsprechenden Miteigentumsanteil; als Gegenleistung schuldet der Mieter - ebenso wie bei dem gebündelten Verkauf mehrerer Eigentumswohnungen nach bereits vollzogener Aufteilung - den auf seine Wohnung entfallenden anteiligen Kaufpreis⁵⁴¹.

Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn die Aufteilung durch den oder die Erwerber durchgeführt werden soll. Vereinbaren mehrere Erwerber die Teilung gemäß § 3 WEG, so erwirbt der Mieter keinen Rechtsanspruch auf die Durchführung der Aufteilung. Wird die Teilungsvereinbarung - wie hier - erst nach dem Verkauf beurkundet, besteht bei Abschluss des Kaufvertrags nur eine (noch) unverbindliche Umwandlungsabsicht; dies ergibt sich schon aus der Formbedürftigkeit einer Vereinbarung gemäß § 3 WEG (§ 4 Abs. 3 WEG, § 311b Abs. 1 BGB). Aber selbst dann, wenn die Beurkundung schon vor Abschluss des Kaufvertrags erfolgt, entsteht das Vorkaufsrecht nicht, weil der Mieter nicht in die Teilungsvereinbarung eintritt. Ein Vorkaufsrecht begründet grundsätzlich keine Rechtsbeziehungen des Mieters zu den teilenden Erwerbern als den Drittkäufern⁵⁴². Es richtet sich gegen den Verkäufer und erstreckt sich deshalb nicht auf Vereinbarungen der Käufer untereinander.

Die Erwerber schulden gegenüber dem Mieter keine seinen Interessen entsprechende Aufteilung des Grundstücks. Sie könnten von der zuvor geplanten Aufteilung ohne weiteres Abstand nehmen und eine bereits beurkundete Teilungsvereinbarung einverständlich aufheben, ohne dass der Mieter dies verhindern könnte⁵⁴³. Ebenso liegt es, wenn ein einzelner Erwerber bei Abschluss des Kaufvertrags die Absicht hat, nach der Übereignung eine Teilung gemäß § 8 WEG vorzunehmen.

Rechtsmissbräuchen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Parteien des Kaufvertrags nur zur Ausschaltung des Vorkaufsrechts bewusst auf eine an sich beabsichtigte Teilung durch den Veräußerer verzichten und die Teilung den Erwerbern überlassen, kann im Einzelfall mit der Anwendung von § 242 BGB begegnet werden⁵⁴⁴. Dafür reicht es allerdings nicht aus, dass der Verkäufer den Käufern die für die Teilung erforderlichen Informationen zukommen lässt oder Kenntnis von der Aufteilungsabsicht der Erwerber hat. Denn den Parteien steht es im Prinzip frei, die mit der Einräumung des Sondereigentums verbundenen Abreden den Käufern zu überlassen. Hierfür kann es nachvollziehbare Gründe geben, etwa weil der Verkäufer die Gewähr für eine den Vorstellungen der Erwerber

⁵⁴¹ eingehend BGH v. 22.6.2007 - V ZR 269/06, NJW 2007, 2699 Rz. 11.

⁵⁴² vgl. RGZ 121, 137, 138 f.; Palandt/*Weidenkaff*, 72. Aufl., vor § 463 BGB Rz. 9, § 464 BGB Rz. 5.

⁵⁴³ vgl. *Klühs*, RNotZ 2012, 555, 561 f.; allgemein *Armbrüster* in Bärmann, 12. Aufl., § 8 WEG Rz. 17.

⁵⁴⁴ vgl. BGH v. 22.6.2007 - V ZR 269/06, NJW 2007, 2699 Rz. 9 a. E.; BGH v. 11.10.1991 - V ZR 127/90, BGHZ 115, 335, 340; BGH v. 14.4.1999 - VIII ZR 384/97, BGHZ 141, 194, 200.

entsprechende Aufteilung nicht übernehmen möchte oder die Erwerber den **108** Zuschnitt der Einheiten und die Einräumung von Sondernutzungsrechten nicht dem Verkäufer überlassen wollen. Wie das Berufungsgericht der Sache nach zutreffend ausführt, setzt ein Umgehungsgeschäft deshalb jedenfalls ein eigenes Interesse des Verkäufers an der späteren Aufteilung voraus.

Diese Auslegung widerspricht nicht dem Zweck des § 577 BGB, den Mieter vor einer Verdrängung im Zuge der Umwandlung von Mehrfamilienhäusern in Wohnungseigentum zu schützen.

Geschützt ist der Mieter ohnehin, wenn der oder die Erwerber die Teilung durchführen wollen, um das jeweilige Wohnungseigentum als Kapitalanlage zu nutzen. Denn das Mietverhältnis bleibt durch den Verkauf unberührt (§ 566 Abs. 1 BGB), eine Eigenbedarfskündigung ist nicht beabsichtigt und der (einmalige) Vorkaufsfall tritt dann ein, wenn das Wohnungseigentum nach der Aufteilung erstmals an einen Dritten veräußert wird (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB⁵⁴⁵).

Anders liegt es allerdings dann, wenn der Erwerb zum Zwecke der späteren Eigennutzung erfolgt. Enthält der Vertrag keine Aufteilungspflicht des Verkäufers und sprechen die Erwerber vor oder nach Abschluss der Teilungsvereinbarung erfolgreich eine Kündigung wegen Eigenbedarfs aus, kommt der Mieter nicht in den Genuss eines Vorkaufsrechts, weil es an einer (weiteren) Veräußerung fehlt. Dieses Ergebnis ist deshalb hinzunehmen, weil - auch im Interesse des Mieters - verhindert werden muss, dass er anstelle von Wohnungseigentum einen Miteigentumsanteil erwirbt, der es ihm nicht ermöglicht, die Aufteilung durchzusetzen. Andernfalls wäre die Ausübung des Vorkaufsrechts für den Mieter mit ganz erheblichen Risiken verbunden, die umso schwerer wiegen, als die Ausübung ohne vorangehende notarielle Beratung durch privatschriftliche Erklärung erfolgen kann (§ 577 Abs. 3 BGB). Denn ein ideeller Miteigentumsanteil kann die alleinige Nutzung der gemieteten Wohnung nicht ohne weiteres sichern. Darüber hinaus haftet ein Miteigentümer gegenüber Dritten in der Regel unbeschränkt, ein Wohnungseigentümer gegenüber Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft dagegen grundsätzlich nur nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils (§ 10 Abs. 8 WEG). Insbesondere wäre ein Miteigentumsanteil im Vergleich zu Wohnungseigentum in der Regel nur unter erschwerten und finanziell weniger attraktiven Bedingungen veräußerlich; die Aufhebung der Gemeinschaft könnte, sofern sich die Miteigentümer nicht über die Veräußerung des gesamten Grundstücks einig werden, nur im Wege der Teilungsversteigerung erfolgen (§§ 180 ff. ZVG⁵⁴⁶).

Schließlich hat der Gesetzgeber die Kündigungsbeschränkung des § 577a Abs. 1 BGB durch die am 1. Mai 2013 in Kraft getretene Vorschrift des § 577a Abs. 1a BGB auf die Veräußerung an eine Erwerbermehrheit erstreckt⁵⁴⁷. Auf diese Weise hat er das Verdrängungsrisiko für den Mieter entschärft, das in der Vergangenheit in dieser Fallgruppe vor allem deshalb besonders hoch war, weil insoweit die Beschränkung der Kündigung wegen Eigen-

⁵⁴⁵ vgl. BGH v. 22.6.2007 - V ZR 269/06, NJW 2007, 2699 Rz. 8 f.; BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 250/05, BGHZ 167, 58, 60 ff.

⁵⁴⁶ vgl. *Armbrüster* in Bärmann, 12. Aufl., § 8 WEG Rz. 17.

bedarfs gemäß § 577a BGB in der bis zum 30. April 2013 geltenden Fassung der Norm nicht galt⁵⁴⁸. Damit hat der Gesetzgeber eine im Kündigungsschutzrecht bestehende Gesetzeslücke geschlossen. Dass in Altfällen weder die Sperre für die Eigenbedarfskündigung eingreift noch ein Vorkaufsrecht entsteht, ist aus den genannten Gründen hinzunehmen⁵⁴⁹.

Weitere Voraussetzung für die Entstehung des Vorkaufsrechts ist, dass das Wohnungseigentum vertraglich bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Diese Anforderung stellt keine Besonderheit des Mietervorkaufsrechts gemäß § 577 BGB dar. Allgemein kann ein unselbständiger Teil einer Sache nur dann Gegenstand eines Kaufvertrages oder eines Vorkaufsrechts sein, wenn er im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses bereits rechtlich bestimmt oder zumindest bestimmbar ist⁵⁵⁰.

22 Prozessuales

22.1 Mangelhafte Mietsache und Urkundenprozess

Das Nichtvorhandensein von nachträglich entstandenen Mängeln der Mietsache gehört grundsätzlich nicht zu den zur Begründung des Anspruchs auf Mietzahlung erforderlichen Tatsachen⁵⁵¹. Der Mieter kann zwar auch im Falle einer unstreitig mangelfrei übergebenen Mietsache schon im Urkundenprozess mit nachträglich entstandenen unstreitigen oder urkundlich belegten Mängeln Gehör finden⁵⁵². Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob dies zu der Schlussfolgerung nötigt, dass der Urkundenprozess dadurch in jedem Falle unstatthaft wird, zumal das Gericht gegebenenfalls schon mit den im Urkundenprozess zu Gebote stehenden Mitteln zu denen auch die Schätzung nach § 287 ZPO gehört in der Lage sein wird, das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung durch den unstreitigen bzw. urkundlich belegten Mangel zu bestimmen⁵⁵³.

Auf diese Rechtsfrage kommt es nicht entscheidungserheblich an, wenn angesichts der im Wesentlichen unstreitigen schwerwiegenden Feuchtigkeitsschäden die Tauglichkeit des Mietobjektes zur vertraglich vereinbarten "Nutzung als Gaststättenbetrieb" erkennbar vollständig aufgehoben ist⁵⁵⁴. Denn in diesem Fall muss der Vermieter die streitige Verursachung des Mangels durch den Mieter beweisen, was er mit den Beweismitteln des Urkundenprozesses nicht kann.

⁵⁴⁷ vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 2, 26.

⁵⁴⁸ BGH v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 f.

⁵⁴⁹ a. A. Staudinger/*Rolfs*, [2011], § 577 BGB Rz. 23.

⁵⁵⁰ zum Kauf noch zu begründenden Wohnungseigentums BGH v. 8.11.1985 - V ZR 113/84, NJW 1986, 845; zum Vorkaufsrecht BayObLG, NJW-RR 1998, 86 f.; Soergel/*Wertenbruch*, 13. Aufl., § 463 BGB Rz. 32; MünchKomm-BGB/*Westermann*, 6. Aufl., § 463 BGB Rz. 14.

⁵⁵¹ BGH v. 1.6.2005 - VIII ZR 216/04, NZM 2005, 661.

⁵⁵² BGH v. 10.3.1999 - XII ZR 321/97, NZM 1999, 401.

⁵⁵³ vgl. OLG München v. 25.9.2007 - 19 U 3454/07, zitiert nach juris Rz. 2 ff.; Musielak/*Voit*, 10. Aufl., § 592 ZPO Rz. 9 a mit Fn. 76; Dötsch, IMR 2012, 259.

⁵⁵⁴ BGH v. 16.10.2013 - XII ZR 64/12, GE 2013, 1582.

Ob § 940a Abs.2 ZPO in entsprechender Anwendung eine Heranziehung des dortigen Rechtsgedankens im Gewerbemietrecht erfolgen kann, ist umstritten⁵⁵⁵.

Nach Auffassung des KG⁵⁵⁶ spricht gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 940a Abs. 2 ZPO auch auf sonstige Mieträume bereits der klare Wortlaut der Norm, der ausdrücklich von "Räumung von Wohnraum" spricht. Auch die Gesetzessystematik spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit der amtlichen Überschrift "Räumung von Wohnraum" angesiedelt hat⁵⁵⁷.

Dass § 940a Abs.2 ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung⁵⁵⁸. Dort wird unter A. "Problem und Ziel" ausgeführt, dass das bestehende Recht den Erfordernissen eines modernen und effizienten Mietrechts nicht mehr uneingeschränkt gerecht werde und dass dies insbesondere Konstellationen betreffe, in denen sich einzelne Mieter planmäßig ihren vertraglichen Zahlungsverpflichtungen entziehen und insbesondere private Kleinanbieter auf dem Wohnungsmarkt im Einzelfall erheblich schädigten. Die Einführung des § 940a Abs.2 ZPO wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes unter B. "Besonderer Teil" damit begründet, dass nach früher herrschender Meinung Familienangehörigen, nichtehelichen Lebensgefährten und Untermietern kein (Mit-)Besitz an Räumlichkeiten zugestanden worden sei, wenn diese Personen nicht selbst (Haupt-)Mietvertragspartei gewesen seien. Bei einem Räumungsrechtsstreit und der nachfolgenden Vollstreckung habe der Vermieter gewusst, gegen wen er seinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe gerichtlich geltend machen und die Räumungsvollstreckung betreiben musste, nämlich gegen seinen Mieter. Nach heutiger Rechtsprechung sei (Mit-)Besitzer der Wohnung nicht nur derjenige, der den Mietvertrag abgeschlossen habe, sondern jeder Dritte, der (Mit-)Besitz an der Wohnung oder Teilen davon begründet habe. Darunter falle z.B. auch der in der Mietwohnung lebende Ehegatte des Mieters, der selbst nicht Mietvertragspartei sei. Ebenso der nichteheliche Lebensgefährte des Mieters, Untermieter oder sonstige nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommene Dritte, wie z.B. Angehörige des Mieters.

Das heißt, der Gesetzgeber stellt zur Begründung der Einführung des § 940a Abs.2 ZPO auf die ganz spezielle, mit der eines Gewerbevermieters nur teilweise (nämlich in Bezug auf unbekannte Untermieter) vergleichbare Situation des Vermieters von Wohnraum ab. Anders als der Vermieter von Gewerberaum hatte der Vermieter von Wohnraum beim Betreiben der Räumung nicht nur mit einem ihm nicht bekannten Untermieter, sondern darüber hinaus mit in der Wohnung lebenden

⁵⁵⁵ Dagegen: KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = GE 2013, 1514; LG Köln v. 12.6.2013 - 1 T 147/13, ZMR 2013, 721 = MietRB 2013, 204; dafür: LG Hamburg v. 27.6.2013 - 334 O 104/13, NZM 2013, 860; Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 940a BGB Rz. 2, 3.

⁵⁵⁶ KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = GE 2013, 1514.

⁵⁵⁷ So: LG Köln v. 12.6.2013 - 1 T 147/13, ZMR 2013, 721 = MietRB 2013, 204.

⁵⁵⁸ BT-Drucks. 17/10485 vom 15. August 2012, Seite 1, 2, 33 und 34.

Ehegatten, Lebensgefährten, Angehörigen oder sonstigen nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommenen Dritten zu rechnen. Der Vermieter von Wohnraum hatte nach der bis zur Einführung von § 940a Abs.2 ZPO geltenden Rechtsprechung zu ermitteln, ob neben dem Mieter eine oder mehrere dieser vorgenannten Personen (Mit-) Besitz an der zu räumenden Wohnung haben und hatte die Räumungsklage auch auf diese (mit-) besitzenden Personen zu erstrecken. Daraus folgt, dass es sich bei § 940a Abs.2 ZPO um eine auf Wohnraum zugeschnittene Spezialvorschrift handelt.

Bei der Ermittlung des objektivierbaren Willens des Gesetzgebers ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass sich die Literatur⁵⁵⁹ vor der abschließenden Beratung des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 im Deutschen Bundestag mit dem Referentenentwurf auseinandergesetzt und darauf hingewiesen hat, dass es an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für die Räumung von Gewerberaum fehlt.

Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte lassen eine Analogie nicht zu. Deshalb kann der Vermieter von Gewerberaum oder sonstigen Mietsachen nur nach § 940 ZPO vorgehen. Insoweit kommt der Erlass einer entsprechenden Leistungsverfügung regelmäßig nur in Betracht, wenn der Vermieter aufgrund einer besonderen Notlage dringend auf die Herausgabe der streitbefangenen Gewerbeeinheit angewiesen ist⁵⁶⁰.

22.3 Herausgabe des Titels bei zwei Schuldner

Eine auf § 371 BGB analog gestützte Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist zulässig, wenn über eine Vollstreckungsabwehrklage rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist und die Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstrittig ist oder vom Titelschuldner zur Überzeugung des Gerichts bewiesen wird⁵⁶¹.

Das gilt auch dann, wenn der Titel noch zur Vollstreckung gegen einen weiteren Schuldner berechtigen könnte⁵⁶². Denn soweit mehrere Schuldner als Gesamtschuldner verurteilt sind und einer der Gesamtschuldner die Schuld beglichen hat, bleibt für den Gläubiger nichts mehr zu vollstrecken. Soweit sie hingegen nach Kopfteilen verurteilt sind, sind so viele Ausfertigungen zu erteilen, wie Schuldner vorhanden sind; jede Ausfertigung ist insoweit nur mit der Klausel gegen je einen der Schuldner zu versehen⁵⁶³. Der Schuldner könnte daher diejenige Ausfertigung heraus verlangen, die mit der gegen ihn gerichteten Vollstreckungsklausel versehen ist. Zur Vollstreckung gegen den anderen Schuldner müsste sich der Gläubiger eine andere Ausfertigung mit Vollstreckungsklausel nur gegen diesen erteilen lassen.

⁵⁵⁹ Dötsch, ZMR 2012, 83; Hinz, ZMR 2012, 163; Streyll, NZM 2012, 256.

⁵⁶⁰ OLG Celle v. 26.7.2000 - 2 W 58/00, ZMR 2000, 752.

⁵⁶¹ BGH v. 5.3.2009 - IX ZR 141/07, NJW 2009, 1671 m.w.N.

⁵⁶² BGH v. 9.10.2013 - XII ZR 59/12, GE 2013, 52.

⁵⁶³ Zöller/Stöber, 29. Aufl., § 724 ZPO Rz. 12; Seiler in Thomas/Putzo, 33. Aufl., § 724 ZPO Rz. 11; Saenger, 4. Aufl., § 724 ZPO Rz. 10; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, 4. Aufl., § 724 ZPO Rz. 8.