



Aktuelles Mietrecht 2018

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Lehrbeauftragter an der TH Köln

✉ Aachener Str. 1053-1055, 50958 Köln

✉ luetzenkirchen@ld-ra.de

☎ 0221-1792910

INHALT

I. Einblick	1
II. Aktuelles Mietrecht	1
1 Der Anspruch auf Rückzahlung der Barkaution.....	1
1.1 Gläubiger des Anspruchs	2
1.2 Schuldner des Rückzahlungsanspruchs.....	3
1.3 Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs.....	3
1.4 Modalitäten der Erfüllung (Aufrechnung).....	8
1.4.1 Allgemeines	8
1.4.1.1 Zeitpunkt der Auflösung des Sparbuchs	8
1.4.1.2 Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs	9
1.4.2 Verrechnungen des Mieters	12
1.4.3 Aufrechnung mit kautionsfremden Ansprüchen	12
1.5 Rechtsfolgen der Kautionsabrechnung	14
1.6 Verjährung	15
2 Mietvertrag	15
2.1 Gefälligkeitsmiete?	15
2.2 Vertragszweck bei öffentlicher Verwaltung.....	19
2.3 Auslegung von AGB	22
2.4 wirksame Klausel zur Betriebspflicht.....	23
3 vertragsgemäßer Gebrauch	29
3.1 Verhinderung der Untervermietung	29
4 Miete	30
4.1 Bereicherungsanspruch des Jobcenters	30
5 Schönheitsreparaturen	35
5.1 Zuschlag für Schönheitsreparaturen	35
5.2 unwirksame Klausel im preisgebundenen Wohnraum	36
6 Gewährleistung.....	40
6.1 öffentlich-rechtlicher Mangel	40
6.2 Verschulden für Wasserschaden	41
6.3 Selbsthilfe zur Vermeidung von Schäden.....	42
7 Fortsetzung des Mietvertrages, § 545 BGB	43

7.1	Konkludenter Widerspruch	43
8	Verjährung	44
8.1	Verjährung von Unterlassungsansprüchen	44
8.2	verjährungsverlängernde Klauseln	46
9	Schriftform	51
9.1	Geltendmachung eines Leistungsvorbehalts	51
9.2	Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Formmangel	53
10	Kaution	54
10.1	Enthftungserklärung befreit auch die Kaution	54
10.2	Sicherheit nach § 22 UmwG	56
11	Modernisierung	60
11.1	Duldung von Grundrissänderungen?	60
12	Mieterhöhung	61
12.1	Konkludente Zustimmung.....	61
12.2	Zulässigkeit einer Stichtagsdifferenz	64
12.3	Mietänderungserklärung bei der Indexmiete	68
13	Betriebskosten	69
13.1	überraschende Kosten der Instandsetzung und der Verwaltung.....	69
13.2	Abrechnungspflicht	74
13.2.1	bei vermieteter Eigentumswohnung.....	74
13.3	Umfang der Belegeinsicht	82
13.4	Rechtsfolge des Zurückbehaltungsrechts	85
14	Heizkosten	86
14.1	Pauschale entgegen § 2 HeizkV	86
15	Vermieterpfandrecht	88
15.1	Anwendbarkeit des § 1006 BGB	88
15.2	Erlöschen durch Entfernen eines Fahrzeugs	91
16	Vermieterwechsel	97
16.1	analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB	97
16.2	Vermieterwechsel während des Räumungsrechtstreits	104
17	Beendigung des Mietvertrages	104
17.1	§ 565 BGB	104

17.1.1	bei Wohnraumförderungsvertrag.....	104
17.2	Fristgerechte Kündigung	108
17.2.1	Betriebsbedarf	108
17.2.2	Anbieten der eigenen Wohnung?.....	119
17.2.3	Vorratskündigung bei der Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB.....	120
17.2.4	Nachteil i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB.....	121
17.3	außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist.....	124
17.3.1	§ 563 Abs. 4 BGB bei finanzieller Leistungsunfähigkeit?.....	124
17.4	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	129
17.4.1	unpünktliche Mietzahlung	129
17.4.2	Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB	131
17.4.3	Miete i.S.v. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Minderung	133
17.4.4	Erlöschen der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB.....	135
17.4.5	Leistungsunfähigkeit und Verzug	136
17.4.6	Schonfristzahlung und fristgerechte Kündigung	140
17.5	Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	140
17.6	Umdeutung einer fristlosen in eine fristgerechte Kündigung.....	142
18	Räumung und Rückgabe.....	143
18.1	Scheinbestandteil: eingefügte verbrauchte Sache.....	143
18.2	Herausgabeanspruch des Mieters gegen den Untermieter.....	146
19	Nutzungsentschädigung	147
19.1	Vorenthaltung	147
19.2	Vorenthaltung und Vermieterpfandrecht.....	150
19.3	Nutzungsentschädigung nach §§ 812 ff. BGB.....	151
20	Schadensersatz	152
20.1	Rückgabe mit Beschädigungen.....	152
20.2	Mietausfallschaden nach einstweiliger Verfügung	158
20.3	Mietausfallschaden bei befristetem Mietvertrag	159
21	Vorkaufsrecht.....	161
21.1	§ 577 Abs. 1 Variante 2 BGB.....	161
21.2	analoge Anwendung auf Realteilung.....	163
22	Zwangsvollstreckung.....	165

22.1	165
22.2	Zwangsvollstreckung aus § 885a ZPO gegen den Schuldner gemäß ZVG.....172
22.3	Einstweilige Verfügung gegen Dritte bei Vermietung von Gewerberaum174
23	Zwangsverwaltung.....177
23.1	schuldrechtliches Wohnrecht.....177
24	Streitwert178
24.1	Klage auf Zustimmung zur Tierhaltung178
25	Datenschutz im Mietrecht181
25.1	Auszug aus der EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO)181
25.2	Brührungspunkte des Mietrechts zum Datenschutz188
25.2.1	Selbstauskunft des Mieters188
25.2.2	Belegprüfung bei Betriebskosten191

I. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2017/18 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und einiger Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Diese wurden, soweit möglich, in den Text eingearbeitet. Die vollständige Erfassung der Rechtslage kann diese Darstellung aber nicht ersetzen. Neben den weiterführenden Zitaten im Text und der einschlägigen Literatur kann insoweit auf meinen kalenderjährlichen Überblick verwiesen werden, der unter

www.ld-ra.de/news

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

II. Aktuelles Mietrecht

1 Der Anspruch auf Rückzahlung der Barkaution

Durch die Leistung der Kaution entsteht ein Treuhandverhältnis zwischen den Parteien. Diese Treuhandabrede enthält bereits den durch das Mietende aufschiebend bedingten Rückzahlungsanspruch¹. Tritt also das Mietende ein, entsteht der Rückzahlungsanspruch durch Eintritt der aufschiebenden Bedingung, seine Fälligkeit ist vom Ablauf der (angemessenen) Prüfungsfrist abhängig². Auch wenn der Anspruch nur in der Höhe entsteht, bis zu der dem Vermieter Gegenansprüche zustehen, trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für seine Gegenforderungen³. Da der Mieter den Rückforderungsanspruch auch im Urkundenprozess geltend machen kann, wozu er in der Regel eine Quittung über die Zahlung benötigt, muss der Vermieter seine Gegenansprüche in diesem Fall durch Urkunden belegen.

¹ BGH v. 24.3.1999 – XII ZR 124/97, MDR 1999, 988 = WuM 1999, 397 = ZMR 1999, 537; BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, MDR 1982, 925 = WuM 1982, 240 = NJW 1982, 2186; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 551 BGB Rz. 95; *Emmerich/Sonnenschein*, § 551 BGB Rz. 22..

² Zur Formulierung der entsprechenden Klageanträge vgl. *Lehmann-Richter*, WuM 2014, 8 (10).

³ *Ludley*, NZM 2013, 777 (780).

1.1 Gläubiger des Anspruchs

Der Kautionsrückzahlungsanspruch ist grundsätzlich vom Mieter, also bei mehreren Mietern von allen geltend zu machen⁴, und zwar mit Zahlung an alle Berechtigten⁵. Die (alleinige) Aktivlegitimation der Personenmehrheit besteht auch dann, wenn die Sicherheit nur von einem Mieter geleistet wurde⁶. Wurde allerdings die Kautionsrückzahlung nach Beendigung eines Mietvertrages mit zwei Mietern auf den neuen Mietvertrag mit nur einem Mieter übertragen, ist auch nur dieser Mieter Gläubiger der Rückzahlung⁷. Hat die Gemeinde/das Sozialamt oder eine sonstige Behörde zu Beginn des Vertrages die Kautionsrückzahlung für beide Mieter gezahlt, soll die Abtretung eines Mieters ausreichen, um die Aktivlegitimation der Gemeinde zu begründen, jedenfalls dann, wenn die Kautionsrückzahlung für den Mieter erfolgt, welcher sodann seinen Kautionsrückzahlungsanspruch abtritt⁸. Die Aktivlegitimation der Mieter ist grundsätzlich nicht mehr gegeben, wenn einer der Mieter während der Mietzeit in Insolvenz gefallen ist⁹. Hat der Insolvenzverwalter die Wohnung des Schuldners (Mieters) nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO frei gegeben, erfasst die Freigabe auch den (aufschiebend bedingten) Anspruch auf Rückzahlung der Kautionsrückzahlung¹⁰, so dass der Mieter (wieder) aktiv legitimiert ist.

Ist einer von mehreren Mietern während der Mietzeit ausgezogen, ist zu differenzieren. Wurde der Mietvertrag unter Ausscheiden des ausgezogenen Mieters mit dem/den verbliebenen Mieter/n fortgesetzt, sind grundsätzlich die Verbliebenen allein klagebefugt. Dafür spricht in der Regel, wenn der Vermieter nach einer Bitte um Entlassung die Korrespondenz mit der/den Verbliebenen weiterführt, insbesondere rechtsgeschäftliche Erklärungen nur diesen gegenüber abgibt¹¹. Lehnt der Vermieter ein Ausscheiden (schlüssig) ab, muss der Anspruch von allen geltend gemacht oder jedenfalls Zahlung an alle verlangt werden.

⁴ KG v. 2.2.2012 – 8 U 193/11, ZMR 2012, 695.

⁵ LG Flensburg v. 9.10.2008 – 1 S 56/08, GE 2009, 717.

⁶ KG v. 2.2.2012 – 8 U 193/11, ZMR 2012, 695.

⁷ AG München v. 3.12.2013 – 433 C 23094/13, ZMR 2014, 374.

⁸ AG Pinneberg v. 5.12.2003 – 66 C 202/03, ZMR 2004, 276.

⁹ AG Brandenburg v. 25.4.2012 – 31 C 175/10, GE 2012, 758.

¹⁰ BGH v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, GE 2017, 587.

¹¹ LG Berlin v. 20.7.2010 – 63 S 632/09, GE 2011, 266.

Verstirbt der Mieter und wird das Mietverhältnis nach § 563 BGB fortgesetzt, wird der Eintretende Gläubiger des Rückzahlungsanspruchs. Das Gleiche gilt für den überlebenden Mitmieter i.S.d. § 563a BGB¹². Nach dessen Tod treten dessen Erben nach § 564 BGB auch in die Kautionsabrede ein, solange keine Berechtigten i.S.v. § 563 BGB vorhanden sind.

1.2 Schuldner des Rückzahlungsanspruchs

Der Rückzahlungsanspruch richtet sich gegen den Vermieter. Mehrere Vermieter haften als Gesamtschuldner nach den §§ 421 ff. BGB. Selbst wenn die Kautionsleistung an den Hausverwalter geleistet wurde, kann von ihm keine Rückforderung verlangt werden¹³, wenn nicht die Voraussetzungen für eine persönliche Haftung z.B. nach § 311 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB vorliegen.

Der Zwangsverwalter haftet auf Rückzahlung, wenn die Zwangsverwaltung vor Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs eingerichtet wird, und zwar unabhängig davon, ob er die Kautionsleistung (vom Schuldner) erhalten hat¹⁴. Seine Rückgewähspflicht erstreckt sich auch auf die Zinsen, selbst wenn sie nicht erwirtschaftet wurden¹⁵. Erwirbt der Mieter das Objekt in der Zwangsversteigerung selbst durch Zuschlag, besteht kein Anspruch gegen den Zwangsverwalter, und zwar auch kein Schadensersatzanspruch¹⁶. Der Mietvertrag erlischt durch Konfusion¹⁷.

Im Falle des Vermieterwechsels richtet sich die Rechtslage nach § 566a BGB. Insoweit besteht kein Hindernis für den (bisherigen) Vermieter, sich aus der Kautionsleistung zu befriedigen, selbst wenn er die Erklärung erst nach dem Vermieterwechsel abgegeben hat¹⁸.

1.3 Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs

Der Anspruch auf Rückzahlung der Mietsicherheit wird grundsätzlich erst fällig, wenn dem Vermieter keine Forderungen mehr aus dem Mietvertrag zustehen,

¹² AG Düsseldorf v. 18.8.2011 – 50 C 3305/11, ZMR 2012, 629.

¹³ LG Kaiserslautern v. 9.4.2002 – 1 S 12/02, WuM 2003, 630.

¹⁴ BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 11/03, WuM 2003, 630.

¹⁵ AG Wetzlar v. 15.3.2011 – 38 C 987/10, WuM 2012, 376.

¹⁶ BGH v. 9.6.2010 – VIII ZR 189/09, MDR 2010, 916 = NZM 2010, 698.

¹⁷ BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 13/08, NJW 2009, 1076 = WuM 2009, 127 = GE 2009, 260 = NZM 2009, 151.

¹⁸ OLG Frankfurt v. 15.4.2011 – 2 U 192/10, GE 2011, 885.

wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen kann¹⁹. Um dies feststellen zu können, wird dem Vermieter nach Beendigung des Mietvertrages eine angemessene Frist zur Prüfung²⁰ und Entscheidung, ob und inwieweit der Vermieter die Kautions für seine Forderungen aus dem Mietvertrag und dessen Abwicklung in Anspruch nehmen will²¹, eingeräumt. Diese Zeitspanne kann ohne weiteres sechs Monate dauern²². Aus dem Zweck der Prüfungsfrist folgt, dass sie solange dauert, bis der Vermieter seine Ansprüche dem Grunde nach ermitteln und die Höhe in etwa nach Erfahrungswerten bestimmen kann, so dass der Mieter ersehen kann, ob und ggf. in welchem Umfang eine sofortige Rückzahlung stattfindet und/oder die Kautions für Ansprüche verbraucht werden soll. Umso mehr ist der Mieter aber nicht berechtigt, seine Kautions durch Nichtzahlung der Miete in den letzten Monaten „abzuwohnen“²³.

Die Prüfungsfrist ist mit sechs Monaten nicht starr festgelegt. Vielmehr ist der Vermieter berechtigt, die Kautions (ausnahmsweise) auch länger einzubehalten, wenn nach wie vor mögliche Ansprüche im Raum stehen, die ein besonderes Sicherheitsbedürfnis rechtfertigen²⁴. Denn die Kautions sichert auch künftige Ansprüche des Vermieters²⁵. Deshalb ist die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs solange gehindert, wie ernsthafte nicht bezifferbare Gegenansprüche in Betracht kommen. Diese liegen z.B. vor, wenn die Abwicklung eines vom Mieter verursachten Wasserschadens längere Zeit in Anspruch nimmt²⁶. Andererseits verlängert sich die Prüfungsfrist nicht dadurch, dass der Vermieter seine Ansprüche noch nicht der Höhe nach vollständig bestimmen kann. Es reicht aus, dass sie bestimmbar sind, wie z.B. die Nachforderung aus einer zukünfti-

¹⁹ BGH v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, MDR 2016, 1323 = WuM 2016, 620 = NZM 2016, 762 mit Anm. *Ludley*; BGH v. 24.3.1999 – XII ZR 124/97, MDR 1999, 988 = WuM 1999, 397 = ZMR 1999, 53; *Häublein*, ZMR 2017, 445 (453).

²⁰ BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 71/05, MDR 2006, 1100 = GE 2006, 510 = NZM 2006, 343 m.w.N.

²¹ OLG Düsseldorf v. 28.9.2006 – 10 U 61/06, GE 2006, 1613 = ZMR 2007, 269 = OLGR 2007, 302.

²² LG Berlin v. 30.12.2010 – 65 S 139/10, GE 2011, 268; LG Ulm v. 19.12.2007 – 1 S 164/07, DWW 2008, 96; LG Darmstadt v. 7.9.2005 – 7 S 72/05, WuM 2006, 708; AG Potsdam v. 30.8.2007 – 23 C 76/06, ZMR 2011, 48.

²³ AG München v. 7.4.2016 – 432 C 1707/16, ZMR 2017, 69.

²⁴ LG Köln v. 20.9.2006 – 10 S 78/05, Info M 2007, 110; OLG Düsseldorf v. 19.6.2007 – 24 U 55/07, OLGR 2008, 513 = ZMR 2008, 708 (33 Monate).

²⁵ BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 71/05, MDR 2006, 1100 = GE 2006, 510 = NZM 2006, 343 m.w.N.

²⁶ AG Hamburg-Blankenese v. 18.7.2012 – 531 C 347/11, ZMR 2012, 783.

gen Betriebskostenabrechnung²⁷. Ist das der Fall, kann der Vermieter abrechnen und hinsichtlich des bestimmbaren Teils der Kautionsrückbehaltungsrecht geltend machen. Bei einer zu erwartenden Nachforderung aus einer künftigen Betriebskostenabrechnung kann er sich z.B. am Saldo der letzten Abrechnung orientieren und einen Sicherheitszuschlag vornehmen. Liegt ihm hinsichtlich auszuführender Maßnahmen ein Kostenvoranschlag vor, kann er das Zurückbehaltungsrecht an dessen Höhe orientieren und ebenfalls einen Sicherheitsbetrag aufschlagen.

Kann der Vermieter schon früher abrechnen, z.B. weil er dem Mieter alle Ansprüche mitgeteilt hat, wird der Rückzahlungsanspruch in diesem Zeitpunkt fällig, sofern keine Gegenansprüche mehr bestehen²⁸. Eine Prüfungsfrist entfällt völlig, wenn der Vermieter – insbesondere stillschweigend – zu erkennen gegeben hat, dass er die Kautionsrückbehaltung nicht mehr in Anspruch nehmen will. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn der Vermieter bei der Rückgabe erklärt, die Wohnung befinde sich in einem ordnungsgemäßen Zustand. Hier ist es ihm verwehrt, wegen Schadensersatzansprüchen auf die Kautionsrückbehaltung zurückzugreifen, wenn er nachträglich feststellt, dass noch Ansprüche aus dem Rückgabezustand hergeleitet werden könnten. Das soll erst recht gelten, wenn die Kautionsrückbehaltung – vorbehaltlos – ganz oder teilweise zurückgezahlt wird²⁹, obwohl der Vermieter zuvor deutlich gemacht hat, dass seine Ansprüche jedenfalls höher sind als der noch einbehaltene Betrag. Ansonsten muss auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden, inwieweit das Verhalten des Vermieters geeignet ist, einen Verzicht auf die Inanspruchnahme der Kautionsrückbehaltung zu begründen. Das kommt bei Verpfändung eines Sparbuchs in Betracht, wenn der Vermieter das Sparbuch an den Mieter herausgibt. Darin liegt die (stillschweigende) Abtretung, so dass auch ein Anspruch auf Freigabe besteht³⁰. Andererseits muss jedenfalls bei Wohnraum, für den §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG gelten, berücksichtigt werden, dass die Kautionsrückbehaltung ohnehin nur für Ansprüche gilt, die aus der Beschädigung der Mietsache oder unterlassenen Schönheitsreparaturen resultieren.

²⁷ AG Bergheim v. 6.10.2011 – 24 C 162/11, n.v.

²⁸ OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 – I-10 U 46/03, WuM 2003, 621.

²⁹ OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 – 24 U 133/00, WuM 2001, 439 = ZMR 2001, 962 = NZM 2001, 893; OLG München v. 14.7.1989 – 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20; AG Tiergarten v. 16.5.2007 – 4 C 592/06, GE 2007, 855.

³⁰ LG Augsburg v. 23.2.2010 – 4 S 3445/09, WuM 2011, 366.

Bei der Annahme eines Verzichts des Vermieters auf Inanspruchnahme der Kautionsrückzahlung ist Vorsicht geboten: denn an die Feststellung eines Verzichtswillens, der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen³¹. Gerade bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsvernichtend gewertet werden sollen, ist das Gebot einer interessengerechten Auslegung zu beachten und haben die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung. Wenn feststeht oder davon auszugehen ist, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. Das bildet in solchen Fällen die Ausnahme³². Die Partei, die sich auf einen Ausnahmefall beruft, muss deshalb einen nachvollziehbaren Grund darlegen, warum der Forderungsinhaber bereit gewesen sein sollte, auf seine Forderung zu verzichten³³. Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggf. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten³⁴. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kautionsrückzahlung nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusammenhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein unzweideutiges Verhalten voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall einer ausdrücklichen Willenserklärung. Das Vermierverhalten kann auch den Umständen nach (§§ 133, 157 BGB) als konkludenter Verzicht oder Erlass zu werten sein. In Betracht kommt, dass damit nicht berücksichtigte Forderungen des Vermieters erlassen werden³⁵, wenn dieser ein Mietverhältnis unter Berücksichtigung der Kautionsrückzahlung abrechnet und er das Abrechnungsguthaben an den Mieter auszahlt. Als weitere Option ist denkbar, dass der Vermieter durch eine vorbehaltlose Rückzahlung der

³¹ z.B. BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 353/07, MDR 2008, 1051 = NJW 2008, 2842; BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris.

³² BGH v. 15.1.2002 - X ZR 91/00, MDR 2002, 749 = NJW 2002, 1044.

³³ BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris; BGH v. 10.5.2001 - VII ZR 356/00, MDR 2001, 859 = NJW 2001, 2325.

³⁴ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

³⁵ OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, ZMR 2001, 962.

Kaution trotz erkannter oder zumindest leicht erkennbarer Mängel in der Regel aus der Sicht des Mieters schlüssig zu erkennen gibt, dass er den Zustand der Mietsache als vertragsgemäß anerkennt und insoweit auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet³⁶.

Ist die angemessene Prüfungsfrist im Einzelfall abgelaufen, entfällt ein etwaiges „Recht“ an der Kaution³⁷, sofern der Vermieter keine Abrechnung erteilt oder relevante Gründe für eine spätere Abrechnung darlegt. Letzteres ist nicht deshalb gegeben, weil noch über geleistete Betriebskostenvorauszahlungen abzurechnen ist³⁸. Vielmehr entsteht insoweit - vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen - ein Zurückbehaltungsrecht, das spätestens mit Eintritt der Abrechnungsreife hinsichtlich der Vorauszahlungen entfällt³⁹. Das Zurückbehaltungsrecht soll ausnahmsweise entfallen, wenn für eine Nachforderung das Jobcenter einstandspflichtig ist⁴⁰.

Der Höhe nach ist der Einbehalt nicht auf den Betrag einer Monatsmiete beschränkt⁴¹, sondern orientiert sich an der Nachforderung aus der letzten Abrechnung zzgl. eines Sicherheitszuschlages für eingetretene Erhöhungen⁴². Endete die letzte Abrechnung mit einem Guthaben, entfällt das Zurückbehaltungsrecht nicht grundsätzlich⁴³. Vielmehr kommt es auf die Höhe des Sicherheitszuschlages an, der sich an den bekannten Preissteigerungen orientiert.

Macht der Mieter den Rückzahlungsanspruch verfrüht geltend, kann darin eine Nebenpflichtverletzung liegen, die über § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser greift jedenfalls durch, wenn der Vermieter bereits sechs Wochen nach Ende der Mietzeit zur Rückgabe der Sicherheit aufgefordert wird⁴⁴. Ansonsten ist bei der Prüfung des Verschuldens darauf abzustellen, inwieweit der Mieter davon ausgehen konnte, dass die Prüfungsfrist bereits abgelaufen ist.

³⁶ OLG München v. 14.07.1989 - 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20.

³⁷ OLG Düsseldorf v. 15.11.2001 - 10 U 142/00, ZMR 2002, 109.

³⁸ BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 71/05, WuM 2006, 197 = NJW 2006, 1422; OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 - 10 U 58/09, IMR 2010, 134.

³⁹ OLG Düsseldorf v. 12.6.2001 - 24 U 168/00, ZMR 2002, 37.

⁴⁰ AG Saarbrücken v. 23.8.2017 - 4 C 348/16 (04), WuM 2017, 634 (zweifelhaft).

⁴¹ A.A. AG Köln v. 9.8.2004 - 201 C 169/02, WuM 2004, 609.

⁴² Häublein, ZMR 2017, 445 (451).

⁴³ A.A. AG Krefeld v. 12.6.2007 - 12 C 301/06, zitiert nach juris.

⁴⁴ LG Würzburg v. 20.4.2011 - 43 S 67/11, Info M 2011, 274.

1.4 Modalitäten der Erfüllung (Aufrechnung)

1.4.1 Allgemeines

Der bloße Rückzahlungsanspruch wird im Wege der Erfüllungsklage (Zahlungsklage) geltend gemacht. Ihr muss grundsätzlich eine Abrechnung des Vermieters vorausgehen, in der er nicht nur den Gesamtbetrag der durch die angewachsenen Zinsen erhöhten Kautionsanzahlung anzugeben hat, sondern den Betrag der Zinsen gesondert auswerfen muss⁴⁵. Auf diese Abrechnung hat der Mieter einen Anspruch, dessen Inhalt sich nach § 259 BGB richtet und daher auch im Wege der Stufenklage verfolgt werden kann. In der Abrechnung kann der Vermieter seine Gegenansprüche aufführen und im Wege der Aufrechnung in Abzug bringen. Werden durch die Auflösung des Sparbuchs Kosten (z.B. Bankgebühren) ausgelöst, hat diese der Mieter im notwendigen Umfang zu tragen⁴⁶.

1.4.1.1 Zeitpunkt der Auflösung des Sparbuchs

Der Zweck der Kautionsstellung liegt vor allem darin, den Vermieter hinsichtlich seiner Ansprüche aus dem Mietvertrag (in begrenztem Umfang) abzusichern und sich auf vereinfachte Weise schnell befriedigen zu können⁴⁷. Trotz dieses Sicherungszwecks kann sich der Vermieter bei streitigen Ansprüchen nicht vor Austragung eines Streites über die Berechtigung seiner Ansprüche aus der Kautionsanzahlung befriedigen⁴⁸. Vielmehr steht ihm bis zur Entscheidung über die Begründetheit seiner Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht zu⁴⁹. Demnach kann er den Liquiditätsvorteil, der durch eine Auflösung herbeigeführt wird, erst generieren, wenn er eine Abrechnung über die Kautionsanzahlung erteilt hat⁵⁰ und seine Forderungen unstreitig, entscheidungsreif oder rechtskräftig festgestellt sind⁵¹. An-

⁴⁵ AG Frankenthal v. 30.10.2014 – 3a C 270/14, ZMR 2016, 295.

⁴⁶ AG Frankenthal v. 30.10.2014 – 3a C 270/14, ZMR 2016, 295.

⁴⁷ LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164.

⁴⁸ BGH v. 9.6.2015 - VIII ZR 324/14, WuM 2015, 549 = NZM 2015, 736; BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 36/12, WuM 2012, 502 Rz. 10; LG Darmstadt v. 11.9.2007 – 25 S 135/07, WuM 2008, 726.

⁴⁹ LG Halle v. 25.9.2007 – 2 S 121/07, NZM 2008, 685; LG Darmstadt v. 11.9.2007 – 25 S 135/07, WuM 2008, 726; Staudinger/*Emmerich*, § 551 BGB Rz. 31; a.A. LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164.

⁵⁰ KG v. 9.9.2013 – 8 U 254/12, GE 2013, 1586, das dem Vermieter aber bei vorfälliger Inanspruchnahme der Kautionsanzahlung ein Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 390, 273 BGB zuerkennt, solange die Abrechnung noch nicht vorliegt.

⁵¹ LG Berlin v. 20.7.2017 – 67 S 111/17, WuM 2017, 527 = ZMR 2017, 730 = GE 2017, 1096; LG Halle v. 25.9.2007 – 2 S 121/07, NZM 2008, 685.

denfalls wird dem Mieter das Insolvenzrisiko des Vermieters überbürdet, was durch § 551 Abs. 2 BGB gerade verhindert werden soll. Dieser Grundsatz tritt bei streitigen Forderungen nicht hinter den Zweck, dem Vermieter eine vereinfachte Befriedigungsmöglichkeit zu verschaffen zurück⁵².

Der Mieter kann deshalb auch im Wege der einstweiligen Verfügung verhindern, dass der Vermieter die Kautions bei Fälligkeit in Anspruch nimmt, weil nach seiner Auffassung keine aufrechenbaren Ansprüche bestehen⁵³. Zwar tritt mit dem Mietende die aufschiebende Bedingung, unter der der Rückzahlungsanspruch aus der Treuhandabrede steht⁵⁴, ein und der Rückzahlungsanspruch entsteht. Seine Fälligkeit ist aber noch vom Ablauf der Prüfungsfrist und der Abrechnung abhängig. Solange besteht die Treuhandabrede und die daraus resultierende Pflicht zur insolvenzfesten Anlegung aus § 551 Abs. 3 BGB fort. Insoweit spielt es für den Erlass einer einstweiligen Verfügung keine Rolle, ob die Ansprüche des Vermieters streitig sind. Dies gilt auch, wenn die Parteien vereinbart haben, dass sich der Vermieter jederzeit aus der Kautions befriedigen kann⁵⁵. Denn eine solche Klausel ist unwirksam.

1.4.1.2 Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs

Der Rückzahlungsanspruch erlischt durch Erfüllung, spätestens also durch Herausgabe der Sicherheit an den Mieter oder sonstigen Berechtigten. Der Anspruch kann nur in der Form verlangt und erfüllt werden, in der die Kautions vom Vermieter erlangt wurde. Deshalb kann z.B. keine Rückzahlung verlangt werden, wenn eine Bürgschaft überlassen wurde⁵⁶.

In der Regel erklärt der Vermieter zumindest teilweise die Aufrechnung gegenüber dem Rückzahlungsanspruch, wenn ihm eigene Ansprüche zustehen. Im Hinblick auf § 387 BGB müssen dafür seine Ansprüche fällig sein. Für den Kau-

⁵² a.A. LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164.

⁵³ OLG Karlsruhe v. 18.8.2008 – 8 W 34/08, MDR 2009, 320 = ZMR 2009, 120 = NJW-RR 2009, 514; LG Berlin v. 20.7.2017 – 67 S 111/17, WuM 2017, 527 = ZMR 2017, 730 = GE 2017, 1096.

⁵⁴ BGH v. 8.7.1982 – VIII AZR 3/82, MDR 1982, 925 = WuM 1982, 240 = NJW 1982, 2186.

⁵⁵ LG Potsdam v. 21.1.2007 – 11 S 192/06, 2007, GE 1253.

⁵⁶ LG Kaiserslautern v. 9.4.2002 – 1 S 12/02, WuM 2003, 630.

tionsrückzahlungsanspruch ist es ausreichend, wenn er erfüllbar ist⁵⁷. Dies ist – vorbehaltlich anderer Bestimmungen im Mietvertrag – ab Mietende der Fall.

Zur wirksamen Aufrechnung gehört eine Aufrechnungserklärung gegenüber dem Mieter. Diese kann stillschweigend abgegeben werden und wird oftmals in der Übersendung der Kautionsabrechnung zu sehen sein. Dies setzt aber voraus, dass die Aufrechnungserklärung zumindest inhaltlich bestimmbar ist und die Ansprüche identifizierbar dem Grund und der Höhe nach angegeben werden. Eine Reihenfolge der Verrechnung muss aber grundsätzlich nicht erklärt werden, denn im Zweifel gelten über § 396 BGB die §§ 366 Abs. 2, 367 BGB⁵⁸. Deshalb ist das Kautionsguthaben zunächst gegen fällige Nebenkostennachforderungen und erst dann auf die restliche Miete zu verrechnen⁵⁹, sofern der Vermieter die Verrechnungsreihenfolge bei der Kautionsabrechnung nicht bestimmt hat.

Ohne weitere Anhaltspunkte erlischt der Rückzahlungsanspruch noch nicht dadurch, dass der Vermieter eine Forderungsaufstellung an einen Dritten (z.B. den Bürgen) übermittelt. Deshalb kann er die vereinnahmte Kautionssumme (z.B. aus der Bürgschaft) gegenüber dem Mieter noch anders verrechnen⁶⁰.

Bei der Aufrechnung hat der Vermieter Aufrechnungsverbote zu beachten. Diese sollen sich z.B. aus der Unwirksamkeit der Kautionsabrede ergeben⁶¹. In dieser Situation kann ein Aufrechnungsverbot aber nur aus einer (konkludenten) Einigung hergeleitet werden. Dafür fehlt es in der Regel an einem entsprechenden Willen des Vermieters. Aus der Natur der Sache oder dem Zweck der Verbotsnorm des § 551 Abs. 4 BGB lassen sich zu Lasten des Vermieters keine Aufrechnungsbeschränkungen ableiten. Das gilt auch bei preisgebundenem Wohnraum, wenn ein Verstoß nach §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG vorliegt. Denn der Mieter ist durch die Möglichkeit, mit seinem Bereicherungsanspruch im laufenden Mietvertrag aufzurechnen⁶², ausreichend geschützt.

⁵⁷ Vgl. dazu Erman/Wagner, § 387 BGB Rz. 21.

⁵⁸ BGH v. 9.1.2013 – VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = WuM 2013, 179 = GE 2013, 349 Rz. 17.

⁵⁹ OLG Düsseldorf v. 25.10.2001 – 10 U 122/00, DWW 2002, 28; a.A. OLG Düsseldorf v. 18.1.2001 – 10 U 152/99, ZMR 2001, 528.

⁶⁰ OLG Düsseldorf v. 16.12.1999 – 10 U 72/98, WuM 2000, 212.

⁶¹ AG Gießen v. 31.8.2000 – 48 M 248/00, ZMR 2001, 459; AG Dortmund 28.2.1997 – 125 C 15016/96, WuM 1997, 212.

⁶² Dazu LG Potsdam v. 13.2.2003 – 11 S 177/02, WuM 2003, 206 = MM 2003, 141.

Hat der Vermieter die Kautio n ohne Grund oder in der irrigen Annahme in Anspruch genommen, ihm würden Ansprüche zustehen, begeht er regelmäßig eine fahrlässige Verletzung des Treuhandvertrages. Fahrlässig handelt er bei falscher Beurteilung der Rechtslage nur dann nicht, wenn er sich sicher sein konnte, dass ein Gericht nicht anders als von ihm angenommen entscheiden würde⁶³. Ansonsten kommt es darauf an, ob sein Handeln plausibel war und er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausreichend genutzt hat.

Erfüllungsort ist im Zweifel die Wohnung⁶⁴. Die Verjährung richtet sich nach § 195 BGB, wobei Modifizierungen nach § 202 BGB in den Grenzen des § 307 BGB zulässig sind⁶⁵.

Mangels Aufrechnungslage kann der Vermieter nicht mehr mit Ansprüchen aufrechnen, die bereits vor Mietende verjährt sind, § 215 BGB⁶⁶. Allerdings kann der Vermieter trotz rechtskräftiger Abweisung seiner Schadensersatzansprüche wegen Verjährung noch aufrechnen, wenn sich die Ansprüche in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenübergestanden haben⁶⁷.

In Fortentwicklung der Bestimmung des § 216 BGB ist aber davon auszugehen, dass der Vermieter, der im Besitz einer Barkautio n ist, diese Sicherheit in Anspruch nehmen kann, obwohl die gesicherte Forderung bereits vor Eintritt der Aufrechnungslage verjährt ist⁶⁸. Nach § 216 BGB kann der Inhaber einer dinglichen Sicherung diese auch dann in Anspruch nehmen, wenn die gesicherte Forderung verjährt ist. Solange die Sicherungsabrede oder der Charakter der Sicherheit nichts anderes erfordern, kann der Vermieter jedenfalls die Barkautio n auch für verjäherte Ansprüche verwerten, für die § 215 BGB nicht greift⁶⁹.

Der Vermieter muss eine Abrechnung über die Kautio n vorlegen, die den Anforderungen des § 259 BGB gerecht wird. Dazu ist die Vorlage einer nach Kapi-

⁶³ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, MDR 2006, 802 m. Anm. *Walter* = WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340 = MietRB 2006, 157.

⁶⁴ AG Freiburg v. 7.12.2007 – 7 C 2246/07, WuM 2010, 449.

⁶⁵ AG Erfurt v. 9.6.2010 – 5 C 30/10, WuM 2010, 561.

⁶⁶ OLG Düsseldorf v. 30.10.2001 – 24 U 77/01, WuM 2002, 495 = ZMR 2002, 658; AG Montabaur v. 23.4.2013 – 5 C 309/12, zitiert nach juris.

⁶⁷ OLG Düsseldorf v. 14.12.2006 – 24 U 113/06, GuT 2007, 211.

⁶⁸ *Stellwaag*, ZMR 2014, 350.

⁶⁹ § 216 BGB ist analog auf ein abstraktes Schuldversprechen anzuwenden: BGH v. 12.1.2010 – XI ZR 37/09, NJW 2010, 8; BGH v. 17.11.2009 – XI ZR 36/09, NJW 2010, 1144.

tal, jeweiligem Zinssatz und Erhöhungsbetrag geordneten Zusammenstellung erforderlich. Klageweise kann dieser Anspruch im Wege der Stufenklage geltend gemacht werden⁷⁰.

1.4.2 Verrechnungen des Mieters

Eine Aufrechnung durch den Mieter ist vor Ablauf der angemessenen Prüfungsfrist bedeutungslos, weil noch kein fälliger Rückforderungsanspruch besteht⁷¹. Es fehlt also an einer Aufrechnungslage nach § 387 BGB. Erklärt der Mieter nach Eintritt der Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs die Aufrechnung mit mehreren Forderungen, findet über § 396 Abs. 1 BGB eine Verrechnung nach § 366 Abs. 2 BGB statt⁷², wenn sie ohne Tilgungsbestimmung erfolgt oder der Vermieter einer bestimmten Verrechnung unverzüglich widerspricht⁷³. Dazu reicht aber der Hinweis des Vermieters, der Kautionsrückzahlungsanspruch sei noch nicht fällig, nicht aus⁷⁴.

Ein vertragliches Aufrechnungsverbot kann der Verrechnung durch den Mieter entgegenstehen, soweit die Beschränkung wirksam ist⁷⁵. Das setzt in der Regel nicht nur einen Vorbehalt für unbestrittene und rechtskräftige, sondern auch für entscheidungsreife Forderungen voraus.

1.4.3 Aufrechnung mit kautionsfremden Ansprüchen

Der Vermieter kann nach Ablauf der Prüfungsfrist mit allen Ansprüchen aufrechnen, die ihm gegen den Mieter zustehen⁷⁶. Bei preisgebundenem Wohnraum gilt die Beschränkung des §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG nicht fort⁷⁷.

Die h.M.⁷⁸ geht allerdings davon aus, dass ein (stillschweigendes) Aufrechnungsverbot besteht, und zwar bei §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG wegen der

⁷⁰ OLG Karlsruhe v. 16.6.2009 – 19 W 23/09, NJW-RR 2010, 585.

⁷¹ OLG Düsseldorf v. 16.12.1999 – 10 U 72/98, WuM 2000, 212.

⁷² BGH v. 9.1.2013 – VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = WuM 2013, 179 = GE 2013, 349 Rz. 17.

⁷³ Vgl. auch OLG Düsseldorf v. 5.11.2009 – 24 U 12/09, DWW 2010, 182.

⁷⁴ OLG Düsseldorf v. 15.11.2001 – 10 U 142/00, ZMR 2002, 109.

⁷⁵ OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 – 10 U 58/09, ZMR 2010, 356.

⁷⁶ *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. III 183; *Blank/Börstinghaus*, § 551 Rz. 82; *Dickersbach*, WuM 2006, 595 m.w.N.

⁷⁷ AG Spandau v. 28.7.2011 – 10 C 222/11, GE 2011, 1488.

⁷⁸ BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12, MDR 2012, 954 = WuM 2012, 502 = GE 2012, 1093; OLG Düsseldorf v. 25.10.2007 – 10 U 24/07, ZMR 2008, 47; LG Hamburg v. 13.6.2016 – 307 T 1/16, ZMR 2016, 876; AG Schöneberg v. 12.12.1989 – 16 C 674/89, WuM 1990, 426; *Staudinger/Emmerich*, § 551 BGB Rz. 32.

Beschränkung der Kautionsaufrechnung auf die darin ausdrücklich genannten (Schadensersatz-)Ansprüche (also keine Aufrechnung z.B. mit Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen⁷⁹) und bei preisfreiem Wohnraum auf Ansprüche aus dem Mietvertrag⁸⁰ (also z.B. keine Aufrechnung gegen Ansprüche aus einem zweiten Mietvertrag⁸¹). Dies soll erst recht gegenüber dem Zwangsverwalter gelten oder für die Rückzahlung einer Sonderkaution (z.B. für die Anbringung einer Parabolantenne)⁸².

Die durch die Kautionsvereinbarung hervorgerufene Zweckbestimmung und der durch die Leistung der Sicherheit hervorgerufene Treuhandscharakter sollen nicht in Abrede gestellt werden. Indessen ist die Zweckbestimmung insbesondere bei §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG auf die Befriedigung während der Mietzeit zugeschnitten. Hier erhält der Vermieter das Mietausfallwagnis mit der regelmäßigen Zahlung der Miete. Dieses Surrogat fließt dem Vermieter aber nach Ende der Mietzeit nicht mehr zu. Hat der Mieter nun seine Kautionsleistung abgewohnt und die letzten Mieten nicht bezahlt, müsste der Vermieter nach der h.M. die Kautionsleistung zurückzahlen und wegen der Mieten klagen. Auch im preisfreien Wohnraum bestehen weder dogmatische noch Gründe der Zweckmäßigkeit, den Vermieter mit der Aufrechnung auf Ansprüche aus dem Mietvertrag zu beschränken⁸³. Im Gegenteil: Die Sicherheitsleistung hat ihren Hauptzweck gerade am Ende der Mietzeit. Hier bleiben Forderungen offen, die nicht durchlaufende Leistungen (z.B. wiederkehrende Guthaben aus Betriebskostenabrechnungen) verrechnet werden können, so dass das Insolvenzrisiko voll durchschlägt. Selbst wenn der Treuhandscharakter, der das Aufrechnungsverbot im Wesentlichen begründen soll⁸⁴, erst mit der Rückgabe der Sicherheit endet, ist es unserer Rechtsordnung nicht fremd, dass sich Rechte bei Eintritt besonderer Umstände ändern können. Dies ist hier mit der Beendigung des Mietvertrages der Fall. Ansonsten würde der zahlungssäumige Mieter geschützt⁸⁵. Dies gilt auf jeden Fall, wenn es ausdrücklich vereinbart ist. Letzteres ist auch formularvertraglich zulässig.

⁷⁹ AG Köln v. 1.8.2007 – 203 C 175/07, WuM 2008, 222.

⁸⁰ BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12; GE 2012, 1093.

⁸¹ LG Köln v. 31.1.2007 – 10 S 165/06, MietRB 2007, 113 m.w.N.

⁸² AG Köln v. 7.4.2008 – 222 C 480/07, NZM 2009, 433.

⁸³ *Dickersbach*, WuM 2006, 595 m.w.N.

⁸⁴ BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12, MDR 2012, 954 = WuM 2012, 502 = ZMR 2012, 855.

⁸⁵ *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. III 159a, 183 a.E.

1.5 Rechtsfolgen der Kautionsabrechnung

Allein durch die vorbehaltlose Abrechnung des Vermieters über die Kautionsrückzahlung nach Beendigung des Mietverhältnisses entsteht hinsichtlich weiterer dem Vermieter bekannter Ansprüche kein negatives Schuldanerkenntnis mit der Folge, dass diese Ansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können⁸⁶. Das Anerkenntnis setzt einen Vertrag voraus. Deshalb ist im Einzelfall zu prüfen, ob in der Kautionsabrechnung des Vermieters ein Angebot auf Abschluss eines Schuldanerkenntnis- oder Erlassvertrages zu sehen ist, das der Mieter z.B. dadurch annimmt, dass er die Abrechnung widerspruchslos hinnimmt und den Nachforderungsbetrag ohne Vorbehalt zahlt⁸⁷. Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggfs. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten⁸⁸. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kautionsrückzahlung nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusammenhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein unzweideutiges Verhalten voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall einer ausdrücklichen Willenserklärung. Im Ergebnis müssen die weiteren Umstände zeigen, dass sich die Parteien über den Bestand und die Rechtmäßigkeit der verrechneten Forderungen einig sind⁸⁹. Ein solches Anerkenntnis schließt die Einwendungen beider Parteien aus, die sie bei der Abgabe der Erklärung kannten oder mit denen sie rechnen mussten⁹⁰. Allerdings kann die vorbehaltlose Herausgabe der Kautionsrückzahlung den Tatbestand der Verwirkung begründen. Immerhin besteht ein Anspruch des Mieters auf Rückgabe erst, wenn keine Gegenansprüche des Vermieters (mehr) bestehen.

⁸⁶ A.A. AG Tiergarten v. 16.5.2007 – 4 C 592/06, GE 2007, 855.

⁸⁷ BGH v. 18.10.2006 – VIII ZR 52/06, MDR 2007, 262 = WuM 2006, 677 = ZMR 2007, 28.

⁸⁸ OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 – 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

⁸⁹ LG Mannheim v. 8.2.2006 – 4 S 52/05, WuM 2006, 190 = NZM 2006, 223.

⁹⁰ BGH v. 23.3.1983 – VIII ZR 335/81, MDR 1983, 1017 = NJW 1983, 1903 (unter II 2a); BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 94/05, MDR 2006, 1038 = NJW 2006, 903 (unter II 1c), jeweils m.w.N.

1.6 Verjährung

Der Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kautions nach § 195 BGB. Dies gilt für jede Art von Pfand (Barkautions, verpfändetes Sparbuch, Bürgschaft etc.). Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Rückforderungsanspruch fällig wird. Dementsprechend ist für die Berechnung der Dreijahresfrist i.d.R. auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Abrechnungsfrist von (bis zu) sechs Monaten abläuft⁹¹. Gleichzeitig verjähren die Zinsen⁹². Für die Verzugszinsen gilt § 217 BGB.

Ist Gegenstand der Rückgewähr eine Bürgschaft, führt der Eintritt der Verjährung zu einem dauernden Besitzrecht des Vermieters an der Urkunde. Einlösen kann der Vermieter die Urkunde/Bürgschaft nur, soweit nicht auch gegenüber dem Bürgen oder im Hinblick auf die Hauptforderung Verjährung eingetreten ist.

2 Mietvertrag

2.1 Gefälligkeitsmiete?

Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, den Gebrauch einer Sache gegen Entrichtung eines Entgelts zu gewähren, kann sich rechtlich als Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB darstellen. Dies gilt auch dann, wenn das vereinbarte Entgelt sehr niedrig ist, denn die Miete braucht dem Mietwert der Sache nicht zu entsprechen. Vielmehr stellt auch ein weit unter der Marktmiete liegendes Entgelt für den Gebrauch einer Sache eine Miete dar (sog. Gefälligkeitsmiete)⁹³.

Zur Begründung des Mietvertrages hat der Mieter vorgetragen, seinerzeit nach Errichtung des Reihenhauses dieses anfänglich zusammen mit ihrem Ehemann bezogen zu haben und dort seither ohne Zahlung eines über die - in genauem Umfang streitigen - Neben- und gelegentliche Reparaturkosten an dem (seinerzeit neu errichteten) Haus hinausgehenden Geldbetrags zu wohnen⁹⁴. Ob hierin eine entgeltliche Gewährung des Gebrauchs des Reihenhauses und damit ein Mietvertrag gemäß § 535 BGB oder eine unentgeltliche Gestattung des Gebrauchs und damit eine Leihe gemäß § 598 BGB, eine sonstige schuldrechtli-

⁹¹ LG Oldenburg v. 11.2.2013 – 4 T 93/13, GE 2013, 623; *Schmid*, ZMR 2014, 257.

⁹² LG Lübeck v. 22.7.2010 – 14 S 59/10, ZMR 2011, 42.

⁹³ BGH v. 4.5.1970 - VIII ZR 179/68, MDR 1970, 1004 = WPM 1970, 853.

⁹⁴ BGH v. 20.09.2017 - VIII ZR 279/16, MDR 2018, 83 = WuM 2017, 630 = GE 2017, 1335.

che Nutzungsvereinbarung (§ 241 BGB) oder gar ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis - ohne Rechtsbindungswillen - zu sehen ist, ist zwar grundsätzlich der tatrichterlichen Auslegung vorbehalten (§§ 133, 157 BGB). Ob eine Erklärung oder ein bestimmtes Verhalten als (rechtsverbindliche) Willenserklärung zu werten ist, beurteilt sich dabei nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Maßstäben⁹⁵.

Die Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass die damaligen Parteien jedenfalls keinen dem Zwangsverwalter allein entgegenzuhaltenden Mietvertrag (§ 152 Abs. 2 ZVG) vereinbart haben⁹⁶.

Bei einer (nahezu) unentgeltlichen Überlassung von Wohnraum zu Wohnzwecken mag die Differenzierung, ob die Parteien einen Mietvertrag (§ 535 BGB), einen Leihvertrag (§ 598 BGB) oder ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis sui generis (§ 241 BGB) abschließen oder nur ein bloßes Gefälligkeitsgeschäft vornehmen wollten, im Einzelfall schwierig sein. Zur Abgrenzung der verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten ist nach Anlass und Zweck der Gebrauchsüberlassung und gegebenenfalls sonstigen erkennbar zutage getretenen Interessen der Parteien zu unterscheiden⁹⁷. Dabei kann auch das nachträgliche Verhalten der Vertragsparteien zu berücksichtigen sein. Dieses kann zwar den objektiven Vertragsinhalt nicht mehr beeinflussen, aber Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und das tatsächliche Verständnis der Vertragsparteien haben⁹⁸.

Die Abgrenzung, ob den Erklärungen der Parteien ein Wille zur rechtlichen Bindung zu entnehmen ist oder die Parteien nur aufgrund einer außerrechtlichen Gefälligkeit handeln, ist unter Würdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bewerten. Ob ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, ist anhand objektiver Kriterien aufgrund der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln, wobei vor allem die wirtschaftliche und die rechtliche Bedeutung der

⁹⁵ BGH v. 29.6.2016 - VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rz. 28 m.w.N.

⁹⁶ BGH v. 20.09.2017 - VIII ZR 279/16, MDR 2018, 83 = WuM 2017, 630 = GE 2017, 1335.

⁹⁷ BGH v. 4.5.1970 - VIII ZR 179/68, MDR 1970, 1004 = WPM 1970, 853.

⁹⁸ st. Rspr.; vgl. BGH v. 27.4.2016 - VIII ZR 61/15, WuM 2016, 429 = ZMR 2016, 530 Rz. 28.

Angelegenheit heranzuziehen sind⁹⁹. Bei Anlegung dieser Maßstäbe liegt hier ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis nicht vor¹⁰⁰.

Der Eigentümer ließ seine Landsleute, die Beklagte und ihre Familie, aufgrund der geschäftlichen und persönlichen Beziehungen zwischen ihnen seinerzeit in sein neu errichtetes Reihenhaus einziehen und sodann über mehr als ein Jahrzehnt wohnen. Auch falls diese Überlassung ohne ein - wie auch immer geartetes - Entgelt erfolgte, sprechen hier die objektiven Umstände, insbesondere die wirtschaftliche Bedeutung der Überlassung von Wohnräumen ohne eine Befristung und die rechtliche Bedeutung für die Beklagte und ihre Familie hinsichtlich des Hauses als ihres Lebensmittelpunkts bereits gegen die Annahme eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses.

Damit liegt zwar eine vertragliche Bindung vor. Den Abschluss eines Mietvertrags gemäß § 535 BGB hat die Beklagte jedoch nicht hinreichend konkret dargelegt.

Der Abschluss eines Wohnraummietvertrags setzt voraus, dass sich einerseits der Vermieter verpflichtet, Wohnräume dauerhaft und - im Rahmen des sozialen Mietrechts - unter Einschränkung seiner Kündigungsmöglichkeit dem Mieter gegen Zahlung eines Entgelts zu überlassen und dass sich der Mieter im Gegenzug verpflichtet, hierfür Miete zu entrichten. An letzterem fehlt es, wenn erst nach der Überlassung Kostentragungspflichten entstehen¹⁰¹.

Aufgrund der Angaben der Beklagten ist hier weder eine solche Verpflichtung des Eigentümers zur Überlassung des Reihenhauses noch eine im Gegenseitigkeitsverhältnis dazu stehende Verpflichtung der Beklagten zur Entrichtung eines Entgelts feststellbar. Unstreitig existiert keine Mietvertragsurkunde, aus der sich die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien ergeben. Anders als bei der Fallgestaltung, wie sie dem Urteil vom 4. Mai 1970¹⁰² zugrunde lag, gibt es auch keine sonstigen mündlichen Absprachen, aus denen sich eine solche gegenseitige Verpflichtung der damaligen Parteien entnehmen lässt.

⁹⁹ BGH v. 18.12.2008 - IX ZR 12/05, NJW 2009, 1141 unter II 1 m.w.N.; vgl. auch BGH v. 23.7.2015 - III ZR 346/14, BGHZ 206, 254 (256); Palandt/*Grüneberg*, 76. Aufl., Einl. v. § 241 BGB Rz. 7.

¹⁰⁰ BGH v. 20.09.2017 - VIII ZR 279/16, MDR 2018, 83 = WuM 2017, 630 = GE 2017, 1335.

¹⁰¹ Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl., Einl. v. § 598 BGB Rz. 1 [zur Leihe].

¹⁰² BGH v. 4.5.1970 - VIII ZR 179/68, MDR 1970, 1004 = WPM 1970, 853.

Die vagen Angaben der Beklagten zur behaupteten Anschaffung des Reihenhauses mittels "abgezogener" Provisionen ihres geschiedenen Ehemannes sind ebenfalls nicht geeignet, den Abschluss eines Mietvertrags gemäß § 535 BGB zu belegen. Sie lassen bereits offen, ob, falls überhaupt Provisionszahlungen für die Anschaffungskosten verwendet wurden, das Geld als Darlehen oder aus sonstigen Gründen an den Eigentümer geleistet worden wäre. Auch wären hieraus allein noch keine Rückschlüsse auf den Inhalt und die Dauer eines möglicherweise zustande gekommenen Mietvertrags möglich.

Es bleibt damit nur der von der Beklagten vorgetragene Umstand, "sämtliche" Neben- und Reparaturkosten von Anfang an gezahlt zu haben. Dabei handelt es sich allerdings um einen ambivalent zu beurteilenden Gesichtspunkt, aus dem sich der Abschluss eines Mietvertrags entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zweifelsfrei entnehmen lässt. Aus der Übernahme der - im Umfang hier darüber hinaus streitigen - Neben- und Reparaturkosten kann ohne nähere Absprachen hierzu nicht auf eine Gegenleistung im Sinne des § 535 Abs. 1 BGB zur Gewährung des (Miet-)Gebrauchs an dem Reihnhaus geschlossen werden.

Die Übernahme gelegentlicher Reparaturkosten spricht nicht für eine mietvertragliche Vereinbarung. Denn auch bei der Leihe hat der Entleiher gemäß §§ 598, 601 Abs. 1 BGB regelmäßig die der Erhaltung der Sache dienenden Kosten, die den Gebrauch der Sache erst ermöglichen, zu tragen. Die Kosten sind nach dem Leitbild des Leihvertrags gerade von demjenigen zu tragen, dem der Gebrauch der Sache zusteht. Dies wäre hier die Beklagte. Die Tragung der Reparaturkosten kann daher genauso gut für die Vereinbarung einer Leihe sprechen.

Hinsichtlich der Tragung der Betriebskosten hat auch bei der Vereinbarung eines unentgeltliches Wohnungsrechts, wovon die Beklagte hier offensichtlich ausgeht, der Wohnungsberechtigte jedenfalls die verbrauchsabhängigen Kosten wie Strom, Wasser und Heizung zu tragen, ebenso aber auch die anteiligen verbrauchsunabhängigen Kosten der Unterhaltung der Anlagen¹⁰³.

¹⁰³ vgl. BGH v. 21.10.2011 - V ZR 57/11, BGHZ 191, 213 Rz. 5, 7 ff.

Selbst wenn die Beklagte darüber hinaus verbrauchsunabhängige Betriebskosten (etwa Grundsteuer, Versicherung o.ä.) getragen haben sollte, ließe dies mangels konkreter Abreden den Rückschluss auf den stillschweigenden Abschluss eines Mietvertrages ebenfalls nicht zu. Diese Kosten stellen allenfalls einen geringen Bruchteil des üblicherweise für die mietweise Überlassung eines Reihenhauses zu zahlenden Entgelts dar. Angesichts der Interessenlage der Beteiligten können allein aus dieser tatsächlichen Handhabung der Kosten keine Willenserklärungen des Eigentümers und des früheren Ehemanns der Beklagten dahin entnommen werden, dass damit eine dauerhafte Gebrauchsüberlassungsverpflichtung gegen Übernahme dieser (geringfügigen) Kosten begründet werden sollte.

Besondere Umstände, die gleichwohl für eine solche Würdigung sprächen, sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt und auch nicht erkennbar. Sie liegen insbesondere weder allein in dem Umstand, dass es sich bei den Beteiligten um Landsleute handelt noch in der langjährigen Überlassung des Reihenhauses an die Beklagte und ihre Familie. Es ist schon nicht ersichtlich, dass diese langjährige Überlassung bereits im Zeitpunkt der Überlassung des Reihenhauses an die Beklagte und ihren früheren Ehemann absehbar war. Vielmehr spricht vieles dafür, dass die Vertragsverhandlungen der Parteien seinerzeit nicht zu Ende geführt worden, sondern letztlich "steckengeblieben" sind. Auch diesem Umstand kann daher kein entscheidendes Gewicht bei der Beurteilung der Frage, ob die Überlassung des Reihenhauses seinerzeit mietweise erfolgte, beigemessen werden.

2.2 Vertragszweck bei öffentlicher Verwaltung

Das Aufstellen des Selbstbedienungsterminals im Wartebereich des Bürgeramtes ist wegen seines engen sachlichen Zusammenhanges zur Erstellung von Passdokumenten durch die Meldestelle als Verwaltungstätigkeit anzusehen, die unter § 6 Abs. 1 des Mietvertrages fällt¹⁰⁴. Wie das) zutreffend ausführt, das Erstellen und Verarbeiten der Fotos kann nicht losgelöst von der hoheitlichen (Verwaltungs-)Aufgabe der Pass- und Personalausweisbehörde der Beklagten betrachtet werden, weil die angefertigten Bilder ausschließlich für die Zwecke

¹⁰⁴ OLG Dresden v. 7.7.2017 – 5 U 556/17, ZMR 2017, 971.

der Meldebehörde verwendet werden¹⁰⁵. Mit der Ermöglichung der Anfertigung der Fotos wird der Mieter (eine städt. Verwaltung) deshalb nicht wirtschaftlich, sondern als Verwaltungsbehörde tätig, so dass auch die Aufstellung des Selbstbedienungsterminals - wie die Aufstellung der Schreibtische im Meldeamt - eine Verwaltungstätigkeit ist. Die Erhebung eines Entgeltes für die Anfertigung der Fotos durch den Mieter spricht nicht gegen die Annahme einer Verwaltungstätigkeit. Gerichtsbekannt muss für die Anfertigung der Personalausweise und der Pässe ebenfalls ein Entgelt entrichtet werden.

Der Erfassung dieser Verwaltungstätigkeit steht durch den Mietzweck aus § 6 Abs. 1 des Mietvertrages nicht entgegen, dass dort die Nutzung „für Verwaltungszwecke als Büroeinrichtung mit Publikumsverkehr“ vorgesehen ist¹⁰⁶. Abzustellen ist auf die Bürotätigkeit der Erstellung der Passdokumente, für welche die Erfassung der biometrischen Daten nur eine unterstützende Tätigkeit ist. Im Übrigen ist ausdrücklich die Nutzung für Publikumsverkehr und damit ein Wartebereich vorgesehen, in den das Selbstbedienungsterminal als Instrument zur Vorbereitung und Vereinfachung der eigentlichen Verwaltungstätigkeit in den Büros passt. Um dem Mietzweck zu genügen, müssen ferner nicht sämtliche Räume als Büros genutzt werden. Dies wird bereits aus § 1 Abs. 2 des Mietvertrages deutlich, nach welchem auf die vermietete Gesamtfläche von gut 7.500 qm eine Bürofläche von knapp 4.000 qm entfällt. Etwa 3.500 qm der vermieteten Fläche sind nach der mietvertraglichen Regelung danach keine Bürofläche und müssen demzufolge nicht als Büro genutzt werden.

Der Erfassung der Aufstellung des Selbstbedienungsterminals als Verwaltungstätigkeit i.S.v. § 6 Abs. 1 des Mietvertrages steht auch nicht entgegen, dass der Mieter bei Vertragsschluss im Jahre 2008 bzw. bei Mietbeginn am 01.10.2010 ein solches Selbstbedienungsterminal noch nicht hätte aufstellen dürfen. Die Parteien haben 2008 einen langfristigen Mietvertrag geschlossen, der mindestens 15 Jahre laufen sollte. Es versteht sich daher von selbst, dass dem Mieter die Nutzung für im Laufe der Vertragslaufzeit hinzukommende neue Verwaltungstätigkeiten ebenso ermöglicht werden sollte wie der Einsatz neuer Technik für die Durchführung der Verwaltungstätigkeit. Anhaltspunkte dafür, dass die Gebäudesubstanz durch die Aufstellung des Selbstbedienungsterminals in be-

¹⁰⁵ VG Münster v. 8.5.2015 - 1 K 94/14, NVwZ 2015, 1399; zust. Anm. *Hebeler*, JA 2016, 79.

sonderem Maße beansprucht oder gar gefährdet wird, wurden nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich.

Der Vermieter ist im Hinblick auf den Zustimmungsvorbehalt in § 6 Abs. 2 des Mietvertrages verpflichtet, einer Erweiterung des vertraglichen Nutzungszweckes zuzustimmen. Insoweit steht einer Gestattung der Aufstellung des Selbstbedienungsterminals der Anspruch des Fotostudios auf Gewährung von Konkurrenzschutz nicht entgegen¹⁰⁷.

Es ist schon nicht davon auszugehen, dass der Mieter dem Fotostudio „Konkurrenz“ macht, denn dafür wäre erforderlich, dass beide in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Daran aber fehlt es, weil der Mieter mit der Anfertigung der Fotos lediglich für die Zwecke der Meldebehörde nicht „am Markt tätig“ wird¹⁰⁸. Das Fotostudio hatte bei Abschluss seines Mietvertrages mit dem Vermieter lediglich die Aussicht, von der Notwendigkeit der Anfertigung von Lichtbildern für Passdokumente in der Weise zu profitieren, dass Kunden Lichtbilder in seinen Geschäftsräumen anfertigen lassen werden. Ob sich diese Aussicht realisieren würde, fiel unter das Verwendungsrisiko, welches das Fotostudio als Mieter zu tragen hatte¹⁰⁹. In gleicher Weise war eine bloße Erwerbssaussicht mit der Annahme verbunden, die Antragsteller der Meldebehörde würden (auch) in Zukunft ein körperlich angefertigtes Lichtbild erstellen müssen, bevor sie ein Passdokument in der Meldestelle beantragen können.

Im Übrigen ergibt die Auslegung der Konkurrenzschutzvereinbarung zwischen dem Vermieter und dem Fotostudio gemäß §§ 133, 157 BGB, dass sich der Konkurrenzschutz nicht auf solche Tätigkeiten erstrecken sollte, welche der Mieter im Laufe der Mietvertragszeit berechtigt ausführt. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages mit dem Fotostudio im Jahre 2009 war der Mietvertrag mit dem Mieter aus dem Jahre 2008 bekannt. Das Fotostudio musste daher damit rechnen, dass der Mieter sämtliche Tätigkeiten ausüben werden würde, zu denen sie im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit berechtigt sein würde. Vor solchen Tätigkeiten war das Fotostudio deshalb nur dann durch die Konkurrenzschutzvereinbarung geschützt, wenn sie konkret in sie aufgenom-

¹⁰⁶ OLG Dresden v. 7.7.2017 – 5 U 556/17, ZMR 2017, 971.

¹⁰⁷ OLG Dresden v. 7.7.2017 – 5 U 556/17, ZMR 2017, 971.

¹⁰⁸ VG Münster v. 8.5.2015 - 1 K 94/14, NVwZ 2015, 13.

¹⁰⁹ vgl. zum Verwendungsrisiko: BGH v. 17.3.2010 - XII ZR 108/08, NZM 2010, 364.

men wurden¹¹⁰. Hier wurde zwar der Betrieb von Fotokabinen aufgenommen. Als Fotokabine aber kann man ein Selbstbedienungsterminal nicht ansehen, welches Bilder lediglich zweckgebunden für die Meldebehörde anfertigt.

2.3 Auslegung von AGB

Es ist nicht zulässig, unter Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB eine Klausel des Mietvertrags, wonach solche "Ausbesserungen und bauliche Veränderungen, die zwar nicht notwendig, aber doch zweckmäßig sind, ohne Zustimmung des Mieters vorgenommen werden [dürfen], wenn sie den Mieter nur unwesentlich beeinträchtigen" im Wege des Umkehrschlusses so auszulegen, dass von dem Zustimmungserfordernis des Mieters bezüglich Modernisierungsmaßnahmen nur solche Maßnahmen ausgenommen sind, die nur mit unwesentlichen Beeinträchtigungen verbunden sind¹¹¹. Weiter kann nicht angenommen werden, der Mietvertrag regelt abschließend, dass eine Modernisierung ohne die - letztlich in das freie Ermessen gestellte - Zustimmung des Mieters nicht möglich sei¹¹².

Die letztgenannte Annahme ist mit den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Regeln zur Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen¹¹³ nicht in Einklang zu bringen. Die Auslegungsvariante, dass der Mieter alle zustimmungspflichtigen Modernisierungsmaßnahmen durch die Verweigerung seiner Zustimmung verhindern könne, entspricht nicht der Sichtweise von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise¹¹⁴. Sie würde von ihnen auch nicht als ernsthafte Auslegungsmöglichkeit in Betracht gezogen. Diese Deutung findet weder im Wortlaut der Klausel des Mietvertrags, der nicht die Zustimmungspflicht als solche, sondern nur die zustimmungsfreien Fälle der baulichen Veränderungen und Verbesserungen regelt, noch im übrigen Ver-

¹¹⁰ ebenso BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10, NJW 2012, 844 für das Verhältnis eines Hörerätageschäfts zu einem HNO-Arzt.

¹¹¹ BGH v. 21.11.2017 – VIII ZR 28/17, MDR 2018, 80 = WuM 2018, 28 = ZMR 2018, 301 = GE 2018, 49 = DWW 2018, 12.

¹¹² BGH v. 21.11.2017 – VIII ZR 28/17, MDR 2018, 80 = WuM 2018, 28 = ZMR 2018, 301 = GE 2018, 49 = DWW 2018, 12.

¹¹³ vgl. etwa BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 152/15, NJW-RR 2016, 526 Rz. 17 ff.; BGH v. 12.9.2017 - XI ZR 590/15, WPM 2017, 2013, jeweils m.w.N.

¹¹⁴ BGH v. 21.11.2017 – VIII ZR 28/17, MDR 2018, 80 = WuM 2018, 28 = ZMR 2018, 301 = GE 2018, 49 = DWW 2018, 12.

tragstext eine Stütze. Insbesondere kann aus dem Umstand, dass die Klausel nicht auf die bei Vertragsschluss für die Duldung von Modernisierungsmaßnahmen geltende gesetzliche Vorschrift des § 541b Abs. 2 BGB a.F. verweist, nicht geschlossen werden, dass diese Bestimmung abbedungen sein soll. Vielmehr ist bei Anlegung des gebotenen objektiven Auslegungsmaßstabs davon auszugehen, dass die gesetzlichen Duldungspflichten bei Modernisierungsmaßnahmen unberührt bleiben sollten, zumal die Klausel des Mietvertrags bereits ihrem Wortlaut nach ersichtlich nur eine ausschnittsweise Regelung für die Vornahme von Verbesserungen und baulichen Veränderungen trifft.

2.4 wirksame Klausel zur Betriebspflicht

Eine Betriebspflicht kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden¹¹⁵.

Die vorliegenden vertraglichen Regelungen

Der Mieter ist verpflichtet, das Mietobjekt während der gesamten Mietzeit seiner Zweckbestimmung entsprechend ununterbrochen zu nutzen; er wird das Mietobjekt weder ganz noch teilweise ungenutzt oder leer stehen lassen (Betreibungspflicht).

...

Das Geschäftslokal ist im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen so lange offen zu halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihr Geschäft offenhält.

...

Zeitweise Schließungen (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind nicht zulässig.

benachteiligt den Mieter auch nicht unangemessen, so dass diese Abreden nicht nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam sind¹¹⁶.

¹¹⁵ vgl. z.B. BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, NJW-RR 2010, 1017 Rz. 13.

¹¹⁶ OLG Hamm v. 9.8.2017 – 30 U 53/17, ZMR 2018, 36.

Eine solche unangemessene Benachteiligung ergibt sich zunächst nicht daraus, dass dem Mieter eine zeitweise Schließung des Geschäftslokals auch zur Durchführung der ihm nach dem Mietvertrag obliegenden Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen untersagt wäre. Eine solch weitreichende Betriebspflicht lässt sich den streitgegenständlichen Regelungen auch unter Beachtung des Grundsatzes der kundenfeindlichsten Auslegung schon nicht entnehmen (1.). Selbst wenn sie sich aber aus der Regelung ergeben würde, könnte allein dieser gestrichen werden, ohne dass die Wirksamkeit der weiteren Regelungen zur Betriebspflicht hierdurch beeinträchtigt würde (2.).

(1.) Die aus dem Vertrag zitierte Betriebspflicht erstreckt sich nicht auch auf Zeiten der Durchführung von Schönheitsreparaturen und der Vornahme von Instandhaltungsmaßnahmen. Zwar ließe sich aufgrund dessen, dass Ausnahmen von dem Verbot zeitweiser Schließungen in der Regelung nicht aufgeführt sind, zunächst annehmen, dass solche, anders als in dem der Entscheidung des BGH undesgerichtshofs vom 3. März 2010¹¹⁷ zugrundeliegenden Fall, auch nicht vereinbart sein sollen. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind jedoch nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen¹¹⁸. Ein verständiger und redlicher Vertragspartner wird der zitierten Vertragsregelung jedoch keinen Bedeutungsgehalt dergestalt beimessen, dass mit ihm auch aus Gründen, die aus der Sphäre eines Vermieters stammen, eine zeitweise Schließung nicht zulässig sein soll. Die darin exemplarisch angeführten Gründe, die eine auch nur zeitweise Schließung nicht rechtfertigen sollen, fallen nämlich alle allein in die (Betriebs-) Sphäre eines gewerblichen Mieters. Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen obliegen hingegen gesetzlich dem Vermieter und sind von dem Mieter vorliegend lediglich vertraglich übernommen worden. Sie unterscheiden sich somit so deutlich von den exemplarisch angeführten Gründen, dass ein verständiger und redlicher Vertragspartner nicht annehmen wird, dass sich das Verbot zeitweiser Betriebsschließungen auch auf diese Gründe

¹¹⁷ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, NJW-RR 2010, 1017.

¹¹⁸ BGH, NJW-RR 2016, 526 Rz. 17 m.w.N.; Palandt/*Grüneberg*, 76. Aufl., § 305c BGB Rz. 16.

erstrecken soll, nur weil für sie nicht explizit Gegenteiliges zum Ausdruck gebracht wird.

Unabhängig davon ist die vereinbarte Betriebspflicht aber auch noch aus einem anderen Grunde wirksam. Selbst wenn man nämlich annähme, aufgrund der fehlenden Anführung von Ausnahmen des Verbots zeitweiser Schließungen erfasse die zitierte Regelung auch Zeiten zur Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen oder Schönheitsreparaturen, würde dies nicht zu einer Unwirksamkeit des gesamten Passus über die Betriebspflicht führen. Vielmehr wäre dann allein das Verbot der zeitweisen Betriebsschließungen unwirksam, nicht aber die zwischen den Parteien vereinbarte generelle Betriebspflicht.

Zwar führt die Unwirksamkeit eines Teils einer Klausel nach dem Grundsatz des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Klausel im Ganzen. Denn eine inhaltliche Abänderung einer wegen unangemessener Benachteiligung unwirksamen Klausel, die dazu führen würde, der Klausel mit einem (noch) zulässigen Inhalt Geltung zu verschaffen, ist den Gerichten untersagt¹¹⁹. Hiervon zu unterscheiden sind nach ständiger Rechtsprechung des BGH jedoch diejenigen Fälle, in denen eine (Gesamt-) Klausel in inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen teilbar ist. In solchen Fällen unterliegt jeder einzelne teilbare Teil einer eigenständigen Wirksamkeitsprüfung. Nur dann, wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel¹²⁰.

Gemessen an diesen Voraussetzungen führt eine etwaige Unwirksamkeit des Passus über das Verbot von Betriebsschließungen nicht auch zur Unwirksamkeit sämtlicher Klauseln über die Betriebspflicht. Die hier relevante Bestimmung enthält nämlich eine selbständige, von den vorherigen Sätzen und den übrigen Regelungen zur Betriebspflicht unabhängige und abtrennbare Regelung und

¹¹⁹ BGH, NJW 2013, 991 Rz. 25 m.w.N.; Palandt/*Grüneberg*, 76. Aufl., § 306 BGB Rz. °6

¹²⁰ sog. blue-pencil-Test; BGH, NJW 2015, 930 Rz. 23 m.w.N.; Palandt/*Grüneberg*, § 306 BGB Rz. 7.

ihre Streichung würde nicht dazu führen, dass der Rest der Klausel als nicht mehr sinnvoll oder einschneidend verändert erschiene¹²¹. ...

Auch das Verbot von zeitweisen Schließungen für Inventuren führt jedenfalls nicht zu einer Unwirksamkeit der vereinbarten Betriebspflicht insgesamt. Dabei bedarf keiner Entscheidung, ob das Untersagen zeitweiser Schließungen auch für Inventuren einen Mieter im Sinne des § 307 BGB unangemessen benachteiligt oder nicht¹²². Denn wie schon ausgeführt, würden von einer etwaigen Unwirksamkeit nicht auch die weiteren Regelungen erfasst.

Des Weiteren ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung der Mietern auch nicht aufgrund eines Summierungseffekts der Regelungen zur Betriebspflicht, des fehlenden Wettbewerbs- und Konkurrenzschutzes und der Sortimentsbindung.

Formularklauseln, die den Mieter an ein bestimmtes Sortiment binden¹²³ oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellen¹²⁴, begründen grundsätzlich keine unangemessene Benachteiligung des Mieters von Gewerberäumen.

Auch wenn einem Mieter von Verkaufsräumen in einem Einkaufszentrum eine Betriebspflicht auferlegt, zugleich aber die Gewährung von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch den Vermieter ausgeschlossen wird, begründet dies (noch) keine unangemessene Benachteiligung des Mieters¹²⁵.

Wird in einem Formularvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz verbunden, wird in der Rechtsprechung hingegen zum Teil eine unangemessene Benachteiligung des Mieters angenommen¹²⁶. Denn hierdurch werde dem Mieter, der ohnehin das Rentabilitätsrisiko zu tragen habe, trotz Verweigerung jeglichen Konkurrenzschut-

¹²¹ OLG Hamm v. 9.8.2017 – 30 U 53/17, ZMR 2018, 36.

¹²² so jedenfalls KG v. 5.3.2009 - 8 U 177/08, juris Rz. 28.

¹²³ BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714 Rz. 47; BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, NJW-RR 2010, 1017 Rz. 14.

¹²⁴ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, NJW-RR 2010, 1017 Rn. 14; OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 709 m.w.N.

¹²⁵ OLG Rostock, NZM 2004, 460 Rz. 65; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254 Rz. 15.

¹²⁶ zum Meinungsstand BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, NJW-RR 2010, 1017 Rz. 15.

zes auch noch die Möglichkeit des Ausweichens in eine andere Geschäftsausrichtung genommen und eine (ggfs. kostensparende) Geschäftsaufgabe schlechthin versagt¹²⁷.

Unabhängig von der Frage, ob sich aus der Summe der Regelungen einer Betriebspflicht mit einer Sortimentsbindung und zeitgleichem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz eine unangemessene Benachteiligung des Mieters ergeben kann, ist dies jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann nicht der Fall, wenn dem Mieter nicht eine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung, sondern allenfalls eine vage Zweck- und Sortimentsbestimmung auferlegt wird¹²⁸. Eine solch hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung des Mieters ist in dem vorliegenden Fall nicht gegeben. Sie folgt nicht daraus, dass er überwiegend (auf 85 % ihrer Ladenfläche) auf das Sortiment von Lebensmitteln beschränkt ist. Der Begriff bzw. das Sortiment von Lebensmitteln selbst ist nämlich vielschichtig und weist eine umfänglich kaum begrenzbar Reichweite auf. So kann zwischen hochwertigen Lebensmitteln (Feinkost) und einfachen, zwischen Fleisch, Gemüse, Obst, Backwaren, Süßwaren etc. unterschieden werden und gibt es auch Geschäftstypen unterschiedlichster Ausrichtungen im Lebensmittelbereich. Eine Begrenzung auf diesen Bereich erweist sich daher gleichfalls als lediglich vage. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Bezeichnung des Geschäftszwecks eines "Lebensmitteldiscountergeschäfts" im Mietvertrag. Dabei mag dahinstehen, ob der Begriff des "Lebensmitteldiscounters" eine weitere Begrenzung der möglichen Angebotspalette beinhaltet. Gleichwohl bleibt diese nämlich noch immer derartig vielfältig, dass sich hieraus eine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung noch nicht ergibt.

Zudem scheidet vorliegend eine unangemessene Benachteiligung des Mieters aufgrund eines Summierungseffekts auch noch aus einem anderen Grunde aus. Die Mieter - die sich zudem offenbar selbst als Lebensmitteldiscounter versteht - ist nämlich auf das Sortiment "beschränkt", dass sie ohnehin nach ihrem eigenen Konzept vertreibt. Sie hat somit die Bestimmung des Sortiments, welches sie zu vertreiben hat, weitgehend selbst in der Hand.

¹²⁷ OLG Schleswig v. 2.8.1999 - 4 W 24/99, juris Rz. 3.

¹²⁸ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, NJW-RR 2010, 1017 Rz. 16.

Die vertraglichen Regelungen zur Betriebspflicht des Mieters sind auch nicht aufgrund einer Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam¹²⁹.

Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben, die Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen, wobei auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist¹³⁰. Dazu gehört nicht nur, dass die einzelne Regelung für sich genommen klar formuliert ist, sondern sie muss auch im Kontext mit dem übrigen Klauselwerk verständlich sein. Dem Vertragspartner muss klar sein, was gegebenenfalls auf ihn zukommt¹³¹.

Gemessen an diesen Voraussetzungen erweisen sich die streitgegenständlichen vertraglichen Klauseln als hinreichend transparent¹³².

Unter dem Begriff der "Verkaufstage" sind bei Abstellen auf den durchschnittlichen Vertragspartner die Tage zu verstehen, an denen gesetzlich ein Verkauf zulässig ist, also Montag bis Sonnabend unter Einschluss verkaufsoffener Sonntage und ausgenommen gesetzlicher Feiertage. Welches andere Verständnis dieser Formulierung sonst beigemessen werden sollte, führt schon die Mieter selbst nicht an.

Eine Intransparenz folgt auch nicht daraus, dass er auf die Öffnungszeiten der "überwiegenden Anzahl der Mieter" abstellt¹³³.

Da von der überwiegenden Anzahl der Mieter und nicht von Geschäftsflächen, Größe der Ladengeschäfte oder ähnlichem die Rede ist, kann bei verständiger Würdigung der Regelung diese nur so verstanden werden, dass es auf die Anzahl der Ladengeschäfte unabhängig von deren Größe und der Frage ankommt, ob ein Mieter ausnahmsweise mehrere Ladengeschäfte betreibt. Denn dies ist allein der Eindruck, der von den anderen Mietern/Ladenbetreibern und

¹²⁹ OLG Hamm v. 9.8.2017 – 30 U 53/17, ZMR 2018, 36.

¹³⁰ BGH, NJW 2007, 2176, Rn. 14 m.w.N.

¹³¹ Palandt/*Grüneberg*, 76. Aufl., § 307 BGB Rz. 21.

¹³² OLG Hamm v. 9.8.2017 – 30 U 53/17, ZMR 2018, 36.

¹³³ OLG Hamm v. 9.8.2017 – 30 U 53/17, ZMR 2018, 36.

auch von den Kunden überhaupt wahrnehmbar ist und somit auch für ein einheitliches Erscheinungsbild eines Einkaufszentrums ausschlaggebend ist.

Eine Intransparenz ergibt sich dann weiter nicht daraus, dass bei Abschluss des Mietvertrages noch nicht feststehe und/oder für den Mieter nicht erkennbar sei, zu welchen Zeiten die überwiegende Anzahl der Mieter ihr Geschäft geöffnet halten werden. Dabei kann dahinstehen, ob eine solche Regelung dann nicht hinreichend transparent ist, wenn der Mietvertrag ein neu gegründetes und noch nicht in Betrieb befindliches Einkaufszentrum beträfe (aus diesem Grunde haben die Transparenz jedenfalls nicht in Frage gestellt¹³⁴ wobei nicht ersichtlich ist, ob und wie lange in den zugrundeliegenden Fällen die Einkaufszentren bereits bestanden). Jedenfalls dann, wenn wie vorliegend das Einkaufszentrum schon lange besteht und betrieben wird, nach den eigenen Angaben des Mieters in der mündlichen Verhandlung nämlich seit Anfang der sechziger Jahre, ist eine solche Regelung hinreichend transparent. Für den neuen Mieter sind dann nämlich schon vor bzw. bei Vertragsschluss diese Zeiten ermittelbar, so dass er nachhalten kann, was mit dem Vertragsschluss auf ihn zukommt. Ob es für die Ermittlung dabei eines größeren Aufwandes oder lediglich einer einfachen Nachfrage oder - zu heutigen Zeiten wie auch schon bei Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages in 2012 - eines einfachen Blicks in das Internet bedarf, ist für die Frage der hinreichenden Transparenz nicht von Bedeutung. Entscheidend ist allein, dass die vertragliche Bestimmung damit den Mieter nicht im Unklaren über seine mit dem Vertragsschluss begründeten Pflichten lässt.

3 vertragsgemäßer Gebrauch

3.1 Verhinderung der Untervermietung

Der BGH hat ausgesprochen, dass im Rahmen eines Mietverhältnisses der § 1004 BGB durch § 541 BGB verdrängt wird; denn § 541 BGB stelle eine Mieterschutzvorschrift dar, der anders als § 1004 BGB eine Abmahnung des Vermieters voraussetze¹³⁵. Die zitierte Begründung zeigt allerdings, dass dieser Vorrang nur bei bestehendem Mietverhältnis gelten kann, nicht aber bei been-

¹³⁴ BGH, NJW 2007, 2176; KG v. 5.3.2009 - 8 U 177/08, juris; LG Kassel v. 20.8.2015 - 11 O 4173/15, juris.

¹³⁵ vgl. BGH v. 17.4.2007 - VIII ZB 93/06, juris Rz. 6.

detem Mietverhältnis, da nach Beendigung des Mietverhältnisses der Mieter gar keinen Gebrauch mehr von der Mietsache machen darf und eine Abmahnung wegen vertragswidrigen Gebrauchs somit sinnlos wäre. Der Vermieter hat durch Vorlage des im Tenor genannten Urteils des Landgerichts München I glaubhaft gemacht, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien beendet ist.

§ 1004 BGB schützt den Eigentümer vor Beeinträchtigungen des Eigentums, also des Rechts, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB). Ausfluss dieses Rechts ist der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. Dessen Voraussetzungen liegen vor. Insbesondere ist der Mieter aufgrund des beendeten Mietverhältnisses nicht mehr zum Besitz der streitgegenständlichen Räume berechtigt (§ 986 BGB).

Die Handlungen, die dem Mieter verboten werden sollen, insbesondere Untervermietung oder sonstige Besitzüberlassungen an einen Dritten, würden die Vollstreckung des Herausgabeanspruchs erschweren. Sie würden daher diesen Herausgabeanspruch als solches beeinträchtigen. Denn der Vermieter als Eigentümer kann mit den fraglichen Räumen nicht nach Belieben verfahren, solange sie nicht in seinen Besitz gelangt ist. Damit sind die genannten Verhaltensweisen nach § 1004 BGB zu unterlassen¹³⁶.

Der Vermieter hat einen in der Untervermietung an einen konkreten Dritten liegenden Erstverstoß des Mieters glaubhaft gemacht. Dies begründet die für einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Wiederholungsgefahr.

4 Miete

4.1 Bereicherungsanspruch des Jobcenters

Gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist derjenige, der durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, diesem zur Herausgabe verpflichtet. Diese Leistungskondiktion hat Vorrang vor der Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB¹³⁷.

¹³⁶ OLG München v. 4.9.2017 – 7 W 1375/17, GE 2017, 1219 = NZM 2017, 813.

¹³⁷ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 21.10.2004 - III ZR 38/04, NJW 2005, 60 unter II 2; BGH v. 16.5.2013 - IX ZR 204/11, NJW 2013, 2519 Rz. 11; jeweils m.w.N.

Unter einer Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen. Für die Beurteilung, wer Leistender und wer Empfänger einer Leistung ist, kommt es in erster Linie auf die der Zuwendung gegebene Zweckbestimmung an. Maßgeblich ist grundsätzlich der Zweck, den die Beteiligten im Zeitpunkt der Zuwendung mit dieser nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben. Stimmen die Vorstellungen der Beteiligten nicht überein, ist nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH eine objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers (Empfängerhorizont) geboten. Es kommt darauf an, wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte¹³⁸. Diese Grundsätze gelten auch für den Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen¹³⁹.

Dabei entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass sich bei der bereicherungsrechtlichen Behandlung von Vorgängen, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, jede schematische Lösung verbietet. Vielmehr sind für die sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung stets die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen, zu denen insbesondere Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und der Risikoverteilung zählen¹⁴⁰.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat der Vermieter die hier streitgegenständliche Zahlung von 860 € zwar im Wege einer Leistung erhalten. Hierbei handelte es sich jedoch bei objektiver Betrachtung aus der Sicht des Zuwendungsempfängers - hier des Vermieters - nicht um eine solche des Jobcenters, sondern um eine Leistung der Mieter als (ehemalige) Vertragspartner des Vermieters, denen gegenüber das Jobcenter in seiner Eigenschaft als Sozialleistungsträger im Rahmen des bestehenden Bedarfs für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II Sozialleistungen zu erbringen hatte, deren Auszahlung gemäß § 22 Abs. 7 SGB II unmittelbar an den Vermieter erfolgte.

§ 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II sieht vor, dass der Sozialleistungsträger, soweit Arbeitslosengeld II als Bedarf für Unterkunft und Heizung geleistet wird, dieses

¹³⁸ siehe nur BGH v. 14.1.2016 - III ZR 107/15, NJW 2016, 3027 Rz. 34; BGH v. 25.2.2016 - IX ZR 146/15, NJW 2016, 2260 Rz. 21; jeweils m.w.N.

¹³⁹ BGH v. 14.1.2016 - III ZR 107/15, NJW 2016, 3027 m.w.N.

¹⁴⁰ BGH v. 19.9.2014 - V ZR 269/13, NJW 2015, 229 Rz. 22.

auf Antrag der leistungsberechtigten Person an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte zu zahlen hat. Einen solchen Antrag haben die Mieter gestellt.

§ 22 Abs. 7 SGB II regelt eine Ausnahme von dem Grundsatz, wonach alle Geldleistungen nach dem SGB II auf das in dem hierauf gerichteten Antrag angegebene Konto des Leistungsberechtigten überwiesen werden (§ 43 Abs. 3 SGB II) und der zweckentsprechende Einsatz der Mittel dem Leistungsberechtigten überlassen bleibt¹⁴¹. Werden die Leistungen für Unterkunft und Heizung direkt an den Vermieter gezahlt, wirkt dies als Anspruchserfüllung gegenüber dem Leistungsberechtigten (hier mithin gegenüber den Mietern). Der eigentliche Charakter der Leistung als Geldleistung für den Hilfeberechtigten wird nicht geändert. Die Regelung in § 22 Abs. 7 SGB II begründet lediglich eine "Empfangsberechtigung" für den Vermieter¹⁴².

Rechte oder Pflichten des Vermieters gegenüber dem Leistungsträger werden durch die Zahlungsbestimmung in § 22 Abs. 7 SGB II nicht begründet¹⁴³, vielmehr begründet die Vorschrift lediglich eine "reflexartige" Begünstigung des Vermieters¹⁴⁴. Der Leistungsträger ist auch nicht etwa Erfüllungsgehilfe des leistungsberechtigten Mieters, sondern erbringt im Rahmen der hoheitlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen an einen Bürger¹⁴⁵. Die gesetzlichen Regelungen in § 22 Abs. 7 SGB II sollen in diesem Zusammenhang durch die Möglichkeit der Direktzahlung an den Vermieter insbesondere dazu dienen, dass die Transferleistungen zu den Wohnkosten den Vermieter tatsächlich erreichen, und tragen hierdurch dem Schutz des leistungsberechtigten Mieters vor einer Wohnungslosigkeit sowie dem öffentlichen Interes-

¹⁴¹ *Krauß* in Hauck/Noftz, Gesamtkommentar zum Sozialgesetzbuch, dort: *Voelzke* u.a., SGB II, Stand Oktober 2012, § 22 Rz. 318; *Lauterbach* in Gagel, SGB II/SGB III, Stand Oktober 2016, § 22 SGB II Rz. 128; *Luik* in Eicher/Luik, SGB II, 4. Aufl., § 22 Rz. 241.

¹⁴² vgl. BT-Drucks. 17/3404, S. 98; LSG Nordrhein-Westfalen v. 24.3.2014 - L 19 AS 2329/13, juris Rz. 26 f.; Bayerisches LSG v. 5.8.2015 - L 7 AS 263/15, juris Rz. 36; *Knickrehm* in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., § 22 SGB II Rz. 45.

¹⁴³ BT-Drucks. 17/3404, S. 98; *Adolph*, SGB II, SGB XII, AsylbLG, Stand Januar 2017, § 22 SGB II Rz. 162.

¹⁴⁴ LSG Niedersachsen-Bremen v. 28.11.2016 - L 11 AS 699/15, juris Rz. 39 m.w.N.; *Breitkreuz* in BeckOK Sozialrecht, Stand September 2017, § 22 SGB II Rz. 28.

¹⁴⁵ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 30; BGH v. 29.6.2016 - VIII ZR 173/15, NJW 2016, 2805 Rz. 16.

se an der Vermeidung von hieraus resultierenden Doppelzahlungen aus Steuermitteln Rechnung¹⁴⁶.

Beantragt der Leistungsberechtigte - wie hier die Mieter - nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II, die Leistungen für Unterkunft und Heizung direkt an den Vermieter zu zahlen, begründet dies eine nicht im Ermessen des Leistungsträgers stehende Verpflichtung, dem Antrag entsprechend zu verfahren¹⁴⁷.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze handelt es sich von dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont des Vermieters aus betrachtet bei der an diese erfolgten Zahlung von 860 € nicht um eine Leistung des Jobcenters, sondern um eine von diesem bewirkte Leistung der Mieter.

Das Jobcenter hat auch nicht etwa eine Leistung auf fremde Schuld erbracht, wie sie in der Rechtsprechung des BGH namentlich im Versicherungsrecht für den Fall der (rechtsgrundlosen) Zahlung der Versicherungsleistung durch den Versicherer an den (vermeintlich) Geschädigten angenommen wird¹⁴⁸.

Eine Leistung durch einen Dritten (§ 267 Abs. 1 BGB) setzt voraus, dass dieser mit dem erklärten (eigenen) Willen handelt, die fremde Schuld zu tilgen¹⁴⁹. Das Jobcenter handelte bei der auch insoweit maßgeblichen objektiven Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers - mithin aus der Sicht des Vermieters - jedoch nicht mit dem Willen, eine fremde Schuld - in Gestalt der Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der in deren Mietvertrag mit dem Vermieter vereinbarten Miete - zu tilgen. Mit der Zahlung des Betrags von insgesamt 860 € kam das Jobcenter als Sozialleistungsträger vielmehr seiner gegenüber den Mietern grundsätzlich bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur Unterstützung durch staatliche Transferleistungen nach. Diese Unterstützungsleistung ist nur deshalb nicht, wie vom Gesetz grundsätzlich vorgesehen, an die Mieter als Leistungsberechtigte - zur bestimmungsgemäßen eigenen Verwendung - erbracht worden, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der (Aus-

¹⁴⁶ BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 17/3404 S. 98.

¹⁴⁸ vgl. BGH v. 28.11.1990 - XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62, 65 f., 68 ff.; vgl. auch BGH, v. 27.9.2017 - IV ZR 39/16, juris Rz. 17; BGH v. 17.10.2002 - III ZR 58/02, NJW 2002, 3772 unter 2; BGH v. 16.2.2017 - IX ZR 165/16, NJW 2017, 3376 Rz. 11 m.w.N.; a.A. Münch-Komm/Schwab, 7. Aufl., § 812 BGB Rz. 188 f. [auch insoweit die Anwendung der für die Anweisungsfälle geltenden Grundsätze befürwortend].

¹⁴⁹ BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

nahme-)Regelung des § 22 Abs. 7 SGB II erfüllt waren und hierdurch nach den oben im Einzelnen dargestellten Grundsätzen eine Empfangszuständigkeit des Vermieters hinsichtlich der Unterstützungsleistung bestand. Zuwendungszweck der direkt an den Vermieter erbrachten Zahlungen blieb dabei jedoch die Erbringung staatlicher Transferleistungen, nicht hingegen die Erbringung einer Leistung des Jobcenters im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zur Tilgung der mietvertraglichen Schuld der Mieter.

Gegen eine Anwendung der oben genannten Grundsätze über die Leistung eines Dritten spricht zudem, dass das Jobcenter- anders als der Versicherer im obigen Fall des BGH - durch den Antrag der Mieter nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II bereits kraft Gesetzes verpflichtet war, die den Mietern zustehenden Unterstützungsleistungen an die Vermieter auszus zahlen, und ihm deshalb insoweit nach den oben dargestellten Grundsätzen des § 22 Abs. 7 SGB II ein Entscheidungsspielraum nicht zukam. Mithin wurde auch die auf die Zahlung bezogene Tilgungsbestimmung im vorliegenden Fall nicht von dem Jobcenter, sondern - in Gestalt einer in dem Antrag nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II zugleich enthaltenen Anweisung - von den Mietern getroffen.

Aus den vorstehend genannten Gründen ist die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der von dem Jobcenter für den Monat August 2014 trotz Beendigung des Mietvertrags geleisteten Zahlung an den Vermieter nicht nach den Grundsätzen über die Leistung eines Dritten, sondern nach den für die sog. Anweisungsfälle entwickelten Grundsätzen zu beurteilen¹⁵⁰.

Hiernach steht dem Jobcenter gegen den Vermieter ein Anspruch auf Herausgabe der von ihnen erlangten 860 € zwar nicht aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) zu, da ein Leistungsverhältnis nicht zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits, sondern lediglich zwischen dem Jobcenter und den Mietern sowie zwischen diesen und dem Vermieter bestand. Das Jobcenter kann unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden (widerrufenen) Anweisung die Rückzahlung des vorgenannten Betrages jedoch unter den hier gegebenen Umständen unter dem Gesichtspunkt der Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) unmittelbar von den Vermietern verlangen¹⁵¹.

¹⁵⁰ BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

¹⁵¹ BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

Dies gilt unabhängig davon, ob eine widerrufenen Anweisung rechtlich wie eine von Anfang an fehlende Anweisung zu behandeln oder insoweit unter dem Gesichtspunkt einer Veranlasser- und Rechtsscheinhaftung eine andere rechtliche Bewertung angezeigt ist. Die letztgenannte Alternative ist vom BGH angenommen worden, wenn eine Anweisung im bankrechtlichen Zahlungsverkehr widerrufen wird. Es kann dahingestellt bleiben, ob Entsprechendes auch im vorliegenden Fall im Hinblick darauf zu gelten hat, dass es hier nicht um einen Widerruf des Anweisenden gegenüber der Bank, sondern um einen Widerruf in dem vorgelagerten Rechtsverhältnis zwischen den (anweisenden) Mietern und dem klagenden Jobcenter geht. Denn selbst wenn dies so wäre, lägen die Voraussetzungen eines unmittelbaren Bereicherungsanspruchs des Jobcenters gegen den Vermieter vor, da die Mieter gegenüber dem Jobcenter ihre Anweisung, die Unterstützungsleistungen direkt an den Vermieter zu zahlen, konkludent durch Vorlage des neuen Mietvertrages widerrufen haben und der Vermieter darüber hinaus aufgrund der Beendigung des Mietvertrags bereits bei Erhalt des Geldes wussten, dass ihnen der für den Monat August 2014 überwiesene Betrag von 860 € nicht zustand und es damit an einer Leistung ihres Vertragspartners fehlte. Der Vermieter hat den zuviel gezahlten Betrag daher in sonstiger Weise auf Kosten des Jobcenters ohne rechtlichen Grund erlangt und sind diesem gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zur Herausgabe verpflichtet¹⁵².

5 Schönheitsreparaturen

5.1 Zuschlag für Schönheitsreparaturen

Der in § 3 des Mietvertrags neben der "Grundmiete" ausgewiesenen "Zuschlag Schönheitsreparaturen" (79,07 €) ist als Preis(haupt)abrede anzusehen, die nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Kontrolle auf ihre inhaltliche Angemessenheit unterliegt¹⁵³. 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 vor¹⁵⁴. Es trifft nicht zu, dass dem Mieter mit Hilfe dieses getrennt ausgewiesenen Zu-

¹⁵² BGH v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, GE 2018, 452 = NZM 2018, 195.

¹⁵³ BGH v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456 = GE 2017, 886.

¹⁵⁴ BGH v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456 = GE 2017, 886.

schlags 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 hat¹⁵⁵.

Die Vereinbarung des "Zuschlags Schönheitsreparaturen" ist auch nicht deshalb unwirksam, weil § 5 Abs. 6 des Mietvertrags eine Quotenabgeltungsklausel (auf starrer Berechnungsgrundlage) enthält¹⁵⁶. 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.

5.2 unwirksame Klausel im preisgebundenen Wohnraum

Der Vermieter preisgebundenen Wohnraums ist grundsätzlich nicht gehindert, einseitig die Kostenmiete um den Zuschlag nach § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV zu erhöhen, wenn die im Mietvertrag enthaltene Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter unwirksam ist¹⁵⁷. Denn die Unwirksam-

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ BGH v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456 = GE 2017, 886.

¹⁵⁷ BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 177/09, BGHZ 185, 114 Rz. 11 ff.; BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 281/09, WuM 2010, 635 Rz. 1; BGH v. 31.8.2010 - VIII ZR 28/10, WuM 2010, 750 Rz. 1; BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 6/10, NZM 2011, 478 Rz.

keit der Klausel führt gemäß § 306 Abs. 2 BGB zur Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts und damit zur Anwendung von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift trifft den Vermieter während der Mietzeit die Pflicht zur Instandhaltung der Mietsache und damit auch die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen einer vermieteten Wohnung. Dies wiederum berechtigt den Vermieter einer dem Wohnungsbindungsgesetz unterliegenden Wohnung, den sich aus § 28 Abs. 4 II. BV ergebenden Zuschlag zu verlangen¹⁵⁸.

Die Wirksamkeit der Mieterhöhung hängt nicht davon ab, ob der Vermieter, bevor er die Kostenmiete einseitig anhebt, dem Mieter die Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel angeboten hat¹⁵⁹. Einer solchen Argumentation kann bereits in dem Ausgangspunkt nicht gefolgt werden, der "ursprüngliche Regelungsplan" der Parteien habe das Recht des Mieters umfasst, die Schönheitsreparaturen selbst (kostengünstig) vorzunehmen. Denn die Formulklausel beschäftigt sich nur mit der Abwälzung der Pflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter und enthält keinen Hinweis auf einen anderenfalls möglichen Zuschlag zur Miete für die Kosten der Schönheitsreparaturen. Auch sonst ist nichts dafür vorgetragen oder ersichtlich, dass die Parteien mit der formularmäßigen Abwälzungsklausel den Zweck verfolgten, dem Kläger eine kostengünstige Renovierung in Eigenleistung zu ermöglichen und auf diese Weise die gegebenenfalls höhere finanzielle Belastung durch den bei preisgebundenem Wohnraum zulässigen Mietzuschlag für die Schönheitsreparaturen zu vermeiden.

Eine Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter anstelle der unwirksamen Formulklausel im Wege der Individualvereinbarung eine wirksame Abwälzungsklausel anzubieten, lässt sich weder aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) noch aus dem allgemeinen Rücksichtnahmegebot (§ 241 Satz 2 BGB) herleiten¹⁶⁰. Hiergegen spricht schon der Umstand, dass für den mit einer solchen Forderung konfrontierten Vermieter unklar bliebe, welchen Inhalt seine Verpflichtung, eine "wirksame Klausel" anzubieten, konkret haben sollte, insbesondere ob sie nach Maßgabe einer an sich verbotenen geltungserhaltenden Reduktion auf

¹⁵⁸ BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 177/09, BGHZ 185, 114 Rz. 22.

¹⁵⁹ BGH v. 20.9.2017 – VIII ZR 250/16, MDR 2017, 1293 = WuM 2017, 663 = GE 2017, 1339; a.A. Flatow, WuM 2009, 208 (216).

¹⁶⁰ BGH v. 20.9.2017 – VIII ZR 250/16, MDR 2017, 1293 = WuM 2017, 663 = GE 2017, 1339.

das gerade noch zulässige Maß hinausliefe oder ob weitergehende Rücksichten zu nehmen wären. Gleiches hätte für die Frage zu gelten, ob solche Änderungen abweichend von § 306 Abs. 1, 2 BGB nur für die Zukunft oder aber rückwirkend ab Vertragsschluss zu gelten hätten.

Ohnehin sind die in § 241 Abs. 2 BGB genannten Pflichten - von außergewöhnlich gelagerten und an sich schon im Anwendungsbereich des § 313 Abs. 1 BGB liegenden Störungen des vertraglichen Gleichgewichts einmal abgesehen¹⁶¹ - auch grundsätzlich nicht auf eine Vertragsänderung gerichtet. Vielmehr handelt es sich um Nebenpflichten, die - auf eine Bewahrung der zwischen den Vertragspartnern bestehenden Rechte und Pflichten gerichtet - die das Schuldverhältnis prägenden Hauptleistungspflichten lediglich zur Ermöglichung eines ungestörten Leistungsvollzugs begleiten¹⁶². Dementsprechend kann die in einem Schuldverhältnis bestehende (Neben-) Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB) eine Pflicht, die Interessen der anderen Partei gegenüber Dritten aktiv wahrzunehmen, allenfalls in einem besonders gelagerten Ausnahmefall umfassen, wie er hier ersichtlich nicht vorliegt.

Allerdings soll die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (nur) den Vertragspartner des Verwenders vor einer unangemessenen Benachteiligung durch missbräuchliche Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht schützen, nicht aber den Verwender vor für ihn nachteiligen Rechtsfolgen einer von ihm gestellten Regelung¹⁶³. Daraus folgt aber nur, dass es dem Verwender im Einzelfall verwehrt sein kann, sich auf eine an sich gegebene Unwirksamkeit einer Klausel zu berufen, wenn sein Vertragspartner sie gegen sich gelten lassen will. Ein solcher Fall liegt hier aber von vornherein nicht vor. Denn der Mieter hat sich gegenüber dem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters gerade nicht und zudem auch nicht zeitnah darauf berufen, dass er die unwirksame Abwälzungsklausel gegen sich gelten lassen und die Schönheitsreparaturen nach den darin getroffenen Regelungen durchführen wollte. Vielmehr hat er vom Vermieter - mit Schreiben vom 11. März 2016 und mithin zwei Jahre nach

¹⁶¹ vgl. zu einem solchen Sonderfall BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, WuM 2015, 94 Rz. 24 ff.

¹⁶² vgl. Staudinger/Olzen, Neubearb. 2015, § 241 BGB Rz. 156, 161.

¹⁶³ vgl. BGH v. 30.10.1990 - IX ZR 9/90, NJW 1991, 353 (354), unter II 2; BGH v. 4.12.1986 - VII ZR 354/85, NJW 1987, 837 (838) unter 3 b; Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 307 BGB Rz. 108 m.w.N.

der Mieterhöhung bezüglich des Zuschlags für die Schönheitsreparaturen - die Zustimmung zu einer von der unwirksamen Formulklausel abweichenden Regelung über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen begehrt; hierauf hat er indes keinen Anspruch.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber mit dem Verweis in § 306 Abs. 2 BGB auf das dispositive Recht bereits in sehr grundsätzlicher Weise einen angemessenen Interessenausgleich vorgenommen, denn die anstelle der unwirksamen vertraglichen Regelung zur Anwendung kommenden Normen berücksichtigen in der Regel die Interessen der von der jeweiligen Bestimmung betroffenen Parteien gleichermaßen¹⁶⁴. So verhält es sich auch im Streitfall¹⁶⁵. Die Kostenmiete bei preisgebundenem Wohnraum wird nahezu ausschließlich nach Kostenelementen ermittelt und richtet sich - anders als die (Vergleichs-)Miete im preisfreien Wohnraum - nicht nach der marktüblichen Miete. Während diese eine je nach den Verhältnissen des örtlichen Marktes mehr oder weniger große Rendite für die von dem Mieter getätigten Investitionskosten beinhaltet, wird jene während der Mietpreisbindung allein aufgrund einer vom Vermieter aufzustellenden Wirtschaftlichkeitsberechnung gebildet, die sich an den dem Vermieter tatsächlich entstehenden Aufwendungen orientiert und eine Verzinsung von Eigenleistungen nur in dem gesetzlich festgesetzten Umfang erlaubt (§§ 8 ff. WoBindG). Das ist auch der Grund, warum es das Gesetz dem Vermieter bei der Ermittlung der Kostenmiete in § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV gestattet, im festgelegten gesetzlichen Rahmen einen Zuschlag zu verlangen, wenn er die Kosten der Schönheitsreparaturen zu tragen hat. Diese Kosten trägt der Vermieter aber nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB sowohl in dem Fall, in dem eine Abwälzung der Schönheitsreparaturkosten erst gar nicht vereinbart wurde als auch - über § 306 Abs. 2 BGB - in dem Fall, in dem sich - wie hier - eine solche Regelung als unwirksam erweist.

¹⁶⁴ BGH v. 20.9.2017 – VIII ZR 250/16, MDR 2017, 1293 = WuM 2017, 663 = GE 2017, 1339.

¹⁶⁵ BGH v. 20.9.2017 – VIII ZR 250/16, MDR 2017, 1293 = WuM 2017, 663 = GE 2017, 1339.

6 Gewährleistung

6.1 öffentlich-rechtlicher Mangel

Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder -hindernisse können zu einem Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB führen, wenn sie die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufheben oder mindern. Dies gilt allerdings nur dann, 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. Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjektes durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; allerdings kann ein möglicher Sachmangel im Einzelfall auch darin gesehen werden, dass eine lang währende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können¹⁶⁶.

Von diesen Kriterien hat der Mieter die tatsächliche Einschränkung des Mietgebrauches durch das öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernis nicht dargelegt und bewiesen¹⁶⁷. Zwar handelt es sich bei der fehlenden Genehmigung für die Nutzung der angemieteten Halle um ein Gebrauchshindernis, welches sich auf die konkrete Beschaffenheit des Mietobjektes bezieht. Der Mieter hat aber nicht dargelegt und bewiesen, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum von April bis Oktober 2014 in der Nutzung der angemieteten Halle zum vertragsgemäßen Zweck tatsächlich eingeschränkt war. Der Mieter hat zwar behauptet, der Zeuge V. S. habe ihm unter Auferlegung einer Geldbuße von 300,00 EUR die Ausübung seiner Geschäftstätigkeit in der Halle (mündlich) untersagt. Der Mieter hat diese Behauptung allerdings nicht bewiesen, denn der Zeuge S. hat in seiner Vernehmung durch das Landgericht am 30.11.2016 in Abrede gestellt, eine solche Androhung gegenüber dem Beklagten ausgesprochen zu haben. Auf

¹⁶⁶ vgl. BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12, NZM 2014, 165; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104; *Günter*, NZM 2016, 569.

¹⁶⁷ OLG Dresden v. 1.6.2017 – 5 U 477/17, ZMR 2017, 880.

die Frage, inwieweit der Mieter selbst zur Ausführung der handwerklichen Arbeiten berechtigt war, kommt es für die hier zu erörternde Frage der Mietminderung nicht an, weil ein Gebrauchshindernis, welches in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters seine Ursache hat, den Mieter nicht zur Mietminderung berechtigt¹⁶⁸. Zudem ergibt sich indirekt aus der Aussage der Zeugin U. A. vor dem Landgericht am 10.08.2016, dass dem Mieter bis zur tatsächlichen Räumung des Mietobjektes Ende Oktober 2014 eine Nutzungsuntersagung nicht drohte. Die Zeugin A. führte aus, sie habe von dem Mieter ein Schreiben vom 01.12.2014 erhalten, in welchem dieser zur Kenntnis gegeben habe, dass er im Oktober 2014 die Halle beräumt habe. Die Zeugin führt dann weiter aus, dass voraussichtlich ein Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet worden wäre, wenn das Objekt dann vom Mieter nicht beräumt worden wäre.

6.2 Verschulden für Wasserschaden

Im Rahmen von § 536 a Abs. 1 2. Alternative BGB ist anerkannt, dass die Frage nach der Beweislast für vorhandenes oder fehlendes Verschulden sich nach Herrschafts- und Einflussbereichen richtet¹⁶⁹. Der Vermieter von Geschäftsräumen ist dafür verantwortlich, dass sich das Dach des Objekts in einem Zustand befindet, der ein Eindringen von Regen in die Verkaufsräume und in das Lager verhindert. Dementsprechend wäre es seine Sache, darzulegen und nachzuweisen, dass er ohne Fahrlässigkeit den Schadensfall vom 23.07.2010 nicht verhindern konnte. Nach dem Schadensfall vom Februar 2010 und nach den Ausführungen des Zeugen T. S. bei seiner Vernehmung am 25.02.2014 zu der im Februar 2011 durchgeführten Dachsanierung spricht alles dafür, dass sich der Vermieter pflichtwidrig über einen längeren Zeitraum nicht um den Zustand des maroden Daches gekümmert haben. Im Zweifel wäre spätestens nach dem Schadensfall im Februar 2010 eine Überprüfung und Instandsetzung des Daches geboten gewesen¹⁷⁰.

Eine andere Betrachtungsweise (keine Beweislast der Vermieter) käme nur dann in Betracht, wenn eine alternative Ursache für das eingedrungene Wasser aus dem Verantwortungsbereich des Mieters in Betracht käme. Dafür ist jedoch

¹⁶⁸ BGH v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12, NZM 2014, 165; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104.

¹⁶⁹ vgl. BGH, NJW 2006, 1061; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl. 2017, § 536a BGB Rz. 11.

¹⁷⁰ OLG Karlsruhe v. 22.8.2017 – 9 U 141/15, IMR 2018, 150 (*Kruska*).

nichts ersichtlich. Es kommen keine pflichtwidrigen Handlungen des Mieters in Betracht, die den Wassereintritt durch die Niederschläge am 23.07.2010 verursacht haben könnten. Schließlich kann sich der Vermieter auch nicht darauf berufen, er sei für die Folgen einer nicht vorhersehbaren Naturkatastrophe nicht verantwortlich. Nach dem Gutachten des Deutschen Wetterdienstes steht fest, dass die Niederschläge in Überlingen am 23.07.2010 zwar erheblich waren, jedoch keineswegs ungewöhnlich.

6.3 Selbsthilfe zur Vermeidung von Schäden

Dem Mieter steht gegenüber dem Vermieter ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch aus § 231 BGB zu, weil sich die Verbringung von Maschinen und Anlagen des Mieters von Halle 11 in Halle 7b als unerlaubte Selbsthilfe i.S.v. § 229 BGB darstellt. Jede nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme von Räumlichkeiten und deren eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter ist jedenfalls solange, wie der Mieter seinen an den Räumen bestehenden Besitz nicht erkennbar aufgegeben hat, eine verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB und zugleich eine unerlaubte Selbsthilfe i.S.v. § 229 BGB, für deren Folgen der Vermieter nach § 231 BGB haftet¹⁷¹. Nach diesen Kriterien ist die eigenmächtige Umsetzung von Maschinen und Anlagen des Mieters von Halle 11 in Halle 7b als verbotene Eigenmacht und unerlaubte Selbsthilfe anzusehen¹⁷².

Führte aber die rechtswidrige Selbsthilfe von Seiten des Vermieters dazu, dass der Mieter einen Schaden im Sinne der Verpflichtung zur Zahlung von „Unterbringungskosten“ für ihre Maschinen und Anlagen hätte, dann folgte aus dem ihm zustehenden Schadensersatzanspruch des § 231 BGB gegenüber dem Vermieter der „Unterbringungskosten“ deren Verpflichtung zur Freistellung des Mieters von den entsprechenden Ansprüchen. Im Ergebnis könnte der Vermieter von dem Mieter die geltend gemachte Nutzungsentschädigung danach nicht verlangen.

¹⁷¹ vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 45/09, NJW 2010, 3434; OLG Nürnberg v. 23.08.2013 - 5 U 160/12, ZMR 2014, 534.

¹⁷² OLG Dresden v. 14.6.2017 – 5 U 1426/16, IMR 2018, 151 (*Ramm*).

7 Fortsetzung des Mietvertrages, § 545 BGB

7.1 Konkludenter Widerspruch

Die Verlängerung durch stillschweigende Fortsetzung des Mietgebrauchs gemäß § 545 BGB kann grundsätzlich auch nach einer außerordentlichen fristlosen Kündigung erfolgen. Der gemäß § 545 Satz 1 Halbsatz 2 BGB die Verlängerung hindernde Widerspruch kann konkludent, schon vor Beendigung des Mietverhältnisses und damit jedenfalls auch mit der Kündigung erklärt werden. Eine konkludente Widerspruchserklärung muss jedoch den Willen des Vermieters, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, eindeutig zum Ausdruck bringen¹⁷³. Denn der Zweck der Vorschrift besteht darin, Rechtsklarheit zwischen den Vertragsteilen darüber zu schaffen, ob der Vertrag fortbesteht oder nicht. Rechtsklarheit kann der Vermieter auch dadurch schaffen, dass er bereits in der Kündigungserklärung den Willen zum Ausdruck bringt, die Fortsetzung des Mietvertrags endgültig abzulehnen. Nicht in jeder außerordentlichen Kündigung kann bereits eine Widerspruchserklärung gesehen werden¹⁷⁴. Die Entscheidung, ob eine außerordentliche Kündigung des Vermieters bereits die Erklärung beinhaltet, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebend sind das Gewicht der Kündigungsgründe und die Bedeutung, welche der Vermieter ihnen nach dem Inhalt der Erklärung beigemessen hat¹⁷⁵. In einem Räumungsverlangen kann ebenfalls eine solche konkludente Widerspruchserklärung liegen¹⁷⁶.

Im vorliegenden Fall hat der Vermieter seinen der Verlängerung entgegenstehenden Willen fristgerecht mit der notwendigen Klarheit zum Ausdruck gebracht¹⁷⁷. Bereits das Kündigungsschreiben enthielt unbeschadet sprachlicher Mängel eine eindeutige Aufforderung zur Räumung binnen zwei Tagen und damit sogar eine ausdrückliche Fristsetzung. Dass der Vermieter sich dabei der Formulierung "sollten" bediente, nimmt dieser Handlungsaufforderung nichts

¹⁷³ BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

¹⁷⁴ BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

¹⁷⁵ vgl. BGH v. 16.9.1987 - VIII ZR 156/86, NJW-RR 1988, 76; BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NJW-RR 2006, 1385 Rz. 25; vgl. auch BGH v. 21.4.2010 - VIII ZR 184/09, NJW 2010, 2124 Rz. 7 ff.

¹⁷⁶ vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 178/03, NJW-RR 2006, 1385 Rz. 25.

¹⁷⁷ BGH v. 24.1.2018 – XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

von ihrer Unmissverständlichkeit. Der Mieter konnte aus dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB dieses Kündigungsschreiben nur dahin verstehen, dass der Vermieter mit einer durch eine Weiternutzung bewirkten Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit nicht einverstanden sein würde. Die Erwägung, der Kündigungsgrund stelle keine erhebliche Verletzung der Vermieterrechte dar, ist insoweit ohne Belang, weil sich der Widerspruch hier nicht allein aus der Erklärung der außerordentlichen Kündigung, sondern zusätzlich und insbesondere aus dem Räumungsverlangen unter Fristsetzung ergibt. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Vermieter durch seine unverzügliche schriftliche Reaktion auf das Unterbleiben der Räumung nochmals seinen der Verlängerung entgegenstehenden Willen eindeutig bekundet hat.

8 Verjährung

8.1 Verjährung von Unterlassungsansprüchen

Nach herrschender Meinung verjährt auch ein Unterlassungsanspruch in drei Jahren¹⁷⁸. Deshalb kommt es darauf an, wann die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hat. Insoweit entspricht es ebenfalls ganz hM, dass die Verjährungsfrist bei Unterlassungsansprüchen grundsätzlich mit der Zuwiderhandlung zu laufen beginnt¹⁷⁹.

Strittig ist aber, ob die Verjährungsfrist - die Kenntnis des Vermieters unterstellt - auch dann mit der erstmaligen Zuwiderhandlung zu laufen beginnt, wenn ein sog. Dauerverstoß vorliegt¹⁸⁰.

Nach einer Auffassung soll bei vertraglich begründeten Unterlassungsansprüchen die Verjährung ohne Ausnahme mit der erstmaligen Beeinträchtigung zu verjähren beginnen, auch wenn weitere Beeinträchtigungen folgen¹⁸¹.

¹⁷⁸ Palandt/*Weidenkaff*, 75. Aufl., § 541 BGB Rz. 4/5; Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 64; MüKo/*Bieber*, 6. Aufl., § 541 BGB Rz. 28.

¹⁷⁹ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 64; Staudinger/*Peters/Jacoby*, Stand: April 2014, § 199 BGB Rz. 108; Ennecerus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Bd. I, § 232 I 3.

¹⁸⁰ vgl. auch Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 Rz. 64.

Nach anderer Auffassung ist zu berücksichtigen, dass Dauerverpflichtungen des Vermieters oder Mieters, die sich nicht in einer einmaligen Handlung erschöpfen, bereits grundsätzlich nicht der Verjährung unterliegen¹⁸². Deshalb ist im Fall der Anbringung einer Parabolantenne nicht von einem Dauerverhalten auszugehen, sondern auf die Anbringung der Parabolantenne abstellen.

Der BGH hat - soweit es die Problematik der Verwirkung betrifft - in Bezug auf Unterlassungsansprüche aus § 1004 BGB die Auffassung vertreten, dass bei gleichartigen Störungen, die zeitlich unterbrochen auftreten, jede neue Einwirkung einen neuen Unterlassungsanspruch auslöst, so dass die maßgebliche Frist jeweils neu zu laufen beginne und offen gelassen, ob dies auch für die Abwehr ununterbrochen andauernder Einwirkungen gelte¹⁸³.

Nach Auffassung des OLG Celle¹⁸⁴ ist im Fall der Wohnraumnutzung von Gewerbeeinheiten von einem Dauerverstoß mit der Folge auszugehen, dass der Anspruch des Vermieters auf Unterlassung während der Mietzeit ständig neu entsteht und mithin während der Mietzeit nicht verjährt. Die dauerhafte Nutzung als Wohnraum ist mit dem (einmaligen) Anbringen einer Parabolantenne nicht vergleichbar. Das Nutzen als Wohnraum erschöpft sich nicht in einer einmaligen Handlung, sondern ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass dauerhaft in ständiger Erneuerung ein bestimmtes Verhalten fortgesetzt wird. Insoweit ist insbesondere das Urteil des BGH vom 17. Februar 2010¹⁸⁵ zu berücksichtigen, wonach der BGH in Bezug auf die Ansprüche des Mieters auf Beseitigung eines Mangels als Teil der Gebrauchserhaltungspflicht von einem unverjähren Anspruch während der Mietzeit ausgeht. Die dort genannten Erwägungen lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Auch die (vertragliche) Pflicht, bei Gewerberaummietverhältnissen eine Wohnnutzung ohne Erlaubnis des Vermieters zu unterlassen, stellt eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung dar. Diese Pflicht des Mieters erschöpft sich auch nicht in einer einmaligen Unterlassung, sondern geht dahin, die Mietsache während der Mietzeit zu keinem

¹⁸¹ Staudinger/*Peters/Jacoby*, Stand: April 2014, § 199 Rz. 108; Erman/*Schmidt-Räntsch*, 15. Aufl., § 199 BGB Rz. 5.

¹⁸² LG Halle, ZMR 2014, 644; LG München, NJOZ 2014, 1847; Bub/*Treier/Gramlich*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. VI Rz. 170.

¹⁸³ BGH v. 21.10.2005 - V ZR 169/04, zitiert nach juris Rz. 11; vgl. auch BGH v. 8.5.2015 - V ZR 178/14, zitiert nach juris Rz. 13.

¹⁸⁴ OLG Celle v. 5.1.2018 – 2 U 84/17, MDR 2018, 334.

¹⁸⁵ BGH v. 17.2.2010 – VIII ZR 104/09, MDR 2010, 562 = WuM 2010, 238 = ZMR 2010, 520.

Zeitpunkt als Wohnung zu nutzen. Diese Verpflichtung entsteht während des Mietverhältnisses ständig neu. Bei dem Verstoß gegen (Dauer-)Unterlassungspflichten spricht auch Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften nicht für eine Verjährung des Unterlassungsanspruches. Denn die Verjährung soll den Schuldner davor schützen, wegen länger zurückliegender Vorgänge in Anspruch genommen zu werden, die er nicht mehr aufklären kann, weil ihm begründete Beweismittel für etwa begründete Einwendungen abhanden gekommen oder Zeugen nicht mehr auffindbar sind. Gerade bei einem anhaltenden Dauerverstoß gegen Unterlassungspflichten besteht keine Verdunkelungsgefahr durch Zeitablauf, was gegen die Verjährbarkeit des Anspruches spricht¹⁸⁶.

8.2 verjährungsverlängernde Klauseln

Ob eine Formularbestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (hier: § 548 BGB), von der sie abweicht, vereinbar ist oder nicht, beurteilt sich maßgeblich danach, ob die gesetzliche Regelung auf die Interessen beider Parteien berücksichtigenden Gerechtigkeitsabwägungen beruht oder reinen Zweckmäßigkeitserwägungen folgt¹⁸⁷. Denn verdanken Vorschriften des dispositiven Rechts ihre Entstehung einem sich aus der Natur der Sache ergebenden Gerechtigkeitsgebot, so müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen regelmäßig Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zu Grunde liegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen¹⁸⁸.

Den gesetzlichen Vorschriften über die Verjährung kommt ein solcher über bloße Zweckmäßigkeitserwägungen hinausreichender Gerechtigkeitsgehalt zu¹⁸⁹. Das Institut der Verjährung hat den Zweck, dem Rechtsfrieden und der Sicherheit des Rechtsverkehrs dadurch zu dienen, dass die Anspruchsberechtigten genötigt werden, ihre Ansprüche alsbald geltend zu machen, weil nach Ablauf

¹⁸⁶ Erman/*Schmidt-Räntsch*, 15. Aufl., § 194 BGB Rz. 17.

¹⁸⁷ st. Rspr.; BGH v. 13.5.2014 - XI ZR 170/13, WPM 2014, 1325 Rz. 74; BGH v. 8.11.2016 - XI ZR 552/15, NJW 2017, 1461 Rz. 33; BGH v. 25.6.1991 - XI ZR 257/90, BGHZ 115, 38 (42) jeweils m.w.N.

¹⁸⁸ BGH v. 4.6.1970 - VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106 (109 f.).

¹⁸⁹ BGH v. 8.11.2017 - VIII ZR 13/17, WuM 2017, 703 = NZM 2017, 841 = GE 2017, 1545.

der Verjährungsfrist die Möglichkeit ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit entfällt, wenn der Anspruchsgegner sich auf die Verjährung beruft. Die Vorschriften über die Verjährung dienen öffentlichen Interessen und weisen einen hohen Gerechtigkeitsgehalt auf, der im Rahmen der Inhaltskontrolle zu respektieren ist¹⁹⁰.

Formularmäßige Verlängerungen der Verjährungsfrist sind vor diesem Hintergrund in der Rechtsprechung des BGH nur dann gebilligt worden, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind und maßvoll erfolgen, wobei es für die Ausgewogenheit einer Klausel spricht, wenn die Begünstigung des Verwenders durch Vorteile für dessen Vertragspartner kompensiert wird¹⁹¹.

Im Anschluss hieran wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur allerdings teilweise die Auffassung vertreten, eine formularmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist der in § 548 BGB geregelten Ansprüche von sechs auf zwölf Monate sei unbedenklich, wenn diese Verlängerung sowohl für Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache als auch für Ansprüche des Mieters auf Verwendungsersatz und Wegnahme von Einrichtungen gleichermaßen gelte¹⁹².

Diese Auffassung trifft nicht zu¹⁹³.

Es ist schon nicht ersichtlich, dass eine derartige Verlängerung der Verjährungsfrist für die Ansprüche des Vermieters sachlich gerechtfertigt wäre. Der Vermieter wird durch die Rückgabe der Mietsache, an die das Gesetz den Ver-

¹⁹⁰ BGH v. 8.1.1986 - VIII ZR 313/84, NJW 1986, 1608, unter III 2 b aa (zu der Inhaltskontrolle einer von § 558 BGB a.F. abweichenden formularvertraglichen Regelung, mit der die Verjährung durch ein in das Ermessen des Verwenders gestelltes Herbeiführen der Fälligkeit hinausgeschoben werden sollte).

¹⁹¹ BGH v. 21.4.2015 - XI ZR 200/14, BGHZ 205, 83 Rz. 18 (zur formularmäßigen Verlängerung der Regelverjährung von drei auf fünf Jahre in einem Bürgschaftsvertrag bei gleichzeitiger Verkürzung der Höchstfrist des § 199 Abs. 4 BGB); vgl. ferner BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 16/05, BGHZ 164, 196 (200 ff.) zur Verlängerung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche eines Baumarktbetreibers gegenüber seinen Lieferanten von zwei auf drei Jahre.

¹⁹² in diesem Sinne etwa: LG Frankfurt v. 24.2.2011, NZM 2011, 546; LG Detmold v. 1.6.2011 - 10 S 14/09, juris Rz. 11; MünchKomm/Bieber, 7. Aufl., § 548 BGB Rz. 26; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 13. Aufl., § 548 BGB Rz. 62; Erman/Lützenkirchen, 15. Aufl., § 548 BGB Rz. 3; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XIII 241 f.; Hau, NZM 2006, 561 (567); Kandelhard, NZM 2002, 929 (931); Fritz, NZM 2002, 713 (719).

¹⁹³ BGH v. 8.11.2017 - VIII ZR 13/17, WuM 2017, 703 = NZM 2017, 841 = GE 2017, 1545.

jährungsbeginn für dessen Ansprüche anknüpft, in die Lage versetzt, sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob ihm gegen den Mieter Ansprüche wegen Verschlechterung oder Veränderung der Mietsache zustehen und er diese durchsetzen oder gegebenenfalls innerhalb der sechsmonatigen Verjährungsfrist erforderliche verjährungshemmende Maßnahmen ergreifen will. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Prüfung nicht regelmäßig in der vom Gesetz vorgesehenen Verjährungsfrist von sechs Monaten vorgenommen werden könnte.

Auch ist die in § 548 BGB geregelte kurze Verjährung der Ansprüche des Vermieters durch berechtigte Interessen des Mieters im Rahmen der Abwicklung des Mietverhältnisses begründet. Denn der Mieter hat nach der Rückgabe der Mietsache an den Vermieter auf diese keinen Zugriff mehr und kann somit ab diesem Zeitpunkt regelmäßig auch keine beweissichernden Feststellungen mehr treffen. Zudem muss er damit rechnen, dass sich der zu diesem Zeitpunkt bestehende und für etwaige Schadensersatzansprüche des Vermieters maßgebliche Zustand der Mietsache angesichts einer in der Regel zu erwartenden zeitnahen Überlassung an einen anderen Mieter oder einer Nutzung durch den Vermieter selbst alsbald verändern wird. Auch das Erinnerungsvermögen etwaiger Zeugen, die zum Zustand der Mietsache bei Rückgabe Wahrnehmungen gemacht haben, wird mit zunehmendem Zeitablauf regelmäßig deutlich abnehmen. Unabhängig davon, ob eine Verdoppelung der Verjährungsfrist von sechs auf zwölf Monate noch als maßvoll angesehen werden könnte, würden dadurch jedenfalls wesentliche Interessen des Mieters erheblich beeinträchtigt.

Schließlich spricht auch der vom Gesetzgeber mit § 548 BGB verfolgte Zweck gegen die Zulässigkeit einer formularvertraglichen Verlängerung der Verjährungsfrist über sechs Monate hinaus¹⁹⁴. Mit der gesetzlichen Regelung will der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zeitnah zur Rückgabe der Mietsache beziehungsweise zeitnah zur Beendigung des Mietverhältnisses eine "möglichst schnelle" Klärung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache erreichen¹⁹⁵. Dieser zentrale

¹⁹⁴ BGH v. 8.11.2017 – VIII ZR 13/17, WuM 2017, 703 = NZM 2017, 841 = GE 2017, 1545.

¹⁹⁵ BT-Drucks. 14/4553, S. 45; BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, NJW 2014, 684 Rz. 13; BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rz. 12; BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 195/10, NJW 2011, 1866 Rz. 12; BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 10; BGH v. 14.4.1986 - VIII ZR 99/85, BGHZ 98, 59 (62 ff.) zur gleichlautenden Vorgänger-

Gesetzeszweck, den Vermieter nach Rückerhalt der Mietsache zu einer möglichst raschen Klärung seiner Ersatzansprüche anzuhalten, führte letztlich in einem deshalb gebotenen weiten Verständnis auch dazu, etwaig zu dem mietvertraglichen Anspruch konkurrierende deliktische Ansprüche ebenfalls der kurzen Verjährung zu unterwerfen¹⁹⁶.

Es liegt in der Konsequenz des Vorstehenden, dass eine formularvertragliche Erschwerung der Verjährung durch eine Verlängerung der Verjährungsfrist über sechs Monate hinaus weder sachgerecht noch mit dem dargestellten gesetzgeberischen Anliegen nach einer möglichst raschen Klärung der gegenseitigen Ansprüche zu vereinbaren ist¹⁹⁷, so dass die Unwirksamkeit der hier in Rede stehenden Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB indiziert ist.

Die in § 24 des Mietvertrags vorgesehene spiegelbildliche Verlängerung der Verjährungsfrist für die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen und auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung stellt auch keine ausreichende Kompensation für den Mieter dar mit der Folge, dass die Bestimmung in ihrer Gesamtheit als eine interessengerechte Gleichbehandlung beider Vertragsparteien verstanden und damit als ausgewogen angesehen werden könnte¹⁹⁸. Denn auch die reziproke Verlängerung beider Verjährungsfristen ändert nichts an dem oben dargestellten berechtigten Interesse des Mieters an einer möglichst kurzen, an die Rückgabe der Mietsache anknüpfenden Verjährungsfrist. An der erforderlichen Ausgewogenheit fehlt es im Übrigen auch bereits deshalb, weil den in § 548 BGB genannten Ansprüchen des Vermieters eine große praktische Bedeutung zukommt, während Streitigkeiten über Wegnahme von Einrichtungen und Aufwendungsersatz des Mieters deutlich seltener vorkommen dürften.

§ 24 des Mietvertrags ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB aber darüber hinaus auch deshalb unwirksam, weil er über die Verdoppelung der Verjährungsfrist

vorschrift des § 551 BGB a.F., dessen Regelungsgehalt durch die Schuldrechtsreform keine Änderung erfahren hat, sondern inhaltlich unverändert mit § 548 BGB fortgeführt wird.

¹⁹⁶ BGH v. 31.1.1967 - VI ZR 105/65, BGHZ 47, 53 (57 f.); BGH v. 8.1.1986 - VIII ZR 313/84, NJW 1986, 1608 unter III 1; BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 Rz. 14; BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rz. 12, jeweils m.w.N.

¹⁹⁷ ebenso: Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2014, § 548 BGB Rz. 46; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 548 Rz. 86; *Gruber*, WuM 2002, 252 (255).

¹⁹⁸ BGH v. 8.11.2017 - VIII ZR 13/17, WuM 2017, 703 = NZM 2017, 841 = GE 2017, 1545; BGH v. 21.4.2015 - XI ZR 200/14, BGHZ 205, 83 Rz.

hinaus den Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist für die in § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten Ansprüche des Vermieters verändert¹⁹⁹. Während das Gesetz in § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB vorsieht, dass die Verjährung der Vermieteransprüche im Zeitpunkt des Rückerhalts der Sache beginnt, verschiebt § 24 des Mietvertrags den Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses. Auch dies steht mit dem Zweck des § 548 BGB, der die Interessen des Mieters mit den Interessen des Vermieters in einen wohl überlegten Ausgleich bringt, nicht im Einklang.

Das Gesetz knüpft den Verjährungsbeginn etwaiger mieterseits bestehender Ansprüche auf Aufwendungsersatz und Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung an die Beendigung des Mietverhältnisses (§ 548 Abs. 2 BGB). Dies wahrt die Interessen des Mieters, denn ihm ist bei Beendigung des Mietverhältnisses im Einzelnen bekannt, welche Aufwendungen er während der Mietzeit in Bezug auf die Mietsache getätigt hat beziehungsweise welche von ihm eingebrachte Einrichtung er bei Rückgabe der Mietsache wegnehmen will.

In gleichem Maße als sach- und interessengerecht ist es anzusehen, wenn das Gesetz die Verjährung der Vermieteransprüche unabhängig von der rechtlichen Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache beginnen lässt. Denn ab diesem Zeitpunkt kann der Vermieter die Mietsache untersuchen und sich über etwaige Ansprüche klar werden²⁰⁰.

Vor dem Hintergrund dieser Interessenlage erfordert es bereits der oben näher dargestellte, auf möglichst schnelle Klärung der Ansprüche gerichtete Gesetzeszweck, die Verjährung der Ansprüche des Vermieters auch zu diesem Zeitpunkt (Rückerhalt der Mietsache) beginnen zu lassen. Denn der Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses ist für die Untersuchungsmöglichkeiten des Vermieters einzig in dem Fall von Belang, in dem der Vermieter die Mietsache vom Mieter am letzten Tag der Mietzeit zurückerhält. Eine selbständige Bedeutung für die Möglichkeiten zur Anspruchsfeststellung hat die rechtliche Beendigung des Mietverhältnisses hingegen nicht. Zudem liegt, wie oben bereits dargestellt, die Anknüpfung des Verjährungsbeginns an die Rückgabe der Mietsa-

¹⁹⁹ BGH v. 8.11.2017 – VIII ZR 13/17, WuM 2017, 703 = NZM 2017, 841 = GE 2017, 1545.

²⁰⁰ vgl. dazu auch BGH v. 23. Mai 2006 - VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 Rn. 21; vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, unter II 2; BGH v. 19.11.2003 - XII ZR 68/00, NJW 2004, 774 unter II 3 a.

che im berechtigten Interesse des Mieters, der nur bis zu diesem Zeitpunkt beweissichere Feststellungen zum Zustand der Mietsache treffen kann.

9 Schriftform

9.1 Geltendmachung eines Leistungsvorbehalts

Die von §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 BGB geforderte Schriftform ist nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere über den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses, aus einer von den Parteien unterzeichneten Urkunde oder aus gleichlautenden, von jeweils einer Partei unterzeichneten Urkunden ergibt. Von der Schriftform ausgenommen sind lediglich solche Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind. Für Vertragsänderungen gilt nichts anderes als für den Ursprungsvertrag. Sie müssen daher ebenfalls der Schriftform des § 550 BGB genügen, es sei denn, dass es sich um unwesentliche Änderungen handelt²⁰¹.

Die vertragliche Änderung der Miete stellt stets eine wesentliche und - jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann - dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar. Bei der Miete handelt es sich per se um einen vertragswesentlichen Umstand, der für den von § 550 BGB geschützten potenziellen Grundstückserwerber von besonderem Interesse ist. Dies gilt umso mehr, als sich Änderungen unmittelbar auf die Möglichkeit des Vermieters zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs auswirken können²⁰².

Für die zum 1. April 2013 erfolgte Erhöhung der Nettomiete um mehr als zehn Prozent ist die Schriftform des § 550 Satz 1 BGB nicht eingehalten. Dies wäre jedoch erforderlich, weil sie entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung nicht auf der Ausübung eines dem Vermieter vertraglich eingeräumten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts, sondern auf der - hier durch die auf

²⁰¹ vgl. BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311 Rz. 12 mw.N.

²⁰² BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311 Rz. 17 ff.; BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, NJW 2017, 3772 Rz. 22.

Bitte des Klägers erhöhten Zahlungen der Beklagten konkludent erfolgten - vertraglichen Vereinbarung der Vertragsparteien beruht²⁰³.

Richtig ist allerdings, dass § 550 BGB nicht eingreift, wenn einer Partei im Mietvertrag bereits die Möglichkeit eingeräumt ist, durch einseitige Willenserklärung eine Vertragsänderung herbeizuführen, und sie dann von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. In diesem Fall muss sich allein die ursprüngliche vertragliche Bestimmung am Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB messen lassen, wohingegen die Ausübung des Anpassungsrechts nicht laufzeitschädlich im Sinne des § 550 BGB sein kann. Der BGH hat dies etwa für die Ausübung eines Optionsrechts auf Vertragsverlängerung oder auch für die vertraglich gestattete einseitige Anpassung von Nebenkostenvorauszahlungen entschieden²⁰⁴.

Nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB unterfällt zudem eine Änderung der Miete, die ihre Grundlage in einer - ihrerseits schriftformbedürftig - vertraglich vereinbarten, automatisch zur Mietanpassung führenden Indexklausel hat²⁰⁵.

So verhält es sich hier jedoch nicht²⁰⁶. Mit der maßgeblichen Vertragsklausel in § 9 A Nr. 4 ist weder eine Anpassungsautomatik verbunden noch den Parteien das Recht eingeräumt, die geschuldete Miete durch eine einseitige Willenserklärung zu verändern. Vielmehr kann eine Vertragspartei bei Vorliegen der entsprechenden Indexänderung eine Neufestsetzung verlangen. Wie sich aus § 9 A Nr. 4 b ergibt, hat diese Neufestsetzung durch eine Einigung der Vertragsparteien zu erfolgen. Erst wenn es binnen der in der Klausel genannten Frist nicht zu einer solchen Einigung kommt, erfolgt die Festsetzung der geschuldeten Miete durch einen Sachverständigen. Dieses nur ersatzweise bestehende Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten ändert den Regelungsgehalt der Klausel nicht dahin, dass sie insgesamt ein durch einseitige Erklärung auszuübendes Änderungsrecht der Vertragsparteien festschreibt.

²⁰³ BGH v. 11.4.2018 – XII ZR 43/17, ■.

²⁰⁴ vgl. etwa BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300 Rz. 27 ff. m.w.N.

²⁰⁵ BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300 Rz. 32.

²⁰⁶ BGH v. 11.4.2018 – XII ZR 43/17, ■.

Der Vermieter hatte um eine Erhöhung der Miete gebeten und dabei eine konkrete neue Miete genannt. Diese entsprach im Übrigen nicht der prozentualen Erhöhung des Verbraucherpreisindexes seit der letzten Mieterhöhung, sondern erhöhte die bereits einmal angepasste Miete um den Prozentsatz, um den der Verbraucherpreisindex seit Beginn des Mietverhältnisses gestiegen war. Indem der Mieter ab dem geforderten Zeitpunkt diese vom Kläger erbetene höhere Miete entrichteten, stellten sie die von § 9 A Nr. 4 b des Mietvertrags geforderte Einigung her, ohne dass es zu einer § 550 Satz 1 BGB genügenden Beurkundung der damit erfolgten Vertragsänderung gekommen wäre²⁰⁷.

9.2 Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Formmangel

Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn eine Mietvertragspartei eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen lästig gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen²⁰⁸.

So liegt der Fall hier²⁰⁹. Die neue Wertsicherungsklausel beinhaltende Vertragsänderung ist auf Drängen des Vermieters erfolgt. Diese Neuregelung diente auch ausschließlich den Interessen des Vermieters. Wenn die Parteien nun anstelle einer auf ein bestimmtes Basisjahr bezogenen Punkteregelung an eine prozentuale Preissteigerung anknüpfen, wird der Mieter nicht (auch) begünstigt²¹⁰. Zwar wird die prozentuale Preissteigerung, die für das Erreichen des ursprünglich erforderlichen Punkteunterschieds erforderlich ist, umso geringer, je weiter der Indexstand entfernt ist. Erhöht sich etwa der Indexstand von 200 auf 210, entspricht das nur noch einer prozentualen Steigerung von 5 %. Dass die Preissteigerung jedoch binnen der Vertragslaufzeit - selbst unter Einschluss der fünfjährigen Verlängerungsoption des Mieters - auch nur annähernd die Größenordnung erreichen konnte, ab der eine Steigerung um zehn Indexpunkte eher eintritt als eine 6 %ige Preissteigerung, liegt ebenso fern wie ein Preisverfall um mindestens 6 %. Damit konnte bei realistischer Betrachtung allein der

²⁰⁷ vgl. BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, WuM 2018, 151 Rz. 20 ff.

²⁰⁸ BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311 Rz. 27; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 198/05, NJW 2008, 365 Rz. 16; BGHZ 65, 49 = NJW 1975, 1653 (1655); vgl. auch Münch-Komm/Bieber, 7. Aufl., § 550 BGB Rz. 19 m.w.N.; Staudinger/Emmerich, [Updatestand: 27. März 2017], § 550 BGB Rz. 41 m.w.N.

²⁰⁹ BGH v. 27.09.2017 - XII ZR 114/16, MDR 2017, 1351 = GE 2017, 1397.

²¹⁰ BGH v. 27.09.2017 - XII ZR 114/16, MDR 2017, 1351 = GE 2017, 1397.

Vermieter von der Vertragsänderung profitieren, weil wesentlich früher als nach der alten Regelung eine Mieterhöhung aufgrund der Steigerung des Verbraucherpreisindex eintrat. Tatsächlich hat der Vermieter auch wenige Monate nach der Vertragsänderung mit Erfolg eine um 6 % höhere Miete vom Mieter verlangt.

Dass der Vermieter diese im wirtschaftlichen Ergebnis ihr allein günstige und zudem von ihr geforderte Vertragsänderung mit Blick auf die Formwidrigkeit dieser Änderungsvereinbarung zum Anlass nimmt, den Mietvertrag ordentlich zu kündigen, stellt einen Fall des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens dar²¹¹. Eine auf dieser Kündigung beruhende Vertragsbeendigung wäre ein schlechthin untragbares Ergebnis, so dass dem Vermieter die Berufung auf den Schriftformverstoß gemäß § 242 BGB versagt ist.

10 Kautio

10.1 Enthftungserklärung befreit auch die Kautio

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 Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26. Oktober 2001²¹² wollte der Gesetzgeber den Schuldner vor Obdachlosigkeit schützen, die drohte, wenn der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis über die Wohnung des Schuldners kündigte, um die Mietkautio für die Masse zu vereinnahmen. Zugleich sollte der Insolvenzverwalter weiterhin die Möglichkeit haben, die Masse von Belastungen aus dem Mietverhältnis freizustellen²¹³.

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

²¹¹ BGH v. 27.09.2017 - XII ZR 114/16, MDR 2017, 1351 = GE 2017, 1397.

²¹² BGBl. I S. 2710.

²¹³ vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 16, 27.

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 über²¹⁴. Der Vermieter hat deshalb nach diesem Zeitpunkt eine Kündigung an den Schuldner zu richten²¹⁵, für eine Klage gegen den Vermieter auf Auszahlung eines nach der Enthaltungserklärung entstandenen Nebenkostenguthabens fehlt dem Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis²¹⁶, und die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO verliert ihre Geltung²¹⁷.

Mit dem Wirksamwerden der Enthaltungserklärung 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 aus²¹⁸. 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 Enthaltungserklärung entstehen. Der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung einer geleisteten Mietkaution entsteht zwar aufschiebend bedingt bereits mit der Leistung der Kauti- on. Nach Sinn und Zweck der Mietkaution 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 Kauti- on noch keinen sicheren Vermögenswert. Die Kauti- on dient nach Maßgabe der getroffenen Sicherungs- abrede bis zur Beendigung des Mietverhältnisses und der Rückgabe der Miet- sache dazu, die mietvertraglichen Ansprüche des Vermieters zu sichern. Ein Anspruch auf Rückzahlung der Kauti- on besteht nur, wenn der Schuldner auch nach der Freigabe des Mietverhältnisses seine mietvertraglichen Pflichten erfüllt, insbesondere die geschuldete Miete samt Nebenkosten zahlt und die Miet-

²¹⁴ 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.

²¹⁵ BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13, WPM 2014, 1000 Rz. 9.

²¹⁶ BGH v. 22.5.2014 - IX ZR 136/13, WPM 2014, 1239 Rz. 6.

²¹⁷ BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 24 ff.

²¹⁸ BGH v. 16.3.2017 - IX ZB 45/15, NZM 2017, 437.

sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses in vertragsgemäßem Zustand zurückgibt. Erst dadurch erlangt das Recht des Schuldners an der Kautions seinen endgültigen Wert. Deshalb ist es gerechtfertigt, dass mit der Freigabe des Mietverhältnisses auch der Anspruch auf Rückzahlung der Kautions aus dem insolvenzbefangenen Vermögen ausscheidet, soweit es sich um eine Kautions 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 Gesetzgebers²¹⁹. Die dort geäußerte Annahme, eine von dem Schuldner gestellte Kautions falle nach Beendigung des Wohnraummietverhältnisses in die Masse²²⁰, 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 Kautions zur Masse zu ziehen. Vor dem Hintergrund dieses sozialpolitischen Regelungszwecks kann den Gesetzesmaterialien ein tragfähiger Rückschluss dahingehend, dass die Kautions 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 Kautions dem freien Vermögen des Schuldners zugeordnet wird und von ihm für ein neues Mietverhältnis eingesetzt werden kann.

10.2 Sicherheit nach § 22 UmwG

Nach § 22 UmwG kann der Vermieter ein (zusätzliche) Sicherheit verlangen, wenn im Wege der Umwandlung (Verschmelzung, Spaltung, Vollübertragung, Formwechsel) der Mietvertrag auf einen neuen Mieter übergegangen ist. Dazu muss er fristgerecht glaubhaft machen, dass die Erfüllung seiner Ansprüche gefährdet ist.

²¹⁹ BGH v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, NZM 2017, 437.

²²⁰ BT-Drucks. 14/5680, S. 27.

Eine Gefährdung seiner Ansprüche hat der Vermieter hinreichend glaubhaft gemacht²²¹. Dabei reicht allerdings die infolge der Ausgliederung eintretende Vermögenstrennung allein für die Annahme einer Gefährdung nicht aus, da nicht jede Ausgliederung von vorneherein derartige Sicherungsansprüche auslösen soll. Andererseits steht der Verzicht auf eine mietvertragliche Sicherheit bei Abschluss des Mietvertrages der Forderung einer Sicherheitsleistung gemäß § 22 UmwG nicht entgegen, da dieser Verzicht gerade auf der unstreitigen Finanzkraft des vormaligen Mieters beruhte²²².

Bei der Beurteilung der Gefährdung der Ansprüche des Vermieters zu berücksichtigen ist einerseits, dass der vormalige Mieter für Verbindlichkeiten, die vor Ablauf von fünf Jahren nach der Ausgliederung fällig werden, dem Vermieter gegenüber mithaftet, wovon er selbst bei seiner Berechnung der geforderten Sicherheitsleistung ausgeht (§ 133 Abs. 2, 3 UmwG). Gegen eine Gefährdung der Ansprüche auf Mietzahlung spricht ferner, dass der (aktuelle) Mieter die angemieteten Flächen weitgehend langfristig untervermietet hatte und durch die zu erzielenden Untermieten die Mieten aus dem Hauptmietvertrag voraussichtlich während der gesamten Vertragsdauer vollständig erfüllen kann. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Mieten aus den Untermietverhältnissen dem Vermieter nicht gesichert zur Verfügung stehen, da ihre Zahlung wiederum die Leistungsbereitschaft und -fähigkeit der Untermieter voraussetzt und da möglicherweise auch andere Gläubiger des Mieters auf die Zahlungen Zugriff nehmen könnten. Entsprechendes gilt für die schuldrechtliche Weiterleitung der vertraglichen Rückbauverpflichtungen des Mieters an die Untermieter. Hinsichtlich der mietvertraglichen Verpflichtung des Mieters zur Beseitigung von Altlasten und umwelttechnischen Verunreinigungen des Geländes bei Vertragsende hatte der vormalige Mieter dem Vermieter mit Schreiben vom 20.12.2013 eine Freistellungsvereinbarung bis zu einem Gesamtbetrag von 250.000€ angeboten, die dem von dem Vermieter angesetzten Kostenbetrag entsprechen, welche der Vermieter hätte annehmen können. Diese Freistellungsvereinbarung hätte auch nicht die Form nach § 232 BGB erfüllen müssen, da sie im Umfang der durch sie begründbaren Sicherung gerade einem Anspruch auf Leistung einer Sicherheit nach den § 133 Abs. 1 S. 2, § 22 UmwG entgegenstand.

²²¹ OLG Frankfurt v. 11.9.2017 – 2 U 102/16, ZMR 2018, 34.

²²² OLG Frankfurt v. 11.9.2017 – 2 U 102/16, ZMR 2018, 34.

Andererseits bestanden demgegenüber bei dem Mieter grundsätzlich höhere finanzielle Risiken für den Vermieter als Gläubiger, als sie für den Vermieter im Verhältnis zum vormaligen Mieter bestanden, da der (aktuelle) Mieter über eine erheblich geringere Kapitalausstattung verfügt als der vormalige Mieter, die Kapitalbindung bei einer GmbH in geringerem Maße gesichert ist und davon ausgegangen werden kann, dass der (aktuelle) Mieter über eine geringere Bonität verfügt als der vormalige Mieter, was insgesamt die Annahme einer Gefährdung seiner Ansprüche rechtfertigt. Eine konkretere Darlegung seitens des Vermieters ist insoweit nicht erforderlich²²³. Gerade bei einem solchen langfristigen Dauerschuldverhältnis reicht vielmehr die erkennbare abstrakte Gefahr, dass durch die Abspaltung das normale Erfüllungsrisiko, das der Vermieter bzw. sein Rechtsvorgänger gegenüber dem vormaligen Mieter eingegangen ist, erhöht wird²²⁴.

Die Höhe der Sicherheitsleistung bemisst sich zwar nach dem Wert der zu sichernden Rechte, dabei können aber nicht alle noch ausstehenden Ansprüche addiert werden, zumal dies in einem solchen langfristigen Dauerschuldverhältnis den Schuldner regelmäßig überfordern würde²²⁵. Vielmehr muss das konkrete Risiko, dessen Höhe maßgeblich von der wirtschaftlichen Lage des Mieters als Schuldner abhängt, anhand des individuellen Schutzbedürfnisses des Vermieters abgeschätzt und bewertet werden²²⁶. Bei der Einschätzung des Risikos des Vermieters ist ferner zu berücksichtigen, dass ihm im Falle des Zahlungsverzuges des Mieters mit den Mietzahlungen bereits im Falle eines Rückstandes von zwei Monatsmieten ein außerordentliches Kündigungsrecht zustünde, was ihm nach Umsetzung eines Räumungs- und Herausgabeanspruchs eine anderweitige wirtschaftliche Nutzung des Mietobjekts für die weitere Vertragszeit erlaubte und damit sein Risiko jedenfalls hinsichtlich der künftig fällig werdenden Mietzahlungen voraussichtlich begrenzt. Dieser Umstand hat zugleich zur Folge, dass die bestehende Risikoerhöhung im Laufe der Zeit immer weniger ins Gewicht fällt.

²²³ OLG Frankfurt v. 11.9.2017 – 2 U 102/16, ZMR 2018, 34.

²²⁴ OLG Frankfurt v. 11.9.2017 – 2 U 102/16, ZMR 2018, 34.

²²⁵ OLG Frankfurt v. 11.9.2017 – 2 U 102/16, ZMR 2018, 34.

²²⁶ vgl. auch BGH, NJW 1996, 1539 f.; OLG Hamm, ZIP 2008, 1925 f; Kallmeyer/Sickinger, 6. Aufl. 2017, § 125 UmwG Rz. 33; Lutter/Grunewald, 5. Aufl. 2014, § 22 UmwG Rz. 24 m.w.N.

Der Vermieter hat seinen Anspruch auf Erbringung einer Sicherheit mit seinem Schreiben vom 12.3.2013 (Anlage K 12) noch rechtzeitig geltend gemacht. Der Mieter hat dieses Schreiben nach seinen Ausführungen in der Klageerwidernung am 18.3.2013 durch den vormaligen Mieter zur Kenntnis erhalten, so dass dahinstehen kann, ob ihm das von dem Vermieter auch an ihn übersandte gleichlautende Schreiben bereits am 18.3.2013 oder erst am 20.3.2013 zugegangen ist und ob der Mieter den Vortrag des Vermieters hinsichtlich des Zugangs bereits am 18.3.2013 durch Einlegung in seinen Briefkasten ausreichend konkret in Abrede gestellt hat (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Dem Mieter war ersichtlich, dass das Schreiben vom 12.3.2013 auch an ihn gerichtet war, da in ihm als Adressaten sowohl der vormalige Mieter als auch der (aktuelle) Mieter ersichtlich sind.

Die Frist zur Anmeldung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung begann mit der Bekanntmachung der Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister des vormaligen Mieters am 17.9.2012 (§ 19 Abs. 3 UmwG, Anlage K 42). Nicht maßgeblich ist demgegenüber die Bekanntmachung der Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister des (aktuellen) Mieters bereits am 8.9.2012. Der maßgebende Zeitpunkt für den Beginn des Fristlaufs hängt nicht davon ab, gegen wen sich der Anspruch auf Sicherheitsleistung richtet. Hierbei handelt es sich vielmehr um unterschiedliche Umstände²²⁷. Ohne Bedeutung ist auch, zu welchem Zeitpunkt die Ausgliederung wirksam wurde, indem sie in das Register des übernehmenden Rechtsträgers eingetragen wurde (§ 19 Abs. 1, § 20 UmwG). Die Bestimmung des § 22 UmwG knüpft den Beginn der Frist an die Eintragung der Verschmelzung im Register „des schuldenden Rechtsträgers“ an. Dies ist nicht der nach der Verschmelzung schuldende Rechtsträger, sondern derjenige Rechtsträger, der vor der Verschmelzung Schuldner des Gläubigers ist. Anderenfalls hätte das Gesetz den „übernehmenden Rechtsträger“ genannt²²⁸. Die Bestimmung des § 133 UmwG enthält keine andere Regelung. Dem Gläubiger, dessen Schutz die Regelungen der § 133 Abs. 1 S. 2, § 22 UmwG bezwecken und der nicht ohne weiteres über den Vorgang der Ausgliederung informiert ist, ist grundsätzlich nur zuzumuten, Einsicht in das Handelsregister seines Schuldners zu nehmen, während ihm die Person eines möglicherweise übernehmenden Rechtsträgers nicht ohne weiteres bekannt ist. Dem

²²⁷ OLG Frankfurt v. 11.9.2017 – 2 U 102/16, ZMR 2018, 34.

²²⁸ OLG Frankfurt v. 11.9.2017 – 2 U 102/16, ZMR 2018, 34.

steht nicht entgegen, dass es sich bei Verjährungs- und Ausschlussfristen um Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners, nicht des Gläubigers handelt. Dieser Umstand betrifft vielmehr die Geltung solcher Fristen selbst, nicht die Frage von deren Beginn. Dem übernehmenden Schuldner ist es hingegen seinerseits ohne weiteres möglich, sich über den Fristlauf durch Einsichtnahme in das Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers zu vergewissern.

11 Modernisierung

11.1 Duldung von Grundrissänderungen?

Eine Modernisierungsmaßnahme zeichnet sich dadurch aus, dass sie einerseits über die bloße Erhaltung des bisherigen Zustands (vgl. § 555a BGB) hinausgeht, andererseits aber die Mietsache nicht so verändert, dass etwas Neues entsteht²²⁹. Die vom VIII. Senat für eine frühere Gesetzesfassung geprägten Grundsätze gelten auch für die aktuelle Bestimmung des § 555b BGB²³⁰. Nr. 4 und Nr. 5 dieser Vorschrift entsprechen wörtlich den in § 559 Abs. 1 BGB a.F. (Mieterhöhung bei Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen) geregelten Alternativen²³¹, die in § 554 Abs. 2 BGB a.F. (Duldungspflicht des Mieters) als "Verbesserung der Mietsache" umschrieben sind. § 554 BGB a.F. wiederum hat im Wesentlichen den Inhalt der Vorgängerregelungen in §§ 541a, 541b BGB a.F. übernommen²³².

Die in der Modernisierungsankündigung auf neuneinhalb eng beschriebenen Seiten aufgeführten "Modernisierungsmaßnahmen" sind so weitreichend, dass ihre Durchführung den Charakter der Mietsache grundlegend verändern würde²³³. Sie beschränken sich nicht auf eine Verbesserung des vorhandenen Bestands, sondern sollen ausweislich der Baubeschreibung unter anderem dazu führen, dass das Reihenhaus unter Veränderung seines Grundrisses weitere

²²⁹ BGH v. 23.2.1972 - VIII ZR 91/70, NJW 1972, 723 unter II 3 [zu § 541a Abs. 2 BGB a.F.]; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl. § 555b BGB Rz. 2; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 13. Aufl., § 555b BGB Rz. 86 m.w.N.; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 555b BGB Rz. 21.

²³⁰ BGH v. 21.11.2017 – VIII ZR 28/17, MDR 2018, 80 = WuM 2018, 28 = ZMR 2018, 301 = GE 2018, 49 = DWW 2018, 12.

²³¹ BT-Drucks. 17/10485, S. 20.

²³² BT-Drucks. 14/4553, S. 49.

²³³ BGH v. 21.11.2017 – VIII ZR 28/17, MDR 2018, 80 = WuM 2018, 28 = ZMR 2018, 301 = GE 2018, 49 = DWW 2018, 12.

Räume (Ausbau des Spitzbodens; Wintergarten) und einen anderen Zuschnitt der Wohnräume und des Bads erhält. Außerdem sollen eine Terrasse angelegt und der Anbau an der Gartenseite des Hauses (Veranda) abgerissen werden. Bei solch weitreichenden Maßnahmen kann nach der Verkehrsanschauung nicht entfernt mehr von einer bloßen Verbesserung der Mietsache im Sinne einer nachhaltigen Erhöhung des Wohnwerts der Mietsache (§ 555b Nr. 4 BGB) oder einer dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse (§ 555b Nr. 5 BGB) gesprochen werden²³⁴.

Soweit für einzelne Maßnahmen eine Duldungspflicht nach einer anderen Alternative des § 555b BGB (etwa Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 6) in Betracht käme, hat der Vermieter nicht dargetan, dass er für diese Maßnahmen eine isolierte Duldung beansprucht²³⁵.

Für eine sich ausnahmsweise aus § 242 BGB ergebende Duldungspflicht²³⁶ bezüglich des beabsichtigten Maßnahmenpakets bestehen keine Anhaltspunkte.

12 Mieterhöhung

12.1 Konkludente Zustimmung

Für Mieterhöhungsvereinbarungen (Angebot nach §§ 558, 558a BGB und Annahme nach § 558b Abs. 1 BGB) gelten die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und Verträge, so dass sie auch konkludent getroffen werden können²³⁷.

Hier hat der Vermieter den Mieter mit Schreiben vom 23.11.2015 aufgefordert, mit Wirkung zum 1.2.2016 einer Erhöhung der Nettokaltmiete um 47 € zuzustimmen. Hierbei handelt es sich um einen Antrag (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Änderungsvertrages²³⁸. Mit der Zustimmung des Mieters, die als Annah-

²³⁴ BGH v. 23.2.1972 - VIII ZR 91/70, NJW 1972, 723.

²³⁵ BGH v. 21.11.2017 – VIII ZR 28/17, MDR 2018, 80 = WuM 2018, 28 = ZMR 2018, 301 = GE 2018, 49 = DWW 2018, 12.

²³⁶ vgl. BGH v. 23.2.1972 - VIII ZR 91/70, NJW 1972, 723 unter II 4; LG Göttingen, WuM 1990, 205.

²³⁷ vgl. BGH v. 29.6.2005 - VIII ZR 182/04, WuM 2005, 518 unter II m.w.N.

²³⁸ Palandt/*Weidenkaff*, 77. Aufl., § 558b BGB Rz. 3; § 558a BGB Rz. 2; Staudinger/*V. Emerich*, Neubearb. 2018, § 558a BGB Rz. 2; § 558b BGB Rz. 3; MünchKomm/Artz, 7. Aufl., § 558b BGB Rz. 3; vgl. auch BayObLG, NJW - RR 1993, 202 m.w.N. [zu § 2 MHG].

me eines solchen Änderungsantrags zu werten ist, kommt eine den bisherigen Mietvertrag abändernde Mieterhöhungsvereinbarung zustande²³⁹.

Der Mieter hat das Angebot der Vermieter auf Erhöhung der bisherigen Miete um 47 € monatlich dadurch wirksam (stillschweigend) angenommen, dass er den vom Vermieter geforderten Mieterhöhungsbetrag dreimal in Folge vorbehaltlos gezahlt hat²⁴⁰. Die Zustimmungserklärung des Mieters bedurfte nicht der Schriftform.

Die Regelung des § 558b BGB schreibt eine bestimmte Form der Zustimmung nicht vor. Während das Erhöhungsverlangen gemäß § 558a Abs. 1 BGB in Textform zu erklären und zu begründen ist, hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Erklärung der Zustimmung ein entsprechendes Formerfordernis nicht aufgestellt. Der Mieter kann sie daher sowohl ausdrücklich als auch konkludent erteilen²⁴¹.

Eine Verpflichtung, die Zustimmung schriftlich zu erklären, ergibt sich auch nicht aus einer im Mietvertrag vereinbarten Schriftformklausel²⁴².

Eine solche Schriftformklausel änderte an der Wirksamkeit der konkludenten Zustimmung zur Mieterhöhung jedoch nichts. Zwar kommt im Falle der Zustimmung des Mieters zu einem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters ein Änderungsvertrag zustande²⁴³. Ob eine nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 558 ff. BGB erfolgende Mieterhöhungsvereinbarung aber von einer vertraglichen Schriftformklausel erfasst ist, kann dahin stehen²⁴⁴. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, hätte dies nicht zur Konsequenz, dass der Vermieter einen Anspruch auf Übersendung einer schriftlichen Zustimmungserklärung gehabt hätte. Denn der Vermieter macht im vorliegenden Fall nicht geltend, dass die im

²³⁹ BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09, NJW 2011, 295 Rz. 14.

²⁴⁰ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, GE 2018, 325.

²⁴¹ vgl. BGH v. 8.10.1997 - VIII ZR 373/96, NJW 1998, 445 unter II 1 c aa [zu § 10 Abs. 1 MHG]; BGH v. 29.6.2005 - VIII ZR 182/04, WuM 2005, 518; BGH v. 18.7.2007 - VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122 Rz. 10.

²⁴² BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, GE 2018, 325.

²⁴³ BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09, NJW 2011, 295 Rz. 14.

²⁴⁴ ablehnend mit beachtlichen Gründen LG München I, ZMR 2014, 460 Rz. 11; in BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09, NJW 2011, 295 wurde ein Schriftformerfordernis allerdings nur für das Mieterhöhungsverlangen als solches verneint, die Formbedürftigkeit der Zustimmungserklärung war nicht Streitgegenstand.

Mietvertrag enthaltene Schriftformklausel die Wirksamkeit von Vertragsänderungen von der Einhaltung der Schriftform abhängig mache (konstitutive Schriftform), sondern trägt lediglich vor, dass für solche Rechtsgeschäfte die gewillkürte Schriftform gelte und die hierdurch geschaffene Klarheit beiden Seiten zugutekomme.

Da dem vereinbarten Schriftformerfordernis somit rein deklaratorischer Charakter zukommt, kann dahinstehen, ob eine konstitutive Schriftformklausel im Hinblick auf § 305b BGB überhaupt einer AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB standhielte. Die Einhaltung der deklaratorischen Schriftform ist nicht Gültigkeitsvoraussetzung eines von ihr erfassten Rechtsgeschäfts. Sie ist daher - unbeschadet der Frage, ob sie für Mieterhöhungsverlangen nach §§ 558 ff. BGB überhaupt gilt - weder für das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters noch für die Zustimmungserklärung des Mieters von Bedeutung²⁴⁵. Der Vermieter könnte daher allenfalls - falls die Schriftform nicht abbedungen wäre, was offen bleiben kann - nachträglich eine dem § 126 BGB entsprechende Form, also die gemeinsame Unterzeichnung der bereits erfolgten Änderungsvereinbarung, verlangen²⁴⁶. Einen solchen Anspruch erhebt der Vermieter aber nicht.

Das beschriebene Verhalten des Mieters ist auch als konkludente Annahme des Mieterhöhungsverlangens des Vermieters zu werten²⁴⁷.

Ob ein schlüssiges Verhalten als Willenserklärung zu werten ist, bestimmt sich nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Maßstäben²⁴⁸ und ist bei Individualerklärungen - wie sie hier in Frage stehen - in erster Linie dem Tatrichter vorbehalten²⁴⁹. Das Revisionsgericht prüft insoweit lediglich nach, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Ausle-

²⁴⁵ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, GE 2018, 325.

²⁴⁶ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, GE 2018, 325.

²⁴⁷ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, GE 2018, 325.

²⁴⁸ BGH v. 7.11.2001 - VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129 (134); BGH v. 22.1.2014 - VIII ZR 391/12, NJW 2014, 1951 Rz. 14.

²⁴⁹ BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 256/09, NJW 2010, 2648 Rz. 15.

gungsstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht²⁵⁰.

Solche Rechtsfehler sind nicht erkennbar²⁵¹. Im Falle eines Mieterhöhungsverlangens ist maßgebend, ob ein objektiver Empfänger, der den Inhalt des Angebots des Vermieters auf Erhöhung der Miete und alle sonstigen Umstände kennt, aus dem Verhalten des Mieters den Schluss auf einen Rechtsbindungswillen und damit auf die Zustimmung zur Mieterhöhung ziehen würde. Dies ist hier zu bejahen.

Auf das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters vom 23.11.2015 und dessen Erinnerungsschreiben vom 19.1.2016 und vom 1.2. 2016, mit dem diese eine letztmalige Erklärungsfrist bis zum 16.2.2016 setzte, überwies die Mieter am 15.2., am 4.3. und am 6.4.2016 vorbehaltlos jeweils die darin geforderte Miete in Höhe von 432 €. In Anbetracht dieser Umstände und Abläufe ist es nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht das Verhalten des Mieters als konkludente Annahme des Mieterhöhungsbegehrens bewertet hat. Denn jedenfalls eine mehrmalige vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Mietzinses kann als schlüssig erklärte Zustimmung des Mieters gewertet werden. Dahinstehen kann in diesem Zusammenhang, ob schon in der erstmaligen Zahlung der erhöhten Miete die konkludente Zustimmung des Mieters zu der geforderten Mieterhöhung gesehen werden kann²⁵². Für die Bewertung des Verhaltens des Mieters als konkludente Zustimmung kommt es nicht entscheidend darauf an, ob er seinen Dauerauftrag entsprechend geändert oder die erhöhte Miete im Wege einer jeweils zum Fälligkeitstermin veranlassten Überweisung entrichtet hat. Denn in beiden Fällen war ein Tätigwerden des Mieters erforderlich, das wiederum wegen Fehlens eines Rückforderungsvorbehalts tragfähige Rückschlüsse auf seine Willensrichtung zulässt.

12.2 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

²⁵⁰ st. Rspr.; vgl. BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 42; BGH v. 12.10.2016 - VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rz. 35; BGH v. 18.10.2017 - VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150 Rz. 17; jeweils m.w.N.

²⁵¹ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 74/16, GE 2018, 325.

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 wird²⁵³, 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 Mietspiegels 2013 der Stadt Reutlingen in einer Preisspanne 5,40 € bis 7,15 € bewegt, deren Mittelwert sich auf 6,275 €/m² zuzüglich eines Fassadendämmungszuschlags von zwei Prozent beläuft²⁵⁴.

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 besteht²⁵⁵. 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.

²⁵² vgl. zum Meinungsstand Staudinger/*V.Emmerich*, Neubearb. 2018, § 558b BGB Rz. 5.

²⁵³ 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.

²⁵⁴ vgl. Musielak/*Voit/Ball*, ZPO, 13. Aufl., § 543 ZPO Rz. 20; MünchKomm/*Krüger*, 5. Aufl., § 543 Rz. 51ZPO m.w.N.

²⁵⁵ vgl. BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NJW-RR 2006, 227 Rz. 15 m.w.N.

Vor allem in der älteren Instanzrechtsprechung²⁵⁶ 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 Mietspiegel und dem Zugang des Mieterhöhungsverlangens eingetreten ist (sog. Stichtagsdifferenz), einen Zuschlag zum Mietspiegelwert vorzunehmen²⁵⁷.

Die letztgenannte Auffassung ist nach Auffassung des BGH²⁵⁸ 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 kommt²⁵⁹. Im Falle

²⁵⁶ OLG Stuttgart, NJW 1982, 945; OLG Hamburg, NJW 1983, 1803 (1804); vgl. ferner die Nachweise bei Staudinger/Emmerich, , Neubearb. 2014, § 558a BGB Rz. 31.

²⁵⁷ OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 334 (336); OLG Hamm, NJW-RR 1997, 142 (143); vgl. ferner die Nachweise bei Staudinger/Emmerich, aaO Rn. 32

²⁵⁸ BGH v. 15.3.2017 – VIII ZR 295/15, WuM 2017, 208 = ZMR 2017, 384 = GE 2017, 472.

²⁵⁹ 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.

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 zukommt²⁶⁰.

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 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 unterliegt²⁶¹. 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 müsse²⁶². 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

²⁶⁰ 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.

²⁶¹ BT-Drucks. 7/2011, S. 10.

²⁶² vgl. BT-Drucks. 7/5160, S. 5 f.

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 dürfen²⁶³. Für die Handhabung der zivilprozessualen Verfahrensregeln zur Bestimmung der im Rahmen des § 558 BGB festzustellenden ortsüblichen Vergleichsmiete kann daraus jedoch nichts 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".

12.3 Mietänderungserklärung bei der Indexmiete

Ein wirksames Mieterhöhungsbegehren bei der Indexmiete erfordert nicht, dass der Vermieter - über den eindeutigen und abschließenden Wortlaut des § 557b Abs. 3 BGB hinaus - zusätzlich angibt, welche prozentuale Veränderung sich aus den im Erhöhungsschreiben mitgeteilten Indexdaten ergibt²⁶⁴.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Sinn und Zweck der Regelung²⁶⁵. Es liegt vielmehr - auch für den durchschnittlichen Mieter - auf der Hand, dass sich eine Indexmiete im gleichen Verhältnis ändert wie der Index. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts liefe darauf hinaus, dass

²⁶³ BVerfG, NJW 1992, 1377 f.

²⁶⁴ ebenso Staudinger/*J.Emmerich*, BGB, Neubearb. 2018, § 557b Rz. 26; *Both* in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 557b Rz. 36; vgl. auch MünchKomm-BGB/Artz, 7. Aufl., § 557b Rn. 9; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 557b Rz. 25; a.A. ohne nähere Begründung Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 13. Aufl., § 557b Rz. 42; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. IV 38

²⁶⁵ BGH v. 22.11.2017 – VIII ZR 291/16, WuM 2018, 36 = ZMR 2018, 302 = DWW 2018, 11 = GE 2018, 121.

der Vermieter dem Mieter einzelne (einfache) Rechenschritte "vorzurechnen" hätte. Dafür gibt das Gesetz keine Grundlage. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber im Rahmen der Mietrechtsreformgesetze bei der Indexmiete eine Erweiterung der schon nach der Vorgängerregelung (§ 10a Abs. 3 MHG) erforderlichen Angaben - aus Gründen der Rechtssicherheit - nur insoweit für erforderlich gehalten, als über die eingetretene Indexänderung hinaus nunmehr auch die geänderte Miete oder der Erhöhungsbetrag angegeben werden muss²⁶⁶. Dem wird das Mieterhöhungsverlangen der Beklagten aber - wie ausgeführt - gerecht.

13 Betriebskosten

13.1 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 abzuheben²⁶⁷. 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 wird²⁶⁸.

²⁶⁶ vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 53.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB Recht, 12. Aufl., § 305c BGB Rz. 17f.

Nach diesen Maßstäben ist eine (objektive) Ungewöhnlichkeit der hier in Ziff. 18. der Anlage 2 vorgenommenen Überwälzung pauschalierter Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung jedenfalls aufgrund ihrer Stellung im Vertrags- bzw. Anlagengefüge anzunehmen²⁶⁹.

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 verlangen²⁷⁰.

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 Kundenkrei-

²⁶⁹ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = ZMR 2017, 803 = IMR 2017, 362.

ses, wie sie sich aufgrund dessen Geschäftserfahrung und drucktechnischer Ausgestaltung der fraglichen AGB ergeben²⁷¹. 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 erfolgen²⁷².

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 ist²⁷³.

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.

²⁷⁰ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = IMR 2017, 362.

²⁷¹ 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.

²⁷² Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB Recht, 12. Aufl., § 305c BGB Rz. 13f.

²⁷³ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = IMR 2017, 362.

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 Verstoß gegen das Verbot unangemessener Benachteiligung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) vor²⁷⁴.

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 dar²⁷⁵.

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 Bundesgerichtshofs²⁷⁶ 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"²⁷⁷.

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 erfasst²⁷⁸. 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.

²⁷⁴ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = IMR 2017, 362.

²⁷⁵ BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NJW-RR 2006, 84.

²⁷⁶ BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz. 20.

²⁷⁷ so auch OLG Dresden v. 20.1.2016 - 5 U 1329/15, juris.

²⁷⁸ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = IMR 2017, 362.

Betreffen mehrere Klauseln denselben Regelungsgegenstand und führen sie solchermaßen zu einem den Vertragspartner des Verwenders unangemessenen Belastung, sind sie insgesamt unwirksam²⁷⁹. 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 verstieße²⁸⁰.

Auch die Kosten der Hausverwaltung (Verwaltungskosten) gem. Ziff. 14. (2. Punkt) der Anlage 2 können nicht gegen den Mieter geltend gemacht werden²⁸¹.

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 BGH²⁸² 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 lässt²⁸³.

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 dar²⁸⁴.

Wie der BGH u.a. in seinem Urteil vom 25.2.2016²⁸⁵ dargelegt hat, verpflichtet das Transparenzgebot den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen,

²⁷⁹ *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.

²⁸⁰ BGH, NJW 1993, 1061.

²⁸¹ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = IMR 2017, 362.

²⁸² z.B. BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, NZM 2014, 830.

²⁸³ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = IMR 2017, 362.

²⁸⁴ OLG Hamm v. 8.6.2017 – 18 U 9/17, GE 2017, 1221 = IMR 2017, 362.

²⁸⁵ BGH v. 25.2.2016 - VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575.

Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen, wozu nicht nur gehört, dass die einzelne Regelung für sich genommen 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.

13.2 Abrechnungspflicht

13.2.1 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) - entstanden²⁸⁶.

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 Mieter²⁸⁷.

Der letztgenannten Auffassung gewährt der BGH den Vorzug²⁸⁸. Eine (unge-schriebene) 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 Gesetzessystematik 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 Wohnungsei-

²⁸⁶ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 299 [zur Gewerberaummieta]; 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

²⁸⁷ 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/Zehlelein*, 7. Aufl., § 556 BGB Rz. 55); *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 76. Aufl., § 556 BGB Rz. 12; *Drasdo* in *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummieta, 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.

²⁸⁸ BGH v. 25.1.2017 – VIII ZR 249/15; WuM 2017, 138 = ZMR 2017, 303.

gentümergeinschaft²⁸⁹ 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 Vorauszahlungen 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 handeln²⁹⁰.

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. Abrechnungsspitze²⁹¹ - 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

²⁸⁹ 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.

²⁹⁰ 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.

²⁹¹ vgl. hierzu nur BGH v. 1.6.2012 - V ZR 171/11, NJW 2012, 2797 Rz. 20 m.w.N.

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 Jahresabrechnung²⁹², während der Wohnungseigentümer die Kosten und Lasten seines Sondereigentums ohnehin selbst zu tragen hat (§ 16 Abs. 2 WEG).

Der Beschluss der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG entfaltet jedoch gegenüber einem Dritten, wie hier dem Mieter, keine Bindung²⁹³. Vielmehr handelt es sich bei diesem Beschluss um einen internen Akt der Willensbildung der Wohnungseigentümer²⁹⁴. 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 beurteilen²⁹⁵.

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 2001²⁹⁶ 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 hat²⁹⁷.

Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 556 Abs. 3 BGB das Ziel verfolgt hat, Abrechnungssicherheit für den

²⁹² 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.

²⁹³ 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.

²⁹⁴ Jennißen, Die Verwalterabrechnung nach dem WEG, 7. Aufl., Rz. 1132, Jennißen, NZM 2002, 236 (238).

²⁹⁵ vgl. auch KG v. 25.06.1990 - 8 RE Miet 2634/90, NJW-RR 1990, 1166 (1167).

²⁹⁶ BGBl. I S. 1149.

²⁹⁷ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

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"²⁹⁸ 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 Eigentumswohnung 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 ausgeführt²⁹⁹:

"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 es³⁰⁰:

²⁹⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

²⁹⁹ BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

³⁰⁰ BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

"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 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 Bundesrates³⁰¹ im Interesse der Ausgewogenheit angeregte - Einfügung einer Einwendungsfrist für den Mieter vorgeschlagen, damit im Interesse der Rechtssicherheit schnell Klarheit über die gegenseitigen Forderungen bestehe³⁰². 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 2006³⁰³ 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 ausgeführt³⁰⁴:

³⁰¹ BT-Drucks. 14/4553, S. 86 f.

³⁰² 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.

³⁰³ BGBl. I S. 2098, 2101.

³⁰⁴ BT-Drucks. 16/814, S. 18.

"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."

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 wollte³⁰⁵.

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 abhinge³⁰⁶. 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 Ar-

³⁰⁵ vgl. auch *Riecke* in *Riecke/Schmid*, 4. Aufl., Anhang zu § 16 WEG Rz. 1.

³⁰⁶ BGH v. 25.1.2017 – VIII ZR 249/15; WuM 2017, 138 = ZMR 2017, 303.

ten 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).

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 muss³⁰⁷. Durch die vorgenannten gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass die Mietvertragsparteien nach überschaubarer Zeit Klarheit über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum erlangen³⁰⁸.

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 beträgt³⁰⁹ - erstellt

³⁰⁷ 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.

³⁰⁸ BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 19.

³⁰⁹ 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.; *Erman/Grziwotz*, 14. Aufl., § 28 WEG Rz. 4; *Jennißen*, 4. Aufl., § 28 WEG Rz. 138 f.

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 "ausgehobelt", zumal der Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 Satz 4 BGB auch nicht zu einer Teilabrechnung derjenigen Betriebskosten, für die ihm die erforderlichen Informationen bereits vorliegen, verpflichtet ist³¹⁰.

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.

13.3 Umfang der Belegeinsicht

Eine vom Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB vorzunehmende Abrechnung dient dazu, die hierzu anstehenden Betriebskosten des jeweiligen Abrechnungsjahres zu erfassen, zusammenzustellen und unter Abzug der jeweils geleisteten Vorauszahlungen auf die einzelnen Mieter zu verteilen. Dazu muss sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 Abs. 1 BGB entsprechen, also eine aus sich heraus verständliche geordnete Zusammenstellung der zu den umzulegenden Betriebskosten im Abrechnungsjahr getätigten Einnahmen und Ausgaben enthalten, um es dem Mieter zu ermöglichen, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten gedanklich und rechnerisch nachzuprüfen³¹¹.

³¹⁰ vgl. BGH v. 30.4.2008 - VIII ZR 240/07, NJW 2008, 2328 Rz. 18.

³¹¹ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, NJW 2015, 406 Rz. 11; BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, NJW-RR 2014, 76 Rz. 13; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rz. 9; BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rz. 11; jeweils m.w.N.

Darin erschöpft sich die zu erteilende Abrechnung indes nicht. Vielmehr bestimmt § 259 Abs. 1 BGB darüber hinaus, dass Belege, soweit sie erteilt zu werden pflegen, vorzulegen sind. Dementsprechend gehört es auch noch zu der vom Vermieter vorzunehmenden ordnungsgemäßen Abrechnung, dass er im Anschluss an die Mitteilung der die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltenden Rechnung dem Mieter auf dessen Verlangen zusätzlich die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen durch deren Vorlage ermöglicht, soweit dies etwa zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung oder zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen erforderlich ist³¹².

Es entspricht allgemeiner Auffassung im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung, dass ein Mieter in diesem Zusammenhang auch die Einsichtnahme in die vom Vermieter erhobenen Einzelverbrauchsdaten anderer Nutzer eines gemeinsam versorgten Mietobjekts hinsichtlich der Heizkosten beanspruchen kann, um sich etwa Klarheit zu verschaffen, ob bei einer verbrauchsabhängigen Abrechnung der Gesamtverbrauchswert mit der Summe der Verbrauchsdaten der anderen Wohnungen übereinstimmt, ob deren Werte zutreffend sind oder ob sonst Bedenken gegen die Richtigkeit der Kostenverteilung bestehen³¹³. Diese Auffassung trifft zu³¹⁴.

Hingegen bedarf es dazu nicht der zusätzlich geforderten Darlegung eines besonderen Interesses an einer Belegeinsicht in die Verbrauchswerte der anderen im Haus befindlichen Mietwohnungen³¹⁵. Schon der Wortlaut der allgemeinen Vorschrift des § 259 Abs. 1 BGB bietet dafür keinen Anhalt. Vielmehr ist es gerade Zweck einer solchen Belegvorlagepflicht, die Ausführung der abzurechnenden Geschäfte umfassend nachprüfbar zu gestalten und es dem Einsichtsberechtigten etwa zu ermöglichen, sich durch Nachfrage bei den in den Belegen genannten Dritten über die Richtigkeit der daraus hervorgehenden Umstände zu vergewissern oder weitere Aufklärung einzuholen. Dass die durch eine Belegeinsicht begehrte Information zur Vorbereitung weiterer Ansprüche

³¹² BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rz. 9; BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2; jeweils m.w.N.

³¹³ z.B. Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 112; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 481; Harsch, WuM 2015, 399 (400 f.); jeweils m.w.N.

³¹⁴ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, ■.

³¹⁵ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, ■.

zwingend benötigt wird, ist danach nicht erforderlich. Es genügt hierfür bereits das allgemeine Interesse des Berechtigten, die Tätigkeit des Abrechnungspflichtigen zu kontrollieren³¹⁶.

Für die mietrechtliche Betriebskostenabrechnung kann, wie der BGH bereits für die Vorlage von Versorgungsverträgen des Vermieters mit Dritten zwecks sachgerechter Überprüfung der Nebenkostenabrechnung und Vorbereitung etwaiger Einwendungen klargestellt hat³¹⁷, nichts anderes gelten. Demgemäß ist auch bislang schon das mietrechtliche Schrifttum mit Recht überwiegend davon ausgegangen, dass bereits das allgemeine Interesse des Mieters an näherer Aufklärung und Kontrolle sein Verlangen nach Belegvorlage rechtfertigt³¹⁸.

Das berechtigte Verlangen des Mieters, die Verbrauchswerte der anderen Mieter überprüfen zu wollen, scheidet deshalb auch nicht daran, dass die in den Betriebskostenabrechnungen genannten Verbrauchswerte unstreitig so in seiner Wohnung abgelesen worden sind³¹⁹.

Vergeblich hält die Revisionserwiderung dem von den Beklagten geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht entgegen, der dabei von ihnen auf ein Einsichtsrecht in die den Abrechnungen zugrunde liegenden Originalbelege der übrigen Wohnungen des Hauses gestützte Gegenanspruch habe nur so verstanden werden können, dass sie die Originalbelege hätten übersandt erhalten wollen. Eine solche Übersendung, und zwar noch dazu der Originalbelege, sei jedoch nach der Rechtsprechung des Senats von einer Belegvorlagepflicht der Klägerin nicht mehr gedeckt und habe deshalb den Beklagten von vornherein nicht zugestanden.

Es kann auch nicht in Zweifel gezogen werden, dass das von dem Mieter geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht, das gemäß § 274 Abs. 1 BGB nur die

³¹⁶ vgl. BGH v. 8.2.2007 - III ZR 148/06, WPM 2007, 1423 Rz. 6; BGH v. 3.11.2011 - III ZR 105/11, WM 2012, 944 Rz. 12 f.; BGH v. 9.11.2017 - III ZR 610/16, WPM 2017, 2296 Rz. 21; jeweils m.w.N.

³¹⁷ BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276; dazu *Milger*, PiG 92 [2012], 189 (194).

³¹⁸ Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 481; *Harsch*, WuM 2015, 399 (400 f.); jeweils m.w.N.

³¹⁹ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, ■.

Wirkung einer Zug-um-Zug-Verurteilung zur Folge haben soll, überhaupt die begehrte Abweisung der Klage rechtfertigen kann³²⁰.

13.4 Rechtsfolge des Zurückbehaltungsrechts

Die Übermittlung einer (formell) ordnungsgemäßen Abrechnung an den Mieter führt allein schon die Fälligkeit des sich hieraus ergebenden Nachforderungs- oder Guthabensaldos gemäß § 271 Abs. 1 BGB herbei, ohne dass es für den Fälligkeitszeitpunkt noch zusätzlich darauf ankommt, ob nach Erteilung der Abrechnung zunächst eine angemessene Frist zu ihrer Überprüfung durch den Mieter verstrichen ist³²¹. Ebenso ist geklärt, dass der Mieter gegenüber einer Nachforderung des Vermieters ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB geltend machen kann, solange der Vermieter ihm keine Überprüfung der Abrechnung ermöglicht³²². Noch nicht näher befasst hat sich der VIII. Senat allerdings mit der Frage, ob sich in diesem Fall die Rechtsfolge einer verweiger- ten Belegeinsicht stets auf die in § 274 Abs. 1 BGB bei Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts vorgesehene Verurteilung des Mieters zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) be- schränkt oder ob eine Verweigerung der Belegeinsicht auch zur Klageabwei- sung führen kann.

Soweit diese Frage im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtspre- chung erörtert wird, wird einhellig eine Leistungspflicht des Mieters verneint, solange der Vermieter unberechtigt eine begehrte Belegeinsicht verweigert. Dies wird teilweise mit einem abweichend von der Rechtsfolge des § 274 Abs. 1 BGB erforderlichen Hinausschieben der Fälligkeit³²³ sowie teilweise damit be- gründet, dass der Vermieter durch Verweigerung der Belegeinsicht dem Mieter in vertragsverletzender Weise dessen Recht auf eine vorgreifliche Überprüfung der Abrechnung verhindere, so dass sich sein gleichwohl erhobenes Zahlungs-

³²⁰ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, ■.

³²¹ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 20; BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 8; jeweils m.w.N.

³²² BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 21; BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276; jeweils m.w.N.

³²³ z.B. LG Bremen, WuM 2013, 488, 489; LG Kempten, ZMR 2017, 248 f.; *Blank* in *Blank/ Börstinghaus, Miete*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 184a.

verlangen als eine gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßende unzulässige Rechtsausübung darstelle³²⁴.

Der BGH hält letztgenannte Sichtweise für zutreffend³²⁵. Der VIII. Senat hat bereits in anderem Zusammenhang entschieden, dass einer (gerichtlichen) Anspruchserhebung der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen kann, wenn der erhobene Anspruch mit einer Rechnungslegung zusammenhängt, die der Gläubiger dem Schuldner aber verweigert und dadurch den erhobenen Anspruch der dem Schuldner zustehenden Nachprüfung treuwidrig zu entziehen versucht³²⁶.

So verhält es sich auch im Streitfall. Die Unzulässigkeit der von dem Vermieter gewählten Vorgehensweise ergibt sich insbesondere daraus, dass es sinnwidrig wäre, einen Schuldner, der eine Abrechnung erst noch nachprüfen will, sogleich zur Zahlung des ungeprüften Betrages zu verurteilen, der nach Erhalt der Zug um Zug zu erteilenden Belegeinsicht dann auch so im titulierten Umfang zu erbringen wäre. Der Sinn einer Überprüfung der Betriebskostenabrechnung liegt vielmehr gerade darin, den Mieter bereits vorab in die Lage zu versetzen, etwaige Abrechnungsfehler aufzudecken, und ihm über die unmittelbare Belegkontrolle und das dadurch vermittelte eigene Bild die Möglichkeit zur wirkungsvollen Abwehr der ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus einem wegen eines vertragsverletzenden Verhaltens des Vermieters ansonsten ganz oder teilweise ungeprüft bleibenden Abrechnungssaldos einzuräumen³²⁷.

14 Heizkosten

14.1 Pauschale entgegen § 2 HeizkV

Ob eine gegen § 2 HeizkV verstoßende Vereinbarung der Miete zu dem recht führt, schon für die Vergangenheit oder erst für die Zukunft eine verbrauchsabhängige Abrechnung zu fordern, ist streitig. Überwiegend wird angenommen, eine von der mietvertraglichen Vereinbarung einer Heizkostenpauschale abwei-

³²⁴ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 299; NJOZ 2015, 1556 (1557 f.); KG v. 12.3.2012 - 12 U 72/11, juris Rz. 5; Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 123 m.w.N. zum Meinungsstand.

³²⁵ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, ■.

³²⁶ vgl. BGH v. 24.11.1971 - VIII ZR 81/70, BGHZ 57, 292 (300 f.)

³²⁷ BGH v. 7.2.2018 – VIII ZR 189/17, ■.

chende Abrechnung auf der Grundlage des Flächenanteils sei erst nach entsprechender Ankündigung für die nachfolgende Abrechnungsperiode, nicht aber für die Vergangenheit zulässig³²⁸.

Zwar könnte der dogmatische Ansatz des BGH, nach dem durch die Vorschriften der Heizkostenverordnung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit der Mietvertragsparteien kraft Gesetzes eingeschränkt werde³²⁹, dafür sprechen, eine Abrechnung nach der HeizkV ohne Ankündigung auch für die Vergangenheit zuzulassen. Der Regelungszweck der HeizkV gebietet einen derartig weitreichenden Eingriff in die Vertragsfreiheit der Mietvertragsparteien indes nicht: Durch die Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung soll das Nutzerverhalten bei der Raumheizung und beim Warmwasserverbrauch mit dem Ziel einer Energieeinsparung beeinflusst werden; § 2 HeizkV soll sicherstellen, dass mietvertragliche Bestimmungen die verbrauchsabhängige Abrechnung nicht verhindern können³³⁰. Dieses Ziel der Beeinflussung des Nutzerverhaltens kann für die Vergangenheit nicht mehr erreicht werden, sondern setzt gerade eine Ankündigung, dass sich die Abrechnung in Zukunft am Verbrauch orientieren werde, voraus³³¹. Auch erfordert die verbrauchsabhängige Erfassung die Installation entsprechender Erfassungsgeräte, die - wie der vorliegende Fall zeigt, in dem nicht verbrauchs- sondern flächenabhängig abgerechnet wird – nicht rückwirkend möglich ist³³². Zudem spricht eine weitere Überlegung für die Auffassung, dass eine Abrechnung der Heizkosten nach Verbrauch und Fläche nur nach Ankündigung für zukünftige Abrechnungszeiträume zulässig ist: Für den Bereich des Wohnraummietrechts regelt § 556a Abs. 2 S. 2 BGB, dass die Betriebskosten erst nach Ankündigung des Vermieters und für zukünftige Abrechnungszeiträume verbrauchsabhängig abgerechnet werden dürfen. Auch § 6 Abs. 4 S. 3 HeizkV lässt eine Festlegung und Änderung des Abrechnungsmaßstabes nur für künftige Abrechnungszeiträume zu. Der zugrundeliegende allgemeine Rechtsgedanke, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes und der

³²⁸ vgl. OLG Düsseldorf, WuM 2006, 381; OLG Frankfurt v. 12.3.2003 - 7 U 50/02, zit. nach juris; OLG Hamburg v. 5.9.2016 - 4 U 29/16, unveröffentlicht; Staudinger/*Emmerich*, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 69; *Lammel*, WuM 2007, 439; a.A.: LG Heidelberg, WuM 2011, 217; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 8 Aufl. 2016, Rz. K 20

³²⁹ BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, WuM 2006, 518 = GE 2006, 1094 = MDR 2007, 204.

³³⁰ BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, WuM 2006, 518 = GE 2006, 1094 = MDR 2007, 204.

³³¹ OLG Hamburg v. 24.5.2017 - 8 U 41/16, ZMR 2017, 884.

³³² *Lammel*, WuM 2007, 439.

Zweckmäßigkeit eine Neuregelung der Abrechnungsstruktur nur für die Zukunft erfolgen kann, ist auch auf den vorliegend relevanten Bereich der Heizkostenabrechnung im Gewerberaummietrechts übertragbar; eine Umgestaltung der Mietstruktur hinsichtlich der Heizkosten ist danach auch insoweit nur für die Zukunft und nicht rückwirkend zulässig³³³.

15 Vermieterpfandrecht

15.1 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 werden³³⁴.

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 Reichsgericht³³⁵ zurückgehenden Meinung ist die Frage zu verneinen³³⁶. 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 war³³⁷. Nach der Gegenmeinung kommt die zugunsten des Mieters streitende Eigentumsvermutung auch dem Vermieter zugute, der sein Vermieterpfandrecht gegen Dritte verteidigen will³³⁸. Der BGH hat die Frage bislang offengelassen³³⁹.

³³³ vgl. Schmidt-Futterer/Lammel, 12. Aufl. 2015, § 2 HeizKV Rz. 12; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 535 BGB Rz. 69.

³³⁴ 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).

³³⁵ RGZ 146, 334 (339 f.).

³³⁶ AK-BGB/Kohl, § 1006 BGB Rz. 9; MüKoBGB/Baldus, 7. Aufl., § 1006 BGB Rz. 27; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 562 BGB Rz. 31.

³³⁷ RGZ 146, 334 (339).

³³⁸ 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.

³³⁹ BGH v. 10.12.1975 - VIII ZR 179/74, WPM 1976, 153 (154).

Nunmehr entscheidet der BGH³⁴⁰ sich 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 ableitet³⁴¹. 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 will³⁴². Diese Rechtsprechung hat allgemein Zustimmung gefunden³⁴³. Auf dieser Grundlage hat der BGH die zugunsten des Besitzers streitende Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB etwa auf einen Pfändungsgläubiger³⁴⁴ und auf den Gläubiger eines landwirtschaftlichen Inventarpfandrechts³⁴⁵ angewandt, die ihre Pfandrechte gegenüber Dritten verteidigen wollten.

³⁴⁰ BGH v. 3.3.2017 – V ZR 268/15, NZM 2017, 479 = GE 2017, 710.

³⁴¹ 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.

³⁴² Staudinger/*Gursky*, [2013], § 1006 BGB Rz. 35.

³⁴³ 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

³⁴⁴ BGH v. 16.10.2003 - IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310 (315).

³⁴⁵ BGH v. 7.10.1970 - VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319 (324 f.).

Für das Vermieterpfandrecht gilt nichts anderes³⁴⁶.

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 besitzlos³⁴⁷. 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 ist³⁴⁸, 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“³⁴⁹.

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 Vermutung 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

³⁴⁶ BGH v. 3.3.2017 – V ZR 268/15, NZM 2017, 479 = GE 2017, 710.

³⁴⁷ vgl. § 1 Pachtkreditgesetz; siehe auch *Grädler*, AUR 2013, 1 ff.

³⁴⁸ *Mugdán*, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II S. 854, 859 [Vorschlag 10].

³⁴⁹ *Mugdán*, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II S. 859.

in einer ähnlichen Lage wie der Hypothekengläubiger hinsichtlich des mithaftenden Grundstückszubehörs³⁵⁰. 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 gehört³⁵¹. 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.

15.2 Erlöschen durch Entfernen eines Fahrzeugs

Zu den Gegenständen, auf die sich das Vermieterpfandrecht erstreckt, gehören grundsätzlich auch die regelmäßig auf dem Mietgrundstück abgestellten Kraftfahrzeuge³⁵². Eingebracht sind nämlich alle Sachen, die während der Mietzeit willentlich und wissentlich in die Mieträume oder auf das Mietgrundstück verbracht werden³⁵³. Bei Sachen, die nur vorübergehend in der Absicht alsbaldiger Wiederentfernung eingestellt werden, ist danach zu unterscheiden, ob der vorübergehende Verbleib der bestimmungsgemäßen Nutzung der Mietsache entspricht³⁵⁴. Ein Kraftfahrzeug, das auf dem vermieteten Grundstück geparkt wird, ist dementsprechend eingebracht. Denn seine regelmäßige vorübergehende

³⁵⁰ zu dieser Parallele: BGH v. 7.10.1970 - VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319 (325).

³⁵¹ BGH v. 7.10.1970 - VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319 (325).

³⁵² BGH v. 6.12.2017 - XII ZR 95/16, NZM 2018, 203 = GE 2018, 253 = DWW 2018, 52.

³⁵³ MünchKomm/*Ganter*, 3. Aufl. § 50 InsORn. 86; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 750; *Eckert*, ZIP 1984, 663; vgl. auch RGZ 132, 116.

³⁵⁴ MünchKomm/*Ganter*, 3. Aufl. § 50 InsO Rz. 86; *FK-InsO/Imberger*, 8. Aufl., § 50 InsO Rz. 57; *Geldmacher* in: *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummieta, § 562 BGB Rz. 40.

Einstellung gehört zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache³⁵⁵. Nach den getroffenen Feststellungen waren die LKW und der Anhänger nachts jeweils auf dem Betriebsgrundstück bestimmungsgemäß abgestellt.

Die noch vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Forderungen des Vermieters waren durch das Vermieterpfandrecht insolvenzfest gesichert, sofern sich die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung am 10. April 2013 um 13:20 Uhr auf dem Betriebsgelände befanden, nachdem sie im Anschluss an die letzte Ausfahrt - falls nach vorläufiger Insolvenzeröffnung, mit notwendiger Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters³⁵⁶ - dort wieder eingebracht waren³⁵⁷. Wären sie hingegen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vom Grundstück entfernt gewesen und erst nach der Insolvenzeröffnung wieder eingebracht worden, führte das dadurch neu entstandene Vermieterpfandrecht nur zur Sicherung von Masseschulden des Mieters aus dem nach der Insolvenzeröffnung fortbestehenden (§§ 108, 109 InsO) Mietverhältnis; es sicherte dann nicht die Forderungen aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung, die einfache Insolvenzforderungen sind³⁵⁸.

Gemäß § 562 a Satz 1 BGB erlischt das Pfandrecht des Vermieters mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, außer wenn diese ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Nach Satz 2 der Vorschrift kann der Vermieter nicht widersprechen, wenn die Entfernung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen. Waren die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung für Zwecke von Kundenbesuchen oder Auslieferungen im Gebrauch, so waren sie in dem Augenblick vom vermieteten Grundstück tatsächlich räumlich entfernt. Dem konnte der Vermieter bis zur Insolvenzeröffnung auch unter Fortsetzung des Geschäftsbetriebs durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht widersprechen³⁵⁹, solange die

³⁵⁵ vgl. MünchKomm/Ganter, 3. Aufl. § 50 InsO Rz. 86; *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, § 562 BGB Rz. 40.

³⁵⁶ MünchKomm/Ganter, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 86.

³⁵⁷ BGH v. 6.12.2017 - XII ZR 95/16, GE 2018, 253 = DWW 2018, 52.

³⁵⁸ MünchKomm/Ganter, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 86b; Kayser/Thole/Lohmann, 8. Aufl., § 50 InsO Rz. 24; BeckOK InsO/Haneke, [Stand: 31. Juli 2017], § 50 InsO Rz. 19; Jaeger/Heckel, § 50 InsO Rz. 39.

³⁵⁹ vgl. BeckOK InsO/Haneke, [Stand: 31. Juli 2017], § 50 InsO Rz. 18; FK-InsO/Imberger, 8. Aufl., § 50 InsO Rz. 65.

dem Fahrzeugzweck entsprechende Ausfahrt jeweils „den gewöhnlichen Lebensverhältnissen“ entsprach. Bei der Gewerbemiete ist damit eine Entfernung von Sachen im regelmäßigen Geschäftsbetrieb gemeint³⁶⁰, auch soweit der vorläufige Insolvenzverwalter ihn fortführt.

Zwar wird in Teilen der Rechtsprechung und Literatur vertreten, eine von vornherein lediglich vorübergehend geplante Wegschaffung der Sachen reiche für das Erlöschen des Vermieterpfandrechts nicht aus. Das ergebe sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 1253 Abs. 1 BGB, denn es sei auch für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht anerkannt, dass eine nur vorübergehende Besitzaufgabe nicht zu seinem Erlöschen führe, da nach § 856 Abs. 2 BGB die ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht den Besitz beende. Zum anderen werde für die insoweit gleichlautenden Tatbestandsmerkmale im Hypothekenrecht (§§ 1121, 1122 BGB), bei dem die gleiche Problematik hinsichtlich des Umfangs der Haftung bestehe, einhellig die Auffassung vertreten, dass unter den Begriff der Entfernung nur die für dauernd geplante Wegschaffung zu verstehen sei. Wegen der rechtlichen und tatsächlichen Vergleichbarkeit dieser Vorschriften seien die dortigen Ergebnisse auf § 562a BGB übertragbar. Es sei auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Entfernung von Sachen im Sinne des § 562a BGB anders behandelt werden solle als deren Einbringung, für die gefordert werde, dass die Sachen des Mieters nicht lediglich vorübergehend eingestellt seien. Daher lasse insbesondere die tägliche Ausfahrt mit dem eingebrachten Kraftfahrzeug nicht morgens das Pfandrecht erlöschen, um abends beim Einstellen auf dem Grundstück wieder neu begründet zu werden. Andernfalls wäre das Pfandrecht der Willkür des Mieters ausgesetzt, der durch kurzfristiges Entfernen der Sachen das Vermieterpfandrecht aushöhlen könnte, auch durch Pfändung oder Verpfändung während der Ausfahrt. Die zum Erlöschen des Vermieterpfandrechts führende Entfernung sei daher erst beendet, wenn die eingebrachten Gegenstände vollständig aus dem Zugriffsbereich des Vermieters verbracht worden seien³⁶¹.

³⁶⁰ vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 60.

³⁶¹ OLG Frankfurt, ZMR 2006, 609 (610); OLG Frankfurt, NJW-RR 2007, 230 (231); LG Neuruppin, NZM 2000, 962 (963); Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 13. Aufl., § 562a BGB Rz. 8 ff.; Bub/Treier/von der Osten, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., III. A Rz. 2230 ff.; Riecke in: Klein-Blenkers/Heinemann/Ring, Miete/WEG Nachbarschaft, § 562a BGB Rz. 4; Sterneel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., III Rz. 226; Jauernig/Teichmann, 16. Aufl.,

Eine früher vertretene Auffassung hat weiter danach differenzieren wollen, ob die vorübergehend entfernten Sachen in einen fremden Machtbereich eingebracht worden sind³⁶².

Demgegenüber lässt die wohl überwiegende Meinung jede auch nur vorübergehende Entfernung der Sachen für ein Erlöschen des Vermieterpfandrechts genügen und geht von dessen Neubegründung bei Wiedereinbringen aus. Zur Begründung wird angeführt, es fehlten brauchbare Kriterien zur Abgrenzung von vorübergehender und dauerhafter Entfernung, weshalb Rechtsunsicherheit drohe. So wie ein vorübergehendes Hineinschaffen unter Umständen für ein Einbringen genüge, reiche auch ein vorübergehendes Herausschaffen für ein Entfernen. Deshalb erlösche das Pfandrecht des Vermieters eines Betriebsgrundstücks an den Fahrzeugen des Mieters jedes Mal, wenn diese im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs das Mietgrundstück verlassen. Kehren sie zurück, entstehe das Pfandrecht neu³⁶³.

§ 562a BGB Rz. 2; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 767; *Soergel/Heintzmann*, 13. Aufl., § 562a BGB Rz. 3; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Moeser*, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 12 Rn. 303; *Weimar*, ZMR 1972, 295, 296; *Alexander*, JuS 2014, 1, 5.

³⁶² vgl. *Siber*, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 80 f.; dem folgend *Kast*, Die Beendigungsgründe des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters [Diss. 1911], S. 56 f.; *Ebmeier*, Das Vermieterpfandrecht [Diss. 1908], S. 59; *Hülsberg*, Pfandrecht des Vermieters [Diss. 1907], S. 35 f.

³⁶³ OLG Karlsruhe, NJW 1971, 624 (625); OLG Hamm, MDR 1981, 407; OLG München, UFITA 34 [1961], 218 (219 f.); MünchKomm/*Ganter*, 3. Aufl., § 50 InsO Rz. 95a; BeckOK BGB/*Ehler*, [Stand: 1. August 2012], § 562a BGB Rz. 4a; BeckOK Mietrecht/*Dötsch*, [Stand: 1. September 2017], § 562a BGB Rz. 19; Uhlenbruck/*Brinkmann*, 14. Aufl., § 50 InsO Rz. 30; BeckOGK/*Reuschle*, [Stand: 1. Oktober 2017] § 562a BGB Rz. 4; *Geldmacher* in: *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummierte, § 562a BGB Rz. 13 ff.; *Jaeger/Henckel*, § 50 InsO Rz. 46; *Staudinger/Emmerich*, BGB [2018], § 562a BGB Rz. 5; MünchKomm/*Artz*, 7. Aufl., § 562 a BGB Rz. 5; *Blank* in: *Blank/Börstinghaus*, Mierte, 5. Aufl., § 562a Rz. 4; *Trenk-Hinterberger*, ZMR 1971, 329 (330 f.); *Bronsch*, ZMR 1970, 1, 2; *Fischer-Dieskau/Franke*, Wohnungsbaurecht, [Stand: August 2010], § 562a BGB Anm. 4; *Lützenkirchen/Dickersbach*, Mietrecht, 2. Aufl., § 562a BGB Rz. 9; *Palandt/Weidenkaff*, 76. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; *Spielbauer/Schneider/Kellendorfer*, Mietrecht, § 562a BGB Rz. 6; *Herrlein* in: *Herrlein/Kandelhard*, Mietrecht, 4. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; *Gramlich*, Mietrecht, 13. Aufl., § 562a BGB; *Schach* in *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 562a BGB Rz. 2; *HK-InsO/Büchler/Scholz*, 6. Aufl., § 50 InsO Rz. 33; *Hess*, 2. Aufl., § 50 InsO Rz. 59; *KK-InsO/Hess*, § 50 InsO Rz. 64; vgl. auch bereits *RG*, WarnRspr. 1909 Nr. 401 S. 377 (378); *LG Koblenz*, JW 1929, 959 mit Anm. *Graßhoff*, *Mittelstein*, Die Mierte, 4. Aufl., S. 586 f.

Zutreffend ist die zuletzt genannte Auffassung³⁶⁴.

Die Auslegung des § 562 a BGB hat vom Wortlaut des Gesetzestextes auszugehen. Dieser differenziert nicht danach, ob die dem Pfandrecht unterliegenden Sachen auf Dauer oder nur vorübergehend weggeschafft werden. Der Gesetzestext spricht ohne Einschränkung von einer „Entfernung“ und legt damit ein Wort zugrunde, dem schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein Zeitmoment innewohnt³⁶⁵ und das auch keine bestimmten Begleitumstände fordert³⁶⁶. Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Entfernung“ enthält der Gesetzeswortlaut somit nicht.

Für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung finden sich auch keine Hinweise in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Bereits bei den Beratungen des § 560 Satz 1 BGB a.F. als Vorläufer des heutigen § 562 a BGB war erörtert worden, dass das Widerspruchsrecht des Vermieters auch dann eingeschränkt werden müsse, wenn eine nur vorübergehende Entfernung durch die gewöhnlichen Lebensverhältnisse geboten sei, z.B. von Reiseutensilien bei Antritt einer Reise und von reparaturbedürftigen Sachen, deren Ausbesserung außerhalb des Hauses zu erfolgen habe³⁶⁷. Es entsprach damit der Vorstellung des historischen Gesetzgebers, dass auch die nur vorübergehende Entfernung von Sachen zum (vorübergehenden) Erlöschen des Vermieterpfandrechts führt.

Ebenso sprechen systematische Erwägungen nicht für eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Entfernung der Sachen. Eine solche ist insbesondere nicht aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung in Bezug auf Tatbestände des rechtsgeschäftlichen Mobiliarpfandrechts geboten. Denn im Unterschied zu diesem handelt es sich bei dem Vermieterpfandrecht um ein besitzloses Pfandrecht, auf das die besitzrechtliche Bestimmung des § 856 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden kann.

Dasselbe gilt für die von der Gegenauffassung herangezogenen Tatbestände des Hypothekenrechts (§§ 1121, 1122 BGB). Zwar ist für die dort geregelten

³⁶⁴ BGH v. 6.12.2017 - XII ZR 95/16, GE 2018, 253 = DWW 2018, 52.

³⁶⁵ *Trenk-Hinterberger*, ZMR 1971, 229 (330).

³⁶⁶ *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, § 562a BGB Rz. 14.

³⁶⁷ vgl. Motive II S. 408, zitiert bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II S. 227 f.

Enthaffungstatbestände anerkannt, dass unter den Begriff der Entfernung nur die für dauernd geplante Wegschaffung zu verstehen sei. § 1121 BGB verknüpft die Entfernung jedoch mit der Veräußerung. Beide müssen dergestalt miteinander zusammenhängen, dass die Entfernung wegen der und zur Verwirklichung der Veräußerung geschieht³⁶⁸. Bereits der notwendige Zusammenhang mit der Veräußerung bedingt die endgültige Entfernung³⁶⁹. Ein damit vergleichbarer Zusammenhang wird in § 562 a Satz 1 BGB nicht hergestellt.

Für das Vermieterpfandrecht enthält das Gesetz auch keine dem § 1122 Abs. 1 BGB entsprechende Bestimmung, die eine Enthaffung bei nur vorübergehender Entfernung ausdrücklich ausschließt. Dass es sich insoweit um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, kann nicht angenommen werden, nachdem der Gesetzgeber in Bezug auf das Vermieterpfandrecht beispielsweise an Reiseutensilien und reparaturbedürftigen Sachen ausdrücklich eine andere Systematik vorausgesetzt hat als für den Hypothekenverband durch § 1122 Abs. 1 BGB bestimmt³⁷⁰.

Schließlich sprechen Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für eine ausschließlich räumliche Anknüpfung des Begriffs der Entfernung der Sachen, weil handhabbare Kriterien zur Unterscheidung zwischen einer bloß vorübergehenden und einer dauernden Entfernung der Sachen von dem vermieteten Grundstück fehlen³⁷¹. Solche Kriterien führten zu einer der sachenrechtlichen Klarheit unzutraglichen Rechtsunsicherheit.

Auch im Ergebnis wäre es nicht gerechtfertigt, wenn sich etwa im Falle einer Ausfahrt zur Reparatur des Fahrzeugs das an den Besitz anknüpfende Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) nicht gegenüber dem besitzlosen Vermieter-

³⁶⁸ BGHZ 60, 267 (268); RGZ 144, 152 (154 f.); MünchKomm/Lieder, 7. Aufl., § 1121 BGB Rz. 19.

³⁶⁹ vgl. RGZ 143, 241 (247 ff.); MünchKomm/Lieder, 7. Aufl., § 1122 BGB Rz. 8; *Trenk-Hinterberger*, ZMR 1971, 229 (330).

³⁷⁰ vgl. auch *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiete, § 562a BGB Rz. 15; *Herrlein* in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; *Trenk-Hinterberger*, ZMR 1971, 329 (330 f.); *Spielbauer/Schneider/Kellendorfer*, Mietrecht, § 562a BGB Rz. 6.

³⁷¹ *Staudinger/Emmerich*, [2018], § 562a BGB Rz. 5; *BeckOK MietR/Dötsch*, [Stand: 1. September 2017]. § 562 a BGB Rz. 19; *Blank* in: *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 562a BGB Rz. 4.

pfandrecht durchsetzen sollte³⁷². Denn während das Entstehen eines Werkunternehmerpfandrechts an den Sachen des Bestellers durch diesen nicht verhindert werden kann, kann der Mieter das Entstehen des Vermieterpfandrechts beeinflussen, indem er das Fahrzeug für gewöhnlich entweder auf dem Mietgrundstück oder im öffentlichen Straßenraum abstellt. Das Vermieterpfandrecht hängt vom Einbringungswillen des Mieters ab und ist deshalb von vornherein schwächer ausgestaltet.

16 Vermieterwechsel

16.1 analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB

Gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 2 Satz 1 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat³⁷³. Nach seinem Wortlaut findet § 566 Abs. 1 BGB allerdings nur dann Anwendung, wenn das vermietete Grundstück durch den Vermieter veräußert wird. Deshalb ist § 566 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur bei Identität zwischen Vermieter und Veräußerer unmittelbar anwendbar³⁷⁴.

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn eine GmbH als Vermieter im Mietvertrag auftritt, die nicht Grundstückseigentümerin ist³⁷⁵.

Ob § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität zwischen Eigentümer, Veräußerer und Vermieter entsprechend angewendet werden kann, ist umstritten.

Teilweise wird eine entsprechende Anwendung des § 566 BGB bei Nichterfüllung des Identitätserfordernisses grundsätzlich abgelehnt³⁷⁶.

³⁷² MünchKomm/Artz, 7. Aufl., § 562a BGB Rz. 6; Jaeger/Henckel, § 50 InsO Rz. 46; Staudinger/Emmerich, [2018], § 562a BGB Rz. 5; Herrlein in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 562a BGB Rz. 4; kritisch Weimar, ZMR 1972, 295 (296).

³⁷³ BGHZ 202, 354 = NJW 2014, 3775 Rz. 10; BGH v. 25.7.2012 - XII ZR 22/11, NJW 2012, 3032 Rz. 25 m.w.N.

³⁷⁴ BGH v. 22.10.2003 - XII ZR 119/02, NJW-RR 2004, 657 (658).

³⁷⁵ BGH v. 12.7.2017 - XII ZR 26/16, GE 2017, 1086.

Die überwiegende Auffassung hält dagegen eine analoge Anwendung der Vorschrift jedenfalls dann für geboten, wenn nach den Umständen des Falls davon ausgegangen werden kann, dass die Vermietung mit Zustimmung des Eigentümers erfolgt ist, etwa wenn der Mietvertrag vom Hausverwalter im eigenen Namen, aber für Rechnung des früheren Grundstückseigentümers abgeschlossen wurde³⁷⁷.

Der BGH hat ursprünglich an dem Identitätserfordernis festgehalten und eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB abgelehnt³⁷⁸. In einem Urteil vom 9.4.2008 hat der XII. Senat aufgrund der Besonderheiten des dort zu entscheidenden Falls eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB bejaht, obwohl das Identitätserfordernis auch hier nicht erfüllt war³⁷⁹. Zuletzt hat der BGH diese Rechtsfrage als umstritten³⁸⁰ und noch nicht abschließend geklärt³⁸¹ angesehen.

Nun ist der XII. Senat der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB jedenfalls dann vorliegen, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat³⁸². In diesem Fall ist nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, sondern der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat.

³⁷⁶ BeckOK BGB/Herrmann, [Stand: 1. November 2016], § 566 BGB Rz. 9.1.; Emmerich/Sonnenschein/Emmerich, *Miete*, 11. Aufl., § 566 BGB Rz. 13; *Kuß/Leutner* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, *Geschäftsraummiete*, 4. Aufl., § 566 BGB Rz. 135; *Neuhaus*, *Hb der Geschäftsraummiete* 6. Aufl. Kap. 25 Rz. 5; *Börstinghaus*, *NZM* 2004, 481, 482 f.

³⁷⁷ *Staudinger/Emmerich*, [2014], § 566 BGB Rz. 36; *MünchKomm/Häublein*, 7. Aufl., § 566 BGB Rz. 21; *Schmidt-Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 12. Aufl., § 566 BGB Rz. 36; *Burbulla* in *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, *Gewerberaummiete*, § 566 BGB Rz. 53; *Lützenkirchen*, *Mietrecht*, 2. Aufl., § 566 BGB Rz. 31; *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 566 BGB Rz. 44; *Wolf/Eckert/Ball*, *Hb des gewerblichen Mietrechts*, 10. Aufl., Rz. 1354; *Günter*, *WuM* 2013, 264 (270); *Streyll*, *WuM* 2008, 579 ff.; *Grooterhorst/Burbulla*, *NZM* 2006, 246 (249); vgl. auch OLG Saarbrücken, *ZMR* 2016, 371; OLG Celle, *ZMR* 2000, 164.

³⁷⁸ BGH v. 22.10.2003 - XII ZR 119/02, *NZM* 2004, 300 f.; BGHZ 154, 171 = *NJW* 2003, 2158 (2159 f.); BGHZ 107, 315 = *NJW* 1989, 2053 f.; vgl. auch BGH v. 3.7.2008 - V ZR 20/07, *NZM* 2008, 732 (735).

³⁷⁹ BGH v. 9.4.2008 - XII ZR 89/06, *NJW* 2008, 2181 Rz. 22.

³⁸⁰ BGH v. 11.4.2012 - XII ZR 48/10, *WuM* 2012, 323 Rz. 25.

³⁸¹ BGH v. 19.2.2013 - VIII ZR 178/12, *GuT* 2013, 25 Rz. 3.

³⁸² BGH v. 12.7.2017 - XII ZR 26/16, *GE* 2017, 1086.

Eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes liegt vor. Ob eine derartige Lücke vorhanden ist, die im Wege der Analogie ausgefüllt werden kann, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regulationsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regulationsabsicht, unvollständig sein³⁸³.

Aus dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 566 Abs. 1 BGB (= § 571 BGB a.F.) eine abschließende Regelung dahingehend treffen wollte, den Mieter nur dann bei einem Eigentumswechsel an der Mietsache zu schützen, wenn die Identität zwischen Vermieter und Veräußerer gewahrt ist.

Durch die Einführung des Grundsatzes "Kauf bricht nicht Miete" in das BBG wollte der historische Gesetzgeber vornehmlich Mieter von Gewerberäumen und Pächter von Landgütern und Gewerbebetrieben umfassend davor schützen, bei einer Veräußerung des Grundstücks ihren Besitz an dem Miet- oder Pachtobjekt zu verlieren³⁸⁴. Um diesen Mieterschutz vor vorzeitiger "Austreibung"³⁸⁵ zu gewährleisten, wollte der Gesetzgeber mit § 571 BGB a.F. eine Vorschrift schaffen, mit der "der Mieter das nach dem Inhalt des Mietvertrags geschuldete trotz eines Wechsels in der Person des Eigentümers der vermieteten Sache von dem Eigentümer in natura verlangen" kann³⁸⁶. Um diesen Schutzzweck zu erreichen, entschied sich der Gesetzgeber zu einer Regelung, die eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen, enthält. Dem Mietverhältnis wurde für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung beigelegt, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt³⁸⁷.

Nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers hatte die Regelung damit Ausnahmecharakter, weil sie eine Durchbrechung des schuldrechtlichen

³⁸³ vgl. BGHZ 149, 165 = GRUR 2002, 238, 241.

³⁸⁴ Protokolle II S. 1873 f., zitiert bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II S. 815 f.

³⁸⁵ vgl. BGHZ 107, 315 (320) = NJW 1989, 2053.

³⁸⁶ Motive II S. 385, zitiert bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II S. 244.

³⁸⁷ vgl. BGHZ 107, 315 (320) = NJW 1989, 2053 m.w.N.

Relativitätsprinzips beinhaltet³⁸⁸. Ihr Anwendungsbereich sollte daher auf Miet- und Pachtverhältnisse über Grundstücke oder Grundstücksteile beschränkt sein. Aus den Gesetzesmaterialien lassen sich hingegen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den durch die Vorschrift vermittelten Bestandsschutz des Mieters auch im Übrigen beschränken wollte. Der historische Gesetzgeber ist dabei offensichtlich davon ausgegangen, dass der veräußernde Vermieter gleichzeitig auch Eigentümer der Mietsache ist. Die Möglichkeit, dass ein Dritter den Mietvertrag im eigenen Namen, aber im Einvernehmen mit dem Eigentümer und in dessen wirtschaftlichem Interesse, abschließt, wurde bei den Beratungen der Vorschrift nicht in den Blick genommen.

Dass § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers auch auf andere Sachverhalte Anwendung finden sollte, in denen ein Mieter Gefahr läuft, aufgrund eines Wechsels der dinglichen Berechtigung an dem Mietgegenstand sein Besitzrecht zu verlieren, zeigt zudem die Vielzahl an Vorschriften, die eine Verweisung auf die §§ 566 ff. BGB anordnen (vgl. § 581 Abs. 2 [Pacht]; § 567 Satz 1 BGB [Belastung des Wohnraums durch den Vermieter]; §§ 1056 Abs. 1, 1059 d BGB [Nießbrauch], § 2135 BGB iVm § 1056 BGB [Nacherbfolge]; § 37 WEG [Dauerwohnrecht]; § 11 ErbbauRG [Erbbaurecht] und § 57 ZVG [Zwangsvorsteigerung]).

Gegen die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke kann nicht eingewendet werden, dass der Gesetzgeber trotz des bekannten Streits in Rechtsprechung und Schrifttum zur analogen Anwendung den Wortlaut der Vorschrift seit dem Inkrafttreten des BGB im Wesentlichen beibehalten hat³⁸⁹. Der Regelungsinhalt des § 571 BGB wurde durch das am 1.9.2001 in Kraft getretene Mietrechtsreformgesetz vom 19.6.2001³⁹⁰ inhaltsgleich bis auf kleinere redaktionelle Änderungen in § 566 BGB übernommen. Den Materialien zum Mietrechtsreformgesetz³⁹¹ lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den hier vorliegenden Fall bedacht und für ihn eine abschließende Regelung hat treffen wollen.

³⁸⁸ vgl. Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 12. Aufl., § 566 BGB Rz. 6 m.w.N.

³⁸⁹ BGH v. 12.7.2017 – XII ZR 26/16, GE 2017, 1086.

³⁹⁰ BGBl. I S. 1149.

³⁹¹ BT-Drucks. 14/4553 S. 63.

Schließlich ist eine Gesetzesanalogie auch in Bezug auf Ausnahmegesetze nicht schlechthin unzulässig, sondern immer dann möglich, wenn dem betreffenden Rechtssatz ein Grundgedanke entnommen werden kann, der auf ähnliche Fälle anwendbar ist und eine planwidrige Lücke im Gesetz besteht, die im Rahmen des ermittelten Grundgedankens behoben werden kann³⁹². Deshalb scheidet zwar eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf andere Vertragstypen oder Gebrauchsüberlassungsverträge als Miete und Pacht mangels einer entsprechenden Regelungslücke aus³⁹³. Hinsichtlich einer Erweiterung des Veräußerungsbegriffs oder der anderen Tatbestandsmerkmale der Vorschrift steht deren Ausnahmecharakter einer Analogie jedoch nicht entgegen³⁹⁴.

Es besteht auch die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen³⁹⁵. 35

Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 Abs. 1 BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben³⁹⁶.

Dieser Gesetzeszweck greift indes nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts gemietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nichteigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber mit Zu-

³⁹² vgl. BGHZ 135, 298 = NJW 1997, 2683.

³⁹³ vgl. BGH v. 17.7.2002 - XII ZR 86/01, NJW 2002, 3322 (3323) [Breitbandkabel]; BGHZ 125, 293 = NJW 1994, 3156 (3158) [Leihe]; BGHZ 114, 96 = NJW 1991, 1815 (1816) [Zwischenvermietung].

³⁹⁴ vgl. Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 12. Aufl., § 566 BGB Rz. 36; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Burbulla, Gewerberaummiete, § 566 BGB Rz. 22; Günter, WuM 2013, 264 (269).

³⁹⁵ BGH v. 1.2.2017 - XII ZB 71/16, - FamRZ 2017, 603 Rn. 31 m.w.N.

³⁹⁶ vgl. BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068 Rz. 21.

stimmung des Eigentümers abschließt³⁹⁷. Zwar hat der Mieter auch in diesen Fällen aus dem Mietvertrag kein unmittelbar gegen den Eigentümer wirkendes Recht zum Besitz. Er kann sich jedoch gemäß § 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB auf ein von seinem Vermieter abgeleitetes Besitzrecht berufen³⁹⁸. Der Eigentümer, der die Fremdvermietung seines Grundstücks gestattet, räumt demjenigen, der als Vermieter auftritt, regelmäßig ein Besitzrecht und die Berechtigung zur Gebrauchsüberlassung an den Mieter ein. Diese bis zum Eigentümer reichende Besitzkette genügt, um dem Mieter ein abgeleitetes Besitzrecht iSv § 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zu verschaffen³⁹⁹.

Der von § 566 Abs. 1 BGB verfolgte Zweck, das Bestandsinteresse des Mieters zu schützen, rechtfertigt es, ihm bei einer Veräußerung der Mietsache dieses abgeleitete Besitzrecht gegenüber dem Erwerber zu erhalten⁴⁰⁰. Die Vorschrift verlangt nicht, dass sich der Mieter vor dem Abschluss des Mietvertrags über die Eigentumsverhältnisse des Mietobjekts informiert. Sie knüpft vielmehr an das sich aus dem Mietvertrag ergebende Recht des Mieters zum Besitz der Mietsache an⁴⁰¹. Sein Interesse, nach einem Wechsel der Eigentumsverhältnisse unbeeinträchtigt die angemieteten Wohn- oder Geschäftsräume weiter nutzen zu können, besteht unabhängig davon, ob er den Mietvertrag mit dem Eigentümer selbst oder einer anderen Person abgeschlossen hat, die hierbei für den Eigentümer mit dessen Wissen und Einverständnis tätig geworden ist. Im Übrigen könnte sonst der von § 566 Abs. 1 BGB gewährte Mieterschutz dadurch umgangen werden, dass der Eigentümer nicht selbst den Mietvertrag abschließt, sondern eine dritte Person einschaltet, die formal als Vermieter auftritt, letztlich aber allein im Interesse des Eigentümers handelt.

Auch der Vermieter erfährt keine Nachteile durch die entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB, wenn er den Mietvertrag mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen wirtschaftlichem Interesse abgeschlossen hat. Er verliert zwar durch die Überleitung des Mietvertrags auf den Erwerber des Grundstücks seine Vermieterstellung. Da er jedoch für den Eigentümer tätig geworden

³⁹⁷ BGH v. 12.7.2017 – XII ZR 26/16, GE 2017, 1086.

³⁹⁸ *Günter*, WuM 2013, 264 (270).

³⁹⁹ vgl. *Staudinger/Gursky*, [2012], § 986 BGB Rz. 37; *MünchKomm/Baldus*, 7. Aufl., § 986 BGB Rz. 52; *BeckOK/Fritzsche*, [Stand: 1. Februar 2017], § 986 BGB Rz. 20.

⁴⁰⁰ BGH v. 12.7.2017 – XII ZR 26/16, GE 2017, 1086.

⁴⁰¹ *Burbulla* in *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, *Gewerberaummiete*, § 566 BGB Rz. 50.

ist, besteht bei ihm regelmäßig kein eigenes Interesse am Fortbestand seiner Vermieterstellung bei einem Eigentumswechsel. Der Vermieter wird in diesen Fällen auch nicht dadurch unangemessen benachteiligt, dass er gemäß § 566 Abs. 2 BGB gleich einem Bürgen für die Erfüllung der auf den Erwerber übergegangenen mietvertraglichen Pflichten haftet. Lehnt man in dieser Sachverhaltskonstellation eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB und damit ein Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis auf den Erwerber ab, bliebe der Vermieter bei einer Veräußerung des Mietobjekts durch den Eigentümer weiterhin gegenüber dem Mieter nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet, obwohl er nach der Übertragung des Eigentums auf den Erwerber in der Regel diese Verpflichtung nicht mehr erfüllen könnte. Er wäre deshalb Schadensersatzansprüchen des Mieters ausgesetzt. Deshalb wird die Rechtsstellung des Vermieters bei einer analogen Anwendung des § 566 BGB und der damit verbundenen bürgengleichen Haftung nach § 566 Abs. 2 BGB nicht verschlechtert.

Die Interessen des Erwerbers stehen in dieser Konstellation einer analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht entgegen⁴⁰². Die Vorschrift setzt voraus, dass die Mietsache vor der Veräußerung dem Mieter überlassen worden ist. Das Erfordernis der Überlassung der Mietsache an den Mieter erfüllt eine Publizitätsfunktion, denn der Erwerber kann in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss⁴⁰³.

Durch eine Beschränkung der analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf die Fälle, in denen der Dritte nicht nur mit Zustimmung des Eigentümers, sondern auch in dessen wirtschaftlichem Interesse handelt, ist schließlich gewährleistet, dass bei einer bloßen Untervermietung eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ausscheidet⁴⁰⁴. Bei der Untervermietung gestattet der Eigentümer zwar dem Hauptmieter auch, das Mietobjekt weiterzuvermieten. Der Abschluss des Untermietvertrags erfolgt jedoch nicht im Interesse des Eigentümers, sondern stellt eine besondere Art der Nutzung der Mietsache durch den Hauptmieter dar.

⁴⁰² BGH v. 12.7.2017 – XII ZR 26/16, GE 2017, 1086.

⁴⁰³ BGHZ 204, 1 = NJW 2015, 627 Rz. 26 m.w.N.

⁴⁰⁴ vgl. hierzu BGH v. 22.10.2003 - XII ZR 119/02, NJW-RR 2004, 657 (658).

16.2 Vermieterwechsel während des Räumungsrechtsstreits

Gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 BGB tritt der Erwerber nach Überlassung der Räume an den Mieter mit der Eigentumsübertragung i.S.d. §§ 873, 925 BGB an der Stelle des bisherigen Eigentümers in den Mietvertrag ein; neben der Auflassung ist daher auch seine Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Der Abschluss des Kaufvertrages, die Übertragung des Eigenbesitzes oder die Eintragung einer Vormerkung reichen deshalb für den Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis nicht aus; ebenso unerheblich ist es, wenn die Kaufvertragsparteien einen früheren Nutzungsübergang verabredet haben. Vereinbarungen im Grundstückskaufvertrag über den Übergang von Besitz, Nutzung, Gefahr und Lasten berühren allein das Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber und sind für den Zeitpunkt des Übergangs der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ohne Bedeutung.

Findet die Eigentumsübertragung im laufenden Räumungsrechtsstreit statt, hat dies nicht zur Folge, dass die "Aktivlegitimation" des früheren Vermieters entfällt, weil die Veräußerung des Grundstücks während des Rechtsstreits und der Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag gemäß § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf den Prozess keinen Einfluss haben. Der auf Räumung klagende frühere Eigentümer/Vermieter muss lediglich seinen Klageantrag auf Herausgabe an den Erwerber umstellen; dem ist die Klägerin nachgekommen⁴⁰⁵.

17 Beendigung des Mietvertrages

17.1 § 565 BGB

17.1.1 bei Wohnraumförderungsvertrag

Die Bestimmung des § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB regelt den Fall, dass der Mieter nach dem Mietvertrag den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnzwecken weitervermieten soll. Sie ordnet an, dass der Vermieter bei Beendigung des (Haupt-)Mietvertrags in den zwischen dem Mieter und dem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag eintritt⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ OLG Düsseldorf v. 21.2.2017 – 10 U 87/16, ZMR 2017, 726.

⁴⁰⁶ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, NJW 2016, 1086 Rz. 19.

Nach dem Vertragszweck des von den Rechtsvorgänger des Vermieters und dem Hauptmieter im Jahr 1965 abgeschlossenen Mietvertrags sollte eine Weitervermietung der Wohnung an Arbeitnehmer des Hauptmieters erfolgen. Das zweite Kriterium, wonach die Weitervermietung zu Wohnzwecken gewerblich erfolgen muss, ist durch die Weitervermietung der streitgegenständlichen Wohnung seitens des Hauptmieters an den Endmieter als seinen Arbeitnehmer gewahrt.

Eine gewerbliche Weitervermietung gemäß § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt eine geschäftsmäßige, auf Dauer gerichtete, mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübte Vermietungstätigkeit des Zwischenmieters voraus⁴⁰⁷. Diese Voraussetzungen sind hier jedoch durch die Weitervermietung der in großem Umfang angemieteten Wohnungen als Werkwohnungen an die Arbeitnehmer des Hauptmieters erfüllt⁴⁰⁸.

Zwar hat der Hauptmieter die von ihm angemieteten Wohnungen, so auch die streitgegenständliche Wohnung, - anders als bei der gewerblichen Zwischenvermietung im klassischen Sinne - nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung (aus der Vermietung selbst) an seine Arbeitnehmer weitervermietet. Dies hindert jedoch nicht die Feststellung einer im eigenen wirtschaftlichen Interesse des Hauptmieters ausgeübten Vermietungstätigkeit⁴⁰⁹.

Wie der BGH⁴¹⁰ zur Vorschrift des § 565 BGB bereits entschieden hat, zielt der Regelungszweck dieser Norm zwar nicht darauf ab, den Schutz des Mieters generell für alle Fälle einer Weitervermietung durch den Hauptmieter auszuweiten. Für eine solche Ausweitung des Gewerbebegriffs - etwa in der Weise, dass alle Fälle einer auf Dauer angelegten entgeltlichen Weitervermietung erfasst werden - besteht auch im Bereich des Wohnungsmietrechts trotz des darin geregelten sozialen Kündigungsschutzes des Mieters kein Anlass. Denn Anlass für die Schaffung der Regelung in § 565 BGB (und der gleichlautenden Vorgängerregelung des § 549a BGB a.F.) war die Entscheidung des BVerfG zum Mieterschutz bei Weitervermietung im Rahmen des sog. Bauherrenmo-

⁴⁰⁷ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, NJW 2016, 1086 Rz. 22; BGH v. 3.7.1996 - VIII ZR 278/95, BGHZ 133, 142 (148) [zur Vorgängerregelung in § 549a BGB a.F.].

⁴⁰⁸ BGH v. 17.1.2018 - VIII ZR 241/16, GE 2018, 323.

⁴⁰⁹ BGH v. 17.1.2018 - VIII ZR 241/16, GE 2018, 323.

⁴¹⁰ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, NJW 2016, 1086 Rz. 24.

dels⁴¹¹. Danach lag ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vor, wenn dem Endmieter bei Beendigung des Hauptmietvertrages nicht der soziale Kündigungsschutz zur Verfügung stand, den er bei direkter Anmietung gehabt hätte, obwohl keine gewichtigen Interessen des Eigentümers ersichtlich waren, die eine Verkürzung des Kündigungsschutzes hätten rechtfertigen können. Nach seinem Regelungszweck gilt § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB hiernach für solche Sachverhalte, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Eigentümer einen Zwischenmieter einschaltet, der die Wohnung zu Wohnzwecken weitervermieten soll und hiermit eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt⁴¹².

Diese Voraussetzungen sind hier indes erfüllt⁴¹³.

Ein Mieter, der als Arbeitgeber an seine Arbeitnehmer eine Wohnung vermietet, verfolgt mit einer derartigen Vermietung jedenfalls auch (eigene) wirtschaftliche Interessen⁴¹⁴. Das wirtschaftliche Interesse ist in dem Bestreben zu sehen, für das Unternehmen Arbeitnehmer an sich zu binden und sich Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Unternehmen zu verschaffen, die ihren Arbeitnehmern keine Werkwohnungen anbieten können. Dies gilt umso mehr, wenn Wohnraum zu tragbaren Bedingungen für Mieter in einem Ballungsgebiet - wie hier Frankfurt am Main - nicht ohne weiteres zu finden ist.

Die Anmietung und Weitervermietung der Wohnungen diene hier damit der Unterstützung der Geschäftsinteressen des Hauptmieters und der Förderung seines Geschäftsbetriebs und somit seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen. Sie diene nicht etwa gemeinnützigen, karitativen oder ähnlichen sozialen Zwecken. Ein dem Urteil vom 20. Januar 2016⁴¹⁵ vergleichbarer Sachverhalt einer Zwischenvermietung liegt ersichtlich nicht vor.

Für die direkte Anwendung der Vorschrift des § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB reicht damit das eigene wirtschaftliche Interesse des Zwischenmieters aus, auch

⁴¹¹ BVerfGE 84, 197.

⁴¹² BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, NJW 2016, 1086.

⁴¹³ BGH v. 17.1.2018 - VIII ZR 241/16, GE 2018, 323.

⁴¹⁴ vgl. BGH v. 11.2.1981 - VIII ZR 323/79, NJW 1981, 1377 unter 2 b cc.

⁴¹⁵ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, NJW 2016, 1086 Rz. 34; vgl. BayObLG, NJW-RR 1996, 73 (75).

wenn es nicht auf eine Gewinnerzielung aus der Vermietung an sich gerichtet ist.

Gegen die Anwendung des § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die hier vorliegende Fallgestaltung bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsgarantie⁴¹⁶. Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergibt sich aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Sache des Gesetzgebers ist⁴¹⁷. Hierbei ist sowohl der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsstellung des Eigentümers aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch der aus Art. 14 Abs. 2 GG folgenden Sozialbindung des Eigentums angemessen Rechnung zu tragen⁴¹⁸.

Die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG wird aber nicht schon dadurch in Frage gestellt, dass nicht die höchstmögliche Rendite aus dem Eigentumsobjekt oder nicht die Marktmiete ohne jede Verzögerung und in voller Höhe erzielt werden kann⁴¹⁹. Ein unverhältnismäßiger Eingriff und damit eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG wäre daher nur dann anzunehmen, wenn durch den Eintritt des Vermieters in das Mietverhältnis mit den (End-)Mieter(n) die Wirtschaftlichkeit der Vermietung ernsthaft in Frage gestellt würde. Dafür bestehen hier schon angesichts der Vermietung zu marktüblichen Bedingungen keinerlei Anhaltspunkte. Im Übrigen beruht die Einschaltung eines Zwischenmieters bei einem Gebäudekomplex mit mehreren Wohnungen - wie hier - regelmäßig in erster Linie auf eigenen Interessen des Eigentümers, der dadurch etwa seine Steuerlast oder seinen Verwaltungsaufwand reduzieren will⁴²⁰. In solchen Fällen ist kein Grund ersichtlich, warum der Endmieter nicht in gleicher Weise Kündigungsschutz genießen sollte, als wenn er direkt vom Eigentümer gemietet hätte.

⁴¹⁶ BGH v. 17.1.2018 - VIII ZR 241/16, GE 2018, 323.

⁴¹⁷ BVerfG, BVerfGE 95, 48 (58); BVerfG, BVerfGE 101, 54 (75).

⁴¹⁸ vgl. BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 35 m.w.N.

⁴¹⁹ BVerfG, BVerfGE 71, 230 (250, 253); BVerfG, NJW 1992, 1377; vgl. BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 46, 121.

⁴²⁰ vgl. BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 311/14, NJW 2016, 1086 Rz. 34; BGH v. 3.7.1996 - VIII ZR 278/95, BGHZ 133, 142 (152).

17.2 Fristgerechte Kündigung

17.2.1 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 soll⁴²¹. 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 besteht⁴²².

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 Einzelfalls⁴²³. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Vielzahl möglicher Kündigungstatbestände umfasst⁴²⁴. 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 Zwecke den in § 573 Abs. 2 BGB aufgeführten Kündigungsgründen generell nicht gleichzusetzen⁴²⁵. Eine solche Aussage ist auch dem Rteil vom 26.9.2012⁴²⁶ 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 verfassungs-

⁴²¹ BVerfG v. 3.10.1989 - 1 BvR 558/89, BVerfGE 81, 29 (32).

⁴²² 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.

⁴²³ 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.

⁴²⁴ 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.

⁴²⁵ 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.

⁴²⁶ BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, NJW 2013, 225 Rz. 12.

rechtlich geschützte Position zugebilligt⁴²⁷ 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 hatte⁴²⁸.

Ob ein (frei-)beruflicher oder gewerblicher Bedarf eine Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB rechtfertigt, lässt sich nicht allgemein beantworten⁴²⁹.

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 wäre⁴³⁰. 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 wäre⁴³¹.

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

⁴²⁷ LG Berlin v. 8.11.2011 - 65 S 475/10, Seite 7, n.v.

⁴²⁸ AG Charlottenburg v. 8.12.2010 - 212 C 72/10, S. 5, n.v.

⁴²⁹ 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.

⁴³⁰ 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.

⁴³¹ 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.

behandeln⁴³². 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 gleichgewichtig⁴³³. 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 Kündigungsgründe⁴³⁴.

Die Auslegung und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "berechtigtes Interesse" erfordert damit eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen⁴³⁵. 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 sind⁴³⁶.

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 verwenden⁴³⁷. Das grundgesetzlich geschützte Eigentum ist durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand ge-

⁴³² 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.

⁴³³ 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.

⁴³⁴ BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 m.w.N.

⁴³⁵ 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).

⁴³⁶ 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.

⁴³⁷ 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.

kennzeichnet⁴³⁸. Seine Nutzung soll es dem Eigentümer ermöglichen, sein Leben nach eigenen, selbstverantwortlich entwickelten Vorstellungen zu gestalten⁴³⁹. Das gilt nicht nur für den privaten Bereich des Einzelnen, sondern auch für seine wirtschaftliche Betätigung⁴⁴⁰. Dieses Schutzes begibt sich der Vermieter nicht dadurch, dass er die Wohnung vermietet hat⁴⁴¹.

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 sind⁴⁴².

Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch die Freiheit der Berufsausübung⁴⁴³. Dazu zählt die gesamte berufliche Tätigkeit, namentlich deren Form, Mittel, Umfang und Inhalt⁴⁴⁴. Auch die regelmäßig nur von Art. 2 Abs. 1 GG erfasste Freiheit zu wirtschaftlicher bzw. unternehmerischer Betätigung⁴⁴⁵ kann dem Schutz von Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen⁴⁴⁶. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG liegt aber in sämtlich genannten Fällen nur dann vor, wenn die in Frage stehende gesetzliche Regelung sich unmittelbar auf die Berufsausübung

⁴³⁸ 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.

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289) ["Grundlage privater und unternehmerischer Initiative"]; BVerfG, NJW 1998, 2662 ["wirtschaftliche Betätigung"].

⁴⁴¹ vgl. BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289).

⁴⁴² 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.

⁴⁴³ BVerfGE 138, 261, Rz. 52; BVerfG v. 29.06.2016 - 1 BvR 1015/15, NJW-RR 2016, 1349 Rz. 49.

⁴⁴⁴ Gaier in Gaier/Wolf/Göcken, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl., Art. 12 GG Rz. 21 m.w.N.; Jarass/Pieroth, *GG*, 14. Aufl., Art. 12 Rz. 10 m.w.N.; Hergenröder in Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht*, 7. Aufl., Art. 12 GG Rz. 14.

⁴⁴⁵ 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.

⁴⁴⁶ 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).

bezieht oder zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist⁴⁴⁷. 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 beeinträchtigen⁴⁴⁸. Erforderlich ist dabei jedoch, dass die Berufstätigkeit zumindest nennenswert erschwert wird⁴⁴⁹. 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 auszuschließen⁴⁵⁰. 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 eröffnet⁴⁵¹.

Daraus folgt aber - anders als dies in den bereits angeführten Senatsentscheidungen vom 5. Oktober 2005⁴⁵² und vom 26.9.2012⁴⁵³ 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 wäre⁴⁵⁴. Soweit in den Entscheidungen demgegenüber Art. 12 Abs. 1 GG als (allein) maßgeblicher Prüfungsmaßstab herangezogen wurde, hält der Senat hieran nicht fest. Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG

⁴⁴⁷ 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).

⁴⁴⁸ BVerfGE 81, 108 (121 f.); BVerfGE 110, 226 (254) m.w.N.; BVerfGE 110, 370 (393).

⁴⁴⁹ BVerfGE 81, 108 (122); BVerfGE 110, 370 (393 f.).

⁴⁵⁰ so aber im Ergebnis *Schmidt*, NZM 2014, 609 (614); NK-BGB/*Hinz*, 3. Aufl. § 573 BGB Rz. 94.

⁴⁵¹ vgl. BVerfGE 37, 1 (18); BVerfGE 113, 29 (49); BVerfGE 125, 104 (133).

⁴⁵² BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 127/05, NZM 2005, 943.

⁴⁵³ BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, NJW 2013, 225.

⁴⁵⁴ 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.

verdrängt als speziellere Regelung i.d.R. auch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG⁴⁵⁵.

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 ist⁴⁵⁶. 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 lösen⁴⁵⁷.

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 vermeidet⁴⁵⁸. 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 -abwägung⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 308/88, BVerfGE 79, 292 (304).

⁴⁵⁶ 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.

⁴⁵⁷ 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.

⁴⁵⁸ vgl. BVerfG v. 26.5.1993 - 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 (9).

⁴⁵⁹ im Ansatz ähnlich Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 573 BGB Rz. 188 a.E.

Will der Vermieter die Wohnung (aus nachvollziehbaren und vernünftigen Gründen⁴⁶⁰ 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 aus⁴⁶¹. 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 Eigenbedarfskündigung⁴⁶².

Das Gesetz gibt dem (von vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen getragenen⁴⁶³ wirtschaftlichen Verwertungsinteresse des Vermieters deshalb nur dann den Vorrang, wenn diesem bei Fortsetzung des Wohnraummietverhältnisses erhebliche Nachteile entstünden⁴⁶⁴, 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 erwachsen⁴⁶⁵. 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 erscheint⁴⁶⁶.

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

⁴⁶⁰ 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.

⁴⁶¹ vgl. BVerfG v. 3.10.1989 - 1 BvR 558/89, BVerfGE 81, 29 (32).

⁴⁶² BVerfG v. 14.02.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289).

⁴⁶³ 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.

⁴⁶⁴ BVerfG v. 3.10.1989 - 1 BvR 558/89, BVerfGE 81, 29 (33).

⁴⁶⁵ 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

⁴⁶⁶ 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 Instanzrechtsprechung⁴⁶⁷ und von einzelnen Stimmen im Schrifttum vertretenen Ansicht⁴⁶⁸ 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 Betätigung⁴⁶⁹.

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 sind⁴⁷⁰.

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.

⁴⁶⁷ vgl. etwa LG Berlin v. 9.4.1992 - 62 S 31/92, NJW-RR 1992, 1231.

⁴⁶⁸ *Wiek*, WuM 2013, 271 (273); Schmidt-Futterer/*Blank*, 12. Aufl., § 573 BGB Rz. 204.

⁴⁶⁹ 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.

⁴⁷⁰ 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 greifen⁴⁷¹) 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 auf⁴⁷². 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 nutzen⁴⁷³, 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 spricht⁴⁷⁴. 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 ist⁴⁷⁵ und dem Vermieter bei einem ihm verwehrten Bezug der Mieträume ein nach den Umständen des Falles aner kennenswerter Nachteil entstünde, was

⁴⁷¹ vgl. LG Berlin, GE 1991, 683; Staudinger/Rolfs, 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.

⁴⁷² so auch Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 289.

⁴⁷³ vgl. BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 (289).

⁴⁷⁴ 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).

⁴⁷⁵ 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 abhängt⁴⁷⁶.

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 soll⁴⁷⁷. Denn die verfassungsrechtlich verbürgte Privatnützigkeit des Eigentums, wonach es dem Eigentümer ermöglicht werden soll, sein Leben nach eigenen, selbstverantwortlich entwickelten Vorstellungen zu gestalten⁴⁷⁸, 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 gelten⁴⁷⁹. 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

⁴⁷⁶ 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.

⁴⁷⁷ 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.

⁴⁷⁸ BVerfG v. 7.12.1977 - 1 BvR 723/77, BVerfGE 46, 325 (334); BVerfGE 79, 292 (303 f.).

⁴⁷⁹ 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 können⁴⁸⁰. Dabei begründet - ebenso wenig wie bei der Verwertungskündigung⁴⁸¹ - 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 muss⁴⁸².

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 sind⁴⁸³, weil gesundheitliche Einschränkungen bestehen⁴⁸⁴ oder weil nach dem persönlichen Lebenszuschnitt des Vermieters und seines Ehegatten/Lebenspartners aus sonstigen Gründen nur ein eng bemessenes Zeitfenster für eine geschäftliche Tätigkeit

⁴⁸⁰ 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.

⁴⁸¹ vgl. hierzu BVerfG v. 14.2.1989 - 1 BvR 1131/87 BVerfGE 79, 283 (289 f.).

⁴⁸² 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.

⁴⁸³ vgl. auch Häublein, WuM 2014, 635 (639).

⁴⁸⁴ 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 gebührt⁴⁸⁵.

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 bringt⁴⁸⁶. 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.

17.2.2 Anbieten der eigenen Wohnung?

Die Anbietspflicht jedenfalls endet mit Ablauf der Kündigungsfrist und der damit eintretenden Beendigung des Mietverhältnisses⁴⁸⁷.

Danach ist der Vermieter aufgrund des Gebotes der Rücksichtnahme auch nicht gehalten, die eigene, bisher von ihm selbst bewohnte Wohnung anzubieten, die dennotwendig erst frei wird, wenn der Vermieter nach dem Auszug des Mieters in die gekündigte Wohnung eingezogen ist⁴⁸⁸. Die Ansicht, der Vermieter müsse sich auf einen "fliegenden Wohnungswechsel" mit dem Mieter einlassen, beruht auf einer einseitig an den Interessen des Mieters ausgerichtete-

⁴⁸⁵ vgl. auch *Blank*, WuM 2013, 47 (49).

⁴⁸⁶ vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 7; BVerfGE 68, 361 (370).

⁴⁸⁷ 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.

⁴⁸⁸ 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.

17.2.3 Vorratskündigung bei der Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Der Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB setzt zunächst voraus, dass der Vermieter durch das bestehende Wohnraummietverhältnis an einer wirtschaftlichen Verwertung "des Grundstücks", also an einer Realisierung des diesem innewohnenden materiellen Werts, gehindert ist, die in erster Linie durch Veräußerung oder Vermietung geschieht⁴⁸⁹. Eine wirtschaftliche Verwer- tung liegt auch dann vor, wenn das Gebäude mit der Mietwohnung zunächst abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden soll, der dann veräußert vermietet beziehungsweise verpachtet werden soll⁴⁹⁰.

Für die Eigenbedarfskündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB hat der BGH bereits entschieden, dass ein noch unbestimmtes Interesse einer möglichen späteren Nutzung (sog. Vorratskündigung) nicht ausreicht. Vielmehr muss sich der Nutzungswunsch soweit "verdichtet" haben, dass ein konkretes Interesse an einer alsbaldigen Eigennutzung besteht⁴⁹¹.

Für die Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB gilt nichts ande- res⁴⁹². Auch insoweit ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob lediglich das - nicht ausreichende - noch unbestimmte Interesse einer möglichen späteren Verwertung besteht oder ob sich der Verwertungs- wunsch bereits soweit verdichtet hat, dass ein konkretes Interesse an der als-

⁴⁸⁹ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, NJW 2004, 1736 unter II 1 a aa; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rz. 24.

⁴⁹⁰ vgl. BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 11; BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, NJW 2011, 1135 Rz. 17.

⁴⁹¹ BGH v. 23.9.2015 - VIII ZR 297/14, NJW 2015, 3368 Rz. 22; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 44/16, WuM 2017, 342 Rz. 22; BGH v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15, NJW-RR 2017, 75 Rz. 19.

⁴⁹² BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, MDR 2018, 82 = WuM 2017, 656.

baldigen Umsetzung der im Kündigungsschreiben dargelegten Pläne angenommen werden kann. Dass bei dem Vermieter bezüglich des von ihm geplanten Abrisses und anschließenden Neubaus eine derartige konkrete Umsetzungsabsicht besteht, ist angesichts der von ihm zur Umsetzung des geplanten Abrisses und anschließenden Neubaus ergriffenen Maßnahmen nicht ernstlich zu bezweifeln. Er hat sich nach dem Erwerb des Grundstücks im Jahr 2015 im darauffolgenden Jahr um die Beendigung der bestehenden Pachtverhältnisse durch Kündigung oder einvernehmliche Aufhebung bemüht und das Mietverhältnis mit dem Mieter mit Schreiben vom 29. Juni 2015 unter Hinweis auf eine schon vorliegende Abrissgenehmigung

17.2.4 Nachteil i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Beurteilung der Frage, ob dem Eigentümer durch den Fortbestand eines Mietvertrags ein erheblicher Nachteil entsteht, vor dem Hintergrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und damit des grundsätzlichen Bestandsinteresses des Mieters, in der bisherigen Wohnung als seinem Lebensmittelpunkt zu verbleiben, vorzunehmen. Das Eigentum gewährt dem Vermieter vor diesem Hintergrund keinen Anspruch auf Gewinnoptimierung oder auf Einräumung gerade der Nutzungsmöglichkeit, die den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Denn auch das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und deshalb grundgesetzlich geschützt. Folglich begründet nicht bereits jeder aus dem Fortbestand des Mietverhältnisses dem Vermieter erwachsende wirtschaftliche Nachteil einen Anspruch des Vermieters auf Räumung der Mietwohnung⁴⁹³.

Auf der anderen Seite dürfen die dem Vermieter entstehenden Nachteile jedoch auch keinen Umfang annehmen, welcher die Nachteile weit übersteigt, die dem Mieter im Falle des Verlustes der Wohnung erwachsen⁴⁹⁴. Insbesondere darf das Kündigungsrecht des Eigentümers bei einer Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht auf die Fälle andernfalls drohenden Existenzver-

⁴⁹³ BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, NJW 2017, 2018 Rz. 40.

⁴⁹⁴ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 14; BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, 11, NJW 2011, 1135 Rz. 19; BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 226/09, NZM 2011, 773 Rz. 11; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 342; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rz. 45.

lusts reduziert oder so restriktiv gehandhabt werden, dass die Verwertung als wirtschaftlich sinnlos erscheint⁴⁹⁵.

Diese im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erforderliche Abwägung zwischen dem grundsätzlichen Bestandsinteresse des Mieters und dem Verwertungsinteresse des Eigentümers entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung; sie lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der konkreten Situation des Vermieters treffen⁴⁹⁶. Dabei handelt es sich um eine tatrichterliche Frage, die vom Revisionsgericht nur eingeschränkt dahin überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht die Wertungsgrenzen erkannt, die tatsächliche Wertungsgrundlage ausgeschöpft und die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat⁴⁹⁷.

Gemessen an den vorstehend angeführten Maßstäben sind ausreichende Nachteile nicht gegeben⁴⁹⁸.

Dies gilt für den Aspekt, dass sich der Vermieter mit der beabsichtigten Verwertung langfristig die Pachteinahmen aus allen in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken "sichere" und es sich bei der Erweiterung des Modegeschäftes um eine "existenzielle Frage" handele. Tatsächliche Umstände, die diese Beurteilung tragen, sind jedoch nicht einmal ansatzweise festgestellt und vom Vermieter offenbar auch nicht vorgetragen. Insbesondere fehlen jegliche Feststellungen dazu, inwiefern bei der gegenwärtigen Lage (konkrete) Nachteile für die wirtschaftliche Situation des Vermieters zu besorgen sind. Die pauschale Betrachtungsweise läuft letztlich darauf hinaus, einen zur Kündigung berechtigenden Nachteil schon dann zu bejahen, wenn der Eigentümer einer vermieteten Wohnung mit dieser - im Interesse gewünschter Investitionen oder einer möglichen bloßen Gewinnoptimierung - nicht nach Belieben verfahren kann. Dies ist indes mit der gesetzlichen Regelung des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB, der dem Eigentümer einer zu Wohnzwecken vermieteten Immobilie mit Rücksicht auf die Interessen des Wohnraummieters im Rahmen der Sozialbindung des Eigen-

⁴⁹⁵ BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, NJW 2017, 2018; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rz. 45 m.w.N.

⁴⁹⁶ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 15; BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, 11, NJW 2011, 1135; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rz. 31.

⁴⁹⁷ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 15; BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, 11, NJW 2011, 1135; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rz. 31.

⁴⁹⁸ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, MDR 2018, 82 = WuM 2017, 656.

tums Grenzen setzt und deshalb (konkrete) wirtschaftliche Nachteile voraussetzt, nicht vereinbar⁴⁹⁹.

Bei der Abwägung im Rahmen der Verwertungskündigung auf Seiten des Vermieters können die Belange eines Dritten nicht berücksichtigt werden, selbst wenn er mit dem Vermieter verwandtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich verbunden ist⁵⁰⁰. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB setzt ein berechtigtes Interesse des Vermieters voraus, dass der Vermieter durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert wäre und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde. Maßgeblich ist damit allein die Interessenlage des Vermieters und nicht, inwieweit bei Fortsetzung des Mietverhältnisses Belange Dritter berührt werden. Anders als bei der Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, bei der ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses (auch) besteht, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt, sind bei der Verwertungskündigung - im Rahmen der "erheblichen Nachteile" - mithin allein solche zu berücksichtigen, die dem Vermieter selbst entstehen.

Bei dem künftigen Mieter (einer GmbH & Co. KG), die bereits auf dem Nachbargrundstück ein Modegeschäft betreibt, handelt es sich aber um eine vom Vermieter, der die Immobilien hält, verschiedene Personengesellschaft. Die wirtschaftlichen Interessen dieser Personenhandelsgesellschaft sind daher im Rahmen der Abwägung im Rahmen einer Verwertungskündigung auf Seiten des Vermieters nicht zu berücksichtigen. Die persönliche und wirtschaftliche Verflechtung der beiden Gesellschaften ändert daran nichts. Insbesondere ergibt sich aus den "allgemeinen konzernrechtlichen Wertungen der §§ 17 ff. AktG" nichts Gegenteiliges. Diesen Vorschriften, die völlig andere Sachverhalte in den Blick nehmen, lässt sich eine für das Wohnungsmietrecht relevante Wertung nicht entnehmen. Auch auf die persönlichen Interessen des Vermieters als Gesellschafter und Geschäftsführer der jeweiligen Komplementärin beider Gesellschaften kann im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht abgestellt werden.

⁴⁹⁹ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, MDR 2018, 82 = WuM 2017, 656.

Abgesehen davon können gemäß § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung nur die Gründe berücksichtigt werden, die in der Kündigung angegeben worden sind; eine Ausnahme ist lediglich für nachträglich entstandene Gründe vorgesehen (§ 573 Abs. 3 Satz 2 BGB). Die Interessen der Schwestergesellschaft an einer Sicherung ihrer Existenzgrundlage sind aber in dem Kündigungsschreiben, das ausschließlich mit der Aussicht auf eine Steigerung der Mieteinnahmen der Klägerin begründet ist, nicht ansatzweise aufgeführt. Vielmehr ist darin als Kündigungsgrund lediglich angegeben, die Klägerin wolle durch den geplanten Neubau höhere Pachteinnahmen erzielen; insoweit handelt es sich aber um einen anderen Kündigungsgrund als die später geltend gemachte Sicherung der Existenzgrundlage des von der Schwestergesellschaft betriebenen Modegeschäfts.

17.3 außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

17.3.1 § 563 Abs. 4 BGB bei finanzieller Leistungsunfähigkeit?

Gemäß § 563 Abs. 4 BGB kann der Vermieter das Mietverhältnis innerhalb eines Monats, nachdem er von dem endgültigen Eintritt in das Mietverhältnis Kenntnis erlangt hat, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn in der Person des Eingetretenen ein wichtiger Grund gegeben ist. Dieser Grund muss so beschaffen sein, dass er dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses aufgrund von Umständen unzumutbar macht, die in der Person des Mieters liegen⁵⁰¹. Dabei genügt es grundsätzlich, dass der Kündigungsgrund nur in der Person eines Mitmieters verwirklicht wird⁵⁰². Bei einer Mehrheit von Mietern kann die Kündigung aber nicht auf eine in Frage gestellte finanzielle Leistungsfähigkeit nur eines Mieters gestützt werden, weil alle Mieter gesamtschuldnerisch für die Mietverbindlichkeiten haften⁵⁰³.

⁵⁰⁰ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, MDR 2018, 82 = WuM 2017, 656.

⁵⁰¹ BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, NJW 2013, 1806 Rz. 13; BGH v. 20.4.2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rz. 6.

⁵⁰² Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 563 BGB Rz. 37.

⁵⁰³ so auch Blank/Börstinghaus, Miete, § 563 BGB Rz. 67; Schmidt-Futterer/Streyf, Mietrecht, 13.Aufl., § 563 BGB Rz. 69; Kandelhard/Schneider in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 563 BGB Rz. 19; vgl. auch BGH v. 26.11.1957 - VIII ZR 92/57, BGHZ 26, 102 (108 ff.) [zum Konkurs eines Mitmieters].

Allein, weil der Eintretende bei Zugang der Kündigungserklärung nur eine Ausbildungsvergütung als Einkommen bezieht, kann dessen finanzielle Leistungsfähigkeit nicht als gefährdet angesehen werden⁵⁰⁴.

Zwar kann eine objektiv feststehende finanzielle Leistungsunfähigkeit des Mieters oder mehrerer Mieter (etwa wegen bereits eingetretener Zahlungsrückstände), einen wichtigen Grund in der Person des oder der Eintretenden i.S.v. § 563 Abs. 4 BGB darstellen⁵⁰⁵ (). Anders als bei der ursprünglichen Begründung des Mietverhältnisses überlässt das Gesetz nicht dem Vermieter die Auswahl des Mieters. Auch ist - anders als bei der Untermiete (§ 553 BGB) - in den Fällen des § 563 Abs. 1 und 2 BGB neben dem oder den Eintretenden keine Mietpartei vorhanden, die bereits für die Miete haftet; vielmehr kommt es zu einer Auswechslung der Mietpartei. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber das Interesse des Vermieters, sich von einem finanziell nicht hinreichend leistungsfähigen Eintretenden zu lösen, grundsätzlich als schutzwürdig anerkannt⁵⁰⁶.

Eine bereits zum Zeitpunkt der Kündigung (unstreitig oder nachweislich) gegebene unzureichende finanzielle Leistungsfähigkeit des Mieters führt für den Vermieter jedoch im Hinblick darauf, dass der Zahlungsverzug des Mieters eine gesetzliche Regelung in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b BGB erfahren hat und der Vermieter das Mietverhältnis sogar fristlos kündigen kann, wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder einem nicht unerheblichen Teil (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) beziehungsweise in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB), für sich genommen regelmäßig noch nicht zur Unzumutbarkeit

⁵⁰⁴ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR n, GE 2018, 385.

⁵⁰⁵ so auch AG Charlottenburg v. 15.8.2014 - 238 C 63/14, *juris* Rz. 25; Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 13. Aufl., § 563 BGB Rz. 69; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 4. Aufl. § 563 BGB Rz. 65; MünchKomm/*Häublein*, 7. Aufl., § 563 BGB Rz. 26; BeckOK-MietR/*Theesfeld*, Stand: 1. Dezember 2017, § 563 BGB Rz. 50; *jurisPK-BGB/Schur*, Stand: 1. Dezember 2016, § 563 BGB Rz. 25; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 563 BGB Rz. 22; BeckOK-BGB/*Herrmann*, Stand: 1. November 2016, § 563 BGB Rz. 21; *Soergel/Heintzmann*, 13. Aufl., § 563 BGB Rz. 14; *Kossmann/Meyer-Abich*, Hb der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 16 Rn. 35; *Lützenkirchen*, WuM 1990, 413.

⁵⁰⁶ BT-Drucks. 14/4553, S. 60.

einer Fortsetzung des Mietverhältnisses. Denn das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 563 Abs. 4 BGB ergänzt nach dem gesetzlichen Regelungsplan die sonstigen, ebenfalls an die fehlende Leistungsfähigkeit des Mieters anknüpfenden Kündigungsrechte des Vermieters (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 1 Satz 2 BGB; § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB). Daraus folgt, dass es hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit des Mieters nur solche Sachverhalte abdecken soll, bei denen nicht bereits aufgrund anderer Kündigungstatbestände, vor allem aufgrund des typisierten Regeltatbestands des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB, von einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses auszugehen ist. Denn soweit die allgemeinen Kündigungsgründe greifen, fehlt es an einer durch das außerordentliche Kündigungsrecht des § 563 Abs. 4 BGB zu schließenden Schutzlücke des Vermieters⁵⁰⁷.

Gegenteiliges ergibt sich nicht aus den Gesetzesmaterialien zu § 563 BGB. Zwar heißt es dort: "Dem Vermieter kommt es hingegen darauf an, wer die Person ist, mit der der Mietvertrag zukünftig weitergeführt wird. Dies ist für ihn deshalb wichtig, damit die Zahlung der Miete auch künftig gesichert ist und die Wohnung nicht übermäßig abgenutzt wird"⁵⁰⁸. Aus der Wendung "Zahlung der Miete auch zukünftig gesichert" folgt aber nicht, dass das Kündigungsrecht nach § 563 Abs. 4 BGB dem Vermieter schon für sich allein aufgrund einer finanziellen Leistungsunfähigkeit des Mieters zusteht, ohne dass eine hiermit für den Vermieter verbundene Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses vorliegen müsste. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der angeführten Formulierung lediglich anerkannt, dass auch eine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit des Mieters einen wichtigen Grund für eine Beendigung des Mietverhältnisses darstellen kann. Dass er - wie in § 543 Abs. 2 BGB normativ geschehen - in diesen Fällen auf eine Prüfung der Unzumutbarkeit der Weiterführung des Mietverhältnisses für den Vermieter von vornherein verzichten wollte, ist den Gesetzesmaterialien dagegen nicht zu entnehmen. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in der weiteren Gesetzesbegründung ausgeführt, dass er an dem schon für die Vorgängerregelung des § 569a Abs. 5 BGB a.F. geltenden Kriterium der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses festhalten wolle. Er hat bezüglich der Kündigungsmöglichkeit des § 563 Abs. 4 BGB ausdrück-

⁵⁰⁷ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385.

⁵⁰⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 60.

lich ausgeführt, dass sich diese Bestimmung an § 569a Abs. 5 BGB a.F. anlehne⁵⁰⁹. Der Zweck der letztgenannten Regelung besteht aber ausweislich der Gesetzesmaterialien darin, dem Vermieter ein Recht zur vorzeitigen Kündigung zuzuerkennen, "wenn ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann"⁵¹⁰.

Um das Vorliegen des damit ausschlaggebenden Kriteriums der (Un-) Zumutbarkeit prüfen zu können, müssen daher nicht nur das Vorliegen einer fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Mieters, sondern zusätzlich tatsächliche Umstände dargetan und im Bestreitensfall nachgewiesen werden, aus denen sich ergibt, dass es dem Vermieter nicht zuzumuten ist, die Verwirklichung eines Kündigungsgrunds nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b BGB abzuwarten⁵¹¹. Solche Umstände können beispielsweise darin liegen, dass die Mietwohnung fremdfinanziert und der Vermieter aus diesem Grund oder zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf die pünktliche und vollständige Erbringung der Mietzahlungen angewiesen ist. Sie können aber auch darin bestehen, dass schon in dem ursprünglichen Mietverhältnis Zahlungsrückstände aufgelaufen sind, weil die finanziellen Mittel des Mieters und des nunmehr Eingetretenen für die Begleichung der (Brutto-)Miete nicht ausgereicht haben. Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses sind letztlich die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls maßgebend.

Nach einer im Schrifttum verbreiteten und vereinzelt auch in der Instanzrechtsprechung vertretenden Auffassung soll sogar bei einer bloß gefährdet erscheinenden finanziellen Leistungsfähigkeit ein wichtiger Grund im Sinne von § 563 Abs. 4 BGB in Betracht kommen⁵¹². Dem ist zumindest in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen⁵¹³. Eine zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung lediglich drohende finanzielle Leistungsunfähigkeit bzw. eine "gefährdet

⁵⁰⁹ BT-Drucks. 14/4553, S. 61.

⁵¹⁰ BT-Drucks. IV/806, S. 12.

⁵¹¹ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385.

⁵¹² Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 13.Aufl., § 563 BGB Rz. 69; Erman/*Lützenkirchen*, 15. Aufl. § 563 BGB Rz. 20; Bub/Treier/Landwehr, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap II Rz. 2618 [berechtigte Zweifel an der Zahlungsfähigkeit]; Kossmann/*Meyer-Abich*, Hb der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 16 Rz. 35 [Einkommensdefizit]; AG München, WuM 2017, 282; AG Charlottenburg v. 15.8.2014 - 238 C 63/14, *juris* Rz. 25 [sehr weitgehend unter Einbeziehung künftig möglicher Mieterhöhungen].

⁵¹³ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385.

erscheinende" finanzielle Leistungsfähigkeit des/der Mieter(s) kann nur in besonderen Ausnahmefällen eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter begründen. Denn - anders als bei einer feststehenden wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit - wird hierbei eine Prognose anzustellen sein, die naturgemäß mit Unwägbarkeiten behaftet ist. Der in das Mietverhältnis eingetretene (neue) Mieter würde daher bei Fehleinschätzungen Gefahr laufen, sein von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Besitzrecht⁵¹⁴ () selbst dann zu verlieren, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass die Bedenken gegen seine Zahlungsfähigkeit unberechtigt gewesen sind.

36

Die auf einer drohenden finanziellen Leistungsunfähigkeit oder gefährdet erscheinenden finanziellen Leistungsfähigkeit des/der eingetretenen Mieter(s) gestützte Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter muss daher auf konkreten Anhaltspunkten und objektiven Umständen beruhen, die nicht bloß die Erwartung rechtfertigen, sondern vielmehr den zuverlässigen Schluss zulassen, dass fällige Mietzahlungen alsbald ausbleiben werden. Solche Anhaltspunkte fehlen dann, wenn Geldquellen vorhanden sind, die die Erbringung der Mietzahlungen sicherstellen, wie dies etwa bei staatlichen Hilfen, sonstigen Einkünften (z. B. Untermietzahlungen; Unterstützung Verwandter; Nebentätigkeitsvergütungen) oder vorhandenem Vermögen der Fall ist⁵¹⁵.

Bei der anzustellenden Prognose, ob aufgrund objektiver und konkreter Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass Mietzahlungen künftig ausbleiben, kommt es wiederum auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an. Dabei wird unter anderem darauf abzustellen sein, ob aller Voraussicht nach ein Anspruch auf staatliche Transferleistungen - etwa in Form des Mindestsatzes bei der Grundsicherung - besteht oder ob solche Leistungen völlig ungewiss sind⁵¹⁶.

⁵¹⁴ vgl. BVerfGE 89, 1, 6 ff.; BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG NJW 2000, 2658 (2659); BVerfG, WuM 2001, 330; BVerfG, NJW-RR 2004, 440 (441); BVerfG, NJW 2006, 2033; BVerfG, NZM 2011, 479 Rz. 29; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, NJW 2017, 2018 Rz. 34.

⁵¹⁵ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385.

⁵¹⁶ BGH v. 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, GE 2018, 385.

17.4 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

17.4.1 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.

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 zahlt⁵¹⁷. Soweit in der Literatur dazu Kritik geäußert wird⁵¹⁸, 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 gewährleisten⁵¹⁹. Mit dieser Stellung ist die Annahme, die Behörde werde vom Leistungsempfänger als Erfüllungsgehilfe im Rahmen des Mietvertrages über seine Unterkunft eingesetzt, nicht vereinbar⁵²⁰. 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.

⁵¹⁷ 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.

⁵¹⁸ Lorenz, WuM 2013, 202 (205); Rieble, NJW 2010, 816.

⁵¹⁹ BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

⁵²⁰ BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, ZMR 2010, 277 = NJW 2009, 3781 Rz. 30.

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 ergeben⁵²¹. 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 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 hat⁵²².

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)⁵²³. 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 etwai-

⁵²¹ BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

⁵²² BGH v. 29.6.2016 – VIII ZR 173/15, ZMR 2016, 683.

⁵²³ BGH v. 13.4.2016 – VIII ZR 39/15, WuM 2016, 365 Rz. 17.

gen 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.

17.4.2 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 Mangels in Betracht, der dem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache entgegensteht⁵²⁴.

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 ist⁵²⁵. 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 werden⁵²⁶. 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,

⁵²⁴ 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).

⁵²⁵ BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

⁵²⁶ 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.

dass eine langwährende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können⁵²⁷.

Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Behörde dem Mieter die Nutzung der Mieträume durch einen sofort vollziehbaren Bescheid untersagt⁵²⁸. 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 und die aufschiebende Wirkung eines dagegen gerichteten Widerspruchs durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt werden kann, ist – jedenfalls im vorliegenden Fall - unerheblich⁵²⁹. 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 überprüfen⁵³⁰. 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 liegt⁵³¹.

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 androht⁵³². 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 gewährt⁵³³

⁵²⁷ vgl. BGH v. 20.11.2013 – XII ZR 77/12, NZM 2014, 165 Rz. 20.

⁵²⁸ BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

⁵²⁹ BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

⁵³⁰ 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).

⁵³¹ 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.

⁵³² BGH v. 2.11.2016 – XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 = ZMR 2017, 36.

⁵³³ vgl. Bub/*Treier/Grapentin*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., IV Rz. 320; BeckOGK/*Mehle*, [Stand: Juni 2016], § 543 BGB Rz. 80.

oder wieder entzogen wird⁵³⁴. 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 Kündigung 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.

17.4.3 Miete i.S.v. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Minderung

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung des Mietverhältnisses insbesondere dann vor, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. Als nicht unerheblich ist der rückständige Teil der Miete nur dann anzusehen, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB). Dies ist hier der Fall.

⁵³⁴ 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.

Die von dem Mieter zu zahlende monatliche Miete betrug in den Monaten Februar und März 2015 - unter Zugrundelegung einer monatlichen Betriebskostenvorauszahlung in unveränderter Höhe von 93 € und unter Berücksichtigung einer berechtigten Minderung von fünf Prozent wegen des Zustands des Teppichbodens - 455,96 €. Statt dieses Betrages zahlte der Mieter im Februar 2015 nur 407,96 €. Auf die Märzmiete zahlte er erst am 16. März 2015 einen Betrag von 402,96 €. Bis zu diesem Zeitpunkt befand er sich bezogen auf die beiden vorbezeichneten aufeinanderfolgenden Monate mit einem Gesamtbetrag von 503,96 € in Verzug. Bei der Beurteilung, ob der Zahlungsrückstand die Miete für einen Monat übersteigt (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB) ist nicht die (berechtigterweise) geminderte Miete von 455,96 € abzustellen. Miete i.S.d. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB und damit Bezugsgröße für den kündigungsrelevanten Rückstand ist nicht die geminderte Miete, sondern die vertraglich vereinbarte Gesamtmiete⁵³⁵. Im Streitfall wirkt sich dies indes nicht aus, da der Zahlungsrückstand von 503,96 € auch die von den Parteien vertraglich vereinbarte monatliche Gesamtmiete von 479,96 € übersteigt.

An der daraus folgenden Berechtigung des Vermieters zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietvertrags gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB hat die einen Tag vor dem Zugang des Kündigungsschreibens erfolgte Zahlung des Mieters in Höhe von 402,96 € nichts geändert. Denn hierdurch ist der vorbezeichnete Zahlungsrückstand nicht vollständig ausgeglichen worden; es verblieb vielmehr eine Restforderung des Vermieters für die beiden hier in Rede stehenden Monate in Höhe von 101 €. Die Beklagte ist damit nicht, wie § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB dies für einen Ausschluss der fristlosen Kündigung vorausgesetzt, "vorher" - mithin vor dem Zugang der Kündigung - "befriedigt" worden⁵³⁶.

⁵³⁵ vgl. BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rz. 41; BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, NJW 2012, 2882 Rz. 16; BeckOGK/*Mehle*, Stand 1. Juli 2017, § 543 BGB Rn. 134 m.w.N.; vgl. auch BGH v. 10.10.2001 - XII ZR 307/98, juris Rz. 21; BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 31 ff; BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 47.

⁵³⁶ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 193/16, MDR 2017, 1352 = WuM 2017, 644 = GE 2017, 1333.

17.4.4 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 voraus⁵³⁷.

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn der Mieter mit Beträgen von 131,40 € und 288,12 € (ihre Wirksamkeit vorausgesetzt) den Mietrückstand von 1.340,78 € vermindert⁵³⁸. 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

⁵³⁷ 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.

⁵³⁸ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 193/16, MDR 2017, 1352 = WuM 2017, 644 = GE 2017, 1333.

BGB nicht die Rede sein kann⁵³⁹. 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.

17.4.5 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 ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen⁵⁴⁰.

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 BGB⁵⁴¹. Soweit in der Instanzrechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten oder jedenfalls erwogen wird, ein Mieter, der Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle beziehe, genüge seinen

⁵³⁹ BGH v. 24.8.2016 – VIII ZR 261/15, WuM 2016, 658 = ZMR 2017, 30 = GE 2016, 1272 = DWW 2016, 330.

⁵⁴⁰ 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.

⁵⁴¹ 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.

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 veranlassen⁵⁴², 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 Vermieter⁵⁴³. Das ändert aber nichts daran, dass der Mieter verschuldensunabhängig für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat⁵⁴⁴.

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. 2 Nr. 1 BGB⁵⁴⁵ - eine Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich nicht zulassen⁵⁴⁶. 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

⁵⁴² 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.

⁵⁴³ BGH v. 21.10.2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rz. 30.

⁵⁴⁴ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

⁵⁴⁵ 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.

⁵⁴⁶ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, WM 1987, 932 unter II 1 c.

erfüllt sind, ist danach grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung gegeben⁵⁴⁷.

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 entgegen⁵⁴⁸.

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 schützen⁵⁴⁹, hat die in Rede stehende Problemlage gesehen, sie jedoch nicht dadurch zu bereinigen versucht, dass er - abweichend von den sonst geltenden 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 einge-

⁵⁴⁷ 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.

⁵⁴⁸ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

⁵⁴⁹ vgl. nur BT-Drucks. 7/2011, S. 7.

tretenen Mietzahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam werden zu lassen⁵⁵⁰.

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 erfolgt⁵⁵¹. 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 verlängert⁵⁵².

Durch diese Sonderregelung⁵⁵³ 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 gemietete Wohnung zu erhalten, Rechnung getragen⁵⁵⁴. 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 soll⁵⁵⁵. 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 ha-

⁵⁵⁰ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁵⁵¹ vgl. bereits BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁵⁵² BT-Drucks. 14/4553, S. 64; vgl. dazu auch BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 Rz. 21.

⁵⁵³ vgl. BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020.

⁵⁵⁴ im Ergebnis ebenso Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 554 BGB Rz. 97.

⁵⁵⁵ BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313 = NZM 2015, 196.

ben, hat der Gesetzgeber dem Vermieter über den zweimonatigen Schonfristzeitraum hinaus gerade nicht mehr aufbürden wollen.

17.4.6 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 Betrachtungsweise⁵⁵⁶. 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 werden⁵⁵⁷. Dies gilt umso mehr, wenn es in der Vergangenheit keine 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.

17.5 Wegfall der Geschäftsgrundlage

Nach Auffassung des OLG Dresden⁵⁵⁸ hat die Möglichkeit der außerordentlichen und fristlosen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, auch eines

⁵⁵⁶ BGH v. 23.2.2016 - VIII ZR 321/14, GE 2016, 453.

⁵⁵⁷ BGH v. 23.2.2016 - VIII ZR 321/14, GE 2016, 453.

⁵⁵⁸ OLG Dresden v. 8.2.2017 – 5 U 1669/16, ZMR 2017, 468 = MDR 2017, 568.

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 Anwendungsbe-
reich, weswegen der erste nicht vom zweiten Kündigungstatbestand verdrängt wird. Dies war im Mietrecht schon vor Inkrafttreten der Mietrechtsreform 2001 anerkannt⁵⁵⁹. 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 lösen⁵⁶⁰.

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 Mietvertragsabschluss 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 ist⁵⁶¹. 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

⁵⁵⁹ 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

⁵⁶⁰ 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 - 8 U 140/13, ZMR 2014, 876; vgl. auch *Alberts* in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl., § 543 BGB Rz. 6

⁵⁶¹ OLG Dresden v. 8.2.2017 - 5 U 1669/16, ZMR 2017, 468 = MDR 2017, 568.

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.

17.6 Umdeutung einer fristlosen in eine fristgerechte Kündigung

Grundsätzlich kann wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen eine fristlose Kündigung nicht in jedem Falle in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nicht vorliegen. Eine Umdeutung ist aber dann zulässig und angebracht, wenn - für den Kündigungsgegner erkennbar - nach dem Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis in jedem Falle zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll⁵⁶².

Diese Voraussetzungen liegen hier vor⁵⁶³. Der Mieter hatte die Nutzung der Räume aufgegeben und neue Kanzleiräume bezogen. Eine - zumal wirtschaftliche, weil mindestens die Höhe der von dem Mieter zu zahlenden Miete einbringende - Untervermietung für den Rest der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit war nicht absehbar. Der Mieter hatte zudem seinen unbedingten Been-

⁵⁶² BGH v. 24.7.2013 - XII ZR 104/12, NJW 2013, 3361 Rz. 17 m.w.N.

⁵⁶³ BGH v. 11.4.2018 - XII ZR 43/17, ■.

digungswillen im Rahmen von Vertragsauflösungsverhandlungen und mit der bereits in der Kündigung enthaltenen Rückgabeankündigung dokumentiert.

18 Räumung und Rückgabe

18.1 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, erfüllt⁵⁶⁴.

Dem steht die Auffassung gegenüber, dass die Annahme, eine Verbindung sei zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, nicht von der Nutzungsdauer der eingebrachten Sache abhängt⁵⁶⁵.

Der BGH⁵⁶⁶ entscheidet die Streitfrage im Sinne der zuletzt genannten Auffassung. Eine Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck i.S.d. § 95 Abs. 1

⁵⁶⁴ 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.

⁵⁶⁵ 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).

⁵⁶⁶ BGH v. 7.4.2017 – V ZR 52/16, GE 2017, 712,

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 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. Dieses ist bei einer Nutzung des Grundstücks zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines begrenzten Rechts am Grundstück als berechtigt anerkannt worden⁵⁶⁷. 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 zu⁵⁶⁸. 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

⁵⁶⁷ Motive III, S. 47, 48.

⁵⁶⁸ BGH v. 2.12.2005 - V ZR 35/05, BGHZ 165, 184 (191).

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 disponieren⁵⁶⁹. 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.

18.2 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 nicht⁵⁷⁰. 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 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 ist⁵⁷¹.

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 vor-

⁵⁶⁹ Hagen, CuR 2010, 44, 46; siehe auch BGH v. 15.5.1998 - V ZR 83/97, WPM 1998, 1632 (1635).

⁵⁷⁰ OLG Hamm v. 15.10.2003 - 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521 Rz. 18.

⁵⁷¹ vgl. BGH v. 4.10.1995 - XII ZR 215/94, NJW 1996, 46 Rz. 12; OLG Celle, NJW 1953, 1474 (1475).

gelegen, 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 könnte⁵⁷².

19 Nutzungsentzündigung

19.1 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 Willen des Vermieters widerspricht⁵⁷³. Zur Erfüllung des Tatbestandes der Vorenthaltung reicht dabei der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters aus⁵⁷⁴.

⁵⁷² OLG Hamm v. 22.2.2017 – 30 U 115/16, ZMR 2017, 560.

⁵⁷³ 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.

⁵⁷⁴ 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.

Daran fehlt es jedoch, wenn der Wille des Vermieters nicht auf die Rückgabe der Mietsache gerichtet ist, etwa weil er vom Fortbestehen des Mietverhältnisses ausgeht⁵⁷⁵. Denn solange der Vermieter den Mietvertrag nicht als beendet ansieht, will er keine Räumung verlangen⁵⁷⁶ und damit die Mietsache nicht zurücknehmen⁵⁷⁷.

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 Bedeutung⁵⁷⁸. 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 Mieters sei unwirksam und er die Rückgabe der Wohnung nicht geltend macht⁵⁷⁹.

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 ausgeht⁵⁸⁰.

Vor diesem Hintergrund fehlt dem Vermieter der für einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB erforderliche Rücknahmewille,

⁵⁷⁵ 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.

⁵⁷⁶ BGH v. 13.3.2013 - XII ZR 34/12, NJW 2013, 3232 Rz. 23.

⁵⁷⁷ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁷⁸ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁷⁹ 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.

⁵⁸⁰ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

wenn er trotz der ordentlichen Kündigung des Mieters von einem Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht⁵⁸¹. 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 Nutzungsent-schädigung 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 können⁵⁸².

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 hatte⁵⁸³. Es trifft zwar zu, dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 546a Abs. 1 BGB - Rücknahmewille des Vermieters und Nicht-rückgabe 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 wurde⁵⁸⁴. Jedoch entfällt in einer solchen Fallkonstellation nicht die Notwendigkeit zur Prüfung der vorbezeichneten Tatbestandsmerkmale, die kumulativ und nicht alternativ vorliegen müssen⁵⁸⁵. 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.

⁵⁸¹ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁸² BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁸³ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁸⁴ BGH v. 15.2.1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145 (148 f.).

⁵⁸⁵ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

19.2 Vorenthaltung und Vermieterpfandrecht

Die Geltendmachung eines Vermieterpfandrechts an Inventar der Räume steht dem Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB nicht entgegen⁵⁸⁶. Die Ausübung des Vermieterpfandrechts hindert nämlich lediglich die vollständige Räumung der Mietsache durch den Mieter, lässt also die Räumungspflicht entfallen⁵⁸⁷, ändert aber nichts an der Verpflichtung des Mieters, die Mietsache an den Vermieter herauszugeben⁵⁸⁸. 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 werden⁵⁸⁹. 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 Besitzaufgabe unzweideutig hervortritt⁵⁹⁰. Dies war aber vorliegend nicht der Fall. 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.

⁵⁸⁶ KG v. 18.7.2016 – 8 U 234/14, ZMR 2016, 939.

⁵⁸⁷ vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 12. Aufl., § 546 BGB Rz. 40; MünchKomm/Bieber, 5. Aufl., § 546 BGB Rz. 8.

⁵⁸⁸ vgl. KG v. 6.12.2012 – 8 U 220/12, juris Rz. 4.

⁵⁸⁹ vgl. OLG Hamm v. 26.6.2002 – 30 U 29/02, juris Rz. 37.

⁵⁹⁰ 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.

19.3 Nutzungsentschädigung nach §§ 812 ff. BGB

Ein möglicher Bereicherungsanspruch des Vermieters ist weder durch § 546a BGB ausgeschlossen⁵⁹¹ noch durch die §§ 987 ff. BGB verdrängt wird⁵⁹².

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. 1, 818 Abs. 1 BGB zu dessen Herausgabe verpflichtet⁵⁹³. 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 ist⁵⁹⁴.

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 ist⁵⁹⁵. Der bloße (unmittelbare oder mittelbare) Besitz an der Wohnung reicht für einen solchen Bereicherungsanspruch nicht aus⁵⁹⁶. Denn es kommt für einen bereicherungsrechtlichen Nutzungsersatzanspruch maßgeblich auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen an⁵⁹⁷. 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 zuzu-

⁵⁹¹ 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.

⁵⁹² BGH v. 28.6.1967 - VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197 unter 3.

⁵⁹³ 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.

⁵⁹⁴ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁹⁵ 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.

⁵⁹⁶ BGH v. 12.7.2017 - VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁹⁷ 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.

führen, dem sie nach der Rechtsordnung gebührt⁵⁹⁸. 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 darf⁵⁹⁹.

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 Mieter 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.

20 Schadensersatz

20.1 Rückgabe mit Beschädigungen

Im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung ist umstritten, ob ein nach Rückgabe der Mietsache geltend gemachter Ersatzanspruch als Schadensersatz neben der Leistung oder als Schadensersatz statt der Leistung anzusehen ist und wie sich im letztgenannten Fall dazu ein konkurrierender deliktischer Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB verhält.

Teilweise wird § 281 BGB für generell anwendbar gehalten. Dies beruht auf der Annahme, dass § 546 Abs. 1 BGB auch eine Leistungspflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand, also ohne über eine vertraglich erlaubte Abnutzung hinausgehende Schäden, zum Inhalt habe

⁵⁹⁸ BGH v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, WuM 2017, 521 = GE 2017, 945.

⁵⁹⁹ BGH v. 7.3.2013 - III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 Rz. 27.

und dadurch eine auf die Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes lautende Beseitigungspflicht begründe. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass andernfalls die Abgrenzung zwischen zu beseitigenden einfachen Gebrauchsspuren und weitergehenden Substanzbeschädigungen schwierig sei oder es sonst sachwidrig zur unterschiedlichen Behandlung einer Schadensbeseitigung und den sich häufig überlappenden Fallgestaltungen einer vertraglich eigens übernommenen (Wieder-)Herstellungspflicht komme⁶⁰⁰. Vereinzelt wird das sich aus § 281 Abs. 1 BGB ergebende Fristsetzungserfordernis dabei auch auf einen konkurrierenden deliktischen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB übertragen⁶⁰¹.

Die gegenteilige Auffassung sieht für eine Anwendung des § 281 BGB weder vor noch nach Vertragsende Raum. Der Schadensersatzanspruch aus einer zur Beschädigung der Mietsache führenden Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB) oder aus einer damit konkurrierenden unerlaubten Handlung (§ 823 BGB) falle bereits mit der Schadensentstehung und nicht erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses an und werde gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Der Vermieter könne hierbei nach seiner Wahl entweder Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder unmittelbar Schadensersatz in Geld (§ 249 Abs. 2 BGB) beanspruchen und büße diesen an kein Fristsetzungserfordernis geknüpften Anspruch auch nicht durch eine zwischenzeitliche Vertragsbeendigung ein⁶⁰². Zudem sei es auch nicht möglich, ein etwaiges Fristsetzungserfordernis auf konkurrierende Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB zu übertragen⁶⁰³.

Für den durch die Verletzung von Obhutspflichten des Mieters gekennzeichneten Streitfall und die dadurch eingetretenen Schäden an der Sachsubstanz ent-

⁶⁰⁰ z.B. OLG Köln v. 21.5.2015 - 18 U 60/14, juris Rz. 43 f.; *Wolf/Eckert/Ball*, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 661; *Kraemer*, Festschrift für Blank, 2006, S. 281 (289); *Scheuer/J. Emmerich* in *Bub/Treier*, Hb der Geschäfts- und Wohnraumiete, 4. Aufl., Kap. V.A Rz. 35; unklar *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 13. Aufl., § 546a BGB Rz. 83 [Anspruchskonkurrenz zu § 280 Abs. 1 BGB]; zum Meinungsstand ferner *Fervers*, WuM 2017, 429 (430 f.)

⁶⁰¹ so etwa *Kraemer*, Festschrift für Blank, 2006, S. 281 (289); anders wohl *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 13. Aufl., Rz. 82

⁶⁰² z.B. OLG Düsseldorf v. 28.3.2013 - 10 U 72/12, juris Rz. 6, 8; LG Saarbrücken v. 21.11.2014 - 10 S 60/14, juris Rz. 16, 20 f.; *Staudinger/V. Emmerich*, BGB, Neubearb. 2018, § 538 BGB Rz. 6; vgl. zum Meinungsstand ferner *Fervers*, WuM 2017, 429 (430).

⁶⁰³ *Oechsler*, NZM 2004, 881 (888); LG Saarbrücken v. 21.11.2014 - 10 S 60/14, juris Rz. 17.

steht ein Schadensersatzanspruch des Vermieters auch ohne Fristsetzung⁶⁰⁴. Es kommt unabhängig von der Frage, ob der Schadensersatz vor oder nach Rückgabe der Mietsache geltend gemacht wird, nur darauf an, ob die Verletzung einer zur Anwendbarkeit des § 280 Abs. 3, § 281 BGB führenden Leistungspflicht oder die Verletzung einer in § 241 Abs. 2 BGB geregelten vertraglichen Nebenpflicht, bei der sich die Anspruchsvoraussetzungen allein nach § 280 Abs. 1 BGB bestimmen, in Rede steht.

Nach der Konzeption des Gesetzgebers der Schuldrechtsreform zielen die im BGB jeweils geregelten Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 Satz 1 BGB) zumeist auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers ab, während die nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB angesprochenen Schutzpflichten nur die gegenwärtige Güterlage jedes an dem Schuldverhältnis Beteiligten vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen bewahren sollen und wirksame Schuldverträge regelmäßig als Nebenpflichten begleiten, ohne selbst leistungsbezogen zu sein⁶⁰⁵. Bei ihrer Verletzung geht es deshalb um Schäden, die nach dem vor der Schuldrechtsreform geltenden Recht unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen waren, weil sie außerhalb des eigentlichen Leistungsprogramms (hier § 535 BGB) und dem damit verfolgten Erfüllungsinteresse an anderen, in ihrer Integrität aber nicht zum unmittelbaren Leistungsgegenstand gehörenden Rechtsgütern eintreten. Solche Schäden entstehen im Falle eines Mietverhältnisses zwar an dem Mietgegenstand, sie beruhen aber auf einer Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs und sind damit außerhalb des mietrechtlichen Leistungsprogramms verursacht worden. Der Ersatz dieser Schäden ist deshalb darauf angelegt, etwaige über das Erfüllungsinteresse der Vertragsparteien am Erhalt der jeweils versprochenen Leistung hinausgehend eingetretene Vermögensnachteile auszugleichen⁶⁰⁶.

Im Gegensatz zu diesem das Integritätsinteresse betreffenden Schadensersatzanspruch neben der Leistung, durch den gemäß § 280 Abs. 1 BGB unmittelbar Ersatz für Schäden beansprucht werden kann, die an nicht von dem eigentlichen Leistungsprogramm des Mietvertrags erfassten Rechtsgütern des

⁶⁰⁴ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ■.

⁶⁰⁵ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ■.

⁶⁰⁶ vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 125, 225; ferner etwa Staudinger/Schwarze, Neubearb. 2014, § 280 BGB Rn. C 38; Fervers, WuM 2017, 429 (433 f.); jeweils m.w.N.

Gläubigers oder an dessen Vermögen eintreten, bildet der bei Nicht- oder Schlechterfüllung einer Leistungspflicht geschuldete Schadensersatz das Surrogat der zur Erfüllung führenden Leistung, wie es in § 281 BGB als auf das Leistungsinteresse (positives Interesse) bezogener Schadensersatz statt der Leistung geregelt ist. Allerdings ist die Ersatzfähigkeit des von ihm so beschriebenen Leistungsinteresses vom Gesetzgeber zusätzlich an die Voraussetzung geknüpft worden, dass der Schuldner vor Geltendmachung eines gegen ihn gerichteten, den Leistungsanspruch ersetzenden Schadensersatzanspruchs grundsätzlich eine weitere Gelegenheit zur Erfüllung erhalten muss⁶⁰⁷.

Für die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber dem Gläubiger hingegen einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur ausnahmsweise unter den in § 282 BGB geregelten besonderen, im Streitfall jedoch nicht einschlägigen Unzumutbarkeitsvoraussetzungen, die dabei dem Anwendungsbereich des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgehen, zubilligen wollen⁶⁰⁸.

Bei der Verpflichtung des Mieters, die ihm überlassenen Mieträume in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch nach Maßgabe von § 538 BGB entsprechenden Zustand zu halten, insbesondere die Räume aufgrund der aus der Besitzübertragung folgenden Obhutspflicht schonend und pfleglich zu behandeln sowie alles zu unterlassen, was zu einer von § 538 BGB nicht mehr gedeckten Verschlechterung führen kann, handelt es sich um eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht im genannten Sinne, deren Verletzung allein nach den in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht begründet⁶⁰⁹.

Das gilt nicht nur für das laufende Mietverhältnis, sondern auch für dessen Beendigung. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist der Zustand, in dem sich die Mietsache bei ihrer Rückgabe befindet, für die allein in der Rückgabe selbst bestehende Leistungspflicht ohne Bedeutung. § 546 Abs. 1 BGB enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben ist. Bei Verschlechterungen oder Veränderungen der Mietsache

⁶⁰⁷ vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 134 f., 138, 225.

⁶⁰⁸ dazu BT-Drucks. 14/6040, S. 138, 141 f.

⁶⁰⁹ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ■.

kann der Vermieter deshalb zwar Schadensersatz verlangen, ist aber - zur Vermeidung eines sonst etwa nach §§ 293 ff. BGB eintretenden Annahmeverzugs oder des Fehlens einer für die Anwendbarkeit von § 546a Abs. 1 BGB erforderlichen Vorenthaltung - nicht zur Ablehnung ihrer Rücknahme berechtigt⁶¹⁰.

Die gegenteiligen Stimmen in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum⁶¹¹ geltend macht, dass der Mieter bei Beschädigung der Mietsache durch einen vertragswidrigen Gebrauch nicht nur während eines laufenden Mietverhältnisses, sondern auch nach dessen Beendigung berechtigt sei, den Schaden selbst zu beheben, weil nach dem Ende des Mietverhältnisses die vertragliche Verpflichtung zur Rückgabe der Mietsache ohne vertragswidrige Beschädigungen die vorher entstandenen, aber noch nicht erfüllten Schadensersatzansprüche aufnehme, findet dies im Gesetz keine Stütze. Auch hier wird den grundsätzlichen Unterschieden zwischen einem Schadensersatz statt der Leistung und einem Schadensersatz neben der Leistung sowie den dadurch jeweils geschützten Interessen nicht Rechnung getragen.

Im Gegensatz zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung, bei dem eine Naturalrestitution ausscheidet, weil die Erfüllung der vertraglichen Leistung gemäß § 281 Abs. 4 BGB gerade nicht mehr verlangt werden kann und dieser Anspruch deshalb abweichend von § 249 BGB von Anfang an nur auf Geld gerichtet ist⁶¹², räumt die auf den Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB uneingeschränkt anwendbare Bestimmung des § 249 BGB dem Geschädigten die Wahlmöglichkeit ein zwischen der in Absatz 1 vorgesehenen Naturalrestitution und dem in Absatz 2 Satz 1 geregelten Zahlungsanspruch auf den zur (Wieder-)Herstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrag⁶¹³ soll den Geschädigten gerade davon befreien, die Schadensbeseitigung dem

⁶¹⁰ BGH v. 6.11.2013 - VIII ZR 416/12, juris Rz. 15; BGH v. 10.1.1983 - VIII ZR 304/81, BGHZ 86, 204 (209 f.); BGH v. 23.1.1974 - VIII ZR 219/72, WPM 1974, 260 unter II 3; ebenso nunmehr BGH v. 23.6.2010 - XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 Rz. 18.

⁶¹¹ OLG Köln v. 21.5.2015 - 18 U 60/14, juris Rz. 43; *Kraemer*, Festschrift für Blank, S. 284 (288 f.).

⁶¹² BGH v. 29.10.1974 - VI ZR 42/73, BGHZ 63, 182 (184).

⁶¹³ vgl. BGH vom 19. November 2014 - VIII ZR 191/13, aaO). Die in Absatz 2 Satz 1 geregelte Ersetzungsbefugnis (dazu BGH, Urteile vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05, BGHZ 169, 263 Rn. 14; vom 8. Februar 1952 - V ZR 122/50, BGHZ 5, 105, 109 f.

Schädiger anvertrauen zu müssen, und ihm die Möglichkeit zur Durchführung der Beseitigung in eigener Regie eröffnen⁶¹⁴.

Durch diese Ersetzungsbefugnis werden nicht nur Abwicklungsstreitigkeiten darüber vermieden, ob eine Schadensbeseitigung des Schädigers gelungen ist und vom Geschädigten als tauglich akzeptiert werden muss⁶¹⁵. Die Ersetzungsbefugnis sichert dem Geschädigten gerade auch das ihm zustehende Recht, sich bei Ausführung der Schadensbeseitigung ausschließlich an seinen eigenen Wiederherstellungsinteressen zu orientieren und sich nicht auf ein gegenläufiges Interesse des Schädigers etwa an einer möglichst kostengünstigen und deshalb in ihrer Tauglichkeit nicht ohne Weiteres zweifelsfreien Wiederherstellung einlassen zu müssen⁶¹⁶. Dementsprechend kann der Geschädigte seine Ersetzungsbefugnis grundsätzlich auch ohne Angabe von Gründen ausüben, muss sich für die getroffene Wahl also nicht rechtfertigen⁶¹⁷ und sich auch sonst zu ihrer Umsetzung nicht mit dem Schädiger ins Benehmen setzen⁶¹⁸.

Für Schäden an der Sachsubstanz im Rahmen von Mietverhältnissen gilt nichts Abweichendes⁶¹⁹. Insbesondere trägt etwa der Schluss von einer - aus einem aktuellen Mietbesitz abgeleiteten - Gestaltungsfreiheit des Mieters auf ein durch vermeintliche Rücksichtnahmepflichten des Vermieters gestütztes Recht des Mieters, auch mit einem Schaden an der Sachsubstanz leben zu dürfen, zumindest aber die Gelegenheit zur Selbstbeseitigung erhalten zu müssen, allein schon mangels Vergleichbarkeit der Interessenlagen nicht. Denn es liegt - ähnlich wie etwa bei einem Umgang des Vermieters mit baulichen Veränderungen an der Mietwohnung⁶²⁰ - grundsätzlich in dessen alleinigem Ermessen zu entscheiden, ob er selbst bei fehlender Inanspruchnahme durch den Mieter oder sogar gegen dessen Wunsch nach Belassung des vertragswidrigen Zustands Schäden an der Sachsubstanz gleichwohl behebt. Das gilt erst recht für die im Streitfall zu beurteilende Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses.

⁶¹⁴ BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 29; BGH v. 27.9.2016 - VI ZR 673/15, NJW 2017, 953 Rz. 12; jeweils m.w.N.

⁶¹⁵ BGH v. 11.12.2015 - V ZR 26/15, WM 2016, 1748 Rz. 21 m.w.N.

⁶¹⁶ vgl. BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 29.

⁶¹⁷ BGH v. 18.3.2014 - VI ZR 10/13, WPM 2014, 1685 Rz. 30.

⁶¹⁸ BGH v. 27.9.2016 - VI ZR 673/15, NJW 2017, 953 Rz. 12.

⁶¹⁹ BGH v. 28.2.2018 - VIII ZR 157/17, ■.

⁶²⁰ dazu BGH v. 14.9.2011 - VIII ZR 10/11, NJW-RR 2012, 262 Rz. 11.

In gleicher Weise kann der Vermieter den geltend gemachten Schadensersatz auch aus § 823 Abs. 1 BGB beanspruchen⁶²¹. Es ist anerkannt, dass bei Beschädigung von Sachen, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbarer Leistungsgegenstand sind, vertragliche und deliktische Ersatzansprüche nebeneinander bestehen können. Insoweit gelten für das Mietrecht keine Besonderheiten⁶²². Diese deliktsrechtliche Haftung, deren Rechtsfolgen sich unter anderem ebenfalls nach § 249 BGB bestimmen, bleibt entgegen der Auffassung der Revision zumindest hinsichtlich ihres Anspruchsinhalts und damit auch hinsichtlich der dem Geschädigten zustehenden Ersetzungsbefugnis von vermeintlichen mietrechtlichen Besonderheiten unberührt.

20.2 Mietausfallschaden nach einstweiliger Verfügung

§ 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 erweist⁶²³. Ersatzfähig ist allerdings nur der aus der Vollziehung der einstweiligen Verfügung verursachte Schaden im Sinne der §§ 249 ff BGB⁶²⁴. Für die Bemessung des Schadens gelten nach ständiger Rechtsprechung die allgemeinen Grundsätze, insbesondere §§ 249 ff BGB und § 287 ZPO⁶²⁵. 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 Schuldners⁶²⁶.

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 finden⁶²⁷. Er muss die Umstände darlegen und in den Grenzen des

⁶²¹ BGH v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, ■.

⁶²² vgl. nur BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rz. 7.

⁶²³ 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.

⁶²⁴ 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.

⁶²⁵ 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.

⁶²⁶ BGH v. 20.7.2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rz. 19.

⁶²⁷ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 12. Aufl., § 546a BGB Rz. 99; BeckOK/*Zehelein*, Oktober 2015, § 546 BGB Rz. 130 ff; Staudinger/*Rolfs*, 2014, § 546a BGB Rz. 62.

§ 287 ZPO beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falles die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintrittes ergibt⁶²⁸. Liegt eine solche Wahrscheinlichkeit vor, wird widerleglich vermutet, dass der Gewinn gemacht worden wäre⁶²⁹. 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 werden⁶³⁰.

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 wäre⁶³¹. 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 abhängen⁶³².

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.

20.3 Mietausfallschaden bei befristetem Mietvertrag

Endet ein befristetes Mietverhältnis vorzeitig durch außerordentliche Kündigung aus vom Mieter zu vertretenden Gründen, hat der Mieter dem Vermieter gemäß §§ 280 Abs. 1, 314 Abs. 4, 249 Abs. 1, 252 BGB grundsätzlich den Schaden zu

⁶²⁸ BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 149/15, MietRB 2017, 1 = NZM 2017, 68 = GE 2016, 1501 = WuM 2016, 752.

⁶²⁹ BGH v. 27.10.2010 - XII ZR 128/09, GuT 2010, 343 Rz. 3.

⁶³⁰ 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).

⁶³¹ BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 149/15, MietRB 2017, 1 = NZM 2017, 68 = GE 2016, 1501 = WuM 2016, 752.

ersetzen, der diesem in Gestalt der bis zum Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer entgehenden Miete entsteht⁶³³. Um einen solchen Mietausfallschaden geht es vorliegend, da der Vermieter den Ersatz von Mieten begehrt, die er bei Durchführung des Mietverhältnisses bis zum Ende der vertraglichen Befristung gemäß § 535 Abs. 2 BGB vom Mieter hätte beanspruchen können. Diesen vertraglichen Anspruch hat er aufgrund des vom Mieter zu vertretenden Verzugs mit Mietzahlungen, der zu der außerordentlichen Kündigung geführt hat, verloren.

Diesem Schadensersatzanspruch für den streitgegenständlichen Zeitraum stünde im Übrigen selbst eine stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses gemäß § 545 Satz 1 BGB nicht entgegen⁶³⁴. Denn auch dann wäre der Mietvertrag durch die ordentliche Kündigung des Mieters vor dem Ende der ursprünglich vereinbarten festen Vertragslaufzeit beendet worden. Dass die langfristige Vertragsbindung weggefallen ist, beruht jedoch auf der Pflichtverletzung des Mieters, aufgrund derer der Vermieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt war. Eine (unterstellte) stillschweigende Verlängerung würde diesen Zurechnungszusammenhang nicht unterbrechen, weil auch das mit einer stillschweigenden Vertragsverlängerung einhergehende ordentliche Kündigungsrecht des Mieters auf dessen vertragswidriges Verhalten zurückzuführen wäre. Vielmehr ist diese Konstellation nicht anders zu beurteilen als der Fall, dass der Vermieter nach der vom Mieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung einen Vertrag mit einem Nachmieter abschließt, der dann vertragsgemäß weniger oder auch - seinerseits vertragswidrig - gar nichts mehr zahlt⁶³⁵. Auch dort muss der ursprüngliche Mieter dem Grundsatz nach für den Mietausfallschaden des Vermieters aufkommen⁶³⁶. Denn die stillschweigende Vertragsverlängerung steht nicht einer einvernehmlichen Aufhebung der festen Vertragslaufzeit gleich, sondern setzt voraus, dass das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit seiner zeitlichen Bindung weggefallen ist, und führt kraft gesetzlicher

⁶³² vgl. BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, NZM 2010, 815 Rz. 4.

⁶³³ vgl. BGH v. 16.2.2005 - XII ZR 162/01, NZM 2005, 340 (341).

⁶³⁴ BGH v. 24.1.2018 - XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

⁶³⁵ BGH v. 24.1.2018 - XII ZR 120/16, GE 2018, 450 = IMR 2018, 149 (*Neuhaus*).

⁶³⁶ vgl. BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053 f.; BGH v. 10.10.2001 - XII ZR 307/98, juris Rz. 8, 40; BGH v. 20.6.2001 - XII ZR 20/99, juris Rz. 2 ff; RGZ 76, 367, 369; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 542 BGB Rz. 107.

Anordnung ohne übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zur unbefristeten Fortsetzung des Vertragsverhältnisses⁶³⁷.

21 Vorkaufsrecht

21.1 § 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 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 wird⁶³⁸. 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 ist⁶³⁹.

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 veräußert⁶⁴⁰.

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 Auf-

⁶³⁷ vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 77. Aufl., § 545 BGB Rz. 10; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 545 BGB Rz. 1.

⁶³⁸ 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.

⁶³⁹ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 26.

⁶⁴⁰ BGH v. 7.12.2016 - VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

teilung in Wohnungseigentum erforderliche Teilungserklärung (§ 8 WEG) hat notariell beurkunden lassen⁶⁴¹. 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 geworden⁶⁴².

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 ist⁶⁴³. 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 aus⁶⁴⁴.

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 ist⁶⁴⁵.

Der VIII. Senat hat in der bereits erwähnten, den Verkauf einer anderen Wohnung desselben Hauses betreffenden Entscheidung vom 6. April 2016⁶⁴⁶ 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

⁶⁴¹ BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

⁶⁴² BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 26.

⁶⁴³ BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

⁶⁴⁴ 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.

⁶⁴⁵ BGH v. 7.12.2016 – VIII ZR 70/16, GE 2017, 222.

⁶⁴⁶ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 30 ff.

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 Teilungserklärung zu sehen⁶⁴⁷. 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).

21.2 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 anzuwenden⁶⁴⁸. 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 voraussetzt⁶⁴⁹, als auch im Falle der Veräußerung eines ungeteilten Grundstücks bei beabsichtigter Realteilung (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB analog) in Betracht kommen⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 Rz. 42 ff.

⁶⁴⁸ 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.

⁶⁴⁹ 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.

⁶⁵⁰ 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.

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 werden⁶⁵¹.

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 Wohnungseigentum⁶⁵². Deshalb muss zunächst gewährleistet sein, dass der Mieter einen Anspruch auf die Begründung von Wohnungseigentum erwirbt⁶⁵³. 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 Aufteilung⁶⁵⁴. Erforderlich ist vielmehr, dass der Verkäufer als Vorkaufsverpflichteter in dem Kaufvertrag eine Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat⁶⁵⁵. 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 ist⁶⁵⁶.

Weitere Voraussetzung für das Entstehen eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ist, dass die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige

⁶⁵¹ BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.

⁶⁵² BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

⁶⁵³ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 22.

⁶⁵⁴ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 24.

⁶⁵⁵ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

⁶⁵⁶ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 23.

ge Wohnungseigentumseinheit in dem Kaufvertrag mit dem Dritten bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist⁶⁵⁷.

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 ist⁶⁵⁸. Es reicht also nicht aus, dass der Vermieter das ungeteilte Grundstück an einen Dritten veräußert und dieser 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 bestimmbareren 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.

22 Zwangsvollstreckung

22.1

Im Streitfall fehlt es in Bezug auf die Schuldner zu 1 (*Eine Anzahl von 40 männlichen und weiblichen Personen, die sich als "Kulturkollektiv Arno-Nitzsche" bezeichnen und sich zum Zeitpunkt der Zustellung auf der im Grundbuch des Amtsgerichts Leipzig eingetragenen Fläche, Gemarkung ..., Blatt ..., Flurstück Nr. ... dauerhaft aufhalten*) an einer Bezeichnung, die eine hinreichend sichere Identifizierung der durch die einstweilige Verfügung betroffenen Personen ermöglicht.

⁶⁵⁷ BGH v. 22.11.2013 - V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rz. 17, 23.

⁶⁵⁸ BGH v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15, WuM 2016, 430.

Allerdings fehlt es nicht bereits deshalb an den Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen, weil die Schuldner zu 1 in der einstweiligen Verfügung nicht mit ihrem Namen bezeichnet sind. Zwar kann nach dem Wortlaut von § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Zwangsvollstreckung nur gegen eine Person begonnen werden, die im Titel oder in der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel als Schuldner namentlich bezeichnet ist. Trotz der Formenstrenge, die in der Zwangsvollstreckung herrscht, genügt es jedoch, wenn durch eine Auslegung anhand des Titels ohne weiteres festgestellt werden kann, wer Partei des Verfügungsverfahrens ist⁶⁵⁹.

Von diesen Grundsätzen ist auszugehen. Die Schuldner zu 1 sind in der einstweiligen Verfügung nicht so klar bezeichnet, dass sie durch Auslegung des Titels zweifelsfrei identifiziert werden könnten. Es ist nicht sicher feststellbar, ob eine auf dem Gelände angetroffene Person zu der Gruppe der Schuldner zu 1 gehört. Dass die Mitglieder des sog. Kulturkollektivs, die sich dauerhaft auf der Fläche aufhielten, nicht zeitweise Besuch von außenstehenden Personen erhielten, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Es ist nicht feststellbar, dass auf dem bezeichneten Grundstück nur 40 männliche und weibliche Personen anzutreffen sind, die sich als "Kulturkollektiv Arno-Nitzsche" bezeichnen und sich dort dauerhaft aufhalten. Es ist nicht klar, wie die Zugehörigkeit von anwesenden Personen zu einem "Kulturkollektiv" festgestellt und die Frage beantwortet werden kann, ob die angetroffenen Personen sich dort dauerhaft aufhalten. Damit ist durch den Gerichtsvollzieher nicht sicher feststellbar, ob eine auf dem Gelände angetroffene Person zu der Gruppe der Schuldner zu 1 gehört.

Damit wird kein zu strenger rechtlicher Maßstab an die Schuldnerbezeichnung gemäß § 750 Abs. 1 ZPO angelegt⁶⁶⁰.

Dem aus § 750 Abs. 1 ZPO folgenden Erfordernis einer sicheren Identifizierbarkeit des Vollstreckungsschuldners kommt rechtssystematisch eine zentrale Bedeutung zu. Durch diese Vollstreckungsvoraussetzung wird der für das Zivilprozessrecht kennzeichnende Grundsatz der Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren gesichert, wonach das Vollstreckungsorgan den durch den

⁶⁵⁹ BGH v. 23.10.2003 - I ZB 45/02, BGHZ 156, 335 (339) - Euro-Einführungsrabatt; BGH v. 29.5.2008 - IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 Rz. 14.

⁶⁶⁰ BGH v. 13.7.2017 - I ZB 103/16, NZM 2018, 164.

Vollstreckungstitel urkundlich ausgewiesenen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner nicht zu überprüfen hat⁶⁶¹. Die Regelung über die Bezeichnung der Vollstreckungsparteien in § 750 Abs. 1 ZPO sichert die für die Funktions- und Verantwortungsteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsorgan notwendige Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen, indem es dem Vollstreckungsorgan ermöglicht, die Identität der Parteien auf der Grundlage von Titel und Klausel zu bestimmen⁶⁶².

§ 750 Abs. 1 ZPO sichert zudem nicht lediglich die Einhaltung einer Formalität. Vielmehr wird durch das Erfordernis der namentlichen Bezeichnung des Schuldners gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird⁶⁶³. Damit wird verhindert, dass durch staatlichen Zwang in grundrechtlich geschützte Rechte Unbeteiligter eingegriffen wird.

Die Rechtsbeschwerde macht geltend, das Beharren des Beschwerdegerichts auf streng formalen Kriterien im Vollstreckungstitel werde dem Phänomen der illegalen Hausbesetzungen bei gleichzeitiger vorsätzlicher Verschleierung der Identität der Besetzer nicht gerecht. Dieser Sachverhalt führe dazu, dass letztlich die Gläubigerin als diejenige, die sich redlich und gesetzestreu verhalte, ohne rechtlichen Schutz und ohne staatliche Unterstützung bei der Wahrung ihrer Rechte gegen illegale Hausbesetzer bleibe. Ein solches Ergebnis könne nicht befriedigen. Es könne nicht sein, dass das Vollstreckungsorgan in Fällen seinen Schutz versage, in denen der materiell-rechtliche Anspruch des Gläubigers offenkundig sei. Es stehe nicht in Frage, dass die Hausbesetzer - gegen die Gläubigerin als Eigentümerin - zu keinem Zeitpunkt ein legales Besitzrecht an der betreffenden Liegenschaft begründen konnten. Es sei deshalb unvertretbar, einen Grundstückseigentümer, dem eine offenbare Rechtsverletzung widerfahren sei, in solche Kalamitäten zu treiben, nur weil ihm aus formalen

⁶⁶¹ vgl. Zöller/Stöber, 31. Aufl., § 750 ZPO Rz. 3, vor § 704 Rn. 14; Lackmann in Musielak/Voit, § 750 ZPO Rz. 1; Heßler in MünchKomm, 5. Aufl., § 750 ZPO Rz. 5.

⁶⁶² vgl. Heßler in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 3 und 5; Lackmann in Musielak/Voit, § 750 ZPO Rz. 1; Ulrici in BeckOK, § 750 ZPO Rz. 8.

⁶⁶³ BGH v. 18.7.2003 - IXa ZB 116/03, NJW-RR 2003, 1450, 1451; BGH v. 25.6.2004 - IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383 (385 f.); BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH v. 14.8.2008 - I ZB 39/08, NJW 2008, 3287 Rz. 10.

Gründen die Verfolgung seines Rechtsanspruchs verwehrt sein solle. Dem Grundstückseigentümer werde in einem Fall der Schutz versagt, in welchem einzig und allein aufgrund deliktischen Handelns der Schuldner eine Parteibezeichnung nur umschreibend sein könne. Mit dieser Begründung kann die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg haben.

Das Beschwerdegericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Umstand, dass sich die auf dem Grundstück der Gläubigerin anzutreffenden Personen eindeutig unerlaubt aufhalten, nicht dazu führen kann, dass die im Streitfall beauftragte Gerichtsvollzieherin die Zwangsvollstreckung ohne das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen durchführen darf. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zum Erfordernis der bestimmten Bezeichnung des Vollstreckungsschuldners nicht durch materiell-rechtliche Erwägungen oder Gesichtspunkte der Billigkeit außer Kraft gesetzt werden⁶⁶⁴. Für oder gegen andere als in Titel oder Klausel bezeichnete Personen darf die Zwangsvollstreckung auch dann nicht erfolgen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sie Gläubiger oder Schuldner sind⁶⁶⁵. Eine Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, beruft sich zudem nicht unter Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben auf eine nur formale Rechtsstellung, wenn sie geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO unzulässig, weil sie in dem Titel oder der Klausel namentlich nicht bezeichnet sei⁶⁶⁶.

Das Beschwerdegericht ist ferner mit Recht davon ausgegangen, dass es auch die Unmöglichkeit einer hinreichend genauen Bezeichnung der Besetzer des Grundstücks der Gläubigerin nicht rechtfertigen kann, vom zentralen Erfordernis einer sicheren Identifizierung der Schuldner anhand des Vollstreckungstitels abzusehen⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ BGH, NJW-RR 2003, 1450 (1451); BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 11; *Lackmann* in Musielak/Voit, § 885 ZPO Rz. 7.

⁶⁶⁵ BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 11.

⁶⁶⁶ BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 10.

⁶⁶⁷ ebenso *Heßler* in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; *Lackmann* in Musielak/Voit, § 750 ZPO Rz. 8; *Bendtsen* in Kindl/Heller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl., § 885 ZPO Rz. 23; *Giers* in Kindl/Heller-Hannich/Wolf § 750 ZPO Rz. 6; *Stürner* in BeckOK, § 885 ZPO Rz. 19; *Brehm* in Stein/Jonas, 22. Aufl., § 885 ZPO Rz. 7; a.A. Schmidt-Futterer/*Lehmann-Richter*, *Mietrecht*, 12. Aufl., § 885 ZPO Rz. 17; *Raeschke-Kessler*, NJW

Die Zulassung eines "Titels gegen Unbekannt"⁶⁶⁸, eines "Titels gegen den, den es angeht"⁶⁶⁹ oder eines "lagebezogenen" Titels⁶⁷⁰ ist mit der geltenden Rechtslage nicht vereinbar. Das Erfordernis der namentlichen Bezeichnung des Vollstreckungsschuldners gemäß § 750 Abs. 1 ZPO sichert in formeller Hinsicht den Grundsatz der Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, indem es dem Vollstreckungsorgan ermöglicht, die Identität der Parteien auf der Grundlage von Titel und Klausel zu bestimmen. Außerdem gewährleistet das Erfordernis der namentlichen Bezeichnung des Schuldners materiell, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird. Ein lediglich auf die Räumlichkeit bezogener Räumungstitel ist nach dem Willen des Gesetzgebers mit den Grundsätzen des deutschen Vollstreckungsrechts nicht vereinbar⁶⁷¹.

Der Verzicht auf das Erfordernis einer sicheren Identifizierung des Schuldners aufgrund der Bezeichnung im Vollstreckungstitel oder in der Vollstreckungsklausel ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch nicht deshalb geboten, weil der Eigentümer ansonsten vollständig rechtlos gestellt wäre. Eine Räumung gegenüber Hausbesetzern kann vielmehr nach dem Polizei- und Ordnungsrecht erfolgen⁶⁷². Das widerrechtliche Eindringen und Verweilen in Wohnungen, Geschäftsräumen oder befriedetem Besitztum ist gemäß § 123 Abs. 1 StGB strafbar; die Verletzung strafrechtlicher Normen stellt stets eine Störung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der polizei- und ordnungsrechtlichen Eingriffsermächtigungen der Bundesländer dar (vgl. z.B. § 3 Abs. 1 SächsPolG). Die Beseitigung dieser Störung fällt in die polizeiliche Aufgabenzuständigkeit; das Polizei- und Ordnungsrecht stellt insoweit auch die zur Durchsetzung erforderlichen Eingriffsbefugnisse zur Verfügung⁶⁷³. Der Pflicht zum Ein-

1981, 663; *Lisken*, NJW 1982, 1136 (1137); *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (40 f.); *Majer*, NZM 2012, 67 (70).

⁶⁶⁸ vgl. *Raeschke-Kessler*, NJW 1981, 663; *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (40).

⁶⁶⁹ vgl. *Lisken*, NJW 1982, 1136 (1137).

⁶⁷⁰ so *Majer*, NZM 2012, 67 (70).

⁶⁷¹ vgl. Begr. D. RegEntw des MietRÄndG, BR-Drs. 313/12, S. 47.

⁶⁷² *Heßler* in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; *Bendtsen* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 885 ZPO Rz. 23; *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (39).

⁶⁷³ vgl. zum Ganzen *Geißler*, DGVZ 2011, 37 (39); *Heßler* in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; *Bendtsen* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 885 ZPO Rz. 23; *Gaul* in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 22 Rz. 3; *Christmann*, DGVZ 1984, 101 (105); *Degenhart*, JuS 1982, 330 f.

greifen der Polizei steht nicht entgegen, dass nach dem Polizei- und Ordnungsrecht der Bundesländer der Schutz privater Rechte der Polizei nur dann obliegt, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird (vgl. z.B. § 2 Abs. 2 SächsPolG). Diese Bestimmungen betreffen die ausschließliche Gefährdung privater Rechte wie etwa das Vermögen oder Forderungen Privater⁶⁷⁴. Bei Haus- und Grundstücksbesetzungen geht es jedoch um gemäß § 123 StGB strafbare Handlungen und damit um die Störung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der allgemeinen polizeilichen Eingriffsermächtigungen. Im Übrigen werden bei Haus- und Grundstücksbesetzungen regelmäßig auch die Voraussetzungen der Eingriffsvoraussetzungen des Polizei- und Ordnungsrechts für den polizeilichen Schutz privater Rechte vorliegen⁶⁷⁵.

Den im Schrifttum vorgeschlagenen Maßnahmen zur Vollstreckung eines Räumungstitels gegen Unbekannt durch den Gerichtsvollzieher stehen außerdem erhebliche rechtliche und praktische Schwierigkeiten entgegen⁶⁷⁶. So wird vertreten, die Polizei müsse in analoger Anwendung des § 758 Abs. 3 ZPO oder aber im Wege der Amtshilfe vor der Räumung das betreffende Objekt sichern und damit gewährleisten, dass nur die aktiven Besetzer und keine Sympathisanten, aber auch alle aktiven Besetzer angetroffen werden. Sodann sollten diese nacheinander zur Feststellung der Personalien nach draußen verbracht werden. Den identifizierten Personen solle der Gerichtsvollzieher sodann jeweils eine Ausfertigung des gegen unbekannt ergangenen Räumungstitels aushändigen und dies in einer Liste vermerken. Anhand dieser Liste solle der Gerichtsvollzieher dann die Zustellungsurkunden erstellen; das zuvor auf "Unbekannt" lautende Rubrum der einstweiligen Verfügung sei schließlich gemäß § 319 ZPO entsprechend den nunmehr ermittelten Personalien zu berichtigen⁶⁷⁷. Diese Vorschläge verdeutlichen nicht nur die erheblichen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten bei der Vollstreckung eines "Räumungstitels

⁶⁷⁴ vgl. Ullrich in BeckOK.Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 6. Edition, Stand 20. Mai 2017, § 2 Rz. 35.

⁶⁷⁵ vgl. Degenhart, JuS 1982, 330 (331).

⁶⁷⁶ BGH v. 13.7.2017 – I ZB 103/16, NZM 2018, 164.

⁶⁷⁷ vgl. Geißler, DGVZ 2011, 37 (40 f.); Raeschke-Kessler, NJW 1981, 663 (664 f.).

gegen Unbekannt⁶⁷⁸, sondern offenbaren, dass es insoweit nicht um die Vollstreckung eines Titels geht, der - wie gemäß § 130 Nr. 1, § 253 Abs. 2 Nr. 1, § 313 Abs. 1 Nr. 1, § 750 Abs. 1 ZPO in der Zivilprozessordnung vorgesehen - in einem Erkenntnisverfahren gegen konkrete Schuldner erlassen wurde. Der Sache nach wird es vielmehr im Widerspruch zum elementaren zivilprozessualen Grundsatz, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird⁶⁷⁹, als ausreichend angesehen, dass die Identität des Schuldners erstmals im Vollstreckungsverfahren durch den Gerichtsvollzieher ermittelt und festgestellt wird.

Angesichts des klaren Wortlauts, der systematischen Stellung, des gesetzgeberischen Willens, von Sinn und Zweck des Erfordernisses der namentlichen Bezeichnung gemäß § 750 Abs. 1 ZPO und der rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Titels gegen Unbekannt würde es nach alledem die Grenzen der zulässigen richterlichen Gesetzesauslegung überschreiten, auf diese gesetzliche Vollstreckungsvoraussetzung zu verzichten, wenn - wie in Fällen von Haus- oder Grundstücksbesetzungen - eine sichere Identifizierung von Schuldnern im Erkenntnisverfahren (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) regelmäßig nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich ist und die Schuldner deshalb auch im Vollstreckungstitel nicht sicher identifizierbar angegeben werden können. Der Senat verkennt nicht, dass sich in Fällen illegaler Haus- und Grundstücksbesetzungen ein gesetzliches Defizit bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Räumungsansprüche offenbart. Ein Verzicht auf die gesetzliche Vorgabe der namentlichen Bezeichnung des Schuldners im Vollstreckungstitel oder in der Vollstreckungsklausel kann für solche besonders gelagerten Fälle vielmehr - unter umfassender Abwägung der betroffenen Rechte und Interessen - aber allein der Gesetzgeber regeln.

Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde schließlich geltend, die Gerichtsvollzieherin habe zumindest den Versuch unternehmen müssen, die einstweilige Verfügung zuzustellen. Da die Schuldner zu 1 entgegen § 750 Abs. 1 ZPO in

⁶⁷⁸ vgl. *Heßler* in MünchKomm, § 750 ZPO Rz. 51; *Gaul* in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 22 Rz. 3.

⁶⁷⁹ BGHZ 159, 383 (385 f.); BGH, NJW-RR 2003, 1450 (1451); BGHZ 177, 12 Rz. 14; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 1.

der einstweiligen Verfügung nicht namentlich oder doch sicher identifizierbar bezeichnet worden waren, lag eine wesentliche Voraussetzung der Zwangsvollstreckung nicht vor. Damit durfte die Gerichtsvollzieherin den Zwangsvollstreckungsakt der Zustellung der einstweiligen Verfügung nicht vornehmen.

22.2 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 zusteht⁶⁸⁰.

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 fehlt⁶⁸¹. 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 Vermieterpfandrecht 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 sei⁶⁸². 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 hin-

⁶⁸⁰ BGH v. 2.3.2017 – I ZB 66/16, MDR 2017, 788 = WuM 2017, 419 = NZM 2017, 473.

⁶⁸¹ BGH v. 2.10.2012 - I ZB 78/11, NZM 2013, 395 Rz. 17 ff.

⁶⁸² vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1384 Rz. 9 f.; BGH, NZM 2013, 395 Rz. 18 m.w.N.

sichtlich 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 entgegenstehe⁶⁸³.

Diese Rechtsprechung ist durch die Einführung des § 885a ZPO überholt⁶⁸⁴. 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 anwendbar⁶⁸⁵. 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 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

⁶⁸³ BGH, NZM 2013, 395 Rz. 19.

⁶⁸⁴ BGH v. 2.3.2017 – I ZB 66/16, MDR 2017, 788 = WuM 2017, 419 = NZM 2017, 473.

⁶⁸⁵ 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 Dasser/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).

Schuldners ausübt⁶⁸⁶. 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 reduzieren⁶⁸⁷. 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 ZVG⁶⁸⁸.

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.

22.3 Einstweilige Verfügung gegen Dritte bei Vermietung von Gewerberaum

Vor der Schaffung von § 940a Abs. 2 ZPO mit Wirkung ab dem 01.05.2013 durch das Mietrechtsänderungsgesetz vom 11.03.2013 ermöglichte die Regelung in §§ 935, 940 ZPO grundsätzlich den Erlass einer Räumungsverfügung im gewerblichen Mietrecht. Nur im Wohnraummietrecht war die Räumungsverfügung gemäß § 940a BGB in der bis 30.04.2013 gültigen Fassung auf die Fälle der verbotenen Eigenmacht und der konkreten Gefahr für Leib oder Leben beschränkt. Dennoch wurde im Bereich der Gewerberaummieta nur in Sonderfäl-

⁶⁸⁶ 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.

⁶⁸⁷ vgl. Regierungsentwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. 17/10485, S. 15; BGH v. 23.10.2014 - I ZB 82/13, NJW 2015, 2126 Rz. 16.

⁶⁸⁸ vgl. *Lehmann-Richter* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 885a ZPO Rz. 5; *Lehmann-Richter*, NZM 2014, 257 (261).

len ein Verfügungsgrund angenommen. Eine Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO scheiterte regelmäßig daran, dass die (Weiter-)Nutzung des Mietobjektes nicht zur „Veränderung des bestehenden Zustandes“ führte und die Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung nicht drohte⁶⁸⁹. Für die Regelungsverfügung nach § 940 ZPO fehlte es regelmäßig am Drohen wesentlicher Nachteile oder an sonstigen gleichwertigen Gründen⁶⁹⁰. Hinter der restriktiven Haltung der Gerichte stand wohl auch ihr Unbehagen gegenüber der mit der Räumungsverfügung verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache⁶⁹¹.

Die mit Wirkung ab 01.05.2013 in Kraft getretene Vorschrift des § 940a Abs. 2 ZPO regelt nunmehr, dass die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten angeordnet werden darf, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat. Die Vorschrift dient der vereinfachten Durchsetzung von Räumungstiteln, indem sie eine „ergänzende“ Räumungsverfügung gegen Dritte zulässt⁶⁹². Seit ihrem Inkrafttreten ist umstritten, ob sie Auswirkungen auf die Voraussetzungen für den Erlass einer Räumungsverfügung im gewerblichen Mietrecht hat. Einigkeit herrscht darüber, dass eine unmittelbare Anwendung nicht in Betracht kommt, weil der Wortlaut sowohl der Vorschrift als auch der Paragraphenüberschrift auf Wohnraum verweisen. Auch eine analoge Anwendung wird überwiegend unter Verweis darauf abgelehnt, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Schon der Referentenentwurf vom 25.10.2011 war auf die Vereinfachung der Räumungsvollstreckung bei Wohnraum ausgerichtet. Der Deutsche Mietgerichtstag e.V. wies auf das Fehlen einer Regelung zum gewerblichen Mietrecht hin, indem er in seiner Stellungnahme zu diesem Referentenentwurf vom 12./13.01.2012 den Vorschlag der Einführung eines neuen § 940b BGB machte, welcher folgende Regelung beinhalten sollte: „940a Abs. 2 ZPO gilt auch für die Miete von Geschäftsräumen.“. Dennoch griff der Gesetzgeber diese Problematik im folgenden Gesetzgebungsverfahren nicht auf. Sie war weder Gegenstand der Anhörung der Sachverständigen durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

⁶⁸⁹ vgl. OLG Celle v. 26.7.2000 - 2 W 58/00, NZM 2001, 194.

⁶⁹⁰ vgl. OLG Düsseldorf vom 26.2.2009 - 10 W 14/09, NZM 2009, 818.

⁶⁹¹ vgl. zu diesem Aspekt: *Hinz*, NZM 2005, 841 (855).

⁶⁹² vgl. BT-Drucks. 17/10485 S. 34.

am 15.10.2012 noch der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 12.12.2012⁶⁹³ zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Mietrechtsänderungsgesetz vom 15.08.2012⁶⁹⁴. Es ist daher anzunehmen, dass der Gesetzgeber nur die Räumungsvollstreckung für Wohnraum regeln wollte, nicht aber die Möglichkeit einer Regelung für den Bereich der gewerblichen Miete übersehen hat.

Umstritten ist aber, ob dies dazu führt, dass für den Bereich der gewerblichen Miete keine Rechtsänderung eingetreten ist, oder doch zumindest der Regelungsgehalt bzw. die Wertungen, die im § 940a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck kommen, bei der Entscheidung über Räumungsverfügungen im gewerblichen Mietrecht berücksichtigt werden müssen.

Die bisherigen Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte gehen restriktiv davon aus, dass auch eine Heranziehung der Rechtsgedanken aus § 940a Abs. 2 ZPO im gewerblichen Mietrecht ausscheidet⁶⁹⁵.

Dagegen vertreten verschiedene Landgerichte⁶⁹⁶ und Literaturstimmen⁶⁹⁷ () die Auffassung, die im § 940a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck gekommenen Wertungen seien auch hinsichtlich der Voraussetzungen für den Erlass von Räumungsverfügungen im Bereich der gewerblichen Miete zu berücksichtigen.

Nach Meinung des OLG Dresden⁶⁹⁸ ist die letztgenannte Auffassung vorzugswürdig. Auch wenn der Gesetzgeber mit § 940a Abs., 2 ZPO nur die Verfügungsgründe für den Erlass einer Räumungsverfügung bei Wohnraum erweitern wollte, hat dies Auswirkungen auf das Bestehen eines Verfügungsgrundes nach §§ 935, 940 ZPO für den Erlass einer Räumungsverfügung bei Geschäfts-

⁶⁹³ BT-Drs. 17/11894.

⁶⁹⁴ BT-Drs. 17/10485.

⁶⁹⁵ vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, NZM 2013, 791; OLG München v. 10.4.2014 - 23 U 773/14, NZM 2015, 167; OLG Celle v. 24.11.2014 - 2 W 237/14, NJW 2015, 711; ebenso *Vollkommer* in: Zöllner, 32. Aufl., § 940a ZPO Rz. 4; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummieta, 6. Aufl., Kap. 29 Rz. 26; offen gelassen von OLG Hamburg v. 20.3.2015 - 8 U 120/14, NZM 2015, 738.

⁶⁹⁶ vgl. LG Hamburg v. 27.6.2013 - 334 O 104/13, NJW 2013, 3666; LG Krefeld v. 8.3.2016 - 2 S 60/15, ZMR 2016, 448.

⁶⁹⁷ *Hinz*, NZM 2012, 777 (794); *Fleindl*, ZMR 2014, 938; *Klüver*, ZMR 2015, 10 f.; *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 7/2016 Anm. 4; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 12. Auflage, § 940a ZPO Rz. 57; *MünchKomm/Drescher*, 5. Aufl., § 940a ZPO Rz. 9.

⁶⁹⁸ OLG Dresden v. 29.11.2017 - 5 U 1337/17, MDR 2018, 204 = GE 2018, 52 = DWW 2018, 55.

räumen. Im Ausgangspunkt richtet sich der Umfang von Verfügungsgründen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung in Mietsachen nämlich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 935, 940 ZPO. Im Bereich des Wohnraumes ist dies für die Räumungsverfügung durch § 940a ZPO dahin eingeschränkt, dass (auch) die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sein müssen. Die Erweiterung des § 940a ZPO durch die Einfügung des Absatzes 2 hat demzufolge nicht nur den Ausnahmetatbestand für den Bereich des Wohnraumes erweitert, sondern zeigt auch, dass der Gesetzgeber den damit geschaffenen Verfügungsgrund als von §§ 935, 940 ZPO umfasst ansieht. Zudem bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass der in § 940a Abs. 2 ZPO enthaltene Verfügungsgrund selbst dann eingreifen kann, wenn die für Wohnraum in § 940a ZPO aufgestellten strengeren Maßstäbe gelten. Wenn aber die §§ 935, 940 ZPO den Verfügungsgrund aus § 940a Abs. 2 ZPO zulassen und dieser sogar unter der Geltung der strengeren Maßstäbe des § 940a ZPO eingreift, ist die Annahme gerechtfertigt, dass er erst Recht im Rahmen der weniger strengen allgemeinen Maßstäbe der §§ 935, 940 ZPO gelten muss. Die Regelung in § 940 ZPO enthält insoweit auch eine Öffnungsklausel, denn sie lässt eine Regelungsverfügung auch dann zu, wenn dies „aus anderen Gründen“ nötig erscheint. Im Rahmen dieser Öffnungsklausel können die mit Einführung des § 940a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck gekommenen Wertungen des Gesetzgebers berücksichtigt werden.

23 Zwangsverwaltung

23.1 schuldrechtliches Wohnrecht

Im Grundbuch ist ein dingliches Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB, welches allein ein die Anordnung eines unbeschränkten Zwangsverwaltungsverfahrens hinderndes Recht darstellen würde⁶⁹⁹, nicht eingetragen. Ob der frühere Ehemann der Nutzerin mit dem Eigentümer ein schuldrechtliches, unentgeltliches, lebenslanges Wohnungsrecht vereinbart hatte, ist unerheblich. Selbst wenn dies zuträfe, wäre der Zwangsverwalter aus einem solchen schuldrechtlichen Vertrag nicht verpflichtet, da gemäß § 152 Abs. 2 ZVG nur ein Miet- oder Pachtvertrag über ein vor der Beschlagnahme einem Mieter oder Pächter über-

⁶⁹⁹ BGH v. 18.12.2015 - V ZR 191/14, NJW 2016, 1242 Rz. 17.

lassenes Grundstück dem Zwangsverwalter gegenüber wirksam ist. Ein lediglich schuldrechtlich vereinbartes lebenslanges Wohnungsrecht könnte die Beklagte mithin allenfalls dem Eigentümer entgegenhalten, nicht jedoch dem Zwangsverwalter⁷⁰⁰.

24 Streitwert

24.1 Klage auf Zustimmung zur Tierhaltung

Es ist umstritten, nach welchen Kriterien der Wert des Beschwerdegegenstandes einer Berufung des Mieters einer Wohnung, dessen Klage auf Zustimmung zu der begehrten Tierhaltung in erster Instanz ohne Erfolg geblieben ist, zu bemessen ist.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, der Wert des Beschwerdegegenstandes einer Berufung des Mieters, dessen Zustimmungsklage erstinstanzlich ohne Erfolg geblieben ist (oder der erstinstanzlich verurteilt worden ist, Tierhaltung in der Mietwohnung zu unterlassen), erreiche die gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Wertgrenze grundsätzlich nicht⁷⁰¹. Dabei wird zum Teil auf ein ideelles Interesse des Wohnraummieters abgestellt⁷⁰², zum Teil auf nicht näher konkretisierte objektive Gesichtspunkte⁷⁰³ oder auf ein ebenfalls nicht näher konkretisiertes wirtschaftliches Interesse des Mieters⁷⁰⁴.

Andere Entscheidungen messen das Interesse des Mieters an der Tierhaltung an dem vertraglichen Recht, die Wohnung zu Wohnzwecken zu nutzen⁷⁰⁵ oder an den fiktiven Kosten der zusätzlichen Abnutzung der Wohnung durch das Tier⁷⁰⁶. Maßstab sei jeweils ein geringer Teil der vereinbarten Monatsmiete, der in Anlehnung an § 9 ZPO mit dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag zu vervielfältigen sei.

⁷⁰⁰ BGH v. 20.09.2017 - VIII ZR 279/16, MDR 2018, 83 = WuM 2017, 630 = GE 2017, 1335.

⁷⁰¹ LG Berlin [ZK 67], WuM 2015, 526; LG Berlin, GE 1996, 470 f.; LG Berlin [ZK 61], NZM 2001, 41.

⁷⁰² vgl. LG Berlin [ZK 63], NZM 2001, 41; LG Berlin v. 17.12.2002 - 63 S 300/02, n.v.

⁷⁰³ LG Berlin v. 15.10.2004 - 63 S 294/04, n.v.

⁷⁰⁴ LG Berlin v. 16.8.2016 - 63 S 120/16, n.v.

⁷⁰⁵ LG Köln, WuM 2000, 94.

⁷⁰⁶ LG Kiel, WuM 1999, 586; LG Hamburg v. 10.10.1986 - 7 S 173/86, juris.

Eine vereinzelt gebliebene Entscheidung hält ebenfalls einen wirtschaftlichen Gesichtspunkt, nämlich den verkehrüblichen Preis des Tieres, für maßgeblich⁷⁰⁷.

Nach einer weiteren Ansicht kommt es im Einzelfall auf die Bedeutung der Tierhaltung für die Lebensführung des Mieters an⁷⁰⁸. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Mietgebrauch der Lebensführung des Mieters diene; damit fänden auch subjektive Gesichtspunkte Eingang in die Bewertung.

Die letztgenannte Ansicht ist vorzugswürdig⁷⁰⁹.

Die Bemessung des Wertes des Beschwerdegegenstandes nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO richtet sich grundsätzlich nach dem Interesse des Rechtsmittelklägers an dem Erfolg seines Rechtsmittels⁷¹⁰. Die Beschwer der in der ersten Instanz unterlegenen Partei am Erfolg ihres Rechtsmittels hängt dabei maßgebend von ihrem wirtschaftlichen Interesse ab.

Ein wirtschaftliches Interesse des Mieters besteht auch an der Nutzung der ihm gegen Zahlung der vereinbarten Miete überlassenen Wohnung nach Maßgabe seiner im Rahmen des vertragsgemäßen Mietgebrauchs bestehenden Nutzungswünsche. Das schließt subjektive Gesichtspunkte ein, weil die Wohnung für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz ist und dem Einzelnen damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglicht⁷¹¹. Das Interesse am Mietgebrauch der Wohnung lässt sich somit nicht ausschließlich oder in erster Linie an objektiven Kriterien messen, sondern hängt auch mit den persönlichen Vorstellungen und Bedürfnissen des Mieters zusammen⁷¹².

Somit bietet ein Regelwert, sei es unterhalb oder auch oberhalb der Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, keine geeignete Orientierungshilfe, um den Wert

⁷⁰⁷ LG Hannover, WuM 1985, 127 f.

⁷⁰⁸ LG Hamburg [ZK 16], WuM 1996, 532 f.; WuM 1986, 248; LG Braunschweig, WuM 1996, 291; LG Mannheim, ZMR 1992, 545 f.; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 BGB Rz. 573 f.; ebenso zum Gebührenstreitwert: LG Berlin [ZK 65], GE 2016, 1444; LG Kassel, WuM 1998, 296 f.

⁷⁰⁹ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 57/16, GE 2018, 447.

⁷¹⁰ BGH v. 24.11.1994 - GSZ 1/94, BGHZ 128, 85 (88); BGH v. 17.5.2006 - VIII ZB 31/05, NJW 2006, 2639 Rz. 8.

⁷¹¹ BVerfGE 89, 1 (6); BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/16, NJW 2017, 547 Rz. 55 m.w.N.

⁷¹² vgl. BVerfGE 79, 292 (304 f.).

des Beschwerdegegenstandes in Streitigkeiten um die Vertragsmäßigkeit der Tierhaltung in Mietwohnungen zu bestimmen. Die Beantwortung der Frage, ob der Wert des Beschwerdegegenstandes einer Berufung des Mieters bei Streit um die Berechtigung zur Tierhaltung in der Wohnung 600 € übersteigt, erfordert vielmehr eine umfassende Betrachtung des auf die Tierhaltung gerichteten Interesses des Mieters. Die Beurteilung des Werts des Beschwerdegegenstandes lässt sich nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall vornehmen, weil die dabei zu berücksichtigenden Umstände individuell und vielgestaltig sind, so dass sich jede schematische Lösung verbietet⁷¹³.

Ebenso wenig wie ein Regelwert trägt auch ein Prozentsatz der vereinbarten Miete dem Interesse des Mieters an Tierhaltung in der gemieteten Wohnung nicht Rechnung, zumal in Privatwohnungen gehaltene Haustiere typischerweise keine Nutztiere sind, die dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, sondern aus Liebhaberei oder sonstigen ideellen Zwecken gehalten werden.

Daher sind bei der Bestimmung des Werts des geltend gemachten Beschwerdegegenstandes einer Berufung des in erster Instanz unterlegenen Wohnraummieters außer der Art und Anzahl der Tiere namentlich die persönlichen Verhältnisse des Mieters zu betrachten, wie etwa sein Alter sowie das Gewicht seiner Bedürfnisse und Beweggründe, die etwa kommunikativer, therapeutischer oder pädagogischer Art sein und von Freude an der Tierhaltung und der Gesellschaft des Tieres bis zum Angewiesensein auf das Tier reichen können.

Diesen Maßstäben wird die angefochtene Verwerfungsentscheidung nicht gerecht. Zwar kann es im Einzelfall nicht zu beanstanden sein, den Wert des Beschwerdegegenstandes einer in erster Instanz erfolglosen Klage des Mieters auf Zustimmung zur Tierhaltung unterhalb der Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO anzusetzen. Das Berufungsgericht hat jedoch einen schematischen und zudem ausnahmslos auf ein wirtschaftliches Interesse des Mieters verengten Blickwinkel eingenommen. Dadurch hat es sich die Sicht auf maßgebliche Umstände des Streitfalles verstellt. So haben die Kläger, die ohnehin seit langer Zeit ein Haustier in der Wohnung gehalten haben, ihr weiteres Interesse an der

⁷¹³ BGH v. 30.1.2018 - VIII ZB 57/16, GE 2018, 447.

Tierhaltung unter Anführung gesundheitlicher Gründe dokumentiert; dies hat das Amtsgericht zu Recht bei der Festsetzung des Streitwerts berücksichtigt.

Das Berufungsgericht hat den Wert des Beschwerdegegenstandes zwar nach eigenem freiem Ermessen ohne Bindung an einen für die erste Instanz festgesetzten Streitwert zu bestimmen. Gleichwohl muss das Berufungsgericht die bei Ausübung seines Ermessens in Betracht zu ziehenden Umstände von sich aus berücksichtigen. Danach übersteigt der Wert des Beschwerdegegenstandes im Streitfall ersichtlich 600 €.

25 Datenschutz im Mietrecht

25.1 Auszug aus der EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO)

Ab 25. Mai 2018 gilt auch in Deutschland die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) der Europäischen Union (EU). Durch das neue EU-Recht werden unmittelbar das bisherige Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und die EU-Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG), auf der das BDSG basiert, abgelöst. Zeitgleich tritt ein dazu gehöriges deutsches Ergänzungsgesetz (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz – DSAnpUG) in Kraft, das die DSGVO zum Teil modifiziert und konkretisiert. Die DSGVO wird außerdem ergänzt durch die noch in Abstimmung befindliche EU-e-Privacy-Verordnung, die ebenfalls am 25. Mai 2018 in Kraft treten soll und Internet- und Telemediendienste betrifft.

Ziel der 99 Artikel ist zunächst ein weitestgehend einheitliches Datenschutzrecht innerhalb der EU. Darin sollen vor allem die Rechte und Kontrollmöglichkeiten derjenigen gestärkt werden, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden (Betroffene).

Wesentliche Elemente des bisherigen BDSG werden zwar erhalten bleiben. So gleichen die in Art. 5 DSGVO festgelegten Grundsätze der Datenverarbeitung, an denen sich die Verordnung orientiert, im Kern denen des BDSG: Rechtmäßigkeit, Zweckbindung, Datenminimierung (Datensparsamkeit), Richtigkeit, Zeitliche Beschränkung (Speicherbegrenzung), Integrität und Vertraulichkeit sowie eine Rechenschaftspflicht der Verantwortlichen für die Einhaltung dieser Grundsätze.

Dennoch wird es zukünftig einige Änderungen geben, die es zu beachten gilt – sowohl für Unternehmen als auch für Privatpersonen. Gerade für Unternehmen ist es wichtig, sich bereits jetzt in der Übergangsphase um die Umsetzung der neuen Regelungen zu kümmern und neue datenschutzrechtliche Prozesse zu etablieren. Sonst drohen im Extremfall immense Bußgelder für die verspätete Einführung der neuen Vorgaben. Hierzu beraten wir gerne.

Für das Mietrecht sind vor allem folgende Vorschriften von Relevanz:

Art. 1 DSGVO Gegenstand und Ziele

....

- 3) Der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union darf aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten weder eingeschränkt noch verboten werden.

Art. 2 DSGVO Sachlicher Anwendungsbereich

- 1) Diese Verordnung gilt für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.

....

Art. 3 DSGVO Räumlicher Anwendungsbereich

- 1)
- 2) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht
 1. betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;

...

Art. 4 DSGVO **Begriffsbestimmungen**

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

1. **„personenbezogene Daten“** alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind;
2. **„Verarbeitung“** jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung;
3. ...
7. **„Verantwortlicher“** die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet; sind die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben, so können der Verantwortliche beziehungsweise die bestimmten Kriterien seiner Benennung nach dem

Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden;

Art. 5 DSGVO

Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten

- 1) Personenbezogene Daten müssen
 - a) auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“);
 - b) für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden; eine Weiterverarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gilt gemäß Artikel 89 Absatz 1 nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken („Zweckbindung“);
 - c) dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein („Datenminimierung“);
 - d) sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein; es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit personenbezogene Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unrichtig sind, unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden („Richtigkeit“);
 - e) in einer Form gespeichert werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist; personenbezogene Daten dürfen länger gespeichert werden, soweit die personenbezogenen Daten vorbehaltlich der Durchführung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen, die von dieser Verordnung zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gefordert werden, ausschließlich für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke oder für wissenschaftliche und historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gemäß Artikel 89 Absatz 1 verarbeitet werden („Speicherbegrenzung“);

- f) in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet, einschließlich Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung und vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen („Integrität und Vertraulichkeit“);
- 2) Der Verantwortliche ist für die Einhaltung des Absatzes 1 verantwortlich und muss dessen Einhaltung nachweisen können („Rechenschaftspflicht“).

Art. 6 DSGVO

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

- 1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:
- a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
 - b) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
 - c) die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;
 - d) ...
 - e)
 - f) die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.
-
- 4) Beruht die Verarbeitung zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die personenbezogenen Daten erhoben wurden, nicht auf der Einwilli-

gung der betroffenen Person oder auf einer Rechtsvorschrift der Union oder der Mitgliedstaaten, die in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Artikel 23 Absatz 1 genannten Ziele darstellt, so berücksichtigt der Verantwortliche – um festzustellen, ob die Verarbeitung zu einem anderen Zweck mit demjenigen, zu dem die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist – unter anderem

- a) jede Verbindung zwischen den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten erhoben wurden, und den Zwecken der beabsichtigten Weiterverarbeitung,
- b) den Zusammenhang, in dem die personenbezogenen Daten erhoben wurden, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den betroffenen Personen und dem Verantwortlichen,
- c) die Art der personenbezogenen Daten, insbesondere ob besondere Kategorien personenbezogener Daten gemäß Artikel 9 verarbeitet werden oder ob personenbezogene Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 verarbeitet werden,
- d) die möglichen Folgen der beabsichtigten Weiterverarbeitung für die betroffenen Personen,
- e) das Vorhandensein geeigneter Garantien, wozu Verschlüsselung oder Pseudonymisierung gehören kann.

Art. 7 DSGVO

Bedingungen für die Einwilligung

- 1) Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.
- 2) Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar

zu unterscheiden ist. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.

- 3) Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.
- 4) Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.

...

Art. 9 DSGVO

Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

- 1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt.
- 2) Absatz 1 gilt nicht in folgenden Fällen:
 - a. Die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt, es sei denn, nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden,

....

Art. 10 DSGVO

Verarbeitung von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten

Die Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen aufgrund von Artikel 6 Absatz 1 darf nur unter behördlicher Aufsicht vorgenommen werden oder wenn dies nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten, das geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorsieht, zulässig ist. Ein umfassendes Register der strafrechtlichen Verurteilungen darf nur unter behördlicher Aufsicht geführt werden.

25.2 Brührungspunkte des Mietrechts zum Datenschutz

25.2.1 Selbstauskunft des Mieters

Die vom Vermieter verfasste, anlässlich der Verhandlungen über den Abschluss des Mietvertrages vom Mieter auszufüllende Selbstauskunft ist generell ein zulässiges Informationsmittel. Der Mieter ist im Hinblick auf das angebahnte Vertrauensverhältnis prinzipiell verpflichtet, den Vermieter über die erfragten Umstände vollständig und wahrheitsgemäß aufzuklären. Soweit schon vor den eigentlichen Verhandlungen oder durch vorformulierte Fragebögen personenbezogene Daten erhoben werden, können sich datenschutzrechtliche Bedenken ergeben⁷¹⁴. Dafür kann die Orientierungshilfe zur „Einholung von Selbstauskünften bei Mietinteressenten der Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich (Düsseldorfer Kreis) vom 27.1.2014 herangezogen werden⁷¹⁵.

Zweifelhaft ist allein, welche Fragen im Einzelnen zulässigerweise gestellt werden können. Ist eine Frage unzulässig, kann der Vermieter daraus, dass der Mieter die Frage falsch bzw. unrichtig beantwortet hat, keine Konsequenzen für den Bestand des Mietvertrages (z.B. fristlose Kündigungen) herleiten. Ansonsten ist umstritten, ob ein Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung⁷¹⁶

⁷¹⁴ Vgl. *Okon*, ZMR 2015, 826.

⁷¹⁵ <http://lsaur.de/OHMietSelbstauskunft>.

⁷¹⁶ AG Hamburg v. 6.5.2003 – 48 C 636/02, ZMR 2003, 744 = MietRB 2004, 133.

oder nur ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 1 BGB⁷¹⁷ besteht. Beides erscheint zulässig. Bestand eine Pflicht zur (richtigen) Offenbarung, führt die Verletzung zur arglistigen Täuschung nach § 123 BGB. Liegt dieser Tatbestand vor, ist auch ein wichtiger Grund i.S.v. § 543 Abs. 1 BGB gegeben. Immerhin liegt eine Straftat vor, so dass es grundsätzlich auch keiner Abmahnung nach § 543 Abs. 3 BGB bedarf. Der wesentliche Unterschied besteht in der Höhe der Miete/Nutzungsentschädigung. Nach einer Kündigung gilt § 546a BGB mit seiner Absicherung nach unten durch die „vereinbarte Miete“. Andernfalls ist die Nutzungsentschädigung objektiv nach § 812 Abs. 2 BGB ermitteln.

Die Zulässigkeit von Fragen ist aufgrund einer Interessenbewertung zu ermitteln. Dabei ist das Recht des Mieters auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG) ausreichend zu berücksichtigen⁷¹⁸. Häufig wird insoweit die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zu Einstellungsfragebögen von Arbeitgebern herangezogen⁷¹⁹.

Nach diesen Grundsätzen hat der Vermieter nur insoweit ein Fragerecht, als er ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage reklamieren kann. Indessen ist insoweit zu berücksichtigen, dass der Mietvertrag einen geringeren persönlichen Einschlag als der Arbeitsvertrag hat. Hier stehen weniger die persönlichen Fähigkeiten und Talente als vielmehr die Vertrauenswürdigkeit und die Einstellung zum Umgang mit fremden Sachen im Vordergrund. In jedem Fall muss der Mieter über solche Umstände aufklären, die für die Entscheidung des Vermieters zum Abschluss des Mietvertrages bedeutsam sein können⁷²⁰.

In diesem Sinne kann zulässigerweise z.B. gefragt werden

- nach dem Arbeitgeber des Mieters⁷²¹,

⁷¹⁷ LG Wiesbaden v. 29.4.2004 – 2 S 112/03, WuM 2004, 399.

⁷¹⁸ BVerfG v. 11.6.1991 – 1 BvR 239/90, MDR 1991, 865 = NJW 1991, 2411 = ZMR 1991, 366 (ein Mieter muss bei Abschluss des Mietvertrages nicht offenbaren, dass er wegen Geistesschwäche entmündigt ist).

⁷¹⁹ Vgl. Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 191.

⁷²⁰ BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, MDR 2000, 821 = WuM 2000, 593; LG Magdeburg v. 13.2.2008 - 5 O 1879/07, ZMR 2008, 461.

⁷²¹ LG Köln v. 1.12.1983 – 1 S 73/83, DWW 1984, 75 = WuM 1984, 297.

- nach den Einkommensverhältnissen und der Bonität⁷²²,
- nach dem Beruf,
- nach dem Familienstand⁷²³,
- nach der Zahl der Familienmitglieder, die in die Wohnung einziehen sollen,
- nach der Anzahl und der Art der Haustiere,
- Kündigungen im vorangegangenen Mietverhältnis⁷²⁴,
- politische Aktivitäten (hier: Aktivist der AfD), die den Mieter zum Anziehungspunkt für linksgerichtete Gewalt machen⁷²⁵,
- ob in den letzten (fünf) Jahren Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Insolvenzen oder Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gegen den Mieter angestrengt worden sind⁷²⁶,
- nach den sonstigen wirtschaftlichen Verhältnissen des Mieters⁷²⁷.

Ein kirchliches Wohnungsunternehmen soll auch nach der Religionszugehörigkeit fragen können, wenn es zu den Aufgaben dieses Unternehmens gehört, die Kirchenmitglieder mit Wohnraum zu versorgen⁷²⁸.

Nicht mehr ohne weiteres zulässig sind dagegen Fragen nach

- der Nationalität⁷²⁹,
- dem früheren Mietverhältnis⁷³⁰,

⁷²² AG Bonn v. 23.7.1991 – 6 C 271/91, WuM 1992, 597.

⁷²³ LG Landau v. 22.1.1985 – 1 S 226/84, ZMR 1985, 127 = WuM 1986, 133.

⁷²⁴ AG Kaufbeuren v. 7.3.2013 – 6 C 272/13, NZM 2013, 577.

⁷²⁵ AG Göttingen v. 24.10.2017 – 18 C 41/17, WuM 2017, 702; gilt für rechtsgerichtete Gewalt genauso.

⁷²⁶ LG München I v. 25.3.2009 – 14 S 18532/08, ZMR 2010, 367; LG Mannheim v. 8.11.1989 – 4 S 173/89, ZMR 1990, 303; AG Hamburg v. 6.5.2003 – 48 C 636/02, ZMR 2003, 744 = MietRB 2004, 133; AG Wolfsburg v. 9.8.2000 – 22 C 498/99, NZM 2001, 987; AG Saarlouis v. 17.9.1999 – 29 C 739/99, NZM 2000, 459; AG Hagen v. 5.7.1984 – 13 C 414/84, WuM 1984, 296.

⁷²⁷ OLG Koblenz v. 6.5.2008 – 5 U 28/08, WuM 2008, 471 = NZM 2008, 800.

⁷²⁸ Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 191.

⁷²⁹ *Weichert*, WuM 1993, 723.

- dem Grund des Wohnungswechsels,
- der Bankverbindung,
- der Mitgliedschaft in einem Mieterverein oder einer politischen Partei,
- Hobbys, soweit sie keine Auswirkungen auf den Mietgebrauch oder den Hausfrieden haben,
- Kinderwünschen,
- politische Auffassungen⁷³¹,
- Vorstrafen,
- dem Bestehen einer Schwangerschaft.

Die erfragten Aspekte sind nicht generell unzulässig. Insbesondere verbietet auch das AGG solche Fragen nicht. Indessen ist stets zu beleuchten, inwieweit aus der falschen Auskunft ein maßgeblicher Umstand resultiert, der die Entscheidung des Vermieters zur Vergabe der Wohnung an den Mieter beeinflusst hat. Das ist z.B. bei der Schwangerschaft und dem Kinderwunsch der Fall, wenn eine Wohnung zur Vermietung ansteht, in der bisher eine Familie mit Kindern gewohnt hat, die aber ausgezogen ist, weil die überwiegend ältere Bewohnerchaft im Haus sich über die durch die Kinder – wenn auch sozialtypisch – verursachten Lärmentwicklungen beschwert hat.

25.2.2 Belegprüfung bei Betriebskosten

Das Einsichtsrecht bezieht sich grundsätzlich auf sämtliche Originalbelege⁷³², die erforderlich sind, um die Abrechnung rechnerisch und gedanklich nachvollziehen zu können. Die Originale soll der Mieter selbst dann verlangen können, wenn aufgrund der großen Entfernung zwischen dem Sitz des Vermieters und dem Ort der Mietsache die Vorlage am Ort der Mietsache verlangen kann⁷³³.

⁷³⁰ AG Rendsburg v. 5.7.1990 – 3 C 241/90, WuM 1990, 507.

⁷³¹ AG Göttingen v. 24.10.2017 – 18 C 41/17, WuM 2017, 702.

⁷³² OLG Düsseldorf v. 22.4.1993 – 10 U 193/92, WuM 1993, 411 Rz. 3; LG Kempten v. 16.11.2016 – 53 S 740/16, ZMR 2017, 248; AG Potsdam v. 9.7.2015 – 24 C 247/14, juris; AG Siegburg v. 17.5.1991 – 9 C 549/90, WuM 1991, 598; AG Hamburg v. 29.1.1991 – 46 C 1689/90, WuM 1991, 282.

⁷³³ LG Kempten v. 16.11.2016 – 53 S 740/16, ZMR 2017, 248.

Allerdings kann der Vermieter dem Mieter zunächst auch (leserliche) Fotokopien oder den Computerausdruck gescannter Unterlagen präsentieren⁷³⁴. Erstes gilt schon deshalb, weil die Alternative zur Belegeinsicht vor Ort die Übersendung von Kopien ist. Der Mieter soll sich sogar mit den eingescannten Unterlagen begnügen müssen, wenn der Vermieter zur Vermeidung von Lagerbedarf die Originale entsorgt hat⁷³⁵.

Die Pflicht, notfalls Originalunterlagen zur Verfügung zu stellen, kann zu erheblichen Problemen führen, wenn der Vermieter ein sog. papierloses Büro betreibt. Dabei werden in der Regel an der Poststelle alle eingehenden Sendungen in einer zentralen Einheit auf optische Speicherplatten gescannt unter Erfassung der Daten des eingebenden Mitarbeiters und auf optische Laserplatten gebrannt. Schon wegen der Einführung der elektronischen Schriftform nach § 126a BGB ist es gerechtfertigt, den Mieter zunächst auf die in der beschriebenen Weise konservierten Belege zu verweisen, woraus sich regelmäßig keine Unklarheiten ergeben. Erst wenn der begründete Verdacht von Manipulationen oder Unstimmigkeiten besteht, kann der Mieter die (betreffenden) Originalbelege verlangen⁷³⁶. Ansonsten wäre eine zeitökonomische Ausübung des Prüfungsrechts nicht möglich, da (insbesondere bei Großobjekten) mehrere Mieter nie gleichzeitig die Belegeinsicht durchführen könnten. Damit ist auch der Vermieter nicht unzumutbar belastet, weil er die steuer- und handelsrechtlichen Aufbewahrungsfristen ohnehin zu beachten hat.

Selbst wenn der Vermieter kein papierloses Büro führt, ist das Argument der Zeitökonomie für den Mieter zu beachten. Dies gilt insbesondere bei großen Objekten/Wirtschaftseinheiten und zentralen Verwaltungen von Immobilienportfolios. Denn grundsätzlich gehören die Originalunterlagen in die (Finanz-)Buchhaltung, aus der die verschiedenen Erklärungen für das Finanzamt generiert werden müssen. Die Buchhaltung für die Betriebskosten findet regelmäßig in einer separaten Abteilung statt, der die Finanzbuchhaltung die Unterlagen

⁷³⁴ OLG Düsseldorf v. 21.5.2015 - 10 U 29/15, MK 2016, 39 = IMR 2016, 73 = juris Rz. 52; LG Hamburg v. 5.12.2003 - 311 S 123/02, WuM 2004, 97; AG Pinneberg v. 24.5.2016 - 81 C 141/14, juris Rz. 15 und 35; AG Mainz v. 2.6.1998 - 72 C 118/98, ZMR 1999, 114; a.A. AG Hamburg v. 17.7.2002 - 46 C 74/02, WuM 2002, 499; AG Hamburg v. 12.4.2002 - 44 C 499/01, WuM 2002, 499.

⁷³⁵ Herrlein/Kandelhard/D. Both, § 556 BGB Rz. 95 m.w.N.

⁷³⁶ LG Hamburg v. 5.12.2003 - 311 S 123/02, WuM 2004, 97.

gescannt oder in Kopie übermittelt. Im Hinblick auf die Einführung der elektronischen Form auch im prozessualen Verkehr (vgl. §§ 130a ff. ZPO) und Zivilrecht (§ 126a) kann der prozessuale Grundsatz herangezogen werden, dass die Vorlage von Originalen dann in Betracht kommt, wenn der Verdacht von Manipulationen besteht oder die Kopien nicht leserlich sind. Es ist kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, weshalb im Prozess die Vorlage von Abschriften zur Beweisführung grundsätzlich ausreicht (§ 131 Abs. 1 ZPO), der Mieter aber ohne besonderen Grund darauf bestehen können soll, Einsicht in die Originale zu verlangen. Dies würde darauf hinauslaufen, dass das Einsichtsrecht „verweigert“ wurde, wenn nur Kopien der Belege vorgelegt wurden⁷³⁷. Seit der Einführung von § 14a UStG, der den Leistungsträger zur Angabe einer Rechnungsnummer und weiteren Gesichtspunkten zwingt, die eine Manipulation verhindern sollen, kann auch ein Generalverdacht gegenüber Vermietern nicht (latent) geltend gemacht werden.

Zu den vorzulegenden Belegen gehören vor allem

- Rechnungen, eines Subunternehmers des Leistungsträgers jedenfalls dann, wenn Anlass zu der Annahme besteht, dass der Leistungsträger die erbrachten Leistungen verkürzt dargestellt hat⁷³⁸
- Quittungen
- Verträge mit Dienstleistern und Lieferanten⁷³⁹, soweit dies zur sachgerechten Überprüfung erforderlich ist
- Ausschreibungsunterlagen
- Ablesequittungen⁷⁴⁰ und sonstige Dokumente über Verbrauchsdaten (z.B. Typenblatt der Heizkörper um berechneten Faktor nachzuvollziehen), auch für andere Wohnungen⁷⁴¹

⁷³⁷ A.A. *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten, H Rz. 284 f.

⁷³⁸ LG Bremen v. 28.3.2012 – 1 S 107/11, ZMR 2012, 549; vgl. aber BGH v. 3.7.2013 – VIII ZR 322/12, GE 2013, 1196 = WuM 2013, 540.

⁷³⁹ BGH v. 22.11.2011 – VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 = GE 2012, 825; LG Berlin v. 3.4.2003 – 62 S 387/02, MM 2003, 297.

⁷⁴⁰ AG Garmisch-Partenkirchen v. 4.9.1995 – 6 C 501/95, WuM 1996, 155.

⁷⁴¹ LG Berlin v. 13.1.2017 – 63 S 132/16, GE 2017, 294 = ZMR 2017, 805; LG Berlin v. 17.10.2013 – 67 S 164/13, WuM 2014, 28; LG Berlin v. 4.7.2008 – 63 S 482/07, GE 2009, 452.

- Wohnflächenberechnungen⁷⁴² und andere Grundlagen des jeweiligen Verteilerschlüssels
- Grundrisszeichnungen⁷⁴³
- Berechnungen zur Vorermittlung (Vorwegabzug)
- Schätzgrundlagen
- Leistungsverzeichnisse zu abgerechneten Dienstleistungen

Der Mieter kann grundsätzlich die Vorlage aller Dokumente verlangen, die Einfluss auf das Abrechnungsergebnis haben und zur sachgerechten Prüfung der Kosten benötigt werden⁷⁴⁴, um Einwendungen gegen die Abrechnung vorbereiten zu können⁷⁴⁵. Deshalb sind ihm alle Rechnungen vorzulegen, die eine Ausgabe innerhalb einer Position dokumentieren. Mit Zusammenstellungen über Einkäufe muss er sich nicht zufrieden geben⁷⁴⁶. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob sie sich teilweise auf andere Mietobjekte beziehen oder persönliche Angaben Dritter (z.B. Hausmeister) enthalten. Denn unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten kann der Vermieter die Einsichtnahme nicht verweigern⁷⁴⁷. Insoweit wird ihm allenfalls zugebilligt, Daten, die für die Abrechnung ohne Bedeutung sind (z.B. das Geburtsdatum des Hausmeisters oder dessen Familienstand) abzudecken oder in anderer Weise unkenntlich zu machen⁷⁴⁸. Der Mieter muss auch kein besonderes Interesse i.S.v. § 28 Abs. 2 BDSG an der Einsicht in Unterlagen begründen, die datenschutzrechtlich relevante Umstände Dritter (z.B. Ableseergebnisse anderer Mieter) enthalten. Er hat ein allgemeines Interesse an der Einsicht in alle Belege, die für die Ermittlung der materiellen Richtigkeit der Abrechnung erheblich sind⁷⁴⁹. Dazu gehört z.B. auch die Überprüfung des Gesamtverbrauchs.

⁷⁴² LG Berlin v. 1.3.2011 – 65 S 4/10, GE 2011, 487.

⁷⁴³ AG Brühl v. 11.3.1996 – 28 C 579/95, KM 2 Nr. 9.

⁷⁴⁴ *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten, H Rz. 284.

⁷⁴⁵ BGH v. 22.11.2011 – VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2.

⁷⁴⁶ AG Dortmund v. 15.9.2015 – 425 C 1223/15, WuM 2015, 626.

⁷⁴⁷ LG Berlin v. 3.4.2003 – 62 S 387/02, MM 2003, 297; AG Münster v. 13.11.1998 – 3 C 2015/98, WuM 2000, 198; AG Dortmund v. 15.4.1986 – 132 C 532/85, WuM 1986, 378; AG Flensburg v. 9.1.1984 – 68 C 542/83, WuM 1985, 347; speziell zum Datenschutz bei Betriebskosten: *Harsch*, WuM 2015, 399.

⁷⁴⁸ AG Schöneberg v. 17.7.1987 – 15 C 248/87, GE 1987, 1113.

⁷⁴⁹ BGH v. 17.1.2018 - VIII ZR 241/16, GE 2018, 323.

Legt der Vermieter Rechnungen über laufende Leistungen vor, kann der Mieter grundsätzlich auch die Vorlage der zugrundeliegenden Verträge verlangen. Dies gilt auch für einen Wärmelieferungsvertrag⁷⁵⁰. In der Regel wird erst dadurch sichtbar, ob die Leistung überhaupt und wenn ja vollständig abrechenbar ist. Bestehen zwei getrennte Verträge über umlagefähige und nicht umlagefähige Hauswarttätigkeiten, kann der Mieter nur die Einsicht in den Vertrag mit den umlegbaren Leistungen verlangen⁷⁵¹. Werden pauschale Rechnungen über laufende Leistungen (z.B. Treppenhausreinigung) erteilt, die eine quartals- oder sogar Jahresleistung erfassen, so dass der Turnus, in dem die Leistung erbracht wird, nicht ersichtlich ist, muss der Vermieter die notwendigen Informationen beibringen. Sofern er zugleich der Geschäftsführer des Unternehmens ist, das die Leistung erbringt, beteiligt ist, soll er sogar die Rechnungen von Subunternehmern vorlegen müssen⁷⁵². Dies ist abzulehnen. Die Kosten eines Subunternehmers sind für die Überprüfung der dem Mieter berechneten Kosten ohne Relevanz⁷⁵³. Für Ermittlungen des Mieters im Rahmen des Gebots der Wirtschaftlichkeit kann die Pflicht des Vermieters zur Belegvorlage nicht erweitert werden. Einsicht in die Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft soll der Mieter aber nicht verlangen können. Auf derartige Unterlagen bezieht sich der Anspruch des Mieters auf Einsicht in die Abrechnungsunterlagen der Betriebskostenabrechnung nicht⁷⁵⁴.

Darüberhinausgehende Rechte stehen dem Mieter grundsätzlich nicht zu. Insbesondere kann er außerhalb eines Gerichtsverfahrens keine Beweisführung oder Ersatzvornahme verlangen, solange kein Fehler festgestellt wurde. Deshalb besteht z.B. kein Anspruch, einen Zähler, der sich nicht in den eigenen Mieträumen befindet, selbst abzulesen⁷⁵⁵ oder Zugang dazu zu erhalten, um die Ablesewerte überprüfen zu können. Die Belegeinsicht bezieht sich auch nicht auf Rechnungen des Lieferanten des Dienstleisters⁷⁵⁶ oder einen Hausmeistervertrag, in dem nicht umlagefähige Tätigkeiten geregelt sind, wenn mit dem

⁷⁵⁰ BGH v. 22.11.2011 – VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2; BGH v. 6.12.1978 – VIII ZR 273/77, WuM 1979, 175 = NJW 1979, 1304.

⁷⁵¹ BGH v. 10.2.2016 – VIII ZR 33/15, WuM 2016, 214 = GE 2016, 387.

⁷⁵² LG Bremen v. 28.3.2012 – 1 S 107/11, WuM 2013, 488.

⁷⁵³ ähnlich: BGH v. 3.7.2013 – VIII ZR 322/12, WuM 2013, 540 = GE 2013, 1196.

⁷⁵⁴ BGH v. 13.9.2011 - VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

⁷⁵⁵ AG Kehl v. 23.9.2011 – 3 C 20/10, NZM 2012, 833.

⁷⁵⁶ BGH v. 3.7.2013 – VIII ZR 322/12, WuM 2013, 540 = GE 2013, 1196.

Hausmeister ein zweiter Vertrag über umlagefähige Leistungen besteht⁷⁵⁷. Dies gilt selbst dann, wenn die dem Vermieter berechneten Kosten nicht umlagefähige Anteile enthalten. Auch wenn der Mieter einen Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit einwenden will, reicht dazu die nachvollziehbare Angabe des Vermieters über die Höhe der entsprechenden Anteile (hier: Fernwärmepreis)⁷⁵⁸. Anhand dieser Angaben kann er den Preis mit dem anderer Anbieter vergleichen. Ebenso hat er keinen Anspruch auf Vorlage der Abrechnung anderer Mieter, wohl aber z.B. auf Bekanntgabe der mit anderen Mietern vereinbarten Fläche, sofern der Flächenschlüssel entsprechend konzipiert ist, und der abgelesenen Verbrauchsdaten.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit der Mieter Anspruch auf Vorlage des Ergebnisses bestimmter Prüfungen hat, die er über die Betriebskostenumlage finanziert (z.B. Ergebnis der Trinkwasserprüfung). Da die Prüfung keinen Einfluss auf die Betriebskostenabrechnung hat, kann jedenfalls im Rahmen der Belegprüfung die Weigerung, das Ergebnis zu zeigen, keine Konsequenzen nach sich ziehen.

⁷⁵⁷ BGH v. 10.2.2016 – VIII ZR 33/15, WuM 2016, 214 = ZMR 2016, 434 = GE 2016, 387 Rz. 20.

⁷⁵⁸ BGH v. 3.7.2013 – VIII ZR 322/12, WuM 2013, 540 = GE 2013, 1196.