



# Aktuelles Mietrecht 2017

**Dr. Klaus Lützenkirchen**

*Rechtsanwalt*

*Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht*

*Lehrbeauftragter an der TH Köln*

✉ Aachener Str. 1055-1057, 50958 Köln

⌚ luetzenkirchen@ld-ra.de

☎ 0221-1792910

## INHALT

<b>I. Einblick .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Aktuelles Mietrecht .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Mietvertrag .....</b>	<b>1</b>
1.1 Fernüberwachungsanlage.....	1
1.2 Aufklärungspflichten des Vermieters.....	3
1.3 Empfangsvollmacht und ihr Widerruf .....	5
1.4 Obhutspflicht des Mieters für wasserführende Leitungen.....	6
<b>2 Übergabe .....</b>	<b>8</b>
2.1 keine vollständige Schlüsselübergabe .....	8
<b>3 vertragsgemäßer Zustand.....</b>	<b>9</b>
3.1 öffentlichrechtliche Gebrauchshindernisse.....	9
3.2 Verkehrsicherungspflicht .....	12
<b>4 Mietzeit.....</b>	<b>13</b>
4.1 nicht unterschriebene Optionserklärung .....	13
<b>5 Miete .....</b>	<b>14</b>
5.1 Anrechnung ersparter Miete bei Verhinderung des Mieters .....	14
5.2 Umsatzsteuerausweis durch Erwerber .....	16
5.3 Aufrechnungsverbot .....	18
<b>6 Schönheitsreparaturen .....</b>	<b>18</b>
6.1 Zuschlag für Schönheitsreparaturen .....	18
<b>7 Gewährleistung.....</b>	<b>20</b>
7.1 Hellhörigkeit des Miethauses.....	20
7.2 beschränkte Auswertung von Lärmprotokollen.....	22
<b>8 Schriftform .....</b>	<b>24</b>
8.1 Änderung des Nutzungszwecks .....	24
8.2 Rechtsmissbrauch .....	26
8.3 Heilungsklausel.....	28
<b>9 Kautio.....</b>	<b>29</b>
9.1 notarielle Unterwerfung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO als Kautio? ..29	
9.2 Enthftungserklärung befreit auch die Kautio.....	30
<b>10 Modernisierung.....</b>	<b>33</b>

10.1	Schadensersatz nach Sonderkündigung?	33
<b>11</b>	<b>Mieterhöhung</b>	<b>34</b>
11.1	Zulässigkeit einer Stichtagsdifferenz	34
<b>12</b>	<b>Betriebskosten</b>	<b>38</b>
12.1	Kein Vorwegabzug bei Grundsteuer	38
12.2	überraschende Kosten der Instandsetzung und der Verwaltung	40
12.3	Umlageschlüssel „vermietete Fläche“ im Gewerbe	45
12.4	Abrechnungspflicht	48
12.4.1	bei vermieteter Eigentumswohnung	48
12.4.2	WEG-Verwalter kein Erfüllungsgehilfe des Vermieters	56
12.5	Formelle Fehler der Abrechnung	57
12.5.1	Zusammenfassen von Abrechnungspositionen	58
12.5.2	fehlende Gesamtsumme	59
12.5.3	mehrseitige Abrechnung	60
12.6	Rückforderung überzahlter Vorauszahlungen	62
<b>13</b>	<b>Heizkosten</b>	<b>65</b>
13.1	analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV	65
<b>14</b>	<b>Vermieterpfandrecht</b>	<b>69</b>
14.1	Anwendbarkeit des § 1006 BGB	69
<b>15</b>	<b>Vermieterwechsel</b>	<b>72</b>
15.1	Aktivlegitimation bei wirtschaftlichen Übergang	72
15.2	erfasste Rechte	74
<b>16</b>	<b>Beendigung des Mietvertrages</b>	<b>77</b>
16.1	analoge Anwendung des § 565 BGB	77
16.2	Fristgerechte Kündigung	82
16.2.1	Betriebsbedarf	82
16.3	Anbieten der eigenen Wohnung?	93
16.4	außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist	94
16.5	§ 57a ZVG	94
16.6	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	97
16.6.1	Berücksichtigung von Härtegründen bei § 543 Abs. 1 BGB	97
16.6.2	unpünktliche Mietzahlung	100

16.6.3 Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	102
16.6.4 Erlöschen der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB.....	105
16.6.5 Leistungsunfähigkeit und Verzug .....	106
16.6.6 Schonfristzahlung und fristgerechte Kündigung .....	110
16.7 Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	111
16.8 gestufte Zwischenvermietung .....	113
<b>17 Räumung und Rückgabe.....</b>	<b>114</b>
17.1 Scheinbestandteil: eingefügte verbrauchte Sache.....	114
17.2 Herausgabeanspruch des Mieters gegen den Untermieter.....	117
<b>18 Nutzungsentschädigung .....</b>	<b>118</b>
18.1 Vorenthaltung .....	118
18.2 Vorenthaltung und Vermieterpfandrecht.....	121
18.3 § 546a Abs. 1, 2. Alt. BGB .....	122
18.3.1 Mietsache ohne Vergleichsobjekt.....	122
18.4 Fortdauer des vertraglichen Aufrechnungsverbot.....	123
18.5 Nutzungsentschädigung nach §§ 812 ff. BGB.....	125
<b>19 Mietausfallschaden.....</b>	<b>127</b>
<b>20 Vorkaufsrecht.....</b>	<b>128</b>
20.1 § 577 Abs. 1 Variante 2 BGB.....	128
20.2 analoge Anwendung auf Realteilung.....	131
<b>21 Zwangsvollstreckung aus § 885a ZPO gegen den Schuldner gemäß ZVG .....</b>	<b>133</b>

## I. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2016/17 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Diese wurden, soweit möglich, in den Text eingearbeitet. Die vollständige Erfassung der Rechtslage kann diese Darstellung aber nicht ersetzen. Neben den weiterführenden Zitaten im Text und der einschlägigen Literatur kann insoweit auf meinen kalenderjährlichen Überblick verwiesen werden, der unter

[www.ld-ra.de/news](http://www.ld-ra.de/news)

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

## II. Aktuelles Mietrecht

### 1 Mietvertrag

#### 1.1 Fernüberwachungsanlage

Das Vertragsverhältnis beurteilt sich nach dienstvertraglichen Regelungen<sup>1</sup>.

Zwar finden sich in verschiedenen Regelungen des Vertragswerks Bezeichnungen mietrechtlichen Einschlags wie „Mietantrag“, „Mietvertrag“ oder „Mieter“ bzw. „Vermieter“. Die jeweilige Bezeichnung kann Indiz dafür sein, welchen Zweck die Parteien mit dem Vertrag verfolgen. Über die rechtliche Einordnung entscheidet aber gleichwohl der Inhalt des gesamten Vertrages<sup>2</sup>.

Im vorliegenden Fall gibt die als Dienstleistung zu bewertende, von V vertraglich übernommene Überwachung des Betriebs des M und seiner Räumlichkeiten durch eine rund um die Uhr besetzte Notruf- und Serviceleitstelle, die im Alarmfall weitere, stufenweise Gefahrenmaßnahmen ergreift, dem Vertrag das wesentliche Gepräge<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> OLG Stuttgart v. 7.12.2016 – 3 U 105/16, NZM 2017, 598.

<sup>2</sup> vgl. nur BGH v. 26.11.2014 - XII ZR 120/13, NZM 2015, 251 Rz. 28.

<sup>3</sup> im Ergebnis ebenso OLG München, NJOZ 2015, 886; LG Mannheim, BeckRS 2016, 18259; LG Bochum NJW-RR 2002, 1713 (1714); AG Brandenburg, WuM 2003, 469; BeckOGK/Weiler, Stand: 04.07.2016, § 309 BGB Nr. 9 Rz. 38; a.A. OLG Koblenz v.

Nach dem zum Vertragswerk gehörenden Überwachungsanlagenzertifikat erfolgt die Überwachung durch eine von V eingerichtete Notruf- und Serviceleitstelle, die 365 Tage und 24 Stunden am Tag besetzt ist. Für die Dauer der Vertragslaufzeit ist auf diese die beim Kunden installierte Alarmanlage aufgeschaltet. Im Fall einer Alarmmeldung ergreift die Notruf- und Serviceleitstelle nach der vertraglichen Konzeption stufenweise Notfallmaßnahmen, zu denen auch eine akustische Überprüfung der Räumlichkeiten des Kunden über die vor Ort installierte technische Anlage gehört. Statt einer personal- und kostenintensiven Überwachung vor Ort, die dem Dienstvertragsrecht unterfällt<sup>4</sup>, soll nach dem erkennbaren Willen der Parteien die Überwachung aus der Ferne erfolgen, ermöglicht durch den Einsatz technischer Geräte. Die von V bei M installierten Geräte sind nur das (Hilfs-)Mittel, das V erst die Möglichkeit eröffnet, die von ihm vertraglich zugesagte (Fern-)Überwachung der Räumlichkeiten ihrer Kunden mit den ggf. folgenden Meldemaßnahmen leisten zu können<sup>5</sup>. Die Installation der Alarmtechnik beim Kunden sowie deren Verbleib vor Ort sind notwendiger (technischer) Bestandteil dieser besonderen Art der Überwachung. Für den Kunden hat der Verbleib der Alarmtechnik in den eigenen Räumen weder eine selbständige funktionale Bedeutung noch ist der Besitz daran ohne vertraglich übernommene Überwachungsleistung für ihn von Wert<sup>6</sup>.

Eine Gebrauchsüberlassung, wie sie § 535 Abs. 1 BGB wesentypisch vorsieht, ist weder nach dem Vertrag vorgesehen noch von den Parteien gewollt. Nach der Konzeption der Fernüberwachung ist es V, der die bei M eingebauten technischen Geräte für die Überwachung der Räumlichkeiten nutzt. Diese sind mit der von V eingerichteten Alarmzentrale unmittelbar verbunden. Ihre technische Funktion ist darauf ausgelegt, eine sensorbasierte Raumüberwachung zu gewährleisten und im Fall von Unregelmäßigkeiten einen Alarm an V und nicht an M auszulösen. Der Kunde gerät mit diesen Gebrauchs-Funktionen der Gerätetechnik nicht in Berührung. Die Betätigung des An-/Ausschalters durch den Kunden wie auch die vertraglich vorgesehene Pflicht des Kunden, die notwendige Stromzufuhr zu gewährleisten, ermöglichen den bestimmungsgemäßen

---

14.9.2016 - 2 U 223/16; LG Karlsruhe v. 6.8.2015 - 20 S 59/13; LG Karlsruhe v. 16.10.2015 - 8 O 100/15; LG Waldshut-Tiengen v. 26.1.2016 - 2 O 217/15.

<sup>4</sup> vgl. BGH v. 2.12.1999 - III ZR 132/98, NJW-RR 2000, 648 (649).

<sup>5</sup> vgl. BeckOGK/Weiler, Stand: 4.7.2016, § 309 BGB Nr. 9 Rz. 38.

<sup>6</sup> vgl. OLG München, NJOZ 2015, 886 (888).

Gebrauch durch V, bedeuten aber ihrerseits keinen Gebrauch der technischen Funktionen der Anlage durch den Kunden. Insoweit unterscheidet sich der Gegenstand dieses Fernüberwachungsvertrages wesentlich von denjenigen Verträgen, die im Bereich der Telekommunikation als mietvertraglich qualifiziert wurden<sup>7</sup>, sondern ähnelt strukturell eher den in diesem Bereich als im wesentlichen dienstvertraglicher Natur eingeordneten Vertragstypen<sup>8</sup>.

Im Übrigen dulden die Kunden den Verbleib der Überwachungsgeräte in den eigenen Räumlichkeiten, was aber kein Mietverhältnis an den technischen Geräten begründet, sondern allenfalls - umgekehrt - an eine Gebrauchsüberlassung der zur Installation genutzten Stellfläche beim Kunden denken ließe<sup>9</sup>. Eine unmittelbare Überwachung durch die Beklagte selbst oder zumindest ihre unmittelbare Alarmierung ohne Beteiligung der Notruf- und Serviceleitstelle der Klägerin, etwa durch akustische Signale vor Ort, ist nach dem erkennbaren Willen der Vertragspartner gerade nicht vorgesehen.

## 1.2 Aufklärungspflichten des Vermieters

Grundsätzlich bestehen vor Abschluss eines Mietvertrages, auch bei der Geschäftsraummiete, keine Aufklärungspflichten, denn beiden Vertragspartnern obliegt es selbst, ihre Interessen wahrzunehmen, so dass sie sich eigenständig die notwendigen Informationen für die Entscheidung beschaffen müssen, ob die Eingehung des Vertrages für sie vorteilhaft ist oder nicht. Ausnahmsweise besteht nach der Rechtsprechung des BGH<sup>10</sup> eine vorvertragliche Aufklärungspflicht hinsichtlich derjenigen Umstände und Rechtsverhältnisse in Bezug auf die Mietsache, die von besonderer Bedeutung für den Entschluss der anderen Vertragspartei zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann<sup>11</sup>. Eine allgemeine Aufklärungspflicht erfordert jedoch in der Regel ein Wissensgefälle, das heißt, dass die aufklärungsbedürftige Partei selbst keine aussichtsreichen Möglichkeiten hat oder

---

<sup>7</sup> vgl. BGH v. 13.2.1985 - VIII ZR 154/84, NJW 1985, 2328 zur Fernmeldenebenstellenanlage; BGH v. 10.2.1993 - XII ZR 74/91, NJW 1993, 1133 zum Breitbandkabelanschluss.

<sup>8</sup> dazu etwa BGH v. 23.3.2005 - III ZR 338/04, NJW 2005, 2076 zum Access-Provider-Vertrag.

<sup>9</sup> zu dieser Erwägung etwa BGH v. 24.1.2003 - V ZR 173/02, *juris* Rz. 10 m.w.N.

<sup>10</sup> BGH, NJW-RR 2009, 1101; BGH, NJW 2006, 2618.

<sup>11</sup> vgl. *Münch* in *juris* PK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 535 BGB Rz. 237.

aufgrund mangelnder Anhaltspunkte oder Unerfahrenheit keinen Anlass sehen muss, sich über die konkreten Umstände durch Nachfrage Klarheit zu verschaffen. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an, ob den Vermieter - vom Fall der ausdrücklichen Fragestellung des Mieters abgesehen - hinsichtlich der Beschaffenheit und Lage der Mietsache sowie ihrer Einbindung in die Umwelt Aufklärungspflichten über bestimmte Eigenschaften treffen, soweit diese die Verwertbarkeit bzw. Nutzbarkeit der Mietsache beeinträchtigen können, auch wenn sie keinen Mangel begründen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Mieter Anlass hatte, hinsichtlich der konkreten Umstände beim Vermieter nachzufragen, wenn er nicht selbst aufgrund der örtlichen Gegebenheiten eigene Recherchen hätte anstellen können und müssen. Ungefragt ist ein Vermieter in der Regel nicht verpflichtet, den Mieter über frühere Mieter des Mietobjektes zu informieren<sup>12</sup>.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Vermieter hinsichtlich eines bordellartigen Betriebes nicht aufklärungspflichtig, zumal der Betrieb seit mindestens einem halben Jahr vor Mietbeginn eingestellt war<sup>13</sup>. Es geht ausschließlich um die Nachwirkungen, die ein früher betriebenes Bordell auf den Friseurbetrieb, den der Mieter in anderen Räumen des angemieteten Objekts betreiben wollte, hätte haben können und wegen derer eine eventuelle Aufklärungspflicht anzunehmen wäre<sup>14</sup>. Insofern stellt der Mieter allein auf den Ruf des Hauses und nicht etwa auf Beeinträchtigungen durch dort immer noch vorstellig werdende Interessenten an dem Club ab. In Bezug auf das "Ansehen" des Mietobjektes ist dessen eher unterdurchschnittliche Lage hinter dem D Hauptbahnhof im Stadtteil O zu berücksichtigen. Die Lage spiegelt sich auch im vertraglich vereinbarten Mietzins, der für Gewerberäume mit etwa 10,- € pro Quadratmeter im unteren Segment liegt, wieder. Insofern konnte die Beklagte nicht erwarten, dass die Adresse "W S" ein besonderes Ansehen ausstrahlen würde. Desweiteren ist, warum der Mieter nicht eigene Nachforschungen im Hinblick auf das Objekt und dessen frühere Nutzung hätte anstellen oder eine

---

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, OLG Report 2006, 223; *Ehlert* in Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 01.05.2014, § 535 BGB Rz. 199 c m.w.N.

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2016 - 7 U 143/15, MDR 2017, 450.

<sup>14</sup> vgl. BGH NJW 1992, 2564 zur früheren Nutzung als Stundenhotel sowie den vom OLG Hamm NJW-RR 2000, 1183 zu einer vorherigen Nutzung eines Wohnhauses als bordellähnlicher Swinger-Club entschiedenen Fall.



ausdrückliche Nachfrage hätte stellen können, wenn ihm dieser Umstand besonders wichtig gewesen ist. Auf subjektive - religiöse - Anschauungen des Geschäftsführers ist für die Aufklärungsbedürftigkeit einer juristischen Person ohnehin nicht abzustellen.

### 1.3 Empfangsvollmacht und ihr Widerruf

Es kann offen bleiben, ob dem Mieter zu 1) das Kündigungsschreiben vom 3.12.2015 zugeht. Jedenfalls hat die dem Mieter zu 2) zugegangene Kündigung vom 3.12.2015 das Mietverhältnis beendet, weil der Mieter zu 2) nach § 14 Abs. 2 S. 1 des Mietvertrages empfangsbevollmächtigt für den Mieter zu 1) war. Die Empfangsvollmachtsklausel ist auch als von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam<sup>15</sup>.

Das OLG Dresden<sup>16</sup> sieht auch keine hinreichenden Anhaltspunkte für den konkludenten Widerruf der Empfangsbevollmächtigung. Die im Mietvertrag vereinbarte Empfangsvollmacht hätte nach der Regelung in § 14 Abs. 2 S. 2 von den Mietern grundsätzlich widerrufen werden können, wenn sie dafür ein berechtigtes Interesse gehabt hätten. Ein ausdrücklicher Widerruf von Seiten des Mieters zu 1) liegt aber nicht vor. Dieser kann auch nicht aus den Umständen des konkret zu beurteilenden Falles darauf geschlossen werden, die Beklagte zu 1) habe konkludent den Widerruf der Empfangsvollmacht erklärt. Zwar kann die Mitteilung eines Mitmieters an den Vermieter, aus der gemieteten Wohnung ausziehen, verbunden mit der Bekanntgabe der neuen Adresse, im Einzelfall als Widerruf der erteilten Vollmacht im Rahmen des Wohnraummietvertrags angesehen werden<sup>17</sup>. Die Entscheidung des BGH lässt sich jedoch nicht ohne weiteres auf einen gewerblichen Mietvertrag übertragen.

So ist es beim Wohnraummietvertrag typisch, dass Mitmieter eine Wohngemeinschaft bilden, weswegen der einzelne Mitmieter darauf vertrauen kann, über empfangsbedürftige Schreiben des Vermieters und deren Inhalt durch die anderen Mitmieter unterrichtet zu werden, solange die Wohngemeinschaft besteht. Wird die Wohngemeinschaft durch den Auszug eines Mitmieters aufge-

---

<sup>15</sup> vgl. BGH v. 10.9.1997 - VIII ARZ 1/97, NZM 1998, 22; KG v. 5.1.2004, 12 U 122/02, GE 2004, 753.

<sup>16</sup> OLG Dresden v. 13.10.2016 – 5 U 993/16, ZMR 2017, 391.

<sup>17</sup> BGH v. 10.9.1997 - VIII ARZ 1/97, NZM 1998, 22.

hoben, ist seine Information über Erklärungen des Vermieters dagegen nicht mehr in vergleichbarer Weise abgesichert, zumal die Mitmieter über die Wohngemeinschaft hinaus oft nichts verbindet, so dass der ausziehende Mieter ein gesteigertes Interesse am unmittelbarem Zugang der Erklärungen des Vermieters bei ihm selbst haben kann. Die Mitteilung des Auszuges und der neuen Adresse kann deshalb vom Vermieter als Widerruf der Empfangsvollmacht verstanden werden.

Beim gewerblichen Mietvertrag besteht dagegen von vornherein typischerweise keine Verbindung der Mitmieter durch einen gemeinschaftlichen Aufenthalt in den angemieteten Räumen wie bei der Wohngemeinschaft. Die Mitmieter sind regelmäßig Geschäftspartner mit eigenen (Wohn-)Adressen, die zudem keinesfalls am Ort der angemieteten Räume liegen müssen. Die Kommunikation der Mitmieter untereinander wurzelt nicht vergleichbar der Wohngemeinschaft im gemeinsamen Aufenthalt in den gemieteten Räumen, sondern in der bestehenden Geschäftsverbindung. Die Änderung der (Wohn-)Anschrift durch einen Mitmieter hat wegen der fortbestehenden Geschäftsverbindung für dessen Unterrichtung über Erklärungen des Vermieters zum Mietvertrag keine (besondere) Bedeutung, so dass sie vom Vermieter in der Regel nicht als Widerruf der Empfangsvollmacht verstanden werden kann.

Der vorliegende Fall zeigt auch keine Besonderheiten auf, die ausnahmsweise dafür sprechen würden, dass der Vermieter den Umzug des Mieters zu 1) nach Griechenland als Widerruf der Empfangsvollmacht verstehen musste. Insbesondere bestanden und bestehen aus Sicht des Vermieters keine Anhaltspunkte dafür, dass der Mieter zu 1) mit seinem Umzug seine Geschäftsverbindung zum Mieter zu 2) aufgegeben hätte. Dies behaupten auch die Mieter nicht. Sie bringen nur vor, der Mieter zu 1) habe die Nutzung der angemieteten Räume dauerhaft aufgegeben. Einer Fortdauer der Geschäftsbeziehung zum Mieter zu 2) steht dies nicht entgegen. Gerade die Rechtsverteidigung des Mieters zu 1) gegen die hier gegenständliche Räumungsklage zeigt, dass er an der Geschäftsbeziehung festhalten will.

#### **1.4 Obhutspflicht des Mieters für wasserführende Leitungen**

Es ist anerkannt, dass den Mieter vertragliche Obhutspflichten treffen können, ein Schaden auf Seiten des Vermieters (oder auch anderer Mietparteien) zu

verhindern. Dies beschränkt sich nicht nur auf drohende Schäden im räumlichen Kernbereich seiner Wohnung, sondern auch auf Schäden außerhalb seiner Wohnung, sofern der Mieter im Gegensatz zum Vermieter in der Lage ist, drohende Gefahren in zumutbarer Weise zu steuern und den Eintritt von Schäden dadurch zu verhindern. Hierzu gehört auch, dass der Mieter einer Gefahr von Frostschäden in wasserführenden Leitungen, wie etwa in Trinkwasser- oder Heizungsrohren, begegnet; in einem Mehrfamilienhaus in aller Regel dadurch, dass er seine Wohnung ausreichend beheizt und auf diese Weise das Zufrieren von Leitungen verhindert<sup>18</sup>.

Von diesen Pflichten wird der Mieter nicht dadurch enthoben, dass er seine Wohnung für längere Zeit verlässt. Vielmehr hat er in einem solchen Fall Vorsorge zu treffen, entweder indem er den Vermieter hiervon informiert und diesem die notwendigen Vorkehrungen ermöglicht oder aber einen Dritten beauftragt, regelmäßig seine Wohnung aufzusuchen und die erforderliche Beheizung vorzunehmen, wobei er für ein mögliches Verschulden des beauftragten Dritten nach § 278 BGB einzustehen hat<sup>19</sup>.

Der Umfang der den Mieter treffenden Obhutspflichten hängt vom Einzelfall ab, etwa von Lage, Zustand und Ausstattung der Wohnung sowie den bestehenden Außentemperaturen. So hat der Mieter vor allem bei strengem Frost seine Vorkehrungen zu intensivieren. Allerdings ist auch hier die im Mietrecht herrschende Sphärentheorie zu beachten. Der Mieter hat nicht für solche aus der Sphäre des Vermieters stammenden Schadensursachen, etwa dem Fehlen von ausreichenden Heizungskörpern oder einem schadensträchtigen Leitungsverlauf, einzustehen, sondern er muss allein die ihm erkennbaren, zumutbaren Maßnahmen zur Verhinderung eines Schadens ergreifen.

Danach reicht es aus, dass der Mieter während seiner Abwesenheit die Heizkörper bei Frostgefahr auf der Sternchen-Stufe (6-10° C) fährt und durch einen Dritten zweimal wöchentlich kontrollieren lässt<sup>20</sup>. Der Mieter ist hingegen nicht verpflichtet, die Wohnung auf Stufe 2 zu beheizen, um - was dann nach dem Sachverständigen möglich gewesen wäre - auf diese Weise ein Einfrieren der

---

<sup>18</sup> OLG Naumburg v. 29.9.2016 – 4 U 76/15, MietRB 2017, 181 = VersR 2017, 885.

<sup>19</sup> OLG Naumburg v. 29.9.2016 – 4 U 76/15, MietRB 2017, 181 = VersR 2017, 885.

<sup>20</sup> OLG Naumburg v. 29.9.2016 – 4 U 76/15, MietRB 2017, 181 = VersR 2017, 885.

Leitungen zu verhindern. Bei dieser Einschätzung hat der Senat durchaus gesehen, dass für die Annahme einer schuldhaften Pflichtverletzung durch den Mieter bzw. in zurechenbarer Weise durch seine Mutter, die besonders strengen Frosttemperaturen im Schadensvorfeld und der Umstand sprechen, dass es sich um eine exponierte Dachgeschosswohnung handelte, die trotz der darunter liegenden Mietwohnungen und aufsteigender Wärme als besonders temperaturanfällig anzusehen ist. Andererseits bestehen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme gegen das von der Mutter geschilderte regelmäßige Kontrollieren der Heizkörper durch die Mutter des Mieters keine Zweifel.

Gegen die Annahme einer schuldhaften Obhutspflichtverletzung spricht hier weiter, dass es sich zwar um einen Altbau, aber um eine sanierte Wohnung handelte und zudem technische Möglichkeiten, wie etwa den Einbau einer elektrischen Begleitheizung, bestanden, um einer besonderen Frostempfindlichkeit der Leitungen im Bereich des Drempels seitens des Vermieters Rechnung zu tragen. Hinzukommt, dass der Vermieter den Mieter auf die besondere Gefahr eines Einfrierens von Leitungen im Drempel und eine zur Abwehr dieser Gefahr notwendige Beheizung auf Stufe 2 hätte aufklären können und wohl auch müssen<sup>21</sup>. Denn dem Mieter waren der Leitungsverlauf und der bauliche Zustand im Bereich des Drempels nicht bekannt

## 2 Übergabe

### 2.1 keine vollständige Schlüsselübergabe

Die Übergabe i.S.d. § 535 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass dem Mieter sämtliche Schlüssel überlassen werden<sup>22</sup>. Das ist nicht der Fall, wenn der Vermieter einen Teil der Schlüssel einbehält, um sich dadurch einen jederzeitigen Zugang zum Mietobjekt zu sichern und die von ihm vertraglich noch geschuldeten Umbauarbeiten (Tür-Fenster-Anlage) durchführen zu können<sup>23</sup>. Hierdurch übt der Vermieter selbst weiterhin Besitz aus. Das Recht des Mieters auf alleinigen Besitz der Schlüssel ist indes ein unverzichtbarer Bestandteil des Mietvertrages. Es

---

<sup>21</sup> OLG Naumburg v. 29.9.2016 – 4 U 76/15, MietRB 2017, 181 = VersR 2017, 885.

<sup>22</sup> vgl. OLG Düsseldorf v. 5.9.2011 - 24 U 4/11, juris Rz. 9ff.; MünchKomm/Häublein, 3. Aufl., § 535 BGB Rz. 67; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 12. Auflage, § 535 BGB Rz. 15; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 15.

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf v. 12.1.2016 – 24 U 62/15, ZMR 2017, 639 = GE 2017, 951.

gilt selbst dann, wenn der Mieter in Zahlungsverzug ist und der Vermieter das Mietverhältnis fristlos kündigen könnte<sup>24</sup>. Hier fehlt es somit bereits an der geschuldeten vollständigen Besitzverschaffung gemäß § 854 BGB an den Mieter, weshalb der Vermieter ihrer hauptvertraglichen und für das Entstehen des Mietzinsanspruchs unabdingbaren Pflicht zur vollständigen Gebrauchsüberlassung nicht nachgekommen ist.

Es ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, dass der Vermieter einen Teil der Schlüssel benötigte, um für sich den Zugang zur Durchführung der Umbauarbeiten zu gewährleisten. Es musste ihm bewusst sein, da er sich erst zwei Tage zuvor, nämlich mit Mietvertrag vom 29.6.2010 zur Gebrauchsüberlassung ab dem 1.7.2010 verpflichtet hatte, dass die Arbeiten am 1.7.2010 noch nicht fertiggestellt sein konnten und er infolgedessen dem Mieter den uneingeschränkten Gebrauch des Mietobjekts nicht würde einräumen können, obwohl er sich verpflichtet hatte, diese Arbeiten vor Übergabe, spätestens jedoch bis zum 1.7.2010 zu beenden (§ 7 Nr. 1 MV). Er handelte somit "sehenden Auges" und auf eigenes Risiko, weshalb es ohne Belang ist, dass auch dem Mieter bekannt gewesen sein mag, dass eine rechtzeitige Fertigstellung nicht zu erwarten war. Denn es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Mieter die Räume in dem unfertigen Zustand abnehmen wollte und tatsächlich auch abgenommen hat<sup>25</sup>.

### **3 vertragsgemäßer Zustand**

#### **3.1 öffentlichrechtliche Gebrauchshindernisse**

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch entgegenstehen, stellen grundsätzlich einen Sachmangel i.S.v. § 536 BGB dar, wenn sie mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben<sup>26</sup>. Der Vermieter schuldet nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB mangels abweichender wirksamer Vereinbarungen die Überlassung in

---

<sup>24</sup> OLG Düsseldorf v. 10.11.1994 - 10 U 26/94, juris; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 12. Aufl., § 535 BGB Rz. 524 m.w.N.

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf v. 12.1.2016 – 24 U 62/15, ZMR 2017, 639 = GE 2017, 951.

<sup>26</sup> BGH WPM 1994, 1136 (1137); BGH, NJW-RR 2014, 264 Tz 20.

einem genehmigungsfähigen Zustand und hat etwaige Baumaßnahmen, welche zu dessen Erreichung erforderlich sind, auf eigene Kosten zu veranlassen<sup>27</sup>.

Eine davon abweichende Vereinbarung über die Beschaffenheit der Räume bzw. die Risikotragung betreffend das hier allein maßgebliche Vorliegen eines baurechtswidrigen Zustands der Räume vor dem Umbau haben die Parteien nicht getroffen<sup>28</sup>. Abreden betreffend eine Risikoübernahme durch den Mieter in Bezug auf öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse befreien den Vermieter von seiner Kardinalpflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und sind gemäß §§ 133, 157, 242 BGB - nach allgemeinen Grundsätzen eng auszulegen<sup>29</sup>.

§ 1 Nr. 1 lit a des Mietvertrags ("Der Mieter hat behördliche Auflagen auf eigene Kosten zu erfüllen.") enthält keine Risikoabwälzung auf den Mieter. Zum einen steht diese AGB-Klausel im Kontext mit dem vorhergehenden Satz "Der Vermieter haftet nicht dafür, dass die für den Gewerbebetrieb des Mieters erforderlichen behördlichen Genehmigungen wegen nur in der Person des Mieters liegenden Gründen nicht erteilt werden können." und stellt damit schon nach der Systematik der Klausel eine Regelung nur für Hindernisse aus der Person des Mieters und nicht für objektbezogene Hindernisse dar. Zum anderen wäre auch eine isolierte AGB-Klausel, wonach der Mieter Auflagen auf eigene Kosten zu erfüllen hat, einschränkend im Sinne einer Regelung für personenbezogene Hindernisse auszulegen und anderenfalls nach § 307 BGB unwirksam<sup>30</sup>.

Der Anlage 1 zum Mietvertrag, die erkennbar eine auf den Fall zugeschnittene Individualvereinbarung darstellt, ist eine entsprechende Risikoübernahme durch den Mieter ebenfalls nicht zu entnehmen. Die Anlage 1 enthält eine - in Gewerbmietverträgen nicht unübliche - Abrede dahin, dass der Mieter die Räume auf eigene Kosten herzurichten hat und im Gegenzug eine Mietfreiheit von 6 Mona-

---

<sup>27</sup> vgl. RGZ 94, 138; BGH, GE 2008, 120 Tz 14, 17 betr. Nutzungsänderungsgenehmigung; OLG Koblenz, NJW-RR 2010, 203 - juris Tz 26; OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 21 - juris Tz 49; OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 739 - juris Tz 9 - Brandschutz -; OLG Düsseldorf, MDR 2006, 1277 - juris Tz 29; *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz 11, 12; *Ghassemie-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, *Gewerberaummiete*, 2015, § 536 BGB Rz 180; *Kraemer/Ehlert* in: *Bub/Treier*, *Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 4. Aufl., III.B Rz 2787, 2790

<sup>28</sup> KG v. 23.5.2016 – 8 U 10/15, ZMR 2016, 685 = DWW 2016, 374.

<sup>29</sup> OLG Düsseldorf, MDR 1988, 866 - juris Tz 23; *Emmerich a.a.O.*, § 536 BGB Rz 12; *Tabar/Guhling/Weitemeyer*, *Gewerberaummiete*, 2015, § 536 BGB Rz 72, 79.

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 21 - juris Tz 50.

ten erhält. Indem die Parteien sodann ein dreimonatiges Rücktrittsrecht des Mieters unter Hinweis auf die "noch nicht vorliegende behördliche Genehmigung" vereinbart haben, haben sie dem Mieter die Zuständigkeit für die Einholung der Nutzungsänderungsgenehmigung und das Risiko wegen einer fehlenden öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit (gerade) der beabsichtigten Nutzung in diesen Räumen zugewiesen. Denn das Rücktrittsrecht hat erkennbar den Sinn, dem Mieter die Einholung der Genehmigung oder zumindest eine Vorklärung der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse zu ermöglichen, was dessen Zuständigkeit und grundsätzliche Risikotragung impliziert. Aus der Dauer des Rücktrittsrechts von nur drei Monaten ergibt sich nicht, dass mit "Genehmigung" eine personenbezogene Erlaubnis, also offenbar eine Konzession zum Betrieb der Gastronomie und Kochschule, gemeint gewesen sei, weil baurechtliche Genehmigungsverfahren grundsätzlich länger dauerten. Bereits aus der Korrespondenz unmittelbar vor Vertragsabschluss ergibt sich klar, dass die (naheliegender erforderliche) Nutzungsänderungsgenehmigung gemeint war. ...

Jedoch folgt daraus nicht, dass der Mieter auch das hier maßgebliche Risiko eines bauordnungswidrigen Zustands der Räume, welcher einer Baugenehmigung auf Nutzungsänderung von vornherein entgegenstand, übernahm<sup>31</sup>. Dahinstehen kann, ob dies bereits daraus herzuleiten ist, dass in der Anlage 1 von einer Renovierung und Sanierung, nicht jedoch von einem "Umbau" die Rede ist, und das Schließen der rechtswidrig eingebauten Fenster und die Erstellung von Oberlichtern als Ersatzlichtquelle einen "Umbau" darstelle. Jedenfalls folgt aus dem Gebot enger Auslegung, dass sich die Risikoübernahme des Mieters nicht auf Risiken erstreckt, welche den Räumen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anhaften und die er nicht erkannt hat<sup>32</sup>. Es entspricht weder einem vernünftigen Willen des Mieters noch der berechtigten Erwartung des Vermieters, dass der Mieter den Vermieter von unkalkulierbaren wirtschaftlichen Risiken, welche unabhängig von den spezifischen Nutzungsabsichten des Mieters bestehen, freistellt und damit die Kosten für die Behebung einer bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Baurechtswidrigkeit, welche zudem regelmäßig dem Vermieter, nicht aber dem Mieter erkennbar ist,

---

<sup>31</sup> KG v. 23.5.2016 – 8 U 10/15, ZMR 2016, 685.

<sup>32</sup> vgl. RGZ 94, 138 (140); *Ghassemie-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummiete, 2015, § 536 Rz 72, 79.

übernimmt. Angemessen und in der Regel gewollt ist nur die Übernahme des Risikos durch den Mieter, dass die von ihm nach seinen Vorstellungen ausgebauten Räume den behördlichen Anforderungen für den vorgesehenen Betrieb entsprechen<sup>33</sup>.

### 3.2 Verkehrsicherungspflicht

Die winterliche Räum- und Streupflicht beruht auf der Verantwortlichkeit durch Verkehrseröffnung und setzt eine konkrete Gefahrenlage, d. h. eine Gefährdung durch Glättebildung bzw. Schneebeleg voraus. Grundvoraussetzung für die Räum- und Streupflicht auf Straßen oder Wegen ist das Vorliegen einer "allgemeinen Glätte" und nicht nur das Vorhandensein einzelner Glättestellen<sup>34</sup>.

Dazu sind im vorliegenden Fall keine ausreichenden Feststellungen getroffen<sup>35</sup>. Eine allgemeine Glätte im Bereich des Grundstücks des Vermieters lag nicht vor. Vielmehr war auf dem Bürgersteig vor dem Haus der Beklagten lediglich eine einzige Glatteisfläche von ca. 1 x 1 m Größe vorhanden, die sich allerdings fast über die gesamte Breite des Bürgersteigs erstreckte. Ansonsten war der Bürgersteig vor dem Haus des Vermieters – wie auch im Übrigen sowie die Straße – trocken und geräumt. Die Ursache für die Entstehung der vereinzelt Glatteisfläche auf dem Bürgersteig vor dem Haus des Vermieters noch dazu, ob der Vermieter mit ihrer Entstehung rechnen musste, lässt sich ermitteln. Bestanden mithin nach den getroffenen Feststellungen aufgrund der Witterungsverhältnisse weder eine allgemeine Glätte noch sonst erkennbare Anhaltspunkte für eine ernsthaft drohende Gefahr durch Glättebildung auf dem Bürgersteig vor ihrem Grundstück, war der Vermieter aus Gründen der sich aus § 823 Abs. 1 BGB ergebenden allgemeinen Verkehrssicherungspflicht nicht gehalten, den

---

<sup>33</sup> vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz 286.

<sup>34</sup> vgl. BGH v. 12.6.2012 – VI ZR 138/11, VersR 2012, 1050 Rz. 10; BGH v. 21.1.1982 – III ZR 80/81, VersR 1982, 299 (300); BGH v. 26.2.2009 – III ZR 225/08, NJW 2009, 3302 Rz. 4 m.w.N.; OLG Jena, NZV 2009, 599 (600) m.w.N.; *Carl*, VersR 2012, 414, 415; *Geigel/Wellner*, Der Haftpflichtprozess, 27. Aufl., Kap. 14 Rn. 147; *Staudinger/Hager*, [2009], § 823 BGB Rz. E 128.

<sup>35</sup> BGH v. 12.2.2017 – VI ZR 254/16, GE 2017, 475.



Bürgersteig beim morgendlichen Ausführen seines Hundes eingehender zu überprüfen als ein Passant<sup>36</sup>.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 3 Straßenreinigungs- und Gebührensatzung der Stadt W<sup>37</sup>. Zwar ist das Erfordernis einer "allgemeinen Glätte" in der entsprechenden Vorschrift nicht ausdrücklich genannt.

Daraus lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass die Satzung der Stadt W. die Verkehrssicherungspflichten der Anlieger über die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB hinaus erweitern wollte. Eine Gemeindegatsatzung über den Straßenreinigungs- und Winterdienst muss nach dem Grundsatz gesetzeskonformer Auslegung regelmäßig so verstanden werden, dass keine Leistungspflichten begründet werden, die über die Grenze der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit hinausgehen<sup>38</sup>. In diesem Zusammenhang kann die Gemeinde auch keine Räum- und Streupflichten für Anlieger begründen, die über die Anforderungen der sie selbst treffenden (allgemeinen) Verkehrssicherungspflicht hinausgehen<sup>39</sup>. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Stadt W. in § 3 ihrer Satzung die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflichten der Anlieger bei Schnee- und Eisglätte auf Grundlage der bestehenden Gesetzes- und Rechtslage lediglich konkretisieren, jedoch nicht erweitern wollte.

## 4 Mietzeit

### 4.1 nicht unterschriebene Optionserklärung

Die Regelung in § 4 Nr. 2 des Mietvertrages gibt als Form für die Optionsausübungserklärung den eingeschriebenen Brief vor. Eine solche Vereinbarung ist regelmäßig dahin auszulegen, dass nur die Schriftform als Wirksamkeitserfordernis für die Erklärung vereinbart werden soll, während der Zugang der Erklä-

---

<sup>36</sup> vgl. zur Untersuchungspflicht: OLG München, OLGR 2009, 316 (317); OLG Oldenburg, r + s 1999, 415, nachgehend BGH v. 19.1.1999 – VI ZR 75/98; OLG Karlsruhe, VersR 1976, 346; Staudinger/J. Hager, [2009], § 823 BGB Rz. E 128.

<sup>37</sup> BGH v. 12.2.2017 – VI ZR 254/16, GE 2017, 475.

<sup>38</sup> vgl. *Wellner* in Geigel, Der Haftpflichtprozess, 27. Aufl., Kap. 14 Rz. 154; OLG Bamberg NJW 1975, 1787.

<sup>39</sup> vgl. OLG Karlsruhe v. 31.3.2014 – 9 U 143/13, juris.

nung auch in anderer Weise als durch den Einschreibebrief wirksam erfolgen kann<sup>40</sup>.

Anhaltspunkte dafür, dass im vorliegenden Fall aufgrund von Besonderheiten des Einzelfalles etwas anderes gelten könnte, sind nicht ersichtlich<sup>41</sup>. Die Optionsausübungserklärung musste danach nur die Voraussetzungen der gewillkürten Schriftform nach § 127 BGB erfüllen. Grundsätzlich gehört zur Schriftform zwar die eigenständige Unterschrift unter die Erklärung, an der es ab der 2. Optionsausübungserklärung fehlt. Allerdings enthält § 127 Abs. 2 BGB Erleichterungen der gewillkürten Schriftform, nach denen auch eine nicht eigenhändig unterschriebene Erklärung genügt, wenn sich aus der Erklärung unzweideutig ergibt, von wem sie abgegeben wurde<sup>42</sup>. Diesen Anforderungen aber genügten alle Optionsausübungsschreiben des Mieters, denn sie weisen im Kopf den Mieter als Absender aus und enthalten unter dem Text mindestens den ausgeschriebenen Familiennamen des Mieters. Es fehlt ab der 2. Optionsausübungserklärung lediglich die eigenhändige Unterschrift, welche bei der gewillkürten Schriftform des § 127 BGB nicht zwingend erforderlich ist.

## 5 Miete

### 5.1 Anrechnung ersparter Miete bei Verhinderung des Mieters

§ 537 Abs. 1 Satz 2 BGB ordnet an, dass der Vermieter sich ersparte Aufwendungen und sonstige Vorteile aus einer anderweitigen Verwendung der Mietsache von seinem Anspruch auf die Miete abziehen lassen muss. Der Vermieter soll aus der Situation des Mieters bei persönlicher Verhinderung keine Vorteile ziehen<sup>43</sup>. Er soll aufgrund der persönlichen Verhinderung des Mieters nicht bessergestellt sein, als er bei fortdauernder Nutzung des Mietobjekts durch den Mieter stünde und muss sich deshalb die auf dem Unterlassen der Nutzung

---

<sup>40</sup> i.d.S. auch BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082.

<sup>41</sup> OLG Dresden v. 22.2.2017 – 5 U 961/16, ZMR 2017, 465 = NZM 2017, 442.

<sup>42</sup> vgl. BGH v. 22.2.1996 - IV ZR 297/94, NJW-RR 1996, 641; BGH v. 24.11.1998 - XI ZR 227/97, NJW-RR 1999, 697; OLG Hamm v. 24.9.2015 - 27 W 104/15, DStR 2016, 487; Palandt/Ellenberger, 76. Aufl., § 127 BGB Rz. 2; vgl. auch die Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung vom 14.12.2000 für das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.7.2001, BT-Drs. 14/4987, S. 20 f.).

<sup>43</sup> vgl. Münch in Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 537 BGB Rz. 13.

durch den Mieter beruhenden Vorteile anrechnen lassen<sup>44</sup>. Gemeint sind damit vor allem die verbrauchsabhängigen Betriebskosten, d.h. die Kosten von Energie, Wärme und Wasser<sup>45</sup>.

Im vorliegenden Fall, in dem der Vermieter seinerseits die Räumlichkeiten für die mit der Mietern vereinbarten Mietzeit anmieten musste, gehören allerdings auch die Kosten dieser Anmietung zu den berücksichtigungsfähigen Aufwendungen<sup>46</sup>. Nach den Motiven des Gesetzgebers soll mit der Regelung des § 537 Abs. 1 Satz 2 BGB erreicht werden, dass der Vermieter im Falle einer Verhinderung des Mieters (nur) das hat, was er gehabt hätte, wenn der Mieter in der Ausübung des Gebrauchsrechts nicht gehindert worden wäre, aber auch nicht mehr<sup>47</sup>. Hätte der Mieter die Mieträume genutzt, dann hätte der Vermieter nur den Betrag erlangt, der über den von ihr aufzuwendenden Betrag für die Anmietung der Räume hinausging.

Insoweit bedarf es nicht der Unterscheidung danach, ob der Mieter am Gebrauch der Mietsache gehindert war oder ob er freiwillig auf die Ausübung seines Gebrauchsrechtes verzichtete<sup>48</sup>. Es ist in beiden Fällen gleichermaßen gerechtfertigt, die durch den Vermieter ersparten Kosten zu berücksichtigen. Zum einen entspricht dies der allgemeinen Meinung in Rechtsprechung und Literatur, wonach von § 537 Abs. 1 S. 2 BGB sowohl der Fall erfasst wird, dass der Mieter durch äußere Umstände aus seinem Risikobereich am Gebrauch gehindert ist, als auch der Fall, dass er aus eigenem Entschluss von der Nutzung absieht<sup>49</sup>. Zum anderen gibt es keinen rechtfertigenden Grund, einen freiwillig auf den Mietgebrauch verzichtenden Mieter anders zu behandeln als einen am Gebrauch gehinderten Mieter. Zu berücksichtigen ist, dass ein Mieter – ohne eine besondere Vereinbarung – nicht zum Gebrauch der Mietsache verpflichtet ist, sondern nur zur Zahlung des Mietzinses, arg. e § 535 Abs. 2 BGB<sup>50</sup>. Daher kann ein freiwillig auf sein Gebrauchsrecht verzichtender Mieter im Regelfall

---

<sup>44</sup> vgl. Ghassemi-Tabar/Boerner, Gewerberaummiete, 2015, § 537 BGH Rz. 16f.

<sup>45</sup> vgl. Staudinger/Emmerich, 2014, § 537 BGB Rz. 13.

<sup>46</sup> OLG Düsseldorf v. 7.3.2017 – 24 U 88/16, ZMR 2017, 558.

<sup>47</sup> vgl. Staudinger/Emmerich, 2014, § 537 BGB Rz. 12 unter Verweis auf Mot II 400.

<sup>48</sup> OLG Düsseldorf v. 7.3.2017 – 24 U 88/16, ZMR 2017, 558.

<sup>49</sup> vgl. BeckOK, BGB/Ehlert, Stand: 01.08.2012, § 537 BGB Rz. 5 m.w.N.; MünchKomm/Bieber, 7. Aufl., § 537 BGB Rz. 3; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 537 BGB Rz. 3; Staudinger/Emmerich, 2016, 537 BGB Rz. 4 m.w.N.

<sup>50</sup> vgl. auch BGH v. 4.4.1979 - VIII ZR 118/78 Rz. 14, juris.

auch nicht als "vertragsbrüchig" angesehen werden. Überdies gibt es auch keinen rechtfertigenden Grund für eine Besserstellung des Vermieters für den Fall, dass der Mieter nicht aufgrund äußerer Umstände, sondern aufgrund eines freiwilligen Entschlusses auf die Nutzung des Mietobjekts verzichtet.

Darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass im Hinblick auf die Aufwendungen überhaupt eine Ersparnis eingetreten ist, ist die Mieter als Mieterin. Erst wenn feststeht, dass eine Ersparnis eingetreten ist, obliegt dem Vermieter die Darlegung der näheren Einzelheiten<sup>51</sup>.

## 5.2 Umsatzsteuerausweis durch Erwerber

Der Mieter hat Anspruch auf eine umsatzsteuerausweisende Rechnung, weil und soweit der Vermieter zur Umsatzsteuer optiert hat. Die Parteien haben vereinbart, dass die Mieter Miete zzgl. Betriebskostenvorauszahlung zzgl. Umsatzsteuer zahlen sollte (§ 3 des Mietvertrages). Haben die Parteien aber vereinbart, dass der Mieter Umsatzsteuer zahlen soll und hat der Vermieter von Gewerberaum seinerseits optiert und will der Mieter seinerseits die auf die Miete und die Betriebskosten geleistete Umsatzsteuer im Wege des Vorsteuerabzuges geltend machen, benötigt er hierzu gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 UStG eine Rechnung i.S.d. § 14 UStG. Der Mieter hat insoweit grundsätzlich Anspruch auf Erteilung einer ordnungsgemäßen Rechnung, die ihn in die Lage versetzt, die Vorsteuer geltend zu machen<sup>52</sup>: Dem Mieter steht insoweit auch, grundsätzlich gem. § 273 BGB bis zur ordnungsgemäßen Ausstellung einer solchen "Rechnung" ein Zurückbehaltungsrecht am Mietzins zu<sup>53</sup>.

Zutreffend ist zwar, dass nach der Rechtsprechung als Rechnung jede Urkunde in Betracht kommt, aus der der Leistende, der Leistungsempfänger, die Menge und Art der Leistung, der Zeitraum der Leistung und der auf das Entgelt entfallende Umsatzsteuerbetrag erkennbar sind<sup>54</sup>. Es müssen also sowohl das Net-

---

<sup>51</sup> OLG Düsseldorf v. 7.3.2017 – 24 U 88/16, ZMR 2017, 558.

<sup>52</sup> OLG Köln v. 17.07.2017 - 22 U 60/16, n.v.

<sup>53</sup> allg. Meinung, OLG Köln v. 10.1.2017 - 22 U 65/15, n.v.; BGH v. 8.3.2005 – VIII ZB 3/04, MDR 2005, 1068 = juris Rz. 6; OLG Rostock v. 12.3.2007 - 3 U 67/06, MietRB 2007, 197 = juris Rz. 34; OLG Düsseldorf v. 9.3.2006 - 10 U 130/05, ZMR 2006, 686 = juris Rz. 21; OLG München v. 13.3.2012 - 32 U 4761/11, MDR 2012, 1026 = ZMR 2012, 621; *Stadie* in Rau/Dürnwächter, Stand 02.2016, § 15 UStG Rz. 755.

<sup>54</sup> OLG Rostock v. 12.3.2007 - 3 U 67/06, MietRB 2007, 197 = juris.

toentgelt als auch der Betrag der Umsatzsteuer genannt werden<sup>55</sup>. Dementsprechend reicht in der Regel der Mietvertrag selbst als "Dauerrechnung" zur Vorlage bei den Finanzbehörden aus, wenn darin die erforderlichen Mindestangaben enthalten sind<sup>56</sup>. "Mindestangaben" sind insoweit die nach § 14 Abs. 4 UStG erforderlichen. Die meisten wesentlichen Angaben sind danach auch im Streitgegenständlichen Mietvertrag enthalten, allerdings nicht alle.

Im Streitfall fehlt ersichtlich die Angabe der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer des Vermieters, der an dem Abschluss des ursprünglichen Mietvertrages zwischen seiner Rechtsvorgängerin und der Mietern gar nicht beteiligt war. Allerdings verlangt § 14 Abs. 4 Nr. 2 UStG als Angabe auch "die dem leistenden Unternehmer vom Finanzamt erteilte Steuernummer oder die ihm vom Bundeszentralamt für Steuern erteilte Umsatzsteuer-Identifikationsnummer"<sup>57</sup>. Diese Nummer ist im Mietvertrag nicht enthalten und der Vermieter hat dem Mieter auch kein zur Vorlage beim Finanzamt geeignetes Dokument zur Verfügung gestellt, welches die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer ausweist und gleichzeitig in einer solchen Weise auf den Mietvertrag Bezug nimmt, welche dazu führen könnte, dass Ergänzung und Mietvertrag zusammen die Rechnung im Sinne von §§ 14, 15 UStG zu bilden geeignet wären. Ausreichend sind zwar auch Erläuterungen und Klarstellungen von bereits vorliegenden Rechnungen und eine aus mehreren Dokumenten bestehende Rechnung, wenn sich die Dokumente aufeinander beziehen und die Angaben jedenfalls insgesamt enthalten sind<sup>58</sup>. Auch hierzu hat der Vermieter aber nicht schlüssig vorgetragen. Es fehlt an einem weiteren, über den Mietvertrag hinausgehenden Schreiben, aus welchem sich die fehlenden Angaben in einer den Mietvertrag eindeutig in Bezug nehmenden Weise ergänzen lassen. Vielmehr hat der Vermieter die Berechtigung des Ansinnens des Mieters kategorisch zurückgewiesen.

---

<sup>55</sup> OLG Rostock v. 12.3.2007 - 3 U 67/06, MietRB 2007, 197 = juris.

<sup>56</sup> vgl. OLG Köln v. 10.1.2017 - 22 U 65/15, n.v.; OLG Düsseldorf v. 9.3.2006 - 10 U 130/05, ZMR 2006, 686; OLG Düsseldorf v. 24.5.2005 - 24 U 194/04, NZM 2006, 262; vgl. zur Dauerrechnung auch *Stadie* in: Rau/ Dürrwächter, Kommentar zum UStG; Loseblatt Stand 2016, § 15 UStG Rz. 796 f.

<sup>57</sup> OLG Köln v. 17.07.2017 - 22 U 60/16, n.v.

<sup>58</sup> vgl. *Stadie* in: Rau/ Dürrwächter; Kommentar zum UStG, Loseblatt Stand 2016, § 15 UStG Rz. 755 f.

### 5.3 Aufrechnungsverbot

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass eine Aufrechnungsverbotsklausel unwirksam sei, wenn sie nicht auch explizit entscheidungsreife Gegenforderungen von dem Verbot ausnehme, oder aber (zur Vermeidung der Unwirksamkeit) so auszulegen sei, dass sie auch entscheidungsreife Gegenforderungen dem Aufrechnungsverbot entziehe<sup>59</sup>.

Indes teilt das OLG Hamm<sup>60</sup> diese Auffassung in Übereinstimmung mit dem BGH nicht. Der BGH hat in zahlreichen Entscheidungen die Formulierung, dass (nur) unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen von dem Aufrechnungsverbot ausgenommen sind, unbeanstandet gelassen und die Klauseln als wirksam erachtet<sup>61</sup>. Der Senat sieht keinen Anhaltspunkt dafür, die Wirksamkeit der Klausel in Zweifel zu ziehen. Insbesondere ergibt sich ein solcher nicht aus dem Umstand, dass nach der Klausel nicht auch entscheidungsreife Gegenforderungen von dem Aufrechnungsverbot ausgenommen sind. Denn aus § 308 Nr. 3 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber lediglich den Ausschluss der Aufrechnung mit unbestrittenen oder (schon) rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen als unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners erachtet, nicht aber auch ein Aufrechnungsverbot bezüglich entscheidungsreifer Gegenforderungen.

*Seit der Entscheidung des VII. Senats des BGH<sup>62</sup> ist aber für das Mietrecht keine andere Entscheidung des BGH mehr ergangen.*

## 6 Schönheitsreparaturen

### 6.1 Zuschlag für Schönheitsreparaturen

Der in § 3 des Mietvertrags neben der "Grundmiete" ausgewiesenen "Zuschlag Schönheitsreparaturen" (79,07 €) ist als Preis(haupt)abrede anzusehen, die

---

<sup>59</sup> vgl. Palandt/*Grüneberg*, 75. Aufl., § 309 BGB Rz. 18; Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2014, § 556b BGB Rz. 25.

<sup>60</sup> OLG Hamm v. 9.12.2016 – 30 U 14/16, ZMR 2017, 309 = NZM 2017, 124.

<sup>61</sup> BGH v. 17.2.1986 - II ZR 285/14, juris Rz. 10, BGH v. 10.1.1991 - III ZR 141/90, juris Rz. 35 = BGHZ 115, 324 ff.; BGH v. 27.1.1993 - XII ZR 141/91, juris Rz. 16; BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, juris Rz. 21; BGH, NJW 2011, 514, Tz. 21; ebenso auch OLG Düsseldorf v. 25.7.2013 - 10 U 114/12, ZMR 2015, 543.

<sup>62</sup> BGH v. 7.4.2011 – VII ZR 209/07, MDR 2011, 652.

nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Kontrolle auf ihre inhaltliche Angemessenheit unterliegt<sup>63</sup>. Dieser Zuschlag stellt ungeachtet des gesonderten Ausweises neben der "Grundmiete" ein Entgelt für die Hauptleistungspflicht (Gebrauchsgewährungs- und Gebrauchserhaltungspflicht) des Vermieters dar.

Es liegt auch kein Fall eines Umgehungsgeschäfts nach § 306a BGB vor<sup>64</sup>. Es trifft nicht zu, dass dem Mieter mit Hilfe dieses getrennt ausgewiesenen Zuschlags quasi eine Verpflichtung zur Übernahme von Schönheitsreparaturen einer unrenoviert übergebenen Wohnung auferlegt wird, die ihnen im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht hätte auferlegt werden können, weil kein angemessener Ausgleich entsprechend der Rechtsprechung des BGH gewährt worden sei. Denn die Ausweisung eines "Zuschlags Schönheitsreparaturen" hat für das Mietverhältnis rechtlich keine Bedeutung und stellt beide Mietvertragsparteien nicht anders, als wenn sogleich eine um diesen Zuschlag höhere Grundmiete ausgewiesen wäre. In beiden Fällen hat der Mieter den Gesamtbeitrag zu entrichten und zwar unabhängig davon, ob und welcher Aufwand dem Vermieter für die Durchführung von Schönheitsreparaturen tatsächlich entsteht; es handelt sich mithin um einen bloßen (aus Sicht des Mieters belanglosen) Hinweis des Vermieters auf seine interne Kalkulation. Im Hinblick auf spätere Mieterhöhungen gehört der Zuschlag zur Ausgangsmiete, die mit der ortsüblichen Vergleichsmiete zu vergleichen ist. Ähnlich wird nach der Rechtsprechung des BGH bei Wegfall der Preisbindung einer Wohnung verfahren, in der der Mieter während der Dauer der Preisbindung einen gesondert ausgewiesenen Zuschlag für die Schönheitsreparaturen gezahlt hat<sup>65</sup>.

Die Vereinbarung des "Zuschlags Schönheitsreparaturen" ist auch nicht deshalb unwirksam, weil § 5 Abs. 6 des Mietvertrags eine Quotenabgeltungsklausel (auf starrer Berechnungsgrundlage) enthält<sup>66</sup>. Abgesehen davon, dass diese Formulklausel nach der Rechtsprechung des BGH ohnehin unwirksam ist, stellt § 7 des Mietvertrages unmissverständlich klar, dass die Schönheitsreparaturen dem Vermieter obliegen.

---

<sup>63</sup> BGH v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456 = GE 2017, 886.

<sup>64</sup> BGH v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456 = GE 2017, 886.

<sup>65</sup> vgl. BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145 Rz. 13 ff.; BGH v. 9.11.2011 - VIII ZR 87/11, NJW 2012, 145 Rz. 20.

<sup>66</sup> BGH v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456 = GE 2017, 886.

## 7 Gewährleistung

### 7.1 Hellhörigkeit des Miethauses

Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen<sup>67</sup>. Von ihm ist auch nicht zu fordern, dass er über eine hinreichend genaue Beschreibung der Mangelperscheinungen ("Mangelsymptome") hinaus die ihm häufig nicht bekannte Ursache dieser Symptome bezeichnet<sup>68</sup>. Vielmehr obliegt es dem Gericht schon dann, wenn der Mieter einen Mietmangel durch Beschreibung der Mangelsymptome darlegt, die für das Vorliegen des Mangels angebotenen Beweise zu erheben und - im Falle eines beantragten Sachverständigengutachtens - dem Sachverständigen die beweiserheblichen Fragen zu unterbreiten.

So liegen die Dinge hier<sup>69</sup>. Der Mieter hat die Lärmbelastung, der er sich in seiner Wohnung ausgesetzt sieht, ausreichend beschrieben und überdies durch detaillierte "Lärmprotokolle" konkretisiert, derer es nach der Rechtsprechung des BGH bei ausreichender Beschreibung wiederkehrender Lärmbeeinträchtigungen nicht einmal bedarf<sup>70</sup>. Zur Ursache des beanstandeten Lärms musste der Mieter nichts weiter vortragen, zumal es ihm als Laien weder möglich ist, die Lärmquelle einer bestimmten anderen Wohnung zuzuordnen, noch darzulegen, ob der als unzumutbar empfundene Lärm auf einem unangemessenen (nicht mehr sozialadäquaten) Wohnverhalten anderer Bewohner des Hauses, auf einem mangelhaften Schallschutz (Nichteinhaltung der zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Schallschutzvorschriften) oder auf einer Kombination beider Ursachen beruht. Wenn die Partei - wie hier der Mieter - gleichwohl eine aus ihrer Sicht bestehende Lärmursache benennt, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, sie wolle Mängelrechte nur für den Fall geltend machen, dass ausschließlich diese Ursache und nicht eine andere zutrifft.

---

<sup>67</sup> vgl. BGH v. 27.2.1991 - XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779 unter 2 c; BGH v. 11.6.1997 - XII ZR 254/95, WuM 1997, 488 unter b m.w.N.; jeweils zu § 537 BGB a.F.

<sup>68</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rn. 16 m.w.N.

<sup>69</sup> BGH v. 21.2.2017 - VIII ZR 1/16, MDR 2017, 448 = ZMR 2017, 379 = NZM 2017, 256.

<sup>70</sup> vgl. BGH v. 20.6.2012 - VIII ZR 268/11, NZM 2012, 760 Rz. 18.



Der Mieter hatte mit der Berufung gerügt, das Amtsgericht habe es versäumt, das bereits in erster Instanz wiederholt beantragte Sachverständigengutachten einzuholen. Das Berufungsgericht hat zur Begründung für die auch in der Berufungsinstanz unterbliebene Einholung des beantragten Gutachtens - insoweit kam die Beauftragung eines Sachverständigen für Gebäude und Schallschutz in Betracht - ausgeführt, es handele sich um ein ungeeignetes Beweismittel, weil der Sachverständige in der Vergangenheit liegende Lärmbelästigungen schon objektiv nicht feststellen könne und es im vorliegenden Rechtsstreit ohnehin nicht um den Schallschutz des Gebäudes gehe. Diese Beurteilung läuft auf eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung hinaus.

Zum einen hat das Berufungsgericht insoweit den Vortrag des Mieters übergegangen, es handele sich um nahezu tägliche Lärmbelästigungen, also auch solche, die ersichtlich bis in die Gegenwart reichen und deshalb durchaus sachverständiger Beurteilung zugänglich sein können. Zum anderen ging das Rechtsschutzbegehren des Mieters ersichtlich dahin, den in seiner Wohnung wahrnehmbaren und von ihm als unzumutbar eingeschätzten Lärm feststellen zu lassen, wozu ohne weiteres auch eine (Mit-)Verursachung durch einen unzureichenden baulichen Schallschutz gehört (etwa: Nichteinhaltung des bei Gebäudeerrichtung maßgeblichen Schallschutzes, Vorhandensein von "Schallbrücken").

Dass der Mieter nicht ausdrücklich geltend gemacht hat, die Ursache des Lärms könne auch in der Nichteinhaltung der zur Errichtung des Gebäudes geltenden Schallschutzvorschriften liegen, ist unschädlich. Zwar kann ein Mieter nach der Rechtsprechung des BGH mangels konkreter anderweitiger Vereinbarungen in seiner Wohnung nur einen Schallschutz erwarten, der dem zur Zeit der Errichtung des Gebäudes geltenden Standard entspricht<sup>71</sup>. Das enthebt den Tatrichter aber - selbstverständlich - nicht von der Notwendigkeit der Einholung eines beantragten Sachverständigengutachtens, mit dessen Hilfe genau diese Prüfung erst vorgenommen werden kann. Zudem liegt nach den Angaben, die die als Zeugen vernommenen Bewohner des Gebäudes zur Intensität der in den Wohnungen wahrnehmbaren Geräusche aus anderen Wohnungen, aus

---

<sup>71</sup> BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218 unter II.1; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441 Rz. 10; BGH v. 23.4.2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009, 659 Rz. 11; BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417 Rz. 15 m.w.N.

dem Treppenhaus und sogar aus dem Nachbarhaus gemacht haben, die Möglichkeit nicht fern, dass selbst der vergleichsweise niedrige Schallschutzstandard im Zeitpunkt der Errichtung des aus der Nachkriegszeit stammenden Gebäudes nicht eingehalten ist. Sollte dies der Fall sein, ist es nicht auszuschließen, dass auch sozialadäquates Wohnverhalten von Mitbewohnern, etwa wegen bestehender Schallbrücken, zu einer schlechthin unzumutbaren und deshalb als Mietmangel einzustufenden Lärmbelastung in der Wohnung des Beklagten geführt und ihn auch zur Minderung der Miete berechtigt hat.

## 7.2 beschränkte Auswertung von Lärmprotokollen

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass in einem Mehrfamilienhaus gelegentlich auftretende Lärmbeeinträchtigungen grundsätzlich als sozial adäquat hinzunehmen sind und für die betroffenen Mitmieter deshalb noch nicht ohne Weiteres einen Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 BGB begründen<sup>72</sup>. Dazu zählt auch üblicher Kinderlärm, den das Immissionsschutzrecht des Bundes und der Länder (z.B. § 22 Abs. 1a BImSchG , § 6 Abs. 1 LImSchG Bln ) für seinen Bereich als grundsätzlich sozial adäquat und damit zumutbar behandelt, was - auch wenn diese Maßstäbe für die mietrechtliche Pflichtenlage keine unmittelbare Wirkung entfalten können<sup>73</sup> - gewisse Ausstrahlungswirkungen auf die ohnehin schon längst in diese Richtung tendierende Verkehrsanschauung zur Toleranz gegenüber solchen Geräuschemissionen und darüber auf die mietrechtlichen Abwägungsprozesse hat, die ihrerseits allerdings zugleich durch das Gebot zumutbarer gegenseitiger Rücksichtnahme geprägt sind<sup>74</sup>.

Vor diesem Hintergrund geht die ganz überwiegende Instanzrechtsprechung deshalb für Fallgestaltungen, die mit dem Streitfall vergleichbar sind<sup>75</sup>, zutreffend davon aus, dass zwar auf der einen Seite Geräuschemissionen, die ihren Ursprung in einem altersgerecht üblichen kindlichen Verhalten haben, gegebenenfalls auch unter Inkaufnahme erhöhter Grenzwerte für Lärm und entsprechender Begleiterscheinungen kindlichen Verhaltens, grundsätzlich hinzunehmen sind, auf der anderen Seite jedoch die insoweit zu fordernde erhöhte Tole-

---

<sup>72</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 155/11, NJW 2012, 1647 Rz. 11.

<sup>73</sup> Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 27; *Dötsch*, ZfIR 2012, 458 (461).

<sup>74</sup> vgl. BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 26 ff. m.w.N.

<sup>75</sup> zu einem Sonderfall etwa LG Münster v. 26.2.2009 - 8 O 378/08, NJW 2009, 3730 (3731) [autistisches Kind].

ranz auch Grenzen hat. Diese sind hierbei jeweils im Einzelfall zu bestimmen unter Berücksichtigung namentlich von Art, Qualität, Dauer und Zeit der verursachten Geräuschemissionen, des Alters und des Gesundheitszustands des Kindes sowie der Vermeidbarkeit der Emissionen etwa durch objektiv gebotene erzieherische Einwirkungen oder durch zumutbare oder sogar gebotene bauliche Maßnahmen<sup>76</sup>. Deshalb ist Kinderlärm aus Nachbarwohnungen nicht in jeglicher Form, Dauer und Intensität von Mitmietern hinzunehmen, nur weil er eben von Kindern stammt, sondern dass grundsätzlich bei jeder Art von Lärm unter Einschluss von Kinderlärm auf die Belange und das Ruhebedürfnis der Nachbarn Rücksicht zu nehmen ist. Bei Anlegung dieses Maßstabs muss jedoch jedes wesentliche Vorbringen Mieters zu Art, Intensität, Frequenz und Dauer der auf seine Wohnung einwirkenden Geräusche und Erschütterungen eingegangen werden<sup>77</sup>. Deshalb verstellt eine eher cursorische Auswertung der vorgelegten Lärmprotokolle den Blick für den Kern des in jeder Hinsicht mit Substanz unterlegten Vorbringens des Mieters, der darin besteht, dass die von den Kindern der Nachbarn wie auch von den Nachbarn selbst ausgehenden Geräuschemissionen jedes noch irgendwie hinzunehmende Maß überschritten haben. Insoweit kann anhand der unter Beweis gestellten Eintragungen in den Lärmprotokollen im Einzelnen und wie sich auch Eintragungen in den vorgelegten Lärmprotokollen ohne Weiteres erschließt, schlechthin nicht davon die Rede sein, dass die protokollierten Geräuschemissionen und Erschütterungen in ihrer bemerkenswerten Frequenz und Dauer noch als Ausdruck eines natürlichen Bewegungsdrangs von Kindern darauf abgezielt hätten, durch ihre "natürlich angelegten, ständigen Wiederholungen ... die Voraussetzungen zu einer differenzierten Bewegungsfähigkeit" zu schaffen und hierüber "als ein Schritt der natürlichen Entwicklung von Kindern" normaler Wohnnutzung zu entsprechen. Ebenso hat das, was in auffälliger Häufigkeit und Wiederkehr in den Lärmprotokollen etwa als familiäre Auseinandersetzung, "Riesentheater" oder Schreien und Brüllen insbesondere des Nachbarn verzeichnet ist, nur wenig mit dem gemein, was als eine noch im üblichen Rahmen liegende erzieherische Einwir-

---

<sup>76</sup> z.B. BayObLG v. 16.12.1993 - 2 ZBR 113/93, NJW-RR 1994, 598 (599); OLG Düsseldorf, NJW 2009, 3377 f. [jeweils WEG-Sachen]; OLG Düsseldorf, OLGR 1997, 89 (91); LG Berlin [ZK 62], WuM 1999, 329; LG München I, NJW-RR 2005, 598; LG Köln v. 30.10.2008 - 6 S 403/07, *juris* Rz. 6 ff.

<sup>77</sup> BGH v. 22.08.2017 – VIII ZR 226/16, ■.

kung verstanden werden kann, um "die zuvor wohl als zu laut empfundenen Kinder aufzufordern, ihrerseits Ruhe zu geben und ein Schreien zu

Dass hinsichtlich der als Mangel der Mietsache gerügten Geräuschemissionen und Erschütterungen ein unauflöslicher Widerspruch zwischen den vorgelegten Lärmprotokollen und dem dazu gehaltenen Klagevortrag bestanden hat, ist nicht erkennbar<sup>78</sup>. Das gilt umso mehr, als es einer Vorlage der Lärmprotokolle noch nicht einmal bedurft hätte, weil die Immissionsbelastung, derer der Mieter sich in seiner Wohnung seit Jahren ausgesetzt sieht, in seinem dargestellten Klagevorbringen nach Art, Intensität, Dauer und Häufigkeit in einer den Kern ihres Angriffs kennzeichnenden Weise mit ausreichender Substanz beschrieben war<sup>79</sup>.

Darüber hinaus müssen diejenigen Störungszeiträume als berücksichtigt werden, hinsichtlich derer kein Lärmprotokoll vorgelegt war. Ansonsten wird verkannt, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm nicht der Vorlage eines detaillierten Protokolls bedarf. Es genügt vielmehr grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen es geht und zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten<sup>80</sup>.

## 8 Schriftform

### 8.1 Änderung des Nutzungszwecks

Mit Schreiben vom 25. Juli 2006 hat der damalige Vermieter dem damaligen Mieter gemäß § 1 Ziffer 1.3 der Mietverträge bestätigt, dass ihm auch das Lagern von handelsüblichen Waren gestattet ist. Der damalige Mieter hat dem auch zumindest konkludent durch Nutzung der Räume in dem erweiterten Umfang zugestimmt. Hierin liegt eine Änderung der ursprünglichen Mietverträge, nach denen dem Mieter die Mietsache ausschließlich zu Lagerung und Verkauf von Stoffen und Kurzwaren sowie (hinsichtlich des Vertrages Nr. -8001) von Textilien und Baumaschinen überlassen war. Einer anderen Nutzung durfte der

---

<sup>78</sup> BGH v. 22.08.2017 – VIII ZR 226/16, ■.

<sup>79</sup> vgl. zuletzt BGH v. 21.2.2017 - VIII ZR 1/16, NJW 2017, 1877 Rz. 11 f., 14 m.w.N.

Mietgegenstand nach den Verträgen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vermieters zugeführt werden. Danach hat die Vermieterin mit der Zustimmung nicht nur eine bereits bestehende Vertragspflicht auf Zustimmung erfüllt. Denn es bestand hier kein Rechtsanspruch des Mieters auf Erteilung der Zustimmung<sup>81</sup>. Denn die Verträge regeln keine Voraussetzungen, unter denen der Vermieter verpflichtet wäre, einer solchen anderen Nutzung zuzustimmen. Die Berechtigung zur anderweitigen Nutzung folgt daher vorliegend nicht bereits aus den Mietverträgen, sondern erst aus der insoweit konstitutiven Zustimmung der Vermieterin.

Die Änderung des Nutzungszweckes bedurfte der Schriftform. Zwar ist dies nicht der Fall bei solchen Abreden, die für den Inhalt des Vertrages von nur nebensächlicher Bedeutung sind<sup>82</sup>.

Dies ist hier aber nicht der Fall. Denn es stellt einen wesentlichen Unterschied dar, ob der Gebrauch der Mieträume auf Lagerung und Handel von einzelnen, bestimmt bezeichneten Warenarten beschränkt ist, oder ob dies für alle handelsüblichen Waren zulässig ist. Auch wenn die ursprünglich gestatteten Warengruppen von sehr unterschiedlicher Art waren (Stoffe, Baumaschinen), verbleibt doch eine überwiegende Anzahl an handelsüblichen Warengruppen, deren Lagerung und Handel ursprünglich nicht gestattet war. Dies ist nicht nur für den Mieter von erheblicher Bedeutung, sondern auch für den Vermieter und damit auch für einen potentiellen Erwerber. Denn dies betrifft nicht nur die Anforderungen, die die Mieträume gegebenenfalls erfüllen müssen, sondern auch den (vertragsimmanenten) Konkurrenzschutz, den der Vermieter sowohl diesem als auch etwaigen anderen Mietern gegebenenfalls gewähren muss und der durch das vertragsgemäße Handelsgut beeinflusst wird. Die Erweiterung der Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs ist daher wesentlich und bedarf der Schriftform<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 155/11, NJW 2012, 1647 Rz. 17; BGH v. 20.6.2012 - VIII ZR 268/11, NJW-RR 2012, 977 Rz. 18; jeweils m.w.N.

<sup>81</sup> so in BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, *juris*, Rz. 19.

<sup>82</sup> vgl. BGH v. 30.6.1999 - XII ZR 55/07, *juris*, Rz. 29; BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, *juris*, Rz. 14; BGH v. 12.3.2008 - VIII ZR 71/07, *juris*, Tz. 19; Staudinger/*Emmerich*, 2014, § 550 BGB Rz. 28.

<sup>83</sup> vgl. Staudinger/*Emmerich*, 2014, § 550 BGB Rz. 29b; Herberger/*Martinek/Rüßmann/Schur*, *jurisPK-BGB*, 7. Aufl., § 550 BGB Rz. 21; Palandt/*Weidenkaff*, 75. Aufl., § 550 BGB, Rz. 10.

Die Vereinbarung über die Erweiterung des Nutzungszwecks ist nicht in schriftlicher Form erfolgt. Denn dies setzt nach § 126 Abs. 2 BGB voraus, dass Angebot und Annahme in schriftlicher Form erklärt werden<sup>84</sup>. Dies war hier nicht der Fall, da das Schreiben der Vermieterseite vom 25. Juli 2006 nicht von dem Mieter unterschrieben ist<sup>85</sup>. Es genügt insoweit auch nicht, dass die Vertragsparteien die Änderung tatsächlich vollzogen haben. Denn ein konkludenter Vertragsschluss genügt dem Formerfordernis des § 550 BGB nur dann, wenn eine von beiden Parteien unterzeichnete, die Vertragsbedingungen enthaltene Urkunde vorliegt, die dem später konkludent geschlossenen Vertrag entspricht<sup>86</sup>. An einer solchen auch von dem Mieter unterzeichneten Urkunde fehlt es hier. Aus den späteren Nachträgen zu den Mietverträgen geht die Erweiterung des Nutzungszwecks in keiner Weise hervor.

## 8.2 Rechtsmissbrauch

Grundsätzlich darf sich jede Vertragspartei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gem. § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Partei 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 Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre<sup>87</sup>. Im Übrigen kann die Berufung auf den Formmangel im Einzelfall als treuwidrig anzusehen sein<sup>88</sup>.

Der Erwerber eines Mietgrundstücks handelt mit der Einwendung des Formmangels grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich, denn der Formzwang dient seinem Schutz und er setzt sich, anders als die ursprünglichen Mietvertragsparteien, hiermit nicht in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten<sup>89</sup>. § 550 BGB

---

<sup>84</sup> vgl. BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, juris, Rz. 30.

<sup>85</sup> vgl. BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, juris, Rz. 14.

<sup>86</sup> vgl. BGH v. 17.6.2015 - XII ZR 98/13, juris, Rz. 33.

<sup>87</sup> BGH, NJW 2016, 311 (312).

<sup>88</sup> vgl. BGH, NJW 2014, 1087 (1090).

<sup>89</sup> *Wolff/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rz. 143.

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. Der Erwerber 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 dies - wie im vorliegenden Fall - infolge formunwirksamer, nur mündlicher Abreden gleichwohl der Fall, so hat er die Möglichkeit, sich vorzeitig durch ordentliche Kündigung von dem Mietvertrag zu lösen<sup>90</sup>.

Im Einzelfall mag zwar zu erwägen sein, dass sich die Berufung des Erwerbers auf den Formmangel des Mietvertrages als rechtsmissbräuchlich darstellt, insbesondere wenn der Erwerber vorab von beiden Mietvertragsparteien über eine vom schriftlichen Mietvertrag abweichende Vereinbarung informiert worden ist<sup>91</sup>. Diese Voraussetzungen liegen aber nicht vor, wenn der Mieter lediglich behauptet, dass sein Generalbevollmächtigter den Erwerberr vor dem Erwerb des Mietgrundstücks darauf hingewiesen habe, dass mit dem Voreigentümer vereinbart worden sei, die Miete nach einem Jahr um 1.000,00 € auf 1.900,00 € zu reduzieren.

Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht auch keine Erkundigungspflicht des Erwerbers<sup>92</sup>. Sie kann nämlich nur bestehen, wenn der Erwerber durch die aus der Vertragsurkunde ersichtlichen Regelungen hinreichend gewarnt ist. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Vereinbarung über den Vertragsbeginn auslegungsbedürftige Begriffe enthält, die Feststellung, ob die Umstände, an die die Parteien den Vertragsbeginn geknüpft haben, tatsächlich auch eingetreten sind<sup>93</sup> und auch die Frage der Ausübung einer vertraglich eingeräumten Verlängerungsoption<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> vgl. BGH, NJW 2008, 2178 Rz. 13, BGH, NJW 2014, 1087 (1089 ff.).

<sup>91</sup> OLG Celle v. 6.1.2017 – 2 U 101/16, ZMR 2017, 389.

<sup>92</sup> BGH, NJW 2013, 3361 (3363).

<sup>93</sup> vgl. BGH, NJW 2013, 3361 (3363).

<sup>94</sup> vgl. BGH, NJW 2014, 1087 (1089).

### 8.3 Heilungsklausel

Eine sog. Nachholklausel bedingt die Anwendung des § 550 BGB in der Regel nicht unmittelbar ab. Denn darin haben die Parteien 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<sup>95</sup>. Sofern zusätzlich ein „Verzicht“ auf die Kündigung geregelt wird, liegt in jedem Fall ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor. Werden in Nachträgen unterschiedliche Heilungsklauseln verwendet, die teilweise z.B. einen Verzicht auf das Kündigungsrecht regeln, kann diese Konstellation bereits nach § 305c BGB zur Unbeachtlichkeit führen, wenn nicht eindeutig feststeht, dass die zuletzt vereinbarte Klausel alleine gelten sollte. Jedenfalls liegt ein Verstoß gegen § 307 BGB vor, weil der Vermieter einerseits die Mitwirkung an einer Heilung verweigern könnte, den Mieter aber bei kundenfeindlichster Auslegung dennoch darauf verweisen könnte, dass sein Kündigungsrecht ausgeschlossen ist.

Die bislang zu dieser Frage ergangene überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung<sup>96</sup> und auch große Teile der Literatur<sup>97</sup> haben die ordentliche Kündigung wegen eines im Sinne einer Nachholungsklausel heilbaren Formverstoßes für treuwidrig erachtet<sup>98</sup>. Dabei sollen auch formularvertragliche Nachholklauseln wirksam sein<sup>99</sup>. Nach vereinzelter Ansicht<sup>100</sup> soll bei individualvertraglichen Vereinbarungen zunächst durch Auslegung zu ermitteln sein, ob die Vertrags-

<sup>95</sup> Vgl. zu den verschiedenen Typen von Nachholklauseln: *Sommer*, MietRB 2013, 54 (55).

<sup>96</sup> Vgl. u.a. OLG Braunschweig v. 17.9.2015 – 9 U 196/14, ZMR 2016, 108 = IMR 2015, 495; OLG Frankfurt v. 27.2.2015 – 2 U 144/14, ZMR 2015, 709 (712) m. Anm. *Wichert*; OLG Hamm v. 26.4.2013 – 30 U 82/12, ZMR 2013, 710 (713) = NZM 2013, 760 (766) m. Anm. *Breiholdt*, ZMR 2013, 878; 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 = GuT 2006, 14; OLG Celle v. 22.7.2004 – 13 U 71/04, NZM 2005, 219.

<sup>97</sup> *Möller*, ZfIR 2008, 87; *Lindner-Figura*, NZM 2007, 705; *Wichert*, ZMR 2006, 257; *Horst*, MDR 2008, 365; *Jud*, NZM 2006, 913 (916); MünchKomm/*Bieber*, § 550 BGB Rz. 19.

<sup>98</sup> Vgl. auch *Guhling*, NZM 2014, 529 (534) der ein treuwidriges Verhalten der ursprünglichen Parteien für möglich hält.

<sup>99</sup> OLG Braunschweig v. 17.9.2015 – 9 U 196/14, GE 2016, 192; OLG Hamm v. 26.4.2013 – 30 U 82/12, ZMR 2013, 710 (713) = NZM 2013, 760 (766) m. Anm. *Breiholdt*, ZMR 2013, 878; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 – 24 U 264/03, DWW 2004, 224; a.A. *Sommer*, MietRB 2013, 54 (55).

<sup>100</sup> *Leo*, NZM 2006, 815 (816); ähnlich differenzierend *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313.



partner nur die Ursprungsparteien oder auch die jeweiligen Rechtsnachfolger binden wollten; sollten auch die Rechtsnachfolger gebunden werden, sei selbst bei individualvertraglicher Gestaltung die Regelung wegen Verstoßes gegen den zwingenden § 550 BGB unwirksam. Dies gilt für Formulklauseln erst recht<sup>101</sup>. Denn sie erfassen auch den Fall, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich ist, obwohl der Kündigungsgegner den Kündigenden davon abgehalten hat, die für die Einhaltung der Schriftform notwendigen Handlungen vorzunehmen.

Für die Kündigung des Erwerbers<sup>102</sup> oder des Nießbrauchers<sup>103</sup>, der nach §§ 1056, 566 BGB in den Mietvertrag eingetreten ist, sollen weder individuell ausgehandelte noch formularmäßige Nachholklauseln bindend sein. Immerhin hebeln sie den Schutz des § 550 BGB aus, der aber gerade diese Personen schützen will.

Das KG<sup>104</sup> hat nun eine Heilungsklausel für wirksam erachtet, in der sogar ein Verzicht auf das Recht zur Kündigung formuliert wurde.

Dagegen sieht das OLG Düsseldorf die Heilungsklausel kritisch, wenn sie nach ihrem Wortlaut auch den Erwerber verpflichtet und auch für den Fall gelten soll, dass der Versuch, den Schriftformmangel zu heilen, scheitert, weil der andere versucht, weitere Vertragsänderungen durchzusetzen<sup>105</sup>.

## 9 Kautio

### 9.1 notarielle Unterwerfung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO als Kautio?

Zwar begrenzt § 551 Abs. 1 BGB im Interesse des Wohnraummieters die höchstzulässige Kautio auf drei Monatsnettomieten und sind hiervon zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen gemäß § 551 Abs. 4 BGB

---

<sup>101</sup> OLG Düsseldorf v. 29.11.2012 – 10 U 34/12, MietRB 2013, 41 = ZMR 2013, 276; OLG Düsseldorf, 11.5.2004, 24 U 264/03, DWW 2004, 224, Rz. 11, 15.; Staudinger/Emmerich, § 550 BGB Rz. 47.

<sup>102</sup> BGH v. 22.1.2014 – XII ZR 68/10, MDR 2014, 334 = ZMR 2014, 858 = GE 2014, 385 = NZM 2014, 239.

<sup>103</sup> BGH v. 30.04.2014 – XII ZR 146/12, GE 2014, 865 = NZM 2014, 471.

<sup>104</sup> KG v. 9.5.2016 – 8 U 54/15, GE 2016, 973 = ZMR 2016, 775.

<sup>105</sup> OLG Düsseldorf v. 25.4.2017 – 24 U 150/16, GE 2017, 776.

unwirksam. Eine Unterwerfungserklärung i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist aber einer Sicherheit i.S.d. §§ 551, 232 BGB nicht gleichzustellen<sup>106</sup>. Denn die Unterwerfungserklärung des Schuldners bietet dem Gläubiger keine zusätzliche Zugriffsmöglichkeit wie etwa eine dingliche Sicherheit (Barkaution, verpfändetes Sparbuch) oder die Bürgschaft eines Dritten, sondern enthebt ihn lediglich der Notwendigkeit, sich vor der Zwangsvollstreckung einen Titel gegen den Mieter zu beschaffen. Er kann wegen der Ansprüche, die Gegenstand der Unterwerfungserklärung sind, sofort seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners (Mieters) suchen und diesen so darauf verweisen, Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen; die materielle Rechtslage einschließlich der Darlegungs- und Beweislast werden hiervon hingegen - unabhängig davon, ob eine Beweislastumkehr von den Parteien in der notariellen Unterwerfungserklärung ausdrücklich ausgeschlossen wird - nicht berührt<sup>107</sup>. Im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage kann die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde gemäß §§ 795, 769 ZPO - gegebenenfalls ohne Sicherheitsleistung - vorläufig eingestellt werden, so dass der Mieter auch nicht ohne Schutz ist.

Die pauschale Erwägung, § 551 Abs. 4 BGB bezwecke den Schutz des Mieters, rechtfertigt es nicht, eine Unterwerfungserklärung, die lediglich eine schnellere Vollstreckung ermöglicht, den in § 551 BGB geregelten Mietsicherheiten gleich zu stellen<sup>108</sup>. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung liegen schon mangels planwidriger Regelungslücke offensichtlich nicht vor.

## 9.2 Enthftungserklärung befreit auch die Kautien

Der Insolvenzverwalter kann das nach § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehende Mietverhältnis über die Wohnung des Schuldners nicht nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO kündigen. Er kann aber erklären, dass Ansprüche, die nach Ablauf der dort bestimmten Kündigungsfrist fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO). Mit der Einführung dieser Regelung durch das Gesetz zur Ände-

---

<sup>106</sup> BGH v. 14.6.2017 – VIII ZR 76/16, GE 2017, 948.

<sup>107</sup> BGH v. 3.4.2001 - XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203 (209).

<sup>108</sup> BGH v. 14.6.2017 – VIII ZR 76/16, GE 2017, 948.

rung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26. Oktober 2001<sup>109</sup> wollte der Gesetzgeber den Schuldner vor Obdachlosigkeit schützen, die drohte, wenn der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis über die Wohnung des Schuldners kündigte, um die Mietkaution für die Masse zu vereinnahmen. Zugleich sollte der Insolvenzverwalter weiterhin die Möglichkeit haben, die Masse von Belastungen aus dem Mietverhältnis freizustellen<sup>110</sup>.

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH beschränkt sich die Wirkung der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters oder Treuhänders nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht darauf, dass die Insolvenzmasse für die nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig werdenden Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis nicht mehr haftet. Mit dem Wirksamwerden der Erklärung geht vielmehr die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis betreffend das Mietverhältnis über die Wohnung des Schuldners in vollem Umfang vom Verwalter wieder auf den Schuldner über<sup>111</sup>. Der Vermieter hat deshalb nach diesem Zeitpunkt eine Kündigung an den Schuldner zu richten<sup>112</sup>, für eine Klage gegen den Vermieter auf Auszahlung eines nach der Enthftungserklärung entstandenen Nebenkostenguthabens fehlt dem Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis<sup>113</sup>, und die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO verliert ihre Geltung<sup>114</sup>.

Mit dem Wirksamwerden der Enthftungserklärung scheidet auch der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung einer Mietkaution bis zur gesetzlich zulässigen Höhe (§ 551 Abs. 1, Abs. 3 Satz 4 BGB) aus der Insolvenzmasse aus<sup>115</sup>. Die mit der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO verbundene Freigabe erstreckt sich auf dasjenige Vermögen des Schuldners, das der weiteren Durchführung des Mietvertrags zuzuordnen ist. Vom Insolvenzbeschluss frei werden deshalb insbesondere alle mietvertraglichen Forderungen des Schuldners, die erst nach dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Enthftungserklärung entstehen. Der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung einer geleisteten Miet-

---

<sup>109</sup> BGBl. I S. 2710.

<sup>110</sup> vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 16, 27.

<sup>111</sup> BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, WPM 2014, 1000 Rz. 13 ff; BGH v. 22.5.2014 - IX ZR 136/13, WPM 2014, 1239 Rz. 7, 14 ff; BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 20.

<sup>112</sup> BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, WPM 2014, 1000 Rz. 9.

<sup>113</sup> BGH v. 22.5.2014 - IX ZR 136/13, WPM 2014, 1239 Rz. 6.

<sup>114</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 24 ff.

<sup>115</sup> BGH v. 16.3.2017 - IX ZB 45/15, NZM 2017, 437.

kautio entsteht zwar aufschiebend bedingt bereits mit der Leistung der Kautio. Nach Sinn und Zweck der Mietkautio ist der Anspruch auf Rückzahlung jedoch der Fortsetzung des Mietverhältnisses nach dem Wirksamwerden der Enthaltungserklärung zuzuordnen. Zum Zeitpunkt der Enthaltungserklärung hat das Anwartschaftsrecht auf Rückzahlung der Kautio noch keinen sicheren Vermögenswert. Die Kautio dient nach Maßgabe der getroffenen Sicherungsabrede bis zur Beendigung des Mietverhältnisses und der Rückgabe der Mietsache dazu, die mietvertraglichen Ansprüche des Vermieters zu sichern. Ein Anspruch auf Rückzahlung der Kautio besteht nur, wenn der Schuldner auch nach der Freigabe des Mietverhältnisses seine mietvertraglichen Pflichten erfüllt, insbesondere die geschuldete Miete samt Nebenkosten zahlt und die Mietsache nach der Beendigung des Mietverhältnisses in vertragsgemäßem Zustand zurückgibt. Erst dadurch erlangt das Recht des Schuldners an der Kautio seinen endgültigen Wert. Deshalb ist es gerechtfertigt, dass mit der Freigabe des Mietverhältnisses auch der Anspruch auf Rückzahlung der Kautio aus dem insolvenzbefangenen Vermögen ausscheidet, soweit es sich um eine Kautio im gesetzlich zulässigen Rahmen handelt.

Eine solche Auslegung der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, deren Reichweite nicht zur Disposition des Insolvenzverwalters steht, widerspricht nicht den in den Gesetzesmaterialien verlautbarten Vorstellungen des Gesetzgebers<sup>116</sup>. Die dort geäußerte Annahme, eine von dem Schuldner gestellte Kautio falle nach Beendigung des Wohnraummietverhältnisses in die Masse<sup>117</sup>, entspricht der Rechtslage in den Fällen, in denen es nicht zu einer Enthaltungserklärung des Verwalters kommt. Mit der neu geschaffenen Regelung in § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wollte der Gesetzgeber die Praxis unterbinden, dass Insolvenzverwalter das Wohnraummietverhältnis des Schuldners kündigten, um die Kautio zur Masse zu ziehen. Vor dem Hintergrund dieses sozialpolitischen Regelungszwecks kann den Gesetzesmaterialien ein tragfähiger Rückschluss dahingehend, dass die Kautio auch nach einer Enthaltungserklärung und der späteren Beendigung des Mietverhältnisses in die Insolvenzmasse fällt, nicht entnommen werden. Das Ziel des Gesetzgebers, den insolventen Mieter vor Obdachlosigkeit zu schützen, wird eher erreicht, wenn die Kautio dem freien

---

<sup>116</sup> BGH v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, NZM 2017, 437.

<sup>117</sup> BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

Vermögen des Schuldners zugeordnet wird und von ihm für ein neues Mietverhältnis eingesetzt werden kann.

## 10 Modernisierung

### 10.1 Schadensersatz nach Sonderkündigung?

Soweit die Mieter ihren Schadensersatzanspruch darauf stützen, dass der Vermieter sie Mitte des Monats Juli 2014 nicht auf eine sich bereits abzeichnende Verzögerung der Bauarbeiten hingewiesen hätte, scheidet ihr Anspruch schon daran, dass eine entsprechende Informationspflicht des Vermieters nicht bestand. Denn zu diesem Zeitpunkt hatten die Kläger bereits über einen Makler ein Einfamilienhaus angemietet und die Verzögerung eines Teils der Arbeiten, die sämtlich nach dem unmittelbar bevorstehenden Auszug der Mieter stattfinden sollten, konnte daher hierfür nicht mehr von Bedeutung sein<sup>118</sup>.

Ferner ist ein auf arglistiges Vortäuschen einer in Wahrheit nicht beabsichtigten Modernisierung gestützter Schadensersatzanspruch zu verneinen<sup>119</sup>. Die Behauptung der Mieter, der Vermieter habe die angekündigten Arbeiten bereits im Zeitpunkt der Modernisierungsmitteilung gar nicht ausführen wollen, kann nicht als zugestanden angesehen werden, weil dieser schon seiner sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen sei. Denn der Vermieter hat einen Teil der Arbeiten (Fenster, Türen) tatsächlich durchgeführt und im Übrigen dargelegt, dass die Modernisierung witterungsbedingt und wegen eines Personalengpasses in seiner Bauunternehmung nicht im ursprünglich vorgesehenen Zeitraum (Oktober 2014 bis März 2015) möglich gewesen sei; das Dämmmaterial für die Fassade sei aber schon angeschafft worden, was durch die vorgelegte Rechnung belegt werde. Dies genügt. Für eine weitergehende sekundäre Darlegungslast des Vermieters dahin, aus welchen Gründen die weiteren Arbeiten auch später - etwa im Verlauf des Rechtsstreits - nicht realisiert worden sind, ist kein Raum. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter die Durchführung noch ausstehender Arbeiten inzwischen - etwa im Hinblick auf seine am Wohnungsmarkt nicht durchsetzbaren Mietvorstellungen - auf absehbare Zeit aufgegeben hat oder gar nicht mehr verfolgt.

---

<sup>118</sup> BGH v. 30.5.2017 - VIII ZR 199/16, WuM 2017, 454 = GE 2017, 885.

<sup>119</sup> BGH v. 30.5.2017 - VIII ZR 199/16, WuM 2017, 454 = GE 2017, 885.

Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch kann auch nicht auf eine weitere Pflichtverletzung gestützt werden, weil der vom Vermieter angegebene Zeitraum (Oktober 2014 bis März 2015) im Hinblick auf die teilweise im Sommer durchzuführenden Arbeiten unrealistisch gewesen sei<sup>120</sup>. Denn es spricht jedenfalls nichts dafür, dass die Angabe eines zu kurzen Zeitraums für die Ausführung der angekündigten Baumaßnahmen einen Einfluss auf die Entscheidung der Mieter hätte haben können, von ihrem Sonderkündigungsrecht unverzüglich Gebrauch zu machen und vor dem Beginn der Maßnahmen auszuziehen. Bei der Frage, ob die Mieter durch unzutreffende Angaben über den Zeitraum der Bauarbeiten zu ihrer Kündigung veranlasst worden sind, geht es weder um die haftungsausfüllende Kausalität noch um die Frage des "aufklärungsrichtigen Verhaltens" oder um die "hypothetische Kausalität rechtmäßigen Alternativverhaltens".

## **11 Mieterhöhung**

### **11.1 Zulässigkeit einer Stichtagsdifferenz**

Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Die ortsübliche Miete wird dabei nach § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB aus den üblichen Entgelten gebildet, die in der Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe und Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Veränderungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind. Insoweit hat der BGH aufgrund der wirksam allein auf den Stichtagszuschlag und dessen Bemessung beschränkten Revisionszulassung der Beurteilung, ob die von den Vermietern verlangte Mieterhöhung den dafür bestehenden Anforderungen gerecht wird<sup>121</sup>, ungeprüft zugrunde zu legen, dass sich die zwecks Herstellung einer Vergleichbarkeit um das Garagennutzungsentgelt und die Betriebskostenanteile für die Grundsteuer und die Sachversicherungen zu bereinigende Einzelvergleichsmiete für die im Streit stehende Wohnung nach den dafür maßgeblichen und mit Stand Mai 2013 ermittelten Vergleichsmerkmalen des Miet-

---

<sup>120</sup> BGH v. 30.5.2017 - VIII ZR 199/16, WuM 2017, 454 = GE 2017, 885.

spiegels 2013 der Stadt Reutlingen in einer Preisspanne 5,40 € bis 7,15 € bewegt, deren Mittelwert sich auf 6,275 €/m<sup>2</sup> zuzüglich eines Fassadendämmungszuschlags von zwei Prozent beläuft<sup>122</sup>.

In zeitlicher Hinsicht ist zur Beurteilung der Berechtigung einer vom Vermieter nach § 558 BGB begehrten Mieterhöhung auf den Zugang des Zustimmungsverlangens abzustellen, der damit auch den Zeitpunkt für die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete festlegt, bis zu der ein Anspruch auf Erhöhung der Miete besteht<sup>123</sup>. Im Streitfall liegen zwischen diesem Zeitpunkt (29. November 2013) und dem Zeitpunkt, auf den der vom Berufungsgericht zur Vergleichsmietenbestimmung herangezogene Reutlinger Mietspiegel aktualisiert worden ist (Mai 2013), etwa sieben Monate. Ob es dem mit der Beurteilung der Berechtigung einer Mieterhöhung befassten Tatrichter gestattet ist, dieser zeitlichen Differenz im Falle einer zwischenzeitlichen Steigerung des Mietpreisniveaus durch Vornahme eines die Steigerung ausgleichenden Zuschlags zu begegnen, ist umstritten.

Vor allem in der älteren Instanzrechtsprechung<sup>124</sup> wird jedenfalls in Fällen, in denen - wie hier - das Mieterhöhungsverlangen auf einen Mietspiegel gestützt ist, die Vornahme eines Zuschlags als dieser Art des auf eine lediglich periodische Aktualisierung angelegten und deshalb auch keiner weiteren Schätzung zugänglichen Begründungs- und Beweismittels fremd angesehen. Die gegenteilige Auffassung wertet einen Mietspiegel dagegen nur als wichtige, allerdings nicht bindende Informationsquelle; die Gerichte seien deshalb nicht gehindert, bei Prüfung der materiell-rechtlichen Begründetheit eines - wie auch im Streitfall - ordnungsgemäßen Mieterhöhungsverlangens wegen einer Steigerung der ortsüblichen Vergleichsmiete, die in der Zeit zwischen der Datenerhebung zum

---

<sup>121</sup> vgl. dazu etwa BGH v. 20.4.2005 - VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074 unter II 2; BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09, NJW 2010, 2946 Rz. 9; BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 13 m.w.N.

<sup>122</sup> vgl. Musielak/Voit/Ball, ZPO, 13. Aufl., § 543 ZPO Rz. 20; MünchKomm/Krüger, 5. Aufl., § 543 Rz. 51 ZPO m.w.N.

<sup>123</sup> vgl. BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NJW-RR 2006, 227 Rz. 15 m.w.N.

<sup>124</sup> OLG Stuttgart, NJW 1982, 945; OLG Hamburg, NJW 1983, 1803 (1804); vgl. ferner die Nachweise bei Staudinger/Emmerich, , Neubearb. 2014, § 558a BGB Rz. 31.

Mietspiegel und dem Zugang des Mieterhöhungsverlangens eingetreten ist (sog. Stichtagsdifferenz), einen Zuschlag zum Mietspiegelwert vorzunehmen<sup>125</sup>.

Die letztgenannte Auffassung ist nach Auffassung des BGH<sup>126</sup> richtig.

Bei der dem Tatrichter obliegenden Prüfung, ob die konkret vom Vermieter verlangte Mieterhöhung nach § 558 BGB tatsächlich berechtigt ist, darf die ortsübliche Vergleichsmiete zwar nur auf der Grundlage von Erkenntnisquellen bestimmt werden, welche die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in hinreichender Weise ermittelt haben. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Tatrichter dabei im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) aber nicht auf das im Erhöhungsverlangen des Vermieters genannte Begründungsmittel i.S.d. § 558a Abs. 2 BGB beschränkt. Existiert ein ordnungsgemäßer Mietspiegel (§ 558c BGB, § 558d BGB), der Angaben für die in Rede stehende Wohnung enthält, darf dieser vom Tatrichter (mit-)berücksichtigt werden, wobei im Falle eines Mietspiegels, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt worden ist (§ 558d Abs. 1 BGB; qualifizierter Mietspiegel), sogar die in § 558d Abs. 3 BGB vorgesehene Vermutungswirkung zum Tragen kommt<sup>127</sup>. Im Falle eines einfachen Mietspiegels (§ 558c Abs. 1 BGB) stellt sich bei der richterlichen Überzeugungsbildung die Frage, ob diesem eine mögliche Indizwirkung hinsichtlich der richtigen Wiedergabe der ortsüblichen Vergleichsmiete durch die dort angegebenen Entgelte Bedeutung zukommt<sup>128</sup>.

Darüber hinausgehende Bindungen an die Methodik und die Ergebnisse eines Mietspiegels oder sonst die Wahl der heranzuziehenden Erkenntnisquellen bestehen nicht. Insbesondere binden die Aktualisierungszyklen gemäß § 558c Abs. 1, § 558d Abs. 2 BGB den Tatrichter nicht dahin, dass er in Fällen, in denen er seine Erkenntnisse (auch) auf einen Mietspiegel stützt, stets gehindert

---

<sup>125</sup> OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 334 (336); OLG Hamm, NJW-RR 1997, 142 (143); vgl. ferner die Nachweise bei Staudinger/Emmerich, aaO Rn. 32

<sup>126</sup> BGH v. 15.3.2017 – VIII ZR 295/15, WuM 2017, 208 = ZMR 2017, 384 = GE 2017, 472.

<sup>127</sup> BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 346/12, NJW 2014, 292 Rz. 13 f.; BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 13 ff.; vgl. ferner BVerfG, WM 1992, 707, 708; BVerwG, NJW 1996, 2046 f.

<sup>128</sup> vgl. BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 354/12, BGHZ 197, 366 Rn. 23; BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 16; BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09, NJW 2010, 2946 Rz.11 ff.



wäre, für ein innerhalb eines laufenden Zweijahreszeitraums gestelltes Mieterhöhungsbegehren jegliche Aktualisierungsmöglichkeit außer Betracht zu lassen.

Auch den Gesetzesmaterialien ist nicht zu entnehmen, dass die richterliche Überzeugungsbildung im Rahmen des § 286 ZPO Beschränkungen unterliegen sollte. Im Gegenteil ist zu einer der Vorgängerbestimmungen des § 558a Abs. 2 BGB frühzeitig klargestellt worden, dass zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete jedes Beweismittel zugelassen ist und im Streitfall der freien Beweiswürdigung unterliegt<sup>129</sup>. Zudem war man sich auch im Gesetzgebungsverfahren von Anfang an bewusst, dass Mietspiegel nur die Marktverhältnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt wiedergeben und umso schneller veralten können, je höher die Preissteigerungsraten am Wohnungsmarkt sind, und dass man sich dann möglicherweise anders behelfen müsse<sup>130</sup>. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei späteren Änderungen der Regelungen über die Miethöhe hiervon wieder abrücken wollte, liegen nicht vor.

Auch aus dem Umstand, dass ein einfacher Mietspiegel nach § 558c Abs. 3 BGB alle zwei Jahre aktualisiert werden soll, lässt sich nicht schließen, dass in der Zwischenzeit unter keinen Umständen aktuellere Werte zugrunde gelegt werden dürften und auch Zuschläge wie der im Streit stehende Stichtagszuschlag generell ausgeschlossen sein sollten. Zwar sieht das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, ohne jede Verzögerung sofort und in voller Höhe die Marktmiete zu erhalten, als durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht garantiert an. Dementsprechend hat es den Umstand, dass Mietspiegel nur in einem zweijährigen oder gegebenenfalls sogar noch größeren Turnus aktualisiert werden, nicht als so ausschlaggebend angesehen, dass ihre Verwendung deshalb unterbleiben sollte. Vielmehr habe der Gesetzgeber, der dieses Problem gesehen und in Kauf genommen habe, Mietspiegel angesichts ihrer sonstigen Vorteile gleichwohl als zur Bestimmung einer den Erhöhungsmaßstab bildenden marktorientierten Miete geeignet ansehen dürfen<sup>131</sup>. Für die Handhabung der zivilprozessualen Verfahrensregeln zur Bestimmung der im Rahmen des § 558 BGB festzustellenden ortsüblichen Vergleichsmiete kann daraus jedoch nichts

---

<sup>129</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 10.

<sup>130</sup> vgl. BT-Drucks. 7/5160, S. 5 f.

<sup>131</sup> BVerfG, NJW 1992, 1377 f.

abgeleitet werden, was umgekehrt gegen die Zulässigkeit eines Stichtagszuschlags zur Einzelvergleichsmiete sprechen könnte, der auf den Werten eines auf eine solche Marktorientierung angelegten Mietspiegels aufbaut. Insbesondere berücksichtigt die Revision nicht, dass ein Mietspiegel in erster Linie die Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete vereinfachen soll, aber nicht noch zusätzlich darauf abzielt, diese Miete über eine Beschränkung der sonst nach § 286 ZPO zugelassenen Beweismittel und Erkenntnisquellen ein für alle Mal auf den jeweils letzten Aktualisierungszeitpunkt "einzufrieren".

## 12 Betriebskosten

### 12.1 Kein Vorwegabzug bei Grundsteuer

Solange Entgegen der Auffassung der Revision der Mietvertrag keine Vereinbarung über eine getrennte Abrechnung der auf die gewerblichen Einheiten entfallenden Betriebskosten (sogenannter Vorwegabzug) enthält, kann der Vermieter die Grundsteuer bei einem gemischt genutzten Gebäude einheitlich umlegen. Eine abweichende Vereinbarung wird insbesondere nicht dadurch herbeigeführt, dass der Mietvertrag bestimmt, dass die Umlage der Betriebskosten "nach dem Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen des Hauses" erfolgen soll. Damit wird lediglich geregelt, dass die Betriebskosten - insgesamt - nach dem Flächenmaßstab zu verteilen sind. Die Frage eines Vorwegabzugs wird in der Klausel nicht einmal erwähnt<sup>132</sup>.

Auch aus Billigkeitsgründen ist der Vermieter nicht zu einem Vorwegabzug für die Gewerbeeinheiten bei der Grundsteuer verpflichtet<sup>133</sup>. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist ein Vorwegabzug aus Billigkeitsgründen gemäß §§ 315, 316 BGB<sup>134</sup> (nur) dann erforderlich, wenn - wofür der Mieter die Darlegungs- und Beweislast trägt - durch die gewerbliche Nutzung erhebliche Mehrkosten (pro Quadratmeter) entstehen<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 79/16, WuM 2017, 399 = GE 2017, 773.

<sup>133</sup> BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 79/16, WuM 2017, 399 = GE 2017, 773.

<sup>134</sup> hierzu BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 Rz. 16; BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 251/05, MDR 2007, 455 = WuM 2006, 684 = GE 2006, 1544.

<sup>135</sup> BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, NJW 2010, 3363 Rz. 22; BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 46/10, NZM 2011, 118 Rz. 21 f.; BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, WuM 2006, 200 Rz. 31 und Ls 1; BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 251/05, MDR 2007, 455 = WuM 2006, 684 = GE 2006, 1544 Rz. 15 f.

Gemessen an diesem Maßstab ist die Notwendigkeit eines Vorwegabzugs bei der Grundsteuer zu verneinen. Bei der Grundsteuer handelt es sich um eine ertragsunabhängige Objektsteuer, das heißt, die in einem Abrechnungsjahr erhobene Steuer hängt grundsätzlich nicht von den in diesem Jahr erzielten Erträgen und ihrer Verteilung auf die Nutzung zu gewerblichen Zwecken einerseits und zu Wohnzwecken andererseits ab. Vielmehr wird die Grundsteuer auf der Basis der vom örtlichen Finanzamt erlassenen Bescheide über den Einheitswert (hier: 110.600 DM bzw. 56.548 €) und den Grundsteuermessbetrag (hier: 565,48 €, errechnet im Wege der Multiplikation des Einheitswertes mit der Steuermesszahl 10 vom Tausend) sowie des von der Gemeinde durch Satzungsbeschluss festgelegten Hebesatzes (in Berlin Multiplikator 8,1 [810 %]) ermittelt.

Zwar findet bei der Festsetzung des Einheitswertes für ein Grundstück mit einem gemischt genutzten Gebäude das Ertragswertverfahren Anwendung (vgl. §§ 36 ff. BewG). Dabei wird ein in der Vergangenheit festgesetzter Einheitswert anlässlich eines Eigentümerwechsels in der Regel nicht aktualisiert, sondern wirkt auch gegenüber dem Rechtsnachfolger (vgl. § 182 Abs. 2 AO). Zudem erfolgt die Festsetzung des Einheitswertes regelmäßig bezogen auf die Wertverhältnisse zu einem weit zurückliegenden Zeitpunkt - hier auf den 1. Januar 1935. Demnach gibt es bei der derzeitigen gesetzlichen Regelung und behördlichen Praxis der Grundsteuererhebung keinen direkten Zusammenhang zwischen der im Abrechnungsjahr anfallenden Grundsteuer und der konkreten Nutzungsaufteilung sowie der konkreten Ertragssituation in diesem Zeitraum. Damit fehlt es aber an der maßgeblichen Voraussetzung eines Vorwegabzugs, dass die gewerbliche Nutzung erhebliche Mehrkosten verursacht, die es unbillig erscheinen lassen, die Kosten (ohne Vorwegabzug) einheitlich nach dem Flächenmaßstab zu verteilen.

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>136</sup> ist daher bei der Grundsteuer kein Vorwegabzug "aus Gerechtigkeitsgründen" vorzunehmen. Die Vertreter dieser Auffassung berücksichtigen zum einen den Ausnahmecharak-

---

<sup>136</sup> Staudinger/*Weitemeyer*, Neub. 2014, § 556a BGB Rz. 34 ff. [Rn. 34a: die Aufteilung der Grundsteuer müsse "aus dem Grundsteuermessbescheid herausgerechnet" werden]; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 12. Aufl., § 556a BGB Rz. 84 bis 89; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten und Heizkostenrecht, 8. Aufl., F V Rz. 173, F VI Rz. 202 f.; *Wall*, Betriebskostenrecht, 4. Aufl., Rz. 3106.

ter, der einem Vorwegabzug nach der Rechtsprechung des BGH zukommt, nicht in der gebotenen Weise. Zum anderen wird meist nicht ausreichend erfasst, dass bei dem gegenwärtigen System der Grundsteuererhebung gerade nicht festgestellt werden kann, dass die gewerbliche Nutzung im jeweiligen Abrechnungsjahr deutlich höhere Kosten je Quadratmeter verursacht. Soweit überhaupt erkannt wird, dass es bei der Festsetzung der Grundsteuer für das jeweilige aktuelle Abrechnungsjahr nicht darauf ankommt, ob die Nutzung der Gewerbeflächen und das Verhältnis der Erträge im Abrechnungszeitraum den im Einheitswertbescheid zugrunde gelegten Verhältnissen entspricht, wird daraus nicht die nach der Rechtsprechung des BGH zum Vorwegabzug notwendige Rechtsfolge gezogen.

## 12.2 überraschende Kosten der Instandsetzung und der Verwaltung

Eine als überraschend einzuordnende Klausel gem. § 305c Abs. 1 BGB setzt zum einen voraus, dass sie objektiv bewertet ungewöhnlich ist. Dabei handelt es sich um einen "schlicht auf Basis der Empirie aufsetzenden Befund". Das Leitbild des dispositiven Rechts dient als Vergleichsmaßstab; fehlt ein solches, ist im Zweifel auf den konkreten Vertragstyp abzuheben<sup>137</sup>. Auch Nebenabreden verstoßen gegen § 305c Abs. 1 BGB, wenn sie nach der Aufmachung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Gliederung und Systematik nicht an der fraglichen Stelle zu erwarten sind und aus diesem Grunde auch aufmerksame Kunden überraschen und das Vertrauen in die AGB-Ausgestaltung gefährden. Entscheidend für die Feststellung des objektiv ungewöhnlichen Charakters der jeweiligen Klausel im Rahmen des konkreten Vertragstyps ist, ob das Vertrauen des Verkehrs in eine funktionsgerechte Ausgestaltung der AGB und der darauf beruhende Verzicht des Kunden auf eine nähere Kenntnisnahme ihres Inhalts durch Aufnahme der ungewöhnlichen Klausel objektiv missachtet wird<sup>138</sup>.

Nach diesen Maßstäben ist eine (objektive) Ungewöhnlichkeit der hier in Ziff. 18. der Anlage 2 vorgenommenen Überwälzung pauschalierter Kosten der In-

---

<sup>137</sup> v. *Westphalen*, NZM 2015, 112; BGH v. 9.12.2009 - XII ZR 109/08, MDR 2010, 313 = ZMR 2010, 351 Rz. 17 zum Überraschungseffekt durch die Stellung einer Klausel, wenn der Vertragspartner sie - dort - nicht zu erwarten braucht.

<sup>138</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB Recht, 12. Aufl., § 305c BGB Rz. 17f.

standsetzung und Instandhaltung jedenfalls aufgrund ihrer Stellung im Vertrags- bzw. Anlagengefüge anzunehmen<sup>139</sup>.

Zwar ist es für sich betrachtet nicht überraschend, wenn sich in einem Formularmietvertrag im Rahmen der "Mietnebenkosten" Regelungen betreffend die "Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten" finden, weil jedenfalls ein gewerblicher Mieter mit solchen Bestimmungen rechnet und rechnen muss. Eben so wenig stellt es eine "Überraschung" dar, wenn eine Pauschalierung solcher Kosten vorgenommen wird. Es ist aber ungewöhnlich, wenn an einer solchen Stelle der vertraglichen Regelungen Pauschalen bezüglich bestimmter Betriebskostenpositionen eingeführt werden, an der ausweislich der Konzeption des Vertrags nur abrechenbare Betriebskosten zu erwarten sind. So verhält es sich hier, denn gem. § 3 des Mietvertrags setzt sich die Miete (ausschließlich) aus "Grundmiete" einerseits und "Mietnebenkostenvorauszahlungen" andererseits zusammen. Dieser Differenzierung folgend spricht § 4 Ziff. 1 S. 1 des Mietvertrags konsequent die Verpflichtung des Mieters aus, auf die "Mietnebenkosten" Vorauszahlungen zu leisten, während Ziff. 2. Regelungen zum (jeweiligen) Umlageschlüssel bezüglich dieser Kosten enthält und damit nochmals den Eindruck bestärkt, dass es sich bei sämtlichen Mietnebenkosten um solche handelt, auf die Vorauszahlungen zu erbringen sind, mithin Zahlungen, über die noch eine endgültige Abrechnung zu erfolgen hat. Die konkrete Formulierung in § 4 Ziff. 1. S. 1 im Zusammenhang mit § 3 Ziff. 1. des Mietvertrags lässt dabei auch nicht etwa Raum für ein Verständnis, wonach es noch Sache des Vermieters sei, für einzelne Mietnebenkosten "Pauschalen" anstelle abzurechnender Vorauszahlungen zu verlangen<sup>140</sup>.

Zum anderen erfordert der Tatbestand des § 305c Abs. 1 BGB ein subjektives Moment der Überraschung - der Überrumpelung - auf Grund der Diskrepanz zwischen der (geschützten) Kundenerwartung und der konkreten Klausel. Ob von einer "Überraschung" des Kunden auszugehen ist, entscheidet sich nach einem generellen Maßstab; danach sind in erster Linie die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge typischerweise zu erwartenden Kundenkreises, wie sie sich aufgrund dessen Geschäftserfahrung und drucktechnischer

---

<sup>139</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

<sup>140</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

Ausgestaltung der fraglichen AGB ergeben<sup>141</sup>. Dieser Maßstab kann durch die konkreten Verhältnisse beim Vertragsschluss erweitert werden, wenn angesichts der individuellen Begleitumstände, namentlich der Aussagen des Verwenders, ein Überrumpeln begünstigt wird, und er kann eingeschränkt (bzw. die Überrumpelung ganz ausgeschlossen) werden, indem Hinweise auf die (objektiv) ungewöhnliche Klausel erfolgen<sup>142</sup>.

Das Überraschungsmoment für einen typischen Gewerberaummieter, auf den in diesem Zusammenhang abzustellen ist, folgt daraus, dass er an der betreffenden Stelle mit der Einführung "fixer Kosten" in Gestalt von Pauschalen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte, weil in §§ 3 und 4 des Mietvertrags eine erschöpfende Darstellung der Mietstruktur unter Benennung einer "Grundmiete" einerseits und "Mietnebenkostenvorauszahlungen" andererseits vorgenommen worden ist<sup>143</sup>.

Dieses Überraschungsmoment lässt sich nicht mit der Erwägung in Abrede stellen, dass es aus Sicht eines - gewerblichen - Mieters keinen erheblichen Unterschied mache, ob ihm die hier in Rede stehenden Nebenkostenpositionen im Umfang von jeweils 4 % der (Jahres-)Miete pauschaliert oder als - abrechenbare - Vorauszahlung auferlegt werden. Abgesehen davon, dass die Anwendbarkeit des § 305c Abs. 1 BGB nicht von einer potentiellen oder gar tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkung der betreffenden Klausel auf die Interessen der Vertragspartner abhängt, lassen sich jedenfalls solche möglichen Auswirkungen auch nicht verneinen. Denn die Vereinbarung einer Pauschalierung nimmt dem Mieter letztlich die Möglichkeit, bezüglich der betreffenden Kosten die Einhaltung des Gebots der Wirtschaftlichkeit einzufordern und damit Zahlungen, die sich als nicht erforderlich oder nicht angemessen herausstellen, abzuwehren oder zurückzufordern.

Auch dann, wenn der Tatbestand des § 305c Abs. 1 BGB verneint und die Einbeziehung der Regelung in Ziff. 18. der Anlage 2 folglich bejaht würde, könnte sich die Klägerin nicht auf deren Geltung berufen. Es läge dann nämlich ein

---

<sup>141</sup> z.B. BGH v. 26.7.2012 - VII ZR 262/11, NJW-RR 2012, 1261; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB Recht, 12. Aufl., § 305c BGB Rz. 22; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Kap. 7 Rz. 69.

<sup>142</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB Recht, 12. Aufl., § 305c BGB Rz. 13f.

<sup>143</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

Verstoß gegen das Verbot unangemessener Benachteiligung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) vor<sup>144</sup>.

Eine unbeschränkte Auferlegung der Erhaltungslast auch bezüglich der gemeinsam genutzten Flächen und Anlagen auf den Mieter stellt eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar<sup>145</sup>.

Zwar enthält die Klausel Ziff. 18. selbst eine Beschränkung auf 4% der "Jahresgrundmiete". Jedoch existiert neben dieser Klausel auch noch die Regelung in Ziff. 14. (dort erster Punkt), wonach Kosten des Hausmeisters - und zwar unbegrenzt - auch insoweit geltend gemacht werden können, als damit etwaige Instandsetzungstätigkeiten abgegolten werden. Diese Bestimmung wird den Anforderungen des Bundesgerichtshofs<sup>146</sup> nicht gerecht. Danach ist eine Regelung zu den Hausmeisterkosten, die es dem Vermieter ermöglicht, darüber auch einen Teil der Kosten für die Instandsetzung und Instandhaltung von Gemeinschaftsflächen abzuwälzen, nur wirksam, wenn der Mieter "insgesamt durch eine Kostenobergrenze gegen die "uferlose" Übertragung der Erhaltung ... geschützt ist"<sup>147</sup>.

Bei dieser Sachlage tritt zu Lasten des Mieters ein sog. Summierungseffekt ein, der auch die - unbeschadet der im vorliegenden Fall vorliegenden Voraussetzungen des § 305c Abs. 1 BGB - für sich betrachtet zulässige Pauschalierung der Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten erfasst<sup>148</sup>. Denn die Beklagte wird mit einem potentiell unbegrenzten, überdies teilweise doppelt berücksichtigungsfähigen Aufwand für die Instandhaltung und/oder Instandsetzung außerhalb des eigentlichen Mietobjekts liegender Flächen und Anlagen belastet, und zwar entgegen der gesetzlichen Konzeption, nach der der Vermieter für die Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache einzustehen hat.

Betreffen mehrere Klauseln denselben Regelungsgegenstand und führen sie solchermaßen zu einem den Vertragspartner des Verwenders unangemesse-

---

<sup>144</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

<sup>145</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NJW-RR 2006, 84.

<sup>146</sup> BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz. 20.

<sup>147</sup> so auch OLG Dresden v. 20.1.2016 - 5 U 1329/15, juris.

<sup>148</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

nen Belastung, sind sie insgesamt unwirksam<sup>149</sup>. Diesem Ergebnis steht weder die Regelung des § 306 Abs. 1 BGB noch die sog. salvatorische Klausel in § 21 Ziff. 3. des Mietvertrags entgegen, weil deren Berücksichtigung gegen das Verständlichkeitsgebot verstieße<sup>150</sup>.

Auch die Kosten der Hausverwaltung (Verwaltungskosten) gem. Ziff. 14. (2. Punkt) der Anlage 2 können nicht gegen den Mieter geltend gemacht werden<sup>151</sup>.

Die Einbeziehung dieser Klausel, die eine Pauschalierung der von dem Mieter zu tragenden Kosten für die Hausverwaltung in Höhe von 4% der "Jahresnettomiete" vorsieht, scheidet ebenfalls an § 305c Abs. 1 BGB, weil es sich um eine aufgrund ihrer Stellung im Regelungsgefüge des Vertrags und der Anlage 2 überraschende Klausel handelt. Soweit der Vermieter - zu Recht - darauf verweist, dass die Übertragung der "Kosten der Verwaltung" auf den gewerblichen Mieter nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>152</sup> auch ohne eine Begrenzung der Höhe nach weder überraschend noch intransparent sei, ist dies für die Beurteilung des vorliegenden Vertrags letztlich nicht von Bedeutung. Dessen Problematik liegt, wie bereits dargelegt, in seinem "Aufbau", der die Überbürdung pauschalierter Betriebskosten auf den Mieter nicht erwarten lässt<sup>153</sup>.

Darüber hinaus stellen die Regelungen in Ziff. 14. - dort erster und zweiter Punkt - in ihrem Zusammenhang auch eine intransparente und für den Mieter unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB dar<sup>154</sup>.

Wie der BGH u.a. in seinem Urteil vom 25.2.2016<sup>155</sup> dargelegt hat, verpflichtet das Transparenzgebot den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen, wozu nicht nur gehört, dass die einzelne Regelung für sich ge-

---

<sup>149</sup> *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 535 BGB Rz. 117; *Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs*, *AGB Recht*, 12. Aufl., § 307 Rz. 155; für Schönheitsreparaturklauseln z.B. BGH v. 14.5.2003 - VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234.

<sup>150</sup> BGH, NJW 1993, 1061.

<sup>151</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

<sup>152</sup> z.B. BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, NZM 2014, 830.

<sup>153</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

<sup>154</sup> OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, IMR 2017, 362.

<sup>155</sup> BGH v. 25.2.2016 - VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575.



nommen klar formuliert ist; vielmehr muss die Regelung auch im Kontext mit den übrigen Regelungen des Klauselwerks verständlich sein. Erforderlich ist ferner, dass zusammengehörende Regelungen im Zusammenhang aufgeführt werden oder der Zusammenhang in anderer Weise, etwa durch Bezugnahme auf konkrete Klauseln, deutlich gemacht wird. Eine Vertragsgestaltung, die objektiv dazu geeignet ist, den Vertragspartner bezüglich seiner Rechtsstellung irrezuführen, verstößt danach gegen das Transparenzgebot.

Anders als in den vom BGH bisher entschiedenen Fällen steht dem Klauselverwender hier die Möglichkeit offen, Verwaltungskosten, soweit sie durch die Tätigkeit des bzw. der Hausmeister entstehen, doppelt geltend zu machen, und zwar zum einen über die - umzulegenden und abzurechnenden - Kosten des Hausmeisters und zum anderen über die pauschalierten Verwaltungskosten. Der Mieter könnte sich demgegenüber auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass solchermaßen "Verwaltungskosten" doppelt vergütet werden müssen. Denn es bestünde keine Handhabe, diese Verwaltungskosten aus den "Kosten des Hausmeisters" herauszurechnen, weil dies ausdrücklich nicht geschehen soll. Auch die "Pauschale" als solche ist keiner Kürzung zugänglich. Diese Rechtslage tritt im vorliegenden Fall nicht hinreichend deutlich zu Tage, und zwar schon deshalb nicht, weil die Pauschalierung der Verwaltungskosten als solche für den Mieter nicht zu erwarten war.

### **12.3 Umlageschlüssel „vermietete Fläche“ im Gewerbe**

Die Klausel, wonach eine Anerkennung der Abrechnungen mangels Widerspruchs innerhalb von acht Wochen fingiert werden soll, ist gemäß § 307 BGB i.V.m. dem Gedanken des § 308 Nr. 5 BGB unwirksam, da sich die Klägerin in der Klausel nicht verpflichtet hat, den Mieter bei Beginn der Frist, also in der Abrechnung, auf die Bedeutung seines Schweigens gesondert hinzuweisen<sup>156</sup>.

Ebenso unwirksam ist der Umlagemaßstab, da die Kostenverteilung im Verhältnis der Mietfläche des jeweiligen Mieters zu den "tatsächlich vermieteten Mietflächen im Objekt" erfolgen soll<sup>157</sup>. Mit der Wahl dieses Umlagemaßstabs hält der Vermieter von vornherein jede eigene Beteiligung an den Nebenkosten,

---

<sup>156</sup> KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687; KG v. 28.06.2010 - 8 U 167/09, ZMR 2011, 116; vgl. auch BGH NJW 2014, 3722 Tz 31 f.

<sup>157</sup> KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

die auf Leerstandsflächen entfallen, von sich fern. Das ist jedoch in Bezug auf Kosten, die nicht ausschließlich verbrauchsabhängig anfallen, wegen unangemessener Benachteiligung des (auch gewerblichen) Mieters nach § 307 BGB unwirksam. Zu den wesentlichen Grundgedanken des Betriebskostenrechts gehört der Grundsatz, dass der Vermieter bei der Umlegung von Betriebskosten das Leerstandsrisiko zu tragen hat. Dies ist Konsequenz seines Vermietungsrisikos<sup>158</sup>. Eine Klausel, die dieses Risiko dem Mieter zuschiebt, ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren und benachteiligt den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Zweifel unangemessen nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB<sup>159</sup>. Diese Wertung ist nicht auf die Wohnraummiete beschränkt<sup>160</sup>. Die Risikoverteilung ist bei der gewerblichen Miete dieselbe. Der gewerbliche Mieter ist gegenüber Versuchen, ihn mit Nebenkosten zu belasten, die nach dem Gesetz der Vermieter zu tragen hätte, nicht grundsätzlich weniger schutzwürdig. Auch er ist davor zu schützen, dass er mit Kosten belastet wird, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen<sup>161</sup>. Man kann nicht etwa argumentieren, dass im Fall der Abwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten vom BGH eine Unangemessenheit nur bei fehlender Beschränkung angenommen wird, während bei der Abwälzung von Leerstandskosten ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit in der Weise bewirkt wird, dass die Flächen des Hauses ersichtlich sind und die Kostenlast je qm abschätzbar sein mag. Denn während die auf Gemeinschaftsflächen entfallenden Kosten noch einen gewissen Bezug zur Mieternutzung haben, fehlt ein solcher bei Leerstandskosten gänzlich. Zudem ist gerade im Fall eines erheblichen Leerstands, der sich bei Wirksamkeit einer Abwälzungsklausel besonders stark zum Nachteil der verbliebenen Mieter auswirken würde, anzunehmen, dass dieser auf einem Willensentschluss des Vermieters beruht, der andere Ziele als eine Vollvermietung verfolgen mag. Es wäre jedoch als in

---

<sup>158</sup> BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz 13, 23; BGH v. 31.5.2006 - VIII ZR 159/05, NJW 2006, 2771 Rz 13.

<sup>159</sup> BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 für einen Fall des Wohnraummietrechts.

<sup>160</sup> KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

<sup>161</sup> s. BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722 Rz 22; BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz 17, jeweils betreffend Abwälzung von Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten an Gemeinschaftsflächen.

besonderem Maß unangemessen anzusehen, wenn eine Partei nach ihrem Belieben der anderen Kosten überbürden könnte.

Es ist in der Literatur dementsprechend zu Recht anerkannt, dass eine Klausel, die (für nicht ausschließlich nutzungsabhängige Kosten) eine Kostenumlage im Verhältnis zur "vermieteten Fläche" vorsieht, nach § 307 BGB unwirksam ist<sup>162</sup>.

Zum gleichen Ergebnis kommt das OLG Hamburg<sup>163</sup>. Danach erlaubt eine Klausel, die eine Umlage im Verhältnis zu den vermieteten Flächen vorsieht, keine Umlage von Leerstandskosten. Allerdings nimmt das OLG Hamburg bloß eine einschränkende Auslegung der Klausel vor<sup>164</sup>. Soweit das OLG Düsseldorf<sup>165</sup> die Wirksamkeit einer formularvertraglichen Klausel, welche die "vermieteten Flächen" als Umlagemaßstab ausweist, anerkannt habe, kann dem nicht gefolgt werden. Das OLG Düsseldorf hat in dieser Entscheidung lediglich ausgeführt "Vereinbarungen dieser Art sind in Mietverträgen über Geschäftsräume individualvertraglich uneingeschränkt und formularvertraglich jedenfalls dann zulässig, wenn sie ... hinreichend klar formuliert sind und damit dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB genügen..."<sup>166</sup>, und hat somit den maßgeblichen Aspekt der Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB) gar nicht behandelt.

Allerdings liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters nicht vor, soweit es um Kosten geht, die allein durch seine Nutzung verursacht werden<sup>167</sup> (was aber z.B. auch bei Fixkostenanteilen von Verbrauchskosten nicht der Fall

---

<sup>162</sup> *Wall*, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., Rz 1950; *Both* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 556a BGB Rz 10; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 556a BGB Rz 11; *Ehlert* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 556a BGB Rz 17; *Beyerle* in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiere, 3. Aufl., Kap. 11 Rz 251; *Leo/Ghassemi-Tabar*, AGB im Gewerberaummierecht, 2. Aufl., Rz 84; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 12. Aufl., § 556a BGB Rz 35; *Langenberg*, WuM 2002, 589; *Sternel*, WuM 2003, 243 (247).

<sup>163</sup> OLG Hamburg v. 22.08.1990 - 4 U 51/89, WuM 2001, 343.

<sup>164</sup> s.a. *Staudinger/Weitemeyer*, BGB, Neub. 2014, § 556a BGB Rz 24.

<sup>165</sup> OLG Düsseldorf v. 21.05.2015 - 10 U 29/15, juris.

<sup>166</sup> OLG Düsseldorf v. 21.05.2015 - 10 U 29/15, juris Rz 42.

<sup>167</sup> KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

wäre<sup>168</sup>). Voraussetzung der Wirksamkeit der Klausel insoweit wäre ferner, dass sie sprachlich teilbar ist<sup>169</sup>.

Hier wird der Umlagemaßstab der vermieteten Flächen zum Grundsatz gemacht; etwas anderes soll nur gelten, soweit in den Nummern 6 bis 21 etwas anderes bestimmt ist. Die Klausel ist als (generelle) Regelung des Maßstabes der "vermieteten Mietflächen" unwirksam, gleich, ob man sie insgesamt als unwirksam ansieht oder unter Streichung der Worte "tatsächlich vermieteten" mit dem Inhalt eines Gesamt-Flächenmaßstabs aufrechterhalten will<sup>170</sup>. Indessen enthalten die Abrechnungen keine Kostenarten, die sich auf den Verbrauch allein der vermieteten Flächen beziehen, und für die im Mietvertrag durch eine sprachlich abtrennbare Regelung eine Umlage auf die "vermieteten" Flächen bestimmt wäre.

## 12.4 Abrechnungspflicht

### 12.4.1 bei vermieteter Eigentumswohnung

Ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur, vertritt die Auffassung, Voraussetzung für eine Abrechnung des Vermieters über die Vorauszahlung der Betriebskosten gegenüber dem Mieter sei bei vermietetem Wohnungseigentum das Vorliegen eines wirksamen Beschlusses der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG über die Jahresabrechnung. Erst durch diesen Beschluss werde eine (fällige) Verpflichtung des Vermieters gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft (in konkreter Höhe) begründet, zuvor seien diese Kosten für ihn noch nicht - im Sinne des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB und des § 1 Abs. 1 Satz 1 der Betriebskostenverordnung (BetrKV) vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346) - entstanden<sup>171</sup>.

<sup>168</sup> vgl. BGH v. 06.10.2010 - VIII ZR 183/09, NJW 2010, 3645 Rz 22 f.

<sup>169</sup> s. etwa BGH, NJW-RR 2006, 84 unter II.6, betr. zu weitgehende Abwälzung von Instandhaltungskosten.

<sup>170</sup> KG v. 6.6.2016 – 8 U 40/15, ZMR 2016, 687.

<sup>171</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 299 [zur Gewerberaummiete]; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB, Neubearb. 2014, § 556 BGB Rz. 86; Erman/*Lützenkirchen*, BGB, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 170; *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 49; *Eckert* in *Wolf/Eckert/ Ball*, *Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts*, 10. Aufl., Rz. 531; *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 556 Rn. 271; *Blank*, *NZM* 2004, 365, 371; *Langenberg*, *NZM* 2004, 361 (362); *Callsen/Lützenkirchen* in *Lützenkirchen*, *Anwalts-Handbuch Mietrecht*, 5. Aufl., L Rz. 274 ff.; *Geldmacher*, *DWW* 1997, 165, 166 f.; *Horst*, *DWW* 2011, 2, 5; wohl auch *Lützenkirchen/Jennißen*, *ZWE* 2002, 446, 451

Nach der Gegenmeinung in Rechtsprechung und Literatur ist bereits aufgrund der voneinander unabhängigen Rechtsbeziehungen des Wohnungseigentümers zu der Wohnungseigentümergeinschaft und deren Verwalter einerseits und zu dem Mieter der Eigentumswohnung andererseits ein Beschluss der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnung keine rechtliche Voraussetzung für eine Betriebskostenabrechnung gegenüber dem Mieter<sup>172</sup>.

Der letztgenannten Auffassung gewährt der BGH den Vorzug<sup>173</sup>. Eine (ungeschriebene) Voraussetzung dahingehend, dass ein Beschluss der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG über die Jahresabrechnung des Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 28 Abs. 3 WEG) vorliegen muss, um über die Betriebskosten bei vermietetem Wohnungseigentum abrechnen zu können, ergibt sich weder aus dem Wortlaut des § 556 Abs. 3 BGB noch aus den Gesetzesmaterialien, der Gesetzssystematik oder dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift.

Aus dem Wortlaut des § 556 BGB lässt sich nicht herleiten, dass ein Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 28 Abs. 5 WEG über die vom Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 28 Abs. 3 WEG nach Ablauf des Kalenderjahres zu erstellenden Abrechnung über die gesamten im Kalenderjahr angefallenen tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben der Wohnungseigentümergeinschaft<sup>174</sup> Voraussetzung für das Anfallen bzw. die Fälligkeit und für die Abrechnung der Betriebskosten im Wohnraummietverhältnis ist. Nach der gesetzlichen Definition in §§ 556 Abs. 1 Satz 2 BGB, 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV sind Betriebskosten diejenigen Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Über die Vo-

---

<sup>172</sup> LG Itzehoe, ZMR 2003, 38, 39; AG Erfurt, ZMR 2014, 751 (752); MünchKomm/Schmid, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 57 (anders - wie vorstehend unter aa - nunmehr MünchKomm/Schmid/Zehlein, 7. Aufl., § 556 BGB Rz. 55); Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Aufl., § 556 BGB Rz. 12; Drasdo in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VII Rz. 117 f.; BeckOGK/Drager, Stand 1. Oktober 2016, § 556 BGB Rz. 197.1; Riecke in Riecke/Schmid, 4. Aufl., Anhang zu § 16 WEG Rz. 26, 43; Jennißen, NZM 2002, 236 (238 f.); Drasdo, NZM 2004, 372 (373 f.); Riecke, ZMR 2007, 289.

<sup>173</sup> BGH v. 25.1.2017 – VIII ZR 249/15; WuM 2017, 138 = ZMR 2017, 303.

<sup>174</sup> vgl. hierzu BGH v. 4.12.2009 - V ZR 44/09, NJW 2010, 2127 Rz. 10; BGH v. 17.2.2012 - V ZR 251/10, NJW 2012, 1434 Rz. 11; BGH v. 11.10.2013 - V ZR 271/12, NJW 2014, 145 Rz. 6; jeweils m.w.N.

rauszahlungen hat der Vermieter jährlich abzurechnen (§ 556 Abs. 3 Satz 1 BGB).

Das Gesetz stellt damit weder bei der Definition der Betriebskosten noch bei der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB auf eine Fälligkeit der entstandenen Kosten ab. Nach der gesetzlichen Definition in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB, die für das hier in Rede stehende Verhältnis zwischen Wohnraummietler und Vermieter allein maßgeblich ist, kommt es vielmehr nur darauf an, dass die Kosten, auf die der Mieter Vorauszahlungen leistet, "laufend entstehen". Hierzu wiederum muss es sich lediglich um (stetig) wiederkehrende Belastungen des Vermieters handeln<sup>175</sup>.

Entgegen der zuerstbenannten Auffassung sind laufend entstehende Kosten i.S.d. §§556 Abs. 1 Satz 2 BGB, 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV bei der Vermietung einer Eigentumswohnung auch nicht erst dann angefallen, wenn eine Beschlussfassung der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG über die das Gemeinschaftseigentum betreffende Jahresabrechnung erfolgt ist. Zwar entsteht - hinsichtlich der die Vorschüsse nach dem Wirtschaftsplan übersteigenden sog. Abrechnungsspitze<sup>176</sup> - die Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers gegenüber den anderen Eigentümern, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen (§ 16 Abs. 2 WEG), im Innenverhältnis nicht bereits durch die Entstehung der Kosten und Lasten, sondern erst durch den - rechtswirksamen - Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 28 Abs. 5 WEG über die Jahresabrechnung<sup>177</sup>, während der Wohnungseigentümer die Kosten und Lasten seines Sondereigentums ohnehin selbst zu tragen hat ( § 16 Abs. 2 WEG ).

---

<sup>175</sup> BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 Rz. 15 m.w.N.; BGH v. 14.11.2007 - VIII ZR 19/07, NJW 2008, 575 Rz. 17; BGH v. 11.11.2009 - VIII ZR 221/08, NJW 2010, 226 Rz. 14; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 556 BGB Rn. 89; Münch-KommBGB/Schmid/Zehlein, 7. Aufl., Anh. § 556, § 1 BetrKV Rz. 10.

<sup>176</sup> vgl. hierzu nur BGH v. 1.6.2012 - V ZR 171/11, NJW 2012, 2797 Rz. 20 m.w.N.

<sup>177</sup> vgl. BGH v. 30.11.1995 - V ZB 16/95, BGHZ 131, 228 (230 ff.); BGH v. 22.7.2011 - V ZR 245/09, juris Rz. 53; BGH v. 9.3.2012 - V ZR 147/11, NJW 2012, 2796 Rz. 7; BGH v. 1.6.2012 - V ZR 171/11, NJW 2012, 2797 Rz. 20 jeweils m.w.N.

Der Beschluss der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG entfaltet jedoch gegenüber einem Dritten, wie hier dem Mieter, keine Bindung<sup>178</sup>. Vielmehr handelt es sich bei diesem Beschluss um einen internen Akt der Willensbildung der Wohnungseigentümer<sup>179</sup>. Die Frage des laufenden Entstehens und des Anfallens der Betriebskosten für die vermietete Eigentumswohnung ist damit unabhängig hiervon nach den Grundsätzen des Wohnraummietrechts und dem Inhalt des konkreten Mietverhältnisses zu beurteilen<sup>180</sup>.

Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich ebenfalls nicht entnehmen, dass der Beschluss der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG über die Jahresabrechnung eine zusätzliche Voraussetzung für die Abrechnung der Betriebskosten gemäß § 556 Abs. 3 BGB wäre. Die Vorschrift des § 556 BGB ist durch Art. 1 des Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19. Juni 2001<sup>181</sup> zum 1. September 2001 eingeführt worden, wobei der Gesetzgeber hinsichtlich des Abrechnungszeitraums (§ 556 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 BGB) an § 4 Abs. 1 Satz 2 des Miethöheregulierungsgesetzes (MHG) und hinsichtlich der Abrechnungsfrist und des Ausschlusses von Nachforderungen des Vermieters nach Ablauf dieser Frist (§ 556 Abs. 3 Satz 2, 3 BGB) an § 20 Abs. 3 Satz 4 NMV angeknüpft hat<sup>182</sup>.

Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 556 Abs. 3 BGB das Ziel verfolgt hat, Abrechnungssicherheit für den Mieter und durch eine zeitnahe Abrechnung der Betriebskosten rasche Klarheit und Rechtssicherheit über die diesbezüglich bestehenden gegenseitigen Forderungen der Mietvertragsparteien zu schaffen und damit Streit in diesem von ihm als "äußerst streitträchtig"<sup>183</sup> erachteten Bereich des Wohnraummietrechts zu vermeiden. Dieser mit der Abrechnungsfrist und dem Ausschluss von Nachforderungen des Vermieters nach Ablauf dieser Frist verfolgten Zielsetzung liefe es zuwider, die Abrechnung der Betriebskosten einer vermieteten Eigentums-

---

<sup>178</sup> vgl. BGH v. 21.4.1988 - V ZB 10/87, BGHZ 104, 197 (203) ; BGH v. 30.11.1995 - V ZB 16/95, BGHZ 131, 228 (230); Schmidt-Futterer/ Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 556 BGB Rz. 318.

<sup>179</sup> Jennißen, Die Verwalterabrechnung nach dem WEG, 7. Aufl., Rz. 1132, Jennißen, NZM 2002, 236 (238).

<sup>180</sup> vgl. auch KG v. 25.06.1990 - 8 RE Miet 2634/90, NJW-RR 1990, 1166 (1167).

<sup>181</sup> BGBl. I S. 1149.

<sup>182</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

<sup>183</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

wohnung an die weitere Voraussetzung der im Gesetz nicht vorgesehenen und aus den vorstehend genannten Gründen keine Bindung für das Mietverhältnis entfaltende Beschlussfassung der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG über die Jahresabrechnung zu knüpfen und damit die Einhaltung der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB unnötig zu gefährden.

Dementsprechend heißt es bereits in der Einleitung des Gesetzentwurfs des Mietrechtsreformgesetzes, die Regelung in § 556 BGB, wonach der Vermieter die Betriebskosten innerhalb eines Jahres abrechnen müsse, diene der Streitvermeidung (BT-Drucks. 14/4553, S. 2).

Im Allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung des Mietrechtsreformgesetzes wird zu § 556 Abs. 3 BGB weiter ausgeführt<sup>184</sup>:

*"Dass der Vermieter Betriebskosten, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, spätestens zwölf Monate nach dem Ende der Abrechnungsperiode abzurechnen hat, entspricht der bisherigen Rechtsprechung, wird jedoch nunmehr ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben. Neu ist dagegen die der Neubaumietenverordnung entnommene Bestimmung, dass, wiederum soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, der Vermieter im Falle nicht fristgerechter Abrechnung den Anspruch auf Nachzahlung von Betriebskosten gegen den Mieter verliert. Dies dient der Abrechnungssicherheit für den Mieter und vermeidet Streit."*

In der Einzelbegründung der vorbezeichneten Regelung heißt es<sup>185</sup>:

*"Nach Fristablauf [gemäß § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB] kann der Vermieter eine Nachzahlung nur noch dann verlangen, wenn er die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat. Solche nicht zu vertretenden Verspätungen können ihre Ursache zum Beispiel darin haben, dass Versorgungsunternehmen ihre Abrechnungen erst lange nach Ablauf der Abrechnungsperiode erstellt haben, so dass die Frist nicht mehr eingehalten werden kann. Auch Steuern oder Abgaben werden häufig erst sehr viel später festgesetzt. Absatz 3 Satz 4 stellt insoweit klar, dass der Vermieter*

---

<sup>184</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

<sup>185</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 51.



*nicht zu Teilabrechnungen verpflichtet ist, auch wenn schon einige Einzelabrechnungen rechtzeitig vorliegen."*

In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags wurde als Ergänzung der für den Vermieter vorgesehenen Abrechnungs- und Ausschlussfrist die - bereits in der Stellungnahme des Bundesrates<sup>186</sup> im Interesse der Ausgewogenheit angeregte - Einfügung einer Einwendungsfrist für den Mieter vorgeschlagen, damit im Interesse der Rechtssicherheit schnell Klarheit über die gegenseitigen Forderungen bestehe<sup>187</sup>. Dieser Empfehlung hat der Gesetzgeber in § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB Rechnung getragen.

Auch den Gesetzesmaterialien der später im Rahmen des Förderalismusreform-Begleitgesetzes vom 5. September 2006<sup>188</sup> erfolgten Änderung des § 556 BGB lässt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 28 Abs. 5 WEG über die Jahresabrechnung als weitere Voraussetzung für die Abrechnung der Betriebskosten gegenüber dem Mieter einer Eigentumswohnung angesehen hätte. Vielmehr ergibt sich aus diesen Gesetzesmaterialien der Wille zur einheitlichen Auslegung und Anwendung des Begriffs der Betriebskosten und der hierauf bezogenen Regelungen.

In der Begründung der Änderung des § 556 Abs. 1 BGB durch Art. 11 des Förderalismusreform-Begleitgesetzes wird hierzu ausgeführt<sup>189</sup>:

*"Mit der Aufnahme der Definition des Begriffs der Betriebskosten und der Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Verordnung über die Aufstellung der Betriebskosten in § 556 Abs. 1 BGB wird sichergestellt, dass die für das gesamte private Wohnraummietrecht bedeutsamen Betriebskostenregelungen auch künftig einheitlich im gesamten Bundesgebiet gelten."*

---

<sup>186</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 86 f.

<sup>187</sup> BT-Drucks. 14/5663, S. 75, 79; vgl. hierzu auch BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 20 m.w.N.

<sup>188</sup> BGBl. I S. 2098, 2101.

<sup>189</sup> BT-Drucks. 16/814, S. 18.

Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich mithin keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei den rechtlichen Voraussetzungen der Abrechnung der Betriebskosten nach § 556 Abs. 3 BGB zwischen der Vermietung einer Eigentumswohnung und einer sonstigen Mietwohnung unterscheiden wollte<sup>190</sup>.

Auch gesetzessystematische Erwägungen sprechen nicht dafür, dass die Verpflichtung des Vermieters einer Eigentumswohnung zur Abrechnung der Betriebskosten nach § 556 Abs. 3 BGB von einem Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 28 Abs. 5 WEG abhinge<sup>191</sup>. Wie oben bereits ausgeführt, entfaltet ein solcher Beschluss gegenüber einem Dritten, wie dem Mieter der Eigentumswohnung, bereits keine Bindungswirkung. Für die Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG und die - rechtlich hiervon schon mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer und der Parteien des Wohnraummietvertrags unabhängige - Betriebskostenabrechnung nach § 556 Abs. 3 BGB gelten zudem in wesentlichen Punkten unterschiedliche rechtliche und inhaltliche Voraussetzungen.

Insbesondere erfolgt die Verteilung der Kosten bei den beiden vorbezeichneten Abrechnungen nach unterschiedlichen Maßstäben. Während bei der Abrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG alle im Abrechnungszeitraum hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums entstandenen Lasten und Kosten auf die Wohnungseigentümer grundsätzlich nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu verteilen sind (§ 16 Abs. 2 WEG), richten sich Umfang und Umlagemaßstab der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten in erster Linie nach der vertraglichen Vereinbarung der Mietvertragsparteien (vgl. § 556 Abs. 1, § 556a Abs. 1 BGB). Auch hinsichtlich der im Rahmen der Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG und der Betriebskostenabrechnung nach § 556 BGB umlegbaren Kosten weisen beide Arten der Abrechnung Unterschiede auf. So gehören etwa die - vom Wohnungseigentümer anteilig zu tragenden - Kosten der Verwaltung sowie der Instandhaltung und -setzung gemäß §§ 556 Abs. 1 Satz 1 BGB, 1 Abs. 1, 2 Nr. 1, 2 BetrKV nicht zu den Betriebskosten und können daher nicht auf den Mieter umgelegt werden (BGH v. 11.5.2016 - VIII ZR 209/15, NJW 2016, 2254 Rz. 21).

---

<sup>190</sup> vgl. auch *Riecke* in *Riecke/Schmid*, 4. Aufl., Anhang zu § 16 WEG Rz. 1.

<sup>191</sup> BGH v. 25.1.2017 – VIII ZR 249/15; WuM 2017, 138 = ZMR 2017, 303.

Entscheidend gegen das Erfordernis einer vorherigen, die Jahresabrechnung betreffenden Beschlussfassung der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG für die Abrechnung der Betriebskosten spricht zudem der Sinn und Zweck des § 556 Abs. 3 Satz 2, 3 BGB. Bei der Schaffung des § 556 Abs. 3 BGB ließ sich der Gesetzgeber von der Erwägung leiten, dass die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und der durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen des Vermieters nach Ablauf dieser Frist der Abrechnungssicherheit für den Mieter und der Streitvermeidung dienen sollen. Beide Regelungen gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss<sup>192</sup>. Durch die vorgenannten gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass die Mietvertragsparteien nach überschaubarer Zeit Klarheit über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum erlangen<sup>193</sup>.

Dieser vom Gesetzgeber verfolgte Zweck würde verfehlt, sähe man eine Beschlussfassung der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG über die Jahresabrechnung als notwendige Voraussetzung für die Betriebskostenabrechnung an. Insbesondere in Fällen, in denen die Jahresabrechnung gemäß § 28 Abs. 3 WEG nach Ablauf des Wirtschaftsjahres nicht innerhalb einer angemessenen Frist - die nach der in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung in der Regel drei bis sechs Monate beträgt<sup>194</sup> - erstellt wird oder über die Jahresabrechnung längere Streitigkeiten geführt werden, verlöre die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB die ihr vom Gesetzgeber zugedachte Funktion und würde sowohl rechtlich als auch tatsächlich "ausgehebelt", zumal der Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 Satz 4 BGB auch nicht

---

<sup>192</sup> BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 unter II 1 b; BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903 Rz. 13; BGH v. 5.7.2006 - VIII ZR 220/05, NZM 2006, 740 Rz. 17; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 190/06, NJW 2008, 1150 Rz. 13; BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 107/08, NJW 2009, 2197 Rz. 15; BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 19.

<sup>193</sup> BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 19.

<sup>194</sup> OLG Zweibrücken, OLGR 2007, 608 (609) m.w.N.; LG Mühlhausen v. 21.11.2007 - 2 T 109/06, juris Rz. 41; *Becker* in *Bärmann*, 13. Aufl., § 28 WEG Rz. 105 m.w.N.; *Ermann/Grziwotz*, 14. Aufl., § 28 WEG Rz. 4; *Jennißen*, 4. Aufl., § 28 WEG Rz. 138 f.

zu einer Teilabrechnung derjenigen Betriebskosten, für die ihm die erforderlichen Informationen bereits vorliegen, verpflichtet ist<sup>195</sup>.

Der Mieter einer Eigentumswohnung würde hierdurch in einer aus Sachgründen nicht zu rechtfertigenden Weise gegenüber dem Mieter einer sonstigen Wohnung benachteiligt, indem er anders als dieser durch das zusätzliche Erfordernis eines Beschlusses der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG dem erhöhten Risiko ausgesetzt wäre, die Betriebskostenabrechnung nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Jahresfrist zu erhalten. Auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung der Wohnungseigentümer kann der Mieter keinen Einfluss nehmen und diese daher auch nicht vorantreiben, da er in die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer untereinander oder des Wohnungseigentümers zur Gemeinschaft oder deren Verwalter nicht miteinbezogen ist. Für eine nach der Art der Mietwohnung differenzierende Auslegung gibt § 556 BGB nichts her.

#### **12.4.2 WEG-Verwalter kein Erfüllungsgehilfe des Vermieters**

Nach § 556 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BGB ist die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB dann nicht ausgeschlossen, wenn der Vermieter die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat. Für das Vertretenmüssen im Sinne von § 556 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BGB gilt § 276 BGB; nach § 278 BGB hat der Vermieter auch ein Fehlverhalten seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten<sup>196</sup>.

Hiervon ausgehend muss sich der Vermieter zwar ein Verschulden des (früheren) Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft nicht zurechnen lassen, weil dieser nicht sein Erfüllungsgehilfe zur Erstellung der mietrechtlichen Betriebskostenabrechnung gewesen ist<sup>197</sup>. Gleichwohl kann der Vermieter eine Nachforderung nicht geltend machen, wenn er nicht einmal im Ansatz darlegt, dass ihn auch kein eigenes Verschulden an der verspäteten Abrechnung trifft.

Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft ist grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des Wohnungseigentümers nach § 278 BGB in Bezug auf dessen mietvertragliche Pflichten hinsichtlich der Abrechnung der Betriebskos-

---

<sup>195</sup> vgl. BGH v. 30.4.2008 - VIII ZR 240/07, NJW 2008, 2328 Rz. 18.

<sup>196</sup> BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 107/08, NJW 2009, 2197 Rz. 13.

<sup>197</sup> BGH v. 25.1.2017 – VIII ZR 249/15; WuM 2017, 138 = ZMR 2017, 303.

ten<sup>198</sup>. Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird<sup>199</sup>. Der Grund dafür, dass der Schuldner für das Verschulden eines Dritten einzustehen hat, liegt in der Erweiterung seines Geschäfts- und Risikobereichs; die Hilfsperson übernimmt eine Aufgabe, die im Verhältnis zum Gläubiger dem Schuldner selbst obliegt<sup>200</sup>.

Diese Voraussetzungen sind indes bei dem Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich nicht erfüllt<sup>201</sup>. Allein durch die vom Verwalter gemäß § 28 Abs. 3 WEG nach Ablauf des Kalenderjahres vorzunehmende Erstellung der Jahresabrechnung erfüllt dieser keine dem Vermieter gegenüber dem Mieter aufgrund des Mietverhältnisses obliegende Verbindlichkeit. Seine Tätigkeit bezieht sich vielmehr auf das Gemeinschaftseigentum (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Abs. 3)<sup>202</sup>. Hierbei wird der Verwalter auch nicht als Hilfsperson der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer oder ihrer einzelnen Mitglieder tätig, sondern handelt, um der ihm durch § 28 Abs. 3 WEG gesetzlich zugewiesenen eigenen Aufgabe der Erstellung der Jahresabrechnung nachzukommen<sup>203</sup>.

## 12.5 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.

---

<sup>198</sup> vgl. LG Frankfurt v. 14.10.2011 - 2-09 S 2/11, juris Rz. 19; AG Singen v. 24.2.2004 - 7 UR WEG 48/03, juris; AG Erfurt, ZMR 2014, 751 (752); MünchKomm/Schmid/Zehlelein, 7. Aufl., § 556 BGB Rz. 55; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 209; BeckOK-BGB/Ehlert, Stand 1. Mai 2014, § 556 BGB Rz. 65c; Langenberg/Zehlelein, Betriebs- und Heizkostenrecht, 8. Aufl., G Rn. 59; Jennißen, Die Verwalterabrechnung nach dem WEG, 7. Aufl., Rz. 1128; Drasdo, NZM 2004, 372 (374); Flatow, WuM 2010, 606 (611); Schmid, MDR 2015, 985 (986); a.A. wohl AG Potsdam v. 17.07.2003 - 24 C 550/02, WuM 2003, 456; Gies, NZM 2002, 514.

<sup>199</sup> BGH v. 21.4.1954 - VI ZR 55/53, BGHZ 13, 111 (113); BGH v. 8.2.1974 - V ZR 21/72, BGHZ 62, 119 (124); BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 29; BGH v. 23.9.2010 - III ZR 246/09, BGHZ 187, 86 Rz. 18 m.w.N.

<sup>200</sup> BGH v. 8.2.1974 - V ZR 21/72, BGHZ 62, 119 (124); BGH v. 13.1.1984 - V ZR 205/82, NJW 1984, 1748, unter II 2 b aa; BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 29.

<sup>201</sup> BGH v. 25.1.2017 - VIII ZR 249/15; WuM 2017, 138 = ZMR 2017, 303.

<sup>202</sup> Drasdo, NZM 2004, 372 (374).

<sup>203</sup> vgl. BGH v. 23.6.2016 - I ZB 5/16, WuM 2016, 586 Rz. 18.

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.<sup>204</sup>

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.<sup>205</sup> Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechen-schritten) 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.

### **12.5.1 Zusammenfassen von Abrechnungspositionen**

Maßgeblich für die formelle Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung ist die Nachvollziehbarkeit und Prüffähigkeit für den Mieter. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorhandene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich ist<sup>206</sup>. Im Hinblick auf die Differenzierung der Abrechnung nach einzelnen Kostenpositionen ist die Nachvollziehbarkeit grundsätzlich gewährleistet, wenn der Vermieter eine Aufschlüsselung vornimmt, die den einzelnen Ziffern des Betriebskostenkatalogs in § 2 der BetrKV entspricht. Eine weitere Aufschlüsselung nach einzelnen Positionen innerhalb einer Ziffer ist dann nicht erforderlich<sup>207</sup>.

Eine Zusammenfassung der in verschiedenen Ziffern des Betriebskostenkatalogs genannten Kostenpositionen, etwa von Kosten für Straßenreinigung/Müllbeseitigung (Nr. 8 des Kostenkatalogs) mit Kosten der Schornsteinreinigung (Nr. 12) oder von Kosten der Wasserversorgung (Nr. 3) mit Kosten

---

<sup>204</sup> 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, Rz. 15.

<sup>205</sup> BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

<sup>206</sup> BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, NJW 2009, 3575 Rz. 6.

<sup>207</sup> BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, NJW 2009, 3575 Rz. 7.

der Beleuchtung (Nr. 11) ist hingegen unzulässig<sup>208</sup>. Eine Ausnahme hat der BGH lediglich bezüglich der - sachlich eng zusammenhängenden - Kosten für Frischwasser und Schmutzwasser anerkannt, sofern auch die Berechnung der Abwasserkosten an den Frischwasserverbrauch geknüpft ist<sup>209</sup>.

Nach diesen Maßstäben ist es unzulässig<sup>210</sup>, in der Betriebskostenabrechnung die Kosten für Grundsteuer (Nr. 1 des Betriebskostenkatalogs) und für Straßenreinigung (Nr. 8) zu einer undifferenzierten Kostenposition zusammenzufassen. Bei der Grundsteuer und den Kosten der Straßenreinigung handelt es sich - anders als bei den Kosten für Frisch- und Abwasser - auch nicht um sachlich eng zusammenhängende Kosten. Dies gilt auch dann, wenn diese Kosten von der jeweiligen Gemeinde erhoben werden und dem Eigentümer gegenüber in einem Bescheid - wenn auch unter Angabe der jeweiligen Kosten - abgerechnet werden.

Für die Beurteilung der formellen Ordnungsgemäßheit der Abrechnung kommt es nicht darauf an, ob der Mieter durch eine Einsichtnahme in die Belege hätte ermitteln können, welche Einzelbeträge jeweils auf die Grundsteuer und die Kosten der Straßenreinigung entfielen. Denn diese Angaben sollen dem Mieter gerade durch die Zusammenstellung der Betriebskosten in der Betriebskostenabrechnung übermittelt werden; es ist nicht Aufgabe des Mieters, sich diese Angaben erst aus den Belegen selbst herauszusuchen. Aus diesem Grund ist es auch nicht entscheidungserheblich, ob der Vermieter dem Mieter eine Kopie des Abrechnungsbescheides der Gemeinde bereits mit der Abrechnung übermittelt hat.

### **12.5.2 fehlende Gesamtsumme**

Maßgeblich für die formelle Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung ist die Nachvollziehbarkeit und Prüffähigkeit für den Mieter. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorhandene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseiti-

---

<sup>208</sup> BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, NJW 2011, 143 Rz. 41.

<sup>209</sup> BGH v. 15.7.2009 - VIII ZR 340/08, NZM 2009, 698 Rz. 18.

<sup>210</sup> BGH v. 24.1.2017 - VIII ZR 285/15, WuM 2017, 205 = ZMR 2017, 464 = GE 2017, 471.

gung von Zweifeln erforderlich ist<sup>211</sup>. Hierzu genügt auch eine Auflistung der für die jeweilige Betriebskostenart angefallenen Einzelbeträge<sup>212</sup>. Diese Vorgehensweise beeinträchtigt die Nachvollziehbarkeit und Prüffähigkeit der Abrechnung nicht, weil der Mieter die Einzelsummen mit Hilfe eines einfachen Rechenschritts gegebenenfalls selbst ermitteln kann. Ebenso ist es unschädlich, dass in der Abrechnung nicht der auf jede Betriebskostenart entfallende Anteil des Mieters betragsmäßig gesondert ausgewiesen ist, sondern sämtliche nach dem Flächenmaßstab umgelegten Betriebskosten addiert und daraus unter Anwendung des Umlageschlüssels der vom Mieter insgesamt zu tragende Anteil errechnet wurde<sup>213</sup>.

### 12.5.3 mehrseitige Abrechnung

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält<sup>214</sup>. Dabei sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen<sup>215</sup>. Entscheidend ist allein, ob es die Angaben in der Betriebskostenabrechnung dem Mieter ermöglichen, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten gedanklich und rechnerisch nachzuprüfen<sup>216</sup>. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind daher in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: die Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Be-

---

<sup>211</sup> BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, NJW 2009, 3575 Rz. 6; BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, NJW 2011, 143 Rz. 40.

<sup>212</sup> BGH v. 25.4.2017 - VIII ZR 237/16, WuM 2017, 402.

<sup>213</sup> BGH v. 25.4.2017 - VIII ZR 237/16, WuM 2017, 402.

<sup>214</sup> st. Rspr.; zuletzt BGH v. 6.5.2015 - VIII ZR 193/14, NJW-RR 2015, 778 Rz. 13; BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, NJW 2016, 866 Rz. 9.

<sup>215</sup> BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278 Rz. 24; BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 97/14, NJW 2015, 51 Rz. 13 m.w.N.; BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, NJW 2016, 866 Rz. 13.

<sup>216</sup> st. Rspr. zuletzt BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 97/14, NJW 2015, 51 Rz. 12 f.; BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, NZM 2015, 129 Rz. 11; BGH v. 6.5.2015 - VIII ZR 193/14, NJW-RR 2015, 778 Rz. 13, jeweils m.w.N.



rechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen<sup>217</sup>.

Diesen Anforderungen werden die Betriebskostenabrechnungen des Vermieters für die Jahre 2013 und 2014 nach Aktenlage gerecht<sup>218</sup>. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorgesehene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich ist<sup>219</sup>. Diese Anforderungen erfüllt die von dem Vermieter gewählte Vorgehensweise. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass der Mieter, um die auf der dritten Seite der Abrechnung auf ihn entfallenden Kostenanteile nachzuvollziehen, auf die beiden vorhergehenden Seiten zurückblättern und die auf drei Seiten enthaltenen Angaben gedanklich zusammenführen muss. Denn die Zusammenhänge erschließen sich bei verständigem Lesen ohne Weiteres auch einem Laien. Auf der ersten Seite werden fünfzehn genau bezeichnete Kostenpositionen mit den darauf jeweils für das gesamte Anwesen jährlich entfallenden Beträgen aufgelistet. Diese Kostenpositionen werden dann auf der Folgeseite unter Angabe der auf der ersten Seite verwendeten Bezifferung einer von vier genannten Umlagearten (A: Wohnfläche/Nutzfläche; B: Einzelverbrauch nach Kaltwasseruhren; C: Laden- bzw. Wohneinheiten; D: Einzelabrechnung TECHEM) zugeordnet, wobei anschließend mit Ausnahme der extra beigefügten TECHEM-Abrechnung über die Heiz- und Warmwasserkosten auch die auf die jeweilige Umlageart entfallenden Gesamtbeträge angegeben werden. Auf der darauffolgenden Seite werden schließlich - nun mit Gliederungspunkten 1 bis 4 bezeichnet, zusätzlich aber auch inhaltlich beschrieben - die nach den vier Umlagearten jeweils anteilig auf den Mieter entfallenden Beträge aufgeführt und addiert. Dass bei der gewählten Abrechnungsweise die auf den Mieter entfallenden Anteile nur zusammengefasst nach Umlageschlüsseln und nicht für alle fünfzehn Kostenpositionen getrennt ausgewiesen werden, ist unschädlich<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> st. Rspr.; zuletzt BGH v. 22.10.2014 - VIII ZR 97/14, NJW 2015, 51 Rz. 12; BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, NJW 2016, 866 Rz. 10; jeweils m.w.N.

<sup>218</sup> BGH v. 19.07.2017 - VIII ZR 3/17, ■.

<sup>219</sup> BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, NJW 2009, 3575 Rz. 6; BGH v. 22.9.2010 - VIII ZR 285/09, NJW 2011, 143 Rz. 40; BGH v. 25.4.2017 - VIII ZR 237/16, *juris* Rz. 5.

<sup>220</sup> BGH v. 25.4.2017 - VIII ZR 237/16, *juris* Rz. 5.

Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnungen wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass nicht erläutert wird, weshalb für die Position 14 (Treppenhausreinigung) nicht der Verteilungsschlüssel "Wohn- oder Nutzungsfläche", sondern der Verteilungsschlüssel "Laden- bzw. Wohneinheiten" gewählt worden ist<sup>221</sup>. Es genügt, dass für den Mieter erkennbar ist, welcher Umlageschlüssel angewendet wird. Die Richtigkeit der gewählten Bemessungsgrundlagen ist ausschließlich eine die inhaltliche Ordnungsgemäßheit der Abrechnungen betreffende Frage. Entsprechendes gilt, soweit bei der Abrechnung für das Jahr 2013 auf der zweiten Seite bei den Wasser- und Kanalkosten (Position B) zwei unterschiedliche Beträge aufgeführt sind, von denen auf der Folgeseite nur der höhere Betrag auf den Mieter umgelegt wird<sup>222</sup>.

## 12.6 Rückforderung überzahlter Vorauszahlungen

Die beklagten Rechtsanwälte (RAe) haben ihre anwaltlichen Pflichten gegenüber dem Mieter bei der Vertretung im Vorprozess vor dem Amtsgericht Duisburg Ruhrort Az. 9 C 768/08 verletzt. Der Rechtsanwalt hat den Mandanten in seiner Rechtssache grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten. Insbesondere sind Zweifel und Bedenken, zu denen die Sach- oder Rechtslage Anlass gibt, sowie mögliche mit der Einleitung eines Rechtsstreits verbundene Risiken und deren abschätzbares Ausmaß darzulegen und mit dem Mandanten zu erörtern; nur in Kenntnis solcher Umstände kann dieser über sein weiteres Vorgehen sachgerecht entscheiden<sup>223</sup>. Erscheint eine beabsichtigte Rechtsverfolgung wenig aussichtsreich, so muss der rechtliche Berater hierauf sowie auf die damit verbundenen Gefahren hinweisen<sup>224</sup>. Diesen Anforderungen sind die RAe bei der anwaltlichen Vertretung der Klägerin im Vorprozess nicht gerecht geworden<sup>225</sup>.

Der Mieter begehrte im Vorprozess gegen seine ehemaligen Vermieter die Rückzahlung sämtlicher Vorschüsse auf die Nebenkosten bzw. der überschüssigen Nebenkostenvorauszahlungen. Der in erster Linie geltend gemachte An-

---

<sup>221</sup> BGH v. 19.07.2017 – VIII ZR 3/17, ■.

<sup>222</sup> BGH v. 19.07.2017 – VIII ZR 3/17, ■.

<sup>223</sup> BGH v. 8.11.2011 - IX ZR 64/01, *juris*; *Vill* in Zugehör/Fischer/Vill/Fischer/ Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rz. 624.

<sup>224</sup> BGH v. 29.4.2003 - IX ZR 54/02, *juris*; BGH v. 20.10.1994 - IX ZR 116/93, WPM 1995, 398 (399); BGH v. 27.11.1997 - IX ZR 141/96, NJW 1998, 900 (901).

<sup>225</sup> OLG Düsseldorf v. 25.4.2016 – 24 U 152/16, ZMR 2017, 637.

spruch auf Rückzahlung sämtlicher geleisteter Vorauszahlungen für den Zeitraum 2005 bis 2010 war jedoch nicht begründet, da die Voraussetzungen, d.h. die Beendigung des Mietverhältnisses und eine fehlende bzw. formell unwirksame Abrechnung, erkennbar nicht erfüllt waren.

Für den streitigen Zeitraum wurde unstreitig jeweils eine Nebenkostenabrechnung erstellt, die auch über eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, der Angabe und - soweit erforderlich - Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, der Berechnung des Anteils des Mieters und den Abzug dessen Vorauszahlungen entsprechend den Anforderungen der Rechtsprechung des BGH verfügte<sup>226</sup>. In dem vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen ist der Bereicherungsanspruch auf Erstattung überzahlter Nebenkosten auch nicht als Minus enthalten. Vielmehr handelt es sich dabei um unterschiedliche Streitgegenstände, die unterschiedliche Grundlagen haben und anderen Voraussetzungen unterliegen. Während der Anspruch auf Rückzahlung sämtlicher Vorauszahlungen erfordert, dass keine (formell wirksame) Betriebskostenabrechnung vorliegt, setzt der Anspruch auf Auszahlung eines Guthabens gerade eine Abrechnung voraus<sup>227</sup>. Das schließt indes nicht aus, dass der klagende Mieter beide Ansprüche miteinander verbindet, indem er in erster Linie die Formwirksamkeit der Nebenkostenabrechnung bestreitet und für den Fall, dass das Gericht seiner Auffassung nicht folgt, hilfsweise die Überzahlung der berechtigten Nebenkosten geltend macht. In dem Fall handelt es sich bei dem verfolgten Anspruch auf Erstattung der Überzahlung allerdings nicht um ein bloßes Hilfsvorbringen, sondern um einen eventualiter gestellten Antrag<sup>228</sup>, auch wenn er nicht ausdrücklich als solcher angekündigt wird ("verdeckter Hilfsantrag").

Die an den Vortrag des Mieters, der die Erstattung überzahlter Nebenkosten fordert, zu stellenden Anforderungen hat das Amtsgericht Duisburg-Ruhrort im Hinweisbeschluss vom 14.5.2010 zutreffend unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zusammengefasst. Danach hat der Mieter konkret

---

<sup>226</sup> Vgl. BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, *juris* m.w.N.

<sup>227</sup> Vgl. OLG Düsseldorf v. 3.3.2011 - 10 W 16/11; BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, *juris*; BGH v. 15.3.2011 - VIII ZR 243/10, *juris*.

<sup>228</sup> Vgl. Zöller, 29. Aufl., Einleitung Rz. 74, § 260 ZPO Rz. 1, 4.

zu jeder Position der Betriebskostenabrechnung nach Grund und/oder Höhe vorzutragen, die er nicht anerkennen will<sup>229</sup>.

Auf dieser Basis hätten die RAe dem Mieter zur hilfsweisen Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs nur raten dürfen, wenn der Mieter in der Lage war, ihm (nach Belegeinsicht) zu jeder Kostenart die dem Vermieter entstandenen Aufwendungen und den zutreffenden Umlageschlüssel anzugeben, weil er andernfalls Gefahr lief, dass sein Hilfsanspruch (rechtskräftig und zusätzliche Kosten verursachend) als un schlüssig abgewiesen werden würde. Konnte der Mieter die für die korrekte Abrechnung der Nebenkosten notwendigen Informationen nicht beschaffen, weil er insbesondere keine klare Vorstellung von dem zugrunde zu legenden Flächenmaßstab hatte, hätten die RAe ihm empfehlen müssen, sich (zunächst) auf die Zurückforderung der Vorschüsse zu beschränken. Dass er dieser Belehrungspflicht nachgekommen ist, behaupten die RAe selbst nicht.

Ob der Amtsrichter, der den Hinweisbeschluss vom 14.05.2010 verfasst hat, seine Hinweispflicht verletzt hat, weil er den RAe versprochen hat, seinen Hinweis noch einmal zu überdenken, aber weder er noch sein Amtsnachfolger sie vor der Verkündung des Urteils vom 20.04.2012 über das Ergebnis ihrer Überlegungen unterrichtet haben, mag dahinstehen. Auf dieser Verletzung des Verfahrensrechts, die zu Gunsten der RAe als wahr unterstellt werden kann, beruht das Urteil des Landgerichts Duisburg nicht, § 513 Abs. 1 ZPO. Obwohl das Amtsgericht im Urteil vom 20.04.2012 an der bereits im Hinweisbeschluss vom 14.05.2010 vertretenen Auffassung festgehalten hat, haben die RAe sich für den Mieter in der Berufungsbegründung vom 11.07.2012 nämlich hilfsweise auf den Bereicherungsanspruch berufen, ohne der vom AG aufgezeigten Darlegungslast zu genügen. Spätestens da hätte ihnen aber die Gefahr, dass sich die Berufungskammer der Ansicht des Amtsgerichts anschließen könnte, bewusst sein müssen. Einen nochmaligen Hinweis auf die Darlegungslast durch das Berufungsgericht konnten die RAe unter diesen Umständen nicht ernsthaft erwarten.

Das Amtsgericht Duisburg-Ruhrort (Az. 9 C 818/12) hat die Klage, mit der der Mieter in 2005 bis 2010 überzahlte Nebenkosten zurückverlangt hat, wegen

---

<sup>229</sup> OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 - 24 U 160/08, *juris*.

anderweitiger Rechtskraft abgewiesen. Diese Entscheidung müssen die RAe sich schon aufgrund der mit der Streitverkündung verbundenen Interventionswirkung (§§ 74 Abs. 3, 68 ZPO) entgegenhalten lassen. Der Mieter hat den RAe in dem Rechtsstreit AG Duisburg-Ruhrort 9 C 818/12 den Streit verkündet. Damit steht aufgrund des formell rechtskräftigen Urteils des Amtsgerichts Duisburg-Ruhrort vom 20.8.2015 im Verhältnis der Parteien zueinander bindend fest, dass dem geltend gemachten Anspruch die Einrede der anderweitigen Rechtskraft (ne bis in idem) entgegensteht. Auf eine mangelhafte Prozessführung des Mieters können sich die RAe nicht berufen, weil der Mieter die von ihm eingelegte Berufung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist mit Schriftsatz vom 14.10.2015 "freiwillig" zurückgenommen hat. Denn dadurch wurde ihnen die Rechtsverfolgung nicht erschwert. Es war ihnen nämlich unbenommen, dem Rechtsstreit schon in erster Instanz beizutreten und ihrerseits Berufung einzulegen. Dass der Mieter eine Berufung der RAe durch Rechtsmittelrücknahme vereitelt hätte, ist nicht anzunehmen<sup>230</sup>.

## **13 Heizkosten**

### **13.1 analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV**

Eine in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum vertretene Ansicht befürwortet eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV, wenn überwiegend ungedämmte Leitungen der Wärmeverteilung unter Putz bzw. im Estrich verlegt sind. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, das Merkmal "freiliegend" enge den Anwendungsbereich der Bestimmung übermäßig ein, denn die Rohrwärmeproblematik entstehe nicht nur in Gebäuden, in denen die Leitungen der Wärmeverteilung sichtbar verlegt seien. Nach dem Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV, der darin bestehe, eine generelle Regelung für die Wärmeabgabe durch ungedämmte Rohre bereitzustellen, sei kein Grund gegeben, den Anwendungsbereich der Bestimmung dergestalt einzuzengen. Auch die VDI-Richtlinie 2077 unterscheide in technischer Hinsicht nicht, ob die Rohrleitungen freiliegend oder unter Putz bzw. im Estrich verlegt seien; um den Rohrwärmeverbrauch zu bestimmen, sei es nach den in dieser Richtlinie festgelegten Kriterien technisch unerheblich, ob ungedämmte Hei-

---

<sup>230</sup> OLG München v. 21.3.2012 - 9 U 5189/10, juris.

zungsrohre freiliegend oder nicht sichtbar verlegt seien<sup>231</sup>. Es bestehe auch eine unbeabsichtigte Regelungslücke. Der Ordnungsgeber habe nicht freiliegende Leitungen der Wärmeverteilung nicht bewusst vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen, sondern das Problem von ungedämmt unter Putz oder im Estrich verlaufenden Leitungen nicht gesehen. § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV sei somit zur Vermeidung sinnwidriger Ergebnisse auf ungedämmte, aber nicht freiliegende Leitungen der Wärmeverteilung analog anzuwenden.

Nach anderer Ansicht ist eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV auf überwiegend ungedämmte, aber nicht freiliegende Leitungen der Wärmeverteilung mangels planwidriger Regelungslücke nicht gestattet, weil der Ordnungsgeber eine eindeutige Entscheidung im Hinblick auf freiliegende Rohrleitungen getroffen habe<sup>232</sup>.

Der letztgenannten Auffassung gibt der BGH den Vorzug<sup>233</sup>.

Eine Analogie ist zulässig, wenn die maßgebliche Norm eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Normgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Normgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Vorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen<sup>234</sup>.

Nach diesem Maßstab kommt eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV auf überwiegend ungedämmte, aber nicht freiliegende Leitungen der Wärmeverteilung nicht in Betracht, weil es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt, die überhaupt erst die Möglichkeit einer solchen

---

<sup>231</sup> Wall, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., Rz. 5872; BeckOK-Mietrecht/Pfeifer, Stand: August 2016, § 556 BGB Rz. 570h ff.; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 556a BGB Rz. 7; LG Ellwangen, WuM 2016, 497, 498; AG Emmendingen, WuM 2014, 727, 728; wohl auch LG Landau, WuM 2015, 432 f.; AG Augsburg, WuM 2015, 736, 737; AG Bayreuth v. 19.8.2014 - 102 C 1359/13, juris Rz. 8.

<sup>232</sup> Zehelein, NZM 2015, 913, 915 f.; vgl. auch Lammel, HeizkostenV, 4. Aufl., § 7 Rn. 31; Schmid/Ormanschick, Hb der Mietnebenkosten, 11. Aufl., Rz. 6109.

<sup>233</sup> BGH v. 15.3.2017 – VIII ZR 5/16, ZMR 2017, 462 = GE 2017, 709.

<sup>234</sup> st. Rspr.; siehe nur BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, NJW 2017, 547 Rz. 33; BGH v. 18.1.2017 - VIII ZR 278/15, juris Rz. 32; jeweils m.w.N.

Ausdehnung über den Wortlaut hinaus im Wege eines Analogieschlusses eröffnen könnte.

Eine Regelungslücke kann nur dann angenommen werden, wenn die Unvollständigkeit der Norm „planwidrig“ ist. Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Normgebers von seinem - dem konkreten Normierungsvorhaben zugrundeliegenden - Regelungsplan ergeben<sup>235</sup>. Dies ist ausgehend von der Norm und nach dem ihr konkret zugrundeliegenden Regelungsplan zu beurteilen<sup>236</sup>. Das Vorliegen einer vom Normgeber unbeabsichtigten Lücke und ihre Planwidrigkeit müssen dabei aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden können<sup>237</sup>.

Nach dieser Maßgabe ist eine planwidrige Regelungslücke im Streitfall nicht gegeben<sup>238</sup>.

Nach dem Verständnis des Ordnungsgebers stellt sich die Frage, ob Leitungen der Wärmeverteilung gedämmt seien, zwar „nur bei freiliegenden auf der Wand verlaufenden und damit sichtbaren Strangleitungen“<sup>239</sup>. Dies bietet jedoch keine ausreichende Grundlage für die Annahme, der Ordnungsgeber habe nicht freiliegende Rohrleitungen übersehen und unbeabsichtigt vom Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV ausgenommen. Nach den Verordnungsmaterialien sollte § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV die Möglichkeit, Kostenverschiebungen nach anerkannten Regeln der Technik auszugleichen, nur bei „auf der Wand verlaufenden Rohrleitungen“ eröffnen<sup>240</sup>. Die Verordnungsmaterialien verweisen dabei auf das Beiblatt „Rohrwärme“ der VDI-Richtlinie 2077 und die dort zur Verfügung gestellten Verfahren zur Berücksichtigung der Rohrwärmeabgabe. Das vom Ordnungsgeber ausdrücklich in den Blick genommene

---

<sup>235</sup> st. Rspr.; siehe nur BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, NJW 2017, 547 Rz. 33; BGH v. 18.1.2017 - VIII ZR 278/15, juris Rz. 32; jeweils m.w.N.

<sup>236</sup> BGH v. 13.11.2001 - X ZR 134/00, BGHZ 149, 165 (174); BGH v. 16.7.2003 - VIII ZR 274/02, BGHZ 155, 380 (390); BGH v. 13.11.2001 - X ZR 134/00, BGHZ 149, 165 (174); BGH v. 20.6.2016 - AnwZ (Brfg) 56/15, NJW-RR 2017, 249 Rz. 18 m.w.N.

<sup>237</sup> BGH v. 13.4.2006 - IX ZR 22/05, BGHZ 167, 178 Rz. 18; BGH v. 14.12.2006 - IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187 Rz. 15; BGH v. 20.6.2016 - AnwZ (Brfg) 56/15, NJW-RR 2017, 249 Rz. 18; BGH v. 18.1.2017 - VIII ZR 278/15, juris Rz. 32; BGH v. 20.11.2014 - IX ZB 16/14, NJW-RR 2015, 498 Rz. 16; BGH v. 14.6.2016 - VIII ZR 43/15, WuM 2016, 514 Rz. 10; BGH v. 8.9.2016 - IX ZB 72/15, NJW 2016, 3728 Rz. 12; BAG, ZIP 2016, 2338 Rz. 19.

<sup>238</sup> BGH v. 15.3.2017 - VIII ZR 5/16, ZMR 2017, 462 = GE 2017, 709.

<sup>239</sup> BR-Drucks., 570/08, S. 13 [zu § 7 Abs. 1 S. 2 HeizkV].

<sup>240</sup> BR-Drucks., 570/08, S. 14.

Beiblatt weist wiederum darauf hin, es sei „technisch unerheblich, ob [...] Rohrleitungen freiliegend oder nicht sichtbar im Estrich beziehungsweise unter Putz geführt werden“.

Danach bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, der Verordnungsgeber habe den Fall im Estrich oder unter Putz verlegter Heizungsrohre unbeabsichtigt nicht bedacht<sup>241</sup>. Der in der Verordnungsbegründung gegebene Hinweis auf das Beiblatt „Rohrwärme“ der VDI-Richtlinie 2077 steht vielmehr der Annahme entgegen, der Verordnungsgeber habe übersehen, dass es nicht nur freiliegende, sondern auch nicht sichtbar im Estrich bzw. unter Putz geführte Rohrleitungen gibt und deren Wärmeabgabe ebenfalls technisch ermittelt werden könnte. Daher kann nicht positiv festgestellt werden, die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV auf freiliegende Leitungen der Wärmeverteilung sei unbeabsichtigt erfolgt. Damit fehlt es schon an der für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke.

Der in der Rechtsverordnung nicht geregelte Fall der unter Putz geführten Rohrleitungen ist auch nicht nach Maßgabe höherrangigen Rechts in den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV einzubeziehen<sup>242</sup>. Dies ergibt sich weder aus der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage der Verordnung noch aus verfassungsrechtlichen Gründen.

§ 3a S. 1 Nr. 2 des Energieeinsparungsgesetzes (EnEG) ermächtigt die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates vorzuschreiben, dass die Betriebskosten so auf die Benutzer von heizungstechnischen gemeinschaftlichen Anlagen zu verteilen sind, dass dem Energieverbrauch der Benutzer „Rechnung getragen“ wird. Konkrete Vorgaben, welche Rohrleitungen davon zu erfassen sind, lassen sich aus der Ermächtigungsgrundlage nicht ableiten. Vielmehr hat der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber mit der weit gehaltenen Vorgabe einen beträchtlichen Einschätzungs- und Auswahlspielraum eingeräumt<sup>243</sup>, den der Verordnungsgeber nicht überschritten hat.

---

<sup>241</sup> ebenso *Zehelein*, NZM 2015, 913 (915 f).

<sup>242</sup> BGH v. 15.3.2017 – VIII ZR 5/16, ZMR 2017, 462 = GE 2017, 709.

<sup>243</sup> vgl. BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 62 m.w.N.



Zwar kann sich eine Rechtsvorschrift auch in Ansehung der Wertung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) als lückenhaft erweisen, wenn es keinen sachlichen Grund dafür gibt, bestimmte Fälle, die die Rechtsvorschrift nicht erfasst, auszuklammern. Auch unter diesem Gesichtspunkt hat der Ordnungsgeber hier jedoch nicht etwa einen nicht zu rechtfertigenden schwerwiegenden Wertungswiderspruch geschaffen, sondern hat sich auch insoweit innerhalb des ihm eingeräumten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums<sup>244</sup> gehalten. Denn im Hinblick auf die beabsichtigte Vermeidung von - Schwierigkeiten beim Nachweis des Merkmals „überwiegend ungedämmt“<sup>245</sup> ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Ordnungsgeber den Geltungsbereich des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV auf freiliegende Leitungen der Wärmeverteilung beschränkt hat.

## 14 Vermieterpfandrecht

### 14.1 Anwendbarkeit des § 1006 BGB

§ 1006 BGB ist eine gesetzliche Vermutung. Es genügt nach § 292 Satz 1 ZPO nicht, sie zu entkräften. Sie muss vielmehr durch Beweis des Gegenteils widerlegt werden<sup>246</sup>.

Es ist umstritten, ob sich der Vermieter zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts auf die zugunsten des Mieters streitende Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB berufen kann. Nach einer auf das Reichsgericht<sup>247</sup> zurückgehenden Meinung ist die Frage zu verneinen<sup>248</sup>. Das Reichsgericht hatte das mit dem fehlenden Besitz des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters und damit begründet, dass bei den Beratungen des BGB die Einführung einer gesetzlichen Vermutung zugunsten des Vermieters vorgeschlagen, letztlich aber abgelehnt worden war<sup>249</sup>. Nach der Gegenmeinung kommt die zugunsten des Mieters streitende Eigentumsvermutung auch dem Vermieter zugute, der sein

---

<sup>244</sup> vgl. BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 103.

<sup>245</sup> vgl. *Lammel*, jurisPR-MietR 15/2016 Anm. 6.

<sup>246</sup> BGH v. 4.2.2002 - II ZR 37/00, NJW 2002, 2101; BGH v. 10.11.2004 - VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90 (109).

<sup>247</sup> RGZ 146, 334 (339 f.).

<sup>248</sup> AK-BGB/*Kohl*, § 1006 BGB Rz. 9; MüKoBGB/*Baldus*, 7. Aufl., § 1006 BGB Rz. 27; *Soergel/Heintzmann*, BGB, 13. Aufl., § 562 BGB Rz. 31.

<sup>249</sup> RGZ 146, 334 (339).

Vermieterpfandrecht gegen Dritte verteidigen will<sup>250</sup>. Der BGH hat die Frage bislang offengelassen<sup>251</sup>.

Nunmehr entscheidet Der BGH<sup>252</sup> sie im Sinne der zweiten Meinung. Dem Vermieter kommt zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts gegenüber Dritten die für seinen Mieter nach § 1006 BGB streitende Eigentumsvermutung zugute.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich auf die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB nicht nur der durch die Vermutung begünstigte Besitzer selbst, sondern - im Verhältnis zu Dritten - jeder berufen, der sein Recht von dem Besitzer ableitet<sup>253</sup>. Diese Rechtsprechung setzt gedanklich bei dem Umstand an, dass die Eigentumsvermutung bei mittelbarem Besitz, wie sich aus § 1006 Abs. 3 BGB ergibt, nur für den mittelbaren, nicht jedoch für den unmittelbaren Besitzer gilt. Nach Sinn und Zweck der Norm muss sich der unmittelbare Besitzer aber gegenüber Dritten auf die zugunsten seines Oberbesitzers streitende Eigentumsvermutung stützen können. Sonst könnte er seinen unmittelbaren Besitz nicht effizient verteidigen. Die Möglichkeit, sich auf die für den Oberbesitzer streitende Eigentumsvermutung gegenüber Dritten zu berufen, kann nach dem Sinn und Zweck der Vermutung nicht auf den Fall des mittelbaren Besitzes beschränkt werden. Sie muss vielmehr jedem zugutekommen, der sein Recht von dem durch die Vermutung begünstigten Besitzer ableitet und es gegen Dritte verteidigen will<sup>254</sup>. Diese Rechtsprechung hat allgemein Zustimmung gefunden<sup>255</sup>. Auf dieser Grundlage hat der BGH die zugunsten des Besitzers streitende Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB etwa auf einen

---

<sup>250</sup> OLG Düsseldorf, ZMR 1999, 474 (478); LG Hamburg, NJW-RR 1986, 971; NK-BGB/Schanbacher, 4. Aufl., § 1006 BGB Rz. 19; Palandt/Herrler, 76. Aufl., § 1006 BGB Rz. 1; PWW/Riecke, 10. Aufl., § 562 BGB Rz. 38; Soergel/Münch, 13. Aufl., § 1006 BGB Rz. 8; Staudinger/Gursky, [2013], § 1006 BGB Rz. 35.

<sup>251</sup> BGH v. 10.12.1975 - VIII ZR 179/74, WPM 1976, 153 (154).

<sup>252</sup> BGH v. 3.3.2017 – V ZR 268/15, NZM 2017, 479 = GE 2017, 710.

<sup>253</sup> BGH v. 7.10.1970 - VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319 (324 f.); BGH v. 4.2.2002 - II ZR 37/00, NJW 2002, 2101; BGH v. 16.10.2003 - IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310 (315); BGH v. 11.11.2004 - VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90 (109); so auch schon RG, HRR 1932 Nr. 234.

<sup>254</sup> Staudinger/Gursky, [2013], § 1006 BGB Rz. 35.

<sup>255</sup> BeckOK BGB/Fritzsche, [Stand: 01.11.2016], § 1006 BGB Rz. 3; MüKo/Artz, 7. Aufl., § 562 BGB Rz. 27; NK-BGB/Schanbacher, 4. Aufl., § 1006 BGB Rz. 19; Palandt/Herrler, 76. Aufl., § 1006 BGB Rz. 1; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 12. Aufl., § 562 BGB Rz. 21; Soergel/Münch, 13. Aufl., § 1006 BGB Rz. 8; Staudinger/Gursky, [2013], § 1006 BGB Rz. 35 m.w.N.; Werner, JA 1983, 617, 622

Pfändungsgläubiger<sup>256</sup> und auf den Gläubiger eines landwirtschaftlichen Inventarpfandrechts<sup>257</sup> angewandt, die ihre Pfandrechte gegenüber Dritten verteidigen wollten.

Für das Vermieterpfandrecht gilt nichts anderes<sup>258</sup>.

Der Vermieter hat zwar keinen eigenen Besitz an den eingebrachten Sachen des Mieters, weil sein Vermieterpfandrecht nach § 562 BGB kraft Gesetzes entsteht, den Besitz an den Sachen des Mieters nicht voraussetzt und ihm den Besitz daran auch nicht vermittelt. Das ist bei dem landwirtschaftlichen Inventarpfandrecht aber nicht anders. Es entsteht zwar auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, ist aber ebenfalls besitzlos<sup>259</sup>. Vor allem kann es schon vom gedanklichen Ansatz her auf den eigenen Besitz des Vermieters nicht ankommen. Dem Vermieter soll nämlich im Verhältnis zu Dritten nicht eine Eigentumsvermutung aufgrund eigenen Besitzes zugutekommen. Er soll vielmehr die Möglichkeit haben, sich auf die zugunsten seines Mieters streitende Eigentumsvermutung zu berufen, weil er sein Vermieterpfandrecht von diesem ableitet. Deswegen ist auch der von dem Reichsgericht angeführte Umstand, dass bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Einführung einer zugunsten des Vermieters selbst streitenden Eigentumsvermutung abgelehnt worden ist<sup>260</sup>, kein überzeugendes Argument. Der Gesetzgeber ist bei der Ablehnung des Vorschlags seinerzeit zudem davon ausgegangen, dass der Vermieter auch ohne eine eigene gesetzliche Eigentumsvermutung zu seinen Gunsten „kraft seines Pfandrechts alle in den gemieteten Räumen befindlichen Sachen im Wege der Selbsthilfe zurückbehalten dürfe, ebenso wie das Pfändungsrecht des Gerichtsvollziehers sich auf alle im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Gegenstände erstrecke“<sup>261</sup>.

Die Anwendung der zugunsten des Mieters streitenden Eigentumsvermutung auf den Vermieter, der sein Vermieterpfandrecht gegenüber Dritten verteidigen will, ist aus den gleichen Gründen sachgerecht wie die Anwendung dieser Ver-

---

<sup>256</sup> BGH v. 16.10.2003 - IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310 (315).

<sup>257</sup> BGH v. 7.10.1970 - VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319 (324 f.).

<sup>258</sup> BGH v. 3.3.2017 – V ZR 268/15, NZM 2017, 479 = GE 2017, 710.

<sup>259</sup> vgl. § 1 Pachtkreditgesetz; siehe auch *Grädler*, AUR 2013, 1 ff.

<sup>260</sup> *Mugdán*, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II S. 854, 859 [Vorschlag 10].

<sup>261</sup> *Mugdán*, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II S. 859.

mutung auf den Gläubiger eines Inventarpfandrechts. Beide Pfandrechte entstehen nur an Sachen, die dem Mieter oder Pächter gehören. Ob das der Fall ist, kann der Vermieter ebenso wenig beurteilen wie der Inventarpfandgläubiger, weil beide Pfandrechte besitzlos sind. In Ansehung ihrer Pfandrechte befinden sich deshalb sowohl der Vermieter als auch der Inventarpfandgläubiger in einer ähnlichen Lage wie der Hypothekengläubiger hinsichtlich des mithaftenden Grundstückszubehörs<sup>262</sup>. Auch das Zubehör haftet für die Hypothek nur, wenn es dem Grundstückseigentümer gehört. Die maßgebliche Vorschrift des § 1120 BGB ist aber so gefasst, dass nicht der Hypothekengläubiger das Eigentum des Grundstückseigentümers beweisen muss, sondern, dass umgekehrt, wer die Freiheit des Zubehörs vom Grundpfandrecht in Anspruch nimmt, beweisen muss, dass es nicht dem Verpfänder gehört<sup>263</sup>. Dem entspricht funktionell ebenso wie beim Inventarpfand auch beim Vermieterpfandrecht die Anwendung der für den Mieter streitenden Eigentumsvermutung des § 1006 BGB auf den Vermieter, der sein Pfandrecht gegenüber Dritten verteidigen möchte.

Unerheblich für die Anwendbarkeit des § 1006 BGB ist der Umstand, dass das Inventarpfandrecht eine rechtsgeschäftliche Bestellung voraussetzt, während das Vermieterpfandrecht kraft Gesetzes entsteht. Entscheidend ist, dass die Pfandrechtsinhaber in beiden Fällen ihre Rechtsposition von dem Besitzer - dem Pächter bzw. Mieter - ableiten. Hier kommt hinzu, dass sich die erworbenen Rechte in ihren Wirkungen nicht unterscheiden.

## **15 Vermieterwechsel**

### **15.1 Aktivlegitimation bei wirtschaftlichen Übergang**

Der Erwerber tritt nach der Regelung des § 566 BGB erst mit der Veräußerung, d.h. mit der Vollendung des Rechtserwerbs durch Eintragung im Grundbuch, anstelle des bisherigen Vermieters in die Rechte und Pflichten des Mietvertrages ein. Diese ist hier erst am 24.06.2016 erfolgt. Etwas anderes gilt aber dann, wenn Veräußerer und Erwerber abweichend von § 566 Abs. 1 BGB im Grundstückskaufvertrag vereinbart haben, dass die Mieten dem Erwerber schon zu einem früheren Stichtag als dem Eigentumswechsel zustehen sollen und der

---

<sup>262</sup> zu dieser Parallele: BGH v. 7.10.1970 - VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319 (325).

<sup>263</sup> BGH v. 7.10.1970 - VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319 (325).

Veräußerer die Mietzinsansprüche aufschiebend bedingt mit Wirkung zu diesem früheren Zeitpunkt an den Erwerber abtritt. Entsprechendes ist hier - was das landgerichtliche Urteil nicht berücksichtigt hat - anzunehmen<sup>264</sup>.

Nach dem unwidersprochenen Vortrag des Vermieters war in dem notariellen Kaufvertrag bestimmt, dass nach Kaufpreiszahlung am 30.05.2014 ab dem 01.06.2014 sämtliche Rechte und Pflichten auf die neue Eigentümerin übergehen sollten. In einer solchen Regelung liegt die Vereinbarung einer Abtretung der Rechte aus dem Mietvertrag an die Erwerberin. Von der Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Mietvertrag sind auch die Mietzinsansprüche umfasst. Mietzinsansprüche können nach einhelliger Auffassung schon vor dem Eigentumserwerb von dem alten Eigentümer an den Käufer abgetreten werden<sup>265</sup>.

Vorliegend ist der Kaufpreis tatsächlich zum vertraglich vorgesehenen Termin am 30.05.2014 gezahlt worden. Diesbezüglich stellt es kein rechtlich relevantes Bestreiten dar, dass der Vermieter in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 14.04.2016 erklärt hat, er könne nicht einräumen, dass die Zahlung des Kaufpreises im Mai 2014 erfolgt sei. Angesichts dessen, dass er selbst Zahlungsempfänger war, hätte es ihm obliegen, substantiiert vorzutragen, wann die Kaufpreiszahlung denn sonst erfolgt sein soll.

Die Abtretung der Mietzinsforderung entfaltet Wirkungen grundsätzlich nur zwischen Erwerber und Veräußerer. Der Vermieter bleibt nach der Abtretung Vertragspartner des Mieters<sup>266</sup>. Im Falle wirksamer Abtretung kann der Mieter aber an den neuen Anspruchsinhaber (Erwerber) mit schuldbefreiender Wirkung zahlen. Er wird geschützt durch §§ 404, 409, 410 BGB. Ihm verbleiben sämtliche Gegenrechte auch gegenüber dem neuen Gläubiger, § 404 BGB. Er ist nur gegen Vorlage der Abtretungsurkunde zur Zahlung verpflichtet, § 410 BGB. Für den Fall, dass die Abtretung tatsächlich nicht erfolgt oder nicht wirksam ist, ist der Mieter als Schuldner geschützt, wenn der Vermieter (ursprüngliche Gläubiger) die Abtretung ihm gegenüber angezeigt hat, § 409 Abs. 1 BGB. Vorliegend schadet es aber nicht, dass der Beklagten die Abtretung zum 01.06.2014 sei-

---

<sup>264</sup> OLG Düsseldorf v. 2.2.2017 – 24 U 103/16, ZMR 2017, 637.

<sup>265</sup> vgl. BGH v. 2.7.2003 - XII ZR 34/02, juris Rz. 15ff.; Ghassemi-Tabar/*Burbulla*, Gewerberaummieta, 2015, § 566 BGB Rz. 77; *Lützenkirchen* in Erman BGB, § 566 BGB Rz. 9.

<sup>266</sup> vgl. BGH v. 2.7.2003 - XII ZR 34/02, juris Rz. 17.

tens der Erwerberin mitgeteilt wurde und nicht durch den Vermieter. Hierdurch trug die Beklagte das Risiko, dass die Abtretung nicht erfolgt oder unwirksam sein könnte. Dieses Risiko hat sich vorliegend aber nicht verwirklicht.

Aufgrund der im Kaufvertrag vereinbarten und dem Mieter mitgeteilten Abtretung hat diese die Miete für Juni 2014 mit schuldbefreiender Wirkung an die Erwerberin gezahlt, so dass der Vermieter hierauf keinen Anspruch mehr hat. Eines Rückgriffs auf § 242 BGB bedarf es nicht.

## 15.2 erfasste Rechte

Von § 566 BGB erfasst werden nach der Rechtsprechung des BGH nur solche Rechte und Pflichten, die als mietrechtlich zu qualifizieren sind oder die in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehen. Der Erwerber tritt deshalb nicht in Rechte und Pflichten ein, die außerhalb des Mietverhältnisses liegen, selbst wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag geregelt sind<sup>267</sup>. Für die Frage, welche Rechte und Pflichten § 566 BGB unterfallen, ist daher auf den materiellen Gehalt der jeweiligen Vertragsbestimmung abzustellen<sup>268</sup>. Der BGH hat demgemäß als von § 566 Abs. 1 BGB bzw. § 571 Abs. 1 BGB a.F. erfasst angesehen das Vermieterpfandrecht<sup>269</sup>, die Übernahme der Kosten für Schönheitsreparaturen durch den Vermieter<sup>270</sup>, den Anspruch des Veräußerers auf Leistung der Kautions<sup>271</sup>, eine Schiedsvereinbarung<sup>272</sup> und die Übernahme des Inventars durch den Verpächter<sup>273</sup>. Als von § 566 Abs. 1 BGB bzw. § 571 Abs. 1 BGB a.F. nicht erfasst angesehen hat der BGH dagegen den Eintritt des Erwerbers in die mietvertraglich getroffene Regelung, wonach der Mietgegenstand nach Eigenkapitalersatzregeln unentgeltlich zur Nutzung zu überlassen ist<sup>274</sup>, die Rückgabe der vom Mieter geleisteten Sicherheit<sup>275</sup>, die

---

<sup>267</sup> BGH v. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 26 m.w.N.; so auch Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 12. Aufl., § 566 BGB Rz. 90 ff.; Erman/Lützenkirchen, 14. Aufl., § 566 BGB Rz. 14; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 566 BGB Rz. 57 f.; Prütting/Wegen/Weinreich/Riecke, 11. Aufl., § 566 BGB Rn. 1; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. I 193 f.; Blank/Börstinghaus, 4. Aufl., § 566 BGB Rz. 54 f.

<sup>268</sup> BGH v. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 27.

<sup>269</sup> BGH, BGHZ 202, 354 = NJW 2014, 3775 Rz. 23.

<sup>270</sup> BGH v. 3.12.2014 - VIII ZR 224/13, NJW-RR 2015, 264 Rz. 41.

<sup>271</sup> BGH v. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 24

<sup>272</sup> BGH v. 3.5.2000 - XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346.

<sup>273</sup> BGH v. 21.9.1965 - V ZR 65/63, NJW 1965, 2198 (2199).

<sup>274</sup> BGH v. 2.2.2006 - IX ZR 67/02, MDR 2006, 1191 = ZMR 2006, 433 = NJW 2006, 1800.

<sup>275</sup> BGH v. 24.3.1999 - XII ZR 124/97, MDR 1999, 988 = WuM 1999, 397 = ZMR 1999, 537.

Einräumung eines dinglichen Dauerwohnrechts<sup>276</sup> und ein Belegungsrecht, das in einem Mietvertrag zugunsten des Arbeitgebers des Mieters begründet worden ist<sup>277</sup>.

Demgegenüber wird von Teilen der Literatur die Auffassung vertreten, dass es für die Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB maßgeblich darauf ankomme, ob die fraglichen Rechte und Pflichten auf dem Miet- oder Pachtvertrag oder auf einem anderen, rechtlich davon getrennten Vertrag zwischen den Parteien beruhten, ob also die fraglichen Abreden nach dem Willen der Parteien einen Bestandteil des Mietvertrags bildeten oder nicht<sup>278</sup>.

Schließlich stellt eine weitere in der Literatur vertretene Ansicht maßgeblich auf die Kenntnis des Erwerbers ab. Dieser sei nur an Nebenabreden ungewöhnlichen Inhalts nicht gebunden, die er weder kannte noch kennen musste. Dies ermögliche einen differenzierten Erwerberschutz, ohne dass die damit verbundene Rechtsunsicherheit höher sei als bei anderen Kriterien<sup>279</sup>.

Diese abweichenden Auffassungen veranlassen den XII: Senat nicht, seine Rechtsprechung zu ändern<sup>280</sup>. § 566 Abs. 1 BGB ist als Ausnahmeregelung restriktiv auszulegen. Zwar lässt der Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB, wonach "der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten" eintritt, auch eine weite Auslegung zu<sup>281</sup>. Durch § 566 Abs. 1 BGB soll der Mieter indes in erster Linie davor geschützt werden, den Mietbesitz durch Veräußerung zu verlieren<sup>282</sup>. Daraus folgt, dass das Bestandsinteresse des Mieters eine Überleitung anderer als mietrechtlicher Vereinbarungen auf den Erwerber nicht erfordert. Es sollen nur der Besitz bzw. die Möglichkeit des Gebrauchs der Mietsache geschützt werden sowie die hiermit im Zusammenhang stehenden Verein-

---

<sup>276</sup> BGH v. 26.3.1976 - V ZR 152/74, MDR 1976, 748 = NJW 1976, 2264.

<sup>277</sup> BGH v. 22.5.1967 - VIII ZR 25/65, NJW 1967, 2258.

<sup>278</sup> Staudinger/*Emmerich*, [2014], § 566 BGB Rz. 40; *ders.* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 24; *Kandelhard* in *Herrlein/Kandelhard*, *Mietrecht*, 4. Aufl., § 566 BGB Rz. 15; *NK-BGB/Riecke*, 3. Aufl., § 566 BGB Rz. 17; *Bamberger/Roth/Herrmann*, 3. Aufl., § 566 BGB Rz. 24.

<sup>279</sup> *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 566 BGB Rz. 33.

<sup>280</sup> BGH v. 12.10.2016 – XII ZR 9/15, MDR 2017, 79 = ZMR 2017, 34 = NZM 2017, 35 = GE 2017, 223.

<sup>281</sup> *Schmidt-Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 12. Aufl., § 566 BGB Rz. 90.

<sup>282</sup> *Prütting/Wegen/Weinreich/Riecke*, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 1.

barungen<sup>283</sup>. Mit der Norm soll indes kein über diesen Schutz hinausgehender Vermögensschutz gewährt werden<sup>284</sup>.

Die Regelung des § 566 Abs. 1 BGB enthält eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen. Sie legt dem Mietverhältnis für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung bei, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt. Als Ausnahmevorschrift ist sie daher eng auszulegen und nur anzuwenden, soweit der mit ihr bezweckte Mieterschutz dies erfordert<sup>285</sup>. Bei der Auslegung ist zudem das Eigentumsrecht des Erwerbers in den Blick zu nehmen. Dieser ist bereits durch die Einschränkung des Gebrauchsrechts belastet. Darüber ginge es noch deutlich hinaus, wenn § 566 Abs. 1 BGB auch auf andere als mietrechtliche Vereinbarungen erstreckt würde<sup>286</sup>. Die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit des Eigentümers, sein Eigentum nach seiner freien Entscheidung zu nutzen, würde bei einer weiten Auslegung des § 566 Abs. 1 BGB erheblich eingeschränkt werden, ohne dass der Schutz des Mieters dies erforderte. Denn für diesen ist entscheidend, ob er das Mietverhältnis zu den gleichen Bedingungen fortsetzen kann, wie es geschlossen wurde<sup>287</sup>.

Deshalb kommt es auf den objektiv zu bestimmenden materiellen Gehalt der jeweiligen Abrede an und nicht darauf, ob die Parteien die Vereinbarung in den Mietvertrag aufgenommen und damit zu dessen Bestandteil gemacht haben<sup>288</sup>. Denn mit letzterem könnten die ursprünglichen Mietvertragsparteien zu Lasten des späteren Erwerbers Verpflichtungen begründen, die durch den Mieterschutz nicht mehr gerechtfertigt wären. Soweit die Streithelferin dies mit der Privatautonomie der Parteien rechtfertigen will, verkennt sie, dass diese grundsätzlich nur im Binnenverhältnis der vertragschließenden Parteien gilt, nicht

---

<sup>283</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 12. Aufl., § 566 BGB Rz. 90.

<sup>284</sup> vgl. *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 566 BGB Rz. 5 f.

<sup>285</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. I 179.

<sup>286</sup> Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 12. Aufl., § 566 BGB Rz. 90.

<sup>287</sup> Weitemeyer in Festschrift Blank, 2006, S. 445 (455) m.w.N.

<sup>288</sup> BGH v. 12.10.2016 – XII ZR 9/15, MDR 2017, 79 = ZMR 2017, 34 = NZM 2017, 35 = GE 2017, 223.



aber im Verhältnis zu dem Erwerber, der durch einen solchen Vertrag (zu Lasten Dritter) in nicht gerechtfertigter Weise benachteiligt würde.

Deshalb geht ein im Mietvertrag geregeltes Ankaufsrecht nicht auf den Erwerber über<sup>289</sup>.

## 16 Beendigung des Mietvertrages

### 16.1 analoge Anwendung des § 565 BGB

Die gesetzliche Regelung des § 565 BGB ist entsprechend auf das Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Endmieter anzuwenden<sup>290</sup>. Dabei scheidet die hierfür erforderliche planwidrige Regelungslücke nicht etwa deshalb aus, weil der Gesetzgeber den Regelungsgehalt der Vorschrift auf gewerbliche Zwischenvermietung beschränkt hat<sup>291</sup>. Der Gesetzgeber hat im Mietrechtsreformgesetz vom 25.6.2001<sup>292</sup> in der neuen Fassung des § 565 BGB die vorangegangene Regelung über gewerbliche Zwischenmietverhältnisse in § 549a BGB ohne inhaltliche Änderungen übernommen und damit zum Ausdruck gebracht, dass es bei der Begrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift auf gewerbliche Zwischenmietverhältnisse bleiben sollte<sup>293</sup>. Dennoch ist hieraus ein gesetzgeberischer Wille, es für all jene Konstellationen, in denen eine Gewerblichkeit der Weitervermietung fehlt, die Interessenlage der Beteiligten aber ansonsten mit der von § 565 BGB erfaßten vergleichbar ist, bei dem vor Einführung des § 549a BGB a.F. bestehenden Rechtszustand zu lassen, nicht eindeutig feststellbar. Vielmehr ist anzunehmen, dass sich der Gesetzgeber hierzu keine Gedanken gemacht hat, so dass durchaus eine planwidrige Regelungslücke besteht<sup>294</sup>.

Unter Berücksichtigung der Interessenlage der an den Mietverhältnissen Beteiligten und unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsge-

---

<sup>289</sup> BGH v. 12.10.2016 – XII ZR 9/15, MDR 2017, 79 = ZMR 2017, 34 = NZM 2017, 35 = GE 2017, 223.

<sup>290</sup> OLG Frankfurt v. 23.9.2016 – 2 U 19/16, ZMR 2017, 40.

<sup>291</sup> vgl. *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummietrecht, § 565 BGB Rz. 16; a.M. BayObLG, NJW-RR 1996, 73 ff.

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

<sup>293</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 63.

<sup>294</sup> vgl. *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummietrecht, § 565 BGB Rz. 16; *Kunze*, NZM 2012, 740 ff., 748 f.

bots des Art. 3 Abs. 1 GG erscheint eine entsprechende Anwendung des § 565 BGB auf die Rechtsverhältnisse der Beteiligten als geboten mit der Folge, dass der Vermieter infolge seiner Kündigung des Hauptmietverhältnisses in das Untermietverhältnis des Zwischenvermieters mit dem Endmieter eingetreten ist<sup>295</sup>. Dabei reicht allein eine Anwendung des sozialen Mieterschutzes der §§ 573 ff. BGB zu Gunsten des Endmieters im Verhältnis zum Vermieter als Eigentümer des Mietobjekts nicht aus<sup>296</sup>. Vielmehr ist mit dem Eintritt des Vermieters in den Untermietvertrag mit den Endmietern in entsprechender Anwendung des § 565 Abs. 1 S. 1 BGB gerade der nach der Intention des Gesetzgebers zu vermeidende vor der Einführung des § 549a BGB a.F. bestehende vertragslose Zustand zwischen dem Hauptmieter und den Untermietern zu vermeiden. Die infolge des Kündigungsschutzes berechnete Weiternutzung der Wohnung durch den Endmieter erfordert das Bestehen gegenseitiger Rechte und Pflichten im Verhältnis der Beteiligten, was gerade die Annahme eines Vertragsverhältnisses notwendig werden lässt<sup>297</sup>.

Die Interessenlage der Beteiligten gebietet unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls eine entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 565 BGB. Hierfür reichte es allerdings nicht aus, dass der Endmieter schutzbedürftig ist<sup>298</sup>. Nach den im Rahmen des Untermietverhältnisses getroffenen Vereinbarungen kam dem Endmieter in diesem Rechtsverhältnis grundsätzlich der gesetzliche Kündigungsschutz für Mieter zugute. Der Zwischenmieter hatte mit ihm allerdings die Vereinbarung der Überlassung der Wohnung als Werkswohnung und nur für die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit vereinbart. Dies bedeutete zwar grundsätzlich, dass für ihn nach Beendigung des Dienstverhältnisses lediglich noch der für Werkswohnungen modifizierte gesetzliche Kündigungsschutz für Werkstdienstwohnungen galt (§§ 565 b BGB a.F. bzw. §§ 576 ff. BGB n.F.). Nach dem Aufhebungsvertrag des Endmieters über seinen Arbeitsvertrag mit dem Zwischenmieter war der zu diesem Zeitpunkt 56-jährige Endmieter aber berechtigt, die Wohnung weiterhin zu den für die Pensionäre geltenden Konditionen zu bewohnen. Ausweislich Ziffer 9.4

---

<sup>295</sup> OLG Frankfurt v. 23.9.2016 – 2 U 19/16, ZMR 2017, 40.

<sup>296</sup> so BGH, NJW 2003, 3054 f.; BGH, ZMR 2003, 816 f.

<sup>297</sup> vgl. *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummietrecht, § 565 BGB Rz. 17; siehe auch BayObLG, NJW-RR 1996, 76 ff.

<sup>298</sup> OLG Frankfurt v. 23.9.2016 – 2 U 19/16, ZMR 2017, 40.

des vorgelegten Sozialplans des Zwischenvermieters vom 21.6.1994 können Pensionäre auch nach ihrem Ausscheiden aus den Diensten des Zwischenmieters auf ihren Wunsch die ihnen zur Verfügung gestellten Wohnungen weiterhin zu den jeweils gültigen Konditionen nutzen. Auf andere Weise hatte der Zwischenvermieter die Interessen des Endmieters insbesondere im Verhältnis zum Vermieter nicht schon bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt<sup>299</sup>.

Die gebotene Abwägung aller beteiligter Interessen führt aber zu einem Überwiegen der Interessen des Endmieters<sup>300</sup>, die Wohnung weiterhin im Rahmen eines Mietverhältnisses zu nutzen, und einem Zurücktreten der Interessen des Vermieters, die Wohnung nach Beendigung des Hauptmietvertrages zurückzuhalten, da eine der gewerblichen Weitervermietung hinreichend entsprechende Interessenlage der Beteiligten vorliegt.

Zwar bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Vermieter in seinem eigenen Interesse den Zwischmieter eingeschaltet hätte, was der Weitervermietung im Rahmen des sog. Bauherrenmodells vergleichbar sein und demzufolge schon aus diesem Grunde nach dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) die Erstreckung des gesetzlichen Mieterschutzes auf diese Vertragsgestaltung erfordern könnte<sup>301</sup>. Vielmehr sprechen die Umstände, soweit sie aus dem Vortrag der Parteien ersichtlich sind, dafür, dass die Vermietung der Wohnung an den Zwischenmieter wie oben dargelegt gerade in deren Interesse erfolgte.

Es bestanden aber auch keine gewichtigen Interessen des Vermieters oder nunmehr des Vermieters, die Wohnung nach Beendigung des Hauptmietvertrages zurückzuerhalten, die eine Verkürzung des ansonsten bestehenden Kündigungsschutzes für den Endmieter rechtfertigten könnten. Der Vermieter beabsichtigte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptmietvertrages am 16.2.1965, die Wohnung ebenso wie die übrigen Wohnungen durch Vermietung zu nutzen. Er wußte, dass der Zwischenmieter die Wohnung an einen Mieter zur Nutzung als Werkwohnung vermieten wollte und der Zwischenmieter diesem gegenüber an die gesetzlichen Vorschriften über den Mieterschutz gebun-

---

<sup>299</sup> vgl. hierzu BGH, NJW 2016, 1086 ff.

<sup>300</sup> OLG Frankfurt v. 23.9.2016 – 2 U 19/16, ZMR 2017, 40.

<sup>301</sup> vgl. BVerfG, NJW 1991, 2272 f.

den sein würde. Der Vermieter hatte die Wohnung errichtet, und zwar mit Zuschüssen des Zwischenmieters. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Zwischenmieter die Wohnung tatsächlich nicht zu marktgerechten Bedingungen weitervermietet hätte. In diesem Fall wäre allerdings zu beachten, dass die Möglichkeiten des Vermieters, im nachhinein gegenüber dem Endmieter eine marktgerechte Miete durchzusetzen, im Hinblick auf die für eine Mieterhöhung geltenden Beschränkungen gering sind (§§ 557 ff. BGB<sup>302</sup>), was zu seiner nicht gerechtfertigten Benachteiligung führen könnte. Allerdings kann nach dem Vortrag der Parteien nicht beurteilt werden, ob die im Mietvertrag vom 16.2.1965 vereinbarte Miete von monatlich 278,- DM seinerzeit der ortsüblichen Miete entsprach oder der Vermieter auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt eine höhere Miete hätte erzielen können. Möglicherweise hatte sich der Umstand, dass die Wohnung lediglich als Werkswohnung vermietet wurde und daher grundsätzlich nur ein eingeschränkter Kündigungsschutz besteht, auf die Höhe des vereinbarten Mietzinses oder auf sonstige Bedingungen des Untermietvertrages ausgewirkt. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt entspricht die zu zahlende Miete von 785,53 € aber jedenfalls der vergleichbaren ortsüblichen Miete.

Die Wohnung stand tatsächlich nicht dem allgemeinen Wohnungsmarkt zur Verfügung, da der Zwischenmieter die von ihr angemieteten Wohnungen gerade nur ihren Arbeitnehmern mietweise zur Verfügung stellte<sup>303</sup>. Dabei handelte es sich aber nicht um eine Bevölkerungsgruppe, die ansonsten auf dem Wohnungsmarkt schlechtere Chancen gehabt hätte oder die aus sonstigen Gründen Belastungen für einen Vermieter begründen könnte, wie es beispielsweise bei einer Weitervermietung aus karitativen oder sonstigen sozialen Zwecken sein kann<sup>304</sup>. Vielmehr verfügten Arbeitnehmer des Zwischenmieters gerade grundsätzlich über regelmäßiges Einkommen, was für einen Vermieter regelmäßig ein wesentliches Auswahlkriterium darstellt. Auch das zwischen dem Zwischenmieter und seinen Mitarbeitern aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses bestehende Näheverhältnis wirkte sich seiner Art nach nicht für den Vermieter

---

<sup>302</sup> vgl. BayObLG, NJW-RR 1996, 73 ff.

<sup>303</sup> OLG Frankfurt v. 23.9.2016 – 2 U 19/16, ZMR 2017, 40.

<sup>303</sup> vgl. BVerfG, NJW 1991, 2272 f.

<sup>304</sup> hierzu vgl. BGH, NJW 1996, 2862 ff. ; KG ZMR 2013, 108 ff.; BayObLG, NJW-RR 1996, 73 ff. ; vgl. zu der erforderlichen Interessenabwägung insgesamt auch *Ghassemi-Tabari/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummietrecht, § 565 BGB Rz. 17.

als Eigentümer nachteilig aus. Die Besonderheit des Vorliegens eines Mietvertrages über eine Werkswohnung ist für einen Vermieter gegenüber der Vermietung der Wohnung ohne diese Besonderheit grundsätzlich nicht nachteilig, da vielmehr gerade der Kündigungsschutz für den Mieter eingeschränkt ist. Zwar wäre dem Vermieter eine Kündigung grundsätzlich nur unter schwierigeren Bedingungen möglich als dem Zwischenmieter selbst. Denn bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen im Rahmen der Prüfung der Berechtigung einer Kündigung nach einem Widerspruch des Mieters gemäß den §§ 576 , 574 ff. in Verbindung mit § 576a Abs. 1 BGB n.F. kommen betriebsbedingte Belange, welche zugunsten des Zwischenmieters als Arbeitgeber zu berücksichtigen wären, zugunsten des Eigentümers, der nicht zugleich Arbeitgeber ist, nicht in Betracht. Dies führte aber noch nicht zu einer entscheidenden Benachteiligung des Vermieters.

Wenn auch nicht unterstellt werden kann, dass das Mietverhältnis mit dem Endmieter ohne Dazwischenschaltung des Zwischenmieters in gleicher Weise zustandegekommen wäre, so kann aber dennoch davon ausgegangen werden, dass der Vermieter die Wohnung an den Endmieter zu vergleichbaren Bedingungen auch unmittelbar vermietet hätte oder der Endmieter eine vergleichbare Wohnung anderweitig auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt zu gleichfalls tragfähigen Bedingungen erhalten hätte<sup>305</sup>. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Zwischenmieter gemäß § 7 Ziffer 5 des Mietvertrages vom 16.2.1965 für eine Untervermietung der Wohnung der Zustimmung des Vermieters bedurfte, welche dieser allerdings nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigern durfte; dieser Umstand ermöglichte dem Vermieter, zumindest in gewissem Maße ihre eigenen Interessen bei der Weitervermietung zu berücksichtigen<sup>306</sup>.

*Die analoge Anwendung ist zweifelhaft. Der Gesetzgeber hat bei der Mietrechtsreform gerade hervorgehoben, dass nur die besondere Konstellation der gewerblichen Zwischenvermietung geregelt werden soll. Zu anderen Konstellationen führt die Lagertheorie<sup>307</sup> oder die von Art. 3 GG gesteuerte Rechtspre-*

---

<sup>305</sup> vgl. hierzu BGH, NJW 2003, 3054 f. ; ZMR 2003, 816 f.; andererseits BGH, NJW 1996, 2862 ff. ; vgl. *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummietrecht, § 565 BGB Rz. 18 m.w.N.

<sup>306</sup> vgl. zur Untervermietung von Wohnraum an Arbeitnehmer auch BayObLG, NJW-RR 1996, 76 ff. ; AG Augsburg, ZMR 1999, 176 f.; andererseits LG Hamburg, NJW-RR 1992, 842 ff.

<sup>307</sup> vgl. dazu Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl., Vor § 535 BGB Rz. 57 m.w.N.

chung des BGH<sup>308</sup> zu vergleichbaren Interessen zu sachgerechten Ergebnissen.

## 16.2 Fristgerechte Kündigung

### 16.2.1 Betriebsbedarf

Die typisierten Regeltatbestände des § 573 Abs. 2 BGB zeigen, unter welchen Umständen der Erlangungswunsch des Vermieters Vorrang vor dem Bestandsinteresse des Mieters hat. daraus wird deutlich, welches Gewicht den gegenläufigen Belangen jeweils zukommen soll<sup>309</sup>. Die dabei vom Gesetzgeber gemachten Vorgaben und getroffenen Interessenabwägungen haben die Gerichte zu respektieren. Bei der Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ist es dagegen Aufgabe der Gerichte, festzustellen, ob ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses besteht<sup>310</sup>.

Die Beantwortung der Frage, ob ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses i.S.v. § 573 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt, erfordert eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls<sup>311</sup>. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Vielzahl möglicher Kündigungstatbestände umfasst<sup>312</sup>. Im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der Geschehensabläufe und der auf beiden Seiten zu berücksichtigenden Belange entzieht sich die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen ein berechtigtes Interesse in diesem Sinne gegeben ist, einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung.

Deshalb ist ein Nutzungsbedarf für (frei-)berufliche oder gewerbliche Zwecken in § 573 Abs. 2 BGB aufgeführten Kündigungsgründen generell nicht gleichzusetzen<sup>313</sup>. Eine solche Aussage ist auch dem Rteil vom 26.9.2012<sup>314</sup>

---

<sup>308</sup> BGH v. 30.4.2003 - VIII ZR 162/02, MDR 2003, 1106 = NZM 2003, 759.

<sup>309</sup> BVerfG v. 3.10.1989 - 1 BvR 558/89, BVerfGE 81, 29 (32).

<sup>310</sup> BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410; BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, MDR 2017, 755 = WuM 2017, 333 = GE 2017, 653.

<sup>311</sup> BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 Rz. 10; BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, NJW 2013, 225 Rz. 12; BGH v. 20.7.2016 - VIII ZR 238/15, WuM 2016, 682 Rz. 9.

<sup>312</sup> vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 127/08, NJW 2009, 1808 Rz. 16; BGH v. 20.7.2016 - VIII ZR 238/15, WuM 2016, 682 Rz. 9.

<sup>313</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>314</sup> BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, NJW 2013, 225 Rz. 12.

nicht zu entnehmen. Die verallgemeinerungsfähig gefasste Begründung des Urteils war letztlich dem Umstand geschuldet, dass das Berufungsgericht in jenem Fall nur dem Mieter, nicht aber auch dem Vermieter eine verfassungsrechtlich geschützte Position zugebilligt<sup>315</sup> und das Amtsgericht sogar aus dem Kündigungstatbestand des Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) eine Sperrwirkung für eine auf einen Berufsbedarf gestützte Kündigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB abgeleitet hatte<sup>316</sup>.

Ob ein (frei-)beruflicher oder gewerblicher Bedarf eine Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB rechtfertigt, lässt sich nicht allgemein beantworten<sup>317</sup>.

Dem typisierten Regeltatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist nicht im Wege des Umkehrschlusses zu entnehmen, dass der Gesetzgeber einen (frei-)beruflichen oder gewerblichen Bedarf gerade nicht als Kündigungsgrund anerkennen wollte, so dass insoweit ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen wäre<sup>318</sup>. Der Gesetzgeber hat in § 573 Abs. 1 Satz 1 und § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB die Interessen des Vermieters, denen er eine Anerkennung versagen wollte, ausdrücklich aufgeführt. Zu den aufgezählten Ausschlussgründen (Mieterhöhung, Erzielung höherer Miete durch Neuvermietung als Wohnraum, Veräußerung im Zusammenhang mit einer beabsichtigten oder erfolgten Umwandlung in Wohnungseigentum) gehört eine beabsichtigte Nutzung der Wohnung zu (frei-)beruflichen oder gewerblichen Zwecken aber gerade nicht.

Aus der Konzeption des § 573 BGB lässt sich gerade nicht ableiten, dass eine auf einen (frei-)beruflichen oder gewerblichen Bedarf gestützte Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses von vornherein ausgeschlossen wäre<sup>319</sup>.

---

<sup>315</sup> LG Berlin v. 8.11.2011 - 65 S 475/10, Seite 7, n.v.

<sup>316</sup> AG Charlottenburg v. 8.12.2010 - 212 C 72/10, S. 5, n.v.

<sup>317</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>318</sup> so auch LG Braunschweig v. 28.8.2009 - 6 S 301/09, Info M 2009, 466 = juris Rz. 6; *Lützenkirchen*, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 BGB Rz. 40a; MünchKomm/*Häublein*, 7. Aufl., § 573 BGB Rz. 34 m.w.N.; *Herrlein* in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 573 BGB Rz. 8.

<sup>319</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

Umgekehrt ist es aber auch nicht zulässig, den Berufs- oder Geschäftsbedarf als ungeschriebene weitere Kategorie eines typischerweise anzuerkennenden Vermieterinteresses an der Beendigung eines Wohnraummietverhältnisses zu behandeln<sup>320</sup>. Denn der Gesetzgeber hat eine solche Fallgestaltung gerade nicht als typisierten Regelfall eines berechtigten Interesses an der Beendigung des Mietverhältnisses aufgeführt. Zwar ist der generalklauselartige Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB den in Absatz 2 dieser Vorschrift beispielhaft genannten Kündigungsgründen gleichgewichtig<sup>321</sup>. Daraus folgt aber nicht, dass bestimmte - in § 573 Abs. 2 BGB nicht aufgezählte - Fallgruppen eines Vermieterbedarfs von vornherein ein berechtigtes Interesse an der Kündigung des Mietverhältnisses begründeten. Vielmehr ergibt sich daraus nur, dass es für das Vorliegen eines berechtigten Interesses i.S.v. § 573 Abs. 1 S. 1 BGB allein darauf ankommt, ob das geltend gemachte Interesse ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe<sup>322</sup>.

Die Auslegung und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "berechtigtes Interesse" erfordert damit eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen<sup>323</sup>. Dabei ist zu beachten, dass sowohl die Rechtsposition des Vermieters als auch das vom Vermieter abgeleitete Besitzrecht des Mieters von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt sind<sup>324</sup>.

Auf Seiten des Vermieters ist zu beachten, dass nicht nur dessen Wunsch, die Mietwohnung zu Wohnzwecken zu nutzen, vom Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgewährleistung erfasst ist, sondern auch dessen Absicht, die Wohnung für (frei-)berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten zu ver-

---

<sup>320</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>321</sup> BVerfE 84, 366, 371 f. [zu § 564b BGB aF]; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, aaO Rn.13; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 Rz. 13; BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, NJW 2013, 225 Rz. 13.

<sup>322</sup> BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 m.w.N.

<sup>323</sup> BVerfG 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, (9 ff.); BVerfG 20.5.1999 - 1 BvR 29/99, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG 16.01.2004 - 1 BvR 2285/03, NJW-RR 2004, 440 (441).

<sup>324</sup> BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 (6 ff.); BVerfG v. 28.03.2000 - 1 BvR 1460/99, BVerfG, NJW 2000, 2658 (2659); BVerfG v. 4.4.2011 - 1 BvR 1803/08, NZM 2011, 479 Rz. 29.



wenden<sup>325</sup>. Das grundgesetzlich geschützte Eigentum ist durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet<sup>326</sup>. Seine Nutzung soll es dem Eigentümer ermöglichen, sein Leben nach eigenen, selbstverantwortlich entwickelten Vorstellungen zu gestalten<sup>327</sup>. Das gilt nicht nur für den privaten Bereich des Einzelnen, sondern auch für seine wirtschaftliche Betätigung<sup>328</sup>. Dieses Schutzes begibt sich der Vermieter nicht dadurch, dass er die Wohnung vermietet hat<sup>329</sup>.

Da damit auch eine (frei-)berufliche oder gewerbliche Betätigung in den vermieteten Räumlichkeiten unter den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG fällt, stellt sich die Frage, ob die verfassungsrechtliche Eigentumsverbürgung alleiniger Prüfungsmaßstab für die Grundrechtsposition des Vermieters ist oder ob daneben auch die von Art. 12 Abs. 1 GG erfasste Berufsfreiheit oder jedenfalls das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berührt sind<sup>330</sup>.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch die Freiheit der Berufsausübung<sup>331</sup>. Dazu zählt die gesamte berufliche Tätigkeit, namentlich deren Form, Mittel, Umfang und Inhalt<sup>332</sup>. Auch die regelmäßig nur von Art. 2 Abs. 1 GG erfasste Freiheit zu wirtschaftlicher bzw. unternehmerischer Betätigung<sup>333</sup> kann dem Schutz von Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen<sup>334</sup>. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG liegt aber in sämtlich genannten Fällen nur dann vor, wenn die in

---

<sup>325</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>326</sup> st. Rspr.; vgl. etwa BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 308/88, BVerfGE 79, 292 (303 f.); BVerfGE 100, 226 (241); BVerfGE 102, 1 (15); jeweils m.w.N.

<sup>327</sup> BVerfG v. 7.12.1977 - 1 BvR 723/77, BVerfGE 46, 325 (334); BVerfGE 79, 292 (303); BVerfG v. 4.6.1998 - 1 BvR 1575/94, NJW 1998, 2662.

<sup>328</sup> BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289) ["Grundlage privater und unternehmerischer Initiative"]; BVerfG, NJW 1998, 2662 ["wirtschaftliche Betätigung"].

<sup>329</sup> vgl. BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289).

<sup>330</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>331</sup> BVerfGE 138, 261, Rz. 52; BVerfG v. 29.06.2016 - 1 BvR 1015/15, NJW-RR 2016, 1349 Rz. 49.

<sup>332</sup> Gaier in Gaier/Wolf/Göcken, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl., Art. 12 GG Rz. 21 m.w.N.; Jarass/Piero, *GG*, 14. Aufl., Art. 12 Rz. 10 m.w.N.; Hergenröder in Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht*, 7. Aufl., Art. 12 GG Rz. 14.

<sup>333</sup> vgl. BVerfG v. 8.4.1997 - 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267 (303 f.); BVerfGE 97, 169 (176); BVerfGE 12, 308 (327); BVerfG, GRUR 2001, 266; jeweils m.w.N.

<sup>334</sup> BVerfGK 12, 308 (327 f.) m.w.N.; BVerfG, GRUR 2011, aaO; vgl. auch BVerfG 17.02.1998 - 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228 (254).

Frage stehende gesetzliche Regelung sich unmittelbar auf die Berufsausübung bezieht oder zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist<sup>335</sup>. Deswegen kann Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich auch dann berührt sein, wenn eine nicht unmittelbar auf die Berufsfreiheit abzielende Vorschrift oder Maßnahme in ihren tatsächlichen Auswirkungen geeignet ist, diese zu beeinträchtigen<sup>336</sup>. Erforderlich ist dabei jedoch, dass die Berufstätigkeit zumindest nennenswert erschwert wird<sup>337</sup>. Letzteres ist bei § 573 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Kündigung von vermieteten Wohnräumen, die der Vermieter für seine (frei-)berufliche oder gewerbliche Tätigkeit beansprucht, vom Vorliegen eines berechtigten Interesses und damit von einer Einzelfallabwägung abhängig macht, nicht von vornherein auszuschließen<sup>338</sup>. Denn die darin liegende Einschränkung der freien Verwendungsfähigkeit der vermieteten Räumlichkeiten kann die (frei-)berufliche oder wirtschaftliche Betätigung von Vermietern, die - etwa im Existenzgründerstadium oder wegen mangelnder Finanzkraft - auf die Nutzung dieser Räume angewiesen sind, deutlich erschweren. Falls man § 573 Abs. 1 S. 1 BGB gleichwohl eine objektiv berufsregelnde Tendenz absprechen wollte, wäre jedenfalls der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Ausgestaltung als wirtschaftliche Betätigungsfreiheit eröffnet<sup>339</sup>.

Daraus folgt aber - anders als dies in den bereits angeführten Senatsentscheidungen vom 5. Oktober 2005<sup>340</sup> und vom 26.9.2012<sup>341</sup> zum Ausdruck kommt - nicht, dass eine dem Vermieter verwehrt Befugnis, eine zu Wohnzwecken vermietete Wohnung zu (frei-)beruflichen oder gewerblichen Zwecken zu nutzen, neben dem Maßstab von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich auch an den Grundrechtsverbürgungen des Art. 12 Abs. 1 GG oder des Art. 2 Abs. 1 GG zu messen wäre<sup>342</sup>. Soweit in den Entscheidungen demgegenüber Art. 12 Abs. 1 GG als (allein) maßgeblicher Prüfungsmaßstab herangezogen wurde,

---

<sup>335</sup> BVerfG v. 8.4.1997 - 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267 (302); BVerfGE 97, 228 (253 f.); BVerfGE 113, 29 (48); BVerfG v. 22.3.2012 - 1 BvR 3169/11, BVerfG, NJW-RR 2012, 1071 (1072).

<sup>336</sup> BVerfGE 81, 108 (121 f.); BVerfGE 110, 226 (254) m.w.N.; BVerfGE 110, 370 (393).

<sup>337</sup> BVerfGE 81, 108 (122); BVerfGE 110, 370 (393 f.).

<sup>338</sup> so aber im Ergebnis *Schmidt*, NZM 2014, 609 (614); NK-BGB/*Hinz*, 3. Aufl. § 573 BGB Rz. 94.

<sup>339</sup> vgl. BVerfGE 37, 1 (18); BVerfGE 113, 29 (49); BVerfGE 125, 104 (133).

<sup>340</sup> BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 127/05, NZM 2005, 943.

<sup>341</sup> BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, NJW 2013, 225.

<sup>342</sup> BGH v. 29.03.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

hält der Senat hieran nicht fest. Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG verdrängt als speziellere Regelung i.d.R. auch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG<sup>343</sup>.

Auf Seiten des Mieters ist zu beachten, dass auch dessen Besitzrecht an der vermieteten Wohnung Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist<sup>344</sup>. Die Wohnung ist für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz. Der Einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen (BVerfGE 89, 1, 6 [BVerfG 26.05.1993 - 1 BvR 208/93] ).

Im Falle der Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses geraten damit zwei widerstreitende verfassungsrechtliche Eigentumsverbürgungen in Konflikt. Dieser ist unter Beachtung der Vorgaben des Gesetzgebers sowie unter Gewichtung und unter Abwägung des betroffenen Erlangungsinteresses des Vermieters und des Bestandsinteresses des Mieters im konkreten Einzelfall zu lösen<sup>345</sup>.

Bei der Auslegung und Anwendung des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Gerichte gehalten, die durch die Eigentumsgarantie (jeweils) gezogenen Grenzen zu beachten und die im Gesetz aufgrund verfassungsmäßiger Grundlage zum Ausdruck kommende Interessenabwägung in einer Weise nachzuvollziehen, die den beiderseitigen Eigentumsschutz beachtet und unverhältnismäßige Eigentumseinschränkungen vermeidet<sup>346</sup>. Allgemein verbindliche Betrachtungen verbieten sich dabei. Allerdings geben die typisierten Regeltatbestände des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Eigenbedarf) und Nr. 3 BGB (wirtschaftliche Verwertung) einen ersten Anhalt für eine Interessenbewertung und -abwägung<sup>347</sup>.

---

<sup>343</sup> BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 308/88, BVerfGE 79, 292 (304).

<sup>344</sup> BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 (6 ff.); BVerfG v. 20.5.1999 - 1 BvR 29/99, BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG 28.03.2000 - 1 BvR 1460/99, NJW 2000, 2658 (2659); BVerfG v. 7.5.2001 - 2 BvR 188/01, WuM 2001, 330; BVerfG v. 16.1.2004 - 1 BvR 2285/03, NJW-RR 2004, 440 (441); BVerfG v. 18.4.2006 - 1 BvR 31/06, NJW 2006, 2033; BVerfG v. 4.4.2011 - 1 BvR 1803/08, NZM 2011, 479 Rz. 29.

<sup>345</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>346</sup> vgl. BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 (9).

<sup>347</sup> im Ansatz ähnlich Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 573 BGB Rz. 188 a.E.

Will der Vermieter die Wohnung (aus nachvollziehbaren und vernünftigen Gründen<sup>348</sup> selbst zu Wohnzwecken nutzen oder sie hierfür dem im Gesetz genannten Kreis von Angehörigen zur Verfügung stellen (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB), reicht bereits ein ernsthafter Nutzungsentschluss für ein vorrangiges Erlangungsinteresse des Vermieters aus<sup>349</sup>. Bei einer Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist dagegen auf Seiten des Vermieters ein Interesse mit geringerem personalen Bezug betroffen als bei einer Eigenbedarfskündigung<sup>350</sup>.

Das Gesetz gibt dem (von vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen getragenen<sup>351</sup> wirtschaftlichen Verwertungsinteresse des Vermieters deshalb nur dann den Vorrang, wenn diesem bei Fortsetzung des Wohnraummietverhältnisses erhebliche Nachteile entstünden<sup>352</sup>, wobei jedoch nicht gefordert werden darf, dass die dem Vermieter entstehenden Einbußen einen Umfang annehmen, welcher die Nachteile weit übersteigt, die dem Mieter im Falle des Verlusts der Wohnung erwachsen<sup>353</sup>. Insbesondere darf das Kündigungsrecht des Eigentümers bei einer Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht auf die Fälle andernfalls drohenden Existenzverlustes reduziert oder so restriktiv gehandhabt werden, dass die Verwertung als wirtschaftlich sinnlos erscheint<sup>354</sup>.

Das Interesse des Vermieters, die vermietete Wohnung zu (frei-) beruflichen oder gewerblichen Zwecken selbst zu nutzen, ist von der Interessenlage her zwischen den genannten typisierten Regeltatbeständen anzusiedeln. Anders als bei einer Verwertungskündigung soll die Wohnung bzw. das Grundstück, auf dem die Wohnung gelegen ist, nicht veräußert, für einen Neubau abgerissen oder auf sonstige Weise wirtschaftlich verwertet werden. Entgegen einer in der

---

<sup>348</sup> BGH v. 20.1.1988 - VIII ARZ 4/87, BGHZ 103, 91 (100); BVerfG v. 26.9.2001 - 1 BvR 1185/01, WuM 2002, 21.

<sup>349</sup> vgl. BVerfG v. 3.10.1989 - 1 BvR 558/89, BVerfGE 81, 29 (32).

<sup>350</sup> BVerfG v. 14.02.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289).

<sup>351</sup> vgl. hierzu BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 (293) m.w.N.; BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, NJW 2011, 1135 Rz. 17.

<sup>352</sup> BVerfG v. 3.10.1989 - 1 BvR 558/89, BVerfGE 81, 29 (33).

<sup>353</sup> BVerfG v. 14.02.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (290); BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 14

<sup>354</sup> vgl. hierzu BVerfG 14.02.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (290); 84, 382, 385; BVerfG v. 20.9.1991 - 1 BvR 539/91, NJW 1991, 3270 (3271).]

früheren Instanzrechtsprechung<sup>355</sup> und von einzelnen Stimmen im Schrifttum vertretenen Ansicht<sup>356</sup> stellt die Eigennutzung der vermieteten Wohnräume zu (frei-) beruflichen oder gewerblichen Zwecken keine wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks oder der Wohnung im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB dar, denn es geht dabei nicht um die Ertragskraft der Mieträume oder des Grundstücks, sondern um die Ermöglichung einer unter Einsatz dieses „Sachmittels“ ausgeübten (frei-)beruflichen oder gewerblichen Betätigung<sup>357</sup>.

In Anbetracht dessen, dass der Vermieter die vermieteten Räume nicht auf ihre wirtschaftliche Ertragskraft (Realisierung des ihnen innewohnenden Werts) reduzieren, sondern sie zur Eigennutzung verwenden will, ist in solchen Fällen ein etwas größerer personaler Bezug als bei der Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB gegeben. Der persönliche Bezug bleibt aber, da die Wohnräume nicht (überwiegend) zu Wohnzwecken, sondern für eine gewerbliche oder (frei-)berufliche Tätigkeit genutzt werden sollen, hinter dem personalen Bezug des Kündigungstatbestands des Eigenbedarfs ( § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ) zurück. Daraus lässt sich ableiten, dass einerseits dem ernsthaften, von nachvollziehbaren und vernünftigen Gründen getragenen Nutzungswunsch des Vermieters - anders als bei der Kündigung wegen Eigenbedarfs - nicht schon von vornherein der Vorzug zu geben ist, dass aber andererseits für eine berechnete Kündigung des Vermieters wegen einer geplanten (frei-)beruflichen oder gewerblichen Eigennutzung keine höheren, vielmehr sogar eher etwas geringere Anforderungen als bei einer Verwertungskündigung zu stellen sind<sup>358</sup>.

Letztlich hängt es von den konkreten Einzelfallumständen ab, ob eine Nutzung der Wohnräume durch den Vermieter zu (frei-)beruflichen oder gewerblichen Zwecken eher in die Nähe des Tatbestands der Eigenbedarfskündigung ( § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ) zu rücken ist oder mehr Gemeinsamkeiten mit der Verwertungskündigung ( § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB ) aufweist. Auch insoweit verbietet sich eine Festlegung allgemein verbindlicher Grundsätze. Es lassen sich lediglich anhand bestimmter Fallgruppen grobe Leitlinien bilden.

---

<sup>355</sup> vgl. etwa LG Berlin v. 9.4.1992 - 62 S 31/92, NJW-RR 1992, 1231.

<sup>356</sup> *Wiek*, WuM 2013, 271 (273); Schmidt-Futterer/*Blank*, 12. Aufl., § 573 BGB Rz. 204.

<sup>357</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>358</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

So weist etwa der ernsthafte, auf nachvollziehbare und vernünftige Gründe gestützte Entschluss des Vermieters, die Mietwohnung nicht nur zu Wohnzwecken zu beziehen, sondern dort zugleich überwiegend (im Falle einer untergeordneten geschäftlichen Mitnutzung dürfte bereits der Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB greifen<sup>359</sup>) einer (frei-)beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit nachzugehen, eine größere Nähe zum Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB als zum Tatbestand der Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf<sup>360</sup>. Denn in solchen Fallgestaltungen macht der Vermieter nicht nur von seiner durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ebenfalls geschützten Rechtsposition Gebrauch, sein Wohnungseigentum zu eigenen geschäftlichen Zwecken zu nutzen<sup>361</sup>, sondern er will in der Mietwohnung auch einen persönlichen Lebensmittelpunkt begründen.

Da allerdings ein Tatbestandsmerkmal des typisierten Regeltatbestands des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB fehlt, nämlich eine alleinige oder zumindest überwiegende Nutzung zu Wohnzwecken, ist zusätzlich zu den für eine Eigenbedarfskündigung genügenden Voraussetzungen ein weiterer Gesichtspunkt zu fordern, der für das Erlangungsinteresse des Vermieters spricht<sup>362</sup>. Im Hinblick auf die bei der beschriebenen Fallgestaltung gegebene deutliche Nähe zum Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Vorenthaltung der Mieträume für den Vermieter einen gewichtigen Nachteil begründet; vielmehr genügt bereits ein beachtenswerter Nachteil. Daher ist dem Erlangungsinteresse des Vermieters in solchen Fällen regelmäßig der Vorzug vor dem Bestandsinteresse des Mieters zu geben, wenn der ernsthaft verfolgte Nutzungswunsch von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen ist<sup>363</sup> und dem Vermieter bei einem ihm verwehrten Bezug der Mieträume ein nach den Umständen des Falles aner kennenswerter Nachteil entstünde, was

---

<sup>359</sup> vgl. LG Berlin, GE 1991, 683; Staudinger/Rolls, Neubearb. 2014, § 573 BGB Rz. 96 mwN; NK-BGB/Hinz, NK-BGB/Hinz, 3. Aufl. § 573 BGB Rz. 94; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 573 BGB Rz. 44 mwN; Schmidt-Futterer/Blank, 12. Aufl. § 573 BGB Rz. 59 unter ee.

<sup>360</sup> so auch Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 289.

<sup>361</sup> vgl. BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289).

<sup>362</sup> Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 BGB Rz. 40a; MünchKomm/Häublein, 7. Aufl., § 573 BGB Rz. 34; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 288; Häublein, WuM 2014, 635 (636) m.w.N.; Wiek, WuM 2013, 271 (274); Schmidt, NZM 2014, 609 (617).

<sup>363</sup> BGH v. 29.03.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

bei einer auf nachvollziehbaren und vernünftigen Erwägungen beruhenden Lebens- und Berufsplanung des Vermieters aufgrund lebensnaher Betrachtung häufig der Fall sein dürfte. Höhere Anforderungen werden allerdings dann zu stellen sein, wenn die Nutzung zu Wohnzwecken einen völlig untergeordneten Raum einnimmt, was wiederum von den Umständen des Einzelfalls abhängt<sup>364</sup>.

Der oben beschriebenen Fallgruppe vergleichbar sind die Fälle, in denen eine gemischte Nutzung überwiegend zur Ausübung einer geschäftlichen Tätigkeit und daneben auch zu Wohnzwecken nicht durch den Vermieter selbst, sondern durch seinen Ehegatten oder seinen Lebenspartner erfolgen soll<sup>365</sup>. Denn die verfassungsrechtlich verbürgte Privatnützigkeit des Eigentums, wonach es dem Eigentümer ermöglicht werden soll, sein Leben nach eigenen, selbstverantwortlich entwickelten Vorstellungen zu gestalten<sup>366</sup>, ist - wie der Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zeigt - nicht auf die Person des Vermieters beschränkt, sondern umfasst auch nahe Angehörige. In den Fällen, in denen keine reine Wohnnutzung, sondern vorrangig eine (frei-)berufliche oder gewerbliche Nutzung angestrebt ist, ist zwar eine Ausdehnung der Nutzungsberechtigten auf den in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB beschriebenen Kreis privilegierten Dritter im Hinblick auf die Bedeutung des Wohnraums für den Mieter nicht gerechtfertigt. Jedoch hat zumindest im Falle einer ehelichen Lebensgemeinschaft oder einer (eingetragenen) Lebenspartnerschaft eine Ausnahme zu gelten<sup>367</sup>. Denn Ehegatten und Lebenspartner sind einander zur gegenseitigen Unterstützung, auch bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit (vgl. §§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 1356 Abs. 2 BGB, 2 LPartG), sowie dazu verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die eheliche oder partnerschaftliche Lebensgemeinschaft angemessen zu unterhalten (§§ 1360 BGB; 5 LPartG).

Dagegen weisen die Fälle, in denen eine vermietete Wohnung ausschließlich zu (frei-)beruflichen oder gewerblichen Zwecken genutzt werden soll, eine größere Nähe zu dem Tatbestand der Verwertungskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 3

---

<sup>364</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>365</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>366</sup> BVerfG v. 7.12.1977 - 1 BvR 723/77, BVerfGE 46, 325 (334); BVerfGE 79, 292 (303 f.).

<sup>367</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

BGB ) auf, weswegen es angesichts des Umstands, dass der Mieter allein aus geschäftlich motivierten Gründen von seinem räumlichen Lebensmittelpunkt verdrängt werden soll, weitere Umstände hinzutreten müssen, um den Vermieterinteressen den Vorzug geben zu können<sup>368</sup>. Dabei begründet - ebenso wenig wie bei der Verwertungskündigung<sup>369</sup> - nicht bereits jeder aus dem Fortbestand des Mietverhältnisses dem Vermieter erwachsende wirtschaftliche Nachteil einen Anspruch des Vermieters auf Räumung der Mietwohnung. Vielmehr muss der Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses für den Vermieter einen Nachteil von einigem Gewicht darstellen, der allerdings nicht unbedingt den Grad von erheblichen Beeinträchtigungen i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erreichen muss<sup>370</sup>.

Solche, vom Vermieter konkret und nachvollziehbar darzulegende (und im Streitfall zu beweisende) Gründe können je nach Fallgestaltung etwa darin bestehen, dass eine Ausübung der geschäftlichen Tätigkeit durch den Vermieter oder seinen Ehegatten/Lebenspartner in anderen (angemieteten oder eigenen) Räumen aufgrund dort zu zahlender hoher Gewerberaummieten oder dort zu tätiger größerer Aufwendungen (etwa Umbaumaßnahmen) nicht rentabel erscheint. Aber auch der auf der konkreten Lebensgestaltung des Vermieters und/oder seines Ehegatten/Lebenspartner beruhende Wunsch, die (frei-)berufliche oder gewerbliche Tätigkeit eng mit dem privaten Lebensbereich zu verbinden und daher eine (frei-)berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in Räumlichkeiten auszuüben, die im selben (oder ggfs. auch in einem nahegelegenen) Anwesen wie die von ihm/ihnen genutzte Wohnung gelegen sind (etwa, weil Kinder oder pflegebedürftige Personen zu betreuen sind<sup>371</sup>, weil gesundheitliche Einschränkungen bestehen<sup>372</sup> oder weil nach dem persönlichen Lebensschnitt des Vermieters und seines Ehegatten/Lebenspartners aus sonstigen Gründen nur ein eng bemessenes Zeitfenster für eine geschäftliche Tätigkeit

---

<sup>368</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>369</sup> vgl. hierzu BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87 BVerfGE 79, 283 (289 f.).

<sup>370</sup> BGH v. 29.03.2017 – VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 = GE 2017, 653; BGH v. 10.5.2017 – VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410.

<sup>371</sup> vgl. auch Häublein, WuM 2014, 635 (639).

<sup>372</sup> ähnlich Wiek, WuM 2013, 271 (276).



zur Verfügung steht), kann ggfs. dazu führen, dass dem Erlangungsinteresse des Vermieters der Vorrang vor dem Bestandsinteresse des Mieters gebührt<sup>373</sup>.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist allerdings im Hinblick auf die vom Gesetzgeber zum Schutz des Mieters eigens geschaffene Härteregelung des § 574 BGB zu beachten, dass die besonderen Belange des Mieters im Einzelfall (individuelle Härte) erst auf Widerspruch des Mieters und nicht schon bei der Abwägung der gegenseitigen Belange im Rahmen der Beurteilung, ob ein berechtigtes Interesse für die Kündigung vorliegt, zu berücksichtigen sind. Bei der nach § 573 Abs. 1 S. 1 BGB gebotenen Interessenabwägung der widerstreitenden Belange sind daher auf Seiten des Mieters - anders als bei den Vermieterinteressen, die vollständig einzufließen haben - (nur) die unabhängig von seiner konkreten Situation bestehenden Belange in die Abwägung einzustellen, also das generell bestehende Interesse, die Wohnung und damit den Lebensmittelpunkt nicht zu verlieren und nicht mit den unbeträchtlichen Kosten und anderen erheblichen Unzuträglichkeiten belastet zu werden, die ein Wohnungswechsel in der Regel mit sich bringt<sup>374</sup>. Im Falle eines Widerspruchs des Mieters gegen die Kündigung hat daran anschließend eine weitere, nun auch die individuelle Situation des Mieters einbeziehende, umfassende Abwägung der im Einzelfall gegebenen beiderseitigen Interessen stattzufinden.

### 16.3 Anbieten der eigenen Wohnung?

Die Anbietspflicht jedenfalls endet mit Ablauf der Kündigungsfrist und der damit eintretenden Beendigung des Mietverhältnisses<sup>375</sup>.

Danach ist der Vermieter aufgrund des Gebotes der Rücksichtnahme auch nicht gehalten, die eigene, bisher von ihm selbst bewohnte Wohnung anzubieten, die denkbare Zeit erst frei wird, wenn der Vermieter nach dem Auszug des Mieters in die gekündigte Wohnung eingezogen ist<sup>376</sup>. Die Ansicht, der Vermieter müsse sich auf einen "fliegenden Wohnungswechsel" mit dem Mieter einlassen, beruht auf einer einseitig an den Interessen des Mieters ausgerichtete-

---

<sup>373</sup> vgl. auch *Blank*, WuM 2013, 47 (49).

<sup>374</sup> vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 7; BVerfGE 68, 361 (370).

<sup>375</sup> BGH v. 9.7.2003 - VIII ZR 311/02, NJW 2003, 2604 unter II 2; BGH v. 4.6.2008 - VIII ZR 292/07, NJW 2009, 1141 Rz. 12 f.; BGH v. 21.12.2011 - VIII ZR 166/11, WuM 2012, 160 Rz. 24.

<sup>376</sup> BGH v. 19.7.2017 - VIII ZR 284/16, WuM 2017, 537 = GE 2017, 1016.

ten, den Charakter von Rücksichtnahmepflichten jedoch grundlegend verken-  
nenden Bewertung. Entsprechendes gilt ungeachtet der weiteren Frage, ob un-  
ter bestimmten Voraussetzungen die Initiative nicht eher sogar von dem Mieter  
ausgehen müsste, für die Auffassung, der Vermieter habe dem Mieter auch ei-  
ne Wohnung anzubieten, die - wie im Streitfall - bei einer für die Annahme von  
Pflichtverletzungen gebotenen objektiven Betrachtung nach Größe, Zuschnitt  
und Lage als mit der bisherigen Wohnung nicht mehr ernsthaft vergleichbar an-  
gesehen werden kann.

## **16.4 außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist**

### **16.5 § 57a ZVG**

Nach § 57a ZVG ist der Ersteher berechtigt, ein Mietverhältnis unter Einhaltung  
der gesetzlichen Frist zu kündigen, wobei die Kündigung ausgeschlossen ist,  
wenn sie nicht für den ersten gesetzlichen Termin erfolgt, für den sie zulässig  
ist. Erster zulässiger Termin ist derjenige, für den die Kündigung dem Ersteher  
ohne schuldhaftes Zögern - tatsächlich - möglich ist<sup>377</sup>. Hieran dürfen keine  
überspannten Anforderungen gestellt werden, insbesondere muss dem Ersteher  
eine gewisse Zeit für die Prüfung der Sach- und Rechtslage zugestanden  
werden<sup>378</sup>.

Die einzuräumende Prüfungsfrist beginnt dabei grundsätzlich mit dem Wirk-  
samwerden des Zuschlags in der Zwangsversteigerung, mithin gemäß § 89  
ZVG mit der Verkündung des Zuschlagsbeschlusses, es sei denn, der Ersteher  
erlangt erst später Kenntnis von dem Bestehen des Mietvertrags<sup>379</sup>.

Der Zeitpunkt der Verkündung des Zuschlags ist für die Bestimmung des ersten  
zulässigen Kündigungstermins i.S.d. § 57a ZVG auch dann maßgeblich, wenn  
neben der Zwangsversteigerung die Zwangsverwaltung angeordnet ist<sup>380</sup>. Der  
Argumentation, die Ausübung des Sonderkündigungsrechts sei dem Ersteher  
vor der Aufhebung der Zwangsverwaltung durch Gerichtsbeschluss rechtlich

---

<sup>377</sup> OLG Frankfurt v. 19.6.2009 - 2 U 303/08, juris Rz. 43; OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 -10 U  
66/02, juris Rz. 3; OLG Oldenburg v. 17.12.2001 - 11 U 63/01, juris Rz. 25; Stöber, 21. Aufl.  
2016, § 57a ZVG Rz. 5.

<sup>378</sup> OLG Frankfurt v. 19.6.2009 - 2 U 303/08, juris Rz. 43; OLG Oldenburg v. 17.12.2001 - 11 U  
63/01, juris Rz. 26 - regelmäßig bis zu einer Woche.

<sup>379</sup> Stöber, 21. Aufl. 2016, § 57a ZVG Rz. 5.3 m.w.N.

<sup>380</sup> OLG Frankfurt v. 4.11.2016 – 13 U 11/16, GE 2017, 589 = juris Rz. 48 m.w.N.

unmöglich, weil die Verwaltungsbefugnis bis zu diesem Zeitpunkt noch dem Zwangsverwalter zustehe, vermag der Senat nicht zu folgen.

Richtig ist allerdings, dass die Zwangsverwaltung nicht ipso iure mit der Verkündung des Zuschlagsbeschlusses endet<sup>381</sup>. Vielmehr ist für die Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens gemäß § 161 Abs. 1 ZVG ein Gerichtsbeschluss erforderlich<sup>382</sup>, der regelmäßig erst nach Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses ergehen soll<sup>383</sup>. Die damit über den Zeitpunkt der Verkündung des Zuschlagsbeschlusses fortbestehende Zwangsverwaltung hat jedoch weder zur Folge, dass das Sonderkündigungsrecht gemäß § 57a ZVG dem Zwangsverwalter zusteht, noch dass dieses von dem Ersteher erst nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung ausgeübt werden kann<sup>384</sup>.

Dass das Sonderkündigungsrecht grundsätzlich dem Ersteher zusteht, ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut. Freilich regelt § 57a ZVG nicht ausdrücklich den Fall, dass neben dem Zwangsversteigerungsverfahren auch eine Zwangsverwaltung angeordnet ist. Eine ausschließliche Zuweisung des Sonderkündigungsrechts an die Person des Erstehers bei angeordneter Zwangsverwaltung entspricht allerdings auch der Systematik des ZVG. Denn der Zwangsverwalter leitet seine Befugnisse vom Schuldner ab: Er übt gemäß § 152 Abs. 1 ZVG das dem Schuldner gemäß § 148 Abs. 2 ZVG entzogene Recht zur Verwaltung und Benutzung des Grundstücks aus<sup>385</sup>. Dies hat zur Folge, dass der Zwangsverwalter nicht mehr Rechte haben kann als der Schuldner<sup>386</sup>, der zweifellos kein Sonderkündigungsrecht geltend machen kann. Sinn und Zweck des Sonderkündigungsrechts ist es schließlich, den Erwerb in der Zwangsversteigerung attraktiver zu machen, um im Interesse der Gläubiger einen möglichst hohen Erlös zu erzielen<sup>387</sup>. Dogmatisch ist das Sonderkündigungsrecht des § 57a ZVG als gesetzliche Versteigerungsbedingung einzuordnen, die Bestandteil der staatlichen Eigentumsverleihung an den Ersteher durch

---

<sup>381</sup> Stöber, 21. Aufl. 2016, § 161 ZVG Rz. 3.11.

<sup>382</sup> vgl. § 12 Abs. 1 Satz 2 ZwVwV, BGH v. 11.8.2010 - XII ZR 181/08, juris Rz. 14; *Knees*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 7. Aufl. 2013, XIV.

<sup>383</sup> *Haarmeyer-Wutzkel/Förster/Hintzen*, Zwangsverwaltung, § 161 ZVG, Rz. 17; *Knees*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 7. Aufl. 2014, XIV.

<sup>384</sup> OLG Frankfurt v. 4.11.2016 – 13 U 11/16, GE 2017, 589 = juris Rz. 49 m.w.N.

<sup>385</sup> Stöber, 21. Aufl. 2016, § 148 ZVG Rz. 3.1.

<sup>386</sup> Schmidberger/Traub, ZfIR 2012, 805 (806).

<sup>387</sup> vgl. KG Berlin v. 8.11.2010 - 8 U 43/10, juris Rz. 6.

Zuschlag ist. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes überlagern insofern die Vorschriften des Zivilrechts<sup>388</sup>.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass in Rechtsprechung und Literatur zu Recht die Ansicht vertreten wird, im Fall der Anordnung einer Sicherungsverwaltung gemäß § 94 ZPO stehe - nach interner Abstimmung mit dem Ersteher - die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gemäß § 57 a ZVG dem Sicherungsverwalter zu<sup>389</sup>. Vielmehr bestätigt diese Ansicht sogar den vorstehenden dogmatischen Befund<sup>390</sup>. Denn im Rahmen des § 94 ZPO ist die Sicherungsverwaltung nach der Zuschlagserteilung gerade gegenüber dem Ersteher angeordnet, was zweifellos zur Folge hat, dass auf den Sicherungsverwalter Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse des Erstehers einschließlich des Sonderkündigungsrechts nach § 57 a ZVG übergehen.

Einer Ausübung des hiernach dem Ersteher zustehenden Sonderkündigungsrechts des § 57 a ZVG in dem Zeitraum unmittelbar nach Verkündung des Zuschlagsbeschlusses steht auch nicht die fortbestehende Zwangsverwaltung - namentlich die Verwaltungsbefugnisse des Zwangsverwalters - entgegen<sup>391</sup>.

Zu berücksichtigen ist insofern, dass der Ersteher mit der Verkündung des Zuschlagsbeschlusses nach der gesetzlichen Regelung des § 90 Abs. 1 ZVG (Voll)Eigentum am Grundstück erwirbt. Der Zuschlag ist dabei öffentlich-rechtlicher Eigentumsübertragungsakt, mit dem der Ersteher originär - und nicht als Rechtsnachfolger des Schuldners - Eigentum erwirbt<sup>392</sup>. Mit dem Zuschlag geht die Gefahr des zufälligen Untergangs des Grundstücks auf den Ersteher über, ihm stehen die Nutzungen zu und er hat die Lasten zu tragen (§ 56 ZVG). Der Bestand des Eigentumsübergangs wird durch § 90 Abs. 1 ZVG allerdings an den Bestand des Zuschlagsbeschlusses gebunden: Wird dieser im Beschwerdeverfahren rechtskräftig aufgehoben, fällt das Eigentum des Erstehers ex tunc weg<sup>393</sup>. Hierbei handelt es sich nach allgemeiner Meinung nicht um eine

---

<sup>388</sup> BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, juris Rz. 14; BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 83/08, juris Rz. 16 f.; KG Berlin v. 8.11.2010, 8 U 43/10, juris Rz. 6.

<sup>389</sup> OLG Hamm v. 07.10.2010 - 18 U 60/09, juris Rz. 46; OLG Düsseldorf v. 21.3.1997 - 22 U 235/96, juris Rz. 13 f.; Stöber, 21. Aufl. 2016, § 94 ZVG Rz. 3.4.

<sup>390</sup> OLG Frankfurt v. 4.11.2016 - 13 U 11/16, GE 2017, 589 = juris Rz. 51.

<sup>391</sup> OLG Frankfurt v. 4.11.2016 - 13 U 11/16, GE 2017, 589 = juris Rz. 52.

<sup>392</sup> Stöber, 21. Aufl. 2016, § 90 ZVG Rz. 2.

<sup>393</sup> RGZ 171, 120 (121).

aufschiebende oder auflösende Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. BGB, sondern um eine "Gesetzesbindung" bzw. "Rechtsbedingung" des erworbenen Eigentums, mit der Folge, dass die zwischenzeitlich vom Ersteher vorgenommenen Verfügungen und Verwaltungshandlungen wirksam bleiben<sup>394</sup>.

Mit dem Eigentumserwerb kraft Zuschlags erwirbt der Ersteher gemäß § 57 ZVG i.V.m. § 566 BGB auch die Vermieterstellung, wenn das versteigerte Grundstück vermietet war. Dabei ist der Ersteher durch die Bindung seiner Rechtsposition an den Bestand des Zuschlagsbeschlusses (§ 90 Abs. 1 ZVG) ebenso wenig in der Ausübung seiner Vermieterrechte eingeschränkt wie dies im Hinblick auf seine Befugnisse als Eigentümer der Fall ist.

Diese Befugnisse des Erstehers als Eigentümer und Vermieter werden nun nicht dadurch beschränkt, dass neben dem Zwangsversteigerungsverfahren auch ein Zwangsverwaltungsverfahren angeordnet war<sup>395</sup>. Denn allein demjenigen, der im Titel oder in der Klausel als Vollstreckungsschuldner namentlich benannt ist, werden gemäß § 148 Abs. 2 ZVG Verwaltung und Benutzung durch die Beschlagnahme des Grundstücks entzogen<sup>396</sup>. Das Zwangsverwaltungsverfahren läuft aber gerade nicht gegenüber dem Ersteher, es kann auch nicht auf der Grundlage des gegenüber dem Schuldner ergangenen Vollstreckungstitels gegen den Ersteher fortgesetzt werden<sup>397</sup>. Auf die Aufhebung der Zwangsverwaltung durch Gerichtsbeschluss kann es mithin für die Zuweisung von Rechten an den Ersteher nicht ankommen. Maßgeblich ist vielmehr alleine die Änderung der materiell-rechtlichen Situation durch den Zuschlag. Dem Ersteher steht damit bereits ab Verkündung des Zuschlagsbeschlusses das Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG zu.

## **16.6 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund**

### **16.6.1 Berücksichtigung von Härtegründen bei § 543 Abs. 1 BGB**

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls,

---

<sup>394</sup> Stöber, 21. Aufl. 2016, § 90 ZVG Rz. 2.3; Schmidberger, RpfL 2007, 241 (242).

<sup>395</sup> OLG Frankfurt v. 4.11.2016 – 13 U 11/16, GE 2017, 589 = juris Rz. 55.

<sup>396</sup> BGH v. 14.3.2003, IXa ZB 45/03, juris Rz. 10.

<sup>397</sup> Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, 5. Aufl. 2011, § 161 ZVG Rz. 17; Stöber, 21. Aufl. 2016, § 94 ZVG Rz. 3.4; Eickmann, ZfIR 2003, 1021 (1026).

insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Bei den wiederholten und ungewöhnlich groben Beleidigungen, die der Betruer im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis vielfach in E-Mails oder Schreiben an den Vermieter beziehungsweise seinen Verwalter geäußert hat, handelt es sich um schwerwiegende Vertragsverletzungen, die sich der Mieter schon deshalb zurechnen lassen muss, weil er dem Betreuer die Einzimmerwohnung zum selbständigen Gebrauch überlassen hat (§ 540 Abs. 2 BGB)<sup>398</sup>. Im Übrigen sind auch Besucher, die sich im Einverständnis mit dem Mieter in der Wohnung aufhalten, im Hinblick auf die Einhaltung des Hausfriedens als Erfüllungsgehilfen des Mieters anzusehen, deren Verhalten sich dieser mithin nach § 278 BGB zurechnen lassen muss<sup>399</sup>. Nach den Gesamtumständen liegt es zudem auf der Hand, dass der zum gesetzlichen Vertreter (Betreuer) mit dem Aufgabenkreis Wohnungsangelegenheiten, Vermögenssorge und Kontrolle des zwischen dem Mieter und seinem Betreuer abgeschlossenen Pflegevertrages bestellte Rechtsanwalt den Aufenthalt des Betruers in den streitigen Wohnungen, der schon zur Durchführung der Pflege erforderlich ist, billigt. Ungeachtet der persönlichen Schuldlosigkeit des Mieters liegen deshalb schwerwiegende (schuldhaft) Verletzungen des Mietvertrages vor.

Zu den bei der Abwägung zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalls (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB) gehören aber auch die im Hinblick auf die Situation des Mieters vorgebrachten schwerwiegenden persönlichen Härtegründe<sup>400</sup>. Zwar findet die sog. Sozialklausel (§§ 574, 574a BGB), die in Härtefällen eine Fortsetzung des Mietverhältnisses – gegebenenfalls auch zu im Urteil festzusetzenden Bedingungen (§ 574a Abs. 2 BGB) – ermöglicht, gegenüber einer fristlosen Kündigung keine Anwendung (§ 574 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das heißt aber – selbstverständlich – nicht, dass Härtegründe bei der Gesamtabwägung einer nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB erklärten Kündigung außer Be-

---

<sup>398</sup> BGH v. 9.11.2016 – VIII ZR 73/16, WuM 2017, 23.

<sup>399</sup> vgl. *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 4. Aufl., § 540 Rn. 42

<sup>400</sup> BGH v. 9.11.2016 – VIII ZR 73/16, WuM 2017, 23.

tracht zu bleiben hätten oder ausschließlich im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen wären.

§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB schreibt – im Gegensatz zu den in § 543 Abs. 2 BGB geregelten Kündigungsgründen, die eine Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich nicht zulassen<sup>401</sup> – ausdrücklich eine Abwägung der beiderseitigen Interessen der Mietvertragsparteien und eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles bei der Beurteilung der Frage der Unzumutbarkeit einer weiteren Vertragsfortsetzung vor. Die Abwägung auf bestimmte Gesichtspunkte zu beschränken und deren Berücksichtigung ausschließlich in das Vollstreckungsverfahren zu verschieben, verbietet sich mithin bereits aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung<sup>402</sup>.

Die Einbeziehung der schwerwiegenden persönlichen Härtegründe ist zudem auch verfassungsrechtlich aufgrund der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte geboten<sup>403</sup>. Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgt, dass die Gerichte bei drohenden schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Lebensgefahr verfassungsrechtlich gehalten sind, ihre Entscheidung auf eine tragfähige Grundlage zu stellen, Beweisangeboten besonders sorgfältig nachzugehen<sup>404</sup> und diesen Gefahren bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen hinreichend Rechnung zu tragen<sup>405</sup>.

Im Zusammenhang mit § 765a ZPO entspricht es daher ständiger Rechtsprechung des BGH, dass bei der Beurteilung, ob die Zwangsräumung für den Schuldner und ehemaligen Mieter eine sittenwidrige Härte darstellt, das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit maßgeblich berücksichtigt werden muss<sup>406</sup>. In besonders gelagerten Einzelfällen kann in diesen Fallgestaltungen

---

<sup>401</sup> vgl. dazu BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, BGHZ 204, 134 Rz. 21.

<sup>402</sup> BGH v. 8.12.2004 – VIII ZR 218/03, NZM 2005, 300 unter II 3.

<sup>403</sup> BGH v. 9.11.2016 – VIII ZR 73/16, WuM 2017, 23.

<sup>404</sup> BverfG, WPM 2016, 1449 (1450); BverfG, NJW-RR 2014, 584 (585); BverfG, NZM 2005, 657 (658 f.); BverfG, NJW 1991, 3207.

<sup>405</sup> BverfG, NJW 1998, 295, 296; vgl. auch BverfG, NJW-RR 2001, 1523 f.; BGH v. 28.1.2016 – V ZB 115/15, NJW-RR 2016, 336 Rz. 6, 10 ff.

<sup>406</sup> BGH v. 16.6.2016 – I ZB 109/15, WPM 2016, 1606 Rz. 12; BGH v. 4.5.2005 – I ZB 10/05, BGHZ 163, 66 (72); jeweils m.w.N.

gen daher die Vollstreckung sogar für einen längeren Zeitraum und – in absoluten Ausnahmefällen – auf unbestimmte Zeit einzustellen sein<sup>407</sup>.

Ebenso müssen die Grundrechte des Mieters und insbesondere das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bei der Gesamtabwägung nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB berücksichtigt werden. Das kann zur Folge haben was vom Gericht im Einzelfall zu prüfen ist –, dass ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung wegen besonders schwerwiegender persönlicher Härtegründe auf Seiten des Mieters trotz seiner erheblichen Pflichtverletzung nicht vorliegt<sup>408</sup>.

Der Mieter hat insoweit geltend gemacht, dass er auf die Betreuung durch den Betreuer in seiner bisherigen häuslichen Umgebung angewiesen sei und bei einem Wechsel der Betreuungsperson oder einem Umzug schwerwiegendste Gesundheitsschäden zu besorgen seien. Es ist aber jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass dem Vermieter eine Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem hochbetagten Mieter, der sein Leben weitgehend in den streitgegenständlichen, schon von den Eltern des Vermieters angemieteten Wohnungen verbracht hat – trotz der (fast "zwanghaft" anmutenden) Beleidigungen gröbster Natur, zu denen sich der Betreuer – offenbar ohne den geringsten nachvollziehbaren Anlass – immer wieder in Schreiben und E-Mails hinreißen lässt, nicht unzumutbar ist, wenn bei dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wechsels der bisherigen häuslichen Umgebung und Pflegesituation schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen zu besorgen sind.

### **16.6.2 unpünktliche Mietzahlung**

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen, die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

---

<sup>407</sup> st. Rspr.; zuletzt BverfG, WPM 2016, 1449 (1450); BGH v. 4.5.2005 – I ZB 10/05, BGHZ 163, 66 (72); jeweils m.w.N.

<sup>408</sup> BGH v. 8.12.2004 – VIII ZR 218/03, NZM 2005, 300 unter II 4.



Ein Verschulden des Jobcenters bezüglich einer unpünktlichen Mietzahlung ist dem Mieter nicht zuzurechnen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH wird eine Behörde, die im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen erbringt, nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters tätig, wenn sie für ihn die Miete an den Vermieter zahlt<sup>409</sup>. Soweit in der Literatur dazu Kritik geäußert wird<sup>410</sup>, weil die Sozialbehörde Leistungen nur auf Antrag erbringe und somit vom Mieter bei der Mietzahlung gezielt eingeschaltet werde, ändert das nichts daran, dass die Behörde hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, um die Grundsicherung des Hilfebedürftigen zu gewährleisten<sup>411</sup>. Mit dieser Stellung ist die Annahme, die Behörde werde vom Leistungsempfänger als Erfüllungsgehilfe im Rahmen des Mietvertrages über seine Unterkunft eingesetzt, nicht vereinbar<sup>412</sup>. Im Übrigen besteht – auch aus Sicht des Vermieters – ein erheblicher Unterschied, ob unpünktliche Zahlungen (allein) auf dem Verhalten einer Behörde beruhen oder vom Mieter zu vertreten sind. Denn im letzteren Fall liegt auf Seiten des Mieters entweder Nachlässigkeit oder Zahlungsunwilligkeit vor, so dass aus Sicht des Vermieters für die Zukunft Zahlungsausfälle zu besorgen sind, die eine Fortsetzung des Vertrages mit dem unzuverlässigen Mieter unzumutbar erscheinen lassen können. Eine vergleichbare Situation ist hingegen nicht ohne weiteres gegeben, wenn unpünktliche Zahlungen ausschließlich auf einem Verhalten der Behörde beruhen.

Gleichwohl kann sich ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung i.S.d. § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB auch allein aus der in der unpünktlichen Zahlung liegenden objektiven Pflichtverletzung und den für den Vermieter daraus folgenden negativen Auswirkungen ergeben<sup>413</sup>. Denn das Verschulden einer Vertragspartei ist zwar ein in § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich hervorgehobener Umstand ("insbesondere"), dem bei der Gesamtabwägung regelmäßig ein erhebliches Gewicht zukommen wird; es stellt jedoch keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen eines wichtigen Grundes dar. Vielmehr kann die erforderliche Gesamtabwägung auch unabhängig von einem Verschulden des

---

<sup>409</sup> BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 27 ff.; BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, BGHZ 204, 134 Rz. 20.

<sup>410</sup> Lorenz, WuM 2013, 202 (205); Rieble, NJW 2010, 816.

<sup>411</sup> BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

<sup>412</sup> BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, ZMR 2010, 277 = NJW 2009, 3781 Rz. 30.

<sup>413</sup> BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

Mieters an den unpünktlichen Zahlungen zu dessen Lasten ausfallen, etwa weil zahlreiche Verspätungen aufgetreten sind, diese jeweils einen erheblichen Zeitraum und erhebliche Beträge betreffen oder der Vermieter in besonderem Maße auf den pünktlichen Erhalt der Miete angewiesen ist, beispielsweise weil er daraus seinen Lebensunterhalt bestreitet oder hiermit Kredite bedienen muss. Auch kann es für den Vermieter einen unzumutbaren Verwaltungsaufwand bedeuten, wenn die Miete oder Teile davon zu jeweils unterschiedlichen Zeitpunkten eingehen. Zudem kann es eine Rolle spielen, ob das Mietverhältnis abgesehen von den unpünktlichen Zahlungen bisher störungsfrei verlaufen ist oder kurze Zeit vorher bereits eine berechtigte fristlose Kündigung ausgesprochen worden ist, die erst durch eine Zahlung innerhalb der Schonfrist während des Räumungsprozesses unwirksam geworden ist.

Allgemein gültige Grundsätze können insoweit allerdings nicht aufgestellt werden; vielmehr obliegt die erforderliche Gesamtabwägung der tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall, die das Berufungsgericht nicht vorgenommen hat<sup>414</sup>.

Im Übrigen trifft den Mieter an den Verspätungen ein eigenes Verschulden. Denn das Verschulden wird bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung regelmäßig vermutet (Gedanke des § 280 Abs. 1 BGB)<sup>415</sup>. Allein durch den Umstand, dass ein Mieter auf staatliche Transferleistungen angewiesen ist, wird diese Vermutung noch nicht widerlegt. Vielmehr wird der Mieter regelmäßig darlegen und gegebenenfalls auch beweisen müssen, dass er die Leistung rechtzeitig und unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen beantragt und bei etwaigen Zahlungssäumnissen der Behörde bei dieser auf eine pünktliche Zahlung gedrungen und insbesondere auf eine bereits erfolgte Abmahnung des Vermieters und die deshalb drohende Kündigung hingewiesen hat.

### **16.6.3 Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB**

Nach § 543 Abs. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB unter anderem dann vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird; letzteres kommt auch beim Auftreten eines

---

<sup>414</sup> BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

<sup>415</sup> BGH v. 13.4.2016 – VIII ZR 39/15, WuM 2016, 365 Rz. 17.

Mangels in Betracht, der dem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache entgegensteht<sup>416</sup>.

Dabei braucht im vorliegenden Fall nicht im Einzelnen erörtert zu werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen objektbezogene Mängel beim Brandschutz – unabhängig von einem Einschreiten der Ordnungsbehörde – schon deshalb einen Mangel darstellen, weil die Sicherheit der Nutzer des Gebäudes durch sie gefährdet ist<sup>417</sup>. Denn außer reinen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache können jedenfalls auch behördliche Beschränkungen und Gebrauchshindernisse die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, dass sie einen Mangel i.S.v. § 536 BGB begründen. Letztere stellen nach der Rechtsprechung des BGH freilich nur dann einen Mangel dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben.

Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden<sup>418</sup>. Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; 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 können<sup>419</sup>.

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Behörde dem Mieter die Nutzung der Mieträume durch einen sofort vollziehbaren Bescheid untersagt<sup>420</sup>. Damit ist davon auszugehen, dass das behördliche Einschreiten den Mieter in seinem vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigen würde. Der Umstand, dass der Bescheid im Zeitpunkt der Kündigungserklärung noch nicht bestandskräftig ist

---

<sup>416</sup> vgl. BGH v. 20.11.2013 – XII ZR 77/12, NZM 2014, 165 Rz. 18; BGH v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06, ZMR 2008, 274 (275).

<sup>417</sup> BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

<sup>418</sup> vgl. BGH v. 20.11.2013 – XII ZR 77/12, NZM 2014, 165 Rz. 20; BGH v. 16.9.2009 – VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 Rz. 6.

<sup>419</sup> vgl. BGH v. 20.11.2013 – XII ZR 77/12, NZM 2014, 165 Rz. 20.

<sup>420</sup> BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

und die aufschiebende Wirkung eines dagegen gerichteten Widerspruchs durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt werden kann, ist – jedenfalls im vorliegenden Fall - unerheblich<sup>421</sup>. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des BGH, dass es dem Mieter grundsätzlich zugemutet werden kann, behördliche Anordnungen betreffend den Gebrauch der Mietsache auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen<sup>422</sup>. Auf das Risiko eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreits mit ungewissem Ausgang muss sich der Mieter aber jedenfalls dann nicht einlassen, wenn die Behörde bereits eine sofortige Untersagung der Nutzung der Mietsache verfügt hat und der Gegenstand der ordnungsbehördlichen Beanstandungen außerhalb des Einwirkungsbereichs des Mieters liegt<sup>423</sup>.

Auch ist es für die Frage nach der Wirksamkeit der Kündigung unbehelflich, wenn die Behörde in ihrem Bescheid die Anwendung unmittelbaren Zwangs (z.B. in Form einer Versiegelung der Mieträume) zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagungsverfügung erst für einen konkreten Zeitpunkt in der Zukunft androht<sup>424</sup>. Denn das auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB gestützte Kündigungsrecht des Mieters besteht bereits dann, wenn im Zeitpunkt der Kündigungserklärung sicher feststeht, dass dem Mieter der Mietgebrauch nicht gewährt<sup>425</sup> oder wieder entzogen wird<sup>426</sup>. Der Mieter muss daher mit seiner Kündigungserklärung nicht auf den Termin zuwarten, zu dem die Ordnungsbehörde die Ergreifung von Zwangsmitteln zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagung angekündigt hat.

Das Kündigungsrecht ist auch nicht nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. Einer Fristsetzung oder Abmahnung bedarf es nach § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht, wenn eine Fristsetzung oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB) oder die sofortige Kündi-

---

<sup>421</sup> BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

<sup>422</sup> vgl. BGH v. 20.11.2013 – XII ZR 77/12, NZM 2014, 165 Rz. 20; BGH v. 20.1.1971 – VIII ZR 167/69, WM 1971, 531 (532).

<sup>423</sup> BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36; vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 12. Aufl. § 543 BGB Rz. 96; Staudinger/*Emmerich*, [2014], § 536 BGB Rz. 23; vgl. auch LG Mönchengladbach, MDR 1992, 871.

<sup>424</sup> BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

<sup>425</sup> vgl. Bub/*Treier/Grapentin*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., IV Rz. 320; BeckOGK/*Mehle*, [Stand: Juni 2016], § 543 BGB Rz. 80.

<sup>426</sup> BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36; vgl. auch BGH v. 31.10.2012 – XII ZR 126/11, NJW 2013, 223 Rz. 30 f.

gung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB). Jedenfalls unter den letztgenannten Voraussetzungen ist nach den getroffenen Feststellungen eine sofortige Kündigung gerechtfertigt. Die Gebäudeeigentümer hatten eine ihnen von der Bauordnungsbehörde gesetzte Frist zur Herstellung eines brandschutzgerechten Zustands der Außenfassade verstreichen lassen, wodurch sich der Mieter kurz darauf mit einer sofort vollziehbaren Nutzungsuntersagungsverfügung konfrontiert sah. Der Vermieter behauptet selbst nicht, dass eine brandschutzgerechte Sanierung der Außenfassade zu erwarten gewesen wäre, bevor die Bauordnungsbehörde die von ihr angekündigte Versiegelung der Mieträume vorgenommen hätte. Vielmehr beruft er sich ausdrücklich darauf, dass die Ausfertigung eines nicht brennbaren Wärmeverbundsystems "unmöglich" gewesen sei, weil ein in Vermögensverfall geratener Miteigentümer des Gebäudes den auf ihn entfallenden Anteil an den mit rund 120.000 € bezifferten Sanierungskosten nicht habe aufbringen können.

#### **16.6.4 Erlöschen der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB**

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b) BGB liegt ein wichtiger Grund für die Kündigung des Mietverhältnisses insbesondere dann vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht. Diese Voraussetzungen sind bei einer monatlichen Miete von 558,53 € und eines über einen längeren Zeitraum aufgelaufenen Mietrückstands von 1.340,78 € gegeben. Eine nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b) BGB grundsätzlich gerechtfertigte Kündigung wird nur unter bestimmten, vom Gesetz im Einzelnen aufgeführten Voraussetzungen ausgeschlossen ist oder unwirksam.

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ist eine Kündigung nach Satz 1 Nr. 3 ausgeschlossen, wenn der Vermieter vorher - das heißt vor dem Zugang der Kündigung - befriedigt wird. Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB wird die Kündigung unwirksam, wenn sich der Schuldner von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Schließlich wird die Kündigung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch dann unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen

Miete und der fälligen Entschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (sogenannte Schonfristzahlung). Sämtliche genannten Vorschriften setzen allerdings eine vollständige Befriedigung des Vermieters voraus<sup>427</sup>.

Diese Voraussetzungen nicht vor, wenn der Mieter mit Beträgen von 131,40 € und 288,12 € (ihre Wirksamkeit vorausgesetzt) den Mietrückstand von 1.340,78 € vermindert. Denn es verbleibt ein Rückstand in Höhe von 921,26 €, so dass von einer auch nur annähernd vollständigen Befriedigung des Vermieters nach § 543 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB oder gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht die Rede sein kann<sup>428</sup>. Wenn der Mieter zusätzliche Aufrechnungen gegenüber den mit der Kündigung bezeichneten Mietrückständen erst in der drei Monate später erfolgten Klageerwiderung erklärt, erfolgt sie nicht, wie in § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB verlangt, unverzüglich.

#### **16.6.5 Leistungsunfähigkeit und Verzug**

Zur Verantwortlichkeit des Schuldners und damit auch zu der von § 286 Abs. 4 BGB geforderten Zurechnung einer Nichtleistung trotz Fälligkeit sieht § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Eine solche strengere Haftung besteht aber nach allgemeiner Auffassung bei Geldschulden. Danach befreit eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten, um die es hier geht, den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der (rechtzeitigen) Leistung, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht. Vielmehr hat jedermann nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, das § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB genauso zugrunde liegt wie der Vorgängerregelung des § 279 BGB a.F. und das im Übrigen auch aus dem geltenden Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht abzuleiten

---

<sup>427</sup> vgl. BGH v. 14.7.1970 - VIII ZR 12/69, ZMR 1971, 27 unter II 4 [zu § 554 BGB aF als der wortgleichen Vorgängervorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB]; BGH v. 26.7.2004 - VIII ZB 44/03, WuM 2004, 547 unter II. 3 [zur Schonfristzahlung]; OLG Köln, ZMR 1998, 763, 766 [zu § 554 Abs. 1 Satz 3 BGB aF]; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 543 BGB Rz. 63, 66 sowie § 569 BGB Rz. 42.

<sup>428</sup> BGH v. 24.8.2016 - VIII ZR 261/15, WuM 2016, 658 = ZMR 2017, 30 = GE 2016, 1272 = DWW 2016, 330.

ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen<sup>429</sup>.

Dieses Verständnis des Vertretenmüssens im Falle mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit gilt auch für Mietzahlungspflichten und die bei Ausbleiben der Miete bestehenden Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB<sup>430</sup>. Soweit in der Instanzrechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten oder jedenfalls erwogen wird, ein Mieter, der Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle beziehe, genüge seinen Pflichten zur Beschaffung der zur Entrichtung der Miete benötigten Geldmittel bereits dann, wenn er alles ihm Obliegende und Zumutbare getan habe, um die öffentliche Stelle zur pünktlichen Zahlung der für seine Unterkunft geschuldeten Miete zu veranlassen<sup>431</sup>, trifft dies nicht zu.

Zwar braucht sich ein hilfebedürftiger Wohnungsmieter die Säumnis einer öffentlichen Stelle, die die Kosten seiner Unterkunft zu übernehmen hat, nicht gemäß § 278 BGB als eigenes Verschulden zurechnen zu lassen. Denn eine Behörde, die im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen an einen Bürger erbringt, ist hierbei nicht Erfüllungsgehilfe des Mieters zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Vermieter<sup>432</sup>. Das ändert aber nichts daran, dass der Mieter verschuldensunabhängig für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat<sup>433</sup>.

Dementsprechend sind auch die nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB allein auf den Umstand des Zahlungsverzugs abstellenden Kündigungsgründe vom Gesetzgeber so konzipiert worden, dass sie - anders als § 543 Abs. 1, § 573 Abs.

---

<sup>429</sup> BGH v. 28.2.1989 - IX ZR 130/88, BGHZ 107, 92 (102) m.w.N.; BGH v. 11.12.2001 - VI ZR 350/00, WPM 2002, 347 unter II 3 b; BGH v. 15.3.2002 - V ZR 396/00, BGHZ 150, 187 (194); ebenso auch BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

<sup>430</sup> BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d cc; Staudinger/*Emmerich*, , Neubearb. 2014, § 543 BGB Rz. 56a; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rz. 96 f.; *Wiek*, WuM 2010, 204 (205); jeweils m.w.N.

<sup>431</sup> LG Bonn v. 10.11.2011 - 6 T 198/11, MietRB 2012, 65 = juris Rz. 5; LG Bonn v. 6.11.2014 - 6 S 154/14, juris Rz. 15; LG Wiesbaden, WuM 2012, 623 (624); ähnlich LG Berlin, NZM 2013, 121 (122); LG Berlin, WuM 2014, 607.

<sup>432</sup> BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 30.

<sup>433</sup> BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

2 Nr. 1 BGB<sup>434</sup> - eine Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich nicht zulassen<sup>435</sup>. Vielmehr ist danach bei Vorliegen der Tatbestände des § 543 Abs. 2 BGB allein aus diesem Grund eine außerordentliche fristlose Kündigung möglich, ohne dass die in § 543 Abs. 1 BGB genannten Abwägungsvoraussetzungen noch zusätzlich erfüllt sein müssen. Denn nach der Gesetzessystematik und den ihr zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen handelt es sich bei den in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten, die (objektive) Verletzung bestimmter mietrechtlicher (Kardinal-)Pflichten von erheblichem Gewicht betreffenden Kündigungsgründen um gesetzlich typisierte Fälle der Unzumutbarkeit einer weiteren Fortsetzung des Mietverhältnisses. Soweit deren tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt sind, ist danach grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung gegeben<sup>436</sup>.

Gegenläufige Wertungskriterien, die eine abweichende rechtliche Beurteilung der aufgrund mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit des Mieters und seinem Angewiesensein auf öffentliche Sozialleistungen ausgebliebenen Mietzahlungen und einer hierauf gestützten Kündigung tragen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere steht der Umstand, dass der Mieter bei dem für ihn zuständigen Sozialhilfeträger rechtzeitig die Übernahme seiner Wohnungskosten beantragt und dieser die Übernahme zunächst zu Unrecht verweigert hatte, einer Wirksamkeit der Kündigung des Vermieters nicht entgegen<sup>437</sup>.

Der Gesetzgeber, der es seit langem als eine in der Sozialstaatsverpflichtung des Art. 20 Abs. 1 GG angelegte Aufgabe begreift, den vertragstreuen Mieter vor willkürlichen beziehungsweise vor nicht von berechtigten Interessen des Vermieters getragenen Kündigungen und damit dem Verlust seiner Wohnung zu schützen<sup>438</sup>, hat die in Rede stehende Problemlage gesehen, sie jedoch nicht dadurch zu bereinigen versucht, dass er - abweichend von den sonst gel-

---

<sup>434</sup> dazu BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334; BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 26.

<sup>435</sup> BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, WM 1987, 932 unter II 1 c.

<sup>436</sup> vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 15; BGH v. 29.4.2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297 Rz. 16 m.w.N.; BGH v. 26.3.1969 - VIII ZR 76/67, WM 1969, 625 unter IV 3 c.

<sup>437</sup> BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

<sup>438</sup> vgl. nur BT-Drucks. 7/2011, S. 7.



tenden rechtlichen Maßstäben - die Anforderungen an die Leistungspflichten des Mieters und ein Vertretenmüssen von Mietzahlungsrückständen zu Lasten des Vermieters herabgesetzt und dadurch die Kündigungsvoraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB verändert hat. Er hat dem Interesse des durch einen erheblichen Mietrückstand vertragsuntreu gewordenen Mieters an einem Erhalt der gemieteten Wohnung vielmehr dadurch Rechnung getragen, dass er ihm - allerdings vorrangig zum Zwecke der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit - durch § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB die Möglichkeit zur einmaligen Nachholung rückständiger Mietzahlungen innerhalb von zwei Jahren eingeräumt hat, um bei deren Einhaltung eine auf den eingetretenen Mietzahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam werden zu lassen<sup>439</sup>.

Zugleich hat der Gesetzgeber es bei Verfolgung dieses Ziels genügen lassen, dass eine Befriedigung des Vermieters nicht sofort, wie in § 535 Abs. 2, § 556b Abs. 1 BGB vorgesehen, durch Entrichtung der bis dahin fälligen Miete oder Entschädigung, sondern durch Vorlage der entsprechenden Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle erfolgt<sup>440</sup>. Aufgrund der Erkenntnis, dass sich die ursprünglich vorgesehene Nachholungsfrist von einem Monat für die Sozialhilfebehörden häufig als zu kurz erwiesen hat, hat er, um diesen Behörden ein auf die Vermeidung von Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter gerichtetes Tätigwerden zu erleichtern, bei Schaffung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB schließlich die Schonfrist für die Nachholung der Zahlung der rückständigen Miete und der fälligen Nutzungsentschädigung oder der Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung um einen Monat auf zwei Monate verlängert<sup>441</sup>.

Durch diese Sonderregelung<sup>442</sup> hat der Gesetzgeber - allerdings abschließend - im allgemeinen Interesse zugleich auch dem Anliegen eines leistungsunfähigen Mieters, eine auf einen erheblichen Mietzahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nachträglich ungeschehen zu machen und ihm so die

---

<sup>439</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

<sup>440</sup> vgl. bereits BT-Drucks. IV/806, S. 10.

<sup>441</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 64; vgl. dazu auch BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 21.

<sup>442</sup> vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020.

gemietete Wohnung zu erhalten, Rechnung getragen<sup>443</sup>. Die dem Mieter auf diese Weise kraft Gesetzes einmalig eingeräumte Nachfrist zur Beschaffung der zur Mietzahlung erforderlichen Mittel, zumindest aber zur Herbeiführung der erforderlichen Verpflichtungserklärung, kann deshalb nicht dahin erweitert werden, dass über den eindeutigen Gesetzeswortlaut hinaus bereits die Beantragung der zur Erbringung der Mietzahlungen erforderlichen öffentlichen Mittel genügen soll<sup>444</sup>. Denn die damit verbundene Ungewissheit, den Gebrauch der Mietsache weiterhin gewähren zu müssen, ohne als Gegenleistung zumindest die Sicherheit einer Begleichung der bis dahin fälligen Mietrückstände zu haben, hat der Gesetzgeber dem Vermieter über den zweimonatigen Schonfristzeitraum hinaus gerade nicht mehr aufbürden wollen.

#### **16.6.6 Schonfristzahlung und fristgerechte Kündigung**

Wann und unter welchen Umständen der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder der auf Ausnahmefälle beschränkte Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, wenn eine innerhalb der Schonfrist des § 569 BGB erfolgte Begleichung der Mietrückstände erfolgt ist, entzieht sich einer generalisierenden Betrachtungsweise<sup>445</sup>. Dies liefe im praktischen Ergebnis darauf hinaus, die unzulässige analoge Anwendung der Schonfristregelung auf die ordentliche Kündigung doch herbeizuführen. Vielmehr ist die Würdigung, ob angesichts besonderer Umstände des Einzelfalls der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Durchsetzung des Räumungsanspruchs ausnahmsweise entgegensteht, der jeweiligen tatrichterlichen, revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Würdigung im konkreten Einzelfall vorbehalten.

Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann vorliegen, wenn der Mieter sich unmittelbar nach Erhalt der ersten Kündigung um eine Rückführung der Mietrückstände bemüht und erreicht, dass die Rückstände innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums und noch vor Zustellung der Räumungsklage vom Jobcenter beglichen werden<sup>446</sup>. Dies gilt umso mehr, wenn es in der Vergangenheit keine

---

<sup>443</sup> im Ergebnis ebenso Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 554 BGB Rz. 97.

<sup>444</sup> BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

<sup>445</sup> BGH v. 23.2.2016 - VIII ZR 321/14, GE 2016, 453.

<sup>446</sup> BGH v. 23.2.2016 - VIII ZR 321/14, GE 2016, 453.

Zahlungsrückstände gegeben hat und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es in der Zukunft noch einmal zu Zahlungsrückständen kommen wird. Auch kann relevant sein, ob der Mieter in der Vergangenheit sonstige mietvertraglichen Pflichten verletzt oder Anhaltspunkte für künftige (Fehl-) Verhaltensweisen des Mieters vorliegen, die das Vertrauen der Klägerin in eine gedeihliche Fortsetzung des Mietverhältnisses in Frage stellen könnten.

## 16.7 Wegfall der Geschäftsgrundlage

Nach Auffassung des OLG Dresden<sup>447</sup> hat die Möglichkeit der außerordentlichen und fristlosen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, auch eines Mietvertrages, wegen nicht durch Vertragsanpassung korrigierbarer Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3 Satz 2 BGB) neben der Möglichkeit, das Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich und fristlos kündigen zu können (§§ 314, 543, 569 BGB), einen abgrenzbaren Anwendungsbereich, weswegen der erste nicht vom zweiten Kündigungstatbestand verdrängt wird. Dies war im Mietrecht schon vor Inkrafttreten der Mietrechtsreform 2001 anerkannt<sup>448</sup>. Durch das Inkrafttreten der Mietrechtsreform 2001 und der Schuldrechtsreform 2002 hat sich daran nichts geändert. Während die außerordentliche Kündigung des Dauerschuldverhältnisses ein vertragsimmanentes Mittel zur Auflösung der Vertragsbeziehung ist, begründet die Auflösung eines Vertrages wegen Wegfalles bzw. Störung der Geschäftsgrundlage eine außerhalb des Vertrages liegende von vornherein auf besondere Ausnahmefälle beschränkte rechtliche Möglichkeit, sich von den vertraglich übernommenen Pflichten zu lösen<sup>449</sup>.

Die Einstellung des Geschäftsbetriebes des YYY-Marktes im November 2015 hat eine Störung der Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 Abs. 1 BGB bewirkt, denn die Auslegung des Mietvertrages vom 8.3.2007 gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien ergibt, dass dem Mietvertrags-

---

<sup>447</sup> OLG Dresden v. 8.2.2017 – 5 U 1669/16, ZMR 2017, 468 = MDR 2017, 568.

<sup>448</sup> vgl. BGH v. 29.11.1995 - XII ZR 230/94, NJW 1996, 714; OLG München v. 23.06.1999, 3 U 6412/98, NZM 2000, 89

<sup>449</sup> vgl. BGH v. 26.9.1996 - I ZR 265/95, NJW 1997, 1702; BGH v. 9.3.2010 - VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874; speziell zur Anwendbarkeit des § 313 Abs. 3 Satz 2 im Mietrecht: OLG Dresden v. 16.8.2012 - 5 U 1350/11, ZMR 2013, 429; OLG Saarbrücken v. 4.10.2012 - 8 U 391/11, NJW 2012, 3731; OLG Hamm v. 28.6.2011 - 7 U 54/10, DStR 2011, 2314; KG v. 14.7.2014 -

abschluss die gemeinsame Vorstellung der vertragsschließenden Parteien zugrunde lag, dass im Mietobjekt gleichzeitig auf der großen Fläche ein Lebensmittelsupermarkt und auf der kleinen an die Klägerin vermieteten Verkaufsfläche ein Bäckereigeschäft betrieben werden sollte. Der Vermieter weist zwar zutreffend darauf hin, dass im Mietvertrag die Bedeutung gerade der Kombination zwischen Lebensmittelsupermarkt und Bäcker nicht ausdrücklich geregelt ist<sup>450</sup>. Schon die aus der beigefügten Skizze ersichtlichen baulichen Gegebenheiten sprechen aber dafür, dass die erheblich kleinere Verkaufsfläche für den Bäckerladen kombiniert werden sollte mit der erheblich größeren Fläche für den Lebensmittelsupermarkt. Dazu passt die Bezeichnung der Verkaufsstelle in § 1 Nr. 1 des Mietvertrages, wonach es sich um den „Bäcker in der Vorkassenzzone des XXX-Marktes“ handelt. Auch wenn mit dieser Formulierung in erster Linie eine örtliche Bezeichnung des Mietgegenstandes vorgenommen wird, zeigt sie, dass das Gesamtobjekt insgesamt vom XXX-Markt dominiert wird und die Verkaufsstelle für den Bäckereiladen in dessen Vorkassenzzone platziert werden soll. Die Kombination zwischen dem Lebensmittelsupermarkt einerseits und der Verkaufsfläche für den Bäckerladen andererseits wird danach von der Bezeichnung in § 1 Nr. 1 des Mietvertrages vorausgesetzt.

Es entspricht zudem der Erfahrung des Senates als dem speziell für Mietsachen beim Oberlandesgericht zuständigen Spruchkörper, dass gerade in Sachsen regelmäßig Lebensmittelsupermärkte in einer Kombination mit einer Verkaufsstelle für Backwaren sowie eventuell auch für Fleischwaren in denselben oder unmittelbar angrenzenden Räumlichkeiten platziert werden. Auch dies spricht dafür, dass bei entsprechenden baulichen Gegebenheiten - wie auch im vorliegend zu beurteilenden Fall - die Parteien des Mietvertrages übereinstimmend davon ausgehen, dass Grundlage des Mietvertrages eine Kombination des Lebensmittelsupermarktes einerseits und des Bäckereiladens andererseits ist.

---

8 U 140/13, ZMR 2014, 876; vgl. auch *Alberts* in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl., § 543 BGB Rz. 6

<sup>450</sup> OLG Dresden v. 8.2.2017 – 5 U 1669/16, ZMR 2017, 468 = MDR 2017, 568.

## 16.8 gestufte Zwischenvermietung

Zwischen den Parteien wurde unstreitig vereinbart, dass der Mieter im Wege der gewerblichen Zwischenvermietung die Wohnungen zu Wohnzwecken an Dritte untervermieten soll. Soll der Mieter nach dem Mietvertrag den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnzwecken weitervermieten, tritt der Vermieter bei der Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 565 Abs. 1 S. 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zwischen dem Mieter und dem Dritten ein. Voraussetzung ist, dass einerseits der Vermieter an einen gewerblichen Mieter vermietet, der seinerseits eine Untervermietung zu Wohnzwecken vornimmt, die als solche im Hauptmietvertrag vorgesehen sein muss. Dass der Mieter bzw. die Grundbesitzverwaltung R. t. S. gewerbliche Vermieter sind, steht ebenso außer Streit, wie die Vereinbarung, dass die Wohnungen zu Wohnzwecken untervermietet werden sollen. § 565 Abs. 1 BGB findet auch dann Anwendung, wenn eine mehrstufige Zwischenvermietung erfolgt<sup>451</sup>. Ohne die Regelung des § 565 Abs. 1 BGB könnte der Hauptvermieter im Falle der Kündigung des Hauptmietverhältnisses gemäß § 546 Abs. 2 BGB die Herausgabe der Wohnung vom Untermieter verlangen. Durch eine Zwischenvermietung könnte so der soziale Kündigungsschutz des Wohnraummieters umgangen werden<sup>452</sup>. Gesetzgeberisches Ziel des § 565 Abs. 1 BGB und zentrales Motiv bei der Schaffung des § 549a BGB a.F. und seiner Umsetzung in § 565 BGB ist es, den vollen sozialen Mieterschutz des Wohnraummieters zu erhalten<sup>453</sup>. Es soll Rechtsmissbrauch durch die Einschaltung eines Zwischenvermieters verhindert werden<sup>454</sup>. Die Regelung ist von dem durch das BVerfG eingeführten Gedanken getragen, dass nach dem Gleichstellungsgrundsatz des Art. 3 GG der Mieter, der unmittelbar vom Vermieter eine Wohnung mietet, mit Blick auf den Kündigungsschutz nicht besser gestellt werden soll, als der Mieter, der die Wohnung von einem gewerblichen Zwischenvermieter anmietet<sup>455</sup>.

---

<sup>451</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 565 BGB Rz. 5; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 565 BGB Rz. 4.

<sup>452</sup> *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 565 BGB Rz. 1.

<sup>453</sup> *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl., § 565 BGB Rz. 20; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 565 BGB Rz. 1; Spielbauer/*Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2013, § 565 BGB Rz. 6, 7; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 565 BGB Rz. 1.

<sup>454</sup> *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 565 BGB Rz. 4.

<sup>455</sup> BVerfG v. 11.6.1991, 1 BvR 538/90, BVerfGE 84, 197 = NJW 1991, 2272 = WuM 1991, 422 = ZMR 1991, 368 = DWW 1991, 279.

Entsprechend des vorbeschriebenen Gesetzeszweckes und unter Beachtung des Gedankens des Gleichheitsgrundsatzes hält das OLG Rostock<sup>456</sup> die Vorschrift nicht nur dann für anwendbar, wenn der untervermietende Zwischenmieter selbst Mieter im Hauptmietverhältnis ist, sondern auch dann, wenn nicht der Zwischenvermieter selbst, sondern eine mit ihm engverbundene oder nahestehende Person, der er die Mieträume auf andere Weise als durch Untervermietung - etwa im Wege der Leihe - überlassen hat, die Endvermietung vornimmt. Auch hier würde ansonsten dem Gleichheitsgrundsatz nicht genügt, wenn der Wohnraummieter allein durch diesen Umstand, den er im Zweifel nicht kennt, den sozialen Kündigungsschutz verlöre.

## 17 Räumung und Rückgabe

### 17.1 Scheinbestandteil: eingefügte verbrauchte Sache

Die Frage, ob eine Sache bei einer Verbindung aufgrund eines zeitlichen Nutzungsrechts Scheinbestandteil eines Grundstücks sein kann, wenn sie für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll und bei dem in Aussicht genommenen Vertragsende „verbraucht“ sein wird, wird nicht einheitlich beantwortet.

Zum Teil wird dies verneint. Zur Begründung wird im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht von einer „vorübergehenden Verbindung“, sondern von einer „Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck“ spreche. Werde die Verbindung mit dem Grundstück - wie beispielweise bei der Errichtung von Windkraftanlagen - um eines wirtschaftlichen Ertrages willen vorgenommen, den die Anlage nur in Verbindung mit einem Grundstück abwerfen könne, bestimme die Ertragsfähigkeit der Anlage den Zweck der Verbindung. Habe diese solange bestanden, bis die Anlage „verbraucht“ gewesen sei, habe die Verbindung ihren Zweck und die erwartbare Dauer damit voll, und nicht nur teilweise oder nur vorübergehend, erfüllt<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> OLG Rostock v. 22.10.2015 – 3 U 131/13, MDR 2016, 1011.

<sup>457</sup> vgl. insbesondere *Ganter*, WPM 2002, 105 (106 ff.); siehe auch OLG Celle, CuR 2009, 150, 151; OLG Rostock, GE 2004, 484 f.; Staudinger/*Stieper*, [2017], § 95 BGB Rz. 11; *ders.*, WPM 2007, 861 (865); BeckOK BGB/*Fritzsche*, [Stand: 01.11.2016], § 95 BGB Rz. 5; im Grundsatz auch BeckOGK/*Mössner*, [Stand: 01.01.2017], § 95 BGB Rz. 10.3.

Dem steht die Auffassung gegenüber, dass die Annahme, eine Verbindung sei zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, nicht von der Nutzungsdauer der eingebrachten Sache abhängt<sup>458</sup>.

Der BGH<sup>459</sup> entscheidet die Streitfrage im Sinne der zuletzt genannten Auffassung. Eine Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Sache für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll.

Nur zu einem vorübergehenden Zweck mit einem Grundstück verbunden ist eine Sache, wenn die Verbindung nach dem Willen des Einfügenden nicht dauernd, sondern nur zeitweilig bestehen soll (und dies mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen ist). Das Zeitmoment bezieht sich dabei nicht auf die wirtschaftliche Lebensdauer der Sache, sondern auf deren Verbindung mit dem Grundstück. Will der Einfügende die von ihm geschaffene Verbindung seinerseits nicht mehr aufheben, die Sache also - aus seiner Sicht - dauerhaft auf dem Grundstück belassen, wird diese (sogleich) wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Beabsichtigt er dagegen, die Verbindung zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu lösen, sei es freiwillig, sei es aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung, liegt eine nur vorübergehende Verbindung von Grundstück und Sache vor mit der Folge, dass die Sache sonderrechtsfähig bleibt.

Dass § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur von einer „vorübergehenden Verbindung“, sondern von einer „Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck“ spricht, zwingt nicht zu einem anderen Verständnis. Die Formulierung verdeutlicht, dass die Absicht des Einfügenden bei Herstellung der Verbindung maßgeblich für die Entstehung eines Scheinbestandteils ist. Wäre nur von einer „vorübergehenden Verbindung“ die Rede, hätte demgegenüber der Eindruck entstehen können, dass eine Sache durch ihren späteren Ab- oder Ausbau - der

---

<sup>458</sup> OLG Schleswig, WM 2005, 1909, 1912; MüKoBGB/Stresemann, 7. Aufl., § 95 BGB Rz. 12; Erman/J. Schmidt, 14. Aufl., § 94 BGB Rz. 12; Fischer/Klindtworth in Nobbe, Kommentar zum Kreditrecht, 2. Aufl., Bd. 2, §§ 929 bis 930 BGB Rz. 125; Hagen, CuR 2010, 44 (46 f.); Peters, WPM 2007, 2003 (2006); Voß/Steinheber, ZfIR 2012, 337 (341); Derleder/Sommer, ZfIR 2008, 325 (329).

<sup>459</sup> BGH v. 7.4.2017 – V ZR 52/16, GE 2017, 712,

die Verbindung zu einer nur vorübergehenden werden lässt - zu einem Scheinbestandteil wird.

Weitergehende Bedeutung kommt dem Begriff „vorübergehender Zweck“ nicht zu. Insbesondere hängt die Sonderrechtsfähigkeit einer Sache nicht davon ab, welchen konkreten Zweck der Einfügende mit der Verbindung verfolgt und ob dieser erreicht wird. Letzteres ließe sich nur in einer ex-post-Betrachtung feststellen; eine solche kann schon aus Gründen der Rechtssicherheit für die eigentumsrechtliche Zuordnung einer Sache nicht maßgeblich sein. Aus diesem Grund eignet sich auch die Dauer der Berechtigung des Einfügenden, das Grundstück zu nutzen, nicht für die dingliche Zuordnung der Sache. Diese steht bei Einbringung der Sache nicht unverrückbar fest; ein Nutzungsvertrag kann verkürzt, verlängert oder aufgehoben werden. Zudem lässt sie nicht den Schluss zu, dass die Sache für diesen Zeitraum mit dem Grundstück verbunden bleiben wird. Für die Einordnung einer Sache als Scheinbestandteil kommt es zwar auf die Absicht des Einfügenden an, die Verbindung später wieder zu lösen. Wann dies geschieht, ist aber ihm überlassen; auf einen bestimmten Zeitpunkt muss er sich nicht festlegen.

Vor allem fehlt es an einer inhaltlichen Verknüpfung zwischen der Lebensdauer einer Sache und deren eigentumsrechtlicher Zuordnung.

Es gibt keinen sachlichen Grund, kurzlebige Sachen eher den wesentlichen Bestandteilen zuzurechnen, langlebige Sachen dagegen den Scheinbestandteilen. Daran ändert auch das Verhältnis zu der in Aussicht genommenen Dauer der Grundstücksnutzung nichts. Welchen Sinn es haben soll, eine Windkraftanlage als sonderrechtsfähig anzusehen, wenn der Pachtvertrag eine kürzere Laufzeit hat als die wirtschaftliche Nutzungsdauer der Anlage, sie dagegen (mit ihrer Errichtung) den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks und damit dem Grundstückseigentümer zuzuordnen, wenn der Pachtvertrag entsprechend länger läuft, erschließt sich nicht.

Sinn und Zweck von § 95 BGB erfordern eine solche Verknüpfung nicht. Die in der Vorschrift normierte Ausnahme von dem in § 94 BGB bestimmten Grundsatz des Verlusts der Sonderrechtsfähigkeit beweglicher Sachen durch die Verbindung mit einem Grundstück (Akzessionsprinzip) dient dem Schutz des Interesses an einem Fortbestand des Eigentums an der beweglichen Sache. Die-



ses ist bei einer Nutzung des Grundstücks zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines begrenzten Rechts am Grundstück als berechtigt anerkannt worden<sup>460</sup>. Dem Interesse an der Verfügbarkeit über die eingefügte Sache, also deren Sonderrechtsfähigkeit, kommt nach der Wertung des § 95 Abs. 1 BGB insoweit Vorrang vor dem durch § 94 Abs. 1 BGB geschützten Interesse des Verkehrs mit Grundstücken an Klarheit und Publizität der Rechtsverhältnisse zu<sup>461</sup>. Das Interesse an der Sonderrechtsfähigkeit der mit dem Grundstück vorübergehend verbundenen Sache wird unabhängig davon geschützt, ob die Sache kurzfristig oder (voraussichtlich) für ihre gesamte wirtschaftliche Lebensdauer mit dem Grundstück verbunden wird. Der Einfügende kann in dem einen wie in dem anderen Fall darauf angewiesen sein, die Sache als Kreditunterlage zu verwenden, oder die Möglichkeit haben wollen, über seine Investition während der Nutzungszeit anderweitig zu disponieren<sup>462</sup>. Auch für den Fall, dass sein Nutzungsrecht früher als erwartet endet, etwa infolge einer außerordentlichen Kündigung, hat er ein Interesse daran, dass er das Eigentum an der eingebrachten Sache nicht an den Grundstückseigentümer verloren hat.

## **17.2 Herausgabeanspruch des Mieters gegen den Untermieter**

In der Konstellation, in der eine Untervermietung stattgefunden hat, handelt es sich bei dem Hauptmietverhältnis und dem Untermietverhältnis um zwei voneinander zu trennende Rechtsverhältnisse. Schließt der Untermieter dann mit dem (Haupt-) Vermieter einen Mietvertrag, greifen die Grundsätze der Doppelvermietung zu kurz. Zwar trifft es zu, dass beim Abschluss zweier Mietverträge diese gleichermaßen wirksam sind und die Verträge gleichberechtigt nebeneinander stehen. Der Grundsatz der Priorität des Vertragsschlusses gilt nicht<sup>463</sup>. Es handelt sich hier jedoch nicht um einen reinen Fall der Doppelvermietung. Aus seiner Stellung als zeitlich erster Mieter leitet der Hauptmieter seinen Anspruch auch nicht her. Vielmehr bestand zwischen dem Hauptmieter und dem Untermieter, was zwischen den verschiedenen Mietern bei der Doppelvermietung regelmäßig nicht der Fall ist, ein Untermietverhältnis, aus dem der Mieter seinen Herausgabeanspruch nach § 546 Abs. 1 BGB herleitet. Einem diesem

---

<sup>460</sup> Motive III, S. 47, 48.

<sup>461</sup> BGH v. 2.12.2005 - V ZR 35/05, BGHZ 165, 184 (191).

<sup>462</sup> Hagen, CuR 2010, 44, 46; siehe auch BGH v. 15.5.1998 - V ZR 83/97, WPM 1998, 1632 (1635).

Verhältnis entstammenden Herausgabeanspruch steht ein nachfolgend zwischen Untermieter und Hauptvermieter geschlossenes eigenes vertragliches Verhältnis nicht entgegen, solange das Vertragsverhältnis zwischen Haupt- und Untervermieter noch nicht beendet ist<sup>464</sup>.

Das Hauptmietverhältnis hat nicht infolge einer Befristung zum 30.11.2014 sein Ende gefunden. Dabei kann dahinstehen, welches der beiden von den Parteien vorgelegten Exemplare des Hauptmietvertrages das tatsächlich vereinbarte ist. Ist es das des Mieters, hätte ohnehin kein befristetes Hauptmietverhältnis vorgelegen, sondern ein jederzeit kündbares. Eine Kündigung desselben ist nicht feststellbar.

Das dem Eigentümer gegenüber bestehende vertragliche Besitzrecht des Untermieters steht dem Anspruch des Mieters auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegen. Dieses Besitzrecht führt, anders als es der dolo-agit-Einwand erfordern würde, nicht dazu, dass der Mieter das Mietobjekt nach der Herausgabe durch den Untermieter sofort wieder an diesen herausgeben müsste. Auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalles ergibt sich nicht das Bild einer Treuwidrigkeit. Dem steht schon entgegen, dass der Untermieter dadurch, dass er die Vereinbarung mit den Eigentümern traf und fortan den Mietzins an diese entrichtete, seine eigene (ggf. nachvertragliche) Treupflicht gegenüber dem Untervermieter verletzte. Auch der Hauptvermieter ist durch die Vereinbarung mit dem Untermieter im Verhältnis zum Mieter vertragsbrüchig geworden. Es widerspräche daher sogar den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn der Durchsetzung des Anspruchs des Mieters diese (zumindest objektiv) pflichtwidrig getroffene Vereinbarung entgegen gehalten werden könnte<sup>465</sup>.

## **18 Nutzungsschädigung**

### **18.1 Vorenthaltung**

Die Mietsache wird dann i.S.d. § 546a Abs. 1 BGB vorenthalten, wenn der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem

---

<sup>463</sup> OLG Hamm v. 15.10.2003 - 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521 Rz. 18.

<sup>464</sup> vgl. BGH v. 4.10.1995 - XII ZR 215/94, NJW 1996, 46 Rz. 12; OLG Celle, NJW 1953, 1474 (1475).

Willen des Vermieters widerspricht<sup>466</sup>. Zur Erfüllung des Tatbestandes der Vorenthaltung reicht dabei der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters aus<sup>467</sup>.

Daran fehlt es jedoch, wenn der Wille des Vermieters nicht auf die Rückgabe der Mietsache gerichtet ist, etwa weil er vom Fortbestehen des Mietverhältnisses ausgeht<sup>468</sup>. Denn solange der Vermieter den Mietvertrag nicht als beendet ansieht, will er keine Räumung verlangen<sup>469</sup> und damit die Mietsache nicht zurücknehmen<sup>470</sup>.

Aus welchem Grund der Vermieter den Mietvertrag nicht als beendet ansieht, namentlich eine vom Mieter ausgesprochene Kündigung für unwirksam erachtet, ist für den Rückschluss auf einen fehlenden Rücknahmewillen ohne Bedeutung<sup>471</sup>. Denn hierbei handelt es sich lediglich um das Motiv für den darauf fußenden Willensentschluss des Vermieters, den Mietvertrag als fortbestehend zu betrachten. Entscheidend ist allein, dass und nicht warum der Vermieter vom Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht. Vor diesem Hintergrund hat der BGH auch - ohne auf den nach Ansicht des Vermieters vorliegenden Unwirksamkeitsgrund einzugehen - entschieden, dass ein Anspruch nach § 546a BGB ausscheidet, wenn der Vermieter die Auffassung vertritt, die Kündigung des

<sup>465</sup> OLG Hamm v. 22.2.2017 – 30 U 115/16, ZMR 2017, 560.

<sup>466</sup> st. Rspr.; BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rz. 81; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, NZM 2006, 12 Rz. 12; BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 57/05, NZM 2006, 52 Rz. 6; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 103/03, NJW-RR 2004, 558 unter II 2 a; BGH v. 28.2.1996 - XII ZR 123/93, NJW 1996, 1886 unter B 2 a; BGH v. 15.2.1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145 (148 f.); BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, NJW-RR 2010, 1521 Rz. 2; jeweils m.w.N.; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl., § 546a BGB Rz. 8.

<sup>467</sup> BGH v. 13.10.1982 - VIII ZR 197/81, NJW 1983, 112 unter 2 d aa; BGH v. 29.4.1987 - VIII ZR 258/86, NJW-RR 1987, 907 unter II 2 a; BGH v. 23.8.2006 - XII ZR 214/04, GuT 2007, 140 Rz. 7.

<sup>468</sup> BGH v. 22.3.1960 - VIII ZR 177/59, NJW 1960, 909 unter II b; BGH v. 21.2.1973 - VIII ZR 44/71, juris Rz. 58; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 103/03, NJW-RR 2004, 558 unter II 2 a; BGH v. 2.11.2005 - XII ZR 233/03, NJW 2006, 140 Rz. 25; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, NZM 2006, 12 Rz. 12; BGH v. 13.3.2013 - XII ZR 34/12, NJW 2013, 3232 Rz. 23; jeweils m.w.N.; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl., § 546a BGB Rz. 8.

<sup>469</sup> BGH v. 13.3.2013 - XII ZR 34/12, NJW 2013, 3232 Rz. 23.

<sup>470</sup> BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>471</sup> BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

Mieters sei unwirksam und er die Rückgabe der Wohnung nicht geltend macht<sup>472</sup>.

Für die Verneinung des Rücknahmewillens des Vermieters ist auch nicht etwa Voraussetzung, dass dieser die Wirksamkeit der Kündigung "kategorisch" ablehnt und unter keinen Umständen bereit ist, die Wohnung zu dem in der Kündigung genannten Zeitpunkt zurückzunehmen. Entscheidend ist vielmehr allein, dass der Vermieter die Kündigung des Mieters für unwirksam erachtet und damit vom Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht<sup>473</sup>.

Vor diesem Hintergrund fehlt dem Vermieter der für einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB erforderliche Rücknahmewille, wenn er trotz der ordentlichen Kündigung des Mieters von einem Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht<sup>474</sup>. Denn er erachtete die Kündigung sowohl vorprozessual als auch nach Erhebung der vorliegenden Klage für unwirksam und beantragte demgemäß in beiden Tatsacheninstanzen, den Mieter in erster Linie zur Zahlung rückständiger und zukünftiger Miete zu verurteilen. Lediglich hilfsweise hat er die Klageforderung auch mit einem Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB begründet. Letzteres reicht nicht aus, um auf einen im Laufe des Rechtsstreits geänderten und nunmehr auf eine Rückerlangung der Wohnung gerichteten Willen der Klägerin schließen zu können<sup>475</sup>.

Eine Vorenthaltung der Mietsache ist im vorliegenden Fall auch nicht deswegen zu bejahen, weil der Mieter nicht in der Lage war, die Wohnung an den Vermieter zurückzugeben, da er seiner früheren Ehefrau die Wohnungsschlüssel überlassen hatte<sup>476</sup>. Es trifft zwar zu, dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 546a Abs. 1 BGB - Rücknahmewille des Vermieters und Nichtrückgabe der Wohnung durch den Mieter - eine Vorenthaltung der Mietsache auch dann angenommen werden kann, wenn der Mieter zur Rückgabe außerstande ist und die subjektive Unmöglichkeit durch ihn selbst verursacht wurde<sup>477</sup>. Jedoch entfällt in einer solchen Fallkonstellation nicht die Notwendigkeit

---

<sup>472</sup> BGH v. 13.3.2013 - XII ZR 34/12, NJW 2013, 3232; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, NZM 2006, 12; BGH v. 21.2.1973 - VIII ZR 44/71, juris Rz. 58.

<sup>473</sup> BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>474</sup> BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>475</sup> BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>476</sup> BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>477</sup> BGH v. 15.2.1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145 (148 f.).

zur Prüfung der vorbezeichneten Tatbestandsmerkmale, die kumulativ und nicht alternativ vorliegen müssen<sup>478</sup>. Die Mietsache wird dem Vermieter nämlich nur vorenthalten, wenn das Unterlassen der Herausgabe (auch) gegen dessen Willen erfolgt. Ist für den Tatbestand der Vorenthaltung die Willensrichtung des Vermieters ein entscheidender Gesichtspunkt, so kann es nicht allein darauf ankommen, ob der Mieter zur Rückgabe in der Lage ist oder nicht. Denn solange der Vermieter die Rückgabe nicht wünscht, sondern den Mieter am Vertrag festhält, indem er die Wirksamkeit der Kündigung in Abrede stellt, fehlt es jedenfalls an einem wesentlichen Merkmal des Begriffs der Vorenthaltung.

## 18.2 Vorenthaltung und Vermieterpfandrecht

Die Geltendmachung eines Vermieterpfandrechts an Inventar der Räume steht dem Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB nicht entgegen<sup>479</sup>. Die Ausübung des Vermieterpfandrechts hindert nämlich lediglich die vollständige Räumung der Mietsache durch den Mieter, lässt also die Räumungspflicht entfallen<sup>480</sup>, ändert aber nichts an der Verpflichtung des Mieters, die Mietsache an den Vermieter herauszugeben<sup>481</sup>. Soweit der Senat im Urteil vom 14.2.2005 - 8 U 144/04 - (KGR 2005, 528) den Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung wegen der Ausübung des Vermieterpfandrechts verneint hat, lag ein "Vorenthalten" i.S.v. § 546a BGB deswegen nicht vor, weil die Mietsache bereits im Besitz des Vermieters war und daher kein Herausgabeanspruch gegen den Mieter mehr bestand. Vorliegend war eine Herausgabe der Räume durch den Mieter aber noch nicht erfolgt, da sie nicht alle Schlüssel zu den Mieträumen an den Vermieter herausgegeben hat. Eine Herausgabe setzt aber grundsätzlich voraus, dass sämtliche Schlüssel zu den Mieträumen abgegeben werden<sup>482</sup>. Zwar steht auch der Einbehalt eines Schlüssels einer Herausgabe nicht entgegen, wenn aus der Rückgabe der übrigen Schlüssel der Wille des Mieters zur vollständigen und endgültigen Besitzübergabe unzweideutig hervortritt<sup>483</sup>. Dies war aber vorliegend nicht der Fall.

---

<sup>478</sup> BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>479</sup> KG v. 18.7.2016 – 8 U 234/14, ZMR 2016, 939.

<sup>480</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 12. Aufl., § 546 BGB Rz. 40; MünchKomm/*Bieber*, 5. Aufl., § 546 BGB Rz. 8.

<sup>481</sup> vgl. KG v. 6.12.2012 – 8 U 220/12, juris Rz. 4.

<sup>482</sup> vgl. OLG Hamm v. 26.6.2002 – 30 U 29/02, juris Rz. 37.

<sup>483</sup> vgl. KG v. 30.1.2012 – 8 U 192/10, juris Rz. 39; BGH v. 19.11.2003 – XII ZR 68/00, juris Rz. 21.

Denn der Mieter hat den Schlüssel zurückbehalten, weil er das Inventar noch aus den Räumen entfernen wollte. Er hat in der Klagerwiderung ausdrücklich vorgetragen, dass eine Rückgabe aller Schlüssel nicht in Betracht kam, solange sein Inventar noch in den Räumen war. Er hat dem Vermieter daher nur einen Mitbesitz an den Räumen eingeräumt. Damit lag eine Besitzaufgabe gerade nicht vor. Für den Willen zur Besitzaufgabe des Mieters ist insoweit unerheblich, ob das Vermieterpfandrecht an dem Inventar tatsächlich bestand.

### **18.3 § 546a Abs. 1, 2. Alt. BGB**

#### **18.3.1 Mietsache ohne Vergleichsobjekt**

Das Gesetz sieht in § 546a Abs. 1 BGB nicht vor, dass ein Mieter, der nach Beendigung des Mietverhältnisses das Mietobjekt nicht zurückgibt und die Mietsache dem Vermieter vorenthält, als Nutzungsentschädigung alternativ neben der bislang zu zahlenden Miete eine ortsübliche Miete zu zahlen habe. Vielmehr heißt es in § 546a Abs. 1 BGB ausdrücklich, der Vermieter könne in diesem Fall als Nutzungsentschädigung „die Miete verlangen, die für vergleichbare Sachen ortsüblich“ sei.

Für den Fall, dass der Vermieter eine Nutzungsentschädigung in dieser Alternative verlangt, ist die Höhe der zu zahlenden Nutzungsentschädigung daher durch eine zweistufige Ermittlung zu bestimmen<sup>484</sup>: In einem ersten Schritt sind Objekte zu suchen, die mit dem Mietobjekt vergleichbar sind, in einem zweiten Schritt ist dann die ortsübliche Miete anhand der für die Vergleichsobjekte zu zahlenden Miete zu bestimmen. Maßstab der zu zahlenden Nutzungsentschädigung ist insoweit der Marktmietzins, also diejenige Miete, zu der ein vergleichbares Objekt während der Zeit der Vorenthaltung hätte weitervermietet oder angemietet werden können. Der Begriff der Ortsüblichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang lediglich, dass bei den Vergleichsmieten nicht vereinzelte Spitzenwerte (nach unten oder oben) zu berücksichtigen sind, sondern ein gewisser Durchschnitt<sup>485</sup>. Danach richtet sich die Höhe der Nutzungsentschädigung also gerade nicht nach einer ortsüblichen (bzw. wie der gerichtliche Sachverständige meint: angemessenen) Miete, sondern ausschließlich und allein anhand derjenigen Miete, die für Vergleichsobjekte als Miete im Zeitpunkt der

---

<sup>484</sup> OLG Celle v. 10.3.2016 – 2 U 128/15, ZMR 2016, 535.

Vorenthaltung durchschnittlich vereinbart worden ist. Ob diese Miete objektiv betrachtet angemessen ist oder nicht, ist rechtlich ohne Belang.

Gemessen daran lässt sich im Streitfall eine Nutzungsentschädigung nicht anhand von Vergleichsmieten feststellen. Denn es gibt keine Vergleichsobjekte in L.. Es ist unstrittig und vom Sachverständigen Dipl.-Ing. T. in seinem schriftlichen Gutachten vom 21. Juli 2015 und bei seiner Anhörung im Termin vom 10. September 2015 ausdrücklich bestätigt worden, dass es sich bei dem streitbefangenen Mietobjekt um eine Spezialimmobilie handelt, die vergleichbar in L. nicht existent ist. Es gibt kein Mietobjekt am Rande der Innenstadt von L., das im 1. Obergeschoss gelegen, aus einem einzigen großen Raum mit einer knapp 1.000 m<sup>2</sup> großen Fläche, kaum Fenstern und veralteten Sanitäranlagen ohne Fenster besteht. Damit existieren keine Mieten für Vergleichsobjekte, die zur Bemessung einer Nutzungsentschädigung herangezogen werden könnten. Eine Nutzungsentschädigung lässt sich daher auch nicht anhand dieser gesetzlichen Berechnungsmöglichkeit darstellen.

Die Bestimmung der zu zahlenden Nutzungsentschädigung anhand einer „ortsüblichen Miete“ unabhängig von Vergleichsobjekten sieht das Gesetz in § 546a Abs. 1 BGB gerade nicht vor, weshalb dieser Maßstab entgegen der Ansicht des Sachverständigen und des Landgerichts auch nicht zur Bemessung einer zu zahlenden Nutzungsentschädigung herangezogen werden kann. Selbst wenn man aber annähme, entgegen der gesetzlichen Regelung sei die Nutzungsentschädigung nach einem abstrakten „ortsüblichen“ Maßstab zu bemessen, wenn - wie im Streitfall - Vergleichsobjekte nicht vorhanden sind, könnte die Klage keinen Erfolg haben. Denn es lässt sich auch nach den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. T. nicht feststellen, dass es eine „ortsübliche“ Miete für das streitbefangene Objekt gibt, die oberhalb derjenigen Nutzungsentschädigung liegt, die der Beklagte bereits bezahlt hat.

#### **18.4 Fortdauer des vertraglichen Aufrechnungsverbot**

Für Geschäftsraummietverträge ist, dass ein Ausschluss der Aufrechnung zulässig ist, soweit es sich nicht um rechtskräftig festgestellte oder unstrittige Ge-

---

<sup>485</sup> vgl. Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 12. Aufl., § 546a BGB Rz. 60.

genforderungen handelt<sup>486</sup>. Gegen die Wirksamkeit des Aufrechnungsverbot nach Maßgabe von § 307 BGB bestehen, sofern es sich überhaupt um einen Formularvertrag handelt, keine Bedenken. Gemäß § 309 Nr. 3 BGB ist nur ein solches Aufrechnungsverbot unwirksam, welches dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung aufzurechnen. Zwar dürfte der Mieter gemäß §§ 310 Abs. 1, 14 BGB von dem persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen sein. Ist die Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen jedoch schon gegenüber einem Verbraucher zulässig, kann eine derartige Einschränkung des Aufrechnungseinwandes gegenüber einem Unternehmer bzw. einer Gesellschaft im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen erst recht nicht als treuwidrige unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB gewertet werden<sup>487</sup>. Der für das gewerbliche Mietrecht zuständige XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat die AGB-rechtliche Unbedenklichkeit einer entsprechenden Klausel mit Urteil vom 15. Dezember 2010 (Az. XII ZR 132/09) in einem Mietvertrag mit einem selbständigen Kinderarzt nochmals ausdrücklich bestätigt<sup>488</sup>.

Die Aufrechnungsbeschränkung gilt auch nach Beendigung des Mietverhältnisses und Räumung des Mietobjekts<sup>489</sup>. Denn der Schutzzweck des Aufrechnungsverbot besteht darin, einseitig das Interesse des Vermieters daran zu sichern, dass dieser die laufenden Mieteinnahmen regelmäßig und ungeachtet von Einwendungen des Mieters erhält, die der Mieter auf wirkliche oder vermeintliche Gegenansprüche stützt, und ein langwieriges Prozessieren zur Durchsetzung der Mietansprüche möglichst weitgehend zu vermeiden. Das Interesse des Vermieters daran, die Mietforderungen möglichst problemlos durchsetzen zu können, endet auch nicht mit Beendigung des Mietverhältnis-

---

<sup>486</sup> BGH v. 27.1.1993 - XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519 (520); OLG Düsseldorf v. 8.6.2006 - 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 27; OLG Düsseldorf v. 25.7.2013 - 10 U 114/12, zitiert nach juris, Rz. 15 ff.; OLG Düsseldorf v. 4.3.2014 - 10 U 159/13, zitiert nach juris, Rz. 3; LG Berlin v. 14.8.2012, Az. 29 O 297/11, zitiert nach juris, Rz. 127; OLG Köln v. 15.7.2011 - 1 U 482/10, zitiert nach juris, Rz. 40; *Ghassemi-Tabar* in: *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, *Gewerberaummiete*, 1. Aufl. 2015, § 536 BGB Rz. 434 m.w.N.

<sup>487</sup> vgl. OLG Düsseldorf v. 8.8.2006 - 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 27 m.w.N.

<sup>488</sup> BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, zitiert nach juris, Rz. 21.

<sup>489</sup> OLG Düsseldorf v. 12.4.2016 - 24 U 143/15, GE 2016, 857; OLG Köln v. 15.7.2011 - 1 U 482/10, zitiert nach juris, Rz. 40; OLG Düsseldorf v. 8.8.2006, Az. 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 28 f.



ses. Es besteht deshalb kein Anlass, das vertraglich uneingeschränkt vereinbarte Aufrechnungsverbot abweichend von seinem Wortlaut einschränkend auszulegen. Andernfalls bestünde die Gefahr einer Besserstellung des vertragsuntreuen Mieters, welcher, insbesondere wenn er am Mietverhältnis nicht festhalten möchte, bereits Monate vor Beendigung des Vertrages unter Berufung auf Gegenforderungen seine Zahlungen einstellt<sup>490</sup>.

Der Wirksamkeit des Aufrechnungsverbotes steht auch nicht entgegen, dass der Mieter gemäß § 11 Ziff. 2 2. Hs. des Mietvertrages gehalten ist, dem Vermieter die Aufrechnung einen Monat vor Fälligkeit „schriftlich“ anzuzeigen<sup>491</sup>. Zwar besagt § 556b Abs. 2 S. 1 BGB, dass der Mieter entgegen einer vertraglichen Bestimmung gegen eine Mietforderung mit einer Forderung auf Grund der §§ 536a, 539 BGB oder aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen zu viel gezahlter Miete aufrechnen oder wegen einer solchen Forderung ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit der Miete in Textform angezeigt hat; eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist gemäß § 556b Abs. 2 S. 2 BGB unwirksam. Doch ist § 556b Abs. 2 BGB ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse anwendbar<sup>492</sup>.

## 18.5 Nutzungsentschädigung nach §§ 812 ff. BGB

Ein möglicher Bereicherungsanspruch des Vermieters ist weder durch § 546a BGB ausgeschlossen<sup>493</sup> noch durch die §§ 987 ff. BGB verdrängt wird<sup>494</sup>.

Nutzt ein Mieter oder ein auf Grund eines sonstigen Vertragsverhältnisses Nutzungsberechtigter die Sache über die vereinbarte Laufzeit hinaus, so ist er ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Vermieters oder sonstigen Rechtsinhabers um den tatsächlich gezogenen Nutzungswert bereichert und nach §§ 812 Abs.

---

<sup>490</sup> OLG Düsseldorf v. 8.8.2006 - 10 U 159/05, zitiert nach juris, Rz. 29 m.w.N.

<sup>491</sup> vgl. zur Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbots bei der Wohnraummiete in diesem Fall LG Konstanz v. 19.12.2013 - 61 S 30/13, zitiert nach juris, Rz. 50.

<sup>492</sup> Schmid in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, 1. Aufl. 2015, § 556b BGB Rz. 2.

<sup>493</sup> vgl. hierzu BGH v. 10.11.1965 - VIII ZR 12/64, BGHZ 44, 241, 242 ff.; BGH v. 28.6.1967 - VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197 unter 3; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 12. Aufl., § 546a BGB Rz. 103.

<sup>494</sup> BGH v. 28.6.1967 - VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197 unter 3.

1, 818 Abs. 1 BGB zu dessen Herausgabe verpflichtet<sup>495</sup>. Eine solche Verpflichtung kann grundsätzlich auch dann vorliegen, wenn der Mieter die Sache nicht selbst nutzt, sondern sie einem Dritten, insbesondere etwa aufgrund eines Untermietvertrages, überlassen hat und hierdurch eine ungerechtfertigte Bereicherung des Mieters eingetreten ist<sup>496</sup>.

Der (ehemalige) Mieter hat danach dem Vermieter - jedenfalls wenn die Mietsache diesem, wie im vorliegenden Fall, mangels eines Rücknahmewillens nicht vorenthalten wird - grundsätzlich nur dann eine Nutzungsentschädigung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu leisten, wenn er die Wohnung in dem vorbezeichneten Sinne auch genutzt hat und auf diese Weise um den gezogenen Nutzungswert bereichert ist<sup>497</sup>. Der bloße (unmittelbare oder mittelbare) Besitz an der Wohnung reicht für einen solchen Bereicherungsanspruch nicht aus<sup>498</sup>. Denn es kommt für einen bereicherungsrechtlichen Nutzungsersatzanspruch maßgeblich auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen an<sup>499</sup>. Der Zweck des Bereicherungsrechts ist - von den Ausnahmefällen der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB abgesehen - (lediglich) darauf gerichtet, eine tatsächlich erlangte rechtsgrundlose Bereicherung abzuschöpfen und sie demjenigen zuzuführen, dem sie nach der Rechtsordnung gebührt<sup>500</sup>. Danach kann von einer Bereicherung i.S.d. §§ 812 ff. BGB i.d.R. nur gesprochen werden, wenn und soweit der Bereicherte eine echte Vermögensvermehrung erfahren hat. Deshalb gilt als allgemein anerkannter Grundsatz, dass die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den wirklichen Betrag der Bereicherung hinaus führen darf<sup>501</sup>.

Nach diesen Grundsätzen kann vorliegend ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 Alt. 1 BGB - in Gestalt eines Wertersatzes nach § 812 Abs. 2 BGB wegen herauszugebender Nutzung nicht bejaht werden. Denn der Mie-

---

<sup>495</sup> BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rz. 84; BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NZM 2000, 183 unter 4.

<sup>496</sup> BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>497</sup> BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NZM 2000, 183 unter 4; Schmidt-Futterer/*Streyll*, 12. Aufl. § 546a BGB Rz. 104 m.w.N.

<sup>498</sup> BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>499</sup> BGH v. 7.3.2013 - III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 Rz. 26; siehe ferner BGH v. 15.12.1998 - XI ZR 323/97, ZIP 1999, 528 unter II 1 a m.w.N.; BGH v. 26.11.1999 - V ZR 302/98, NJW 2000, 1031 unter II 5; BGH v. 17.5.2017 - IV ZR 403/15, juris Rz. 11 m.w.N.

<sup>500</sup> BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, GE 2017, 945.

<sup>501</sup> BGH v. 7.3.2013 - III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 Rz. 27.

ter selbst nutzt die Wohnung bereits seit seinem Auszug im Jahr 2010 nicht mehr. Nutzerin ist seit diesem Zeitpunkt vielmehr - mit Wissen des Vermieters - die geschiedene Ehefrau des Mieters. Im Übrigen hat der Mieter aufgrund der Überlassung der Wohnungsschlüssel an seine geschiedene Ehefrau auch keinen Zugang zur Wohnung.

Bei dieser Sachlage kann der Mieter allenfalls durch die Überlassung der Wohnung an seine geschiedene Ehefrau möglicherweise Einkünfte erzielt oder eigene Aufwendungen - etwa in Gestalt von sonst zu zahlenden Unterhaltsleistungen - erspart haben.

## 19 Mietausfallschaden

§ 945 ZPO begründet eine weder Rechtswidrigkeit noch Schuld voraussetzende Risikohaftung des Gläubigers. Wer aus einem noch nicht endgültigen Titel die Vollstreckung betreibt, soll das Risiko tragen, dass sich sein Vorgehen nachträglich als unberechtigt erweist<sup>502</sup>. Ersatzfähig ist allerdings nur der aus der Vollziehung der einstweiligen Verfügung verursachte Schaden im Sinne der §§ 249 ff BGB<sup>503</sup>. Für die Bemessung des Schadens gelten nach ständiger Rechtsprechung die allgemeinen Grundsätze, insbesondere §§ 249 ff BGB und § 287 ZPO<sup>504</sup>. Der Schadensersatzanspruch umfasst grundsätzlich den durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquat kausal verursachten, unmittelbaren oder mittelbaren Schaden einschließlich des infolge des Vollzugs von Verbotsverfügungen entgangenen Gewinns des Schuldners<sup>505</sup>.

Der Vermieter macht einen Mietausfallschaden geltend, der eine Form des entgangenen Gewinns i.S.v. § 252 BGB ist und auf den die dortigen Grundsätze Anwendung finden<sup>506</sup>. Er muss die Umstände darlegen und in den Grenzen des § 287 ZPO beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Din-

---

<sup>502</sup> BGH v. 2.11.1995 - IX ZR 141/94, BGHZ 131, 141 (143); BGH v. 22.1.2009 - I ZB 115/07, BGHZ 180, 72 Rz. 16; BGH v. 10.7.2014 - I ZR 249/12, WM 2015, 978 Rz. 14.

<sup>503</sup> BGH v. 19.9.1985 - III ZR 71/83, BGHZ 96, 1 (2); BGH v. 1.4.1993 - I ZR 70/91, BGHZ 122, 172 (179); BGH v. 23.3.2006 - IX ZR 134/04, NJW 2006, 2557 Rz. 23; BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rz. 19 und 30.

<sup>504</sup> BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rz. 19 und 30; BGH v. 10.7.2014 - I ZR 249/12, WM 2015, 978 Rz. 34.

<sup>505</sup> BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rz. 19.

<sup>506</sup> Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 12. Aufl., § 546a BGB Rz. 99; BeckOK/Zehle, Oktober 2015, § 546 BGB Rz. 130 ff; Staudinger/Rolls, 2014, § 546a BGB Rz. 62.

ge oder den besonderen Umständen des Falles die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintrittes ergibt<sup>507</sup>. Liegt eine solche Wahrscheinlichkeit vor, wird widerleglich vermutet, dass der Gewinn gemacht worden wäre<sup>508</sup>. Dem Ersatzpflichtigen obliegt dann der Beweis, dass er nach dem späteren Verlauf oder aus anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten gestellt werden<sup>509</sup>.

Ein Mietausfallschaden ist hinreichend dargelegt, wenn nach dem Vortrag des Vermieters angesichts des Mietobjektes und der Marktlage üblicherweise ein neuer Mieter innerhalb einer bestimmten Frist nach Beendigung der Baumaßnahmen gefunden worden wäre<sup>510</sup>. Anknüpfend an das Tatbestandsmerkmal der Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 252 Satz 2 BGB hat der BGH betont, dass es eine feste Regel für die an die Darlegung zu stellenden Anforderungen nicht gebe, sondern vieles von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängen<sup>511</sup>.

Der Vermieter hat zu der Verzögerung des Baubeginns durch die seitens des Mieters erwirkte ungerechtfertigte einstweilige Verfügung ausreichend vorgetragen. Hinsichtlich der Dauer der Bauarbeiten hat er sich auf einen Terminplan berufen. Er hat ferner unter Benennung der Verwalterin der von ihr vermieteten Wohnung als Zeugin für die sofortige Vermietbarkeit der Wohnungen zu dem verlangten Mietzins Beweis angetreten. Diesen Vortrag und den dazugehörigen Beweisantritt hätte das Berufungsgericht nicht übergehen dürfen.

## 20 Vorkaufsrecht

### 20.1 § 577 Abs. 1 Variante 2 BGB

Der Mieter ist nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB unter zwei - gleichberechtigt nebeneinander stehenden - Alternativen zum Vorkauf berechtigt. Voraussetzung

---

<sup>507</sup> BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 149/15, MietRB 2017, 1 = NZM 2017, 68 = GE 2016, 1501 = WuM 2016, 752.

<sup>508</sup> BGH v. 27.10.2010 - XII ZR 128/09, GuT 2010, 343 Rz. 3.

<sup>509</sup> BGH v. 30.5.2001 - VIII ZR 70/00, NJW-RR 2001, 1542; BGH v. 19.10.2005 - VIII ZR 392/03, NJW-RR 2006, 243 (244).

<sup>510</sup> BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 149/15, MietRB 2017, 1 = NZM 2017, 68 = GE 2016, 1501 = WuM 2016, 752.

<sup>511</sup> vgl. BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, NZM 2010, 815 Rz. 4.

der ersten Alternative ist, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist und dieses dann an einen Dritten verkauft wird<sup>512</sup>. Nach der zweiten Alternative ist die Entstehung eines Vorkaufsrechts davon abhängig, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll und das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten verkauft wird. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist in diesem Fall ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum. Das Vorkaufsrecht des Mieters entsteht in einem solchen Fall nur dann, wenn sich der Veräußerer beim Verkauf des noch ungeteilten Grundstücks gegenüber dem Dritten zur Durchführung der Aufteilung nach § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste künftige Wohneinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist<sup>513</sup>.

Die Voraussetzungen beider Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB sind nicht erfüllt, wenn der Vermieter vor der Überlassung eine Aufteilung durchführt und nach der Überlassung die künftigen Eigentumswohnungen, die noch nicht in das Grundbuch eingetragen sind, an einen Dritten veräußert, der die einzelnen Wohnungen sodann erneut veräußert<sup>514</sup>.

Die Entstehung des Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheidet nicht daran, dass der Vermieter bereits vor der Überlassung der Mietsache an die Mieter (und sogar schon vor Abschluss des Mietvertrags) die für die Aufteilung in Wohnungseigentum erforderliche Teilungserklärung (§ 8 WEG) hat notariell beurkunden lassen<sup>515</sup>. Dies ändert nichts daran, dass Wohnungseigentum erst nach Überlassung der Wohnräume an die Mieter begründet worden ist. Denn die Teilung ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG erst mit dem dinglichen Vollzug, der nach der Überlassung mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher erfolgte, wirksam geworden<sup>516</sup>.

---

<sup>512</sup> BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 23 [zum Vorkaufsrecht an einer in demselben Objekt gelegenen Wohnung]; BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5.

<sup>513</sup> BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 26.

<sup>514</sup> BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

<sup>515</sup> BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

<sup>516</sup> BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 26.

Für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB reicht es jedoch nicht aus, wenn nach der Überlassung der Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist<sup>517</sup>. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten der Begründung von Wohnungseigentum zeitlich nachfolgt. Wird dieses erst nach dem Verkauf an den Dritten begründet, scheidet ein Vorkaufsrecht aus<sup>518</sup>.

Diese Voraussetzungen sind gegeben. Die notarielle Beurkundung des Kaufvertrags zwischen dem Vermieter und den Erwerbern fand am 16. Dezember 2010 statt. Wohnungseigentum wurde erst danach mit der am 23.12.2010 erfolgten Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch begründet. Es wurde also nicht - wie von § 577 Abs.1 Satz 1 Alt. 1 BGB vorausgesetzt - eine Wohnung verkauft, an der bereits vor Abschluss des Kaufvertrags Wohnungseigentum entstanden war.

Auch die Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB sind nicht erfüllt, weil die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, nicht erst nach der Überlassung an den Mieter gefasst und dokumentiert worden ist<sup>519</sup>.

Der VIII. Senat hat in der bereits erwähnten, den Verkauf einer anderen Wohnung desselben Hauses betreffenden Entscheidung vom 6. April 2016<sup>520</sup> ausgeführt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Mieter durch die Regelung des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zwar (auch) ein Vorkaufsrecht an künftig entstehendem Wohnungseigentum gesichert werden soll, das Entstehen des Vorkaufsrechts aber nicht an geringere Voraussetzungen geknüpft sein sollte, als im Falle bereits begründeten Wohnungseigentums nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Das Gesetz gibt in beiden Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB eine zeitliche Abfolge der Geschehnisse vor, die nur bei deren strikter Einhaltung zu der Entstehung eines Vorkaufsrechts führt. Soweit es um die künftige Begründung von Wohnungseigentum geht (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB), muss die Absicht hierzu nach außen dokumentiert werden. Diese Bekundung nach außen ist regelmäßig in der notariellen Beurkundung der Tei-

---

<sup>517</sup> BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

<sup>518</sup> BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 5; BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 28.

<sup>519</sup> BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

<sup>520</sup> BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 30 ff.

lungserklärung zu sehen<sup>521</sup>. Um ein Vorkaufsrecht des Mieters entstehen zu lassen, muss die Überlassung an den Mieter indes nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zeitlich vor der nach außen dokumentierten Absicht, Wohnungseigentum begründen zu wollen, erfolgt sein. Daran fehlt es im Streitfall. Denn die Beurkundung der Teilungserklärung erfolgte am 28. September 2010, mithin bereits mehrere Monate vor dem Abschluss des Mietvertrags mit den Mietern (23. November 2010) und deren Besitzerlangung am vereinbarten Tag des Mietbeginns (15. Dezember 2010).

## 20.2 analoge Anwendung auf Realteilung

Die für die Begründung von Wohnungseigentum geltende Bestimmung des § 577 BGB ist auf die Realteilung eines Grundstücks, das mit zu Wohnzwecken vermieteten Reihenhäusern bebaut ist, entsprechend anzuwenden<sup>522</sup>. Dementsprechend kann ein Vorkaufsrecht des Mieters sowohl im Falle der Veräußerung eines Grundstücks nach vollzogener Realteilung (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB analog), die neben einer Teilungserklärung des Grundstückseigentümers - und gegebenenfalls erforderlichen behördlichen Genehmigungen - die Eintragung im Grundbuch voraussetzt<sup>523</sup>, als auch im Falle der Veräußerung eines ungeteilten Grundstücks bei beabsichtigter Realteilung (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB analog) in Betracht kommen<sup>524</sup>.

Ein Vorkaufsrecht des Mieters kann entsprechend § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB bei Veräußerung eines noch ungeteilten Gesamtgrundstücks und beabsichtigter Realteilung nur dann begründet werden, wenn den Anforderungen sinngemäß entsprochen wird, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB im Falle der Veräußerung eines ungeteilten Mehrfamilienhauses und beabsichtigter Begründung von Wohnungseigentum gefordert werden<sup>525</sup>.

---

<sup>521</sup> BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 42 ff.

<sup>522</sup> BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 126/07, NZM 2008, 569 Rz. 8 f.; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 325/09, NJW 2010, 3571 Rz. 14.

<sup>523</sup> vgl. BGH v. 13.12.2012 - V ZB 49/12, NJW-RR 2013, 588 Rz. 5; MünchKomm/Kohler, 6. Aufl., § 890 BGB Rz. 15, 16; Palandt/Bassenge, 75. Aufl., § 890 BGB Rz. 6.

<sup>524</sup> BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 126/07, NZM 2008, 569 Rz. 8 f.; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 325/09, NJW 2010, 3571 Rz. 14.

<sup>525</sup> BGH v. 27.4.2016 - VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.

Das für den Fall der Veräußerung künftigen Wohnungseigentums in § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB angeordnete Vorkaufsrecht soll gerade nicht zum Erwerb des gesamten Grundstücks berechtigen. Ebenso wenig soll der Mieter dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil in einer Bruchteilsgemeinschaft ohne Sondereigentum erwerben. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist vielmehr ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum<sup>526</sup>. Deshalb muss zunächst gewährleistet sein, dass der Mieter einen Anspruch auf die Begründung von Wohnungseigentum erwirbt<sup>527</sup>. Hierfür genügt die Teilungserklärung des Veräußerers gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 8 WEG nicht, denn sie ist bis zur Anlegung der Wohnungsgrundbücher frei widerruflich. Ebenso wenig reicht es aus, dass eine Aufteilung durch den oder die Erwerber durchgeführt werden soll, denn in diesem Fall erwirbt ein das Vorkaufsrecht ausübender Mieter keinen Rechtsanspruch auf Durchführung der Aufteilung<sup>528</sup>. Erforderlich ist vielmehr, dass der Verkäufer als Vorkaufsverpflichteter in dem Kaufvertrag eine Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat<sup>529</sup>. Ob dies der Fall ist, ist dem Kaufvertrag im Wege der Auslegung zu entnehmen. Dabei kann sich bereits aus einer Bezugnahme auf eine erfolgte Teilungserklärung ergeben, dass vom Veräußerer die vollendete Aufteilung geschuldet ist<sup>530</sup>.

Weitere Voraussetzung für das Entstehen eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ist, dass die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohnungseigentumseinheit in dem Kaufvertrag mit dem Dritten bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist<sup>531</sup>.

Die vorgenannten Anforderungen haben sinngemäß auch für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB analog bei einer beabsichtigten Realteilung eines Grundstücks zu gelten, das mit einem zu Wohnzwecken vermieteten Haus bebaut ist<sup>532</sup>. Es reicht also nicht aus, dass der Vermieter das ungeteilte Grundstück an einen Dritten veräußert und dieser

---

<sup>526</sup> BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

<sup>527</sup> BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

<sup>528</sup> BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 24.

<sup>529</sup> BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

<sup>530</sup> BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 23.

<sup>531</sup> BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

<sup>532</sup> BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.



nach dem Erwerb die Realteilung durchführt. Vielmehr muss sich dem Kaufvertrag unter Anwendung der Auslegungsregeln nach §§ 133, 157 BGB entnehmen lassen, dass der Veräußerer auch den Vollzug der Realteilung schuldet und damit der Erwerber gegen den Veräußerer einen Anspruch auf die Begründung eines bestimmten oder wenigstens bestimmbaren Einzelgrundstücks erwirbt, das mit dem angemieteten Wohnhaus bebaut ist. Nur in diesem Fall ist gewährleistet, dass sich die mit der Ausübung des Vorkaufsrechts bewirkte Rechtsstellung des Mieters nicht darin erschöpft, einen sachenrechtlich noch nicht existierenden Gegenstand käuflich zu erwerben, sondern der Mieter die (künftige) Entstehung dieses Kaufgegenstands auch durchsetzen kann, weil ihm gegen den Veräußerer zugleich ein schuldrechtlicher Anspruch auf die Schaffung eines mit dem von ihm genutzten Wohnhaus bebauten Einzelgrundstücks zusteht.

## **21 Zwangsvollstreckung aus § 885a ZPO gegen den Schuldner gemäß ZVG**

Gemäß § 885a Abs. 1 ZPO kann der Vollstreckungsauftrag auf die Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 ZPO beschränkt werden. Die in § 885 Abs. 1 ZPO bestimmte Besitzverschaffung setzt voraus, dass der Schuldner eine unbewegliche Sache herauszugeben oder zu räumen hat.

Der Anwendungsbereich der Vollstreckung gemäß § 885a Abs. 1 ZPO beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen dem Gläubiger ein Vermieterpfandrecht zusteht<sup>533</sup>.

Allerdings hat der BGH vor Einführung des § 885a ZPO ausgesprochen, dass eine auf § 93 Abs. 1 ZVG gestützte Räumung nicht auf die Herausgabe des Grundstücks beschränkt werden kann, weil es für eine Besitzeinweisung ohne Räumung in diesem Fall an einer gesetzlichen Grundlage fehlt<sup>534</sup>. Nach dieser Rechtsprechung konnte ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach § 885 Abs. 1 ZPO nur dann auf die Herausgabe der Wohnung beschränken, wenn er an sämtlichen in den Räumen befindlichen Gegenständen ein Vermieterpfandrecht geltend machte. Der BGH hat dies damit begründet, dass das Vermieter-

---

<sup>533</sup> BGH v. 2.3.2017 – I ZB 66/16, MDR 2017, 788 = WuM 2017, 419 = NZM 2017, 473.

<sup>534</sup> BGH v. 2.10.2012 - I ZB 78/11, NZM 2013, 395 Rz. 17 ff.

pfandrecht Vorrang habe gegenüber der in § 885 Abs. 2 und 3 Satz 1 ZPO bestimmten Entfernung der beweglichen Sachen, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung seien. Wenn ein Vermieterpfandrecht geltend gemacht werde, würden die schutzwürdigen Belange des Vollstreckungsschuldners nicht in einem Ausmaß betroffen, dass von einer auf die Herausgabe begrenzten Zwangsvollstreckung abzusehen sei<sup>535</sup>. Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Vollstreckung eines Zuschlagsbeschlusses nach § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG hat der BGH abgelehnt. Wenn sich der Gläubiger - anders als bei Bestehen eines Vermieterpfandrechts - nicht auf ein Recht zur Inbesitznahme hinsichtlich der in der Wohnung befindlichen Sachen berufen könne, fehle es an einem vorrangigen Recht des Gläubigers, das der nach § 885 Abs. 2 und 4 ZPO gerade auch im Interesse des Schuldners vorgesehenen Entfernung der Sachen entgegenstehe<sup>536</sup>.

Diese Rechtsprechung ist durch die Einführung des § 885a ZPO überholt<sup>537</sup>. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber eine allgemein gültige, nicht auf die Fälle des Bestehens eines Vermieterpfandrechts beschränkte gesetzliche Grundlage für eine auf die Herausgabe unbeweglicher Sachen beschränkte Vollstreckungsmöglichkeit geschaffen. Die Vorschrift ist deshalb auch auf die Räumungszwangsvollstreckung eines Zuschlagsbeschlusses gemäß § 93 Abs. 1 ZVG anwendbar<sup>538</sup>. Für die Annahme eines eingeschränkten Anwendungsbereichs der Bestimmung des § 885a ZPO auf den Fall, dass dem Gläubiger ein Vermieterpfandrecht zusteht, besteht kein Anlass.

Dem Wortlaut des § 885a ZPO lässt sich keine Einschränkung auf Vollstreckungen bei Bestehen eines Vermieterpfandrechts entnehmen. Gemäß § 885a Abs. 1 ZPO sind Vollstreckungsaufträge vielmehr allgemein auf Maßnahmen

---

<sup>535</sup> vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1384 Rz. 9 f.; BGH, NZM 2013, 395 Rz. 18 m.w.N.

<sup>536</sup> BGH, NZM 2013, 395 Rz. 19.

<sup>537</sup> BGH v. 2.3.2017 – I ZB 66/16, MDR 2017, 788 = WuM 2017, 419 = NZM 2017, 473.

<sup>538</sup> ebenso Zöller/Stöber, 31. Aufl., § 885a ZPO Rz. 2; Lackmann in Musielak/Voit, 14. Aufl., § 885a ZPO Rz. 1; Gruber in MünchKomm, § 885a ZPO Rz. 6; Saenger/Kießling, 7. Aufl., § 885a ZPO Rz. 4; Stürner in BeckOK, 23. Edition, Stand 1.12.2016, § 885a ZPO Rz. 2; Hilbig-Lugani in Prütting/Gehrlein, 8. Aufl., § 885a ZPO Rz. 2; Rensen in Wieczorek/Schütze, 4. Aufl., § 885a ZPO Rz. 1; Lehmann-Richter in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 885a ZPO Rz. 4; Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 885a ZPO Rz. 3; Bendtsen in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 885a ZPO Rz. 2, 4; Hintzen in Dass-

nach § 885 Abs. 1 ZPO beschränkbar, so dass auf Zuschlagsbeschlüsse gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG gestützte Vollstreckungsaufträge erfasst werden.

Gegen einen eingeschränkten Anwendungsbereich des § 885a ZPO spricht auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der Gesetzgeber wollte mit dieser - abweichend von dem Konzept der "Berliner Räumung" - eine vereinfachte Räumung ermöglichen, die gerade nicht voraussetzt, dass der Gläubiger sein Vermieterpfandrecht an den in die Räume eingebrachten Gegenständen des Schuldners ausübt<sup>539</sup>. Unerheblich ist deshalb auch der von der Rechtsbeschwerde hervorgehobene Umstand, dass die Vorschrift des § 885a ZPO im Rahmen eines "Mietrechtsänderungsgesetzes" eingeführt wurde.

Der Sinn und Zweck des § 885a ZPO spricht ebenfalls gegen eine auf Räumungen durch den Vermieter beschränkte Anwendung der Vorschrift. Die Einführung dieser Bestimmung ermöglicht es dem Gläubiger, die mit der Räumungsvollstreckung gemäß § 885 ZPO verbundenen hohen Transport- und Lagerkosten zu vermeiden und damit den Kostenvorschuss für die Vollstreckung ganz erheblich zu reduzieren<sup>540</sup>. Ein Bedürfnis zur Kostenreduzierung bei der Räumungsvollstreckung ist jedoch nicht auf die Fälle der Vollstreckung durch einen Vermieter beschränkt, sondern besteht in gleicher Weise bei der Vollstreckung anderer Räumungstitel wie etwa eines Zuschlagsbeschlusses gemäß § 93 Abs. 1 ZVG<sup>541</sup>.

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde sind durch die Anwendung des § 885a ZPO außerhalb der Vollstreckung durch Vermieter gegen Mieter die verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Schuldners nicht in einem Ausmaß betroffen, dass von einer auf die Herausgabe begrenzten Zwangsvollstreckung im Sinne dieser Bestimmung abzusehen ist.

---

ler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, 15. Aufl., § 93 ZVG Rz. 4; *Majer*, NZM 2012, 67 (70); *Schuschke*, NZM 2012, 209 (212 f.); *Flatow*, NZW 2013, 1185 (1191).

<sup>539</sup> vgl. Regierungsentwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. 17/10485, S. 31; vgl. auch *Walker* in *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 885a ZPO Rz. 3; *Lehmann-Richter* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 12. Aufl., § 885a ZPO Rz. 3.

<sup>540</sup> vgl. Regierungsentwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. 17/10485, S. 15; BGH v. 23.10.2014 - I ZB 82/13, NJW 2015, 2126 Rz. 16.

<sup>541</sup> vgl. *Lehmann-Richter* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 12. Aufl., § 885a ZPO Rz. 5; *Lehmann-Richter*, NZM 2014, 257 (261).

