

# Aktuelles Mietrecht 2013

**Dr. Klaus Lützenkirchen**

*Rechtsanwalt*

*Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht*

*Köln*

Venloer St. 151 - 153

50672 Köln

0221-1792910

[luetzenkirchen@ld-ra.de](mailto:luetzenkirchen@ld-ra.de)

<b>1</b>	<b>Einblick.....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>Mietvertrag.....</b>	<b>6</b>
2.1	vorläufiges Mietverhältnis .....	6
2.2	Einheitliches Mietverhältnis.....	6
2.3	Geschäftliche Tätigkeit in der Wohnung.....	7
2.4	Tierhaltung .....	8
2.5	Wartungsklausel .....	9
2.6	Vertragsstrafe bei Verletzung der Betriebspflicht.....	9
2.7	Doppelte Schriftformklausel im Gewerbemietvertrag.....	11
<b>3</b>	<b>Vertragsgemäßer Gebrauch.....</b>	<b>11</b>
3.1	Ehegatte als Dritter i.S.v. § 540 BGB? .....	11
3.2	Nutzung von Gemeinschaftsflächen.....	12
3.3	Installation einer Parabolantenne.....	13
<b>4</b>	<b>Vertragsparteien .....</b>	<b>14</b>
4.1	Haftung des Mietererben.....	14
4.2	gGmbH als Zwischenvermieter .....	15
<b>5</b>	<b>Mietzeit.....</b>	<b>18</b>
5.1	Rechtsfolge unwirksamer Befristung.....	18
<b>6</b>	<b>Schönheitsreparaturen.....</b>	<b>19</b>
6.1	Renovierungsklausel zum Streichen der Türen .....	19
6.2	Komplettrenovierung.....	20
6.3	Keine Rettung durch salvatorische Klausel .....	20
6.4	Abgeltungsklausel .....	21
6.5	Vorformulierte Auftragserteilung zur Renovierung .....	22
6.6	Verjährung der Ersatzansprüche des Mieters .....	22
<b>7</b>	<b>Miete .....</b>	<b>24</b>
7.1	Klage auf Zahlung mehrerer Mieten = unzulässige Saldoklage? .....	24
<b>8</b>	<b>Gewährleistung.....</b>	<b>26</b>
8.1	Darlegungslast bei Mängeln .....	26
8.2	Abschied vom Lärmprotokoll?.....	28
8.3	Beschaffenheitsvereinbarung zu Verkehrslärm .....	28
8.4	Sollbeschaffenheit bei baulichen Veränderungen.....	30
8.5	Unwirtschaftliche Heizung als Mangel .....	31
8.6	Mangel durch Betrieb eines anderen Mieters .....	32
8.7	Flächenabweichung.....	33

8.7.1	Berechnung der Minderung bei Möblierung.....	33
8.7.2	Unterschiedliche Qualität von Gewerbeflächen.....	34
8.8	Verletzung von Konkurrenzschutz als Mangel.....	35
8.9	Aufhebung der Tauglichkeit.....	37
8.10	Ersatz von Umzugskosten.....	37
<b>9</b>	<b>Schriftform.....</b>	<b>38</b>
9.1	Vertretung der GbR.....	38
9.2	Mieterwechsel durch Schuldübernahme.....	40
9.3	Änderung der Umlagevereinbarung.....	42
9.4	Optionsausübung.....	43
9.5	Heilungsklausel.....	43
<b>10</b>	<b>Kautio n.....</b>	<b>45</b>
10.1	Sicherheit zur Abwendung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges.....	45
10.2	Rückgabe der Bürgschaft.....	45
10.3	Formularmäßiger Ausschluss der Haftung des Vermieters.....	46
10.4	Bürgschaft und Aufhebung der Kündigungswirkung.....	47
10.5	Vorbehaltlose Rückzahlung der Kautio n.....	47
<b>11</b>	<b>Modernisierung.....</b>	<b>49</b>
11.1	Maßgeblicher Zustand bei der Modernisierung.....	49
11.2	Entgegenstehende Rechtskraft.....	50
<b>12</b>	<b>Mieterhöhung.....</b>	<b>51</b>
12.1	Angriff gegen qualifizierten Mietspiegel.....	51
<b>13</b>	<b>Vermieterpfandrecht.....</b>	<b>54</b>
13.1	Schicksal bei Veräußerung.....	54
<b>14</b>	<b>Betriebskosten.....</b>	<b>55</b>
14.1	Umlagevereinbarung.....	55
14.2	Umlagevereinbarung in der Gewerberaummiete.....	55
14.2.1	Kosten der Versicherung.....	56
14.2.2	Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen.....	56
14.2.3	Kosten des Hausmeisters.....	57
14.3	Abrechnung von Eigenleistungen.....	57
14.4	Grundsteuer.....	58
14.5	Kosten des Hauswarts.....	58
14.6	Formelle Fehler der Abrechnung.....	58
14.6.1	Fehlende Angabe von Vorauszahlungen.....	59
14.7	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels.....	60

14.7.1	Personenschlüssel bei Leerstand .....	60	4
14.8	Verjährung bei nachträglicher Neu-Festsetzung der Grundsteuer.....	60	
14.9	Einsicht in die Abrechnungsunterlagen.....	61	
14.9.1	Vorlage der Rechnung eines Vorlieferanten? .....	61	
14.9.2	bei Wohnungseigentum .....	62	
14.10	Verzugszinsen bei verspäteter Auszahlung des Betriebskostenguthabens .....	62	62
14.11	Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummiete .....	65	
14.12	Rückforderung von Vorauszahlungen .....	69	
14.13	Anpassung der Vorauszahlungen.....	70	
14.13.1	Qualität der Abrechnung .....	70	
14.13.2	Anpassung inklusive Sicherheitszuschlag? .....	71	
14.13.3	Anpassung durch den Mieter.....	74	
14.14	Pfändung eines Guthabens eines Hartz IV-Empfängers .....	74	
14.15	Pauschale.....	75	
<b>15</b>	<b>Beendigung des Mietvertrages .....</b>	<b>76</b>	
15.1	Ordentliche Kündigung.....	76	
15.1.1	Zahlungsrückstand als Grund im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	76	
15.1.2	Kein absehbarer Eigenbedarf bei Geburt eines Urenkels.....	77	
15.1.3	Berechtigtes Interesse bei gewerblicher Nutzungsabsicht.....	78	
15.1.4	„Eigenbedarf“ der Kirchengemeinde.....	79	
15.2	Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist.....	80	
15.2.1	§ 563 Abs. 4 BGB.....	80	
15.3	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund .....	81	
15.3.1	Vorrang der Duldungsklage?.....	81	
15.3.2	Unpünktliche Mietzahlung.....	81	
15.3.3	Überzogene Minderung .....	82	
15.3.4	Zahlungsverzug und Mieterhöhung.....	83	
15.4	Gebrauchsentziehung durch Modernisierung .....	84	
15.5	Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 109 InsO bei mehreren Mietern .....	87	87
<b>16</b>	<b>Rückgabe.....</b>	<b>91</b>	
16.1	Ausschlusswirkung der Rückgabe.....	91	
<b>17</b>	<b>Schadensersatz .....</b>	<b>92</b>	
17.1	entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs.....	92	
17.2	Mietausfallschaden.....	93	
<b>18</b>	<b>Prozessuales.....</b>	<b>94</b>	
18.1	Anwendung des § 940a Abs. 2 ZPO in der Gewerberaummiete .....	94	



Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2012/13 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Neben den Zitaten kann insoweit auf den jährliche Überblick verwiesen werden, der unter

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

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

## 2 Mietvertrag

### 2.1 vorläufiges Mietverhältnis

Wurden die Mieträume ohne (endgültigen) Vertrag überlassen, während die Parteien z.B. Vertragsverhandlungen führen, wird regelmäßig ein vorläufiges Mietverhältnis angenommen<sup>1</sup>. Hat bereits ein Mietvertrag bestanden und verhandeln die Parteien über dessen Verlängerung, wird vom Bestehen eines Überbrückungsvertrages ausgegangen, ohne dass sich ein qualitativer Unterschied ergibt<sup>2</sup>. Die Annahme dieser Rechtsverhältnisse soll sich daraus rechtfertigen, dass derjenige, der durch den Austausch von Leistungen in dauernde Beziehung zu anderen tritt, nach der Lebenserfahrung nicht in einem vertragslosen Zustand handeln will, in dem allein die §§ 812 ff. BGB gelten sollen. Für das Zustandekommen des vorläufigen (mündlichen bzw. konkludenten) Mietvertrags reicht es aus, dass sich die Parteien über die erforderlichen Punkte des vorläufigen Vertrags (Parteien, Mietobjekt, Zweck der Gebrauchsüberlassung, Miethöhe und evtl. noch Kautions) einig waren und davon ausgingen, dass sich an dieses Rechtsverhältnis der beabsichtigte langjährige Vertrag anschließen würde<sup>3</sup>. Scheitern die Verhandlungen kann der vorläufige Mietvertrag mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden und wird dem Vermieter die vertraglich ins Auge gefasste Miete zugesprochen<sup>4</sup>.

### 2.2 Einheitliches Mietverhältnis

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>5</sup> spricht bei einem schriftlichen Wohnungsmietvertrag und einem separat abgeschlossenen Mietvertrag über eine Garage eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der beiden Vereinbarungen. Es bedarf dann der Widerlegung der Vermutung durch besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen.

---

<sup>1</sup> BGH v. 15.6.2005 - XII ZR 82/02, MDR 2005, 1398 = ZMR 2005, 777 = NZM 2005, 704; OLG Hamburg v. 14.11.2001 - 4 U 34/01, WuM 2003, 84 = ZMR 2003, 179, 180.

<sup>2</sup> OLG Karlsruhe v. 17.10.1990 - 13 U 152/89, WuM 1991, 81.

<sup>3</sup> OLG Karlsruhe v. 21.5.2012 - 9 U 18/12, WuM 2012, 666.

<sup>4</sup> OLG Hamburg v. 14.11.2001 - 4 U 34/01, WuM 2003, 84 = ZMR 2003, 179, 180.

<sup>5</sup> BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, WuM 2012, 14 = GE 2012, 58.

Daran fehlt es, wenn der Mietvertrag über die Garage für beide Vertragspartner 7

- abweichend von den für Wohnraum geltenden Regelungen - eine ordentliche Kündigung mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende vorsieht<sup>6</sup>. Dies lässt auf den Willen der Parteien schließen, dass es sich bei dem Mietvertrag über die Garage um ein separates Mietverhältnis handeln sollte, das für beide Parteien mit einer verhältnismäßig kurzen Frist und unabhängig vom Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Beendigung des Mietverhältnisses (vgl. § 573 BGB) kündbar sein sollte. Dies wird nicht dadurch entkräftet, dass der Vermieter bei früheren Mieterhöhungen die Garagenmiete und die Wohnraummiete im selben Verhältnis angehoben hat.

Ebenso unerheblich ist es, wenn sich Garage und Wohnung auf derselben Grundstücksparzelle befänden. Zum einen steht dies im Widerspruch zu den tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach die beiden Mietobjekte auf verschiedenen Grundstücken liegen; einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat der Beklagte nicht gestellt. Zum anderen käme es hierauf auch nicht an. Denn der Umstand, dass bezüglich der Garage Kündigungsfristen vorgesehen sind, die von den für den Wohnraummietvertrag geltenden Kündigungsfristen abweichen, lässt unabhängig von der Lage der Mietobjekte auf den Willen der Vertragsparteien schließen, dass die Verträge gerade keine Einheit bilden sollen.

### **2.3 Geschäftliche Tätigkeit in der Wohnung**

Unter den nach der Verkehrsanschauung zu bestimmenden Begriff des "Wohnens" fallen nach der Rechtsprechung des BGH lediglich solche berufliche Tätigkeiten, die der Mieter - etwa im häuslichen Arbeitszimmer - in einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Weise ausübt. Der BGH hat beispielhaft hierfür die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers, die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors sowie den Empfang oder die Bewirtung von Geschäftsfreunden angeführt<sup>7</sup>. Für die Aufnahme derartiger Tätigkeiten, die mit dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck im Einklang stehen, bedarf es keiner Erlaubnis des Vermieters.

Hingegen muss der Vermieter in ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen geschäftliche (gewerbliche oder [frei-]berufliche) Aktivitäten des Mieters, die nach außen in Erscheinung treten, grundsätzlich nicht ohne entsprechende vorherige Vereinbarung dulden<sup>8</sup>. Im Hinblick darauf liegt eine vertragswidrige geschäftliche Aktivität mit Publikumsverkehr vor, wenn der Mieter in den ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen nach seinen Angaben an drei Werktagen in der Woche zehn bis zwölf Schülern Gitarrenunterricht erteilt, für deren Zulässigkeit es an einer Vereinbarung der Parteien fehlt<sup>9</sup>. Zwar hat der BGH entschieden, dass der Vermieter im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein kann, eine Erlaubnis zur teilweisen gewerblichen oder (frei-)beruflichen Nutzung zu erteilen. Eine solche Verpflichtung des Vermieters, eine nach den Bestimmungen des Mietvertrags vertragswidrige Nutzung zu gestatten, wird jedoch nur dann in Betracht kommen,

---

<sup>6</sup> BGH v. 4.6.2013 – VIII ZR 422/12, WuM 2013, 536 = GuT Beilage zu Heft 4/2013, S. 63; BGH v. 9.4.2013 – VIII ZR 245/12, WuM 2013, 421 = GE 2013, 941.

<sup>7</sup> BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 14.

<sup>8</sup> BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

<sup>9</sup> BGH v. 10.4.2013 – VIII ZR 213/12, WuM 2013, 349.

wenn von der beabsichtigten Tätigkeit - was der Mieter darzulegen und zu beweisen hat<sup>10</sup> - keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung. Beispielhaft hat der BGH dabei eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr genannt<sup>11</sup>. Um eine derartige Tätigkeit handelt es sich bei Gitarrenunterricht offensichtlich nicht.

Das Gleiche gilt für einen Hausmeisterservice (Ein-Mann-Betrieb), wenn er seinen Kunden mit der Wohnung als Geschäftsadresse auftritt, obwohl er Kunden nicht in der Wohnung empfängt und Firmenfahrzeuge nicht auf dem Grundstück parkt<sup>12</sup>.

## 2.4 Tierhaltung

Klauseln die eine Tierhaltung ohne Ausnahme verbieten, sind nach § 307 BGB unwirksam<sup>13</sup>. Damit gilt über § 306 BGB das Gesetz und die Tierhaltung richtet sich danach, ob sie von § 535 BGB (vertragsgemäßer Gebrauch) gedeckt wird.

Die Beantwortung der Frage, ob die Haltung von Haustieren im Einzelfall, in dem eine (wirksame) mietvertragliche Regelung fehlt, zum vertragsgemäßen Gebrauch i.S.v. § 535 Abs. 1 BGB gehört, erfordert eine umfassende Abwägung der Interessen des Vermieters und des Mieters sowie der weiteren Beteiligten. Das setzt voraus, dass der Mieter vor der Aufnahme des Tieres in die Wohnung um die notwendige Erlaubnis nachsucht. Insoweit muss der Vermieter nicht schon zustimmen, nur weil Mitbewohner und Nachbarn mit der Haltung des Hundes (Schulterhöhe 25 cm) einverstanden sind<sup>14</sup>. Vielmehr steht die Erlaubnis grundsätzlich im freien Ermessen des Vermieters, solange der Mieter keine berechtigten Interessen vorträgt<sup>15</sup>.

Eine umfassende Abwägung des Gerichts ist nicht deshalb fehlerhaft, weil sich das Gericht nicht mit dem Vortrag des Vermieters, der von dem Mieter gehaltene Bearded Collie könne in der vermieteten Wohnung nicht gehalten werden, auseinandergesetzt hat<sup>16</sup>. Denn für die unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 535 BGB allein maßgebliche mietrechtliche Betrachtung der Haltung des Hundes spielt die Frage dessen artgerechter Haltung keine Rolle. Davon abgesehen, lässt der Sachvortrag des Vermieters jegliche Begründung dafür vermissen, warum ein Hund der Rasse Bearded Collie aufgrund seiner Größe und seines Gewichts nicht artgerecht im dritten Obergeschoss des in der Großstadt Hamburg gelegenen Altbaus sollte gehalten werden können. Dasselbe gilt für die pauschale Behauptung des Vermieters, die an die Beklagten vermietete Wohnung sei "für das Halten eines Hundes ungeeignet", und seinen Hinweis auf eine "gerade in Altbau-Etagenwohnungen schwierige Haltung eines Hundes". Die dem Mieter vermietete Wohnung ist ausweislich des Mietvertrags ca. 95 qm groß und besteht aus drei Zimmern, einer Abstellkammer, einer Küche, einer Diele, einem WC mit Bad und einem Balkon. Aufgrund welcher konkreten Umstände

<sup>10</sup> BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 17.

<sup>11</sup> BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

<sup>12</sup> BGH v. 31.7.2013 - VIII ZR 149/13, WuM 2013, 554 = GE 2013, 1132.

<sup>13</sup> BGH v. 20.3.2012 - VIII ZR 168/12, ZMR 2013, 618.

<sup>14</sup> A.A. AG Hamburg-Bergedorf v. 1.4.2003 - 409 C 517/02, NZM 2003, 898.

<sup>15</sup> LG Köln v. 4.2.2010 - 6 S 269/09, ZMR 2010, 533.

<sup>16</sup> BGH v. 22.1.2013 - VIII ZR 329/11, GE 2013, 346 = WuM 2013, 152 ZMR 2012, 424.



eine Wohnung dieses Zuschnitts für die - artgerechte - Haltung eines Bearded Collie ungeeignet sein soll, ist nicht ersichtlich. 9

## 2.5 Wartungsklausel

Die Wartungskosten für eine Gastherme gehören zu den Betriebskosten einer Wohnung i.S.v. § 556 Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Nr. 4 a, 4 b BetrKV. Sie können gemäß § 7 Abs. 2 HeizkV vom Vermieter auf den Mieter umgelegt werden, sofern es sich bei der Gastherme um eine zentrale Heizungs- und/oder Warmwasserversorgungsanlage gemäß § 1 Nr. 1 HeizkV handelt und keine Ausnahmeregelung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Verordnung gemäß §§ 2, 11 HeizkV eingreift.

Die Betriebskosten einer Mietwohnung, deren Umlegung auf den Mieter entweder gesetzlich bestimmt oder von den Vertragsparteien vereinbart ist, hat der Mieter grundsätzlich in der angefallenen Höhe zu tragen<sup>17</sup>. Eine Obergrenze dafür sieht die gesetzliche Regelung nicht vor. Es ist lediglich das Gebot der Wirtschaftlichkeit aus § 556 Abs. 3 S. 1 HS 2 BGB bei der Abrechnung und der Verursachung von Betriebskosten zu beachten. Soweit sich aus der eine Vornahmeklausel betreffenden Entscheidung des Senats aus dem Jahr 1991<sup>18</sup> etwas anderes ergeben sollte, hält der Senat hieran nicht fest.

## 2.6 Vertragsstrafe bei Verletzung der Betriebspflicht

Klauseln, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, unterliegen nach §§ 310 Abs. 1, 307 Abs. 1 BGB der Kontrolle, ob sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. Es besteht eine Vermutung dafür, dass der Mietvertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin darstellt, weil sie ein mit den Bankdaten der Klägerin vorgefertigter Text enthalten (vgl. § 5 Nr. 4 Mietvertrag), weil, einzelne - auf das vermietete Ladenlokal offensichtlich nicht zutreffende - Passagen ausgelassen werden (vgl. §§ 5 Nr. 9 und 10; 7 Nr. 5 e) und weil das Einkaufszentrum mehrere, zweckmäßigerweise zu gleichen Bedingungen zu vermietende Lokale enthält. Die Parteien unterstellen jedenfalls beim Mietvertrag, dass es sich um AGB der Klägerin handelt, während die Nachtragsvereinbarung eine Individualvereinbarung sei.

Die Strafklausel in einem vom Vermieter gestellten Mietvertragsmuster

*Kommt die Mieterin ihrer Betriebspflicht nicht nach, so hat sie für jeden Tag des Verstoßes eine Vertragsstrafe in Höhe von 10% der Monatsmiete an die Vermieterin zu zahlen.“*

hält einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht stand<sup>19</sup>. Von einer unangemessen hoch angesetzten Strafe, die nach § 307 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit zur Folge hat, ist auszugehen, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und zu dessen Folgen für den Vertragspartner steht<sup>20</sup> Um dies bewerten zu können, muss man sich die zwei Funktionen vor Augen führen, die der Vertragsstrafe zukommen: Einerseits soll sie

---

<sup>17</sup> BGH v. 7.11.2012 - VIII ZR 119/12, WuM 2013, 31 = NZM 2013, 84 = ZMR 2013, 257.

<sup>18</sup> BGH v. 15.5.1991 - VIII ZR 38/90, MDR 1991, 628 = ZMR 1991, 290, unter II 4 b

<sup>19</sup> OLG Naumburg v. 26.7.2012 - 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808.

<sup>20</sup> vgl. BGH, ZIP 1998, 1049; ZIP 1997, 1240.

als Druckmittel dienen und den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten. Andererseits eröffnet sie dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis. Die in der Klausel vorgesehene Strafe ist so hoch, dass sie für die Sicherstellung der beiden berechtigten Anliegen des Vermieters nicht erforderlich und daher unwirksam ist. 10

Eine Vertragsstrafe soll eine Partei dazu anhalten, ihren Pflichten nachzukommen. Diese Funktion kann sie erfüllen, wenn mit einer Pflichtverletzung wesentliche Einbußen verbunden sind. Bei der zulässigen Höhe der Vertragsstrafe muss allerdings berücksichtigt werden, welche Gefahr einer Pflichtverletzung ex ante besteht. Für Gewerbetreibende stellt die Miete in der Regel einen nicht unerheblichen Teil ihrer Werbungskosten dar. Es liegt daher in ihrem Eigeninteresse, ein angemietetes Lokal auch tatsächlich zu betreiben. Denn die Mietkosten fallen nach § 537 BGB unabhängig davon an, ob das Lokal genutzt wird oder nicht. Wegen dieser typischerweise gleichgerichteten Interessen der Parteien des Mietverhältnisses besteht eine nur eingeschränkte Notwendigkeit, auf die Einhaltung der Vertragspflichten überhaupt hinzuwirken. Hier liegt ein bedeutsamer Unterschied zu Vertragsstrafen, die etwa in der Bauwirtschaft üblich sind. Auch wenn sein Werklohn erst bei Abnahme fällig wird, hat ein Unternehmer oft ein Interesse daran, sich mit der Bauausführung mehr Zeit zu lassen (z. B. wegen Einsatzes von Maschinen und Personal auf einer anderen Baustelle). Der Bauherr will das zu errichtende Werk hingegen möglichst schnell nutzen. Wegen dieser Interessenkollision besteht ein besonderes Interesse an Konventionalstrafen, die daher auch höher ausfallen dürfen.

Der Vermieter erzielt seine Einnahmen primär damit, dass er Räumlichkeiten gegen Entgelt überlässt. Eine dauerhafte Gewährleistung des Betriebs stellt nur eine Nebenpflicht des Mieters dar, welche die Attraktivität des Standorts sicherstellen soll. Sie steht aber nicht im Synallagma (Gegenseitigkeitsverhältnis). Es erscheint unangemessen<sup>21</sup>, wenn die Verletzung einer bloßen Nebenpflicht mit einer Strafe belegt wird, die deutlich höher ist, als das eigentliche Leistungsinteresse. Geht man nämlich von bis zu 25 Werktagen (einschließlich Samstagen) im Monat aus, müsste der Mieter neben der eigentlichen Miete das 2,5-fache der Miete als Strafe zahlen. Bei der Bewertung, welche Strafe noch zumutbar ist, hat das Oberlandesgericht Rostock<sup>22</sup> einen vergleichbaren, wenngleich etwas großzügigeren Maßstab angelegt. Danach soll eine Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Betriebspflicht noch wirksam sein, die das 1,25-fache der Monatsmiete betrug (vgl. NZM 2004, 461). Entspricht die Strafe aber 2,5 Mieten, ist die Grenze der Zumutbarkeit überschritten<sup>23</sup>.

Die Vertragsstrafe soll auch der Erleichterung des Schadensersatzes ohne Nachweis im Einzelfall dienen. Diese Funktion hat bei der Verletzung einer Betriebspflicht eine besondere Bedeutung. Denn es liegt auf der Hand, dass der Betreiber eines Einkaufszentrums durch Leerstand Nachteile erleidet. Sein Objekt wird entwertet, weil das Interesse der Kundschaft und damit auch anderer Mietinteressenten abnimmt und eine Verwahrlosung droht. Andererseits hat der Betreiber eines Einkaufsparks kaum die Möglichkeit, einen derartigen Schaden zu beziffern und durchzusetzen. Denn der Nachweis, dass sich der

---

<sup>21</sup> OLG Naumburg v. 26.7.2012 – 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808.

<sup>22</sup> vgl. OLG Rostock v. 8.3.2004 – 3 U 118/03, NZM 2004, 461.

<sup>23</sup> OLG Naumburg v. 26.7.2012 – 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808.

oder die Attraktivität des Standorts als Ganzem auswirkt, ist dem Beweise kaum zugänglich. Trotzdem darf eine Vertragsstrafe nicht dazu führen, dass eine Überkompensation des Vermieters eintritt.

In der Klausel stellt sich die Strafe jedoch als verdeckte Einnahmequelle des Vermieters dar<sup>24</sup>. Es ist kaum nachvollziehbar, dass die negativen Folgen des Leerstandes einen Schaden herbeiführen können, der 2,5mal so hoch wie das eigentliche Leistungsinteresse des Vermieters ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Konsequenzen eines Leerstandes nicht sofort, sondern erst mit Verzögerung eintreten. Denn die Akzeptanz eines Einkaufsparks bei der Kundschaft sinkt erst, wenn sich ein Leerstand herumgesprochen hat. Eine spürbare Wirkung ist jedenfalls durch den Leerstand kleiner Lokale, wie sie die Beklagte gemietet hat (125m<sup>2</sup>), erst zu befürchten, wenn er gehäuft auftritt.

## 2.7 Sie Doppelte Schriftformklausel im Gewerbemietvertrag

Im Gegensatz zur Wohnraummiete sind sog. doppelte oder qualifizierte Schriftformklauseln, mit denen vorgesehen wird, dass eine Abweichung von einer Schriftformklausel ebenfalls der Schriftform bedürfe, nicht nach § 307 BGB unwirksam<sup>25</sup>. Eine derartige Klausel ist weder intransparent noch benachteiligt sie den Vertragspartner unangemessen. Zwar könnte dadurch der Eindruck erweckt werden, eine mündliche Abrede sei entgegen § 305 BGB unwirksam und ist deshalb geeignet, den Vertragspartner von der Durchsetzung ihm zustehender Rechte abzuhalten<sup>26</sup>. Das liegt aber im Interesse beider Parteien. Denn regelmäßig führt eine mündliche Änderung des Mietvertrages zu einem Schriftformmangel mit der Folge des § 550 BGB<sup>27</sup>. Wird die doppelte oder qualifizierte Schriftformklausel individuell vereinbart, ist sie wirksam und bewirkt, dass die Schriftform für Änderungen und Ergänzungen nicht durch individuelle mündliche Vereinbarungen ohne klare Absprache über die Geltung des mündlich Vereinbarten entgegen dem ursprünglich vereinbarten Formerfordernis abbedungen werden kann<sup>28</sup>.

## 3 Vertragsgemäßer Gebrauch

### 3.1 Ehegatte als Dritter i.S.v. § 540 BGB?

Dritter im Sinne des § 540 BGB ist grundsätzlich jede Person, die nicht Partei des Mietvertrages ist. Hiervon ausgenommen ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehungen<sup>29</sup>. Kein Dritter im Sinne des § 540 BGB ist namentlich der Ehegatte des Mieters<sup>30</sup>. Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Ehegatte, der

<sup>24</sup> OLG Naumburg v. 26.7.2012 – 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808.

<sup>25</sup> OLG Naumburg v. 26.7.2012 – 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808; KG v. 4.5.2000 – 8 U 1641/99, MDR 2000, 1241; OLG Düsseldorf v. 15.11.1990 – 10 U 68/90, DWW 1990, 363; LG Baden-Baden v. 3.12.1982 – 1 S 90/82, ZMR 1984, 167.

<sup>26</sup> So: OLG Rostock v. 19.5.2007 – 3 U 16/09, MDR 2010, 22 = NZM 2009, 705 = GE 2009, 1492.

<sup>27</sup> OLG Frankfurt v. 18.3.2013 – 2 U 179/12, ZMR 2013, 708.

<sup>28</sup> OLG Düsseldorf v. 12.4.2011 – 24 U 195/10, GE 2011, 1680.

<sup>29</sup> BGH v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, MDR 2004, 141 = ZMR 2004, 100 = NJW 2004, 56.

<sup>30</sup> vgl. Palandt/Weidenkaff, 72. Aufl., § 540 BGB Rz. 5; NK-BGB/Klein-Blenkers, 2. Aufl., § 540 BGB Rz. 5; NK-BGB/Hinz, 2. Aufl., § 553 BGB Rz. 10; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 24.

allein Mietvertragspartei ist, anlässlich der Trennung der Ehegatten aus der Wohnung auszieht und sie dem anderen Ehegatten, der nicht Mietvertragspartei ist, (zunächst) allein überlässt. Maßgeblich ist insoweit allein die Frage, ob es sich nach wie vor um eine Ehewohnung handelt. Solange dies der Fall ist, ist der in der Wohnung verbliebene Ehegatte kein Dritter im Sinne der §§ 540, 553 BGB<sup>31</sup>. 12

Die Qualifizierung als Ehewohnung hängt nicht davon ab, dass noch beide Ehegatten in der Wohnung leben bzw. der in der Wohnung verbliebene Ehegatte auch Mietvertragspartei ist<sup>32</sup>. Die Wohnung verliert ihre Eigenschaft als Ehewohnung deshalb nicht schon dadurch, dass der (mietende) Ehegatte die Wohnung dem anderen - ggf. auch für einen längeren Zeitraum - überlassen hat bzw. diese nur noch sporadisch nutzt<sup>33</sup>. Erst wenn der Ehegatte, der die Wohnung verlassen hat, diese endgültig aufgibt, verliert sie ihren Charakter als Ehewohnung<sup>34</sup>. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob die Überlassung an den anderen Ehegatten noch den aktuellen Erfordernissen in der Trennungssituation geschuldet ist oder ob ihr schon eine endgültige Nutzungsüberlassung zugrunde liegt.

Eine andere Sichtweise würde die vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit der Wohnungszuweisung (nach § 1361b BGB während des Getrenntlebens und nach § 1568a BGB für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung) unterlaufen<sup>35</sup>. Denn oftmals hat einer der Ehegatten vor einer gerichtlichen Zuweisung die Ehewohnung bereits verlassen. Wäre dieser zufällig der alleinige Mieter, könnte der Vermieter das Mietverhältnis wegen vertragswidriger Überlassung an einen Dritten noch vor einer Entscheidung über eine Zuweisung der Wohnung kündigen; eine Wohnungszuweisung wäre dann nicht mehr möglich.

### 3.2 Nutzung von Gemeinschaftsflächen

Vorbehaltlich entgegenstehender Regelungen im Mietvertrag gehören bei der Raummiete grundsätzlich ohne zusätzliches Entgelt und ohne besondere Erwähnung im Mietvertrag die im Gebäude und auf dem Grundstück vorhandenen Gemeinschaftsflächen zum vertragsgemäßen Gebrauch. Danach kann der Mieter ohne Weiteres im Normalfall die zu den Mieträumen gehörenden Zugänge, Abgänge, Fahrstühle, Flure, Treppen, Spielplätze, Durchfahrten und ähnliche Gebäude- und Grundstücksteile mitbenutzen<sup>36</sup>.

Allerdings gelten diese Teile nicht als mitvermietet<sup>37</sup>. Deshalb ist streitig, ob der Mieter durch den Gebrauch Mitbesitz erlangt und damit Besitzschutzansprüche gegenüber dem Vermieter geltend machen kann<sup>38</sup>. Richtigerweise besteht ein eigenes Besitzrecht des Mieters mangels Mitbesitz gerade nicht<sup>39</sup>, sofern die Einrichtung oder Fläche nicht Gegenstand

---

<sup>31</sup> BGH v. 12.6.2013 – XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

<sup>32</sup> BGH v. 12.6.2013 – XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = WuM 2013, 485 = GE 2013, 999.

<sup>33</sup> so aber Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 540 BGB Rz. 26.

<sup>34</sup> Johannsen/Henrich/Götz, Familienrecht, 5. Aufl., § 1361 b BGB Rz. 11 m.w.N.

<sup>35</sup> BGH v. 12.6.2013 – XII ZR 143/11, MDR 2013, 899 = GE 2013, 999.

<sup>36</sup> BGH v. 10.11.2006 – V ZR 46/06, MDR 2007, 453 = NJW 2007, 146; OLG Düsseldorf v. 5.5.2009, 24 U 153/08, GE 2009, 1187; MünchKomm/Häublein, § 535 BGB Rz. 70; Palandt/Weidenkaff, § 535 BGB Rz. 16; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 535 BGB Rz. 25.

<sup>37</sup> KG v. 3.12.1998 - 8 U 3716/98, GE 1999, 252.

<sup>38</sup> Dagegen: Bub/Treier/Kraemer, III Rz. 1171; dafür: MünchKomm/Joost, § 866 BGB Rz. 3.

<sup>39</sup> KG v. 20.8.2012 - 8 U 168/12, MietRB 2012, 364 = GE 2012, 1561 = ZMR 2012, 422.

einer besonderen Vereinbarung im Mietvertrag ist<sup>40</sup>. Insbesondere kann eine solche Abrede dadurch getroffen werden, dass in einer Beschreibung des Mietobjekts zugleich eine Aussage über seinen Charakter und damit eine diesem Charakter entsprechende Beschaffenheit enthalten ist<sup>41</sup>. Enthält die Vertragsurkunde zur entsprechenden Nutzung oder Fläche jedoch keine Aussage und kann nicht festgestellt werden, dass dahingehend mündliche Absprachen erfolgt sind, reicht es zur Annahme einer konkludent getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung z.B. nicht aus, dass die Fläche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses betreten werden konnte<sup>42</sup>. Zwar kann die für eine Beschaffenheitsvereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung auch konkludent in der Weise erzielt werden, dass der Mieter dem Vermieter bestimmte Anforderungen an die Mietsache zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt dafür jedoch selbst dann noch nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist vielmehr weiter, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert<sup>43</sup>.

Es ist umstritten, ob der Vermieter berechtigt ist, Gemeinschaftsanlagen oder -einrichtungen einzuziehen oder umzugestalten. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um die Nutzung eines Teils der Gemeinschaftsfläche handelt, die die Nutzung Dritter ausschließt, oder um die bloße Teilhabe am gemeinschaftlichen Gebrauch<sup>44</sup>. Richtigerweise ist die Gestattung der Nutzung einer Gemeinschaftsfläche frei widerruflich, unabhängig davon, ob die Nutzung ausdrücklich oder stillschweigend durch bloße Duldung erteilt worden ist<sup>45</sup>. Dies gilt grundsätzlich für sämtliche Gemeinschaftsflächen, also z.B.

- eine Dachterrasse, zu der nur einige Mieter des Hauses Zugang haben<sup>46</sup>,
- einen Spielplatz<sup>47</sup>,
- einen Wäschetrockenplatz<sup>48</sup>.

Soweit der Mieter auf die Benutzung der Fläche angewiesen ist (z.B. Eingangsbereich), besteht dennoch ein Dispositionsspielraum des Vermieters. Allerdings muss er eine andere Fläche oder eine Ersatzeinrichtung zur Verfügung stellen. Voraussetzung dafür ist, dass diese vergleichbare Ausstattungsmerkmale aufweisen und für die vorgesehene Nutzung geeignet sind<sup>49</sup>.

### 3.3 Installation einer Parabolantenne

Die Maßstäbe, nach denen zu beurteilen ist, ob einem Mieter gegen den Vermieter ein Anspruch auf Genehmigung der Installation einer Parabolantenne zum Empfang von Fernseh- und Hörfunkprogramme zustehen kann, auch wenn das Haus mit einem Breitband-

<sup>40</sup> Vgl. z.B. BGH v. 26.3.1974 - VI ZR 103/72, BGHZ 62, 243 für Aufzug.

<sup>41</sup> BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 106/07, ZMR 2008, 116, Tz. 2.

<sup>42</sup> KG v. 1.12.2008 - 8 U 121/08, WuM 2009, 654 = GE 2009, 1552.

<sup>43</sup> vgl. BGH v. 20.5.2009 - VIII ZR 191/07, NJW 2009, 2807, Tz. 9.

<sup>44</sup> vgl. *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz VI 140.

<sup>45</sup> KG v. 1.12.2008 - 8 U 121/08, WuM 2009, 654 = GE 2009, 1552.

<sup>46</sup> KG v. 1.12.2008 - 8 U 121/08, WuM 2009, 654 = GE 2009, 1552.

<sup>47</sup> LG Berlin v. 28.2.1997 - 64 S 503/96, GE 1997, 1401.

<sup>48</sup> AG Hamburg-Blankenese v. 23.2.2000 - 508 C 551/99, ZMR 2000, 307.

<sup>49</sup> KG v. 20.8.2012 - 8 U 168/12, MietRB 2012, 364 = GE 2012, 1561 m.w.N.

kabelanschluss ausgestattet ist, sind durch die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG geklärt<sup>50</sup>. Danach ist dem Grundrecht des Mieters aus Art. 5 Abs. 1

14

S. 1 HS. 2 GG, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, auch in zivilgerichtlichen Streitigkeiten über die Anbringung von Satellitenempfangsanlagen an Mietwohnungen Rechnung zu tragen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das – gleichrangige – Grundrecht des Vermieters als Eigentümer aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG berührt ist, wenn von ihm verlangt wird, eine Empfangsanlage an seinem Eigentum zu dulden<sup>51</sup>.

Die danach notwendige Abwägung führt bei vorhandenem Breitbandkabelanschluss o.Ä. grundsätzlich zu einem Übergewicht des Interesses des Vermieters an der Unversehrtheit seines Eigentums bzw. seinem Selbstbestimmungsrecht zur optischen Darstellung des Objektes<sup>52</sup>. Insoweit kommt es nicht auf die Quantität, sondern die inhaltliche Ausrichtung der über den Kabelanschluss zu empfangenden Sender an<sup>53</sup>. Die qualitative Bandbreite des muttersprachlichen Senderangebots hängt nicht von der Anzahl der einschlägigen Sender ab, sondern kann auch von nur wenigen Sendern gewährleistet werden.

## 4 Vertragsparteien

### 4.1 Haftung des Mietererben

Stirbt der Mieter ist selbst bei Anwendung des § 564 BGB eine Fortsetzung des Mietvertrages mit dem Erben bis zum Ablauf der Kündigungsfrist vorgesehen. Bis dahin schuldet der Mietererbe die anfallenden Mieten. Die Einordnung derartiger Forderungen ist allerdings umstritten. Nach einer teilweise vertretenen Auffassung haftet der Erbe für die nach dem Erbfall entstehenden mietrechtlichen Verbindlichkeiten aufgrund seiner Stellung als Mieter auch persönlich<sup>54</sup>. Nach der Gegenmeinung handelt es sich jedenfalls dann, wenn das Mietverhältnis durch Kündigung nach § 564 BGB beendet wird, um reine Nachlassverbindlichkeiten<sup>55</sup>, so dass der Erbe seine Haftung durch Erhebung der Dürftigkeitseinrede auf den Nachlass beschränken kann.

Der BGH hat sich der zuletzt wiedergegebenen Meinung angeschlossen, dass auch die nach dem Tod des Erblassers fällig werdenden Forderungen aus dem Mietverhältnis jeden-

---

<sup>50</sup> BGH v. 16.9.2009 – VIII ZR 67/08, NJW 2010, 436; BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 260/06, MDR 2008, 73 = MietRB 2008, 1 = NJW 2008, 216; BGH v. 16.5.2007 – VIII ZR 207/04, MietRB 2007, 259 = NJW-RR 2007, 1243; BGH v. 17.4.2007 – VIII ZR 63/04, WuM 2007, 380; BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 5/05, MDR 2006, 741 = NJW 2006, 1062; BGH v. 2.3.2005 – VIII ZR 118/04, NJW-RR 2005, 596; BVerfG v. 9.2.1994 – 1 BvR 1687/92, BVerfGE 90, 27, 32 ff.; BVerfG v. 24.1.2005 – 1 BvR 1953/00, NJW-RR 2005, 661; BVerfG v. 27.10.2006 – 1 BvR 1320/04, GE 2007, 902.

<sup>51</sup> BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 260/06, MDR 2008, 73 = MietRB 2008, 1 = NJW 2008, 216; BGH v. 16.5.2007 – VIII ZR 207/04, NJW-RR 2007, 1243; BGH v. 17.4.2007 – VIII ZR 63/04, WuM 2007, 380; BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 5/05, MDR 2006, 741 = NJW 2006, 1062; BGH v. 2.3.2005 – VIII ZR 118/04, NJW-RR 2005, 596; BVerfG v. 9.2.1994 – 1 BvR 1687/92, BVerfGE 90, 27, 32 ff.; BVerfG v. 24.1.2005 – 1 BvR 1953/00, NJW-RR 2005, 661.

<sup>52</sup> OLG Naumburg v. 28.10.1993 – 4 U 110/93, WuM 1994, 17; BVerfG v. 10.3.1993 – 1 BvR 1192/92, MDR 1993, 533 = WuM 1993, 229.

<sup>53</sup> BGH v. 14.5.2013 – VIII ZR 268/12, WuM 2013, 476 = GE 2013, 999 = NZM 2013, 647.

<sup>54</sup> Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 564 BGB Rz. 3; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 564 BGB Rz. 3; wohl auch MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 564 BGB Rz. 6

<sup>55</sup> KG v. 9.1.2006 - 8 U 111/05, ZMR 2006, 526 = NJW 2006, 2561, 2562; OLG Düsseldorf v. 28.10.1993 - 10 U 12/93, WuM 1994, 78 = ZMR 1994, 114; LG Wuppertal v. 27.9.1996 - 10 S 195/96, MDR 1997, 34; Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1967 BGB Rz. 2, 11; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 564 BGB Rz. 7.

falls dann reine Nachlassverbindlichkeiten sind, wenn das Mietverhältnis innerhalb der in § 564 S. 2 BGB bestimmten Frist beendet wird<sup>56</sup>. 15

Als sog. Nachlasserschulden werden im Allgemeinen Verbindlichkeiten bezeichnet, die durch Rechtsgeschäfte des Erben bei der Verwaltung des Nachlasses entstehen und die deshalb sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch - soweit sie auf ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses beruhen - Nachlassverbindlichkeiten sind<sup>57</sup>. Unter diesem Blickwinkel lässt sich eine persönliche Haftung des Erben in der Regel nicht begründen, solange kein rechtsgeschäftliches Handeln zur Fortsetzung des Mietverhältnisses vorliegt.

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

Da es sich somit bei den Mietschulden um (reine) Nachlassverbindlichkeiten handelt, haftet der Erbe nur beschränkt auf den Nachlass. Die auf Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit gerichtete Klage abzuweisen ist, wenn der Erbe die Dürftigkeitseinrede erhoben hat und die Erschöpfung des Nachlasses feststeht<sup>58</sup>.

## 4.2 gGmbH als Zwischenvermieter

Gemäß § 565 Abs. 1 S. 1 BGB tritt der Vermieter bei der Beendigung des Mietverhältnisses in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zwischen dem Mieter und dem Dritten ein, wenn der Mieter nach dem Mietvertrag den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnzwecken weitervermieten soll. Der Vermieter hat dann im Falle der Been-

---

<sup>56</sup> BGH v. 23.1.2013 - VIII ZR 68/12, GE 2013, 348 = WuM 2013, 236.-

<sup>57</sup> vgl. BGH v. 31.1.1990 - IV ZR 326/88, BGHZ 110, 176, 179.

<sup>58</sup> vgl. BGH v. 9.3.1983 - IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378 unter 2.

digung des Hauptmietverhältnisses gegen den Mieter nur einen Herausgabeanspruch, jedoch keinen Räumungs- und auch keinen Nutzungsentschädigungsanspruch<sup>59</sup>. 16

Nach dem Wortlaut des § 565 BGB findet die Vorschrift nur Anwendung, wenn der Zwischenmieter den Wohnraum gewerblich weitervermietet. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass der Gesetzgeber allein den Fall der gewerblichen Weitervermietung im Sinne einer geschäftsmäßigen, auf Dauer gerichteten, mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübten Vermietungstätigkeit des Zwischenvermieters regeln wollte. Denn durch die Einfügung des § 565a BGB sollte nicht Kündigungsschutz im Verhältnis zwischen Eigentümer/Hauptvermieter und Untermieter neu begründet werden, sondern es sollten ausschließlich die mietrechtlichen Konsequenzen der zum Bauherrenmodell ergangenen Entscheidung des BVerfG vom 11. Juni 1991<sup>60</sup> klargestellt werden, nach welcher gemäß Art. 3 GG auch einem Mieter, der Wohnraum von einem gewerblichen Zwischenmieter gemietet hat, der Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zusteht<sup>61</sup>.

Bei einem karitativen Verein findet § 565 BGB keine unmittelbare Anwendung<sup>62</sup>. § 565 BGB findet auch bei einer g GmbH keine unmittelbare Anwendung<sup>63</sup>, sofern sie ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts "Steuerbegünstigte Zwecke" der Abgabenordnung (§ 51 ff AO) verfolgt. Denn die gemeinnützige GmbH ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der besondere Steuervergünstigungen gewährt werden. Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit setzt die entsprechende Feststellung (Verzicht auf Gewinnausschüttung an die Gesellschafter) in der Satzung der betreffenden GmbH voraus, §§ 55 Abs. 1 Nr. 1, 59 AO<sup>64</sup>. Die Gewinne der g GmbH müssen für den gemeinnützigen Zweck verwendet werden und dürfen nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Die g GmbH paart die Vorteile der typischen, auf gewerbliche Aktivität gerichteten Rechtsform GmbH mit Steuervorteilen, die das Gemeinnützigkeitsrecht bietet. Sie ist ein Rechtsgebilde am Schnittpunkt zwischen dem gemeinnützigen und dem gewinnorientiert tätigen Sektor. So wird beispielsweise das für Vereine und Stiftungen noch kennzeichnende Ehrenamt bei der g GmbH regelmäßig durch hauptamtlich tätige Geschäftsführer ersetzt, die das Unternehmen professionell leiten. Die dafür benötigten finanziellen Mittel stammen aus dem Gewinn der gemeinnützigen GmbH und den Spenden<sup>65</sup>.

Da die Gewinne der g GmbH aus steuerrechtlichen Gründen nicht den Gesellschaftern zugutekommen dürfen, sondern für den gemeinnützigen Zweck verwendet werden müssen, ist von einer im Interesse der GmbH ausgeübten Vermietungstätigkeit nicht auszugehen. Die Vermietungstätigkeit ist zwar geschäftsmäßig und auf Dauer gerichtet. Sie wird aber - wie bei einem karitativen Verein - nicht im eigenen wirtschaftlichen Interesse, sondern

---

<sup>59</sup> Palandt/Weidenkaff, 71. Aufl., § 565 BGB Rz. 6.

<sup>60</sup> BVerfGE 84, 197.

<sup>61</sup> vgl. BR-Drucks. 350/92 S. 32 f; BR-Drucks. 396/93 S. 13 f; BGHZ 133, 142.

<sup>62</sup> BGH v. 3.7.1996 - VII ZR 278/95, BGHZ 133, 142.

<sup>63</sup> KG v. 23.8.2012 - 8 U 22/12, GE 2012, 1559.

<sup>64</sup> Lutter/Hammelhoff, 17. Aufl., § 3 GmbHG Rz 53; Michalski, 2010, § 29 GmbHG Rz. 38; Baumbach/Hueck, 19. Aufl., § 29, GmbHG Rz. 36.

<sup>65</sup> KG v. 23.8.2012 - 8 U 22/12, GE 2012, 1559.



letztlich, da auch etwaige Gewinne für den gemeinnützigen Zweck verwendet werden müssen, in Ausübung eines gemeinnützigen Zweckes ausgeübt. 17

Eine der gewerblichen Weitervermietung vergleichbare Interessenlage, die eine Analogie rechtfertigen könnte, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>66</sup> allenfalls in den Fällen in Betracht, in denen Art. 3 GG ebenso wie im Falle der gewerblichen Zwischenvermietung nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>67</sup> eine einschränkende Auslegung von § 546 Abs. 2 BGB im Verhältnis zwischen Endmieter und Eigentümer/Hauptvermieter gebietet. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage jedenfalls bei den Fällen der Zwischenvermietung an einen gemeinnützigen Verein, der in Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben an von ihm betreute Personen oder Mitarbeiter Wohnraum weitervermietet, maßgeblich sowohl von derjenigen bei einstufigen Wohnraummietverhältnissen als auch von derjenigen bei der typischen gewerblichen Zwischenvermietung, so dass Art. 3 GG nicht gebietet, dem Endmieter den Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zu gewähren, und § 546 Abs. 2 BGB daher uneingeschränkt Anwendung findet. Zwar steht danach der Endmieter, der von einem karitativen Verein mietet, welcher seinerseits nur Zwischenmieter ist und die Weitervermietung in Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben vornimmt, bei Kündigung des Hauptmietverhältnisses schlechter als der Mieter, der entweder vom Eigentümer selbst oder von einem gewerblichen Zwischenmieter i.S. § 565 BGB mietet, weil er anders als dieser im Verhältnis zum Eigentümer/Hauptvermieter keinen Kündigungsschutz genießt. Auch wenn das Schutzbedürfnis der hier betroffenen Personengruppe nicht geringer ist als das Schutzbedürfnis derjenigen Mieter, für die der Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts gilt, so ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofes dennoch die Ungleichbehandlung der Endmieter in diesen Fällen sachlich gerechtfertigt<sup>68</sup>.

Zum einen besteht eine Ähnlichkeit mit den typischen Untermietverhältnissen, in denen auch nach der Rechtsprechung des BVerfG der Endmieter nur eingeschränkten Kündigungsschutz genießt<sup>69</sup>. Diese typischen Untermietverhältnisse sind gegenüber der gewerblichen Zwischenvermietung geprägt von einer wesentlich engeren Beziehung zwischen Hauptmieter und Untermieter, weil der Hauptmieter die Wohnung selbst nutzt und der Untermieter an dieser Nutzung nur im Rahmen des zwischen Eigentümer und Hauptmieter bestehenden Mietverhältnisses beteiligt wird. Im Fall der Zwischenvermietung an einen gemeinnützigen Verein, der in Erfüllung seiner Satzungsgemäßen Aufgaben an von ihm betreute Personen oder Mitarbeiter Wohnraum weitervermietet, wird eine enge Beziehung zwischen Hauptmieter und Endmieter zwar nicht durch eine gemeinsame Wohnnutzung der gemieteten Räume hergestellt, sie wird aber durch besondere Vereinbarungen im Untermietvertrag begründet, die der Aufrechterhaltung und Durchführung des Betreuungsverhältnisses zwischen den Mieter und Endmieter dienen. Der als Endmieter betroffene Jugendliche kann nach Auffassung des Bundesgerichtshofes deshalb nicht davon ausgehen, dass er Mieterschutz auch außerhalb des Betreuungsverhältnisses zum Mieter genießt.

---

<sup>66</sup> BGH v. 3.7.1996 - VII ZR 278/95BGHZ 133, 142.

<sup>67</sup> BVerfGE 84, 197; BVerfG v. 6.8.1993 - 1 BvR 596/93, NJW 1993, 2601; BVerfG v. 3.2.1994 - 1 BvR 2195/93, NJW 1994, 848.

<sup>68</sup> BGH v. 3.7.1996 - VII ZR 278/95, BGHZ 133, 142.

<sup>69</sup> BVerfGE 84, 197,202; BVerfG v. 3.2.1994 - 1 BvR 2195/93, NJW 1994, 848.

Nicht anders verhält es sich, wenn der Hauptmieter ausweislich des im Handelsregister ausgewiesenen Unternehmensgegenstandes selbstlos tätig ist und es sich u.a. zur Aufgabe gemacht hat, Projekte und Initiativen ins Leben zu rufen, die alten, kranken, pflegebedürftigen und behinderten Menschen bei der Gestaltung ihres täglichen Lebens helfen, sowie neue Wohnformen im Alter zu erarbeiten und zu realisieren<sup>70</sup>.

## 5 Mietzeit

### 5.1 Rechtsfolge unwirksamer Befristung

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

Infolge der Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung ist eine planwidrige Vertragslücke entstanden, die im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist<sup>71</sup>. Die Parteien haben mit der Befristung des Vertrages eine beiderseitige langfristige Bindung bezweckt. Dies ergibt sich daraus, dass die Befristung auf Wunsch des Mieters aufgenommen worden ist, der sich durch eine feste Vertragslaufzeit eine lange Mietzeit sichern wollte und deshalb in Kauf genommen hat, dass er während der festen Vertragslaufzeit auch selbst nicht ordentlich kündigen kann. Mit diesem Wunsch des Mieters nach einer beiderseitigen Bindung für die Dauer von sieben Jahren hat sich der Vermieter durch die Aufnahme der Befristung in den Mietvertrag einverstanden erklärt. Sie hat damit gleichfalls eine langfristige Bindung beider Seiten gewollt.

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

§ 575 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält keine abschließende, eine ergänzende Vertragsauslegung verbotende gesetzliche Regelung der Folgen einer unwirksamen Befristung<sup>72</sup>. Denn mit der Neuregelung des Zeitmietvertrages verfolgte der Gesetzgeber nicht das Ziel, die Möglichkeit einer langfristigen Bindung der Mietparteien an den Vertrag zu beschränken. Es ging vielmehr darum, dass durch die Beschränkung der Befristungsgründe ein Missbrauch zur Umgehung der dem Mieterschutz dienenden Kündigungs- und Mieterhöhungsvorschrif-

<sup>70</sup> KG v. 23.8.2012 – 8 U 22/12, GE 2012, 1559 = ZMR 2013, 108.

<sup>71</sup> BGH v. 10.7.2013 – VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = WuM 2013, 617 = GE 2013, 1197 = NZM 2013, 646.

<sup>72</sup> BGH v. 10.7.2013 – VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = WuM 2013, 617 = GE 2013, 1197 = NZM 2013, 646.

ten ausgeschlossen werden sollte. Langfristige Bindungen der Vertragsparteien, zum Beispiel durch einen Kündigungsausschluss, sollten hingegen weiterhin möglich sein<sup>73</sup>. 19

Eine planwidrige Regelungslücke ist unter Berücksichtigung dessen zu schließen, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der vereinbarten Vertragsbestimmung bekannt gewesen wäre<sup>74</sup>. Danach ist die Lücke hier dahin zu schließen, dass an die Stelle der unwirksamen Befristung ein beiderseitiger Kündigungsverzicht in der Weise tritt, dass eine Kündigung frühestens zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit möglich ist<sup>75</sup>. Auf diese Weise wird das von beiden Parteien erstrebte Ziel der langfristigen Bindung erreicht.

Ein Kündigungsausschluss kann im Wege der Individualvereinbarung auch für einen Zeitraum vereinbart werden, der über die bei einer allgemeinen Geschäftsbedingung höchstens zulässige Frist von vier Jahren deutlich hinausgeht<sup>76</sup>. Insoweit gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch eine langfristige Bindung - wie hier von bis zu 13 Jahren - ermöglicht, soweit nicht - wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen - die Grenze des § 138 BGB überschritten ist. Das Eigentumsgrundrecht des Vermieters ist nicht tangiert, wenn er sich mit einer Individualvereinbarung auf eine Bindung von bis zu 13 Jahren einlässt, die nur unter den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung vorzeitig beendet werden kann.

## 6 Schönheitsreparaturen

### 6.1 Renovierungsklausel zum Streichen der Türen

Im Hinblick darauf beziehen sich die Schönheitsreparaturen bei einem Wohnraummietvertrag grundsätzlich nur auf das Wohnungsinnere<sup>77</sup>. Dies folgt aus der Begriffsdefinition des § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV. Zusätzlich spricht § 28 Abs. 4 S. 1 II. BV von den „Kosten der Schönheitsreparaturen in Wohnungen“. Zum Inneren der Wohnung zählt nicht mehr die Falz der Außenfenster<sup>78</sup> oder eine Loggia<sup>79</sup>, wohl aber ein Wintergarten, nicht jedoch Kellerräume, Dachboden, Garage, Räumlichkeiten außerhalb der Wohnung wie etwa das Außen-WC, ferner nicht das Treppenhaus bei einem Mehrfamilienhaus<sup>80</sup>.

Allein weil der Außenanstrich von Türen und Fenstern in einer Formulklausel nicht ausdrücklich ausgenommen wird, findet aber keine unzulässige Erweiterung des Schönheitsreparaturbegriffes statt.<sup>81</sup> Davon kann – im Wege der Auslegung – ausgegangen werden, wenn in der betreffenden Passage des Mietvertrages allein vom „Streichen der Türen“ die Rede ist, diese Anordnung jedoch nach dem „Innenanstrich der Fenster“ und vor der Einbeziehung „sämtlicher anderer Anstriche innerhalb der gemieteten Räume“ getroffen

---

<sup>73</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 69; BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448 unter II 2.

<sup>74</sup> BGH v. 12.7.1989 - VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115 unter III 1 c; BGH v. 14.3.2012 - VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rz. 24.

<sup>75</sup> BGH v. 10.7.2013 - VIII ZR 388/12, MDR 2013, 1089 = GE 2013, 1197 = NZM 2013, 646.

<sup>76</sup> vgl. BGH v. 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448; BGH v. 13.10.2010 - VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 Rz. 25.

<sup>77</sup> Langenberg, Schönheitsreparaturen, B Rz. 5.

<sup>78</sup> AG Hannover v. 22.8.2003 - 535 C 2521/03, WuM 2007, 406.

<sup>79</sup> BGH v. 18.2.2009 - VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573.

<sup>80</sup> Vgl. Harsch, Schönheits- und Kleinreparaturen, Rz. 233 ff.

<sup>81</sup> a.A. LG Berlin v. 18.1.2008 - 63 S 215707, GE 2008, 478.

wird<sup>82</sup>. Eine Formulklausel, die allerdings Renovierungsarbeiten an außen liegenden Einrichtungsgegenständen ausdrücklich vorsieht, ist unwirksam.<sup>83</sup> 20

## 6.2 Komplettrenovierung

Sieht der Mietvertrag zur Nutzung der Räume als Werkstatt vor, dass der Mieter vor einer Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet ist, auf seine Kosten eine „sach- und fachgerechte Komplettrenovierung“ vorzunehmen, soll davon auch die Beseitigung von Verschmutzungen/Verunreinigungen und die Instandsetzung des Bodens durch Rissbeseitigung etc. erfasst sein<sup>84</sup>. Eine solche Überbürdung der Erhaltungspflicht auf den Mieter soll bei Gewerberäumen auch durch AGB zulässig sein, weil sie sich auf den Mietgebrauch bzw. auf die Risikosphäre des Mieters bezieht<sup>85</sup>.

*Daran ist nur richtig, dass der Begriff der Komplettrenovierung anders, also auch weiter als die bloße Renovierung verstanden werden kann. Im Hinblick auf die Verpflichtung, die erfassten Maßnahmen bis zur Rückgabe durchzuführen, besteht aber unzweifelhaft eine Endrenovierungspflicht. Damit erfasst die Klausel aber zumindest hinsichtlich der Leistungen nach § 28 Abs. 4 II.BV auch den Fall, dass der Mieter kurz vor Beendigung der Mietzeit renoviert hat und nun die vollständige Leistung noch einmal wiederholen muss. Damit liegt eine typische Endrenovierungsklausel vor, die nach § 307 BGB unwirksam ist<sup>86</sup>.*

## 6.3 Keine Rettung durch salvatorische Klausel

Salvatorischen Klauseln in einem Wohnraummietvertrag sind unwirksam<sup>87</sup>. Darunter fällt auch die Regelung in einer „Parkettklausel“ (Versiegelung von Holz- und Parkettböden), wonach die Klausel nur gelten soll, "sofern dies die Gesetzeslage bzw. die Rechtsprechung erlauben".<sup>88</sup> Daran ändert auch der Zusatz:

" , was nach dem heutigen Stand nicht der Fall ist, so dass der Mieter die Versiegelung momentan auch nicht schuldet. Hintergrund dafür, dass dieser Satz dennoch in den Vertrag aufgenommen wird, ist Folgendes: Zunächst ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Gesetzeslage oder die Rechtsprechung ändern könnte[n]. ..."

Denn es besteht in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit darüber, dass salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls dann nicht wirksam vereinbart werden können, wenn die Rechtslage - wie hier hinsichtlich der Parkettklausel der Fall - nicht zweifelhaft ist<sup>89</sup>

---

<sup>82</sup> BGH v. 20.3.2012 – VIII ZR 192/11, WuM 2012, 312.

<sup>83</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573 (Außenanstrich der Fenster).

<sup>84</sup> OLG Frankfurt v. 21.6.2012 – 2 U 46/12, ZMR 2013, 29 = Info M 2012, 326.

<sup>85</sup> vgl. BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, MDR 2006, 17 = ZMR 2005, 844 = NZM 2005, 863; Palandt/Weidenkaff, § 535 BGB Rz. 42.

<sup>86</sup> BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 308/02, MDR 2005, 1041 = GuT 2005, 160 = NZM 2005, 504 = MietRB 2005, 203.

<sup>87</sup> BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 10/92, NJW 1993, 1061 unter II 1 c - zur Klausel "soweit gesetzlich zulässig".

<sup>88</sup> BGH v. 5.3.2013 – VIII ZR 137/12, GE 2013, 612 = NZM 2013, 307 = WuM 2013, 293.

<sup>89</sup> vgl. nur Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 305 BGB Rz. 153; MünchKomm/Basedow, 6. Aufl., § 305 BGB Rz. 75; jeweils m.w.N.).

Der Zweck einer Quotenabgeltungsklausel besteht darin, dem Vermieter, der von dem ausziehenden Mieter mangels Fälligkeit der Schönheitsreparaturen nach dem Fristenplan keine Endrenovierung verlangen kann, wenigstens einen prozentualen Anteil an Renovierungskosten für den Abnutzungszeitraum seit den letzten Schönheitsreparaturen während der Mietzeit zu sichern. Eine solche Klausel benachteiligt den Mieter grundsätzlich nicht unangemessen, weil die Abwälzung turnusmäßiger Schönheitsreparaturen - deren Kosten der Mieter zu tragen hätte, wenn das Mietverhältnis bis zum Eintritt der Fälligkeit der Schönheitsreparaturverpflichtung fortbestanden hätte - rechtlich und wirtschaftlich einen Teil der Gegenleistung des Mieters für die Gebrauchsüberlassung der Räume darstellt, die er andernfalls - bei einer den Vermieter treffenden Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen (§ 535 Abs. 1 Satz 2, § 538 BGB) - über eine höhere Bruttomiete im Voraus abgelden müsste<sup>90</sup>. Insbesondere stellt sie keine unzulässige "verkappte Endrenovierungsklausel" dar, denn sie verpflichtet den Mieter gerade nicht zur Renovierung der Räume<sup>91</sup>.

Bei der inhaltlichen Gestaltung einer Quotenabgeltungsklausel ist jedoch auf die berechtigten Belange des Mieters angemessen Rücksicht zu nehmen. Diesen Anforderungen wird eine Klausel, in der die Berechnungsgrundlage für die vom Mieter zu zahlenden Beträge "ein Kostenvoranschlag eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäfts" sein soll, nicht gerecht<sup>92</sup>. Diese Bestimmung ist mehrdeutig. Sie kann zum einen dahingehend ausgelegt werden, dass sich der Mieter nur an notwendigen Renovierungskosten zu beteiligen hat und der Kostenvoranschlag dazu nur als (unverbindliche) Berechnungsgrundlage dient, deren Richtigkeit und Angemessenheit der Mieter bestreiten kann<sup>93</sup>. Zum anderen lässt die genannte Klausel aber auch die Deutung zu, dass dem Kostenvoranschlag des vom Vermieter ausgewählten Malerfachgeschäfts bindende Wirkung für die Bemessung der Abgeltungsquoten zukommt, also dem Mieter die Möglichkeit abgeschnitten ist, Einwendungen gegen dessen Richtigkeit und Angemessenheit zu erheben oder gar auf eine Berechnung nach Maßgabe eines von ihm eingeholten günstigeren Kostenvoranschlags zu dringen.

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

Bei der Prüfung der Wirksamkeit der Abgeltungsklausel ist diejenige Auslegung zugrunde zu legen, nach der dem vom Vermieter einzuholenden Kostenvoranschlag verbindliche Wirkung zukommt und es dem Mieter verwehrt ist, hiergegen Einwendungen zu er-

---

<sup>90</sup> BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff.; BGH v. 26.9.2007 - VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684 Rz. 15 m.w.N.

<sup>91</sup> BGH v. 26.5.2004 - VIII ZR 77/03, NJW 2004, 3042 unter II 2 a cc.

<sup>92</sup> BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, MDR 2013, 900 = GE 2013, 997.

<sup>93</sup> BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 82; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 unter II 1.

heben. Denn nach neuerer Rechtsprechung ist für die Inhaltskontrolle einer mehrdeutigen Allgemeinen Geschäftsbedingung nicht nur im Verbandsprozess, sondern auch im - hier gegebenen - Individualprozess von mehreren möglichen Deutungen die kundenfeindlichste Auslegung, also diejenige maßgebend, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt<sup>94</sup>. Hierdurch wird zum einen § 305c Abs. 2 BGB Rechnung getragen, wonach sich Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders auswirken, und zum anderen vermieden, dass die Entscheidung im Individualprozess auf eine Klausel gegründet wird, die im Verbandsprozess für unwirksam zu erklären wäre<sup>95</sup>.

22

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

## 6.5 Vorformulierte Auftragserteilung zur Renovierung

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

Derartige Renovierungsauftragsklausel sind gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam<sup>96</sup>. Eine solche Klausel legt dem Mieter Schönheitsreparaturen auf, obwohl diese noch nicht fällig sind und obwohl er z.B. ausdrücklich "die Durchführung der Arbeiten im Hinblick auf die (...) Beanstandungen ernsthaft und endgültig" abgelehnt hat.

## 6.6 Verjährung der Ersatzansprüche des Mieters

Gemäß § 548 Abs. 2 BGB verjähren Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung in sechs Monaten nach der Beendigung des Mietverhältnisses. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur ist streitig, ob unter diese Vorschrift auch Ersatzansprüche des Mieters wegen Schönheitsreparaturen fallen, die er in Unkenntnis der Unwirksamkeit einer Renovierungsklausel ausgeführt hat.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass § 548 Abs. 2 BGB auf derartige Ansprüche des Mieters weder direkt noch analog Anwendung finde, sondern die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren maßgeblich sei.<sup>97</sup> Dies wird vor allem damit begründet, dass § 548 Abs. 2 BGB die kurze Verjährung nur für Ansprüche des Mieters wegen Aufwendungen - im Sinne freiwilliger Vermögensopfer - anordne; für Schadensersatzansprüche sowie für Bereicherungsansprüche aufgrund einer Leistungskondiktion gelte die Vorschrift hingegen nicht. Es bestehe auch kein Anlass, die Position des vertragstreuen Mieters zu schwächen, der in Unkenntnis der Unwirksamkeit der vom Vermieter verwendeten All-

---

<sup>94</sup> BGH v. 29.4.2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rz. 19 m.w.N.; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 344/08, NJW 2009, 3716 Rz. 8.

<sup>95</sup> BGH v. 29.4.2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rz. 19.

<sup>96</sup> BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, GE 2013, 997.

<sup>97</sup> *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 469 f.; *Blank*, NZM 2010, 97, 102 und WuM 2010, 234 f.; *Jacoby*, ZMR 2010, 335, 338; *Wiek*, WuM 2010, 535, 536 f.; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 70. Aufl., § 548 Rn. 10.

gemeinen Geschäftsbedingungen eine Renovierung ausgeführt habe.<sup>98</sup> Im Übrigen ergebe sich ein Wertungswiderspruch, weil für Ersatzansprüche des Mieters wegen nachvertraglich getätigter Aufwendungen die Regelverjährung anzuwenden sei.<sup>99</sup> Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsfolge des § 548 Abs. 2 BGB nicht auf Ersatzansprüche des Mieters für während der Mietzeit vorgenommene Schönheitsreparaturen passe, die am Ende des Mietverhältnisses bereits abgewohnt seien.<sup>100</sup>

Die Gegenmeinung sieht Schönheitsreparaturen als "Aufwendungen" im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB an und wendet deshalb auf daraus resultierende Ersatzansprüche die kurze Verjährung an.<sup>101</sup> Diese Auffassung stellt vor allem auf den Zweck des § 548 BGB ab, der auf eine möglichst schnelle Klärung der wechselseitigen Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache gerichtet sei. Der Begriff der Aufwendung sei deshalb weit zu verstehen und erfasse sämtliche vermögenswerte Maßnahmen, die den Bestand der Mietsache erhalten, wiederherstellen oder verbessern.<sup>102</sup>

Der letztgenannten Ansicht folgt der BGH.<sup>103</sup> Der VIII. Senat hat bereits zu § 558 BGB a.F., der Vorgängervorschrift des jetzigen § 548 BGB, entschieden, dass mit dem damals verwendeten Begriff der "Verwendungen" alle Aufwendungen zu verstehen sind, die das Grundstück in seinem Bestand verbessern.<sup>104</sup> Für den Begriff der "Aufwendungen" im jetzigen § 548 BGB gilt nichts anderes, da mit der entsprechenden Änderung durch das Mietrechtsreformgesetz keine inhaltliche Änderung beabsichtigt war.<sup>105</sup>

Vom Mieter durchgeführte Schönheitsreparaturen dienen der Verbesserung der Mietsache und sind deshalb Aufwendungen im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB. Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung solcher Arbeiten gegen den Vermieter erhebt, fallen somit unter die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB. Auf die rechtliche Einordnung des vom Mieter geltend gemachten Anspruchs kommt es dabei nicht an. Denn die kurze Verjährungsfrist findet auch dann Anwendung, wenn der Mieter den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nicht oder nicht nur auf gesetzliche Vorschriften des Mietrechts stützt, sondern sich auf mietvertragliche Vereinbarungen, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung beruft.<sup>106</sup>

Die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB findet ihre Rechtfertigung zum Einen darin, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses alsbald Klarheit über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache erreicht werden soll.<sup>107</sup> Zum Anderen dient die in § 548 Abs. 2 BGB getroffene Spezialregelung auch dem Zweck, das laufende

<sup>98</sup> *Wiek*, WuM 2010, 535, 537; *Blank*, WuM 2010, 234 f.

<sup>99</sup> *Wiek*, WuM 2010, 535, 537.

<sup>100</sup> *Jacoby*, ZMR 2010, 335, 337.

<sup>101</sup> LG Kassel, NZM 2010, 860, 861 f.; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 548 Rz. 24; *Schmidt-Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 10. Aufl., § 548 BGB Rz. 49; *Staudinger/Emmerich*, *BGB*, Neubearb. 2011, § 548 BGB Rz. 10; *Bamberger/Roth/Ehlert*, 2. Aufl., § 548 BGB Rz. 37; *Roth*, NZM 2011, 62, 64; *Gsell*, NZM 2010, 71, 76; *Lehmann-Richter*, NZM 2009, 761, 763; *Kinne*, GE 2009, 358, 360 f.; *Paschke*, WuM 2008, 647, 652; *Klimke/Lehmann-Richter*, WuM 2006, 653, 655.

<sup>102</sup> *Schmidt-Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 10. Aufl., § 548 BGB Rz. 48

<sup>103</sup> BGH v. 4.5.2011 – VIII ZR 195/10, MDR 2011, 777 = WuM 2011, 363 = GE 2011, 813 = ZMR 2011, 705 = NZM 2011, 452.

<sup>104</sup> BGH v. 2.10.1985 - VIII ZR 326/84, NJW 1986, 254 unter 2 a.

<sup>105</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

<sup>106</sup> BGH v. 13.2.1974 - VIII ZR 233/72, NJW 1974, 743 unter III.

<sup>107</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

Mietverhältnis nicht unnötig mit Auseinandersetzungen zu belasten.<sup>108</sup> Hieraus **24** folgt, dass sämtliche Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung von Schönheitsreparaturen gegen den Vermieter erhebt, nach § 548 BGB und nicht nach §§ 199, 195 BGB verjähren, mithin auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 BGB (Leistungskondiktion), der dem Mieter, der aufgrund einer unwirksamen Vertragsklausel renoviert hat, nach der Rechtsprechung des Senats zusteht.<sup>109</sup> Auch für einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB, der bei schuldhafter Verwendung unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln in Betracht kommen kann, findet die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB Anwendung.

*Die kurze Verjährung gilt auch für den Zahlungsanspruch des Mieters aus § 812 BGB, der sich daraus ergibt, dass er an den Vermieter zum Ausgleich der vermeintlichen Renovierungspflicht einen Geldbetrag bezahlt.*<sup>110</sup>

## 7 Miete

### 7.1 Klage auf Zahlung mehrerer Mieten = unzulässige Saldoklage?

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur wird die Auffassung vertreten, dass eine Klage, mit der für einen bestimmten Zeitraum (restliche) Mietrückstände eingeklagt werden, nur zulässig sei, wenn der für jeden einzelnen Monat begehrte Rückstand beziffert werde; eine sog. Saldoklage werde dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 ZPO nicht gerecht und sei deshalb unzulässig<sup>111</sup>.

Diese Auffassung teilt der BGH nicht<sup>112</sup>. Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und zugleich die Grundlage für eine etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Daran gemessen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt<sup>113</sup>.

Werden in einer Klage mehrere Ansprüche erhoben, sind deshalb grundsätzlich die für jeden Anspruch geforderten Teilbeträge anzugeben; insbesondere ist bei einer Teilleis-

---

<sup>108</sup> BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NZM 2008, 519 Rn. 16; Gsell, NZM 2010, 71, 77.

<sup>109</sup> vgl. BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 24.

<sup>110</sup> LG Berlin v. 11.3.2011 - 63 S 277/10, WuM 2011, 10.

<sup>111</sup> OLG Brandenburg GE 2006, 1169 und GE 2007, 444; LG Berlin, GE 2009, 717; AG Köln, WuM 2008, 676, 677; Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. XIV 49; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., II Rz. 122; vgl. auch Bub/Treier/Fischer, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., VIII Rz. 25; a.A. wohl OLG Düsseldorf, ZMR 2005, 943, das nur die Schlüssigkeit einer "Saldoklage" erörtert.

<sup>112</sup> BGH v. 9.1.2013 - VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = GE 2013, 349 = ZMR 2013, 271 mit krit. Anm. Rave ZMR 2013, 272.

<sup>113</sup> BGH v. 14.12.1998 - II ZR 330/97, NJW 1999, 954 unter I 2 a m.w.N.



tungsklage, mit der mehrere selbständige Ansprüche geltend gemacht werden, 25  
genau anzugeben, wie sich der eingeklagte Betrag auf die einzelnen Ansprüche  
verteilen soll und in welcher Reihenfolge diese Ansprüche zur Entscheidung des Gerichts  
gestellt werden sollen<sup>114</sup>.

Den so beschriebenen Anforderungen wird der Vermieter gerecht, wenn er seine Forde-  
rung damit begründet, dass ihm für den gesamten streitigen Zeitraum eine monatliche  
Nutzungsentuschädigung in Höhe von 1.918 € zugestanden habe und der Mieter von dem  
sich daraus ergebenden Gesamtbetrag einen Betrag in Höhe der Klageforderung (17.948,28  
€) schuldig geblieben sei<sup>115</sup>. Er hat damit keine Teilforderung geltend gemacht, sondern die  
gesamte von ihm noch beanspruchte Nutzungsentuschädigung für den streitigen Zeitraum  
eingeklagt. Dieser einheitliche (Gesamt-)Anspruch ist hinreichend bestimmt. Diese Anga-  
ben sind nicht deshalb ungenügend, weil der Vermieter nicht für jeden einzelnen Monat  
aufgeschlüsselt hat, welcher Betrag unter Berücksichtigung der von dem Mieter geleisteten  
Zahlungen jeweils noch als restliche Nutzungsentuschädigung begehrt wird. Diese Angaben  
sind nicht erforderlich, weil sie weder für den Entscheidungsumfang des Gerichts (§ 308  
ZPO) noch zur Ermittlung der Rechtskraft einer späteren gerichtlichen Entscheidung oder  
eine Zwangsvollstreckung von Bedeutung sind.

Denn für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es allein darauf an, ob dem klagenden  
Vermieter, wie von ihm geltend gemacht, für den streitigen Zeitraum als Nutzungsent-  
schädigung ein Betrag in Höhe von 1.918 € monatlich zusteht und inwieweit die von dem  
Mieter erbrachten Zahlungen dahinter zurückbleiben. Das Interesse des Mieters, nicht  
durch vermeidbare Ungenauigkeiten mit dem Risiko des Unterliegens belastet zu werden,  
sind schon deshalb nicht betroffen, weil es für den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits  
ohne Bedeutung ist, wie die erbrachten Zahlungen auf einzelne Zeitabschnitte innerhalb  
des streitigen Zeitraums zu verteilen sind.

Es ist für die Zulässigkeit der Klage ohne Bedeutung, ob sich bei Zugrundelegung der von  
dem Vermieter beanspruchten ortsüblichen Vergleichsmiete von monatlich 1.918 € nach  
Abzug der - unstrittigen - Zahlungen des Mieters ein geringerer als der von dem Vermieter  
geforderte Gesamtbetrag ergibt, denn dies ist eine Frage der Begründetheit der Klage. Das  
gleiche gilt für die unterschiedlichen Angaben der Parteien zur Höhe der ortsüblichen Ver-  
gleichsmiete als Grundlage der Berechnung der von dem Vermieter beehrten Nutzungs-  
entschädigung.

Nichts anderes gilt für eine Aufrechnung (hier gegenüber einer Widerklageforderung des  
Mieters<sup>116</sup>). Denn der Vermieter hat vorgetragen, dass der Mieter für die Jahre 2004 und 2005  
eine monatliche Nutzungsentuschädigung in Höhe von 1.918 € schuldete und hierauf im  
relevanten Zeitraum jeweils Beträge in Höhe von 5.836,80 € schuldig geblieben seien. Der  
so ermittelte Saldo genügt zur Individualisierung der zur Aufrechnung gestellten Forde-

---

<sup>114</sup> BGH v. 22.5.1984 - VI ZR 228/82, NJW 1984, 2346 unter II 1 a aa; BGH v. 27.11.1996 - VIII ZR 311/95, NJW-RR 1997, 441  
unter II 1 a; BGH v. 17.7.2008 - IX ZR 96/06, NJW 2008, 3142 Rz. 7.

<sup>115</sup> BGH v. 9.1.2013 - VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = GE 2013, 349 = ZMR 2013, 271.

<sup>116</sup> BGH v. 9.1.2013 - VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = GE 2013, 349 = ZMR 2013, 271.

rungen. Dass diese die Hauptforderung übersteigen, ist unschädlich; soweit der Vermieter eine Erklärung, in welcher Reihenfolge die Aufrechnung erfolgen sollte, nicht abgegeben haben, ergibt sich die Tilgungsreihenfolge aus § 396 Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 366 Abs. 2 BGB<sup>117</sup>.

26

## 8 Gewährleistung

### 8.1 Darlegungslast bei Mängeln

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind<sup>118</sup>. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen<sup>119</sup>. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei ggfs. die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweis erheblichen Streitfragen zu unterbreiten<sup>120</sup>.

Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen<sup>121</sup>. Von ihm ist auch nicht zu fordern, dass er über eine hinreichend genaue Beschreibung der Mängelserscheinungen ("Mangelsymptome") hinaus die - ihm häufig nicht bekannte - Ursache dieser Symptome bezeichnet<sup>122</sup>.

Gegen diese beschriebenen Anforderungen wird verstoßen, wenn Vortrag des Mieters verlangt wird

- zum Umfang und zur Intensität der Gebrauchsbeeinträchtigungen
- zu Mängelursachen (Art der Fehlfunktion bei der Heizung; Zusammenhang zwischen Badezimmerabfluss und gerügten Fäkalgerüchen)

---

<sup>117</sup> vgl. hierzu BGH v. 19.11.2008 - XII ZR 123/07, BGHZ 179, 1 Rz. 15.

<sup>118</sup> vgl. BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1a; BGH v. 21.1.1999 - VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859 unter II 2 a m.w.N.; BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710 unter II 2 a; BGH v. 21.5.2007 - II ZR 266/04, NJW-RR 2007, 1409 Rz. 8; BGH v. 12.6.2008 - V ZR 221/07, WPM 2008, 2068 = juris Rz. 6 f.

<sup>119</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298 = GE 2012, 60; BGH v. 13.12.2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491 unter II 2 a; BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 m.w.N.

<sup>120</sup> vgl. BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 b; BGH v. 21.1.1999 - VII ZR 398/97, unter II 2 b.

<sup>121</sup> vgl. BGH v. 27.2.1991 - XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779 unter 2c; BGH v. 11.6.1997 - XII ZR 254/95, WuM 1997, 488 unter b m.w.N.

<sup>122</sup> vgl. BGH v. 3.7.1997 - VII ZR 210/96, NJW-RR 1997, 1376 unter II 1; BGH v. 3.12.1998 - VII ZR 405/97, NJW 1999, 1330 unter II 1; jeweils zum Beseitigungsverlangen von Baumängeln.

- zur detaillierten Beschreibung der Mängel (z.B. Umfang der Durchrostung und Undichtigkeit des Zuleitungsrohrs zum WC; Umstände des Vertragsschlusses über ein Recht zur Gartenmitbenutzung). 27

Dies gilt umso mehr, wenn der Mieter unter Vorlage eines Lichtbildes darlegt, dass ein Badewannenabfluss offen im Fliesenboden verlegt sei, weswegen nach Benutzung des Badezimmers unangenehme Fäkalgerüche entstünden<sup>123</sup>. Der Mieter hat damit ausreichend eine unsachgemäße Installation des Badewannenabflusses und ein damit nach seiner Auffassung verbundenes Auftreten von unangenehmen Gerüchen dargetan. Weitere Einzelheiten, wie etwa die Schilderung der Intensität und der Häufigkeit entstehender Gerüche und die Darlegung eines Zusammenhangs zwischen Geruchsbildung und offener Verlegung des Abflusses, sind von ihm nicht zu fordern. Diese Fragen sind im Rahmen der Beweisaufnahme zu klären.

Auch wenn der Mieter ein Zuleitungsrohr zum WC als "durchgerostet und undicht" beschrieben hat, können keine weiteren Anforderungen gestellt werden<sup>124</sup>. Ist ein Rohr "durchrostet", weist es nicht nur eine kleinere Roststelle auf, sondern hat seine ursprüngliche Materialfestigkeit eingebüßt. Außerdem ist es "undicht", was bedeutet, dass Wasser austritt<sup>125</sup>.

Ebenso reicht es aus, wenn ein Mieter vorträgt, der Heizkörper funktioniere nicht<sup>126</sup>. Von ihm kann nicht gefordert werden, dass er die Art der Fehlfunktion oder gar die erzielten Temperaturen näher darlegt. Die Rüge, der Heizkörper funktioniere nicht, ist bei verständiger Würdigung gleichbedeutend mit der Aussage, das Gerät gebe keine Heizwärme ab. Der Mieter ist auch nicht deswegen gehalten, sein Vorbringen zu ergänzen, weil der Vermieter einen Defekt des Heizkörpers bestritten hat. Denn eine Partei, die ein Recht beansprucht, ist nicht schon deshalb, weil der Gegner ihr Vorbringen bestreitet, gezwungen, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben<sup>127</sup>.

Weiter werden die Substantiierungsanforderungen überspannt, soweit der Vortrag, aus einer alten, defekten Toilette im Keller mache sich durchdringender Fäkalgeruch im Haus breit, als nicht ausreichend angesehen wird<sup>128</sup>. Es ist für einen substantiierten Vortrag nicht erforderlich, dass der Mieter die Dauer der Gerüche im Einzelnen schildert und zudem darlegt, ob von der Geruchsentwicklung auch die von ihm genutzte Wohnung betroffen war. Durch den beschriebenen und mit Lichtbildern belegten Zustand der Toilette im Keller hat er den in den hiervon ausgehenden Geruchsbeeinträchtigungen liegenden Sachmangel hinreichend dargelegt. Diesem Vortrag ist zu entnehmen, dass der beanstandete Zustand der Toilette erstmals mit E-Mail vom 22. Juni 2009 gerügt worden und im Juli 2010 noch - durch Lichtbilder belegt - vorhanden war. Sein Vorbringen ist auch nicht unbeachtlich, wenn er die konkrete Beeinträchtigung seiner z.B. im ersten Obergeschoss gelegenen

---

<sup>123</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>124</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>125</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>126</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>127</sup> BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 a; BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710; BGH v. 12.6.2008 - V ZR 223/07, WPM 2008, 2068 Rz. 8.

<sup>128</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

Wohnung nicht dargetan hat. Denn auch bei der Benutzung des Treppenhauses und des Kellers müssen Fäkalgerüche von Mietern nicht hingenommen werden. 28

## 8.2 Abschied vom Lärmprotokoll?

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, den entscheidungserheblichen Sachvortrag der Partei in der nach Art. 103 GG gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben<sup>129</sup>. Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind<sup>130</sup>. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen<sup>131</sup>. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten<sup>132</sup>.

Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen<sup>133</sup>. Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm oder Schmutz ist deshalb die Vorlage eines "Protokolls" nicht erforderlich<sup>134</sup>. Vielmehr genügt grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen (Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen auf dem Flur o.ä.) es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten. Dies gilt erst recht, wenn die Umstände - hier insbesondere die Ausrichtung der Touristenwohnungen auf ein junges Publikum, Fehlen einer ständig besetzten Rezeption, Angebot von "Aufbettungen" - das Auftreten derartiger Beeinträchtigungen ohnehin nahelegen.

## 8.3 Beschaffenheitsvereinbarung zu Verkehrslärm

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann gegeben,

---

<sup>129</sup> vgl. auch BGH v. 2.6.2008 - II ZR 121/07, NJW-RR 2008, 1311 Rz. 2; BGH v. 19.6.2008 - VII ZR 127/06, NZBau 2008, 644 Rz. 7 f.; BGH v. 20.5.2010 - V ZR 201/09, juris Rz. 6; BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rz. 13.

<sup>130</sup> vgl. BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 a; BGH v. 21.1.1999 - VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859 unter II 2 a m.w.N.; BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710 unter II 2 a; BGH v. 21.5.2007 - II ZR 266/04, NJW-RR 2007, 1409 Rz. 8; BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rz. 14.

<sup>131</sup> BGH v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 m.w.N.; BGH v. 13.12.2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491 unter II 2 a; BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rz. 14.

<sup>132</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 155/11, WuM 2012, 269.

<sup>133</sup> vgl. BGH v. 27.2.1991 - XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779 unter 2 c; BGH v. 11.6.1997 - XII ZR 254/95, WuM 1997, 488 unter b m.w.N.; jeweils zu § 537 BGB a.F., BGH vom 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382.

<sup>134</sup> BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 155/11, WuM 2012, 269.

wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien<sup>135</sup>, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können<sup>136</sup>. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler)<sup>137</sup>, wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist<sup>138</sup>. Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt<sup>139</sup>.

Vor diesem Hintergrund kann bei gegenüber dem Zustand bei Vertragsschluss in der Wohnung vernehmbarer erhöhter Lärmbelastung grundsätzlich nicht von einem zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache ausgegangen werden<sup>140</sup>. Insoweit kann nicht unterstellt werden, die Parteien hätten bei Abschluss des Mietvertrages hinsichtlich zukünftiger, von Dritten verursachter Lärmbelästigungen den zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Zustand für die gesamte Dauer des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrags als unverändert bestehend bleibend "stillschweigend vereinbart". Auch eine konkludente Vereinbarung setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung bezüglich eines sog. Umweltfehlers reicht es jedoch nicht aus, dass der Mieter bei Vertragsschluss einen von außen auf die Mietsache einwirkenden Umstand - wie hier den in der Wohnung zu vernehmenden Straßenlärm - in einer für ihn vorteilhaften Weise wahrnimmt (etwa: "ruhige Lage") und er sich (möglicherweise auch) wegen dieses Umstands dafür entscheidet, die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wird dieser Umstand vielmehr nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert<sup>141</sup>.

Auch die Bestimmung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) führt nicht dazu, dass in der durch

---

<sup>135</sup> BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 11; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2442 Rz. 9; BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218 unter II 1.

<sup>136</sup> BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 14; BGH v. 2.11.2006 - VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774 Rz. 2.

<sup>137</sup> vgl. zu diesem Begriff: MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 14 f.; Bamberger/Roth/Ehlert, 3. Aufl., § 536 BGB Rz. 29a; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2011, § 536 BGB Rz. 26 ff.; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 536 BGB Rz. 8 ff.

<sup>138</sup> vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 12 ff.; BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899 Rz. 19.

<sup>139</sup> vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133; BGH v. 10.5.2006 - XII ZR 23/04, NZM 2006, 582 Rz. 10.

<sup>140</sup> BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, GE 2013, 261.

<sup>141</sup> vgl. BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rz. 14.

die straßenbaubedingte Umleitung des Verkehrs verursachten erhöhten Lärmbelastung ein Mangel zu sehen wäre, der die Mieter zur Minderung berechtigte. Die von den Mietern vorgetragenen (gegenüber den Verhältnissen bei Vertragsschluss erhöhten) Lärmwerte stellen, ausgehend von der im Berliner Mietspiegel 2009 aufgestellten Grenze der Verkehrslärmbelastung, keine hohe Belastung dar. Unter Berücksichtigung dessen, dass sich die vermietete Wohnung in der Berliner Innenstadt befindet, mithin in einer Lage, bei der jederzeit mit Straßenbauarbeiten größeren Umfangs und längerer Dauer zu rechnen ist, haben die Mieter diese (erhöhte) Lärmbelastung redlicherweise hinzunehmen.

#### 8.4 Sollbeschaffenheit bei baulichen Veränderungen

Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Mieter erwarten, dass Lärmschutzmaßnahmen getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen genügen, wenn der Vermieter selbst bauliche Veränderungen in einem älteren Gebäude vornimmt, die (im Zusammenhang mit einer damit einhergehenden Nutzungsänderung) zu Lärmimmissionen führen können<sup>142</sup>. Der BGH hat dies in einem Fall entschieden, in dem das über der Wohnung des Mieters gelegene Dachgeschoss zunächst nur als Abstellraum gedient hatte und während der Mietzeit von dem Vermieter erstmals als Wohnung ausgebaut und genutzt wurde, womit eine erhebliche Änderung der Nutzungsgewohnheiten einherging<sup>143</sup>. In Abgrenzung hierzu wurde im Urteil vom 17. Juni 2009<sup>144</sup> entschieden, dass der Mieter bei einem bloßen Austausch des Fußbodenbelags in der Oberwohnung - ohne Veränderung des darunter liegenden Estrichs und der Geschossdecke - nicht erwarten kann, dass die Maßnahme so durchgeführt wird, dass der Trittschallschutz anschließend den höheren Anforderungen der zur Zeit des Austauschs geltenden DIN-Normen genügt<sup>145</sup>. Denn diese Maßnahme ist von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her - anders als der erstmalige Ausbau eines Dachgeschosses für eine Wohnnutzung - mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes nicht vergleichbar; sie hat vielmehr keine nachhaltige Auswirkung auf die Gebäudesubstanz.

Nichts anderes gilt, wenn der Vermieter in einem 1952 wiederaufgebauten Haus im Jahre 2003 aus einer Wohnung zwei macht und dabei ca. 12% der mit Estrich bedeckten Fläche erneuert und die restliche Fläche begradigt wurde<sup>146</sup>. Nach der angeführten Rechtsprechung des BGH finden, wenn der Vermieter bauliche Veränderungen in einem älteren Gebäude vornimmt, nur dann die zur Zeit der Durchführung dieser Maßnahmen geltenden, den Tritt- und Luftschallschutz betreffenden DIN-Normen und nicht die bei Errichtung des Gebäudes geltenden Maßstäbe Anwendung, wenn die Maßnahmen von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes vergleichbar sind. Für Maßnahmen, die diese Schwelle nicht erreichen, bleibt es hingegen bei dem Grundsatz der Anwendung der bei Errichtung des Ge-

<sup>142</sup> BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, GE 2004, 1586 = NJW 2005, 218; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, GE 2009, 973 = NJW 2009, 2441 Rz. 11; ebenso Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 11. Aufl., § 536 BGB Rz. 28.

<sup>143</sup> BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, GE 2004, 1586 = NJW 2005, 218.

<sup>144</sup> BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08, GE 2009, 973 = NJW 2009, 2441.

<sup>145</sup> ebenso BGH v. 1.6.2012 - V ZR 195/11, NJW 2012, 2725.

<sup>146</sup> BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, MDR 2013, 834 = GE 2013, 938 = WuM 2013, 481.

bäudes geltenden Maßstäbe. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass etwa auch erforderliche Erhaltungsmaßnahmen und Modernisierungsmaßnahmen seitens des Vermieters unterbleiben könnten, um die mit einer Anpassung der Mietsache an die zur Zeit der baulichen Veränderung geltenden DIN-Normen verbundenen Kosten zu vermeiden.

Maßgeblich ist insoweit, dass eine Begradigung oder ein Ausgleich des Estrichs, um hierauf einen neuen Fußbodenbelag aufbringen zu können, nach dem Gewicht des Eingriffs in die Gebäudesubstanz nicht als derartig gravierend angesehen werden kann, dass hiermit eine Änderung der maßgeblichen Schallschutzmindestanforderungen einhergeht. Solche Arbeiten sind in dem über der Wohnung des Mieters gelegenen Wohngeschoss auf insgesamt 155 m<sup>2</sup> der bearbeiteten Bodenfläche von 176 m<sup>2</sup> vorgenommen worden. Auf einer Fläche von 21 m<sup>2</sup> erfolgten eine Entfernung und eine - mit der Einbringung sogenannter L. -Schwalbenschwanzplatten verbundene - Erneuerung des Estrichs. Diese Arbeiten sind mit einem Neubau oder einem Eingriff in die Gebäudesubstanz, der einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes gleich kommt und der es erfordert, den Tritt- und Luftschallschutz der Geschossdecke insgesamt durch Lärmschutzmaßnahmen den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen anzupassen, , nicht vergleichbar.

## 8.5 Unwirtschaftliche Heizung als Mangel

Oftmals beanstanden Mieter die Unwirtschaftlichkeit der vom Vermieter eingebauten Heizungsanlage.

In diesem Fall liegt ein Mietmangel auch nicht deshalb vor, weil der Mieter die Kosten für die Heizung trägt und der Energieverlust erheblich ist. Eine verlustreich arbeitende Heizung stellt per se keinen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache dar. Der Kostenaspekt ist für den Begriff des Sachmangels irrelevant<sup>147</sup>. Selbst außergewöhnlich hohe Heizkosten stellen als solche keinen Fehler der Mietsache dar<sup>148</sup>. Nur wenn diese hohen Heizkosten auf einem Fehler der Heizungsanlage beruhen, kann ein Mangel der Mietsache vorliegen. Ob ein Fehler der Heizungsanlage vorliegt, ist aber nach dem Stand der Technik zur Zeit des Einbaus der Heizungsanlage zu beurteilen<sup>149</sup>. Der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf<sup>150</sup>, wonach der Vermieter nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verpflichtet ist, dem Mieter eine wirtschaftlich arbeitende Heizungsanlage bereitzustellen, ist nicht zu folgen. Der Mieter hat grundsätzlich einen Anspruch auf eine Heizung, die den vertraglichen Vereinbarungen entspricht oder aber, falls eine ausdrückliche Vereinbarung fehlt, jedenfalls dem Stand der Technik entspricht. Da die Heizungs- und Belüftungsanlage nach dem Vortrag der Beklagten dem Stand der Technik entspricht, liegt ein Mangel nicht vor.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass sich die Mietsache nicht ausreichend beheizen lässt. Das ist nicht nur der Fall, wenn die gewöhnlichen Zimmertemperaturen nicht erreicht werden. Vielmehr kommt ein Mangel i.S.d. § 536 BGB auch in Betracht, wenn die Mietsa-

<sup>147</sup> KG v. 28.4.2008 – 12 U 6/07, MDR 2008, 966 = MietRB 2008, 328 = ZMR 2008, 892 = GE 2008, 990 = GuT 2008, 344; OLG Düsseldorf v. 4.11.1982 - 10 U 109/82, MDR 1983, 229 = WuM 1984, 54 = ZMR 1983, 377 (Energieverlust von 60%).

<sup>148</sup> KG v. 21.5.2012 – 8 U 217/11, GE 2012, 1227 = ZMR 2012, 858.

<sup>149</sup> KG v. 28.4.2008 – 12 U 6/07, MDR 2008, 966 = MietRB 2008, 328 = ZMR 2008, 892 = GE 2008, 990 = GuT 2008, 344; Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III, Rz.1305.

<sup>150</sup> OLG Düsseldorf v. 4.11.1982 - 10 U 109/82, MDR 1983, 229 = WuM 1984, 54 = ZMR 1983, 377.

che nicht die vereinbarte und vertraglich vorausgesetzte Beheizbarkeit aufweist, da diese nicht mit zumutbarem Aufwand und innerhalb angemessener Zeit beheizt und dauerhaft temperiert werden kann, ohne die Nutzung zu stören<sup>151</sup>. 32

## 8.6 Mangel durch Betrieb eines anderen Mieters

Unter einem Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind<sup>152</sup>. Welche Soll-Beschaffenheit eine Mietsache aufzuweisen hat, bestimmt sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Die Vertragsparteien bestimmen durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter und von da ab während der gesamten Vertragsdauer aufweisen muss. Ist keine ausdrückliche Regelung zum "Soll-Zustand" getroffen, muss anhand von Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) geprüft werden, was der Vermieter schuldet. Dabei ist die Verkehrsanschauung als Auslegungshilfe heranzuziehen<sup>153</sup>.

Deshalb hat ein Mieter ohne eine entsprechende Vereinbarung in der Regel keinen Anspruch gegen den Vermieter, einen bestimmten "Mietermix" oder ein bestimmtes "Milieuniveau" zu bewahren<sup>154</sup>. Da den Vermieter von Gewerberäumen jedoch auch ohne besondere Vereinbarung die vertragliche Verpflichtung trifft, den Mieter vor Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs zu schützen<sup>155</sup>, muss er bei der Vermietung von weiteren Räumlichkeiten in derselben Gewerbeeinheit dafür Sorge tragen, dass der Mieter durch die Geschäftstätigkeit der Mitmieter nicht mehr als nur unerheblich in der Nutzung der von ihm angemieteten Gewerberäume beeinträchtigt wird. Daraus folgt, dass ohne eine konkrete Vereinbarung über einen bestimmten "Mietermix", allein aus der Vermietung weiterer Räume in dem Mietobjekt an einen Gewerbebetrieb, von dem die abstrakte Gefahr ausgeht, dass andere Mieter im Gebrauch der Mietsache Beeinträchtigungen erfahren, nicht auf einem Mangel i. S. v. § 536 Abs. 1 BGB geschlossen werden kann. Erst wenn bei einem Mieter eine konkrete und mehr als nur unerhebliche (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache eintritt, liegt ein Mangel der Mietsache vor, der gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Minderung der Miete führt.

Gemessen an diesen Voraussetzungen kann nicht angenommen werden, dass die zum Betrieb einer heilgymnastischen und rehabilitative medizinischen Massagepraxis angemietete

---

<sup>151</sup> OLG Dresden v. 29.11.2011 – 5 U 763/11, n.v.

<sup>152</sup> BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664 Rz. 34; BGH v. 21.9.2006 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 900; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1715

<sup>153</sup> BGH v. 7.6.2006 - XII ZR 34/04, NJW-RR 2006, 1157 Rz. 13.

<sup>154</sup> vgl. BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664 Rz. 26 f.

<sup>155</sup> vgl. hierzu *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein* *Miete* 10. Aufl. § 535 BGB Rz. 11; *MünchKomm/Häublein*, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 132.



ten Räumlichkeiten aufgrund des Betriebs eines Massageinstituts mit (vermeintlich) sexuellen Dienstleistungen mit einem Mangel behaftet sind<sup>156</sup>. Es ist bereits zweifelhaft, ob die bloße Existenz eines derartigen Betriebes als äußere Einwirkungen auf eine Mietsache sich unmittelbar auf deren Gebrauchstauglichkeit auswirkt. Insoweit kann die Feststellung einer konkreten Beeinträchtigung des Mietgebrauchs nicht dahinstehen, insbesondere ist zu ermitteln, ob sich eine Verwechslung der Türen bereits ereignet hat oder noch bevorsteht. Der Mieter wäre nur dann im Gebrauch der von ihm angemieteten Praxisräume konkret beeinträchtigt, wenn es tatsächlich zu entsprechenden Verwechslungen gekommen wäre und dies dazu geführt hätte, dass Patienten seiner Praxis ferngeblieben wären. Insoweit kann auch nicht ohne Weiteres die Lebenserfahrung herangezogen werden, um den Schluss zu rechtfertigen, dass gerade ältere Menschen aufgrund der Gefahr, mit Kunden des Massageinstituts verwechselt zu werden, der Praxis fernbleiben würden und auch Eltern aus Gesichtspunkten des Jugendschutzes und um jede Möglichkeit einer für ihre Kinder kompromittierenden Situation zu vermeiden, nicht mehr die Praxis des Mieters besuchen würden. Auch mit diesen Überlegungen ist noch keine unmittelbare Beeinträchtigung des Praxisbetriebs festgestellt, sondern eine bloße abstrakte Gefahren und Begleiterscheinungen, die sich durch die Vermietung von Räumlichkeiten zum Betrieb eines Bordells ergeben können, aufgezeigt.

## 8.7 Flächenabweichung

### 8.7.1 Berechnung der Minderung bei Möblierung

Die Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % stellt einen Mangel der Mietsache dar, der den Mieter gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Minderung der Miete in dem Verhältnis berechtigt, in dem die tatsächliche Wohnfläche die vereinbarte Wohnfläche unterschreitet.<sup>157</sup>

Eine Minderung wird nicht etwa deshalb geringer, weil die vermietete Wohnung möbliert ist.<sup>158</sup> Der Auffassung, bei einer vollständig möblierten und auch im Übrigen vollständig mit Hausrat eingerichteten Wohnung sei das Maß der Beeinträchtigung bei einer erheblichen Wohnflächenabweichung nicht mit dem Maß der Wohnflächenabweichung identisch, ist nicht zu folgen. Die von einer Wohnflächenabweichung ausgehende Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit ist nicht deshalb geringer zu veranschlagen, weil trotz der geringeren Fläche die für eine Haushaltsführung benötigten Einrichtungsgegenstände vollständig untergebracht werden können. Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB ist grundsätzlich die Bruttomiete einschließlich einer Nebenkostenpauschale oder einer Vorauszahlung auf die Nebenkosten.<sup>159</sup> Daran ändert die Möblierung der Wohnung jedenfalls dann nichts, wenn der Mietwert der Wohnungseinrichtung Teil der Kalkulation der Nettokaltmiete gewesen ist, also im Mietvertrag besonders hervorgehoben wurde, dass sich die Grundmiete u.a. aus der Abschreibung der Möbel zusammensetzt.

<sup>156</sup> BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 122/11, WuM 2012, 671 = GE 2012, 1553.

<sup>157</sup> BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 8, 11 f.; BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14; jeweils m.w.N.

<sup>158</sup> BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 209/10, GE 2011, 542 = WuM 2011, 213 = ZMR 2011, 542.

<sup>159</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 unter II 1 a.

Ob eine andere Beurteilung gerechtfertigt ist, wenn im Mietvertrag der Tatsache der Möblierung ein gegenüber den übrigen Mietkonditionen eigenständiges Gewicht - etwa durch die Vereinbarung eines Möblierungszuschlags - verliehen wird, ist offen. 34

### 8.7.2 Unterschiedliche Qualität von Gewerbeflächen

Aufgrund eines Mangels hat der Mieter nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Durch die Minderung soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den beiderseitigen Leistungen bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werden<sup>160</sup>. Welche Herabsetzung der Miete angemessen ist, richtet sich nach der Schwere des Mangels und der dadurch bewirkten Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der vermieteten Sache<sup>161</sup>.

Zum Wohnraummietrecht legt der BGH in ständiger Rechtsprechung die prozentuale Flächenunterschreitung als Maßstab der Minderung zugrunde<sup>162</sup>. Diese Berechnungsmethode wird in der Regel die einzig mögliche sein<sup>163</sup> und verlangt keine Aufteilung nach der Art der von der Flächenunterschreitung betroffenen Räume. Dies entspricht der Ermittlung der Wohnfläche nach den besonderen Vorschriften des Wohnraummietrechts (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 a der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003<sup>164</sup>). Die Gleichwertigkeit der Flächen ergibt sich hierbei schon aus der unterschiedslosen Einbeziehung der Räume in die Wohnflächenberechnung. Sie kommt in der Mietzinsermittlung bei preisgebundenen Wohnungen (vgl. § 8 a Abs. 1 Satz 1 WoBindG; § 3 Abs. 2 Satz 1 NMV 1970) auch bei der Ermittlung des Mietpreises zum Ausdruck.

Ist aber schon in der Beschreibung einer Gewerbefläche zwischen einzelnen Teilen der Mietsache unterschieden, kann eine andere Bewertung gerechtfertigt sein. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Flächenabweichung ganz überwiegend auf Kellerräume bezieht und sich diesen auch konkret zuordnen lässt<sup>165</sup>. Eine Mietminderung wäre bei der Wohnraummiete schon deswegen grundsätzlich nicht möglich, weil Kellerräume nach den einschlägigen Berechnungsvorschriften nicht zur Wohnfläche zählen (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 a der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003<sup>166</sup>). Eine Gleichsetzung der Kellerfläche mit der Fläche des gleichzeitig mitvermieteten Ladenlokals und Nebenräumen wäre allenfalls gerechtfertigt, wenn die Kellerräume hinsichtlich ihrer Nutzung mit dem hauptsächlich vertraglichen Nutzungszweck gleichwertig wären<sup>167</sup>. Das ist jedenfalls nicht der Fall, wenn die Kellerräume ausweislich der Mietvertragsurkunde als Lager gemietet wurden und gegenüber dem Gastraum und Nebenräumen des Ladenlokals einen deutlich niedrigeren Gebrauchswert aufweisen.

---

<sup>160</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6 = NJW 2005, 1713, 1714

<sup>161</sup> Staudinger/Emmerich, 2011, § 536 BGB Rz. 57 m.w.N.

<sup>162</sup> BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1949 unter Bezugnahme auf *Kraemer*, NZM 1999, 156, 161; BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 12.

<sup>163</sup> *Kraemer*, NZM 1999, 156, 161.

<sup>164</sup> BGBl. I S. 2346; ähnlich § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV - gültig bis 31.12. 2003.

<sup>165</sup> BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, WuM 2012, 550 = ZMR 2012, 940.

<sup>166</sup> BGBl. I S. 2346; ähnlich § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV - gültig bis 31.12.2003.

<sup>167</sup> vgl. - zur Wohnraummiete - BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421; BGH v. 29.9.2009 - VIII ZR 242/08, WuM 2009, 662.

Nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB führt ein Mangel der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, zur Befreiung von der Miete bzw. zu deren Herabsetzung. Ein Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich vereinbarten<sup>168</sup>. Zu dem vertraglich vereinbarten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen. Dazu gehören auch Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen. Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermeiden, führen solche außerhalb der Mietsache selbst liegenden Umstände allerdings nur dann zu einem Mangel der Mietsache, wenn sie deren Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen<sup>169</sup>. Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, ist danach in erster Linie der von den Parteien vereinbarte vertragsgemäße Gebrauch<sup>170</sup>. Aus dem zur Erfüllung des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlichen Zustand der Mietsache ergibt sich deren geschuldeter Zustand.

Ob eine Verletzung des Konkurrenzschutzes, sei er vertragsimmanent oder vertraglich vereinbart, einen Mangel der Mietsache darstellt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden<sup>171</sup>.

Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass ein Verstoß gegen die Pflicht, Konkurrenzschutz zu gewähren, einen Sachmangel begründet<sup>172</sup>. Der BGH hatte bisher nur über die Frage zu entscheiden, ob es ein Mangel eines vermieteten Ladenraums ist, wenn der Vermieter zuvor dem Mieter eines anderen Ladens Konkurrenzschutz vor der von dem zweiten Mieter beabsichtigten Nutzung zugesagt hatte<sup>173</sup>. Er hat diese Frage mit der Begründung verneint, die Zusage von Konkurrenzschutz gegen-

---

<sup>168</sup> st. Rspr. BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664, 666 m.w.N.

<sup>169</sup> BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664, 665 zur Behinderung des Zugangs zu einem Geschäftslokal und zur Einhaltung eines bestimmten Mietermix; BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 900 zur Zusicherung einer Vollvermietung und bestimmten Mieterstruktur; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1715 zur enttäuschten Gewinnerwartung in einem Einkaufszentrum; BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, WPM 1992, 583, 585 zu öffentlich-rechtlichen Hindernissen; BGH v. 1.7.1981 - VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405 zur enttäuschten Gewinnerwartung bei geringer Kundenfrequenz; BGHH v. 9.12.1970 - VIII ZR 149/69, NJW 1971, 424, 425 zur Hochwassergefährdung des Mietobjekts; RGZ 95, 175 zur Zusicherung der Brauereifreiheit einer Gaststätte; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 13 f.; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 14 f.; Staudinger/*Emmerich*, BGB [Neubearbeitung 2011], § 536 BGB Rz. 7.

<sup>170</sup> BGH v. 1.7.1981 VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405; Staudinger/*Emmerich*, BGB [Neubearbeitung 2011], § 536 BGB Rz. 5 m.w.N.

<sup>171</sup> offen gelassen BGH v. 9.8.2006 - XII ZR 165/05, NJW 2006, 3060, 3061; BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10, MDR 2012, 271 = ZMR 2012, 348 Rz. 34.

<sup>172</sup> RGZ 119, 353, 355 f.; OLG Koblenz, NZM 2008, 405; KG, NZM 2007, 566; OLG Frankfurt, NZM 2004, 706, 707; OLG Düsseldorf, NZM 2001, 1033 f., NZM 1998, 307; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1990, 1234, 1235; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl. § 536 BGB Rz. 183; MünchKomm/*Häublein*, 6. Aufl., § 536 BGB Rz. 19, § 535 Rz. 143; Staudinger/*Emmerich*, [Neubearb. 2011], § 535 BGB Rz. 23; Soergel/*Heintzmann*, [Stand 2003], § 535 BGB Rz. 74; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummieta, 3. Aufl., Rz. 1037; *Kraemer* in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 3. Aufl., III B 1250; *Jendrek*, NZM 2000, 1116, 1120; einschränkend für den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz *Hübner/Griesbach/Fuerst* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann 3. Aufl. Geschäftsraummieta Kap. 14 Rz. 182 f. mwN; a.A.: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. Rz. 729; *Leo/Ghassemi-Tabar*, NZM 2009, 337, 342 ff.

<sup>173</sup> BGH v. 23.12.1953 - VI ZR 244/52, BB 1954, 177.

über einem anderen Mieter stelle keinen Sachmangel der dem zweiten Mieter vermieteten Räume dar. Ein Sachmangel sei eine Eigenschaft der Mietsache, die für jeden in gleichen Umständen befindlichen Mieter sich als Mangel darstelle, d. h. für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen wolle. Die Wettbewerbschutzklausel bewirke aber nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vermieters gegenüber dem anderen Mieter und betreffe nicht die Rechtssphäre des klagenden zweiten Mieters. Das von diesem gemietete Ladenlokal und dessen Wert würden von der Klausel nicht beeinflusst. Denn die auf der Klausel beruhenden Rechte des ersten Mieters richteten sich nicht gegen den zweiten Mieter, sondern nur gegen den Vermieter. Zu der Frage, ob der Verstoß des Vermieters gegen ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzschutzgebot einen Sachmangel der vertragsgegenständlichen Mietsache darstellt, verhält sich die Entscheidung nicht.

Der BGH hat sich der überwiegenden Auffassung angeschlossen<sup>174</sup>, nach der eine Verletzung der Konkurrenzschutzpflicht zu einem Mangel der Mietsache führt. Sowohl die Verletzung des sog. vertragsimmanenten als auch die des ausdrücklich vereinbarten Konkurrenzschutzes stellen Störungen dar, die außerhalb der Mietsache liegen und die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch unmittelbar beeinträchtigen können. Bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts gehört es auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gemäß § 535 BGB, in anderen Räumen des Hauses oder auf unmittelbar angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen<sup>175</sup>. Die Verpflichtung des Vermieters zum Schutz des Mieters vor Konkurrenz auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung beruht auf der Erwägung, dass es zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gehört, dass der Vermieter den Mieter in dem vertraglich vereinbarten Gebrauch zum Betrieb des vereinbarten Geschäfts bzw. Gewerbes nicht behindert. Dabei ist der Vermieter allerdings nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist. Zur Begründung des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes für eine Arztpraxis hat der Bundesgerichtshof auf die Bedeutung des Umfelds für den Ertrag einer Arztpraxis abgestellt und ausgeführt, dass insbesondere dann, wenn eine Konkurrenz im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages im Haus oder in der Nachbarschaft noch nicht bestanden habe, die Annahme nahe liege, dass der bereits niedergelassene Arzt durch die Eröffnung einer Praxis im selben Hause erheblich beeinträchtigt werde. Deshalb gehöre es zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, dass dem ersten Mieter auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung der Schutz vor Konkurrenz gewährt werde<sup>176</sup>. In diesem vertragsgemäß geschuldeten Gebrauch wird der Mieter durch die Verletzung des sogenannten vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes unmittelbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung stellt sich für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen will, als Mangel dar.

---

<sup>174</sup> BGH v. 10.10.2012 - XII ZR 117/10, MDR 2012, 1396 = NJW 2013, 44.

<sup>175</sup> Sog. vertragsimmanenter Konkurrenzschutz: BGHZ 70, 79 ff. = NJW 1978, 585 zur Vermietung von Arztpraxisräumen; BGH v. 24.1.1979 - VIII ZR 56/78, NJW 1979, 1404, 1405

<sup>176</sup> BGHZ 70, 79, 84 f.

Für einen vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz kann nichts anderes gelten<sup>177</sup>. Durch die ausdrückliche Vereinbarung der Verpflichtung wird der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch dahin konkretisiert, dass dem Mieter der von bestimmter Konkurrenz ungestörte Gebrauch der Mieträume eingeräumt wird. In diesem ausdrücklich vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch wird der Mieter durch die vertragswidrige Konkurrenz unmittelbar beeinträchtigt.

Allerdings setzt die Minderung der Miete neben dem Vorliegen eines Mangels voraus, dass dadurch der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. Hierzu müssen besondere Feststellungen getroffen werden.

## 8.9 Aufhebung der Tauglichkeit

Ob eine vollständige Gebrauchsuntauglichkeit vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden. Maßstab ist der Vertragszweck. Kann die danach vorausgesetzte Nutzung nicht mehr stattfinden, ist die Gebrauchstauglichkeit aufgehoben. Insoweit ist aber Vorsicht geboten: allein das Auftreten giftiger Substanzen und eine Überschreitung der einschlägigen Grenzwerte, muss eine Wohnung nicht unbewohnbar machen. Die Annahme einer Unbewohnbarkeit in solchen Fällen würde darauf hinauslaufen, dass der Mieter kostenfrei wohnen könnte<sup>178</sup>. Abgesehen davon ist zu prüfen, ob der Mieter durch eigene geeignete Maßnahmen (z.B. Lüften) die Auswirkungen reduzieren kann<sup>179</sup>.

## 8.10 Ersatz von Umzugskosten

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

Das Erfordernis der Wirksamkeit des Kündigungsausspruchs unabhängig vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes ergibt sich nicht aus dem dafür in Bezug genommenen Urteil vom 13. Juni 2007<sup>180</sup>. Soweit dort ausgeführt ist, dass nach der ständigen, im Einzelnen näher bezeichneten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages veranlasst hat, dieser Partei zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet ist, ist es - genauso wie in weiteren Fallgestaltungen<sup>181</sup> - immer nur um Fragen des Kündigungsgrundes und der Ersatzpflicht für hierdurch verursachte Schäden gegangen. Mit der Frage, ob zusätzliche Voraussetzung für eine Ersatzpflicht auch die formell wirksame Ausübung eines gegebenen Kündigungsrechts ist, hat sich der BGH indessen nicht befasst.

<sup>177</sup> A.A. Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 14 Rz. 183.

<sup>178</sup> LG Berlin v. 13.1.2003 – 61 S 152/02, GE 2003, 884; LG Lübeck v. 6.11.1997 – 14 S 135/97, ZMR 1998, 433 = NZM 1998, 190.

<sup>179</sup> BGH v. 15.1.2013 – VIII ZR 411/12, GE 2013, 609 mit Vorinstanz LG München I v. 6.12.2012 - 14 S 12138/12.

<sup>180</sup> BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 281/06, WuM 2007, 570 Rn. 9.

<sup>181</sup> vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WuM 1974, 213 unter II 1; BGH v. 3.6.1992 - VIII ZR 138/91, BGHZ 118, 282, 294 f.

Diese Frage entscheidet er nunmehr dahin, dass die von einem sachlichen Grund zur fristlosen Kündigung getragene Kündigung eines Mietverhältnisses, auch wenn sie an einem formellen Mangel leidet, einem auf § 536a Abs. 1 BGB gestützten Ersatz derjenigen Schäden nicht entgegen steht, die darauf beruhen, dass der Mieter bestehende Mängel der Mietwohnung berechtigterweise zum Anlass nimmt, wegen einer nicht mehr vorhandenen Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch eine den Umständen nach angemessene neue Wohnung anzumieten<sup>182</sup>. Für eine zusätzliche Einschränkung der Ersatzpflicht des Vermieters dahingehend, dass diese ungeachtet des Kündigungsgrundes, der dadurch herausgeforderten Anmietung der Ersatzwohnung und einer damit einhergehenden Freigabe der bisherigen Wohnung erst mit Ausspruch einer auch formell in jeder Hinsicht wirksamen Kündigung entstehen soll, gibt der Wortlaut des § 536a Abs. 1 BGB nichts her. Dieser knüpft für die Schadensersatzpflicht des Vermieters vielmehr nur an das sachliche Vorliegen der dort beschriebenen Mängel oder den Verzug mit der Mängelbeseitigung und einen dadurch verursachten Schaden an.

## 9 Schriftform

### 9.1 Vertretung der GbR

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist es zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB erforderlich, dass sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Vertragsverhältnisses aus der Urkunde ergeben. Werden Teile der wesentlichen Vertragsbedingungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, ist die Schriftform nur gewahrt, wenn die Anlagen im Mietvertrag so genau bezeichnet sind, dass deren zweifelfreie Zuordnung zum Mietvertrag möglich ist; eine körperliche Verbindung der einzelnen Bestandteile ist dann nicht erforderlich<sup>183</sup>.

Zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB gehört auch, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist<sup>184</sup>. Diese Frage ist allerdings streng von derjenigen der Vertretungsmacht/Vertretungsbefugnis zu trennen, denn für die Einhaltung der Schriftform kommt es nicht darauf an, ob der für die Partei Unterzeichnende zur Vertretung der Partei befugt war; die Vollmacht selbst muss aus dem Vertrag nicht ersichtlich sein.<sup>185</sup> Ob der Mietvertrag mit der Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder er ob er mangels gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsbefugnis des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung durch die von ihm vertretene Partei bedarf (§ 177 BGB), betrifft nicht die Schriftform, sondern die Wirksamkeit des Vertragsschlusses. § 550 BGB will den Erwerber aber nur über den Inhalt eines (möglicherweise) kraft Gesetzes auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob ein wirksamer Vertrag vorliegt<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> BGH v. 3.7.2013 – VIII ZR 191/12, WuM 2013, 538 = GE 2013, 1129 = NZM 2013, 675.

<sup>183</sup> vgl. BGH, NJW 1999, 1104, 1105, Tz. 18; BGH, NJW 2591, 2592, Tz. 28; BGH, NJW 2000, 354; BGH, NJW 2003, 1248 f. = NZM 2003, 281 f.; BGH, NJW 2008, 482 f., Tz. 20 f.; BGH, NJW 2007, 3202, 3203.

<sup>184</sup> BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

<sup>185</sup> BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

<sup>186</sup> BGH, NZM 2010, 319, 320; BGH, NJW 2009, 2195, 2196; BGH, NJW 2008, 2178, 2179; BGH, NJW 2007, 3346, 3347; BGH, NJW 2005, 2225, 2226.

Die Unterschrift unter den Vertrag soll den Aussteller erkennbar machen<sup>187</sup>. Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien geleistet worden sind. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften auch für und in Vertretung der anderen Vertragsparteien zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien diesen unterschrieben haben. Das hat der Bundesgerichtshof für die Gesellschafter einer GbR<sup>188</sup> und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft<sup>189</sup> entschieden. Ein Vertretungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat. Auch dann ist aus der bloßen Unterschrift noch nicht ersichtlich, ob der Vertrag zugleich in Vertretung - und zwar auch für den anderen - mit unterzeichnet worden ist oder ob es noch der Unterschrift weiterer Personen bedarf<sup>190</sup>.

Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich<sup>191</sup>. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt. Dann kann deren Unterschrift auf der im Mietvertrag mit "Mieter" oder "Vermieter" gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass sie mit ihrer Unterschrift die Vertragspartei vertreten will. Das Vertretungsverhältnis wird in solchen Fällen deswegen auch ohne ausdrücklichen Vertretungszusatz hinreichend deutlich und die Schriftform ist dann auch ohne ausdrücklichen Vertretervermerk gewahrt<sup>192</sup>. Dementsprechend hat der BGH die Wahrung der Schriftform als ausreichend angesehen, wenn bei einer GmbH der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterschreibt<sup>193</sup>. Eines Vertretungszusatzes bedarf es in diesem Falle nicht, weil von vornherein klar ist, dass der Alleingeschäftsführer nicht für sich, sondern für die Gesellschaft handelt. Vor diesem Hintergrund ist die Schriftform des Mietvertrages nicht gewahrt, wenn der Unterschrift des einen Gesellschafters nicht entnommen werden kann, dass er den Vertrag auch für die weiteren Gesellschafter der Klägerin mit unterzeichnet hat<sup>194</sup>. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die GbR von sämtlichen Gesellschafter gemeinsam vertreten wird (§§ 709, 714 BGB).

Anders liegt der Fall, wenn dem Erscheinungsbild der Urkunde nach der Unterzeichner für sich allein die Berechtigung zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz

---

<sup>187</sup> vgl. nur Palandt/*Ellenberger*, 70. Aufl., § 126 BGB Rz. 10.

<sup>188</sup> BGH, NJW 2004, 1103; BGH, NJW 2003, 3053, 3054.

<sup>189</sup> BGH, NJW 2002, 3389, 3391.

<sup>190</sup> BGH, NJW 1994, 1649, 1650 f.

<sup>191</sup> vgl. BGH, NJW 2008, 2178, 2180.

<sup>192</sup> BGH, NJW 2007, 3346 f.; BGH, NJW 2005, 2225, 2226.

<sup>193</sup> BGH, NJW 2005, 2224, 2226.

<sup>194</sup> OLG Hamm v. 16.2.2011 – 30 U 53/10, NZM 2011, 584 = ZMR 2011, 632 m. Anm. *Späth*.

kenntlich macht<sup>195</sup>. Ein solcher Zusatz liegt in der Verwendung des vom Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels. Das Hinzusetzen eines Stempels zu einer Unterschrift weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschriftsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Denn der Geschäftsverkehr misst dem Firmen- oder Betriebsstempel eine Legitimationswirkung bei. Die Abgabe einer unterschriebenen und mit Stempelzusatz abgeschlossenen Erklärung dokumentiert im Hinblick auf die insoweit relevante äußere Form, mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu sein und in diesem Sinne handeln zu wollen. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung wirft keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf. Daher erfüllt sie die Schriftform<sup>196</sup>. Lautet der Stempelabdruck nur auf eine von mehreren Betriebsstätten (hier: Kanzleiorten) des Geschäftsinhabers, bezieht sich die Legitimationswirkung jedenfalls auf die für diese Betriebsstätte vorgenommenen Geschäfte.

Ob die mit Stempelzusatz geleistete Unterschrift von einer sie tragenden Vertretungsmacht gedeckt war, ist keine Frage der Einhaltung der Schriftform, sondern der Bindungswirkung gegenüber dem Vertretenen<sup>197</sup>. Zweifel diesbezüglich bestehen hier nicht, denn der Gesellschafter B. besaß unstreitig Vollmacht der Gesellschaft zum Abschluss des Mietvertrages. Daher war der Mietvertrag wirksam unter Einhaltung der Schriftform geschlossen.

Verfehlt ist es aber, bei der Prüfung darauf abzustellen, ob der Vertragspartner die Vertretung durch den einen Gesellschafter erkennen konnte<sup>198</sup>. Maßgeblich sind objektive Umstände und die Erkenntnismöglichkeit für den Erwerber. Deshalb müssen grundsätzlich die Umstände, aus denen auf die Vollmacht geschlossen werden kann, im Vertrag angeklungen sein.

## 9.2 Mieterwechsel durch Schuldübernahme

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt. Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser "verstreuten" Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen<sup>199</sup>. Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung dieser Schriftstücke. Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Be-

---

<sup>195</sup> BGH v. 23.1.2013 – XII ZR 35/11, MDR 2013, 395 = GE 2013, 478 = NZM 2013, 271; a.A. OLG Hamm v. 16.2.2011 – 30 U 53/10, NZM 2011, 584 = ZMR 2011, 632 m. Anm. Späth.

<sup>196</sup> vgl. bereits OLG Köln GuT 2005, 5.

<sup>197</sup> vgl. BGH, BGHZ 160, 97, 104 f. = NJW 2004, 2962, 2964.

<sup>198</sup> So aber OLG Koblenz v. 11.8.2011 – 5 U 439/11, WuM 2012, 616.

<sup>199</sup> BGH, BGHZ 142, 158 = NJW 1999, 2591, 2593.



zugnahme zum Ausdruck kommen muss<sup>200</sup>. Ergibt sich der Zusammenhang mehrerer Schriftstücke aus einer Bezugnahme, ist es erforderlich, dass vom aktuellen Vertrag auf den Ausgangsvertrag und auf alle ergänzenden Urkunden verwiesen ist, mit denen die der Schriftform unterliegenden vertraglichen Vereinbarungen vollständig erfasst sind. Treffen die Mietvertragsparteien nachträglich eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese zur Erhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll<sup>201</sup>.

Dies gilt auch für eine Vereinbarung über den Wechsel der Vertragsparteien, da die Angabe der Mietvertragsparteien zu den wesentlichen Vertragsbedingungen zählt, die von dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB erfasst werden. Die vertragliche Auswechslung eines Mieters in einem Mietvertrag, der wegen seiner Laufzeit der Schriftform des § 550 BGB bedarf, erfordert daher ebenfalls die Einhaltung der Schriftform, wenn die Laufzeit erhalten bleiben soll<sup>202</sup>. Der Mieterwechsel muss zur Wahrung der Schriftform dergestalt beurkundet sein, dass sich die vertragliche Stellung des neuen Mieters im Zusammenhang mit dem zwischen dem vorherigen Mieter und dem Vermieter geschlossenen Mietvertrag ergibt<sup>203</sup>.

Diesen Anforderungen genügen die über den Mieterwechsel erstellten Urkunden, die nur in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen eines formwirksamen Mietvertrags erfüllen können, nicht, wenn es an einem hinreichend deutlichen Bezug in dem Übernahmevertrag auf den ursprünglichen Mietvertrag fehlt<sup>204</sup>. In dem Kauf- und Übertragungsvertrag selbst waren die Vertragsverhältnisse, in die die Rechtsvorgängerin des Mieters im Wege der Einzelrechtsnachfolge eintreten sollte, nicht benannt. Denn in der in Bezug genommenen Anlage war der Mietvertrag nicht hinreichend bezeichnet, insbesondere fehlte es an konkreten Angaben zum Mietobjekt, den ursprünglichen Mietvertragsparteien und zum Datum des Vertrags. Allein aus den Angaben in der ersten Spalte der Tabelle "Standort: Hamburg" und in der zweiten Spalte "Vermieter: G GbR" ließ sich das betroffene Mietobjekt nicht eindeutig bestimmen, zumal auch die Angabe zur Miete nicht dem im Mietvertrag genannten Mietzins entsprach. Wegen des unzureichenden Bezugs kann der Mieter mit der Nachtragsvereinbarung und der Anlage auch im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Mietvertrag gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks seine Mieterstellung nicht nachweisen. Es fehlt an dem für die Wahrung der Schriftform erforderlichen lückenlosen Zusammenhang aller Schriftstücke, aus denen sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ergeben.

---

<sup>200</sup> vgl. BGH, BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58, 59 ff.

<sup>201</sup> BGH, BGHZ 160, 97 = NJW 2004, 2962, 2963.

<sup>202</sup> vgl. BGH v. 16.2.2005 - XII ZR 162/01, NZM 2005, 340, 341; BGH v. 30.1.2002 - XII ZR 106/99, NZM 2002, 291; BGH v. 17.9.1997 - XII ZR 296/95, NJW 1998, 62.

<sup>203</sup> BGH v. 16.2.2005 - XII ZR 162/01, NZM 2005, 340, 341; BGH v. 30.1.2002 - XII ZR 106/99 - NZM 2002, 291; BGH v. 17.9.1997 - XII ZR 296/95, NJW 1998, 62.

<sup>204</sup> BGH v. 30.1.2013 - XII ZR 38/12, GE 2013, 416 = ZMR 2013, 425.

Zwar hat der Senat bereits entschieden, dass bei einem zwischen dem früheren und einem neuen Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel für die Aufrechterhaltung der Schriftform des § 550 BGB die notwendige Zustimmung des Mieters nicht der Schriftform bedarf<sup>205</sup>. Auch bei einem vom Vermieter und früheren Mieter vereinbarten Mieterwechsel hat der Senat die Zustimmung des neuen Mieters formfrei für wirksam gehalten<sup>206</sup>. Diese Entscheidungen bezogen sich jedoch nur auf die Formbedürftigkeit der erforderlichen Zustimmung des Dritten bei einer nur von zwei Beteiligten vereinbarten Vertragsübernahme.

### 9.3 Änderung der Umlagevereinbarung

Zur Einhaltung der Schriftform müssen alle wesentlichen Vertragsabreden, also mindestens zur Mietsache, Miete, Mietzeit und den Parteien in einer der Schriftform entsprechenden Weise niedergelegt sein<sup>207</sup>. Auf das Merkmal der Wesentlichkeit der Abrede kann nicht verzichtet werden<sup>208</sup>. Denn im Gegensatz zu § 313b BGB steht die Warnfunktion nicht im Vordergrund. Vielmehr wird durch § 550 BGB in erster Linie der Erwerber geschützt. Dieser Schutzzweck gebietet es nicht, auch Abreden von geringer Bedeutung in die Urkunde aufzunehmen. Denn der Erwerber ist regelmäßig daran interessiert, aus dem Mietvertrag Aspekte zu erfahren, die seine Finanzierung gefährden können oder erhebliche Erschwerungen bei der Abwicklung des Mietvertrages herbeiführen.

Auch die Umlagevereinbarung zu den Betriebskosten betrifft die Miete und damit eine wesentliche Vertragsabrede. Insoweit kann z.B. die stillschweigende Abänderung der Nebenkosten dazu führen, dass der schriftliche Mietvertrag hinsichtlich der Höhe der monatlichen Nebenkostenvorauszahlungen und des Umfangs der Nebenkostenübernahme unvollständig wird. Hierin soll jedoch nur ein unerheblicher Verstoß gegen § 550 BGB liegen, wenn eine grundsätzliche Umlage der Nebenkosten auf den Mieter vereinbart und auch der Umfang der Nebenkosten grundsätzlich klar ist, demgegenüber lediglich zwei Positionen nicht ausdrücklich (schriftlich) aufgeführt worden sind<sup>209</sup>. Dabei wird die Unwesentlichkeit aus dem Verhältnis der Miete (12.685,15 Euro) zu den Nebenkostenvorauszahlungen (ca. 590,00 Euro) hergeleitet.

Ein Verstoß gegen § 550 BGB wird aber angenommen, wenn die Parteien mündlich vereinbaren, dass der Mieter Nebenkosten von 5.113,00 Euro zu zahlen hat und damit von der Umlagevereinbarung abgewichen wird, wonach der Mieter ganz bestimmte Kosten selbst zu entrichten und die Kosten der Versicherung und Grundsteuer dem Vermieter zu erstatten hat<sup>210</sup>. Denn schon der Betrag macht deutlich, dass der Mieter erhebliche Mehrkosten zu tragen hat, so dass von einer wesentlichen Änderung des Mietvertrages auszugehen ist im

<sup>205</sup> vgl. BGH, BGHZ 154, 171 = NZM 2003, 476, 478.

<sup>206</sup> BGH v. 20.4.2005 - XII ZR 29/02 - NZM 2005, 584, 585.

<sup>207</sup> Vgl. BGH v. 29.4.2009 - XII ZR 142/07, NJW 2009, 2195 (2196); BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 (Tz. 18).

<sup>208</sup> A.A. Schmidt-Futterer/Lammel, § 550 BGB Rz. 33 m.w.N.

<sup>209</sup> OLG Hamm v. 26.10.2005 - 30 U 121/05, OLG 2006, 138.

<sup>210</sup> OLG Brandenburg v. 17.10.2012 - 3 U 75/11, ZMR 2013, 184, 186.

Gegensatz zu den Fällen, in denen der Mieter zusätzlich ein oder zwei Positionen übernimmt<sup>211</sup>. 43

## 9.4 Optionsausübung

Die Ausübung einer Option, die eine Verlängerung von mehr als einem Jahr herbeiführen soll, muss nicht in der Schriftform der §§ 550, 126 BGB erfolgen<sup>212</sup>. Die Gegenansicht<sup>213</sup> verkennt, dass der Schutzzweck des § 550 BGB sich auf den Mietvertrag beschränkt. Daraus soll der Erwerber aus dem Mietvertrag (sicher) ersehen können, wie sich die Laufzeit des Mietvertrages gestaltet. Deshalb muss im Mietvertrag geregelt sein, ob und wenn ja, welche Formerfordernisse für die ansonsten formfreie mögliche Option gelten sollen. Es ist aber nicht die Aufgabe des § 550 BGB, dem Erwerber auch die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände, die ihre Ursache im Vertrag haben, in der Form des § 126 BGB zu präsentieren<sup>214</sup>. Deshalb wird die für die Ausübung der Option vereinbarte Schriftform nach § 127 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch durch ein Telefax eingehalten.

## 9.5 Heilungsklausel

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

Die bislang zu dieser Frage ergangene überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung<sup>215</sup> und auch große Teile der Literatur<sup>216</sup> haben die ordentliche Kündigung wegen eines im Sinne einer Nachholungsklausel heilbaren Formverstößes für treuwidrig erachtet. Nach vereinzelter Ansicht<sup>217</sup> soll bei individualvertraglichen Vereinbarungen zunächst durch Auslegung zu ermitteln sein, ob die Vertragspartner nur die Ursprungsparteien oder auch die jeweiligen Rechtsnachfolger binden wollten; sollten auch die Rechtsnachfolger gebunden werden, sei selbst bei individualvertraglicher Gestaltung die Regelung wegen Verstoßes gegen den zwingenden § 550 BGB unwirksam. Dies gilt für Formarklauseln erst recht<sup>218</sup>. Denn sie erfassen auch den Fall, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich ist, ob-

---

<sup>211</sup> Zur zusätzlichen Übernahme der Kosten der Versicherung: OLG Naumburg v. 25.9.2007 - 9 U 89/07, ZMR 2008, 371 (kein Schriftformmangel).

<sup>212</sup> BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, MDR 2008, 851 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482 (Rz. 15); BGH v. 2.5.2007 - XII ZR 178/04, NJW 2007, 3273, 3275 (Rz. 27); Zöll in Lindner-Figura u.a., Kap. 9 Rz. 26 m.w.N.

<sup>213</sup> KG v. 2.5.2013 - 8 U 130/12, GE 2013, 808 = ZMR 2013, 702; OLG Düsseldorf v. 22.1.2013 - 24 U 97/12, ZMR 2013, 43; OLG Köln v. 29.11.2005 - 22 U 105/05, MDR 2006, 925 = GuT 2006, 122; OLG Frankfurt v. 20.5.1998 - 23 U 121/97, NZM 1998, 1006.

<sup>214</sup> BGH v. 7.5.2008 - XII ZR 69/06, MDR 2008, 851 = GE 2008, 798 = ZMR 2008, 794 = NZM 2008, 482.

<sup>215</sup> Vgl. u.a. OLG Naumburg v. 26.7.2012 - 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808; KG v. 13.11.2006 - 8 U 51/96, NJW-RR 2007, 805; OLG Düsseldorf v. 11.5.2004 - 24 U 264/03, DWW 2004, 224; OLG Köln v. 23.9.2005 - 1 U 43/04, OLGR 2005, 697; OLG Celle v. 22.7.2004 - 13 U 71/04, NZM 2005, 219.

<sup>216</sup> Möller, ZfIR 2008, 87; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Wichert, ZMR 2006, 257; Horst, MDR 2008, 365; Jud, NZM 2006, 913 (916); MünchKomm/Bieber, § 550 BGB Rz. 19.

<sup>217</sup> Leo, NZM 2006, 815 (816); ähnlich differenzierend Timme/Hülk, NJW 2007, 3313.

<sup>218</sup> OLG Düsseldorf v. 29.11.2012 - 10 U 34/12, ZMR 2013, 276 = GE 2013, 744; OLG Düsseldorf, 11. Mai 2004, I-24 U 264/03, DWW 2004, 224, Rz. 11, 15.

wohl der Kündigungsgegner den Kündigenden davon abgehalten hat, die für die Einhaltung der Schriftform notwendigen Handlungen vorzunehmen. 44

Auf die Streitfrage kommt es nicht an, wenn allein die Wirksamkeit der Kündigung und der Fortbestand des Mietvertrags im Streit stehen<sup>219</sup>. Denn § 550 BGB steht als zwingendes Recht nicht zur Disposition der Parteien<sup>220</sup>. Davon kann nach § 242 BGB nur in krassen Ausnahmefällen abgewichen werden, nämlich wenn die Anwendung der Norm und damit das Kündigungsrecht zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führen oder den Kündigungsgegner in seiner Existenz bedrohen würde. Ansonsten würden die Formvorschriften des BGB weitgehend ausgehöhlt<sup>221</sup>. Bereits die Möglichkeit des gekündigten Vertragspartners, gegenüber dem Kündigenden Schadensersatz u.U. wegen Verletzung einer Vertragspflicht aus §§ 280 ff. BGB geltend machen zu können, lässt das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles verneinen. Allein der Grundsatz „pacta sunt servanda“ begründe kein untragbares Ergebnis, denn die Anwendung des § 550 BGB führt regelmäßig zur Durchbrechung dieses Grundsatzes. Insbesondere stellt die Kündigung des Mieters keinen Verstoß gegen den Grundsatz *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* dar<sup>222</sup>.

Vor diesem Hintergrund muss für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs mehr als die Nachholklausel angeführt werden. Erst durch die Kumulation mehrerer Umstände, kann ein untragbares Ergebnis hervortreten. Ob dazu neben der Nachholklausel der (unwirksame) vertragliche Verzicht, sich auf einen Schriftformmangel zu berufen, und das Hervorrufen eines Schriftformmangels durch eine den Kündigenden begünstigende Regelung allein ausreicht<sup>223</sup>, ist zweifelhaft. Hier muss zumindest zusätzlich auf die Höhe der Begünstigung und die Zeit, während sie gewährt wurde, abgestellt werden. Schließlich ist beachtlich, wer an dem Schriftformmangel mitgewirkt hat. Je eher anzunehmen ist, dass dem Kündigenden die Anforderungen an die Schriftform bekannt waren, desto mehr spricht für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Denn wer weiß, dass die Schriftform einzuhalten ist, verhält sich widersprüchlich, wenn er sich auf einen (vermeidbaren) Schriftformmangel beruft. Deshalb ist die Situation auch nicht mit dem Fall vergleichbar, dass die Parteien einen mündlichen Mietvertrag abgeschlossen und vereinbart haben, ihn später zu beurkunden<sup>224</sup>.

Die Heilungsklausel kann vor allem nicht dahin verstanden werden, dass sie quasi wie ein Vorvertrag zum Abschluss eines neuen Mietvertrages zu den alten Bedingungen verpflichtet<sup>225</sup>. Mit einem solchen Verständnis würde die Grenze zulässiger Auslegung ersichtlich überschritten, weil die Klausel einen bestehenden Mietvertrag voraussetzt. Die Frage, ob mittels eines formlosen Vorvertrages die Pflicht zum Abschluss eines langfristigen, § 550 BGB genügenden Mietvertrages begründet werden kann, stellt sich nicht<sup>226</sup>. Denn bei Ab-

---

<sup>219</sup> OLG Rostock v. 10.7.2008 – 3 U 108/07, NZM 2008, 646.

<sup>220</sup> LG Berlin v. 8.3.1991 – 64 S 394/90, WuM 1991, 498; RegE, BT-Drucks. 14/4553, S. 47; *Börstinghaus/Eisenschmid*, S. 157; *Both* in Herrlein/Kandelhard, § 550 BGB Rz. 39; Palandt/*Weidenkaff*, § 550 BGB Rz. 2; *Lindner-Figura*, NZM 2007, 705; *Eckert*, ZfIR 2007, 666.

<sup>221</sup> Für § 125 BGB: *Staudinger/Hertel*, § 125 BGB Rz. 111.

<sup>222</sup> Vgl. *MünchKomm/Roth*, § 242 BGB Rz. 373.

<sup>223</sup> So: OLG Naumburg v. 26.7.2012 - 9 U 38/12, ZMR 2013, 36 = NZM 2012, 808.

<sup>224</sup> So aber: OLG Hamm v. 26.4.2013 – 30 U 82/12, ZMR 2013, 710 (713).

<sup>225</sup> Vgl. BGH v. 29.9.1989 – V ZR 1/88, BGHZ 108, 380.

<sup>226</sup> Vgl. hierzu *Eckert*, ZfIR 2007, 666 m.w.N.

schluss eines Mietvertrages, der der Form nicht genügt, besteht gerade keine Einigung mit dem Inhalt eines Vorvertrages. 45

## 10 Kautio

### 10.1 Sicherheit zur Abwendung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Die in § 551 Abs. 1 BGB enthaltene Begrenzung der Mietsicherheit auf drei Monatsmieten dient - bei Anerkennung des grundsätzlichen Sicherungsbedürfnisses des Vermieters - dem Interesse des Mieters vor zu hohen Belastungen. Insbesondere soll damit Erschwerungen für den Abschluss eines Mietvertrages entgegengewirkt werden, die in mobilitätshemmender Weise von hohen Kautionsforderungen ausgehen können<sup>227</sup>. Dieser Schutzzweck ist nicht betroffen, wenn Eltern für ihre Kinder - anstelle einer Anmietung im eigenen Namen - von sich aus dem Vermieter eine Bürgschaft für den Fall eines Vertragsschlusses zusagen; in einem solchen Fall steht die gesetzliche Begrenzung der Mietsicherheit einer wirksamen Übernahme einer Bürgschaft durch die Eltern nicht entgegen<sup>228</sup>.

Ähnlich verhält es sich bei einer Sicherheit, die im laufenden Mietverhältnis zur Abwendung einer drohenden Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzuges gewährt wird<sup>229</sup>. Ein unabdingbares Verbot, in dieser Situation eine drei Monatsmieten übersteigende Sicherheit zu vereinbaren, würde in erster Linie den Mieter benachteiligen, weil der Vermieter in diesem Fall keine wirksame zusätzliche Sicherheit erhalten könnte und die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen des eingetretenen Zahlungsverzuges die Folge wäre; die dem Schutz des Mieters dienende Begrenzung der Mietsicherheit würde damit in ihr Gegenteil verkehrt. Auf eine Kautio, mit der eine drohende Zahlungsverzugskündigung des Vermieters abgewendet werden soll, findet § 551 Abs. 1, 4 BGB deshalb generell keine Anwendung<sup>230</sup>; darauf, ob der Bürge eine derartige Sicherheit unaufgefordert beigebracht oder der Vermieter eine zusätzliche Sicherheit verlangt hat, kommt es nicht an.

### 10.2 Rückgabe der Bürgschaft

Entsprechend § 371 BGB kann der Mieter bei Wegfall des Sicherungszwecks vom Vermieter Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde nur an den Bürgen, nicht an sich selbst verlangen, sofern sich nicht aus den vertraglichen Beziehungen etwas anderes ergibt<sup>231</sup>.

Zwar kann der Mieter, obwohl er nicht Partei des Bürgschaftsvertrages selbst ist, aufgrund der mit dem Vermieter getroffenen Sicherungsabrede bei Wegfall des Sicherungszwecks selbst von ihm die Rückgewähr der Sicherheit in Gestalt der Herausgabe der Bürgschafts-

---

<sup>227</sup> vgl. BT - Drucks. 9/2079 S. 10 zu § 550b Abs. 1 S. 1 BGB a.F., der Vorgängervorschrift zu § 551 Abs. 1 BGB.

<sup>228</sup> BGH v. 7.6.1990 - IX ZR 16/90, BGHZ 111, 361, 363.

<sup>229</sup> BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 379/12, MDR 2013, 641 = GE 2013, 673 = WuM 2013, 357.

<sup>230</sup> LG Kiel, NJW-RR 1991, 1291; Palandt/Weidenkaff, 72. Aufl., § 551 BGB Rz. 3; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 551 BGB Rz. 33; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., III 174; a.A. Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 551 BGB Rz. 4 und 9.

<sup>231</sup> BGH v. 14.07.2004 - XII ZR 352/00, MDR 2005, 26 = ZMR 2005, 29 = NZM 2004, 907NJW 2004, 3553 ff. m.w.N.

urkunde an die Bürgin verlangen und ist insoweit aktivlegitimiert<sup>232</sup>. Der Inhalt dieses Anspruchs ist aber allein auf die Rückgabe der Urkunde an die Bank, welche die Bürgschaft gestellt hat, gerichtet.

Abweichungen davon können sich aus den Abreden der Parteien, insbesondere dem Mietvertrag und der die Bürgschaft betreffenden Sicherungsabrede ergeben. Dafür reicht es noch nicht aus, dass der Mietvertrag den Text zu leistenden Bürgschaft vorgibt<sup>233</sup>. Auch in einem solchen Fall bleibt der Vermieter dem Mieter gegenüber bloß verpflichtet, ein Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung der Bürgin herbeizuführen und die Bürgschaftsurkunde herauszugeben. Denn der Besitz dieser Urkunde, die einen Schuldschein i.S.d. § 371 BGB darstellt, erleichtert die prozessuale Durchsetzung der Bürgschaftsforderung, da sie ein erhebliches Beweisanzeichen dafür darstellt, dass die Forderung entstanden ist und noch besteht<sup>234</sup>. Eine solche Verpflichtung hat der Vermieter aber regelmäßig bereits entsprechend der mit dem Bürgen selbst getroffenen Vereinbarung. Deshalb bedarf eine davon abweichende Vereinbarung zwischen der Mietvertragsparteien grundsätzlich der ausdrücklichen Festlegung, sofern nicht ausnahmsweise die Interessenlage der Parteien ein anderes Ergebnis rechtfertigt<sup>235</sup>.

### 10.3 Formulärmäßiger Ausschluss der Haftung des Vermieters

Ob § 566a BGB, insbesondere die subsidiäre Haftung des Vermieters nach § 566a S. 2 BGB formulärmäßig ausgeschlossen werden kann, ist streitig<sup>236</sup>. Dieser Ausschluss kann schon im Mietvertrag formuliert sein, aber auch dann der Inhaltskontrolle unterliegen, wenn der bisherige Vermieter anlässlich des Vermieterwechsels oder der Zwangsverwalter zur eigenen Absicherung eine vorformulierte Erklärung an seine Mieter mit der Aufforderung zur Unterschrift und Rückgabe übermittelt. In dem Fall des Vermieterwechsels könnte für eine unangemessene Benachteiligung die mangelnde Entscheidungsalternative für den Mieter sprechen<sup>237</sup>. Dagegen kann aber im Übrigen zumindest auf die insolvenzfeste Anlage der Kautionsverweisung verwiesen werden<sup>238</sup>, deren Überwachung und Sicherstellung dem Mieter obliegt. Umso mehr soll eine unangemessene Benachteiligung ausscheiden, wenn dem Mieter ein Vetorecht zusteht<sup>239</sup>.

Als Allgemeine Geschäftsbedingung führt eine formulärmäßig abgegebene Erklärung des Mieters schon deshalb nicht zu einer Entlassung des bisherigen Vermieters aus der Haftung nach § 566a Satz 2 BGB, wenn ihr jedenfalls nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB ein solcher Inhalt nicht beigelegt werden kann<sup>240</sup>. Die Erklärung betrifft nach ihrem Wortlaut nur die Haftung des Zwangsverwalters, der zum damaligen Zeitpunkt

<sup>232</sup> vgl. auch BGH v. 2.2.1989 - IX ZR 182/87, MDR 1989, 631 = NJW 1989, 1482.

<sup>233</sup> OLG Frankfurt v. 15.6.2012 - 2 U 252/11, ZMR 2012, 863.

<sup>234</sup> BGH v. 2.2.1989 - IX ZR 182/87, MDR 1989, 631 = NJW 1989, 1482.

<sup>235</sup> OLG Frankfurt v. 15.6.2012 - 2 U 252/11, ZMR 2012, 863.

<sup>236</sup> Dagegen: *Kraemer*, PiG 62, 213, 231; *Staudinger/Emmerich*, § 566a BGB Rz. 18: nur individualvertraglich.

<sup>237</sup> LG Kiel v. 27.2.2004 - 2 O 278/03, WuM 2004, 192.

<sup>238</sup> *Derleder*, WuM 2002, 239, 243.

<sup>239</sup> *Lebek*, NZM 2000, 1211.k

<sup>240</sup> BGH v. 23.1.2013 - VIII ZR 143/12, GE 2013, 411.

nach § 152 Abs. 2 ZVG die Rechte und Pflichten des Vermieters wahrzunehmen 47

hatte. Zudem ist nicht die Rede von der subsidiären Vermieterhaftung nach § 566a S. 2 BGB, sondern von einer im Gesetz nicht vorgesehenen „bürgerähnlichen Haftung“. Es ist da-her zumindest auch die Auslegung möglich, dass sich die gegenüber dem Zwangsverwalter auf dessen Wunsch abgegebene Erklärung auf dessen eigene Haftung beschränkte, ohne die Vermieterhaftung nach § 566a Satz 2 BGB generell abzubedingen. Da mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, ist gemäß § 305c Abs. 2 BGB diese für den Mieter günstigere Deutung zugrunde zu legen. Da der Beklagte schon im Hinblick auf die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB aus der Erklärung nichts zu seinen Gunsten herleiten kann, bedarf es keiner Entscheidung, ob die formularmäßige Einverständniserklärung darüber hinaus auch einer Inhaltskontrolle standhielte. Insbesondere kann offen bleiben, ob ein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vorliegt, weil die Erklärung nicht klar und verständlich ausdrückt, was mit der "bürgerähnlichen Haftung" des Zwangsverwalters gemeint ist.

#### **10.4 Bürgschaft und Aufhebung der Kündigungswirkung**

Eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung liegt selbst dann vor, wenn im Zeitpunkt der Hingabe der Bürgschaft der Mietvertrag noch nicht geschlossen wurde. Maßgeblich und ausreichend ist, dass objektiv festgestellt werden kann, für welche Schuld der Bürge einstehen sollte<sup>241</sup>. Das ist ohne weiteres möglich, wenn im Zeitpunkt der Abgabe der Bürgschaftserklärung in schriftlicher Form (§ 766 BGB) das Angebot des Vermieters vorliegt, das der Mieter später annimmt<sup>242</sup>.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die Parteien einen Mietvertrag nach dessen wirksamer Beendigung fortsetzen. Kündigt der Vermieter den Mietvertrag (wirksam) fristlos und verständigen sich die Mietparteien nachfolgend auf die Fortsetzung liegt darin entgegen dem Wortlaut der Abschluss eines neuen Mietvertrages für den die Bürgschaft grundsätzlich nicht (mehr) gilt<sup>243</sup>.

#### **10.5 Vorbehaltlose Rückzahlung der Kaution**

An die Feststellung eines Verzichtswillens, der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen<sup>244</sup>. 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 Ausnahme<sup>245</sup>. Die Partei, die sich auf einen Ausnahmefall beruft, muss deshalb einen nach-

---

<sup>241</sup> BGH v. 17.2.2000 – IX ZR 32/99, MDR 2000, 714 = NJW 2000, 1569.

<sup>242</sup> BGH v. 30.3.1995 – IX ZR 98/94, MDR 1995, 892 = NJW 1995, 1886.

<sup>243</sup> OLG Düsseldorf v. 22.3.2011 – 10 U 158/10, ZMR 2013, 628.

<sup>244</sup> 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.

<sup>245</sup> BGH v. 15.1.2002 - X ZR 91/00, MDR 2002, 749 = NJW 2002, 1044.

vollziehbaren Grund darlegen, warum der Forderungsinhaber bereit gewesen sein sollte, auf seine Forderung zu verzichten<sup>246</sup>. 48

Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltslosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggf. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten<sup>247</sup>. 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 Vermietersverhalten 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 werden<sup>248</sup>, wenn dieser ein Mietverhältnis unter Berücksichtigung der Kautionsrückzahlung abrechnet und er das Abrechnungsguthaben an den Mieter auszahlt. Als weitere Option ist denkbar, dass der Verpächter durch eine vorbehaltslose Rückzahlung der Kautionsrückzahlung trotz erkannter oder zumindest leicht erkennbarer Mängel in der Regel aus der Sicht des Mieters schlüssig zu erkennen gibt, dass er den Zustand der Pachtsache als vertragsgemäß anerkennt und insoweit auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet<sup>249</sup>.

Eine vergleichbare Fallgestaltung liegt nicht vor, wenn der notarielle Erwerbsvertrag, mit dem der Mieter das an ihn vermietete Ladenlokal vom Vermieter erworben hat, die Regelung "Das Mietverhältnis erlischt mit dem Tage der vollständigen Kaufpreiszahlung; die Kautionsrückzahlung wird erstattet"<sup>250</sup>. Da der Notarvertrag zugleich keinen Hinweis auf rückständige Mietforderungen gegenüber dem Mieter enthält, liegt hierin zwar bei isolierter Betrachtung und ohne Kenntnis der Vertragshistorie ein starkes Indiz dafür, dass mit der vereinbarten vorbehaltslosen Kautionsrückzahlung die wechselseitigen Ansprüche der Parteien abgegolten sein sollten. Diese Wertung der Rückzahlungsklausel wird jedoch durch das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme widerlegt. Danach steht aufgrund der Aussage des Notars, des Zeugen Dr. W., fest, dass die Parteien vor Abschluss des Kaufvertrages über die offenen Mietforderungen des Vermieters verhandelt und den noch im ersten Entwurf des Notarvertrages enthaltenen Zusatz, "Gegenseitige Ansprüche zwischen den Parteien sind abgegolten", mangels Einigung hierüber ausdrücklich gestrichen haben. Eine Abgeltung der Mietforderungen sollte nach Aussage des Zeugen durch die Änderung der ersten Entwurfsfassung gerade nicht getroffen werden. Unter diesen Umständen hatte der Mieter als verständiger Vertragspartner keinen Anlass die endgültige

---

<sup>246</sup> 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.

<sup>247</sup> OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

<sup>248</sup> OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, ZMR 2001, 962.

<sup>249</sup> OLG München v. 14.07.1989 - 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20.

<sup>250</sup> OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 - 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.



Fassung der Kautionsregelung des Notarvertrages als Verzicht oder Erlass des Klägers in Bezug auf die streitgegenständlichen Mietforderungen zu interpretieren (§ 133 BGB). 49

## 11 Modernisierung

### 11.1 Maßgeblicher Zustand bei der Modernisierung

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Vorliegen einer Modernisierungsmaßnahme gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB nach der beabsichtigten Veränderung des vom Vermieter geschuldeten Zustandes zu beurteilen sei. Maßgeblich hierfür sei allein der vom Vermieter zur Verfügung gestellte Zustand, so dass Verbesserungsmaßnahmen des Mieters auch dann außer Betracht zu bleiben hätten, wenn sie mit Zustimmung des Vermieters erfolgt seien<sup>251</sup>.

Nach anderer Ansicht ist hingegen bei der Beurteilung der Frage, ob es sich bei der vom Vermieter geplanten Maßnahme um eine Modernisierung handelt, auf den gegenwärtigen Zustand der Wohnung einschließlich der vom Mieter vorgenommenen Verbesserungsmaßnahmen abzustellen<sup>252</sup>.

Der BGH hat die Rechtsfrage im Sinne der letztgenannten Auffassung entschieden<sup>253</sup>. Bei der Frage, ob die vom Vermieter beabsichtigte Maßnahme eine Verbesserung der Mietsache darstellt, ist grundsätzlich auf den gegenwärtigen Zustand der Wohnung abzustellen; unberücksichtigt bleiben lediglich etwaige vom (gegenwärtigen) Mieter vertragswidrig vorgenommene bauliche Veränderungen.

Der Verpflichtung des Mieters, Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters zu dulden, liegt die Zielsetzung des Gesetzgebers zugrunde, volkswirtschaftlich und ökologisch sinnvolle Modernisierungsmaßnahmen und damit zugleich die Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse zu fördern<sup>254</sup>; zudem soll der Vermieter in die Lage versetzt werden, den objektiven Gebrauchs- und Substanzwert der Räume oder Gebäudeteile im Interesse einer besseren Vermietbarkeit zu erhöhen<sup>255</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Zwecke ist es nicht gerechtfertigt, bei der Frage, ob eine vom Vermieter beabsichtigte Maßnahme zu einer Verbesserung der Mietsache führt, auf einen fiktiven Zustand unter Außerachtlassung genehmigter Mieterinvestitionen abzustellen. Vielmehr verhielte sich der Vermieter widersprüchlich, wenn er einerseits dem Mieter erlaubte, die Mietsache auf eigene Kosten zu modernisieren, und andererseits bei einer späteren eigenen Modernisierung den auf diese

---

<sup>251</sup> so etwa LG Berlin, GE 2011, 57 f.; GE 2010, 1273; LG Berlin v. 4.12.2007 - 63 S 130/07, juris Rn. 5; LG Berlin, GE 2004, 236; jeweils zu § 554 BGB; LG Berlin, NZM 1999, 1036; GE 1998, 616; LG Hamburg, ZMR 1984, 60; jeweils zur Vorgängerregelung in § 541b BGB aF; Staudinger/*Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, § 554 BGB Rz. 23; *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 10. Aufl., § 554 BGB Rz. 11; *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, *Miet- und Mietprozessrecht*, 6. Aufl., § 554 BGB Rz. 55; *Schmid*, *Mietrecht*, 2006, § 554 BGB Rz. 20; *Sternel*, *Mietrecht Aktuell*, 4. Aufl., Rz. IV 326 f.; *ders.* in *Huff*, *Neues Mietrecht*, 2001, S. 89, 102 f.; *Erman/Lützenkirchen*, 13. Aufl., § 554 BGB Rz. 24; *jurisPK-BGB/Heilmann*, 5. Aufl., § 554 Rz. 9.

<sup>252</sup> AG Hamburg, WuM 1993, 41, 42; so wohl auch LG Berlin, MM 2003, 193 (vgl. hierzu KG, WuM 2008, 597); AG Münster, WuM 1996, 268 f.; *Lammel*, *Wohnraummietrecht*, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 41.

<sup>253</sup> BGH v. 20.6.2012 - VIII ZR 110/11, ZMR 2013, 22.

<sup>254</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 2 und 36; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, *Mietrecht*, 10. Aufl., § 554 BGB Rz. 5.

<sup>255</sup> vgl. BGH v. 13.2.2008 - VIII ZR 105/07, NJW 2008, 1218 Rz. 21; BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 326/10, NJW 2011, 3514 Rz. 23; jeweils m.w.N.; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 1.

wollte. Erst recht gilt dies, wenn - wie hier - eine Verbesserung in Form des Einbaus einer Gasetagenheizung durch einen früheren Mieter durchgeführt und somit bei Beginn des aktuellen Mietverhältnisses schon vorhanden war.

Die Dispositionsbefugnis des Vermieters wird insoweit nicht unzulässig eingeschränkt. Denn der Mieter hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter ihm gestattet, selbst bauliche Veränderungen an der Wohnung mit dem Ziel einer Modernisierung oder Erhöhung des Wohnkomforts vorzunehmen<sup>256</sup>. Erteilt der Vermieter die Zustimmung zu baulichen Maßnahmen des Mieters, hat er es zudem in der Hand, diese an Bedingungen zu knüpfen und so sicherzustellen, dass die vom Mieter vorgenommenen Maßnahmen sich mit den von ihm beabsichtigten Investitionen in Übereinstimmung bringen lassen und - falls vom Vermieter gewünscht - dauerhaft in der Wohnung verbleiben. Selbst wenn aber die Vertragsparteien eine Vereinbarung über den dauerhaften Verbleib der Mieterinvestition in der Wohnung nicht getroffen haben, wird der Vermieter eine Ausübung des Wegnahmerechts des Mieters (§ 539 BGB) in der Regel nach § 552 BGB abwenden können.

Entgegen der überwiegend vertretenen Auffassung sind die vom Mieter bereits getätigten Aufwendungen nach dem Gesetzeswortlaut nicht lediglich im Rahmen der die Duldungspflicht ausschließenden Härte gemäß § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB zu berücksichtigen<sup>257</sup>. Der Gesetzgeber wollte mit der Aufnahme der vom Mieter getätigten Verwendungen als Grund für eine Härte zwar sicherstellen, dass vorausgegangene eigene Verwendungen des Mieters auf die Mietsache bei der Abwägung, ob ein Duldungsanspruch ausgeschlossen ist, zu berücksichtigen sind<sup>258</sup>. Hieraus folgt aber nicht, dass bei der Frage, ob überhaupt eine Modernisierung vorliegt, der vom Mieter geschaffene Zustand außer Betracht zu bleiben hätte. Insoweit ist allein entscheidend, ob durch die geplante Maßnahme objektiv der Gebrauchs- oder Substanzwert der gemieteten Räume oder des Gebäudes erhöht beziehungsweise eine Einsparung von Energie oder Wasser erreicht wird<sup>259</sup>. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, etwa weil die vom Vermieter geplante Modernisierung über das hinausgeht, was der Mieter zur Verbesserung der Mietsache unternommen hat, ist im Rahmen der dann grundsätzlich bestehenden Duldungspflicht des Mieters zu prüfen, ob die Duldung der Modernisierungsmaßnahmen - etwa wegen der vom Mieter auf eigene Kosten vorgenommenen Umbau- und Verbesserungsmaßnahmen - eine unzumutbare Härte darstellt.

## 11.2 Entgegenstehende Rechtskraft

Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung verbietet - als negative Prozessvoraussetzung - eine neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand; unzulässig ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines rechtskräftig entschiedenen Prozesses identisch ist<sup>260</sup>.

---

<sup>256</sup> BGH v. 14.9.2011 - VIII ZR 10/11, NZM 2012, 154 Rz. 11 m.w.N.

<sup>257</sup> so aber bereits Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetz, 6. Aufl., Rz. C 166 g.

<sup>258</sup> BT-Drucks. 9/2079, S. 12.

<sup>259</sup> vgl. BT-Drucks. 9/2079, S. 12.

<sup>260</sup> BGH v. 18.1.1985 - V ZR 233/83, BGHZ 93, 287, 288 f.; BGH v. 19.11.2003, BGHZ 157, 47, 50.

Eine solche Identität des Streitgegenstandes liegt vor, wenn der Vermieter mit einer "Widerwiderklage" (erneut) einen Anspruch auf Duldung des Herdaustauschs geltend macht, den er aus demselben Lebenssachverhalt herleitet, wie eine zuvor im Rahmen einer Modernisierungsankündigung, nämlich daraus, dass im Rahmen von Instandsetzungsarbeiten die Gasversorgung des Gebäudes entfallen soll, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet<sup>261</sup>. Daraus, dass der Vermieter nach dem Erlass des Teilverurteils über seine Duldungsklage nach § 554 Abs. 2 BGB mit Schreiben vom 5. Mai 2009 ein neues Modernisierungsverlangen ausgesprochen hat, ergibt sich kein neuer Streitgegenstand bezüglich des erneut geltend gemachten Duldungsanspruchs, denn eine Änderung des dem materiellen Anspruch zugrunde liegenden Lebenssachverhalts ist damit nicht verbunden.

## 12 Mieterhöhung

### 12.1 Angriff gegen qualifizierten Mietspiegel

Voraussetzung für die Berücksichtigung des Mietspiegels als Indiz oder als Vermutung im Rahmen der Überzeugungsbildung des Tatrichters ist, dass der Mietspiegel die Tatbestandsmerkmale des § 558c Abs. 1 BGB beziehungsweise des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt. Insofern verkürzt es die Tatbestandsvoraussetzungen des § 558d Abs. 3 BGB, wenn für das Eingreifen der dort geregelten Vermutungswirkung allein ausreichen lassen soll, dass "die Vorschrift des Abs. 2 eingehalten", also der Mietspiegel im Abstand von zwei Jahren der Marktentwicklung angepasst oder nach vier Jahren neu erstellt worden ist (vgl. § 558d Abs. 2 BGB)<sup>262</sup>. Bei dieser Sichtweise bleibt außer Betracht, dass § 558d Abs. 3 BGB ausdrücklich an die "im qualifizierten Mietspiegel genannten Entgelte" anknüpft, in § 558d Abs. 2 BGB ebenfalls von einem qualifizierten Mietspiegel die Rede ist und sich damit beide Absätze auf die in § 558d Abs. 1 BGB enthaltene Legaldefinition des qualifizierten Mietspiegels beziehen.

Da an einen qualifizierten Mietspiegel bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind (Hinweispflicht im Rahmen des Mieterhöhungsverlangens nach § 558a Abs. 3 BGB, Vermutungswirkung nach § 558d Abs. 3 BGB), muss die Frage, ob es sich um einen - ordnungsgemäß erstellten und anerkannten - qualifizierten Mietspiegel handelt, für die betroffenen Parteien auch überprüfbar sein<sup>263</sup>. Diese Überprüfung erfolgt nicht im Verwaltungsprozess<sup>264</sup>, sondern inzident im Rahmen eines Zivilprozesses über die Berechtigung einer Mieterhöhung<sup>265</sup>.

Auf die Prüfung, ob ein Mietspiegel die Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt, kann im Bestreitensfall nicht schon deswegen verzichtet werden, weil der Mietspiegel von sei-

<sup>261</sup> BGH v. 17.8.2011 – VIII ZR 20/11, GE 2011, 1301.

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

<sup>263</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 57 zum Merkmal der Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Methoden.

<sup>264</sup> BVerwG, NJW 1996, 2046 ff. (für einen einfachen Mietspiegel); OVG Münster, NZM 2006, 906 (für einen qualifizierten Mietspiegel).

<sup>265</sup> vgl. LG Bochum, DWW 2007, 298; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 10. Aufl., § 558d BGB Rz. 106; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 558d BGB Rz. 2

nem Ersteller als qualifizierter Mietspiegel bezeichnet oder von der Gemeinde und/oder von den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter als solcher anerkannt und veröffentlicht worden ist. Denn diese Umstände beweisen noch nicht, dass die Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB auch tatsächlich erfüllt sind, insbesondere der Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist<sup>266</sup>. Das Gericht muss vielmehr - gegebenenfalls unter Einholung amtlicher Auskünfte gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 2 oder § 358a Nr. 2 ZPO - über das Vorliegen der in § 558d Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen Beweis erheben. Die Einhaltung/Nichteinhaltung anerkannter wissenschaftlicher Grundsätze wird sich, sofern sie sich nicht bereits - etwa aufgrund der im Mietspiegel oder den hierzu veröffentlichten Erläuterungen enthaltenen (aussagekräftigen) Angaben zum Verfahren der Datengewinnung und -auswertung sowie zu den einzelnen Bewertungsschritten - als offenkundig darstellt oder vom Gericht in eigener Sachkunde beurteilt werden kann, häufig nur durch ein Sachverständigengutachten klären lassen<sup>267</sup>. Es wird aber durchaus auch Fälle geben, in denen eine ausreichende Klärung durch die Anhörung von sachverständigen Zeugen (§ 414 ZPO) - etwa von Experten, die an der Erstellung des Mietspiegels maßgeblich beteiligt waren - herbeigeführt werden kann. Ob im Bestreitensfall ein Sachverständigengutachten erforderlich ist, hängt vorrangig von der Art der gegen den Mietspiegel vorgebrachten Einwendungen, der Aussagekraft der vorhandenen und zugänglichen Dokumentation der Datenerhebung und Datenauswertung, dem Inhalt der Erläuterungen zu der im Mietspiegel angewandten Methodik und der eigenen Sachkunde des Gerichts ab.

Die Notwendigkeit, bei Bestreiten des Vorliegens eines qualifizierten Mietspiegels hierüber Beweis zu erheben, birgt allerdings die Gefahr in sich, dass die in § 558d Abs. 3 BGB vorgesehene Vermutung ihre verfahrensvereinfachende Funktion im Ergebnis weitgehend einbüßt. Denn die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde, ist in aller Regel kosten- und zeitaufwändig. Diese Auswirkungen sind jedoch als unvermeidbar hinzunehmen. Denn das Gesetz knüpft die - verfahrenserleichternde - Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB nur an einen Mietspiegel, der den Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB unstreitig, offenkundig (§ 291 ZPO) oder nachweislich genügt<sup>268</sup>. Sie lassen sich zudem durch eine sachgerechte Anwendung zivilprozessualer Grundsätze auf ein für die beteiligten Parteien vertretbares Maß verringern.

Von der Partei, die das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels in Abrede stellt, ist zunächst zu verlangen, dass sie im Rahmen des Möglichen substantiierte Angriffe gegen den Mietspiegel vorbringt, sofern die Erstellung des Mietspiegels in allgemein zugänglichen Quellen dokumentiert ist<sup>269</sup>. Der Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes ist bei Einführung des qualifizierten Mietspiegels davon ausgegangen, dass dessen Erstellung dokumen-

<sup>266</sup> vgl. *Kinne* in *Beierlein u.a.*, *Der Mietprozess*, 2006, Kap. 4 Rz. 41; *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 20; *Langenberg*, *WuM* 2001, 523, 525

<sup>267</sup> vgl. *Börstinghaus*, *NZM* 2000, 1087, 1092; *Mersson*, *ZMR* 2002, 806, 809.

<sup>268</sup> *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 15.

<sup>269</sup> vgl. *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2011, § 558d BGB Rz. 15, 19; großzügiger dagegen *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, *Mietrecht*, 10. Aufl., § 558d BGB Rz. 99.

tiert wird<sup>270</sup>. Auch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen hat im Rahmen seiner - in den Gesetzesmaterialien in Bezug genommenen - "Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln" aus dem Jahr 2002 ausgeführt, dass ein qualifizierter Mietspiegel "zwingend zu dokumentieren" ist, "um die Ergebnisse nachvollziehen und überprüfen zu können". Hierzu sollen "insbesondere die angewandten Methoden ausführlich und möglichst verständlich" dargestellt werden<sup>271</sup>. Geschieht dies - wie die "Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln" ebenfalls voraussetzen<sup>272</sup> - in allgemein zugänglicher Form, lassen sich manche Fragestellungen (wie beispielsweise die der einer Wohnlageneinordnung zugrunde gelegten Kriterien) ohne weiteres klären. Informationen, die sich aus einer derartigen Dokumentation ergeben, kann die Partei, die den qualifizierten Mietspiegel nicht anerkennen will, nicht mehr mit Nichtwissen bestreiten. Sie muss sich vielmehr mit dem Inhalt der Dokumentation substantiiert auseinandersetzen, soweit dies ohne Fachkenntnisse - etwa auf dem Gebiet der Statistik - möglich ist. Liegt ein substantiiertes Bestreiten vor, wird sich in manchen Fällen die richterliche Überzeugung über die Einhaltung/Nichteinhaltung wissenschaftlich anerkannter Grundsätze bei der Erstellung des Mietspiegels auf einfachere Weise als durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gewinnen lassen, etwa aufgrund ergiebiger Erläuterungen im Mietspiegel und ergänzend eingeholter amtlicher Auskünfte, durch Anhörung sachverständiger Zeugen oder kraft ausreichender eigener Sachkunde des Gerichts.

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

Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen reicht das Bestreiten aus, der Mietspiegel 2009 der Stadt Berlin sei nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden<sup>273</sup>. Dieses Bestreiten ist auch hinreichend substantiiert. Der Vermieter hat moniert, die Einordnung der Wohngebiete im Berliner Mietspiegel 2009 beruhe - anders als etwa beim Münchner Mietspiegel - nicht auf überprüfbar anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erhebungen, sondern auf einer willkürlichen und realitätsfremden, nicht am tatsächlichen Mietniveau orientierten Einteilung einzelner Straßen und Gebiete in die drei Wohnlagen "einfach", "mittel" und "gut", wobei die im Münchner Mietspiegel vorgesehene Kategorie "beste Wohnlage" gar nicht vorgesehen sei. Hierbei hat er insbesondere die im Straßenverzeichnis zum Mietspiegel 2009 vorgenommene Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in die Kategorie "einfache Wohnlage" bemängelt und dazu vorgebracht, die Wohnung liege in einem - vor allem wegen seiner Infrastruktur - besonders beliebten Innenstadtgebiet (Berlin-Mitte), in dem deutlich über dem einschlägigen Höchst-

---

<sup>270</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 57.

<sup>271</sup> Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln, S. 33; vgl. auch S. 34.

<sup>272</sup> Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln, S. 34.

<sup>273</sup> BGH v. 21.11. 2012 - VIII ZR 46/12, WuM 2013, 110 = IMR 2013, 49.

wert des Berliner Mietspiegels 2009 liegende Mieten erzielt würden. Dies werde exemplarisch dadurch belegt, dass von 30 Wohnungen im Bestand des Vermieters nur drei innerhalb der im einschlägigen Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne lägen. Der Vermieter hat damit die Richtigkeit und Repräsentativität des dem Mietspiegel zugrunde gelegten Datenmaterials substantiiert in Frage gestellt.

## 13 Vermieterpfandrecht

### 13.1 Schicksal bei Veräußerung

Gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 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, allerdings mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat<sup>274</sup>.

Mit dem Eigentumsübergang und dem Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber tritt gemäß § 566 BGB hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche gegen den Mieter eine Zäsur ein<sup>275</sup>. Diese Zäsur betrifft aber nicht nur die vor dem Eigentumsübergang entstandenen Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis, sondern auch die dafür bestehenden Sicherungsrechte<sup>276</sup>. Der Veräußerer der Mietsache behält seine gesetzlichen Vermieterpfandrecht für die in seiner Person begründeten Forderungen, für den Erwerber entsteht mit der Begründung des neuen Mietverhältnisses gemäß § 566 BGB ein neues Vermieterpfandrecht an den eingebrachten Sachen, soweit sie dem Mieter gehören. Davon geht auch die Literatur fast einhellig aus, indem gerade von der Existenz zweier Vermieterpfandrechte und nicht von einer Rechtsnachfolge in nur ein Vermieterpfandrecht die Rede ist. Nur für die dem Veräußerer rechtsgeschäftlich - i. S. v. § 232 BGB - „geleisteten“ Sicherheiten, ordnet die Sonderregelung des § 566a BGB den Eintritt des neuen Vermieters in die daraus begründeten Rechte und Pflichten, die nicht aus dem Mietvertrag, sondern aus der Sicherungsvereinbarung folgen<sup>277</sup>, an. Deshalb gilt die zeitliche Zäsur zwischen den beiden Mietverhältnissen für einen schon vor dem Eigentumsübergang fälligen Anspruch auf Leistung einer vertraglich vereinbarten Kautions des Mieters nicht<sup>278</sup>. Zweck des Anspruchs auf die vereinbarte Sicherheit ist danach die Sicherung aller vermietetseitigen Ansprüche, auch der des Erwerbers aus dem mit dem gleichen Inhalt entstandenen Mietvertrag. Für das gesetzlich durch § 562 BGB begründete, nicht „geleistete“ Vermieterpfandrecht gibt es eine dem § 566a BGB entsprechende Sonderregelung nicht. Die Rechtsprechung zu § 566a BGB kann deshalb auch nicht auf dieses Vermieterpfandrecht übertragen werden. Ersichtlich wird eine unmittelbare oder auch nur analoge Anwendung des § 566a BGB auf das Vermieterpfandrecht des § 562 BGB weder in der Rechtsprechung noch in der juristischen Literatur vertreten. Sie ist auch nicht geboten. Der Erwerber ist dadurch ausreichend geschützt, dass ein eigenes Vermieterpfand-

<sup>274</sup> st. Rspr. des BGH, zuletzt NJW 2012, 3032 m. w. N.

<sup>275</sup> BGH, NJW 2012, 3032.; Rz. 32 nach juris.

<sup>276</sup> OLG Hamm v. 4.12.2012 – 27 U 195/11, ZMR 2013, 434.

<sup>277</sup> so BGHZ 141,160.

<sup>278</sup> BGH NJW 2012, 3032 zu Rz. 34 nach juris.

recht mit dem Beginn seines Mietverhältnisses schon von Gesetzes wegen begründet wird. Der Überleitung einer vertraglichen Vereinbarung bedarf es nicht. Dass der „neue“ Vermieter dieses Pfandrecht nur an den eingebrachten Sachen erlangt, die dem Mieter zum Zeitpunkt des Beginns seines Mietverhältnisses noch gehören, ist in der gesetzlichen Ausgestaltung des Vermieterpfandrechts begründet, nach der ein gutgläubiger Erwerb des besitzlosen Pfandrechts an mieterfremden Sachen gerade ausgeschlossen ist. Dem entsprechend ist auch der gute Glaube des Erwerbers daran, dass alle in die Mieträume früher eingebrachten Sachen, an denen womöglich ein Pfandrecht des Veräußerers entstanden sein kann, unverändert im Eigentum des Mieters verblieben sind, nicht schutzwürdig.

## 14 Betriebskosten

### 14.1 Umlagevereinbarung

Neben einer (bestimmten) Umlagevereinbarung<sup>279</sup>, die den Umfang der von der Abrechnungspflicht erfassten Kosten regelt, bedarf es einer eindeutigen Vereinbarung von Vorauszahlungen. Das ist bei der Verwendung des Wortes Vorauszahlungen der Fall. Bei anderen Bezeichnungen (z.B. „Abschlagszahlungen“, „á-cto-Zahlung“, „Vorauszahlungspauschale“) bleiben oft trotz jahrelanger Praxis Unklarheiten, die sich nach § 305c Abs. 2 BGB im Zweifel zu Lasten des Vermieters auswirken, so dass eine Pauschale anzunehmen ist<sup>280</sup>, wenn nicht eine Auslegung doch noch einen eindeutigen Inhalt hervorbringt.

Sind Vorauszahlungen vereinbart, fehlt es aber an einer eindeutigen Umlagevereinbarung, über die jahrelang nicht abgerechnet wird, kann sich im Wege der Auslegung die Vereinbarung einer Bruttomiete ergeben. Davon ist jedenfalls auszugehen, wenn der Betrag, der auf die Vorauszahlungen entfällt, 40% der Miete ausmacht, wobei Heizkosten nicht berücksichtigt wurden<sup>281</sup>. Kann auf die Auslegungshilfe der jahrelangen Übung nicht zurückgegriffen werden und ergibt sich aus der Höhe der Vorauszahlungen kein Hinweis, sind die Umstände des Einzelfalles maßgeblich.

### 14.2 Umlagevereinbarung in der Gewerberaummiete

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Gerade bei Vereinbarungen zur Übertragung von Mietnebenkosten kommt diesem Transparenzgebot eine besondere Bedeutung zu. Mietnebenkosten sind Bestandteil der Miete. Die Angemessenheit und Marktgerechtigkeit der von ihm zu zahlenden Miete kann der Mieter nur dann verlässlich beurteilen, wenn er sich anhand einer ausdrücklichen und inhaltlich genügend bestimmten Umlagevereinbarung zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten neben der Grundmiete auf ihn zukommen

<sup>279</sup> BGH v. 2.5.2012 – XII ZR 88/10, WuM 2012, 452 = GE 2012, 822 = ZMR 2012, 614.

<sup>280</sup> LG Wiesbaden WuM 1987, 284; AG Hamburg-Altona v. 30.8.1985 - 53b C 181/85, WuM 1987, 274; vgl. aber OLG Dresden v. 20.6.2000 - 23 U 403/00, NZM 2000, 827.

<sup>281</sup> BGH v. 2.5.2012 – XII ZR 88/10, WuM 2012, 452 = GE 2012, 822 = ZMR 2012, 614.

können<sup>282</sup>. Abzustellen ist dabei auf die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Mieters zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses<sup>283</sup>. 56

### 14.2.1 Kosten der Versicherung

Nach diesen Maßstäben ist die Übertragung der Kosten für "Versicherungen" unwirksam<sup>284</sup>. Die Klausel ist inhaltlich unklar, weil sie dem Mieter keine Anhaltspunkte dafür bietet, im Rahmen seiner wirtschaftlichen Kalkulation Art und Höhe der möglicherweise auf ihn zukommenden Versicherungskosten abschätzen zu können. Der BGH hat aus diesem Grunde schon vergleichbare Klauseln, welche bei der Geschäftsraummiete eine Übertragung der Kosten für "übliche Versicherungen" zum Gegenstand hatten, im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Transparenzgebot für unwirksam erachtet<sup>285</sup>. Denn hier kann zur Ausfüllung des im Vertrag verwendeten Versicherungsbegriffes auch nicht auf die in Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II.BV bzw. nunmehr in § 2 Nr. 13 BetrKV enthaltene Definition zurückgegriffen werden. Zwar steht einer Heranziehung dieser für die Wohnraummiete geltenden Regelwerke als Hilfsmittel zur Bestimmung umlegbarer Kosten nicht grundsätzlich entgegen, dass sie für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind. Im vorliegenden Fall scheidet ein Auslegungsrückgriff auf die genannten Bestimmungen allerdings aus, denn un-abhängig davon, dass sich die maßgeblichen Regelungen in der II.BV bzw. in der BetrKV nicht allgemein zu Versicherungskosten, sondern nur zu einer Definition der Kosten für die Sach- und Haftpflichtversicherung verhalten.

### 14.2.2 Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen

Auch die die Klausel, wonach dem Mieter die Kosten der "Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes" übertragen worden sind, ist intransparent und damit unwirksam<sup>286</sup>. Der BGH hat bereits entschieden, dass eine formularmäßige Bestimmung, wonach der Mieter in einem Einkaufszentrum unter anderem die Wartungs- und Instandhaltungskosten für "alle technischen Einrichtungen (z.B. Telefonzentrale, Musikübertragungsanlage, Blumen und Pflanzen etc.) einschließlich Außenanlagen und Parkplätzen" zu tragen habe, eine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellt, weil ihm dadurch ohne Begrenzung der Höhe nach die Kosten der Erhaltung des gesamten Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanlagen aufgebürdet werden<sup>287</sup>. Die gleichen Wirksamkeitsbedenken ergreifen auch die vorliegende Klausel, die sich einer einschränkenden Auslegung dahingehend, dass der Mieter nur für die Erhaltung derjenigen technischen Einrichtungen einzustehen habe, die seinem Mietgebrauch ausgesetzt oder seiner Risikosphäre zuzuordnen sind, aufgrund ihrer bewusst weiten Fassung entzieht. Soweit es die Wartung der technischen Einrichtungen betrifft, verfängt der Hinweis darauf, dass nach Nr. 4 lit. a der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II.BV bzw. nach § 2 Nr. 4 lit. a BetrKV Wartungskosten selbst auf einen Wohnraummieter abgewälzt werden könn-

---

<sup>282</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, ZMR 2004, 844 = NZM 2005, 863, 865.

<sup>283</sup> BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 69/08, NZM 2010, 279 Rz. 8 m.w.N.

<sup>284</sup> BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, MDR 2012, 1456 = WuM 2012, 662 = GE 2012, 1696.

<sup>285</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, ZMR 2004, 844 = NZM 2005, 863, 865.

<sup>286</sup> BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, MDR 2012, 1456 = WuM 2012, 662 = GE 2012, 1696.

<sup>287</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, ZMR 2005, 844 = NZM 2005, 863, 865.



ten, nicht. Denn diese Vorschriften verhalten sich lediglich zu den Kosten des Betriebes einer Heizungsanlage, die im vorliegenden Fall in einer besonderen Klausel erfasst sind. 57

### 14.2.3 Kosten des Hausmeisters

Auch die Klausel, wonach der Mieter die Kosten für einen "Hausmeister" zu tragen haben soll, benachteiligt den Mieter im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB unangemessen, soweit ihm dadurch die Erhaltungslast für das gesamte Mietobjekt auferlegt werden kann<sup>288</sup>. Grundsätzlich begegnet die formularmäßige Übertragung von Hausmeisterkosten in der Geschäftsraummiete jedenfalls dann keinen grundsätzlichen Bedenken, wenn zur Ausfüllung des in den Vertragsbedingungen verwendeten Hausmeisterbegriffes auf Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II.BV bzw. in § 2 Nr. 14 BetrKV zurückgegriffen werden kann. Nach der gesetzlichen Definition gehören zu den Kosten des Hauswerts die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die dem Hauswart für seine Arbeit gewährt werden, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft. Soweit es den Tätigkeitsbereich des Hausmeisters angeht, beschränken sich die Verordnungen somit auf die (negative) Regelung, welche Bestandteile der einem Hausmeister gezahlten Vergütung nicht auf den Mieter umgelegt werden können. Inhalt und Bedeutung des Hausmeisterbegriffes werden vom Ordnungsgeber dagegen ersichtlich als bekannt vorausgesetzt; hinsichtlich der Anforderungen an die Transparenz vertraglicher Bestimmungen können keine strengeren Maßstäbe angelegt werden. Sollen die in Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BV enthaltene Beschränkung der umlagefähigen Hausmeisterkosten aufgrund der Regelung des Mietvertrages ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, wird es dem Vermieter damit ermöglicht, über die Umlage der Hausmeistervergütung auch einen Teil der Kosten für die Instandsetzung und Instandhaltung von Gemeinschaftsflächen auf die Mieter abzuwälzen. Eine solche Regelung zu den Hausmeisterkosten ist nur dann wirksam, wenn der Mieter insgesamt durch eine Kostenobergrenze gegen die "uferlose" Übertragung der Erhaltungslast für Allgemeinbereiche geschützt ist<sup>289</sup>.

## 14.3 Abrechnung von Eigenleistungen

Gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV kann der Vermieter die von ihm durch eigenes Personal erbrachten Leistungen nach den fiktiven Kosten (ohne Umsatzsteuer) abrechnen, die bei Erbringung der Leistungen durch einen Dritten (ein Unternehmen) entstanden wären. Diese gesetzliche Regelung dient der Vereinfachung der Abrechnung für den Vermieter. Sie steht nicht nur dem privaten Vermieter zur Verfügung, der seine eigene Arbeitskraft einsetzt; vielmehr können auch institutionelle Eigentümer, die diese Leistungen durch ihre Arbeitnehmer oder durch unselbständige Einheiten erbringen, nach den Kosten abrechnen, die bei Beauftragung eines Dritten (Unternehmen) entstanden wären<sup>290</sup>. Durch diese Abrechnung nach fiktiven Kosten eines Fremdunternehmers können Streitigkeiten der Mietpartei-

---

<sup>288</sup> BGH v. 26.9.2012 - XII ZR 112/10, MDR 2012, 1456 = WuM 2012, 662 = GE 2012, 1696.

<sup>289</sup> vgl. auch OLG Düsseldorf v. 10.5.2007 - 24 U 204/06ZMR 2008, 45, 46; OLG Frankfurt v. 17.1.2008 - 27 U 25/07 - juris Rz. 13; *Langenberg*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 6. Aufl., B Rz. 95.

<sup>290</sup> vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 28.

en darüber vermieden werden, inwieweit vom Vermieter eingesetzte eigene 58  
Arbeitskräfte mit umlagefähigen und nicht umlagefähigen Aufgaben betraut  
waren und wie diese Kosten voneinander abzugrenzen sind.

Vor diesem Hintergrund hat der Vermieter die der Abrechnung zugrunde gelegten fiktiven Kosten schlüssig dargetan, wenn er ein von ihm erstelltes - detailliertes - Leistungsverzeichnis über die anfallenden Gartenpflege- und Hausmeisterarbeiten (u.a. Größe der Rasenfläche, Mähturnus) sowie das hierzu von einer Fremdfirma abgegebene Angebot vorgelegt und vorgetragen hat, es habe sich um das günstigste von mehreren erhaltenen Angeboten gehandelt<sup>291</sup>. Insoweit ist es unschädlich, dass die Fremdfirma in ihrem Angebot nicht aufgeschlüsselt hat, mit welchem Zeitaufwand und welchem Stundenlohn sie ihr Angebot kalkuliert hat.

#### **14.4 Grundsteuer**

Die Grundsteuer wird von der Kommune direkt für die jeweilige Wohnung dem Sondereigentümer erhoben, so dass es eines Umlageschlüssels nicht bedarf und die Grundsteuer lediglich "direkt" an den Mieter weiterzugeben ist<sup>292</sup>.

#### **14.5 Kosten des Hauswarts**

Beruhend auf dem angesetzten Kosten des Hauswarts, auf einem Hauswartvertrag für das Gebäude und macht der Vermieter geltend, dieser Vertrag habe (ausschließlich) umlagefähige Tätigkeiten zum Gegenstand, reicht ein einfaches Bestreiten der Kostenansätze durch den Mieter nicht aus<sup>293</sup>. Dass es neben dem erwähnten Hauswartvertrag noch einen weiteren Hauswartvertrag über die im Sondereigentum des Vermieters stehenden Wohnungen gibt, der sich teilweise auch auf nicht umlagefähige Instandsetzungstätigkeiten bezieht, führt nicht dazu, dass der Vermieter nunmehr auch für den noch im Streit befindlichen Vertrag aufzuschlüsseln hätte, welche Kosten im Einzelnen für welche umlagefähigen Tätigkeiten entstanden und wie sie auf welche Wohnungen verteilt worden sind. Vielmehr obliegt es dem Mieter – ggfs. aufgrund einer Einsichtnahme in den Hauswartvertrag und die insoweit erteilten Abrechnungen - die geltend gemachten Kosten substantiiert zu bestreiten.

#### **14.6 Formelle Fehler der Abrechnung**

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

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

---

<sup>291</sup> BGH v. 14.11.2012 – VIII ZR 41/12, MDR 2013, 81 = WuM 2013, 44 = GE 2013, 113 = NZM 2013, 120.

<sup>292</sup> BGH v. 17.4.2013 – VIII ZR 252/12, WuM 2013, 358; BGH v. 13.9.2011 - VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679 = NZM 2012, 96.

<sup>293</sup> BGH v. 13.9.2011 - VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679 = NZM 2012, 96.

Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.<sup>294</sup> 59

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.<sup>295</sup> Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters. Allgemein verständliche Verteilungsmaßstäbe bedürfen keiner Erläuterung.

#### 14.6.1 Fehlende Angabe von Vorauszahlungen

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß und damit wirksam, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben in eine Betriebskostenabrechnung aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen<sup>296</sup>.

Dabei hat der BGH mehrfach deutlich gemacht, dass an die Abrechnungen in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Abrechnung haben sich am Zweck der Abrechnung zu orientieren. Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen. Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, in welchen Rechenschritten die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist<sup>297</sup>. Etwaige Fehler - zu hoch oder zu niedrig angesetzte Vorauszahlungen, Ansatz der Soll- statt der Ist-Vorauszahlungen - stellen (nur) materielle Fehler der Abrechnung dar, die nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen führen, weil der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres nachprüfen kann, ob der Vermieter die geleisteten Zahlungen korrekt berücksichtigt hat<sup>298</sup>.

Das gilt ebenso, wenn der Vermieter überhaupt keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht hat<sup>299</sup>. Auch in diesem Fall kann der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres feststellen, ob dies zu Recht nicht geschehen ist. Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung wird dadurch nicht in Frage gestellt. In einem solchen Fall wäre es, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, eine sinnlose Förmerei, wenn der Vermieter in der Abrechnung Vorauszahlungen des Mieters ausdrücklich mit "Null" zu beziffern hätte.

---

<sup>294</sup> BGH vom 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260, Tz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258, Tz. 15.

<sup>295</sup> BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

<sup>296</sup> BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 Rz. 8 m.w.N.

<sup>297</sup> st. Rspr.: BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283 Rz. 21 22 m.w.N.

<sup>298</sup> BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 Rz. 16 m.w.N.

<sup>299</sup> BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, WuM 2012, 278.

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

### 14.7.1 Personenschlüssel bei Leerstand

Bei einem Personenschlüssel soll der Vermieter wegen der statischen Kosten, die auch bei verbrauchsabhängigen Kosten trotz Leerstand weiterlaufen (z.B. Grundkosten, Zählermiete), für die Dauer des Leerstandes eine Person ansetzen müssen<sup>300</sup>.

Dies begegnet Bedenken<sup>301</sup>. Denn wenn vereinbart ist, dass für die Verteilung der Betriebskosten die Anzahl der Bewohner maßgeblich sein soll, kommt es auf die tatsächliche Benutzung an und nicht z.B. auf die melderechtliche Registrierung<sup>302</sup>. Dann können aber auch bei dem Gesamtverteiler keine fiktiven Personen angesetzt werden. Die Belastung hat der Mieter bis zur Grenze der krassen Unbilligkeit zu tragen.

## 14.8 Verjährung bei nachträglicher Neu-Festsetzung der Grundsteuer

Der Saldo aus der Abrechnung verjährt als Guthaben (= Anspruch des Mieters auf Auszahlung zu viel gezahlter Vorauszahlungen) oder Nachforderung nach den allgemeinen Vorschriften in drei Jahren gemäß §§ 195, 199 BGB. Grundsätzlich beginnt die Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in dem die Abrechnung dem Mieter zugegangen ist. Denn mit der Erteilung der Betriebskostenabrechnung entsteht der Anspruch auf den Saldo, der mit Zugang beim Mieter fällig wird. Die Verjährung tritt aber grundsätzlich nur hinsichtlich der Forderung ein, die vom Vermieter berechnet wurde.

Wurde die Abrechnung nachträglich korrigiert, ohne dass die Ausschlusswirkung des § 556 Abs. 3 BGB eingreift, beginnt die Verjährung erst mit dem Zugang der korrigierten Abrechnung, §§ 195, 199 BGB. Denn in diesem Fall hat der Vermieter die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erst, wenn er von den Tatsachen erfährt, die die Korrektur begründen (z.B. Bescheid über die Nachfestsetzung von Grundsteuer<sup>303</sup>). Eine Orientierung an der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren, beginnend mit dem Ablauf des jeweiligen Jahres der zulässigen Mitteilung der Betriebskostenabrechnung des früheren Abrechnungszeitraums<sup>304</sup>, rechtfertigt sich auch nicht aus dem Beschleunigungsgedanken des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB. Vielmehr wider-

---

<sup>300</sup> AG Köln v. 7.3.1997 – 201 C 609/96, WuM 1998, 290; vgl. auch BGH v. 8.1.2013 – VIII ZR 180/12, WuM 2013, 227 = GE 2013, 411 (Einzelfallentscheidung aus Billigkeitsgründen).

<sup>301</sup> BGH v. 28.1.2013 – VIII ZR 180/12; WuM 2013, 227 = GE 2013, 411.

<sup>302</sup> BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 82/07, MDR 2008, 498 = WuM 2008, 151 = GE 2008, 401; Schmid, Nebenkosten, Rz. 4145.

<sup>303</sup> BGH v. 12.12.2012 – VIII ZR 264/12, WuM 2013, 108 = NZM 2013, 84 = ZMR 2013, 268.

<sup>304</sup> So: LG Düsseldorf v. 22.9.2010 – 23 S 430/09, WuM 2010, 749; LG Rostock v. 27.2.2009 – 1 S 200/08, WuM 2009, 232 = ZMR 2009, 924, Streyll WuM 2011, 101.

spricht sie dem Prinzip des § 199 BGB, wonach Verjährung nur ausnahmsweise ohne Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen eintreten soll. 61

## 14.9 Einsicht in die Abrechnungsunterlagen

### 14.9.1 Vorlage der Rechnung eines Vorlieferanten?

Zu der jährlichen, den Grundsätzen des § 259 BGB entsprechenden Abrechnung über die vorausgezählten Betriebskosten, zu der der Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB verpflichtet ist, gehört auch, dass der Vermieter dem Mieter die Überprüfung der Abrechnung ermöglicht. Hiervon umfasst ist die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen, darunter auch Verträge des Vermieters mit Dritten, soweit deren Heranziehung zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung und zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen gegen die Nebenkostenabrechnung gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB erforderlich ist<sup>305</sup>. Wie der BGH bereits entschieden hat, ist dies insbesondere bei einem Wärmelieferungsvertrag der Fall<sup>306</sup>; in diesen besteht ein Einsichtsrecht des Mieters.

Der Vermieter, der einen Wärmelieferungsvertrag mit einem Contractor abgeschlossen hat, ist aber nicht zur Vorlage der dem Contractor von dessen Vorlieferanten ausgestellten Rechnung verpflichtet<sup>307</sup>. In den Fällen der Versorgung des Mieters mit Heizenergie durch einen Wärmecontractor gilt nichts anderes als bei dem unmittelbaren Energiebezug durch den Vermieter ohne Einschaltung eines Contracting-Unternehmens. Auch in diesen Fällen haben die Mieter einer Wohnung gegen den Vermieter keinen Anspruch auf Auskunft darüber, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen beispielsweise der Heizöllieferant das Heizöl seinerseits von seinem Vorlieferanten bezieht. Ebenso wenig steht den Klägern als Mietern ein Anspruch auf Auskunft über Vereinbarungen zu, die der Wärmecontractor mit seinen Vorlieferanten geschlossen hat. Unbenommen bleibt dem Mieter das Einsichtsrecht in den vom Vermieter mit dem Wärmecontractor abgeschlossenen Wärmelieferungsvertrag zur Nachprüfung der Heizkostenabrechnung. Will der Mieter die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots aus § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB prüfen, kann er die ihm in Rechnung gestellten Kosten mit den Preisen anderer Wärmelieferanten vergleichen.

Zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung ist die Rechnung des Fernwärmeversorgers an den Wärmecontractor auch nicht aus anderen Gründen erforderlich. Der Mieter hat die im vorliegenden Fall nicht umlagefähigen Kosten des Wärmecontractings aus der seitens des Wärmecontractors vorgelegten Heizkostenabrechnung "unstreitig nachvollziehbar herausrechnen lassen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zusatzkosten des Wärmecontracting damit zutreffend ermittelt worden sind. Hätte der Mieter dies bestreiten wollen, folgte daraus kein Anspruch auf Vorlage der dem Wärmecontractor von seinem Vorlieferanten gestellten Rechnung. Vielmehr hätte die Beklagte die Richtigkeit der Abrechnung zu beweisen gehabt. Welchen Beweis ein Vermieter dafür antritt, ist ihm überlassen.

---

<sup>305</sup> BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2; BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 21

<sup>306</sup> BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2; BGH v. 6.12.1978 - VIII ZR 273/77, NJW 1979, 1304 unter II 2 c.

<sup>307</sup> BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, GE 2013, 1196 = WuM 2013, 540.

Dem Mieter steht kein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick darauf zu, dass ihm der Vermieter keine Einsicht in die Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft gewährt hat. Auf derartige Unterlagen bezieht sich, der Anspruch des Mieters auf Einsicht in die Abrechnungsunterlagen der Betriebskostenabrechnung nicht<sup>308</sup>.

#### 14.10 Verzugszinsen bei verspäteter Auszahlung des Betriebskostenguthabens

Zu der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Mieter bei einer unterbliebenen oder verspäteten Abrechnung der Betriebskosten Verzugszinsen auf sein Guthaben verlangen kann, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Teilweise wird eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB bejaht und angenommen, dass ein Vermieter, der schuldhaft nicht fristgerecht über die Betriebskosten abgerechnet habe, ein etwaiges Guthaben des Mieters gemäß § 288 Abs. 1 BGB verzinsen müsse<sup>309</sup>.

Eine andere Ansicht lehnt eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB mit der Begründung ab, der Vermieter schulde nur eine fristgerechte Abrechnung und damit keine Geldschuld i.S.v. § 288 Abs. 1 BGB. Außerdem sei der Mieter vor den Folgen einer verspäteten Abrechnung durch die Möglichkeit, in einem laufenden Mietverhältnis die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen verweigern und bei einem beendeten Mietverhältnis unmittelbar die Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen verlangen zu können, ausreichend geschützt<sup>310</sup>.

Der BGH schließt sich der letztgenannten Auffassung an. § 288 Abs. 1 BGB kann nicht entsprechend angewendet werden, wenn ein Betriebskostenguthaben verspätet an den Mieter ausbezahlt wird, weil der Vermieter mit der Verpflichtung auf Erstellung einer Betriebskostenabrechnung in Verzug geraten ist<sup>311</sup>. § 288 Abs. 1 BGB gewährt dem Gläubiger einer Geldschuld einen Anspruch auf Verzugszinsen in der durch die Vorschrift festgelegten Höhe, ohne dass ein konkreter Verzugsschaden dargelegt werden muss<sup>312</sup>. Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Vorenthaltung geschuldeten Geldes stets einen Schaden darstellt, weil die mit dem Besitz von Geld verbundenen Nutzungsmöglichkeiten regelmäßig geldwerte Vorteile bieten, die dem Gläubiger durch die Nichterfüllung einer Geldschuld genommen werden<sup>313</sup>. Der Sinn der Regelung des § 288 Abs. 1 BGB liegt jedoch nicht nur in einer abstrakten Entschädigung des Gläubigers für die entbehrte Kapitalnut-

---

<sup>308</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

<sup>309</sup> AG Berlin-Mitte v. 27.4.2005 - 26 C 5001/03, GE 2005, 805; Staudinger/Weitemeyer BGB [2010], § 556 BGB Rz. 135; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Rz. 1056; *Beyerle* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, Rz. 145; *Kirsch/Leonhard*, GE 2010, 1306

<sup>310</sup> *Beuermann*, GE 2010, 1306, 1307; *Kinne*, GE 2005, 768; *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 12. Aufl., Rz. 3187; vgl. dazu auch *Schmid*, GE 2005, 905 f.

<sup>311</sup> BGH v. 5.12.2012 - XII ZR 44/11, MDR 2013, 267 = WuM 2013, 168 = ZMR 2013, 265.

<sup>312</sup> vgl. BGH v. 25.4.2006 - XI ZR 271/05, NJW 2006, 2398 Rz. 9.

<sup>313</sup> so schon BGH v. 26.4.1979 - VII ZR 188/78, MDR 1979, 836 = NJW 1979, 1494.

zung<sup>314</sup>. Durch die in § 288 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB bestimmte Höhe der Verzugszinsen soll der Schuldner auch angehalten werden, eine Geldschuld pünktlich zu erfüllen<sup>315</sup>. Die Vorschrift trägt insoweit dem besonderen Schutzbedürfnis des Gläubigers einer Geldforderung Rechnung. Insbesondere dann, wenn der Gläubiger zur Vorleistung verpflichtet war, steht ihm in der Regel keine effektive Möglichkeit zur Verfügung, den Schuldner zur Zahlung zu veranlassen. Ein Zurückbehaltungsrecht kann er nach Erbringung der eigenen Leistung nicht mehr ausüben. Ein konkreter Verzugschaden in einer Höhe, die den Schuldner zur Zahlung bewegen könnte, wird von ihm oft nicht dargelegt werden können. Die in § 288 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB bestimmten Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz bzw. acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, verhindern, dass der Schuldner aus der Zahlungsverzögerung oder -verweigerung wirtschaftliche Vorteile zieht und für seine Vertragsuntreue gleichsam belohnt wird<sup>316</sup>. Aufgrund dieses gerade auf den Verzug mit einer Geldschuld bezogenen Schutzzwecks des § 288 Abs. 1 BGB kann diese Vorschrift nicht entsprechend angewendet werden, wenn der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung nicht fristgerecht erfüllt und in der Folge ein Betriebskostenguthaben verspätet an den Mieter ausgezahlt wird. Zwar führt die verspätete Abrechnung der Betriebskosten in den Fällen, in denen sich aufgrund der Abrechnung ein Guthaben für den Mieter ergibt, dazu, dass dem Mieter (jedenfalls zeitweise) unberechtigt ein Geldbetrag vorenthalten wird. Aufgrund des vom Gesetzgeber bewusst eng gefassten Anwendungsbereichs des § 288 Abs. 1 BGB kann die Vorschrift jedoch nicht auf alle Fälle angewendet werden, in denen mittelbar die Verschaffung von Geld geschuldet wird<sup>317</sup>. Der Vermieter ist nach Ablauf der Abrechnungsfrist zunächst nur dazu verpflichtet, eine Betriebskostenabrechnung zu erstellen. Erst nach der Erstellung der Abrechnung und unter der Voraussetzung, dass die vom Mieter im Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen die Höhe der abrechnungsfähigen Betriebskosten übersteigen, erlangt der Mieter einen auf die Zahlung von Geld gerichteten Anspruch. Entsprechen die abrechnungsfähigen Betriebskosten den geleisteten Vorauszahlungen oder übersteigen sie diese sogar, steht dem Mieter auch bei einer verspäteten Abrechnung kein Zahlungsanspruch zu. Dies zeigt, dass der Anspruch des Mieters auf Abrechnung der Betriebskosten nicht mit einer Geldschuld i.S.v. § 288 Abs. 1 BGB gleichgesetzt werden kann, bei der von vornherein feststeht, dass dem Gläubiger durch eine verspätete Leistung des Schuldners Geld vorenthalten wird. Hinzu kommt, dass der Mieter - anders als der Gläubiger einer "echten" Geldschuld - über ausreichende Möglichkeiten verfügt, den Vermieter zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung zu veranlassen. Während eines laufenden Mietverhältnisses kann er die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 273 Abs. 1 BGB verweigern. Da die zurückbehaltenen Betriebskostenvorauszahlungen regelmäßig schnell die Höhe eines etwaigen Rückzahlungsguthabens des Mieters erreichen, kann davon ausgegangen wer-

<sup>314</sup> BGH v. 20.5.1985 - VII ZR 266/84 = NJW 1985, 2325, 2326.

<sup>315</sup> Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB [2009], § 288 BGB Rz. 4; Prütting/Wegen/Weinreich, 7. Aufl., § 288 BGB Rz. 1; Erman/Hager, 13. Aufl., § 288 BGB Rz. 1.

<sup>316</sup> So schon BGH v. 20.5.1985 - VII ZR 266/84 = NJW 1985, 2325, 2326 m.w.N.; vgl. dazu auch BT-Drucks. 14/1246 S. 5, 14/6040 S. 148 f. und MünchKomm/Ernst, 6. Aufl., § 288 BGB Rz. 4.

<sup>317</sup> Staudinger/Löwisch/Feldmann, [2009], § 288 BGB Rz. 11.

den, dass der Vermieter die Betriebskostenabrechnung zeitnah erstellen wird, um die laufenden Betriebskostenvorauszahlungen wieder zu erhalten<sup>318</sup>. Im beendeten Mietverhältnis kann der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist sofort die Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorschüsse verlangen und diese gegebenenfalls auch im Wege einer Klage geltend machen, ohne zuvor auf die Erstellung der Betriebskostenabrechnung klagen zu müssen<sup>319</sup>. Darüber hinaus hat der Mieter auch die Möglichkeit, den Vermieter in Verzug zu setzen und einen konkreten Schaden, der ihm aufgrund der verspäteten Abrechnung entstanden ist, nach §§ 280 Abs. 2, 286, 249 BGB geltend zu machen, etwa wenn der Mieter einen Überziehungskredit in Anspruch nimmt. Schließlich kann der Mieter auch eine abstrakte Schadensberechnung nach § 252 BGB vornehmen, wenn er zum Beispiel geltend machen kann, er habe das Guthaben gewinnbringend anlegen können<sup>320</sup>. Eine zusätzliche Möglichkeit, den Vermieter zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu veranlassen, erfordert der Schutz des Mieters nicht. Entgegen der Auffassung der Revision besteht nicht die Gefahr, dass der Vermieter durch eine verzögerte Abrechnung die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs des Mieters unangemessen hinauszögert. Der Mieter kann durch die genannten Möglichkeiten auf eine rasche Erstellung der Betriebskostenabrechnung hinwirken und damit die Fälligkeit eines etwaigen Erstattungsanspruches herbeiführen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Soweit dort verschiedentlich eine entsprechende Anwendbarkeit von § 288 Abs. 1 BGB angenommen wurde, beruhte dies jeweils auf den Besonderheiten der geltend gemachten Ansprüche, weshalb sich diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht übertragen lässt. Im Urteil vom 26. April 1979<sup>321</sup>, in dem der Bundesgerichtshof die entsprechende Anwendbarkeit des § 288 Abs. 1 BGB für einen Anspruch auf Verschaffung eines zinslosen Darlehens bejaht hat, wurde zur Begründung maßgeblich darauf abgestellt, dass die Nichterfüllung dieses Anspruchs der Vorenthaltung von Geld gleichkomme. In beiden Fällen werde dem Gläubiger die mit dem Besitz von Geld verbundene Nutzungsmöglichkeit (zumindest zeitweise) genommen. Dies rechtfertige, beide Fälle schadensmäßig gleich zu beurteilen. Im Urteil vom 15. September 2005<sup>322</sup> hat der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, dass der in diesem Verfahren geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe von Geld gemäß § 667 Alt. 2 BGB wie eine "normale" Geldschuld behandelt werden könne und daher § 288 Abs. 1 BGB entsprechend anzuwenden sei. Zuletzt hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 25. April 2006<sup>323</sup> für den Fall des Verzugs mit einer Freigabeerklärung für hinterlegtes Geld die entsprechende Anwendbarkeit von § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass § 288 BGB nach Sinn und Zweck der Vorschrift auch in diesem Fall gelten müsse, weil dem Gläubiger ein Geldbetrag, auf den er einen Anspruch habe, schuldhaft und rechtswidrig vorenthalten werde. Zwar schulde der Schuldner nicht

---

<sup>318</sup> vgl. BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 Rz. 13.

<sup>319</sup> BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, 1501.

<sup>320</sup> vgl. hierzu *Schmid*, GE 2005, 905 f.

<sup>321</sup> BGH v. v. 26.4.1979 - VII ZR 188/78, MDR 1979, 836 = NJW 1979, 1494.

<sup>322</sup> BGH v. 15.9.2005 - III ZR 28/05 - NJW 2005, 3709, 3710.

<sup>323</sup> BGH v. 25.4.2006 - XI ZR 271/05, NJW 2006, 2398.



das hinterlegte Geld. Aber die Auszahlung des Geldes an den Gläubiger hänge allein von der Freigabeerklärung ab, so dass die Freigabebeforderung einen Geldbetrag zum Gegenstand habe. Lediglich der äußeren Form nach sei der Anspruch nicht auf Zahlung von Geld, sondern auf die Einwilligung in die Auszahlung von Geld gerichtet.

Diese Rechtsprechung kann auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. In den genannten Entscheidungen begründete der Bundesgerichtshof die entsprechende Anwendbarkeit des § 288 Abs. 1 BGB jeweils maßgeblich mit der Erwägung, dass die geltend gemachten Ansprüche unmittelbar darauf gerichtet waren, dem Gläubiger einen Geldbetrag zu verschaffen. Dieses gemeinsame Merkmal rechtfertigte die Gleichstellung mit einer "echten" Geldschuld. Die Verpflichtung des Vermieters zur Erstellung einer Betriebskostenabrechnung weist dieses Merkmal hingegen nicht auf. Der Mieter kann von seinem Vermieter zunächst nur die Erstellung einer ordnungsgemäßen Abrechnung über die im Abrechnungszeitraum angefallenen Betriebskosten verlangen (§ 556 Abs. 3 S. 1 BGB). Diesen Anspruch erfüllt der Vermieter bereits dadurch, dass er eine den von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben entsprechende Abrechnung erstellt<sup>324</sup> und diese dem Mieter übermittelt. Ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch steht dem Mieter, wenn der Vermieter ordnungsgemäß abgerechnet hat, nur zu, soweit die geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen durch die in dem betreffenden Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallenen Nebenkosten nicht aufgezehrt sind<sup>325</sup>. Der Anspruch auf Erstellung einer Betriebskostenabrechnung ist daher nicht unmittelbar auf die Verschaffung eines Geldbetrags gerichtet und somit nicht mit den in den genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs geltend gemachten Ansprüchen vergleichbar.

### 14.11 Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos in der Gewerberaummieta

Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001<sup>326</sup> wurde in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend die Auffassung vertreten, dass durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung und den vorbehaltlosen Ausgleich einer sich daraus ergebenden Nachforderung durch den Mieter zwischen den Mietvertragsparteien ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande komme, das den errechneten Saldo verbindlich werden lasse und spätere Nachforderungen des Mieters und auch des Vermieters ausschließe<sup>327</sup>. Gleiches sollte gelten, wenn der Vermieter ein sich aus der Abrechnung ergebendes Guthaben vorbehaltlos an den Mieter auskehrte<sup>328</sup>. Im Hinblick auf die durch das Mietrechtsänderungsgesetz eingeführten ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 sowie Satz 5 und 6 BGB wurde im Schrifttum kein Bedürfnis mehr für die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses durch den vorbehaltlosen Ausgleich des Betriebskostensaldos gesehen, weil durch die Neuregelung - anders als nach bisherigem Recht - eine rasche Ab-

<sup>324</sup> vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff, 71. Aufl., § 535 BGB Rz. 93 m.w.N.

<sup>325</sup> vgl. BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, 1501.

<sup>326</sup> BGBl. I S. 1149.

<sup>327</sup> vgl. Staudinger/Weitemeyer, [2010], § 556 BGB Rz. 133 mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>328</sup> so noch Langenberg, Betriebskostenrecht, 5. Aufl., Rz. G 198

wicklung der Betriebskosten gewährleistet werde. Deshalb könne weder allein in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung durch den Mieter noch in dem vorbehaltlosen Ausgleich eines zugunsten des Mieters errechneten Guthabens durch den Vermieter ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gesehen werden<sup>329</sup>.

Der BGH hat sich für den Bereich der Wohnraummiete dieser Auffassung angeschlossen<sup>330</sup>. Zur Begründung hat er darauf abgestellt, dass die ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 S. 2 und 3 sowie S. 5 und 6 BGB der Abrechnungssicherheit dienen und Streit vermeiden sollen. Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich bei der Abrechnung zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss. Ebenso dienen die auf Anregung des Bundesrates im Interesse der Ausgewogenheit in das Mietrechtsreformgesetz aufgenommene Frist für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung (§ 556 Abs. 3 S. 5 BGB) und der durch § 556 Abs. 3 S. 6 BGB auch insoweit angeordnete Einwendungsausschluss nach Fristablauf zugleich der Rechtssicherheit, da dadurch in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht. Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass sich die Mietvertragsparteien zeitnah über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum im Klaren sind. Ein Erfordernis für die Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vorbehaltlosen Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht deshalb jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr.

Der XII. Senat<sup>331</sup> hat sich auch für den Bereich des Gewerberaummietrechts der Auffassung angeschlossen, dass weder durch die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter noch durch die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande kommt, das einer späteren Korrektur der Betriebskostenabrechnung entgegensteht.

Insoweit kann die Begründung, mit der der BGH für die Wohnraummiete die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses abgelehnt hat, für den Bereich des gewerblichen Mietrechts nicht herangezogen werden. Zwar ist nach der Rechtsprechung des XII. Senats der Vermieter von Gewerberäumen entsprechend der in § 556 Abs. 3 S. 2 BGB enthaltenen Regelung verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Abrechnungs-

<sup>329</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 404; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 85; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 453; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 159; MünchKomm/Schmid, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 103; Bamberger/Roth, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 71 f.; Palandt/Weidenkaff, 72. Aufl., § 556 BGB Rz. 13; Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Aufl., Rz. H 231 f.; Sternel, ZMR 2010, 81, 82; Flatow, WuM 2010, 606, 609; Milger, NZM 2009, 497, 499; Blank, NZM 2008, 745, 751; a.A. Beyerle in Lindner-Figura/Oprea/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 11 Rz. 233; Eisenschmid in Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rz. 1973; Fritz, NJW 2012, 980, 981; Streyl, WuM 2005, 505, 508.

<sup>330</sup> BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 18; noch offen gelassen in BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903, 904.

<sup>331</sup> BGH v. 10.7.2013 - XII ZR 62/12, GE 2013, 1130 = NZM 2013, 648.

zeitraums die Betriebskostenabrechnung zu erstellen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder der Vermieter die verspätete Abrechnung nicht zu vertreten hat<sup>332</sup>. Die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB findet dagegen bei der Gewerberaummieta keine Anwendung<sup>333</sup>. Ebenso wenig gilt die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 6 BGB für die Möglichkeit des Mieters, Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung zu erheben, weil diese Vorschrift nur für die Wohnraummieta gilt<sup>334</sup>. Die Grenze für die Korrektur einer Betriebskostenabrechnung ergibt sich daher im gewerblichen Mietrecht nur durch den Eintritt der Verjährung oder in Ausnahmefällen aufgrund von Verwirkung (§ 242 BGB).

Gleichwohl kann auch bei gewerblichen Mietverhältnissen nicht angenommen werden, dass allein durch die vorbehaltlose Erstattung oder Zahlung des sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Saldos ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zwischen den Mietvertragsparteien zustande kommt. Es fehlt in diesem Fall bereits an den allgemeinen Voraussetzungen für das Entstehen eines wirksamen Vertrages. Das deklaratorische Schuldanerkenntnis setzt als vertragliches kausales Schuldanerkenntnis<sup>335</sup> das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen voraus (§§ 145 ff. BGB). Zwar können diese auch durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Willensbekundungen der Parteien von dem Willen getragen sind, sich entsprechend vertraglich zu binden<sup>336</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH setzt die Wertung einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung als Angebot zum Abschluss eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses regelmäßig voraus, dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen und sich dahingehend einigen wollen<sup>337</sup>.

Kehrt der Vermieter nach Übersendung der Betriebskostenabrechnung vorbehaltlos ein errechnetes Guthaben an den Mieter aus, gibt er aus der maßgeblichen Sicht des Mieters (§§ 133, 157 BGB) keine auf den Abschluss eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses gerichtete Willenserklärung ab. Die Betriebskostenabrechnung ist eine reine Wissensklärung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungswillen<sup>338</sup>. Durch die Auszahlung des Guthabens an den Mieter erbringt der Vermieter eine reine Erfüllungshandlung (§ 363 BGB), der kein weiterer rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt. Insbesondere erklärt der Vermieter hiermit nicht, den sich aus der Abrechnung ergebenden Saldo unstreitig stellen zu wollen. Diese Bewertung steht auch im Einklang mit der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum deklaratorischen Schuldanerkenntnis, wonach aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung einer Rechnung für sich genommen nicht auf die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses geschlossen werden

<sup>332</sup> BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 38.

<sup>333</sup> BGH, BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rz. 17 ff.; BGH v. 17.11.2010 - XII ZR 124/09, NJW 2011, 445 Rz. 12.

<sup>334</sup> vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 6.

<sup>335</sup> vgl. hierzu BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 8.

<sup>336</sup> vgl. MünchKomm/Habersack, 5. Aufl., § 781 BGB Rz. 4.

<sup>337</sup> st. Rspr. vgl. BGH v. 11.1.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 8; BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 11 jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>338</sup> BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz 8 m.w.N.

kann<sup>339</sup>. Auch der Mieter, der zunächst vorbehaltlos eine Betriebskostennachforderung begleicht, erbringt damit eine reine Erfüllungshandlung, ohne dass daraus geschlossen werden kann, der Mieter erkenne den Abrechnungssaldo endgültig für verbindlich an.

Außerdem spricht gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens, dass der Vermieter selbst bei einem Mietverhältnis über Wohnraum innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB die Betriebskostenabrechnung auch zulasten des Mieters abändern kann<sup>340</sup>. Würde er mit der Übersendung der Betriebskostenabrechnung und der sofortigen Auszahlung eines Guthabens an den Mieter innerhalb der Abrechnungsfrist ein Angebot auf ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgeben, wäre er gemäß § 145 BGB daran gebunden, bis der Mieter das Angebot ablehnt oder die Frist zur Annahme (§ 147 Abs. 2 BGB) verstrichen ist. Eine Korrektur der Abrechnung wäre für den Vermieter in dieser Zeit nicht möglich<sup>341</sup>. Verstünde man den Ausgleich einer sich aus der Abrechnung ergebenden Nachforderung durch den Mieter als dessen Annahme des Vertragsangebots, hätte der Vermieter sich allein durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung der Möglichkeit begeben, innerhalb der Jahresfrist die Abrechnung noch korrigieren zu können. Ein entsprechender Wille des Vermieters kann jedoch ohne weitere Umstände nicht angenommen werden. Nimmt der Mieter seinerseits ein vom Vermieter erstattetes Guthaben ohne weitere Erklärung entgegen, kann diesem Verhalten ebenfalls kein Rechtsbindungswille entnommen werden. Der Mieter ist in diesem Fall schlicht untätig, so dass daran nicht die Wertung geknüpft werden kann, der Mieter wolle die Betriebskostenabrechnung als verbindlich ansehen<sup>342</sup>. Die Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Schuldanerkenntnisses würde nämlich auch in diesem Fall dazu führen, dass der Mieter durch die bloße Entgegennahme der Zahlung die Möglichkeit verlieren würde, noch Einwendungen gegen die Abrechnung zu erheben.

Das Vorliegen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses bei einem vorbehaltlosen Ausgleich des Betriebskostensaldos kann auch nicht mit der Erwägung begründet werden, die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ausschluss- und Einwendungsfristen des § 556 Abs. 3 BGB auf die Wohnraummiete führe bei gewerblichen Mietverhältnissen dazu, dass die Mietvertragsparteien andernfalls bis zum Eintritt der Verjährung damit rechnen müssten, weiteren Ansprüchen der jeweils anderen Partei ausgesetzt zu sein; auch bei der Gewerberaummiете bestehe jedoch das Bedürfnis der Parteien, innerhalb eines überschaubaren Zeitraums eine Verbindlichkeit des errechneten Betriebskostensaldos zu erlangen, das nur durch die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses befriedigt werden könne<sup>343</sup>. Dabei wird verkannt, dass das durchaus aner kennenswerte Interesse der Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses, zeitnah Rechtssicherheit über den Betriebskostensaldo zu erlangen, nicht die Prüfung der nach allgemeinen Grundsätzen notwendigen

<sup>339</sup> vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 12; BGH v. 11.11.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 Rz. 9.

<sup>340</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 397.

<sup>341</sup> vgl. Flatow, WuM 2010, 606 (608).

<sup>342</sup> vgl. Flatow, WuM 2010, 606 (608).

<sup>343</sup> ähnlich auch Fritz, NJW 2012, 980 (981); Beyerle in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiете, 3. Aufl., Kap. 11 Rn. 233.

Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsschluss ersetzen kann. Der fehlende Verweis in § 578 Abs. 2 BGB auf § 556 Abs. 3 BGB zeigt zudem, dass der Gesetzgeber nur im Bereich der Wohnraummiete ein Bedürfnis dafür gesehen hat, durch die Schaffung von kurzen Fristen für die Erstellung der Betriebskostenabrechnung und für hiergegen gerichtete Einwendungen des Mieters alsbald eine Verbindlichkeit des errechneten Betriebskostensaldos herbeizuführen. Diese Wertung kann bei der Prüfung, ob der vorbehaltlose Ausgleich des Betriebskostensaldos zu einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis führt, nicht unberücksichtigt bleiben.

Deshalb kann sich eine andere Beurteilung auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben<sup>344</sup>. Nur aufgrund des Umstandes, dass der Mieter die Erstattung eines zu seinen Gunsten bestehenden Betriebskostensaldos vorbehaltlos entgegennimmt, kann der Vermieter nicht darauf vertrauen, dass der Mieter den Betriebskostensaldo als verbindlich hinnehmen will und keine weiteren Nachforderungen mehr geltend machen wird. Der Mieter nimmt, insbesondere wenn die Erstattung durch Überweisung auf sein Konto erfolgt, nur eine Zahlung entgegen und bleibt im Übrigen schlicht untätig. Aus diesem Verhalten des Mieters kann bereits deshalb nicht abgeleitet werden, er erkenne den errechneten Saldo als verbindlich an und verzichte auf die Geltendmachung von Einwendungen, weil er bei einem gewerblichen Mietverhältnis gerade nicht verpflichtet ist, innerhalb einer gesetzlich vorgesehenen Frist Einwendungen zu erheben. Gleiches gilt für den Vermieter von Gewerberaum. Da auch er für die Abrechnung der Betriebskosten nicht an die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB gebunden ist, bringt er durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung nicht zum Ausdruck, auf eine nachträgliche Geltendmachung weiterer Betriebskosten zu verzichten. Im Übrigen bleibt es den Parteien eines gewerblichen Mietvertrages unbenommen, den Zeitpunkt der Verbindlichkeit der Betriebskostenabrechnung vertraglich zu regeln. § 556 Abs. 4 BGB, der für Mietverträge über Wohnraum entsprechende vertragliche Regelungen zum Nachteil des Mieters verbietet, findet bei der Gewerberaummiете keine Anwendung. Dies schließt allerdings nicht aus, dass die Mietvertragsparteien im Einzelfall hinsichtlich des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgeben und damit den Saldo für beide Seiten als verbindlich ansehen wollen. Hierzu bedarf es jedoch weiterer Umstände, aus denen auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen der Mietvertragsparteien geschlossen werden kann. Die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldverhältnisses kann danach in Betracht kommen, wenn die Parteien zunächst über einzelne Positionen der Betriebskostenabrechnung gestritten haben und dann der Saldo von einer der beiden Vertragsparteien ausgeglichen wurde oder wenn die Parteien eine Ratenzahlungs- bzw. Stundungsvereinbarung getroffen haben<sup>345</sup>.

## 14.12 Rückforderung von Vorauszahlungen

Bei beendetem Mietverhältnis kann der Mieter die Vorauszahlungen, über die der Vermieter nicht fristgemäß abgerechnet hat, ohne den zeitraubenden Umweg über eine (Stufen-

---

<sup>344</sup> so aber *Beyerle* in Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiете, 3. Aufl., Kap. 11 Rz. 233.

<sup>345</sup> vgl. auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 BGB Rz. 406.

)Klage auf Erteilung der Abrechnung sogleich zurückverlangen. Diese ergänzende Vertragsauslegung beruht auf der Überlegung, dass der Vermieter sonst in der Lage wäre, die Fälligkeit eines Erstattungsanspruchs des Mieters nach Belieben hinauszuzögern, so dass die Abrechnungsfrist (§ 556 Abs. 3 S. 2 BGB) ohne praktische Bedeutung bliebe<sup>346</sup>.

Hingegen besteht bei Fortdauer des Mietverhältnisses kein Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung. Denn der Mieter ist durch ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Vorauszahlungen hinreichend geschützt, wenn der Vermieter die abgelaufene Periode nicht fristgerecht abrechnet. Ein Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der für die nicht fristgemäß abgerechneten Betriebskosten geleisteten Vorauszahlungen kommt in diesem Fall mangels Bestehens einer ausfüllungsbedürftigen Vertragslücke nicht in Betracht<sup>347</sup>.

Das Gleiche gilt bei einem beendeten Mietverhältnis für die Abrechnungsperioden, für die die Abrechnungsfrist noch während des Mietverhältnisses abgelaufen war<sup>348</sup>. Insoweit ist der Mieter nicht schutzbedürftig, denn er hatte während des Mietverhältnisses die Möglichkeit, die laufenden Vorauszahlungen einzubehalten und so auf den Vermieter Druck zur Erteilung der geschuldeten Abrechnung auszuüben. Erst recht kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht, wenn der Abrechnungsanspruch des Mieters im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses bereits verjährt ist.

## 14.13 Anpassung der Vorauszahlungen

### 14.13.1 Qualität der Abrechnung

Gemäß § 560 Abs. 4 BGB kann jede Partei nach einer Abrechnung der Betriebskosten durch Erklärung in Textform eine Anpassung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe vornehmen. Hierfür genügte nach der (bisherigen) Rechtsprechung des Senats allerdings eine formell ordnungsgemäße Abrechnung; auf die inhaltliche Richtigkeit kam es nicht an<sup>349</sup>

Diese Rechtsprechung hat der BGH aufgegeben<sup>350</sup>. Die bisherige Rechtsprechung beruhte auf der Überlegung, dass über die Anpassung der Vorauszahlungen alsbald nach einer Abrechnung Klarheit herrschen sollte und deshalb möglicherweise aufwendige Streitigkeiten über die Richtigkeit der Abrechnung nicht in diesem Rahmen ausgetragen werden sollten, zumal es lediglich um vorläufige Zahlungen geht, über die im Rahmen der späteren Jahresrechnung ohnehin noch Rechenschaft abzulegen ist. Allerdings wird bei dieser Sichtweise der mit der Anpassung der Vorauszahlungen verfolgte Zweck nicht hinreichend berücksichtigt. Durch die Anpassung soll eine möglichst realistische Bemessung der Vorauszahlungen erreicht werden, so dass bei der späteren Abrechnung weder ein großes Guthaben des Mieters noch eine hohe Nachforderung des Vermieters entstehen. Aus diesem Grund dürfen nach der Rechtsprechung des Senats bereits absehbare Kostensteigerungen bei der

<sup>346</sup> BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 3 c.

<sup>347</sup> BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 Rz. 12 ff.

<sup>348</sup> BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 315/11, WuM 2012, 620 = NZM 2012, 832 GE 2012, 1556.

<sup>349</sup> BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07, NZM 2008, 121; BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, NZM 2010, 315; BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NZM 2010, 736

<sup>350</sup> BGH v. 15.5.2012 - VIII ZR 246/11, WuM 2012, 321 = GE 2012, 826 = ZMR 2012, 683 = DWW 2012, 211.

nicht zulässig ist<sup>351</sup>. Blieben inhaltliche Fehler, die das Abrechnungsergebnis zu Lasten des Mieters verändern, bei der Anpassung unberücksichtigt, hätte das zur Folge, dass die Vorauszahlungen nicht mehr - wie geboten - ausschließlich anhand des voraussichtlichen Abrechnungsergebnisses für die nächste Abrechnungsperiode bemessen würden. Vielmehr eröffnete eine solche Verfahrensweise dem Vermieter die Möglichkeit, aufgrund einer fehlerhaften Abrechnung Vorauszahlungen in einer Höhe zu erheben, die ihm bei korrekter Abrechnung nicht zustünden. Hinzu kommt, dass der Vermieter zur Erstellung einer korrekten Abrechnung verpflichtet ist und es nicht hingenommen werden kann, dass eine Vertragspartei aus der Verletzung eigener Vertragspflichten Vorteile zieht. Dies wäre aber der Fall, wenn der Vermieter die Anpassung jeweils auf der Basis der letzten Abrechnung auch dann vornehmen dürfte, wenn inhaltliche Fehler das Abrechnungsergebnis zum Nachteil des Mieters verschieben. Besonders gravierende Konsequenzen für den Mieter könnten sich ergeben, wenn sich aus den Erhöhungen der Vorauszahlungen ein kündigungsrelevanter Mietrückstand aufbaut. In letzter Konsequenz könnte dies bedeuten, dass der Vermieter das Mietverhältnis wegen Mietrückständen beenden könnte, zu denen es überhaupt nur kommen konnte, weil er selbst eine fehlerhafte Abrechnung erstellt hatte, die den Mieter unberechtigt mit zu hohen Betriebskosten belastete. Ein solches Ergebnis wäre mit dem durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Besitzrecht des Mieters an der von ihm gemieteten Wohnung als dem Mittelpunkt seiner privaten Existenz<sup>352</sup> nicht vereinbar. Eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB ist daher nur insoweit wirksam, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Die damit verbundene Konsequenz, dass der Streit über die inhaltliche Richtigkeit einer Abrechnung auch in einem Rechtsstreit über eine Klage auf Zahlung erhöhter Vorauszahlungen oder eine auf Nichtzahlung derartiger Beträge gestützte Räumungsklage geklärt werden muss und diesen gegebenenfalls verlängert, ist hinzunehmen.

Mit Rücksicht darauf kann auch eine fristlose Kündigung auf die Nichtzahlung von erhöhten Vorauszahlungen nur gestützt werden, wenn die zugrundeliegende Abrechnung inhaltlich richtig ist<sup>353</sup>.

#### 14.13.2 Anpassung inklusive Sicherheitszuschlag?

Bei vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen kann jede Vertragspartei nach einer Abrechnung durch Erklärung in Textform eine Anpassung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe vornehmen (§ 560 Abs. 4 BGB). Damit soll Änderungen der Betriebskosten, die im Laufe des Mietverhältnisses zum Beispiel hinsichtlich der Anzahl der Bewohner oder der Verbrauchsgewohnheiten eintreten, Rechnung getragen werden können<sup>354</sup>.

Hinsichtlich des Begriffs der Angemessenheit korrespondiert § 560 Abs. 4 BGB mit der Regelung in § 556 Abs. 2 S. 2 BGB, nach der Betriebskostenvorauszahlungen nur in angemessener Höhe vereinbart werden können<sup>355</sup>. In der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift

---

<sup>351</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 294/10, NZM 2011, 880.

<sup>352</sup> vgl. BVerfGE 89, 1, 5f.; BVerfG NJW 2000, 2658, 2659; BVerfG; NZM 2004, 186

<sup>353</sup> BGH v. 16.10.2012 – VIII ZR 360/11, GE 2012, 1554 = WuM 2012, 681.

<sup>354</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

<sup>355</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

wird auf die Vorläuferbestimmung in § 4 Abs. 1 MHG Bezug genommen<sup>356</sup>. Daraus ergibt sich, dass sich die Vorauszahlungen an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausrichten sollen<sup>357</sup>. Dementsprechend ist für die Angemessenheit von Vorauszahlungen auf die voraussichtlich tatsächlich entstehenden Kosten abzustellen<sup>358</sup>.

Das Recht der Mietvertragsparteien, eine Anpassung vorzunehmen, besteht gemäß § 560 Abs. 4 BGB allerdings nur "nach einer Abrechnung". Ausgangspunkt für die Anpassung ist damit die letzte Betriebskostenabrechnung, die bereits vorliegt; nicht maßgebend ist eine "letztmögliche" Abrechnung, die noch nicht erstellt ist<sup>359</sup>. Die Anpassung der Vorauszahlungen an die jeweils letzte Betriebskostenabrechnung stellt sicher, dass die Vorauszahlungen - im Interesse beider Vertragsparteien - den voraussichtlich tatsächlich entstehenden Kosten möglichst nahe kommen.

Aus der gesetzlichen Anknüpfung an die letzte Betriebskostenabrechnung ist herzuleiten, dass diese Abrechnung die Grundlage der Anpassung bildet und damit - dies gilt jedenfalls in der Regel - ein Zwölftel des vom Mieter geschuldeten Jahresbetrags der letzten Betriebskostenabrechnung als monatlicher Vorauszahlungsbetrag für das Folgejahr angemessen ist<sup>360</sup>. Denn die Entwicklung der Betriebskosten im vorangegangenen Jahr rechtfertigt eine Prognose über die zu erwartende Höhe der Betriebskosten im Folgejahr, wenn andere Anhaltspunkte fehlen. Das ist nicht umstritten.

Aufgrund besonderer Umstände kann es aber auch Ausnahmen von dieser Berechnungsweise geben. Sowohl der Mieter als auch der Vermieter sind nicht daran gehindert, eine Anpassung der Vorauszahlungen im Hinblick darauf vorzunehmen, dass die Betriebskosten des laufenden Jahres voraussichtlich höher oder niedriger sein werden als die abgerechneten Betriebskosten des Vorjahres. Denn ausschlaggebend für die Angemessenheit einer Anpassung sind letztlich nicht die Betriebskosten des vergangenen Jahres, sondern, wie ausgeführt, die zu erwartenden Kosten des laufenden Jahres. Diese können maßgeblich auch durch Umstände beeinflusst werden, die sich in der letzten Betriebskostenabrechnung noch nicht ausgewirkt haben können. So kann etwa eine einschneidende Änderung der Anzahl der Bewohner, auf die in den Gesetzesmaterialien als Anpassungsgrund hingewiesen wird<sup>361</sup>, sich im vergangenen Jahr noch nicht oder nur für einen kurzen Zeitraum ausgewirkt haben, im laufenden Jahr dagegen voll zu Buche schlagen und damit eine Anpassung der Vorauszahlungen rechtfertigen.

Die letzte Betriebskostenabrechnung ist damit zwar Ausgangspunkt und Orientierungshilfe für eine Anpassung der Vorauszahlungen, hindert aber nicht die Berücksichtigung anderer - bereits eingetretener oder noch eintretender - Umstände, von denen die im laufenden Jahr entstehenden Kosten voraussichtlich beeinflusst werden. Lassen solche Umstände Vorauszahlungen in anderer Höhe als angemessen erscheinen, als unter Zugrundelegung der

---

<sup>356</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 50.

<sup>357</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12 zu § 4 Abs. 1 MHG.

<sup>358</sup> BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145 Rz. 25 zu § 560 Abs. 4 BGB; BayObLGZ 1995, 323, 326 zu § 4 Abs. 1 MHG.

<sup>359</sup> BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 271/10, NJW 2011, 2350 Rz. 15.

<sup>360</sup> BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880.

<sup>361</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.



Abrechnung des Vorjahres zu erwarten wäre, so können sowohl der Mieter als auch der Vermieter eine entsprechende Anpassung vornehmen. Das entspricht auch nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur<sup>362</sup>.

Der Berücksichtigung außerhalb der letzten Abrechnung liegender Umstände steht auch nicht entgegen, dass in § 560 Abs. 4 BGB eine Begründung für die einseitige Anpassung der Vorauszahlungen nicht vorgeschrieben ist. Das Fehlen eines gesetzlichen Begründungserfordernisses ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Vorauszahlungen auf die Betriebskosten wegen der Abrechnungspflicht nur vorläufigen Charakter haben, und sagt nichts darüber aus, welche Umstände bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Anpassung von Vorauszahlungen zu berücksichtigen sind. Aus dem fehlenden Begründungserfordernis ist deshalb nicht herzuleiten, dass es dem Vermieter oder dem Mieter verwehrt wäre, sich auf für die Anpassung maßgebliche Umstände zu berufen, die außerhalb der letzten Abrechnung liegen. Im Übrigen trifft es auch nicht zu, dass im Wohnraummietrecht in allen Regelungen, die eine Vertragsänderung durch einseitige Erklärung einer Vertragspartei zum Gegenstand hätten, die Notwendigkeit einer formellen Begründung vorgesehen wäre (vgl. § 556a Abs. 2 BGB). Auch wenn das Gesetz eine Begründung der Anpassung nicht vorschreibt, versteht sich von selbst, dass der Vermieter oder der Mieter eine von ihm beanspruchte Anpassung der Vorauszahlungen zumindest nachträglich der anderen Vertragspartei gegenüber rechtfertigen muss, wenn der andere Teil die Angemessenheit bestreitet.

Beschränkt sich die Anpassung darauf, dass die Vorauszahlungen lediglich rechnerisch an den Jahresbetrag der letzten Betriebskostenabrechnung angepasst werden, wird ein Hinweis auf das Abrechnungsergebnis genügen. Weicht die beanspruchte Anpassung davon erheblich ab, so sind die dafür maßgeblichen Umstände nachvollziehbar darzulegen. Zu hohe Anforderungen sind an eine solche Begründung aber auch in diesem Fall nicht zu stellen. Denn es geht um eine Prognose über die Höhe der im laufenden Jahr zu erwartenden Betriebskosten. Eine solche Prognose kann naturgemäß nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit, aber keine Gewissheit für sich beanspruchen. Die zu erwartende Höhe der Betriebskosten des laufenden Jahres muss nicht bewiesen, sondern nur plausibel gemacht werden. Die Beurteilung, ob dies geschehen ist, obliegt dem Tatrichter.

Insbesondere darf entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch eine zu erwartende Entwicklung der künftigen Betriebskosten bei der für die Anpassung erforderlichen Prognose über die mutmaßliche Höhe der Betriebskosten im laufenden Jahr berücksichtigt werden<sup>363</sup>. Kostensteigerungen im Bereich der Betriebskosten sind ein maßgeblicher - wenn nicht gar entscheidender - Faktor für eine Änderung der Betriebskosten und sind deshalb, wenn mit ihrem Eintritt konkret zu rechnen ist, in die Beurteilung der Angemessenheit von Vorauszahlungen durchaus einzubeziehen. Das entsprach schon der einhelligen Auffas-

---

<sup>362</sup> MünchKommBGB/Schmid, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 37; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 560 BGB Rz. 9; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rz. V 280; Börstinghaus, Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen, in Neues Mietrecht, Schriftenreihe des Evangelischen Siedlungswerkes, 2002, S. 207; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 121; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 560 BGB Rz. 26; vgl. auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 46; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 Rz. 63; Pfeifer, Betriebskosten bei Wohn- und Geschäftsraummiete, 2002, S. 88; a.A. Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 560 BGB Rz. 28.

<sup>363</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880.

sung in Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung von § 4 Abs. 1 MHG<sup>364</sup>. 74

An dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber mit den Bestimmungen in § 556 Abs.

2 S. 2 und § 560 Abs. 4 BGB, wie aus der Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 MHG in der Gesetzesbegründung ersichtlich ist, nichts ändern wollen<sup>365</sup>.

Dementsprechend wird eine Anpassung der Betriebskosten im Hinblick auf zu erwartende Kostensteigerungen mit Recht allgemein für zulässig gehalten. Soweit allerdings in der Literatur unter Berufung auf den Rechtsentscheid des BayObLG<sup>366</sup> teilweise die Auffassung vertreten wird, dass der Vermieter wegen möglicher Kostensteigerungen das Abrechnungsergebnis des Vorjahres generell um einen "Sicherheitszuschlag" von bis zu 10 % erhöhen und die Vorauszahlungen entsprechend anpassen dürfe<sup>367</sup>, ist dem nicht zu folgen<sup>368</sup>. Für einen "abstrakten" Sicherheitszuschlag in Höhe von 10 % wegen möglicher Preissteigerungen ist kein Raum. Die Zubilligung eines generellen Zuschlags von 10 % auf die gesamten Betriebskosten, der deutlich über der gegenwärtigen allgemeinen Teuerungsrate liegt, ginge über das berechtigte Interesse des Vermieters, die vom Mieter zu tragenden Betriebskosten nicht vorfinanzieren zu müssen, hinaus. Nur wenn hinsichtlich bestimmter Betriebskosten - etwa der Energiepreise - Preissteigerungen konkret zu erwarten sind, kann dies in die Berechnung der Vorauszahlungen einbezogen werden, allerdings nur unter Berücksichtigung des Verhältnisses der betreffenden Betriebskosten zu den Betriebskosten insgesamt.

### 14.13.3 Anpassung durch den Mieter

Der BGH hat in Abänderung seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass es für die Anpassung von Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB auf die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung ankommt<sup>369</sup>. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich bei der Anpassung um eine Erhöhung der Vorauszahlungen durch den Vermieter oder um eine Ermäßigung der Vorauszahlungen durch den Mieter handelt.

Soweit der Mieter inhaltliche Fehler einer vom Vermieter erteilten Betriebskostenabrechnung konkret beanstandet und das zutreffende Abrechnungsergebnis selbst errechnet, ist er nicht gehindert, eine Anpassung der Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB auf der Grundlage des so ermittelten Abrechnungsergebnisses vorzunehmen<sup>370</sup>.

## 14.14 Pfändung eines Guthabens eines Hartz IV-Empfängers

Nach der neueren Rechtsprechung des BSHG unterliegen Erstattungen aus Betriebs- und Heizkostenabrechnungen nicht der Pfändung.<sup>371</sup>

---

<sup>364</sup> BayObLGZ 1995, 323, 326 m.w.N.

<sup>365</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 50, 59.

<sup>366</sup> BayObLGZ 1995, 323.

<sup>367</sup> Staudinger/*Weitemeyer*, BGB, Neubearb. 2011, § 560 Rn. 52; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 46; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 280; *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 560 BGB Rz. 73.

<sup>368</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880; ebenso: *Eisenschmid* in *Betriebskosten-Kommentar*, 3. Aufl., § 560 BGB Rz. 2426; *Both*, NZM 2009, 896, 898 f.

<sup>369</sup> BGH v. 15.5.2012 - VIII ZR 246/11, NJW 2012, 2186 Rz. 15.

<sup>370</sup> BGH v. 6.2.2013 – VIII ZR 184/12, WuM 2013, 235 GE 2013, 480.

<sup>371</sup> BSHG v. 16.10.2013, NZS 2013, 273 Rz. 19 f..

Diese Rechtsansicht hat der BGH<sup>372</sup> übernommen, zumal die Behörde berechtigt sei, die Leistungen nach den §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 SGB II gemäß § 22 Abs. 3 S. 1 SGB II im Folgemonat zu kürzen.

### 14.15 Pauschale

Haben die Parteien Betriebskostenpauschale vereinbart, legen die Parteien die Höhe im Rahmen ihrer Vertragsautonomie fest. Insoweit ist der Vermieter grundsätzlich nicht verpflichtet, seine anfängliche Kalkulation einer Betriebskostenpauschale offenzulegen<sup>373</sup>. Ein Anspruch auf Offenlegung der anfänglichen Kalkulation der Betriebskosten kann auch nicht aus § 560 Abs. 3 BGB hergeleitet werden. Hiernach ist der Vermieter bei einer Ermäßigung der Betriebskosten verpflichtet, die Betriebskostenpauschale entsprechend herabzusetzen. Die Vorschrift gilt aber nicht für von vornherein zu hoch angesetzte Pauschalen<sup>374</sup>.

Danach kann ein Auskunftsanspruch des Mieters zur tatsächlichen Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten gemäß § 242 BGB nur in Betracht kommen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten bestehen. Denn ohne einen solchen Auskunftsanspruch wäre dem Mieter keine Kontrolle möglich, ob der Vermieter seiner Pflicht aus § 560 Abs. 3 BGB nachgekommen ist, die Betriebskostenpauschale bei einer Ermäßigung der Betriebskosten entsprechend herabzusetzen. Dabei sind Ermäßigungen einzelner Betriebskosten nicht relevant, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden<sup>375</sup>.

Allerdings wird im mietrechtlichen Schrifttum teilweise angenommen, dass dem Mieter ein solcher Auskunftsanspruch nach Ablauf eines jeden Jahres zustehe, ohne dass es der Darlegung besonderer Anhaltspunkte für eine Ermäßigung der von der Pauschale erfassten Betriebskosten bedürfe, da sich erfahrungsgemäß die Höhe der Gesamtbelastung von Jahr zu Jahr ändere<sup>376</sup>.

Dem folgt der BGH<sup>377</sup> in dieser Weite nicht. Nach seiner Auffassung besteht der Auskunftsanspruch nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die von der Pauschale erfassten Betriebskosten insgesamt ermäßigt haben<sup>378</sup>. Denn nach dem Sinn und Zweck der vereinbarten Pauschale ist der Vermieter grundsätzlich nicht zur Abrechnung verpflichtet. Die gemäß § 556 Abs. 2, § 560 BGB - vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften - zulässige Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale erspart dem Vermieter die genaue Abrechnung der Betriebskosten und entlastet ihn damit von dem ansonsten jährlich anfallenden Arbeitsaufwand. Stünde dem Mieter demgegenüber - jährlich - ohne Weiteres ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der anfallenden Betriebskosten zu, würde diese Arbeitserleichterung für den Vermieter entfallen, während der Mieter den

---

<sup>372</sup> BGH v. 20.6.2013 – IX ZR 310/12, MDR 2013, 898 = GE 2013, 1000 = WuM 2013, 487.

<sup>373</sup> Rips in Eisenschmid/Wall/Rips, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rz. 2402; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 24.

<sup>374</sup> MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 23.

<sup>375</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 40.

<sup>376</sup> MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 26; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 560 BGB Rz. 18; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 430; Rips in Eisenschmid/Wall/Rips, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rz. 2414a.

<sup>377</sup> BGH v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11, WuM 2011, 688 = GE 2011, 1677.

<sup>378</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 124; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2011, § 560 Rn. 44; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 560 Rz. 64.

mit der Pauschale verbundenen Vorteil behielte, zumindest vorerst von einem auch zukünftig gleichbleibenden, festen Betrag der Betriebskosten ausgehen zu können. Eine solche Unausgewogenheit widerspräche dem Sinn und Zweck der vereinbarten, im beiderseitigen Interesse liegenden Pauschale. Deshalb kann dem Mieter ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Nebenkosten nur dann zustehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine - nachträgliche - Ermäßigung der Betriebskosten ohne Kompensation in anderen Bereichen bestehen.

## 15 Beendigung des Mietvertrages

### 15.1 Ordentliche Kündigung

#### 15.1.1 Zahlungsrückstand als Grund im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB

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

Nach einer teilweise vertretenen Auffassung soll den in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB für die fristlose Kündigung festgelegten Voraussetzungen eine allgemeingültige Bedeutung zukommen. Deshalb setze auch eine auf Zahlungsverzug gestützte ordentliche Kündigung voraus, dass sich der Mieter mit einem Betrag in Höhe von zwei vollen Monatsmieten oder für zwei aufeinanderfolgende Monate mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete in Verzug befinde<sup>379</sup>.

Nach der Gegenauffassung kommt auch bei einem Zahlungsverzug unterhalb der Schwelle des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine ordentliche Kündigung in Betracht. Dabei werden an die Höhe des Rückstands und die Dauer des Verzugs unterschiedliche Anforderungen gestellt. Teilweise soll jeder Zahlungsverzug zur Kündigung berechtigen, soweit es sich nicht um einen solchen handle, der auch bei jedem gutwilligen Vertragspartner einmal auftreten könne und nur zu einer kurzfristigen Störung des Vertragsverhältnisses führe<sup>380</sup>; auch Rückstände unterhalb einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer unterhalb eines Monats werden gelegentlich als ausreichend angesehen<sup>381</sup>. Überwiegend wird jedoch eine erhebliche Pflichtverletzung erst bei einem Rückstand von einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat angenommen<sup>382</sup>.

Der Auffassung, dass auch unterhalb der in § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs möglich ist, gebührt der Vorzug<sup>383</sup>. Die fristlose Kündigung setzt voraus, dass dem Vermieter unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Fortsetzung des Vertrags nicht bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Demgegenüber knüpft die ordentliche Kündigung an eine nicht

---

<sup>379</sup> Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Auflage, § 573 BGB Rz. 27; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 573 Rz. 59

<sup>380</sup> Schmid, DWW 1982, 77, 84.

<sup>381</sup> Bub/Treier *Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rz. IV 64.

<sup>382</sup> LG Wiesbaden, NZM 2003, 713: rückständige titulierte Monatsmiete; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rz. 47; Bamberger/Roth/Hannapel, BGB, 3. Aufl., § 573 Rz. 28; Schmid/Gahn, Miete, 2006, § 573 BGB Rz. 22; Erman/Lützenkirchen, 13. Aufl., § 573 BGB Rz. 24; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, 71. Aufl., § 573 BGB Rz. 16: mindestens ein halber Monat Verzugsdauer.

<sup>383</sup> BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, MDR 2013, 24 = WuM 2012, 682 = NZM 2013, 20.

unerhebliche Vertragsverletzung des Mieters an, die dem Vermieter die Lösung vom Vertrag nur unter Beachtung gesetzlicher oder vereinbarter Kündigungsfristen erlaubt. Angesichts dieser unterschiedlichen Anforderungen an die fristlose und die ordentliche Kündigung besteht kein Grund, die vom Gesetzgeber für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen auf die ordentliche Kündigung zu übertragen. Allerdings müsse bei der Bewertung einer Pflichtverletzung als "nicht unerheblich" die Dauer und die Höhe des Zahlungsverzugs berücksichtigt werden. Nicht jeder geringfügige oder nur kurzfristige Zahlungsverzug rechtfertigt die Annahme einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung. In Anlehnung an die überwiegend vertretenen Auffassungen sei die Erheblichkeitsgrenze nicht überschritten, wenn der Rückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und zudem die Verzugsdauer weniger als einen Monat betrage.

### 15.1.2 Kein absehbarer Eigenbedarf bei Geburt eines Urenkels

Ein Vermieter setzt sich zu seinem eigenen Verhalten dann in Widerspruch, wenn er eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, sie alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen<sup>384</sup>. Er darf dem Mieter, der mit einer längeren Mietdauer rechnet, die mit jedem Umzug verbundenen Belastungen nicht zumuten, wenn er ihn über die Absicht oder zumindest die Aussicht begrenzter Mietdauer nicht aufklärt. Denn für den Mieter ist ein sich abzeichnender Eigenbedarf des Vermieters vor allem für die Entscheidung von Bedeutung, ob er eine Wohnung überhaupt anmieten und damit das Risiko eines Umzugs nach verhältnismäßig kurzer Mietzeit eingehen will<sup>385</sup>.

Diese Fallgestaltung liegt nicht vor, wenn es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags für keinen der Beteiligten absehbar war, dass ein Eigenbedarf an dem Einfamilienhaus für den Enkel der Vermieterin durch die Geburt seiner Tochter und die daraufhin geänderte Lebensplanung der Familie entstehen würde<sup>386</sup>. Der Eigenbedarf ist vielmehr aufgrund einer erst nach der Vermietung eingetretenen Änderung der persönlichen Verhältnisse des Enkels der Vermieterin entstanden. Durch die Erklärung des Schwiegersohns der Vermieterin anlässlich der Hausbesichtigung, ein Eigenbedarf komme nicht in Betracht, höchstens ein Hausverkauf, ist kein der Vermieterin zuzurechnender besonderer Vertrauensstatbestand geschaffen worden, der ihre Kündigung wegen Eigenbedarfs rechtsmissbräuchlich erscheinen ließe. Die Äußerung, die im Übrigen eine reine Wissenserklärung darstellt und der kein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt zukommt, entsprach seinerzeit den Tatsachen. Sie bezog sich auf den damaligen Stand, bei dem eine Änderung nicht absehbar war. Durch sie ist auch kein auf künftige Entwicklungen bezogener Vertrauensstatbestand erweckt worden, denn die persönlichen Verhältnisse eines Vermieters und seiner Familienangehörigen können sich ändern. Will ein Mieter für solche Fälle eine Kündigung wegen Eigenbedarfs ausschließen, bedarf es einer dahin gehenden Vereinbarung.

---

<sup>384</sup> BVerfGE 79, 292, 308 f.; BVerfG, NJW-RR 1993, 1357; BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 [Hinweisbeschluss]; BGH v. 6.7.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 512 [Zurückweisungsbeschluss] jeweils m.w.N.

<sup>385</sup> BGH v. 21.1.2009 - VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rz. 17, 19; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 180/09, WuM 2010, 575 Rz. 2

<sup>386</sup> BGH v. 20.3.2013 - VIII ZR 233/12, NJW 2013, 1596 = MDR 2013, 641 = GE 2013, 674 = WuM 2013, 363 = ZMR 2013, 620.

Ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses setzt zum einen voraus, dass der Vermieter vernünftige Gründe für die Inanspruchnahme der Wohnung hat, die den Nutzungswunsch nachvollziehbar erscheinen lassen<sup>387</sup>. Zum anderen ist zu beachten, dass der Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 1 S. 1 BGB den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen gleichgewichtig ist, da sonst der Schutzzweck des Gesetzes vereitelt würde<sup>388</sup>. Für die Frage, ob ein Interesse als berechtigt nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen ist, kommt es daher auch darauf an, ob es ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe<sup>389</sup>.

Beide Voraussetzungen liegen vor, wenn der Vermieter, der mit seiner Familie schon im gleichen Haus wohnt, seiner Ehefrau die Wohnung des Mieters zum Betrieb ihrer Anwaltskanzlei zur Verfügung stellen will<sup>390</sup>. Dieser Nutzungswunsch ist nachvollziehbar und vernünftig. Das vom Vermieter geltend gemachte Interesse ist auch den in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten gesetzlichen Kündigungsgründen gleichwertig.

Zwar wird in Rechtsprechung und Schrifttum teilweise die Ansicht vertreten, dass ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Kündigung nicht vorliege, wenn die zu kündigende Wohnung ausschließlich zu geschäftlichen Zwecken genutzt werden solle<sup>391</sup>. Aus dem Umkehrschluss aus § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wonach der Vermieter die Räume "als Wohnung benötigen" müsse, folge, dass der Gesetzgeber einen derartigen Bedarf des Vermieters ausschließlich zu geschäftlichen Zwecken gerade nicht anerkennen wolle. Dies könne nicht durch einen Rückgriff auf den Auffangtatbestand des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB umgangen werden. Dem ist jedoch nicht zu folgen<sup>392</sup>. Selbst wenn der Vermieter die vermietete Wohnung überwiegend für eigene gewerbliche Zwecke und nur teilweise für eigene Wohnzwecke nutzen will, ist das hierdurch begründete Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 1 S. 1 BGB auf Grund der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht geringer zu bewerten als der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB gesetzlich geregelte Eigenbedarf des Vermieters zu Wohnzwecken<sup>393</sup>. An dieser Wertung ändert sich nichts dadurch, dass der Vermieter die vermietete Wohnung ausschließlich für seine berufliche Tätigkeit oder für die berufliche Tätigkeit eines Familienangehörigen nutzen will. Denn auch insofern ist ein dem Kündigungsgrund des Eigenbedarfs gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB "artverwandtes" Interesse vorhanden<sup>394</sup>. Dies gilt umso mehr, wenn sich die selbst genutzte Wohnung des Vermieters und die an die Mieter vermietete Wohnung in dem-selben Haus befinden. Die Entscheidung des Vermieters, ob die berufliche Tätigkeit innerhalb seiner Wohnung oder in einer von seiner Wohnung getrennten, in

---

<sup>387</sup> vgl. BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, WuM 2007, 459 Rz. 12.

<sup>388</sup> vgl. BVerfG v. 8.10.1991 - 1 BvR 1324/90, BVerfGE 84, 366, 371 f. zu § 564a BGB a.F.; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, MDR 2012, 754 = WuM 2012, 388 = ZMR 2012, 691 Rz. 13 m.w.N.; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2011, § 573 BGB Rz. 176.

<sup>389</sup> BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, MDR 2012, 754 = WuM 2012, 388 = ZMR 2012, 691 Rz. 13 m.w.N.

<sup>390</sup> BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, WuM 2012, 684 = ZMR 2013, 107.

<sup>391</sup> AG Hamburg v. 7.2.2007 - 46 C 109/06, WuM 2007, 710; Staudinger/Rolfs, 2011, § 573 BGB Rz. 95; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 54.

<sup>392</sup> BGH v. 26.9.2012 - VIII ZR 330/11, WuM 2012, 684 = ZMR 2013, 107.

<sup>393</sup> BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 127/05, NZM 2005, 943.

<sup>394</sup> BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, MDR 2012, 754 = WuM 2012, 388 = ZMR 2012, 691 Rz. 14.

demselben Haus gelegenen anderen Wohnung ausgeübt werden soll, ist zu respektieren, sofern der Nutzungswunsch nachvollziehbar und vernünftig begründet ist. 79

#### 15.1.4 „Eigenbedarf“ der Kirchengemeinde

Es ist seit langem anerkannt, dass ein berechtigtes Interesse an der Beendigung eines Mietverhältnisses vorliegen kann, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (vor allem eine Gemeinde) die von ihr vermietete Wohnung zur Umsetzung von Aufgaben benötigt, an deren Erfüllung ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht<sup>395</sup>. Teilweise wird allerdings verlangt, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts die von ihr vermietete Wohnung zur Erfüllung eigener öffentlich-rechtlicher Aufgaben oder jedenfalls zur Wahrung solcher öffentlich-rechtlicher Drittinteressen benötigt, zu deren Durchsetzung sie rechtlich verpflichtet ist<sup>396</sup>.

Diese Sichtweise, die Drittinteressen nur bei einer rechtlichen Verpflichtung des Vermieters zu deren Wahrnehmung berücksichtigen will, verengt nach Auffassung des BGH<sup>397</sup> den Anwendungsbereich des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen. Sie lässt außer Acht, dass der generalklauselartige Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichgewichtig ist mit den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen<sup>398</sup>. Für die Frage, ob ein Interesse als berechtigt nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen ist, kommt es allein darauf an, ob es ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe. Wie der Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB belegt, kann sich ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Auflösung des Mietverhältnisses aber nicht nur aus rechtlichen Beziehungen zu anderen Personen, sondern auch aus familiären oder wirtschaftlichen Beziehungen ergeben. In dieser Regelung wird der Wohnbedarf von Familienangehörigen oder Haushaltsangehörigen des Vermieters dem Bedarf des Vermieters gleichgesetzt. Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, bei § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB einen strengeren Maßstab anzulegen und Drittinteressen nur dann dem Vermieter als eigenes Interesse zuzuordnen, wenn dieser rechtlich verpflichtet ist, auch solche Fremdinteressen zu wahren. Die genannte Vorschrift verwehrt es dem Vermieter daher nicht, auch Umstände aus dem Interessenbereich dritter Personen insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihnen aufgrund eines familiären, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhangs auch ein eigenes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ergibt<sup>399</sup>. Diese Grundsätze gelten - anders als das Landgericht Kiel meint, das die vom Bayerischen Obersten Landesgericht angestellten Erwägungen missverstanden hat - nicht nur für private Vermieter, sondern auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts. Auch bei

---

<sup>395</sup> vgl. BayObLG, NJW 1981, 580, 582 ff.; OLG Frankfurt/Main, NJW 1981, 1277 f. m.w.N.; LG Hamburg, NJW-RR 1991, 649 m.w.N.; LG Flensburg, ZMR 2001, 711; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 202

<sup>396</sup> so LG Kiel, WuM 1992, 129 f.; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 573 Rz. 14; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. September 2010, § 573 Rz. 195

<sup>397</sup> BGH v. 9.5.2012 – VIII ZR 238/11, WuM 2012, 388.

<sup>398</sup> vgl. BVerfG, NJW 1992, 105, 106 zu § 564a BGB a.F.; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459 jeweils Rn. 13.

<sup>399</sup> BayObLG, NJW 1981, 580.

diesen kann ein dem Kündigungsgrund des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB "artverwandtes" Interesse vorhanden sein<sup>400</sup>. 80

## 15.2 Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

### 15.2.1 § 563 Abs. 4 BGB

Gemäß § 563 Abs. 4 BGB kann der Vermieter das Mietverhältnis innerhalb eines Monats, nachdem er von dem endgültigen Eintritt in das Mietverhältnis Kenntnis erlangt hat, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn in der Person des Eingetretenen ein wichtiger Grund vorliegt. Ob und gegebenenfalls in welcher Weise sich der in § 563 Abs. 4 BGB genannte wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung von dem in § 543 Abs. 1 BGB genannten wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung unterscheidet, ist bisher noch ungeklärt. Jedenfalls muss dieser Grund aber so beschaffen sein, dass er dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses aufgrund von Umständen unzumutbar macht, die in der Person des Mieters liegen<sup>401</sup>.

Dies ist anzunehmen, wenn der eingetretene Mieter die Wohnräume unzulässigerweise zu beruflichen Zwecken nutzt<sup>402</sup>. Unter den nach der Verkehrsanschauung zu bestimmenden Begriff des "Wohnens fallen" lediglich solche berufliche Tätigkeiten, die der Mieter - etwa im häuslichen Arbeitszimmer - in einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Weise ausübt. Als Beispiel hierfür gilt z.B. die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers, die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors sowie den Empfang oder die Bewirtung von Geschäftsfreunden<sup>403</sup> angeführt. Für die Aufnahme derartiger Tätigkeiten, die mit dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck im Einklang stehen, bedarf es keiner Erlaubnis des Vermieters. Hingegen muss der Vermieter in ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen geschäftliche (gewerbliche oder [frei-]berufliche) Aktivitäten des Mieters, die nach außen in Erscheinung treten, grundsätzlich nicht ohne entsprechende vorherige Vereinbarung dulden<sup>404</sup>. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Mieter in den ausschließlich zu Wohnzwecken vermieteten Räumen an drei Werktagen in der Woche zehn bis zwölf Schülern Gitarrenunterricht erteilt. Zwar kann der Vermieter im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein, eine Erlaubnis zur teilweisen gewerblichen oder (frei-)beruflichen Nutzung zu erteilen. Eine solche Verpflichtung des Vermieters, eine nach den Bestimmungen des Mietvertrags vertragswidrige Nutzung zu gestatten, wird jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn von der beabsichtigten Tätigkeit - was der Mieter darzulegen und zu beweisen hat<sup>405</sup> - keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung. Beispielhaft hat der Senat dabei eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr genannt

---

<sup>400</sup> AG Göppingen, WuM 1979, 122 f. m.w.N.; vgl. auch BayObLG, NJW 1981, 580.

<sup>401</sup> BGH v. 20.4.2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rz. 6.

<sup>402</sup> BGH v. 10.4.2013 - VIII ZR 213/12, MDR 2013, 698 = GE 2013, 677 = WuM 2013, 349.

<sup>403</sup> BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 14.

<sup>404</sup> BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 15.

<sup>405</sup> BGH v. 14.7.2009 - VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 Rz. 17.



### 15.3.1 Vorrang der Duldungsklage?

Nicht selten wird vertreten, dass der Vermieter bei der Ausübung seiner Rechte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten habe. Deshalb soll der Vermieter selbst bei erheblichen Verletzungen von Duldungspflichten durch den Mieter darauf beschränkt sein, diese Pflichten einzuklagen und gegebenenfalls nach § 890 ZPO vollstrecken zu lassen, und ihm daneben das Recht zur außerordentlichen Kündigung verwehrt sein.<sup>406</sup>

Für eine derartige Unterscheidung zwischen Duldungspflichten und sonstigen Pflichten des Mieters bietet § 543 BGB keinen Ansatzpunkt.<sup>407</sup> Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis aus wichtigem Grund von jeder Vertragspartei fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Aus § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB wird deutlich, dass der wichtige Grund in jedweder Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag liegen kann, mithin auch in der Verletzung der vertraglich festgelegten Pflicht des Mieters, dem Vermieter Zutritt zur Wohnung zu gestatten, wenn dieser die Wohnung veräußern und deshalb Kaufinteressenten zeigen will. Unter welchen Umständen die Zumutbarkeitsgrenze für den Vermieter überschritten ist, wenn der Mieter die Erfüllung dieser vertraglichen Pflicht beharrlich verweigert, ist eine vom Tatrichter anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu treffende Wertung. Innerhalb dieser Wertung kann auch die Frage erheblich sein, ob es dem Vermieter im Einzelfall zuzumuten ist, vor Ausspruch der fristlosen Kündigung einen Duldungstitel gegen den Mieter zu erwirken und gegebenenfalls Vollstreckungsversuche nach § 890 ZPO zu unternehmen.

### 15.3.2 Unpünktliche Mietzahlung

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, 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. Dabei setzt die Kündigung wegen einer Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag gemäß § 543 Abs. 3 BGB eine erfolglose Abmahnung voraus.

Hat der Vermieter solche Abmahnungen im Oktober 2008 sowie - unter ausdrücklicher Androhung der fristlosen Kündigung - erneut mit Schreiben vom 22.12.2008 ausgesprochen und zahlt der Mieter die Miete in den Monaten November und Dezember 2008 sowie im Januar 2009 wiederum mit erheblicher Verspätung, nämlich erst zur Monatsmitte stellt eine derart schleppende und ungeachtet einer oder sogar mehrerer Abmahnungen fortge-

---

<sup>406</sup> z.B. LG Baden-Baden v. 24.7.2009 - 1 S 11/09.

<sup>407</sup> BGH v. 5.10.2010 - VIII ZR 221/09, GE 2011, 198 = ZMR 2011, 366.

setzte Zahlungsweise eine gravierende Pflichtverletzung dar, die die weitere Fortsetzung des Mietvertrages für den Vermieter regelmäßig unzumutbar macht<sup>408</sup>. Dies gilt umso mehr, weil in den weiteren Kündigungen vom 19.01., 19.02. und 08.04.2009, selbst wenn diese das Mietverhältnis noch nicht beendet hätten, jeweils weitere Abmahnungen zu sehen wären, die den Mieter gleichwohl nicht zur Änderung der unpünktlichen Zahlungsweise veranlasst haben. Durch die Abmahnung erhält der Mieter Gelegenheit, das durch die vorangegangenen unpünktlichen Mietzahlungen gestörte Vertrauen des Vermieters in eine pünktliche Zahlungsweise wieder herzustellen; dem Mieter wird so vor Vertragsbeendigung noch eine Chance zu vertragsgemäßigem Verhalten eingeräumt<sup>409</sup>. Diese Chance haben die Beklagten nicht genutzt, sondern im Gegenteil schuldhaft die vertragswidrige Zahlungsweise beibehalten.

### 15.3.3 Überzogene Minderung

Die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs ist ausgeschlossen, wenn sich der Mieter unverschuldet zur Minderung berechtigt gehalten hat und so in Rückstand mit der Zahlung der Miete geraten ist<sup>410</sup>. Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, solange sich der Mieter auf einen Mangel der Mietsache berufe, könne der Vermieter nicht kündigen; der Streit über das Minderungsrecht sei im Verfahren der Leistungsklage auszutragen<sup>411</sup>.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden<sup>412</sup>. Auch im Wohnraummietrecht sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere besteht kein Grund, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen mildereren Sorgfaltsmaßstab anzulegen<sup>413</sup>. Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen - wie z.B. der Ursache einer Schimmelpilzbildung angesiedelten Irrtums - ist eine geänderte Beurteilung nicht gerechtfertigt<sup>414</sup>. Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat; zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wäre es gerechtfertigt, die bloße Einschätzung, z.B. ein Schimmelbefall sei auf einen vom Vermieter zu vertretenden Baumangel zurückzuführen, für eine Entschuldigung des Mieters ausreichen zu lassen, liefe dies darauf hinaus, dass sich die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte<sup>415</sup>. Für eine derartige Privilegierung des Mieters besteht kein Anlass, zumal er nicht mindern muss. Denn der Mieter kann den Minderungsbetrag, den er für angemessen hält, unter dem einfachen, lediglich die Wirkungen des § 814 BGB ausschließenden Vorbehalt der Rückforderung an den Vermieter zahlen, so dass ihm die Möglichkeit bleibt, eine gerichtliche Klärung seiner Rechte herbeizuführen, ohne dem Risiko einer fristlosen Kündigung ausgesetzt zu sein.

<sup>408</sup> BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, GE 2011, 1013 = ZMR 2011, 783.

<sup>409</sup> vgl. BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NZM 2006, 338 Rz. 14

<sup>410</sup> LG Frankfurt v. 14.11.2003 – 2 - 11 S 326/02, NZM 2004, 297; LG Kassel v. 08.11.1994 – 1 T 61/94, ZMR 1996, 90; LG Görtz v. 28.9.1994 – 2 S 48/94, WuM 1994, 601, 602;

<sup>411</sup> LG Berlin v. 22.2.2007 - 62 S 277/05, GE 2007, 1486; Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rz. 103 f.

<sup>412</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161 = ZMR 2012, 1161 m. Anm. *Schläger* ZMR 2013, 178.

<sup>413</sup> BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103 Rz. 25 ff.

<sup>414</sup> vgl. BGH v. 27.9.1989 - IVa ZR 156/88, NJW-RR 1990, 160, 161.

<sup>415</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161.

Ist der Mieter rechtskräftig zur Zahlung einer erhöhten Miete nach den §§ 558 bis 560 BGB verurteilt worden, kann der Vermieter nach § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind. Sind in den Mietrückständen die gemäß § 560 Abs. 4 BGB erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen enthalten und reicht der Rückstand mit der nicht erhöhten Miete nicht aus, um die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b) BGB zu begründen, kommt es für die Wirksamkeit der Kündigung wegen Zahlungsverzuges auf den Regelungsgehalt des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB an. Dieser ist umstritten<sup>416</sup>.

Nach einer Ansicht besagt die Vorschrift, dass der Vermieter wegen der erhöhungsbedingten Rückstände erst kündigen kann, wenn der Mieter rechtskräftig zur Zahlung der erhöhten Betriebskosten oder -vorauszahlungen verurteilt ist<sup>417</sup>. Der Vermieter wäre somit gezwungen, vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung Zahlungsklage zu erheben, und könnte erst nach Ablauf der Kündigungssperrfrist die Kündigung wegen Zahlungsverzugs aussprechen<sup>418</sup>.

Eine andere Ansicht orientiert sich streng am Wortlaut der Vorschrift und sieht die rechtskräftige Verurteilung des Mieters nur als Voraussetzung für die Sperrfrist an und nicht als Voraussetzung für die Kündigung wegen Zahlungsverzugs<sup>419</sup>. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB besagt nach dieser Meinung lediglich, dass dem Mieter, gegen den der Vermieter wegen nicht entrichteter Erhöhungsbeträge nach §§ 559 und 560 BGB Klage erhoben hat, nach rechtskräftiger Verurteilung eine Kündigungssperrfrist von zwei Monaten zusteht. Die Vorschrift sei bei Kündigungen ohne vorangegangene Zahlungsklage daher gar nicht einschlägig.

Der BGH hat sich der letztgenannten Auffassung angeschlossen<sup>420</sup>. Nach seiner Auffassung spricht neben dem engen Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift dafür. Zunächst gab es eine entsprechende Regelung nur für das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters (§ 3 Abs. 5 WKSchG). Sie sollte sicherstellen, dass nicht wegen der während des Klageverfahrens eventuell aufgelaufenen Erhöhungsbeträge alsbald nach der Rechtskraft des Urteils eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs erfolgen kann<sup>421</sup>. Einen Kündigungsschutz des Mieters musste man dabei nur für die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge regeln. Denn in der Zeit davor ist der Mieter durch andere gesetzliche Bestimmungen ausreichend geschützt. Stimmt er einer Erhöhung nicht zu und erhebt der Vermieter nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten Klage auf Zustimmung, gilt das

---

<sup>416</sup> *Hinz*, NZM 2010, 57, 65 ff.

<sup>417</sup> *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 10. Aufl., § 569 BGB Rz. 70; *Hinz*, NZM 2010, 57, 67; *Soergel/Heintzmann*, 13. Aufl., § 569 BGB Rz. 28.

<sup>418</sup> LG Hamburg v. 30.8.2007 – 307 S 43/07, zitiert nach *juris* Rz. 3; LG Berlin v. 13.4.1989 – 61 S 160/85, GE 1989, 675 ff.; AG Altena v. 20.3.1987 – 2 C 839/86, WuM 1988, 25 [zu § 9 Abs. 2 MHG]; LG München I v. 28.6.1978 – 14 S 2506/78, WuM 1979, 16.

<sup>419</sup> *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 10. Aufl., § 569 Rz. 33; *Sternel*, WuM 2009, 699, 704.

<sup>420</sup> BGH v. 18.7.2012 – VIII ZR 1/11, ZMR 2012, 853.

<sup>421</sup> BT-Drucks. VI/2421, S. 4.

Erhöhungsverlangen als nicht gestellt<sup>422</sup>. Klagt der Vermieter und wird der Mieter zur Zustimmung verurteilt, schuldet der Mieter zwar die erhöhte Miete für die Zeit ab dem dritten auf das Erhöhungsverlangen des Vermieters folgenden Kalendermonat. Diese Schuld wird aber erst mit Rechtskraft des Zustimmungsurteils fällig<sup>423</sup>; der Mieter kann also davor nicht in Zahlungsverzug geraten, so dass der Vermieter ihm auch nicht kündigen kann.

Der Gesetzgeber hat die auf die einschlägige Fallkonstellation zugeschnittene Regelung dann durch § 9 Abs. 2 MHG auch auf Mieterhöhungen nach den §§ 2 bis 7 MHG (und damit auch auf Erhöhungen der Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 4 Abs. 2 MHG) ausgedehnt, weil er dem Mieter auch in diesen Fällen den Schutz der Vorschrift zukommen lassen wollte, "zumal in diesen Fällen die Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam wird"<sup>424</sup>. Dieser Schutz umfasst aber nur die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge und erstreckt sich nicht auf die Zeit vor Erhebung der Klage. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ändert daran nichts, da er nach der Gesetzesbegründung nur den Regelungsgehalt von § 9 Abs. 2 MHG übernehmen sollte<sup>425</sup>.

Die Interessen des Mieters gebieten es nicht, den Schutzbereich des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB dahingehend auszuweiten, dass der Vermieter vor Erhebung einer Zahlungsklage nicht kündigen kann<sup>426</sup>. Dem steht schon der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift im Gesamtzusammenhang der Kündigungsbestimmungen entgegen, der für eine restriktive Handhabung spricht<sup>427</sup>. Im Übrigen ist der Mieter dadurch geschützt, dass im Rahmen des Kündigungsprozesses geprüft werden muss, ob der Vermieter gemäß § 560 Abs. 4 BGB bei den Vorauszahlungen eine Anpassung auf die verlangte Höhe vornehmen durfte. Der BGH<sup>428</sup> hat entschieden, dass eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB nur insoweit begründet ist, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Der Mieter kann durch Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nachprüfen, ob die Anpassung gemäß § 560 Abs. 4 BGB gerechtfertigt ist oder nicht und welches Prozessrisiko er eingeht, wenn er nicht zahlt. Sollte ihm der Vermieter die Einsicht nicht ermöglichen, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. In diesem Fall ist eine auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung ausgeschlossen.

## 15.4 Gebrauchsentziehung durch Modernisierung

*Sachverhalt:* Der Mieter betreibt in einer gemischt genutzten Immobilie eine Praxis für Physiotherapie. Der Mietvertrag war befristet auf 10 Jahre bis zum 30.06.2012. Im Oktober 2009 kam es zu Gesprächen mit dem Vermieter über eine umfassende Sanierungsmaßnahme, mit der der Vermieter das aus den 50-er-Jahren stammende Gebäude u.a. aufstocken und mit einer Tiefgarage versehen wollte. Mit Schreiben vom 9.12.2009 wies der Vermieter darauf hin, dass mit Beginn des zweiten Quartals 2010 die vorhandenen Garagen und Stell-

<sup>422</sup> BT-Drucks. VI/2421, S. 4.

<sup>423</sup> BGH v. 4.5.2005 - VIII ZR 94/04, WuM 2005, 396 unter II 2 b aa und bb.

<sup>424</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 13.

<sup>425</sup> BR-Drucks. 439/00, S. 163.

<sup>426</sup> *Sternel*, WuM 2009, 699, 704.

<sup>427</sup> vgl. BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 327/11, MDR 2012, 753 Rz. 16 = ZMR 2012, 687.

<sup>428</sup> BGH v. 15.5.2012 - VIII ZR 245/11, ; BGH v. 15.5.2012 - VIII ZR 246/11

plätze nicht mehr zur Verfügung stünden und durch die neu zu bauende Tiefgarage ersetzt würden. Am 4.1.2010 übersandte er den Entwurf einer Mietaufhebungsvereinbarung mit der Bitte um Mitteilung, wie hoch der Mieter sich den Entschädigungsbetrag vorstelle. Einen Vertragsabschluss lehnte der Vermieter in der Folgezeit ab. Mit Schreiben vom 5.3.2010 teilte der Vermieter mit, dass der Baubeginn für Anfang Mai 2010 und das Bauende für Ende Januar 2011 vorgesehen sei. Die in dem Schreiben angekündigten Um- und Ausbaumaßnahmen umfassten den Abriss der bestehenden Garagenanlage, den Neubau einer Tiefgarage, den Anbau von Aufzugsanlagen, den teilweisen Abriss und Neubau der Balkone, den Abriss der bestehenden Dächer und deren Neubau und Erweiterung, die eventuelle Modernisierung der Fenster, die Anbringung eines Wärmeverbundsystems und die Neugestaltung der Fassade und des Treppenhauses sowie die Neuinstallation sämtlicher Versorgungsleitungen für Gas, Wasser und Strom. Die Baukosten wurden mit ca. 3,5 Mio. Euro beziffert. Im Januar 2010 schloss der Mieter einen Mietvertrag ab 1.4.2010 und erklärte am 12.3.2010 die fristlose Kündigung, der der Vermieter am 19.03.2010 widersprach. Er verlangt Schadensersatz z.B. in Form von Umzugskosten.

*Entscheidung:* Dem Mieter steht ein Anspruch gemäß § 536a Abs. 1 BGB auf Ersatz des ihm durch seine außerordentliche Kündigung des Mietvertrags entstandenen Schadens dem Grunde nach bejaht. Denn aufgrund der bevorstehenden Baumaßnahmen stand eine nicht duldungspflichtige Gebrauchsentziehung der Mieträume sicher bevor, so dass er aufgrund dieses Mangels auch ohne Fristsetzung oder Abmahnung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt war<sup>429</sup>.

Mit dem Abriss der Garagen, der Balkone und des Daches sowie mit dem Neubau von Aufzugsanlagen, Balkonen, einer Tiefgarage, der Fassade, der Neugestaltung des Treppenhauses, der Erneuerung der Fenster und der Neuinstallation sämtlicher Versorgungsleitungen verbundenen Erschütterungen und Lärm- und Staubbelastigungen machen den zumutbaren Betrieb einer Praxis für Neurologie und Psychiatrie für einen längeren Zeitraum unmöglich. Durch die beabsichtigte umfassende Neugestaltung des Gebäudes war danach die Tauglichkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Gebrauch für einen längeren Zeitraum aufgehoben.

Diesen Mangel hat der Vermieter zu vertreten. Denn der Mieter war zur Duldung der Umbaumaßnahmen nicht gemäß §§ 554 Abs. 2, 578 Abs. 2 BGB a.F. verpflichtet. Zwar handelt es sich bei den Umbauarbeiten überwiegend um Modernisierungsmaßnahmen und um Maßnahmen zur Schaffung von Wohnraum im Sinne von § 554 Abs. 2 BGB a.F., die der Mieter grundsätzlich dulden muss. Dies gilt jedoch gemäß § 554 Abs. 2 BGB a.F. nicht, wenn die Maßnahmen insbesondere unter Berücksichtigung der vorzunehmenden Arbeiten für ihn eine Härte bedeuten würden, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen sind. Die geplanten Umbaumaßnahmen stellen für den Mieter eine unzumutbare Härte im Sinne des § 554 Abs. 2 BGB a.F. dar. Der Mieter hätte für die mit zunächst neun Monaten angesetzte Dauer der Baumaßnahmen eine Nichtbenutzbarkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Gebrauch hinnehmen müssen. Das hätte für ihn zur Folge gehabt, dass er seine Patienten hätte verlieren und keine neuen

---

<sup>429</sup> BGH v. 31.10.2012 – XII ZR 126/11, MDR 2013, 82 = WuM 2013, 37 = GE 2013, 52 = NZM 2013, 122 = ZMR 2013, 260.

Patienten hätte gewinnen können. Die Auferlegung eines solchen existenzbedrohenden wirtschaftlichen Risikos bedeutet für die Mieter eine Härte, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters an einer Steigerung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Mietobjekts nicht zu rechtfertigen ist.

Es spricht nicht gegen die Annahme einer unzumutbaren Härte, dass der Mieter in ihrem neuen Mietvertrag Beeinträchtigungen der Mieträume durch Baumaßnahmen an einigen noch leer stehenden zu vermietenden Flächen im Mietobjekt unter Verzicht auf Minderungs- und sonstige Ansprüche akzeptiert hat. Zum einen hat die Vermieterin dem Mieter zum Ausgleich den Nettomietzins für die ersten fünf Monate ab Mietbeginn erlassen. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass die zu erwartenden Baumaßnahmen von ihrem Umfang und ihrer Dauer den von dem hiesigen Vermieter geplanten Umbau- und Erneuerungsarbeiten des gesamten Anwesens vergleichbar sind.

Die Mieter waren aufgrund der pflichtwidrigen Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs durch die Beklagte gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages berechtigt<sup>430</sup>. Die fristlose Kündigung der Mieter ist nicht deshalb unwirksam, weil zum Zeitpunkt der Kündigung mangels begonnener Bauarbeiten noch keine Gebrauchsentziehung vorgelegen hat. Im Zeitpunkt der Kündigung stand aufgrund der Umstände fest, dass die Baumaßnahmen alsbald beginnen würden. Der Vermieter selbst hatte den Baubeginn für Mai 2010 angekündigt und ist auch tatsächlich so verfahren. Er hat dadurch, dass er den Abschluss des von ihm angebotenen Mietaufhebungsvertrages abgelehnt und sodann im März 2010 den Beginn der mit Kosten von 3,5 Mio. Euro geplanten Baumaßnahmen für Mai 2010 angekündigt hat, zum Ausdruck gebracht, dass er zu einer Verschiebung oder Unterlassung der Modernisierungsarbeiten nicht bereit ist. Der Mieter musste aufgrund dieses Verhaltens des Vermieters davon ausgehen, dass dieser ohne Rücksicht auf die Beeinträchtigungen des Mieters die Baumaßnahmen durchführt. Sie durften deshalb bereits vor Beginn der Baumaßnahmen die außerordentliche Kündigung aussprechen<sup>431</sup>.

Die Kündigung ist auch nicht deshalb unwirksam, weil sie bereits zum 1. April 2010 erfolgt ist, obwohl der angekündigte Baubeginn erst für Anfang Mai 2010 vorgesehen war. Denn der Mieter war, nachdem es ihm gelungen war, Ersatzräume ab dem 1. April 2010 zu finden, im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht berechtigt, diese zu mieten und zur Vermeidung einer doppelten Mietzahlungspflicht den Mietvertrag zum 31. März 2010 zu kündigen.

Im Hinblick auf den sicher bevorstehenden Beginn der Baumaßnahmen und die fehlende Bereitschaft des Vermieters zur Verschiebung oder Unterlassung der Bauarbeiten bedurfte es gemäß § 543 Abs. 3 Nr. 1 BGB für die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB keiner vorherigen Abmahnung oder Fristsetzung<sup>432</sup>. Der Vermieter

---

<sup>430</sup> BGH v. 31.10.2012 – XIII ZR 126/11, MDR 2013, 82 = WuM 2013, 37 = GE 2013, 52 = NZM 2013, 122.

<sup>431</sup> OLG Brandenburg NJWE-MietR 1997, 224; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 543 BGB Rz. 18; MünchKomm/Bieber, 6. Aufl., § 543 BGB Rz. 65

<sup>432</sup> OLG Brandenburg NJWE-MietR 1997, 224; Staudinger/Emmerich, Neubearbeitung 2011, § 543 BGB Rz. 80; Kraemer, NZM 2001, 553, 559.

behauptet auch selbst nicht, zur Verschiebung oder Unterlassung der Bauarbeiten bereit gewesen zu sein. Seine fehlende Bereitschaft hierzu wird durch sein Widerspruchsschreiben vom 19. März 2010 gegen die außerordentliche Kündigung des Mieters bestätigt, in dem er schon bestreitet, dass es durch die Bauarbeiten überhaupt zu den von dem Mieter behaupteten Beeinträchtigungen kommen werde.

Die Mieter haben danach gemäß § 536a BGB einen Anspruch auf Ersatz des ihnen durch die außerordentliche Kündigung entstandenen Schadens<sup>433</sup>. Die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Vermieters und den umzugsbedingten Schäden des Mieters wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Mieter den neuen Mietvertrag bereits vor seiner Kündigungserklärung abgeschlossen hat. Steht eine alsbald eintretende Gebrauchsbeeinträchtigung, die den Mieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, sicher bevor, so darf der Mieter die erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Er muss schon zur Schadensminderung damit nicht abwarten bis die Gebrauchsbeeinträchtigung tatsächlich eintritt.

### **15.5 Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 109 InsO bei mehreren Mietern**

Nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO kann der Insolvenzverwalter ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer ein Mietverhältnis über Räume, das der Schuldner als Mieter eingegangen ist, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Dies gilt auch dann, wenn der Insolvenzschuldner nicht alleiniger Mieter der Räume war. Zwar kann bei einer Mehrheit von Mietern ein Mietvertrag grundsätzlich nur einheitlich von allen oder gegenüber allen Mietern gekündigt werden<sup>434</sup>. § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO räumt dem Insolvenzverwalter jedoch ein Sonderkündigungsrecht ein, um die Masse vor einem weiteren Anwachsen von Verbindlichkeiten aufgrund eines laufenden Mietvertrags zu schützen, wenn eine wirtschaftlich angemessene Nutzung des Mietobjekts nicht mehr möglich ist<sup>435</sup>. Dieser Zweck der Vorschrift gebietet es, dass der Insolvenzverwalter auch einen Mietvertrag, der von einer Mietermehrheit abgeschlossen worden ist, ohne Mitwirkung der übrigen Mieter kündigen kann<sup>436</sup>.

Umstritten ist allerdings, ob durch die Kündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO nur der Insolvenzschuldner aus dem Mietvertrag ausscheidet oder das Mietverhältnis insgesamt, also auch mit Wirkung für die übrigen Mitmieter endet.

Von Teilen der Literatur wird die Auffassung vertreten, mit der Kündigung durch den Insolvenzverwalter scheidet nur der insolvent gewordene Mieter aus dem Mietverhältnis aus. Hinsichtlich der weiteren Mieter bleibe der Mietvertrag von der Kündigung unberührt. Zur Begründung wird vor allem auf den Zweck der Vorschrift verwiesen, die Masse vor weiteren Verbindlichkeiten zu schützen. Dieser Zweck sei ausreichend gewahrt, wenn nur der

---

<sup>433</sup> vgl. MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 536a BGB Rz. 14; Staudinger/Emmerich, Neubearbeitung 2011, § 543 BGB Rz. 105 m.w.N.

<sup>434</sup> vgl. BGHZ 26, 102 = NJW 1958, 421; BGHZ 144, 370 = NJW 2000, 3133, 3135 für einen Leasingvertrag.

<sup>435</sup> Uhlenbruck/Wegener, 13. Aufl., § 109 InsO Rz. 1.

<sup>436</sup> vgl. OLG Celle NJW 1974, 2012; MünchKomm/Eckert, 2. Aufl. § 109 InsO Rz. 36; Uhlenbruck/Wegener, 13. Aufl., § 109 InsO Rz. 3.

Insolvenzschuldner aus dem Mietvertrag ausscheide. Außerdem müsse bei der Auslegung des § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO berücksichtigt werden, dass der Vermieter und die weiteren Mitmieter in der Regel ein Interesse am Fortbestand des Mietvertrages hätten<sup>437</sup>.

Nach anderer Auffassung soll der Kündigung nur dann eine Gesamtwirkung zukommen, wenn das Nutzungsrecht der Mitmieter von dem des Insolvenzschuldners abhängt oder die Mitmieter dem Mietvertrag nur aus Gründen der Mithaftung beigetreten seien und sie deshalb kein eigenes Interesse an der Gebrauchsüberlassung hätten. Sollten die Mitmieter hingegen durch den Mietvertrag ein eigenständiges Nutzungsrecht erhalten, bewirke die Kündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO nur das Ausscheiden des Insolvenzschuldners und der Mietvertrag bliebe im Übrigen aufrechterhalten<sup>438</sup>.

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur vertritt demgegenüber mit dem Berufungsgericht die Auffassung, dass die Kündigung durch den Insolvenzverwalter stets das gesamte Mietverhältnis beende. Dies folge aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses sowie der Unteilbarkeit der Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung<sup>439</sup>.

Der letztgenannten Ansicht hat sich der BGH angeschlossen<sup>440</sup>. § 109 Abs. 1 InsO gewähre dem Insolvenzverwalter ein Sonderkündigungsrecht, um Mietverhältnisse, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zunächst mit Wirkung für die Masse fortbestehen (§ 108 Abs. 1 InsO), aber wirtschaftlich für die Masse nicht mehr sinnvoll genutzt werden können, unabhängig von einer vereinbarten Vertragsdauer oder den Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung beenden zu können. Dabei sei die Vorschrift auf die Kündigung eines Mietvertrages ausgerichtet, der vom Insolvenzschuldner allein abgeschlossen worden ist<sup>441</sup>. Zu der Frage, ob durch die Kündigung bei einem Mietvertrag, an dem eine Mehrheit von Mietern beteiligt ist, das Mietverhältnis insgesamt beendet werde, verhalte sich die Vorschrift deshalb nicht. Die Wirkung der Kündigung nach § 109 Abs. 1 InsO bei Mietverträgen, die auf Mieterseite von weiteren Personen neben dem Insolvenzschuldner abgeschlossen worden sind, bestimme sich daher nach allgemeinen mietrechtlichen Grundsätzen. Danach könne ein Mietverhältnis, wenn auf Mieterseite mehrere Personen beteiligt

---

<sup>437</sup> MünchKomm/Eckert, 2. Aufl., § 109 InsO Rz. 37 f.; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1589

<sup>438</sup> OLG Köln, ZIP 1995, 46; KPB/Tintelnot, InsO [Stand: November 2012], § 109 InsO Rz. 46; Andres in Andres/Leithaus, 2. Aufl., § 109 InsO Rz. 6; Hörndler in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl., Kap. 20 Rz. 72 f.; vgl. dazu auch Steinicke, ZMR 2001, 160 ff.

<sup>439</sup> OLG Celle v. 15.2.1974 – 2 U 62/73, MDR 1974 673 = NJW 1974, 2012; OLG Düsseldorf v. 2.7.1987 - 10 U 23/87, NJW-RR 1987, 1369 = ZMR 1987, 424; RGZ 141, 391, 392 f. zu § 19 KO; Uhlenbruck/Wegener, 13. Aufl., § 109 InsO Rz. 3; MünchKomm/Bydlinski, 6. Aufl., § 425 BGB Rz. 7; FK-InsO/Wegener, 6. Aufl., § 109 Rn. 17; Braun/Kroth, 5. Aufl., § 109 InsO Rz. 24; HambKomm/Ahrendt, 3. Aufl. § 109 InsO Rz. 19; Nerlich/Römermann/Balthasar, [Stand: August 2012], § 109 InsO Rz. 10; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 542 BGB Rz. 140; Rolfs in Emmerich/Sonnenschein, Mieta, 10. Aufl., § 542 BGB Rz. 56; Bub/Treier/Belz, Hb der Geschäfts- und Wohnraummieta, 3. Aufl., Kap. VIII B Rz. 218.

<sup>440</sup> BGH v. 13.3.2013 – XII ZR 34/12, ■; ebenso OLG Hamburg v. 29.3.2012 - 8 U 78/11, MDR 2012, 738 = ZMR 2013, 111 = GE 2012, 955 = NZM 2012, 684, OLG Düsseldorf v. 2.7.1987 - 10 U 23/87, NJW-RR 1987, 1369; OLG Celle v. 15.2.1974 – 2 U 62/73, MDR 1974 673 = NJW 1974, 2012.

<sup>441</sup> Uhlenbruck/Wegener, 13. Aufl., § 109 InsO Rz. 3.



sind, grundsätzlich nur mit Wirkung für sämtliche Mieter gekündigt werden<sup>442</sup>. **89**

Auch bei Beteiligung von mehreren Mietern entstehe durch den Abschluss des Mietvertrages nur ein einheitliches Rechtsverhältnis zum Vermieter, bei dem alle Mitmieter gemeinschaftlich die Mieterseite des bestehenden Mietverhältnisses bilden<sup>443</sup>. Der Vermieter könne seine Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 S. 1 BGB nur einheitlich gegenüber sämtlichen Mietern erfüllen. Der Mietgebrauch stelle eine im Rechtsinne unteilbare Leistung dar<sup>444</sup> und könne daher durch eine Kündigung nur einheitlich gegenüber sämtlichen Mietern beendet werden<sup>445</sup>. Eine Kündigung mit Wirkung nur für einen der Mieter würde das Mietverhältnis grundlegend zu Lasten des oder der anderen Vertragsparteien umgestalten<sup>446</sup> und wäre als eine Teilkündigung grundsätzlich unzulässig<sup>447</sup>. Die Kündigung eines Mietvertrages könne daher nur einheitlich für alle oder gegenüber allen Mietern ausgeübt werden<sup>448</sup>.

Auch der Schutzzweck des § 109 Abs. 1 InsO gebiete keine Ausnahme von der Gesamtwirkung der Kündigung. Es sei zwar zutreffend, dass dem Zweck der Vorschrift, die Masse vor einem Anwachsen der Verbindlichkeiten aus dem Fortbestand eines Mietvertrages zu schützen, Genüge getan wäre, wenn nur der Insolvenzschuldner aus dem Mietvertrag ausscheiden würde. Dieser Gesichtspunkt zwinge aber nicht dazu, die Wirkung der vom Insolvenzverwalter erklärten Kündigung auf den Insolvenzschuldner zu beschränken und den allgemeinen Grundsatz, dass die Kündigung eines Mietvertrages nur einheitlich für alle oder gegenüber allen Mietern ausgeübt werden könne, insoweit aufzugeben. Zwar werde dieser Grundsatz durch § 109 Abs. 1 S. 1 InsO bereits dadurch durchbrochen, dass der Insolvenzverwalter das Sonderkündigungsrecht ohne Mitwirkung der anderen Mitmieter ausüben kann<sup>449</sup>. Diese Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, dass ein Mietverhältnis nur einheitlich von allen Mietern gekündigt werden kann, sei aber durch den besonderen Schutzzweck des § 109 Abs. 1 InsO gerechtfertigt<sup>450</sup>. Die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, das Mietverhältnis allein kündigen zu können, ändere jedoch nichts daran, dass die Kündigung wegen der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses Gesamtwirkung habe<sup>451</sup>. Eine Beschränkung der Kündigungswirkung nur auf den Insolvenzschuldner lasse sich aus dem Gesetzeszweck nicht herleiten<sup>452</sup>.

---

<sup>442</sup> vgl. BGHZ 26, 102 = NJW 1958, 421; BGHZ 144, 370 = NJW 2000, 3133, 3135 für einen Leasingvertrag; RGZ 90, 328, 330.

<sup>443</sup> BGHZ 136, 314 = NZM 1998, 22, 24.

<sup>444</sup> MünchKomm/Eckert, 2. Aufl., § 109 InsO Rz. 36.

<sup>445</sup> vgl. BGHZ 26, 102 = NJW 1958, 421.

<sup>446</sup> vgl. BGHZ 96, 302 = NJW 1986, 918 für die Anfechtung; BGH v. 9.7.2002 - XI ZR 323/01, NJW 2002, 2866, 2867 für einen Darlehensvertrag.

<sup>447</sup> Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 542 BGB Rz. 87.

<sup>448</sup> BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NZM 2010, 577 Rz. 7; RGZ 141, 391, 392 f.

<sup>449</sup> so zutreffend MünchKomm/Eckert, 2. Aufl., § 109 InsO Rz. 39

<sup>450</sup> Uhlenbruck/Wegener, 13. Aufl., § 109 InsO Rz. 3.

<sup>451</sup> Uhlenbruck/Wegener, 13. Aufl., § 109 InsO Rz. 3.

<sup>452</sup> so schon RGZ 141, 391, 392 f. zu § 19 KO.

Bei der Annahme einer Gesamtwirkung der Kündigung werden auch die Interessen des Vermieters und der weiteren Mitmieter an einer Fortsetzung des Mietverhältnisses angemessen berücksichtigt. Zwar seien Fälle denkbar, in denen der Vermieter und die anderen Mieter das Mietverhältnis auch ohne den insolvent gewordenen Mieter fortsetzen möchten. Dies ist jedoch nicht immer der Fall. Sind die anderen Mieter wirtschaftlich nicht mehr in der Lage, die Mietzahlungen allein aufzubringen, oder hat der Vermieter den Mietvertrag ursprünglich gerade im Hinblick auf die erwartete wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des jetzt insolvent gewordenen Mieters abgeschlossen, könne auch ein Interesse der übrigen Vertragsparteien bestehen, dass das Mietverhältnis durch die Kündigung des Insolvenzverwalters insgesamt beendet wird<sup>453</sup>. Sofern der Vermieter und die anderen Mieter das Mietverhältnis ohne den insolventen Schuldner fortsetzen wollten, bleibe es ihnen unbenommen, einen neuen Mietvertrag abzuschließen<sup>454</sup>. Zudem können sich die Mietvertragsparteien vor den Folgen einer Kündigung nach § 109 Abs. 1 S. 1 InsO durch eine entsprechende mietvertragliche Regelung schützen, nach der der Mietvertrag im Falle einer Kündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO mit den weiteren Mietern fortgesetzt werden soll<sup>455</sup>.

Die Wirkung der Kündigung nach § 109 Abs. 1 InsO könne auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Mitmieter ein eigenes Nutzungsinteresse an der Mietsache hätten oder ob der Abschluss des Mietvertrages nur auf Gründen der Mithaftung beruhe. Mit der Rechtsnatur der Kündigung als Gestaltungsrecht sei dieses Verständnis von der Wirkung einer auf § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO gestützten Kündigung nicht vereinbar. Aus Gründen der Rechtssicherheit müsse eine Kündigungserklärung eindeutig sein. Sie müsse zweifelsfrei erkennen lassen, dass der Mietvertrag beendet werden solle und gegen wen sich die Kündigung richte<sup>456</sup>. Hinge die Wirkung der Kündigung nach § 109 Abs. 1 S. 1 InsO davon ab, ob die weiteren Mieter den Mietvertrag nur aus Haftungsgründen abgeschlossen hätten oder ein eigenes Nutzungsinteresse an dem Mietobjekt verfolgten, wäre die erforderliche Rechtssicherheit nicht mehr gewährleistet. Der Umfang der Kündigungswirkung würde sich erst bestimmen lassen, wenn der Grund für die Beteiligung der weiteren Mieter an dem Mietverhältnis geklärt ist. Zu welchem Zweck die weiteren Mieter den Mietvertrag abgeschlossen haben, ergibt sich jedoch nur aus dem Innenverhältnis der Mieter, das dem Vermieter oft nicht bekannt ist.

Schließlich spreche auch § 425 Abs. 1 und 2 BGB nicht gegen eine Gesamtwirkung der vom Insolvenzverwalter erklärten Kündigung. Danach wirke die von einem oder gegenüber einem Gesamtschuldner erklärte Kündigung nur gegen diesen, nicht auch gegen die weiteren Gesamtschuldner. § 425 Abs. 2 BGB erfasse jedoch nur die Fälligkeitkündigung, etwa von Darlehensverträgen<sup>457</sup>. Ob und in welchem Umfang eine Beendigungskündigung von

---

<sup>453</sup> vgl. MünchKomm/Bydlinski, 6. Aufl., § 425 BGB Rz. 4 m.w.N.

<sup>454</sup> so schon RGZ 141, 391, 392 zu § 19 KO.

<sup>455</sup> vgl. hierzu OLG Celle v. 15.2.1974 – 2 U 62/73, MDR 1974 673 = NJW 1974, 2012; RGZ 141, 391, 392; FK-InsO/Wegener, 6. Aufl., § 109 InzO Rn. 17.

<sup>456</sup> Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 542 BGB Rz. 13 f.

<sup>457</sup> vgl. MünchKomm/Bydlinski, 6. Aufl., § 425 BGB Rz. 4 m.w.N.

Dauerschuldverhältnissen Wirksamkeit entfalte, die nur von einem Gesamtschuldner erklärt würde, regele die Vorschrift nicht<sup>458</sup>. Hinzu komme, dass mehrere Mieter nicht nur als Gesamtschuldner angesehen werden könnten. Dies treffe zwar hinsichtlich der mietvertraglichen Pflichten zu<sup>459</sup>. In Bezug auf die unteilbare Hauptleistungspflicht des Vermieters, den Mietern den Gebrauch der Mietsache zu überlassen, seien mehrere Mieter hingegen Gesamtgläubiger gemäß § 432 Abs. 1 BGB<sup>460</sup>.

## 16 Rückgabe

### 16.1 Ausschlusswirkung der Rückgabe

Einem Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Verschlechterung der Mietsache (§ 280 Abs. 1 BGB) besteht nicht, wenn er die Mietsache vorbehaltlos abnimmt<sup>461</sup>. Denn es ist anerkannt, dass bei Bescheinigung des Vermieters im Abnahmeprotokoll bezüglich der Mangelfreiheit der Mietsache es dem Vermieter versagt ist, sich später auf bestehende Mängel, die dieser hätte wahrnehmen können, zu berufen<sup>462</sup>. Entsprechendes wird angenommen, wenn es nicht zur Erstellung eines Übergabeprotokolls kommt, der Vermieter aber nach Übergabe der Mietsache und Abnahme des Zustandes der Mietsache keinerlei Vorbehalte mehr macht<sup>463</sup>.

Ob der Vermieter die Mietsache allerdings "vorbehaltlos" abgenommen hat, beruht auf tatsächlichen Feststellungen, nämlich auf dem Erklärungswert des Verhaltens des Vermieters im Einzelfall<sup>464</sup>. Der rechtliche Gehalt der Rückgabe einer Mietsache, die mit Feststellung ihres Zustands verbunden ist, ist daher durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln<sup>465</sup>. Deshalb kann es ausreichen, dass der Vermieter der Wohnung anlässlich der Rückgabe erklärt, die Wohnung sei "in Ordnung"<sup>466</sup> und der Mieter könne sich die Kautions in ein bis zwei Tagen abholen<sup>467</sup>.

Rechtsgrundlage des Abschneidens von Ansprüchen des Vermieters nach vorbehaltloser Rücknahme einer Mietwohnung kann im Einzelfall ein Erlassvertrag, eine Verzichtserklärung bzw. ein negatives Schuldanerkennnis im Sinne von § 397 Abs. 2 BGB sein, unter Umständen auch ein deklaratorisches Schuldanerkennnis oder ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB sein<sup>468</sup>.

<sup>458</sup> vgl. BGH v. 9.7.2002 - XI ZR 323/01, NJW 2002, 2866, 2867.

<sup>459</sup> Palandt/Weidenkaff, 72. Aufl., § 535 BGB Rz. 7.

<sup>460</sup> vgl. MünchKomm/Häublein, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 48 m.w.N.

<sup>461</sup> KG v. 13.2.2003 - 8 U 371/01, GE 2003, 524.

<sup>462</sup> vgl. BGH v. 10.11.1982 - VIII ZR 22/81, BGHZ 85, 267 = NJW 1983, 446, unter VI = juris, Rz. 32.

<sup>463</sup> vgl. hierzu *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., II Rz. 434; LG Mannheim, WuM 1975, S. 119, Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V A Rz. 193.

<sup>464</sup> OLG Hamm v. 10.5.2012 - 28 U 166/11, ZMR 2012, 864.

<sup>465</sup> Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 BGB Rz. 55.

<sup>466</sup> LG Berlin v. 7.5.1999 - 63 S 446/98, GE 1999, 1053.

<sup>467</sup> LG Mannheim v. 21.3.1974, WuM 1975, 118, 119.

<sup>468</sup> Nachweise bei Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 BGB Rz. 55; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XIII 33 f.; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 538 Rz. 6; *Lehmann-Richter*, ZMR 2006, 833 f.

erfüllt, ist nicht festzustellen, nur weil der Vermieter den Zustand der Mietsache gesichtet hat<sup>469</sup> und keine Erklärung in der Art abgibt, dass die Wohnung "in Ordnung" sei oder ähnlich. Dies gilt selbst dann, wenn der Vermieter verbal nichts bemängelt oder nur wenig verbal beanstandet (z.B. Matratze, loser Dreck auf einem neuen Teppich, Ausgestaltung des Bades), aber schriftlich nichts festgehalten wird, aber zahlreiche Fotografien des Zustands der Mietsache gefertigt werden. Fertigt der Vermieter bei Rückgabe der Mietsache Lichtbilder der Mietsache, kann der Mieter dem regelmäßig nicht den Erklärungswert beimessen, dass der Vermieter keine Ansprüche wegen des Zustands der Mietsache verfolgen will<sup>470</sup>. Denn das Anfertigen von Fotografien dient in einer solchen Situation typischerweise zu Beweis Zwecken. Denn Sinn und Zweck dessen ist es, den Zustand der Mietsache möglichst beweissicher festzuhalten.

## 17 Schadensersatz

### 17.1 entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs

Gemäß § 252 Satz 2 BGB gilt u.a. der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Danach ist die volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich; es genügt vielmehr der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, wird vermutet, dass er erzielt worden wäre. Dem Ersatzpflichtigen obliegt dann der Beweis, dass er nach dem späteren Verlauf oder aus anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten gestellt werden.<sup>471</sup> § 252 Satz 2 BGB bietet dem Geschädigten zwei Möglichkeiten der Schadensberechnung, nämlich die abstrakte Methode, die von dem regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr ausgeht, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätig und daraus Gewinn erzielt und die konkrete Methode, bei der der Geschädigte nachweist, dass er an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und dass ihm wegen Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte Gewinn entgangen ist.

Ist der Erwerbsschaden eines Selbständigen festzustellen, so ist es im Rahmen der §§ 252 BGB, 287 ZPO in der Regel erforderlich und angebracht, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren anzuknüpfen.<sup>472</sup> Zur Darlegung des entgangenen Gewinns im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB genügt es, diese Tatsachen vorzutragen.

Diesen Anforderungen genügt ein Mieter, der den ihm durch die Nichtgewährung des Gebrauchs der Mietsache entgangenen Gewinn abstrakt berechnet, indem er die von ihm in den vergangenen Jahren erzielten Gewinne darlegt und unter Zeugen- und/oder Sachver-

<sup>469</sup> OLG Hamm v. 10.5.2012 – 28 U 166/11, ZMR 2012, 864

<sup>470</sup> OLG Hamm v. 10.5.2012 – 28 U 166/11, ZMR 2012, 864

<sup>471</sup> BGH v. 30.5.2001 - VIII ZR 70/00, NJW-RR 2001, 1542; BGH v. 19.10.2005 - VIII ZR 392/03, NJW-RR 2006, 243, 244.

<sup>472</sup> BGH v. 6.2.2001 - VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640, 1641.

ständigenbeweis stellt.<sup>473</sup> Damit hat er gemäß § 252 Satz 2 BGB hinreichend dar-  
gelegt und unter Beweis gestellt, welchen Gewinn sie nach dem gewöhnlichen  
Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte. Zur Schlüssigkeit ist es nicht er-  
forderlich, auch noch die Eckdaten der Berechnung mitzuteilen.

## 17.2 Mietausfallschaden

Der Umfang des weitergehenden Schadens i.S.v. § 546a BGB richtet sich nach §§ 249ff.  
BGB, insbesondere auch nach § 252 BGB. Zur Berechnung dieses Mietausfallschadens ist  
die Darlegung des Vermieters erforderlich, wann und zu welcher Miete das Mietobjekt bei  
rechtzeitiger Rückgabe hätte vermietet werden können.<sup>474</sup> Daran ändert die Darlegungser-  
leichterung gemäß § 252 S. 2 BGB nichts. Der Geschädigte hat Anknüpfungstatsachen vor-  
zutragen und zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der geltend  
gemachte Gewinn zu erzielen gewesen wäre. Denn die durch § 252 S. 2 BGB zugelassene  
Wahrscheinlichkeitsprüfung erfordert den Vortrag greifbarer Tatsachen, weil sich nur an  
Hand eines bestimmten Sachverhalts sagen lässt, wie sich die Dinge weiter entwickelt hät-  
ten, und dass die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Vermutung erst nach Bei-  
bringung der erforderlichen (Ausgangs- oder Anknüpfungs-)Tatsachen zum Tragen kom-  
men kann<sup>475</sup>. Darüber hinaus ist es für die Darlegung eines durch die verspätete Rückgabe  
der Mietsache entstandenen konkreten Mietausfallschadens sogar als erforderlich angese-  
hen worden, dass dargetan wird, wann, an wen und zu welchem Entgelt die Mietsache  
hätte vermietet werden können<sup>476</sup>. Allerdings ist immer auch darauf hingewiesen worden,  
dass sich eine feste Regel nicht aufstellen lässt, sondern vieles von den Umständen des je-  
weiligen Falles abhängt und deshalb die Beurteilung einer hinreichenden Schadenswahr-  
scheinlichkeit Aufgabe des Tatrichters ist<sup>477</sup>.

Mit Rücksicht darauf genügt der Vermieter den Anforderungen an die Darlegungslast  
nicht, wenn er lediglich zwei in einem Monat hervorgetretene Mietinteressenten benennt,  
ohne angeben zu können, ab wann diese die Wohnung überhaupt hätten anmieten wollen.  
Dies gilt umso mehr, wenn der Wohnungsmarkt am Ort nicht derart angespannt ist, dass  
allein schon aus dem Angebot der Wohnung am Markt auf deren umgehende Weiterver-  
mietung hätte geschlossen werden können<sup>478</sup>. Trägt der Vermieter aber den Anforderungen  
entsprechend vor, kann es nicht dahinstehen, ob der von ihm benannte Mietinteressent tat-  
sächlich einen Mietvertrag abgeschlossen hätte<sup>479</sup>. Zwar ist es in der Tat dem Vermieter  
nicht zuzumuten, einen Nachfolgevertrag mit kalendermäßig bestimmtem Mietbeginn ab-  
zuschließen, wenn zunächst ungewiss ist, wann der säumige Mieter die Sache zurückgibt.  
Er braucht sich nicht der Gefahr auszusetzen, sich dem Nachfolgemietler gegenüber scha-  
densersatzpflichtig zu machen<sup>480</sup>. Indessen kann auch unter Berücksichtigung des § 252

<sup>473</sup> BGH v. 27.10.2007 – XIII ZR 128/09, GE 2010, 1741.

<sup>474</sup> BGH v. 25.1.2007 – IX ZR 216/05, MDR 2007, 798 = MietRB 2007, 114 = WPM 2007, 606.

<sup>475</sup> BGHZ 54, 45, 55 f.; BGH v. 17.6.1998 - XII ZR 206/96, WPM 1998, 1787, unter 3 a; BGH v. 27.9.2001 - IX ZR 281/00, MDR 2002, 169 = WPM 2001, 2450, unter III 1 a.

<sup>476</sup> BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382, unter 2; OLG Düsseldorf v. 21.12.2006 – I – 10 U 80/06, 10 U 80/06, GE 2006, 327, 329; OLG Düsseldorf v. 5.9.2002 – 10 U 150/01, ZMR 2003, 105.

<sup>477</sup> BGH v. 5.5.1970 – VI ZR 212/68, MDR 1970, 752 = BGHZ 54, 45, 56 m.w.N.

<sup>478</sup> BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 326/09, WuM 2010, 632 = GE 2010, 1265 NZM 2010, 815.

<sup>479</sup> OLG Düsseldorf v. 8.5.2012 - -24 U 195/11, ZMR 2012, 861.

<sup>480</sup> vgl. Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Auflage, Rz. 1144

BGB eine für § 286 ZPO ausreichende Wahrscheinlichkeit eines Vertragsschlusses erst angenommen werden, wenn beide potentiellen Partner abschlussbereit sind. 94

## 18 Prozessuales

### 18.1 Anwendung des § 940a Abs. 2 ZPO in der Gewerberaummiete

Ob § 940a Abs.2 ZPO in entsprechender Anwendung eine Heranziehung des dortigen Rechtsgedankens im Gewerbemietrecht erfolgen kann, ist umstritten<sup>481</sup>.

Nach Auffassung des KG<sup>482</sup> spricht gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 940a Abs.2 ZPO auch auf sonstige Mieträume bereits der klare Wortlaut der Norm, der ausdrücklich von "Räumung von Wohnraum" spricht. Auch die Gesetzessystematik spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit der amtlichen Überschrift "Räumung von Wohnraum" angesiedelt hat<sup>483</sup>.

Dass § 940a Abs.2 ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>484</sup>. Dort wird unter A. "Problem und Ziel" ausgeführt, dass das bestehende Recht den Erfordernissen eines modernen und effizienten Mietrechts nicht mehr uneingeschränkt gerecht werde und dass dies insbesondere Konstellationen betreffe, in denen sich einzelne Mieter planmäßig ihren vertraglichen Zahlungsverpflichtungen entziehen und insbesondere private Kleinanbieter auf dem Wohnungsmarkt im Einzelfall erheblich schädigten. Die Einführung des § 940a Abs.2 ZPO wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes unter B. "Besonderer Teil" damit begründet, dass nach früher herrschender Meinung Familienangehörigen, nichtehelichen Lebensgefährten und Untermietern kein (Mit-)Besitz an Räumlichkeiten zugestanden worden sei, wenn diese Personen nicht selbst (Haupt-)Mietvertragspartei gewesen seien. Bei einem Räumungsrechtsstreit und der nachfolgenden Vollstreckung habe der Vermieter gewusst, gegen wen er seinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe gerichtlich geltend machen und die Räumungsvollstreckung betreiben musste, nämlich gegen seinen Mieter. Nach heutiger Rechtsprechung sei (Mit-)Besitzer der Wohnung nicht nur derjenige, der den Mietvertrag abgeschlossen habe, sondern jeder Dritte, der (Mit-)Besitz an der Wohnung oder Teilen davon begründet habe. Darunter falle z.B. auch der in der Mietwohnung lebende Ehegatte des Mieters, der selbst nicht Mietvertragspartei sei. Ebenso der nichteheliche Lebensgefährte des Mieters, Untermieter oder sonstige nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommene Dritte, wie z.B. Angehörige des Mieters.

---

<sup>481</sup> Dafür: KG v. 5.9.2013 – 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = GE 2013, 1514; LG Köln v. 12.6.2013 – 1 T 147/13, ZMR 2013, 721 = MietRB 2013, 204; dagegen: Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 940a BGB Rz. 2, 3.

<sup>482</sup> KG v. 5.9.2013 – 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = GE 2013, 1514.

<sup>483</sup> So: LG Köln v. 12.6.2013 – 1 T 147/13, ZMR 2013, 721 = MietRB 2013, 204.

<sup>484</sup> BT-Drucks. 17/10485 vom 15. August 2012, Seite 1, 2, 33 und 34.

Das heißt, der Gesetzgeber stellt zur Begründung der Einführung des § 940a Abs.2 ZPO auf die ganz spezielle, mit der eines Gewerbevermieters nur teilweise (nämlich in Bezug auf unbekannte Untermieter) vergleichbare Situation des Vermieters von Wohnraum ab. Anders als der Vermieter von Gewerberaum hatte der Vermieter von Wohnraum beim Betreiben der Räumung nicht nur mit einem ihm nicht bekannten Untermieter, sondern darüber hinaus mit in der Wohnung lebenden

Ehegatten, Lebensgefährten, Angehörigen oder sonstigen nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommenen Dritten zu rechnen. Der Vermieter von Wohnraum hatte nach der bis zur Einführung von § 940a Abs.2 ZPO geltenden Rechtsprechung zu ermitteln, ob neben dem Mieter eine oder mehrere dieser vorgenannten Personen (Mit-) Besitz an der zu räumenden Wohnung haben und hatte die Räumungsklage auch auf diese (mit-) besitzenden Personen zu erstrecken. Daraus folgt, dass es sich bei § 940a Abs.2 ZPO um eine auf Wohnraum zugeschnittene Spezialvorschrift handelt.

Bei der Ermittlung des objektivierbaren Willens des Gesetzgebers ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass sich die Literatur<sup>485</sup> vor der abschließenden Beratung des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 im Deutschen Bundestag mit dem Referentenentwurf auseinandergesetzt und darauf hingewiesen hat, dass es an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für die Räumung von Gewerberaum fehlt.

---

<sup>485</sup> *Dötsch*, ZMR 2012, 83; *Hinz*, ZMR 2012, 163; *Streyll*, NZM 2012, 256.