

# **Aktuelles Mietrecht 2011**

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

<b>1</b>	<b>Einblick.....</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>Mietvertrag .....</b>	<b>5</b>
2.1	doppelte oder qualifizierte Schriftformklauseln .....	5
2.2	Ersatzanspruch wegen Verschulden bei Vertragsschluss .....	5
<b>3</b>	<b>Vertragsgemäßer Gebrauch.....</b>	<b>6</b>
3.1	Verlagerung des Lebensmittelpunktes.....	6
3.2	Versorgungssperre bei Friseurgeschäft.....	6
3.3	Kein Anspruch auf Zustimmung zur Mietermodernisierung.....	7
<b>4</b>	<b>Schönheitsreparaturen.....</b>	<b>8</b>
4.1	Farbwahl „weiß“ für die Rückgabe .....	8
4.2	Mieterhöhung nach § 10 WoBindG.....	9
4.3	Verjährung der Ersatzansprüche des Mieters .....	10
<b>5</b>	<b>Miete .....</b>	<b>11</b>
5.1	Zahlung im Lastschriftverfahren .....	11
5.2	Aufrechnungsverbot .....	13
5.3	Vorfälligkeit in Altmietverträgen .....	15
5.4	Änderung der Mietstruktur im preisgebundenen Wohnraum.....	15
<b>6</b>	<b>Gewährleistung.....</b>	<b>16</b>
6.1	Darlegungslast bei Mängeln .....	16
6.2	Mangel aus der Sphäre des Mieters .....	18
6.3	Mangel durch Nichtrauchergesetz? .....	18
6.4	Flächenabweichung .....	21
6.4.1	Berechnung der Minderung bei Möblierung.....	21
6.4.2	Verjährung von Altansprüchen .....	21
6.5	Verrechnung der Minderung auf die laufende Miete .....	22
6.6	Verschuldenshaftung .....	23
6.7	Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete .....	23
<b>7</b>	<b>Schriftform.....</b>	<b>24</b>
7.1	Vertretung der GbR .....	24
7.2	Heilung durch Nachtrag.....	27
<b>8</b>	<b>Kautio n.....</b>	<b>27</b>
8.1	Haftung der ARGE aus Zahlungsbestätigung?.....	27
8.2	Haftung des Erwerbers trotz vorangegangenen Erwerb nach § 571 BGB a.F. 29	
8.3	Befriedigungsrecht des Vermieters.....	30
8.4	Verjährung bei überhöhter Kautio n.....	31
<b>9</b>	<b>Modernisierung.....</b>	<b>32</b>
9.1	Inhaltliche Anforderungen an die Modernisierungsankündigung .....	32
9.2	Entgegenstehende Rechtskraft.....	33
9.3	Inhalt des Klageantrages.....	34

9.4	Klage des einzelnen Bruchteilseigentümers .....	35
<b>10</b>	<b>Mieterhöhung</b> .....	<b>36</b>
10.1	wegen Modernisierung .....	36
10.1.1	Mieterhöhung ohne Ankündigung .....	36
10.1.2	Aufwendungen des Mieters als Modernisierungskosten .....	37
10.2	im preisgebundenen Wohnraum .....	38
<b>11</b>	<b>Betriebskosten</b> .....	<b>39</b>
11.1	Grundsteuer.....	39
11.2	Kosten des Hauswerts.....	39
11.3	Kosten des Center-Managements .....	39
11.4	Formelle Fehler der Abrechnung.....	41
11.4.1	Einvernehmliche Verkürzung der Abrechnungsperiode.....	41
11.4.2	Abrechnung bei Doppelhaushälfte.....	44
11.5	Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels .....	45
11.5.1	Undefinierbarer Umlageschlüssel .....	45
11.5.2	Personenschlüssel mit Bruchzahlen .....	46
11.5.3	Umfang der Erläuterung.....	47
11.6	zulässige Korrektur nach Ablauf der Abrechnungsfrist .....	48
11.7	Gebot der Wirtschaftlichkeit.....	49
11.7.1	Darlegungs- und Beweislast.....	49
11.7.2	Sekundäre Darlegungslast.....	50
11.8	Einsicht in die Abrechnungsunterlagen .....	50
11.8.1	bei Wohnungseigentum.....	50
11.9	Einwendungsausschlussfrist .....	50
11.9.1	Beginn der Einwendungsfrist.....	50
11.9.2	Geltung bei vereinbarter Pauschale.....	52
11.10	Schuldanerkenntnis durch Ausgleich des Saldos?.....	53
11.11	Vorauszahlungen .....	54
11.11.1	Anpassung inklusive Sicherheitszuschlag?.....	54
11.11.2	§ 560 BGB bei Ablauf der nächsten Abrechnungsperiode .....	57
11.12	Pauschale .....	57
<b>12</b>	<b>Heizkosten</b> .....	<b>59</b>
12.1	Duldung der Einführung von Funkablesegeräten .....	59
12.2	Bildung von Abrechnungskreisen.....	60
12.3	Heizkostenabrechnung.....	60
<b>13</b>	<b>Beendigung des Mietvertrages</b> .....	<b>61</b>
13.1	Ordentliche Kündigung .....	61
13.1.1	Eigenbedarf der GmbH § Co. KG von Eheleuten.....	61
13.1.2	Begründung der Eigenbedarfskündigung.....	62
13.1.3	Bezugnahme auf frühere Kündigung .....	63
13.1.4	Begründung der Verwertungskündigung.....	63

13.1.5	Erheblicher Nachteil bei Abriss und Neubau.....	64
13.1.6	Schadensersatz bei formell unwirksamer Kündigung.....	65
13.2	Zweifamilienhauskündigung .....	66
13.3	Außerordentliche Kündigung .....	67
13.3.1	§ 1056 Abs. 2 BGB .....	67
13.4	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund .....	68
13.4.1	Vorrang der Duldungsklage? .....	68
13.4.2	Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB .....	68
13.4.3	beharrliche Zutrittsverweigerung .....	69
13.4.4	Unpünktliche Mietzahlung.....	69
13.4.5	fortgesetzte Beleidigung durch den Vermieter .....	70
13.4.6	Begründung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges .....	71
13.5	außerordentliche Kündigung .....	72
13.5.1	nach § 563 Abs. 4 BGB .....	72
<b>14</b>	<b>Schadensersatz.....</b>	<b>72</b>
14.1	Rechtsanwaltskosten für die Einholung der Deckungszusage.....	72
14.2	entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs .....	72
<b>15</b>	<b>Räumung .....</b>	<b>73</b>
<b>16</b>	<b>Nutzungsentschädigung .....</b>	<b>73</b>
16.1	Vorenthaltung und Zurücklassen von Gegenständen .....	73
16.2	Vorenthaltung und Zustand der Mieträume.....	74
16.3	Vorenthaltung und Räumungsfrist.....	74
<b>17</b>	<b>Verjährung .....</b>	<b>75</b>
17.1	Ansprüche der Eigentümergemeinschaft gegen den Mieter .....	75
17.2	Annahmeverzug und Verjährung.....	78
<b>18</b>	<b>Prozess .....</b>	<b>78</b>
18.1	Schlüssigkeit des Sachvortrages zur Kündigung .....	78
18.2	Erledigung durch Räumungsvollstreckung?.....	79
18.3	Verjährung als erledigendes Ereignis .....	79
18.4	Erledigungserklärung im selbständigen Beweisverfahren.....	81
18.5	Klage auf zukünftige Leistung (Miete).....	82

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2011 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 doppelte oder qualifizierte Schriftformklauseln

Oftmals enthält der Mietvertrag eine Bestimmung, nach der Änderungen nur wirksam sind, wenn sie in schriftlicher Form niedergelegt werden. Von einer qualifizierten oder doppelte Schriftformklausel ist auszugehen, wenn bestimmt ist, dass Änderungen und Ergänzungen des Vertrages nicht nur der Schriftform bedürfen, sondern von diesem Formerfordernis wiederum nur durch schriftliche Erklärung abgewichen werden kann<sup>1</sup>. Als AGB sind solche Klauseln in einem Wohnraummietvertrag unwirksam. Sie widersprechen nicht nur dem § 305b BGB, sondern benachteiligen den Mieter insofern, als er davon abgehalten werden kann, sich auf mündliche Absprachen zu berufen<sup>2</sup>.

Auch in einem Mietvertrag über Gewerberaum ist eine doppelte oder qualifizierte Schriftformklausel wegen § 307 BGB unwirksam. Eine derartige Klausel ist intransparent und benachteiligt den Vertragspartner unangemessen, denn sie erweckt bei diesem den Eindruck, eine mündliche Abrede sei entgegen § 305 BGB unwirksam und ist deshalb geeignet, den Vertragspartner von der Durchsetzung ihm zustehender Rechte abzuhalten<sup>3</sup>.

Wird die Vereinbarung über doppelte oder qualifizierte Schriftformklausel aber individuell getroffen, 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>4</sup>.

### 2.2 Ersatzanspruch wegen Verschulden bei Vertragsschluss

Aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss im Falle des Nichtzustandekommens des angestrebten Mietvertrages können Schadensersatzansprüche hergeleitet werden (§§ 280, 311 Abs.2 BGB). Eine Fallgruppe bildet der Abbruch von Vertragsverhandlungen. Der Schadensersatz ist auf das positive Interesse gerichtet, erfasst also auch z.B. Aufwendungen des Mieters oder Vermieters für die Einreichung eines Bauantrages für das Mietobjekt.

Eine Ersatzpflicht besteht aufgrund der beiderseitigen Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme nur dann, wenn eine der Parteien die Verhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, nachdem

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf v. 12.4.2011 24 U 195/10, GE 2011, 1680 m.w.N.

<sup>2</sup> BGH v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94, NJW 1995, 1488, 1489; OLG München, WuM 1989, 128, 133; LG Hannover, WuM 1988, 259; vgl. auch BGH, NJW 1985, 320, 322.

<sup>3</sup> OLG Rostock v. 19.5.2007 - 3 U 16/09, MDR 2010, 22 = NZM 2009, 705 = GE 2009, 1492; a.A. OLG Düsseldorf, DWW 1990, 363; LG Baden-Baden, ZMR 1984, 167.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf v. 12.4.2011 24 U 195/10, GE 2011, 1680.

sie in zurechenbarer Weise bei dem anderen Teil Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages geweckt hat<sup>5</sup>. Eine Haftung besteht allerdings dann nicht, wenn mangels konkreter Einigung über den wesentlichen Inhalt der beabsichtigten vertraglichen Regelung auch noch mit dem Scheitern der Verhandlungen gerechnet werden musste. Diese Möglichkeit ist von demjenigen, der Schadensersatzansprüche geltend macht, auszuräumen<sup>6</sup>. Dazu muss der Gläubiger im Einzelnen vortragen, wann und wie er nach seiner Behauptung Einigung über alle wesentlichen Inhalte eines noch abzuschließenden Mietvertrages für das Mietobjekt erzielt hat. Nur so kann ein Vertrauenstatbestand im Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen festgestellt werden.

### 3 Vertragsgemäßer Gebrauch

#### 3.1 Verlagerung des Lebensmittelpunktes

Nach § 541 BGB kann der Vermieter auf Unterlassung klagen, wenn der Mieter einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache trotz Abmahnung fortsetzt.

Haben die Parteien eine Nutzung zu Wohnzwecken vereinbart, trifft den Mieter keine Gebrauchspflicht;<sup>7</sup> wo der Mieter seinen Lebensmittelpunkt begründet und im herkömmlichen Sinne „wohnt“ (schlafen, essen, regelmäßiger Aufenthalt etc.) ist den persönlichen Vorstellungen und der freien Entscheidung des Mieters überlassen.<sup>8</sup> Auch wenn der Mieter nach Vollzug des Mietvertrages seinen Lebensmittelpunkt nicht mehr in den vom Vermieter angemieteten Räumen, sondern in der Wohnung in einer anderen Stadt sieht und in den angemieteten Räumen nur noch umfangreicher Hausrat steht, vermag dies die grundsätzlich nach wie vor gegebene Nutzung zu Wohnzwecken nicht zu verändern. Die Existenz von Hausratsgegenständen in einer Wohnung ist als geradezu typisch für eine Wohnnutzung anzusehen. Die Anzahl der Hausratsgegenstände ist dabei ebenso ohne Belang wie ihre Anordnung in der Wohnung. Auch ist es einem Mieter unbenommen, eigene oder in seiner Verfügungsbefugnis stehende Hausratsgegenstände von Familienangehörigen zu veräußern; darin liegt grundsätzlich auch dann keine von einer Vereinbarung mit dem Vermieter abhängige geschäftliche Tätigkeit des Mieters, wenn sie nach außen in Erscheinung tritt. Zwar mag sich im Einzelfall auch aus derartigen Tätigkeiten ein Unterlassungsanspruch des Vermieters nach § 541 BGB wegen vertragswidrigen Gebrauchs ergeben können, etwa wenn die zum Verkauf angebotenen Gegenstände nicht zur persönlichen Nutzung, sondern zu Zwecken des alsbaldigen Weiterverkaufs erworben worden sind oder der Mieter durch die Verkaufstätigkeiten Schutz- und Obhutspflichten in Bezug auf die Mietsache verletzt oder den vertragsgemäßen Gebrauch anderer Mieter stört.

#### 3.2 Versorgungssperre bei Friseurgeschäft

Grundsätzlich endet mit der Mietvertragsbeendigung auch die Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 BGB. Allerdings können nach Treu und Glauben einzelne Ver-

---

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf v. 22.3.2011 – 10 W 70/10, GE 2011, 751 = ZMR 2011, 629.

<sup>6</sup> vgl. OLG Düsseldorf v. 8.7.1999 - 10 U 67/98, ZMR 2000, 23 f. m.w.N.

<sup>7</sup> vgl. BGH v. 4.4.1979 - VIII ZR 118/78, NJW 1979, 2351 unter 2 b; BGH v. 7.3.1983 - VIII ZR 333/81, WM 1983, 531 unter I 2 c bb.

<sup>8</sup> BGH v. 8.12.2010 – VIII ZR 93/10, WuM 2011, 98 = GE 2011, 682 = ZMR 2011, 367.

pflichtungen des Vermieters noch nach der Vertragsbeendigung bestehen, wozu auch die Pflicht zur Erbringung von Versorgungsleistungen gehören kann.<sup>9</sup> 7

Solche nachvertraglichen Pflichten können sich im Einzelfall aus der Eigenart des - beendeten - Mietvertrages (z.B. Wohnraummiete) oder den besonderen Belangen des Mieters (z.B. Gesundheitsgefährdung oder etwa durch eine Versorgungssperre drohender, besonders hoher Schaden) ergeben.<sup>10</sup> Eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung würde allerdings allein den Interessen des Mieters dienen. Die trotz beendeten Vertrages aus Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung lässt sich daher nur rechtfertigen, wenn sie auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer Weise zuwiderläuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht. Ist dem Vermieter die Weiterbelieferung nicht zumutbar, so kommt es anders als bei bestehendem Mietvertrag auf den Umfang und die Grenzen eines Zurückbehaltungsrechts nicht an, weil der Vermieter in diesem Fall schon nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist.

Vor diesem Hintergrund soll der Vermieter selbst dann, wenn er aufgrund der Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet sein sollte, nach Treu und Glauben zur Erbringung der Versorgungsleistungen, insbesondere der Wasserversorgung verpflichtet sein, wenn der Mieter vertragsgemäß in den Mieträumen ein Friseurgeschäft betreibt<sup>11</sup>. Da ein Friseurgeschäft ohne Wasser nicht betrieben werden kann, droht dem Mieter bei fehlender Wasserversorgung ein besonders hoher Schaden, zumal wenn der weit überwiegende Anteil der von der Verfügungsklägerin angebotenen Dienstleistungen ohne Wasser nicht erbracht werden kann, so dass der Laden mangels Wasserversorgung geschlossen werden müsste und erhebliche Umsatzeinbußen entstünden. Eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung würde zwar allein den Interessen des Mieters dienen. Die trotz beendeten Vertrages aus Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung zur Wasserversorgung ist hier jedoch dadurch gerechtfertigt, dass sie den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer Weise zuwiderläuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht<sup>12</sup>.

### 3.3 Kein Anspruch auf Zustimmung zur Mietermodernisierung

Der Vermieter ist - sofern die Mietvertragsparteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben - grundsätzlich nicht zu baulichen Veränderungen zwecks Modernisierung der Wohnung verpflichtet<sup>13</sup>.

Der Mieter hat auch grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter ihm gestattet, selbst bauliche Veränderungen an der Wohnung mit dem Ziel einer Modernisierung oder Erhöhung des

---

<sup>9</sup> vgl. MünchKomm/Bieber BGB 5. Aufl. § 546a Rz. 28 ff.; allgemein MünchKomm/Ernst, BGB, 5. Aufl., § 280 Rz. 109 ff.

<sup>10</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, WuM 2009, 469 = GE 2009, 775 = NJW 2009, 1947 = ZMR 2010, 263.

<sup>11</sup> KG v. 16.5.2011 – 8 U 2/11, GE 2011, 1082 = ZMR 2011, 858.

<sup>12</sup> Kritisch dazu: *Streyll*, NZM 2011, 765: nicht das Interesse an der Aufrechterhaltung der Wasserversorgung ist gegen das Interesse an der Unterbrechnung abzuwägen, sondern das Interesse an der Aufrechterhaltung des Gebrauchs gegen das Interesse auf Räumung.

<sup>13</sup> BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, NZM 2010, 356 Rz. 26; BGH 26.7.2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174 unter [II] A 2b; *Kinne*, GE 2007, 30; *Harsch*, MDR 2001, 67.

Wohnkomforts vorzunehmen. Die Erteilung einer derartigen Erlaubnis steht vielmehr im Ermessen des Vermieters, der sein Ermessen jedoch nicht missbräuchlich ausüben darf<sup>14</sup>.

Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten des Vermieters ist nicht gegeben, wenn er dem Mieter, der eine Wohnung mit Ofenheizung gemietet hat, die Zustimmung zum Einbau einer Gasetagenheizung versagt, obwohl er selbst in den vergangenen Jahren sukzessive frei werdende Wohnungen derart ausstattet<sup>15</sup>. Die Entscheidung des Vermieters, die an den Mieter überlassene Wohnung während der Dauer des Mietverhältnisses im bisherigen – vertragsgemäßen - Zustand zu belassen und etwaige Investitionen erst nach Beendigung des Mietverhältnisses im Zusammenhang mit einer Neuvermietung vorzunehmen, hält sich im Rahmen der ihm als Eigentümer zustehenden Befugnis, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Vor diesem Hintergrund stellt es auch keine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung eigener Rechte dar, dass der Vermieter dem Mieter nicht gestattet, die Heizung auf eigene Kosten einzubauen. Denn mit einer derartigen Erlaubnis wäre eine erhebliche Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit als Eigentümer verbunden, den Zeitpunkt einer Investition selbst zu bestimmen und dabei das eigene - legitime - Interesse zu wahren, bei einer späteren Neuvermietung angesichts der zwischenzeitlich gestiegenen Attraktivität der Wohnlage eine deutlich höhere Miete zu erzielen. Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Vermieter dabei den Interessen des Mieters, den Komfort der - wegen der vergleichsweise günstigen Miete und einer inzwischen stärker nachgefragten Lage - attraktiven Wohnung ihrerseits durch eine Investition in deren baulichen Zustand zu steigern, keinen Vorzug gegenüber den eigenen finanziellen Interessen einräumt.

## 4 Schönheitsreparaturen

### 4.1 Farbwahl „weiß“ für die Rückgabe

Der Vermieter ist insbesondere vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung daran interessiert, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Deshalb wird überwiegend angenommen, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben.<sup>16</sup> Diese Interesse erkennt auch der BGH an und hält eine Formalklausel, die dem Mieter eine Beschränkung auf helle, neutrale und deckende Farben einen etwas engeren Rahmen setzt, grundsätzlich für wirksam, soweit sie sich auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezieht und keine Festlegung auf eine spezielle Dekorationsweise enthält.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> BGH v. 25.3.1964 - VIII ZR 211/62, WPM 1964, 563; vgl. auch BGH v. 8.5.1963 - VIII ZR 252/61, WPM 1963, 643 f.

<sup>15</sup> BGH v. 14.9.2011 - VIII ZR 10/11, MDR 2011, 1465 = WuM 2011, 671.

<sup>16</sup> LG Hamburg, NZM 1999, 838 - grellgrüne Küche; LG Berlin, GE 1995, 115 und 249 - blau lackierte Türrahmen bzw. farbig gestrichene Heizkörper; LG Aachen, WuM 1998, 596 - farbig lackierte Naturholzrahmen; LG Frankfurt/Main, NZM 2007, 922 - Anstrich mit "rotem Vollton"; *Emmerich*, NZM 2000, 1165, 1161; *Kraemer*, NZM 2003, 417, 421; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 535 Rz. 270; zum Gesichtspunkt der Vertragsverletzung vgl. *Langenberg*, *Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau*, 3. Aufl., S. 137 f.

<sup>17</sup> BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.



Davon zu unterscheiden ist aber eine Klausel, die den Mieter am Ende der Mietzeit verpflichten soll, die Räume in weiß gestrichen zurückzugeben.<sup>18</sup> Die Farbvorgabe bezieht sich zwar nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache und erlaubt es dem Mieter somit, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren. Die Einengung der Farbwahl auf nur eine einzige Farbe („weiß“) im Zeitpunkt der Rückgabe schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters aber in einer Weise ein, die nicht durch berechnete Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt. Das berechnete Interesse des Vermieters geht dahin, die Wohnung in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren Interessentenkreises entspricht und eine rasche Weitervermietung ermöglicht. Dieses Interesse erfordert es aber nicht, den Mieter für den Zeitpunkt des Auszugs zwingend auf einen weißen Anstrich fest-zulegen, weil auch eine Dekoration in anderen dezenten Farbtönen eine Weitervermietung nicht erschwert. Für den Mieter hingegen ist ein gewisser Spielraum bei der farblichen Gestaltung auch für den Rückgabezeitpunkt von nicht unerheblichem Interesse, weil er sich dann aus wirtschaftlichen Erwägungen dafür entscheiden kann, schon während der Mietzeit eine Dekoration innerhalb der für den Rückgabezeitpunkt vorgeschriebenen Bandbreite farblicher Gestaltung vorzunehmen, um nicht beim Auszug nur wegen der farblichen Gestaltung eine sonst noch nicht erforderliche Renovierung vornehmen zu müssen.

## 4.2 Mieterhöhung nach § 10 WoBindG

Der Vermieter ist bei öffentlich gefördertem, preisgebundenem Wohnraum berechtigt, die Kostenmiete einseitig um den Zuschlag nach § 28 Abs. 4 II. BV zu erhöhen, wenn die im Mietvertrag enthaltene Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter unwirksam ist.<sup>19</sup> Dem steht auch der Ausschlussbestand des § 4 Abs. 1 Satz 1 NMV nicht entgegen.

Auch ein Schadensersatzanspruch der Mieter wegen Verwendung einer unwirksamen Mietvertragsklausel hindert die Mieterhöhung nicht.<sup>20</sup> Zwar kann sich der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwendung unwirksamer Klauseln schadensersatzpflichtig machen, wenn der Vertragspartner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen tätigt.<sup>21</sup> Darum geht es hier indessen nicht, wenn der Mieter als Schaden den Nachteil geltend macht, dass ihm wegen der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel höhere Aufwendungen entstehen, als es der Fall wäre, wenn sie aufgrund einer wirksamen Klausel die Schönheitsreparaturen in Eigenregie ausführen könnten. Der Mieter hat keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn der Vermieter eine wirksame Schönheitsreparaturklausel verwendet hätte. Die im Falle ihrer Verletzung zum Schadensersatz führende Pflicht des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen geht dahin, die Verwendung unwirksamer Klauseln zu unterlassen; eine positive Pflicht zur Verwendung (wirksamer) Allgemeiner Geschäftsbedingungen trifft ihn dagegen nicht. Der Mieter kann daher nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vermieter die Verwendung der unwirksamen Renovierungsklausel unterlassen hätte. Auch in diesem Fall wäre der Vermieter aber berechtigt gewesen, die Kostenmiete um einen Zuschlag für die Kosten der Schönheitsreparaturen zu erhöhen. Davon abgesehen ist für

<sup>18</sup> BGH v. 14.12.2010 – VIII ZR 198/10, WuM 2011, 96 = ZMR 2011, 369; BGH v. 14.12.2010 – VIII ZR 218/10, WuM 2011, 212 = GE 2011, 477.

<sup>19</sup> BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 177/09, WuM 2010, 296.

<sup>20</sup> BGH v. 12.1.2011 – VIII ZR 6/10, WuM 2011, 112 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 457 = NZM 2011, 478.

<sup>21</sup> BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 10 m.w.N.

den von dem Mieter geltend gemachten Schaden die Verwendung der unwirksamen Renovierungsklausel durch den Vermieter nicht kausal, wenn der Vermieter dem Mieter zuvor eine Änderung des Mietvertrages durch Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel angeboten hat. Durch die Annahme dieses Angebots hätte der Mieter die angekündigte Mieterhöhung abwenden und sich die Möglichkeit sichern können, die Schönheitsreparaturen auch künftig kostengünstig in Eigenregie auszuführen.

### 4.3 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>22</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 Leistungskondition 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 Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Renovierung ausgeführt habe.<sup>23</sup> Im Übrigen ergebe sich ein Wertungswiderspruch, weil für Ersatzansprüche des Mieters wegen nachvertraglich getätigter Aufwendungen die Regelverjährung anzuwenden sei.<sup>24</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>25</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>26</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>27</sup>

<sup>22</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.

<sup>23</sup> *Wiek*, WuM 2010, 535, 537; *Blank*, WuM 2010, 234 f.

<sup>24</sup> *Wiek*, WuM 2010, 535, 537.

<sup>25</sup> *Jacoby*, ZMR 2010, 335, 337.

<sup>26</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>27</sup> *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 10. Aufl., § 548 BGB Rz. 48

Der letztgenannten Ansicht folgt der BGH.<sup>28</sup> Der VIII. Senat hat bereits zu § 558 BGB 11

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>29</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>30</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>31</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>32</sup> Zum Anderen dient die in § 548 Abs. 2 BGB getroffene Spezialregelung auch dem Zweck, das laufende Mietverhältnis nicht unnötig mit Auseinandersetzungen zu belasten.<sup>33</sup> Hieraus 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>34</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>35</sup>

## 5 Miete

### 5.1 Zahlung im Lastschriftverfahren

Im Formularvertrag kann vereinbart werden, dass die Miete durch Bankeinzugsverfahren zu zahlen ist. Die Zahlung durch Teilnahme am Abbuchungsverfahren ist formularvertraglich nicht verein-

---

<sup>28</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>29</sup> BGH v. 2.10.1985 - VIII ZR 326/84, NJW 1986, 254 unter 2 a.

<sup>30</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

<sup>31</sup> BGH v. 13.2.1974 - VIII ZR 233/72, NJW 1974, 743 unter III.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

<sup>33</sup> BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NZM 2008, 519 Rn. 16; *Gsell*, NZM 2010, 71, 77.

<sup>34</sup> vgl. BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 24.

<sup>35</sup> LG Berlin v. 11.3.2011 – 63 S 277/10, WuM 2011, 10.

bar.<sup>36</sup> Die formularmäßige Verpflichtung zur Einzugsermächtigung ist zulässig. Gleichwohl kann die Klausel unwirksam werden, wenn sie mit einer Regelung kombiniert ist, nach der der Vermieter Zahlungen des Mieters beliebig verrechnen darf (Verstoß gegen das Transparenzgebot)<sup>37</sup> oder den Mieter über seine Widerrufsmöglichkeit nicht aufklärt.<sup>38</sup> Berechtigt die Klausel den Vermieter auch zum Einzug von Einmalzahlungen (z.B. Betriebskostennachforderungen),<sup>39</sup> muss sie die Möglichkeit vorsehen, dass zwischen Zugang der Rechnung und dem Einzug des Rechnungsbetrages mindestens 5 Werktage liegen. Denn nach Auffassung des BGH benötigt ein Kunde diese Zeit, um die Rechnung zu prüfen und ggf. für ausreichende Deckung des Kontos zu sorgen.<sup>40</sup>

Erfolgt die Zahlung im Lastschriftinzugsverfahren, kann der Lastschrift solange widersprochen werden, wie der Schuldner (Mieter) die Abbuchung nicht genehmigt hat (sog. Genehmigungstheorie<sup>41</sup>). Erfolgt der Widerruf nach Ablauf von sechs Wochen, muss die Bank des Schuldners die Zahlung seinem Konto erst gutschreiben, wenn sie eine Erstattung von der Gläubigerbank erhalten hat. Vorher erfolgt die Erstattung allein aufgrund des Widerspruchs.

Die den Widerspruch ausschließende Genehmigung kann auch konkludent erteilt werden. Eine solche Genehmigung kommt dann in Betracht, wenn es sich für die Zahlstelle erkennbar um regelmäßig wiederkehrende Lastschriften aus Dauerschuldverhältnissen, laufenden Geschäftsbeziehungen oder zum Einzug von wiederkehrenden Steuervorauszahlungen und Sozialversicherungsbeiträgen handelt, die der Kontoinhaber in der Vergangenheit bereits einmal genehmigt hat. Erhebt der Schuldner in Kenntnis eines erneuten Lastschriftinzugs, der sich im Rahmen des bereits Genehmigten bewegt, gegen diesen nach einer angemessenen Überlegungsfrist keine Einwendungen, kann auf Seiten der Zahlstelle die berechtigte Erwartung entstehen, auch diese Belastungsbuchung solle Bestand haben. Eine solche Annahme ist vor allem deshalb gerechtfertigt, weil die Zahlstelle beim Einzugsermächtigungsverfahren in der derzeitigen rechtlichen Ausgestaltung zwar einerseits - für den Kontoinhaber erkennbar - auf seine rechtsgeschäftliche Genehmigungserklärung angewiesen ist, um die Buchung wirksam werden zu lassen, das Verfahren aber andererseits darauf ausgelegt ist, dass der Kontoinhaber keine ausdrückliche Erklärung abgibt. In einer solchen Situation sind an eine Genehmigung durch schlüssiges Verhalten keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Konto im unternehmerischen Geschäftsverkehr geführt wird. In diesem Fall kann die Zahlstelle damit rechnen, dass die Kontobewegungen zeitnah nachvollzogen und überprüft werden<sup>42</sup>.

Gleiches gilt im Grundsatz auch bei Lastschriftabbuchungen vom Konto eines Verbrauchers, denen wiederkehrende und im Wesentlichen gleichbleibende Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen zugrunde liegen<sup>43</sup>. Wie bei einem Unternehmer ist bei einem Verbraucher für eine konkludente Genehmigung zunächst erforderlich, dass der Kontoinhaber den die Belastungsbuchung ausweisenden

<sup>36</sup> LG Köln, WuM 1990, 380; AG Köln, WuM 2000, 209; AG Freiburg, WuM 1987, 51

<sup>37</sup> LG Köln v. 16.5.2002- 1 S 205/01, NZM 2002, 780.

<sup>38</sup> LG Frankfurt/O. v. 22.7.2003 – 12 O 58/03, ZMR 2003, 741.

<sup>39</sup> *Börstinghaus*, NZM 2003, 829, 831.

<sup>40</sup> BGH v. 23.1.2003 – III ZR 54/02, NZM 2003, 367.

<sup>41</sup> BGH v. 26.10.2010 – XI ZR 562/07, BGHZ 186, 269 Rz. 11 m.w.N.

<sup>42</sup> vgl. BGH v. 20.7.2010 - XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269 Rz. 48; BGH v. 26.10.2010 - XI ZR 562/07, WPM 2010, 2307 Rz. 21; BGH v. 23.11.2010 - XI ZR 370/08, WPM 2011, 63 Rz. 16; BGH v. 25.1.2011 - XI ZR 171/09, WPM 2011, 454 Rz. 20; BGH v. 1.3.2011 - XI ZR 320/09, WPM 2011, 743 Rz. 13.

<sup>43</sup> BGH v. 3.5.2011 – XI ZR 152/09, GE 2011, 1078.

Kontoauszug bzw. eine entsprechende elektronische Kontomitteilung erhalten hat. Wie bei einem Unternehmer kommt es auch bei einem Verbraucher auf die Umstände des Einzelfalls an, um die Frage beantworten zu können, ab welchem Zeitraum nach Erhalt des Kontoauszugs bzw. der Kontomitteilung die kontoführende Bank von einer konkludenten Genehmigung der daraus ersichtlichen Lastschriftabbuchungen ausgehen kann. Anders als bei einem Unternehmer kann die kontoführende Bank aber bei einem Verbraucher nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Kontobewegungen zeitnah nachvollzogen und überprüft werden. Bei einem Verbraucher muss vielmehr anhand konkreter Anhaltspunkte für die Bank erkennbar sein, dass der Kontoinhaber die Überprüfung vorgenommen hat. Erst dann und nach Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist kann sie davon ausgehen, dass er keine Einwendungen gegen die aus dem Kontoauszug ersichtlichen Buchungen erhebt. In der Regel kann die Bank aber spätestens dann, wenn der Verbraucher bei monatlichen und im wesentlichen gleich hohen Lastschriftabbuchungen bereits Kontoauszüge über bzw. die Mitteilung von zwei Folgeabbuchungen erhalten hat, davon ausgehen, dass in Bezug auf die mindestens zwei Monate zurückliegende Abbuchung keine Einwendungen erhoben werden.

*Auch bei einem Verbraucher kann regelmäßig eine konkludente Genehmigung nach den Umständen des Einzelfalls gegeben sein, wenn in Kenntnis erfolgter Abbuchungen zeitnah durch konkrete Einzahlungen oder Überweisungen eine Kontodeckung für weitere Dispositionen sichergestellt wird<sup>44</sup>.*

## 5.2 Aufrechnungsverbot

In dem von einem Architekt gestellten Architektenvertrag war die Klausel enthalten:

*„Eine Aufrechnung gegen Honoraransprüche ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“*

Der BGH<sup>45</sup> hält die Klausel entgegen einer vielfach in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte vertretenen Auffassung<sup>46</sup> gemäß § 9 Abs. 1 AGBG (= § 307 BGB) für unwirksam. Denn sie benachteiligt den Vertragspartner des verwendenden Architekten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Eine solche Benachteiligung liegt vor, wenn der Besteller durch das Verbot der Aufrechnung in einem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrages gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen<sup>47</sup>. Denn hierdurch würde in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Besteller unzumutbarer Weise eingegriffen.

Die synallagmatische Verknüpfung der Werklohnforderung mit der Forderung auf mangelfreie Erfüllung des Vertrages findet zunächst ihren Ausdruck in einem Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers im Falle einer mangelhaften oder nicht fertig gestellten Leistung, § 320 Abs. 1 BGB. Der Besteller kann sich im Prozess mit dem Leistungsverweigerungsrecht verteidigen mit der Folge, dass

<sup>44</sup> vgl. BGH v. 26.10.2010 - XI ZR 562/07, WPM 2010, 2307 Rz. 23; BGH v. 23.11.2010 - XI ZR 370/08, WPM 2011, 63 Rz. 20; BGH v. 25.1.2011 - XI ZR 171/09, WPM 2011, 454 Rz. 21; BGH v. 22.2.2011 - XI ZR 261/09, WPM 2011, 688 Rz. 24 f.

<sup>45</sup> BGH v. 7.4.2011 - VII ZR 209/07, MDR 2011, 652 = ZMR 2011, 541 mit Anm. Niebling, ZMR 2011, 620.

<sup>46</sup> OLG Hamm, BauR 2004, 1643, 1645 m.w.N.

<sup>47</sup> vgl. BGH v. 23.6.2005 - VII ZR 197/03, BGHZ 163, 274, 279; OLG Frankfurt, OLGR 2008, 665; Hensen in Ulmer/Brander/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 309 Nr. 3 BGB Rz. 7 m.w.N.; Kessen, BauR 2005, 1691, 1693 ff.

die Werklohnforderung ganz oder teilweise nicht durchsetzbar ist. Dies kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen werden (§ 11 Nr. 2a AGBG, § 309 Nr. 2a BGB). Es wäre ein nicht hinnehmbares Ergebnis, wenn eine aus dem Leistungsverweigerungsrecht erwachsene auf Zahlung gerichtete Gegenforderung dazu führen würde, dass der Werklohn nunmehr durchsetzbar ist<sup>48</sup>.

Aus diesen Gründen hat der BGH bereits entschieden, dass ein Vorbehaltsurteil grundsätzlich nicht erlassen werden darf, wenn damit eine Werklohnforderung zugesprochen wird und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten oder der Fertigstellungsmehrkosten dem Nachverfahren vorbehalten werden. Dies würde nämlich zu einer vorübergehenden Aussetzung der Wirkung einer materiell-rechtlich begründeten Aufrechnung führen und hätte zur Folge, dass der Kläger einen Titel über eine Forderung erhält, die tatsächlich infolge der Aufrechnung nicht besteht. Diese Wirkung ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn der Besteller gegenüber einer Werklohnforderung mit Ansprüchen aufrechnet, die dazu dienen, das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung herzustellen<sup>49</sup>.

Ein Aufrechnungsverbot führt in noch stärkerer Weise als ein Vorbehaltsurteil zu einer Auflösung der synallagmatischen Verbundenheit der genannten gegenseitigen Forderungen. Diese Wirkung wäre anders als bei einem Vorbehaltsurteil nicht nur vorübergehend, sondern sogar endgültig. Deshalb gilt hier erst recht, dass dies in den genannten Fällen nicht gerechtfertigt ist und den Besteller deshalb unangemessen benachteiligt.

Auch in einem Architektenvertrag können dem Besteller wegen Mängeln der Leistung des Architekten Ansprüche auf Schadensersatz zustehen, die darin bestehen, die Kosten zur Beseitigung der Mängel des Architektenwerkes (etwa die Überarbeitung einer fehlerhaften Planung) oder die Fertigstellungsmehrkosten (etwa die notwendige Beauftragung eines weiteren Architekten mit denselben Leistungen) erstattet zu bekommen. Durch die Klausel wird die Aufrechnung mit jeder Forderung für unzulässig erklärt, es sei denn, sie ist unbestritten oder rechtskräftig festgestellt. Damit umfasst das Aufrechnungsverbot auch derartige in einem engen synallagmatischen Verhältnis zur Werklohnforderung stehende Ersatzansprüche wegen Mängelbeseitigungskosten und Fertigstellungsmehrkosten. Die Klausel führt daher aus den dargelegten Gründen zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bestellers.

Es kann dahinstehen, ob der Ausschluss der Möglichkeit der Aufrechnung mit Ansprüchen, die nicht auf die Fertigstellungsmehrkosten oder die Mängelbeseitigungskosten des Architektenwerkes gerichtet sind, zulässig wäre. Denn jedenfalls umfasst die Klausel alle Gegenansprüche unterschiedslos. Sie kann nicht hinsichtlich des Ausschlusses der Aufrechnung von unbedenklichen Gegenforderungen aufrechterhalten werden<sup>50</sup>. Dies ist wegen des für Allgemeine Geschäftsbedingungen allgemein zu beachtenden Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion<sup>51</sup> unmöglich. Somit fehlt es in jedem Fall an einem wirksam vereinbarten Ausschluss der Aufrechnung auch insoweit, als es um solche Schadensersatzansprüche geht, wie sie hier von den Beklagten geltend gemacht werden.

---

<sup>48</sup> vgl. BGH v. 24.11.2005 - VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134, 137.

<sup>49</sup> BGH v. 24.11.2005 - VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134; BGH v. 27.9.2007 - VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = ZfBR 2008, 39.

<sup>50</sup> vgl. *Kessen*, BauR 2005, 1691, 1695 f.

<sup>51</sup> st. Rspr., vgl. zuletzt BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 86/10, NJW 2011, 597 Rz. 16.

Für die Gewerberaummiete besteht eine gegenläufige Rechtsprechung<sup>52</sup>. Diese wird als überholt angesehen<sup>53</sup>. 15

### 5.3 Vorfälligkeit in Altmietverträgen

Wegen Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB gilt für die Fälligkeit der Miete bei Verträgen, die vor dem 1.9.2001 geschlossen wurden, nach wie vor § 551 Abs. 1 BGB a.F. Danach ist die Miete grundsätzlich (monatlich) nachträglich zu entrichten. Es entsprach aber einer fast allgemeinen Praxis, im Mietvertrag sog. Vorfälligkeitsklauseln zu regeln, die bestimmten, dass die Miete monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag zu leisten sei. Derartige Klauseln waren nach § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1 BGB) unwirksam, wenn gleichzeitig eine Klausel die Aufrechnung auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkte.<sup>54</sup> Denn dadurch wird das Insolvenzrisiko auf den Mieter in unangemessener Weise überbürdet, weil er wegen seines Rückforderungsanspruchs, der aus einem Mangel im laufenden Monat nach der vorfälligen Zahlung entsteht, auf den Klageweg angewiesen ist.

Eine derartige, den Mieter unangemessen benachteiligende und deshalb zur Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel führende Kombination von Aufrechnungsklausel und Vorauszahlungsklausel liegt aber nicht vor, wenn die verwendete Aufrechnungsklausel lediglich verlangt, dass der Mieter die Absicht der Aufrechnung einen Monat vor der Fälligkeit der Miete anzeigt<sup>55</sup>. Damit wird der Mieter nämlich nicht wegen einer Minderung auf den Klageweg verwiesen. Zwar kann er bei einem im laufenden Monat nach Zahlung der Miete erstmals auftretenden Mangel die Minderung für diesen Monat erst bei der Mietzahlung für den übernächsten Monat berücksichtigen, weil er die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch wegen der im Hinblick auf die Minderung überzahlten Miete zunächst mit der vereinbarten Monatsfrist ankündigen muss. Eine bloße Verschiebung des Minderungsrechts um ein oder zwei Monate stellt aber keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar<sup>56</sup>.

### 5.4 Änderung der Mietstruktur im preisgebundenen Wohnraum

Der Vermieter von preisgebundenem Wohnraum konnte zunächst die Betriebskosten in die Durchschnittsmiete einrechnen. Diese Möglichkeit ist auf Grund der am 1. Mai 1984 in Kraft getretenen Änderung des § 20 NMV mit Ablauf der Übergangsfrist des § 25b NMV (31. Dezember 1985) entfallen. Seither kann der Vermieter preisgebundenen Wohnraums Betriebskosten nur als gesondert abzurechnende Kosten auf den Mieter abwälzen. Insoweit kann die bisherige Mietstruktur für die Zukunft vom Vermieter durch einseitige Erklärung nach § 10 WoBindG geändert werden, indem er die bisher in der Grundmiete enthaltenen Betriebskosten herausrechnet und diesen Betrag als Vorauszahlung auf die nunmehr zwingend abzurechnenden Betriebskosten erhebt.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> BGH v. 20.6.1984 - VIII ZR 337/82, MDR 1985, 50 = NJW 1984, 2405 = ZMR 1985, 60, 63; OLG Düsseldorf, ZMR 1997, 466, 467.

<sup>53</sup> Niebling, ZMR 2011, 620.

<sup>54</sup> BGH v. 26.10.1994 - VIII ARZ 3/94, WuM 1995, 28 = MDR 1995, 142 = ZMR 1995, 60.

<sup>55</sup> BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 191/10, NZM 2011, 579 = ZMR 2011, 708.

<sup>56</sup> BGH v. 14.11.2007 - VIII ZR 337/06, WuM 2008, 152 Rz. 15.

<sup>57</sup> BGH v. 14.4.2010 - VIII ZR 120/09, NJW 2010, 1744 Rz. 14 m.w.N.

Einem Vermieter preisgebundenen Wohnraums ist danach generell die Möglichkeit zur Erhöhung der Miete eröffnet, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines geringeren als des nach dem Gesetz zulässigen Entgelts verpflichtet ist.<sup>58</sup> Dies schließt die Möglichkeit ein, Betriebskosten, deren Umlage im Mietvertrag nicht vereinbart ist, generell durch Erklärung nach § 10 Abs. 1 WoBindG für die Zukunft auf den Mieter umzulegen. Hierzu genügt die Übermittlung einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung. Denn aus einer solchen Erklärung kann der Mieter ersehen, welche Betriebskosten der Vermieter nunmehr geltend macht und mit welchen Kosten er insoweit für die Zukunft rechnen muss.<sup>59</sup> Zur Umstellung der Mietstruktur dahin, dass die Kläger die Betriebskosten im Sinne von § 27 II. BV gesondert zu tragen haben, bedarf es deshalb nicht notwendig einer entsprechenden Vereinbarung der Mietvertragsparteien. Vielmehr kann die Umstellung, da die Übergangsregelung des § 25b NMV mit keiner Ausschlussfrist verbunden war, auch schon dadurch erfolgen, dass der Vermieter im Zusammenhang mit einer Erklärung über die Änderung der Miethöhe dem Mieter unter Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV den Umfang der umzulegenden Betriebskosten und die Höhe der ungefähr zu erwartenden Kosten durch den Gesamtbetrag der geforderten Vorauszahlungen mitteilt.<sup>60</sup> Hierzu reicht es aus, dass der Vermieter diese Kosten abweichend von der im Mietvertrag ursprünglich getroffenen Vereinbarung in einer Zeit, in der die Wohnungsbindung (noch) bestanden hat, umlegte und gegenüber dem Vermieter abrechnete.

## 6 Gewährleistung

### 6.1 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>61</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>62</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 beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten<sup>63</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

<sup>58</sup> BGH v. 16.3.2011 – VIII ZR 121/10, WuM 2011, 280 = GE 2011, 10.

<sup>59</sup> BGH v. 14.4.2010 - VIII ZR 120/09, NJW 2010, 1744 Rz. 15 m.w.N.

<sup>60</sup> vgl. BGH v. 23.2.2010 - VIII ZR 199/09, WuM 2010, 294 Rz. 5.

<sup>61</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>62</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298; 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.

<sup>63</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.



bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen<sup>64</sup>. Von ihm ist auch nicht zu fordern, dass er über eine hinreichend genaue Beschreibung der Mangelerscheinungen ("Mangelsymptome") hinaus die - ihm häufig nicht bekannte - Ursache dieser Symptome bezeichnet<sup>65</sup>. 17

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

Die 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>66</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>67</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>68</sup>.

Ebenso reicht es aus, wenn ein Mieter vorträgt, der Heizkörper funktioniere nicht<sup>69</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>70</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 ausrei-

---

<sup>64</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>65</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.

<sup>66</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298

<sup>67</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>68</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>69</sup> BGH v. 25.10.2011 - VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>70</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.

chend angesehen wird<sup>71</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 Wohnung nicht dargetan hat. Denn auch bei der Benutzung des Treppenhauses und des Kellers müssen Fäkalgerüche von Mietern nicht hingenommen werden.

## 6.2 Mangel aus der Sphäre des Mieters

Ist die Stromversorgung der Wohnung infolge des Ausbaus der Messeinrichtung (Stromzähler) zeitweise unterbrochen, besteht ein Mangel der Mietsache, weil ihre Gebrauchstauglichkeit dadurch beeinträchtigt ist, dass der Mieter ohne die Messeinrichtung keinen Strom von einem (neuen) Versorger beziehen kann. Insoweit ist zu beachten, dass nur der Vermieter als Grundstückseigentümer und Anschlussnehmer gemäß § 2 Abs. 1 der Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) gegenüber dem Netzbetreiber Anspruch auf Herstellung eines Netzanschlusses einschließlich des Einbaus eines Stromzählers hat. Der Netzanschluss beginnt gemäß § 5 NAV an der Abzweigung des Niederspannungsnetzes und endet grundsätzlich mit der Hausanschlusssicherung. Der Stromzähler als Messeinrichtung, für den der Vermieter/Gebäudeeigentümer als Anschlussnehmer gemäß § 22 Abs. 1 NAV einen Zählerplatz vorzusehen hat, gehört zum Netzanschluss und verbleibt im Eigentum des Netzbetreibers. Demgegenüber ist der Mieter lediglich Anschlussnutzer i.S.v. § 1 Abs. 3 NAV und kann vom Netzbetreiber nicht die Herstellung eines Netzanschlusses einschließlich des Einbaus eines Stromzählers verlangen.

Dieser Mangel führte jedoch nicht zu einer Minderung der Miete gemäß § 536 BGB.<sup>72</sup> Eine Minderung ist ausgeschlossen, wenn ein Mangel der Sphäre des Mieters zuzurechnen ist.<sup>73</sup> Die Unterbrechung der Anschlussnutzung und die physische Trennung der Entnahmestelle der Wohnung des Mieters vom Netz erfolgte auf eine entsprechende Mitteilung des Versorgers des Mieters, weil der Mieter sich weigerte, dem Versorger die Kosten für die vorausgegangene Sperrung und Entsperrung des Anschlusses in Höhe von 89,50 € zu erstatten, die wegen eines Zahlungsrückstands des Mieters gegenüber dem Versorger entstanden waren. Diese Vorgänge rühren ausschließlich aus dem Strombelieferungsverhältnis des Mieters mit seinem Versorger her und sind seiner Sphäre, nicht der Risikosphäre des Vermieters zuzurechnen.

## 6.3 Mangel durch Nichtrauchergesetz?

Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs.1 S. 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als

<sup>71</sup> BGH v. 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, MDR 2011, 1464 = WuM 2011, 700 = GuT 2011, 298.

<sup>72</sup> BGH v. 15.12.2010 - VIII ZR 113/10, WuM 2011, 97 = GE 2011, 261 = NZM 2011, 198 = ZMR 2011, 371.

<sup>73</sup> MünchKomm/Häublein, 5. Aufl., § 536 BGB Rz. 32 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rz. 572.

Mangel in Betracht kommen können<sup>74</sup>. Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Mietobjekts entgegenstehen, begründen allerdings nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben<sup>75</sup>.

Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Mietverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Mietobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB begründen<sup>76</sup>. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Mieters<sup>77</sup>. Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt bei der Gewerberaummietae dagegen grundsätzlich der Mieter<sup>78</sup>. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters aufgrund eines nachträglich eintretenden Umstandes nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Das gilt auch in Fällen, in denen es durch nachträgliche gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Mieters kommt.

Unter diesen Voraussetzungen führt das durch das Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz eingeführte Rauchverbot in öffentlichen Gaststätten nicht zu einem Mangel des Mietgegenstandes im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>79</sup>.

Die mit dem gesetzlichen Rauchverbot zusammenhängende Gebrauchsbeschränkung beruht nicht auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache, sondern knüpft an die betrieblichen Verhältnisse des Mieters an. Das Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz unterstellt bestimmte Gebäude und Gebäudeteile einem Rauchverbot und stellt dabei nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten, sondern auf die Nutzungsart der betroffenen Baulichkeiten ab. Zweck des Gesetzes ist der Schutz der Bevölkerung vor den gesundheitlichen Belastungen durch das Passivrauchen (§ 1 Abs. 1 N RauchSchG RP). Um diesen Schutz zu erreichen, ordnet das Gesetz für öffentliche Gebäude (§ 2 N RauchSchG RP), Krankenhäuser und andere medizinische Einrichtungen (§ 3 N RauchSchG RP), Schulen und Einrichtungen der Jugendhilfe (§§ 4, 5 N RauchSchG RP), Alten- und Pflegeheime (§ 6 N RauchSchG RP) und für Gaststätten (§ 7 Abs. 1 N RauchSchG RP) ein Rauchverbot für alle Personen an, die sich in diesen Einrichtungen aufhalten (vgl. § 1 Abs. 2 N RauchSchG RP). Die baulichen

<sup>74</sup> BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 900; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1715.

<sup>75</sup> vgl. BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 124 Rz. 34; BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, ZMR 2008, 274; BGH v. 2.3.1994 - XII ZR 175/92, ZMR 1994, 253, 254; BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226; BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, WuM 1992, 583, 585; BGH v. 22.6.1988 - VIII ZR 232/87, NJW 1988, 2664.

<sup>76</sup> vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 63.

<sup>77</sup> Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Miet- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 200.

<sup>78</sup> vgl. BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901; BGH v. 26.5.2004 - XII ZR 149/02, NJW-RR 2004, 1236; BGH v. 19.7.2000 - XII ZR 176/98, NJW-RR 2000, 1535, 1536; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1716; BGH v. 29.9.1999 - XII ZR 313/98, NZM 2000, 36, 40.

<sup>79</sup> BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09, ZMR 189/09.

Gegebenheiten der betroffenen Gebäude oder Gebäudeteile sind für die Geltung des gesetzlichen Rauchverbots unerheblich. Maßgeblich sind allein die Art der Nutzung der Gebäude und der Umstand, dass in den Einrichtungen Publikumsverkehr stattfindet. 20

Das gesetzliche Rauchverbot bezieht sich folglich auf die Art und Weise der Betriebsführung des Mieters oder Mieters, betrifft also nur dessen betriebliche Verhältnisse<sup>80</sup>. Für die Betriebsbezogenheit der Gebrauchseinschränkung spricht zudem, dass sich das Verbot primär an die Personen richtet, die sich in den betroffenen Einrichtungen aufhalten (vgl. § 1 Abs. 2 N RAuchSchG RP) und der Betreiber der Einrichtung nur als mittelbarer Adressat des Verbots für dessen Umsetzung und Einhaltung verantwortlich ist, vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 N RAuchSchG RP<sup>81</sup>.

Bei dem Erlass des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz handelt es sich daher um eine Gesetzesänderung, die, vergleichbar einer nachträglichen Änderung der Sperrzeit<sup>82</sup>, allein in das wirtschaftliche Risiko des Mieters fällt<sup>83</sup>.

Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich auch nicht daraus, dass der Vermieter der Aufforderung des Mieters nicht nachkommt, die baulichen Voraussetzungen zu schaffen, um in der Gaststätte einen Raucherbereich einzurichten. Nach § 536a Abs. 1 Alt. 3 BGB kann der Mieter Schadensersatz verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt.

Zwar kann nach § 7 Abs. 2 und 3 N RAuchSchG RP der Betreiber einer Gaststätte das Rauchen erlauben, wenn besondere im Gesetz genannte bauliche Gegebenheiten vorliegen. Erfüllen - wie im vorliegenden Fall - die von einem Gaststättenbetreiber gemieteten Räumlichkeiten diese Anforderungen nicht, ist jedoch der Vermieter grundsätzlich nicht verpflichtet, die für eine Ausnahme vom Rauchverbot erforderlichen baulichen Umbaumaßnahmen vorzunehmen.

Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache während der Mietzeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Im Rahmen dieser Verpflichtung muss der Vermieter sämtliche Maßnahmen vornehmen, die erforderlich sind, um dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen<sup>84</sup>. Diese Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht kann dazu führen, dass ein Vermieter bei einer Änderung öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die Vornahme geeigneter baulicher Veränderungen des Mietgegenstands einen Zustand schaffen muss, der dem Mieter den weiteren vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache ermöglicht<sup>85</sup>. Allerdings ist auch im Rahmen der § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die gesetzliche Risikoverteilung zwischen Vermieter und Mieter zu berücksichtigen. Deshalb darf auf diesem Weg das Verwendungsrisiko des Mieters nicht auf den Vermieter abgewälzt werden. Handelt es sich bei der Gebrauchsbeschränkung um die Folge einer Gesetzesänderung, die - wie im vorliegenden Fall - an die betrieblichen Verhältnisse des Mieters anknüpft, ist

---

<sup>80</sup> vgl. *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. 264 a; *Gerber/Eckert*, Gewerbliches Miet- und Mietrecht, 7. Aufl., Rz. 259; *Paschke* NZM 2008, 265.

<sup>81</sup> so auch OLG München, NJW 2010, 1297.

<sup>82</sup> vgl. *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 60.

<sup>83</sup> vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Miet- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 200; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 535 BGB Rz. 463; *Hannemann/Wiegner/Lehr*, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl., § 54 Rz. 73; *Staudinger/Emmerich*, [2010], § 536 BGB Rz. 20; *Palandt/Weidenkaff*, 70. Aufl., § 536 BGB Rz. 19; *Grühn* in *jurisPK-BGB*, 5. Aufl., 2010, § 581 BGB Rz. 86.

<sup>84</sup> *Palandt/Weidenkaff*, 70. Aufl., § 535 BGB Rz. 36.

<sup>85</sup> vgl. etwa BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267; BGH v. 4.4.1979 - VIII ZR 118/78, NJW 1979, 2351.

der Vermieter für die aufgetretene Störung schon deshalb nicht verantwortlich, weil diese ihre Ursache dann nicht in dem Zustand oder der Beschaffenheit der Mietsache hat<sup>86</sup>. 21

## 6.4 Flächenabweichung

### 6.4.1 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>87</sup>

Eine Minderung wird nicht etwa deshalb geringer, weil die vermietete Wohnung möbliert ist.<sup>88</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>89</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.

*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.*

### 6.4.2 Verjährung von Altansprüchen

Nach Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts am 1. Januar 2002 unterfällt der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB wegen überzahlter Miete der Regelverjährung des § 195 BGB. Da diese Verjährungsfrist kürzer ist als die bis zum 1. Januar 2002 geltende vierjährige Verjährung des § 197 BGB a.F., ist sie gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 BGB vom 1. Januar 2002 an zu berechnen, soweit nicht der Verjährungsbeginn gemäß § 199 Abs. 2 Nr. 2 BGB hinausgeschoben ist<sup>90</sup>. Hat der Mieter erst im Jahr 2007 Kenntnis von der Wohnflächenabweichung erhalten, wäre sein Ansprüche nach neuem Recht nicht verjährt, wenn er im Jahre 2010 Klage eingereicht hat.

Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB bleibt es jedoch bei dem Ablauf der Verjährung nach früherem Recht, wenn die nach altem Recht längere Frist früher abläuft als die kürzere Frist nach neuem

---

<sup>86</sup> vgl. BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267.

<sup>87</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>88</sup> BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 209/10, GE 2011, 542 = WuM 2011, 213 = ZMR 2011, 542.

<sup>89</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 unter II 1 a.

<sup>90</sup> BGH v. 23.1.2007 - XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 Rz. 18 ff.

Recht. Dies ist hier der Fall<sup>91</sup>. Insoweit kommt es für den Beginn der Verjährung nach § 22 197 BGB a.F. nicht auf die Kenntnis des Gläubigers an. Denn gemäß §§ 201, 198 BGB a.F. beginnt die Verjährung der in § 197 BGB a.F. bezeichneten Ansprüche mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist, hier also jeweils im Zeitpunkt der Überzahlung. Damit hat die Verjährung der Rückforderungsansprüche des Mieters bezüglich der im Jahr 2000 (bzw. 2001) überzahlten Miete nach altem Recht mit dem Ablauf des Jahres 2000 (bzw. 2001) begonnen und ist Ende 2004 (bzw. Ende 2005) - mithin früher als die Verjährung nach neuem Recht - abgelaufen.

## 6.5 Verrechnung der Minderung auf die laufende Miete

In seinem Urteil vom 20. Juli 2005<sup>92</sup> hatte der BGH ausgeführt, dass ein Betrag, den der Mieter wegen einer von ihm beanspruchten Minderung von der monatlichen Miete einbehält, anteilig sowohl auf die Nettomiete als auch auf die geschuldete Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden würde.

Indem er dies als entscheidungserheblich in Abrede stellt,<sup>93</sup> hebt er hervor, dass er sich in dieser Entscheidung allein für die Wohnraummiete der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs angeschlossen habe, nach der die Bruttomiete (Miete einschließlich aller Nebenkosten) Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB sei und dies unabhängig davon gelte, ob die Nebenkosten als Pauschale oder als Vorauszahlung geschuldet werden.<sup>94</sup>

Nunmehr vertritt er die Auffassung, dass es einer solchen Aufteilung des Minderungsbetrages auch nicht, um im Falle vereinbarter Betriebskostenvorauszahlungen etwaige Nachforderungen des Vermieters oder Guthaben des Mieters in der Jahresabrechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der Minderung korrekt berechnen zu können.<sup>95</sup> Da sich die Minderung, soweit sie gerechtfertigt ist, auf die Gesamtmiete einschließlich aller Nebenkosten bezieht, kann erst aufgrund der Jahresabrechnung der Betriebskosten abschließend ermittelt werden, ob hinsichtlich der Gesamtmiete unter Berücksichtigung der gerechtfertigten Minderung noch eine Nachforderung des Vermieters oder ein Guthaben des Mieters besteht. Dafür ist es unerheblich, ob und gegebenenfalls wie die monatlich einbehaltenen Beträge auf die Nettomiete einerseits und die Betriebskostenvorauszahlung andererseits angerechnet werden. Für das rechnerische Gesamtergebnis spielt es keine Rolle, ob der monatliche Minderungsbetrag ausschließlich auf die Nettomiete angerechnet wird, oder ob eine anteilige Anrechnung der Minderung sowohl auf die Nettomiete als auch auf die Betriebskostenvorauszahlung stattfindet.

Es könne dahinstehen, ob ein monatlicher Minderungsbetrag in entsprechender Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB nur auf die Nettomiete anzurechnen sei und nicht auf die geschuldete Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden dürfe.<sup>96</sup> Denn es handele sich hierbei um ein Scheinproblem. Immerhin führten die unterschiedlichen Anrechnungsweisen zum gleichen Ergebnis führen. Ledig-

---

<sup>91</sup> BGH v. 29.6.2011 – VIII ZR 30/10, GE 2011, 1018 = ZMR 2011, 782.

<sup>92</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773.

<sup>93</sup> BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625 m. Anm. *Doerfer* ZMR 2011, 705..

<sup>94</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6 ff.

<sup>95</sup> BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625.

<sup>96</sup> so: Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 350 ff., 360; wohl auch *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 5. Aufl., G Rz. 162.

lich Gesichtspunkte der Praktikabilität und der Übersichtlichkeit könnten dafür sprechen, dass der Vermieter den Minderungsbetrag ausschließlich bei der Nettomiete verbucht. Dies führt insofern zu einer gewissen Vereinfachung, weil dann die Betriebskosten ohne Berücksichtigung der Minderung abgerechnet werden können. Rechtlich zwingend sei dies aber nicht. Möglich ist eine Anrechnung des Minderungsbetrages ausschließlich auf die Nettomiete ohnehin nur, wenn der Minderungsbetrag die Nettomiete nicht übersteigt. Andernfalls erfasst er zwangsläufig auch die Betriebskostenvorauszahlung. Das stehe einer korrekten Jahresabrechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der gerechtfertigten Minderung aber nicht entgegen. An der allein maßgeblichen Gesamtabrechnung ändere sich nichts durch unterschiedliche Anrechnungen der monatlichen Minderungsbeträge auf die monatliche Nettomiete einerseits und/oder die monatliche Betriebskostenvorauszahlung andererseits.

## 6.6 Verschuldenshaftung

Für das Verschulden ist sehr häufig darauf abzustellen, inwieweit den Vermieter eine Überprüfungspflicht trifft. Hierbei ist zu untersuchen, inwieweit z.B. Unfallverhütungsvorschriften, die anerkannten Regeln der Technik oder sonstige Bestimmungen verlangen, dass der Vermieter Einzelteile der Mietsache regelmäßig inspiziert.<sup>97</sup> Hinsichtlich des Gebäudes wird eine regelmäßige Prüfungspflicht im Abstand von zwei Jahren angenommen. Bei Installationen, die sich in den Mieträumen befinden und von außen nicht leicht überprüft werden können und nicht besonders gefährlich sind, kann der Vermieter von einer regelmäßigen Überprüfung absehen und sich darauf verlassen, dass evtl. Schäden von den Mietern rechtzeitig angezeigt werden.<sup>98</sup>

Deshalb steht dem Mieter gegen den Vermieter Beklagten kein Schadensersatzanspruch wegen des Austritts von Ruß in seiner Mietwohnung zu<sup>99</sup>. Denn der Vermieter ist im Rahmen seiner Instandhaltung- und Verkehrssicherungspflicht nicht gehalten, ordnungsgemäß installierte Öfen in der Wohnung des Mieters ohne besonderen Anlass einer regelmäßigen Kontrolle, etwa im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit und Dichtigkeit der Wandanschlüsse, zu unterziehen. Ähnlich wie bei der Elektroinstallation in der Wohnung des Mieters reicht es - soweit nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen - aus, wenn auftretende Unregelmäßigkeiten oder vom Mieter angezeigte Mängel unverzüglich von einem Fachmann abgestellt werden.

## 6.7 Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete

Ein Minderungsausschluss ist bei Gewerberaummietverträgen in dem Umfang zulässig, dass die Minderung im Kern erhalten bleiben muss<sup>100</sup>. Der Automatismus der Minderung kann daher ausgeschlossen werden; es muss aber der Rückforderungsanspruch erhalten bleiben.

Fraglich ist, ob eine Klausel, wonach sich der Mieter gegenüber dem Vermieter auf eine Minderung nur berufen kann, wenn er sich mit seinen Mietzahlungen nicht in Rückstand befindet, der Inhaltskontrolle stand hält.

<sup>97</sup> OLG Hamm, VersR 1981, 1161, 1162; LG Berlin, GE 1996, 322; LG Köln in *Lützenkirchen*, KM 30 Nr. 7.

<sup>98</sup> AG Köln in *Lützenkirchen*, KM 30 Nr. 20.

<sup>99</sup> BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 310/10, WuM 2011, 465 = GE 2011, 1013 = ZMR 2011, 938.

<sup>100</sup> BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693.

Gegen diese Vereinbarung hat das OLG Düsseldorf keine Bedenken.<sup>101</sup> Es entspreche einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass sich nur derjenige auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen darf, der sich selbst vertragstreu verhalten hat. Insbesondere dürfe kein Leistungsverzug vorliegen.<sup>102</sup>

*Insoweit bestehen erhebliche Bedenken. Zum Einen stellt die Klausel auf einen Rückstand ab. Damit kommen auch Forderungen des Vermieters in Betracht, die nicht auf Verzug beruhen bzw. ohne Verschulden des Mieters zustande gekommen sind. Zum Anderen lässt sich der Klausel nicht entnehmen, dass das Recht zur Rückforderung vorbehalten bleibt.*

## 7 Schriftform

### 7.1 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>103</sup>.

Zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB gehört auch, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist<sup>104</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>105</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>106</sup>.

Die Unterschrift unter den Vertrag soll den Aussteller erkennbar machen<sup>107</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 Ver-

<sup>101</sup> OLG Düsseldorf v. 24.6.2010 – 24 U 210/09, ZMR 2011, 380.

<sup>102</sup> vgl. Palandt/Grüneberg, 70. Aufl., § 320 BGB Rz. 6 f.

<sup>103</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>104</sup> BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

<sup>105</sup> BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

<sup>106</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.

<sup>107</sup> vgl. nur Palandt/Ellenberger, 70. Aufl., § 126 BGB Rz. 10.



tretung 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>108</sup> und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft<sup>109</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>110</sup>.

Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich<sup>111</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>112</sup>. Dementsprechend hat der BGH die Wahrung der Schriftform als ausreichend angesehen, wenn bei einer GmbH der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterzeichnet<sup>113</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>114</sup>. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die GbR von sämtlichen Gesellschafter gemeinsam vertreten wird (§§ 709, 714 BGB). Zwar ist – dem BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der Außen-GbR folgend<sup>115</sup> - aufgrund des Stempelaufdrucks in Verbindung mit dem Rubrum des Mietvertrages für einen potentiellen Erwerber unzweifelhaft erkennbar (§§ 133, 157 BGB), dass C jedenfalls nicht für sich, sondern für die GbR gehandelt hat. Dass der Firmenstempel insoweit nur den Standort F und nicht auch die weiteren - unselbständigen - Kanzlei-standorte in Düsseldorf, Dresden und Warschau ausgewiesen hat, steht dem nicht entgegen. Sieht man nämlich schon einen allgemein gehaltenen Firmenstempel der GbR ohne Zusatz des Standortes insoweit als genügend an, die Vertretung der GbR als Rechtssubjekt hinlänglich zu verdeutlichen<sup>116</sup>, kann ein zusätzlicher Ausweis des Standortes insoweit jedenfalls nicht schaden, d.h. zu einem Formverstoß im Sinne des § 550 BGB führen.

---

<sup>108</sup> BGH, NJW 2004, 1103; BGH, NJW 2003, 3053, 3054.

<sup>109</sup> BGH, NJW 2002, 3389, 3391.

<sup>110</sup> BGH, NJW 1994, 1649, 1650 f.

<sup>111</sup> vgl. BGH, NJW 2008, 2178, 2180.

<sup>112</sup> BGH, NJW 2007, 3346 f.; BGH, NJW 2005, 2225, 2226.

<sup>113</sup> BGH, NJW 2005, 2224, 2226.

<sup>114</sup> OLG Hamm v. 16.2.2011 – 30 U 53/10, NZM 2011, 584 ZMR 2011, 632 m. Anm. *Späth*.

<sup>115</sup> BGH, NJW 2001, 1056.

<sup>116</sup> vgl. insoweit OLG Köln, GuT 2005, 5.

Allerdings stellt sich die Frage, ob es trotz der Teilrechtsfähigkeit der GbR, die sich insbesondere auch und gerade in ihrer Aktivlegitimation ausdrückt, und der durch den Firmenstempel hinlänglich zum Ausdruck kommenden Vertretung der Gesellschaft als Gesamthand durch die Unterzeichnung des Gesellschafters C für die Wahrung der Schriftform gemäß § 550 BGB zudem erforderlich ist, dass auch kenntlich gemacht werden muss, dass dieser als Teil einer nur gemeinsam zur Vertretung befugten Personenmehrheit gehandelt hat. Zwar betreffen diese Bedenken im Ergebnis allein die persönliche Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB<sup>117</sup>, nicht aber diejenige der Gesamthandsgemeinschaft. Sie werden jedoch von der Rechtsprechung des BGH, der nunmehr (sogar) für das selbständige Rechtssubjekt der AG, die durch eine Personenmehrheit (§ 78 Abs. 2 AktG) vertreten wird, verlangt, dass in der Vertragsurkunde hinreichend deutlich gemacht wird, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied ebenfalls für die weiteren Vorstandsmitglieder handeln will<sup>118</sup>, nicht geteilt. Der BGH hat vielmehr (auch) insoweit gefordert, dass es nötig, aber auch ausreichend ist, dass der Unterzeichnende in der Vertragsurkunde klarstellt, dass er nicht nur für die AG, sondern darüber hinaus für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will, etwa durch den Vermerk "i.V". Für diese Auffassung spricht aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit trotz der Bejahung einer Teilrechtsfähigkeit der GbR der Umstand, dass ein Vermieter und damit auch ein potentieller Erwerber – anders als möglicherweise bei der AG – jedenfalls bei der GbR gerade nicht durch die Registerpublizität (vgl. § 15 HGB) geschützt wird. Es reicht deshalb nicht aus, dass statt aller vertretungsberechtigten Gesellschafter nur der Gesellschafter C den Mietvertrag unterzeichnet und nicht zusätzlich durch einen Zusatz klargestellt hat, auch als Vertreter für die übrigen Gesellschafter zu handeln<sup>119</sup>. Auch der Stempelaufdruck ergibt nicht hinreichend zuverlässig eine Vertretung der übrigen, an unterschiedlichen Standorten tätigen Gesellschafter. Für einen potentiellen Erwerber kann deshalb tatsächlich der Eindruck entstehen, dass die Urkunde unvollständig ist und es zur Wirksamkeit des Vertrages noch weiterer Unterschriften bedarf.

*Leider setzt sich die Entscheidung nicht vollständig mit der Rechtslage auseinander. Denn es wurden folgende Entscheidungen nicht in die Überlegungen einbezogen: Enthält der Mietvertrag mit einer Rechtsanwaltssozietät auf der Unterschriftenleiste den Kanzleistempel und einen Namenszug, dem ein Vertretungszusatz nicht beigefügt war und sind weitere im Rubrum des Vertrages als Mieter aufgeführte Personen nicht im Kanzleistempel nicht erwähnt, soll die Schriftform nicht eingehalten sein.<sup>120</sup> Unproblematisch soll es jedoch sein, wenn sich unterhalb der Unterschriftenleiste der Name der GbR befindet, die Leiste durch die Unterschriften der geschäftsführenden Gesellschafter vollständig ausgefüllt und zusätzlich ein Stempelaufdruck der GbR vorhanden ist, der den vollständigen Namen der GbR und deren Anschrift zeigt.<sup>121</sup> Für den Grundstückserwerber soll diese Konstellation deutlich machen, dass mehr Personen nicht unterschreiben sollten.*

---

<sup>117</sup> vgl. dazu *Terbille* in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl., Rz. 139; *Sieg* in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, 2. Aufl., Rz. 344.

<sup>118</sup> vgl. BGH, NZM 2010, 82, Tz. 20.

<sup>119</sup> BGH, NJW 2003, 3053, 3054; BGH, NZM 2010, 82, 83 (für AG); Schmidt-Futterer/Lammel, 10. Aufl., § 550 BGB Fn. 29.

<sup>120</sup> OLG Nürnberg v. 12. 7. 2004 – 8 U 1809/03, MietRB 2004, 343 = GuT 2005, 4.

<sup>121</sup> OLG Dresden v. 31.8.2004 – 5 U 946/04, NZM 2004, 827.

Ein Verstoß gegen das Gebot der Schriftform nach § 550 BGB liegt vor, wenn wesentliche Bestandteile des Mietvertrags nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen, sondern in bezogene Anlagen ausgelagert werden und diese der Vertragsurkunde bei Unterzeichnung entweder nicht beigelegt worden oder gar nicht vorhanden sind<sup>122</sup>. Zu derartigen wesentlichen Bestandteilen gehören auch Baupläne, wenn aus ihnen hervorgeht, welche wesentlichen Bauleistungen der Mieter noch zu erbringen hatte, die nach dem Vertragsinhalt entschädigungslos in das Eigentum des Vermieters übergehen sollten<sup>123</sup>.

Der bei Vertragsschluss herrschende Schriftformmangel kann indes geheilt werden. Das ist zwar nicht durch die nach Vertragsschluss hergestellte Bauleistung geschehen, denn Bezugnahmen auf Umstände außerhalb der Urkunde wahren nur dann die Schriftform, wenn diese Umstände bei Vertragsschluss gegeben sind<sup>124</sup>. Geheilt worden ist der ursprüngliche Schriftformmangel vielmehr spätestens durch die schriftformwahrende Unterzeichnung eines Nachtrages<sup>125</sup>. Zwar sind auch dieser Vereinbarung die Baupläne nicht beigelegt worden. Im Unterschied zur Lage bei Vertragsschluss hatte der Mieter zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Nachtrags 1995 aber die Bauleistungen erbracht. Dadurch haben die Baupläne ihre frühere Funktion, einen wesentlichen Teil des Vertragsinhalts zu beschreiben, verloren. Die Baupläne sind bei der Unterzeichnung des Nachtrags 1995 durch die körperlich vorhandene, den Vertragsparteien bekannte und von ihnen akzeptierte Bauleistung selbst ersetzt worden, so dass die frühere unwirksame Bezugnahme auf die aus der Mietvertragsurkunde ausgelagerten Baupläne im unterzeichneten Nachtrag ohne Relevanz ist<sup>126</sup>.

## 8 Kautio

### 8.1 Haftung der ARGE aus Zahlungsbestätigung?

Die von einer ARGE an einen Vermieter gerichtete Erklärung, die Kosten der Unterkunft und der Heizung für einen grundsicherungsberechtigten Mieter zu übernehmen, kann nicht nur eine öffentlich-rechtliche, sondern auch eine privatrechtliche Willenserklärung darstellen<sup>127</sup>. Diese Erklärung kann auf der einen Seite eine Willenserklärung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder eine Zusage, d.h. eine hoheitliche Selbstverpflichtung mit Bindungswillen darstellen. In Betracht kommt auf der anderen Seite auch eine privatrechtliche Willenserklärung, die auf Abschluss eines Vertrages gerichtet ist, der privatrechtlich als Bürgschaft oder Garantieverprechen anzusehen ist, oder auch eine befreiende Schuldübernahme oder ein Schuldbetritt. Allerdings wird regelmäßig keine mit Rechtsbindungswillen abgegebene Willenserklärung, sondern lediglich eine bloße Tatsachenmitteilung der ARGE über ihre gegenüber dem Arbeitsuchenden zu erbringenden Leistungen vorliegen<sup>128</sup>.

---

<sup>122</sup> BGH NJW 2007, 288; BGH 2006, 140, 141; BGH NJW-RR 2002, 8, 9.

<sup>123</sup> OLG Düsseldorf v. 6.11.2008 – 24 U 149/07, ZMR 2011, 629.

<sup>124</sup> vgl. BGH NJW 2007, 1817.

<sup>125</sup> OLG Düsseldorf v. 6.11.2008 – 24 U 149/07, ZMR 2011, 629.

<sup>126</sup> vgl. zu rechtsähnlichen Fällen der Heilung formunwirksam abgeschlossener Mietverträge durch formwirksam abgeschlossene Nachträge BGHZ 160, 97 = BGH NJW 2004, 2962 sub II.1.; NJW 2007, 3273, 3275 sub Nr. II.

<sup>127</sup> vgl. BVerwGE 96, 71, 75.

<sup>128</sup> BVerwGE 96, 71, 75; OVG NW, WuM 2001, 119; LG Saarbrücken, NJW-RR 1987, 1372

Der Anspruch des Arbeitsuchenden auf Grundsicherung und die (behauptete) Selbstverpflichtung der ARGE gegenüber dem Vermieter stehen in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang. Dieser Zusammenhang rechtfertigt in aller Regel die Annahme, dass die ARGE mit ihrer Erklärung die Handlungsebene des öffentlichen Rechts nicht verlassen will<sup>129</sup>. Eine privatrechtliche Natur der Erklärung kommt demgegenüber nur in Betracht, wenn besondere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ARGE privatrechtlich handeln wollte,<sup>130</sup> beispielsweise wenn die Erklärung selbst durch Nennung einer zivilrechtlichen Vertrags- oder Anspruchsnorm eine privatrechtliche Einordnung vornimmt oder wenn die ARGE (etwa durch Anmieten einer Wohnung) selbst bereits privatrechtliche Bindungen gegenüber dem Vermieter eingegangen ist<sup>131</sup>.

Der Erklärung der ARGE, „Der Mietvertrag wurde genehmigt. Ab 1.8.07 wird die Miete überwiesen.“ ergibt unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Anspruchsgrundlage für ein Zahlungsverlangen des Vermieters. Denn daraus lässt sich eine Kostenzusage, die eine eigene Anspruchsgrundlage für das Zahlungsverlangen des Vermieters sein könnte, weder nach öffentlichem Recht noch nach bürgerlichem Recht herleiten.

- Eine Kostenzusage gemäß § 34 SGB X liegt nicht vor. Diese Vorschrift betrifft behördliche Zusagen, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen, die als "Zusicherung" bezeichnet werden.
- Auch eine - nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtete - Zahlungszusage als behördliche Willenserklärung des öffentlichen Rechts hat die Beklagte nicht erteilt. Derartige Zusagen zu einem späteren Tun oder Unterlassen erlangen Rechtsverbindlichkeit, wenn sie Ausdruck einer im ungeschriebenen allgemeinen Verwaltungsrecht wurzelnden hoheitlichen Selbstverpflichtung mit Bindungswillen sind<sup>132</sup>. Insoweit genügt weder das wirtschaftliche Interesse des Vermieters an einem potenten und zuverlässigen Zahler in Gestalt der ARGE als Trägerin der Grundsicherung noch das von dieser verfolgte öffentliche Interesse daran, einem Hilfesuchenden Unterkunft und Heizung zu sichern, schon für die Annahme, die ARGE wolle mit einer Erklärung, sie "übernehme" die Kosten der Unterkunft für den Hilfesuchenden und werde diese unmittelbar an den Vermieter überweisen, eine eigene materiellrechtliche Leistungspflicht gegenüber dem Vermieter begründen. Vielmehr rechtfertigt diese Interessenlage allenfalls eine Auslegung der Übernahmeerklärung bzw. Kostenzusage dahin, dass die ARGE den Vermieter über das gegenwärtige Bestehen eines die Unterkunfts-kosten einschließenden Hilfeanspruchs des Mieters, hier nach § 22 Abs. 2 SGB II, unterrichtet und unter der Voraussetzung fortbestehender Hilfsbedürftigkeit zugleich eine bestimmte verwaltungstechnische Abwicklung des Zahlungsverkehrs, nämlich die Überweisung der mietvertraglich zu zahlenden Beträge direkt an den Vermieter, bekannt gibt. Die Erklärung der ARGE, sie übernehme die Miete, stellt insoweit regelmäßig keine Willenserklärung, sondern eine bloße Tatsachenmitteilung dar.
- Es müssen deshalb besondere Umstände hinzutreten, um die Annahme zu rechtfertigen, eine dem Vermieter gegenüber abgegebene Übernahmeerklärung der ARGE beschränke sich nicht auf die Mitteilung des Hilfeanspruchs und der direkten Zahlungsweise, sondern bezwecke die Begründung einer materiell-rechtlichen Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Vermieter. Notwendig ist insoweit vor allem, dass die ARGE ihren Rechtsbindungswillen unzweideutig zum Ausdruck gebracht hat.

<sup>129</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2010 – 24 U 230/09, ZMR 2011, 713.

<sup>130</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2010 – 24 U 230/09, ZMR 2011, 713.

<sup>131</sup> BVerwGE 96, 71, 75.

<sup>132</sup> OVG NW, WuM 2001, 119

Daran fehlt es regelmäßig, wenn die ARGE bloße Tatsachen, wie die Genehmigung des Mietvertrages oder die Zahlung der Miete im Rahmen der Abwicklung des Rechtsverhältnisses nach § 22 SGB II mitteilt. 29

## **8.2 Haftung des Erwerbers trotz vorangegangenem Erwerb nach § 571 BGB a.F.**

In Art. 229 § 3 EGBGB gibt für die Anwendung des neuen § 566a BGB, der die frühere Regelung des § 572 BGB a.F. abgelöst hat, keine Übergangsregelung. Auf Erwerbsvorgänge, die vor dem Inkrafttreten des § 566a BGB am 1.9.2001 stattgefunden haben, findet deshalb noch § 572 BGB a.F. Anwendung. Denn anderenfalls würde das berechtigte Vertrauen eines Erwerbers, der bei Vertragsschluss entsprechend der zu diesem Zeitpunkt gültigen gesetzlichen Regelung davon ausgehen durfte, dass er nur für eine an ihn weitergeleitete Kautionskette einzustehen hatte, enttäuscht und der gesetzlichen Neuregelung eine unzulässige "echte" Rückwirkung beigelegt<sup>133</sup>.

§ 566a BGB ist auch dann uneingeschränkt anzuwenden, wenn der Vermieter die an den Mieter vermietete Wohnung erst im Jahr 2005 und somit unter der Geltung des § 566a BGB erworben hat, obwohl sein Rechtsvorgänger die Mietwohnung schon 1993, also noch unter der Geltung des § 572 BGB a.F., erworben hatte<sup>134</sup>. Denn § 566a BGB setzt keine ununterbrochene "Kautionskette" in der Weise voraus, dass bei einer Folge von Veräußerungsgeschäften, die - wie hier - teils vor und teils nach der Neuregelung liegen, auch der unter der Geltung der Neuregelung erwerbende Vermieter für die Rückzahlung der dem ursprünglichen Vermieter erbrachten Kautionskette nur haftet, wenn auch sämtliche frühere Vermieter einer entsprechenden Haftung ausgesetzt waren. Denn die Vorschrift des § 566a BGB dient dem Schutz des Mieters und soll ein Auseinanderfallen von Kautionskette und Mietvertrag vermeiden. Dem Mieter sollen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Ansprüche aus der Kautionskette gegenüber dem unter Umständen schon lange aus dem Mietverhältnis ausgeschiedenen Vermieter, dessen Aufenthalt dem Mieter häufig nicht bekannt sein wird, erspart werden<sup>135</sup>. Dieser Schutzzweck greift auch dann ein, wenn nacheinander mehrere Veräußerungen stattgefunden haben, von denen -wie hier - eine noch vor dem Inkrafttreten des § 566a BGB erfolgt ist. Dann haftet zwar der erste Erwerber nur unter den Voraussetzungen des § 572 BGB a.F., also wenn der Mieter die Weiterleitung der Kautionskette an ihn beweisen kann. Weitere Erwerber, die das Mietobjekt erst nach dem Inkrafttreten des § 566a BGB gekauft haben, werden dadurch aber nicht begünstigt; sie haften nach § 566a BGB und können sich weder darauf berufen, dass sie die Kautionskette nicht erhalten haben, noch geltend machen, dass ein früherer Veräußerer, der selbst noch unter der Geltung des § 572 BGB a.F. erworben hat, der Haftung des § 566a BGB nicht unterlag. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt aus § 566 BGB nicht, dass die Haftung der Erwerbers nicht weiter gehen kann als die des veräußernden früheren Vermieters, denn die Haftung des Erwerbers bezüglich der Kautionskette richtet sich nach der insoweit weitergehenden Bestimmung des § 566a BGB.

Diesem Haftungsrisiko kann der Vermieter, der das Mietobjekt nach Inkrafttreten des § 566a BGB erwirbt, dadurch begegnen, dass er bei Abschluss des Kaufvertrags dafür Sorge trägt, dass ihm entweder die Kautionskette ausgehändigt wird oder der Umstand, dass er dem Mieter gegenüber in jedem Fall in die Pflichten aus der Kautionskette eintritt, bei der Preisgestaltung berücksichtigt wird. Auch bei dem

---

<sup>133</sup> BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 381/03, NZM 2005, 639, unter II 2 b (1); vgl. auch BGH v. 24.6.2009 - XII ZR 145/07, NJW-RR 2009, 1164 Rz. 10 f.

<sup>134</sup> BGH v. 1.6.2011 - VIII ZR 304/10, GE 2011, 1080 = ZMR 2011, 785. .

<sup>135</sup> vgl. BR-Drucks. 439/00, abgedruckt in NZM 2001, 20, 27; BT-Drucks. 14/5663, S. 81.

des § 566a BGB kann der Erwerber die ihn gegenüber dem Mieter treffende Verpflichtung aus der Kautions bei der Kalkulation seines Gebotes berücksichtigen. Gesichtspunkte der (echten) Rückwirkung spielen keine Rolle, wenn das Veräußerungsgeschäft nach dem Inkrafttreten des § 566a BGB erfolgt ist. Dass es während der Dauer des Mietverhältnisses zuvor schon unter § 572 BGB a.F. fallende Veräußerungsgeschäfte gegeben hat, die mangels Weiterleitung der Kautions an den damaligen Erwerber dessen Haftung für die Kautions nicht herbeigeführt haben, steht der Haftung eines nach der Gesetzesänderung eingetretenen Erwerbers nach § 566a BGB somit nicht entgegen<sup>136</sup>.

### 8.3 Befriedigungsrecht des Vermieters

Nach § 566a BGB ist der Erwerber eines Mietobjekts nach Ende des Mietverhältnisses zur Rückgewähr der Sicherheit an den Mieter unabhängig davon verpflichtet, ob er die Sicherheit vom Vorvermieter tatsächlich erhalten oder ob die Rückgewährpflicht durch Vereinbarung mit dem Vorvermieter übernommen hat<sup>137</sup>. Dies gilt aber nur insoweit, wie er aus der Sicherungsvereinbarung über die Mietkautions hierzu noch verpflichtet ist und daher nur insoweit, wie der Vorvermieter seinerseits die Mietkautions noch nicht in berechtigter Weise in Anspruch genommen hat und sie daher noch als Sicherheit bei ihm vorhanden war. Maßgebender Zeitpunkt hierfür ist nicht notwendig der Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums an dem Mietobjekt auf den Erwerber, sondern gegebenenfalls ein späterer Zeitpunkt der Übertragung der Mietsicherheit auf diesen. Im Falle der Leistung einer Barkautions erfolgt kein unmittelbarer Rechtsübergang, vielmehr hat der Erwerber gegen den Veräußerer einen Anspruch auf Auszahlung des Betrages gegebenenfalls nebst Zinsen.<sup>138</sup>

Der Veräußerer hatte die Mietsicherheit bereits in Höhe des Betrages seiner rechtskräftig titulierten Forderung von 10.480,19 € berechtigt in Anspruch genommen. Die Rechte des Vermieters an der geleisteten Kautions folgen aus der Sicherungsvereinbarung mit dem Mieter und richten sich in ihrer Ausgestaltung nach dieser. Ein Vermieter kann bereits während der Mietzeit jedenfalls dann auf die Kautions zugreifen, wenn seine Forderung rechtskräftig festgestellt oder unbestritten ist (<sup>139</sup>). Hierbei handelt es sich nicht um eine Aufrechnung gegen den Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions, sondern um die Inanspruchnahme einer vertraglich vereinbarten Sicherheit.

Der Vermieter kann eine Kautions auch dann noch zur Deckung seiner rechtskräftig festgestellten Forderung verwerten, wenn er das Mietobjekt bereits veräußert und übereignet hat, sofern sich die Kautions noch in seinem Vermögen befindet. Sinn und Zweck des gesetzlich in § 566a BGB bestimmten Eintritts des Erwerbers in die Pflichten gegenüber dem Mieter, welche durch die Leistung der Sicherheit begründet wurden, ist der Schutz des Mieters, der durch die Veräußerung des Mietobjekts nicht schlechter gestellt werden soll, als er vor der Veräußerung stand<sup>140</sup>. Er soll hingegen auch nicht im Verhältnis zu dem Vorvermieter besser gestellt werden, indem diesem mit der Veräußerung stets die Möglichkeit genommen würde, Ansprüche, für welche er bereits während des Laufs des Mietvertrages auf die Sicherheit zugreifen könnte, nicht mehr auf diesem Wege erfüllen zu können,

---

<sup>136</sup> ebenso Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 566a BGB Rz. 3.

<sup>137</sup> vgl. Palandt/Weidenkaff, § 566a BGB Rz. 5 m.w.N.

<sup>138</sup> vgl. Palandt/Weidenkaff, § 566a, Rz. 4.

<sup>139</sup> vgl. Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535 BGB Rz. 123; LG Wuppertal, NJW-RR 2004, 1309.

<sup>140</sup> vgl. BGH, NJW 99, 2177 ff.; Palandt/Weidenkaff, § 566 BGB Rz. 1 + § 566a BGB Rz. 1, 5.

während dem Erwerber dies verwehrt ist, weil er nicht Gläubiger dieser Ansprüche, die bereits vor Veräußerung entstanden sind, ist. Denn alle vor dem Eigentumswechsel entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche verbleiben bei dem bisherigen Vermieter. Obwohl der Sicherungsfall noch bei dem Vorvermieter eingetreten ist, könnte der Mieter anderenfalls die Mietsicherheit von dem Erwerber uneingeschränkt zurückfordern, und der Vorvermieter bliebe ungesichert. Dies würde über den mit der gesetzlichen Regelung angestrebten Schutz des Mieters im Falle der Veräußerung des Mietobjekts hinausgehen und ihn in ungerechtfertigter Weise besser stellen und den Vorvermieter damit zugleich ohne hinreichenden Grund benachteiligen. Auch die Pflichten des Vorvermieters dem Mieter gegenüber wären ohne die Veräußerung der Mietsache im Falle des Eintritts des Sicherungsfalls nicht mehr auf Rückzahlung der Mietsicherheit gerichtet. Der Erwerber tritt nach der gesetzlichen Regelung in die Pflichten des Vorvermieters jedoch nur in dem Umfange ein, wie sie tatsächlich bestehen.

#### **8.4 Verjährung bei überhöhter Kautio**

Die gezahlte Kautio ist ohne Rechtsgrund erbracht worden ist, soweit sie drei Monatsmieten überstieg. Denn die Kautionsvereinbarung ist gemäß § 551 Abs. 1, 4, §§ 134, 139 BGB unwirksam, soweit sie über die bei einem Mietverhältnis über Wohnraum maximal zulässige Höhe von drei Monatsmieten hinausging.

Der daraus resultierende Bereicherungsanspruch des Mieters (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährung<sup>141</sup>. Die Verjährung beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem die Kautionszahlung in unberechtigter Höhe erbracht wird. Insoweit kommt es für den Beginn der Verjährung nicht darauf an, wann der Mieter erfahren hat, dass die Vereinbarung einer drei Monatsmieten übersteigenden Kautio gesetzwidrig ist und ihr deshalb ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich des darüber hinausgehenden Betrages zusteht. Gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt der Beginn der Verjährung allerdings neben der Entstehung des Anspruchs voraus, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Insoweit genügt es jedoch, wenn der Gläubiger die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich für einen rechtskundigen Dritten der Anspruch ergibt. Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Leistung liegt die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis des Gläubigers vor, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrundes weiß, das heißt von den Tatsachen, aus denen dessen Fehlen folgt. Eine zutreffende rechtliche Würdigung setzt § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hingegen nicht voraus<sup>142</sup>. Eine Ausnahme wird lediglich für die Fälle in Betracht gezogen, in denen es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, GE 2011, 1013 = ZMR 2011, 783.

<sup>142</sup> BGH v. 29.1.2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rz. 26; BGH v. 15.6.2010 - XI ZR 309/09, NJW-RR 2010, 1574 Rz. 12.

<sup>143</sup> BGH v. 19.3.2008 - III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237 m.w.N.

### 9.1 Inhaltliche Anforderungen an die Modernisierungsankündigung

Nach § 554 Abs. 3 S. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahme deren Art und voraussichtlichen Umfang und Beginn, voraussichtliche Dauer und die zu erwartende Mieterhöhung mitzuteilen. Wie konkret die Mitteilung sein muss, um dem Mieter die für die Beurteilung seiner Lage, insbesondere für eine Duldungspflicht, notwendigen Kenntnisse darüber zu verschaffen, welche Modernisierungsmaßnahmen der Vermieter durchzuführen beabsichtigt, in welcher Weise die Wohnung durch diese Maßnahmen verändert wird und wie sich diese Maßnahmen künftig auf den Mietgebrauch einschließlich etwaiger Verwendungen des Mieters sowie die zu zahlende Miete auswirken, ist allerdings umstritten.

In der Instanzrechtsprechung wie auch im Schrifttum wird teilweise angenommen, dass etwa bei einer Verlegung einer Sammelheizung der Vermieter die Anzahl, die Bauart und den Ort der Aufstellung der Heizkörper sowie den horizontalen und vertikalen Verlauf der Rohrleitungen benennen müsse, um dem Mieter eine genaue Vorstellung von der Neugestaltung der Wohnung zu vermitteln. Das mache es in aller Regel sogar erforderlich, dem Mieter einen Auszug aus dem Bauplan zu übermitteln, der den Umfang der Arbeiten einschließlich vorgesehener Wandöffnungen und Durchbrüche aufzeige<sup>144</sup>. Ebenso wird zu den Mitteilungsanforderungen an den Maßnahmenbeginn und Maßnahmenablauf angenommen, dass nicht nur die voraussichtlichen Termine für Beginn und Ende der Maßnahmen überhaupt, sondern auch für die einzelnen Etappen, die unterschiedliche Beeinträchtigungen mit sich bringen können, im Ankündigungsschreiben zu benennen seien<sup>145</sup> beziehungsweise hinsichtlich der Innenmaßnahmen eine genauere Zeiteingrenzung und Zeitspanne erforderlich sei<sup>146</sup>. Eine lediglich ungefähre, stichwortartige Beschreibung der Arbeiten und Abläufe wird demgegenüber nicht für genügend angesehen<sup>147</sup>.

Diese Anforderungen gehen dem BGH<sup>148</sup> zu weit<sup>149</sup>. Der Gesetzgeber hat sich bei der Neufassung des § 554 Abs. 3 BGB im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes gegen zu strenge Anforderungen an den Inhalt der Modernisierungsmittelung des Vermieters ausgesprochen und die zuvor vertretenen Maßstäbe dahin abgesenkt wissen wollte, dass der Vermieter nur noch den voraussichtlichen Umfang und Beginn und die voraussichtliche Dauer der Maßnahme mitteilen sollte, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Vermieter zu dem vom Gesetz vorgeschriebenen Mitteilungszeitpunkt zu präziseren Angaben häufig gar nicht in der Lage sein wird<sup>150</sup>. Auch der mit der Modernisierungsankündigung verfolgte Zweck verlangt in der Regel nicht, dass jede Einzelheit der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme in der Ankündigung beschrieben und jede mögliche Auswirkung mitge-

---

<sup>144</sup> LG Hamburg, WuM 1990, 18; WuM 1992, 121; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 45; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, Rz. VII 159; noch weitergehend etwa *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, *Mietrecht*, 10. Aufl., 26 § 554 BGB Rz. 265, 267; LG Berlin v. 2.7.2004 - 67 T 52/04, *juris* Rz. 5, das zudem eine Gegenüberstellung von erstrebtem und vorhandenem Ausstattungsbestand verlangt.

<sup>145</sup> LG Hamburg, WuM 2005, 60, 61; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 46

<sup>146</sup> *Eisenschmid*, *juris PR-MietR* 25/10 Anm. 5 unter C.

<sup>147</sup> *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, *Mietrecht*, 10. Aufl., § 554 BGB Rz. 267; *Bamberger/Roth/Ehlert*, *BGB*, 2. Aufl., § 554 BGB Rz. 23d.

<sup>148</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 242/10, WuM 2011, 677 = GE 2011, 1545 = NZM 2011, 849.

<sup>149</sup> Ebenso: KG, GE 2007, 907; LG München I, ZMR 2009, 453, 454 f.; *Beyer*, GE 2009, 943, 947 f.; *Münch-Komm/Bieber*, 5. Aufl., § 554 BGB Rz. 35; *Staudinger/Emmerich*, *Neuberab.* 2011, § 554 BGB Rz. 44 m.w.N.

<sup>150</sup> BT-Drucks. 14/4553 S. 36 f., 49 f.



teilt wird. Sie muss auf der einen Seite zwar den Informationsbedürfnissen des Mieters Rechnung tragen, das Ziel der beabsichtigten Modernisierung und die zu dessen Erreichung geplanten Maßnahmen zu erfahren, um ihm darüber eine zureichende Kenntnis zu vermitteln, in welcher Weise die Wohnung durch diese Maßnahmen verändert wird und wie sich diese Maßnahmen künftig auf den Mietgebrauch einschließlich etwaiger Verwendungen des Mieters sowie die zu zahlende Miete auswirken, und ihm so eine sachgerechte Beurteilung der sich daraus ergebenden Lage, insbesondere hinsichtlich seiner Duldungspflicht, der für ihn zu treffenden Maßnahmen und der gegebenenfalls zu ziehenden vertragsrechtlichen Konsequenzen, ermöglichen<sup>151</sup>. Auf der anderen Seite ist aber auch zu berücksichtigen, dass die in § 554 Abs. 3 S. 1 BGB geregelte Mitteilungspflicht nicht darauf abzielt, die in § 554 Abs. 2 BGB näher geregelte sachliche Befugnis des Vermieters zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen einzuschränken, sondern dass sie dem Mieter lediglich einen ergänzenden Schutz bei der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen gewähren soll<sup>152</sup>. Die Verwirklichung dieses ergänzenden Schutzes darf deshalb nicht so weit gehen, dass einem Vermieter die Durchführung gesetzlich zulässiger Modernisierungsmaßnahmen durch eine Handhabung der Mitteilungsanforderungen erschwert wird, die über das zum Schutz des Mieters gebotene Maß hinausgeht und auf diese Weise den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt<sup>153</sup>.

Diesen Anforderungen werden erfüllt, wenn der anzubringende Balkon in der Ankündigung mit seiner Gestaltung und den vorgesehenen Abmessungen ebenso beschrieben ist wie die außerhalb und innerhalb der Wohnung unter Angabe ihres voraussichtlichen zeitlichen Ablaufs im Einzelnen vorzunehmenden Arbeiten und Arbeitsschritte. Die voraussichtliche Lage des Balkons vor einem bisherigen Wohnzimmerfenster, unter dem der im Zuge der Arbeiten zu entfernende Heizkörper angebracht ist, dessen Heizleistung durch Aufrüstung eines näher beschriebenen anderen Heizkörpers übernommen werden soll, erschließt sich dem Mieter ohne Weiteres. Gleiches gilt für die im betroffenen Wandbereich liegenden und deshalb zwangsläufig zu ändernden Heizungs- und Elektroinstallationen sowie die dazu vorzunehmenden Putz- und Malerarbeiten. Die Ankündigung ist mithin bei Anlegung objektiver Maßstäbe geeignet, dem Mieter das von § 554 Abs. 3 S. 1 BGB geforderte hinreichende Bild von dem zu vermitteln, was mit der geplanten Balkonanbringung voraussichtlich an Änderungen auf ihn zukommt. Exakte Angaben zu Zeitpunkt und Abfolge der einzelnen Arbeiten oder Arbeitsschritte etwa nach Maßgabe eines beizufügenden Bauzeitenplans werden dabei entgegen der Auffassung der Revision vom beschriebenen Zweck der Modernisierungsankündigung nicht gefordert.

## 9.2 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>154</sup>.

<sup>151</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

<sup>152</sup> vgl. BGH v. 19.9.2007 - VIII ZR 6/07, [WuM 2007, 630](#) Rz. 15.

<sup>153</sup> BayObLG, NZM 2001, 89; MünchKommBGB/Bieber, 5. Aufl., § 554 BGB Rz. 36; jeweils unter Hinweis auf BVerfGE 79, 80, 84 f.). 30 c.

<sup>154</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>155</sup>. Daraus, dass der Vermieter nach dem Erlass des Teilurteils 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.

### 9.3 Inhalt des Klageantrages

Im mietrechtlichen Schrifttum wird angenommen, dass die vom Mieter zu duldbenden Maßnahmen im Klageantrag nach Art, Umfang, Beginn und Dauer in hinreichend genauer Vereinzelung umschrieben werden müssen. Dabei wird - der Modernisierungsankündigung entsprechend - hinsichtlich Art und Umfang eine genaue und umfassende, gegebenenfalls durch Bezugnahme auf beigefügte Skizzen oder Baupläne ergänzte Beschreibung der einzelnen Maßnahmen bis hin zur genauen Angabe von Ort und Abmessungen ihrer Vornahme und der jeweils vorgesehenen Ausführungsart gefordert<sup>156</sup>. Auch in der Instanzrechtsprechung gehen die Konkretisierungsanforderungen bisweilen dahin, dass etwa bei Rohrleitungsverlegungen der genaue horizontale und vertikale Verlauf der Rohrleitungen anzugeben sei und lediglich ungefähre Verlaufsangaben nicht ausreichen<sup>157</sup>.

Dem folgt der BGH in dieser Weite nicht<sup>158</sup>. Denn durch diese am Inhalt der Modernisierungsankündigung nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB orientierten Sichtweisen werde übersehen, dass es bei der Formulierung der Duldungspflicht im Antrag nicht darum geht, dem Mieter eine hinreichende Entscheidungsgrundlage über die Bedeutung und die Auswirkungen der Maßnahme zu vermitteln. Der Antrag dient vielmehr nur dazu, die zu duldbenden Handlungen so genau zu umschreiben, dass sie die hinreichende Grundlage für eine nach § 890 ZPO vorzunehmende Zwangsvollstreckung bilden können. Zwar müssten Anträge, mit denen die Duldung von Handlungen verlangt wird, die zu duldbenden Handlungen so genau bezeichnen, dass der in Anspruch genommene Schuldner im Falle einer dem Antrag entsprechenden gerichtlichen Entscheidung eindeutig erkennen kann, was von ihm verlangt wird. Denn diese Prüfung darf grundsätzlich nicht in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden, da es nicht dessen Aufgabe ist zu klären, wie die zu vollstreckende Handlung oder Unterlassung aussieht; es ist vielmehr auf eine Klärung der Frage beschränkt, ob der Schuldner der ihm gebotenen Verpflichtung nachgekommen ist. Gleichwohl sind bei Duldungsanträgen gewisse Verallgemeinerungen häufig unvermeidlich, weil andernfalls die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, durch prozessuale Anforderungen unzumutbar erschwert würde<sup>159</sup>. Aus dem gleichen Grunde kann eine Verurteilung zur Duldung auch ohne ausdrücklichen Ausspruch die Verpflichtung

<sup>155</sup> BGH v. 17.8.2011 – VIII ZR 20/11, GE 2011, 1301.

<sup>156</sup> *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 45, 64; *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., Rz XIV 72; *Gies*, *NZM* 2003, 545, 546.

<sup>157</sup> KG, GE 2004, 1231 m.w.N.

<sup>158</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 242/10, WuM 2011, 677 = GE 2011, 1545 = NZM 2011, 849.

<sup>159</sup> BAG, *NZA* 2010, 1365, 1366 m.w.N.

zu positivem Tun enthalten, wenn der Schuldner seiner Duldungspflicht nur dadurch gerecht werden kann, dass er daneben zugleich positive Handlungen vornimmt, die erforderlich sind, um den rechtmäßigen Zustand zu erreichen. Denn auch insoweit würde eine Zwangsvollstreckung unzumutbar erschwert, wenn der Gläubiger statt dessen darauf verwiesen werden müsste, jeweils einzelne Handlungstitel für die nach Art und Umfang in der Regel nicht hinreichend voraussehbaren Handlungen zur Erreichung des beschriebenen Duldungserfolges zu erwirken<sup>160</sup>.

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, genügt es, dass der erstrebte Duldungserfolg sowie der Umfang der zu duldbenden Arbeiten in seinen wesentlichen Umrissen und Schritten im Antrag umschrieben werden. Das gilt umso mehr, als sich im Zuge der Bauausführung noch gewisse Änderungen oder Konkretisierungen im Detail ergeben können und selbst § 554 Abs. 3 S. 1 BGB mit seiner inhaltlich weitergehenden Ankündigungspflicht dem Rechnung trägt, indem neben der Art der Maßnahme lediglich deren voraussichtlicher Umfang mitgeteilt werden muss. Ebenso wenig verlangt der Ausspruch der Duldungspflicht die Mitteilung eines exakten zeitlichen Rahmens für die zu duldbenden Handlungen. Insoweit reicht die Bezugnahme auf die konkrete Modernisierungsankündigung und den darin enthaltenen Zeitplan, in dem der voraussichtliche Beginn der Maßnahmen mitgeteilt und deren voraussichtlicher zeitlicher Ablauf umrissen war. Das genügt zu einer hinreichenden zeitlichen Bestimmbarkeit der Duldungspflicht. Denn andernfalls würde jede Verzögerung bei Beginn und Durchführung der Maßnahmen den Titel entwerten, und zwar selbst dann, wenn die Verzögerung nur unwesentlich oder vom Vermieter nicht zu vertreten ist, etwa weil die Bauhandwerker verzögert beginnen oder ausführen oder ein Maßnahmenbeginn durch Widerspruch von Mieterseite hinausgezögert wird. Dies würde für den Vermieter jedoch zu einer unzumutbaren Erschwerung ihres gerichtlichen Rechtsschutzes führen, ohne dass dem ein berechtigtes Interesse des Beklagten an einer sonst nicht möglichen hinreichenden Bestimmbarkeit des Zeitraums seiner Duldungspflicht entgegenstünde.

#### 9.4 Klage des einzelnen Bruchteilseigentümers

Das Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft ist gemäß § 432 BGB ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer berechtigt, vom Beklagten die gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB beanspruchte Duldung der ihm angekündigten Modernisierungsmaßnahme zu verlangen. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob es sich bei dem Klagerecht aus § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach dann, wenn mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern haben, der Schuldner, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern kann, um einen die Zulässigkeit der Klage betreffenden Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft im Sinne von § 51 Abs. 1 ZPO handelt<sup>161</sup> oder um einen lediglich die materielle Anspruchsberechtigung betreffenden Fall der Aktivlegitimation<sup>162</sup>. Jedenfalls sind die Kläger gemäß § 432 Abs. 1 S. 1 BGB kraft eigenen Rechts und damit als Partei zur klageweisen Durchsetzung der beanspruchten Duldung befugt<sup>163</sup>.

<sup>160</sup> vgl. BGH v. 25.1.2007 - I ZB 58/06, WPM 2007, 1416 Rz. 17 f.

<sup>161</sup> so etwa MünchKomm/K. Schmidt, 5. Aufl., § 741 BGB Rz. 49; Musielak/Weth, ZPO, 8. Aufl., § 51 ZPO Rz. 23.

<sup>162</sup> so etwa MünchKomm/Lindacher, 3. Aufl., Vor §§ 50 ff. ZPO Rz. 53 m.w.N.

<sup>163</sup> BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, WuM 2011, 677 = GE 2011, 1545 = NZM 2011, 849; vgl. auch RGZ 70, 32, 34 f.

Der einzelne Vermieter ist in Rechtsgemeinschaft mit weiteren Personen Eigentümer nach Bruchteilen des Mietgrundstücks im Sinne von §§ 741 ff. BGB und als solcher Vermieter der dem Mieter überlassenen Wohnung. Bei der Ankündigung haben sie sich in zulässiger Weise jeweils durch die Hausverwaltung T. GmbH vertreten lassen<sup>164</sup>. Auf diese Weise wurde eine Duldungspflicht des Mieters fällig gestellt<sup>165</sup>. § 432 BGB erfasst auch nicht nur den Anspruch mehrerer Eigentümer auf Zahlung der Miete. Denn diese Vorschrift, die bereits nach ihrem Wortlaut den Kreis der von ihr erfassten Forderungen nicht beschränkt, betrifft bei Vermietung eines in Bruchteilseigentum stehenden Grundstücks durch die Bruchteilsgemeinschaft alle Forderungen aus dem Mietverhältnis beziehungsweise aus der Benutzung des Grundstücks, da diese Forderungen - wie nicht zuletzt § 754 S. 2 BGB zeigt - ungeachtet einer Teilbarkeit im natürlichen Sinne jedenfalls nach dem Wesen der Gemeinschaft im Rechtssinne auf eine unteilbare Leistung gerichtet sind<sup>166</sup>. Das gilt auch für die beanspruchte Duldung nach § 554 Abs. 2 S. 1 BGB, die jeder Teilhaber gemäß § 432 BGB selbständig in der Weise geltend machen kann, dass er Duldung gegenüber allen Miteigentümern fordert.

## 10 Mieterhöhung

### 10.1 wegen Modernisierung

#### 10.1.1 Mieterhöhung ohne Ankündigung

Nach § 559 Abs. 1 BGB kann der Vermieter nach baulichen Maßnahmen, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder nachhaltig Einsparungen von Energie und Wasser bewirken, die Miete um jährlich elf vom Hundert der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen. Die Mieterhöhung ist dem Mieter gemäß § 559b BGB in Textform zu erklären und die Erhöhung aufgrund der entstandenen Kosten zu berechnen und entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559, 559a BGB zu erläutern.

Die Mieterhöhung wegen einer bereits durchgeführten Modernisierung setzt aber nicht voraus, dass dem Mieter vor Durchführung der Arbeiten eine Modernisierungsankündigung gemäß § 554 Abs. 3 BGB zugegangen ist.<sup>167</sup> Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus der gesetzlichen Regelung in § 559b Abs. 2 S. 2 BGB; darin ist (lediglich) vorgesehen, dass sich die Frist, zu der die Mieterhöhung wirksam wird, um sechs Monate verlängert, wenn der Vermieter die zu erwartende Erhöhung der Miete nicht nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB mitgeteilt hat oder die tatsächliche Mieterhöhung mehr als 10% höher ist als zunächst mitgeteilt. Die Mitteilungspflicht nach § 554 Abs. 3 S. 1 BGB dient dem Schutz des Mieters bei der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen. Zum einen soll ihm ein gewisser Zeitraum zugebilligt werden, sich auf die zu erwartenden Baumaßnahmen in seiner Wohnung einzustellen; zum anderen wird er durch das Sonderkündigungsrecht in die Lage versetzt, das Mietverhältnis gegebenenfalls vor Beginn etwaiger Arbeiten und dem Wirksamwerden einer Mieterhöhung zu beenden. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, kann der Vermieter ohne ord-

<sup>164</sup> vgl. *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. VII 151; *Staudinger/Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, § 554 BGB Rz. 42

<sup>165</sup> vgl. OLG Saarbrücken v. 20.12.2010 - 8 U 507/09, juris Rz. 38; KG, GE 2007, 907; OLG München, WuM 1991, 481, 482; jeweils m.w.N.; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. Rz. VII 150; *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2011, § 554 BGB Rz. 41; *MünchKomm/Bieber*, 5. Aufl., § 554 BGB Rz. 34

<sup>166</sup> BGH v. 11.7.1958 - VIII ZR 108/57, NJW 1958, 1723; BGH v. 29.1.1969 - VIII ZR 20/67, WPM 1969, 396 unter I 2; BGH v. 19.10.2000 - IX ZR 255/99, WPM 2000, 2457 unter III, insoweit in BGHZ 145, 352 nicht abgedruckt; *Staudinger/Noack*, BGB, Neubearb. 2005, § 432 BGB Rz. 20, 22 f.

<sup>167</sup> BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 164/10, WuM 2011, 225 = GE 1011, 541.

nungsgemäße Ankündigung nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB Modernisierungsarbeiten in der Wohnung des Mieters gegen dessen Willen nicht durchsetzen, weil eine entsprechende Duldungsklage abzuweisen wäre. Zweck des Ankündigungserfordernisses ist hingegen nicht die Einschränkung der Befugnis des Vermieters, die Kosten einer tatsächlich durchgeführten Modernisierung im Rahmen des § 559 BGB auf den Mieter umzulegen. Diese Bestimmung soll dem Vermieter im Interesse der allgemeinen Verbesserung der Wohnverhältnisse einen finanziellen Anreiz zur Modernisierung geben.<sup>168</sup> Die Interessen des Mieters werden ausreichend dadurch gewahrt, dass bei unterbliebener Ankündigung die Mieterhöhung nach § 559 BGB erst sechs Monate später wirksam wird. Aus dem Urteil vom 4. März 2009<sup>169</sup> ergibt sich keine andere Beurteilung, denn jene Entscheidung hatte nicht eine Mieterhöhung nach durchgeführter Modernisierung zum Gegenstand, sondern betraf die Pflicht des Mieters zur Duldung noch durchzuführender Instandhaltungsmaßnahmen.

### 10.1.2 Aufwendungen des Mieters als Modernisierungskosten

Ob die Kosten z.B. einer infolge einer Modernisierungsmaßnahme notwendigen Renovierung zu den nach § 559 Abs. 1 BGB umlagefähigen Kosten der Modernisierung gehör, ist umstritten.

In der Instanzrechtsprechung und in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass § 554 Abs. 4 BGB die Kostentragung endgültig regelt und es deshalb unzulässig sei, den Mieter über § 559 BGB die Kosten letztlich doch tragen zu lassen.<sup>170</sup> Teilweise wird dabei danach differenziert, wer das unternehmerische Risiko für diese Arbeiten trägt.<sup>171</sup>

Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass es keinen Unterschied machen könne, ob der Vermieter die Arbeiten selbst in Auftrag gebe und die Kosten direkt trage oder ob der Mieter sie ausführe und sich die Kosten nach § 554 Abs. 4 BGB vom Vermieter erstatten lasse. In jedem Fall handele es sich um unmittelbaren Bauaufwand.<sup>172</sup>

Der letztgenannten Auffassung ist der BGH gefolgt.<sup>173</sup> § 559 Abs. 1 BGB gestatte dem Vermieter die Umlage der von ihm für Modernisierungsmaßnahmen aufgewendeten Kosten, um einen Anreiz dafür zu schaffen, dass der Vermieter entsprechende im allgemeinen Interesse liegende bauliche Maßnahmen durchführt.<sup>174</sup> Eine Einschränkung dahin, dass der Vermieter ihm tatsächlich entstandene Kosten nicht umlegen dürfe, wenn und weil die Arbeiten von dem in Vorlage getretenen Mieter selbst ausgeführt worden seien, ergebe sich weder aus dem Wortlaut des § 559 Abs. 1 BGB noch aus seinem Zweck. Sie würde auch dem Interesse beider Mietparteien widersprechen, kleinere Nacharbeiten im Zusammenhang mit einer Modernisierungsmaßnahme kostengünstig durch den Mieter in Eigenleistung ausführen zu lassen. Denn ein Vermieter, der die dem Mieter hierfür erstatteten Kosten nicht

<sup>168</sup> BGH v. 19.9.2007 - VIII ZR 6/07, NZM 2007, 882 Rz. 15.

<sup>169</sup> BGH v. 4.3.2009 - VIII ZR 110/08, NZM 2009, 394 Rz. 16.

<sup>170</sup> AG Schöneberg, MM 1990, 130; Staudinger/*Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, § 559 BGB Rz. 42; MünchKomm/*Artz*, 5. Aufl., § 559 BGB Rz. 23; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 559 BGB Rz. 37; vgl. auch Herrlein/*Kandelhard/Both*, Miete, 4. Aufl., § 559 BGB Rz. 103.

<sup>171</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. IV 364.

<sup>172</sup> Schmidt/*Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 10. Aufl., § 559 BGB Rz. 158; *Mersson*, DWW 2009, 122, 128.

<sup>173</sup> BGH v. 30.3.2011 - VIII ZR 173/10, WuM 2011, 293 = GE 2011, 681 = ZMR 2011, 622.

<sup>174</sup> vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 58.

umlegen könne, habe Anlass, von vornherein einen Handwerker zu beauftragen, weil er diese - regelmäßig höheren - Kosten ohne weiteres auf den Mieter umlegen könne. In- soweit komme es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob der Vermieter als „Bauherr“ der Nacharbeiten anzusehen sei; entscheidend sei vielmehr, dass der Vermieter diesen Aufwand im Rahmen einer baulichen Modernisierungsmaßnahme getragen hat. Der Mieter werde durch die Um- lage der ihm erstatteten Modernisierungsaufwendungen auch nicht „bestraft“. Denn der Vermieter müsse diese Kosten - wie die übrigen Kosten, die ihm für die eigentliche Modernisierung entstünden - bevorschussen und könne sie lediglich im Rahmen des § 559 Abs. 1 BGB über einen längeren Zeit- raum umlegen.

*Dies wirft die Frage auf, ob nicht auch Minderungen zu den Kosten der Modernisierung zu zählen sind. Dies wird bisher einhellig verneint.<sup>175</sup> Zwingend erscheint das aber nicht mehr<sup>176</sup>.*

## 10.2 im preisgebundenen Wohnraum

Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1, 2 WoBindG kann der Vermieter die Miete durch schriftliche Erklärung erhöhen, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines geringeren als des nach dem Gesetz zulässigen Entgelts verpflichtet ist. Die Erklärung ist nur wirksam, wenn in ihr die Erhöhung berechnet und erläutert ist. Nach § 10 Abs. 1 Satz 3 WoBindG sind zudem eine Wirtschaftlichkeitsberechnung oder ein Auszug daraus, der die Höhe der laufenden Aufwendungen erkennen lässt, beizufügen. Fraglich ist, ob eine Mietänderungserklärung aus formellen Gründen unwirksam ist, wenn der Vermieter nicht die Gesamtkosten der - auch nicht zu Wohnzwecken genutzte Flächen umfassenden - Wirt- schaftseinheit mitteilt und davon die auf die Wohnungen entfallenden Kosten in dem Mieterhö- hungsverlangen oder den beigelegten Unterlagen abgrenzt.

Eine dahin gehende Verpflichtung des Vermieters lässt sich § 10 Abs. 1 WoBindG nicht entneh- men<sup>177</sup>. Der Mieter soll nach der gesetzlichen Regelung in § 10 Abs. 1 WoBindG darüber informiert werden, weshalb die Miete erhöht wird (hier wegen erhöhter Aufwendungen infolge des Wegfalls einer Förderung). Aus der beizufügenden Wirtschaftlichkeitsberechnung oder einem die laufenden Aufwendungen des Vermieters für den preisgebundenen Wohnraum ausweisenden Auszug kann der Mieter sodann ersehen, ob sich der Vermieter auch mit der erhöhten Miete noch im Rahmen der ihm durch § 8 Abs. 1 WoBindG auferlegten Verpflichtung hält, die Wohnung nicht gegen ein höheres Entgelt zum Gebrauch zu überlassen, als zur Deckung seiner laufenden Aufwendungen erforderlich ist. Damit sind die Interessen des Mieters hinreichend gewahrt, denn für eine Kontrolle der Angaben des Vermieters zu seinen Aufwendungen auf ihre sachliche Richtigkeit steht dem Mieter nach § 8 Abs. 4 WoBindG, § 29 Abs. 1 NMV ein umfassendes und an keine weiteren Voraussetzungen ge- knüpftes Auskunfts- und Einsichtsrecht zur Verfügung<sup>178</sup>. Dass das Begründungserfordernis in § 10 Abs. 1 Satz 2 WoBindG verfolgt nicht den Zweck, dem Mieter, der mittels Belegeinsicht kontrollie- ren will, ob der Vermieter einer größeren Wirtschaftseinheit die auf den geförderten Wohnraum ent- fallenden Aufwendungen richtig ermittelt hat, dabei etwa erforderliche Rechenschritte von vornhe- rein zu ersparen.

<sup>175</sup> Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 10. Aufl. § 559 BGB Rz. 161; Staudinger/Emmerich, § 559 BGB Rz. 42; Stornel, Mietrecht aktu- ell, 4. Aufl. Rz. IV 353; Lamm, 3. Aufl., § 559 BGB Rz. 37; Mersson, DWW 2009, 122, 128.

<sup>176</sup> Schläger, ZMR 2011, 623, 624.

<sup>177</sup> BGH v. 6.4.2011 – VIII ZR 199/10, MDR 2011, 779 = WuM 2011, 371 = GE 2011, 779 = ZMR 2011, 706.

<sup>178</sup> vgl. BGH v. 11.1.1984 - VIII ARZ 10/83, BGHZ 89, 284, 294 f.

## 11.1 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>179</sup>.

## 11.2 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>180</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.

## 11.3 Kosten des Center-Managements

Eine in einem gewerblichen Mietverhältnis vereinbarte Formalklausel zur Umlage der "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>181</sup>. Das gilt für die vereinbarte Umlage der "Verwaltungskosten" in gleicher Weise<sup>182</sup>.

Diese Formalklausel ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinreichend transparent<sup>183</sup>. Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners<sup>184</sup>. Dem genügt eine Klausel, in der „Verwaltungskosten“ als umlagefähig bestimmt sind. Denn der Begriff der „Verwaltungskosten“ ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>185</sup>. Zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten kann auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 26 Abs. 1 II.BV zurückgegriffen werden. Dass diese Regelungen für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind,

---

<sup>179</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

<sup>180</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

<sup>181</sup> BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671; siehe auch BGH v. 4.5.2011 - XII ZR 112/09, GuT 2011, 48 Rz. 8 ff. = ZMR 2011, 112.

<sup>182</sup> BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 69/08, NJW-RR 2010, 739 Rz. 7

<sup>183</sup> BGH v. 3.08.2011 – XII ZR 205/09, ZMR 2011, 946 = GE 2011, 1301.

<sup>184</sup> BGH v. 16.5.2007 - XII ZR 13/05, NZM 2007, 516 m.w.N.

<sup>185</sup> BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 69/08, NJW-RR 2010, 739 Rz. 9; BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 23 m.w.N.

steht ihrer Heranziehung als Hilfsmittel zur näheren Bestimmung der umlegbaren Kosten nicht im Wege. Auch die Herausnahme der Verwaltungskosten aus den umlegbaren Kosten nach der Betriebskostenverordnung hindert nicht daran, im Bereich der Geschäftsraummiete zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die vorhandene gesetzliche Definition zurückzugreifen<sup>186</sup>. Zwar fallen bei gewerblichen Mietobjekten andere Verwaltungskosten an als bei der Wohnungsmiete. Daraus folgt aber nicht, dass die gesetzliche Definition bei der Gewerbemiete nicht sinnvoll anzuwenden wäre. Wenn die im Einzelfall anfallenden Verwaltungskosten auch weitere als die gesetzlich definierten Positionen erfassen, so folgt daraus allein, dass die Kosten insoweit bei Heranziehung der gesetzlichen Definition nicht umlegbar sind. Die Transparenz des Begriffs der Verwaltungskosten wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Verbleibende Unklarheiten gehen überdies nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Klauselverwenders<sup>187</sup>.

Auch im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kosten bedarf es keiner näheren Konkretisierung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch nicht der Festlegung einer Höchstgrenze, zumal zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststehen muss, welche Kosten entstehen werden. Vielmehr hat der Vermieter ein legitimes Interesse an der variablen Ausgestaltung der Kostenregelung. Der Vermieter kann die Verwaltungskosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen umlegen. Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass die Kosten nicht zu einem Überraschungseffekt führen. Wenn sie sich im Rahmen des Ortsüblichen halten, können sie von dem gewerblichen Mieter wenigstens im Groben abgeschätzt werden<sup>188</sup>. Gegen die Umlegung überhöhter oder nicht erforderlicher Kosten ist der Mieter schließlich durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot hinreichend geschützt, das den Vermieter dazu verpflichtet, den Mieter von der Umlegung nicht erforderlicher Kosten freizustellen<sup>189</sup>.

Diese Erwägungen gelten allerdings nicht für die Position Centermanagement<sup>190</sup>. Denn der Begriff des Centermanagements oder "Center-Manager" ist nicht ausreichend bestimmt. Hinsichtlich dieses Begriffs fehlt es an ausreichender Transparenz; es ist nicht ersichtlich, welche Kosten hier einbezogen werden sollen oder welche Leistungen dem Inhalt nach hiervon erfasst werden sollen. Denn gerade weil der Vermieter im konkreten Fall daneben auch "Kosten für Verwaltung" und fernerhin „Raumkosten für Büro- und Verwaltungsräume“ verlangt, ist nicht ersichtlich, welche anderen Kosten unter dem Begriff „Center-Manager“ anfallen<sup>191</sup>. Der Begriff „Kosten für Center-Manager“ erlaubt keine Eingrenzung der damit inhaltlich verbundenen Einzelpositionen, da etwa auch Aufwendungen für Marktanalysen, Ermittlung von Kundenwünschen, Werbe- und PR-Maßnahmen, Dekoration, Veranstaltungen sowie sonstige Profilierungsmaßnahmen erfasst sein könnten. Dem steht nicht entgegen, dass der Mieter sich im Mietvertrag verpflichtet, einer mit ähnlicher Zielsetzung noch zu gründenden Werbegemeinschaft für das Einkaufszentrum beizutreten<sup>192</sup>. Weil der Umfang der durch den "Center-Manager" zu ergreifenden Maßnahmen weder vertraglich eingegrenzt ist noch etwa die

<sup>186</sup> BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 24 m.w.N.

<sup>187</sup> BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 25.

<sup>188</sup> vgl. BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 27 f. m.w.N.; BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 69/08, NJW-RR 2010, 739 Rz. 11; BGH v. 4.5.2011 - XII ZR 112/09, GuT 2011, 48 Rz. 11 = ZMR 2011, 788.

<sup>189</sup> BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 11; BGH v. 4.5.2011 - XII ZR 112/09, GuT 2011, 48 Rz. 19 = ZMR 2011, 788.

<sup>190</sup> BGH v. 03.08.2011 - XII ZR 205/09, ■.

<sup>191</sup> vgl. KG KGR 2004, 21, 22; s. auch BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 26.

<sup>192</sup> zur Zulässigkeit solcher Klauseln vgl. BGH v. 12.7.2006 - XII ZR 39/04, NJW 2006, 3057.



Begriffe eines allgemein „Ortsüblichen und Notwendigen“ eine hinreichend klare Eingrenzung ermöglichen, können die hierunter entstehenden Kosten auch nicht im Groben abgeschätzt werden und sind deshalb intransparent<sup>193</sup>. 41

Verstöße gegen das Transparenzgebot entsprechen nicht den Gebräuchen und Gepflogenheiten des Handelsverkehrs (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB) und führen daher auch gegenüber einem Unternehmer zur Unwirksamkeit formularmäßiger Geschäftsbedingungen. Das gilt auch dann, wenn der mit den Geschäftsbedingungen konfrontierte Unternehmer eine bedeutende Marktstellung innehat, aufgrund derer er von vornherein hätte versuchen können, andere Vertragsbedingungen auszuhandeln.

Die mehrjährige unbeanstandete Begleichung der u.a. die Position "Center-Manager" enthaltenen Betriebskostenabrechnung begründet auch keine gesonderte, außerhalb des Mietvertrages stehende Vereinbarung einer Umlageregelung<sup>194</sup>.

## 11.4 Formelle Fehler der Abrechnung

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

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.<sup>195</sup>

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.<sup>196</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.

### 11.4.1 Einvernehmliche Verkürzung der Abrechnungsperiode

Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB ist über die Vorauszahlungen für die Betriebskosten jährlich abzurechnen. Eine hiervon zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam (§ 556 Abs. 4 BGB). In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum herrscht Streit darüber, ob im Hinblick auf diese Bestimmung eine vertragliche Verlängerung der in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehenen Abrechnungsperiode von einem Jahr stets unzulässig ist.

In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum hat sich die weitaus überwiegende Auffassung durchgesetzt, wonach eine vertragliche Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode ohne Aus-

---

<sup>193</sup> vgl. BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rz. 27 f. m.w.N.; BGH v. 24.2.2010 - XII ZR 69/08, NJW-RR 2010, 739 Rz. 11; BGH v. 4.5.2011 - XII ZR 112/09, GuT 2011, 48 Rz. 11 = ZMR 2011, 788.

<sup>194</sup> vgl. BGH v. 29.5.2000 - XII ZR 35/00, NJW-RR 2000, 1463.

<sup>195</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>196</sup> BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

nahme unzulässig ist<sup>197</sup>. Dies soll auch in den Fällen gelten, in denen für eine solche Absprache sachliche Gründe bestehen<sup>198</sup> und sogar dann, wenn sich eine vertragliche Verlängerung des Abrechnungszeitraums im Einzelfall auf den Mieter nicht nachteilig auswirkt<sup>199</sup>. Diese strikte Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB wird damit begründet, dass eine Verlängerung des Abrechnungszeitraums die Gefahr in sich berge, dass Abrechnungen unübersichtlicher würden und ihre Kontrolle für den Mieter erschwert werde<sup>200</sup>. Außerdem erleide der Mieter einen möglichen Nachteil dadurch, dass eine sich aus der Abrechnung ergebende Berechtigung zur Reduzierung der Betriebskostenvorauszahlungen (§ 560 Abs. 4 BGB) nur mit entsprechender zeitlicher Verzögerung vorgenommen werden könne<sup>201</sup>.

Nach einer - teilweise vertretenen - Gegenmeinung hindert § 556 Abs. 4 BGB in bestimmten Fallgestaltungen die vertragliche Festlegung einer die Dauer von zwölf Monaten überschreitenden Abrechnungsperiode nicht. Einzelne Stimmen beschränken den zeitlichen Anwendungsbereich des § 556 Abs. 4 BGB und ähnlicher Regelungen auf den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und bejahen daher uneingeschränkt die Zulässigkeit entsprechender nachträglicher Vereinbarungen<sup>202</sup>. Andere Stimmen halten eine im Verlauf des Mietverhältnisses vereinbarte (einmalige) Verlängerung der Abrechnungsperiode jedenfalls dann für unbedenklich, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht. So hat das AG Wetzlar<sup>203</sup> bei einem Eigentumswechsel im laufenden Kalenderjahr eine vertragliche Verlängerung der Abrechnungsperiode aus sachlichen Gründen für gerechtfertigt gehalten. Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Bestimmung des § 556 Abs. 4 BGB einer vertraglichen Absprache über eine einmalige Verlängerung des bisherigen Abrechnungszeitraums jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn damit eine Umstellung auf das Kalenderjahr ermöglicht werden solle, etwa zum Zwecke der Harmonisierung des Abrechnungsjahrs mit den Abrechnungszeiträumen verschiedener Leistungsträger oder zur Vereinfachung und zur praktikableren Handhabung der Abrechnung<sup>204</sup>.

Der letztgenannten Auffassung stimmt der BGH zu<sup>205</sup>. Der von der herrschenden Meinung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum eingenommene Rechtsstandpunkt, wonach § 556 Abs. 4 BGB eine vertragliche Vereinbarung über eine Ausdehnung der gesetzlich bestimmten Abrech-

<sup>197</sup> LG Leipzig, WuM 2004, 481; LG Bremen, WuM 2006, 199; LG Gießen, DWW 2009, 189; LG Frankenthal, WuM 1991, 702 f. [zu § 4 Abs. 1 MHG]; LG Düsseldorf, ZMR 1998, 167, 168 [zu § 4 Abs. 1 MHG]; AG Siegburg, WuM 1985, 372; AG Waiblingen, WuM 1987, 323 [jeweils zu § 4 Abs. 1 MHG]; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 1806 ff.; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 5. Aufl., G Rz. 103; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 298; Blank/Börstinghaus, Mieta, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 175; MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; ders., Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3190 f.; Staudinger/Weitemeyer, Neubearb. 2011, § 556 BGB Rz. 116, 144; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Mieta, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Palandt/Weidenkaff, 70. Aufl., § 556 BGB Rz. 10; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363 f.; Herrlein/Kandelhard/Both, Mietrecht, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 70; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 84; ähnlich AG Köln, WuM 1997, 232, das allenfalls geringfügige Überschreitungen der Jahresfrist für zulässig erachtet.

<sup>198</sup> vgl. etwa MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; ders., Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3191.

<sup>199</sup> so Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806.

<sup>200</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 5. Aufl., G Rz. 103; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 298; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363.

<sup>201</sup> Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806.

<sup>202</sup> Lützenkirchen/Dickersbach, ZMR 2006, 821, 823 ff.

<sup>203</sup> AG Wetzlar, WuM 2001, 30, 31

<sup>204</sup> vgl. Lützenkirchen/Jennißen, Betriebskostenpraxis, 2002, Rz. 260 m.w.N.; Blöcker/Pistorius, Die Betriebskosten in der Wohnungswirtschaft, 4. Aufl., S. 74.

<sup>205</sup> BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, MDR 2011, 1091 = WuM 2011, 511 = GE 2011, 1153 = ZMR 2011, 941.

nungsperiode auch in den Fällen verbietet, in denen eine einzelfallbezogene Verlängerung der gesetzlich vorgegebenen Abrechnungsperiode zum Zwecke der Angleichung des bisher geltenden jährlichen Abrechnungszeitraums auf das Kalenderjahr in Frage steht, findet in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Weder die Entstehungsgeschichte der Regelungen in § 556 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 BGB noch deren Sinn und Zweck schließen eine solche vertragliche Absprache aus.

Die Bestimmung in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach Betriebskosten unter Ansatz einer jährlichen Abrechnungsperiode abzurechnen sind, ist der Vorgängerregelung des § 4 Abs. 1 Satz 2 MHG nachempfunden<sup>206</sup>. Mit der letztgenannten Vorschrift wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass auf die zu erwartenden Betriebskosten Vorauszahlungen vereinbart werden können<sup>207</sup>. Wegen damals im Zusammenhang mit der Erhöhung von Heizölkosten aufgetretener Zweifelsfragen hat er zugleich bestimmt, dass nur angemessene, also an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausgerichtete Vorauszahlungen zulässig sind und dass über die Vorauszahlungen jährlich abgerechnet werden muss<sup>208</sup>. Außerdem hat er angeordnet, dass diese Bestimmungen nicht zum Nachteil des Mieters abbedungen werden können<sup>209</sup>.

Diese Regelungen sind nun in § 556 Abs. 2 Satz 2 BGB (Angemessenheit), in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB (jährliche Abrechnungsperiode) und in § 556 Abs. 4 BGB (keine Abdingbarkeit zum Nachteil des Mieters) enthalten und sind Teil eines gesetzgeberischen Konzepts, das darauf angelegt ist, einerseits einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Mietern und Vermietern zu finden und hierdurch mehr Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen und andererseits den Mietvertragsparteien mehr Raum für eine eigenverantwortliche Vertragsgestaltung zu geben und so die partnerschaftliche Kooperation zwischen ihnen zu fördern<sup>210</sup>. Der hinter diesem Bestreben stehende Gedanke der Streitvermeidung findet in den Gesetzesmaterialien bei der - vorliegend in Frage stehenden - Verpflichtung des Vermieters, die Betriebskosten innerhalb eines Jahres abzurechnen, sogar ausdrückliche Erwähnung<sup>211</sup>.

Diesen gesetzgeberischen Zielsetzungen wird eine Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB nicht gerecht, die eine einzelfallbezogene Verständigung der Mietvertragsparteien über eine Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode auch dann ausschließen soll, wenn mit einer solchen Verlängerung den Interessen beider Mietvertragsparteien gedient ist, weil mit ihr eine Umstellung des Abrechnungszeitraums auf eine andere jährliche Abrechnungsperiode - etwa auf das Kalenderjahr - bezweckt wird. Der mit § 556 Abs. 4 BGB verfolgte Schutzzweck wird in solchen Ausnahmefällen ausreichend gewahrt. Denn die mit einer solchen Verlängerung des Abrechnungszeitraums dem Mieter möglicherweise entstehenden Nachteile werden durch entsprechende Vorteile hinreichend kompensiert<sup>212</sup>.

---

<sup>206</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

<sup>207</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

<sup>208</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

<sup>209</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12; § 10 Abs. 1 MHG.

<sup>210</sup> vgl. hierzu BT-Drucks. 14/4553, S. 1, 34.

<sup>211</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 2.

<sup>212</sup> vgl. zu diesem Gesichtspunkt allgemein *Lehmann-Richter*, WuM 2010, 3, 5 ff.

Die Gefahr, dass der Mieter bei der verlängerten Abrechnungsperiode möglicherweise 44

einen erhöhten Überprüfungsaufwand hat, wird dadurch ausgeglichen, dass zukünftig ein Abrechnungsturnus gilt, der die Erstellung der Abrechnungen vereinfacht und damit auch die Nachvollziehbarkeit für den Mieter erhöht. Der Umstand, dass im Falle eines sich aus der Abrechnung möglicherweise ergebenden Guthabens dessen Auszahlung verzögert wird, begründet ebenfalls keinen signifikanten Nachteil für den Mieter. Der Mieter sähe sich bei einer zum Zwecke der Umstellung auf einen neuen (jährlichen) Abrechnungsturnus vereinbarten Verlängerung der bisherigen Abrechnungsperiode nur einmal der Gefahr einer verspäteten Auszahlung eines etwaigen Guthabens ausgesetzt. Zudem steht bei Abschluss einer solchen Vereinbarung ohnehin nicht fest, dass sich diese Gefahr verwirklicht, denn aus der Abrechnung kann sich genauso gut eine Nachforderung des Vermieters ergeben, die - sofern sie aus der ursprünglichen Abrechnungsperiode resultieren sollte - im Hinblick auf die Verlängerung des Abrechnungszeitraums, für den Mieter vorteilhaft, später als bisher fällig würde. Nur soweit sich die Nachforderung aus dem verlängerten Teil der Abrechnungsperiode ergeben sollte, würde sie früher als bei Beibehaltung des bisherigen Abrechnungsturnus fällig. Diese Auswirkung wird aber in Instanzrechtsprechung und Schrifttum allgemein nicht als bedeutsam eingestuft; während eine Verlängerung des Abrechnungszeitraums generell für unzulässig gehalten wird, wird eine Verkürzung des Abrechnungszeitraums (und damit eine frühere Fälligkeit möglicher Nachforderungen) - jedenfalls beim Vorliegen von sachlichen Gründen - überwiegend nicht als unwirksam angesehen<sup>213</sup>.

#### 11.4.2 Abrechnung bei Doppelhaushälfte

Auf die Abrechnung der vom Vermieter für ein Einfamilienhaus (Doppelhaushälfte) verauslagten Nebenkosten können die vom BGH für die Abrechnung einer in einem Mehrfamilienhaus gelegenen Wohnung entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres übertragen werden. Denn für eine Doppelhaushälfte werden Kosten wie beispielsweise die Grundsteuer in der Regel bereits von der Gemeinde gesondert ausgewiesen, so dass es eine leere Förmerei wäre, vom Vermieter zu verlangen, zunächst die Kosten der beiden Doppelhaushälften zu addieren, um die so ermittelten „Gesamtkosten“ dann wiederum auf die beiden Doppelhaushälften „umzulegen“.<sup>214</sup> Vielmehr genügt der Vermieter in einem derartigen Fall seiner Abrechnungspflicht, wenn er die ihm für die Doppelhaushälfte gesondert in Rechnung gestellte Grundsteuer an den Mieter „weiterleitet“, denn in einem solchen Fall ist eine Abrechnung - im üblichen Sinne der Verteilung der Gesamtkosten auf die einzelnen Mieter nach einem bestimmten Umlageschlüssel - nicht vorzunehmen.<sup>215</sup> Das gleiche gilt für die Kosten der Wasserversorgung und der Entwässerung, die vom städtischen Versorger anhand des in der gemieteten Doppelhaushälfte abgelesenen Verbrauchs ermittelt worden sind, sowie hinsichtlich der separat für die Doppelhaushälften angefallenen Kosten der Schornsteinreinigung. Allein die Kosten der Sachversicherung sind den Beklagten vom Versicherungsunternehmen für das „Zweifamilienhaus“ in Rechnung gestellt worden. Insoweit haben die Beklagten die Kosten gleichmäßig auf beide Doppelhaushälften verteilt, wie sich aus der Angabe „0,5 Haus“ in den Abrechnungen ergibt. Dass die Be-

---

<sup>213</sup> vgl. LG Berlin, GE 2005, 433; AG Waiblingen, WuM 1987, 323 [zu § 4 Abs. 1 MHG]; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1812; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 299; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 5. Aufl., G Rz. 104; MünchKommBGB/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 84; noch weitergehend Staudinger/Weitemeyer, Neubearb. 2011, § 556 BGB Rz. 116; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363 f.; a.A. Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 175.

<sup>214</sup> BGH v. 15.3.2011 – VIII ZR 243/10, WuM 2011, 281 = GE 2011, 683.

<sup>215</sup> vgl. hierzu BGH v. 16.4.2008 - VIII ZR 75/07, NJW 2008, 2105 Rz. 20.

klagen in der hier vorliegenden „Doppelhaussituation“ nur den auf die Doppelhaushälfte des Klägers entfallenden Versicherungsbetrag beziffert angegeben haben, nicht aber zusätzlich den Gesamtbetrag, der sich offensichtlich auf das Doppelte dieses Betrages beläuft, führt nicht dazu, dass die Abrechnung aus formellen Gründen unwirksam wäre.

## 11.5 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels

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

### 11.5.1 Undefinierbarer Umlageschlüssel

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß, 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 aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen.<sup>216</sup> Dabei ist eine Erläuterung des angewandten Verteilungsmaßstabs nur dann geboten, wenn dies zum Verständnis der Abrechnung erforderlich ist.<sup>217</sup>

Diesen - an sich geringen - Anforderungen an die Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Nebenkostenabrechnung wird ein Abrechnungsschreiben nicht gerecht, dem sich der ihr zugrunde gelegte Verteilerschlüssel nicht hinreichend entnehmen lässt.<sup>218</sup> Die Abrechnung enthält zwar Angaben zu den auf die einzelnen Betriebskostenarten entfallenden Gesamtkosten und weist neben den geleisteten Vorauszahlungen auch den jeweils auf die Beklagten entfallenden Kostenanteil aus. Dagegen bezeichnet die Abrechnung den oder die verwendeten Umlageschlüssel nicht näher, sondern verwendet lediglich die nicht aussagekräftige Rubriküberschrift „Abrechnungsart“. Aus dieser Bezeichnung wird nicht deutlich, ob eine Umlage nach Verbrauch, Personenbelegung, Anzahl der Wohnungen, Wohnfläche, Nutzfläche, Grundstücksfläche oder sonstigen Flächen vorgenommen wurde. Auch aus den in dieser Rubrik zu den jeweiligen Kostenpositionen aufgeführten Daten erschließt sich für einen durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieter<sup>219</sup> bei der überwiegenden Anzahl der Betriebskostenpositionen nicht, welche Flächenmaße verwendet worden sind. Die Abrechnung enthält neben den - durch die beige-fügte Abrechnung der Brunata Metrona vom 20. Oktober 2006 erfassten - Heizkosten insgesamt vierzehn Kostenpositionen. Dabei werden bei zehn Positionen verschiedene in Quadratmetern ausgewiesene Flächen in ein

<sup>216</sup> st. Rspr.; BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 Rz. 10; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258 Rz. 15; jeweils m.w.N.

<sup>217</sup> BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78.

<sup>218</sup> BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401.

<sup>219</sup> vgl. hierzu etwa BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NJW 2005, 3135 unter II 2 m.w.N.

Verhältnis zueinander gesetzt. Um welche Flächen es sich hierbei handelt, erschließt sich überwiegend nicht. Zwar liegt nahe, dass es sich bei der in neun Fällen als Anteil des Mieters angesetzten Fläche von 120 qm um die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche handelt. Die bei der Position „Regenwasser“ angesetzte Fläche von 139,81 qm entzieht sich allerdings jeder näheren Einordnung. Vollständig im Dunkeln bleibt aber, welche Gesamtflächen zu den 120 qm (bzw. in einem Fall zu den 139,81 qm) in Bezug gesetzt wurden. Es werden sieben verschiedene Flächenmaße zugrunde gelegt, die von 1069 qm bis 2240 qm reichen. Die Unterschiede lassen sich in den angesetzten Gesamtflächen nicht dadurch erklären, dass mehrere Gebäude in wechselnder Zusammensetzung zu einer Abrechnungseinheit zusammengefasst werden.<sup>220</sup> Vorliegend betrifft die Abrechnung ein einzelnes Objekt. Zu den beschriebenen Unklarheiten kommt hinzu, dass bei den Kostenpositionen „Aufzug“ und „Hauswart“ eine weitere, nicht nachvollziehbare Größe Verwendung findet, da hierbei von der angegebenen Fläche (nur) ein bestimmter Vomhundertsatz (70 % bzw. 50 %) Berücksichtigung finden soll. Schon wegen dieser Mängel ist die erteilte Abrechnung hinsichtlich der genannten zehn Kostenpositionen wegen fehlender Nachvollziehbarkeit unwirksam. Dahin gestellt bleiben kann auch, ob der Verteilerschlüssel bei den weiteren nach Verbrauch („m<sup>3</sup>“) abgerechneten Kostenpositionen „Wasser“ und „Kanalgebühren“ sowie bei der nach „Einheiten“ umgelegten „Grundsteuer“ nachvollziehbar angegeben ist. Denn selbst wenn diese drei Positionen - ebenso wie die weitere nach „Wohneinheiten“ umgelegte Kostenposition „Haftpflichtversicherung“ - den formellen Anforderungen an eine Abrechnung genügen, bliebe dies im Streitfall ohne Auswirkungen. Erstreckt sich ein formeller Fehler nicht auf alle Abrechnungspositionen, verbleibt einem Vermieter eine sich aus der Abrechnung ergebende Nebenkostennachforderung zwar insoweit, als unwirksame Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können und die Nachforderung auch ohne Berücksichtigung dieser Einzelpositionen gerechtfertigt ist.<sup>221</sup> Ausgehend von diesen Grundsätzen ergäbe sich aber selbst dann keine Nachforderung der Klägerin, wenn man die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung bei den vier zuletzt genannten Einzelpositionen und den Heizkosten bejahte und (nur) die von formellen Mängeln betroffenen, weiteren zehn Kostenpositionen aus der Abrechnung herausrechnete.

### 11.5.2 Personenschlüssel mit Bruchzahlen

Der Vermieter klagt die Nachforderungen von 4 inhaltlich gleich strukturierten Abrechnungen ein. In der Abrechnung heißt es für den Abrechnungszeitraum 2003 zu der Position Kaltwasser:

Gesamtbetrag „1.753,15“ : Gesamteinheiten „20,39 Personen“ = Betrag/Einheit „85,980873“ x Ihre Einheiten „2,00“ = Ihre Kosten „171,96“.

Dazu führt der BGH<sup>222</sup> aus:

Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung nach der Rechtsprechung des Senats, 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 aufzunehmen: Eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und - soweit zum

<sup>220</sup> Vgl. dazu BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rz. 14.

<sup>221</sup> vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 Rz. 11, BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 Rz. 14.

<sup>222</sup> BGH v. 15.9.2010 - VIII ZR 181/09, WuM 2010, 683 = NZM 2010, 859 = ZMR 2011, 108.

Verständnis erforderlich - die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters.<sup>223</sup> Diesen Anforderungen werden die Abrechnungen gerecht.

Die Abrechnung nach Personen ermöglicht es dem Mieter, gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist.<sup>224</sup> Der in den Abrechnungen unter der Rubrik „Gesamteinheiten“ aufgeführte Umlagemaßstab „Personen“ ist als Verteilerschlüssel allgemein verständlich. Für den Mieter ist ohne weitere Erläuterungen ersichtlich, dass sich bei diesem Umlageschlüssel sein Anteil an den Betriebskosten nach dem Verhältnis der in seiner Wohnung lebenden Personen zu den in der Abrechnungseinheit insgesamt wohnenden Personen bestimmt.

In den vorliegenden Abrechnungen sind jeweils die Gesamtpersonenzahl sowie die für die Wohnung der Beklagten zugrunde gelegte Personenzahl angegeben. Anhand dieser Angaben konnten die Mieter gedanklich und rechnerisch nachvollziehen, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wird die Nachvollziehbarkeit einer solchen Abrechnung nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich aus ihr nicht ergibt, wie der Vermieter die - hier mit einem Bruchteil angegebene - Gesamtpersonenzahl im Einzelnen ermittelt hat. Bei der Ermittlung der Personenzahl muss der Vermieter einen weiteren Schritt oder eine gewisse „Gewichtung“ vornehmen, weil die Zahl der in einem Mietobjekt wohnenden Personen nur entweder „taggenau“ oder zu einzelnen (gröberen) Stichtagen ermittelt werden kann. Der Angabe derartiger Details bedarf es auf der formellen Ebene nicht. Ohnehin könnte der Mieter die Ermittlung der Gesamtpersonenzahl nur dann im Einzelnen nachvollziehen, wenn ihm überdies eine Belegungsliste für das Mietobjekt im Abrechnungsjahr zur Verfügung gestellt würde; damit würde die Betriebskostenabrechnung aber überfrachtet. Wie der Vermieter die Gesamtpersonenzahl errechnet hat, ist - nicht anders als etwa die Zusammensetzung der in der Betriebskostenabrechnung angesetzten Gesamtwohnfläche bei der Umlage von Betriebskosten nach der Wohnfläche - eine Frage der inhaltlichen Richtigkeit, die der Mieter anhand einer Einsicht in die Berechnungsunterlagen (Belegungsliste) im Einzelnen überprüfen kann.

### 11.5.3 Umfang der Erläuterung

Zusätzliche Erläuterungen sind dort erforderlich, wo der Mieter über die entsprechenden Kenntnisse nicht verfügt.<sup>225</sup> Die Kenntnisse des Mieters müssen nicht unbedingt aus einer (früheren) Abrechnung stammen. Sie können sich auch aus einem gerichtlichen Schriftsatz ergeben, in dem der Vermieter den in der eingeklagten Abrechnung angewendeten Verteilerschlüssel erläutert.<sup>226</sup>

Die gleiche Rechtsfolge führen Erläuterungen herbei, die der Vermieter dem Mieter außerhalb der Abrechnung mitgeteilt hat, z.B. im Mietvertrag, anlässlich einer vorangegangenen Abrechnung oder

---

<sup>223</sup> BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26 Rz. 10; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258 Rz. 15.

<sup>224</sup> vgl. BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21 f.

<sup>225</sup> BGH v. 23.11.1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573.

<sup>226</sup> BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78.

auf eine Nachfrage des Mieters hin mitgeteilt hat; dies muss lediglich vor Ablauf der Abrechnungsfrist geschehen.<sup>227</sup> 48

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

## **11.6 zulässige Korrektur nach Ablauf der Abrechnungsfrist**

Grundsätzlich kann der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung nach Ablauf der Frist aus § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht mehr zum Nachteil des Mieters korrigieren. Das gilt namentlich auch dann, wenn das Ergebnis der erteilten Abrechnung ein Guthaben des Mieters ist<sup>228</sup>. Die Abrechnungsfrist aus § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und der durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf dienen der Abrechnungssicherheit für den Mieter und sollen Streit vermeiden. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Vermieter einen Abrechnungsfehler nach Ablauf der Abrechnungsfrist noch zum Nachteil des Mieters korrigieren könnte.

Insoweit kommt es nicht darauf an, worauf der Fehler der Abrechnung beruht. Vielmehr ist eine nachträgliche Korrektur der Abrechnung grundsätzlich auch dann ausgeschlossen, wenn der Vermieter zugunsten des Mieters irrtümlich höhere als die tatsächlich erbrachten Vorauszahlungen angesetzt und deshalb zu Unrecht ein Guthaben des Mieters oder eine zu geringe Nachforderung errechnet hat<sup>229</sup>.

Dass es sich bei den Nebenkostenvorauszahlungen um einen Teil der Miete handelt, rechtfertigt keine andere Wertung. Denn der Vermieter kann Nebenkosten als Vorauszahlungen nur solange geltend machen, als eine Abrechnung noch nicht erteilt und die Abrechnungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Nach dem Eintritt der Abrechnungsreife kann er nur noch die sich aus der Abrechnung ergebenden Beträge verlangen<sup>230</sup>.

Allerdings kann dem Umstand Bedeutung beizumessen sein, dass der dem Vermieter unterlaufene Fehler für den Mieter auf den ersten Blick erkennbar ist<sup>231</sup>. Im Hinblick auf die Vorauszahlungen ist das der Fall, wenn zwischen den vom Mieter geleisteten Vorauszahlungen (hier: 1.895,75 €) und den zu seinen Gunsten berücksichtigten, in der Abrechnung handschriftlich als „Sollvorschüsse“ bezeichneten Vorauszahlungen (hier: 2.640,96 €) eine erhebliche Differenz besteht. Dies gilt umso mehr, wenn die Parteien zuvor gerade über die Erhöhung der Vorauszahlungen auf die vom Vermieter in die Abrechnung eingestellten "Sollvorschüsse" einen Rechtsstreit geführt haben, weil der Mieter die Erhöhung nicht akzeptiert und dem entsprechend für einen Teil der Abrechnungsperiode Vorschusszahlungen nur in der ursprünglichen Höhe geleistet hatte. Unter diesen Umständen ist es dem Mieter nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, den Vermieter an seinem für den Mieter offensichtlichen und kurz nach Ablauf der Abrechnungsfrist korrigierten Versehen festzuhalten.

---

<sup>227</sup> BGH v. 11.8.2010 – VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261 = NZM 2010, 784 = ZMR 2011, 26.

<sup>228</sup> BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 190/06, WuM 2008, 150 Rz. 12.

<sup>229</sup> BGH v. 30.3.2011 – VIII ZR 133/10, GE 2011, 814 = ZMR 2011, 710.

<sup>230</sup> BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NZM 2010, 736 Rz. 22 m.w.N.



Zur Klarstellung: Die Ausschlusswirkung des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB erfasst auch den bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch des Vermieters wegen eines irrtümlich errechneten Guthabens<sup>232</sup>. 49

## 11.7 Gebot der Wirtschaftlichkeit

### 11.7.1 Darlegungs- und Beweislast

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bezeichnet die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der - nach entsprechender Vereinbarung - vom Mieter zu tragenden Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen. Eine Verletzung dieser Pflicht durch den Vermieter kann zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters führen, der sich auf dessen Freihaltung von den unnötigen Kosten richtet<sup>233</sup>.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur ist umstritten, wer im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot die Darlegungs- und Beweislast trägt. Eine verbreitete Meinung weist dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast dafür zu, dass er das Wirtschaftlichkeitsgebot beachtet habe<sup>234</sup>. Soweit eine Begründung hierfür gegeben wird, stellt diese Auffassung darauf ab, dass die Kostenumlage von vornherein hinsichtlich Art und Höhe auf solche Aufwendungen begrenzt sei, die dem Gebot einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung genügen<sup>235</sup>.

Die Gegenansicht stellt darauf ab, dass der Mieter mit der Behauptung, der Vermieter habe seine Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots verletzt, einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB geltend mache; deshalb treffe nach dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei die ihr günstigen Tatsachen im Prozess vorzutragen habe, den Mieter die Darlegungs- und Beweislast<sup>236</sup>.

Der BGH hat die Frage, wen im Prozess die Darlegungs- und Beweislast für eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit trifft, bisher offen lassen können<sup>237</sup>, jedoch bereits entschieden, dass es sich bei der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots um eine vertragliche Nebenpflicht des Vermieters handelt<sup>238</sup>. Aus dieser Einordnung folgt nach allgemeinen Grundsätzen, dass der Mieter, der wegen einer solchen Pflichtverletzung Ansprüche erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für ein pflichtwidriges Verhalten des Vermieters trägt<sup>239</sup>.

---

<sup>231</sup> BGH v. 30.3.2011 – VIII ZR 133/10, GE 2011, 814 = WuM 2011, 370 = NZM 2011, 478.

<sup>232</sup> BGH v. 3.5.2011 – VIII ZR 139/10, GE 2011, 1013.

<sup>233</sup> BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14.

<sup>234</sup> AG Hannover, WuM 2011, 30; AG Leipzig, WuM 2006, 568 f.; WuM 2003, 452; AG Düren, WuM 2003, 153; AG Frankfurt am Main, WuM 2002, 376 f.; AG Mitte, ZMR 2002, 761 f.; LG Hamburg, NZM 2001, 806; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 556 Rz. 84; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 556 Rz. 14; MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 116; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 119; Schmid, ZMR 2007, 177 ff.

<sup>235</sup> Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 119; Schmid, ZMR 2007, 177 ff.

<sup>236</sup> LG Berlin, GE 2005, 1129; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 126; Wall in Eisenschmid/Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Vor §§ 556, 556a und 560 BGB Rz. 1448 ff.; Streyll, NZM 2008, 23; Ludley, NZM 2011, 417, 419; wohl auch Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 359 a; differenzierend Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2011, § 566 BGB Rz. 96

<sup>237</sup> BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 78/06, NJW-RR 2007, 1242 Rz. 13,

<sup>238</sup> BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14.

<sup>239</sup> BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NZM 2011, 705.

Es entspricht einer verbreiteten Meinung, dass die Darlegungslast des Mieters für einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot durch die von der Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast entwickelten Grundsätze einzuschränken sei, weil allein der Vermieter die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit seines Kostenansatzes notwendigen Kenntnisse und Informationen besitze<sup>240</sup>.

Dem stimmt der BGH<sup>241</sup> jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast finden nur Anwendung, wenn der an sich Darlegungsbelastete außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, der Gegner aber alle erheblichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zumutbar sind<sup>242</sup>. So verhält es sich bei der Überprüfung einer Betriebskostenabrechnung regelmäßig nicht. Bei der Frage, ob der Vermieter bei finanziellen Dispositionen, die Auswirkungen auf die Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht genommen hat, geht es regelmäßig nicht um interne, für den Mieter nicht ersichtliche Kostenkalkulationen des Vermieters, sondern um objektive Gegebenheiten, wie etwa durch Bescheid festgesetzte öffentlich-rechtliche Gebühren und Abgaben oder die ortsübliche Entlohnung eines Hauswirts oder die Beschaffung von Brennstoff für die Heizungsanlage zu marktüblichen Preisen. Der Mieter hat das Recht, die für die Betriebskostenabrechnung des Vermieters maßgebenden Belege einzusehen<sup>243</sup>. Erscheinen dem Mieter nach Belegeinsicht einzelne Abrechnungspositionen als zu hoch, ist es ihm unbenommen, diese Positionen im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit einer weiteren Prüfung zu unterziehen. Dies ist dem Mieter auch möglich und zumutbar.

## 11.8 Einsicht in die Abrechnungsunterlagen

### 11.8.1 bei Wohnungseigentum

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>244</sup>.

## 11.9 Einwendungsausschlussfrist

### 11.9.1 Beginn der Einwendungsfrist

Die Frage, ob die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB unabhängig davon mit dem Zugang einer Nebenkostenabrechnung zu laufen beginnt, ob die Abrechnung den an ihre Wirksamkeit zu stellenden formellen Mindestanforderungen genügt, ist umstritten. Einige Stimmen im Schrifttum lassen für den Lauf der Einwendungsfrist und damit auch für das Eingreifen des in § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB geregelten Einwendungsausschlusses bereits den Zugang einer formell nicht ordnungsgemä-

---

<sup>240</sup> so z.B. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 126; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 359 a; Streyll, NZM 2008, 23.

<sup>241</sup> BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NZM 2011, 705.

<sup>242</sup> BGH v. 17.2.2004 - X ZR 108/02, NJW-RR 2004, 989 unter II 2 b bb; BGH v. 17.1.2008 - III ZR 239/06, NJW 2008, 982 Rz. 16.

<sup>243</sup> BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 21 ff.

<sup>244</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

ßen Abrechnung genügen.<sup>245</sup> Dabei wird zur Begründung auf die in den Gesetzesmaterialien angesprochene Zielsetzung verwiesen, nach Ablauf einer bestimmten Zeit Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche zu schaffen und durch einen Einwendungsausschluss umfangreiche Beweisaufnahmen über länger zurückliegende Abrechnungen zu vermeiden. Nach anderer Auffassung soll die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nur durch den Zugang einer formell ordnungsgemäßen und damit wirksamen Abrechnung in Lauf gesetzt werden.<sup>246</sup> Zur Begründung wird überwiegend angeführt, ein Einwendungsausschluss führe in diesen Fällen zu widersprüchlichen Ergebnissen, weil dann ein Vermieter trotz mangelnder Fälligkeit der Nebenkostenachforderung den Mieter infolge Fristablaufs auf Zahlung in Anspruch nehmen könne,<sup>247</sup> der Mieter aber umgekehrt einen - wegen der Unwirksamkeit der formell fehlerhaften Abrechnung bislang nicht erfüllten - Abrechnungsanspruch geltend machen könne.<sup>248</sup>

Der BGH beantwortet die Rechtsfrage dahin, dass der Zugang einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nicht in Lauf setzt.<sup>249</sup> Dies hat zur Folge, dass in den Fällen, in denen die Abrechnung hinsichtlich aller darin aufgeführten Kostenpositionen nicht den formellen Mindestanforderungen genügt, der Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB insgesamt nicht greift. Sind dagegen nur einzelne, abtrennbare Kostenpositionen formell nicht ordnungsgemäß abgerechnet worden, greift der Einwendungsausschluss nur hinsichtlich dieser Positionen nicht.

Dass ein Mieter mit Einwendungen gegen unwirksam abgerechnete Betriebskosten nicht nach § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB ausgeschlossen ist, ergibt sich bereits aus dem Zusammenspiel der einzelnen Regelungen in § 556 Abs. 3 BGB und der mit ihnen verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzung. Der Gesetzgeber hat dem Vermieter in § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB die Verpflichtung auferlegt, binnen einer Frist von zwölf Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums eine Abrechnung zu übermitteln. Um den Vermieter zur Erfüllung dieser Pflicht anzuhalten, hat der Gesetzgeber eine verspätete Abrechnung mit dem Ausschluss von Nebenkostennachforderungen sanktioniert (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB). Spiegelbildlich zu dieser Pflicht ist im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf den vom Rechtsausschuss des Bundestages aufgegriffenen Vorschlag des Bundesrates eine Ausschlussfrist für Einwendungen des Mieters gegen die ihm zugegangene Abrechnung eingeführt worden (§ 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB). Der Bundesrat hielt die Aufnahme eines solchen Einwendungsausschlusses zur Vermeidung von aufwendigen und letztlich unergiebigem Beweisaufnahmen über lange zurückliegende Nebenkostenabrechnungen und aus Zumutbarkeitserwägungen für geboten.<sup>250</sup> Es sei dem Mieter zuzumuten, eine Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist zu prüfen und Beanstandungen zu erheben. Der Rechtsausschuss des Bundestages befürwortete die Einführung einer Ausschlussfrist für Einwendungen im Interesse der Ausgewogenheit und aus Gründen der Rechtssi-

<sup>245</sup> vgl. etwa MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 91; Staudinger/Weitemeyer, , Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 128, 129; Streyll, WuM 2005, 505, 506.

<sup>246</sup> vgl. etwa Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 499; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 156; Lützenkirchen, NZM 2002, 512; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 460; ders., ZMR 2001, 937, 939; Bamberger/Roth/Ehlert, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 29; Palandt/Weidenkaff, , 69. Aufl., § 556 BGB Rz. 13; vgl. auch LG Berlin, v. 15.2.2008 - 63 S 263/07, juris; LG Berlin v. 21.7.2009, GE 2009, 1127.

<sup>247</sup> vgl. Lützenkirchen, NZM 2001, 512 f.

<sup>248</sup> vgl. etwa Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 499; LG Berlin, GE 2009, 1127.

<sup>249</sup> BGH v. 8.12.2010 – VIII ZR 27/10, WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401; BGH v. v. 15.3.2011 – VIII ZR 243/10, WuM 2011, 281 = GE 2011, 683 NZM 2011, 581.

<sup>250</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 87.

cherheit.<sup>251</sup> Hier-durch werde gewährleistet, dass absehbare Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche bestehe. 52

Maßgebend für die Einführung einer Ausschlussfrist für die Erhebung von Einwendungen war damit nicht allein der Beschleunigungsgedanke, viel-mehr sollte ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen von Vermietern und Mietern gefunden werden. Beiden Seiten sollte jeweils eine Frist von zwölf Monaten zur Erstellung beziehungsweise zur Prüfung einer Abrechnung zur Verfügung stehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die jeweiligen Rechte und Pflichten bei der Nebenkostenabrechnung zeitlich gestaffelt sind. Ausgangspunkt des Regelungssystems in § 556 Abs. 3 Satz 2 bis 6 BGB ist die Erteilung einer den formellen Anforderungen genügenden Abrechnung. Nach allgemeiner Meinung wird - auch wenn dies im Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht hinreichend zum Ausdruck kommt - die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nur durch den Zugang einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung gewahrt.<sup>252</sup> Mit einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung genügt der Vermieter seiner Abrechnungspflicht nicht; vielmehr kann der Mieter in diesem Fall eine erneute Abrechnung verlangen.<sup>253</sup> Solange nur eine formell fehlerhafte Abrechnung vorliegt, fehlt es an einer ausreichenden Beurteilungsgrundlage für eine zuverlässige inhaltliche Überprüfung der in ihr angestellten Berechnungen. Damit ist der Mieter regelmäßig daran gehindert, die Richtigkeit einer solchen Abrechnung innerhalb der zwölfmonatigen Einwendungsfrist hinreichend zu prüfen. Würde also die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB bereits mit dem Zugang einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung in Gang gesetzt, würde letztlich die Ausgewogenheit der beiderseitigen fristgebundenen Pflichten in Frage gestellt: Obwohl der Vermieter seine Abrechnungspflicht noch nicht erfüllt hätte, würden die der Abrechnung anhaftenden Mängel nach Ablauf der Einwendungsfrist „geheilt“. Dies würde zu einer unangemessenen Verlagerung der den Vermieter treffenden Pflichten auf den Mieter führen.

Diese Überlegungen werden nicht durch die weitere Zielsetzung des Gesetzgebers in Frage gestellt, eine möglichst rasche Abwicklung von Abrechnungsprozessen zu gewährleisten. Dem Gesetzgeber war offenkundig nicht daran gelegen, dem Mieter auch dann Einwendungen abzuschneiden, wenn dieser über keine ausreichende Prüfungsgrundlage verfügt. Er wollte lediglich im Interesse der Rechtssicherheit sicherstellen, dass in absehbarer Zeit Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche geschaffen wird. Dieses Ziel wird aber im Falle einer mit formellen Mängeln behafteten und damit unwirksamen Abrechnung schon dadurch erreicht, dass die darin ausgewiesene Nachforderung des Vermieters nicht fällig wird und nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB auch nicht mehr nachträglich fällig gestellt werden kann.<sup>254</sup>

### 11.9.2 Geltung bei vereinbarter Pauschale

Der Einwendungsausschluss nach § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB setzt nicht voraus, dass im Mietvertrag Vorauszahlungen auf Betriebskosten mit entsprechender Abrechnungspflicht überhaupt vereinbart sind. Dies hat der BGH für den Fall der Inklusivmiete bereits entschieden.<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> BT-Drucks. 14/5663, S. 79.

<sup>252</sup> vgl. etwa BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 unter II 1 a m.w.N.; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 = WuM 2007, 196.

<sup>253</sup> vgl. etwa BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 Rz. 13 i.V.m. Rz. 8 m.w.N.

<sup>254</sup> vgl. etwa BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 = WuM 2007, 196 Rz. 12 m.w.N.

<sup>255</sup> BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NZM 2008, 81 Rz. 24 f.

Für den Fall, dass der Mietvertrag für bestimmte Betriebskosten eine Pauschale vorsieht, **53**

gilt nichts anderes.<sup>256</sup> Die aufeinander abgestimmten Ausschlussfristen für die Abrechnung des Vermieters (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB) und die Einwendungen des Mieters (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) verfolgen den Zweck, dass innerhalb einer absehbaren Zeit nach Ablauf des Abrechnungszeitraums eine Abrechnung erteilt und Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche erzielt wird.<sup>257</sup> Die damit beabsichtigte Befriedungsfunktion wäre nicht gewährleistet, wenn nach Ablauf der Frist noch Streitigkeiten darüber möglich wären, ob bestimmte Betriebskosten mit Rücksicht auf eine insoweit vereinbarte Pauschale zu Unrecht angesetzt worden sind. Dass der Mietvertrag hier nur bezüglich Warmwasser und Heizung eine Abrechnung vorsah, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Die Abrechnung als solche ist nicht formell unwirksam, wenn nur eine Pauschale vereinbart wurde<sup>258</sup>. Das Gleiche gilt wegen der angesetzten Vorauszahlungen, die eigentlich als Pauschale gezahlt wurden<sup>259</sup>.

### 11.10 Schuldanerkenntnis durch Ausgleich des Saldos?

Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes entsprach es der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass in der vorbehaltlosen Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter sowie in der vorbehaltlosen Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens seitens des Vermieters ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Saldo verbindlich werden lasse und Rückforderungen des Mieters wie auch des Vermieters ausschließe.<sup>260</sup> Hieraus wurde überwiegend gefolgert, dass jede Partei mit nachträglichen Einwendungen ausgeschlossen sei, die bereits bei Rechnungslegung hätten geltend gemacht werden können, was wiederum voraussetze, dass die Partei die Einwendungen gekannt oder zumindest mit ihnen gerechnet habe.<sup>261</sup>

Ein Teil der Literatur hält an dieser Auffassung auch nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fest,<sup>262</sup> während ein anderer Teil die Ansicht vertritt, diese Auffassung lasse sich insbesondere wegen der dem Mieter nunmehr zustehenden Einwendungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB und der in § 556 Abs. 4 BGB enthaltenen Bestimmung, wonach eine abweichende Regelung zum Nachteil des Mieters unwirksam ist, nicht mehr aufrechterhalten.<sup>263</sup>

Der BGH<sup>264</sup> räumt den Vorzug der Auffassung ein, wonach jedenfalls seit der gesetzlichen Einführung der ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen gemäß § 556 Abs. 3 Satz 2, 3

---

<sup>256</sup> BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 148/10, WuM 2011, 158 = GE 2011, 329 = ZMR 2011, 373.

<sup>257</sup> BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NZM 2008, 81 Rz. 25.

<sup>258</sup> BGH v. VIII ZR 240/10, ZMR 2011, 785.

<sup>259</sup> BGH v. VIII ZR 240/10, ZMR 2011, 785.

<sup>260</sup> Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 133; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 402 ff.; jeweils m.w.N.; vgl. zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen innerhalb der genannten Auffassung: *Milger*, NZM 2009, 497, 498 f. m.w.N.

<sup>261</sup> Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 133m.w.N.

<sup>262</sup> vgl. Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 134; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 408 ff.; Palandt/*Weidenkaff*, 70. Aufl., § 556 BGB Rz. 13; Erman/*Jendrek*, 12. Aufl., § 556 BGB Rz. 14.

<sup>263</sup> vgl. MünchKomm/*Schmid*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 102 f.; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 31; *Schmid* in Prütting/*Wegen/Weinreich*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 53; jeweils m.w.N.; *Sternel*, ZMR 2001, 937, 940; im Grundsatz ebenso *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 159; *Bamberger/Roth/Ehlert*, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 71.

<sup>264</sup> BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, WuM 2011, 108 = GE 2011, 331 = ZMR 2011, 375.

und Satz 5, 6 BGB kein Raum mehr für die Annahme ist, in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung allein oder in der bloßen vorbehaltlosen Auszahlung oder Gutschrift eines aus einer Betriebskostenabrechnung folgenden Guthabens sei ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen. Die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und der durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf dienen der Abrechnungssicherheit und sollen Streit vermeiden.<sup>265</sup> 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.<sup>266</sup> 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 Satz 5 BGB) und der durch § 556 Abs. 3 Satz 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.<sup>267</sup> Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass die Mietvertragsparteien nach überschaubarer Zeit Klarheit über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum erlangen. 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 Umstand, dass die in § 556 Abs. 3 BGB vorgesehenen Fristen für die Mitteilung der Betriebskostenabrechnung und der gegen letztere gerichteten Einwendungen im Einzelfall zu einem längeren Schwebezustand bis zur Klarheit über die Verpflichtungen der Mietvertragsparteien aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum führen können als bei der Annahme eines bereits in der vorbehaltlosen Zahlung oder Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, ändert hieran nichts. Denn der Gesetzgeber hat die genannten Fristen so kurz bemessen, dass sich der insoweit mögliche Schwebezustand auf einen überschaubaren und daher für beide Mietvertragsparteien zumutbaren Zeitraum beschränkt.

## 11.11 Vorauszahlungen

### 11.11.1 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>268</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 verein-

---

<sup>265</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

<sup>266</sup> BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219; BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903 Rz. 13; BGH v. 5.7.2006 - VIII ZR 220/05, NJW 2006, 3350 Rz. 17; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 190/06, NJW 2008, 1150 Rz. 13.

<sup>267</sup> vgl. BT-Drucks. 14/5663, S. 79; vgl. auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl. § 556 BGB Rz. 409.

<sup>268</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

bart werden können<sup>269</sup>. In der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift wird auf die Vorläuferbestimmung in § 4 Abs. 1 MHG Bezug genommen<sup>270</sup>. Daraus ergibt sich, dass sich die Vorauszahlungen an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausrichten sollen<sup>271</sup>. Dementsprechend ist für die Angemessenheit von Vorauszahlungen auf die voraussichtlich tatsächlich entstehenden Kosten abzustellen<sup>272</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>273</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>274</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>275</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 Abrechnung des Vorjahres zu erwarten wäre,

---

<sup>269</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

<sup>270</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 50.

<sup>271</sup> BT-Drucks. 7/2011, S. 12 zu § 4 Abs. 1 MHG.

<sup>272</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>273</sup> BGH v. 18.5.2011 - VIII ZR 271/10, NJW 2011, 2350 Rz. 15.

<sup>274</sup> BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880.

<sup>275</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 59.

so können sowohl der Mieter als auch der Vermieter eine entsprechende Anpassung 56 vornehmen. Das entspricht auch nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur<sup>276</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>277</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 Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung von § 4 Abs. 1 MHG<sup>278</sup>. An dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber mit den Bestimmungen in § 556 Abs. 2 S.

---

<sup>276</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 Geschäftsraummieta, 2002, S. 88; a.A. Blank in Blank/Börstinghaus, Mieta, 3. Aufl., § 560 BGB Rz. 28.

<sup>277</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 294/10, WuM 2011, 686 = GE 2011, 1547 = NZM 2011, 880.

<sup>278</sup> BayObLGZ 1995, 323, 326 m.w.N.



2 und § 560 Abs. 4 BGB, wie aus der Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 MHG in der Gesetzesbegründung ersichtlich ist, nichts ändern wollen<sup>279</sup>. 57

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>280</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>281</sup>, ist dem nicht zu folgen<sup>282</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 berechnete 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.

### 11.11.2 § 560 BGB bei Ablauf der nächsten Abrechnungsperiode

Gemäß § 560 Abs. 4 BGB kann jede Partei nach einer Abrechnung von Betriebskosten durch Erklärung in Textform eine Anpassung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe verlangen.

Eine solche Anpassung ist dem Vermieter nicht deshalb verwehrt, weil der nächste Abrechnungszeitraum bereits abgelaufen ist<sup>283</sup>. Eine Einschränkung des Anpassungsrechts dahin, dass es nur aufgrund der letztmöglichen Abrechnung vorgenommen werden kann, selbst wenn diese noch nicht erstellt ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Mit der Anpassung der Vorauszahlungen nach einer Abrechnung soll erreicht werden, dass die vom Mieter zu leistenden Abschläge den tatsächlichen Kosten möglichst nahe kommen, so dass weder der Mieter dem Vermieter - durch zu hohe Vorauszahlungen - ein zinsloses Darlehen gewährt noch der Vermieter - angesichts zu niedriger Vorauszahlungen - die Nebenkosten teilweise vorfinanzieren muss.

Allerdings kann eine Anpassung der Vorauszahlungen nur mit Wirkung für die Zukunft möglich ist<sup>284</sup>.

## 11.12 Pauschale

Haben die Parteien Betriebskostenpauschale vereinbart, legen die Parteien die Höhe im Rahmen ihrer Vertragsautonomie fest. Insoweit ist der Vermieter grundsätzlich nicht verpflichtet, seine an-

---

<sup>279</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 50, 59.

<sup>280</sup> BayObLGZ 1995, 323.

<sup>281</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>282</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>283</sup> BGH v. 18.5.2011 – VIII ZR 271/10, GE 2011, 881 = ZMR 2011, 789.

<sup>284</sup> BGH v. 18.5.2011 – VIII ZR 271/10, GE 2011, 881 0 ZMR 2011, 789 unter Hinweis auf Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 70. Aufl., § 560 BGB Rz. 17; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB, Neubearb. 2011, § 560 BGB Rz. 53; Herrlein/Kandelhard/*Both*, Mietrecht, 4. Aufl., § 560 BGB Rz. 25; *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 560 Rz. 73.

fängliche Kalkulation einer Betriebskostenpauschale offenzulegen<sup>285</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>286</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>287</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>288</sup>.

Dem folgt der BGH<sup>289</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>290</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 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.

---

<sup>285</sup> *Rips* in *Eisenschmid/Wall/Rips*, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rz. 2402; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 24.

<sup>286</sup> *MünchKomm/Schmid*, 5. Aufl., § 560 BGB Rz. 23.

<sup>287</sup> *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 560 BGB Rz. 40.

<sup>288</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>289</sup> BGH v. 16.11.2011 VIII ZR 106/11, WuM 2011, 688 = GE 2011, 1677.

<sup>290</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.

### 12.1 Duldung der Einführung von Funkablesegeräten

Die Frage, ob § 4 Abs. 2 S. 1 HS 1 HeizkV auch in den Fällen eine Duldungspflicht des Mieters begründet, in denen der Vermieter vorhandene und noch funktionstüchtige Erfassungsvorrichtungen durch andere Ablesesysteme ersetzen will, ist umstritten. In der Teilweise wird die Auffassung vertreten, § 4 Abs. 2 S. 1 HS. 2 HeizkV begründe eine Duldungspflicht des Mieters nur bei der Erstaussattung der Mieträume mit Heizkostenerfassungsgeräten und bei einem Austausch unbrauchbar gewordener Geräte<sup>291</sup>. Diese Auslegung des § 4 Abs. 2 S. 1 HS 2 HeizkV wird mit einem engen Verständnis des Regelungsgehalts des § 4 HeizkV begründet. Der Sinn und Zweck des § 4 Abs. 1, 2 HeizkV bestehe darin, die dem Vermieter obliegende Verpflichtung zur Wärmeverbrauchserfassung und zur Ausstattung der Mieträume mit entsprechenden Erfassungsgeräten durchzusetzen. Der Mieter könne aber nach § 4 Abs. 4 HeizkV lediglich beanspruchen, dass die Räume überhaupt mit geeigneten Geräten ausgestattet würden, hingegen weder den Einbau bestimmter Erfassungsgeräte noch die Auswechslung nicht instandsetzungsbedürftiger Geräte verlangen. Daher könne sich die allein zur Erfüllung dieses Anspruchs normierte Duldungspflicht des Mieters auch nur auf den erstmaligen Einbau von Erfassungseinrichtungen und auf den Austausch defekt gewordener Geräte erstrecken.

Nach der Gegenmeinung beschränkt sich die Duldungspflicht des § 4 Abs. 2 S. 1 HS 1 HeizkV nicht auf die erstmalige Installation von Erfassungsvorrichtungen, sondern besteht auch bei einem späteren Austausch noch funktionstüchtiger Messgeräte durch moderne Systeme<sup>292</sup>. Denn die Duldungspflicht erstrecke sich nach dem Regelungskonzept des § 4 HeizkV auf alle Maßnahmen, die zur Verbrauchserfassung notwendig seien, also auch auf das Ablesen des Verbrauchs, die Wartung und Instandhaltung sowie den Austausch der Vorrichtungen .

Der BGH<sup>293</sup> folgt der zuletzt dargestellten Meinung. Nach seiner Auffassung wird nur sie dem Regelungsgehalt des § 4 HeizkV und der mit dieser Vorschrift verfolgten Zielsetzung des Verordnungsgebers gerecht. Die in § 4 Abs. 1, 2 HeizkV normierten Verpflichtungen des Gebäudeeigentümers/Vermieters und Mieters korrespondieren miteinander. Dabei ist zu beachten, dass § 4 Abs. 1 HeizkV eine - in Absatz 2 näher konkretisierte - fortwährende Erfassung des Wärme- und Warmwasserverbrauchs verlangt. Diese Bestimmung wird ergänzt durch Regelungen über das Wahlrecht des Gebäudeeigentümers/Vermieters bei der Auswahl der Erfassungsgeräte (§ 4 Abs. 2 S. 3, § 5 HeizkV) und über eine dem Mieter zur Gewährleistung der Verbrauchserfassung auferlegte Dul-

---

<sup>291</sup> LG Kassel, NZM 2006, 818; AG Schöneberg, MM 2010, 182, 183; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 554 BGB Rz. 169; Bub/Treier/*Brunn*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummieter, 3. Aufl., III. Rz. 69, 72; vgl. auch *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. Rz. V 517; *Lammel*, HeizkV, 3. Aufl., § 4 Rz. 47 f. (Duldungspflicht nur nach § 554 Abs. 2 BGB).

<sup>292</sup> AG Lichtenberg, GE 2007, 1054, 1055; 2010, 1351, nachfolgend LG Berlin, NJW-RR 2011, 740; AG Düsseldorf, DWW 2008, 98; *Wall*, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 2996b (zu § 4 HeizkV); *Kinne*, GE 2006, 1583 f.; wohl auch MünchKomm/*Schmid*, 5. Aufl., § 4 HeizkV Rz. 3; einschränkend LG Hamburg, WuM 2009, 124 (Duldungspflicht nur bei Freistellung von Mehrkosten); vgl. auch AG Frankfurt am Main, NZM 2006, 537 (Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 BGB).

<sup>293</sup> BGH v. 28.9.2011 – VIII ZR 326/10, GE 2011, 1550.

dungsverpflichtung (§ 4 Abs. 2 S. 1 HS. 2 HeizkV). Die Reichweite dieser in § 4 Abs. 2 S. 1 HS. 1 HeizkV normierten Duldungspflicht ist daher im Zusammenspiel mit den übrigen Regelungen in § 4 Abs. 1, 2 HeizkV zu bestimmen<sup>294</sup>. Schon nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 S. 1 HS. 2 HeizkV ist die Duldungspflicht des Mieters nicht auf die Fälle der erstmaligen Installation einer Messeinrichtung (und des Austauschs defekter Geräte) beschränkt. Insbesondere ergibt sich aus der Bezugnahme auf die in § 4 Abs. 2 S. 1 HS. 1 HeizkV geregelte Ausstattungspflicht des Gebäudeeigentümers/Vermieters ("dies zu dulden") keine entsprechende Begrenzung der den Mieter treffenden Duldungsverpflichtung<sup>295</sup>. Bestätigt wird dies durch die mit den Regelungen in § 4 HeizkV verfolgte Intention des Ordnungsgebers. Mit der Einführung der "Pflicht zur Verbrauchserfassung" (amtliche Überschrift von § 4 HeizkV) sollte im Interesse der Energieeinsparung das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig beeinflusst werden<sup>296</sup>. Mit diesem Anliegen ist es nicht vereinbar, den Gebäudeeigentümer/Vermieter durch eine Begrenzung der Duldungspflicht des Nutzers daran zu hindern, ältere, aber noch funktionsfähige Messeinrichtungen durch moderne Geräte zu ersetzen, die regelmäßig infolge ihrer fortentwickelten Ablesetechnik eine zuverlässigere Verbrauchserfassung ermöglichen. Zudem hat der Ordnungsgeber kurze Zeit nach dem Inkrafttreten des § 4 HeizkV in der erklärten Absicht, Anstöße zur Verwendung verbesserter Ausstattungen zu geben und dem technischen Fortschritt Rechnung zu tragen, die Möglichkeit zugelassen, Erfassungsgeräte durch Anmietung oder durch eine sonstige (vorübergehende) Gebrauchsüberlassung zu beschaffen<sup>297</sup>, und hat damit eine Verkürzung der Austauschintervalle gebilligt.

## 12.2 Bildung von Abrechnungskreisen

Die Bildung einer Abrechnungseinheit unter Zusammenfassung mehrerer, durch eine gemeinsame Heizungsanlage versorgter Gebäude ist zulässig<sup>298</sup>. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die gemeinsame Heizungsanlage bereits bei Abschluss des Mietvertrags bestand<sup>299</sup>. Denn dem Vermieter ist es nicht verwehrt, eine Abrechnungseinheit im Laufe des Mietverhältnisses zu bilden, insbesondere wenn sich eine Notwendigkeit hierfür dadurch ergibt, dass zwischenzeitlich eine gemeinsame Heizungsanlage zur Versorgung mehrerer Gebäude errichtet worden ist. Die Bildung der Abrechnungseinheit kann auch stillschweigend mit der Betriebskostenabrechnung erfolgen; einer gesonderten vorherigen Ankündigung bedarf es nicht.

## 12.3 Heizkostenabrechnung

Es ist unschädlich, dass die Heizkostenabrechnung keine Angaben über die Kosten des Betriebsstroms enthält. Dies führt weder zu einer Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen noch zu einer inhaltlichen Unrichtigkeit zum Nachteil des Beklagten<sup>300</sup>.

---

<sup>294</sup> vgl. auch BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 170/09, NJW 2010, 2571, Rz. 6.

<sup>295</sup> *Kinne*, GE 2006, 1583 f.

<sup>296</sup> BR-Drucks. 632/80, S. 1 f., 13, 15 f.

<sup>297</sup> BR-Drucks. 483/83, S. 33.

<sup>298</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NZM 2005, 737 unter II 3; BGH v. 14.7.2010 - VIII ZR 290/09, NZM 2010, 781 Rz. 10 f.; BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, NZM 2010, 895 Rz. 17 ff.

<sup>299</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

<sup>300</sup> BGH v. 13.9.2011 VIII ZR 45/11, GE 2011, 1679.

Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn in der Heizkostenabrechnung nur die verbrauchte Wärmemenge (Fernwärme) und nicht die Zählerstände ausgewiesen sind<sup>301</sup>. 61

## 13 Beendigung des Mietvertrages

### 13.1 Ordentliche Kündigung

#### 13.1.1 Eigenbedarf der GmbH & Co. KG von Eheleuten

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Eigenbedarf eines Gesellschafters deshalb zuzurechnen, weil es im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre, Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft insoweit schlechter zu stellen als die Mitglieder einer einfachen Vermietermehrheit.<sup>302</sup> Sind mehrere natürliche Personen Vermieter, berechtigt der Eigenbedarf eines Vermieters die Gemeinschaft zur Kündigung des Mietvertrages; dies kann nicht anders zu beurteilen sein, wenn diese Personen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen und damit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden, zumal es häufig nur vom Zufall abhängen wird, ob eine Personenmehrheit dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts vermietet.

Eine vergleichbare Situation besteht bei einer Personenhandelsgesellschaft als Vermieterin indes nicht.<sup>303</sup> Die Gründung einer Kommanditgesellschaft oder offenen Handelsgesellschaft setzt regelmäßig eine umfangreiche organisatorische und rechtsgeschäftliche Tätigkeit bis hin zur Eintragung in das Handelsregister voraus; die Vermietung einer Wohnung durch eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (bzw. durch eine GmbH & Co. KG) statt durch eine schlichte Gemeinschaft erfolgt deshalb von vornherein nicht „zufällig“, sondern beruht auf einer bewussten Entscheidung aufgrund wirtschaftlicher, steuerrechtlicher und/oder haftungsrechtlicher Überlegungen. Von einer Vergleichbarkeit mit der Interessenlage bei der Vermietung einer Wohnung durch eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann daher keine Rede sein. Dies gilt entgegen der Auffassung der Revision auch dann, wenn es sich bei der Vermieterin um eine „personalistisch gebundene vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft“ handelt, zu der sich z.B. Eheleute zusammengeschlossen haben. Insoweit führt auch der Umstand, dass die GbR inzwischen als teilrechtsfähig anerkannt ist, nicht dazu, dass bezüglich der Zurechnung von Eigenbedarf eines Gesellschafters eine Gleichbehandlung mit allen anderen Personengesellschaften geboten wäre und somit nur bei juristischen Personen eine Zurechnung des Eigenbedarfs von Gesellschaftern auszuscheiden hätte. Maßgeblich für die Zurechnung des Eigenbedarfs bei der GbR ist nicht die bloße Teilrechtsfähigkeit (das Fehlen der Eigenschaft einer juristischen Person) oder ein im Vergleich zu Kapitalgesellschaften stärkerer personaler Bezug, sondern die Wertung, dass eine unterschiedliche Behandlung der Vermietung durch eine Bruchteilsgemeinschaft oder Erbengemeinschaft einerseits und durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts andererseits in vielen Konstellationen „willkürlich“ erscheint, weil es häufig vom Zufall abhängt, in welcher Rechtsform die Vermietung vorgenommen wird.

---

<sup>301</sup> vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NZM 2008, 567 Rz. 14 f.

<sup>302</sup> BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 12, 15 ff.; BGH v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 Rz. 13 f.

<sup>303</sup> BGH v. 15.12.2010 - VIII ZR 210/10, WuM 2010, 113 = GE 2011, 262 = ZMR 2011, 371.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der anerkannten Möglichkeit, dass ein berechtigtes Interesse einer Kommanditgesellschaft an der Beendigung eines Wohnraummietvertrags in der betrieblich bedingten Notwendigkeit liegen kann, die Wohnung einem Mitarbeiter oder Geschäftsführer zur Verfügung zu stellen.<sup>304</sup> Damit ist lediglich ein „Betriebsbedarf“ als grundsätzlich berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 Abs. 1 BGB anerkannt. Hieraus ergibt sich aber entgegen der Auffassung der Revision nicht, dass einer Kommanditgesellschaft der persönliche Nutzungswunsch ihrer Kommanditisten oder Gesellschafter oder Geschäftsführer der Komplementärin als Eigenbedarf zugerechnet werden kann.

### 13.1.2 Begründung der Eigenbedarfskündigung

Nach § 573 Abs. 3 BGB sind die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.<sup>305</sup> Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann. Bei einer Kündigung wegen Eigenbedarfs ist daher grundsätzlich die Angabe der Personen, für die die Wohnung benötigt wird, und die Darlegung des Interesses, das diese Personen an der Erlangung der Wohnung haben, ausreichend.<sup>306</sup>

Diesen Anforderungen wird das Kündigungsschreiben gerecht, in dem dem Mieter mitgeteilt wird, dass der Vermieter bislang zur Miete wohne und mit seinen beiden Kindern in das zu Eigentum erworbene Wohnhaus einziehen und dort auch sein Büro betreiben wolle; durch diesen Umzug könne er die teuren Mieten für sein bisheriges Büro und seine bisherige Wohnung einsparen.<sup>307</sup> Insoweit ist es ohne Bedeutung, ob der Vermieter z.B. dadurch, dass er in der Kündigungserklärung den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass sich bei dem von ihm bisher bewohnten Anwesen Wohnung und Büro nicht unter einem Dach befänden und er aus diesem Grund besonders auf das an den Mieter vermietete Wohnhaus angewiesen sei. Unrichtige Angaben des Vermieters im Kündigungsschreiben können zwar dazu führen, dass die Kündigung materiell unbegründet ist, soweit nach dem wirklichen Sachverhalt der Eigenbedarf nicht besteht oder nur vorgeschoben ist; sie mögen im Einzelfall auch ein Indiz gegen die Ernsthaftigkeit des vom Vermieter angeführten Eigennutzungswunsches darstellen. Maßgeblich ist aber, ob und inwieweit es für die Beurteilung des geltend gemachten Eigenbedarfs darauf ankommt, ob sich auch bei seiner aktuellen Mietwohnung das separate Büro im selben Gebäude befindet. Ein etwaiges „Dramatisieren“ der Eigenbedarfssituation hat nicht zur Folge, dass es an der nach § 573 Abs. 3 BGB erforderlichen Begründung fehlt und die Kündigung bereits aus diesem formellen Grund unwirksam ist.

Ebenso ausreichend ist die Mitteilung im Kündigungsschreiben, dass der zum Zeitpunkt der Kündigung im Ausland studierende Vermieter zur Fortsetzung seines Studiums nach M. zurückkehren und in einem

<sup>304</sup> vgl. BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, NZM 2007, 639 Rz. 12.

<sup>305</sup> vgl. BT-Drs. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

<sup>306</sup> BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 23; ebenso BayObLG, NJW 1981, 2197, 2199 f..

<sup>307</sup> BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, MDR 2010, 686 = WuM 2010, 301 = .

eigenen Hausstand leben wolle<sup>308</sup>. Damit ist das berechtigte Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses über die Wohnung ausreichend dargelegt. Angaben zu der - früheren - Wohnsituation des Vermieters bedarf es nicht. Sein Interesse an der Wohnung des Mieters ergibt sich daraus, dass er von einem längeren Auslandsaufenthalt nach M. zurückkehrt und deshalb nunmehr eine Wohnung in M. benötigt. Die Wohnsituation des Vermieters vor dem Auslandsaufenthalt ist für diesen nachvollziehbar dargelegten Erlangungswunsch offensichtlich ohne Bedeutung.

### 13.1.3 Bezugnahme auf frühere Kündigung

Der Vermieter kann wegen der Kündigungsgründe auf ein vorangegangenes Kündigungsschreiben Bezug nehmen, in dem die Kündigungsgründe im Einzelnen ausgeführt sind.<sup>309</sup> Es wäre eine leere Förmelerei, von einem Vermieter in derartigen Fällen zu verlangen, die in der vorangegangenen Kündigung dargelegten Kündigungsgründe nochmals in der neuen Kündigung zu wiederholen;<sup>310</sup> dies gilt erst recht, wenn das vorangegangene Kündigungsschreiben der neuen Kündigung nochmals beigefügt ist.<sup>311</sup>

### 13.1.4 Begründung der Verwertungskündigung

Nach § 573 Abs. 3 BGB sind die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.<sup>312</sup> Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann.<sup>313</sup>

Diesen Anforderungen wird ein Kündigungsschreiben gerecht, in dem im Einzelnen ausgeführt wird, dass die in der Zeit von 1934 bis 1939 als Behelfsheim gebaute Siedlung sowohl erhebliche städtebauliche Mängel (geringe bauliche Dichte, fehlende Zuordnung der gemeinschaftlichen Freiflächen zu den einzelnen Wohnungen sowie fehlende Gliederung der Siedlung in überschaubare Nachbarschaften) als auch gravierende gebäudetechnische Mängel (unzulässig niedrige Raumhöhen, geringe Haustiefe, beengte Erschließung, mangelnde Belichtung und Ausstattung) aufweise und die Kosten einer Modernisierung mit 1.250 €/qm fast die mit 1.650 €/qm kalkulierten Neubaukosten erreichten.<sup>314</sup> Da auch mit der Modernisierung ein großer Teil der städtebaulichen Mängel nicht beseitigt würde, sei im Jahr 1998 - auch im Interesse des Allgemeinwohls - die Entscheidung für einen Abriss und den Neubau einer auch für größere Familien attraktiven Siedlung mit deutlich größerer Gesamtwohnfläche und besserer Nutzung der vorhandenen Flächen gefallen; die Stadt H. habe insoweit die erforderliche Abriss- und Zweckentfremdungsgenehmigung erteilt.

Aus dem Kündigungsschreiben ergibt sich mithin, dass der Vermieter die Wohnung beansprucht, um das von ihm für die Siedlung geplante und im Einzelnen dargelegte städtebauliche Konzept der

<sup>308</sup> BGH v. 6.7.2011 – VIII ZR 317/10, ZMR 2011, 942 = NZM 2011, 706.

<sup>309</sup> BGH v. 2.2.2011 – VIII ZR 74/10, WuM 2011, 169 = ZMR 2011, 453.

<sup>310</sup> BVerfG, NJW 1992, 1877, 1878.

<sup>311</sup> BGH v. 2.2.2011 – VIII ZR 74/10, WuM 2011, 169 = ZMR 2011, 453.

<sup>312</sup> vgl. BT-Drucks. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

<sup>313</sup> BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 23.

<sup>314</sup> BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458.

Schaffung moderner bedarfsgerechter Neubaumietwohnungen anstelle der alten und 64  
heutigen Wohnbedürfnissen nicht mehr entsprechenden Bebauung zu verwirklichen.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, das Kündigungsschreiben sei deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil der Vermieter keine aktuellen Berechnungen dazu vorgelegt habe, welche Kosten bei einer Sanierung entstünden, sondern sich mit veralteten Berechnungen aus dem Jahr 1998 begnügt habe. Damit werden die Anforderungen überspannt. Bei einer Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB wegen eines geplanten Abrisses und Neubaus ist dem Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB Genüge getan, wenn dem Mieter mitgeteilt wird, aus welchen Gründen der Vermieter die vorhandene Bausubstanz nicht für erhaltenswert hält und welche baulichen Maßnahmen er stattdessen plant. Damit erhält der Mieter eine ausreichende Grundlage für die von ihm zu treffende Entscheidung, ob er der Kündigung widersprechen oder sie hinnehmen will. Entgegen einer zum Teil in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>315</sup> bedarf es deshalb zur Begründung einer Verwertungskündigung im Rahmen des § 573 Abs. 4 BGB keiner Vorlage von Wirtschaftlichkeitsberechnungen, etwa zu einer „Sanierungsalternative“. Etwaige Fehler einer solchen vom Vermieter gleichwohl vorgelegten Berechnung oder die Bezugnahme des Vermieters auf eine nicht mehr aktuelle Berechnung BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458. vom Vermieter für den Fall des Fortbestehens des Mietverhältnisses geltend gemachte erhebliche Nachteile angesichts einer wirtschaftlich vertretbaren Sanierungsmöglichkeit tatsächlich besteht, betrifft die materielle Berechtigung der Kündigung und ist, soweit es im Einzelfall darauf ankommt, im Prozess durch Beweisaufnahme zu klären. An die Begründung einer Verwertungskündigung gestellte Anforderungen dürfen nicht darauf hinauslaufen, dass bereits das Kündigungsschreiben selbst die gerichtliche Feststellung des Vorliegens der Kündigungsvoraussetzungen erlauben müsste; dies ist durch das berechtigte Informationsbedürfnis des Mieters nicht geboten.<sup>316</sup>

### 13.1.5 Erheblicher Nachteil bei Abriss und Neubau

Der geplante Abriss eines Gebäudes und seine Ersetzung durch einen Neubau stellt eine wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks dar.<sup>317</sup> Angemessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist eine wirtschaftliche Verwertung dann, wenn sie von vernünftigen, nachvollziehbaren Erwägungen getragen wird.<sup>318</sup>

Die Beurteilung der Frage, ob dem Eigentümer durch den Fortbestand eines Mietvertrages ein erheblicher Nachteil entsteht, ist vor dem Hintergrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und damit des grundsätzlichen Bestandsinteresses des Mieters, in der bisherigen Wohnung als seinem Lebensmittelpunkt zu verbleiben, vorzunehmen. Die im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erforderliche Abwägung zwischen dem Bestandsinteresse des Mieters und dem Verwertungsinteresse des Eigentümers entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung; sie lässt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der konkreten Situation des Vermieters treffen. Dabei handelt es sich um eine tatrichterliche Frage.

---

<sup>315</sup> LG Aachen, WuM 1991, 495, 496; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 186; wohl auch Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 573 BGB Rz. 46, 52

<sup>316</sup> vgl. BVerfG, NJW 1998, 2662, 2663; BVerfG, NZM 2003, 592 f.

<sup>317</sup> BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, NJW 2004, 1736 unter II 1 a aa.

<sup>318</sup> BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, NZM 2009, 234 Rz. 12.



Diesen Anforderungen kann es entsprechen, wenn ein erheblicher Nachteil bejaht wird, ohne dass eine (aktuelle) Vergleichsrechnung dazu vorgelegt wird, welche Kosten bei einer Sanierung unter Erhalt der Wohnung der Klägerin entstanden wären und wie die Wirtschaftlichkeit dieser „Sanierungsalternative“ zu beurteilen sei.<sup>319</sup> In diesem Fall kann der „erheblichen Nachteil“ darin gesehen werden, dass dem Vermieter bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses den Wohnblock, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet, nicht durch einen Neubau ersetzen und somit das von ihm mit der Siedlung verfolgte städtebauliche Konzept nur unvollständig verwirklichen könne. Dies gilt umso mehr, wenn durch bloße Sanierungsmaßnahmen der alten Bausubstanz unter Erhalt der Wohnung der Beklagten ein baulicher Zustand, der einer angemessenen Wohnraumversorgung entspricht, nicht erreicht werden kann.

### 13.1.6 Schadensersatz bei formell unwirksamer Kündigung

Ein Vermieter, der schuldhaft - insbesondere unter Angabe falscher Tatsachen - eine (materiell) unberechtigte Kündigung ausspricht und dem Mieter dadurch die weitere Nutzung des Mietobjekts vorwerfbar streitig macht, macht sich wegen Verletzung der vertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner schadensersatzpflichtig, wenn der Mieter aufgrund der materiell unbegründeten Kündigung einen Schaden erleidet.<sup>320</sup>

Diese Grundsätze, die sich aus der Frage herleiten, ob sich der Vermieter zu Unrecht auf einen nicht bestehenden (materiellen) Kündigungsgrund berufen hat, lassen sich nicht auf die Situation übertragen, in der die Nichteinhaltung der formellen Kündigungsvoraussetzungen (z.B. die fehlende Angabe der Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der ordentlichen Kündigung, § 573 Abs. 3 BGB) reklamiert wird.<sup>321</sup> Insoweit besteht keine vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, eine aus formellen Gründen unwirksame Kündigung zu unterlassen; der Vermieter macht dem Mieter den Besitz der Mietsache auch nicht vorwerfbar streitig, wenn er einen materiell bestehenden Kündigungsgrund nicht oder nicht ausreichend in der Kündigung darlegt. Der Zweck der Begründungspflicht besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt über seine Position Klarheit zu verschaffen und ihn in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.<sup>322</sup> Nach der gesetzlichen Regelung ist die Begründung der ordentlichen Kündigung des Vermieters von Wohnraum Wirksamkeitsvoraussetzung, eine Kündigung ohne Angabe konkreter Gründe mithin von vornherein unwirksam.<sup>323</sup> Dem Interesse des Mieters, die Kündigungsgründe frühzeitig zu erfahren und die Wahrnehmung seiner Rechte darauf einzustellen, wird somit bereits durch die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer nicht mit Gründen versehenen Kündigung umfassend Rechnung getragen. Welche nicht oder nicht ausreichend dargelegten Gründe den Vermieter zu der ausgesprochenen Kündigung veranlasst haben, ist für den Mieter angesichts der sich schon aus dem Begründungsmangel ergebenden Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr von Bedeutung. Die ordnungsgemäße Begründung der Kündigung liegt mithin in erster Linie im eigenen

<sup>319</sup> BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458.

<sup>320</sup> BGH v. 11.1.1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 297, 302 - betreffend eine auf falsche Sachdarstellung gestützte Kündigung; BGH v. 8.7.1998 - XII ZR 64/96, NZM 1998, 718 unter 2 a - betreffend eine auf eine unwirksame AGB-Klausel gestützte Kündigung; BGH v. 18.5.2005 - VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395, unter II 1 - betreffend eine Eigenbedarfskündigung ohne tatsächlichen Selbstnutzungswunsch.

<sup>321</sup> BGH v. 15.12.2010 - VIII ZR 9/10, WuM 2011, 33 = ZMR 2011, 278.

<sup>322</sup> vgl. BT-Drucks. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

<sup>323</sup> *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 173; vgl. auch BGH v. 22.6.2005 - VIII ZR 326/04, WuM 2005, 584 unter II 2, betreffend § 569 Abs. 4 BGB.

Interesse des Vermieters, weil das Mietverhältnis anderenfalls auch bei Vorliegen eines materiellen Kündigungsgrundes nicht beendet wird. Die Angabe des Kündigungsgrundes ist deshalb keine Nebenpflicht des Vermieters, auf deren Erfüllung der Mieter einen Anspruch hat, sondern eine Obliegenheit, die der Vermieter im eigenen Interesse zur Vermeidung von Rechtsnachteilen zu beachten hat. Die rechtliche Beurteilung, ob eine vom Vermieter ausgesprochene Kündigung dem gesetzlichen Begründungserfordernis genügt, ist dem eigenen Risikobereich des Mieters zuzuordnen; Anwaltskosten, die ihm insoweit - außerhalb eines gerichtlichen Prozesses - durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Wahrnehmung seiner Interessen entstehen, sind deshalb grundsätzlich nicht erstattungsfähig.

### 13.2 Zweifamilienhauskündigung

Eines berechtigten Interesses i.S.v. § 573 Abs. 1 BGB bedarf es nach § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB ausnahmsweise nicht, wenn ein Mietverhältnis über Wohnraum in einem vom Vermieter selbst bewohnten Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen gekündigt wird. Für die Beurteilung, ob in einem Gebäude mehr als zwei Wohnungen vorhanden sind, ist die Verkehrsanschauung maßgebend;<sup>324</sup> auf eine eventuelle baurechtswidrige Errichtung kommt es danach schon deshalb nicht an, weil trotz Baurechtswidrigkeit eine tatsächliche Wohnnutzung erfolgen kann.<sup>325</sup> Unter einer Wohnung wird gemeinhin ein selbständiger, räumlich und wirtschaftlich abgegrenzter Bereich verstanden, der eine eigenständige Haushaltsführung ermöglicht.<sup>326</sup>

Diese Anforderungen erfüllen Räumlichkeiten in einem Keller eines Wohnhauses, wenn sie neben einem 42 qm großen Wohn-/Schlafraum über eine Küchenzeile und ein Tageslichtbad mit Toilette verfügen.<sup>327</sup> Die Existenz von drei Wohnungen in dem Wohnhaus des Vermieters hatte sich nicht dadurch geändert, dass der Vermieter die im Keller befindlichen Räume in seinen Wohnbereich integriert hat, indem er die Einliegerwohnung seit dem Erwerb des Hauses im Jahr 2006 als Besucherzimmer/Bügelzimmer/Arbeitszimmer nutzt. Denn durch diese Erweiterung des Wohnbereichs des Vermieters hat sich der einmal gegebene Wohnungsbestand nicht reduziert. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 25. Juni 2008.<sup>328</sup> Die darin gebilligte tatrichterliche Beurteilung, die Aufteilung einander ergänzender Räume auf zwei Stockwerken hindere nicht die Annahme einer (einzigen) Wohnung, beruhte auf anderen tatsächlichen Gegebenheiten. Die betreffenden Räume im Dachgeschoss jenes Gebäudes stellten keine eigenständige Wohnung dar.

*Da die Einliegerwohnung vom Einzug der Mieter bis zum Ausspruch der Kündigung eine eigenständige Wohnung war, waren die Voraussetzungen einer erleichterten Kündigung nach § 573a Abs. 1 BGB zu keiner Zeit erfüllt. Daher bedurfte die in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum um-*

---

<sup>324</sup> vgl. BGH v. 25.6.2008 - VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 Rz. 20; LG Hamburg, WuM 1994, 215; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rz. 6; Münch-Komm/Häublein, 5. Aufl., § 573a BGB Rz. 10; Bamberger/Roth/Hannappel, 2. Aufl., § 573a BGB Rz. 14.

<sup>325</sup> LG Bochum, WuM 1984, 133 f.; LG Köln, WuM 1985, 63; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 391; Sonnenschein, NZM 2000, 1, 4; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 573a BGB Rz. 4.

<sup>326</sup> vgl. LG Aachen, WuM 1993, 616, 617; LG Bochum, WuM 1984, 133; LG Hamburg, WuM 1994, 215; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rz. 6; MünchKomm/Häublein, 5. Aufl., § 573a BGB Rz. 11; Bamberger/Roth/Hannappel, 2. Aufl., § 573a BGB Rz. 14 f.; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 397; Sonnenschein, NZM 2000, 1, 2.

<sup>327</sup> BGH v. 17.11.2010 - VIII ZR 90/10, WuM 2011, 34 = MDR 2011, 18 = NZM 2011, 71 = GE 2011, 50 = ZMR 2011, 363.

<sup>328</sup> BGH v. 25.6.2008 - VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564.

strittene Frage, ob es hinsichtlich des Wohnungsbestandes auf den Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses oder den Zeitpunkt der Kündigung ankommt,<sup>329</sup> keiner Entscheidung.

### 13.3 Außerordentliche Kündigung

#### 13.3.1 § 1056 Abs. 2 BGB

Durch § 1056 Abs. 2 BGB wird dem Eigentümer grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt, das Mietverhältnis außerordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen; dies ermöglicht dem Eigentümer eine (vorzeitige) Beendigung des Mietverhältnisses, wenn der Mietvertrag, in den er gemäß § 1056 Abs. 1 BGB eintritt, auf bestimmte Zeit geschlossen oder die ordentliche Kündigung erschwert oder ausgeschlossen ist<sup>330</sup>.

Dem Eigentümer ist jedoch nach Treu und Glauben eine Kündigung nach § 1056 Abs. 2 BGB verwehrt, wenn er unabhängig von § 1056 Abs. 1 BGB persönlich an den Mietvertrag gebunden ist, beispielsweise, wenn

- er ihn vor der Bewilligung des Nießbrauchs noch als Eigentümer selbst abgeschlossen hatte,
- er dem Mietvertrag beigetreten oder
- er Alleinerbe des Vermieters geworden ist<sup>331</sup>.

In einem solchen Fall muss sich der Eigentümer an einer vereinbarten bestimmten Laufzeit des Mietvertrages oder einer sonstigen Erschwerung der ordentlichen Kündigung festhalten lassen, denn anderenfalls würde die den Schutz des Mieters bezweckende Vorschrift des § 1056 BGB in ihr Gegenteil verkehrt<sup>332</sup>.

Diese Grundsätze sind auch anwendbar, wenn durch den Nießbraucher im Rahmen eine Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag ein Vertrag auf Lebenszeit des Mieters geschlossen wurde und im Mietvertrag bereits die Eigenbedarfskündigung ausgeschlossen wurde<sup>333</sup>. Denn die Zusatzvereinbarung begründet keinen Vertrag zu Lasten Dritter. Ein unzulässiger und deshalb unwirksamer Vertrag zu Lasten Dritter liegt nur dann vor, wenn durch ihn unmittelbar eine Rechtspflicht eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten - ohne seine Autorisierung - entstehen soll<sup>334</sup>. Dies ist hier nicht der Fall, denn die Zusatzvereinbarung vom begründet lediglich vertragliche Pflichten der an ihr beteiligten ursprünglichen Vermieterin und späteren Erblasserin. Der Umstand, dass vom Schuldner eingegangene vertragliche Pflichten mit dessen Tod auf den Erben (hier den Eigentümer) übergehen, ändert daran nichts. Denn die Pflichten des Erben, dem es freisteht, die Erbschaft anzunehmen oder auszu-schlagen oder seine Haftung für die Verbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken, werden nicht unmittelbar durch den vom Erblasser geschlossenen Vertrag begründet, sondern treffen ihn erst aufgrund der Rechtsnachfolge.

---

<sup>329</sup> zum Meinungsstand: Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rn. 16.

<sup>330</sup> Staudinger/Frank, Neubearb. 2009, § 1056 BGB Rz. 16; Bamberger/Roth/Wegmann, 2. Aufl., § 1056 BGB Rz. 9.

<sup>331</sup> BGH v. 20.10.1989 - V ZR 341/87, BGHZ 109, 111, 117; BGH v. 20.10.2010 - XII ZR 25/09, NJW 2011, 61 Rz. 16 f.

<sup>332</sup> BGH v. 20.10.1989 - V ZR 341/87, BGHZ 109, 111, 118.

<sup>333</sup> BGH v. 12.10.2011 VIII ZR 50/11, WuM 2011, 690 = GE 2011, 1614.

<sup>334</sup> BGH v. 29.6.2004 - VI ZR 211/03, NJW 2004, 3326 unter II 2 m.w.N.

### 13.4.1 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>335</sup>

Für eine derartige Unterscheidung zwischen Duldungspflichten und sonstigen Pflichten des Mieters bietet § 543 BGB keinen Ansatzpunkt.<sup>336</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.

### 13.4.2 Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB

Der Ausspruch einer fristlosen außerordentlichen Kündigung nach § 569 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zwar an sich an keine Frist gebunden. Gleichwohl ist seit langem anerkannt, dass eine längere Verzögerung der Kündigungserklärung nicht ohne Rechtsfolgen bleibt. Bei den Kündigungstatbeständen, die an eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses anknüpfen (vgl. § 543 Abs. 1 BGB), hält der BGH bei einer überlangen Hinauszögerung der Kündigung den Schluss für gerechtfertigt, die Vertragsfortsetzung sei für den Kündigenden nicht unzumutbar.<sup>337</sup> Für die vom Gesetzgeber normierten typisierten Fälle der Unzumutbarkeit (§ 543 Abs. 2 BGB) kann das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles treuwidrig oder verwirkt sein.<sup>338</sup> Ob und in welchen Fällen daneben die in § 314 Abs. 3 BGB für eine Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vorgesehene zeitliche Schranke auch im Wohnraummietrecht gilt, hat der BGH bislang offen gelassen. Der XII. Zivilsenat hat dagegen im Bereich der Gewerberaummiete eine auf § 543 Abs. 1 BGB gestützte Kündigung an § 314 Abs. 3 BGB gemessen.<sup>339</sup>

---

<sup>335</sup> z.B. LG Baden-Baden v. 24.7.2009 - 1 S 11/09.

<sup>336</sup> BGH v. 5.10.2010 - VIII ZR 221/09, GE 2011, 198 = ZMR 2011, 366.

<sup>337</sup> vgl. BGH 23.9.1987 - VIII ZR 265/86, NJW-RR 1988, 77, unter II 2 a, m.w.N. zu § 554a BGB aF.

<sup>338</sup> BGH v. 29.4.2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297; BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NJW 2007, 147, Tz. 11 m.w.N.

<sup>339</sup> BGH v. 21.3.2007 - XII ZR 36/05, NJW-RR 2007, 886, Tz. 21.

Die Frage der Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB auf den Mietvertrag bedarf keiner Klärung, wenn seit der Fristsetzung neun Monate vergangen sind und der Mieter ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet hat.<sup>340</sup> Dies ergibt sich unabhängig davon, ob man das Verhalten des Mieters allein unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB bewertet oder daneben § 314 Abs. 3 BGB heranzieht.

### 13.4.3 beharrliche Zutrittsverweigerung

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,<sup>341</sup> 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.

### 13.4.4 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 Abmahnung 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 - wie hier - sogar mehrerer Abmahnungen fortgesetzte Zahlungsweise eine gravierende Pflichtverletzung dar, die die weitere Fortsetzung des Mietvertrages für den Vermieter regelmäßig unzumutbar macht<sup>342</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 Zah-

---

<sup>340</sup> BGH v. 13.4.2010 – VIII ZR 206/09, WuM 2010, 532 = GE 2010, 842 = NZM 2011, 32.

<sup>341</sup> BGH v. 5.10.2010 - VIII ZR 221/09, WuM 2011, 13.

<sup>342</sup> BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, GE 2011, 1013 = ZMR 2011, 783.

lungsweise 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>343</sup>. Diese Chance haben die Beklagten nicht genutzt, sondern im Gegenteil schuldhaft die vertragswidrige Zahlungsweise beibehalten.

#### 13.4.5 fortgesetzte Beleidigung durch den Vermieter

Für eine Mietvertragspartei kann ein Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB bestehen, wenn infolge des Verhaltens des anderen Vertragsteils die Durchführung des Vertrages wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage derart gefährdet ist, dass dem Kündigenden unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zugemutet werden kann.<sup>344</sup> Über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB ist auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden.<sup>345</sup> Hierfür sind die Interessen des Kündigenden an der Vertragsbeendigung und die Interessen der anderen Vertragspartei an der Fortdauer des Mietverhältnisses zu ermitteln und zu bewerten.<sup>346</sup> Frühere Vertragsverletzungen des Kündigungsgegners können berücksichtigt werden, selbst wenn diese für sich genommen eine Kündigung nicht rechtfertigen würden.<sup>347</sup>

Diese Voraussetzungen können angenommen werden, wenn die Gesellschafterin des Vermieters den Mieter nicht nur gegenüber Dritten beleidigt, sondern auch versucht, durch missfällige Äußerungen und Verdächtigungen deren Geschäftsbetrieb zu diffamieren.<sup>348</sup> Dies geschieht durch Äußerungen, wonach der Mieter in den Geschäftsräumen „ein schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“ oder „ein verdecktes Puff“ betreibe, sowie der Mieter betreibe eine Sekte. Sollte sich dieser Sachvortrag in einer Beweisaufnahme bestätigen, hätte der Vermieter, der sich das Verhalten seiner Gesellschafterin zurechnen lassen müsste (§ 31 BGB), ihre mietvertraglichen Pflichten in erheblichem Umfang verletzt. Denn im Rahmen der allgemeinen vertraglichen Treuepflicht (§ 242 BGB) sind Vertragsparteien verpflichtet, alles zu unterlassen, was das Interesse des Vertragspartners an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu tun, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung sicherzustellen.<sup>349</sup> Diese vertragliche Nebenpflicht wird verletzt, wenn eine Vertragspartei ohne anerkennenswertes Interesse Behauptungen in der Öffentlichkeit verbreitet, die geeignet sind, das Ansehen des Vertragspartners erheblich zu beeinträchtigen.

<sup>343</sup> vgl. BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NZM 2006, 338 Rz. 14

<sup>344</sup> BGH v. 23.1.2002 - XII ZR 5/00, NJW-RR 2002, 946; BGH v. 10.4.2002 - XII ZR 37/00, NJW-RR 2002, 947, 948; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 1030; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 163.

<sup>345</sup> Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 543 BGB Rz. 6; Bub/Treier/Grapentin, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rn. 190 m.w.N.

<sup>346</sup> Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 4.

<sup>347</sup> Müller in Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, (Stand 2010), C § 543 BGB Rn. 5.

<sup>348</sup> BGH v. 15.9.2010 - XII ZR 188/08, ZMR 2011, 29.

<sup>349</sup> BGH v. 28.4.1982 - IVa ZR 8/81, NJW 1983, 998, 999 m.w.N.

Die Frage, wie weit die Begründungspflicht des § 569 Abs. 4 BGB reicht, wenn sich der Rückstand erst durch umfangreiche Berechnungen aus einer Vielzahl unterschiedlicher Positionen ergibt, ist bisher ungeklärt. Eine zu erhöhten Begründungsanforderungen führende schwierige Sach- und Rechtslage wird verbreitet angenommen, wenn der Vermieter die Kündigung nicht auf den aktuellen Mietrückstand, sondern auch auf frühere Rückstände stützt.<sup>350</sup> Die bei einer derartigen Fallgestaltung bestehenden Begründungsanforderungen sind indessen streitig.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass den Anforderungen genügt ist, wenn der Vermieter dem Mieter nachvollziehbar mitteilt, welche konkret dargestellten Zahlungsrückstände er seiner Kündigung zugrunde legt<sup>351</sup> oder für welchen Zeitraum der Mieter welche Zahlungen nachweisen muss, um dem der Kündigung zugrunde liegenden Verzugsvorwurf wirkungsvoll zu begegnen.<sup>352</sup> Zusätzliche Begründungserfordernisse werden lediglich für den Fall erwogen, dass eine unklare Verrechnungslage besteht oder der Kündigungsgegner nicht über die nötigen Informationen zu bestimmten Zahlungsvorgängen verfügt, während der Kündigende die benötigten Informationen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Treuepflichten mit zumutbarem Aufwand geben kann.<sup>353</sup>

Teilweise werden aber auch weitergehende Anforderungen dahin gestellt, dass aus dem Kündigungsschreiben stets ersichtlich sein müsse, welche (Teil-)Zahlungen der Mieter, gegebenenfalls auch ein Dritter, geleistet habe und wie diese Zahlungen auf die jeweiligen Monate verrechnet worden seien,<sup>354</sup> ob in dem Rückstand weitere Forderungen enthalten seien, die nicht unter § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB fielen, sowie ob und gegebenenfalls wie etwaige Einwendungen des Mieters gegen seine Zahlungspflicht, insbesondere eine geltend gemachte Mietminderung oder Aufrechnung, berücksichtigt worden seien.<sup>355</sup> Noch weitergehend wird vereinzelt sogar vom Vermieter eine dezidierte Darlegung seiner Handlungsmotive sowie eine Bewertung des Verhaltens des Mieters durch eine aus sich heraus nachvollziehbare Darlegung der Vertragsverstöße verlangt.<sup>356</sup>

Der zuerst genannte Auffassung gibt der BGH<sup>357</sup> den Vorzug. Danach genügt es zur formellen Wirksamkeit einer Kündigung, dass der Mieter anhand der Begründung des Kündigungsschreibens erkennen kann, von welchem Mietrückstand der Vermieter ausgeht und dass er diesen Rückstand als gesetzlichen Grund für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs heranzieht, um mit Hilfe dieser Angaben die Kündigung auf ihre Stichhaltigkeit überprüfen und in eigener Verantwortung entscheiden zu können, wie er darauf reagieren will.<sup>358</sup> Dem wird eine Kündigung gerecht, aus der sich für einen konkreten Zeitraum jeweils monatsbezogen aufgelistet die aus Sicht des Vermieters bestehenden Rückstände bei der Kaltmiete und den Nebenkostenvorauszahlungen sowie daran an-

---

<sup>350</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XII 145; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62; jeweils m.w.N.

<sup>351</sup> *Flatow*, NZM 2004, 281, 286; *jurisPK-BGB/Mössner*, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. 142.

<sup>352</sup> *MünchKommBGB/Häublein*, 5. Aufl., § 569 Rz. 36 Fn. 7.

<sup>353</sup> *Flatow*, NZM 2004, 281, 286 f.; ähnlich *jurisPK-BGB/Mössner*, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211 m.w.N.

<sup>354</sup> *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 569 BGB Rz. 73; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62.

<sup>355</sup> *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62 m.w.N.

<sup>356</sup> *Gellwitzki*, WuM 2004, 181, 184.

<sup>357</sup> BGH v. 12.5.2010 – VIII ZR 96/09, WuM 2010, 484 = GE 2010, 975 = ZMR 2010, 839.

<sup>358</sup> BGH v. 22.12.2003, - VIII ZB 94/03, NJW 2004, 850, unter II 2 b cc.

schließlich die jeweils summenmäßig aufaddierten Gesamtrückstände ergeben. Darüber hinausgehende Angaben sind nicht erforderlich. 72

## **13.5 außerordentliche Kündigung**

### **13.5.1 nach § 563 Abs. 4 BGB**

Stirbt der Mieter, der Mitglied der vermietenden Genossenschaft war, geht die Mitgliedschaft auf den Erben über und endet satzungsgemäß am Ende des Geschäftsjahres, in dem das Mitglied verstorben. Fraglich ist, ob diese Konstellation ausreicht, um einen Genossenschaftsbedarf<sup>359</sup> gegenüber dem in der Wohnung lebenden Familienangehörigen, der nach § 563 Abs. 2 BGB in den Mietvertrag eingetreten ist, zu begründen.

Das ist jedenfalls nicht gerechtfertigt, wenn der Eintretende angeboten hat, den von seiner Mutter ererbten Geschäftsanteil bei der Genossenschaft zu belassen, und sie gebeten hat, ihn als Mitglied aufzunehmen.<sup>360</sup> Die Kündigung könne auch nicht auf einen wichtigen Grund in der Person des Eintretenden im Sinne des § 563 Abs. 4 BGB gestützt werden. Dafür sei auf die Zumutbarkeit für den Vermieter abzustellen. Insofern sei zu berücksichtigen, dass der Eintretende mehrere Jahre in der streitigen Wohnung gelebt und sich in die dortige Gemeinschaft beanstandungsfrei eingefügt habe, so dass dahinter seine Verurteilungen zu Straftat sowie eine bestehende Drogenabhängigkeit zurücktreten würden.

## **14 Schadensersatz**

### **14.1 Rechtsanwaltskosten für die Einholung der Deckungszusage**

Unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens sind Rechtsverfolgungskosten dann zu erstatten, wenn die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Wahrung und Durchsetzung der Rechte unter den Umständen des Falles erforderlich und zweckmäßig ist.<sup>361</sup>

Diese Voraussetzung ist nicht gegeben bei der Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe für die Einholung einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung<sup>362</sup>. Die Kosten werden auch nicht dadurch erforderlich, dass die Rechtsschutzversicherung die Deckungszusage gegenüber dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten zunächst verweigert hat und deshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin die Deckungszusage ohne Weiteres selbst hätte einholen können. Das kann allenfalls gelten, wenn sich die Verweigerung der Deckungszusage tatsächlich auf die im Prozess weiterverfolgten Ansprüche bezieht.

### **14.2 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 Ge-

---

<sup>359</sup> vgl. dazu BGH v. 10.9.2003 - VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691 = ZMR 2003, 904 = MietRB 2004, 3.

<sup>360</sup> BGH v. 20.4.2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431.

<sup>361</sup> vgl. BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 271/09, WuM 2010, 740 Rn. 9 zur Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten für die Abfassung eines Kündigungsschreibens; BGH v. 10.1.2006 - VI ZR 43/05, NJW 2006, 1065 Rz. 6 m.w.N. zur Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten, die dem Geschädigten durch die anwaltliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen seinen eigenen Unfallversicherer entstehen.

<sup>362</sup> BGH v. 9.3.2011 - VIII ZR 132/10, ZMR 2011, 536 = NZM 2011, 400.



winn 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>363</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 tätigt 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>364</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 Sachverständigenbeweis stellt.<sup>365</sup> Damit hat er gemäß § 252 Satz 2 BGB hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, welchen Gewinn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte. Zur Schlüssigkeit ist es nicht erforderlich, auch noch die Eckdaten der Berechnung mitzuteilen.

## 15 Räumung

Obwohl der Vermieter wieder im Besitz der Mietsache ist, tritt hinsichtlich des vom Mieter mit der Berufung unverändert (auch) bekämpften Räumungs- und Herausgabeanspruchs keine Erfüllung ein. Das kommt nur in Betracht, wenn der Mieter Erfüllungsbereitschaft gehabt hätte<sup>366</sup>. Diese hat der Mieter indes nicht, solange er hat die Mieträume wegen des angedrohten Räumungszwangs und deshalb unfreiwillig zurückgegeben hat<sup>367</sup>.

## 16 Nutzungsentschädigung

### 16.1 Vorenthaltung und Zurücklassen von Gegenständen

Die Vorenthaltung endet erst mit der Erfüllung der Rückgabepflicht.<sup>368</sup> Hierzu gehört neben der Übertragung des unmittelbaren Besitzes die Räumung der Mietsache.<sup>369</sup> Zwar ist die Pflicht zur Rückgabe auch erfüllt, wenn nur noch einzelne Gegenstände in den Räumen zurückbleiben. Ob dies

<sup>363</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>364</sup> BGH v. 6.2.2001 - VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640, 1641.

<sup>365</sup> BGH v. 27.10.2007 - XIII ZR 128/09, GE 2010, 1741.

<sup>366</sup> vgl. BGH NJW-RR 1998, 1572f; OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029 m. w. N.

<sup>367</sup> OLG Düsseldorf v. 6.11.2008 - 24 U 149/07, ZMR 2011, 629.

<sup>368</sup> Schmidt-Futterer/*Gather*, Mietrecht, 9. Auflage, § 546 a BGB Rz. 18; Bub/Treier/*Scheuer*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V. Rz. 74.

<sup>369</sup> BGH, NJW 1994, 3232, 3234; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 373.

der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.<sup>370</sup> Bleibt hingegen eine Vielzahl von Gegenständen zurück, liegt nur eine teilweise Räumung vor, die, weil Teilleistungen gemäß § 266 BGB unzulässig sind, zur Vorenthaltung der gesamten Mietsache führt.<sup>371</sup> 74

Das ist auch der Fall, wenn sich bei dem Rückgabetermin noch ein Verkaufscontainer, mehrere Mülltonnen, Blumenbehälter sowie mehrere Kubikmeter Sperrmüll und auch Einrichtungsgegenstände in dem Mietobjekt befanden.<sup>372</sup> Insoweit trägt der Mieter bei einem Streit über die Rückgabe die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die Mietsache zurückgegeben hat.

## 16.2 Vorenthaltung und Zustand der Mieträume

Der Begriff der Vorenthaltung besagt nicht nur, dass der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt, sondern auch, dass das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht.<sup>373</sup> In welchem Zustand sich die Mietsache bei der (vorgesehenen) Rückgabe befindet, ist grundsätzlich ohne Bedeutung, so dass allein darin, dass der Mieter dem Vermieter die Räume in verwahrlostem oder einem sonst nicht vertragsgemäßen Zustand überlässt, noch keine Vorenthaltung gesehen werden kann.<sup>374</sup>

Dementsprechend ist eine Vorenthaltung der Mietsache zu verneinen, wenn ein Mieter die Mietsache zurückgibt, ohne die ihm obliegenden Schönheitsreparaturen auszuführen,<sup>375</sup> oder nur deshalb noch den Besitz an dem ansonsten bereits geräumten Mietobjekt behält, um auf Wunsch des Vermieters Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen.<sup>376</sup>

## 16.3 Vorenthaltung und Räumungsfrist

Die Mietsache wird gemäß § 546a BGB vorenthalten, wenn der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht.<sup>377</sup> Die Vorenthaltung endet erst mit der Erfüllung der Rückgabepflicht.<sup>378</sup> Hierzu gehört neben der Übertragung des unmittelbaren Besitzes die Räumung der Mietsache.<sup>379</sup> Zwar ist die Pflicht zur Rückgabe auch erfüllt, wenn nur noch einzelne Gegenstände in den Räumen zurückbleiben. Ob dies der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.<sup>380</sup> Bleibt hingegen eine Vielzahl von Gegenständen

---

<sup>370</sup> BGH, NJW 1983, 1049, 1050.

<sup>371</sup> vgl. OLG Koblenz, NZM 2006, 181; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 373.

<sup>372</sup> KG v. 3.6.2010 – 12 U 164/09, ZMR 2011, 114.

<sup>373</sup> BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 57/05, WuM 2005, 771, Tz. 6; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, WuM 2006, 102 Tz. 12; jeweils m.w.N.

<sup>374</sup> BGHZ 86, 204, 209 f.; BGHZ 104, 285, 289; jeweils m.w.N.

<sup>375</sup> BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 326/09, WuM 2010, 632 = ZMR 2011, 22 = NZM 2010, 815; KG, KGR 2004, 175, 176.

<sup>376</sup> BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 326/09, ZMR 2011, 22; OLG Hamm, NZM 2003, 517; OLG Bamberg, ZMR 2002, 738 f.; OLG Hamburg, WuM 1990, 75

<sup>377</sup> BGH, NJW 2007, 1594, 1595.

<sup>378</sup> Schmidt-Futterer/*Gather*, Mietrecht, 9. Aufl., § 546a BGB Rz. 18; Bub/Treier/*Scheuer*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V 74.

<sup>379</sup> BGH, NJW 1994, 3232, 3234; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 373.

<sup>380</sup> BGH, NJW 1983, 1049, 1050.

zurück, liegt nur eine teilweise Räumung vor, die, weil Teilleistungen gemäß § 266 BGB unzulässig sind, zur Vorenthaltung der gesamten Mietsache führt.<sup>381</sup> **75**

Das ist der Fall, wenn sich in der Mietsache noch ein Verkaufscontainer, mehrere Mülltonnen, Blumenbehälter sowie mehrere Kubikmeter Sperrmüll und auch Einrichtungsgegenstände befinden.<sup>382</sup> Insoweit trifft den Mieter bei einem Streit über die Rückgabe die Darlegungs- und Beweislast.<sup>383</sup> Dazu muss er im Einzelnen darlegen, welche Gegenstände sich nach seinem Auszug noch auf dem Grundstück befanden. Selbst wenn der Vermieter eine Räumungsfrist gewährt hat, steht dies der Annahme einer Vorenthaltung der Mietsache gemäß § 546a BGB nicht entgegen. Denn ausreichend ist der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters, der auch bei Einräumung einer Räumungsfrist gegeben ist<sup>384</sup> und auch nicht dadurch entfällt, dass der Vermieter die Rücknahme ablehnt, weil die Mietsache nicht vollständig geräumt ist.

## **17 Verjährung**

### **17.1 Ansprüche der Eigentümergeinschaft gegen den Mieter**

Gemäß § 548 Abs. 1 BGB verjähren Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache innerhalb von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält. Nach dem Wortlaut der Vorschrift werden hiervon Ansprüche Dritter nicht erfasst.

Der Zweck des § 548 BGB besteht darin, die mit der Beendigung eines Gebrauchsüberlassungsverhältnisses verbundenen Ansprüche einer beschleunigten Klärung zuzuführen<sup>385</sup>. Deshalb entspricht es allgemeiner Meinung, dass der Anwendungsbereich des § 548 BGB weit zu fassen ist. So unterliegen nicht nur mietvertragliche Ansprüche der kurzen Verjährung, sondern auch die aus demselben Sachverhalt herrührenden konkurrierenden Ansprüche des Vermieters, etwa aus unerlaubter Handlung oder aus dem Eigentum<sup>386</sup>. In persönlicher Hinsicht hat die Rechtsprechung Ansprüche des Vermieters gegen Dritte, die in den Schutzbereich des Mietvertrags einbezogen sind, gleichfalls der kurzen Verjährung unterworfen<sup>387</sup>.

In der Rechtsprechung des BGH ist ferner anerkannt, dass dem Mieter die Berufung auf die kurze mietrechtliche Verjährung unter bestimmten Voraussetzungen auch gegenüber einem Eigentümer möglich ist, dessen Sache im Rahmen des Mietgebrauchs beschädigt worden ist. Dies ist für den Fall einer engen wirtschaftlichen Verflechtung zwischen Vermieter und Eigentümer angenommen worden; diese kann es - etwa bei Vermietung einer im Eigentum einer Tochtergesellschaft des Vermieters stehenden Sache - rechtfertigen, den Eigentümer hinsichtlich der Verjährung von Schadensersatzansprüchen ebenso zu behandeln, als liege eine Identität zwischen Vermieter und Eigentümer vor<sup>388</sup>. Eine ähnliche Konstellation liegt vor, wenn der Eigentümer die Vermietung seiner Sache an

---

<sup>381</sup> vgl. OLG Koblenz, NZM 2006, 181; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 374.

<sup>382</sup> KG v. 3.6.2010 - 12 U 164/09, GuT 2010, 225 = GE 2010, 1201.08

<sup>383</sup> Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1135.

<sup>384</sup> BGH, NZM 2006, 820.

<sup>385</sup> BGH v. 21.3.1997 - V ZR 217/95, BGHZ 135, 152, 155 f., noch zu § 558 Abs. 1 BGB a.F.

<sup>386</sup> st. Rspr.; z.B. BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 Rz. 14 m.w.N.

<sup>387</sup> BGH v. 19.9.1973 - VIII ZR 175/72, BGHZ 61, 227, 229 f.; BGH v. 7.7.1976 - VIII ZR 44/75, MDR 1977, 134.

<sup>388</sup> BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 269/90, BGHZ 116, 293, 296.

einen Dritten gestattet und so dem Vermieter die Überlassung der Sache an den Mieter ermöglicht hat; auch in diesem Fall muss sich der Eigentümer vom Mieter die kurze mietrechtliche Verjährung entgegen halten lassen<sup>389</sup>.

Ob diese Grundsätze bei der Beschädigung von Gemeinschaftseigentum durch den Mieter einer Eigentumswohnung auf das Verhältnis zwischen Wohnungseigentümergeinschaft und Mieter übertragbar sind, ist in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur streitig.

Die überwiegend vertretene Meinung geht dahin, dass auch in diesem Verhältnis die kurze Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB Anwendung finde. Begründet wird dies vor allem damit, dass es aus der Sicht des Mieters keinen Unterschied mache, ob er eine Wohnung anmiete, die sich in einem im Alleineigentum des Vermieters gelegenen Mehrfamilienhaus befinde, oder aber eine Eigentumswohnung; in beiden Fällen sei er zur Mitbenutzung von Gemeinschaftseinrichtungen wie Treppenhaus und Aufzug befugt und greife der Zweck des § 548 BGB, eine rasche Klärung von Ansprüchen im Zusammenhang mit dem Zustand des Mietobjekts herbeizuführen, ein<sup>390</sup>.

Nach der Gegenauffassung liegen die Voraussetzungen für eine erweiternde Anwendung des § 548 BGB auf Schadensersatzansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft bei Beschädigung des Gemeinschaftseigentums nicht vor, weil weder eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem einzelnen Eigentümer und der Gemeinschaft bestehe noch aus sonstigen Gründen die Verschiedenheit zwischen Eigentümer und Vermieter nur zufälliger Natur sei<sup>391</sup>.

Der BGH folgt der letztgenannten Auffassung<sup>392</sup>. Eine Anwendung der kurzen Verjährungsfrist des § 548 BGB auf die hier in Rede stehenden Ansprüche der am Mietvertrag nicht beteiligten Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht gerechtfertigt. Eine unmittelbare Anwendung der Bestimmung, die auf das durch die vertragliche Beziehung geprägte Verhältnis Mieter/Vermieter zugeschnitten ist, auf Ansprüche der weder mit dem vermietenden Wohnungseigentümer wirtschaftlich eng verflochtenen noch nur zufällig mit diesem nicht personenidentischen Wohnungseigentümergeinschaft würde die Grenzen einer noch zulässigen weiten Gesetzesauslegung überschreiten. Für eine danach allein in Betracht zu ziehende analoge Anwendung fehlt es schon an einer Gesetzeslücke und darüber hinaus auch an einer vergleichbaren Interessenlage.

Der Vermieter hat mit dem Abschluss des Mietvertrags die Disposition zur Überlassung der Mietsache an den Mieter getroffen; ihm ist es deshalb zumutbar, die Mietsache bei Rückgabe im Hinblick auf die kurze Verjährung des § 548 BGB und eine rasche Abwicklung mietvertraglicher Ansprüche auf Schäden zu untersuchen und etwaige Ansprüche alsbald geltend zu machen. Das gleiche gilt für den Eigentümer in den Fällen, in denen vom Bundesgerichtshof eine entsprechende Anwendung des § 548 BGB bejaht worden ist, nämlich bei enger wirtschaftlicher Verflechtung zwischen Eigentümer und Vermieter oder bei einer Gestattung der Vermietung durch den Eigentümer. Insoweit geht es um Fallgestaltungen, in denen die Personenverschiedenheit von Eigentümer und Vermieter aus der Sicht

<sup>389</sup> BGH v. 21.3.1997 - V ZR 217/95, BGHZ 135, 152, 157.

<sup>390</sup> LG Essen, NZM 1998, 377 f.; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 548 BGB, Rz. 30; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 548 BGB Rz. 14; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 548 BGB Rz. 36.

<sup>391</sup> LG Stuttgart, NZM 2009, 36; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1219; Bärmann/Klein, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl., § 13 WEG Rz. 154; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 548 BGB, Rz. 5a.

<sup>392</sup> BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, GE 2011, 1156.

des Mieters lediglich zufällig ist. In diesen Fällen ist eine entsprechende Anwendung des § 548 BGB auf Schadensersatzansprüche des vom Vermieter verschiedenen Eigentümers gerechtfertigt, weil der Anwendungsbereich der kurzen Verjährung anderenfalls dadurch ausgehöhlt werden könnte, dass der Eigentümer einer Sache für die Vermietung eine ihm nahe stehende oder wirtschaftlich mit ihm eng verflochtene Person einsetzt, und so etwaige Schadensersatzansprüche ohne Rücksicht auf die kurze mietrechtliche Verjährungsfrist verfolgen könnte. Eine (nur) zufällige Personenverschiedenheit liegt in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergeinschaft jedoch nicht vor. Eine Aushöhlung des Anwendungsbereichs des § 548 BGB ist insoweit nicht zu besorgen.

Auch hat es in den vorgenannten Fällen der Eigentümer in der Hand, ob die Sache einem Mieter zur Benutzung überlassen wird. Im Gegensatz dazu hat die Wohnungseigentümergeinschaft, worauf die Revision zu Recht hinweist, keinen Einfluss darauf, ob und an wen die Wohnung vermietet wird. Dem Eigentümer kann deshalb zugemutet werden, dass er sich die mietrechtlichen Regelungen, zu denen auch die kurze Verjährung gehört, ebenso entgegen halten lassen muss, als hätte er selbst die Sache vermietet. Soweit zur Wahrung seiner Interessen eine alsbaldige Feststellung etwaiger Schäden nach Rückgabe der Mietsache erforderlich ist, kann er dies regelmäßig in seinem Verhältnis zum Vermieter sicherstellen.

Demgegenüber besteht für die Wohnungseigentümer im Verhältnis zu dem Mieter einer Eigentumswohnung eine grundsätzlich andere Interessenlage. Der einzelne Wohnungseigentümer kann gemäß § 13 Abs. 1 WEG grundsätzlich mit den in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen (Eigentumswohnung) nach Belieben verfahren. Er entscheidet über die Nutzung seines Sondereigentums allein; er kann es vermieten und dem Mieter in diesem Rahmen gemäß § 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 Nr. 2 WEG auch den (berechtigten) Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums verschaffen. Die Überlassung der Mietsache - auch soweit nicht die Nutzung des Sondereigentums, sondern der Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums betroffen ist - beruht deshalb - anders als in den Fällen einer vom Eigentümer gestatteten Vermietung - nicht auf einer Verfügung der Wohnungseigentümergeinschaft über das Gemeinschaftseigentum, sondern allein auf einer Disposition des vermietenden Wohnungseigentümers. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, die Wohnungseigentümergeinschaft hinsichtlich der Verjährung von Schadensersatzansprüchen den Sondervorschriften des Mietrechts zu unterwerfen. Die Wohnungseigentümergeinschaft hat vielfach keine Kenntnis vom Auszug eines Mieters eines ihrer Wohnungseigentümer. Sie hat demgemäß auch keine Veranlassung, das dem Mieter zum Mitgebrauch überlassene Gemeinschaftseigentum wie Hauseingangsbereich, Treppenhaus und Aufzug zeitnah zum Auszug oder der Rückgabe der Wohnung zu untersuchen.

Auch die Interessen des Mieters gebieten eine Anwendung des § 548 Abs. 1 BGB auf Schadensersatzansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft gegen ihn nicht. Bei der Anmietung einer Eigentumswohnung ist für den verständigen Mieter erkennbar, dass eine (vertragswidrige) Nutzung von im Gemeinschaftseigentum stehenden Sachen Eigentumsrechte der nicht am Mietvertrag beteiligten - und auch nicht dem "Lager" des Vermieters zuzurechnenden - Wohnungseigentümergeinschaft verletzen kann. Außerdem würde andernfalls gemäß § 548 Abs. 1 Satz 3 BGB auch die Verjährung der im laufenden Mietverhältnis entstandenen Ersatzansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Mieter (erst) mit der Rückgabe der Mietsache beginnen.

Nach § 548 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB beginnt die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in dem Zeitpunkt, in dem er die Sache zurückerhält. Die Rückgabe im Sinne dieser Vorschrift setzt grundsätzlich eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters voraus, weil er erst durch die unmittelbare Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache zu machen<sup>393</sup>. Die Beendigung des Mietverhältnisses ist hingegen nicht Voraussetzung für den Beginn der kurzen Verjährung<sup>394</sup>.

Vor diesem Hintergrund erhält der Vermieter die Wohnung nicht schon dadurch im Sinne des § 548 Abs. 1 BGB zurück, dass der Mieter versucht, ihm die Wohnungsschlüssel zu übergeben, solange er zu diesem Zeitpunkt in den Besitz der Wohnungsschlüssel gelangt und deshalb die unmittelbare Sachherrschaft über die vermietete Wohnung zurück erlangt hat<sup>395</sup>. Auch dadurch, dass der Mieter die Schlüssel für die bereits geräumte Wohnung nach der gescheiterten Übergabe in den Briefkasten seiner bisherigen Wohnung geworfen hat, hat der Vermieter nicht die Sachherrschaft über die Wohnung erhalten.

Ob ein Annahmeverzug des Vermieters mit der Rücknahme grundsätzlich den Beginn der kurzen Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB auslöst, kann solange dahinstehen, wie ein solcher Annahmeverzug nicht eingetreten ist<sup>396</sup>. Dies kann noch nicht durch die bloße Verweigerung einer nicht angekündigten Schlüsselrücknahme angenommen werden. Denn jedenfalls ist der Vermieter nicht verpflichtet, die Mietsache jederzeit - sozusagen "auf Zuruf" - zurückzunehmen. Der Vermieter gerät deshalb durch seine Weigerung, die Schlüssel sofort "an der Haustür" entgegenzunehmen, als sie ihm von dem kurzfristig ausgezogenen Mieter angeboten wurden, nicht in Annahmeverzug.

## 18 Prozess

### 18.1 Schlüssigkeit des Sachvortrages zur Kündigung

Ein Sachvortrag ist dann schlüssig, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, die den Zeitpunkt und den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, ist nicht erforderlich, soweit diese Einzelheiten für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Die Ablehnung eines für eine beweishebliche Tatsache angetretenen Zeugenbeweises ist darüber hinaus nur dann zulässig, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber aufs Geratewohl gemacht, gleichsam

---

<sup>393</sup> BGH v. 14.5.1986 - VIII ZR 99/85, BGHZ 98, 59, 62 ff.; BGH v. 10.7.1991 - XII ZR 105/90, NJW 1991, 2416 unter II 5 b bb.

<sup>394</sup> BGH v. 14.5.1986 - VIII ZR 99/85, BGHZ 98, 59, 62 ff.; BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 9.

<sup>395</sup> BGH v. 12.10.2011 VIII ZR 8/11, GE 2011, 1678.

<sup>396</sup> BGH v. 12.10.2011 VIII ZR 8/11, GE 2011, 1678.

„ins Blaue hinein“ aufgestellt, mit anderen Worten, aus der Luft gegriffen sind und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstelle.<sup>397</sup> 79

Diese Anforderungen sind erfüllt, wenn der Mieter zu einer Kündigung nach § 543 Abs. 1 bereits in der Klageschrift vorträgt, dass sich die Gesellschafterin des Vermieters im Dezember 2006 gegenüber einer Verkäuferin eines benachbarten Geschäfts dahingehend geäußert habe, dass sie der Mieter bis Sommer 2007 „aus dem Laden heraus habe“ und der Mieter ein „schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“ betreibe, und zum Beweis dieser Behauptung die Verkäuferin namentlich und mit ladungsfähiger Anschrift als Zeugin benennt, und in einem weiterem Schriftsatz ergänzenden Sachvortrag dazu hält, dass die Geschäftsführerin des Vermieters in der Öffentlichkeit verbreite, der Mieter würde in seinen Geschäftsräumen einer Sektentätigkeit nachgehen bzw. ein „verdecktes Puff“ betreiben.

## 18.2 Erledigung durch Räumungsvollstreckung?

Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB tritt für Ansprüche aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 985 BGB grundsätzlich nicht ein, wenn die Leistung in der Zwangsvollstreckung erzwungen wird oder sich der Schuldner nur deshalb einem vorläufig vollstreckbaren Titel beugt, um dem bevorstehenden Vollstreckungszwang zu entgehen. Anderes gilt nur dann, wenn der Schuldner bei oder unmittelbar nach Kenntnisnahme von der Zwangsvollstreckung analog § 362 Abs. 1 BGB in unzweifelhafter Weise eine Leistungsbestimmung mit dem Inhalt trifft, das Ergebnis der Zwangsvollstreckung solle nun als Erfüllung gelten.<sup>398</sup>

Eine solche eindeutige Erklärung hat der Mieter auch nicht schlüssig abgegeben, wenn er darauf beharrt, erstinstanzlich zu Unrecht verurteilt worden zu sein.<sup>399</sup>

## 18.3 Verjährung als erledigendes Ereignis

Nach der überwiegenden Auffassung stellt die Erhebung der Einrede der Verjährung ein erledigendes Ereignis dar. Für die Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache vorliege, sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, auf welchen Umständen die nachträglich eingetretene Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage beruhe. Eine Erledigung der Hauptsache könne auch dann eintreten, wenn die Klage aus Gründen unzulässig oder unbegründet werde, die allein im Verantwortungsbereich des Klägers lägen. Daher könne auch die Verjährung der Klageforderung zur Erledigung des Rechtsstreits führen, obwohl es der Kläger selbst in der Hand gehabt hätte, den Eintritt der Verjährung zu vermeiden.<sup>400</sup> Eine Erledigung der Hauptsache trete deshalb auch dann ein, wenn die Verjährungsfrist für den Klageanspruch bereits bei Erhebung der Klage abgelaufen gewesen sei, sich der Beklagte jedoch erstmals im Prozess auf die Verjährung berufe

---

<sup>397</sup> BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710, 2711.

<sup>398</sup> vgl. OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029; Zöller/*Gummer*, 28. Aufl., vor § 511 ZPO Rz. 23 und 27, § 511 ZPO Rz. 17 jew. m.w.N.; Palandt/*Grüneberg*, 68. Aufl., § 362 BGB Rz. 15 m.w.N.

<sup>399</sup> OLG Düsseldorf v. 30.11.2009 – 24 U 139/09, ZMR 2010, 677.

<sup>400</sup> vgl. OLG Frankfurt a.M., MDR 2002, 778, 779, WRP 1982, 422 und WRP 1979, 799, 801; OLG Karlsruhe, WRP 1985, 288; OLG Hamburg, MDR 1985, 951, 952 f.; OLG München, WRP 1987, 267, 268; OLG Düsseldorf, WRP 1980, 701, 702; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg, WRP 1980, 232, 233; OLG Celle, WRP 1983, 96 und GRUR 1987, 716; Stein/Jonas/*Bork*, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rz. 6; Prütting/*Gehrlein/Hausherr*, ZPO, § 91a Rz. 8 und 11; Thomas/*Putzo/Hüßtege*, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rz. 5; Saenger/*Gierl*, Hk-ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 7; Baumbach/*Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 67. Aufl., § 91a Rz. 59 - "Verjährung"; Rosenberg/*Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 130 Rz. 2; *El-Gayar*, MDR 1998, 698 f.; *Meller-Hannich*, JZ 2005, 656, 663; *Peters*, NJW 2001, 2289 f.; *Wernecke*, JA 2004, 331, 334; *Thesen*, WRP 1981, 304, 305.

Nach anderer Auffassung handelt es sich bei der Erhebung der Einrede der Verjährung nicht um ein erledigendes Ereignis. Umstände, deren Eintritt der Kläger beeinflussen könne, insbesondere solche, die auf einem Verhalten des Klägers selbst beruhen und deren Eintritt er hätte verhindern können, müssten als Erledigungsereignisse außer Betracht bleiben. Bei der Verjährung liege es alleine an dem Gläubiger, der den geltend gemachten Anspruch habe verjähren lassen, dass letzterer infolge der Verjährungseinrede unbegründet geworden sei. Es bestehe kein überzeugender Grund, den Kläger vor den Folgen seines Verhaltens zu schützen. Eine Klage werde zwar erst dann unbegründet, wenn der Beklagte eine begründete Verjährungseinrede erhebe. Voraussetzung sei allerdings, dass die Verjährungsfrist auch abgelaufen sei, der Kläger also die Verjährung nicht durch die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen unterbrochen habe.<sup>401</sup> Begründet wird diese Auffassung auch damit, dass die Geltendmachung der Einrede im Prozess auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirke.<sup>402</sup>

Eine weitere Auffassung unterscheidet danach, ob der Eintritt der Verjährung vor oder nach Erhebung der Klage oder der Beantragung einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Nach dieser Auffassung stellt die Einrede der Verjährung gegenüber einer bereits vor Verfahrensbeginn verjährten Forderung kein erledigendes Ereignis dar, während ein solches im Falle des erst während des laufenden Verfahrens erfolgenden Verjährungseintritts bejaht wird.<sup>403</sup>

Der BGH hat sich der überwiegenden Auffassung angeschlossen.<sup>404</sup> Der Eintritt der Verjährung habe für sich genommen weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs.<sup>405</sup> Der Schuldner sei ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB),<sup>406</sup> was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nehme.<sup>407</sup> Die Verjährung berühre nach der Konzeption des BGB mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbegründenden Umstände als solche vom Kläger selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten zu. Ob der Schuldner von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden Einrede der Verjährung Gebrauch macht, stehe in seinem freien Belieben. Erhebe der Beklagte erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so werde hierdurch für den Kläger ein Hindernis geschaffen, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet. Erst letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führe zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

---

<sup>401</sup> OLG Koblenz, WRP 1982, 657, 658; OLG Schleswig, NJW-RR 1986, 38 f.; OLG Hamm, WRP 1977, 199 f.; MünchKomm-ZPO/Lindacher, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 152; Wieczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 33; Ulrich, WRP 1990, 651, 654; Bork, WRP 1987, 8, 12.

<sup>402</sup> vgl. Zöllner/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rz. 58 - "Verjährung"; El-Gayar, MDR 1998, 698, 699

<sup>403</sup> Zöllner/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rz. 5 und 58 - "Verjährung"; El-Gayar, MDR 1998, 698; Hase, WRP 1985, 254, 255 f.

<sup>404</sup> BGH v. 27.1.2010 – VIII ZR 58/09, ZMR 2010, 591.

<sup>405</sup> vgl. BGHZ 156, 269, 271; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., vor § 194 Rz. 5 und § 214 Rz. 1; Palandt/Ellenberger, 69. Aufl., § 214 BGB Rz. ½.

<sup>406</sup> BGH v. 15.10.2004 - V ZR 100/04, WPM 2004, 2443, unter II 2 c.

<sup>407</sup> BGH v. 4.12.2007 - XI ZR 144/06, BauR 2008, 666, unter IV 3 d.



Im selbständigen Beweisverfahren ist grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs von § 494a ZPO keine Entscheidung über die Kostentragungspflicht zu treffen; diese Entscheidung ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.<sup>408</sup> Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bilden einen Teil der Kosten eines anhängigen oder zukünftigen Erkenntnisverfahrens zwischen den Parteien, neben dem oder zu dessen Vorbereitung das selbständige Beweisverfahren stattgefunden hat.<sup>409</sup>

Die Rechtsprechung hat jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen, weil in manchen Fällen der Antragsgegner ein schützenswertes Interesse an einer sofortigen Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren hat. Eine solche Kostenentscheidung ist insbesondere dann veranlasst, wenn der Antragsteller den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurückgenommen hat.<sup>410</sup>

Das Gleiche gilt für eine einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers.<sup>411</sup> Sie ist nämlich in eine Antragsrücknahme umzudeuten. Eine einseitige Erledigungserklärung ist im selbständigen Beweisverfahren unzulässig.<sup>412</sup> Sie ist aber regelmäßig in eine (wirksame) Antragsrücknahme mit der Kostenfolge entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO umzudeuten, wenn nach dem Willen des Antragstellers das selbständige Beweisverfahren endgültig beendet werden soll.<sup>413</sup> Auch im Verfahrensrecht gilt in entsprechender Anwendung des § 140 BGB der Grundsatz, dass eine fehlerhafte Parteihandlung in eine zulässige und wirksame Prozessklärung umzudeuten ist, wenn deren Voraussetzungen eingehalten sind, die Umdeutung dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht und kein schutzwürdiges Interesse des Gegners entgegensteht.<sup>414</sup>

Die Umdeutung einer unzulässigen Erledigungserklärung in eine Antragsrücknahme entspricht regelmäßig dem mutmaßlichen Interesse des Antragstellers. Denn dessen Ziel einer sofortigen Beendigung eines selbständigen Beweisverfahrens kann nur durch eine Antragsrücknahme erreicht werden. Dem steht nicht entgegen, dass die Rücknahme mit der für den Antragsteller nachteiligen Kostentragungspflicht des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO verbunden ist. Diesem Gesichtspunkt kommt angesichts des vorrangigen Willens, das Verfahren zu beenden, keine ausschlaggebende Bedeutung zu.<sup>415</sup> Denn die kostenrechtliche Situation des Antragstellers wird hierdurch nicht verschlechtert. Deutete man die - auch bei Wegfall des Beweissicherungsinteresses - unzulässige „Erledigungserklärung“ des Antragstellers nicht in eine Antragsrücknahme um, hätte dies zur Konsequenz, dass das Begehren des Antragstellers auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens aufrechterhalten bliebe und vom Gericht als unzulässig zurückzuweisen wäre. In diesem Falle wäre im selbständigen Beweisver-

---

<sup>408</sup> vgl. BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005 unter III 1; BGH v. 21.9.2010 - VIII ZB 73/09, juris Rz. 7.

<sup>409</sup> BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; vgl. ferner BGH v. 9.2.2006 - VII ZB 59/05, NJW-RR 2006, 810 Rz. 11.

<sup>410</sup> vgl. BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42 unter III 3 b m.w.N.

<sup>411</sup> BGH v. 7.12.2010 - VIII ZB 14/10, WuM 2011, 46.

<sup>412</sup> BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42 unter III 3 a.

<sup>413</sup> BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42; BGH v. 21.9.2010 - VIII ZB 73/09, juris Rz. 7; vgl. ferner OLG Hamm, NZBau 2005, 696, 697.

<sup>414</sup> vgl. BGH v. 6.12.2000 - XII ZR 219/98, NJW 2001, 1217 unter 4 m.w.N.

<sup>415</sup> BGH v. 7.12.2010 - VIII ZB 14/10, WuM 2011, 46; a.A. OLG Düsseldorf, OLGR 2005, 453, 454; OLG Hamburg v. 20.10.2006 - 9 W 88/06, juris Rn. 4; OLG Schleswig, NJW-RR 2009, 656 f.

fahren aber (ebenfalls) eine Kostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers zu treffen.<sup>416</sup> Kann kein Hauptsacherechtsstreit anhängig gemacht werden, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen werden kann, und haben sich die Parteien nicht über die Kostenverteilung geeinigt, ist über die Kostentragungspflicht nach § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf Antrag ausnahmsweise im selbständigen Beweisverfahren zu befinden.<sup>417</sup> 82

### **18.5 Klage auf zukünftige Leistung (Miete)**

Gemäß § 259 ZPO kann Klage auf zukünftige Leistung erhoben werden, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

Die Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung des Mieters besteht bereits deshalb, wenn feststeht, dass der Mieter dem Vermieter einen Betrag schuldet, der eine Bruttomonatsmiete in mehrfacher Höhe übersteigt<sup>418</sup>. Denn dann ist zu besorgen, dass er künftige Nutzungsentgeltforderungen des Vermieters - unabhängig davon, ob sie Miete oder Nutzungsentschädigung zum Gegenstand haben - nicht rechtzeitig erfüllen werden.

---

<sup>416</sup> so zutreffend die überwiegende Auffassung, vgl. etwa OLG Hamburg, MDR 1998, 242, 243 mwN; OLG Frankfurt/Main, MDR 1998, 128; OLG Karlsruhe, MDR 2000, 975, 976; KG, GE 2001, 1602; OLG Stuttgart, BauR 1995, 278, 279; OLG Naumburg v. 26.5.2010 - 1 W 27/10, juris; offen gelassen in BGH v. 7.10.1982 - III ZR 148/81, NJW 1983, 284 unter III.

<sup>417</sup> BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42m.w.N.

<sup>418</sup> BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 146/10, WuM 2011, 434 = ZMR 2011, 709 = NZM 2005, 882.