



Aktuelles Mietrecht 2022

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Lehrbeauftragter an der TH Köln

✉ Aachener Str. 1053-1055, 50958 Köln

✉ luetzenkirchen@ld-ra.de

☎ 0221-1792910

INHALT

A. Einblick.....	1
B. Gesetzesänderung	1
Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG	1
Zu § 554 BGB allgemein	3
Zu § 554 Absatz 1 Satz 1 BGB	4
Zu § 554 Absatz 1 Satz 2 BGB	6
Zu § 554 Absatz 1 Satz 3 BGB	11
Zu § 554 Absatz 2 BGB	11
Zu § 556a Absatz 3 und 4 BGB	11
Zu § 578 BGB	12
C. Aktuelles Mietrecht	14
1 Covid-19-Pandemie und § 313 BGB	14
2 Mietvertrag	27
2.1 Konkludente Vereinbarung von Kündigungsschutz im Gewerberaummietvertrag.....	27
2.2 Nichtigkeit wegen Wettbewerbsverstoßes.....	31
2.2.1 wegen Verstoßes gegen die Vergabeordnung.....	31
2.2.2 Umbauten nach der Durchführung des Vergabeverfahrens	33
2.2.3 Wegen einer Laufzeit des Mietvertrages von mehr als 10 Jahren.....	34
2.3 Betriebspflicht.....	37
2.3.1 Summierungseffekt bei Betriebspflicht mit fehlendem Konkurrenzschutz und Sortimentsbindung	37
2.3.2 vage Sortimentsbindung	41
3 Miete	44
3.1 Wegfall der Geschäftsgrundlage (Corona).....	44
3.1.1 Anspruch auf Mietanpassung bejaht (Textilgeschäft)	44
3.1.2 Anspruch auf Mietanpassung verneint (Filialist)	50
3.1.3 Doch alles anders?	54
3.2 Vormiete i.S.v. § 556e Abs. 1 BGB.....	55
3.3 Umfassende Modernisierung i.S.d. § 556f BGB.....	58
3.4 Rückforderung zuviel gezahlter Miete	62

4	Mietzeit	64
4.1	Befristung oder auflösende Bedingung	64
5	Schönheitsreparaturen	67
5.1	Renovierungsanspruch des Mieters bei unwirksamer Klausel.....	67
6	Gewährleistung	75
6.1	Flächenabweichung und Doppelvermietung	75
6.2	Flächenabweichung unter 10%	76
6.3	Beschaffenheitsvereinbarung bei Umweltmängeln	79
6.3.1	Umweltmangel in der Gewerberaummiete	89
6.4	Beweislast und Anerkenntnis.....	95
6.5	Feststellung der Minderung im selbständigen Beweisverfahren	99
7	Schriftform	101
7.1	Kurzfristige Änderung von wesentlichen Pflichten	101
7.2	Schriftform bei gemeinschaftlicher Vertretung.....	102
7.3	Nicht in Bezug genommener Konkurrenzschutz	105
7.4	Nachtrag über die Erweiterung der Mietfläche	109
7.5	Treuwidriges Berufen auf Schriftformmangel.....	112
8	Kautions	113
8.1	Verrechnung des Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB	113
9	Modernisierungsankündigung	122
9.1	Ankündigung mit Vorlauf von 11 Monaten.....	122
9.2	Inhaltliche Anforderungen	134
10	Mieterhöhung	138
10.1	Nach § 557b BGB.....	138
10.1.1	Wirksame Indexklausel	138
10.1.2	Beifügung eines falschen Index in der Erhöhungserklärung	143
10.2	nach § 558 BGB.....	144
10.2.1	maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete.....	144
10.2.2	Mitteilung der Mietpreisspanne und Beifügung des Mietspiegels	145
10.2.3	Begründung bei Teilinklusive miete.....	148
10.2.4	rechtliche Einordnung der Klagefrist (Änderung der Rechtsprechung)	150
10.2.5	Mietspiegel oder Sachverständigengutachten zur Beweisaufnahme	153

10.2.6 Mieterhöhung und MietenWoG Bln	156
10.3 nach § 559 BGB.....	158
10.3.1 Mieterhöhung zeitlich nach der gemäß § 558 BGB.....	158
10.3.2 Abzug von ersparten Instandsetzungskosten	162
11 Vermieterwechsel.....	165
11.1 analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB.....	165
12 Betriebskosten.....	169
12.1 Umlagefähigkeit von Baumfällkosten	169
12.2 Einzelne Darstellung sonstiger Betriebskosten	175
12.3 Formelle Wirksamkeit der Abrechnung.....	175
12.4 Formelle Wirksamkeit der Abrechnung im Gewerbe	178
12.5 Vertraglicher genereller Verzicht auf Einwendung	182
12.6 Einsichtsrecht in Belege des Subunternehmers.....	185
12.7 Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege.....	191
12.8 Vereinbarte Abrechnungsfrist (Gewerberaummiete)	193
12.9 Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete.....	197
12.10 Falsche Betriebskostenabrechnung als Kündigungsgrund.....	198
13 Heizkosten.....	200
13.1 Schätzung nach § 9a HeizkV.....	200
14 Beendigung des Mietvertrages	205
14.1 Kündigungsausschluss	205
14.1.1 Vertraglicher Ausschluss von Eigenbedarf bei Erwerb nach ZVG...205	
14.2 Fristgerechte Kündigung	209
14.2.1 Kündigungssperre nach § 577a BGB bei geschiedenen Ehegatten209	
14.2.2 Rechtsmissbräuchlicher Erwerb der Vermieterstellung.....	212
14.2.3 Hinweispflicht bei Wegfall des Eigenbedarfs.....	213
14.2.4 Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges	219
14.2.5 Ordentliche Kündigung wegen Abriss des Gebäudes	220
14.3 Anwendung des § 574 BGB.....	224
14.3.1 Allgemeine Grundsätze.....	224
14.3.2 Anwendbarkeit bei wichtigem Grund	228
14.3.3 Beschaffung von Ersatzwohnraum	231

14.3.4 Sachverständigengutachten bei § 574 BGB.....	235
14.4 Untermiete	236
14.4.1 Kündigung gegenüber dem Untermieter nach Widerruf der Untervermietungserlaubnis	236
14.5 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	237
14.5.1 § 543 Abs. 2 Nr. 3a, 2. Alt. BGB.....	237
14.5.2 Freilaufende Hunde	243
14.6 Kündigungsfolgeschaden	244
15 Rückgabe.....	247
15.1 Einstweilige Verfügung auf Räumung	247
15.2 durch Besitzaufgabe	250
15.3 in der Insolvenz des Mieters	253
15.4 Schlüsselverlust	255
16 Nutzungsentschädigung vom Untermieter	257
17 Schadensersatz	260
17.1 Fiktive Schadensberechnung bei § 281 BGB	260
18 Verjährung.....	260
18.1 Verschlechterung durch Unterlassen von baulichen Veränderungen..	260
19 Zwangsvollstreckung.....	262
19.1 Räumungsvollstreckung gegen Erben	262

A. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2021/22 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und einiger Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Diese wurden, soweit möglich, in den Text eingearbeitet. Die vollständige Erfassung der Rechtslage kann diese Darstellung aber nicht ersetzen. Neben den weiterführenden Zitaten im Text und der einschlägigen Literatur kann insoweit auf meinen kalenderjährlichen Überblick verwiesen werden, der unter

www.ld-ra.de/news

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

B. Gesetzesänderung

Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG

Aus BT-Drucksache 19/18791:

Seite 24

1. Förderung der Elektromobilität, der Barrierereduzierung, des Einbruchsschutzes und dem Glasfaseranschluss

Nach geltendem Recht bedarf jede bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums der Zustimmung aller Wohnungseigentümer, die durch die Maßnahme über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt werden (§ 22 Absatz 1 in Verbindung mit § 14 Nummer 1 WEG). Nach Ansicht der Rechtsprechung liegt die Schwelle zu einer Beeinträchtigung recht niedrig. Deshalb dürfen bauliche Veränderungen des gemeinschaftlichen Eigentums häufig nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer vorgenommen werden. Dabei kann jeder Wohnungseigentümer seine Zustimmung auch ohne ernsthaften Grund verweigern, solange seine Rechte jedenfalls im Rechtssinne beeinträchtigt sind. Die Zustimmung aller Wohnungseigentümer und Wohnungseigentümerinnen ist in der Praxis gerade in größeren Gemeinschaften kaum zu erreichen. Selbst wenn eine Maßnahme als Modernisierung im Sinne des § 22 Absatz 2 WEG einzuordnen ist, muss sie durch eine

Mehrheit von drei Vierteln aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer und mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile beschlossen werden. Auch diese hohen Quoren werden in der Praxis selten erreicht. Zudem besteht die Vorgabe, dass durch die bauliche Maßnahme die „Eigenart der Wohnanlage“ nicht geändert werden darf. Die geltende Rechtslage führt so dazu, dass der bauliche Zustand der Wohnungseigentumsanlage „versteinert“. Daneben werden aber auch bauliche Veränderungen verhindert, die für einzelne Wohnungseigentümer und Wohnungseigentümerinnen besonders bedeutsam und aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive sinnvoll sind. Dies gilt insbesondere für die Errichtung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge sowie für Maßnahmen der Barrierereduzierung, des Einbruchsschutzes und des Glasfaseranschlusses.

Der Entwurf sieht deshalb vor, dass bauliche Maßnahmen zur Errichtung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge, zur Barrierereduzierung, zum Einbruchsschutz sowie zum Glasfaseranschluss privilegiert werden. Diese Maßnahmen sollen künftig nicht mehr der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedürfen. Vielmehr soll jeder Wohnungseigentümer beziehungsweise jede Wohnungseigentümerin grundsätzlich einen Rechtsanspruch darauf haben (§ 20 Absatz 2 des Wohnungseigentumsgesetzes in der Entwurfsfassung – WEG-E). Die Eigentümerversammlung darf die Baumaßnahmen in der Regel nicht verwehren. Sie darf aber auf die Art der Durchführung der Maßnahme Einfluss nehmen und zum Beispiel beschließen, dass die Gemeinschaft die Baumaßnahme organisiert, damit diese den Überblick über den baulichen Zustand der Wohnanlage behält. Die Kosten der Maßnahme soll der begünstigte Wohnungseigentümer tragen.

Zusätzlich soll grundsätzlich auch jeder Mieter beziehungsweise jede Mieterin einen Anspruch gegen den jeweiligen Vermieter beziehungsweise die jeweilige Vermieterin erhalten, dass ihm beziehungsweise ihr bauliche Maßnahmen zur Errichtung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge, zur Barrierereduzierung sowie zum Einbruchsschutz auf seine beziehungsweise ihre Kosten erlaubt werden (§ 554 des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Entwurfsfassung – BGB-E).

Der Entwurf liefert damit auch einen wichtigen Beitrag für das Erreichen der Klimaziele. Denn die rechtliche Erleichterung des Einbaus von Lademöglichkeiten für Elektrofahrzeuge ist für die Förderung der Elektromobilität unerlässlich.

Seite 84 ff.

Zu § 554 BGB allgemein

§ 554 ist derzeit nicht belegt. Die neue Vorschrift regelt den Anspruch des Mieters, vom Vermieter die Erlaubnis für bestimmte bauliche Veränderungen der Mietsache zu verlangen. Der Anspruch umfasst Maßnahmen, die dem Gebrauch durch Menschen mit Behinderungen, dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge oder dem Einbruchschutz dienen.

§ 554 enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz, nach dem der Mieter keinen Anspruch darauf hat, dass der Vermieter nach Abschluss des Mietvertrags den Umfang des Gebrauchsrechts erweitert, etwa indem er dem Mieter einen Umbau der Mietsache genehmigt. Eine solche Ausnahme gilt nach dem geltenden § 554a bereits für Umbauten, die für eine behindertengerechte Nutzung der Mietsache erforderlich sind. Der Entwurf sieht vor, § 554a aufzuheben und die Barrierefreiheit und den Anspruch auf Herstellung einer Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge sowie auf Herstellung von Einbruchschutz in § 554 gemeinsam zu regeln. Dies dient der Übersichtlichkeit des Gesetzes sowie der Vermeidung von Doppelungen oder gar widersprüchlichen Regelungen. Die drei Sachverhalte, in denen das Gesetz einen Anspruch des Mieters auf Erlaubnis baulicher Veränderungen ausdrücklich anerkennt, werden auf diese Weise in einer Vorschrift zusammengefasst.

Die Regelung ist abgestimmt mit § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 bis 3 WEG-E. Dadurch soll der Anspruch des Mieters auf Erlaubnis der in § 554 geregelten Maßnahmen bei Vermietung einer Eigentumswohnung mit den wohnungseigentumsrechtlichen Vorschriften über bauliche Veränderungen harmonisiert werden.

Absatz 1 Satz 1 stellt an die Entstehung des Anspruchs auf Erlaubnis einer baulichen Veränderung geringe Anforderungen. Deshalb ist die in Absatz 1 Satz 2 geregelte Möglichkeit des Ausschlusses des Anspruchs von besonderer Bedeutung. Danach ist durch eine umfassende Interessenabwägung zu ermit-

teln, ob der Anspruch im Einzelfall besteht oder nicht. Dadurch soll eine Rechtsanwendung ermöglicht werden, die den Anspruch des Mieters umfassend anhand der Umstände des Einzelfalls bewertet.

Nach Vertragsende ist der Mieter nach allgemeinen Grundsätzen zum Rückbau der baulichen Veränderung verpflichtet. Treuwidrige Rückbauverlangen des Vermieters scheitern aber an § 242 BGB (vergleiche etwa Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 19. Dezember 1991 – 6 U 108/90, Randnummer 181, zitiert nach juris). Dies kommt insbesondere im Hinblick auf vom Mieter installierte Elektroleitungen in Betracht, die nach dessen Auszug noch verwendet werden können.

Zu § 554 Absatz 1 Satz 1 BGB

§ 554 Absatz 1 Satz 1 ist die Grundlage des Mieteranspruchs und benennt dessen Voraussetzungen. Es handelt sich um einen Anspruch auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung, weil das dem Mieter bisher, also nach dem noch nicht nach Absatz 1 Satz 1 modifizierten Vertrag, zustehende Gebrauchsrecht in seiner Ausprägung, die Mietsache baulich verändern zu dürfen, erweitert wird. Die Vorschrift enthält also nicht etwa ein gesetzliches Umbaurecht des Mieters. Will der Mieter die in der Vorschrift beschriebenen baulichen Maßnahmen durchführen, muss ihm der Vermieter vorher die Erlaubnis hierzu erteilen. Würde der Mieter ohne die Erlaubnis bauliche Veränderungen vornehmen, beginge er eine Pflichtverletzung. Eine Ausnahme gilt, wenn dem Mieter die Ausführung bestimmter Baumaßnahmen schon nach dem bisherigen Vertragsinhalt gestattet ist.

Die vom Mieter begehrte Vertragsänderung muss sich auf die Erlaubnis einer baulichen Veränderung beziehen. Bauliche Veränderung ist jede Modifikation der Substanz der Mietsache. Es ist unerheblich, ob das von der baulichen Veränderung betroffene Bauteil bereits Teil der vermieteten Wohnung ist oder es sich in einem dem Mieter nur zum Mitgebrauch überlassenen Bereich befindet. Absatz 1 Satz 1 ist daher etwa auch anwendbar, wenn der Mieter einen Treppenlift in das ihm zum Mitgebrauch vermietete Treppenhaus einbauen möchte. Nicht unter die Vorschrift fallen hingegen räumliche Erweiterungen des Gebrauchsrechts des Mieters, da Absatz 1 Satz 1 auf die Vornahme baulicher Veränderungen beschränkt ist. Der Mieter kann daher nicht verlangen, dass

ihm der Vermieter bauliche Veränderungen in Bereichen des Gebäudes oder des Grundstücks erlaubt, auf die sich sein Gebrauchsrecht nicht erstreckt. Deshalb fällt etwa der Wunsch des Mieters, im Hof des Grundstücks, der ihm nicht zum Abstellen von Kraftfahrzeugen vermietet ist, eine sogenannte Wallbox zu installieren und dort in Zukunft sein Kraftfahrzeug aufzuladen, nicht unter § 554 Absatz 1 Satz 1. Ein solcher Anspruch auf räumliche Erweiterung des Gebrauchsrechts wäre ein zu weitgehender Eingriff in die Vertragsfreiheit des Vermieters.

Der Anspruch setzt weiter voraus, dass die begehrte Maßnahme der Nutzung der Mietsache durch Menschen mit Behinderungen, dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge oder dem Einbruchschutz dient.

Die erste Variante betrifft bauliche Veränderungen, die Menschen mit Behinderungen den Gebrauch der Mietsache erleichtern. Diese sind bislang in § 554a Absatz 1 Satz 1 geregelt. Die Definition der erfassten Maßnahmen aus dem geltenden § 554a Absatz 1 Satz 1 wird sprachlich gestrafft; eine Änderung des Anwendungsbereichs der Vorschrift ist damit nicht bezweckt.

Die zweite Variante betrifft bauliche Veränderungen, die dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge dienen. Elektrisch betriebene Fahrzeuge sind insbesondere Fahrzeuge gemäß § 2 Nummer 1 des Elektromobilitätsgesetzes (EmoG). Erfasst sind daneben aber etwa auch elektrisch betriebene Zweiräder und spezielle Elektromobile für Gehbehinderte, die nicht in den Anwendungsbereich des EmoG fallen. Dem Laden dieser Fahrzeuge dienen alle baulichen Veränderungen, die es dem Mieter ermöglichen, Strom in Fahrzeuge einzuspeisen beziehungsweise aus diesen auszuspeisen. Erfasst wird damit vor allem die Installation einer Lademöglichkeit, etwa in Form der Verlegung erforderlicher Stromleitungen und des Einbaus eines Ladepunktes, zum Beispiel einer sogenannten Wallbox. Mit umfasst sind außerdem die zur Umsetzung von Vorgaben des Messstellenbetriebsgesetzes oder zur Teilnahme an einem Flexibilitätsmechanismus nach § 14a des Energiewirtschaftsgesetzes erforderlichen Maßnahmen; hierzu gelten die Ausführungen zu § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 WEG entsprechend. Inhaltlich erstreckt sich der Anspruch des Mieters nicht nur auf die Ersteinrichtung einer solchen Ladeinfrastruktur, sondern auch auf Maßnahmen, die der Verbesserung oder Erhaltung einer bereits vorhandenen Lademöglichkeit dienen.

Die dritte Variante betrifft bauliche Veränderungen, die dem Einbruchsschutz dienen. Erfasst sind bauliche Veränderungen, die geeignet sind, den widerrechtlichen Zutritt zur Wohnung des Mieters zu verhindern, zu erschweren oder auch nur unwahrscheinlicher zu machen. Der Anspruch ist nicht auf bauliche Veränderungen in Bereichen beschränkt, die dem Mieter zum exklusiven Gebrauch zugewiesen sind, wie es etwa beim Einbau eines Wohnungstürspions der Fall ist. § 554 Absatz 1 Satz 1 kann vielmehr auch auf die Erlaubnis der Ausführung von Einbruchsschutzmaßnahmen in Bereichen des Grundstücks oder des Gebäudes gerichtet sein, die dem Mieter nur zum Mitgebrauch vermietet sind. Ein Beispiel ist etwa der Einbau eines einbruchshemmenden Schließsystems an der Hauseingangstür.

Soweit die Ausführung der baulichen Veränderung von Mitwirkungshandlungen des Vermieters abhängen, die über die bloße Erlaubnis hinausgehen, kann der Mieter deren Erfüllung nach § 241 Absatz 2 BGB verlangen. Denkbare Nebenpflichten sind etwa die Erteilung von Informationen, die der Mieter zur Planung der Baumaßnahme benötigt, wie zum Beispiel über die vorhandene Stromversorgung oder den Verlauf von Kabeln, aber auch die Abgabe von Gestattungserklärungen gegenüber Handwerkern. Hat der Mieter ein berechtigtes Interesse an der schriftlichen Erteilung der Erlaubnis, kann sich ein Anspruch hierauf ebenfalls aus § 241 Absatz 2 BGB ergeben.

Zu § 554 Absatz 1 Satz 2 BGB

§ 554 Absatz 1 Satz 2 regelt den Ausschluss des Anspruchs auf Erlaubnis einer unter Absatz 1 fallenden baulichen Veränderung. Die Vorschrift entspricht funktional anderen mietrechtlichen Regelungen, die Ansprüche oder andere Rechte einer Vertragspartei ausschließen, wie etwa § 553 Absatz 1 Satz 2 oder § 555d Absatz 2 Satz 1.

§ 554 Absatz 1 Satz 2 verlangt eine Abwägung der nachteiligen Folgen der baulichen Veränderung für den Vermieter mit dem Interesse des Mieters an der Ausführung der Baumaßnahme. Jede Partei trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die zu ihren Gunsten bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. Da der Vermieter stets sein Interesse entgegenhalten kann, dass die Mietsache baulich nicht verändert wird, ist in jedem Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen. Der Vermieter kann im Streitfall den Mieter

also dazu zwingen, sein Interesse an der baulichen Veränderung offenzulegen. Aus diesem Grund verzichtet der Entwurf darauf, bereits die Entstehung des Anspruchs von einem berechtigten Interesse des Mieters abhängig zu machen.

Auf Seiten des Vermieters ist zunächst sein Konservierungsinteresse zu berücksichtigen. Dieses besteht darin, dass nicht durch eine bauliche Veränderung in die Substanz der Mietsache eingegriffen wird. Dieses Interesse ist typischerweise umso gewichtiger, je umfangreicher der beabsichtigte Eingriff ist. Im Rahmen des Konservierungsinteresses ist auch zu berücksichtigen, ob durch die bauliche Veränderung ein gefahrträchtiger Zustand oder eine baurechtswidrige Situation geschaffen würde. Das Konservierungsinteresse des Vermieters gebietet es auch, dass der Mieter ihn hinreichend über die Einzelheiten der begehrten baulichen Veränderung informiert. Unterlässt der Mieter die notwendigen Informationen, wird sich das Interesse des Vermieters durchsetzen, die Erlaubnis zu verweigern.

Ebenfalls zu beachten ist das Interesse des Vermieters daran, dass die bauliche Veränderung keine negativen Auswirkungen auf seine Rechtsbeziehungen zu Dritten hat, etwa zu anderen Mietern oder seinem Grundstücksnachbar. Besteht die berechtigte Befürchtung, dass diese gegen den Vermieter wegen der baulichen Veränderung Rechte geltend machen könnten – etwa in Form einer Mietminderung, weil durch die bauliche Veränderung in das Gebrauchsrecht der übrigen Mieter eingegriffen wird –, so ist dies über das Vermieterinteresse bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen (so schon zum geltenden § 554a: Rips, Barrierefreiheit gemäß § 554a, 2003, Seite 124). Daher sind die berechtigten Interessen anderer Mieter im Gebäude im Wortlaut des § 554 des Entwurfs – anders als im Wortlaut des geltenden § 554a Absatz 1 Satz 3 – nicht ausdrücklich genannt. Ist eine Eigentumswohnung vermietet, finden die Interessen anderer Eigentümer – und gegebenenfalls derer Mieter – ohnehin über die notwendige Beschlussfassung Berücksichtigung.

Zugunsten des Vermieters ist auch ein etwaiges Rückbaurisiko zu berücksichtigen. Zwar ist der Mieter nach allgemeinen Vorschriften bei Vertragsende zum Rückbau der baulichen Veränderung verpflichtet. Kommt der Mieter dem aber nicht nach und will der Vermieter die bauliche Veränderung zurückbauen, so muss er den Rückbau auf eigene Kosten ausführen und den Mieter auf Kostenersatz in Anspruch nehmen. Ist der Mieter zahlungsunfähig, träfen die Rück-

baukosten den Vermieter. Bei umfangreichen baulichen Veränderungen ist es denkbar, dass dieses Risiko dem Vermieter nicht zumutbar ist mit der Folge, dass der Anspruch nach § 554 Absatz 1 Satz 1 nicht besteht. In diesem Fall hat der Mieter die Möglichkeit, eine besondere Kautionsleistung zu leisten (vergleiche § 554 Absatz 1 Satz 3). Auf diese Weise kann der Mieter den sich aus dem Rückbau- und Abrissrisiko ergebenden Nachteil des Vermieters beseitigen. Freilich kann der Vermieter seine Erlaubnis nicht von der Leistung einer der Höhe nach unangemessenen Kautionsleistung abhängig machen.

Auf Seiten des Mieters ist sein Interesse an der Ausführung der baulichen Veränderung zu berücksichtigen. Aus § 554 Absatz 1 Satz 1 folgt, dass das Veränderungsinteresse des Mieters aus gesamtgesellschaftlichen Gründen im Ausgangspunkt stets beachtenswert ist. Die auf ein spezifisches berechtigtes Interesse abstellende Formulierung des geltenden § 554a Absatz 1 Satz 1 wird daher nicht übernommen. Für den Abwägungsvorgang bedeutet dies, dass es nicht zulässig ist, den Anspruch des Mieters mit dem Argument zurückzuweisen, an der begehrten baulichen Veränderung bestehe schon grundsätzlich kein anerkanntes Interesse. Es ist hingegen Aufgabe des Abwägungsprozesses, das Gewicht des Veränderungsinteresses mit dem Gewicht der gegenläufigen Interessen des Vermieters zu vergleichen. Hierbei ist es nicht ausgeschlossen, bei der Bewertung des Veränderungsinteresses nach den verschiedenen Varianten in § 554 Absatz 1 Satz 1 zu differenzieren. Daher ist es etwa denkbar, bei einem im Einzelfall vergleichbaren Konservierungsinteresse des Vermieters das Bedürfnis eines gehbehinderten Mieters am Einbau eines Treppenliftes stärker zu gewichten als das eines Mieters am Einbau einer einbruchshemmenden Haustür. Geht es um die Nachrüstung mit einer Lademöglichkeit, sind beim Veränderungsinteresse auch die Belange des Klima- und Umweltschutzes angemessen zu berücksichtigen, etwa die Reduzierung von Treibhausgasen sowie der Schutz vor Luftschadstoffen und verkehrsbedingtem Lärm. Ein zügiger Markthochlauf von Elektrofahrzeugen ist vor allem aus Gründen des Klimaschutzes erforderlich. Das Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I Seite 2513) sieht bis zum Jahr 2030 für den Verkehrssektor eine Reduktion der Treibhausgasemissionen in Höhe von 42 Prozent (gegenüber dem Jahr 1990) vor. Aktuell ist der Straßenverkehr für mehr als 95 Prozent der verkehrsbedingten Treibhausgasemissionen in der Bundesrepublik Deutschland verantwortlich. Personenkraftwagen (PKW) verursachen zirka 60,6

Prozent dieser Emissionen (vergleiche Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Klimaschutz in Zahlen, 2018). Zur Zielerreichung hält es die Bundesregierung ausweislich des Klimaschutzprogramms 2030 für erforderlich, dass bis zum Jahr 2030 sieben bis zehn Millionen elektrisch betriebene Fahrzeuge in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen sind. Derzeit findet ein Großteil der Ladevorgänge von Elektrofahrzeugen an privaten Ladepunkten statt. Es ist prognostiziert, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird. Bei der Barrierereduzierung ist im Rahmen des Veränderungsinteresses auch das allgemeine Interesse angemessen zu berücksichtigen, Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen zu beseitigen sowie ihre gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen

Das Veränderungsinteresse des Mieters ist von seiner individuellen Situation und dem Ausstattungszustand der Mietsache abhängig. Verfügt der Mieter etwa bereits über eine Lademöglichkeit, so fällt zwar der Einbau einer neuen, technisch besseren Lademöglichkeit unter § 554 Absatz 1 Satz 1. Das Veränderungsinteresse des Mieters ist in dieser Situation aber deutlich geringer als in Fällen, in denen noch überhaupt keine Lademöglichkeit besteht. Aus diesem Grund kann der Vermieter auch auf das Veränderungsinteresse des Mieters einwirken. Dieses entfällt, wenn der Vermieter oder – bei einer vermieteten Eigentumswohnung – die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die vom Mieter begehrte bauliche Veränderung ausführt. Ist die Baumaßnahme des Vermieters noch nicht abgeschlossen, besteht das Veränderungsinteresse des Mieters zwar fort. Hat der Vermieter aber die Ausführung der baulichen Veränderung innerhalb einer dem Mieter zumutbaren Frist zugesagt und bestehen keine berechtigten Zweifel, dass der Vermieter diese Zusage erfüllen wird, wird sich das Veränderungsinteresse des Mieters gegenüber dem Konservierungsinteresse des Vermieters regelmäßig nicht durchsetzen können. Auf diese Weise wird dem berechtigten Interesse des Vermieters Rechnung getragen, bauliche Veränderungen an der Mietsache selbst durchzuführen. In diesem Fall hat der Vermieter hinsichtlich der Kosten der baulichen Veränderung die Möglichkeit, nach § 555f Nummer 3 mit dem Mieter eine passgenaue Kostenübernahme zu vereinbaren. Anderenfalls kann der Vermieter regelmäßig wegen der baulichen Veränderung nach § 559 die Miete erhöhen. Bei einer vom Mieter begehrten baulichen Veränderung gemäß § 554 Absatz 1 Satz 1 handelt es sich nämlich

in der Regel um eine Modernisierungsmaßnahme im Sinne des § 555b Nummer 4. Ein verbesserter Einbruchschutz, ein besserer Gebrauch der Mietsache durch Menschen mit Behinderungen oder eine Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge führen – auch nach der aktuellen Verkehrsanschauung – regelmäßig zu einer nachhaltigen Steigerung des Gebrauchswerts der Mietsache. Führt der Vermieter Maßnahmen durch, um mehreren Mietern die Installation von Lademöglichkeiten für Elektrofahrzeuge zu ermöglichen, etwa die Installation eines Lastmanagementsystems oder die Erweiterung des Netzanschlusses zur Vermeidung von Lastspitzen, richtet sich die Kostenverteilung nach § 559 Absatz 3.

Ist eine Eigentumswohnung vermietet, so ist eine bauliche Veränderung, sei es durch den Mieter oder den vermietenden Wohnungseigentümer, nach § 20 WEG-E erst nach einer entsprechenden Beschlussfassung der Wohnungseigentümer zulässig. Dies ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Der mit einem Anspruch seines Mieters nach § 554 Absatz 1 Satz 1 konfrontierte Vermieter kann daher unter Hinweis hierauf die Erlaubnis zunächst zurückhalten. Die Erteilung der Erlaubnis ist ihm in diesem Stadium nämlich nicht zumutbar. Denn wenn die bauliche Veränderung am Widerstand in der Gemeinschaft scheitert, würden im Falle der bereits erteilten Erlaubnis Mängelrechte des Mieters ausgelöst. Wird dem vermietenden Wohnungseigentümer die vom Mieter begehrte bauliche Veränderung durch Beschluss der Wohnungseigentümer gestattet, entfällt dieser Einwand.

Verhält sich der Vermieter passiv, indem er sich nicht um eine für den Mieter günstige Beschlussfassung der Wohnungseigentümer bemüht, so kann dies dazu führen, dass die Interessenabwägung nach Satz 2 zugunsten des Mieters ausgeht. Erhält der Mieter in diesem Fall die Erlaubnis – gegebenenfalls im Klagewege –, berechtigt ihn diese zwar nicht zu einem Eingriff in das gemeinschaftliche Eigentum. Er kann den vermietenden Wohnungseigentümer aber auf Erfüllung in Anspruch nehmen; dieser ist dann verpflichtet, auf eine die bauliche Veränderung gestattende Beschlussfassung hinzuwirken (vergleiche BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 342/03).

Wird die Ausführung der baulichen Veränderung durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer auf Kosten des vermietenden Wohnungseigentümers beschlossen, so kann der Vermieter dies dem Anspruch des Mieters auf

Selbstvornahme entgegenhalten. Auch in diesem Fall kommt eine Vereinbarung nach § 555f Nummer 3 oder eine Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 in Betracht.

Zu § 554 Absatz 1 Satz 3 BGB

Die Vorschrift sieht vor, dass die Parteien im Zusammenhang mit einer baulichen Veränderung vereinbaren können, dass der Mieter eine besondere Sicherheit leistet. Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass die Parteien auf das Rückbaurisiko des Vermieters durch die Verpflichtung des Mieters reagieren können, den Vermieter durch eine Zusatzkaution abzusichern. Die Vorschrift ist erforderlich, weil anderenfalls zweifelhaft wäre, ob einer solchen Vereinbarung § 551 Absatz 4 entgegensteht. Haben die Parteien eine Zusatzkaution vereinbart, gilt für deren Anlage § 551 Absatz 3 entsprechend.

Zu § 554 Absatz 2 BGB

§ 554 Absatz 2 verbietet Vereinbarungen, die zu Lasten des Mieters von § 554 Absatz 1 abweichen. Unwirksam ist daher jede Vereinbarung, die den Anspruch des Mieters ausschließt oder beschränkt. Gegen § 554 Absatz 2 verstößt daher auch eine Regelung im Vertrag, die zu Lasten des Mieters die nach § 554 Absatz 1 Satz 2 vorgeschriebene Interessenabwägung einschränkt oder eine von § 551 Absatz 3 abweichende Anlage der Zusatzkaution vorsieht.

Zu § 556a Absatz 3 und 4 BGB

Die Umlage von Betriebskosten erfolgt gemäß dem geltenden § 556a Absatz 1 nach dem Anteil der Wohnfläche oder dem erfassten Verbrauch beziehungsweise der erfassten Verursachung, soweit nichts anderes vereinbart wurde. Nach wohl herrschender Meinung ist diese Vorschrift auch bei Vermietung einer Eigentumswohnung zu beachten. Der Vermieter muss daher für eine ordnungsgemäße Abrechnung die Gesamtbetriebskosten des Grundstücks ermitteln und diese regelmäßig nach dem Anteil der Wohnfläche auf den Mieter umlegen. Dieses Verfahren kann der Vermieter nur durchführen, wenn ihm die Wohnfläche auch der anderen, nicht in seinem Eigentum stehenden Wohnungen bekannt ist. Entspricht der wohnungseigentumsrechtliche Kostenverteilungsschlüssel nicht dem Wohnflächenanteil, führt die beschriebene Umlagemethode zudem dazu, dass die Betriebskostenabrechnung den Mieter entweder mit höheren oder mit niedrigeren Kosten belastet, als dem Vermieter entstanden sind.

Das erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Vor diesem Hintergrund bestimmt § 556a Absatz 3, dass bei Vermietung einer Eigentumswohnung die Betriebskosten nach dem Maßstab auf den Mieter umzulegen sind, der zwischen den Wohnungseigentümern für die Verteilung der Betriebskosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gilt. Der nach § 556a Absatz 3 Satz 1 maßgebliche wohnungseigentumsrechtliche Verteilerschlüssel ergibt sich aus dem in der Gemeinschaft geltenden Regelwerk, also entweder einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer, einem wirksamen Beschluss der Wohnungseigentümer oder aus dem Gesetz (vergleiche § 16 Absatz 2 und 3 WEG-E). Dabei ist zu beachten, dass wohnungseigentumsrechtlich je nach Betriebskostenposition unterschiedliche Verteilerschlüssel möglich sind.

Zum Schutz des Mieters vor einer unverhältnismäßigen Kostenbelastung enthält § 556a Absatz 3 Satz 2 eine Ausnahme von dem Grundsatz des Satzes 1. Danach gelten die in Absatz 1 bestimmten Umlagemaßstäbe, wenn die Umlage nach dem zwischen den Wohnungseigentümern geltenden Maßstab billigem Ermessen widerspricht. Ob ein Umlagemaßstab diesem Kriterium widerspricht, ist anhand der Interessenlage beider Vertragsteile, also von Mieter und Vermieter, zu ermitteln (vergleiche BGH, Urteil vom 20. Januar 1993 – VIII ZR 10/92). Es handelt sich um eine von der wohnungseigentumsrechtlichen Wirksamkeit des Verteilerschlüssels losgelöste Überprüfung. Diese ist unabhängig davon vorzunehmen, ob der Umlagemaßstab wohnungseigentumsrechtlich auf einer Vereinbarung oder einem Beschluss beruht. Auch die aus § 16 Absatz 2 Satz 1 WEG-E folgende Verteilung von Betriebskosten nach dem Miteigentumsanteil des Vermieters unterliegt der Kontrolle nach § 556a Absatz 3 Satz 2. Widerspricht ein Umlagemaßstab billigem Ermessen, tritt an seine Stelle der in Absatz 1 bestimmte Maßstab. Die betroffenen Betriebskosten sind dann nach Verbrauch oder Verursachung, hilfsweise nach dem Anteil der Wohnfläche auf den Mieter umzulegen.

Zu § 578 BGB

Der Anwendungsbereich von § 554 wird auf Mietverhältnisse über Grundstücke und andere Räume als Wohnräume erstreckt. Denn die durch § 554 geschützten Interessen sind nicht wohnraumspezifischer Natur. Vielmehr haben auch die Mieter von Grundstücksflächen und anderen Räumen gleichermaßen ein schüt-

zenswertes Interesse, die von § 554 erfassten baulichen Veränderungen ausführen zu dürfen.

C. Aktuelles Mietrecht

1 Covid-19-Pandemie und § 313 BGB

Es geht um den Anspruch auf Zahlung der Miete für April 2020, die der Mieter wegen des behördlich angeordneten Lock-Downs nicht geleistet hat.

1. Zu Recht wird angenommen, dass die Miete in dem streitgegenständlichen Zeitraum nicht nach § 536 Abs. 1 BGB gemindert war, weil die auf den Allgemeinverfügungen des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt vom 18. und 20. März 2020 beruhende Betriebschließung nicht zu einem Mangel des Mietgegenstands i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB geführt hat.

a) Ob eine staatlich angeordnete Geschäftsschließung wegen der COVID-19-Pandemie einen Mangel der Mietsache darstellt, ist umstritten. Teilweise wird dies mit der Begründung bejaht, die Schließungsanordnung knüpfe unmittelbar an das Mietobjekt und dessen Lage im Epidemiegebiet an und beziehe sich daher nicht auf die persönlichen oder betrieblichen Umstände des Mieters¹.

Die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum lehnt hingegen das Vorliegen eines Mangels i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB ab². Zur Begründung wird überwiegend darauf abgestellt, dass eine pandemiebedingte Betriebsuntersagung ein Gebrauchshindernis darstelle, das nicht auf Beschaffenheit, Zustand oder Lage der Mietsache beruhe, sondern allein das Verwendungsrisiko des Mieters betreffe.

¹ vgl. OLG Nürnberg MDR 2021, 56; LG Kaiserslautern v. 13.4.2021 - 4 O 284/20, juris; Jauernig/Teichmann, 18. Aufl. § 536 BGB Rz. 12a; BeckOGK/Geib, [Stand: 1. Oktober 2021], Art. 240 § 2 EGBGB Rz. 16; Selk NZM 2021, 369 (374 ff.); Sentek/Ludley, NZM 2020, 406 (410); Krepold, WPM 2020, 726 (729 ff.); Säcker/Schubert BB 2020, 2563.

² vgl. OLG München NJW 2021, 948 (949); OLG Karlsruhe, NJW 2021, 945 f.; KG, GE 2021, 570 (571); OLG Schleswig NZM 2021, 605 (607); OLG Frankfurt NZM 2021, 395 (397 f.); Butenberg/Drasdo/Först/Hannemann/Heilmann, NZM 2020, 493 (497); Häublein/Müller, NZM 2020, 481 (484 f.); Leo/Götz, NZM 2020, 402 (403); Zehelein, NZM 2020, 390, 392 ff.; Sittner, NJW 2020, 1169 (1171); Sachsinger, ZMR 2020, 1002 ff.; Gerlach/Manzke, ZMR 2020, 551 (554); Klimesch/Walther, ZMR 2020, 353 (354); Both in Zehelein, Miete in Zeiten von Corona, § 3 Rz. 18 ff.; Klose, NZM 2021, 832 (833 f.).

Die letztgenannte Meinung trifft im Ergebnis zu³. Die behördliche Untersagung der Öffnung der Filiale der Beklagten stellt keinen Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB dar.

Unter einem Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Mangel in Betracht kommen können. Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Mietobjekts entgegenstehen, begründen nach der Rechtsprechung des BGH allerdings nur dann einen Sachmangel i.S.d. §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben⁴.

Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen erst während eines laufenden Mietverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Mietobjekts, kann auch dies einen Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen. 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 steht⁵. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Mieters. Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gemäß § 535 Abs. 1 Satz 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 Gewerberaummieta dagegen grundsätzlich der Mieter. 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

³ BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, ■.

⁴ BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 15 m.w.N.

⁵ BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, ■.

gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Mieters kommt⁶.

b) Auf dieser rechtlichen Grundlage führt die auf den Allgemeinverfügungen des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt vom 18. und 20. März 2020 beruhende Schließung des Einzelhandelsgeschäfts der Beklagten nicht zu einem Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die mit der Schließungsanordnung zusammenhängende Gebrauchsbeschränkung nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache beruht, sondern an den Geschäftsbetrieb der Beklagten als Mieterin anknüpft.

(1) Durch Ziffer 1 der Allgemeinverfügung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt vom 18. März 2020 wurde mit Wirkung zum 19. März 2020 im gesamten Freistaat Sachsen die Schließung aller Geschäfte und Einrichtungen angeordnet, die nicht der Grundversorgung der Bevölkerung dienen. Damit sollte die dynamische Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus eingedämmt werden, um die besonders vulnerablen Personengruppen vor einer Ansteckung mit dem neuartigen Virus zu schützen und eine Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern. Da eine besonders hohe Ansteckungsgefahr dort gesehen wurde, wo es zu einem Zusammentreffen einer Vielzahl von Menschen kommt, sollte durch die Schließung aller Geschäfte und Einrichtungen, die nicht der täglichen Daseinsvorsorge dienen, eine deutliche Reduzierung menschlicher Kontakte erreicht werden⁷.

Die mit der Schließungsanordnung verbundene Gebrauchsbeschränkung des Mieters beruhte damit nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts. Die behördlich angeordnete Geschäftsschließung knüpft allein an die Nutzungsart und den sich daraus ergebenden Publikumsverkehr an, der die Gefahr einer verstärkten Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus begünstigt und der aus Gründen des Infektionsschutzes untersagt werden sollte. Durch die Allgemeinverfügung wird jedoch weder der Beklagten die Nutzung der angemieteten Geschäftsräume im Übrigen noch der Klägerin tat-

⁶ BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3151 Rz. 8 f. m.w.N.

⁷ vgl. Allgemeinverfügung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt vom 18. März 2020, S. 4.

sächlich oder rechtlich die Überlassung der Mieträumlichkeiten verboten. Das Mietobjekt stand daher trotz der Schließungsanordnung weiterhin für den vereinbarten Mietzweck zur Verfügung.

(2) Eine Mangelhaftigkeit der Mietsache lässt sich auch nicht damit begründen, dass durch die behördliche Schließungsanordnung faktisch der Zugang zu den Mieträumen für potentielle Kunden der Beklagten verhindert oder beschränkt war. Zwar ist der ungehinderte Zugang zu den Mieträumen gerade bei der Vermietung von Gewerberäumen Voraussetzung für eine vertragsgemäße Nutzung des Mietobjekts, wenn das dort betriebene Gewerbe auf Kundenverkehr angewiesen ist. Eine Zugangsbehinderung kann daher einen Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen (vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 15. Aufl. § 536 BGB Rn. 210 mwN). Um eine Ausuferung des Mangelbegriffs zu verhindern, ist aber Voraussetzung hierfür, dass die Zugangsbeschränkung unmittelbar mit der Lage oder der Beschaffenheit des Mietobjekts in Verbindung steht. Dies kann etwa der Fall sein, wenn durch Baumaßnahmen der öffentlichen Hand im Umfeld des Mietobjekts der Zugang zu den Mieträumen erschwert ist (vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 15. Aufl. § 536 BGB Rn. 210 mwN). Im vorliegenden Fall beruht die Zugangsbeeinträchtigung jedoch nicht auf der konkreten baulichen Gegebenheit der Mietsache, sondern auf einer hoheitlichen Maßnahme, die flächendeckend für alle im gesamten Bereich des Freistaats Sachsen liegenden Geschäfte ein Öffnungsverbot anordnete, die nicht zu den in den Allgemeinverfügungen genannten Ausnahmen zählen. Auf die konkreten Umfeldbedingungen kam es dabei nicht an. Deshalb ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch die Belegenheit des Mietobjekts im Pandemiegebiet für die Einordnung als Mangel ohne Bedeutung (vgl. OLG München NJW 2021, 948, 949).

(3) Das Vorliegen eines Mangels i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt sich auch nicht daraus, dass die Mietvertragsparteien im vorliegenden Fall als Mietzweck die „Nutzung als Verkaufs- und Lagerräume eines Einzelhandelsgeschäfts für Textilien aller Art, sowie Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs“ vereinbart haben. Der Umfang der mit der Vereinbarung eines Mietzwecks übernommenen Leistungspflicht des Vermieters ist grundsätzlich durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont aus Sicht eines Mieters gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Ohne besondere Umstände, die hier nicht vor-

getragen wurden, gehören nur rechtliche Umstände, die die körperliche Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage der Mietsache betreffen oder Einfluss auf sie haben, zu der vom Vermieter geschuldeten Leistung⁸. Für öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen, Verbote oder Gebrauchshindernisse, die sich aus betriebsbezogenen Umständen ergeben oder in der Person des Mieters ihre Ursache haben, hat der Vermieter hingegen ohne eine anderslautende Vereinbarung nicht einzustehen⁹. Ein redlicher Mieter darf daher das Leistungsversprechen seines Vermieters im Zweifel nicht dahin verstehen, dieser wolle ihm die vereinbarte Nutzung unter allen erdenklichen Umständen gewährleisten¹⁰. Deshalb konnte im vorliegenden Fall der Mieter nicht davon ausgehen, dass die Klägerin mit der Vereinbarung des konkreten Mietzwecks eine unbedingte Einstandspflicht auch für den Fall einer hoheitlich angeordneten Öffnungsuntersagung im Falle einer Pandemie übernehmen wollte¹¹.

(4) Ein Mangel der Mietsache im Falle der pandemiebedingten Schließung von gewerblich genutzten Mieträumen ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Zwar hat das Reichsgericht¹² in Fällen, in denen die Durchführung von Tanzveranstaltungen wegen des Ersten Weltkriegs polizeilich untersagt worden war, für eine gepachtete Gastwirtschaft, in der vorwiegend Tanzveranstaltungen durchgeführt wurden, das Vorliegen eines Mangels bejaht. Nach Auffassung des Reichsgerichts hat das polizeiliche Tanzverbot den Pachtgegenstand selbst betroffen. Denn dieser sei der Eigenschaft einer Tanzwirtschaft beraubt worden und deshalb mit einem die Tauglichkeit zu der vertragsgemäßen Nutzung mindernden Fehler i.S.v. § 537 BGB a. F. behaftet.

Diese Rechtsprechung kann auf den vorliegenden Fall indes nicht übertragen werden, weil ihr noch ein anderes Verständnis des mietrechtlichen Mangelbegriffs zugrunde lag¹³. Zwischenzeitlich hat der BGH seine Rechtsprechung zum Vorliegen eines Mangels i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB insbesondere bei öf-

⁸ vgl. *Streyll*, NZM 2020, 817 (819).

⁹ vgl. *Günter*, NZM 2016, 569 (570).

¹⁰ *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (484).

¹¹ vgl. OLG München, NJW 2021, 948 (949).

¹² RGZ 87, 277 (280); 89, 203 (205).

¹³ vgl. OLG Frankfurt, NZM 2021, 395 (397 f.).

fentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkungen fortentwickelt und hierbei gerade im Bereich der Vermietung von Gewerberäumen verstärkt die grundsätzliche Risikoverteilung zwischen Vermieter und Mieter in den Blick genommen¹⁴. Hinzu kommt, dass das Reichsgericht die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage, über die ein interessengerechter Ausgleich zwischen den Mietvertragsparteien bei Einschränkung der Nutzbarkeit der Mietsache infolge von höherer Gewalt wie Kriegseignissen oder einer weltweiten Pandemie erreicht werden kann, erst zu einem späteren Zeitpunkt entwickelt hat¹⁵.

3. Die Beklagte ist auch nicht deshalb von ihrer Verpflichtung zur Mietzahlung befreit, weil der Klägerin ihre vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand ganz oder teilweise unmöglich gewesen wäre (§§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB). Dabei kann dahinstehen, ob diese Regelungen auch dann nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter nicht mehr anwendbar und von den speziellen Regelungen des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts (§§ 536 ff. BGB) verdrängt werden, wenn die Mietsache keinen Mangel aufweist¹⁶. Wie bereits ausgeführt, war es dem Vermieter während des streitgegenständlichen Zeitraums trotz der behördlichen Schließungsanordnung nicht unmöglich, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache entsprechend dem vereinbarten Mietzweck zu gewähren. Der Vermieter hat daher auch während der Zeit der Betriebsschließung die von ihr gemäß § 535 Abs. 1 BGB geschuldete Leistung erbracht. Eine Einstandspflicht für den Fall einer hoheitlich angeordneten Öffnungsuntersagung im Falle einer Pandemie hatte sie nicht übernommen.

4. Im Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruht, kommt allerdings ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht.

¹⁴ vgl. BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09, NJW 2011, 3151 Rz. 9 m.w.N.

¹⁵ vgl. RGZ 100, 129 (132 f.); MünchKomm/*Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 BGB Rz. 23 m.w.N.; *Strey*, NZM 2020, 817 (819).

¹⁶ vgl. dazu MünchKomm/*Häublein*, 8. Aufl., Vor § 536 BGB Rn. 7; BeckOGK/*Bieber*, [Stand: 1. April 2021], § 536 BGB Rz. 9; Staudinger/*V. Emmerich*, BGB [2021], Vorb. zu §§ 536 ff. BGB Rz. 5.

a) Gemäß § 313 Abs. 1 BGB kann eine Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

aa) Durch die COVID-19-Pandemie und die damit verbundenen weitreichenden Beschränkungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens hat sich die Geschäftsgrundlage für den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag schwerwiegend geändert.

(1) Nach der Rechtsprechung des BGH wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrags durch die bei Vertragsabschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände gebildet, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut¹⁷.

Unstreitig hatte keine der Parteien bei Abschluss des Mietvertrags im Jahr 2013 die Vorstellung, während der vereinbarten Mietzeit werde es zu einer Pandemie und damit verbundenen erheblichen hoheitlichen Eingriffen in den Geschäftsbetrieb der Beklagten kommen, durch die die beabsichtigte Nutzung der Mieträume eingeschränkt wird. Aufgrund der vielfältigen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie Geschäftsschließungen, Kontakt- und Zugangsbeschränkungen und der damit verbundenen massiven Auswirkungen auf das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben in Deutschland während des ersten Lockdowns im Frühjahr 2020 ist im vorliegenden Fall die sog. große Geschäftsgrundlage betroffen. Darunter versteht man die Erwartung der vertragschließenden Parteien, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern und die

¹⁷ vgl. BGH v. 1.12.2012 - VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rz. 26 m.w.N.

Sozialexistenz nicht erschüttert werde¹⁸. Diese Erwartung der Parteien wurde dadurch schwerwiegend gestört, dass der Mieter aufgrund der zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie erlassenen Allgemeinverfügungen des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt vom 18. März 2020 und 20. März 2020 sein Geschäftslokal in der Zeit vom 19. März 2020 bis einschließlich 19. April 2020 schließen musste.

(2) Dafür, dass bei einer zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie behördlich angeordneten Betriebsschließung die tatsächliche Voraussetzung des § 313 Abs. 1 Satz 1 BGB einer schwerwiegenden Störung der Geschäftsgrundlage erfüllt ist, spricht auch die durch Art. 10 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Patentrecht vom 22. Dezember 2020¹⁹ eingefügte Vorschrift des Art. 240 § 7 EGBGB. Danach wird vermutet, dass sich ein Umstand im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat, wenn vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind²⁰.

Zwar wird im Schrifttum vereinzelt die Auffassung vertreten, die Vorschrift, die zum 31. Dezember 2020 in Kraft getreten ist (vgl. Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Patentrecht vom 22. Dezember 2020), entfalte eine echte Rückwirkung und könne deshalb auf Sachverhalte, die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens abgeschlossen waren, nicht angewendet werden²¹.

¹⁸ MünchKomm/*Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 BGB Rz. 17; Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl., § 313 BGB Rz. 5; OLG München, NJW 2021, 948 (949 f.); KG, GE 2021, 570 (572); OLG Frankfurt, NZM 2021, 395; Häublein/*Müller*, NZM 2020, 482 (486 f.); Zehlelein, NZM 2020, 390 (398); Streyll, NZM 2020, 817 (821); Warmuth, COVuR 2020, 16 (18).

¹⁹ BGBl. I S. 3328.

²⁰ vgl. *Klose*, NZM 2021, 832 (835).

²¹ *Klimesch*, IMR 2021, 47 f.

In der Gesetzesbegründung ist jedoch ausgeführt, dass die Vorschrift auch auf zurückliegende Sachverhalte anwendbar sein soll²². Auch in Rechtsprechung und Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Vorschrift auf Sachverhalte anwendbar ist, die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens abgeschlossen waren, über die aber noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist²³. Diese Streitfrage kann jedoch dahinstehen. Art. 240 § 7 EGBGB hat nur einen eng begrenzten Regelungsgehalt. Die Vorschrift beschränkt sich auf die Vermutung, dass bei Mietverträgen über gewerblich genutzte Räumlichkeiten Gebrauchsbeschränkungen infolge von staatlich angeordneten Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zu einer schwerwiegenden Störung der Geschäftsgrundlage führen. Der Regelungsgehalt der Vorschrift bezieht sich damit nur auf das reale Element des § 313 Abs. 1 BGB²⁴, das in den Fällen einer Störung der großen Geschäftsgrundlage ohnehin unproblematisch erfüllt ist. Zu den weiteren Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage verhält sich die Vorschrift nicht²⁵. Insbesondere sagt sie auch nichts darüber aus, ob und gegebenenfalls in welcher Form eine Vertragsanpassung erfolgen soll²⁶.

bb) Für eine Berücksichtigung der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ist allerdings grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und um Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für die Vertragspartei regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen²⁷.

Insoweit hat der Mieter im vorliegenden Fall nicht vertraglich das alleinige Verwendungsrisiko für den Fall einer pandemiebedingten Schließung ihres Einzelhandelsgeschäfts übernommen²⁸.

²² BT-Drucks. 19/25322 S. 24.

²³ OLG Karlsruhe, NJW 2021, 945; BeckOGK/Siegmund, [Stand. 1. Oktober 2021] Art. 240 § 7 EGBGB Rz. 15; Blatt/Stobbe, IMR 2021, 45.

²⁴ BT-Drucks. 19/25322 S. 20.

²⁵ BT-Drucks. 19/25322 S. 20 f.

²⁶ BeckOGK/Martens, [Stand. 1. Oktober 2021], § 313 BGB Rz. 247; BT-Drucks. 19/25322 S. 21.

²⁷ BGH BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rz. 37 m.w.N.

²⁸ BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, ■.

Zwar können die Mietvertragsparteien durch eine entsprechende vertragliche Abrede die Risikoverteilung ändern. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung der getroffenen Vertragsvereinbarungen zu ermitteln. Soweit die Klägerin meint, vorliegend sei in § 5 Nr. 3 des Mietvertrags eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden, kann dem jedoch nicht gefolgt werden. Nach ihrem eindeutigen Wortlaut bezieht sich diese Regelung nur auf Mängel- und Schadensersatzansprüche des Mieters. Da Vertragsbestimmungen, mit denen die Mietvertragsparteien die Risikoverteilung abändern wollen, grundsätzlich eng auszulegen sind, kann aus dieser Regelung nicht geschlossen werden, dass die Beklagte über den umfangreichen Verzicht auf mietrechtliche Gewährleistungsansprüche in den von der Vertragsbestimmung erfassten Ereignissen hinaus auch im Fall einer weltweiten Pandemie das alleinige Risiko dafür übernehmen wollte, die Mietsache nicht vertragsgemäß verwenden zu können²⁹.

cc) Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte kann auch davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Mietvertrag mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie bei Vertragsschluss im Jahr 2013 die Möglichkeit einer Pandemie und die damit verbundene Gefahr einer hoheitlich angeordneten Betriebsschließung vorausgesehen und bedacht hätten. Es ist anzunehmen, dass redliche Mietvertragsparteien für diesen Fall das damit verbundene wirtschaftliche Risiko nicht einseitig zu Lasten des Mieters geregelt, sondern in dem Vertrag für diesen Fall eine Möglichkeit zur Mietanpassung vorgesehen hätten.

dd) Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB berechtigt jedoch noch nicht zu einer Vertragsanpassung. Vielmehr verlangt die Vorschrift als weitere Voraussetzung, dass dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene

²⁹ BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, ■.

Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt³⁰. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung zugunsten des Mieters jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn ihm ein unverändertes Festhalten an der vertraglich vereinbarten Miethöhe unter Abwägung aller Umstände einschließlich der vertraglichen Risikoverteilung zumutbar ist³¹.

(1) Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können³². 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 kommt³³.

Beruhet die enttäuschte Gewinnerwartung des Mieters jedoch auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie einer Betriebschließung für einen gewissen Zeitraum, geht dies über das gewöhnliche Verwendungsrisiko des Mieters hinaus³⁴. Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann. Die Art der Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wurde zudem von dem Ziel bestimmt, menschliche Kontakte aus Gründen des Infektionsschutzes weitgehend zu reduzieren. Die Maßnahmen waren nach epidemiologischen Gesichtspunkten ausgewählt, knüpften dabei aber grundsätzlich weder an spezifische Eigen-

³⁰ BGH v. 3.12.2014 - XII ZB 181/13, FamRZ 2015, 393 Rz. 19 m.w.N.; BGH v. 1.2.2012 - VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rz. 30 m.w.N.

³¹ vgl. BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 234/18, NJW-RR 2020, 523 Rz. 20 ff.

³² BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899 (901).

³³ BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09, NJW 2011, 3151 Rz. 9.

³⁴ vgl. OLG München, NJW 2021, 948 (951 f.); KG GE 2021, 570 (572); Häublein/Müller, NZM 2020, 482 (487); Streyll, NZM 2020, 817 (822); Warmuth, COVuR 2020, 16 (20); Römermann, NJW 2021, 265 (268).

schaften des vom Mieter geführten Gewerbebetriebs noch an solche des Mietobjekts an³⁵. Durch die COVID-19-Pandemie hat sich damit letztlich ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht, das von der mietvertraglichen Risikoverteilung ohne eine entsprechende vertragliche Regelung nicht erfasst wird. Diese Systemkrise mit ihren weitreichenden Folgen hat vielmehr zu einer Störung der großen Geschäftsgrundlage geführt. Das damit verbundene Risiko kann regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden³⁶. Schließlich ging auch der Gesetzgeber bei der Schaffung des Art. 240 § 7 EGBGB davon aus, dass ohne entsprechende vertragliche Regelungen Belastungen infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie regelmäßig weder der Sphäre des Vermieters noch des Mieters zuzuordnen sind³⁷.

Danach ist anzunehmen, dass die pandemiebedingte Schließung von Geschäften nicht allein das Verwendungsrisiko der Beklagten betrifft und ihr daher auch nicht einseitig aufgebürdet werden kann³⁸.

(2) Auch wenn die mit einer pandemiebedingten Betriebsschließung verbundene Gebrauchsbeeinträchtigung der Mietsache nicht allein dem Verwendungsrisiko des Mieters zugeordnet werden kann, bedeutet dies aber nicht, dass der Mieter stets eine Anpassung der Miete für den Zeitraum der Schließung verlangen kann. Ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, bedarf auch in diesem Fall einer umfassenden Abwägung, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (§ 313 Abs. 1 BGB). Eine pauschale Betrachtungsweise wird den Anforderungen an dieses normative Tatbestandsmerkmal der Vorschrift nicht gerecht. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung dahingehend, dass ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände die Miete für den Zeitraum der Geschäftsschließung grundsätzlich um die Hälfte herabgesetzt wird, weil das Risiko einer pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkung der Mietsache keine der beiden Mietvertragsparteien allein trifft, nicht in Betracht³⁹.

³⁵ BeckOGK/Martens, [Stand: 1. Oktober 2021], § 313 BGB Rz. 246.

³⁶ KG GE 2021, 570 (572); Häublein/Müller, NZM 2020, 482 (487); Römermann, NJW 2021, 265 (268).

³⁷ BT-Drucks. 19/25322 S. 21.

³⁸ BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, ■.

³⁹ vgl. auch OLG München, NJW 2021, 948 (952); OLG Hamm v. 24.9.2021 - 30 U 114/21 - juris Rz. 79; OLG Karlsruhe, NJW 2021, 945 (947); Klose, NZM 2021, 832 (839); a.A. KG,

Bei der vorzunehmenden Abwägung ist zunächst von Bedeutung, welche Nachteile dem Mieter durch die Geschäftsschließung und deren Dauer entstanden sind. Diese werden bei einem gewerblichen Mieter primär in einem konkreten Umsatzrückgang für die Zeit der Schließung bestehen, wobei jedoch nur auf das konkrete Mietobjekt und nicht auf einen möglichen Konzernumsatz abzustellen ist⁴⁰. Zu berücksichtigen kann auch sein, welche Maßnahmen der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um die drohenden Verluste während der Geschäftsschließung zu vermindern.

Da eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage aber nicht zu einer Überkompensierung der entstandenen Verluste führen darf, sind bei der Prüfung der Unzumutbarkeit grundsätzlich auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich dieser pandemiebedingten Nachteile erlangt hat⁴¹. Auch Leistungen einer einstandspflichtigen Betriebsversicherung des Mieters können zu berücksichtigen sein⁴². Staatliche Unterstützungsmaßnahmen, die nur auf Basis eines Darlehens gewährt wurden, bleiben hingegen bei der gebotenen Abwägung außer Betracht, weil der Mieter durch sie keine endgültige Kompensation der erlittenen Umsatzeinbußen erreicht⁴³. Eine tatsächliche Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Mieters ist dagegen nicht erforderlich⁴⁴.

Schließlich sind bei der gebotenen Abwägung auch die Interessen des Vermieters in den Blick zu nehmen⁴⁵.

(3) Dabei obliegt es grundsätzlich der Vertragspartei, die sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage beruft, nachzuweisen, dass ihr ein Festhalten am un-

GE 2021, 570 (572); OLG Köln, NJW-RR 2021, 1218 (1221); *Zehelein*, NZM 2020, 390 (399 f.); *Römermann*, NJW 2021, 265 (269); *Säcker/Schubert*, BB 2020, 2563 (2570); *Klimesch/Walther*, ZMR 2020, 556 (557 f.).

⁴⁰ BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, ■; *Streyll*, NZM 2020, 817 (825).

⁴¹ OLG München, NJW 2021, 948 (952); OLG Karlsruhe, NJW 2021, 945 (946 f.); KG, GE 2021, 570 (572); *Häublein/Müller*, NZM 2020, 482 (489); *Zehelein*, NZM 2020, 390 (401); *Saxinger*, ZMR 2020, 1002 (1007 f.); *Tölle/Ehrentreich*, IMR 2021, 178 (179); *Klimesch*, IMR 2021, 47; *Güther*, ZMR 2021, 296 f.

⁴² OLG Frankfurt, NZM 2021, 395 (402); *Häublein/Müller*, NZM 2020, 482 (488 f.); vgl. auch den Verhandlungstermin des BGH am 26.1.2022 in dem Verfahren IV ZR 144/21.

⁴³ BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, ■; *Häublein/Müller*, NZM 2020, 482 (489).

⁴⁴ KG, GE 2021, 570 (572); OLG Frankfurt, NZM 2021, 395 (402); *Streyll*, NZM 2020, 817 (824); *Römermann*, NJW 2021, 265 (268).

⁴⁵ vgl. OLG München, NJW 2021, 948 (952).

veränderten Vertrag unzumutbar ist⁴⁶. Im Falle einer pandemiebedingten Geschäftsschließung muss daher der Mieter darlegen und gegebenenfalls beweisen, welche Nachteile ihm aus der Betriebsschließung entstanden sind, die ihm eine vollständige Mietzahlung für diesen Zeitraum unzumutbar machen⁴⁷, und welche zumutbaren Anstrengungen er unternommen hat, um drohende Verluste auszugleichen. Behauptet der Mieter, keine staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten zu haben, muss er darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass er sich um mögliche Hilfeleistungen vergeblich bemüht hat. Gelingt ihm dies nicht, muss er sich so behandeln lassen, als hätte er die staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten⁴⁸. Wendet hingegen der Vermieter ein, dass die vom Mieter behaupteten Verluste nicht auf der COVID-19-Pandemie beruhen, trifft ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast⁴⁹.

Auf dieser Grundlage hat das Gericht in tatrichterlicher Verantwortung und unter Berücksichtigung von § 287 ZPO für den konkreten Einzelfall die Voraussetzungen des § 313 BGB festzustellen und gegebenenfalls eine Vertragsanpassung vorzunehmen.

2 Mietvertrag

2.1 Konkludente Vereinbarung von Kündigungsschutz im Gewerberaummietvertrag

Bei der Frage, ob ein Mietverhältnis über Wohnraum vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des BGH auf den Nutzungszweck abzustellen, den der Mieter mit der Anmietung des Mietobjekts vertragsgemäß verfolgt⁵⁰. Geht der Zweck des Vertrags dahin, dass der Mieter die Räume weitervermietet oder sonst Dritten - auch zu Wohnzwecken - überlässt, sind die Vorschriften des Wohnraummietrechts auf das (Haupt-)Mietverhältnis nicht anwendbar⁵¹. Entscheidend ist mithin, ob der Mieter die Räume nach dem Vertrag zu eigenen Wohnzwecken

⁴⁶ MünchKomm/*Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 BGB Rz. 135 m.w.N.

⁴⁷ *Saxinger*, ZMR 2020, 1002 (1007 f.); *Tölle/Ehrentreich*, IMR 2021, 178 (180).

⁴⁸ *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (489).

⁴⁹ *BeckOGK/Martens*, [Stand: 1. Oktober 2021], § 313 BGB Rz. 251.

⁵⁰ BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 282/07, NJW 2008, 3361 Rz. 11; BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 21; siehe auch BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 21; jeweils m.w.N.

anmietet. Steht demgegenüber die Vermietung zu Zwecken im Vordergrund, die keinen Wohnraumcharakter haben, ist allgemeines Mietrecht maßgebend⁵².

Welcher Vertragszweck im Vordergrund steht, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der getroffenen Vereinbarungen zu ermitteln. Entscheidend ist der wahre, das Rechtsverhältnis prägende Vertragszweck, also die gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Vertragsparteien darüber, wie das Mietobjekt genutzt werden soll⁵³.

Danach hat die DPS die Räume ersichtlich nicht zu eigenen Wohnzwecken angemietet, weil sie als Personenhandelsgesellschaft (GmbH & Co. KG) ebenso wie juristische Personen (eigenen) Wohnbedarf nicht haben kann⁵⁴. Selbst bei einer natürlichen Person spräche die gleichzeitige Anmietung von acht Wohnungen gegen eine Nutzung zu (eigenen) Wohnzwecken⁵⁵. Der Zweck der Anmietung durch die DPS war mithin nicht darauf gerichtet, die angemieteten Räume selbst zu Wohnzwecken zu nutzen, sondern - dem von § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Fall entsprechend⁵⁶ - die gemieteten Wohnräume gewerblich Dritten zu Wohnzwecken weiterzuvermieten. Daraus erschließt sich auch der Grund, warum die Schuldnerin und die DPS unter §°1 Nr. 1 des Vertrags eine Vermietung "zu Wohnzwecken" vorgesehen haben und das Mietverhältnis in der Vertragsurkunde als "Mietvertrag über Wohnraum" bezeichnet haben⁵⁷.

Dass der Vertragszweck in der gewerblichen Weitervermietung an Dritte bestand, verdeutlicht auch § 6 Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrags, wonach die DPS - insoweit abweichend von der Erlaubnispflicht des § 540 Abs. 1 Satz 1 BGB - unter anderem zu einer Untervermietung oder sonstigen Gebrauchsüberlas-

⁵¹ BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 282/07, NJW 2008, 3361 Rz. 11; siehe auch BGH v. 13.2.1985 - VIII ZR 36/84, BGHZ 94, 11 (14 f.); BGH v. 20.10.1982 - VIII ZR 235/81, WM 1982, 1390 unter II 3 a; BGH v. 11.2.1981 - VIII ZR 323/79, NJW 1981, 1377 unter 2 b cc.

⁵² BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 28; BGH v. 16.4.1986 - VIII ZR 60/85, NJW-RR 1986, 877 unter 3 c cc; siehe auch BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 21.

⁵³ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 30.

⁵⁴ vgl. BGH v. 16.7.2008 - VIII ZR 282/07, NJW 2008, 3361 Rz. 12; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, NZM 2007, 639 Rz. 10; BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459 Rz. 10; siehe auch BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 23.

⁵⁵ BGH v. 13.1.2021 - VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

⁵⁶ vgl. BGH v. 17.1.2018 - VIII ZR 241/16, NZM 2018, 281 Rz. 17, 20 m.w.N.

⁵⁷ BGH v. 13.1.2021 - VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

sung an Dritte berechtigt sein sollte. Zudem hat selbst der Beklagte geltend gemacht, die Mietobjekte hätten den Mitgliedern seiner Familie als Wohnraum dienen sollen.

2.

Das gemäß § 549 Abs. 1 BGB für eine ordentliche Vermieterkündigung von Wohnraummietverträgen geltende Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB war vom Kläger auch nicht deshalb zu beachten, weil die Schuldnerin und die DPS in dem Mietvertrag vom 28./30. September 2009 konkludent eine dahingehende Vereinbarung getroffen hätten⁵⁸. Die davon abweichende Auslegung des Mietvertrags durch das Berufungsgericht, bei der bereits unklar bleibt, ob die "Geltung der Mietschutzvorschriften der §§ 573 ff. BGB" oder "die Geltung des Wohnraummietrechts" oder eine "Unterwerfung unter das soziale Mietrecht" (konkludent) vereinbart worden sein soll, ist von revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehlern behaftet.

Dabei kann die Frage offenbleiben, ob der Mietvertrag von der Schuldnerin verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB enthält. Denn selbst wenn es sich um eine Individualvereinbarung der Schuldnerin mit der DPS handeln sollte, hielte die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

Zwar darf bei Individualerklärungen deren Auslegung durch den Tatrichter vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht⁵⁹.

Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht indes unterlaufen.

Das Berufungsgericht hat sich im Streitfall namentlich von der Überschrift als "Mietvertrag für Wohnraum" sowie von der Bestimmung des § 1 Nr. 1 Satz 1

⁵⁸ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

⁵⁹ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 20.2.2019 - VIII ZR 7/18, BGHZ 221, 145, Rz. 31; BGH v. 25.4.2018 - VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rz. 30; BGH v. 12.10.2016 - VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rz. 35.

leiten lassen, wonach die Mietobjekte der DPS "zu Wohnzwecken" vermietet worden sind. Dabei hat es verkannt, dass auch bei der Auslegung einer als "Mietvertrag über Wohnraum" überschriebenen Vertragsurkunde maßgeblich auf den Zweck abzustellen ist, den der Mieter mit der Anmietung des Mietobjekts vertragsgemäß verfolgt⁶⁰. Zwar kann bei der Beurteilung unter Umständen auch die Bezeichnung des Mietverhältnisses in der Überschrift indizielle Bedeutung gewinnen⁶¹. Wie ausgeführt, diente der Mietvertrag vom 28./30. September 2009 der DPS jedoch ersichtlich nicht zu eigenen Wohnzwecken, vielmehr sollte sie als Zwischenvermieter berechtigt sein, den Wohnraum an Dritte weiterzuvermieten. Eine weitergehende Bedeutung kommt den Vertragsbestimmungen nicht zu; tragfähige Rückschlüsse auf die "Geltung der Mietschutzvorschriften der §§ 573 ff. BGB" lassen sich daraus nicht herleiten⁶².

Zwar haben die Schuldnerin und die DPS unter § 2 Nr. 3 des Vertrags vereinbart, die Frist zur ordentlichen Kündigung des zwischen ihnen geschlossenen Mietvertrags habe sich nach der gemäß § 549 Abs. 1 BGB für Mietverhältnisse über Wohnraum geltenden Bestimmung des § 573c BGB zu richten. Die Annahme des Berufungsgerichts, daraus sei zu folgern, die Schuldnerin und die DPS hätten sich für ordentliche Vermieterkündigungen damit zugleich (stillschweigend) auf das Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB geeinigt, verstößt jedoch gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze⁶³.

Eine solche Sichtweise findet bereits im Wortlaut des Vertrags keine Stütze. Vielmehr spricht die vereinbarte Maßgeblichkeit (nur) der von § 573c BGB vorgesehenen Kündigungsfristen (unter § 2 Nr. 3 des Vertrags) sowie des Schriftformerfordernisses des § 568 Abs. 1 BGB (unter § 2 Nr. 4 des Vertrags) gerade gegen eine (stillschweigend) vereinbarte Anwendung weiterer Bestimmungen des Wohnraummietrechts im Verhältnis der Schuldnerin und der DPS⁶⁴.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bietet die Erlaubnispflichtigkeit der Tierhaltung (§ 15 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrags) schon im Ansatz kein belastbares Indiz für die Annahme einer konkludent vereinbarten "Unterwerfung unter

⁶⁰ BGH v. 23.10.2019 - XII ZR 125/18, BGHZ 223, 290 Rz. 21.

⁶¹ BGH v. 9.7.2014 - VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rz. 37.

⁶² BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

⁶³ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

⁶⁴ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

das soziale Mietrecht". Auch diese Vertragsbestimmung ist vor dem Hintergrund des Vertragszwecks - der Weitervermietung an Dritte - zu sehen und bedeutet schlicht, dass das Halten von Haustieren durch Mieter der DPS von der Erlaubnis der Schuldnerin abhängig sein sollte⁶⁵.

Schließlich spricht auch die Interessenlage der Schuldnerin und der DPS dagegen, dass sie die Wirksamkeit einer ordentlichen Vermieterkündigung von der in § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehenen Angabe eines Kündigungsgrunds in dem Kündigungsschreiben abhängig machen wollten. Ungeachtet dessen, dass die DPS als gewerbliche Zwischenvermieterin (und Personenhandelsgesellschaft) einer solchen Vergünstigung nicht bedarf, hat die Schuldnerin als Vermieterin keinerlei Interesse daran, für eine Vermieterkündigung - über die vertraglich vorgesehene Anwendung der §§ 573c, 568 Abs. 1 BGB hinaus - die Geltung weiterer - nicht einmal bezeichneter - mieterschützender Vorschriften des Wohnraummietrechts zu vereinbaren. Im Gegenteil liefe die im Recht der Wohnraummiete vorgesehene Einschränkung von Kündigungsmöglichkeiten, wie sie etwa § 573 BGB vorsieht, den Interessen der Schuldnerin als Vermieterin von Geschäftsraum grundsätzlich zuwider⁶⁶.

2.2 Nichtigkeit wegen Wettbewerbsverstoßes

2.2.1 wegen Verstoßes gegen die Vergabeordnung

Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 1 GWB ist nicht in dem Umstand zu sehen, dass die Klägerin das an die Beklagte vermietete Ladenlokal formlos ausgeschrieben hat⁶⁷.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt ein Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer unbilligen Behinderung und Diskriminierung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vor, wenn bei der Vermietung von für Schilderpräger geeigneten, nur in begrenzter Zahl bestehenden Räumen in unmittelbarer Nähe zu einer Kfz-Zulassungsstelle die Auswahl unter den in Frage kommenden Interessenten nicht unter angemessenen und fairen Bedingungen vorgenommen wird. Der Vermieter solcher Flächen hat eine - aus dem Standortvorteil des Schilderträgers resultierende -

⁶⁵ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

⁶⁶ BGH v. 13.1.2021 – VIII ZR 66/19, ZMR 2021, 468 = NZM 2021, 218.

überragende Marktstellung, da im selben Gebäude wie die Zulassungsstelle befindliche und erst recht innerhalb des Gebäudes an diese angrenzende Ladenlokale aus Sicht von Schilderträgern, die den bei Besuchern der Kfz-Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an amtlichen Kfz-Schildern decken möchten, allen außerhalb des Gebäudes liegenden und für die potenziellen Kunden schwieriger zu erreichenden Ladenlokalen vorzuziehen sind. Diese Marktherrschaft des - öffentlichen wie privaten - Vermieters hat zum einen zur Folge, dass er den aktuellen Bedarf im Wege der Ausschreibung ermitteln muss, zum anderen, dass er entsprechende Gewerbeflächen nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre fest vermieten darf, um nicht den Marktzutritt für aktuelle und potenzielle Wettbewerber des Mieters zu blockieren⁶⁸.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Form der öffentlichen Ausschreibung der zur Vermietung vorgesehenen zwei Ladenlokale für Schilderträger durch die Klägerin nicht zu beanstanden⁶⁹.

Aus der Rechtsprechung des BGH folgt nicht, dass auch ein privater Vermieter ein förmliches, die Vorschriften des Vergaberechts beachtendes Ausschreibungsverfahren durchführen und dessen Grundsätze einhalten muss⁷⁰. Das Vergaberecht verpflichtet öffentliche Auftraggeber, nicht aber private Unternehmen. Die kartellrechtlich geforderte Ausschreibung dient zudem nicht der wirtschaftlichen Beschaffung in einem wettbewerblichen Verfahren, sondern der fairen Auswahl unter den in Betracht kommenden Vertragspartnern. Sie soll einen transparenten Wettbewerb schaffen, in dem alle Teilnehmer gleichbehandelt werden. Dies setzt aber in einer Konstellation wie der vorliegenden lediglich voraus, dass die potenziellen Mietinteressenten Kenntnis von der Anmietungsmöglichkeit und den vom Vermieter gewünschten Konditionen erlangen können und ihnen die Chance gewährt wird, diskriminierungsfrei als Mieter ausgewählt zu werden⁷¹. Mit einer öffentlichen Bekanntmachung des Mietange-

⁶⁷ BGH v. 8.12.2020 – KZR 124/18, NZM 2021, 557.

⁶⁸ vgl. BGH v. 8.4.2003 - KZR 39/99, GRUR 2003, 809 (810) m.w.N. - Konkurrenzschutz für Schilderträger.

⁶⁹ BGH v. 8.12.2020 – KZR 124/18, NZM 2021, 557.

⁷⁰ vgl. dazu *Ahrens*, Festschrift Bornkamm, 2014, S. 87, 89.

⁷¹ vgl. BGH v. 7.11.2006 - KZR 2/06, WuW/E DE-R 1951, 1952 Rz. 13 - Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt; BGH v. 13.11.2007 - KZR 22/06, WuW/E DE-R 2163 Rz. 11.

bots, in dem die Zuschlagskriterien aufgeführt sind, ist diesem Erfordernis Genüge getan.

Dass die Klägerin im Streitfall die Anmietungsmöglichkeit in einer Weise öffentlich bekannt gemacht hätte, die es anderen Interessenten als der Beklagten faktisch unmöglich gemacht hätte, sie zur Kenntnis zu nehmen, oder die Zuschlagskriterien nicht benannt hätte, ist nicht festgestellt.

2.2.2 Umbauten nach der Durchführung des Vergabeverfahrens

Kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist im Streitfall auch der Umstand, dass die Klägerin mit der Beklagten einen Mietvertrag über eine gegenüber der Ausschreibung veränderte Mietfläche geschlossen hat, ohne diese erneut auszusprechen, und dass sie entgegen der aus der Ausschreibung ersichtlichen Planung im Jahr 2014 keine weitere Räumlichkeit an einen Schilderträger vermietet hat⁷².

Der Neuzuschnitt der an die Beklagte vermieteten Fläche erfolgte nach Durchführung der Ausschreibung "mangels weiterer Bewerber". Es ist somit davon auszugehen, dass die Vermietung eines weiteren Ladenlokals an einen anderen Schilderträger als die Beklagte im Anschluss an die Ausschreibung mangels entsprechender Nachfrage nicht möglich war und eine Diskriminierung von Konkurrenten der Beklagten ausgeschlossen ist.

Jedenfalls in einer solchen Situation ist es kartellrechtlich unbedenklich, wenn Größe und genauer Zuschnitt der tatsächlich vermieteten Ladenfläche von der in der Ausschreibung beschriebenen Fläche - wie hier - in überschaubarem Umfang abweichen und diese Abweichungen nicht zu einer qualitativen Veränderung der Mieteinheit führen. Denn in einem solchen Fall ist nicht zu erwarten, dass das Resultat der Ausschreibung ein anderes gewesen wäre, insbesondere andere Interessenten aufgetreten wären, die gegebenenfalls einen höheren Preis geboten hätten als die Beklagte, wenn von vornherein exakt das spätere Mietobjekt ausgeschrieben worden wäre.

⁷² BGH v. 8.12.2020 – KZR 124/18, NZM 2021, 557.

2.2.3 Wegen einer Laufzeit des Mietvertrages von mehr als 10 Jahren

Die im Mietvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten vereinbarte Verlängerungsoption führt zugunsten der Beklagten nicht zur Nichtigkeit des gesamten Mietvertrags, sondern nur die Nichtigkeit der Verlängerungsklausel in § 3 Abs. 2 des Mietvertrags zur Folge hat⁷³.

Es hat zutreffend angenommen, dass die Laufzeitregelung in § 3 des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrags gegen das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB verstößt. Nach Absatz 2 dieser Vertragsklausel ist die Beklagte berechtigt, die im letzten Satz des ersten Absatzes geregelte fünfjährige Vertragslaufzeit zu den Bedingungen dieses Mietvertrags zu verlängern, und diese Option gilt als ausgeübt, wenn die Beklagte nicht drei Monate vor Ablauf der Frist schriftlich per Einschreiben kündigt. Da diese Kündigung allein im Belieben der Beklagten steht, und die Laufzeit des Vertrags danach ohne weiteres mehr als fünf Jahre betragen kann, steht der Mietvertrag einem Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren gleich.

Das Kartellrecht verlangt nicht die Gesamtnichtigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrags⁷⁴.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Frage, ob der Verstoß einer Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB zu deren Nichtigkeit führt oder ob sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, auch im Kartellrecht in erster Linie nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm zu beantworten⁷⁵. Entscheidend ist, ob sich das Verbot nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg⁷⁶. Danach ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, dessen Vornahme lediglich einem Beteiligten verboten ist, in der Regel gültig; (Gesamt-)Nichtigkeit nach § 134 BGB tritt nur ein, wenn einem solchen einseitigen Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert, weil er nicht anders als durch dessen Annull-

⁷³ BGH v. 8.12.2020 – KZR 124/18, NZM 2021, 557.

⁷⁴ BGH v. 8.12.2020 – KZR 124/18, NZM 2021, 557.

⁷⁵ vgl. BGH v. 17.12.2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rz. 102 ff. - Stromnetz Berkenthin; BGH v. 13.10.2009 - KZR 34/06, K&R 2010, 349 Rz. 12 - Teilnehmerdaten I, jew. M.w.N.

⁷⁶ BGH v. 25.7.2002 - III ZR 113/02, BGHZ 152, 10 (11 f.).

lierung zu erreichen ist und die getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann⁷⁷. Andernfalls kann die Vereinbarung gegebenenfalls teilnichtig sein⁷⁸.

Auch nach der ganz hM in der Literatur erfasst die aus einem Verstoß gegen kartellrechtliche Verbotsnormen folgende Nichtigkeit eines Vertrages nicht ohne weiteres die gesamte Vereinbarung, sondern grundsätzlich nur diejenigen Vertragsabreden, die Bestandteil der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung sind⁷⁹. Dies gilt auch für Verstöße gegen das Missbrauchsverbot des § 19 GWB⁸⁰. Für Verstöße gegen das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV geht auch der EUGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Nichtigkeitsfolge des Art. 101 Abs. 2 AEUV grundsätzlich nur die verbotswidrigen Teile einer Vereinbarung erfasst⁸¹.

Voraussetzung einer Teilnichtigkeit ist zum einen, dass die danach verbleibenden Teile der Regelung für sich genommen noch eine sinnvolle Regelung ergeben⁸²; zum anderen muss anzunehmen sein, dass die Parteien das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten⁸³. Ferner scheidet eine Teilnichtigkeit aus und ist die gesamte Vereinbarung nichtig, wenn nach dem Zweck des Kartellverbots die Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung erforderlich ist⁸⁴.

In Anwendung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag nicht unverändert fortbestehen kann, sondern dass der Verstoß gegen das Missbrauchsverbot jedenfalls die Unwirksamkeit der Verlängerungsklausel in § 3 Absatz 2 des Mietvertrags zur Folge hat, da diese es der Beklagten als Mieterin ermöglicht, den Vertrag einseitig auf

⁷⁷ vgl. BGHZ 199, 289 Rz. 107 - Stromnetz Berkenthin; BGH, K&R 2010, 349 Rz. 12 f. - Teilnehmerdaten I, jew. M.w.N.

⁷⁸ vgl. BGH v. 24.9.2002 - KZR 10/01, WuW/E DE-R 1031 (1032); BGH v. 22.7.1999 - KZR 48/97, WuW/E DE-R 349 (352)- Beschränkte Ausschreibung.

⁷⁹ vgl. *Krauß* in Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, 13. Aufl., § 1 GWB Rz. 339 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 23 Rz. 13 ff. m.w.N.

⁸⁰ vgl. *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 19 GWB Rz. 385 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 23 Rz. 29; *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, 13. Aufl., § 19 GWB Rz. 488.

⁸¹ vgl. EuGH v. 30.6.1966 - 56/65, Slg. 1966, 282 (304) - Maschinenbau Ulm; EUGH v. 30.4.1998 - C-230/96, Slg. 1998, I 2055 Rz. 51 - Cabour.

⁸² BGH, WuW/E DE-R 349, 352 - Beschränkte Ausschreibung.

⁸³ vgl. BGH, WuW/E DE-R 1031 (1032).

⁸⁴ vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 23 Rz. 14 m.w.N.

zehn oder mehr Jahre zu verlängern. Der Zweck des Kartellrechts erfordert es bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB durch Vereinbarung einer zu langen Vertragslaufzeit nicht, die gesamte Vereinbarung als nichtig einzuordnen, sondern dass es ausreicht, den missbräuchlichen Teil des Vertrags in Form einer Laufzeitreduzierung zu verwerfen⁸⁵.

Der BGH hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass bei Wettbewerbsbeschränkungen, deren Unzulässigkeit aus der vereinbarten Dauer folgt, grundsätzlich die Möglichkeit besteht, sie im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion auf das zeitlich zulässige Maß zurückzuführen⁸⁶. Dies gilt auch für Verträge, die gegen das Behinderungs- oder Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verstoßen. Das Missbrauchsverbot soll in dieser Konstellation nicht den Vertragsschluss als solchen, sondern lediglich die Bevorzugung einzelner Marktteilnehmer durch die Einräumung langfristiger vertraglicher Rechte verhindern. Die missbilligte Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Wettbewerb wird aber dadurch beseitigt, dass die verbotswidrige Klausel - sofern dies vertraglich möglich ist (§ 139 BGB) - auf ein erlaubtes und von den Wettbewerbern hinzunehmendes - hier: zeitliches - Maß zurückgeführt wird.

Im Streitfall gelangt die gesetzliche Zweifelsregelung des § 139 BGB nicht zur Anwendung und die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB daher allein die Verlängerungsklausel in § 3 Absatz 2 des Mietvertrags, trifft aber nicht den gesamten Vertrag, insbesondere nicht dessen Wirksamkeit während der ersten fünf Jahre. Es steht in Einklang mit der Rechtsprechung des BGH, dass aufgrund der im Mietvertrag vereinbarten salvatorischen Klausel die Beklagte darlegen und beweisen musste, dass die Parteien den Mietvertrag ohne die Verlängerungsklausel in § 3 Absatz 2 nicht geschlossen hätten⁸⁷ und dass sie ihrer Darlegungslast nicht genügt hat.

⁸⁵ BGH v. 8.12.2020 – KZR 124/18, NZM 2021, 557.

⁸⁶ vgl. BGH v. 12.6.2018 - KZR 4/16, WuW 2018, 476 Rz. 61 - Busverkehr im Altmarkkreis; BGH v. 10.12.2008 - KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554 Rz. 25 m.w.N. - Subunternehmervertrag II.

⁸⁷ vgl. BGH, WuW/E DE-R 1031 (1032).

2.3 Betriebspflicht

2.3.1 Summierungseffekt bei Betriebspflicht mit fehlendem Konkurrenzschutz und Sortimentsbindung

Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach Absatz 2 der Vorschrift ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Nach dieser Vorschrift ist zwar die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht für sich genommen im Regelfall nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam⁸⁸. Ebenfalls nicht unangemessen ist für sich genommen eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet⁸⁹ oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt⁹⁰.

Umstritten ist indessen die vom BGH bisher offen gelassene Frage⁹¹ einer Angemessenheit der genannten Formularbedingungen dort, wo sie - unter Einschluss einer Sortimentsbindung - kumulativ vereinbart werden.

Von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur wird die formularmäßige Festlegung einer Betriebspflicht in einem Einkaufszentrum bzw. eine Sortimentsbindung neben dem Ausschluss des Konkurrenzschutzes für wirksam gehalten⁹². Zur Begründung wird angeführt, dass alle genannten Klauseln

⁸⁸ vgl. BGH v. 29.4.1992 - XII ZR 221/90, NJW-RR 1992, 1032 (1033 f.).

⁸⁹ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 14 m.w.N.; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714 (1717).

⁹⁰ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 14 m.w.N.

⁹¹ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 15 m.w.N.

⁹² OLG Naumburg, NZM 2008, 772; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254; OLG Rostock NZM 2004, 460; KG, NZM 2005, 620 f.; vgl. auch OLG Hamm, NZM 2018, 87 jedenfalls bei nicht hinreichend konkreter Sortimentsbindung; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 695; Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. III Rz. 2325; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummiete 7. Aufl. Kap. 12 Rn. 29; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete 4. Aufl. Kap. 23 Rn. 18; *Fritz*, NJW 2002, 3372, 3374; Hamann ZMR 2001, 581 f.; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Miet-

für sich genommen jeweils unbedenklich seien. Auch ein Summierungseffekt führe nicht zur Unwirksamkeit, da nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln ein die Betriebspflicht übermäßig verstärkendes Zusammentreffen dieser Klauseln nicht dem - für § 307 BGB maßgeblichen - Regelfall entspreche, sondern eine atypische Ausnahmesituation bedeuten würde. Komme die unangemessene Beeinträchtigung durch eine Klausel jedoch nur in untypischen Konstellationen in Betracht, so hindere dies ihre Wirksamkeit nicht. In dem untypischen Fall, dass ein Vermieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufscenter eine unmittelbare Konkurrenz zu dem Gewerbebetrieb eines Mieters dieses Centers aktiv fördere und gleichzeitig auf der Betriebspflicht und der Sortimentsbindung des unter dieser Konkurrenz leidenden weiteren Mieters bestehe, sei nicht die Betriebspflicht aufgrund eines Summierungseffekts als unwirksam vereinbart anzusehen, sondern stünde ihrer konkreten Ausübung der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen. Auch Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln - Betriebspflicht, Sortimentsbindung und Konkurrenzschutzausschluss - sprächen gegen eine unangemessene Benachteiligung des Mieters aufgrund eines Summierungseffektes. Denn damit wolle sich der Vermieter eines Einkaufscenters nicht etwa Tür und Tor für die aktive Förderung unmittelbarer Konkurrenz im Hauptartikelsegment des Mieters offenhalten, sondern es gehe darum, sich gegen den Mietereinwand abzusichern, das Geschäft leide in Sortimentsteilbereichen unter vertragswidrigem Wettbewerb. Der Ausschluss von Konkurrenzschutz vermeide die Diskussion darüber, was zum Haupt- und was zum Nebensortiment gehört. Die Sortimentsbindung diene - im Interesse aller Mieter - dem Erhalt des Branchenmixes und der Attraktivität des Einkaufszentrums und sei deshalb notwendig. Gleiches gelte für die Betriebspflicht.

Nach anderer Auffassung bedeutet die Kumulierung der genannten Bedingungen eine unangemessene und nach § 307 BGB unwirksame Benachteiligung des Mieters⁹³.

prozessrecht, 7. Aufl., § 535 BGB Rz. 71; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Teil II [32] Rz. 35.

⁹³ OLG Schleswig, NZM 2000, 1008; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, II Rz. 274; vgl. auch OLG Brandenburg, MDR 2015, 18; Guhling/Günter/Menn, Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rz. 394

Zutreffend ist die zuletzt genannte Auffassung⁹⁴. Entgegen der auch vom Oberlandesgericht vertretenen ersten Ansicht steht bei der Betrachtung der hier kumulativ aufgenommenen Formularbedingungen nicht hauptsächlich oder allein die Angemessenheit der Betriebspflicht mit Sortimentsbindung im Blickfeld, sondern der Ausschluss des Konkurrenzschutzes. Denn bei ihm handelt es sich um einen Eingriff in die Hauptleistungspflicht des Vermieters.

Zu den Hauptleistungspflichten des Vermieters gehört die ungestörte Gebrauchsüberlassung der Mietsache (§ 535 BGB). Diese Pflicht umfasst bei einem Gewerberaummietverhältnis grundsätzlich auch einen vertragsimmanenten Konkurrenzschutz⁹⁵. Jener hat zum Inhalt, dass der Vermieter grundsätzlich gehalten ist, keine in der näheren Nachbarschaft des Mieters gelegenen Räume an Konkurrenten zu vermieten oder selbst in Konkurrenz zum Mieter zu treten. Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass es bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs gehört, in anderen Räumen des Hauses oder auf in unmittelbarer Nähe angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen. Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist⁹⁶.

Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung⁹⁷ besteht vertragsimmanenter Konkurrenzschutz grundsätzlich auch in einem Einkaufszentrum. Zwar besteht kein Anlass, die dort niedergelassenen Gewerbetreibenden stärker gegen erlaubten Wettbewerb zu schützen als dies in herkömmlichen Geschäftsstraßen der Fall ist⁹⁸. Allerdings besteht ebenso wenig Anlass, einen geringeren Konkur-

⁹⁴ BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 477 = NZM 2020, 429 Rz. 35.

⁹⁵ vgl. BGHZ 70, 79 (80 f.) = NJW 1978, 585 (586); BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rz. 33.

⁹⁶ vgl. BGHZ 70, 79 (80 f.) = NJW 1978, 585 (586); BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rz. 33.

⁹⁷ OLG Dresden MDR 1998, 211; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, § 535 BGB Rz. 312; *PWW/Elzer*, 14. Aufl., § 535 BGB Rz. 202; *Jendrek*, NZM 2000, 526, 529; a.A. KG GE 2005, 1426; MAH *MietR/Lehr* § 55 Rz. 66; *Bittner*, MDR 2008, 1201, 1202; vgl. auch OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 396.

⁹⁸ vgl. BGH v. 24.1.1979 - VIII ZR 56/78, NJW 1979, 1404 (1405 f.).

renzschutz zu gewähren als bei der Vermietung mehrerer benachbarter Ladenlokale durch denselben Vermieter in einer Geschäftsstraße. Dabei richtet sich der Umfang des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes nach der jeweils berechtigten Verkehrserwartung. So darf in einem kleinen Einkaufszentrum mit nur wenigen Ladenlokalen davon ausgegangen werden, dass der Vermieter für ein möglichst breit gefächertes Angebot sorgt und Sortimentsüberschneidungen vermeidet. Umgekehrt muss der Mieter einer Ladenfläche in einem großen Einkaufszentrum hinnehmen, dass es zu typischen Sortimentsüberschneidungen mit anderen Gewerbetreibenden kommt, zumal die Attraktivität eines großen Einkaufszentrums gerade auch mit der Repräsentanz konkurrierender Angebote steigt. Es ist dann nach dem zur Grundlage des Mietvertrags gemachten Betriebskonzept des Einkaufszentrums eine Frage des Einzelfalls, in welcher Nähe zu seinem eigenen Geschäft der Mieter eine direkte Konkurrenzsituation hinnehmen muss oder abwehren kann.

Die Verletzung eines bestehenden Konkurrenzschutzes kann einen Mangel der Mietsache bewirken⁹⁹. Daraus können sowohl Ansprüche des Mieters auf Verhinderung oder Beseitigung der Konkurrenzsituation erwachsen als auch eine Mietminderung oder gegebenenfalls eine Schadenersatzpflicht des Vermieters. Schließlich kann der Mangel, wenn er nicht behoben wird, einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Mit dem formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes schränkt der Vermieter seine Hauptleistungspflicht ein. Werden durch eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ist gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen. So liegt der Fall, wenn in einem typischen Einkaufszentrum durch formularmäßigen Mietvertrag jeglicher Konkurrenzschutz ausgeschlossen, gleichzeitig jedoch dem Mieter eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung auferlegt wird.

Wird der Konkurrenzschutz des Mieters vertraglich ausgeschlossen, so verschafft dies dem Vermieter nämlich die Möglichkeit, Konkurrenzunternehmen mit gleichem oder ähnlichem Sortiment in der unmittelbaren Nachbarschaft des

⁹⁹ BGH BGHZ 195, 50 = NJW 2013, 44 Rz. 35.

Mieters anzusiedeln. Dadurch geraten der Umsatz und die Geschäftskalkulation des Mieters in Gefahr. Ist ihm in dieser Lage zusätzlich eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung auferlegt, fehlt es ihm an Möglichkeiten, sich durch Veränderung des eigenen Angebots an die entstandene Konkurrenzsituation anzupassen oder zumindest durch Verkürzung seiner Betriebszeiten seine Kosten zu reduzieren.

Es mag zwar zutreffen, dass die Sortimentsbindung - im Interesse der Gesamtheit der Mieter - grundsätzlich dem Erhalt des Branchenmixes und der Attraktivität des Einkaufszentrums dient. Ermöglichen die Vertragsklauseln jedoch einseitig dem Vermieter, Konkurrenzsituationen herbeizuführen und dadurch den strengen Branchenmix aufzuweichen, beeinträchtigt dies den Mieter unangemessen, wenn jener nicht seinerseits durch entsprechende Sortimentsanpassung reagieren kann. Das Interesse des Vermieters, innerhalb eines als "Food Court" gewidmeten Bereichs des Einkaufszentrums das Hauptsortiment auf Restaurationsbetriebe zu konzentrieren, wiegt nicht schwerer als das Mieterinteresse, mit seinem Untersortiment ein gewisses Alleinstellungsmerkmal einzunehmen.

Rechtsfolge der unangemessenen Benachteiligung der Beklagten durch die formularmäßigen Geschäftsbedingungen ist allerdings unmittelbar nur die Unwirksamkeit der betreffenden Klauseln (§ 307 Abs. 1 BGB). Dies begründet für sich genommen keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung, sondern führt zur Fortsetzung des Vertrags unter Außerachtlassung der unwirksamen Klauseln.

2.3.2 vage Sortimentsbindung

Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach Absatz 2 der Vorschrift ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Danach ist zwar die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht für sich genommen im Regelfall nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Ebenfalls nicht unangemessen ist für sich genommen eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt. Nicht mehr angemessen ist es hingegen, wenn die genannten Formularbedingungen - unter Einschluss einer engen Sortimentsbindung - kumulativ vereinbart werden¹⁰⁰.

Allerdings steht bei der Betrachtung der kumulativ aufgenommenen Formularbedingungen nicht hauptsächlich oder allein die Angemessenheit der Betriebspflicht mit Sortimentsbindung im Blickfeld, sondern der Ausschluss des Konkurrenzschutzes. Denn bei ihm handelt es sich um einen Eingriff in die Hauptleistungspflicht des Vermieters¹⁰¹. Mit dem formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes schränkt der Vermieter seine Hauptleistungspflicht ein. Werden durch eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ist gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen. So liegt der Fall, wenn in einem typischen Einkaufszentrum durch formularmäßigen Mietvertrag jeglicher Konkurrenzschutz ausgeschlossen, gleichzeitig jedoch dem Mieter eine Betriebspflicht mit enger Sortimentsbindung auferlegt wird.

Wird der Konkurrenzschutz des Mieters vertraglich ausgeschlossen, so verschafft dies dem Vermieter nämlich die Möglichkeit, Konkurrenzunternehmen mit gleichem oder ähnlichem Sortiment in der unmittelbaren Nachbarschaft des Mieters anzusiedeln. Dadurch geraten der Umsatz und die Geschäftskalkulation des Mieters in Gefahr. Ist ihm in dieser Lage zusätzlich eine Betriebspflicht mit enger Sortimentsbindung auferlegt, fehlt es ihm an Möglichkeiten, sich durch Veränderung des eigenen Angebots an die entstandene Konkurrenzsituation anzupassen oder zumindest durch Verkürzung seiner Betriebszeiten seine Kosten zu reduzieren. Ermöglichen die Vertragsklauseln einseitig dem Vermieter, Konkurrenzsituationen herbeizuführen und dadurch den strengen Branchenmix

¹⁰⁰ vgl. BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rn. 33 ff. m.w.N.

¹⁰¹ BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rz. 36 ff. m.w.N.

aufzuweichen, beeinträchtigt dies den Mieter unangemessen, wenn jener nicht seinerseits durch entsprechende Sortimentsanpassung reagieren kann¹⁰².

In diese Situation wird der Mieter allerdings nur dann gebracht, wenn der Vertrag eine strenge Sortimentsbindung enthält, die dem Mieter eine substantielle Veränderung des eigenen Angebots verbietet¹⁰³. Demgegenüber hat der BGH bereits entschieden, dass eine Betriebspflicht auch im Zusammenspiel mit fehlendem Konkurrenzschutz keine unangemessene Benachteiligung darstellt, wenn sie mit keiner hinreichend konkreten Sortimentsbindung verbunden ist. Eine solche hat der BGH für die vereinbarte Nutzung „zur ausschließlichen Nutzung als: T.-Discount einschließlich der dazugehörigen Rand- und Nebensortimente“ verneint¹⁰⁴.

So verhält es sich auch im vorliegenden Fall, in dem die Klägerin als Vermieterin den vorformulierten Vertrag gestellt hat. Die vereinbarte Nutzung als „Einzelhandelsgeschäft für den Verkauf von Fan-, Lizenz- und Geschenkartikel und Accessoires“ eröffnet ein breites Spektrum an z.B. (bedruckten) Kleidungsstücken, Haushaltswaren, Schmuck und Kleinigkeiten, kunstgewerblichen Gegenständen, Artikeln zur Wohnungsgestaltung, Scherzartikeln und Souvenirs sowie etwa Handtaschen, Halstüchern und Gürteln, aus dem der Mieter sein Angebot zusammenstellen und damit einer sich bietenden Konkurrenzsituation ausweichen kann. Auch wenn sich aus der Bezeichnung auf eine vage abgrenzbare Sortimentsbeschränkung schließen ließe, so hätte diese Beschränkung eine diffuse und umfänglich kaum begrenzbar Reichweite. Im Umfang einer derart äußerst vage getroffenen Zweck- und Sortimentsbestimmung ist es der Klägerin nicht zumutbar, dem Beklagten Sortiments- und Konkurrenzschutz zu gewähren, und benachteiligen die Klauseln den Beklagten nicht unangemessen. Ein - als Kehrseite der Sortimentsbindung vereinbarter - Sortiments- und Konkurrenzschutz würde folglich für die Klägerin ein Risiko bergen, das die Vermietbarkeit der übrigen Ladengeschäfte im Einkaufszentrum nachhaltig beeinträchtigen würde. Im Ergebnis ist deshalb für den vorliegenden Fall die Kombination der Betriebspflicht mit der nur vage abgrenzbaren Sortimentsbindung und dem

¹⁰² vgl. BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rz. 41 f.

¹⁰³ BGH v. 6.10.2021 – XII ZR 11(20), NZM 2021, 930.

¹⁰⁴ BGH v. 3.3.2010 - XII ZR 131/08, ZMR 2010, 596 Rz. 16 m.w.N.

Ausschluss jedes Sortiments- und Konkurrenzschutzes unter dem Aspekt des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu beanstanden.

3 Miete

3.1 Wegfall der Geschäftsgrundlage (Corona)

3.1.1 Anspruch auf Mietanpassung bejaht (Textilgeschäft)

Der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB setzt ein tatsächliches Element (dazu aa), ein hypothetisches Element (dazu bb) und ein normatives Element (dazu cc) voraus¹⁰⁵.

aa) Die Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des eigenen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut¹⁰⁶. Zur Geschäftsgrundlage der Parteien als Vermieter und Mieter von Geschäftsräumen zur Nutzung als Textileinzelhandelsgeschäft gehörte danach die Vorstellung, dass es nicht zu einer Pandemie mit weitgehender Stilllegung des öffentlichen Lebens infolge pandemiebedingter Nutzungsuntersagungen und -beeinträchtigungen kommen würde, so dass das Auftreten der Pandemie mit den entsprechenden weitreichenden staatlichen Eingriffen in das wirtschaftliche und soziale Leben eine schwerwiegende Änderung der für die Vertragslaufzeit vorgestellten Umstände bedeutet und damit das tatsächliche Element der Störung der Geschäftsgrundlage verwirklicht. Es liegt eine Systemkrise und damit ein Fall der Störung der großen Geschäftsgrundlage vor, weil durch sie das allgemeine soziale und wirtschaftliche Gefüge nachhaltig erschüttert wird¹⁰⁷. So wird es auch vom Landge-

¹⁰⁵ OLG Dresden v. 24.2.2021 – 5 U 1782/20, juris; vgl. MünchKomm/*Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 BGB Rz. 56.

¹⁰⁶ vgl. BGH v. 25.9.1997 - II ZR 269/96, NJW 1997, 3371, 3372; BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 160/09, NJW 2010, 1663 Rz. 17.

¹⁰⁷ i.d.S. *Jung*, JZ 2020, 715 (716, 717); *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017 (1021); *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (486 f.); *Wolf/Eckert/Denz/Gerking/ Holze/Künnen/Kurth*, JA 2020, 401 (402).

richt im angefochtenen Urteil gesehen¹⁰⁸. Ohne dass es hierauf entscheidend ankommen würde, spricht für diese Annahme auch der Inhalt des mit Wirkung vom 31.12.2020 neu geschaffenen Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB¹⁰⁹.

bb) Das hypothetische Element ist erfüllt, wenn die vertragschließenden Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Veränderung der Umstände, welche zur Geschäftsgrundlage gehören, vorhergesehen hätten. Erforderlich ist danach, dass zumindest eine Vertragspartei den Vertrag nicht bzw. nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte, wenn sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage vorhergesehen hätte¹¹⁰. Im Rahmen der Störung der großen Geschäftsgrundlage ist das hypothetische Element regelmäßig erfüllt¹¹¹. Zudem ist zu beachten, dass es sich bei der Änderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände um sehr wesentliche Rahmenbedingungen für den Betrieb ihres Textileinzelhandelsgeschäftes handelt. Auf konkrete, nicht in die Vertragsverhandlungen eingeflossene Erwägungen, die nach dem Vortrag des Vermieters, er hätte, wenn die jetzt eingetretene Situation bei Mietvertragsabschluss auch nur annähernd vorhersehbar gewesen wäre, kein Einverständnis des Vermieters mit einer Mietpreisanpassungsklausel in der von dem Mieter geltend gemachten Form, also im Sinne einer Reduzierung auf die Hälfte der Miete, erklärt, kommt es daher nicht an. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und auf verständige, wirtschaftlich denkende Vertragspartner. Diese hätten sich bei dem beide Vertragspartner gleichermaßen betreffenden und gerade nicht zu beeinflussenden Risiko nicht einseitig zu Gunsten eines Vertragspartners entschieden. Das hypothetische Element des § 313 Abs. 1 BGB ist damit erfüllt.

cc) Das normative Element des § 313 Abs. 1 BGB ist erfüllt, wenn die wesentliche Veränderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände nicht in den Risikobereich einer der Parteien fällt (dazu aaa) und ein Festhalten am Vertrag einer der Parteien nicht zuzumuten ist (dazu bbb).

¹⁰⁸ ebenso LG Heidelberg v. 30.07.2020 - 5 O 66/20, BeckRS 2020, 19165 Rz. 39 ff.; *Streyll*, NZM 2020, 817, (821); *Zehelerin*, NZM 2020, 390 (398).

¹⁰⁹ vgl. *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5 (8).

¹¹⁰ *MünchKomm/Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 BGB Rz. 58.

¹¹¹ *Jung*, JZ 2020, 715 (719).

aaa) Wenn angenommen wird, dass eine der Parteien mit dem Abschluss des Mietvertrages ein Risiko übernommen hat, unter das das Auftreten der Corona-Pandemie und die daraufhin ergangene staatliche Schließungsanordnung fällt, stünde dies einer Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB regelmäßig entgegen, weil für die Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum ist, soweit es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen¹¹². Dies könnte auf den ersten Blick dafür sprechen, die Entscheidung sei bereits im Rahmen der bei der Auslegung des Mietvertrages notwendigen Abgrenzung zwischen dem beim Vermieter liegenden Risiko der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes einerseits und dem beim Mieter liegenden Verwendungsrisiko andererseits gefallen. Diese Annahme greift aber zu kurz, weil die bei der vertraglichen Risikoabgrenzung allein betrachtete staatliche Schließungsanordnung nicht gleichbedeutend mit der in ein Pandemiegeschehen mit weitreichenden Kontakteinschränkungen eingebetteten Änderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände ist. Es geht hier also nicht um ein „normales“ Risiko der Gebrauchstauglichkeit bzw. der Verwendung des Mietobjektes, sondern um weitgehende staatliche Eingriffe in das soziale und wirtschaftliche Leben aufgrund einer Pandemie, die als Systemkrise eine Störung der großen Geschäftsgrundlage ist. Das mit der Störung der großen Geschäftsgrundlage verbundene Risiko kann regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden¹¹³. Der staatliche Eingriff zur Kontaktbeschränkung hat dabei auch unmittelbar auf das vorliegend zu beurteilende Mietverhältnis eingewirkt, indem das von der Beklagten entsprechend dem Mietzweck betriebene Textileinzelhandelsgeschäft als möglicher Ort potentiell vielfältiger Kontakte, die zur Übertragung des Covid 19 Virus führen können, geschlossen wurde. Von der vertraglichen Risikozuweisung wird deshalb dieses von den Vertragsparteien nicht vorhergesehene und die Geschäftsgrundlage des Vertrages betreffende Geschehen nicht erfasst¹¹⁴. Auch in diesem Punkt stützt die Neurege-

¹¹² vgl. BGH v. 17.3.2010 - XII ZR 108/08, NZM 2010, 364 Rz. 15.

¹¹³ i.d.S. *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017 (1021); *Jung*, JZ 2020, 715 (720); *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (487 f.); *Römermann*, NJW 2021, 265 Rz. 22; *Warmuth*, CO-VuR 2020, 16 (19 f.); LG Mönchengladbach v. 2.11.2020 - 12 O 154/20 - Rz. 41.

¹¹⁴ *Strey*, NZM 2020, 817, (822); *Zehelein*, NZM 2020, 390 (398).

lung in Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB die Annahme, dass die pandemiebedingten staatlichen Schließungsmaßnahmen zumindest regelmäßig von der ohne Bezug zur Corona-Pandemie im Mietvertrag vereinbarten Risikozuweisung nicht erfasst werden¹¹⁵. Im Ergebnis steht die vertragliche Risikozuweisung in der hier zu beurteilenden Situation einer Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs. 1 BGB selbst dann nicht entgegen, wenn dieses nach der Vertragsauslegung einer der Parteien zuzuordnen wäre.

bbb) Entgegen der Auffassung im angefochtenen Urteil ist das Festhalten am unveränderten Mietvertrag derjenigen Partei, die durch die Änderung der die Geschäftsgrundlage bildenden Umstände belastet ist, hier der Mieter, nicht zuzumutbar.

Der Senat teilt die Auffassung der 4. Zivilkammer des Landgerichts Chemnitz nicht, dass von einer Unzumutbarkeit des Festhaltens am bestehenden Vertrag erst dann auszugehen sei, wenn die von der Änderung der Umstände, welche zur Geschäftsgrundlage gehören, belastete Partei dadurch in eine existenzgefährdende Lage gerät. Das beachtet nicht hinreichend, dass es hier um eine Äquivalenzstörung in einem gegenseitigen Vertrag geht, der zudem ein Dauerschuldverhältnis ist. Die notwendige Unzumutbarkeit bezieht sich damit auf die Äquivalenzstörung, also auf das Verhältnis von Überlassung des Mietobjektes einerseits und dafür Zahlen des Nutzungsentgelts (Miete) andererseits¹¹⁶. Von besonderer Bedeutung ist dabei der Charakter des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis, bei dem die Miete für die Nutzungsüberlassung in Zeitabschnitten geschuldet ist, wobei der Zeitabschnitt bei den meisten Mietverhältnissen einen Monat beträgt. Dementsprechend erfolgt die Lösung des Äquivalenzproblems zwischen Miete und Gebrauchsüberlassung im Fall des Eingreifens des Gewährleistungsrechts der Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB auch im Sinne einer Reduzierung (Minderung) der Miete (nur) für den betroffenen Zeitabschnitt der Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit. Führt ein vorhandener Mangel in einem bestimmten Zeitraum nicht zur Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit, ist die Miete in diesem Zeitraum und damit in den betroffe-

¹¹⁵ i.d.S. auch *Römermann* NJW 2021, 265 (267 f.).

¹¹⁶ *Römermann* NJW 2021, 265 (268); *Strey*, NZM 2020, 817, (824); *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5 (10).

nen Zeitabschnitten nicht gemindert¹¹⁷. Ebenso ist es bei der Bestimmung der Wesentlichkeit eines Mietrückstandes - und damit einer Äquivalenzstörung - für die Annahme eines wichtigen Grundes zur Kündigung des Mietvertrages nach § 543 BGB. Auch dabei wird in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a und b BGB nach Zahlungsterminen bestimmt, wann ein Rückstand so erheblich ist, dass aus ihm ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Mietvertrages folgt. In § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB ist sogar - wohl infolge eines redaktionellen Versehens - der konkrete Zeitabschnitt des Monats genannt, was aber dahin zu verstehen ist, dass der im Mietvertrag vereinbarte Zeitabschnitt gemeint ist¹¹⁸. Auch im Rahmen der Konturierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des nicht unerheblichen Teils der Miete in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB orientiert sich die Rechtsprechung an dem an einem Fälligkeitstermin zu zahlenden Betrag, in der Regel also an der Miete für einen Monat. So ist in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB für Mietverträge über Wohnraum geregelt, dass ein nicht unerheblicher Rückstand dann vorliegt, wenn der rückständige Teil die Miete für einen Monat (mindestens um ein Cent) übersteigt. Auch im Bereich der Mietverträge über Gewerberäume wird dieser Betrag grundsätzlich bei der Bestimmung des nicht unerheblichen Teils der Miete angewendet¹¹⁹. Allerdings kann bei diesen Verträgen auch ein Rückstand von weniger als dem an einem Fälligkeitstermin zu zahlenden Betrag, also in der Regel der Miete für einen Monat, ausreichen, wenn besondere Einzelfallumstände hinzutreten, die den Schluss auf die Erheblichkeit dieses Rückstandes zulassen (vgl. BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, NJW 2015, 2419 Rz. 54 ff.). Daraus folgt, dass die Unzumutbarkeit der Festhaltung am bestehenden Vertrag beim Verhältnis von Leistung und Gegenleistung anzusetzen hat, im vorliegend zu beurteilenden Mietvertrag vom 13./26.09.2013 mit monatlicher Zahlungspflicht gemäß dessen § 3 Nr. 1 also beim einzelnen Zahlungsmonat. Im Ausgangspunkt ist danach die Erheblichkeit deswegen zu bejahen, weil - je nach Standpunkt bezüglich der vertraglichen Risikoverteilung - entweder der Mieter nach dem Mietvertrag die volle Miete zahlen müsste, ohne das Mietobjekt dem Mietzweck entsprechend nutzen zu können oder der Vermieter keine bzw. eine geringfügige Miete für ein Mietobjekt erhielte, für

¹¹⁷ vgl. BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NJW 2011, 514 Rz. 13 - sommerliche Aufheizung der Mieträume.

¹¹⁸ vgl. *Alberts* in Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl., § 543 BGB Rz. 57 unter Verweis auf BGH v. 17.09.2008 - XII ZR 61/07, NZM 2009, 30 Rz. 15.

¹¹⁹ vgl. BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 30.

dessen - temporäre - Unbenutzbarkeit für den vertraglich vereinbarten Mietzweck er nicht nur keine Ursache gesetzt hat, sondern die er auch nicht vorhersehen konnte. Im konkret zu beurteilenden Fall könnte man deshalb die Erheblichkeit danach allenfalls dann verneinen, wenn lediglich ein Zahlungstermin betroffen wäre und innerhalb dieses Zahlungstermins jedenfalls weit überwiegend die vertragliche Äquivalenz bestand. Denkbar wäre danach, die Unzumutbarkeit der Festhaltung am Mietvertrag dann zu verneinen, wenn die Äquivalenzstörung lediglich ein bis zwei Wochen des Mietmonats beträfe. Die Notwendigkeit der im Verhältnis zu anderen Vertragstypen relativ niedrige Schwelle der Unzumutbarkeit liegt darin begründet, dass es sich bei dem Mietvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt. So ist bei einem klassischen Austauschvertrag wie dem Kaufvertrag die vollständige Leistung und Gegenleistung im Rahmen der Äquivalenzstörung gegenüberzustellen. Allerdings bezieht sich dann auch die Rechtsfolge der Vertragsanpassung auf den gesamten Vertrag, also das vollständige Äquivalenzverhältnis.

Im Mietvertrag reicht dagegen eine wesentliche Äquivalenzstörung im regelmäßig monatlichen Zeitabschnitt, sie führt allerdings dann auch nur zu einer Vertragsanpassung für diesen Zeitabschnitt, so dass nicht das Risiko besteht, dass mit niedriger Eingriffsschwelle wesentliche Vertragsgrundlagen ohne entsprechenden Anlass durch richterlichen Eingriff nach § 313 Abs. 1 BGB geändert werden. Der Zeitraum, in dem die staatliche Schließungsanordnung andauerte, von insgesamt mehr als einem Monat, überschreitet damit die Schwelle der Erheblichkeit. Auf die Frage, inwieweit die wirtschaftliche Existenz der belasteten Vertragspartei durch die Störung der Geschäftsgrundlage betroffen wird, kommt es wegen dieser Dauer nicht an.

b) Da eine einvernehmliche Vertragsanpassung im Verhandlungswege der Parteien nach § 313 Abs. 1 BGB noch im Berufungsverfahren nicht zustande kam, ist der Senat verpflichtet, die entsprechende Vertragsanpassung vorzunehmen. Der Anpassungsanspruch aus § 313 Abs. 1 BGB kann gerichtlich geltend gemacht werden¹²⁰. Der Mieter hat zudem mit ihrem vorprozessualen Schreiben vom 07.05.2020 an den Prozessbevollmächtigten dem Vermieter einen außergerichtlichen Vergleich auf der Basis einer hälftigen Reduzierung der Miete für

¹²⁰ vgl. BGH v. 30.9.2011 - V ZR 17/11, NJW 2012, 373 Rz. 34.

April 2020 angeboten, was als Anpassungsverlangen nach § 313 Abs. 1 BGB gewertet werden kann. Damit ist eine Absenkung der Kaltmiete um 50 % gerechtfertigt, weil keine der Vertragsparteien eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzt oder sie vorhergesehen hat. Es ist demzufolge angemessen, die damit verbundene Belastung gleichmäßig auf beide Parteien zu verteilen¹²¹.

3.1.2 Anspruch auf Mietanpassung verneint (Filialist)

Nach Art. 240 § 7 EGBGB sind hier sowohl das allgemeine Schuldrecht als auch die Gewährleistungsrechte aus dem Mietvertragsrecht anwendbar und werden durch die gesetzliche Vermutung, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, ergänzt. Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass vorrangig Gewährleistungsrechte und die Frage der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung zu prüfen sind¹²². Beide führen im vorliegenden Fall nicht zu einer Reduzierung der Mietschuld des Mieters für April 2020¹²³. Erst danach kann auf die Frage des Vorliegens einer Störung der Geschäftsgrundlage eingegangen werden. Dass eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, wird nun „grundsätzlich“ vermutet, wobei Unsicherheiten beseitigt und die außergerichtliche Verhandlungsposition des Gewerberaummieters gestärkt werden sollte¹²⁴. Art. 240 § 7 EGBGB schafft eine tatsächliche Vermutung, dass sich ein Umstand i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB, der Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach dem Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. Die Vermutung ist widerleglich und gilt nur für dieses reale Merkmal des § 313 Abs. 1 BGB¹²⁵. Das normative Merkmal des § 313 Abs. 1 BGB, dass dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, wird von der Vermutungsregelung nicht erfasst¹²⁶.

¹²¹ i.d.S. auch LG Mönchengladbach, a.a.O., Rn. 55; LG Aurich v. 9.10.2020 - 1 O 430/20; LG Kempten v. 7.12.2020 - 23 O 753/20, BeckRS 2020, 37736 Rz. 37; AG Oberhausen v. 6.10.2020 - 37 C 863/20, BeckRS 2020, 35507 Rn. 46; *Ekkenga/Schirmmacher*, NZM 2020, 410 (414).

¹²² BT-Drucks. 19/25322 S. 14/ 15.

¹²³ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

¹²⁴ BT-Drucks. 19/25322 S. 14/ 15.

¹²⁵ BT-Drucks. 19/25322 S. 20.

¹²⁶ BT-Drucks. 19/25322 S. 21.

Dabei stellt der Gesetzgeber darauf ab, dass im Rahmen der Zumutbarkeit zu prüfen sein wird, wie erheblich die Umsätze zurückgegangen sind und auch, ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten hat, mit denen er die Umsatzausfälle infolge staatlicher Beschränkung jedenfalls teilweise kompensieren kann, und ob er Aufwendungen erspart hat (z.B. wegen Kurzarbeitergeld oder weggefallenem Wareneinkauf). Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls § 313 BGB gewährt keine Überkompensation¹²⁷.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist vorliegend nicht festzustellen, dass es dem Mieter unter Abwägung aller Umstände nicht zuzumuten wäre, an der vereinbarten Mietzahlungspflicht festgehalten zu werden¹²⁸. Darauf, ob die gesetzliche Regelung, was der Vermieter in Abrede stellen, auch auf Sachverhalte in der Vergangenheit, nämlich die Miete für April 2020 anwendbar ist, kommt es daher hier nicht an.

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann die Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Wie ausgeführt, trägt im Verhältnis zum Vermieter der Mieter grundsätzlich das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Eine Anpassung des Vertrags kann der Mieter nur dann verlangen, wenn ihm das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. § 313 BGB greift nach der Rechtsprechung erst dann ein, wenn dies zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnis unabweislich erscheint¹²⁹. Die Unzumutbarkeit ist aus dem Vergleich von Schuldneraufwand und Leistungserfolg zu bestimmen. Dabei sind nicht nur die Interessen des Schuldners, sondern auch die des Gläubigers mit dem Ziel, die beiderseitigen – widerstreitenden – Interessen auszugleichen, zu berücksichtigen. Dem Schuld-

¹²⁷ BT-Drucks. 19/25322 S. 21.

¹²⁸ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

¹²⁹ vgl. BGH v. 22.12.2004, VIII ZR 41/04, bei juris Rz. 17.

ner sind Aufwendungen, welche die dem Schuldverhältnis immanente Opfergrenze überschreiten, nicht mehr zumutbar. Diese Opfergrenze wird insbesondere überschritten, wenn die Inanspruchnahme des Schuldners zur Vernichtung seiner Existenz führen würde; unter Umständen genügt auch bereits eine schwere Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens¹³⁰. Eine Angleichung ist geboten, wenn das Festhalten am Vertrag zu einem untragbaren, mit Recht und Gesetz schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde¹³¹.

Dass ein solches schlechthin nicht mehr hinnehmbares Ergebnis anzunehmen wäre, insbesondere der Mieter in ihrer Existenz gefährdet wäre, wenn sie die Miete für April 2020 bezahlen müsste, ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen. Sie hat zwar einen Umsatzverlust bezogen auf den Gesamtkonzern dargelegt. Wie die streitgegenständliche Filiale wirtschaftlich dasteht, ist dem Vortrag des Mieters aber nicht zu entnehmen. Es ist im Zusammenhang mit der Existenzgefährdung durchaus zu sehen, dass es sich bei dem Mieter um einen großen Konzern handelt, der wirtschaftlich leistungsfähiger sein kann als die Filialen für sich betrachtet. Für die Frage der Störung des Äquivalenzverhältnisses bezogen auf den streitgegenständlichen Mietvertrag dürfen jedoch auch Leistung und Gegenleistung bezogen auf diese Filiale und damit der konkrete Einzelfall nicht aus dem Blickfeld geraten, da auch die Interessen der (unterschiedlichen) Vermieter Berücksichtigung finden müssen.

Hier hat der Mieter eine Aufstellung der Nettoumsätze aller Filialen in Deutschland von Januar 2018 bis April 2020 einschließlich vorgelegt¹³². Unterstellt man, dass diese auch die Umsatzentwicklung in der streitgegenständlichen Filiale widerspiegeln, ist ein Umsatzeinbruch in den Monaten März und April 2020 zu sehen. Dass dieser allerdings allein auf den Schließungen und nicht auch auf bereits seit Anfang März zu beobachtender Zurückhaltung der Käufer, also einer unstrittig in das Risiko der Beklagten fallenden Änderung des Konsumverhaltens, beruht, ist diesen Zahlen nicht zu entnehmen. Obwohl das Landgericht bereits in der mündlichen Verhandlung (I 75) darauf hingewiesen hatte, dass eine Existenzgefährdung nicht dargelegt sei, und auch das Urteil auf die fehlen-

¹³⁰ vgl. dazu BGH v. 15.4.1959 - V ZR 3/58, bei juris Rz. 44.

¹³¹ BGH v. 20.12.2004, VIII ZR 41/04, bei juris Rz. 25.

¹³² OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

de Darlegung einer zur Unzumutbarkeit führenden wirtschaftlichen Beeinträchtigung gestützt hatte (LGu 14/ 15), hat sich der Mieter damit weder in erster Instanz noch in der Berufungsbegründung dezidiert auseinandergesetzt.

Zutreffend hat das Landgericht gesehen, dass nicht isoliert die Umsatzeinbußen in den von der Schließung betroffenen Monaten betrachtet werden können, und dass auch staatliche Hilfen, wie das Kurzarbeitergeld, in die Abwägung einzu beziehen sind. Auch wenn diese die Kosten nicht insgesamt ausgeglichen haben, ist für die Frage der wirtschaftlich unzumutbaren Beeinträchtigung zu berücksichtigen, ob von anderer Seite eine Partei wirtschaftliche Unterstützung erhalten hat. Ebenso kann nicht unberücksichtigt bleiben, ob mit nicht verkauften, aber noch verkäuflichen Warenvorräten, Vermögenswerte noch vorhanden sind. Diese binden zwar Liquidität des Mieters, können aber im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtung nicht außer Betracht bleiben¹³³.

Vorliegend ist dem Vortrag des Mieters auch in der Berufung weder bezogen auf die streitgegenständliche Filiale noch bezogen auf den Gesamtkonzern zu entnehmen, in welchem Umfang als Folge der Schließung im Frühjahr 2020 die Umsätze und Gewinne und damit im Ergebnis auch das Vermögen der Beklagten so beeinträchtigt wurden, dass ihm ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden könnte. Weder legt er offen, wieviel staatliche Leistungen, insbesondere Kurzarbeitergeld, er erhalten hat, und welche Aufwendungen er durch die Kurzarbeit erspart hat, noch welche Warenwerte an verkäuflichen Waren, die die Anschaffungskosten im weiteren Verlauf senken, weiter vorhanden sind. Die Bezugnahme auf die erneuten im Dezember 2020 behördlich verordneten und zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch andauernden Schließungen vermag den Vortrag zu den Beeinträchtigungen im Frühjahr nicht zu ersetzen. Die Einbußen, die der Mieter durch die erneute Schließung ab Mitte Dezember 2020 erleidet, können auch nicht in die Abwägung der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für die Monatsmiete im April 2020 einbezogen werden. Insoweit handelt es sich um einen neuen Sachverhalt. Gegenstand dieses Rechtsstreits ist allein die Miete für April 2020 und nicht die Frage, ob und in welcher Form eine Vertragsanpassung für Zeiträume ab Mai 2020 verlangt werden könnte.

¹³³ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

b. Soweit sich der Mieter auf Stimmen in der Literatur beruft, die unter Berücksichtigung des Umstandes, dass keine der Parteien die Pandemie und die damit verbundenen Geschäftsschließungen und weiteren Folgen habe vorhersehen können, eine hälftige Teilung des Risikos und damit eine hälftige Teilung der Miete annehmen, weshalb es einer Darlegung der Umsatzausfälle nicht bedürfe, überzeugt dies nicht¹³⁴. Zu prüfen ist die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit in jedem Einzelfall. Dieser entzieht sich, wie die unterschiedlichen Stimmen in der Literatur zeigen¹³⁵, einer pauschalierten Darstellung. Es kann in dem Zusammenhang auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Mieter im Gegensatz zu dem Vermieter von staatlichen Transferleistungen wie dem Kurzarbeitergeld profitiert. Zudem zeigt sich unter Berücksichtigung des Umstands, dass im April nach der Schließung nur 10 Öffnungstage zur Verfügung standen, dass hier die Vormonate deutlich übersteigende Tagesumsätze erzielt wurden, so dass ein gewisser Nachholeffekt in diesem Bereich nicht auszuschließen ist. Eine pauschalierte Herabsetzung um die Hälfte lässt außer Betracht, dass möglicherweise ein Teil der Umsätze nach Beendigung des Lockdowns auch nach April 2020 nachgeholt werden konnte, da anders als in der Gastronomie oder der Veranstaltungsbranche zunächst nicht verkaufte Ware, soweit es sich nicht um Osterartikel gehandelt hat, grundsätzlich zu einem späteren Zeitpunkt verkauft werden kann.

3.1.3 Doch alles anders?

Leo stellt in den Raum, dass § 313 BGB nicht anwendbar ist, weil der Sachverhalt durch § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB geregelt ist. Nach dieser Vorschrift¹³⁶ kann der Mieter außerordentlich fristlos kündigen, wenn ihm der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache entzogen wird. Da es insoweit nicht auf ein Verschulden des Vermieters ankommt¹³⁷, kann der Tatbestand auch durch die Gebrauchsbeeinträchtigungen aufgrund der staatlichen Anordnungen infolge der

¹³⁴ OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, juris.

¹³⁵ vgl. bspw. Häublein/Müller, NZM 2020, 481, 488 ff.

¹³⁶ Leo, NZM 2021, 249 (254).

¹³⁷ BGH v. 18.9.1974 - VIII ZR 63/73, MDR 1975, 134 = NJW 1974, 2233.

Covid-19-Pandemie erfüllt sein¹³⁸. Da § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB zur Mängelhaftung gehört, ist § 313 BGB nicht anwendbar¹³⁹.

Diese neuen Aspekte werden die Diskussion ebenso beflügeln wie der Hinweis von *Leo* auf § 593 BGB¹⁴⁰. Diese Norm könnte als Maßstab herangezogen werden, um eine schwerwiegende Veränderung der Vertragsgrundlagen zu beurteilen oder jedenfalls die Unzumutbarkeit für das Dauerschuldverhältnis Mietvertrag zu bestimmen. Beide Merkmale gehören zu den Voraussetzungen des § 313 BGB. Zwar hat der Gesetzgeber durch Art. 240 § 7 EGBGB die Vermutung aufgestellt, dass eine schwerwiegende Veränderung der Vertragsgrundlagen gegeben sei. Der Gesetzgeber kann sich aber auch irren und ist seit der Mietrechtsreform bekannt, dass einer falschen Rechtsauffassung des Gesetzgebers nicht gefolgt werden muss. Jedenfalls gibt § 593 Abs. 1 vor, dass eine Reduzierung des Ertrags nicht automatisch zu einer Reduzierung der Miete führen kann bzw. gemäß § 593 Abs. 2 BGB bis zu einem Änderungsverlangen zwei Jahre vergangen sein müssen. Demnach wären die aktuellen Lock-Downs schon von ihrer zeitlichen Komponente her nicht ausreichend, um ein Änderungsverlangen nach § 313 BGB stellen zu können.

Bis zu einer Entscheidung des BGH wird die bestehende Unsicherheit bleiben.

3.2 Vormiete i.S.v. § 556e Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe zu viel gezahlter Miete nach § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB kommt nicht in Betracht, wenn zugunsten des Vermieters die Ausnahmegvorschrift des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB anzuwenden wäre. Diese Vorschrift erlaubt für den Fall, dass die vom vorherigen Mieter geschuldete Miete (Vormiete), höher ist als die nach § 556d Abs. 1 BGB zulässige Miete, die Vereinbarung einer Miete bis zur Höhe der Vormiete. Dabei kommt als "Vormiete" nur die in einem Wohnraummietverhältnis vereinbarte Miete in Betracht und nicht etwa eine in einem ganz anderen Marktsegment (wie einem Gewerberaummietverhältnis) erzielte Miete. Denn andernfalls hätte es keiner Ausführungen dazu be-

¹³⁸ LG Kaiserslautern v. 13.4.2021 – 4 O 284/20.

¹³⁹ Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl., § 313 BGB Rz. 12 m.w.N.

¹⁴⁰ *Leo*, NZM 2021, 249 (253).

durft, dass das Vormietverhältnis seinerseits den Anforderungen der §§ 556d BGB ff. entsprechen müsse¹⁴¹.

Bei dem letzten Wohnraummieter (C.), dem zunächst ein Gewerberaummieter nachfolgte, handelt es sich nicht deshalb um den "vorherigen Mieter" im Sinne des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die Wohnung vor der Vermietung an die Klägerin zuletzt zur gewerblichen Nutzung vermietet und der Mieter C. deshalb der letzte Wohnraummieter vor der Vermietung an die Klägerin war¹⁴².

Bereits der Wortlaut des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB legt es zumindest nahe, dass es sich bei der darin bezeichneten "Vormiete" um eine solche aus einem unmittelbar vorangegangenen Mietverhältnis handeln muss. Denn der Begriff der "Vormiete" wird dort definiert als "die Miete, die der vorherige Mieter zuletzt schuldete". Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist mit "der vorherige Mieter" regelmäßig der (zeitlich) letzte Vormieter gemeint, und nicht irgendein Mieter, der die Räume in der Vergangenheit einmal innehatte. Ein "Vorvormieter" - wie hier Frau C. - lässt sich unter diesen Begriff daher schwerlich fassen¹⁴³.

Jedenfalls die teleologische und die historische Auslegung der Norm anhand der Gesetzesbegründung und der vom Gesetzgeber verfolgten Zielrichtung lassen nur die Schlussfolgerung zu, dass § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB die Vereinbarung einer höheren als der nach § 556d Abs. 1 BGB zulässigen Miete nur für Räumlichkeiten ermöglichen will, die bei ihrer (zeitlich) letzten Vermietung zu Wohnzwecken überlassen waren¹⁴⁴.

§ 556e BGB wurde mit Wirkung vom 1. Juni 2015 durch das Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz; BGBl. I S. 610) als Teil des neuen Unterkapitels 1a betreffend "Vereinbarungen über die Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten" in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt. Ziel dieser Gesetzesnovelle war es, einer "Gentrifizierung entgegenzuwirken" und sicherzustellen, dass die Bevölkerung (einschließlich einkommensschwächerer Haushalte) im

¹⁴¹ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

¹⁴² BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, MDR 2020, 1435.

¹⁴³ so auch BeckOGK/*Fleindl*, Stand 1. April 2020, § 556e BGB Rz. 8.

¹⁴⁴ BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, MDR 2020, 1435.

Fälle der Wohnungssuche auch in Zeiten eines angespannten Wohnungsmarkts (vgl. § 556d Abs. 2 BGB) bezahlbare Mietwohnungen in ihrem bisherigen Wohnviertel findet¹⁴⁵. Eine Abwanderung einkommensschwächerer Mieter aus stark nachgefragten Wohnquartieren in Folge von Mietanstiegen soll mit den Regelungen verhindert werden¹⁴⁶. Durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz wollte der Gesetzgeber dazu beitragen, den Zugang zu bereits als solchem genutzten Wohnraum für weniger einkommensstarke Mieter zu sichern. Ziel war es dabei nicht, neuen Mietwohnraum zu schaffen¹⁴⁷, etwa durch Anreize zur Wohnraumschließung gewerblich genutzter Bestandsimmobilien. Vielmehr ging es dem Gesetzgeber ausschließlich darum, durch Dämpfung des Mietanstiegs die Verdrängung einkommensschwacher Mieter aus dem "vermieteten Wohnungsbestand"¹⁴⁸ zu verhindern.

Diese Kernziele des Gesetzgebers werden im Wesentlichen durch den mit dem Mietrechtsnovellierungsgesetz neu geschaffenen § 556d Abs. 1 BGB verwirklicht¹⁴⁹. Nach dieser Vorschrift darf bei Abschluss eines Mietvertrags über Wohnraum, der in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2 BGB) höchstens um 10 % übersteigen. Wenn § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB, abweichend von dem Grundsatz des § 556d Abs. 1 BGB, unter bestimmten Voraussetzungen die Vereinbarung einer höheren Miete erlaubt, ist diese Norm jedoch bereits aufgrund ihres Charakters als Ausnahmeregelung eng auszulegen¹⁵⁰. Zudem hatte der Gesetzgeber bei der Regelung der Ausnahmenvorschrift vor allem neu erbaute Wohnungen in den Blick genommen, die schon vor dem in § 556f Satz 1 BGB genannten Stichtag (1. Oktober 2014) vermietet worden sind. Für den Fall einer etwaigen, gegebenenfalls bereits nach wenigen Monaten erfolgenden Kündigung des Erstmieters sollte für den Vermieter die erforderliche Investitionssicherheit gewährleistet werden, indem ihm weiterhin gestattet sein sollte, die bei der Erstvermietung erzielte Miete zu vereinbaren, selbst wenn sie den Betrag von 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete

¹⁴⁵ BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 56.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 18/3121, S. 18.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 2.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

¹⁴⁹ vgl. BVerfG, NJW 2019, 3054 Rz. 52.

¹⁵⁰ vgl. BT-Drucks. 18/3121 S. 30: keine Umgehung der "Mietpreisbegrenzung".

überstieg. Ein vergleichbares Vertrauen, eine bestimmte Wohnraummiete erzielen zu können, kann jedoch ein Vermieter, der sich zu einer Nutzungsänderung entschlossen und die Wohnung zu gewerblichen Zwecken vermietet hat, gerade nicht für sich in Anspruch nehmen. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung gewährt die Ausnahmeregelung des § 556e Abs. 1 BGB daher dem Vermieter keinen (uneingeschränkten) Investitionsschutz dahin, dass ihm unabhängig von der zuletzt gewählten Nutzungsart eine früher erzielte Wohnraummiete erhalten bleiben oder gar eine bestimmte Einnahmehöhe garantiert werden sollte.

3.3 Umfassende Modernisierung i.S.d. § 556f BGB

Gemäß § 556f Satz 2 BGB sind die §§ 556d und 556e BGB nicht anzuwenden auf die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 556f Satz 2 BGB ist eine Modernisierung umfassend, wenn sie einen Umfang aufweist, der eine Gleichstellung mit Neubauten gerechtfertigt erscheinen lässt¹⁵¹. Eine solche Gleichstellung ist anzunehmen, wenn die Modernisierung einerseits im Hinblick auf die hierfür angefallenen Kosten einen wesentlichen Bauaufwand erfordert und andererseits wegen der mit ihrem tatsächlichen Umfang einhergehenden qualitativen Auswirkungen zu einem Zustand der Wohnung führt, der demjenigen eines Neubaus in wesentlichen Teilen entspricht¹⁵².

Zur Beantwortung der Frage, ob im Hinblick auf die Kosten der durchgeführten Arbeiten ein wesentlicher Bauaufwand vorliegt, kann nach der Gesetzesbegründung¹⁵³ auf § 16 Abs. 1 Nr. 4 WoFG bzw. dessen Vorgängervorschriften (§§ 16, 17 des II. WoBauG) sowie die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach ist ein Bauaufwand im Hinblick auf den finanziellen Aufwand als wesentlich anzusehen, wenn er (mindestens) ein Drittel des für eine vergleichbare Neubauwohnung erforderlichen Aufwands - ohne Grundstücksanteil - erreicht¹⁵⁴. Da die Neubaukosten in der

¹⁵¹ BT-Drucks. 18/3121, S. 32; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, NJW-RR 2020, 1212 Rz. 10 ff.

¹⁵² BT-Drucks. 18/3121, S. 32;; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, NJW-RR 2020, 1212 Rz. 10 ff.; BeckOGK/*Fleindl*, Stand: 1. Oktober 2020, § 556f BGB Rz. 25 m.w.N.

¹⁵³ BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

¹⁵⁴ vgl. BGH v. 10.8.2010 - VIII ZR 316/09, WuM 2010, 679 Rz. 6 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerwG zu § 17 Abs. 1 Satz 1 WoBauG in BVerwGE 38, 286 (289 f.).

Bundesrepublik Deutschland von Region zu Region stark differieren können, ist auf aussagekräftige aktuelle Zahlen - etwa statistische Erhebungen des Bauhandwerks - der jeweiligen Region, in der die in Rede stehende Wohnung gelegen ist, oder einer von der Bevölkerungsstruktur und der Wirtschaftskraft hierzu vergleichbaren Region abzustellen¹⁵⁵. Eine Schätzung der Neubaukosten durch den Tatrichter nach § 287 Abs. 2 ZPO auf der Grundlage dieser oder anderer objektivierbarer Zahlen, deren Einführung in den Prozess in der Darlegungs- und Beweislast des Vermieters liegt, ist in diesem Rahmen möglich und zulässig¹⁵⁶.

Allerdings können nicht die Kosten für (reine) Erhaltungsmaßnahmen gemäß § 555a Abs. 1 BGB im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB zu dem in den Kostenvergleich einzustellenden Bauaufwand berücksichtigt werden und dementsprechend auch bei einer modernisierenden Instandsetzung die gesamten Kosten nicht ungekürzt als Modernisierungskosten angesetzt werden¹⁵⁷.

In den Kostenvergleich im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB sind nur solche Kosten einzustellen, die auf - im Katalog des § 555b BGB genannten - Modernisierungsmaßnahmen beruhen¹⁵⁸. Dieses Verständnis liegt bereits nach dem Wortlaut des § 556f Satz 2 BGB nahe, nach dem die §§ 556d, 556e BGB nicht anzuwenden sind auf die erste Vermietung nach umfassender "Modernisierung". Dementsprechend ist in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt, dass von dem Begriff der Modernisierung die Wiederherstellung eines ehemals bestehenden Zustands nicht umfasst wird¹⁵⁹. Damit sind Kosten, die keinen Bezug zu einer in § 555b BGB genannten Modernisierungsmaßnahme aufweisen, sondern allein der Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 555a Abs. 1 BGB geschuldet sind, von vornherein nicht in den Kostenvergleich aufzunehmen.

Entsprechendes gilt aber auch für den Fall, dass ältere Bauteile und Einrichtungen der Wohnung modernisiert werden und zwar sowohl dann, wenn diese

¹⁵⁵ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

¹⁵⁶ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

¹⁵⁷ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

¹⁵⁸ BeckOKMietrecht/*Theesfeld*, Stand: 1. August 2020, § 556f BGB Rz. 14; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556f BGB Rz. 17; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 556f BGB Rz. 14; *Abramenko*, Die Mietpreisbremse, 2015, § 3 Rz. 23.

schon mangelhaft sind, als auch dann, wenn sie - ohne dass ein Austausch schon unmittelbar erforderlich wäre - bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer zu erwartenden Gesamtlebensdauer abgenutzt worden sind. Auch insoweit ist ein Teil der Kosten bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht der Modernisierung, sondern der bloßen Instandhaltung zuzuordnen und deshalb bei dem im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB anzustellenden Kostenvergleich nicht zu berücksichtigen¹⁶⁰.

Mit der Einführung der Vorschriften der §§ 556d bis 556g BGB bezweckte der Gesetzgeber eine Begrenzung der Mieten in angespannten Wohnungsmärkten. Die nach Maßgabe des § 556d BGB höchstzulässige Miete darf der Vermieter nach § 556e BGB mit Rücksicht auf eine höhere Vormiete oder wegen Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b BGB überschreiten, die er in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses durchgeführt hat. Im Fall der Modernisierung darf der Vermieter dabei die nach § 556d BGB zulässige Miete um den Betrag überschreiten, um den er die Miete gemäß § 559 BGB hätte erhöhen können. Noch weitergehende Ausnahmen sieht das Gesetz in § 556f BGB vor. Danach sind zum einen Neubauten, die nach dem 1. Oktober 2014 erstmals genutzt und vermietet werden, von der Mietenbegrenzung gänzlich ausgenommen; zum anderen gilt die Mietenbegrenzung (§ 556d BGB) nicht für die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung¹⁶¹.

Das Gesetz sieht somit zugunsten des modernisierenden Vermieters gestufte Ausnahmen vor. Unter den Voraussetzungen des § 556e BGB erhöht sich die zulässige Miete um den Betrag einer Mieterhöhung, die im laufenden Mietverhältnis mit Rücksicht auf eine durchgeführte Modernisierung nach § 559 BGB möglich gewesen wäre. Eine weitergehende Ausnahme begründet § 556f Satz 2 BGB für den Fall der umfassenden Modernisierung, die den Vermieter für die erste nachfolgende Vermietung von der Mietenbegrenzung völlig befreit.

Für den Fall der Mieterhöhung nach § 559 BGB hat der Senat bereits - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden, dass bei einer modernisierenden Instandsetzung nicht nur Kosten für bereits "fällige" Instandsetzungsmaßnah-

¹⁵⁹ BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

¹⁶⁰ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

¹⁶¹ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

men unberücksichtigt bleiben, sondern ein (zeit-)anteiliger Abzug auch dann vorzunehmen ist, wenn Bauteile oder Einrichtungen der Wohnung, die zwar noch nicht mangelhaft, aber bereits über einen erheblichen Anteil ihrer Lebensdauer (ab)genutzt sind, durch solche von besserer Qualität ersetzt und insoweit modernisiert werden¹⁶². Für die im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB vorzunehmende Beurteilung, ob eine umfassende Modernisierung vorliegt, gilt nichts Anderes. Im Gegenteil spricht der Umstand, dass es sich bei § 556f Satz 2 BGB um eine - eng auszulegende - Ausnahmegvorschrift handelt, für einen Abzug der (fiktiven) Kosten, die bei einer wertenden Betrachtung der Instandsetzung und/oder der Instandhaltung und nicht der eigentlichen Modernisierung zuzurechnen sind¹⁶³.

Entgegen einer teilweise im Schrifttum unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien vertretenen Auffassung¹⁶⁴ bezweckt § 556f Satz 2 BGB auch nicht, den Vermieter bei Vornahme umfangreicher Modernisierungsmaßnahmen von genauen Berechnungen in der Weise zu entlasten, dass jeder Abzug von Kosten der Instandhaltung zu entfallen habe. Soweit es in den Gesetzesmaterialien heißt, bei sehr umfangreichen Maßnahmen werde der Vermieter von der Berechnung der genauen Mieterhöhung entlastet¹⁶⁵, lässt dies den Schluss auf eine Berücksichtigung bloßen Erhaltungsaufwands gerade nicht zu. Denn in der weiteren Gesetzesbegründung wird explizit darauf abgestellt, dass der Begriff der Modernisierung auf § 555b BGB Bezug nimmt und somit die Instandsetzung nicht umfasst ist. Im Übrigen wird dem Vermieter im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB eine Berechnung nur insoweit abverlangt, als es zum Nachweis eines wesentlichen, auf Modernisierung entfallenden Bauaufwands erforderlich ist. Liegt der Ausnahmetatbestand des § 556f Satz 2 BGB danach vor, ist der Vermieter bei der ersten Vermietung von der Begrenzung der Miete und somit von einer konkreten Berechnung einer Mieterhöhung nach § 559 BGB in Verbindung mit § 556e BGB frei.

Auch hinsichtlich der Beurteilung der mit den Baumaßnahmen einhergehenden qualitativen Auswirkungen ist zu prüfen, ob die Wohnung durch die Modernisie-

¹⁶² BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, NZM 2020, 795 Rz. 36 ff.

¹⁶³ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

¹⁶⁴ Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2018, § 556f BGB Rz. 14; wohl auch JurisPK/Heilmann, § 556f BGB Rz. 5; BeckOKMietrecht/Theesfeld, Stand: 1. August 2020, § 556f BGB Rz. 14.

¹⁶⁵ BT-Drucks. 18/3121 S. 32.

ungsmaßnahmen in mehreren - nicht notwendig allen - wesentlichen Bereichen (insbesondere Heizung, Sanitär, Fenster, Fußböden, Elektroinstallationen beziehungsweise energetische Eigenschaften) qualitativ so verbessert wurde, dass die Gleichstellung mit einem Neubau gerechtfertigt ist¹⁶⁶. Dabei gelten die vorstehend dargestellten Voraussetzungen entsprechend. In die diesbezügliche Beurteilung sind somit nur als Modernisierung zu qualifizierende Maßnahmen einzubeziehen, und auch diese nur unter der Voraussetzung, dass es sich bei dem aktuellen Mietverhältnis um die erste Neuvermietung nach Ausführung der Maßnahmen handelt¹⁶⁷.

3.4 Rückforderung zuviel gezahlter Miete

Mieten mehrere Personen eine Wohnung an, haften sie zwar, sofern nicht etwas anderes vereinbart worden ist, für die Mietforderungen des Vermieters einschließlich der Nebenkosten gemäß §§ 421, 427 BGB als Gesamtschuldner¹⁶⁸. Daraus folgt aber nicht, dass im Falle der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gezahlter Mieten die Mieter nun Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB würden, sofern nicht sogar nur einer von ihnen allein forderungsberechtigt wäre, weil die erbrachte Leistung im Innenverhältnis ihm allein zuzuordnen wäre¹⁶⁹. Denn das Gesetz ordnet zwar für die Zahlungspflichten des Mieters im Zweifel eine Gesamtschuld an (§ 427 BGB); es besteht aber im Falle einer Rückabforderung keine entsprechende Regelung dahin, dass die früheren Gesamtschuldner im Zweifel nun Gesamtgläubiger nach § 428 BGB werden. Vielmehr ist die Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB die Regel, während die Gesamtgläubigerschaft die Ausnahme bildet¹⁷⁰.

Dementsprechend hat der XI. Zivilsenat des BGH angenommen, dass sowohl ein aus einem Widerruf eines Darlehensvertrags durch alle oder nur einen Kre-

¹⁶⁶ BT-Drucks. 18/3121 S. 32; vgl. auch bereits BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, Rz. 11 f., m.w.N.

¹⁶⁷ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

¹⁶⁸ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 7.

¹⁶⁹ vgl. BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 7, 10 f.; OLG Frankfurt, ZIP 1982, 880, 881; a.A. *Fleindl*, WuM 2015, 212 (214); OLG Schleswig, OLGR Schleswig 2000, 468 f.; *Staudinger/Looschelders*, Neubearb. 2018, § 428 BGB Rz. 99; *Erman/Böttcher*, 15. Aufl., § 428 BGB Rz. 12 [jeweils ohne nähere Begründung]; offengelassen in BGH v. 23.10.2003 - IX ZR 270/02, NJW 2004, 1169 unter II 3.

¹⁷⁰ BGH v. 10.10.2017 - XI ZR 555/16, NJW 2018, 225 Rz. 20 m.w.N.

ditnehmer (dann § 139 BGB) folgendes Rückabwicklungsverhältnis nach §§ 346 ff. BGB als auch eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht zu einer (einfachen) Forderungsgemeinschaft führt, die die Darlehensnehmer zu Mitgläubigern nach § 432 BGB macht¹⁷¹. Diese Grundsätze sind auch auf Mietergemeinschaften anzuwenden¹⁷². So hat der VIII. Senat etwa einen Mieter, der nach Zugang einer Abrechnung die Auszahlung eines Nebenkostenguthabens verlangt hat, als Mitgläubiger nach § 432 BGB angesehen und ihn für verpflichtet gehalten, Auszahlung an alle Mieter zu verlangen, da diese in ihrer Gesamtheit die Überzahlung erbracht haben¹⁷³. Für den hier vorliegenden Fall der bereicherungsrechtlichen Rückforderung zu viel entrichteter Miete gilt nichts anderes¹⁷⁴.

Folglich kann die Klägerin Rückzahlung zu viel gezahlter Miete nur als Mitgläubigerin mit der weiteren Mieterin K. fordern¹⁷⁵. Entsprechendes gilt für das Auskunftsverlangen¹⁷⁶. Bei dem Auskunftsanspruch nach § 556g Abs. 3 BGB, der durch das am 1. Juni 2015 in Kraft getretene Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung¹⁷⁷ eingeführt worden ist, handelt es sich, wie bereits aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, um einen Hilfsanspruch des Mieters¹⁷⁸, der zur Verwirklichung der auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche diesen zwingend vorgeschaltet ist (vgl. Senatsurteil vom 27. November 2019 - VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 Rn. 165, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Aus diesem Grunde kann er - ebenso wie der Rückforderungsanspruch nach § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB - im Falle einer Mietermehrheit von jedem Mieter nur als Leistung an alle (§ 432 BGB) eingefordert werden.

¹⁷¹ BGH v. 10.10.2017 - XI ZR 555/16, NJW 2018, 225 Rz. 20, 27; BGH - XI ZR 449/16, WM 2017, 2251 Rz. 20, 27; BGH v. 3.7.2018 - XI ZR 520/16, NJW-RR 2018, 1316 Rz. 23 m.w.N.

¹⁷² vgl. BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 10 f.

¹⁷³ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 m.w.N.

¹⁷⁴ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

¹⁷⁵ vgl. im Ergebnis auch Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556g BGB Rz. 14 (Gesamthandsgläubiger).

¹⁷⁶ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

¹⁷⁷ Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG - vom 21. April 2015, BGBl. I S. 610.

¹⁷⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

4 Mietzeit

4.1 Befristung oder auflösende Bedingung

Wie § 535 BGB zeigt, bestehen die charakteristischen Merkmale eines Mietvertrags darin, dass die eine Partei der anderen den Gebrauch einer (unbeweglichen oder beweglichen) Sache auf Zeit gestattet und diese hierfür ein Entgelt zu errichten hat. Vereinbaren die Parteien derartiges, finden auf ihre Abrede grundsätzlich die §§ 535 ff. BGB Anwendung; die Einzelheiten bestimmen sich nach dem (ausdrücklich geäußerten oder anhand der erkennbaren Interessenlage zu erschließenden) Willen der Parteien, soweit die gesetzlichen Bestimmungen ihrer Disposition unterliegen.

Derartige Pflichten haben die Parteien wechselseitig begründet, auch wenn in dem Vergleich nicht die in § 535 BGB enthaltenen Begriffe verwendet wurden, sondern von „zur Verfügung stellen“ und „Nutzungsentschädigung“ die Rede ist. Entscheidend ist, dass die Beklagten die im Eigentum des Klägers stehende Grundstücksfläche für ihre Zwecke nutzen dürften sollten und im Gegenzug eine Geldleistung zu erbringen hatten.

Unerheblich ist, dass nach Darstellung des Klägers dieser Teil der Vereinbarung nur zustande gekommen ist, weil die Beklagten vorgebracht hatten, infolge der Abbrucharbeiten des Klägers habe sich die Erforderlichkeit dieser Notsicherung gezeigt. Die Motive und Hintergründe eines Vertragsschlusses können zwar für dessen Auslegung und Einordnung von Abreden von Bedeutung sein. Relevantes würde sich jedoch daraus nicht ergeben. Insbesondere wollten die Parteien durch die vergleichsweise Regelung ihre Beziehungen ungeachtet der Frage danach, welche Rechte und Pflichten kraft Gesetzes z.B. wegen des Hammerschlag- und Leiterrechts zwischen ihnen bestanden, rechtsgeschäftlich neu regeln. Zu diesem Zweck wurden, was ökonomisch sachgerecht erschien, die Beklagten verpflichtet, Abbrucharbeiten auf dem klägerischen Grundstück vorzunehmen, und eine klare rechtliche Grundlage für die Stützkonstruktion auf diesem Grundstück geschaffen.

Der gerichtliche Vergleich enthält daher in Ziffer I. zwei grundsätzlich verschiedene Regelungsteile, nämlich zum einen die (werkvertraglich einzuordnende) Verpflichtung der Beklagten, die Mauerreste des Klägers gegen eine Kostenbeteiligung i.H.v. 1.400,00 € abzutragen, und zum anderen die (mietvertraglich zu

qualifizierende) Verpflichtung des Klägers, den Beklagten die Nutzung seines Grundstücks für die Stützkonstruktion gegen monatliches Entgelt i.H.v. 550,00 € für die Dauer ("zur Durchführung") der Renovierungsarbeiten zu gestatten.

Die mietvertragliche Überlassungspflicht sollte dabei ausdrücklich die Zeitphase nach dem 1. Januar 2016 erfassen. Dies ergibt sich nicht nur aus den im Vergleich genannten, in sich konsistenten Datumsangaben, und der Differenzierung zwischen Abbrucharbeiten einerseits und „Renovierungsarbeiten am Grundstück der Beklagten“ andererseits, sondern wird besonders deutlich durch das Wort „auch“.

Die Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung für die Zeit der Sanierungsmaßnahmen der Beklagten auf ihrem Grundstück folgt damit unmittelbar aus dem Inhalt dieses Vergleichs, den der Kläger selbst in das Verfahren eingeführt hat. Der beigezogenen Akte 12 O 3421/14 ist Gegenteiliges nicht zu entnehmen; aus ihr ergibt sich lediglich, dass der Vater des Klägers und sodann der Kläger als dessen Rechtsnachfolger finanziellen Ausgleich dafür begehrte, dass er das Grundstück infolge der Stützkonstruktion nicht länger für 550,00 € im Monat an einen Waffenhändler vermieten konnte. Welche abweichenden Bekundungen die Zeugin E...(Name) angesichts der gesicherten Urkundenlage machen können soll, lässt die Berufungsbegründung nicht erkennen.

Das Landgericht hat den Mietvertrag auch zutreffend als einen solchen eingeordnet, der auf eine bestimmte Zeit – nämlich für die Dauer der Sanierungsarbeiten am Gebäude der Beklagten – geschlossen ist, sodass eine ordentliche Kündigung durch den Kläger rechtlich ausgeschlossen war (vgl. § 542 Abs. 1 u. 2 BGB).

Ein Mietverhältnis auf bestimmte Zeit i.S.v. § 542 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn das Mietverhältnis nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien bzw. deren zugrundeliegendem Willen nach Ablauf einer bestimmten Zeit ohne weitere Erklärung enden soll. Dies ist der Fall, wenn die Mietzeit entweder auf eine Kalenderzeit festgelegt ist oder zwar eine kalendermäßig bestimmte Zeit fehlt, die Mietzeit aber durch ein im Voraus bestimmtes gewisses Ereignis begrenzt wird¹⁷⁹. Letzteres ist auch gegeben, wenn sich die Mietzeit nach einem von vor-

¹⁷⁹ Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl., § 542 BGB Rz. 163.

nherein zeitlich begrenzten Gebrauchszweck des Mieters richtet (Zweckbefristung), z.B. für die Dauer einer Saison, der Messe, eines Semesters¹⁸⁰. Ausreichend ist dabei, dass feststeht, dass das bestimmte Ereignis, mit dem der Zweck entfällt, überhaupt eintreten wird¹⁸¹ und damit die Dauer bestimmbar ist¹⁸². Eine Begrenzung durch ein im Voraus bestimmtes, gewisses Ereignis stellt eine Zeitbestimmung i.S.d. § 163 BGB damit auch dann dar, wenn der genaue Zeitpunkt des Eintritts des Ereignisses noch unsicher ist¹⁸³.

Abzugrenzen sind solche Befristungen jedoch von (auflösenden) Bedingungen; bei ihnen ist auch ungewiss, ob das Ereignis überhaupt eintritt. Ob eine Befristung oder eine Bedingung gegeben ist, richtet sich nach den Vorstellungen der Parteien im Einzelfall; maßgeblich ist, ob sich die (beiden) Parteien den Eintritt des Ereignisses als sicher (dann Befristung) oder nur als möglich (dann Bedingung) vorstellen¹⁸⁴. So liegt eine Befristung vor, wenn der Eintritt des Ereignisses nach den Vorstellungen der Parteien konkret bevorsteht; eine Bedingung ist dagegen z.B. anzunehmen, wenn die Vertragsgestaltung nur deshalb gewählt wird, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Ereignis eintritt und sich dann Folgen ergeben¹⁸⁵.

Auflösende Bedingungen führen zwar die Beendigung des Mietverhältnisses ohne Weiteres herbei, doch ist das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen und damit ordentlich kündbar, sofern nicht aus dem Willen der Parteien hervorgeht, dass eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen sein soll¹⁸⁶.

¹⁸⁰ BeckOK BGB/*Wiederhold*, 58. Ed. 1.5.2021, § 542 BGB Rz. 5.

¹⁸¹ BeckOGK/*Mehle*, 1.4.2021, § 542 BGB Rz. 109

¹⁸² MünchKomm/*Bieber*, 8. Aufl. 2020, § 542 BGB Rz. 22.

¹⁸³ so Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl., § 542 BGB Rz. 163: „für die Dauer des Studiums“: das Mietverhältnis endet dann ohne weiteres mit dem Studienabschluss; *Blank/Börstinghaus*, 6. Aufl., § 542 BGB Rz. 185; *Staudinger/Rolfs*, (2021), § 542 BGB Rz. 140; BeckOK MietR/*Bruns*, 24. Ed. 1.5.2021, § 542 BGB Rz. 230; dahin neigend auch BeckOGK/*Mehle*, 1.4.2021, § 542 BGB Rz. 109; ablehnend BeckOK BGB/*Wiederhold*, 58. Ed. 1.5.2021, § 542 BGB Rz. 5, da wegen der großen zeitlichen Schwankungsbreite kein bestimmbarer Zeitraum mehr gegeben sei; der Grad der Unsicherheit hinsichtlich des Eintrittszeitpunkts kann aber die formale Bestimmbarkeit nicht in Frage stellen.

¹⁸⁴ OLG Nürnberg v. 19.8.2021 – 3 U 2210/21, MDR 2021, 1385.

¹⁸⁵ vgl. zum Ganzen BGH v. 1.4.2009, XII ZR 95/07, NZM 2009, 433, Rz. 12, 17; Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl., § 542 BGB Rz. 165; *Blank/Börstinghaus*, 6. Aufl., § 542 BGB Rz. 187; *Staudinger/Rolfs*, (2021), § 542 BGB Rz. 140.

¹⁸⁶ BGH v. 1.4.2009 - XII ZR 95/07, NZM 2009, 433, Rz. 13 f.

Der Zeitpunkt, in dem Sanierungsmaßnahmen an einem bestimmten Objekt abgeschlossen sind, ist objektiv feststellbar. Nach Lage der Dinge hatten auch die Parteien konkret diejenigen Sanierungsmaßnahmen vor Augen, die geboten waren, um dem Objekt der Beklagten, insbesondere der Mauer zum Grundstück des Klägers hin, die gebotene eigene Standfestigkeit zu verleihen, nachdem infolge des Abbruchs der Mauer des Klägers deren Instabilität bemerkt wurde. Es spricht auch nichts dafür, dass die Parteien die Möglichkeit erwogen hatten, dass diese Arbeiten niemals abgeschlossen würden. Vielmehr gingen beide, auch wenn eine Verpflichtung der Beklagten nicht begründet wurde, davon aus, dass sich die anstehende Sanierungsmaßnahme einem Ende zuführen lassen werde, jedenfalls dann, wenn sie in der gebotenen Weise betrieben wird.

Dies spricht dafür, dass die Parteien von einem Ereignis ausgegangen sind, dessen genauer Eintrittszeitpunkt zwar nicht abzusehen, mit dessen Eintritt aber sicher zu rechnen war. Damit liegt eine Zeitbestimmung und Zweckbefristung vor¹⁸⁷.

5 Schönheitsreparaturen

5.1 Renovierungsanspruch des Mieters bei unwirksamer Klausel

Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen (Überlassungspflicht) und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (Erhaltungspflicht). Zur Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters gehört es, eine nach der Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen¹⁸⁸.

Einem solchen Wiederherstellungsanspruch des beklagten Mieters steht die Übertragung der Schönheitsreparaturen nach § 4 Ziffer 8 des Mietvertrags nicht entgegen. Denn diese formularvertragliche Überwälzung der Verpflichtung zur

¹⁸⁷ OLG Nürnberg v. 19.8.2021 – 3 U 2210/21, MDR 2021, 1385.

¹⁸⁸ vgl. BGH v. 3.4.2003 - IX ZR 163/02, NZM 2003, 472 unter II 2; BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rz. 25 mwN; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 36; BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rz. 17.

Vornahme laufender Schönheitsreparaturen hält der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, da die Wohnung dem Beklagten unrenoviert überlassen und ihm ein angemessener Ausgleich nicht gewährt wurde¹⁸⁹.

An die Stelle dieser unwirksamen Klausel tritt gemäß § 306 Abs. 2 BGB die dispositive gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, so dass die Kläger als Vermieter die Instandhaltungslast - zu der auch die Ausführung von Schönheitsreparaturen gehört - in vollem Umfang zu tragen haben¹⁹⁰.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kann man in dieser Konstellation nicht zu dem Ergebnis gelangen, keine der Parteien treffe eine Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen. Für eine ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) ist in Fällen wie dem vorliegenden kein Raum, da mit § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB eine (spezielle) gesetzliche Regelung existiert, welche die Pflicht zur Instandhaltung der Mietsache dem Vermieter auferlegt. Diese dispositive gesetzliche Bestimmung tritt nach § 306 Abs. 2 BGB auch dann an die Stelle der unzulässigen Klausel, wenn eine für ihren Verwender günstigere vertragliche Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Abwälzung der Instandhaltungspflicht bestünde. Daran ändern - entgegen der Ansicht der Revision - etwaige negative wirtschaftliche Folgen für den Vermieter, der gegebenenfalls im Hinblick auf die (unwirksame) Übertragung der Schönheitsreparaturen eine geringere Miete akzeptiert hat, nichts¹⁹¹.

Im Übrigen würde eine ergänzende Vertragsauslegung nicht zu der Annahme führen, die Vertragsparteien hätten - ausgehend von der hier vorliegenden Anmietung einer unrenovierten Wohnung und die Unwirksamkeit der Klausel in ihre Überlegungen einbeziehend - eine Regelung getroffen, wonach keine der Parteien Schönheitsreparaturen auszuführen hätte. Denn eine ergänzende Vertragsauslegung hat sich nicht nur an dem hypothetischen Parteiwillen, sondern auch an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu orien-

¹⁸⁹ vgl. BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 15, 35; BGH v. 22.8.2018 - VIII ZR 277/16, NJW 2018, 3302 Rz. 20.

¹⁹⁰ vgl. BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rz. 20; BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 40.

¹⁹¹ vgl. BGH v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915 Rz. 21; BGH v. 9.7.2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rz. 18; Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2018, § 535 BGB Rz. 127; BeckOGK/H. *Schmidt*, Stand 1. April 2020, § 535 BGB Rz. 416.

tieren und muss zu einer die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung führen. Es geht daher darum zu ermitteln, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bedacht hätten, dass die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel jedenfalls unsicher war¹⁹².

Hiernach kann nicht angenommen werden, dass redliche, um einen angemessenen Interessenausgleich bemühte Mietvertragsparteien nach Treu und Glauben eine insoweit einseitig den Vermieter begünstigende Regelung getroffen hätten, nach der sich der Mieter seines gesetzlichen Anspruchs auf Erhaltung der Mietsache (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) in Form der Ausführung von Schönheitsreparaturen begeben würde und demgemäß von ihm gewünschte Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen hätte.

Der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand bestimmt sich, soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks, hier der Nutzung als Wohnung, und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung¹⁹³. Da sich somit der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch, soweit die Mietsache selbst betroffen ist, bereits im Wege der Gesetzesauslegung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt, bedarf es nicht des Rückgriffs auf eine ergänzende Auslegung des Mietvertrags¹⁹⁴.

Hiernach ist grundsätzlich der bei Überlassung der Wohnung unrenovierte Zustand vertragsgemäß. Dabei kann dahinstehen, ob die im Formularmietvertrag maschinenschriftlich eingefügte Regelung, wonach der Beklagte die Wohnung übernimmt "wie sie steht und liegt", wirksam ist.

Denn ungeachtet dessen handelt es sich bei dem hier maßgebenden Dekorationszustand der Wohnung um einen für beide Parteien ohne Weiteres wahr-

¹⁹² vgl. BGH v. 14.3.2012 - VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rz. 24; BGH v. 28.10.2015 - VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rz. 70; BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, juris Rz. 35; jeweils m.w.N.

¹⁹³ vgl. BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, juris Rz. 18, 23; BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rz. 13; BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, juris Rz. 25

¹⁹⁴ vgl. BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 271/17, NJW 2019, 507 Rz. 23, BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 67/18, ZMR 2019, 576 Rz. 29.

nehmbaren Umstand. Die Wohnung wurde vor Abschluss des Mietvertrags besichtigt. Danach war für den Beklagten mangels abweichender Abreden klar ersichtlich, dass er eine unrenovierte Wohnung anmietet. Dies konnte er bei seinen Erwägungen, ob er den Mietvertrag abschließt, berücksichtigen und er hat die Mietsache im Ergebnis in dem Zustand akzeptiert, in dem sie sich befand¹⁹⁵.

Es ergibt sich nicht deshalb etwas anderes, weil dem Dekorationszustand der Mietsache eine Veränderung während des Mietverhältnisses "zwingend immanent" sei. Dies steht der Annahme eines bestimmten anfänglichen "Soll-Zustands" der Wohnung nicht entgegen. Vergleichbar mit sich ebenfalls ändernden technischen Normen, bei welchen nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen und zu erhalten ist, ist bezüglich der Dekoration grundsätzlich der Zustand bei Überlassung der Wohnung maßgebend. Abweichende Vereinbarungen haben die Parteien vorliegend nicht getroffen.

Der Annahme des unrenovierten Zustands der Wohnung als vertragsgemäß steht, nicht entgegen, dass es an einer konkreten Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf den (schlechten) Anfangszustand fehle. Wie ausgeführt setzt die Bestimmung des vertragsgemäßen Zustands nicht zwingend Parteivereinbarungen voraus. Fehlen diese, sind die Verkehrsanschauung sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) maßgebend.

Der Beklagte kann aus der unwirksamen Schönheitsreparaturklausel in § 4 Ziffer 8 des Mietvertrags nichts dafür herleiten, dass ein besserer als der bei Mietbeginn vorhandene Anfangszustand der vertraglich vereinbarte und geschuldete Zustand gewesen sei, weil sich die Vermieter spiegelbildlich an dem in der Klausel zum Ausdruck gekommenen Willen einer von Zeit zu Zeit gebotenen dekorativen Herrichtung der Wohnung festhalten lassen müssten. Diese Herstellungspflicht habe nach dem Parteiwillen - die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel unterstellt - eine vollständige Wohnungsrenovierung umfasst¹⁹⁶.

¹⁹⁵ vgl. hierzu BGH v. 20.1.1993 - VIII ZR 22/92, NJW-RR 1993, 522 unter II 2 b; BGH v. 18.4.2007 - XII ZR 139/05, NJW-RR 2007, 1021 Rz. 28; *Hartmann*, WuM 2015, 406, 408; *Lehmann-Richter*, WuM 2016, 529 (534).

¹⁹⁶ mit ähnlicher Begründung einen renovierten Wohnungszustand als vertragsgemäß annehmend auch *Artz*, NZM 2015, 801 (804 f.); *Flatow*, WuM 2009, 208 (209).

Diese Begründung verkennt die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel zur Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter und misst dieser Klausel einen Inhalt bei, den sie nicht hat¹⁹⁷.

Die Folge der nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksamen Klausel ist nicht, dass sich die in ihr statuierte Pflicht gleichsam "umdrehte", so dass nunmehr den Vermieter eine entsprechende Verpflichtung träge. Vielmehr tritt gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB an ihre Stelle; allein hiernach sind der Inhalt und der Umfang der Vermieterpflichten zu ermitteln¹⁹⁸.

Soweit das Berufungsgericht der (unwirksamen) Schönheitsreparaturklausel den Inhalt beimisst, der Mieter wäre an sich - im Falle der Wirksamkeit der Klausel - zu einer umfassenden Renovierung verpflichtet gewesen und dies - wie aufgezeigt zu Unrecht - auf den Vermieter übertragen will, kann es sich nicht auf die Rechtsprechung des VIII. Senats stützen. Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters nimmt der Senat deshalb an, weil die Klausel nach der im Bereich der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung so zu verstehen ist, dass der Mieter auch Gebrauchsspuren des Vormieters zu beseitigen und damit die Wohnung umfassend zu renovieren habe¹⁹⁹. Dieser so ermittelte Inhalt kann jedoch gerade nicht mit dem vertragsgemäßen Zustand im Sinne des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB gleichgesetzt und hiernach angenommen werden, die Wohnung sei ungeachtet ihres Zustands bei Überlassung im Bedarfsfall stets vollständig zu renovieren²⁰⁰.

Zudem verkennt das Berufungsgericht, dass die Klausel zur Übertragung von Schönheitsreparaturen in Fällen wie dem vorliegenden nur dann wirksam ist, wenn dem Mieter ein angemessener finanzieller Ausgleich gewährt wird, der ihn so stellt, als wäre ihm renovierter Wohnraum überlassen worden²⁰¹. Erhält der Mieter einen solchen Ausgleich jedoch nicht und ist die Klausel daher unwirk-

¹⁹⁷ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

¹⁹⁸ vgl. hierzu AG Frankfurt v. 6.7.2009 - 33 C 4800/08, juris Rz. 18.

¹⁹⁹ vgl. BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 24 ff.; BGH v. 22.8.2018 - VIII ZR 277/16, NJW 2018, 3302 Rz. 15, 35.

²⁰⁰ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, , WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

²⁰¹ BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rz. 35 m.w.N.

sam, kann nicht ein "Wille der Parteien", insbesondere des Mieters, angenommen werden, die Wohnung solle dennoch von ihm umfänglich renoviert werden. Dies auf den Vermieter zu übertragen, hätte auch zur Folge, dass der Umfang seiner Erhaltungspflicht über denjenigen der Überlassungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) hinausginge, was nur bei einer entsprechenden Parteivereinbarung angenommen werden kann²⁰².

Das Gegenteil folgt schließlich nicht aus einem Vergleich mit dem Fall der Überlassung einer frisch renovierten Wohnung²⁰³.

Dabei würde verkannt, dass ein Vermieter - ebenso wie der Mieter - nicht verpflichtet ist, bereits bei jeder durch den vertragsgemäßen Gebrauch (§ 538 BGB) zwangsläufig eintretenden (geringfügigen) Verschlechterung des Dekorationszustands der Wohnung unmittelbar tätig zu werden und Schönheitsreparaturen auszuführen. Der Anspruch auf Durchführung von Renovierungsarbeiten wird vielmehr (erst) fällig, wenn objektiv ein Renovierungsbedarf besteht; lediglich unerhebliche Gebrauchsspuren lösen eine Renovierungsverpflichtung demgegenüber nicht aus²⁰⁴.

Hiernach ist der - unrenovierte - Zustand der Wohnung bei Überlassung an den Beklagten im Jahr 1992 der vertragsgemäße Zustand und bestimmt deshalb - grundsätzlich - den Umfang der Erhaltungspflicht der Kläger²⁰⁵.

Einem Mieter, der - wie hier der Beklagte - eine Wohnung mit "gebrauchter Dekoration" anmietet und bereits vorhandene Gebrauchsspuren als vertragsgemäß akzeptiert, können jedoch nicht allein deshalb jegliche Ansprüche infolge eines weiteren Verschleißes abgesprochen werden²⁰⁶. Vielmehr kann auch eine bereits renovierungsbedürftige Wohnung durchaus noch weiter abgenutzt werden²⁰⁷ und steht dem Mieter bei einer weiteren (wesentlichen) Verschlechterung des Dekorationszustandes, wie er hier angesichts des zeitlichen Ablaufs von

²⁰² vgl. hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 37 f.

²⁰³ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

²⁰⁴ vgl. BGH v. 6.4.2005 - VIII ZR 192/04, NJW 2005, 1862 unter II; BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 242/13, NJW 2015, 1871 Rz. 18.

²⁰⁵ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

²⁰⁶ vgl. BGH v. 10.2.2010 - VIII ZR 343/08, NJW-RR 2010, 737 Rz. 25.

²⁰⁷ vgl. BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253 (268 f.).

rund 25 Jahren nahe liegt und von dem Beklagten auch geltend gemacht worden ist ("Vergrauungen" und "Vergilbungen"), ein Instandhaltungsanspruch zu.

Allerdings ist die Wiederherstellung des bei Mietbeginn vorhandenen (vertragsgemäßen) unrenovierten Zustands in der Regel nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll und liegt deshalb auch nicht im Interesse der Mietvertragsparteien. Vielmehr sind in diesen Fällen allein solche Arbeiten sach- und interessengerecht, welche zu einem (frisch) renovierten Zustand der Wohnung führen²⁰⁸.

Durch solche Arbeiten würden allerdings nicht nur die vom derzeitigen Mieter bewirkten - von ihm grundsätzlich nicht zu vertretenden (§ 538 BGB) - Gebrauchsspuren beseitigt, sondern auch diejenigen aus dem Zeitraum vor dem gegenwärtigen Mietverhältnis. Der Mieter erhielte damit eine Wohnung mit einem besseren als dem als vertragsgemäß akzeptierten anfänglichen Dekorationszustand.

Im Bereich von Schönheitsreparaturen, bei denen es nicht um funktionale Mängel geht, ist bei dieser Sachlage unter Berücksichtigung von Treu und Glauben anzunehmen, dass der Vermieter nach einer eingetretenen wesentlichen Verschlechterung des (vertragsgemäßen) unrenovierten Zustands auf Verlangen des Mieters zwar eine (frische) Renovierung vorzunehmen hat, der infolgedessen bewirkten Besserstellung des Mieters aber durch eine angemessene Kostenbeteiligung Rechnung zu tragen ist.

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung²⁰⁹. Welche Anforderungen sich daraus im Einzelfall ergeben, kann regelmäßig nur durch eine umfassende Bewertung der gesamten Fallumstände, die dem Tatrichter obliegt, entschieden werden. Hiernach ist - vorliegend bezogen auf den Erhaltungsanspruch des Mieters - unter Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung seiner Rechtsposition verwehrt ist²¹⁰.

²⁰⁸ BGH v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, WuM 2020, 559 = GE 2020, 1041.

²⁰⁹ vgl. BGH v. 10.12.2014 - VIII ZR 9/14, NJW-RR 2015, 457 Rz. 28.

²¹⁰ vgl. BGH v. 14.6.2016 - XI ZR 242/15, BGHZ 210, 348 Rz. 40; BGH v. 12.7.2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rz. 18; BGH v. 27.2.2018 - VI ZR 109/17, NJW 2018, 1756 Rz. 20.

Die Parteien des mietvertraglichen Dauerschuldverhältnisses sind durch wechselseitige Rechte und Pflichten miteinander verbunden. So trifft den Vermieter die Erhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB); die Regelung des § 538 BGB, wonach der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat, wiederholt dies klarstellend²¹¹. Diese Erhaltungspflicht des Vermieters stellt eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung dar, welche sich nicht in der einmaligen Handlung des Überlassens erschöpft, sondern dahin geht, die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten²¹². Diese Dauerverpflichtung - vorliegend in Form der Durchführung der Schönheitsreparaturen - bezieht sich jedoch nur auf den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand. Auf diesen - vorliegend unrenovierten - (Soll-)Zustand hat der Mieter sich eingelassen und das Vorhandensein von Gebrauchsspuren als vertragsgemäß akzeptiert. Daher wäre es unbillig, den Vermieter mit sämtlichen Kosten einer Renovierung zu belasten. Nach der gebotenen wertenden Betrachtungsweise unter Beachtung des mietvertraglichen Äquivalenzverhältnisses entspricht es hiernach dem Willen redlicher, die beiderseitigen Interessen berücksichtigenden und um deren angemessenen Ausgleich bemühten Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses, dass Renovierungsarbeiten vorgenommen werden und zwar solche, durch welche die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt wird und sich der Mieter seinerseits an den Kosten in angemessenem Umfang beteiligt.

Allein mit diesem Inhalt besteht der Anspruch des Mieters. Denn das in § 242 BGB verankerte Prinzip von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten immanente Schranke des Anspruchs²¹³. Damit kann sich ein Vermieter nicht mit Erfolg darauf berufen, ihm sei die Wiederherstellung des unrenovierten Anfangszustands unmöglich, so dass ein Anspruch des Mieters auf Vornahme von Schönheitsreparaturen ausgeschlossen sei (§ 275 Abs. 1 BGB). Vielmehr ist der unter Beachtung der vorstehend dargestellten Maßstäbe von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegebene Anspruch des Mieters vom Vermieter erfüllbar.

²¹¹ vgl. BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432 Rz. 12.

²¹² BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rz. 49 m.w.N.

²¹³ vgl. BGH v. 14.10.1991 - II ZR 249/90, NJW 1992, 569 unter II 1 b; BGH v. 16.2.2005 - IV ZR 18/04, NJW-RR 2005, 619 unter II 2 a; MünchKomm/Schubert, 8. Aufl., § 242 BGB Rz. 83.

Die Bestimmung des Umfangs der Kostenbeteiligung im Einzelfall ist Sache des Tatrichters, der insoweit von der ihm nach § 287 Abs. 2 ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen kann²¹⁴. Unter angemessener Berücksichtigung der wechselseitigen Interessenlage von Vermieter und Mieter wird, soweit nicht im Einzelfall Besonderheiten vorliegen, in der Regel eine hälftige Kostenbeteiligung sachgerecht sein.

6 Gewährleistung

6.1 Flächenabweichung und Doppelvermietung

Eine Flächenabweichung von mehr als 10% führt zu einem Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB, der den Mieter grundsätzlich berechtigt, um Umfang der Abweichung die Miete zu mindern. Entsteht die Flächenabweichung bereits zu Beginn des Mietvertrages, weil ein Teil der Räume einem anderen Mietobjekt zugeschlagen wurde, entsteht dadurch kein Rechtsmangel in der Form der Doppelvermietung²¹⁵.

Nach § 536 Abs. 3 BGB liegt ein Rechtsmangel vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird. Dabei führt die bloße Existenz des Rechts eines Dritten noch nicht zu einem Rechtsmangel gemäß § 536 Abs. 3 BGB. Dieser entsteht vielmehr erst dann, wenn der Dritte sein Recht in einer Weise geltend macht, die zu einer Beeinträchtigung des Gebrauchs durch den Mieter führt²¹⁶.

Danach liegt im vorliegenden Fall kein Rechtsmangel iSv § 536 Abs. 3 BGB vor²¹⁷. Die von dem Mieter behauptete Gebrauchsbeeinträchtigung beruht nicht darauf, dass ein Dritter aufgrund eines ihm zustehenden dinglichen Rechts oder schuldrechtlichen Anspruchs²¹⁸ ein Alleinnutzungsrecht an der an den Mieter überlassenen Mietsache geltend macht. Vielmehr wurden dem Mieter die gemieteten Räumlichkeiten vollständig zum vertragsgemäßen Gebrauch übergeben. Aufgrund der nach Abschluss des Mietvertrags vorgenommenen Umbau-

²¹⁴ vgl. zur Bemessung des Aufwands bei eigener Renovierungstätigkeit BGHv. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 24 f. (zum Bereicherungsanspruch des Mieters, der ihn nicht treffende Schönheitsreparaturen ausführt).

²¹⁵ BGH v. 25.11.2020 – XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

²¹⁶ BGH v. 23.12.1998 - XII ZR 49/97, NJW-RR 1999, 845.

²¹⁷ BGH v. 25.11.2020 – XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

²¹⁸ vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 282 f.

arbeiten hat sich lediglich die Grundfläche eines Übungsraums um ca. 10 m² verkleinert, weil diese Fläche dem angrenzenden Mietobjekt zugeschlagen worden ist. Damit liegt kein Fall der Doppelvermietung vor, der als Rechtsmangel angesehen wird. Die Vermieterin hat die fehlende Fläche nicht an zwei verschiedene Mieter vermietet, sondern nur aufgrund baulicher Maßnahmen die Flächengröße der gemieteten Räumlichkeiten nachträglich verändert.

Auch der BGH hat in der Vergangenheit bei der Miete von Räumen die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten durch die dem Mieter vom Vermieter tatsächlich überlassene Fläche stets als Sachmangel iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB behandelt²¹⁹. Diese Rechtsprechung bezieht sich nicht nur auf Fälle, in denen die Mietflächenabweichung auf einer Falschberechnung der Fläche einer ansonsten vertragsgemäß und vollständig übergebenen Mietsache beruhte, sondern auch auf Sachverhalte, in denen die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Mietfläche - wie hier - durch Umbauarbeiten verursacht wurde, die nach Abschluss des Mietvertrags durchgeführt wurden²²⁰.

6.2 Flächenabweichung unter 10%

Nach den getroffenen Feststellungen liegt aufgrund der Flächenabweichung ein Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, wobei die Flächenabweichung weniger als 10% beträgt. Durch die Bezeichnung des Mietobjekts in § 1 des Mietvertrags und dem als Anlage 1 beigefügten Grundrissplan haben die ursprünglichen Vertragsparteien eine verbindliche Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich Größe, Raumgestaltung und Zuschnitt getroffen und damit die geschuldete Leistung festgelegt. Die in dem Grundrissplan enthaltenen Flächenangaben dienten nicht lediglich der Beschreibung des Mietobjekts, sondern wurden auch vertraglich vereinbart. Tatsächlich weist jedoch die Nutzfläche eines der beiden Übungsräume entgegen der vereinbarten Größe von ca. 88,5 m² eine um ca. 10 m² kleinere Fläche auf, weshalb das Mietobjekt nicht der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit entspricht. Dass die vereinbarten

²¹⁹ BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 (2153); BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 14; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1948; BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 16 m.w.N.

²²⁰ vgl. BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152; BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, NZM 2005, 861.

Nutzflächen in dem Grundrissplan nur mit einem Circa-Maß angegeben sind, steht der Annahme eines Sachmangels nicht entgegen²²¹.

Trotz des Vorliegens eines Sachmangels erfolgt eine Minderung der Miete nur dann, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt wird (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB) und diese Beeinträchtigung gemäß § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht nur unerheblich ist²²². Die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den beiderseitigen Leistungen bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werden²²³. Für eine reduzierte Nutzungsmöglichkeit soll der Mieter auch nur eine reduzierte Miete leisten müssen. Daher scheidet eine Herabsetzung der Miete während der Zeit, in der der Mieter die Mietsache trotz Vorliegens eines Mangels uneingeschränkt vertragsgemäß nutzen kann, aus²²⁴. Deshalb hat der Mieter neben dem Vorliegen eines konkreten Sachmangels darzulegen, dass die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt ist; das Maß der Beeinträchtigung braucht er hingegen nicht vorzutragen²²⁵. Für das Vorliegen von Umständen, die eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs als unerheblich erscheinen lassen, trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast²²⁶.

Für den Anspruch des Wohnraummieters auf Minderung wegen einer tatsächlich geringeren Wohnfläche als der vertraglich vereinbarten hat der BGH allerdings entschieden, dass ein abweichendes Flächenmaß die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch bereits dann erheblich mindert, wenn die tatsächliche Fläche um mehr als 10 % hinter der vertraglich vereinbarten Größe zurückbleibt²²⁷. Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch

²²¹ vgl. BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 16 m.w.N.

²²² vgl. BGHZ 195, 50 = NJW 2013, 44 Rz. 41.

²²³ BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 18 m.w.N.

²²⁴ BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NJW 2011, 514 Rz. 13.

²²⁵ vgl. BGH v. 27.7.2016 - XII ZR 59/14, NJW-RR 2016, 1291 Rz. 5 m.w.N.

²²⁶ BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664 Rz. 20.

²²⁷ BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 16; BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, NJW 2004, 1947 (1948).

gemindert ist, bedarf es dann nicht²²⁸. Diese im Interesse der Praktikabilität und Rechtssicherheit gezogene Grenze von 10% legt der VIII. Zivilsenat auch dann zugrunde, wenn die Wohnfläche im Mietvertrag nur mit „ca.“ angegeben ist²²⁹. Zur Begründung verweist er darauf, dass die vereinbarte Fläche ein wesentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Räume sei. Daher spreche bei einem erheblichen Flächendefizit bereits eine tatsächliche Vermutung für eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit, die der Mieter nicht gesondert belegen müsse.

Dieser Rechtsprechung hat sich der XII Senat für Flächenabweichungen in der Gewerberaummiete angeschlossen²³⁰.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei einer Flächenunterschreitung von weniger als 10% eine Mietminderung grundsätzlich ausgeschlossen ist²³¹. Diese Rechtsprechung hat nur zur Folge, dass bei Flächenabweichungen, die diese Grenze von 10% überschreiten, der Mieter nicht gesondert darlegen muss, die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch sei infolge der Flächenabweichung gemindert. Bleibt die Flächenabweichung - wie im vorliegenden Fall - hinter dieser Grenze zurück, kann sich der Mieter dagegen nicht auf diese tatsächliche Vermutung einer Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache berufen. Er muss dann im jeweiligen Einzelfall konkret darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass durch die Flächenabweichung der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt ist²³².

Gemessen wird im vorliegenden Fall zu Recht eine Minderung der Miete abgelehnt, weil der Mieter seiner Darlegungslast nicht in ausreichendem Maß nachgekommen ist. Die Behauptung des Mieters, er habe auf den fehlenden 10 m² im betroffenen Übungsraum vier zusätzliche Schüler unterrichten und damit weitere Einnahmen generieren können, ist nicht als ausreichender Vortrag für die von ihm begehrte Mietminderung anzusehen. Denn mit diesem Vorbringen stellt er nur die abstrakte Behauptung auf, durch die Flächenabweichung seien

²²⁸ BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, NZM 2005, 861.

²²⁹ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, NJW 2004, 1947 (1948).

²³⁰ vgl. BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 (2153); BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 14 ff.

²³¹ BGH v. 25.11.2020 - XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

²³² OLG Dresden, NJW-RR 2019, 1294 (1296); OLG Dresden, NJW-RR 2015, 141 (143); OLG Düsseldorf, GE 2012, 616 (617); KG, NJW-RR 2005, 1681.

ihm mögliche Einnahmen verloren gegangen. Inwieweit er jedoch durch die geringere Nutzfläche konkret im Gebrauch des Übungsraums beeinträchtigt wird, ergibt sich daraus nicht.

6.3 Beschaffenheitsvereinbarung bei Umweltmängeln

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann anzunehmen, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand für den Mieter nachteilig abweicht²³³.

Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist. Soweit allerdings Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt²³⁴.

Die Parteien haben eine Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf Umstände, die von außen unmittelbar auf die Mietsache einwirken, wie insbesondere die hier in Rede stehenden Immissionen durch den Bau eines Hauses auf einem benachbarten Grundstück, nicht getroffen. Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung ist auch der Bestimmung des § 5 Nr. 1 Satz 2 und 3 des Mietvertrags nicht zu entnehmen, wonach der Mieter sich unter anderem über die Geräuschverhältnisse der Umgebung Gewissheit verschafft habe und die Wohnung als für seine Zwecke geeignet und mängelfrei anerkenne. Aus dieser Bestimmung

²³³ vgl. BGH v. 13.4.2016 - VIII ZR 198/15, NJW-RR 2016, 1032 Rz. 14; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 18; BGH v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417 Rz. 15; BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rz. 8; jeweils m.w.N.

²³⁴ vgl. BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177; BGH v. 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 m.w.N.

kann - auch im Wege der Auslegung - nicht der sichere Schluss gezogen werden, dass die Klägerin damit, abweichend vom Regelfall²³⁵, die vertragliche Haftung für einen unveränderten Fortbestand der Geräuschverhältnisse der Umgebung, auf die sie regelmäßig keinen Einfluss hat, hätte übernehmen wollen.

Wie der BGH für den Fall von Lärmimmissionen, die von öffentlichen Straßen oder von einem Nachbargrundstück auf die Mietsache einwirken²³⁶, bereits entschieden hat, beantwortet sich, soweit (konkrete) Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, die Frage, was im Einzelnen zu dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der in Rede stehenden Wohnung gehört, den der Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB während der Mietzeit zu erhalten hat, nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - gegebenenfalls ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben.

Dabei kann dem Vermieter nicht einseitig das Risiko einer lärmintensiven Nutzungsänderung auf einem Nachbargrundstück zugewiesen werden. Es kommt vielmehr darauf an, welche Regelung die Mietvertragsparteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als redliche Vertragspartner getroffen hätten, wenn ihnen bei Vertragsschluss die von ihnen nicht bedachte Entwicklung in Gestalt der erhöhten Lärmbelastung bewusst gewesen wäre²³⁷. Hiernach begründen bei Fehlen anderslautender Beschaffenheitsvereinbarungen nachträglich erhöhte Geräuschimmissionen durch Dritte jedenfalls dann grundsätzlich keinen gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung führenden Mangel einer Mietwohnung, wenn auch der Vermieter sie ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeiten als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss (§ 906 BGB); insoweit nimmt der Wohnungsmieter an der jeweiligen Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks teil²³⁸.

²³⁵ siehe hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 21 f.

²³⁶ siehe hierzu BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 21.

²³⁷ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 24 f.

²³⁸ ebenso MünchKomm/Brückner, 8. Aufl., § 906 BGB Rz. 63.

An dieser Rechtsprechung hält der BGH fest²³⁹.

Wenn darauf abgestellt wird, § 906 BGB beanspruche nur für das Verhältnis des Grundstückseigentümers zu demjenigen Geltung, der negativ auf das Grundstück einwirke, und zudem ausführt, dem Mieter dürfe nicht das mit langfristig einwirkenden Umwelteinflüssen einhergehende Risiko der Wohnwertverschlechterung zugewiesen werden, handelt es sich um Argumente, mit denen sich der Senat in seinem vorstehend genannten Urteil vom 29. April 2015 bereits eingehend auseinandergesetzt und die er für nicht durchgreifend erachtet hat²⁴⁰.

Diese Rechtsprechung des VIII. Senats steht - anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung sowie einzelne Stimmen in der Instanzrechtsprechung und der Literatur meinen²⁴¹ - auch nicht im Widerspruch zu dem Urteil des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 23. April 2008²⁴². Der XII. Zivilsenat hat in diesem Urteil entschieden, dass eine von dem Vermieter in einem Gewerberaummietvertrag verwendete formularmäßige Klausel, wonach eine Minderung der Miete ausgeschlossen ist, wenn die Nutzung der Räume durch Umstände beeinträchtigt wird, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, den Mieter unangemessen benachteiligt und deswegen unwirksam ist (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Minderung sei Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips und habe daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen. Ein vollständiger Ausschluss der Minderung durch formularvertragliche Regelung verletze deshalb das zu den wesentlichen Grundgedanken des Schuldrechts gehörende Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Das gelte auch, soweit der Minderungsausschluss allein Mängel betreffe, die der Vermieter nicht zu vertreten habe. Denn die Minderung setze kein Verschulden auf Seiten des Vermieters voraus. Der Mieter könne vielmehr selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfüge. Die Störung des Äquivalenzprinzips werde auch nicht dadurch kompensiert, dass der Mieter

²³⁹ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

²⁴⁰ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 37 ff., 41 ff.

²⁴¹ LG Berlin [67. Zivilkammer], WuM 2018, 755, 756; *Börstinghaus*, NZM 2016, 417 (421); *Selk*, Mietmängel und Mängelrechte, 2018, § 536 BGB Rz. 202

²⁴² BGH v. 23.4.2008 - XII ZR 62/06, BGHZ 176, 191; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. März 2008 - XII ZR 147/05, NJW 2008, 2254.

als Besitzer gegebenenfalls von dem die Beeinträchtigung verursachenden Dritten gemäß § 906 Abs. 2 BGB einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen könne.

Diese Entscheidung steht nicht im Widerspruch zu der oben dargestellten Rechtsprechung des VIII. Senats.

Mit ihrer gegenteiligen Auffassung verkennen das Berufungsgericht und die genannten Stimmen bereits im Ansatz, dass es bei den Grundsätzen des Senatsurteils vom 29. April 2015 weder um Allgemeine Geschäftsbedingungen noch um die Frage geht, ob und unter welchen Voraussetzungen bei Vorliegen eines Mangels eine Mietminderung- was bei der Geschäftsraummiete anders als bei der Wohnraummiete grundsätzlich möglich ist²⁴³ - ausgeschlossen werden kann, sondern vielmehr um die (vorgelagerte) Frage, ob überhaupt ein Mangel der Mietsache vorliegt.

Zudem lassen das Berufungsgericht und die genannte Auffassung außer Betracht, dass der VIII. Senat im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Mangels - bei Fehlen von Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache in Bezug auf nachträglich erhöhte, von einem benachbarten Grundstück ausgehende Geräuschmissionen - eine ergänzende Auslegung des Mietvertrags für erforderlich hält²⁴⁴. Eine solche ergänzende Vertragsauslegung hat sich nicht nur an dem hypothetischen Parteiwillen, sondern auch an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu orientieren und muss zu einer die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung führen; es geht darum zu ermitteln, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie die - hier in Bezug auf einen möglichen nachträglichen Eintritt erhöhter Geräuschmissionen von einem benachbarten Grundstück - bestehende vertragliche Regelungslücke bedacht hätten.

Ein Widerspruch der Rechtsprechung des VIII. Senats zu dem vorgenannten Urteil des XII. Zivilsenats ist schließlich auch nicht im Hinblick auf die in beiden Entscheidungen angesprochene Vorschrift des § 906 BGB zu erkennen. In dem vorgenannten Urteil des Senats geht es in diesem Zusammenhang - anders als

²⁴³ BGH v. 6.4.2016 - XII ZR 30/15, ZMR 2016, 609 Rz. 11.

in der Entscheidung des XII. Zivilsenats - nicht um die Frage, ob eine durch einen vorhandenen Mangel der Mietsache eingetretene Störung des Äquivalenzverhältnisses durch einen möglichen Entschädigungsanspruch des Mieters gegen den Dritten nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeglichen werden kann, sondern - wiederum auf der vorgelagerten Ebene der Prüfung, ob überhaupt ein Mangel der Mietsache vorliegt - darum, die Gegebenheiten des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses und die in § 906 BGB konkretisierten Duldungspflichten sowie die daraus abgeleiteten Abwehr- und Ausgleichsmöglichkeiten als Maßstab in die Erwägungen der ergänzenden Auslegung des Mietvertrags einzubeziehen. Dementsprechend kann auch nach der Rechtsprechung des Senats (gerade) dann ein Mangel der Mietsache vorliegen, wenn Ansprüche (des Vermieters) gegen den Dritten nach § 906 BGB bestehen.

Die vorstehend genannten Grundsätze der Rechtsprechung des VIII. Senats zum Vorliegen eines Mangels der Mietsache bei nachträglich erhöhten, von einem Nachbargrundstück ausgehenden Geräuschimmissionen, haben für die hier gegebene Fallgestaltung der von einer Baustelle auf einem benachbarten Grundstück herrührenden Geräusch- und Schmutzmissionen in gleicher Weise zu gelten.

Entgegen einer in der Instanzrechtsprechung vereinzelt vertretenen Auffassung²⁴⁵ finden diese Grundsätze auch dann Anwendung, wenn die erhöhten Immissionen nur vorübergehender Natur sind²⁴⁶. Der Senat hat dementsprechend in seinem Urteil vom 29. April 2015 nicht verlangt, dass derartige Immissionen dauerhaft vorhanden sein müssten.

Auch ist für die Anwendung der vorbezeichneten Grundsätze nicht etwa erforderlich, dass die von einem Nachbargrundstück ausgehenden Immissionen auf "Kinderlärm" oder sonst auf Umständen beruhten, die - anders als der hier vorliegende Neubau eines Hauses - "nichtkommerzieller" Art seien.

Ebenfalls ohne Erfolg bleibt der von der Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang erhobene weitere Einwand, die oben genannten Grundsätze der

²⁴⁴ BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 23 f., 39 ff.

²⁴⁵ vgl. LG Berlin [67. Zivilkammer], NZM 2016, 681 (682) sowie WuM 2018, 755 (756).

²⁴⁶ so auch LG Berlin [65. Zivilkammer], ZMR 2017, 974 (975); LG München I, NZM 2016, 237 (238); AG Hamburg-Bergedorf, ZMR 2018, 229 f.

Rechtsprechung des Senats dürften auf die vorliegend zu beurteilende Fallgestaltung der Geräusch- und Schmutzimmissionen, die von Bauarbeiten auf einem benachbarten Grundstück herrühren, (auch) deshalb nicht übertragen werden, weil es hier - anders als in dem vom Senat im Urteil vom 29. April 2015 bereits entschiedenen Fall eines benachbarten "Bolzplatzes" - unter mehreren Gesichtspunkten möglich sei, dass der erforderliche "Gleichlauf" der Abwehrinteressen und -möglichkeiten des Vermieters und des Mieters nicht gegeben sei, sondern diese Interessen aus verschiedenen Gründen "auseinanderfallen" könnten. Deshalb sei es bei Geräusch- und Schmutzimmissionen durch Bauarbeiten auf einem Nachbargrundstück nicht sachgerecht, den Wohnungsmieter an der jeweiligen Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks teilnehmen zu lassen und die Annahme eines gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung führenden Mangels einer Mietwohnung davon abhängig zu machen, dass für den Vermieter hinsichtlich der vorgenannten Immissionen unter Berücksichtigung des § 906 BGB eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeiten bestünden.

Diese Auffassung trifft aus mehreren Gründen nicht zu.

Sie verkennt bereits im Ausgangspunkt, dass ein vollständiger oder jedenfalls weitgehender Gleichlauf der Interessen der Vertragsparteien grundsätzlich weder Voraussetzung noch vorrangiges Ziel der gemäß dem Senatsurteil vom 29. April 2015 gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung ist. Vielmehr kommt es im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung maßgeblich darauf an, welche Regelung die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als redliche Vertragspartner getroffen hätten, wenn ihnen bei Vertragsschluss die von ihnen nicht bedachte Entwicklung - hier also die künftige Einrichtung einer Baustelle auf einem benachbarten Grundstück zum Zwecke eines Neubaus in einer Baulücke - bewusst gewesen wäre.

Der Revisionserwiderung gelingt es überdies nicht, für den Fall der hier geltend gemachten Geräusch- und Schmutzimmissionen durch Bauarbeiten auf einem benachbarten Grundstück Unterschiede hinsichtlich der (Abwehr-)Interessen des Vermieters und des Mieters aufzuzeigen, aufgrund derer die ergänzende Vertragsauslegung zu einem anderen als dem oben dargestellten Ergebnis führte. Derartige Unterschiede sind auch sonst nicht zu erkennen.

Zwar trifft der Ausgangspunkt der Revisionserwiderung zu, dass dem berechtigten Besitzer im Falle von Immissionen gegen den Störer eigene Abwehransprüche (§ 862 Abs. 1 BGB) oder Entschädigungsansprüche zustehen können und insoweit die in § 906 BGB enthaltenen Regelungen auch auf den berechtigten Besitzer, namentlich den Mieter, angewandt werden²⁴⁷. Ebenfalls noch zutreffend geht die Revisionserwiderung davon aus, dass die Abwehrbefugnis des Besitzers und damit auch dessen sonstige auf die Immissionen bezogenen Ansprüche grundsätzlich nicht weiter reichen als diejenigen des Eigentümers des Grundstücks²⁴⁸.

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob es unter Berücksichtigung der vorgeannten Grundsätze in Bezug auf die hier in Rede stehenden Geräusch- und Schmutzimmissionen, die von einer auf einem benachbarten Grundstück betriebenen Baustelle herrühren, Fallgestaltungen geben kann, in denen ein diesbezüglicher Abwehr- oder Entschädigungsanspruch des Vermieters zu verneinen, entsprechende Ansprüche des Mieters hingegen zu bejahen wären.

Denn dies hätte jedenfalls nicht zur Folge, dass auf der Grundlage der gemäß der Rechtsprechung des Senats vorzunehmenden ergänzenden Vertragsauslegung deshalb ein nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung führender Mangel der Mietwohnung zu bejahen wäre und der Vermieter damit entgegen den oben genannten Grundsätzen dieser Rechtsprechung einseitig das Risiko einer lärm- und schmutzintensiven Nutzungsänderung auf dem benachbarten Grundstück zu tragen hätte.

Die gegenteilige Sichtweise der Revisionserwiderung, die darauf hinausliefe, dem Mieter in der von ihr beschriebenen Fallgestaltung neben etwaigen eigenen Ansprüchen gegen den Störer zusätzlich eine Minderung der Miete zuzubilligen, entspricht weder dem hypothetischen Parteiwillen der Mietvertragsparteien noch einer an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB)

²⁴⁷ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 15.4.1959 - V ZR 3/58, BGHZ 30, 273 (276, 280); BGH v. 23.2.2001 - V ZR 389/99, BGHZ 147, 45 (50); BGH v. 16.1.2015 - V ZR 110/14, NJW 2015, 2023 Rn. 5, 10; Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2016, Stand 1. November 2019, § 906 BGB Rz. 107; MünchKomm/Brückner, 8. Aufl., § 906 BGB Rz. 62; Erman/Wilhelmi, 15. Aufl., § 906 BGB Rz. 5; jeweils m.w.N.

²⁴⁸ vgl. BGH v. 14.10.1994 - V ZR 76/93, NJW 1995, 132 unter II; BGH v. 26.9.1975 - V ZR 204/73, WPM 1976, 1116 unter II 4 b.

orientierten, die beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien angemessen berücksichtigenden Regelung.

Einer Anwendung der Grundsätze des Senatsurteils vom 29. April 2015 auf die hier zu beurteilende Fallgestaltung steht auch nicht etwa entgegen, dass im Falle von Baumaßnahmen bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Einwirkung von Immissionen im Rahmen des § 906 BGB das abstrakte Interesse des betroffenen Grundstückseigentümers zu berücksichtigen sei, seinerseits vergleichbare Baumaßnahmen auf seinem Grundstück durchführen zu dürfen, während dieses Interesse für den Mieter, dem es in erster Linie um eine ungestörte Nutzung der Mietsache gehe, kein auch nur annähernd vergleichbares Gewicht habe.

Diese Auffassung verkennt bereits im Ansatz, dass es bei der nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Senats gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung aus den oben dargestellten Gründen nicht maßgeblich auf einen Gleichlauf der Interessen der Vertragsparteien ankommt. Sie übersieht zudem, dass durch die Vorschrift des § 906 BGB der bei der Nutzung eines Grundstücks im Verhältnis zu den benachbarten Grundstücken möglicherweise auftretende Konflikt in einen vernünftigen Ausgleich gebracht werden soll²⁴⁹.

Unbehelflich ist schließlich der weitere Einwand, wonach das betroffene Grundstück durch den auf einem benachbarten Grundstück erfolgenden Neubau, insbesondere wenn hierdurch eine Baulücke geschlossen werde, eine "Aufwertung" erfahren könne.

Die Revisionserwiderung vermag insoweit bereits einen Tatsachenvortrag des Beklagten, aus dem sich eine solche "Aufwertung" des Grundstücks der Klägerin entnehmen lassen könnte, nicht aufzuzeigen. Zudem berücksichtigen die Revisionserwiderung und das Berufungsgericht nicht hinreichend, dass in dem von ihnen zur Begründung der vorgenannten Auffassung angeführten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. September 1975²⁵⁰ zwar - bei der Prüfung der Zumutbarkeit im Rahmen des Ausgleichsanspruchs (§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB) - der Gesichtspunkt angesprochen worden ist, dass das von Geräusch- und Schmutzimmissionen betroffene Grundstück infolge der Bauarbeiten auf dem

²⁴⁹ vgl. BGH v. 18.9.2009 - V ZR 75/08, NJW Rz. 19 m.w.N.

Nachgrundstück Nutzen ziehen könne. Diese Erwägungen zur Wechselbeziehung der beiden Grundstücke sind jedoch vor dem Hintergrund zu sehen, dass in dem damaligen, besonders gelagerten Einzelfall die auf dem Nachbargrundstück vorgenommenen Restaurierungs- und Sanierungsarbeiten ein außergewöhnliches und besonders gut erhaltenes Baudenkmal von herausragender Wirkung und Anziehungskraft, nämlich die Porta Nigra in Trier, betrafen, welches dem umgebenden Raum das wesentliche Gepräge gibt. Eine vergleichbare Bedeutung und Auswirkung wird der Errichtung eines Neubaus in einer bisher bestehenden Baulücke im Regelfall nicht zukommen. Umstände, die darauf hindeuten könnten, dass dies im Streitfall anders zu beurteilen wäre, zeigt weder die Revisionserwiderung auf noch ist dies den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen.

Im Übrigen käme eine "Aufwertung" des betroffenen Grundstücks letztlich auch dem Mieter zugute.

Voraussetzung bei der Prüfung des Vorliegens eines Mangels der Mietsache nach den - auch vorliegend anzuwendenden - Grundsätzen des Senatsurteils vom 29. April 2015 ist lediglich, dass ein Mangel in Rede steht, bei dem die Mietsache - was bei nachträglich erhöhten Immissionen der Fall sein kann - äußeren Einflüssen oder Umständen ausgesetzt ist, die deren Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen können und dass die Parteien eine Vereinbarung darüber, was bezüglich solcher Beeinträchtigungen vertraglich geschuldet ist, nicht getroffen haben.

Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung kann nicht mit der Argumentation bejaht werden, die Freiheit der Wohnung von Baulärm werde (mangels Existenz einer benachbarten Baustelle bei Abschluss des Mietvertrags und mangels sonstiger beidseitiger Kenntnis eines entsprechenden Vorhabens oder ausdrücklicher abweichender Absprachen) regelmäßig stillschweigend Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung der Mietvertragsparteien, da "im großstädtischen Kontext Baumaßnahmen zwar nicht unüblich sind, aber selbst dort - und auch in Berlin - die ganz überwiegende Mehrzahl der Mietwohnungen von ent-

²⁵⁰ BGH v. 26.9.1975 - V ZR 204/73, WPM 1976, 1116.

sprechenden Maßnahmen und den damit verbundenen erheblichen zusätzlichen Immissionen nicht betroffen ist"²⁵¹.

Diese Beurteilung ist mit der ständigen Rechtsprechung des Senats zu den Anforderungen an eine mietvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung nicht zu vereinbaren. Nach der Rechtsprechung des VIII. Senats setzt auch eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung werden die von dem Mieter wahrgenommenen "Umweltbedingungen" der Wohnung nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert²⁵².

Dabei ist, soweit es um Lärmimmissionen geht, die von öffentlichen Straßen oder von einem Nachbargrundstück auf die Mietsache einwirken, im Übrigen der offensichtliche und beiden Parteien bekannte Umstand zu berücksichtigen, wonach der Vermieter regelmäßig keinen Einfluss darauf hat, dass die zu Mietbeginn bestehenden Verhältnisse während der gesamten Dauer des Mietvertrags unverändert fortbestehen. Der Mieter kann daher im Allgemeinen nicht erwarten, dass der Vermieter die vertragliche Haftung für den Fortbestand derartiger "Umweltbedingungen" übernehmen will. Die Annahme einer dahingehenden konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung wird deshalb allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen und jedenfalls konkrete Anhaltspunkte für die Übernahme einer so weit gehenden und vom Vermieter nicht beherrschbaren Haftung voraussetzen²⁵³.

²⁵¹ so auch LG Berlin v. 16.6.2016 - 67 S 76/16, NJW-RR 2016, 1162 f.

²⁵² BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

²⁵³ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, GE 2020, 865.

6.3.1 Umweltmangel in der Gewerberaummieta

„Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können. Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist. Soweit allerdings Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt.“²⁵⁴.

Eine ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien, dass das Mietobjekt keinen höheren Immissionen als zu Vertragsbeginn ausgesetzt sein dürfe, ist hier nicht festzustellen²⁵⁵. Der BGH hat die diesbezüglichen Anforderungen aus dem Urteil vom 29.04.2015 mit Urteil vom 29.04.2020 – VIII ZR 31/18 – Rn. 57 bekräftigt:

„Nach der Rechtsprechung des Senats setzt auch eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung werden die von dem Mieter wahrgenommenen "Umweltbedingungen" der Wohnung nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zu-

²⁵⁴ BGH v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 18 m.w.N.

²⁵⁵ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

stimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert.“

Dem ist trotz gegenteiliger Stimmen²⁵⁶ zu folgen. Dass die meisten Mietobjekte nicht von erheblichen zusätzlichen Immissionen betroffen sein mögen, reicht entgegen den Urteilen des LG Berlin vom 16.06.2016 – 67 S 76/16²⁵⁷ und vom 21.08.2019 – 64 S 190/18²⁵⁸ nicht aus, um eine Freiheit von Baulärm als stillschweigend vereinbart anzusehen.

Andererseits ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass bei Abschluss des Mietvertrages der Parteien im Jahre 2015 konkrete Anhaltspunkte für einen anstehenden Abriss und eine Neubebauung auf dem Nachbargrundstück erkennbar waren. Es bedarf daher keiner Erörterung, ob der Mieter bei Baulücken im innerstädtischen Bereich mit einer Bebauung rechnen muss und diese dann nicht zu einer Minderung führt²⁵⁹.

Mangels (konkreter) Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache beantwortet sich „die Frage, was im Einzelnen zu dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der in Rede stehenden Wohnung gehört, den der Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB während der Mietzeit zu erhalten hat, nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - gegebenenfalls ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 normierten Grundsatzes von Treu und Glauben.“²⁶⁰

Erhebliche Nutzungsbeeinträchtigungen durch Lärm können nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH ohne weiteres einen Mangel einer gemieteten Wohnung darstellen²⁶¹. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des

²⁵⁶ etwa von Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Auflage, § 536 BGB Rz. 136b.

²⁵⁷ LG Berlin vom 16.06.2016 – 67 S 76/16, juris Rz. 10.

²⁵⁸ LG Berlin vom 21.08.2019 – 64 S 190/18 juris Rz. 23.

²⁵⁹ so LG Berlin v. 18.10.2013 - 63 S 446/12, juris.

²⁶⁰ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 27 m.w.N.

²⁶¹ vgl. BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 274/02; BGH v. 6.10.2004 – VIII ZR 355/03; BGH v. 17.6.2009 - VIII ZR 131/08; BGH v. 23.9.2009 – VIII ZR 399/08; BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 104/09; BGH v. 29.2.2012 – VIII ZR 155/11; BGH v. 20.6.2012 – VIII ZR 268/11; BGH v.

XII. und des X. Zivilsenats des BGH für Gewerberäume²⁶² und Ferienunterkünfte²⁶³.

Zwar betreffen die vorstehend zitierten Urteile des VIII. Zivilsenats jeweils Lärmbeeinträchtigungen aus dem Gebäude, in dem die gemietete Wohnung liegt. Einem Mangel i.S.v. § 536 BGB steht aber nicht nach Treu und Glauben entgegen, dass es sich um Umwelteinwirkungen handelt, die nicht vom Vermieter verursacht worden sind. Gebrauchsbeschränkungen aufgrund von Beschaffenheit oder Lage des Mietobjekts fallen in seinen Risikobereich²⁶⁴. Eine Mietminderung setzt kein Verschulden auf Seiten des Vermieters voraus, sondern der Mieter kann selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfügt²⁶⁵.

Es entspricht der Verkehrsanschauung, dass sich eine erhebliche Lärmbelastung gemieteter Räume tendenziell mietsenkend auswirkt. Die ortsübliche Vergleichsmiete für Wohnraum hängt gemäß § 558 Abs. 2 BGB von der „Lage“ ab und damit auch von Beeinträchtigungen durch Lärm²⁶⁶. Dem entsprechend sehen die Orientierungshilfen für die Spanneneinordnung zu den Berliner Mietspiegeln 2017 und 2019 das negative Wohnwertmerkmal „besonders lärmbelastete Lage“ und das positive Wohnwertmerkmal „besonders ruhige Lage“ vor. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat im Urteil vom 19.12.2012 – VIII ZR 152/12 – Rz. 12 zwar in einer vorübergehend erhöhten Verkehrslärmbelastung aufgrund von Straßenbauarbeiten keinen zur Minderung berechtigenden Mangel gesehen, aber zur Begründung auch darauf abgestellt, dass sie sich nach der im Mietspiegel aufgestellten Grenze im Rahmen des Üblichen hielt. Dass die nach wissenschaftlichen Grundsätzen aufgestellten Mietspiegel an die Lärmbelastung anknüpfen, rechtfertigt die Annahme, dass die Höhe der vereinbarten Miete regelmäßig davon abhängt, welches Immissionsniveau die Parteien bei Ab-

5.6.2013 – VIII ZR 287/12; BGH v. 21.2.2017 – VIII ZR 1/16; BGH v. 22.08.2017 – VIII ZR 226/16.

²⁶² vgl. BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06.

²⁶³ vgl. BGH v. 19.7.2016 – X ZR 123/15.

²⁶⁴ vgl. BGH v. 22.6.1988 – VIII ZR 232/87 – juris Rz. 19; BGH v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06 – Rz. 12.

²⁶⁵ BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06 – Rz. 20 m.w.N.

²⁶⁶ vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Auflage, § 558 BGB Rz. 89; Münch-Komm/Artz, 8. Aufl., § 558 BGB Rz. 31; Palandt/*Weidenkaff*, 79. Auflage, § 558 BGB Rz. 16.

schluss des Mietvertrages zugrunde legen²⁶⁷. Dies gilt auch für Gewerberäume, wenn die Immissionen – wie hier - für die vertraglich vorgesehene Nutzung relevant sind. Den Mitgliedern des erkennenden Senats ist aus der Befassung mit Gewerberaummietsachen über viele Jahre und insbesondere aus Sachverständigengutachten bekannt, dass die Lage eines Objekts ganz wesentliche Bedeutung für die Höhe der marktüblichen Miete hat²⁶⁸.

Hier ist von Immissionen durch die Baustelle, insbesondere Lärm und auch Erschütterungen auszugehen, die deutlich über das in einer Nebenstraße der Berliner City übliche Maß hinausgehen²⁶⁹. Als entscheidend sieht der erkennende Senat an, dass diese Einwirkungen der im Mietvertrag vereinbarten Nutzung als „Thai-Massagesalon“ sehr abträglich sind, insbesondere einem Entspannungseffekt der Massagebehandlungen. Die vertragsgemäße Nutzung ist insoweit schwerer betroffen, als es bei den meisten Einzelhandelsgeschäften der Fall wäre, und mindestens vergleichbar wie bei einer Wohn- oder Büronutzung. Die Tauglichkeit der gemieteten Räume zum vertragsgemäßen Gebrauch ist „unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben nach der Verkehrsanschauung“ deutlich gemindert.

Einer ergänzenden Vertragsauslegung, wie sie der VIII. Zivilsenat des BGH in den Urteilen vom 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – Rn. 24 und vom 29.04.2020 – VIII ZR 31/20 – Rn. 28 angestellt hat, bedarf es hier nicht²⁷⁰. Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Vertrages²⁷¹. Sie setzt erst ein, wenn die offene Auslegungsfrage nicht durch die eigentliche Auslegung des Vertrages zu lösen ist²⁷². Auch soweit die Vertragsparteien einen Umstand nicht thematisiert oder bedacht haben, kann ein Regelungsgehalt dem Vertrag gemäß § 157 BGB durch Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entnehmen sein²⁷³.

²⁶⁷ ebenso LG Berlin v. 21.8.2019 – 64 S 190/18, juris Rz. 24; s.a. LG Berlin v. 7.6.2017 – 18 S 211/16 – juris Rz. 11.

²⁶⁸ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

²⁶⁹ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

²⁷⁰ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

²⁷¹ BGH v. 21.9.1994 – XII ZR 77/93, juris Rz. 8; BGH v. 17.4.2002 – VIII ZR 279/01, Rz. 19.

²⁷² vgl. Staudinger/Roth, Bearb. 2015, § 157 BGB Rz. 4 m.w.N.

²⁷³ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

Im Übrigen hält es der erkennende Senat für bedenklich, dass der VIII. Zivilsenat (und ihm folgend das LG München im Urteil vom 14.01.2016 - 31 S 20961/14 - und das LG Berlin im Urteil vom 14.06.2017 - 65 S 90/17) im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung einen Mangel der Mietsache aufgrund nachträglich erhöhter Geräuschimmissionen durch einen Dritten grundsätzlich verneint, wenn der Vermieter sie gemäß § 906 BGB ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit als unwesentlich oder ortsüblich hinnehmen muss²⁷⁴.

§ 906 BGB ist eine sachenrechtliche Vorschrift, die auf das Mietverhältnis der Parteien zweifelsfrei nicht anwendbar ist²⁷⁵. Sie soll bei der Nutzung eines Grundstücks im Verhältnis zu benachbarten Grundstücken auftretende Konflikte in einen vernünftigen Ausgleich bringen und begründet zu diesem Zweck unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Duldung von Immissionen²⁷⁶. Ein beiderseitig unbeschränktes Recht, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB 1. Alternative), würde ebenso wie ein uneingeschränktes Recht, den jeweils anderen von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903 BGB 2. Alternative), eine sinnvolle Nutzung beider Grundstücke unmöglich machen²⁷⁷. Allerdings wird vom VIII. Zivilsenat „die nachbarrechtliche Ausstrahlungswirkung des § 906 BGB zur Konturierung der im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmenden mietvertragliche Rechte und Pflichten der Parteien berücksichtigt“²⁷⁸. Ein Gleichlauf der Interessen von Eigentümer und

²⁷⁴ A.A. als der VIII Zivilsenat: BayObLG v. 4.2.1987 – RE-Miet 2/86; OLG Dresden v. 14.10.2008 - 5 U 1030/08; OLG Schleswig v. 30.03.2011 – 5 U 122/10; OLG Frankfurt a. M. v. 5.7.2017 – 2 U 152/16; OLG München v. 15.3.2018 – 32 U 872/17; LG Berlin v. 16.6.2016 – 67 S 76/16; LG Berlin v. 7.6.2017 – 18 S 211/16; LG Berlin v. 15.1.2019 – 67 S 309/19; LG Berlin v. 21.8.2019 – 64 S 190/18; *Günter* in: Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Auflage, § 536 BGB Rz. 224; in: MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 21; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 136b; *Kraemer/Ehlert/Schindler* in: Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummieta, 5. Aufl., Rz. III 3203; *Emmerich*, JuS 2015, 1040 (1041); *Staudinger/Emmerich*, Bearb. 2018, § 536 BGB Rz. 52; *Föllmer*, WuM 2015, 478 (485); *Ghassemi-Tabar*, NJW 2015, 2849; *Lehmann-Richter*, IMR 2015, 310; *Selk*, NZM 2015, 855 (857 f.); *Selk*, Mietmängel und Mängelrechte, 2018, § 536 BGB Rz. 202; *Börstinghaus*, NZM 2016, 417 (421); *Flatow*, WuM 2016, 459; *Gsell*, NZM 2016, 702 (708); *Bieber*, GE 2018, 1431 (1432).

²⁷⁵ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

²⁷⁶ BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 68.

²⁷⁷ BGH v. 21.10.1983 – V ZR 166/82, juris Rz. 8.

²⁷⁸ BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 70.

Mieter wird dabei vom VIII. Zivilsenat nicht zugrunde gelegt²⁷⁹ und ist auch nicht gegeben, insbesondere im Hinblick auf das abstrakte Interesse des Eigentümers - nicht aber eines Mieters -, seinerseits vergleichbare Baumaßnahmen auf seinem Grundstück durchzuführen.

Der erkennende Senat sieht sich mit seinen Bedenken dagegen, ein Minderungsrecht des Mieters von einem Abwehr- oder Entschädigungsanspruch des Vermieters gegen den Nachbarn nach § 906 BGB abhängig zu machen, im Einklang mit dem Urteil des BGH vom 23.04.2008 – XII ZR 62/06 –, in dem der XII. Zivilsenat ausgeführt hat (Rz. 20, 22):

„Ein vollständiger Ausschluss der Minderung durch formularvertragliche Regelung verletzt deshalb das zu den wesentlichen Grundgedanken des Schuldrechts gehörende Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Das gilt auch, soweit - wie im vorliegenden Fall - der Minderungsausschluss allein Mängel betrifft, die der Vermieter nicht zu vertreten hat.

(...)

Die Störung des Äquivalenzprinzips wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Mieter als Besitzer gegebenenfalls von dem die Beeinträchtigung verursachenden Dritten gemäß § 906 Abs. 2 BGB einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen kann. Die Grenze der Zumutbarkeit im Sinne von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB beurteilt sich nicht nach mietrechtlichen Vorschriften. Schon deshalb entsprechen die nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auszugleichenden Beeinträchtigungen nicht ohne weiteres dem Umfang des Minderungsrechts. (...)

Dieses Urteil bezieht sich zwar auf die Wirksamkeit eines formularmäßigen Minderungsausschlusses und spricht § 906 Abs. 2 BGB im Zusammenhang mit einem Anspruch des Mieters gegen den Dritten an. Maßgeblich erscheint aber, dass der XII. Zivilsenat die unterschiedliche Beurteilung von Beeinträchtigungen nach § 906 BGB einerseits und nach den mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften andererseits betont. Dem entsprechend hat er den dortigen Rechtsstreit zurückverwiesen, damit Feststellungen zum Vorliegen der behaupteten Lärm- und Erschütterungsbelastungen für das Mietobjekt durch die Bauarbeiten der Nebenintervenientin auf dem Nachbargrundstück getroffen werden (a.a.O.

²⁷⁹ BGH v. 29.4.2020 – VIII ZR 31/18, Rz. 43, 49 f.

Rz. 23), und hat es anscheinend als unerheblich angesehen, ob die Immissionen vom Vermieter gemäß § 906 BGB zu dulden sind²⁸⁰.

Das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – hat einen zur Mietminderung führenden Mangel letztlich deshalb verneint, weil die Mietvertragsparteien, wenn sie einen späteren Eintritt erhöhter Geräuschemissionen bedacht hätten, redlicherweise dem Vermieter keine Erhaltung des ursprünglich bestehenden Immissionsstandards auferlegt hätten, die ihm tatsächlich oder jedenfalls wirtschaftlich unmöglich sei (a.a.O. Rz. 42). Das Landgericht Berlin hat mit Urteil vom 16.6.2016 – 67 S 76/16²⁸¹ – zutreffend darauf hingewiesen, dass der Vermieter eben wegen dieser Unmöglichkeit vor einem Mängelbeseitigungsbegehren des Mieters und damit auch vor der erfolgreichen Erhebung eines Leistungsverweigerungsrechtes geschützt ist. Eine Machtlosigkeit des Vermieters gegenüber solchen Störungen schließt aber nicht aus, dass die Mietvertragsparteien die Höhe der Miete anhand der auf die Mieträume einwirkenden Umweltbedingungen aushandeln und vereinbaren²⁸². Vielmehr spricht der Äquivalenzgedanke dafür, dass die Vertragsparteien, wenn sie eine schwerwiegende Zunahme der Immissionen vorhergesehen hätten, für den betreffenden Zeitraum eine Minderung der Miete geregelt hätten²⁸³. Mit diesen Einwänden setzt sich der VIII. Zivilsenat im Urteil vom 29.04.2020 (a.a.O. Rn. 28 ff.) nicht auseinander.

Auf eine Wesentlichkeit der Beeinträchtigungen i.S.v. § 906 BGB kommt es daher hier nicht an²⁸⁴.

6.4 Beweislast und Anerkenntnis

Will ein Mieter, der die ihm zum Gebrauch überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat, wegen eines Mangels der Mietsache eine geringere als die vereinbarte Miete zahlen und sich durch eine außerordentliche Kündigung vom Mietvertrag lösen, trägt er nach den allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für die ihm vorteilhafte Tatsache der Existenz dieses Man-

²⁸⁰ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

²⁸¹ zitiert nach juris Rz. 12.

²⁸² LG Berlin v. 21.8.2019 – 64 S 190/18, zitiert nach juris Rz. 27.

²⁸³ vgl. LG Berlin v. 9.1.2020 – 67 S 230/19, zitiert nach juris Rz. 7.

²⁸⁴ KG v. 17.9.2020 – 8 U 1006/20, GE 2020, 1429.

gels²⁸⁵. Weil nicht schlechthin jede Geruchsentwicklung in gemieteten Räumen zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt, muss der Mieter darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass mit der Geruchsentwicklung eine spürbare und das Wohlbefinden der Nutzer erheblich beeinträchtigende Belastung des Geruchsempfindens einhergeht. Insoweit genügt das unter Zeugenbeweis gestellte Vorbringen der Beklagten, in dem kleinen Büroraum sei dauerhaft ein beißender und ätzender Geruch vorhanden gewesen, der Schleimhäute und Augen gereizt habe, den Anforderungen an einen substantiierten Vortrag. Die Beklagte kann sich für ihre diesbezügliche Beweisführung aber nicht auf die Grundsätze des „tatsächlichen Anerkenntnisses“ berufen.

Im Ausgangspunkt ist davon auszugehen, dass es neben dem abstrakten Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) und dem im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten deklaratorischen Schuldanerkenntnis noch das sog. tatsächliche Anerkenntnis gibt, das keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners verkörpert, sondern das der Schuldner zu dem Zweck abgibt, dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und ihn dadurch etwa von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern. Solche „als Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst“ zu wertenden Bestätigungserklärungen können im Prozess eine Umkehr der Beweislast bewirken oder stellen jedenfalls ein Indiz dar, das der Richter - mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Entkräftung - bei seiner Beweiswürdigung verwerten kann²⁸⁶.

Hier kann aber weder dem Verhalten der Voreigentümerin noch dem Verhalten der Klägerin selbst der Bedeutungsgehalt eines solchen „Zeugnisses gegen sich selbst“ beigemessen werden. Auch insoweit ist die Auslegung von - gegebenenfalls konkludenten - Individualerklärungen zwar dem Tatrichter vorbehalten und revisionsrechtlich nur eingeschränkt auf Rechtsfehler überprüfbar²⁸⁷, mithin insbesondere darauf, ob gesetzliche Auslegungsregeln oder allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt worden sind oder wesentlicher Aus-

²⁸⁵ vgl. nur BGH v. 10.3.1999 - XII ZR 321/97, NJW 1999, 1408 m.w.N.

²⁸⁶ vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 9; BGH NJW 1976, 1259 (1260).

²⁸⁷ vgl. BGH v. 11.11.2008 - VIII ZR 265/07, NJW 2009, 580 Rz. 10; BGH v. 1.12.2005 - I ZR 284/02, IHR 2006, 124 (125).

legungsstoff außer Acht gelassen wurde. Die Entscheidung des Berufungsgerichts leidet aber unter solchen Fehlern²⁸⁸.

Soweit das Berufungsgericht dem Schriftsatz vom 9. November 2015 ein Tatsachenanerkennnis entnehmen will, wird dies dem eindeutigen Wortlaut des Schreibens nicht gerecht. Bei der Auslegung sind in erster Linie der Wortlaut der Erklärung und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen²⁸⁹. Der von der Voreigentümerin unterbreitete Vorschlag, den Bodenbelag im streitgegenständlichen Büroraum auszutauschen, erfolgte im Rahmen eines Vergleichsangebots und ausdrücklich „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und Präjudiz“. Der damit eindeutig zum Ausdruck gebrachte Vorbehalt, nur zur gütlichen Beilegung des bestehenden Streits handeln und darüber hinaus keine rechtlich bindende Verpflichtung eingehen zu wollen, steht nicht nur der Annahme eines rechtsgeschäftlichen (kausalen) Schuldanerkenntnisses entgegen²⁹⁰. Er schließt auch in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig die Beurteilung aus, dass der anderen Vertragspartei die unbedingte Erfüllungsbereitschaft mitgeteilt oder ihre Beweislage verbessert werden soll. Umstände, die es rechtfertigen könnten, dem Schreiben vom 9. November 2015 einen vom Wortlaut abweichenden Sinngehalt beizugeben, hat das Berufungsgericht nicht aufgezeigt. Sein Hinweis darauf, dass sich die Voreigentümerin zu einem Austausch des Bodenbelags wegen der damit verbundenen Kosten nur beim wirklichen Vorliegen einer unzumutbaren Geruchsbeeinträchtigung bereitgefunden hätte, weil sie als Kapitalgesellschaft auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei und sie deshalb - anders als ein Privateigentümer - kein gesteigertes Interesse daran habe, sich gegenüber ihren Gewerbemietern kulant zu zeigen, ist sachfremd. Zudem übergeht das Berufungsgericht, dass die Voreigentümerin den Austausch des Teppichbodens gerade nicht als reine Kulanzleistung zur Abwendung künftiger Mietminderungen angeboten, sondern im Rahmen des unterbreiteten Vergleichsvorschlags an die Bereitschaft der Beklagten geknüpft hat, die auf der Minderung beruhenden Mietrückstände vollständig nachzuzahlen, mithin die Vermieterin in Bezug auf die Mietzahlungen so zu stellen, als sei

²⁸⁸ BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

²⁸⁹ vgl. BGH v. 8.4.2020 - XII ZR 120/18, NZM 2020, 507 Rz. 15; BGHZ 184, 128 = NJW 2010, 2422 Rz. 33 m.w.N.

²⁹⁰ vgl. etwa BGH v. 18.4.2002 - I ZR 262/99 - juris Rz. 31.

die Miete auch in der Vergangenheit nicht aufgrund eines Mangels gemindert gewesen.

Soweit das Berufungsgericht die von der Klägerin am 13. April 2016 veranlasste Wandöffnung als „Anerkennungshandlung“ angesehen hat, beruht dies auf einer unvollständigen Würdigung der gesamten Umstände des Streitfalls und lässt wesentlichen Tatsachenvortrag der Klägerin außer Betracht²⁹¹.

Auch im Zusammenhang mit Mangelbeseitigungsarbeiten gibt es keine Vermutung für die Abgabe eines Anerkenntnisses. Wie das Beschwerdegericht im Ausgangspunkt durchaus erkannt hat, enthält die Bereitschaft des Vermieters, einer Mangelanzeige des Mieters nachzugehen, für sich genommen noch keine Aussage dahingehend, das Vorhandensein eines Mangels und die Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache außer Streit stellen zu wollen. Maßnahmen des Vermieters zur Erforschung oder Beseitigung eines von dem Mieter angezeigten Mangels können nur dann als Zeugnis des Vermieters gegen sich selbst angesehen werden, wenn besondere Umstände des Einzelfalls die Wertung tragen, dass der Vermieter nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung des Streits um die vermeintliche Mangelhaftigkeit der Mietsache, sondern in dem Bewusstsein gehandelt hat, im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht zur Beseitigung des behaupteten Mangels verpflichtet zu sein. Von Bedeutung sind dabei vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten²⁹².

Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang würdigen will, dass das Öffnen eines Versorgungsschachtes ein kostenverursachender und nicht nur geringfügiger Eingriff in die Bausubstanz des Gebäudes gewesen sei, hat es den Vortrag der Parteien nicht ausgeschöpft. Denn die Klägerin hat im Einzelnen dargelegt, dass sich die von ihr veranlasste Maßnahme auf eine insgesamt zwölf Minuten währende Sichtprüfung der im Versorgungsschacht verlegten Rohrleitungen beschränkt habe. Um diese zu gewährleisten, habe der Hausmeister vier Fliesen entfernen und die dahinter befindliche Leichtbauwand aus Rigips öffnen müssen; im Anschluss an die Inaugenscheinnahme sei die

²⁹¹ BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

²⁹² vgl. auch BGHZ 164, 196 = NJW 2006, 47 Rz. 16; BGH v. 2.6.1999 - VIII ZR 322/98, NJW 1999, 2961, jeweils zu § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB bzw. § 208 BGB a.F.

Wandöffnung unter Verwendung von Spachtelmasse wieder verschlossen und seien die Fliesen wieder angebracht worden. Auch wenn die Klägerin keine konkreten Angaben zu den damit verbundenen Kosten gemacht hat, leuchtet es nicht ein, dass in diesem überschaubaren Aufwand klar und unzweideutig das Bewusstsein der Klägerin zum Ausdruck kommen soll, wegen einer unzumutbaren Geruchsbeeinträchtigung in dem streitgegenständlichen Büroraum Gewähr leisten zu müssen. Dies erscheint im Übrigen auch deshalb zweifelhaft, weil eine Gebäudeeigentümerin ein generelles Erhaltungsinteresse daran haben dürfte, ihr zugetragene Hinweise auf mögliche Undichtigkeiten wasserführender Leitungen in den Wänden nachzugehen.

Darüber hinaus hat das Berufungsgericht nicht gewürdigt, dass sich die Tätigkeit der Klägerin auf eine punktuelle Mangelerforschungsmaßnahme beschränkt hat²⁹³, die - was den Parteien sodann bewusst war - keine Ursache für die von der Beklagten beanstandete Geruchsbeeinträchtigung aufzeigen konnte. Wenn die Klägerin danach keine weiteren Schritte zur Erforschung oder zur Beseitigung des beanstandeten Mangels mehr unternommen hat, liegt es auch in der Gesamtschau fern, in ihrem Verhalten ein tatsächliches Anerkenntnis zu sehen.

6.5 Feststellung der Minderung im selbständigen Beweisverfahren

Zwar wird in der landgerichtlichen Rechtsprechung teilweise vertreten, Feststellungen zur Minderungshöhe könnten nicht Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens gemäß § 485 ZPO sein²⁹⁴. Begründet wird dies damit, dass die Beurteilung, in welchem Umfang die Miete aufgrund eines Mangels der Mietsache gemäß § 536 BGB gemindert sei, eine Rechtsfrage darstelle, deren Beantwortung dem Gericht obliege.

²⁹³ BGH v. 23.9.2020 – XII ZR 86/18, GE 2020, 1619.

²⁹⁴ LG Berlin, MDR 1991, 444; LG Saarbrücken, WuM 1992, 144, 145; LG Hamburg v. 27.7.2011 – 333 T 43/11, BeckRS 2012, 8455.

Vorherrschend ist dagegen die Auffassung, wonach § 485 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit eröffne, in einem selbständigen Beweisverfahren auch die Höhe der Mietminderung durch einen Sachverständigen begutachten zu lassen²⁹⁵.

Der Senat folgt der herrschenden Meinung²⁹⁶.

Die Höhe der Mietminderung richtet sich wesentlich nach dem Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung. Dieses festzustellen wird dem Gericht vielfach nur auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens zu den Auswirkungen des Mangels auf die Möglichkeit zum Gebrauch der Mietsache möglich sein. Angaben des Sachverständigen dazu, wie die durch den Mangel hervorgerufene Nutzungseinschränkung prozentual zu bewerten ist, sind dabei in der Praxis üblich und können dem Gericht zumindest eine Orientierungshilfe bei der Bestimmung der angemessenen Mietminderung sein. Dementsprechend wird es im Mietprozess ohne weiteres als zulässig und im Einzelfall sogar als geboten erachtet, einen Sachverständigen zur Klärung des Minderungsbetrags heranzuziehen²⁹⁷. Für das selbständige Beweisverfahren gilt insoweit nichts Anderes.

Der Wortlaut des § 485 Abs. 2 ZPO steht einer Beweiserhebung nicht entgegen. Feststellungen zur Höhe der Minderung betreffen den Zustand bzw. den Wert einer Sache im Sinne von § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Die Höhe der Mietminderung knüpft unmittelbar an den Zustand der Mieträume an²⁹⁸, auf deren Wert sie sich zudem – jedenfalls mittelbar – auswirkt. Daneben ist die Bestimmung der Mietminderung zumindest im weiteren Sinne dem Bereich der Schadensfeststellung gemäß § 485 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO zuzuordnen.

Auch der Normzweck spricht für die Zulässigkeit einer Begutachtung der Minderungshöhe. § 485 Abs. 2 ZPO stellt eine Sonderregelung für die Fälle dar, in denen ein selbständiges Beweisverfahren unabhängig vom drohenden Verlust

²⁹⁵ KG, NJW-RR 2000, 513; BeckOK/Kratz [1.3.2021], § 485 ZPO Rz. 37; Stein/Jonas/Berger, 23. Aufl., § 485 ZPO Rz. 27; Wieczorek/Schütze/Ahrens, 4. Aufl., § 485 ZPO Rz. 46; Zöller/Herget, 33. Aufl., § 485 ZPO Rz. 9; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 520; Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 536 BGB Rz. 66d; Bub/Treier/Fischer/Günter, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. XI Rz. 217; Guhling/Günter/Nober, Gewerberaummiete, 2. Aufl., Kap. 5 Rz. 14; Scholl, NZM 1999, 108 (109).

²⁹⁶ OLG Saarbrücken v. 5.5.2021 – 2 W 11/21, MDR 2021, 998.

²⁹⁷ vgl. BGH v. 27.2.1991 – XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779; BGH v. 11.6.1997 – XII ZR 254/95, NJWE-MietR 1997, 202.

²⁹⁸ vgl. OLG Frankfurt v. 30.1.2017 – 12 W 34/16, BeckRS 2017, 102285 Rz. 9.

eines Beweismittels zweckmäßig erscheint, weil es eine vorprozessuale Einigung der Parteien erleichtert²⁹⁹. Voraussetzung für die Beweiserhebung ist, dass einer der in § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO genannten Fälle vorliegt und dass der Antragsteller ein rechtliches Interesse an der zu treffenden Feststellung hat. Der Begriff des rechtlichen Interesses ist dabei weit zu fassen³⁰⁰. § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO bestimmt ergänzend, dass ein rechtliches Interesse anzunehmen ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann. Dies wird bei gutachterlichen Feststellungen zur Höhe der Mietminderung nicht selten der Fall sein, sofern es den Parteien gelingt, auf der Grundlage des Gutachtens einvernehmlich einen bestimmten Minderungsbetrag festzulegen³⁰¹.

7 Schriftform

7.1 Kurzfristige Änderung von wesentlichen Pflichten

Die Vorschrift des § 550 BGB soll den Erwerber eines Grundstücks davor schützen, bei Eintritt in einen Mietvertrag, dessen Bedingungen er mangels Schriftlichkeit nicht zuverlässig erkennen kann, an die vertraglichen Regelungen länger als ein Jahr gebunden zu sein³⁰². Daneben dient § 550 BGB nach ständiger Rechtsprechung des XII. Senats dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen³⁰³, wobei der Gesetzgeber mit dem einen Jahr in § 550 Satz 1 BGB die Grenze benannt hat, bis zu der nicht von einer Langfristigkeit auszugehen ist³⁰⁴.

Aus diesen Gesetzeszwecken folgt, dass eine Änderung auch von vertragswesentlichen Vereinbarungen wie etwa denen zur Miethöhe³⁰⁵ nur dann gemäß § 550 Satz 1 BGB schriftformbedürftig ist, wenn sie für einen ein Jahr überstei-

²⁹⁹ BGH v. 20.10.2009 – VI ZB 53/08, NJW-RR 2010, 946 Rz. 6.

³⁰⁰ BGH v. 14.3.2018 – V ZB 131/17, NJW 2018, 1749 Rz. 11; BGH v. 20.10.2009 – VI ZB 53/08, aaO; BGH v. 16.9.2004 – III ZB 33/04, NJW 2004, 3488 Rz. 2.

³⁰¹ vgl. hierzu auch OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1674.

³⁰² vgl. BGHZ 154, 171 = NJW 2003, 2158, 2160; BGHZ 163, 27 = NJW 2005, 1861, 1862.

³⁰³ vgl. etwa BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rz. 35 m.w.N.

³⁰⁴ BGH v. 15.9.2021 – XII ZR 60/20, MDR 2021, 1454 = NZM 2021, 929.

³⁰⁵ vgl. dazu BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311 Rz. 17; BGH v. 11.4.2018 - XII ZR 43/17, NJW-RR 2018, 1101 Rz. 18.

genden Zeitraum Geltung beansprucht³⁰⁶. Damit korrespondierend beginnt die Jahresfrist des § 550 Satz 2 BGB auch erst mit Abschluss eines nicht formgerechten Änderungsvertrags, der die Schriftform des ursprünglich formwirksamen Mietvertrags entfallen lässt³⁰⁷, so dass die Vertragsparteien einschließlich eines gegebenenfalls in den Vertrag eintretenden Erwerbers sich selbst bei Vorliegen eines Schriftformverstößes erst nach Ablauf eines Jahres aus der vertraglichen Bindung lösen können.

Die beiden Vereinbarungen der Mietvertragsparteien zur Minderungshöhe hatten aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jeweils eine Laufzeit von deutlich unter einem Jahr. Da die Laufzeit für die Frage der Schriftformbedürftigkeit bezogen auf die einzelne Abrede betrachtet werden muss, weil sie die Vertragsparteien und einen eventuellen Erwerber auch nur insoweit binden konnte, ist rechtlich unerheblich, dass beide Vereinbarungen zusammen mit 15 Monaten ein Jahr überschritten. Der von der Klägerin aus diesen Abreden abgeleitete Schriftformverstoß des bis 31. August 2020 befristeten und mit zwei jeweils fünfjährigen Verlängerungsoptionen versehenen Mietvertrags war mithin nicht gegeben, so dass die darauf gestützte ordentliche Kündigung der Klägerin und das mit der Klage verfolgte Räumungs- und Herausgabebegehren unberechtigt waren.

7.2 Schriftform bei gemeinschaftlicher Vertretung

Wird ein Landpachtvertrag für längere Zeit als zwei Jahre nicht in schriftlicher Form geschlossen, so gilt er gemäß § 585a BGB für unbestimmte Zeit und kann nur durch Kündigung beendet werden. Infolgedessen bedurfte sowohl die Vereinbarung über eine Pachtzeit von zwölf Jahren als auch die Einräumung des Optionsrechts, das eine Verlängerung der Pachtzeit um weitere sechs Jahre

³⁰⁶ in diese Richtung schon BGHZ 163, 27 = NJW 2005, 1861 (1862); vgl. auch BGH v. 18.6.1969 - VIII ZR 88/67, WPM 1969, 920 (921); KG, NZM 2018, 607 (611); BeckOK MietR/Leo, [Stand: 1. Mai 2021], § 550 BGB Rz. 246; *Blank/Börstinghaus*, *Miete* 6. Aufl., § 550 BGB Rz. 54; *Guhling/Günter/Schweitzer*, *Gewerberaummiete*, 2. Aufl., § 550 BGB Rz. 46; *Lindner-Figura* in *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, *Geschäftsraummiete*, 4. Aufl., Kap. 6 Rz. 36; *Staudinger/V. Emmerich*, Updatestand: 13. Juli 2021, § 550 BGB Rz. 42; kritisch *Schmidt-Futterer/Lammel*, *Mietrecht*, 14. Aufl., § 550 BGB Rz. 41.

³⁰⁷ vgl. BGHZ 99, 54 = NJW 1987, 948 (949); BGHZ 125, 175 = NJW 1994, 1649 (1651) m.w.N.; BGH v. 29.3.2000 - XII ZR 316/97, NJW-RR 2000, 1108 (1109); vgl. auch BGH v. 25.1.2017 - XII ZR 69/16, NJW 2017, 1017 Rz. 22 m.w.N.

ermöglichte, der Schriftform³⁰⁸. Bei langfristigen Miet- und Pachtverträgen ist es zur Wahrung der gemäß § 550 BGB vorgeschriebenen Schriftform nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung erforderlich, dass sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt³⁰⁹. Für die dem gleichen Zweck dienende Formvorschrift des § 585a BGB gilt nichts anderes; auch insoweit ist die Unterschrift beider Parteien erforderlich³¹⁰.

Als Pächterin ist im Rubrum des Vertrags die GbR nur mit ihrem Namen - also ohne Benennung ihrer Gesellschafter und der Vertretungsverhältnisse - aufgeführt. Zur Bezeichnung des Vertragspartners war dies ausreichend, weil die GbR jedenfalls seit 2001 als rechtsfähig anerkannt ist, somit selbst Vertragspartner sein kann und vorliegend auch sein sollte. Unterschrieben hat für die GbR jedoch nur einer ihrer Gesellschafter ohne jeglichen Zusatz. Das reicht nicht aus.

Im Grundsatz müssen für eine GbR als Vertragspartei alle Gesellschafter unterschreiben. Unterschreibt lediglich ein Gesellschafter, ist zur Wahrung der Schriftform ein Vertretungszusatz erforderlich, weil anderenfalls nicht ersichtlich wäre, ob der Unterzeichnende die Unterschrift nur für sich selbst oder aber zugleich in Vertretung der anderen Gesellschafter leistet³¹¹. Entscheidend ist insoweit die äußere Form der Vertragsurkunde. Aus dieser muss sich eindeutig entnehmen lassen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften zustande gekommen ist oder ob dessen Wirksamkeit so lange hinausgeschoben sein soll, bis weitere Unterschriften geleistet werden. Dagegen betrifft die Frage, ob die Vertretungsmacht besteht, nicht die Schriftform, sondern den Vertragsabschluss³¹².

Infolgedessen ist die Schriftform nicht gewahrt, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als

³⁰⁸ vgl. zu Letzterem BGH v. 21.11.2018 - XII ZR 78/17, BGHZ 220, 235 Rz. 21.

³⁰⁹ vgl. BGH v. 26.2.2020 - XII ZR 51/19, BGHZ 224, 370 Rz. 19 m.w.N.

³¹⁰ vgl. BGH v. 22.2.1994 - LwZR 4/93, BGHZ 125, 175 (177); BGH v. 27.11.2009 - LwZR 15/09, NZM 2010, 280 Rz. 27.

³¹¹ st. Rspr., vgl. BGH v. 16.7.2003 - XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053 (3054); BGH v. 5.11.2003 - XII ZR 134/02, NZM 2004, 97 (98); BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 (2226 f.); BGH v. 4.11.2009 - XII ZR 86/07, NJW 2010, 1453 Rz. 13 f.; BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 10; BGH v.m 26.2.2020 - XII ZR 51/19, BGHZ 224, 370 Rz. 23 f.

³¹² vgl. BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, BGHZ 205, 99 Rz. 24 m.w.N.

Mitglied eines mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. (Nur) dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen. Anders liegt der Fall, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde der Unterzeichner für sich allein die Berechtigung zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz kenntlich macht. Ein solcher Zusatz kann in der Verwendung des von dem Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels liegen³¹³.

Daran gemessen genügt die Unterzeichnung auf Seiten der Beklagten nicht den Anforderungen an die Schriftform³¹⁴. Ist - wie hier - im Rubrum eines für längere Zeit als zwei Jahre abgeschlossenen Landpachtvertrags eine GbR ohne Angabe zu den Vertretungsverhältnissen als Vertragspartei aufgeführt und unterzeichnet für diese ein Gesellschafter ohne einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz wie etwa einen Firmenstempel, ist die in § 585a BGB vorgesehene Schriftform nicht gewahrt.

Richtig ist allerdings, dass der BGH bei einer Aktiengesellschaft die Unterschrift eines Vorstandsmitglieds ohne Vertretungszusatz für die Wahrung der Schriftform gemäß § 550 BGB dann als ausreichend erachtet hat, wenn die Vertragsurkunde keine Angaben zur Vertretungsregelung enthält³¹⁵. Auch bei der GmbH lässt sich der Unterschrift einer natürlichen Person ohne weiteren Zusatz entnehmen, dass diese die GmbH vertreten will³¹⁶.

Diese Rechtsprechung ist auf eine GbR jedoch nicht übertragbar³¹⁷. Darauf hat der BGH in seinen Urteilen vom 6. April 2005³¹⁸ und vom 22. April 2015³¹⁹ ausdrücklich hingewiesen. In der zuletzt genannten Entscheidung hat er hervorgehoben, dass in seiner Entscheidung vom 23. Januar 2013 das Hinzufügen des Betriebsstempels zu der Unterschrift dem Zweck gedient habe, die Unterschriftsleistung eines nur gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern vertre-

³¹³ vgl. BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 13 f.; BGH v. 26.2.2020 - XII ZR 51/19, BGHZ 224, 370 Rz. 24.

³¹⁴ BGH v. 6.11.2020 – LwZR 5/19, ZMR 2021, 473.

³¹⁵ vgl. BGH v. 22.4.2015 - XII ZR 55/14, BGHZ 205, 99 Rz. 22.

³¹⁶ vgl. BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 (2226 f.).

³¹⁷ so auch OLG Hamburg, ZMR 2019, 264; *Schweitzer/Kühnerth*, ZfIR 2015, 564 (567); im Ergebnis *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 550 BGB Rz. 66.

³¹⁸ XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 (2226 f.).

³¹⁹ XII ZR 55/14, BGHZ 205, 99 Rz. 25.

tungsberechtigten Gesellschafters als zugleich in deren Namen abgegeben auszuweisen. Aus dem Umstand, dass im vorliegenden Fall der unterzeichnende Gesellschafter allein vertretungsberechtigt war, folgt nichts anderes; auch dann bedarf es eines Zusatzes - wie etwa der Verwendung des von dem Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels -, aus dem sich ergibt, dass der Unterzeichner die alleinige Vertretung der GbR für sich in Anspruch nimmt³²⁰.

7.3 Nicht in Bezug genommener Konkurrenzschutz

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erfordert § 550 BGB, dass sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere den Mietgegenstand, die Miethöhe sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt. Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser "verstreuten" Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen. Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung dieser Schriftstücke. Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss. Ergibt sich der Zusammenhang mehrerer Schriftstücke aus einer Bezugnahme, ist es erforderlich, dass vom aktuellen Vertrag auf den Ausgangsvertrag und auf alle ergänzenden Urkunden verwiesen ist, mit denen die der Schriftform unterliegenden vertraglichen Vereinbarungen vollständig erfasst sind. Treffen die Mietvertragsparteien nachträglich eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese zur Erhaltung der Schriftform des §550 Satz1 BGB also hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen

³²⁰ vgl. BGH v. 23.1.2013 - XII ZR 35/11, NJW 2013, 1082 Rz. 14; BGH v. 26.2.2020 - XII ZR 51/19, BGHZ 224, 370 Rz. 24.

lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll³²¹.

Dies zugrunde gelegt beinhaltet bereits der Ausgangsvertrag einen Verstoß gegen das Schriftformgebot, da in ihm das Mietobjekt nicht hinreichend bestimmt worden ist. Diesem war nicht zu entnehmen, welche Fläche genau an die Untermieterin vermietet werden sollte. Es ist nur die Rede von einer Fläche von 75 qm. Wo im gesamten Objekt diese gelegen sein sollte, ist nicht klar und stand auch nicht fest, da die Raumaufteilung noch nicht abschließend festgelegt war. Somit war auch aufgrund der tatsächlichen Nutzung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Vertragsgegenstand auch noch nicht bestimmbar³²².

Unter Anwendung der Rechtsprechung des BGH³²³ konnte dieser Verstoß zwar grundsätzlich durch die Bezugnahme auf den Ursprungsvertrag vom 23.03.1998 in dem ersten Nachtragsvertrag von April 2007 (Anlage Ag 7) geheilt werden, da zu diesem Zeitpunkt der Ausgangsvertrag bereits in Vollzug gesetzt war und die tatsächliche Nutzung feststand³²⁴.

Dies gilt aber nicht für die weitere Vereinbarung vom 25.06.1998 mit der hier streitgegenständlichen Konkurrenzschutzklausel, auf die keine der Nachtragsverträge Bezug nimmt. Diese - einen befristeten Mietvertrag betreffende - Nachtragsvereinbarung wurde ebenfalls unter Verstoß gegen die Schriftformklausel getroffen, was zur Folge hat, dass der gesamte Vertrag als unbefristeter Vertrag anzusehen ist.

Mit diesem dreiseitigen Nachtrag wird - unter anderem - eine zuvor nicht vorhandene Regelung zum Konkurrenzschutz getroffen, die für beide Parteien eine wesentliche und damit dem Formzwang des §550 Satz1 BGB unterfallende Vertragsänderung darstellt. Diesem Formerfordernis wird der Nachtrag nicht gerecht.

Eine Nachtragsvereinbarung genügt zwar nach der „Auflockerungsrechtsprechung“ des Bundesgerichtshofes auch ohne körperliche Verbindung mit dem Ausgangsmietvertrag der Schriftform, wenn sie die Parteien bezeichnet, hinrei-

³²¹ BGH v. 26.02.2020 - XII ZR 51/19 m.w.N.

³²² OLG Brandenburg v. 27.10.2020 – 3 U 67/20, ZMR 2021, 475.

³²³ BGH v. 7.7.1999 - XII ZR 15/97.

³²⁴ OLG Naumburg v. 7.6.2005 - 9 U 20/05 m.w.N.

chend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt, die geänderten Regelungen aufführt und erkennen lässt, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll³²⁵.

Der Nachtrag vom 25.06.1998, der aus mehreren nicht körperlich miteinander verbundenen Blättern besteht, genügt aber selbst nicht den an die Einhaltung der Schriftform zu stellenden Anforderungen. Die hierfür erforderliche Einheit der Urkunde ist gewahrt, wenn die Zusammengehörigkeit einer aus mehreren Blättern bestehenden Urkunde entweder durch körperliche Verbindung oder sonst in geeigneter Weise erkennbar gemacht worden ist. Letzteres kann durch fortlaufende Seitenzahlen, fortlaufende Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitliche graphische Gestaltung, inhaltlichen Zusammenhang des Textes oder vergleichbare Merkmale geschehen, sofern sich hieraus die Zusammengehörigkeit der einzelnen Blätter zweifelsfrei ergibt³²⁶. Daran fehlt es hier.

Zwar befinden sich auf den drei vorgelegten Seiten der Nachtragsvereinbarung die Kürzel beider Vertragsparteien und haben die Parteien die letzte Seite, auf der sich die Konkurrenzschutzklausel befindet, unterschrieben. Es fehlt aber bereits an einer fortlaufenden Paginierung der Vereinbarung. Sie beginnt mit der Seite 2, darauf folgt die Seite drei, die letzte Seite trägt dagegen keine Seitenzahl. Der Nachtrag weist auch kein einheitliches Schriftbild auf. Die ersten beiden Seiten haben eine andere Formatierung und ein anderes Schriftbild als die letzte, nicht paginierte Seite. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass der Text auf der dritten Seite die Fortsetzung der Seite 2 ist. Es gibt weder einen fortlaufenden Fließtext noch eine fortlaufende Nummerierung. Angesichts dessen kann ein fremder Dritter nicht ohne Zweifel sicher sein, dass die Seite drei tatsächlich zur ursprünglichen Vereinbarung gehört, ob noch weitere, nicht vorgelegte Seiten zu dieser Vereinbarung gehören, oder ob eine andere dritte Seite mit Seitenzahl und gleichem Schriftbild wie die vorangehenden existieren.

³²⁵ BGH v. 14.7.2004 - XII ZR 68/02.

³²⁶ BGH v. 21.1.2004 - VIII ZR 101/03; BGH v. 5.7.2000 - XII ZR 70/98; BGH v. 24.9.1997 - XII ZR 234/95.

Da die Nachtragsvereinbarung vom 25.06.1998 der Schriftform nicht genügt, ist der gesamte Vertrag als formunwirksam und damit unbefristet anzusehen (§ 550 BGB).

Nach allgemeiner Meinung führt der Formmangel eines Änderungsvertrages zu einem Miet- oder Pachtvertrag dazu, dass der zunächst formgültig geschlossene ursprüngliche Vertrag nunmehr gleichfalls der Schriftform entbehrt und als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt³²⁷. Eine Ausnahme hierzu hat der BGH für einen Änderungsvertrag zugelassen, der lediglich eine Verlängerung des Ursprungsvertrages beinhaltet und dessen Inhalt im Übrigen unberührt lässt³²⁸. Gleiches gilt, wenn neben dem alten Mieter ein weiterer neuer Mieter formlos einem bestehenden, schriftlich abgeschlossenen, befristeten Mietvertrag beitrifft³²⁹. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor³³⁰.

Unabhängig davon wahrt der Mietvertrag jedenfalls nach einer Vertragsübernahme durch die Verfügungsklägerin nicht mehr die für die Wirksamkeit der vereinbarten Laufzeit von mehr als einem Jahr erforderliche schriftliche Form.

Treffen die Mietvertragsparteien nachträglich eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese, wie oben bereits dargelegt, zur Erhaltung der Schriftform des §550 Satz1 BGB hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen auführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll. Dies gilt auch für eine Vereinbarung über den Wechsel der Vertragsparteien, da die Angabe der Mietvertragsparteien zu den wesentlichen Vertragsbedingungen zählt, die von dem Schriftformerfordernis des §550 Satz1 BGB erfasst werden. Die vertragliche Auswechslung eines Mieters in einem Mietvertrag, der wegen seiner Laufzeit der Schriftform des § 550 BGB bedarf, erfordert daher ebenfalls die Einhaltung der Schriftform, wenn die Laufzeit erhalten bleiben soll. Der Mieterwechsel muss zur Wahrung der Schriftform dergestalt beurkundet sein, dass sich die

³²⁷ BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66; BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653; BGH v. 29.10.1986 - VIII ZR 253/85; Palandt/*Weidenkaff*, 79. Aufl., § 550 BGB Rn. 18 m.w.N.

³²⁸ vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66.

³²⁹ vgl. BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73.

³³⁰ OLG Brandenburg v. 27.10.2020 – 3 U 67/20, ZMR 2021, 475.

vertragliche Stellung des neuen Mieters im Zusammenhang mit dem zwischen dem vorherigen Mieter und dem Vermieter geschlossenen Mietvertrag ergibt³³¹.

Diesen Anforderungen genügen die hier vorgelegten Urkunden nicht. Die Verfügungsklägerin behauptet zwar, die erforderlichen Nachweise ergäben sich aus dem Verkauf- und Übertragungsvertrag zwischen der Verfügungsklägerin und der ursprünglichen Mieterin. Diesen hat sie aber auch im Berufungsverfahren nicht vorgelegt, obwohl bereits das Ausgangsgericht in seinem Urteil hierauf abgestellt hat. Es kann deshalb nicht geprüft werden, ob die Urkunden in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen eines formwirksamen Mietvertrages erfüllen und sich aus dem Kauf- und Übertragungsvertrag ein hinreichend deutlicher Bezug auf den ursprünglichen Vertrag ergibt.

7.4 Nachtrag über die Erweiterung der Mietfläche

Nach allgemeiner Meinung führt der Formmangel eines Änderungsvertrages zu einem Miet- oder Pachtvertrag dazu, dass der zunächst formgültig geschlossene ursprüngliche Vertrag nunmehr gleichfalls der Schriftform entbehrt und als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt³³². Eine Ausnahme hierzu hat der BGH für einen Änderungsvertrag zugelassen, der lediglich eine Verlängerung des Ursprungsvertrages beinhaltet und dessen Inhalt im Übrigen unberührt lässt³³³. Gleiches gilt, wenn neben dem alten Mieter ein weiterer neuer Mieter formlos einem bestehenden, schriftlich abgeschlossenen befristeten Mietvertrag beitrifft³³⁴. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die Änderungsvereinbarung in den Inhalt des bereits bestehenden und formgültigen ursprünglichen Vertrages während dessen Laufzeit in keiner Weise eingreift, sondern nur zur Folge hat, dass der vereinbarten Mietzeit, bei der es nach dem Willen der Vertragsschließenden bleibt, ein weiterer Zeitabschnitt vertraglich angefügt wird. Der Gedanke, dass der als unteilbare Einheit aufgefasste Inhalt des Vertrages formgültig nur abgeändert werden könne, wenn er insgesamt von der Schriftform umfasst werde, treffe dann nicht mehr in vollem Umfang zu, wenn die Änderung nur in

³³¹ BGH v. 30.1.2013 – XII ZR 38/12.

³³² BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39; BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653; BGH v. 29.10.1986 - VIII ZR 253/85, BGHZ 99, 54; BGH v. 22.2.1994 - LwZR 4/93, BGHZ 125, 175.

³³³ vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39.

³³⁴ vgl. BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653.

einer den sonstigen Inhalt nicht berührenden Verlängerung bestehe; daraus folge, dass nur der Verlängerungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen und deshalb kündbar sei, während der ursprüngliche formgültige Vertrag bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit fest abgeschlossen bleibe. Diese Grundsätze seien auch auf den Fall des Vertragsbeitritts eines neuen Mieters übertragbar, soweit sich hierdurch die Rechtsstellung des früheren Mieters nicht habe ändern sollen.

Indes handelt es sich im Streitfall der Erweiterung der Mietfläche um eine weitere Räumlichkeit nicht um einen der von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmefälle der bloßen Mietzeitverlängerung oder des Beitritts eines weiteren Mieters zum Mietvertrag bei unveränderter Fortführung des ursprünglichen Vertrages im Übrigen³³⁵. Es erscheint indes kritisch, ob die zu den genannten Ausnahmen angestellten Erwägungen auf den in Rede stehenden Fall der Erweiterung der Mietfläche übertragen werden können. Im Kern wendet die Rechtsprechung in den genannten Ausnahmen § 139 BGB an³³⁶. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist nach der genannten Bestimmung das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Unabhängig davon, dass § 550 BGB als Ausnahme gegenüber den §§ 125 Satz 1, 139 BGB gerade keine Nichtigkeit bei Einhaltung der vorgeschriebenen Schriftform vorsieht³³⁷ und insoweit als gesetzliche und allein auf die Abrede der Vertragslaufzeit beschränkte Fiktion den genannten Bestimmungen eigentlich schon vorgeht³³⁸, war für die angenommenen Ausnahmefälle stets maßgeblich, dass die Änderungsvereinbarung den sonstigen Vertragsinhalt jeweils nicht berührte³³⁹. Ob solches auch bei einer Veränderung der Mietfläche oder des Mietgegenstandes angenommen werden kann, erscheint fraglich. Jede Erweiterung oder Beschränkung der Mietfläche führt zu Veränderungen beim Vertragsverhältnis im Übrigen etwa mit Blick auf die Gewährleistungspflicht des Vermieters oder den Umfang der Ne-

³³⁵ OLG Köln v. 4.10.2019 – 1 U 83/18, ZMR 2020, 26.

³³⁶ vgl. Spielbauer/Schneider/Ettl, Mietrecht, 2. Aufl., § 550 BGB Rz. 48.

³³⁷ vgl. BGH v. 29.10.1986 - VIII ZR 253/85, BGHZ 99, 54.

³³⁸ vgl. Staudinger/Emmerich, 2018, § 550 BGB Rz. 35; Michalski, WPM 1998, 1993, (2005 f.); jeweils m.w.N.

³³⁹ vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39.

benkosten³⁴⁰. Hierdurch verursachte Unsicherheiten im Mietumfang und den hiermit verbundenen Pflichten wären indes schwerlich mit dem Regelungszweck des § 550 BGB³⁴¹ zu vereinbaren, dass es einem Erwerber möglich sein muss, den Mietgegenstand zu identifizieren und seinen Umfang festzustellen.

Vorstehende Rechtsfrage darf indes im Streitfall aus tatsächlichen Gründen offen bleiben³⁴². Die klagende Vermieterin kann sich schon aus tatsächlichen Gründen nicht auf die vorstehenden Grundsätze für die Annahme eines Ausnahmefalles berufen, in welchem der Formmangel eines Änderungsvertrages ausnahmsweise nicht dazu führen soll, dass der zunächst formgültig geschlossene ursprüngliche Vertrag nunmehr als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Wie gezeigt, hat der BGH in den genannten Fällen Ausnahmen von dem Grundsatz einer durch eine Änderungsvereinbarung verursachten Formunwirksamkeit des Gesamtvertrages stets nur dann zugelassen, wenn die Änderungsvereinbarung den sonstigen Vertragsinhalt nicht berührt³⁴³. Solches kann im Streitfall indes nicht festgestellt werden. Die Klägerin lässt mit Schriftsatz vom 15. April 2019 (Blatt 570 der Akte, dort Blatt 573) vortragen, der Mietvertrag vom 25. Oktober 2014 sehe vor, dass von der Klägerin an der rechten Außenwand des Mietobjekts in Höhe der Küche ein Kühlhaus (Container) aufgestellt werde; die Beklagte habe daher mit der Mietvertragsergänzung vom 19. Dezember 2014 als Kühlhaus den an die Toilettenanlagen des Haupthauses angrenzenden Raum mit Zugang vom Hof angeboten, was die Klägerin aus rein praktischen Erwägungen angenommen habe. Hiernach steht die Änderungsvereinbarung jedoch in einem inhaltlichen Zusammenhang mit den vertraglichen Pflichten aus der Ursprungsvereinbarung. Sie kann vor dem aufgezeigten Hintergrund nur so verstanden werden, dass der zusätzliche Raum die Aufstellung des Kühlcontainers ersetzen sollte, so dass die Nachtragsvereinbarung den Ursprungsvertrag in der Weise berührt. Es kann daher nicht festgestellt werden, dass dieser auch bei einer Kündigung der Änderungsvereinbarung in

³⁴⁰ vgl. Bub/Treier/*Landwehr*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. II. Rz. 2525.

³⁴¹ vgl. BGH v. 29.9.1999 - XII ZR 313/98, NJW 2000, 354; BGH v. 30.4.2014 - XII ZR 146/12, NJW 2014, 2102.

³⁴² OLG Köln v. 4.10.2019 – 1 U 83/18, ZMR 2020, 26.

³⁴³ vgl. BGH v. 27.3.1968 - VIII ZR 71/66, BGHZ 50, 39; BGH v. 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, NJW 1975, 1653; Spielbauer/Schneider/*Ettl*, Mietrecht, 2. Aufl., § 550 BGB Rz. 48.

der Form wieder aufleben sollte, dass die Klägerin den Kühlcontainer an der genannten Stelle aufstellen darf.

7.5 Treuwidriges Berufen auf Schriftformmangel

Den Beklagten ist die Berufung auf diesen Schriftformverstoß auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt.

Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formwidrigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre³⁴⁴. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor³⁴⁵. Zwar hat die Beklagte zu 1 die Nichteinhaltung der Schriftform dadurch verursacht, dass nur einer ihrer beiden im Vertragsrubrum genannten gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer ohne ausreichenden Vertretungszusatz unterschrieben hat. Dies war allerdings unschwer auch für die Klägerin erkennbar, sodass es ihr zumutbar war, selbst auf den Abschluss der schriftlichen Vertragsurkunde hinzuwirken. Weil mit dem 3. Nachtrag ein vollständig neuer Vertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde, liegt dieser auch nicht im alleinigen Interesse der Beklagten³⁴⁶.

Eine Treuwidrigkeit folgt auch nicht aus der in Teil B Ziffer 18.1 des ursprünglichen Mietvertrags enthaltenen Schriftformheilungsklausel. Wie der Senat bereits entschieden hat³⁴⁷, sind Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam. Die Vorschrift des § 550 BGB soll nicht nur sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus

³⁴⁴ BGH v. 22.1.2014 - XII ZR 68/10, BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rz. 16; BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rz. 24.

³⁴⁵ BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

³⁴⁶ BGH v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19, MDR 2020, 475 = GE 2020, 533 = NZM 2020, 429.

³⁴⁷ BGH v. 27.9.2017 - XII ZR 114/16, BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 34 ff. mwN

dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Vielmehr dient sie ebenfalls dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen. Mit diesem Schutzzweck des nicht abdingbaren § 550 BGB sind Schriftformheilungsklauseln unvereinbar. Denn sie hätten zur Folge, dass die Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit gebunden wären, der mit der Vorschrift jedenfalls auch beabsichtigte Übereilungsschutz ausgehöhlt und die wichtige Warnfunktion der Bestimmung weitgehend leerlaufen würde.

8 Kaution

8.1 Verrechnung des Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1 BGB

Das Kammergericht³⁴⁸ hat zur Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen des Vermieters gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters folgendes entschieden:

Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die von der Beklagten in der Klageerwidernng gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen von zusammen 19.248,04 EUR nach §§ 390, 214 BGB unwirksam ist, weil die Voraussetzungen der §§ 215, 387 BGB - eine Aufrechnungslage vor Eintritt der Verjährung der Schadensersatzansprüche - nicht vorliegen.

Die von der Beklagten behaupteten Schadensersatzansprüche wegen Rückgabe der Mietsache in beschädigtem oder sonst nicht vertragsgemäßigem Zustand sind ohne Rücksicht auf ihre nähere rechtliche Einordnung nach § 548 BGB mit Ablauf des 15.06.2016 verjährt. Dies hat das Landgericht zutreffend zugrunde gelegt und wird von der Beklagten mit der Berufung im Übrigen auch ausdrücklich nicht angegriffen.

Weiterhin hat das Landgericht zutreffend erkannt und wird von der Berufung nicht in Frage gestellt, dass die Anwendung von § 215 BGB voraussetzt, dass vor Eintritt der Verjährung ein Zahlungsanspruch der Beklagten bestand, weil es

³⁴⁸ KG v. 2.12.2019 – 8 U 104/17, ZMR 2020, 395 = GE 2020, 540.

anderenfalls an der Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen und damit an einer Aufrechnungslage in unverjährter Zeit i.S. der §§ 387, 215 BGB fehlt (s.a. OLG Düsseldorf ZMR 2002, 658 - bei juris Tz 4 f.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl., vor § 535 Rn 123).

Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht entschieden, dass der Beklagten ein Zahlungsanspruch bis zum 15.06.2016 nicht zustand.

Die Beklagte macht mit der Berufung (unter Bezugnahme auf Fervers WuM 2017, 429) geltend, dass die Klägerin durch bauliche Veränderungen und Eingriffe, die ohne Zustimmung der Beklagten erfolgt seien, deren Eigentum geschädigt habe und wegen Verletzung ihres Integritätsinteresses ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bestehe, der - auch nach Beendigung des Mietverhältnisses - entgegen der Ansicht des Landgerichts keiner Fristsetzung nach § 281 BGB bedürfe. Sie macht somit keinen vertraglichen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mieträume geltend, sondern einen Schadensersatzanspruch wegen ihrer Beschädigung während der Mietzeit.

Zutreffend ist, dass ein solcher Anspruch nach der höchstrichterlichen Klärung, welche mit Urteilen des BGH vom 28.02.2018 und 27.06.2018 und damit nach Erlass des Landgerichtsurteils erfolgt ist, nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und § 823 Abs. 1 BGB keiner Fristsetzung bedarf und sich an dieser Rechtslage durch die Beendigung des Mietverhältnisses nichts ändert. Ein solcher Anspruch des Vermieters wegen Verletzung seines Integritätsinteresses durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs des Mieters ist von einem zunächst auf Erfüllung gerichteten und nur nach § 281 BGB in einen Zahlungsanspruch übergehenden Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bei vertragsgemäßigem Gebrauch abzugrenzen (s. BGH, Urt. v. 28.02.2018 - VIII ZR 157/17, NJW 2018, 1746 Tz 19 ff; Urt. v. 27.06.2018 - XII ZR 79/17, NJW-RR 2018, 1103 Tz 17 ff).

Aus der danach von der Beklagten zu Recht geltend gemachten Nichtanwendbarkeit des § 281 BGB folgt jedoch nicht, dass das Landgericht vorliegend unrichtig entschieden hätte. Denn es fehlt auch für einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 oder § 823 Abs. 1 BGB an einer Aufrechnungslage in unverjährter Zeit.

Der Schadensersatzanspruch ist nach § 249 Abs. 1 BGB zunächst nicht auf Zahlung, sondern auf Wiederherstellung des Zustands vor dem Eingriff durch den Schädiger gerichtet. Zwischen diesem Anspruch auf Naturalrestitution und dem Anspruch auf Rückzahlung der Kautions fehlt es an der Gleichartigkeit i.S. von § 387 BGB.

Zwar kann der Geschädigte nach § 249 Abs. 2 BGB "statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen". Hierbei handelt es sich jedoch um einen Fall der sog. Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, die einer Ausübung bedarf (s. BGH NJW 2018, 1746 Tz 26 f.). Anders als bei einer Wahlschuld (§ 262 BGB) bestehen nicht von vornherein zwei Ansprüche (somit auf Herstellung und auf Zahlung), die lediglich einer Konkretisierung durch Wahlausübung bedürfen, sondern zunächst lediglich der Herstellungsanspruch. Erst mit dem Zahlungsverlangen übt der Geschädigte sein Recht aus, "an Stelle der einen geschuldeten Leistung eine andere mit der Folge zu setzen, dass fortan nur diese letztere Erfüllung ist" (s. BGHZ 5, 105 = NJW 1952, 619, 620). Erst mit Ausübung der Ersetzungsbefugnis, die somit eine Gestaltungserklärung ist, tritt eine Änderung des Schuldverhältnisses ein (s. jurisPK-BGB/Toussaint, 8. Aufl., § 262 Rn 15, 17; Larenz, Schuldrecht AT, Band I, 14. Aufl., § 11 III; MüKo/Krüger, BGB, 8. Aufl., § 263 Rn 10: "keine Rückwirkung"; Staudinger/Bittner, BGB, Neub. 2014, § 262 Rn 11: "akzessorisches einseitiges Gestaltungsrecht").

Die Beklagte hat bis zum Ablauf der Verjährung am 15.06.2016 keine Ansprüche geltend gemacht und folglich auch ihre Ersetzungsbefugnis nach § 249 Abs. 2 BGB durch Verlangen der Zahlung von Schadensersatz nicht ausgeübt. Ein etwa bestehender Anspruch war jedenfalls bis zur Aufrechnungserklärung der Beklagten vom 19.06.2016 (K 5) auf Naturalherstellung gerichtet, so dass vor Verjährungseintritt keine Aufrechnungslage bestand.

2) Der Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Kosten von 808,13 EUR ist nach §§ 286, 280 BGB begründet und wird von der Berufung auch nicht gesondert angegriffen. Die Beklagte befand sich aufgrund der Zahlungsaufforderung der Klägerin vom 16.06.2016 mit Fristsetzung zum 01.07.2016 (K 4) mit der Rückzahlung der Kautions in Verzug, bevor die zweckdienliche vorgerichtliche anwaltliche Zahlungsaufforderung vom 28.06.2016 (K 6) erfolgte."

Ferner nimmt der Senat Bezug auf seinen weiteren Hinweisbeschluss vom 12.09.2019, in dem er im Hinblick auf das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 07.08.2019 folgendes ausgeführt hat:

"Der Senat hält auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 07.08.2019 daran fest, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.

1) Die Beklagte hat die Ersetzungsbefugnis i.S. von § 249 Abs. 2 S. 1 BGB nicht innerhalb der am 15.06.2016 abgelaufenen Verjährungsfrist (§ 548 BGB) ausgeübt.

a) Die Räumungsvollstreckung hat insoweit keinen Erklärungswert. Zwar handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das - z.B. durch ein Zahlungsbegehren - auch konkludent ausgeübt werden kann (s. BGH, Urt. v. 29.01.2019 - VI ZR 481/17, NJW 2019, 1669 Rn 21). Die Ausübung ist für den Gläubiger bindend (BGHZ 121, 22 = NJW 1993, 727, 728). Der bloße Umstand, dass der Vermieter die Räume herausverlangt, macht jedoch nicht hinreichend deutlich, dass er sein Gestaltungsrecht ausüben will. Dies gilt erst recht für Schäden, die ihm in diesem Zeitpunkt überhaupt noch nicht bekannt sind.

b) Die Aufrechnung vom 08.12.2013 (B 7) kann ungeachtet dessen, dass sie nicht gegen die hier streitgegenständliche Kautionsleistung, sondern gegen einen nicht näher dargelegten Darlehensrückzahlungsanspruch erklärt wurde (und unklar ist, ob dies bei Wirksamkeit zum Verbrauch der Aufrechnungsforderung geführt haben könnte, oder ob sie gegen die Kautionsforderung wirkte), den konkludenten Willen zur Ausübung der Ersetzungsbefugnis zum Ausdruck bringen, jedoch nicht für dort nicht angesprochene (und ggf. noch nicht entstandene, jedenfalls der Beklagten überhaupt noch nicht bekannte) Ansprüche.

c) Der Umstand, dass die Klägerin Schadensersatzansprüche leugnet, macht eine Ausübung der Ersetzungsbefugnis nicht entbehrlich und führt daher nicht dazu, dass nach § 242 BGB ein Zahlungsanspruch ohne Beachtung der Voraussetzungen des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB anzunehmen wäre.

d) Ob die Beklagte durch die Aufrechnung vom 08.12.2013 die Ersetzungsbefugnis betreffend einen Schadensersatzanspruch auf "Wiederherstellung des Dachgeschosses" ausgeübt hätte, kann dahinstehen.

Denn der Beklagten steht ein solcher Anspruch nicht zu.

Ein schädigender Eingriff in die Dachkonstruktion des Nebengebäudes ist bereits in objektiver Hinsicht nicht vorgetragen. Die Klägerin hat unwiderlegt dargetan, dass sie lediglich die Windböcke "1 zu 1" ausgetauscht hat (s. Schriftsätze vom 11.01.2017, S. 11 und vom 17.02.2017, S. 6), was angesichts des Gesamtzustands des Daches naheliegend als eine Wertverbesserung anzusehen ist. Die gutachterliche Stellungnahme des Dipl.-Ing. L. zeigt keine konkreten Bedenken gegen die Statik auf, sondern verweist nur darauf, dass solche "nicht auszuschließen" seien (s. Schriftsatz der Beklagten vom 17.02.2017, S. 6).

Zudem ist die Aufrechnung insoweit auch deshalb un schlüssig, weil die Kosten einer Neueindeckung des Daches (8.330 EUR gemäß Rechnung vom 21.09.2016, B 5) geltend gemacht werden (Schriftsatz vom 23.11.2016, letzte Seite). Ein Zusammenhang zwischen Austausch der Windböcke und der Neueindeckung ist nicht schlüssig dargelegt und für den Senat auch sonst nicht ersichtlich. Vielmehr hatte die Klägerin eine Dachundichtigkeit (und eine Durchfeuchtung des Dachstuhls mit der Folge unzureichender Tragfähigkeit für einen Büroausbau) bereits mit Schreiben vom 22.07.2013, 30.07.2013 und 02.08.2013 gerügt (s. Anlagen B 4, 6 und 7 im Vorprozess 8 U 62/15).

2) In Bezug auf die zur Aufrechnung gestellten Kosten der Stellungnahme des Dipl.-Ing. L. (844,90 EUR gemäß Rechnung vom 12.09.2013, B 4) besteht kein Ersatzanspruch, da es nach dem Gesagten bereits an einer objektiven Schädigung fehlt."

II. Das Vorbringen der Beklagten in den Schriftsätzen vom 07. und 31.10.2019 führt nicht dazu, dass die Berufung nicht mehr offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist.

1) Soweit es um die erstinstanzlich gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch zur Aufrechnung gestellten Forderungen mit Ausnahme der "Kosten der Wiederherstellung des von der Klägerin unzulässigerweise vorgenommenen Eingriffs in den Dachstuhl" (s. Klageerwiderung, letzte Seite) von 8.330,00 EUR und der Kosten für den Sachverständigen L. von 844,90 EUR geht, scheidet die Aufrechnung - aus den in den Hinweisbeschlüssen dargelegten Gründen - (jedenfalls) daran, dass die Gegenforderungen verjährt sind und mangels Ausübung der Ersetzungsbefugnis (§ 249 Abs. 2 BGB) vor Eintritt der Verjährung

kein Zahlungsanspruch und damit keine Aufrechnungslage nach §§ 215, 387 BGB bestand.

Das Schreiben der Beklagten vom 08.12.2013 (Anl. B 7, Bl. II/112 d.A.) kann die Ausübung einer Ersetzungsbefugnis bezüglich etwaige Ansprüche auf Rückbau (angeblich) schädigender baulicher Veränderungen der Klägerin in den Mieträumen und auf Behebung eines Schadens an Alarmanlage und Elektrik im Keller schon deshalb nicht beinhalten, weil derartige Beschädigungen in diesem Schreiben nicht einmal ansatzweise genannt sind.

Der Senat folgt auch nicht der Ansicht der Beklagten, dass sich die Klägerin nach § 242 BGB nicht auf Verjährung berufen könne, weil sie einer Aufforderung zur Naturalherstellung ohnehin nicht nachgekommen wäre. Die Ausübung der Ersetzungsbefugnis ist objektive Voraussetzung eines Zahlungsanspruchs und muss damit ungeachtet dessen, ob die Beschädigung streitig ist oder nicht, erfolgen, um diesen zur Entstehung zu bringen.

2) Die Berufung hat auch keine Erfolgsaussicht, soweit eine Forderung wegen Eingriffs am Dachstuhl des Nebengebäudes in Frage steht.

a) Dahin stehen kann weiterhin, ob die bloße Angabe "Wiederherstellungskosten DG" (ohne Angabe, welche Art von Maßnahme darunter fallen soll, und ohne Bezifferung) ausreicht, um von einer Ausübung der Ersetzungsbefugnis nach § 249 Abs. 2 BGB auszugehen.

b) Der Vortrag der Beklagten ist insoweit nämlich bereits unschlüssig, so dass es auf die Frage der Verjährung nicht mehr ankommt.

Die Beklagte hat erstinstanzlich in der Klageerwiderung - unter Bezugnahme auf die Akte des Vorprozesses LG Berlin 25 O 396/13 - KG 8 U 62/15 - vorgetragen, dass die Klägerin nicht genehmigte Eingriffe in die Statik des Dachgeschosses vorgenommen habe und die Kosten der "Wiederherstellung" sich nach einem "Kostenvoranschlag" der Fa. H. (B 5) auf 8.330,00 EUR beliefen. Nachdem die Klägerin im Schriftsatz vom 11.01.2017, S. 11/12 darauf hingewiesen hatte, dass Anlage B 4 eine Rechnung für eine Neueindeckung mit Ziegelblech enthalte und dies "in keinem Zusammenhang mit dem monierten Mangel" (eines Eingriffs in den Dachstuhl) stehe, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 17.02.2017, S. 6 lediglich ihren Vortrag wiederholt, dass der ungenehmigte

Austausch von sog. Windböcken im Dachstuhl einen "Eingriff" dargestellt habe, nach dem nach Einschätzung von Dipl.-Ing. L. eine Beeinträchtigung der Statik "nicht auszuschließen" sei.

Die Beklagte hat somit erstinstanzlich einen Anspruch auf Neueindeckung des Daches nicht schlüssig dargelegt, da es an Vortrag fehlte, der eine Erforderlichkeit dieser Maßnahme als Folge des Austausches von Dachhölzern ergab.

Erstmals mit Schriftsatz vom 26.04.2018, S. 2 in zweiter Instanz hat die Beklagte vorgetragen: "Bei diesem Rückbau wurde derart in die Statik eingegriffen, dass es zu Rissbildungen in der Dachhaut gekommen ist. Diese wiederum machen vor allem die Herstellung einer neuen Dacheindeckung erforderlich." Mit Schriftsatz vom 07.10.2019, S. 11 ergänzt sie den Vortrag dahin, dass der Zeuge Z. bekunden könne, dass sich "in der Folgezeit" nach dem Eingriff der Klägerin "dann Risse im Dach gebildet" hätten, und um den Beweisantritt eines Sachverständigengutachtens. Die Klägerin hat den Vortrag bestritten (Schriftsatz vom 30.10.2019).

Abgesehen davon, dass der neue Vortrag zur Unterlegung der Erforderlichkeit der Maßnahme der Neueindeckung und damit zur Begründung einer Zahlungsforderung entsprechend Rechnung B 5 wegen nachlässigen Unterlassens des Vortrags in erster Instanz (eines gerichtlichen Hinweises bedurfte es nach dem Schriftsatz der Klägerin vom 11.01.2017 nicht) nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückzuweisen wäre, ist er bereits nicht schlüssig. Die Beklagte hat sich selbst auf die Feststellungen des Sachverständigen L. berufen. Dieser hat nach Ortstermin am 08.08.2013 in seiner "Gutachterlichen Stellungnahme" vom 15.08.2013 (s. etwa B 8) ausgeführt, dass "sichtbare Schäden an der Dacheindeckung .. infolge des Rückbaus der aussteifenden Holzstützen und Balken nicht zu erkennen" seien. Der Vortrag, dass sich "in der Folgezeit" Risse gebildet hätten, ist daher widersprüchlich und zudem auch unsubstantiiert. Ebenso ist es ein - nicht erheblicher - Vortrag ins Blaue hinein, dass es erst nach den Arbeiten der Klägerin am Dach zu Dachundichtigkeit gekommen sei und Ursache hierfür ein Austausch der Stützen gewesen sei. Dieser Vortrag steht in Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen, die dadurch geprägt sind, dass die Klägerin bereits am 22.07.2013 eine Undichtigkeit angezeigt (jedenfalls behauptet) hatte (Klage der hiesigen Beklagten vom 29.08.2013, S. 3 im Vorprozess), die hiesige Beklagte im Vorprozess mit Schriftsatz vom 10.01.2014, S. 3

jedenfalls alte "Durchlaufspuren" einräumte und es sich unstreitig um eine "alte Dachhaut" handelt (s. Schriftsatz der hiesigen Beklagten vom 19.03.2014 im Vorprozess und etwa Foto im Gutachten L.). Dass ein altes Pappschindel-Dach auch ohne äußere Einwirkungen undicht wird und zweckdienlich mit einem Blechdach zu überdecken ist, entspricht der Lebenserfahrung, so dass auch ein Anscheinsbeweis zugunsten der Beklagten nicht in Betracht kommt. Ihre Behauptung einer Ursächlichkeit durfte sie daher unter den gegebenen Umständen objektiv nicht für wahrscheinlich halten, so dass ein Fall der Behauptung ins Blaue vorliegt.

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine etwaige Schadensersatzforderung im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO jedenfalls auch ganz erheblich wegen Vorteilsanrechnung "neu für alt" zu kürzen wäre. Nach Ablauf der üblichen Lebenszeit eines Bitumen-Schindeldaches würde ein Anspruch aus diesem Grund gänzlich ausscheiden.

c) Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 31.10.2019 noch Kosten "für die Wiederherstellung des Dachgeschosses" gemäß Angebot der Fa. D. über 12.652,40 EUR netto (Anl. B 10) (konkludent) zur Aufrechnung stellt, ist dies bereits aus prozessualen Gründen nicht beachtlich. Zum einen ist die Aufrechnung nach § 533 Nr. 2 ZPO unzulässig, da sie nicht auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Vielmehr handelt es sich um neuen Vortrag, der bereits in erster Instanz hätte vorgebracht werden können, und der nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht berücksichtigt werden kann. Zum anderen verlieren zweitinstanzliche Änderungen und Erweiterungen des Streitstoffs - und zu diesen gehört auch eine neue Aufrechnung - entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO mit der Beschlusszurückweisung der Berufung ihre Wirkung (s. Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 522 Rn 37 m.N.).

3) Bezüglich der Kosten für die Gutachterliche Stellungnahme des Dipl-Ing L. von 844,90 EUR vermag der Senat nicht zu erkennen, dass es sich um notwendige Kosten zur Schadensfeststellung nach einer rechtswidrigen und schuldhaften Schädigung durch die Klägerin handelt. Es verbleibt dabei, dass der Austausch von Hölzern im Dachstuhl angesichts des - von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen, insbesondere schon von der hiesigen Klägerin im Vorprozess eingehend dargelegten - schlechten Zustands des Dachstuhls keine schädigende

Handlung, sondern im Grundsatz eine Verbesserung darstellte. Zudem musste sich die Beklagte nicht zur Einholung eines Gutachtens herausgefordert sehen. Auch der Sachverständige L. hat eine nachteilige Veränderung der Statik nicht festgestellt, sondern lediglich nicht mit Sicherheit ausgeschlossen, da er zur Frage, ob die "neu eingebauten Holzquerschnitte die statisch erforderlichen Abmessungen haben", keine Aussage treffen konnte. Dass eine Abweichung (und kein Austausch "1 zu 1") vorliegt, hat die Beklagte nicht (substantiiert) behauptet. Der Senat hat auch bereits in seinem Urteil im Vorprozess vom 23.06.2016 (8 U 62/15), UA S. 9 darauf hingewiesen, dass der Einbau von Hölzern mit zu kleinem Querschnitt als Vortrag ins Blaue erscheine, zumal die (hier-sige) Beklagte als Eigentümerin die Bauzeichnungen auswerten könne.

III. Nach Überzeugung des Senates ist hier eine mündliche Verhandlung nicht geboten im Sinne von § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO, auch wenn die Begründung des Senats für die Zurückweisung der Berufung mit der Argumentation des Landgerichts nicht gänzlich übereinstimmt. Abweichend von dem, was der Begründung in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (Bundestags-Drucksache 17/6406) zu entnehmen sein könnte, erfordert ein Wechsel der Begründung nicht in jedem Fall eine mündliche Berufungsverhandlung. Nach der Funktion des Verfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO ist eine erneute mündliche Verhandlung vielmehr nur dann geboten, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts auf eine umfassend neue rechtliche Würdigung gestützt wird und diese mit den Parteivertretern im schriftlichen Verfahren nicht sachgerecht erörtert werden kann (ebenso OLG Hamm, Beschl. v. 02.03.2012 - 20 U 228/11, VersR 2013, 604; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.02.2012 -10 U 817/11, VersR 2013, 708 - bei juris Rn 28; OLG Braunschweig, Beschl. v. 21.11.2018 - 10 U 90/18, juris Rn 217 f.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.11.2013 - 18 U 1/13, BeckRS 2013, 22588; Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 522 Rn. 40; Saenger/Wöstmann, ZPO, 8. Aufl., § 522 Rn 12.1). Das ist hier nach Überzeugung des Senats nicht der Fall. Dass die Prozessbeteiligten in erster Instanz im Rahmen der Frage der Aufrechenbarkeit mit den verjährten Gegenforderungen das Erfordernis einer Fristsetzung nach § 281 BGB vor Ablauf der Verjährung behandelt haben, während der Senat - für die Mehrzahl der Gegenforderungen - dem Landgericht im Ergebnis wegen Fehlens einer Ersetzungserklärung nach § 249 Abs. 2 BGB beitrifft, beinhaltet keine "umfassende" neue rechtliche Bewertung. Gleiches gilt für die Abweichung in der Begründung dahin, dass we-

gen eines Anspruchs auf Ersatz von Dacheindeckungskosten zwar eine Ersetzungsbefugnis im Schreiben vom 08.12.2013 ausgeübt worden sein mag, es insoweit jedoch an einem schlüssig dargelegten Anspruch fehlt. Letzteres war auch bereits Gegenstand einer Einwendung der Klägerin in erster Instanz. In beiden Punkten der abweichenden Begründung konnte die Sach- und Rechtslage auch sachgerecht mit den Parteien im schriftlichen Verfahren erörtert werden.“

9 Modernisierungsankündigung

9.1 Ankündigung mit Vorlauf von 11 Monaten

Nach § 555c Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter eine Modernisierungsmaßnahme spätestens drei Monate vor ihrem Beginn in Textform anzukündigen. Diese Ankündigung muss gemäß § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB Angaben enthalten über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen (Nr. 1), den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme (Nr. 2), den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung, sofern eine Erhöhung verlangt werden soll, sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten (Nr. 3).

Diesen Anforderungen wird die Modernisierungsankündigung gerecht³⁴⁹.

Die Modernisierung ist den Mietern am 27. Dezember 2018 und damit mehr als elf Monate vor dem angegebenen Beginn der Modernisierungsmaßnahmen (2. Dezember 2019) schriftlich angekündigt worden. Insoweit wurde die Herstellung der Fundamente für die Balkone, die ab diesem Zeitpunkt durchgeführt werden sollte, einheitlich für alle Mieter der 27 Gebäude als Beginn der gesamten Modernisierungsmaßnahmen angesehen.

Die Ankündigung genügt den Anforderungen des § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BGB³⁵⁰.

Der hiernach erforderliche Mindestinhalt der Modernisierungsankündigung ist einerseits an dem Informationsbedürfnis des Mieters auszurichten. Diesem soll durch die Vermittlung zureichender Kenntnis eine sachgerechte Beurteilung der

³⁴⁹ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

³⁵⁰ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme ermöglicht werden, insbesondere hinsichtlich seiner Duldungspflicht, der für ihn zu treffenden Maßnahmen und der gegebenenfalls zu ziehenden vertraglichen Konsequenzen (vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f.; Senatsurteil vom 20. Mai 2020 - VIII ZR 55/19, NJW-RR 2020, 892 Rn. 23 mwN). Andererseits ist auch zu berücksichtigen, dass die Mitteilungspflichten nicht darauf abzielen, die Befugnis des Vermieters zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB) einzuschränken, sondern dass sie dem Mieter hierbei lediglich einen ergänzenden Schutz gewähren sollen. Die Verwirklichung dieses Schutzes darf 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 hierdurch den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 2020 - VIII ZR 55/19, aaO mwN).

Diesen Anforderungen wird die hier vorgenommene Ankündigung gerecht.

Sie enthält ausreichende Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen (§ 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB). Die Mieter werden durch das Schreiben vom 27.12.2018 hinreichend in die Lage versetzt, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahmen auf den Mietgebrauch abzuschätzen sowie, ggfs. mit sachverständiger Hilfe, vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten Maßnahmen der energetischen Modernisierung zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden³⁵¹. Es ergibt sich hinreichend detailliert, welche Maßnahmen durchgeführt werden sollen, welchen Umfang diese Maßnahmen haben, mit welchen Beeinträchtigungen der einzelne Mieter während der Durchführung der Maßnahme zu rechnen hat, in welcher Weise das Gebäude an sich und die einzelnen Wohnungen verändert werden und welches Energiesparpotenzial durch die geplanten Maßnahmen erreicht werden soll.

Die zeitlichen Angaben der Ankündigung genügen den Anforderungen des § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, wonach der voraussichtliche Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme angegeben werden

³⁵¹ vgl. zu diesem Erfordernis bei energetischer Modernisierung: BGH v. 20.5.2020 - VIII ZR 55/19, GE 2020, 921 = NJW-RR 2020, 892 Rz. 24 m.w.N.

müssen. Die Ankündigung enthält genaue zeitliche Angaben zum geplanten Beginn und Ende der Modernisierungsmaßnahmen (2. Dezember 2019 bis 30. Dezember 2023) sowie zum geplanten Beginn und Ende der einzelnen Bauabschnitte. Es ergibt sich hieraus konkret, wann die einzelnen Modernisierungsmaßnahmen voraussichtlich beginnen und enden werden.

Es steht einer wirksamen Ankündigung entgegen der Auffassung der Revisi-
onserwiderung nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Ankündigung konkrete Ausschreibungen noch nicht erfolgt und ausführende Unternehmer noch nicht beauftragt waren. Durch die Angabe des voraussichtlichen Baubeginns und Bauendes soll dem Mieter ermöglicht werden, sich zeitlich auf die Maßnahmen einzustellen und etwaige Vorbereitungshandlungen zu treffen. Im Hinblick darauf, dass die Ankündigung schon von Gesetzes wegen mindestens drei Monate vor Baubeginn zu erfolgen hat und zu diesem Zeitpunkt die genaue Angabe des Baubeginns in der Regel noch nicht möglich ist, genügt nach dem Gesetzeswortlaut die Angabe des voraussichtlichen Baubeginns und der voraussichtlichen Dauer.

Voraussichtlich bedeutet hierbei, dass von dem Vermieter keine sicher feststehenden Angaben verlangt werden, sondern eine Prognose. Dies impliziert - auch für den Mieter erkennbar -, dass nachträgliche Änderungen möglich sind. Indes ist durch die Verwendung des Wortes "voraussichtlich" zugleich klargestellt, dass eine reine Absichtserklärung, der keine objektbezogene Planung zu Grunde liegt, ebenso wenig genügt wie rein auf unsubstantiierten Schätzungen beruhende Angaben "ins Blaue" hinein. Vielmehr ist es erforderlich, dass bereits Planungen vorliegen, die dem Vermieter eine hinreichende zeitliche Einschätzung der Maßnahmen ermöglichen. Dies bedingt indes nicht, dass zum Zeitpunkt der Angaben die Planungen bereits abgeschlossen, Ausschreibungen erfolgt, Unternehmen mit der Ausführung beauftragt oder Ausführungstermine vertraglich vereinbart sind. Durch derartig strenge Anforderungen an die Ankündigung würde die Durchführung gesetzlich zulässiger Modernisierungsmaßnahmen entgegen dem Gesetzeszweck erschwert, ohne dass dies zum Schutz des Mieters erforderlich ist. Gerade bei einem großen, viele Wohnungen betreffenden, über Jahre andauernden und mehrere Maßnahmen umfassenden Modernisierungsvorhaben muss dem Vermieter die Möglichkeit verbleiben, die Arbeiten sukzessive zu vergeben. Auch besteht kein Anlass, die

Für den Mieter ist es trotz dieser zeitlichen Unsicherheiten von Vorteil, wenn ihm - wie hier - in einer Ankündigung alle Maßnahmen, die im Rahmen eines Gesamtmodernisierungsplans durchgeführt werden sollen, bereits mit deren voraussichtlichem Beginn und Dauer dargelegt werden, so dass er unter Berücksichtigung des Gesamtumfangs der geplanten Maßnahmen entscheiden kann, ob er die insgesamt über einen längeren Zeitraum dauernden Maßnahmen dulden oder eine neue Wohnung suchen möchte. Zugleich kann er sich bereits frühzeitig auf die im Laufe der Gesamtmaßnahme eintretenden Beeinträchtigungen einstellen und etwaige Vorbereitungsmaßnahmen hierfür rechtzeitig planen. Dass er nur einen voraussichtlichen Zeitplan erhält und Abweichungen wahrscheinlicher werden, je länger der Vorlauf ist, behindert den Mieter demgegenüber nicht unzumutbar. Denn die konkrete Ausführung von Vorbereitungsmaßnahmen (z.B. das Umstellen oder Abdecken von Möbeln) erfolgt regelmäßig ohnehin erst kurzfristig vor Beginn der jeweiligen Beeinträchtigung. Im Laufe des Baufortschritts ist für den einzelnen Mieter insoweit mit ausreichendem zeitlichen Vorlauf vorhersehbar, wann konkret die einzelnen Beeinträchtigungen eintreten werden und seine Wohnung in besonderem Maße (z.B. durch den Einbau der neuen Fenster und der Wohnungseingangstüre) betroffen sein wird, zumal die Beklagte bereits angekündigt hat, den Mietern jeweils vier Wochen vor Beginn der Bauarbeiten an dem Bauabschnitt, in dem ihre Wohnung gelegen ist, Einzelheiten zum Bauablauf und zum detaillierten Ausführungstermin der Arbeiten in ihrer Wohnung mitzuteilen, so dass für die Durchführung etwaig erforderlicher konkreter Vorbereitungsmaßnahmen genügend Zeit verbleibt.

Die Angaben zur Höhe der voraussichtlich auf Grund der Modernisierungsmaßnahmen zu erwartenden Mieterhöhung genügen den Erfordernissen des § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BGB³⁵². Die Ankündigung legt für die einzelnen Modernisierungsmaßnahmen getrennt dar, welche Kosten hierfür voraussichtlich insgesamt entstehen, wie hoch der Anteil der Instandhaltungskosten hieran ist und welcher Betrag anteilig auf die betroffene Wohnung entfällt. Als Umlage wird ausgehend von dem Gesamtbetrag der auf die Wohnung entfallenden Kosten ein Betrag von jährlich 11 Prozent als voraussichtliche Mieterhöhung angege-

³⁵² BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

ben, wobei der Betrag konkret benannt ist und auf die Reduzierungsmöglichkeit nach der gesetzlichen Härtefallregelung hingewiesen wird.

Die Modernisierungsankündigung ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil sie mehr als elf Monate vor dem voraussichtlichen Ausführungsbeginn erfolgte³⁵³.

Eine Modernisierungsankündigung nach § 555c Abs. 1 BGB ist in zeitlicher Hinsicht dann zulässig, wenn die Planungen so weit fortgeschritten sind, dass die inhaltlichen Anforderungen des § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB eingehalten werden können. Eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Modernisierungsankündigung und dem voraussichtlichen Beginn der Modernisierungsmaßnahme im Sinne einer Höchstfrist oder eines fortgeschrittenen Planungsstandes bedarf es dagegen nicht.

In der Literatur werden zur Frage, ob - über die geschriebenen Voraussetzungen des § 555c Abs. 1 BGB hinaus - zwischen der Modernisierungsankündigung und dem Beginn der Maßnahmen ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muss, unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise wird zum Schutz des Mieters - unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls - eine Frist von maximal sechs Monaten für zulässig gehalten³⁵⁴. Nach anderer Auffassung ist - ohne feste Höchstfrist - entscheidend, ob eine schützenswerte Planungssituation eingetreten ist³⁵⁵. Teilweise wird eine ordnungsgemäße Ankündigung abgelehnt, wenn deren frühzeitiger Ausspruch nicht der Schaffung von Planungssicherheit dient, sondern allein der Nutzung der Übergangsregelung des Art. 229 § 49 EGBGB³⁵⁶. Nach anderer Auffassung besteht keine Höchstfrist, sondern es soll allein entscheidend sein, dass die im Tatbestand des § 555c Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten inhaltlichen Voraussetzungen eingehalten werden können³⁵⁷.

³⁵³ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

³⁵⁴ vgl. BeckOK-Mietrecht/Müller, Stand: 1.11.2020, § 555c BGB Rz 16; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 14. Aufl., § 555c BGB Rz. 37; Blümmel/Kinne, DWW 1988, 302 (305).

³⁵⁵ Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 555c BGB Rz. 6.

³⁵⁶ vgl. BeckOGK-BGB/Wendtland, Stand: 1.1.2021, Art. 229 § 49 EGBGB Rz. 6.1.

³⁵⁷ BeckOGK-BGB/Schepers, Stand: 1.10.2020, § 555c Rz. 6; Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2018, § 555c BGB Rz. 5a; Mahlstedt, NZM 2019, 905 (907); Gsell/Siegmund, NZM 2019, 489 (499).

Die letztgenannte Ansicht trifft zu³⁵⁸. Die inhaltlichen Anforderungen des § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB grenzen den zeitlichen Vorlauf zwischen Ankündigung und Ausführungsbeginn insoweit ein, als eine wirksame Ankündigung erst dann möglich ist, wenn der Vermieter die hiernach geforderten Informationen mit dem erforderlichen Inhalt und der gebotenen Konkretisierung zur Verfügung stellen kann. Darüber hinausgehende zeitliche Einschränkungen ergeben sich aus dem Gesetz nicht. Weder besteht eine zeitliche Obergrenze zwischen Modernisierungsankündigung und Ausführungsbeginn noch bedarf es einer schützenswerten Planungssituation des Vermieters auf Grund eines besonders fortgeschrittenen Planungsstandes.

Nach dem Wortlaut des § 555c Abs. 1 S. 1 BGB hat die Ankündigung spätestens drei Monate vor Beginn der Modernisierungsmaßnahmen zu erfolgen. Der Begriff "spätestens" drückt aus, dass es sich um eine Mindestfrist handelt, eine frühere Ankündigung indes möglich ist. Zeitliche Einschränkungen hierfür im Sinne einer Höchstfrist ergeben sich aus dem Wortlaut ebenso wenig wie das Erfordernis eines fortgeschrittenen Planungsstandes oder einer schützenswerten Planungssituation.

Die Gesetzeshistorie und -begründung bestätigen dies. Die Regelung über die Modernisierungsankündigung geht zurück auf das Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen vom 23.8.1976³⁵⁹, durch das in § 20 Abs. 2 WoModG erstmals die Pflicht zur Ankündigung von nach § 20 Abs. 1 WoModG zu duldbenden Modernisierungsmaßnahmen festgeschrieben wurde. Die Ankündigung hatte hiernach zwei Monate vor der Durchführung der Maßnahme zu erfolgen. Mit dem Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20.12.1982³⁶⁰ wurde die Regelung hinsichtlich der Ankündigungsfrist inhaltsgleich - unter Aufhebung der Beschränkung auf geförderte Maßnahmen - in § 541b BGB a.F. übernommen. Durch das Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19.6.2001³⁶¹ wurde die Pflicht zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen in § 554 Abs. 2 BGB a.F. geregelt. Die Ankündigungspflicht wurde in § 554 Abs. 3 BGB a.F. aufgenommen und inso-

³⁵⁸ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

³⁵⁹ BGBl. I, S. 2429

³⁶⁰ BGBl. I S. 1912.

³⁶¹ Mietrechtsreformgesetz; BGBl. I S. 1149.

weit modifiziert, als sie spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahme zu erfüllen war. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass durch die Einfügung des Wortes "spätestens" klargestellt werden solle, dass auch frühere Mitteilungen, soweit sie den inhaltlichen Anforderungen genügen, wirksam sein können. Durch die Fristverlängerung auf drei Monate entstehe ein sinnvoller Gleichlauf zur [unveränderten] Kündigungsfrist im Falle einer Sonderkündigung³⁶². Im Hinblick auf die Ankündigungsfrist sowie die Sonderkündigungsfrist erfolgten bis zur heute geltenden Fassung (§ 555c Abs. 1 BGB und § 555e Abs. 1 BGB) inhaltlich keine Änderungen mehr.

Letztlich ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Vorschrift, dass nach § 555c Abs. 1 BGB ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen einer Modernisierungsankündigung und dem Ausführungsbeginn i.S.e. Höchstfrist oder einer fortgeschrittenen Planungssituation nicht bestehen muss. Die Ankündigung soll den Mieter vor kurzfristigen Modernisierungsmaßnahmen schützen und ihm die Möglichkeit erhalten, rechtzeitig vor Beginn der Maßnahmen zu reagieren und seine diesbezüglichen Rechte fristgerecht ausüben zu können. Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen³⁶³, wonach die Frist dem Schutz der Mieter diene und ihnen eine Bedenkzeit von zwei Monaten zwischen der Mitteilung der beabsichtigten Verbesserungsmaßnahme und ihrer Durchführung einräumen sollte, damit sie sich über ihre Duldungspflicht schlüssig werden und auf die Maßnahmen einstellen können.

Zugleich wurde den Mietern ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt, um sich den Beeinträchtigungen durch die Modernisierung entziehen zu können. Diese Kündigung musste bis zum Ende des Monats, der der Mitteilung des Vermieters folgte, auf den Ablauf des nächsten Monats erklärt werden (§ 20 Abs. 3 WoModG). Die insoweit inhaltlich übereinstimmende Regelung des § 541b Abs. 2 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20.12.1982³⁶⁴ wurde entsprechend damit begründet, dass der Mie-

³⁶² BT-Drucks. 14/4553, S. 49.

³⁶³ BT-Drucks. 7/4550, S. 22.

³⁶⁴ BGBl. I S. 1912.

ter hierdurch in den Stand gesetzt werden sollte, sich sachgerecht zu entscheiden, ob er die geplante Maßnahme dulden oder ihr entgegentreten soll³⁶⁵ ().

Dieser Schutzzweck erfordert es nicht, dass zwischen der Ankündigung und dem Baubeginn ein enger zeitlicher Zusammenhang liegen muss - sei es im Sinne einer festen Höchstfrist oder eines bestimmten fortgeschrittenen Planungsstandes.

Es bedarf der zusätzlichen Voraussetzung eines engen zeitlichen Zusammenhangs nicht, um dem Mieter eine sachgerechte Entscheidung über die Ausübung seiner Rechte - Duldung, Geltendmachung von Härtegründen, Sonderkündigung oder ordentliche Kündigung - zu ermöglichen. Wie die obigen Ausführungen zum gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt einer Modernisierungsankündigung zeigen, wird der Mieter durch die nach § 555c Abs. 1 BGB erforderlichen Angaben so ausreichend über Art und Umfang der Maßnahmen, deren voraussichtlichen Beginn und Dauer sowie die voraussichtliche Mieterhöhung informiert, dass er über die Ausübung der genannten Rechte auf fundierter Grundlage entscheiden kann. Ankündigungen "ins Blaue hinein" entfalten ohnehin auf Grund von § 555c Abs. 1 BGB keine Rechtswirkungen.

(bb) Eine frühzeitige, den inhaltlichen Anforderungen des § 555c Abs. 1 BGB entsprechende Ankündigung beeinträchtigt den Mieter nicht unangemessen bei der Entscheidung darüber, ob er die Maßnahmen dulden oder die Wohnung kündigen möchte. Im Gegenteil ist eine vorzeitige Ankündigung für ihn diesbezüglich im Regelfall von Vorteil.

Insbesondere wird - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - das Sonderkündigungsrecht nach § 555e Abs. 1 BGB bei einer frühzeitigen Ankündigung nicht "sinnentleert", auch wenn hierfür eine zeitliche Beschränkung gilt, wonach ein Mieter die Wohnung nur außerordentlich bis zum Ablauf des übernächsten Monats nach Zugang der Modernisierungsankündigung kündigen kann und er für die Kündigungserklärung nur bis zum Ablauf des Monats, der auf die Ankündigung folgt, Zeit hat. Zwar kann das Sonderkündigungsrecht bei einer frühzeitigen Ankündigung nur auf einen Zeitpunkt deutlich vor Beginn der Baumaßnahme ausgeübt werden, so dass der Mieter, der das Sonderkündi-

³⁶⁵ BT-Drucks. 9/2079 S. 13.

gungsrecht nutzen möchte, die Wohnung zu einem Zeitpunkt verlassen müsste, zu dem noch keine Beeinträchtigung vorliegt. Indes ist es nicht Sinn und Zweck des Sonderkündigungsrechts, dem nicht duldungswilligen Mieter die Wohnung bis zum Beginn der Baumaßnahmen zu erhalten. Vielmehr soll dem Mieter hierdurch nach der Gesetzesbegründung nur die Möglichkeit gegeben werden, sich der durch die Modernisierungsmaßnahmen zu erwartenden Beeinträchtigung zu entziehen (BT-Drucks. 7/4550, S. 22), was auch bei einer frühzeitigen Ankündigung möglich ist.

Durch eine frühzeitige Ankündigung werden auch die Möglichkeiten des Mieters, sich auf Härtegründe zu berufen, die einer Duldung oder einer Mieterhöhung entgegenstehen, nicht gravierend beeinträchtigt. Zwar hat der Mieter dem Vermieter die Umstände, die eine Härte im Hinblick auf die Duldung oder die Mieterhöhung begründen, nach § 555d Abs. 3 BGB bis zum Ablauf des Monats, der auf den Zugang der Modernisierungsankündigung folgt, mitzuteilen. Dies führt bei einer frühzeitigen Ankündigung dazu, dass der Mieter auch etwaige Härtegründe frühzeitig geltend machen muss. Bei bereits zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Härtegründen ist dies dem Mieter indes ohne Weiteres innerhalb der gesetzlichen Frist zumutbar. Auch bei einer kurzfristigeren Ankündigung bleibt ihm hierfür nicht mehr Zeit. Das Vorbringen der Revisionserwiderung, wonach ein Mieter bei einem langen Zeitraum zwischen Ankündigung und Ausführungsbeginn geneigt sein könne, davon auszugehen, dass sich bereits eingetretene, die Härte begründende Umstände nachträglich zu seinen Gunsten ändern könnten, und er diese deshalb nicht vortrage, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Denn die Frist des § 555d Abs. 3 Satz 1 BGB gilt gemäß § 555d Abs. 5 BGB nur, wenn der Mieter in der Modernisierungsankündigung auf Form und Frist des Härteeinwands hingewiesen wurde. Er ist demnach darüber informiert, dass er bereits vorliegende Härtegründe fristgerecht geltend machen muss. Warum er sich hiervon durch die Hoffnung auf zeitlich späteren Wegfall der Härtegründe abhalten lassen sollte, ist nicht ersichtlich.

Den Fall, dass Härtegründe erst nach Fristablauf eintreten, hat der Gesetzgeber gesehen und in § 555d Abs. 4 Satz 1 BGB geregelt, dass diese nachträglich vorgebracht werden können. Das Erfordernis, die Gründe der Verzögerung zusätzlich darzulegen, beschwert den Mieter nicht unzumutbar.

Die bei einer zeitlich frühzeitigen Ankündigung bestehende größere Ungenauigkeit hinsichtlich der späteren Höhe der Mieterhöhung beeinträchtigen den Mieter ebenfalls nicht im Hinblick auf die aus einer Ankündigung folgenden Rechtswirkungen. Sofern der Mieter die erhöhte Miete nicht zahlen will oder kann, steht ihm - abgesehen von dem regelmäßig bestehenden ordentlichen Kündigungsrecht - ohnehin nach Geltendmachung der Mieterhöhung das Sonderkündigungsrecht nach § 561 Abs. 1 BGB zu, über das er in Kenntnis der genauen Höhe der Mieterhöhung entscheiden kann. Für die Entscheidung über das Sonderkündigungsrecht des § 555e BGB ist hingegen nicht die exakte Höhe der nach Durchführung der Modernisierung fälligen erhöhten Miete entscheidend, sondern die Frage, ob der Mieter die mit der Modernisierung einhergehenden Beeinträchtigungen dulden möchte.

Letztlich sind auch die Interessen des Vermieters an Planungssicherheit durch eine frühzeitige Ankündigung zu berücksichtigen. Je früher der Vermieter Einwände der Mieter kennt, desto einfacher und kostensparender lassen sich diese in der weiteren Planung berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen, indem er bewusst in § 555c Abs. 1 BGB keine allzu hohen inhaltlichen Anforderungen an die Ankündigung aufgestellt hat. Nach der gesetzgeberischen Konzeption ist dann, wenn der Vermieter eine den Anforderungen des § 555c Abs. 1 BGB genügende Ankündigung aussprechen kann, ein Planungsstand erreicht, der ihn zur Ankündigung berechtigt und ihm damit die Möglichkeit gibt, absehbar einen möglichst weitgehenden Umfang an Planungssicherheit für das Vorhaben zu erhalten, indem bereits vorhandene Härtegründe zeitnah vorgebracht werden müssen. Im Hinblick auf die im Regelfall fehlende oder allenfalls geringe Beeinträchtigung des Mieters durch eine frühzeitige Ankündigung sowie die hiermit für ihn auch verbundenen Vorteile einer vorzeitigen Planbarkeit besteht kein Grund, von dem Vermieter über die geschriebenen gesetzlichen Voraussetzungen hinaus grundsätzlich eine besondere Rechtfertigung für eine frühzeitige Ankündigung, wie zum Beispiel ein konkretes Bedürfnis nach Planungssicherheit, zu fordern und diese nur zuzulassen, wenn eine schützenswerte Planungssituation eingetreten ist.

Die Gefahr der rechtsmissbräuchlichen Nutzung einer frühzeitigen Ankündigungsmöglichkeit rechtfertigt es nicht, generell einen engen Zusammenhang zwischen Ankündigung und Ausführung im Sinne einer Höchstfrist oder einer

fortgeschrittenen Planung zu verlangen. Zwar mag bei Zulässigkeit einer frühzeitigen Ankündigung die Gefahr, dass diese dazu genutzt wird, unliebsame Mieter zur Kündigung zu bewegen, ohne tatsächlich Modernisierungsmaßnahmen durchführen zu wollen, höher sein, als wenn ein fortgeschrittener Planungsstand vorausgesetzt wird, da der Vermieter bei geringeren Anforderungen an die Ankündigung weniger - unnütze - Kosten zur Erstellung einer ordnungsgemäßen Ankündigung aufwenden muss oder jedenfalls die Überprüfung des tatsächlichen Modernisierungswillens erschwert ist. Indes rechtfertigt die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs nicht eine grundsätzlich für alle Ankündigungen geltende, bei ordnungsgemäßem Verhalten nicht gebotene und erforderliche Einschränkung. Für den Fall des Rechtsmissbrauchs stehen im Einzelfall hinreichende Möglichkeiten zum Schutz des Mieters zur Verfügung. So läuft eine Ankündigung ohne tatsächlichen Modernisierungswillen ins Leere, entfaltet keine Rechtswirkungen und stellt eine Pflichtverletzung dar, die einen Schadensersatzanspruch des Mieters begründet, sollte dieser im Glauben an eine bevorstehende Modernisierung kündigen und hierdurch einen Schaden erleiden (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 30. Mai 2017 - VIII ZR 199/16, NZM 2017, 595 Rn. 7 ff.). Sofern im Einzelfall trotz einer den Anforderungen des § 555c Abs. 1 BGB genügenden Ankündigung und bestehenden Modernisierungswillens dennoch aus besonderen Gründen ein Rechtsmissbrauch vorliegen sollte, kann dem durch die Anwendung des § 242 BGB im Einzelfall begegnet werden.

Die Ankündigung ist auch nicht wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam. Wie ausgeführt erfüllt sie alle gesetzlichen Voraussetzungen. Die Modernisierungsmaßnahmen waren tatsächlich im angekündigten Umfang geplant und wurden nach der Ankündigung weiter vorbereitet. Dafür, dass der Vermieter die frühzeitige Ankündigung trotz bestehender Modernisierungsabsicht rechtsmissbräuchlich genutzt hat, um Mieter zu einer frühzeitigen Kündigung zu bewegen, bestehen keine Anhaltspunkte. Zum einen hat die Beklagte kein Interesse daran, dass die Mieter vorzeitig kündigen, da eine Neuvermietung vor Durchführung der Maßnahmen wenig sinnvoll und gewinnbringend wäre und ihr ein Leerstand bis zur Modernisierung nur Nachteile bringen würde. Zum anderen hat sie die Sonderkündigungsfrist für die Mieter verlängert auf bis zu drei Monate vor dem Termin, an dem die Bauarbeiten an dem Gebäude, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet, beginnen. Dies zeigt, dass Ziel der Beklagten nicht war, die Mieter durch eine frühzeitige Ankündigung zu einer vorzeitigen Kündigung

zu bewegen. Den Interessen der Mieter an einer sachgerechten Nutzung des Sonderkündigungsrechts ist durch diese Regelung über die gesetzliche Pflicht hinaus Rechnung getragen.

Gleiches gilt im Hinblick auf die Geltendmachung von Härtegründen betreffend die Ausführung der Maßnahmen sowie die Mieterhöhung. Auch insoweit hat die Beklagte zu Gunsten der Mieter die gesetzliche Frist deutlich und ohne Verpflichtung bis zum 30. Juni 2019 verlängert.

Durch die frühzeitige Ankündigung werden den Mietern auch nicht unzulässig die Risiken späterer Preissteigerungen aufgebürdet. Zum einen muss im Rahmen von größeren Bauvorhaben ohnehin mit Preissteigerungen gerechnet werden, weshalb die Ankündigung auch nur die voraussichtlichen Kosten angeben muss. Allen Parteien muss bewusst sein, dass die Kosten sich noch ändern können und der tatsächliche Mieterhöhungsbetrag erst nach Durchführung der Bauarbeiten sicher feststeht. Zum anderen hat die Beklagte dieses Risiko hier ohnehin selbst übernommen und in den Ankündigungen zugesichert, im Rahmen der Mietanpassung maximal den in der Ankündigung genannten Betrag umzulegen.

Letztlich verbleibt als möglicher Anhaltspunkt für einen Rechtsmissbrauch nur, dass sich die Beklagte durch die Ankündigung am 27.12.2018 die Anwendung des bis zum 31.12.2018 geltenden, im Hinblick auf die Höhe der Mieterhöhung für sie deutlich günstigeren Rechts sichern wollte. Selbst wenn hierin rechtsmissbräuchliches Verhalten gesehen werden sollte, beträfe dies nicht die Ankündigung als solche, sondern nur die Nutzung der Übergangsregelung. Denn die Ankündigung an sich sowie die mit ihr grundsätzlich bezweckten Rechtsfolgen wie die Duldungspflicht, die Fristen zur Geltendmachung von Härtegründen und der Zeitpunkt, ab dem eine erhöhte Miete zu zahlen ist, werden durch die Frage, ob es der Beklagten verwehrt ist, die Höhe der Miete nach dem bis 31.12.2018 geltenden Recht zu berechnen, nicht berührt. Dies zeigt sich bereits darin, dass gegen die Ankündigung als solche keine Bedenken bestehen und die Frage des Rechtsmissbrauchs sich hier nur durch das Zusammenspiel von Zeitpunkt der Ankündigung und Übergangsregelung stellt, die aber lediglich die Berechnung der Höhe der späteren Mieterhöhung betrifft. Dies gilt auch unter Berücksichtigung dessen, dass die Beklagte in der Ankündigung bei der Berechnung der voraussichtlichen Mieterhöhung auf das bis 31. Dezember 2018

geltende Recht abgestellt hat. Denn diese Angabe diene weder dazu, die sich aus der Ankündigung ergebenden Rechte und Pflichten der Mieter zu beeinträchtigen, noch beeinträchtigte sie diese tatsächlich, selbst wenn es der Beklagten verwehrt wäre, die Mieterhöhung nach den bis 31.12.2018 geltenden Regeln zu berechnen.

9.2 Inhaltliche Anforderungen

Gemäß § 555d Abs. 1 BGB hat der Mieter Modernisierungsmaßnahmen i.S.d. § 555b BGB zu dulden, wobei der Vermieter dem Mieter die Maßnahmen nach § 555c BGB anzukündigen hat. Die letztgenannte Vorschrift ist gemäß Art. 229 § 49 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auf das gegenständliche Mietverhältnis in der vom 1. Mai 2013 bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung des Gesetzes über die energetische Sanierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln vom 11. März 2013³⁶⁶ anzuwenden, weil das Mietverhältnis am 31. Dezember 2018 bereits entstanden und der Beklagten das Ankündigungsschreiben vor diesem Datum zugegangen war.

Gemäß § 555c Abs. 1 Satz 1 BGB aF hat der Vermieter dem Mieter eine Modernisierungsmaßnahme spätestens drei Monate vor ihrem Beginn in Textform anzukündigen. Die Ankündigung muss gemäß § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB aF Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen (Nr. 1), den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme (Nr. 2), den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung, sofern eine Erhöhung nach § 559 BGB verlangt werden soll, sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten (Nr. 3) enthalten.

Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Mietrechtsreform im Jahr 2001 ausdrücklich gegen zu strenge Anforderungen an den Inhalt von Modernisierungsankündigungen des Vermieters ausgesprochen und die zuvor vertretenen Maßstäbe abgesenkt³⁶⁷. Hieran sollte sich auch unter der Geltung des § 555c BGB aF nichts ändern³⁶⁸.

³⁶⁶ BGBl. I S. 434; im Folgenden: BGB aF.

³⁶⁷ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f., 49 f.; BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 28; jeweils zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

³⁶⁸ vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 20.

Danach ist der Mindestinhalt der Modernisierungsankündigung einerseits an dem Informationsbedürfnis des Mieters auszurichten. Diesem soll durch die Vermittlung zureichender Kenntnis eine sachgerechte Beurteilung der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme ermöglicht werden, insbesondere hinsichtlich seiner Duldungspflicht, der für ihn zu treffenden Maßnahmen und der gegebenenfalls zu ziehenden vertragsrechtlichen Konsequenzen³⁶⁹. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass die Mitteilungspflichten nicht darauf abzielen, die Befugnis des Vermieters zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB) einzuschränken, sondern dass sie dem Mieter hierbei lediglich einen ergänzenden Schutz gewähren sollen³⁷⁰. Die Verwirklichung dieses ergänzenden Schutzes darf 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 hierdurch den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt³⁷¹.

Für Maßnahmen der energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) bedarf es vor diesem Hintergrund - vergleichbar mit den an ein entsprechendes Mieterhöhungsverlangen zu stellenden Anforderungen (§ 559b Abs. 1 BGB) - der Information des Mieters über diejenigen Tatsachen, die es ihm ermöglichen, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahme auf den Mietgebrauch abzuschätzen sowie, gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe, (überschlägig) vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten baulichen Maßnahmen voraussichtlich zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden³⁷².

Diesen Anforderungen wird die hier vorgenommene Ankündigung gerecht³⁷³. Insbesondere ergibt sich aus ihr hinreichend deutlich, welche Arbeiten im Einzelnen beabsichtigt sind und inwieweit die baulichen Maßnahmen zu einer

³⁶⁹ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f.; BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 30; jeweils zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

³⁷⁰ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

³⁷¹ vgl. BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 31 m.w.N. zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

³⁷² vgl. BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 332/18, NZM 2020, 281 Rz. 26; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 18 m.w.N. [zur Mieterhöhungserklärung].

³⁷³ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

nachhaltigen Einsparung von Endenergie bezogen auf die Wohnung der Beklagten führen sollen.

Das Ankündigungsschreiben stellt den Umfang der Baumaßnahmen sowie deren Auswirkungen auf den Mietgebrauch ausreichend dar.

Hiernach ist für sämtliche Wohnungen, also auch die Wohnung der Beklagten, geplant, diese an die neu zu installierende Zentralheizung mit Gas-Brennwertkessel anzuschließen und sie zugleich unter Ausbau der Gasthermen und Austausch des Gasherds gegen einen Elektroherd vom Gasnetz zu trennen. Die Verbindung soll über eine "Wohnungsstation" erfolgen, die über isolierte Leitungsstränge mit der Zentralheizung verbunden werden soll. In den Wohnungen ist ein Austausch der vorhandenen Heizkörper gegen Plattenheizkörper sowie deren Anschluss an die "Wohnungsstation" durch verkleidete Ringleitungen unter Rückbau der sichtbaren Heizungsrohre geplant. Die Regelung der Heizung soll künftig über ein Thermostat erfolgen. Hierdurch wird - insbesondere im Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen zur voraussichtlichen Dauer und Organisation der Umsetzung - der Umfang der geplanten Arbeiten und deren voraussichtliche Auswirkung auf den Mietgebrauch sämtlicher Wohnungen hinreichend umrissen.

Die Ankündigung ermöglicht der Beklagten - gegebenenfalls unter Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe - auch überschlägig zu beurteilen, ob der Einbau einer Gaszentralheizung eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie gerade in Bezug auf ihre Wohnung bewirken wird. Denn aus der "Berechnung der Energieeinsparung", welche der Modernisierungsankündigung als Anlage beigefügt war, ergibt sich, dass für sämtliche betroffenen Wohnungen der Gebäudekomplexe eine dauerhafte Reduktion der Endenergie von aktuell insgesamt 213.970 kWh im Jahr auf (künftig) 189.375 kWh im Jahr geplant sei. Damit ist vorliegend die Energieeinsparung hinreichend erläutert, in deren Folge - bezogen auf alle Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 1.186,88 m² - eine Reduktion der Verbrauchskosten um 0,08 €/m² Wohnfläche im Monat erreicht werden soll.

Diese Berechnung ist nicht deshalb "unbrauchbar", weil es ihr an einem konkreten Bezug zur Wohnung der Beklagten fehlt. Dieser Bezug kann vorliegend un schwer hergestellt werden. Der Beklagten ist es anhand der Berechnung mög-

lich, aus der für alle Wohnungen prognostizierten Energieersparnis von 24.595 kWh im Jahr (213.970 kWh/a - 189.375 kWh/a) anhand der Gesamtzahl der Quadratmeter (1.186,88 m²), auf die diese Ersparnis entfällt, die auf ihre 76,21 m² große Wohnung entfallende prognostizierte jährliche Energieersparnis zu errechnen. Diese beläuft sich auf 1.579,25 kWh im Jahr (24.595 kWh/a ÷ 1.186,88 m² x 76,21 m²).

Auch dem Berufungsgericht war es auf Grundlage der gemachten Angaben ohne weiteres möglich, für die Wohnung der Beklagten eine konkrete monatliche Heizkosteneinsparung von 6,10 € zu errechnen. Ob dies im Ergebnis "keine signifikante, geschweige denn eine deutliche Ersparnis" darstellt, ist im Rahmen der Prüfung der formellen Ordnungsgemäßheit der Ankündigung nach § 555c BGB ohne Bedeutung³⁷⁴.

Einen weiteren Anhaltspunkt zur Plausibilitätsprüfung der mitgeteilten Energieeinsparung bietet zudem der für die Versorgung mit Heizenergie und Warmwasser für die Zukunft geschätzte Nebenkostenvorschuss von 1,50 €/m², der für die Wohnung der Beklagten künftig in Höhe von 114,32 € (1,50 €/m² x 76,21 m²) erhoben werden soll und den die Klägerin gemäß § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BGB angegeben hat. Diesen kann die Beklagte - unter Einbeziehung der eigenen Wohnverhältnisse und des eigenen Verbrauchsverhaltens - mit den bisher für die Versorgung mit Gas aufgewandten Kosten vergleichen.

Die Modernisierungsankündigung ist auch nicht deshalb unzureichend, weil die Klägerin die tatsächlich vorhandene Ausstattung der Beklagtenwohnung und die damit einhergehenden Verbräuche nicht beziehungsweise angegeben hat. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Wohnung der Beklagten über einen baulichen Zuschnitt bzw. über Ausstattungsmerkmale verfügt, welche von denjenigen anderer Wohnungen in den Gebäudekomplexen derart abweichen, dass der Beklagten eine Prüfung der mitgeteilten Energieeinsparung auf Plausibilität nicht möglich wäre. Allein ihre Lage im zweiten Obergeschoss des Anwesens stellt eine solche Besonderheit nicht dar. Das Berufungsgericht führt - ebenso wie die Revisionserwiderung - nicht aus, welche "tatsächlichen Gegebenheiten der Beklagtenwohnung", die für die anzustellende Plausibilitätsprüfung einer Energieersparnis relevant und der Beklagten nicht

³⁷⁴ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

ebenso bekannt wären bzw. bekannt sein müssten, seitens der Klägerin anzugeben seien. Über den individuellen Energieverbrauch der Beklagten hat die Klägerin keine Kenntnis, da dieser direkt mit dem Energieversorger abgerechnet wird.

Aufgrund der vorgelegten Berechnung bedurfte es vorliegend auch nicht der Angabe der konkreten Wirkungsgrade der alten sowie der neuen Heizungsanlage³⁷⁵.

Soweit das Berufungsgericht auch bezüglich des Austauschs des Gasherds durch einen Elektroherd eine wirksame Modernisierungsankündigung verneint, verkennt es, dass es sich hierbei nach dem von der Klägerin angekündigten Gesamtkonzept um eine notwendige Begleitmaßnahme der Heizungsmodernisierung handelt.

Ausweislich der Ankündigung werden infolge des Wegfalls der Gasetagenheizungen die bisherigen Gasleitungen aus den Mieteinheiten entfernt, so dass der Betrieb eines Gasherds nicht mehr möglich ist. Damit sind dem Mieter der Umfang und die Auswirkungen der Modernisierungsmaßnahme für seinen Mietgebrauch hinlänglich dargelegt. Der vom Berufungsgericht auch insoweit vermissten Angabe einer Energieeinsparung bedarf es insoweit daher schon im Ansatz nicht.

10 Mieterhöhung

10.1 Nach § 557b BGB

10.1.1 Wirksame Indexklausel

Nach § 557b Abs. 1 BGB können die Vertragsparteien schriftlich vereinbaren, dass die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland - Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI) - bestimmt wird (Indexmiete). Dies haben die Parteien vorliegend formularvertraglich (§ 305 Abs. 1 BGB) getan. Entgegen der Ansicht der Revision verstößt diese Klausel nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

³⁷⁵ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, WuM 2020, 485.

Dabei kann dahinstehen, ob die formularvertragliche Vereinbarung einer Indexmiete als eine die Miethöhe unmittelbar regelnde Bestimmung und damit gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB im Übrigen nicht kontrollfähige Preis(haupt)abrede³⁷⁶ oder als Preisnebenabrede³⁷⁷ anzusehen ist³⁷⁸, da hier ausschließlich die Einhaltung des Transparenzgebots in Rede steht und aus § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB folgt, dass dieses auch für das Hauptleistungsversprechen gilt³⁷⁹.

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht klar und verständlich ist. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen sowie wirtschaftliche Nachteile und Belastungen so weit erkennen zu lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann³⁸⁰.

Bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Dabei sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden³⁸¹.

Diesen Anforderungen wird die vorliegende Vertragsklausel zur Indexmiete gerecht³⁸².

³⁷⁶ so BeckOGK/Siegmund, Stand: 1. April 2021, § 557b BGB Rz. 53; vgl. auch BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, NJW 2012, 1502 Rz. 21 [zur Staffelmiete].

³⁷⁷ so Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl., § 557b BGB Rz. 20a.

³⁷⁸ zur Abgrenzung vgl. BGH v. 14.5.2014 - VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 Rz. 15; BGH v. 23.8.2018 - III ZR 192/17, NJW 2019, 47 Rz. 14 f.; jeweils m.w.N.

³⁷⁹ vgl. BGH v. 7.2.2019 - III ZR 38/18, NJW-RR 2019, 942 Rz. 21 m.w.N.

³⁸⁰ vgl. BGH v. 9.12.2015 - VIII ZR 349/14, NJW 2016, 2101 Rz. 29; BGH v. 7.2.2019 - III ZR 38/18, NJW-RR 2019, 942 Rz. 22; BGH v. 10.6.2020 - VIII ZR 289/19, WPM 2020, 1840 Rz. 52.

³⁸¹ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 104/14, WPM 2015, 1487 Rz. 17; BGH v. 22.3.2018 - IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 Rz. 35.

³⁸² BGH v. 26.5.2021 - VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

Die Klausel ist nicht wegen der fehlenden Angabe eines Basisjahrs des Verbraucherpreisindexes intransparent. Einer solchen Angabe bedarf es vorliegend nicht³⁸³.

Der Verbraucherpreisindex für Deutschland misst die durchschnittliche Preisentwicklung aller Waren und Dienstleistungen, die private Haushalte für Konsumzwecke erwerben. Die Preisentwicklung im Verbraucherpreisindex wird jeweils als Indexzahl mit Bezug auf ein Basisjahr (derzeit 2015) und dieses im Jahresdurchschnitt mit 100 Punkten angegeben.

Der Verbraucherpreisindex wird sowohl monatlich entsprechend der aktuellen Preisentwicklung fortgeschrieben als auch in regelmäßigen Abständen einer grundlegenden Revision unterzogen und auf ein neues Basisjahr umgestellt. Diese Umstellung, durch welche dem Wandel in den Verbrauchs- und Einkaufsgewohnheiten Rechnung getragen und neue Entwicklungen berücksichtigt werden, geschieht in der Regel alle fünf Jahre. Dabei erfolgt eine umfassende Neuberechnung, bei welcher nicht nur - wie bei der regelmäßigen monatlichen Fortschreibung - im Wesentlichen die Preisentwicklungen der Waren und Dienstleistungen berücksichtigt, sondern auch die Gewichtung der einzelnen Güter und Dienstleistungen neu vorgenommen und methodische Veränderungen in der Datenerhebung und -verarbeitung umgesetzt werden³⁸⁴. Die hier nach auf ein neues Basisjahr umgestellten und veröffentlichten Lebenshaltungskostenindizes spiegeln damit nicht nur eine reine Preissteigerung, sondern auch die geänderten Verbrauchsgewohnheiten wider.

Mit der Umstellung auf ein neues Basisjahr - dieses hat im Jahresdurchschnitt den Indexstand 100 - werden die bisherigen Indexwerte (rückwirkend bis 1991) auf dieses Basisjahr umgerechnet. Die zuvor - unter Zugrundelegung des alten Basisjahrs - berechneten und veröffentlichten Indexreihen verlieren rückwirkend ihre Gültigkeit. Die neu berechneten Ergebnisse ersetzen die vorher veröffentlichten Zahlen und können - da sie Folge einer grundlegend anderen methodischen Vorgehensweise sind - durch eine rein rechnerische Umbasierung der

³⁸³ BGH v. 26.5.2021 – VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

³⁸⁴ vgl. BGH v. 7.11.2012 - XII ZR 41/11, WuM 2013, 32 Rz. 28 [zur methodischen Weiterentwicklung mit dem Basisjahr 2000]; Statistisches Bundesamt, Hintergrundpapier zur Revision des Verbraucherpreisindex für Deutschland 2019, S. 1 [zur Umstellung vom Basisjahr 2010 auf das Basisjahr 2015].

alten Indexzahlen nicht nachvollzogen werden³⁸⁵. Da somit der auf dem neuen Basisjahr beruhende Verbraucherpreisindex anders zusammengesetzt ist als der vorherige, ist ein unmittelbarer Vergleich der Indizes, die auf unterschiedlichen Basisjahren beruhen, nicht möglich.

Dies zu Grunde gelegt bedarf es einer Angabe des Basisjahrs zur Berechnung der Mietänderung jedenfalls bei einer Indexmietvereinbarung wie der vorliegenden, bei welcher die Mietentwicklung an die prozentuale Änderung des Verbraucherpreisindex geknüpft ist, nicht³⁸⁶.

Zum einen verlangt der Wortlaut des § 557b Abs. 1 BGB eine solche Festlegung nicht. Hiernach genügt die schriftliche Vereinbarung, dass die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland bestimmt wird (Indexmiete). An diesem Gesetzeswortlaut haben sich die Parteien vorliegend orientiert. Einer Erläuterung, wie sich die Mietänderung im Einzelfall berechnet, bedarf es nicht³⁸⁷.

Überdies wäre bei der hier vereinbarten Prozentklausel die Festlegung eines Basisjahrs im Mietvertrag für die (spätere) Berechnung der Mietänderung, anders als bei einer sogenannten Punkteklausel, bei welcher maßgebend ist, ob die Indexentwicklung einen bestimmten Punktwert erreicht, unerheblich³⁸⁸.

Denn die Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Geltung einer Indexmiete geht dahin, mit der Prozentklausel nicht den Verbraucherpreisindex nach einem fixen Basisjahr in Bezug zu nehmen, sondern - ungeachtet einer Festlegung im Mietvertrag - den Index nach dem jeweils gültigen Basisjahr. Dies folgt daraus, dass solche Verbraucherpreisindizes, die auf unterschiedlichen Basisjahren beruhen, nicht miteinander vergleichbar sind und mit der Veröffentlichung der

³⁸⁵ vgl. etwa Bekanntmachung der Verbraucherpreisindizes für Deutschland, Basisjahr 2000, FamRZ 2003, 506.

³⁸⁶ vgl. AG Charlottenburg, GE 2010, 1547; Staudinger/J. Emmerich, Neubearb. 2021, § 557b BGB Rz. 23; BeckOK-Mietrecht/M. Schultz, Stand: 1. Februar 2021, § 557b BGB Rz. 13; BeckOGK/Siegmund, Stand: 1. April 2021, § 557b BGB Rz. 48; Spielbauer/Schneider/Ettl, Mietrecht, 2. Aufl., § 557b BGB Rz. 9; Ruff, WuM 2006, 543, 544; a.A. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl., § 557b BGB Rz. 29

³⁸⁷ vgl. BGH v. 21.2.1990 - VIII ZR 216/89, NJW-RR 1990, 886 unter II 2 b bb [zum "Fehlschlagen der Nachbesserung"]; BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, NJW 2016, 1308 Rz. 16, 18 ff. [zur Übertragung "der Betriebskosten"].

Indexreihen für ein neues Basisjahr allein diese Gültigkeit haben, während die früheren Veröffentlichungen auf einem statistisch überholten Berechnungsschema beruhen und daher nicht länger herangezogen werden können³⁸⁹. Damit wäre selbst ein in der Vereinbarung einer Indexmiete genanntes Basisjahr für die Berechnung der Mietänderung unerheblich, wenn der Verbraucherpreisindex für Deutschland im Zeitpunkt der Mietänderungserklärung bereits auf ein neues Basisjahr umgestellt wurde.

Aufgrund dieser Bezugnahme der Mietvertragsparteien auf den jeweils aktuellen Verbraucherpreisindex ist für den Mieter auch ohne ausdrückliche Angabe des Basisjahrs erkennbar, wie die Mieterhöhung im Einzelfall zu berechnen ist.

Die Klausel über die Vereinbarung einer Indexmiete ist auch nicht deshalb intransparent, weil in ihr der Anknüpfungspunkt der Wartefrist des § 557b Abs. 2 Satz 1 BGB nicht genannt ist. Hiernach muss die Miete während der Geltung einer Indexmiete, von Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 BGB abgesehen, jeweils mindestens ein Jahr unverändert bleiben.

Der Angabe des Beginns dieser Wartefrist bedarf es ausweislich des Wortlauts von § 557b Abs. 1 BGB zur wirksamen Vereinbarung einer Indexmiete nicht³⁹⁰.

Die Frage der Einhaltung der Wartefrist wird (erst) mit der konkreten Erhöhungserklärung relevant. Während § 557b Abs. 1 BGB die Voraussetzungen der Vereinbarung einer Indexmiete regelt, betrifft § 557b Abs. 2 BGB mit der dort enthaltenen Wartefrist die Rechtsfolgen einer (wirksamen) Vereinbarung. Somit ist die Wartefrist eine gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der konkreten Änderungserklärung, nicht jedoch für die eigentliche Vereinbarung einer Indexmiete³⁹¹.

Durch die zusätzliche Angabe in der Klausel, wonach "der Mietzins jeweils mindestens ein Jahr unverändert" bestanden haben müsse, wird diese auch nicht etwa im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unverständlich. Insoweit wird der

³⁸⁸ vgl. BGH v. 4.3.2009 - XII ZR 141/07, NZM 2009, 398 Rz. 20; Statistisches Bundesamt, Anleitung für die Berechnung von Schwellenwerten und Veränderungsraten für Wertsicherungsklauseln, Stand: März 2019, S. 54.

³⁸⁹ vgl. BGH v. 7.11.2002 - XII ZR 41/11, WuM 2013, 32 Rz. 25.

³⁹⁰ BGH v. 26.5.2021 – VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

³⁹¹ vgl. Staudinger/J. Emmerich, Neubearb. 2021, § 557b BGB Rz. 28.

Sache nach lediglich der Wortlaut des § 557b Abs. 2 Satz 1 BGB wiedergegeben. Dass in der Klausel darüber hinaus nicht ausdrücklich geregelt ist, zu welchem Zeitpunkt diese gesetzlich vorgeschriebene Frist beginnen soll, macht diese schon deshalb nicht intransparent, weil das Transparenzgebot es nicht verlangt, die aus dem Gesetz oder der Rechtsnatur eines Vertrags folgenden Rechte der Vertragsparteien ausdrücklich oder vollständig zu regeln³⁹².

10.1.2 Beifügung eines falschen Index in der Erhöhungserklärung

Gemäß § 557b Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB muss eine Änderung der Indexmiete durch Erklärung in Textform geltend gemacht werden. Dabei sind die eingetretene Änderung des Preisindexes sowie die jeweilige Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag anzugeben.

Diese Voraussetzungen erfüllt die vorliegende Erklärung. Sie ist nicht deshalb unwirksam, weil der Kläger ihr den vom Statistischen Landesamt Baden-Württemberg ermittelten Index beigefügt hat³⁹³.

Zwar richtet sich die Indexmiete allein nach dem vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland (§ 557b Abs. 1 BGB³⁹⁴). Zur formellen Wirksamkeit der Mietänderungserklärung muss dieser Index jedoch nicht beigefügt werden.

Die Beifügung des zur Berechnung der Mietänderung nicht maßgebenden Indexes eines Landesamts führt nicht zur Unwirksamkeit der Erklärung wegen Widersprüchlichkeit³⁹⁵. Für den beklagten Mieter war klar erkennbar, dass der Mietänderung der Verbraucherpreisindex des Statistischen Bundesamts zu Grunde lag, denn der Kläger hat in der Erhöhungserklärung auf die Regelung im Mietvertrag und die dortige Vereinbarung der "Entwicklung der Miete an den Lebenshaltungsindex aller privater Haushalte in der Bundesrepublik Deutschland (jetzt: Verbraucherindex)" verwiesen. Ernsthafte Zweifel, auf Grundlage welchen Indexes die Mietänderung berechnet wurde, konnten hiernach beim Beklagten nicht aufkommen.

³⁹² st. Rspr.; vgl. BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, NJW 2016, 1308 Rz. 18 m.w.N.

³⁹³ BGH v. 26.5.2021 – VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

³⁹⁴ vgl. auch BT-Drucks. 13/9347, S. 55; 14/4553, S. 53.

³⁹⁵ BGH v. 26.5.2021 – VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

10.2 nach § 558 BGB

10.2.1 maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete

Maßgebend für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist der Zeitpunkt, zu dem das Erhöhungsverlangen dem Mieter zugeht³⁹⁶ und nicht der Zeitpunkt, ab dem der Mieter die erhöhte Miete gegebenenfalls schuldet. Die nach § 558 Abs. 2 BGB aF maßgebliche Vierjahresfrist erstreckt sich demnach vom Zugang des Erhöhungsverlangens an vier Jahre zurück. Im Streitfall ist das Mieterhöhungsverlangen der Klägerin vom 20. Juli 2017 unstreitig noch im Juli 2017 zugegangen und die Vierjahresfrist entsprechend zu bemessen.

Der Sachverständige hat seiner Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete unter Anwendung des Vergleichswertverfahrens indes Mietentgelte für vergleichbaren Wohnraum zugrunde gelegt, die in dem Zeitraum vom 1. Oktober 2013 bis 1. Oktober 2017 (neu) vereinbart oder geändert worden sind. Unschädlich ist das zwar insoweit, als der Sachverständige drei der insgesamt 14 Vergleichswohnungen in seine Betrachtung einbezogen hat, für die das Mietentgelt im Jahr 2013 (neu) vereinbart beziehungsweise geändert wurde, ohne dass sich dem Gutachten entnehmen ließe, zu welchem Zeitpunkt in diesem Jahr das genau der Fall war. Denn insoweit ist nach den ausdrücklichen Angaben des Sachverständigen zum berücksichtigten Vierjahreszeitraum zweifellos davon auszugehen, dass es sich um Vereinbarungen beziehungsweise Änderungen der Miete aus dem Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2013 handelt. Da dieser Zeitraum innerhalb der genannten hier maßgeblichen Betrachtungszeitspanne liegt, ist die Berücksichtigung der betreffenden Mietentgelte nicht zu beanstanden³⁹⁷.

Anders verhält es sich jedoch in Bezug auf diejenigen vom Sachverständigen berücksichtigten zwei Vergleichswohnungen, für die das Mietentgelt im Jahr 2017 (neu) vereinbart beziehungsweise geändert wurde, ohne dass sich dem Gutachten entnehmen ließe, zu welchem Zeitpunkt in diesem Jahr das genau der Fall war. Hier lässt sich anhand der bisher getroffenen Feststellungen nicht

³⁹⁶ BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 346/10, NJW 2012, 1351 Rz. 30; vgl. auch BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NJW-RR 2006, 227 Rz. 15; jeweils m.w.N.

³⁹⁷ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

ausschließen, dass die herangezogenen Mietentgelte in einem außerhalb des maßgeblichen Betrachtungszeitrahmens liegenden Zeitraum - namentlich zwischen dem Zugang des Erhöhungsverlangens im Juli 2017 bis zu dem fehlerhaft angenommenen Stichtag am 1. Oktober 2017 - vereinbart beziehungsweise geändert wurden und der Entscheidungsfindung deshalb nicht hätte zugrunde gelegt werden dürfen.

Dies ist hier auch relevant:

Ließe man die im Jahr 2017 vereinbarten beziehungsweise geänderten Mietentgelte in Höhe von 10,22 €/m² und 8,39 €/m² bei ansonsten gleichbleibender Berechnung des Vergleichswerts außer Betracht, ergäbe sich eine Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete von 6,19 €/m² bis 9,73 €/m² (anstelle von 6,19 €/m² bis 10,22 €/m²) mit einem arithmetischen Mittelwert von 7,89 €/m² (anstelle von 8,09 €/m²), und im Ergebnis sodann ein Vergleichswert von 8,06 €/m² (anstelle von 8,28 €/m²). Da dieser unterhalb der verlangten Miete (8,10 €/m²) liegt, handelt es sich hierbei um einen ergebnisrelevanten Gesichtspunkt.

10.2.2 Mitteilung der Mietpreisspanne und Beifügung des Mietspiegels

Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Nach § 558a Abs. 1 BGB ist das Erhöhungsverlangen dem Mieter in Textform (§ 126b BGB) zu erklären und zu begründen, wobei gemäß § 558a Abs. 2 Nr. 1 BGB zur Begründung auf einen Mietspiegel Bezug genommen werden kann.

Die Begründung soll dem Mieter - auch im Interesse einer außergerichtlichen Einigung zur Vermeidung überflüssiger Prozesse - die Möglichkeit eröffnen, die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens zu überprüfen und sich darüber schlüssig zu werden, ob er dem Erhöhungsverlangen zustimmt oder nicht³⁹⁸.

³⁹⁸ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rz. 47; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, WuM 2020, 86 Rz. 15; BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, NJW 2019, 3142 Rz. 25; BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, NJW 2019, 303 Rz. 54; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 18, 22; jeweils m.w.N.

Hierfür ist es erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens gibt. Zwar dürfen an die Begründung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Das Erhöhungsverlangen muss aber - in formeller Hinsicht - Angaben über die Tatsachen enthalten, aus denen der Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können³⁹⁹.

Im Fall der Bezugnahme auf einen Mietspiegel (§ 558a Abs. 2 Nr. 1, §§ 558c, 558d BGB) muss die Begründung deshalb - wie sich, sofern ein qualifizierter Mietspiegel vorliegt, unmittelbar auch aus der Regelung des § 558a Abs. 3 BGB ergibt - die Angaben zur Wohnung enthalten, die nach diesem Mietspiegel für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bestimmend sind⁴⁰⁰.

Diesen Anforderungen wird das Mieterhöhungsverlangen gerecht⁴⁰¹.

Der von der Klägerin in Bezug genommene Nürnberger Mietspiegel 2018 bildet die ortsübliche Vergleichsmiete ab, indem er zunächst eine - allein anhand der Wohnfläche zu bestimmende - Basismiete ausweist (Tabelle 1), sodann konkrete Merkmale betreffend Baujahr, Ausstattung und Lage benennt, die einen der Höhe nach vorgegebenen Ab- beziehungsweise Zuschlag rechtfertigen (Tabelle 2), und schließlich von einer für alle Wohnungen gleichermaßen geltenden Mietpreisspanne von +/- 20 % um den auf diese Weise ermittelten Tabellenwert (= Mittelwert) ausgeht (Tabelle 3).

Die Klägerin hat in dem Erhöhungsschreiben - neben der ihrer Meinung nach zutreffenden ortsüblichen Vergleichsmiete (627,98 €) - alle danach maßgeblichen Merkmale der Wohnung benannt, um die ortsübliche Vergleichsmiete anhand des Mietspiegels zu ermitteln, namentlich die Wohnfläche (hier: 80 m²) sowie die Merkmale, die aus Sicht der Klägerin Zu- bzw. Abschläge in der je-

³⁹⁹ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rz. 48; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, WuM 2020, 86 Rz. 15 f.; BGH v. 16.10.2019 - VIII ZR 340/18, NJW-RR 2019, 1482 Rz. 13 f.; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 18; BGH v. 3.2.2016 - VIII ZR 69/15, NJW 2016, 1385 Rz. 11; BGH v. 26.4.2016 - VIII ZR 54/15, NJW 2016, 2565 Rz. 5; jeweils m.w.N.

⁴⁰⁰ vgl. BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 13; BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 316/07, WuM 2009, 239 Rz. 8; BGH v. 26.4.2016 - VIII ZR 54/15, NJW 2016, 2565 Rz. 5.

⁴⁰¹ BGH v. 7.7.2021 - VIII ZR 167/20, ■.

weils vorgegebenen Höhe rechtfertigen (hier: Altstadtlage [+ 4 %], Baujahr 1957 [- 1 %], kein Balkon [- 3 %] und keine Sprechanlage [- 2 %]). Da die Bestimmung der konkreten Mietpreisspanne ausschließlich von dem sich aus diesen Daten ergebenden Tabellenwert und nicht etwa von weiteren Faktoren abhängt, wird dem Beklagten durch jene Angaben die (ansatzweise) Überprüfung der Berechtigung der Mieterhöhung ermöglicht.

Entgegen der - bereits in einem früheren Urteil vertretenen (LG Nürnberg-Fürth, WuM 2015, 160) - Ansicht des Berufungsgerichts ist es in einem solchen Fall nicht erforderlich, dass dem Erhöhungsverlangen entweder der vom Vermieter herangezogene Mietspiegel beigefügt wird oder das Schreiben die nach diesem Mietspiegel gegebene Mietpreisspanne aufführt beziehungsweise wenigstens auf das Bestehen einer solchen Spanne hinweist.

Nach der Rechtsprechung des BGH muss der vom Vermieter zur Begründung seines Erhöhungsverlangens herangezogene Mietspiegel jenem Schreiben nicht beigefügt werden, wenn es sich um einen - etwa durch Veröffentlichung im Amtsblatt - allgemein zugänglichen Mietspiegel handelt⁴⁰², was auch dann zu bejahen ist, wenn der Mietspiegel gegen eine geringe Schutzgebühr (etwa 3 €) von privaten Vereinigungen an jedermann abgegeben wird⁴⁰³ oder der Vermieter dem Mieter eine - wohnortnahe - Einsichtsmöglichkeit anbietet⁴⁰⁴. Denn in einem solchen Fall ist es dem Mieter zumutbar, zur Überprüfung des Erhöhungsverlangens auf den ihm - wenngleich unter gewissen Mühen und/oder nur gegen einen geringfügigen Kostenaufwand - zugänglichen Mietspiegel zuzugreifen.

Auch die sich aus dem Mietspiegel ergebende Mietpreisspanne muss der Vermieter zur Erfüllung der formellen Voraussetzungen des § 558a BGB nicht in jedem Fall angeben. Als entbehrlich hat der BGH diese Angabe ausdrücklich angesehen, wenn der Vermieter, der sein Erhöhungsverlangen auf einen Mietspiegel stützt, der in Form von Tabellenfeldern für Wohnungen einer bestimmten Kategorie jeweils eine bestimmte Mietpreisspanne ausweist, das seiner Auffassung nach einschlägige Mietspiegelfeld mitteilt. Denn in diesem Fall kann

⁴⁰² BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 15.

⁴⁰³ BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 276/08, NJW 2010, 225 Rz. 10 f.; BGH v. 28.4.2009 - VIII ZB 7/08, NJW-RR 2009, 1021 Rz. 6; BGH v. 31.8.2010 - VIII ZR 231/09, WuM 2010, 693 Rz. 2.

⁴⁰⁴ vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 74/08, NJW 2009, 1667 Rz. 9.

der Mieter die maßgebliche Mietpreisspanne dem betreffenden Mietspiegel ohne weiteres entnehmen⁴⁰⁵.

(2) Nach diesen Grundsätzen musste die Klägerin ihrem Erhöhungsverlangen hier - anders als vom Berufungsgericht angenommen - weder den ihrerseits herangezogenen Mietspiegel beifügen noch in dem betreffenden Schreiben die einschlägige Mietpreisspanne oder jedenfalls angeben, dass der herangezogene Mietspiegel Spannen enthält.

10.2.3 Begründung bei Teilinklusive miete

Die gemäß § 558a BGB erforderliche Begründung des Mieterhöhungsbegehrens soll dem Mieter die Möglichkeit geben, dessen sachliche Berechtigung - zumindest im Ansatz - zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden. Deshalb muss das Mieterhöhungsverlangen dem Mieter konkrete Hinweise zur sachlichen Berechtigung des Begehrens geben, damit der Mieter es innerhalb der Überlegungsfrist zumindest im Ansatz überprüfen und sich darüber schlüssig werden kann, ob er seine Zustimmung ohne eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Vermieter erteilt⁴⁰⁶.

Hierzu ist es erforderlich, dass der Mieter dem Mieterhöhungsverlangen die begehrte erhöhte Miete betragsmäßig entnehmen kann und dass die Mieterhöhung durch nähere Hinweise nach § 558a Abs. 2 BGB auf die ortsübliche Vergleichsmiete - etwa durch Bezugnahme auf einen Mietspiegel (§ 558a Abs. 1 Nr. 1 BGB) - begründet wird⁴⁰⁷.

Diesen Anforderungen wird das Mieterhöhungsschreiben der Klägerin gerecht, indem es ausführt, dass sich die Grundmiete - bei unveränderten Vorauszahlungen für Heizung und Betriebskosten - von bisher 408,56 € ab dem 1. November 2018 auf 427,92 € erhöhen soll. Des Weiteren enthält das Mieterhöhungsbegehren unter Bezugnahme auf den örtlichen Mietspiegel nähere Ausführungen zur ortsüblichen Vergleichsmiete der streitigen Wohnung, die mit 8,42 € je qm beziffert wird.

⁴⁰⁵ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 16.

⁴⁰⁶ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rz. 48; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, NZM 2020, 459 Rz. 15; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 12, st. Rspr.

⁴⁰⁷ BGH v. 16.12.2020 - VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 240.

Angaben dazu, ob in der Grundmiete einzelne nicht gesondert umlegbare Betriebskosten enthalten waren, bedurfte es ebenso wenig wie einer Herausrechnung solcher Kosten. Denn nach der Rechtsprechung des VIII: Senats⁴⁰⁸ bedarf es einer solchen Herausrechnung der in der Grundmiete etwa enthaltenen Betriebskosten nicht, wenn auch die begehrte erhöhte (Teilinklusiv-)Miete die (anhand reiner Nettomieten) ermittelte ortsübliche Vergleichsmiete nicht übersteigt. Einer Herausrechnung des etwa in der Grundmiete enthaltenen Betriebskostenanteils bedarf es vielmehr nur dann, wenn eine begehrte erhöhte Teilinklusivmiete höher liegt als die in dem Mieterhöhungsschreiben genannte, auf reinen Nettomieten basierende ortsübliche Vergleichsmiete.

In einem solchen Fall kann der Mieter nämlich die Berechtigung des Mieterhöhungsbegehrens insoweit nicht überprüfen, als es die genannte ortsübliche Vergleichsmiete übersteigt. Deshalb ist es in derartigen Fällen erforderlich, dass der Vermieter in seinem Mieterhöhungsschreiben Angaben zur Höhe der in der Miete enthaltenen Betriebskosten macht. Diese kann er dann entweder von der Teilinklusivmiete abziehen und die so "bereinigte" Miete der im Mietspiegel ausgewiesenen ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüberstellen oder alternativ die Mietspiegelmiete um den Betriebskostenanteil erhöhen und den so ermittelten Betrag der vereinbarten Teilinklusivmiete gegenüberstellen⁴⁰⁹ (). Vorliegend war ein derartiges Rechenwerk indes - wie ausgeführt - nicht erforderlich, weil die begehrte erhöhte Miete von 5,56 € je qm weit unter der ortsüblichen Vergleichsmiete von 8,42 € je qm lag.

Es fehlt es dem Mieterhöhungsbegehren der Klägerin auch nicht deshalb an einer ausreichenden Begründung im Sinne des § 558a BGB, weil es untrennbar mit einem Angebot zur Änderung der Mietstruktur verbunden gewesen wäre und der Beklagte deshalb nicht hätte erkennen können, in welchem Umfang das Erhöhungsverlangen auf die begehrte Änderung der Mietstruktur gerichtet ist und inwiefern es sich auf § 558 BGB stützt⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 11.

⁴⁰⁹ vgl. BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NZM 2006, 101 Rz. 13; BGH v. 20.1.2020 - VIII ZR 141/09, NJW-RR 2010, 735 Rz. 13 f.

⁴¹⁰ vgl. BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 321/09, NJW 2010, 2945 Rz. 10 ff.

Ein solches Angebot hat die Klägerin nicht abgegeben⁴¹¹. Das Mieterhöhungsverlangen enthält schon keinerlei Angaben dazu, welche Betriebskosten im Mietverhältnis der Parteien gesondert umlegbar sind. Erst recht ist - selbst bei Unterstellung einer fortbestehenden Teilklausivmiete wie zu Beginn des Mietverhältnisses - nicht ansatzweise erkennbar, dass die Klägerin mit dem Mieterhöhungsbegehren auch eine vertragliche Änderung der Mietstruktur in der Weise erstrebte, dass nunmehr auch bisher in der Grundmiete enthaltene Betriebskosten gesondert umgelegt werden dürften.

10.2.4 rechtliche Einordnung der Klagefrist (Änderung der Rechtsprechung)

Bisher hat der VIII. Senat des BGH vertreten, dass die Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung unzulässig ist, wenn ihr ein wirksames Mieterhöhungsverlangen nicht vorausgegangen ist⁴¹². An dieser Rechtsprechung hält er nicht länger fest⁴¹³. Richtigerweise ist die Frage der Einhaltung der Förmlichkeiten des Verfahrens auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung durch den Vermieter nach § 558a BGB (Erklärung und Begründung des Erhöhungsverlangens in Textform) und § 558b Abs. 2 BGB (Fristen zur Erhebung der Zustimmungsklage) insgesamt dem materiellen Recht zuzuordnen und betrifft deshalb die Begründetheit und nicht die Zulässigkeit der Klage.

Die bisherige Rechtsprechung ist - ohne dies näher zu begründen - davon ausgegangen, dass es sich bei den gesetzlichen Bestimmungen, wonach der Vermieter eine Klage auf Zustimmung zu einer begehrten Mieterhöhung erst nach Ablauf einer dem Mieter zu gewährenden Überlegungsfrist und nur innerhalb einer bestimmten sich daran anschließenden Klagefrist zu erheben berechtigt ist (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 MHG, seit dem 1. September 2001 § 558b Abs. 2 BGB), um dem Prozessrecht zuzuordnende Regelungen handelt und die genannten Fristen somit (besondere) Sachurteilsvoraussetzungen der Zustimmungsklage des Vermieters sind. Diese Einordnung hatte zur Folge, dass eine

⁴¹¹ BGH v. 16.12.2020 – VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 240.

⁴¹² BGH v. 20.9.1982 - VIII ARZ 1/82, BGHZ 84, 392 (399) [zu § 2 Abs. 2 MHG]; BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NZM 2004, 581 unter II 4 [zu § 2 Abs. 2 MHG]; BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NJW-RR 2006, 1305 Rz. 6; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 18; BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173 Rz. 13; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 12; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 190/17, WuM 2018, 509 Rz. 11 jeweils zu § 558a BGB und/oder § 558b Abs. 2 BGB.

Zustimmungsklage auch dann als unzulässig abgewiesen wurde, wenn ihr ein wirksames Mieterhöhungsverlangen - also ein solches, das den gesetzlich vorgeschriebenen formellen Anforderungen nach § 558a BGB (früher § 2 Abs. 2 MHG) genügt - nicht vorausgegangen ist; denn in diesem Fall wurde die Überlegungsfrist nach § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) nicht ausgelöst⁴¹⁴. Die genannten Fristen sind jedoch keine besonderen Sachurteilsvoraussetzungen.

Eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen lässt die Klageerhebung vor einem Zivilgericht nur innerhalb einer Frist zu. Diese Klagefristen - so auch jene nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB⁴¹⁵ - bezwecken eine möglichst rasche Klärung des Streits und eine alsbaldige Herstellung des Rechtsfriedens⁴¹⁶. Die dem Mieter eingeräumte - der Klagefrist vorgeschaltete - Überlegungsfrist gemäß § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) dient dabei dem zusätzlichen Zweck, den Mieter vor den (Kosten-)Folgen einer voreilig erhobenen - nach den materiellen Kriterien des § 558 BGB (früher § 2 Abs. 1 MHG) berechtigten - Zustimmungsklage zu schützen⁴¹⁷.

Ob solche Klagefristen dem materiellen Recht oder dem Prozessrecht angehören, hängt in erster Linie von der Wirkung der jeweiligen Frist ab. Um materiellrechtliche Ausschlussfristen handelt es sich, wenn der Ablauf der betreffenden Klagefrist zum Erlöschen des subjektiven Rechts führt, während der Ablauf einer prozessualen Klagefrist den Verlust des Klagerechts der Partei (so etwa der Ablauf der Frist zur Erhebung einer Restitutionsklage gemäß § 586 Abs. 1 ZPO oder der Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen einen Schiedsspruch gemäß § 1059 Abs. 3 ZPO) zur Folge hat⁴¹⁸.

Das Erlöschen des betreffenden subjektiven Rechts infolge des Ablaufs der gesetzlichen Frist zu dessen gerichtlicher Geltendmachung ordnet das Gesetz in manchen Fällen sogar ausdrücklich an (so etwa § 562b Abs. 2 Satz 2 BGB [Erlöschen des Vermieterpfandrechts], § 864 Abs. 1 BGB [Erlöschen von Ans-

⁴¹³ BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

⁴¹⁴ BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NZM 2004, 581.

⁴¹⁵ BT-Drucks. 14/4553, S. 56; BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

⁴¹⁶ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 165.

⁴¹⁷ vgl. BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

⁴¹⁸ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 169.

prüchen wegen Besitzentziehung oder -störung], § 977 Satz 2 BGB [Erlöschen des Bereicherungsanspruchs nach Rechtsverlust], § 1002 Abs. 1 BGB [Erlöschen von Verwendungsersatzansprüchen des Besitzers]). In anderen Fällen ergibt sich diese (materielle) Rechtsfolge aus dem Zusammenspiel gesetzlicher Normen (so etwa bei der Frist zur Beantragung der Eheaufhebung gemäß § 1317 Abs. 1 Satz 1, § 1314 BGB - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BGH, Urteil vom 29. Juni 1957 - IV ZR 88/57, BGHZ 25, 66, 74; bei der Frist zur Anfechtung der Vaterschaft gemäß § 1600b Abs. 1 Satz 1, § 1600 BGB - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BeckOGK-BGB/Reuß, Stand 1. Februar 2020, § 1600b Rn. 26 mwN; bei der Frist für eine Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers gemäß §§ 4, 7 KSchG - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BAGE 150, 234, 236; 163, 24, 26 f.).

Auch die Gesetzessystematik oder der Zweck der jeweiligen Klagefrist können es gebieten, diese als Teil der materiellen Begründetheit der Klage zu behandeln⁴¹⁹.

Nach diesen Grundsätzen sind die in § 558b Abs. 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 MHG) normierten Fristen für die Erhebung der Zustimmungsklage durch den Vermieter dem materiellen Recht zuzuordnen; die Nichteinhaltung dieser Fristen führt somit zur Abweisung der Klage als (derzeit) unbegründet und nicht als unzulässig⁴²⁰.

Denn der Ablauf der nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG) vorgeschriebenen Klagefrist hat zur Folge, dass das betreffende Erhöhungsverlangen des Vermieters als nicht gestellt gilt beziehungsweise als unwirksam angesehen wird⁴²¹. Das bedeutet, dass die Annahmefähigkeit des Angebots auf Vertragsänderung, das der Vermieter in Form des Mieterhö-

⁴¹⁹ so BGH v. 16.1.2009 - V ZR 74/08, BGHZ 179, 230 Rz. 8 f. [zu der Frist für eine Beschlussanfechtungsklage nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG]; BGH v. 14.3.2006 - VI ZR 335/04, NJW 2006, 2482 Rz. 15 [zu der Klagefrist für Ansprüche des Versicherungsnehmers nach deren schriftlicher Ablehnung durch den Versicherer gemäß § 12 Abs. 3 VVG in seiner bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung]; im Ergebnis ebenso - allerdings ohne nähere Begründung - BGH v. 15.6.1998 - II ZR 40/97, NJW 1998, 3344 unter 3 [zu der Frist für eine Beschlussanfechtungsklage nach § 246 Abs. 1 AktG].

⁴²⁰ BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

⁴²¹ BT-Drucks. VI/2421, S. 4; BT-Drucks. 9/2079, S. 16.

hungsverlangens abgegeben hat, erlischt⁴²². Hierbei handelt es sich um typisch materiell-rechtliche Auswirkungen eines Fristablaufs.

Die Einordnung der Klagefrist nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG) als Element der Klagebegründetheit bedingt, dass auch der Ablauf der dem Mieter eingeräumten Überlegungsfrist nach § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) als Voraussetzung für die Begründetheit der Zustimmungsklage zu qualifizieren ist. Denn die Überlegungsfrist ist der Klagefrist in der Weise vorgeschaltet, dass letztere erst durch den Ablauf der ersteren in Gang gesetzt wird. Dieser Wirkungszusammenhang gebietet die systematische Gleichbehandlung beider Fristen.

Für eine solche Einordnung spricht zudem, dass die Überlegungsfrist - wie oben bereits aufgezeigt - ihrem Zweck entsprechend nur durch den Zugang eines Mieterhöhungsverlangens, das den formellen Anforderungen des § 558a BGB (Erklärung und Begründung unter Hinweis auf ortsübliche Vergleichsmiete in Textform) genügt, in Gang gesetzt wird. Die Einhaltung formeller Anforderungen an eine Willenserklärung - sei es deren Form an sich (etwa Schriftform, notarielle Beglaubigung o.a.) oder auch deren Begründung (etwa die Angabe von Kündigungsgründen nach § 569 Abs. 4, § 573 Abs. 3 Satz 1, § 573a Abs. 3 BGB) - ist aber regelmäßig eine materiell-rechtliche Voraussetzung für den Eintritt der jeweils erstrebten Rechtsfolge und somit typischerweise eine Frage der Begründetheit der Klage. Es stellt sich deshalb als systemfremd dar, die Einhaltung der formellen Anforderungen an das Mieterhöhungsverlangen gemäß § 558a BGB als - die Zulässigkeit der Zustimmungsklage betreffende - Sachurteilsvoraussetzung zu behandeln.

10.2.5 Mietspiegel oder Sachverständigengutachten zur Beweisaufnahme

Es begründet keinen Rechtsfehler, wenn das Tatsachengericht die ortsübliche Vergleichsmiete aufgrund eines beantragten gerichtlichen Sachverständigengutachtens und nicht unter Heranziehung des als Tabellenspiegel ausgestalteten und mit einer Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung versehenen Berliner Mietspiegels 2017 bestimmt hat⁴²³.

⁴²² Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 558b BGB Rz. 93.

⁴²³ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

Wie der VIII. Senat mit Urteil vom 18. November 2020⁴²⁴ entschieden hat, sind die Gerichte grundsätzlich auch dann berechtigt, zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete ein von der beweisbelasteten Partei angebotenes Sachverständigengutachten einzuholen, wenn ein Mietspiegel vorliegt, der tabellarisch Mietspannen ausweist und zusätzlich eine Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung enthält. Das gilt bei solchen Mietspiegeln nicht nur in den Fällen, in denen zwischen den Parteien Streit über die Voraussetzungen für das Eingreifen beziehungsweise die Reichweite einer dem Mietspiegel gegebenenfalls zukommenden Vermutungs- oder Indizwirkung herrscht, sondern unabhängig davon in der Regel auch dann, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete unstreitig innerhalb der für das einschlägige Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne liegt und deshalb lediglich die Einordnung der konkreten Einzelvergleichsmiete in diese Spanne einer Klärung bedarf⁴²⁵.

Das Tatgericht war nicht verpflichtet, den Berliner Mietspiegel 2017 wenigstens als einfachen Mietspiegel heranzuziehen oder jedenfalls - vor der Einholung eines Sachverständigengutachtens - zu klären, ob dem Mietspiegel die Indizwirkung eines einfachen Mietspiegels zukommt.

Die Rechtsprechung des VIII. Senats billigt dem Tatrichter zwar die Befugnis zu, einen Mietspiegel im Sinne des § 558c BGB in seine Überzeugungsbildung einfließen zu lassen. Denn ein solcher Mietspiegel stellt ein Indiz dafür dar, dass die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben. Wie weit diese Indizwirkung reicht, hängt von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere der Qualität des Mietspiegels ab⁴²⁶.

Ungeachtet dessen, dass dem Berliner Mietspiegel 2017 eine solche Indizwirkung grundsätzlich zukommt und die - gegen die Erstellung dieses Mietspiegels nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen gerichteten - Einwendungen der Klägerin nicht geeignet sind, diese Indizwirkung infrage zu stellen, war das

⁴²⁴ BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76.

⁴²⁵ BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rz. 24.

⁴²⁶ vgl. BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09, NZM 2010, 665 Rz. 12; BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 16; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 263/12, NZM 2013, 612 Rz. 33, und VIII ZR 354/12, BGHZ 197, 366 Rz. 23; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 102.

Berufungsgericht jedoch nicht gehalten, seine Überzeugung von der Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete unter Beachtung der Indizwirkung des Mietspiegels zu bilden⁴²⁷.

Zum einen sind die Gerichte nicht verpflichtet, ihre Überzeugungsbildung auf - unstreitige oder festgestellte - Indizien, die einen Schluss auf die Haupttatsache zulassen, zu stützen und von der Erhebung des von der beweisbelasteten Partei zum Nachweis der Haupttatsache angebotenen Beweises abzusehen⁴²⁸.

Zum anderen erstreckt sich die dem Berliner Mietspiegel 2017 zukommende Indizwirkung aufgrund seiner besonderen Gestaltung als Tabellenspiegel mit einer - auf eine bloße Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO ausgerichteten - Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung nur auf die Daten, die in die Erstellung der Mietspiegelfelder eingeflossen sind. Insoweit herrscht zwischen den Parteien indes kein Streit, weshalb ein Rückgriff auf die Indizwirkung mangels Beweisbedürftigkeit nicht veranlasst war. Die Parteien gehen nämlich übereinstimmend davon aus, dass die zu bewertende Wohnung in Anbetracht der in die Erstellung der Mietspiegelfelder eingeflossenen Wohnungsdaten betreffend die Merkmale Alter, Größe, Lage und Ausstattung (Berliner Mietspiegel 2017 Ziffer 10, Seite 13) in das Mietspiegelfeld I 2 einzuordnen ist und die ortsübliche Vergleichsmiete innerhalb der für dieses Feld ausgewiesenen Spanne von 5,52 €/m² bis 9,20 €/m² liegt.

Schließlich war das Tatsachengericht auch nicht verpflichtet, die im Berliner Mietspiegel 2017 enthaltene "Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung" (Mietspiegel Ziffer 10 und 11) als Schätzungsgrundlage nach § 287 Abs. 2 ZPO zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete heranzuziehen⁴²⁹. Greift die mit einem qualifizierten Mietspiegel einhergehende Vermutungswirkung oder die einem einfachen Mietspiegel zukommende Indizwirkung ein oder ist ein Rückgriff darauf mangels diesbezüglicher Beweisbedürftigkeit nicht veranlasst, wäre das Gericht zwar berechtigt, die gebotene Spanneneinordnung anhand einer - sich als Grundlage für eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO grund-

⁴²⁷ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

⁴²⁸ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

⁴²⁹ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

sätzlich eignenden - Orientierungshilfe vorzunehmen, die der Mietspiegel hierfür bereitstellt. Es ist hierzu aber wiederum nicht verpflichtet.

Denn nach § 287 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es die beantragte Beweisaufnahme (hier Einholung eines Sachverständigengutachtens) durchführt oder sich - in Abweichung von dem Gebot der Erschöpfung der Beweisanträge⁴³⁰ - mit einer Schätzung begnügt. Auch unter Berücksichtigung des aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Gebots zur fairen Verfahrensgestaltung ergibt sich nichts anderes⁴³¹.

10.2.6 Mieterhöhung und MietenWoG Bln

Einem Mieterhöhungsbegehren, das vor dem 18.6.2019 gestellt wurde, stehen die seit dem 23.02.2020 geltenden Bestimmungen des Gesetzes zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) vom 11. Februar 2020⁴³² dem Anspruch des Klägers nicht entgegen⁴³³.

§ 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln verbietet vorbehaltlich bestimmter - im Streitfall nicht festgestellter - Ausnahmen eine Miete, welche die am 18.06.2019 (Stichtag) wirksam vereinbarte Miete überschreitet.

Im Mieterhöhungsverfahren nach §§ 558, 558a BGB kommt eine wirksame Vereinbarung mit der Zustimmung des Mieters zu dem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters zustande (§ 558b Abs. 1 BGB). Im Falle eines Rechtsstreits nach § 558b Abs. 2 BGB tritt die Vertragsänderung erst mit der Rechtskraft des der Zustimmungsklage des Vermieters stattgebenden Urteils ein; denn die Zustimmungserklärung des Mieters gilt gemäß § 894 ZPO erst dann als abgegeben⁴³⁴.

Die rechtliche Ausgestaltung des Mieterhöhungsverfahrens als einzuklagender Anspruch auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung führt somit zwar dazu, dass die angestrebte Vertragsänderung erst mit rechtskräftiger Verurteilung des Mieters wirksam wird. Daraus folgt jedoch nicht, dass auch ein Mieterhöhungs-

⁴³⁰ vgl. BGH v. 9.10.1990 - VI ZR 291/89, NJW 1991, 1412 unter II 1 a.

⁴³¹ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

⁴³² GVBl. S. 50.

⁴³³ BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

⁴³⁴ BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 204/10, NJW-RR 2011, 1382 Rz. 8.

verlangen, mit dem der Vermieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung ab einem vor dem Stichtag liegenden Zeitpunkt begehrt (wie hier der Kläger zum 1.11.2015), gegen das in § 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln angeordnete gesetzliche Verbot einer Überschreitung der am 18. Juni 2019 wirksam vereinbarten Miete verstieße⁴³⁵.

Die von der Revision vertretene Auslegung mag zwar noch vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein. Sie verkennt aber, dass es bei dem als Klage auf Abgabe einer Willenserklärung ausgestalteten Mieterhöhungsverfahren materiell um einen Anspruch des Vermieters auf Erhöhung der Miete zu dem sich aus § 558b Abs. 1, 2 BGB ergebendem Zeitpunkt geht, nämlich zum Beginn des dritten auf das Erhöhungsverlangen folgenden Monat. Insoweit hat der im Mieterhöhungsprozess unterliegende Mieter die erhöhte Miete auch nachträglich zu entrichten, denn die Vertragsänderung bewirkt, dass der Mieter die erhöhte Miete nunmehr rückwirkend ab dem vorgenannten Zeitpunkt schuldet (vgl. Senatsurteile vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 94/04, NJW 2005, 2310 unter II 2 b aa; vom 8. Juli 2011 - VIII ZR 204/10, aaO).

Nach seinem Sinn und Zweck ist § 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln deshalb dahin auszulegen, dass von dem darin geregelten Verbot (jedenfalls) gerichtliche Mieterhöhungsverfahren nicht erfasst sind, in denen der Vermieter einen Anspruch auf Erhöhung der Miete zu einem vor dem Stichtag liegenden Zeitpunkt verfolgt. Denn § 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln bezweckt lediglich, Mieterhöhungen ab dem Stichtag zu verhindern, nicht aber die materielle Rechtslage in bereits laufenden Mieterhöhungsprozessen zum Nachteil des Vermieters zu verändern. Der Landesgesetzgeber hat eine auf den Tag der Gesetzesankündigung ("Eckpunktepapier") bezogene Rückwirkung des Gesetzes allein deshalb für erforderlich gehalten, weil dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Mitnahmeeffekte in Form von Mieterhöhungen in dem Zeitraum zwischen Bekanntwerden des Gesetzesvorhabens und Inkrafttreten des Gesetzes unterbunden werden sollten⁴³⁶. Ein solcher Mitnahmeeffekt ist aber bei Klagen nach § 558b Abs. 2 BGB, die auf Zustimmung zu einer Erhöhung zu einem vor dem

⁴³⁵ ähnlich AG Charlottenburg v. 4.3.2020 - 213 C 136/19, juris Rz. 15; *Schultz*, GE 2020, 168, 172; a.A. LG Berlin [67. Zivilkammer], WuM 2020, 204 (205) [zur Aussetzung eines Zustimmungsverfahrens zwecks Vorlage der Frage der Verfassungsmäßigkeit des MietenWoG Bln an das BVerfG]; *Tietzsch*, WuM 2020, 121 (128 f.).

⁴³⁶ LT-Drucks. 18/2347 S. 24 f.

Stichtag liegenden Zeitpunkt gerichtet sind, ausgeschlossen. Die Konstellation eines im Stichtagszeitpunkt anhängigen Mieterhöhungsprozesses nach § 558b Abs. 2 BGB wird im Übrigen in den Gesetzesmaterialien an keiner Stelle erörtert (dort ist nur die Rede von "Rechtsgeschäften" - LT-Drucks. 18/2347 S. 25 vierter Absatz), was aber zu erwarten gewesen wäre, wenn auch zum Stichtag bereits fällige und prozessual durchsetzbare Zustimmungsansprüche von dem Verbot hätten erfasst werden sollen.

Ob das Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin unbeschadet der hiesigen Erwägungen zur Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 dieses Gesetzes einer verfassungsrechtlichen Kontrolle standhält, was von verschiedenen Seiten aus mehreren Gründen bezweifelt wird⁴³⁷, kann danach - wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit - offen bleiben.

10.3 nach § 559 BGB

10.3.1 Mieterhöhung zeitlich nach der gemäß § 558 BGB

An einer Mieterhöhung gemäß § 559 Abs. 1 BGB war der Vermieter nicht etwa deshalb von vornherein gehindert, weil er zuvor, unmittelbar nach Abschluss der Modernisierungsarbeiten, bereits eine Erhöhung der Miete gemäß §§ 558 ff. BGB auf Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete für den modernisierten Wohnraum durchgesetzt hat⁴³⁸. Dieser Umstand führt lediglich dazu, dass der (nachfolgend) geltend gemachte Modernisierungszuschlag der Höhe nach begrenzt ist auf die Differenz zwischen dem allein nach § 559 Abs. 1 BGB möglichen Erhöhungsbetrag und dem Betrag, um den die Miete bereits zuvor nach §§ 558 ff. BGB heraufgesetzt wurde, so dass die beiden Mieterhöhungen in der Summe den Betrag, den der Vermieter bei einer allein auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung verlangen könnte, nicht übersteigen.

Nach dem Gesetz steht es dem Vermieter frei, im Anschluss an die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme die Miete nach §§ 558 ff. BGB zu erhö-

⁴³⁷ dazu BVerfG, WuM 2020, 150; NJW 2020, 1202; BVerfG v. 10.3.2020 - 1 BvR 515/20, juris [jeweils als unzulässig abgelehnte Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Zusammenhang mit noch nicht verbeschiedenen Verfassungsbeschwerden von Vermietern]; LG Berlin v. 6.8.2020 – 67 S 109/20, MDR 2020, 1114 = WuM 2020, 204 (205) mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur; a.A. LG Berlin v. 31.7.2020 – 66 S 95/20, MDR 2020, 1115.

⁴³⁸ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

hen, sich also die aufgrund des modernisierten Zustands gestiegene Vergleichsmiete zunutze zu machen, oder nach §§ 559 ff. BGB vorzugehen, mithin die aufgewendeten Modernisierungskosten auf den Mieter umzulegen. Wählt er den letzteren Weg oder einigen sich die Mietvertragsparteien wegen durchgeführter Modernisierungsmaßnahmen auf eine - nach § 559 BGB auch einseitig durchsetzbare - Mieterhöhung und bleibt die auf diese Weise erhöhte Miete hinter der ortsüblichen Vergleichsmiete für entsprechend modernisierten Wohnraum zurück, ist es dem Vermieter unbenommen, anschließend die Zustimmung des Mieters zu einer weiteren Mieterhöhung gemäß § 558 Abs. 1 BGB zu verlangen⁴³⁹. Dass das Gesetz ein solches Vorgehen erlaubt, zeigt sich nicht zuletzt an den (insoweit seit 1. Januar 2002 unveränderten) Regelungen des § 558 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach Mieterhöhungen nach § 559 BGB sowohl bei der Warte- und der Jahresfrist nach § 558 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB als auch bei der Berechnung der Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB unberücksichtigt bleiben.

Eine in der Instanzrechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur verbreitete Meinung verneint allerdings die Zulässigkeit eines Vorgehens des Vermieters in umgekehrter Reihenfolge; danach soll dem Vermieter die Möglichkeit einer (weiteren) Erhöhung der Miete auf Grundlage der umlegbaren Modernisierungskosten (nach § 559 BGB) versperrt sein, wenn er zuvor eine Erhöhung der Miete nach § 558 BGB unter Heranziehung der ortsüblichen Vergleichsmiete für den modernisierten Wohnraum durchgesetzt hat⁴⁴⁰. Zur Begründung wird angeführt, es sei dem Vermieter verwehrt, den Umstand der Modernisierung dadurch mehrfach zur Grundlage einer Mieterhöhung zu machen, dass einerseits der verbesserte Wohnungszustand für eine Erhöhung gemäß § 558 BGB und ande-

⁴³⁹ vgl. BGH v. 24.9.2008 - VIII ZR 275/07, NJW 2008, 3630 Rz. 15; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 287/06, NJW 2008, 2031 Rz. 11 ff.; BGH v. 18.7.2007 - VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122 Rz. 11 ff.; Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 7 f.; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 4 ff.

⁴⁴⁰ vgl. OLG Hamm, NJW 1983, 289 (290); OLG Hamm, NJW-RR 1993, 399; Börstinghaus, NZM 1999, 881 (885) [jeweils zum MHG]; LG Berlin v. 14.6.2011 - 63 S 454/10, juris Rz. 14; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 408; Fleindl, NZM 2016, 65 (72); Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 7 f.; BeckOGK/Schindler, Stand 1. Juli 2020 § 559 BGB Rz. 23; BeckOK-BGB/Schüller, Stand 1. Mai 2020, § 559 Rz. 10; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 6; Erman/Dickersbach, 15. Aufl., § 559 BGB Rz. 5.

rerseits die Kosten der Modernisierung für eine solche nach § 559 BGB herangezogen werden⁴⁴¹.

Diese Auffassung übersieht indes zum einen, dass auch bei einem - nach dem Gesetz aus den oben aufgezeigten Gründen ersichtlich zulässigen - schrittweisen Vorgehen des Vermieters in der Reihenfolge, dass er zuerst (erfolgreich) eine Erhöhung nach §§ 559 ff. BGB erklärt und anschließend eine solche nach §§ 558 ff. BGB verlangt, der Umstand der Modernisierung in die Begründung des nachfolgenden Mieterhöhungsverlangens (nochmals) einbezogen wird, obgleich er bereits Gegenstand der zuvor durchgesetzten Mieterhöhung war⁴⁴².

Zum anderen lässt sie außer Acht, dass eine ungerechtfertigte mehrfache Berücksichtigung der Modernisierung zu Lasten des Mieters in dem Fall, dass der Vermieter nach einer - bereits auf der Grundlage des modernisierten Wohnungszustands - erfolgten Vergleichsmietererhöhung (§ 558 BGB) zusätzlich einen Modernisierungszuschlag (§ 559 BGB) verlangt, dann ausgeschlossen ist, wenn der - nachfolgend geltend gemachte - Modernisierungszuschlag der Höhe nach dadurch begrenzt wird, dass beide Mieterhöhungen zusammen nicht den Betrag übersteigen dürfen, den der Vermieter bei einer allein auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung fordern könnte⁴⁴³. Eine darüber hinausgehende Einschränkung der Rechte des Vermieters, insbesondere eine (vollständige) Versagung der Möglichkeit zur Erhöhung der Miete nach § 559 BGB für den Fall, dass der modernisierte Zustand der Wohnung bereits Grundlage einer vorangegangenen wirksamen Erhöhung nach § 558 BGB war, ist weder mit dem Sinn und Zweck der genannten Vorschriften über die Mieterhöhung zu vereinbaren noch gebietet die Interessenlage der Mietvertragsparteien eine solche⁴⁴⁴.

§ 559 BGB verfolgt - ebenso wie die frühere entsprechende Regelung in § 3 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) - aus wohnungs-, wirtschafts- und umweltpolitischen Gründen den Zweck, die Modernisierung vorhandenen

⁴⁴¹ vgl. OLG Hamm, NJW 1983, 289 (290) "Verbot der kumulativen Mieterhöhung" [zum MHG]; *Fleindl*, NZM 2016, 65 (72); Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 408; Münch-Komm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 4.

⁴⁴² BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

⁴⁴³ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

⁴⁴⁴ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

alten Wohnbestands zu fördern, indem dem Vermieter die Möglichkeit eröffnet wird, den Modernisierungsaufwand im Wege einer - von der ortsüblichen Vergleichsmiete unabhängigen - Mieterhöhung auf den Mieter umzulegen⁴⁴⁵. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung wird eine Auslegung der Mieterhöhungsvorschriften nicht gerecht, die dem Vermieter die vollständige (wirtschaftliche) Ausschöpfung der ihm gesetzlich zustehenden Rechte zur Mieterhöhung erschwert, indem sie der erfolgreichen Geltendmachung einer auf Grundlage des modernisierten Wohnungszustands erfolgten Mieterhöhung nach § 558 BGB - ohne Einschränkungen - eine Sperrwirkung in Bezug auf eine (weitere) Mieterhöhung nach § 559 BGB beimisst.

Ein entsprechender gesetzgeberischer Wille lässt sich auch der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) vom 18. Dezember 1974⁴⁴⁶ nicht entnehmen. Insbesondere die dortige Formulierung, der Vermieter solle nach § 3 MHG (heute § 559 BGB) Modernisierungskosten "anstelle einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete [...] auch geltend machen können [...], wenn dadurch der Mietzins über die ortsübliche Vergleichsmiete steigt"⁴⁴⁷, lässt nicht darauf schließen, dass der Gesetzgeber zwei sich wechselseitig gänzlich ausschließende Möglichkeiten zu einer modernisierungsbedingten Mieterhöhung schaffen wollte. Einer solchen Deutung steht schon entgegen, dass das Gesetz auch damals bereits die Nichtberücksichtigung einer Mieterhöhung nach § 3 MHG (heute § 559 BGB) bei der Berechnung der Wartefrist für eine Mieterhöhung nach § 2 MHG (heute § 558 BGB) vorgesehen hat, der Gesetzgeber mithin von der Zulässigkeit einer schrittweisen Mieterhöhung nach der Durchführung einer Modernisierung ausgegangen sein muss. Die genannte Formulierung bringt demnach lediglich zum Ausdruck, dass dem Vermieter im Fall einer Modernisierung der Wohnung wahlweise eine zusätzliche - nicht an die Schranken der Vergleichsmietenerhöhung gebundene - Möglichkeit zur Mieterhöhung an die Hand gegeben werden sollte. Daneben lässt sie mittelbar auf die gesetzgeberische Wertung schließen, dass eine - aus wirtschaftlicher Sicht - "doppelte" Belastung des Mieters mit Mieterhöhungen wegen einer (einzigen) Modernisierungsmaßnahme unzulässig wäre.

⁴⁴⁵ BT-Drucks.14/4553, S. 58 und 7/2011, S. 11.

⁴⁴⁶ BGBl. I S. 3603.

⁴⁴⁷ BT-Drucks. 7/2011, S. 11.

10.3.2 Abzug von ersparten Instandsetzungskosten

Modernisierungsmaßnahmen, deren Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB auf den Mieter umgelegt werden können, also bauliche Veränderungen, die die Kriterien des § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB erfüllen, sind abzugrenzen von Erhaltungsmaßnahmen, die zur Instandhaltung oder Instandsetzung der Mietsache erforderlich sind (§ 555a Abs. 1 BGB) und deren Durchführung der Vermieter daher bereits nach dem bestehenden Mietvertrag - zu unveränderter Miete - schuldet (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB). Erfüllt eine bauliche Veränderung die Kriterien sowohl einer Modernisierungsmaßnahme als auch einer Erhaltungsmaßnahme (sogenannte modernisierende Instandsetzung), hat der Vermieter dem Grunde nach Anspruch auf eine Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB; bei der Ermittlung der Höhe der umlagefähigen Kosten ist aber nach Maßgabe des § 559 Abs. 2 BGB eine entsprechende Kürzung vorzunehmen.

Eine in der Instanzrechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur verbreitete Meinung verneint allerdings die Notwendigkeit einer solchen (anteiligen) Kürzung der Modernisierungskosten, wenn vorhandene Bauteile durch eine moderne höherwertige Ausstattung zu einem Zeitpunkt ersetzt werden, an dem ihre durchschnittliche Lebensdauer zwar zu einem erheblichen Teil abgelaufen ist, Maßnahmen zur Erhaltung aber noch nicht "fällig" sind, weil die vorhandenen Bauteile noch (ausreichend) funktionsfähig sind und ihnen auch sonst (bislang) ein unmittelbar zu beseitigender Mangel nicht anhaftet⁴⁴⁸. Diese Auffassung stützt sich auf den Wortlaut des § 559 Abs. 2 BGB, nämlich auf die Formulierung, dass Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen "erforderlich gewesen wären", nicht zu den aufgewendeten Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB aF gehören.

Dieser Formulierung lässt sich indes nicht zwingend entnehmen, dass für die anspruchsmindernde Berücksichtigung von Instandhaltungskosten die "Fälligkeit" der betreffenden Erhaltungsmaßnahmen vorausgesetzt wird⁴⁴⁹. Mit dem Wortlaut dieser Vorschrift ist es vielmehr unter Berücksichtigung des Umstands, dass die einzelnen Bauteile eines Mietobjekts laufend altern und je nach ihrer

⁴⁴⁸ Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 559 BGB Rz. 72; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 22; BeckOGK/*Schindler*, BGB, Stand: 1. April 2020, § 559 Rz. 72; kritisch MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 20.

⁴⁴⁹ BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, GE 2020, 1046.

(durchschnittlichen) Lebensdauer in bestimmten Zeitabständen vom Vermieter zu erneuern sind, ebenfalls vereinbar, dass der Kostenaufwand, der - zeitanteilig - auch für die Erhaltung eines Bauteils anfällt, in dem Umfang, in dem er bei fiktiver Betrachtung zum Zeitpunkt der Durchführung der baulichen Veränderung in Anbetracht des bereits verstrichenen Anteils der zu erwartenden Gesamtlebensdauer des betreffenden Bauteils für dessen Erhaltung erforderlich wäre, von der Umlagefähigkeit nach § 559 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

Ein anderes Verständnis des § 559 Abs. 2 BGB ergibt sich auch nicht im Umkehrschluss aus der bisherigen Rechtsprechung des VIII. Senats, wonach Kosten, die auf "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen entfallen, nicht auf den Mieter umgelegt werden können⁴⁵⁰. In den jenen Entscheidungen zugrunde liegenden Fallgestaltungen hat sich die Frage, ob Instandsetzungsaufwand auch dann von den aufgewendeten Kosten abzuziehen ist, wenn Erhaltungsmaßnahmen zum Zeitpunkt der Durchführung der Modernisierung noch nicht "fällig" waren, nicht gestellt. Vor diesem Hintergrund ist den früheren Ausführungen des VIII. Senats, soweit sie an "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen anknüpfen, nicht die Wertung beizumessen, dass ein (anteiliger) Abzug von noch nicht "fälligem" Instandsetzungsaufwand nicht in Betracht kommt.

Der Sinn und Zweck der Vorschriften über die Modernisierung und anschließende Mieterhöhung gebietet es vielmehr, nicht nur in der Fallgestaltung, dass der Vermieter sich durch die Modernisierung bereits "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen erspart oder solche anlässlich der Modernisierung miterledigt werden, einen Abzug des Instandhaltungsanteils vorzunehmen, sondern auch bei der modernisierenden Erneuerung von Bauteilen und Einrichtungen, die bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer Nutzungsdauer (ab-)genutzt worden sind, so dass der Vermieter durch die Modernisierung in erheblichem Umfang (fiktive) Instandhaltungskosten erspart.

Der Gesetzgeber hat die Absetzung von Kosten für Erhaltungsmaßnahmen von den umlagefähigen Kosten für Modernisierungsmaßnahmen erstmals mit dem ab 1. Mai 2013 geltenden Mietrechtsänderungsgesetz vom 11. März 2013⁴⁵¹

⁴⁵⁰ BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 29; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 14.

⁴⁵¹ BGBl. I S. 434.

geregelt. Dass der Gesetzgeber dabei die Absetzung von Kosten auf bereits "fällige" Erhaltungsmaßnahmen begrenzen wollte, geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor. Vielmehr verweist diese auf die "bislang geltende Rechtslage"⁴⁵² und in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des BGH, das - ohne die Frage der "Fälligkeit" von Instandsetzungsmaßnahmen zu behandeln - lediglich besagt, bei der Ermittlung der umlagefähigen Kosten für eine Modernisierungsmaßnahme seien "Elemente der Instandsetzung" außer Betracht zu lassen⁴⁵³.

Zwar nimmt die Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang auch auf eine Literaturstimme Bezug⁴⁵⁴, wonach Kosten für "fällige Erhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten" von der Umlagefähigkeit ausgenommen seien. Wäre es dem Gesetzgeber auf diese Einschränkung angekommen, wäre aber - gerade mit Blick darauf, dass das erwähnte Urteil des Bundesgerichtshofs diese Einschränkung nicht enthält - zu erwarten gewesen, dass dies im Gesetzestext (durch die dann naheliegende Einfügung des Wortes "fällig") Niederschlag gefunden hätte oder zumindest die Gesetzesbegründung darauf - wie nicht - explizit eingegangen wäre.

Nach dem Regelungszweck, den der Gesetzgeber mit den Vorschriften über die Modernisierung verfolgt, verbietet es sich, in Fallgestaltungen, die durch die Ersetzung schon länger genutzter Bauteile durch solche von besserer Qualität und höherem Wohnkomfort gekennzeichnet sind, die gesamten für diese Maßnahme aufgewendeten Kosten ungekürzt auf den Mieter umzulegen. Denn Sinn der Modernisierungsvorschriften ist es gerade nicht, dem Vermieter (teilweise) auch die Umlage von Instandhaltungskosten auf den Mieter zu ermöglichen; vielmehr sollen Verbesserungen der Mietsache (Energieeinsparung, nachhaltige Erhöhung des Gebrauchswerts, Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse) dadurch gefördert werden, dass für den Vermieter durch die Möglichkeit der Umlage der darauf entfallenden Kosten auf den Mieter ein Anreiz zur Vornahme dieser Maßnahmen gesetzt wird, und die Interessen des Mieters dadurch gewahrt werden, dass er spiegelbildlich von einer Erhöhung des Gebrauchswerts profitiert. Hier entscheidend auf die "Fälligkeit" von Erhaltungs-

⁴⁵² BR-Drucks. 313/12, S. 31 f.; BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

⁴⁵³ BGH v. 17.5.2001 - III ZR 283/00, NZM 2001, 686 unter II 1 d aa.

⁴⁵⁴ Soergel/Heintzmann, Kommentar, 13. Aufl. 2007, § 559 BGB Rz. 19.

maßnahmen abzustellen, würde in zahlreichen Fällen zu zufälligen Ergebnissen führen. Besonders augenfällig wird dies, wenn Modernisierungsmaßnahmen - wie hier von der Klägerin geltend gemacht - zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Lebensdauer der ersetzten Bauteile oder Einrichtungen bereits zu einem sehr großen Teil abgelaufen ist. Jedenfalls liegen keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber dem Vermieter zwecks Förderung von Gebäudeinvestitionen zum Nachteil des Mieters die Möglichkeit eröffnen wollte, künftig anfallende - grundsätzlich vom Vermieter zu tragende - Kosten für Erhaltungsmaßnahmen durch geschicktes Vorgehen, namentlich durch Vornahme der Modernisierung kurz vor "Fälligkeit" der Erhaltungsmaßnahmen, auf den Mieter abzuwälzen.

Die Umlagefähigkeit der (reinen) Modernisierungskosten wird durch den Abzug (fiktiv) ersparter Instandhaltungskosten in derartigen Fallgestaltungen nicht infrage gestellt. Auch wird die Ermittlung der umlagefähigen Modernisierungskosten dadurch nicht nennenswert erschwert, denn regelmäßig wird eine Schätzung genügen (§ 559 Abs. 2 Halbs. 2 BGB), die sich an der üblichen Lebensdauer der erneuerten Einrichtung und dem bereits eingetretenen Abnutzungsgrad orientiert⁴⁵⁵.

11 Vermieterwechsel

11.1 analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB

Der in § 566 Abs. 1 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 Abs. 1 BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben. Hierfür enthält § 566 Abs. 1 BGB eine - ausdrücklich auf die Veräußerung des vermieteten Grundstücks oder Grundstücksteils beschränkte - Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen. Sie legt dem Mietverhältnis für den Fall der Veräußerung des

⁴⁵⁵ vgl. ferner bereits BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 30.

Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung bei, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt. Als Ausnahmevorschrift ist § 566 Abs. 1 BGB daher eng auszulegen und nur anzuwenden, soweit der mit ihr bezweckte Mieterschutz dies erfordert⁴⁵⁶. Der Ausnahmecharakter der Vorschrift steht jedoch hinsichtlich einer Erweiterung des Veräußerungsbegriffs oder der anderen Tatbestandsmerkmale der Norm einer Analogie nicht generell entgegen⁴⁵⁷.

Neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB die Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen⁴⁵⁸.

Auf dieser rechtlichen Grundlage hat der XII. Senat entschieden, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB dann vorliegen, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat. Unter diesen Voraussetzungen ist nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, sondern der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat⁴⁵⁹.

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der frühere Eigentümer des Grundstücks zur Vermietung seiner Immobilie eine Grundstücksgesellschaft errichtet und dieser das Eigentum an dem Grundstück übertragen. Zusätzlich hatte er eine Grundbesitz- und Handelsgesellschaft gegründet, die auf Anweisung der Grundstücksgesellschaft die Mietverträge über die

⁴⁵⁶ BGH v. 12.10.2016 - XII ZR 9/15, NJW 2017, 254 Rz. 24; vgl. auch BGH v. 22.5.1989 - VIII ZR 192/88, NJW 1989, 2053; NJW 1999, 2177 (2178) m.w.N.

⁴⁵⁷ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 33.

⁴⁵⁸ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 34 m.w.N.

⁴⁵⁹ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 26.

Immobilie abgeschlossen hatte. Die Grundstücksgesellschaft hatte die Immobilie auch verwaltet und die Mieten eingezogen. Unter diesen Umständen war es ausnahmsweise gerechtfertigt, den Mietvertrag in entsprechender Anwendung der §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 1 BGB so zu behandeln, als habe die veräußernde Grundstücksgesellschaft die Mietverträge abgeschlossen⁴⁶⁰.

Denn der Gesetzeszweck des § 566 Abs. 1 BGB greift nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts vermietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nichteigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers abschließt. Das Interesse des Mieters, nach einem Wechsel der Eigentumsverhältnisse unbeeinträchtigt die angemieteten Wohn- oder Geschäftsräume weiter nutzen zu können, besteht unabhängig davon, ob er den Mietvertrag mit dem Eigentümer selbst oder einer anderen Person abgeschlossen hat, die hierbei für den Eigentümer mit dessen Wissen und Einverständnis tätig geworden ist⁴⁶¹.

Um bei der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks das fehlende Identitätserfordernis durch eine entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB überwinden zu können, darf allerdings nicht allein das Besitzschutzinteresse des Mieters in den Blick genommen werden. Die für eine Analogie notwendige Vergleichbarkeit der Interessenlagen wird erst dann erreicht, wenn der Eigentümer bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gleichsam als Vermieter angesehen werden kann. Dann ist es gerechtfertigt, dass er den von einem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag gegen sich gelten lassen muss und er sein Eigentum nur mit einem Mietvertrag „belastet“ veräußern kann, an dessen Abschluss er nicht selbst beteiligt war⁴⁶². Deshalb kommt bei Nichterfüllung des Identitätserfordernisses eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB etwa dann in Betracht, wenn der Eigentümer zur Vermietung seines Grundstücks einen Hausverwalter einsetzt oder als einer von mehreren Eigentümern oder als Alleingesellschafter einer GmbH den Mietvertrag schließt⁴⁶³. Nutzt der Eigentümer, statt selbst den Mietvertrag abzuschließen, eine formale rechtliche Konstruktion, um nicht selbst als Vermieter in Erscheinung zu treten, ist es gerech-

⁴⁶⁰ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 42.

⁴⁶¹ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 36 f.

⁴⁶² *Günter*, WuM 2013, 264 (270).

⁴⁶³ BeckOGK/*Harke*, [Stand: 1. Oktober 2021], § 566 BGB Rz. 20.

fertigt, ihn im Rahmen des § 566 BGB so zu behandeln, als habe er den Mietvertrag selbst abgeschlossen. Dadurch wird auch verhindert, dass der Eigentümer, um den von § 566 Abs. 1 BGB gewährten Mieterschutz zu umgehen, nicht selbst den Mietvertrag abschließt, sondern eine dritte Person einschaltet, die formal als Vermieter auftritt, letztlich aber allein im Interesse des Eigentümers handelt⁴⁶⁴.

Die bloße Zustimmung oder das Einverständnis des Eigentümers zur Vermietung seines Grundstücks durch einen Dritten oder die spätere Genehmigung des durch einen Nichteigentümer abgeschlossenen Mietvertrags reichen hingegen nicht aus, um eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen⁴⁶⁵. Denn nur durch eine Beschränkung der analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf die Fälle, in denen der Dritte nicht nur mit Zustimmung des Eigentümers, sondern auch in dessen wirtschaftlichem Interesse handelt, wird gewährleistet, dass bei einer bloßen Untervermietung eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ausscheidet. Bei der Untervermietung gestattet der Eigentümer zwar dem Hauptmieter auch, das Mietobjekt weiterzuvermieten. Der Abschluss des Untermietvertrags erfolgt jedoch nicht im Interesse des Eigentümers, sondern stellt eine besondere Art der Nutzung der Mietsache durch den Hauptmieter dar⁴⁶⁶.

Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Annahme des Berufungsgerichts, § 566 Abs. 1 BGB sei im vorliegenden Fall entsprechend anwendbar, rechtsfehlerhaft⁴⁶⁷. Die für eine analoge Anwendung der Vorschrift erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist nicht gegeben.

Nach den getroffenen Feststellungen lagen der Abschluss des Mietvertrags und die Durchführung des Mietverhältnisses nicht im alleinigen wirtschaftlichen Interesse der Projekt-Gesellschaft als veräußernde Eigentümerin. Sie hatte die S-GmbH weder mit der Vermietung der Flächen beauftragt noch ist festgestellt, dass sie überhaupt in die Vermietung an den Beklagten eingewilligt hätte. Ihr flossen während der gesamten Mietzeit keine Mietzahlungen zu. Sie hat auch keine anderen wirtschaftlichen Vorteile aus dem Mietverhältnis erhalten. Es liegt

⁴⁶⁴ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 37.

⁴⁶⁵ vgl. Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 14. Aufl., § 566 BGB Rz. 68.

⁴⁶⁶ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 40.

⁴⁶⁷ BGH v. 27.10.2021 – XII ZR 84/20, GE 2022, 37.

hier also kein bloß formales Auseinanderfallen von Vermieter- und Eigentümerstellung vor. Die S-GmbH ist bei Abschluss des Mietvertrags auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht für die Projekt-Gesellschaft aufgetreten.

Das wirtschaftliche Interesse der Projekt-Gesellschaft, das das Berufungsgericht für eine entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB herangezogen hat, bestand allein darin, dass zum Zeitpunkt der Veräußerung der streitgegenständlichen Fläche an die Klägerin der Mietvertrag fortbesteht, um einer möglichen Ausübung des Rückgewähranspruchs durch die H-GmbH zu begegnen. Damit hatte die Projekt-Gesellschaft rechtlich betrachtet zum Zeitpunkt der Veräußerung der Grundstücksfläche lediglich ein Interesse am Eintritt der Rechtsfolge des § 566 Abs. 1 BGB. Dies genügt für eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht⁴⁶⁸.

Auch die Regelung in § 4 Abs. 4 des Grundstückskaufvertrags vom 20. Juni 2008 führt zu keiner anderen Beurteilung. In dieser Vertragsbestimmung haben die Kaufvertragsparteien zwar vereinbart, dass die Käuferin das Pachtverhältnis übernehmen und es mit Wirkung ab dem Übergabetag mit allen Rechten und Pflichten des Verpächters fortsetzen soll. Dies zeigt aber ebenfalls nur, dass die Kaufvertragsparteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags im Hinblick auf eine mögliche Ausübung des Rückgewähranspruchs durch die H-GmbH ein Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hatten⁴⁶⁹.

12 Betriebskosten

12.1 Umlagefähigkeit von Baumfällkosten

§ 2 Nr. 10 BetrKV umfasst die Kosten der Pflege von zum Wohnanwesen gehörenden, gemeinschaftlichen Gartenflächen, die nicht dem Vermieter oder anderen Mietern zur alleinigen oder der Öffentlichkeit zur allgemeinen Nutzung überlassen sind, unabhängig davon, ob der Mieter diese Gartenfläche auch tatsächlich nutzt⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ BGH v. 27.10.2021 – XII ZR 84/20, GE 2022, 37.

⁴⁶⁹ BGH v. 27.10.2021 – XII ZR 84/20, GE 2022, 37.

⁴⁷⁰ vgl. BGH v. 26.5.2004 - VIII ZR 135/03, WuM 2004, 399 unter II 1 und 2; BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 33/15, NJW 2016, 1439 Rz. 13.

Die Frage, ob zu den Gartenpflegekosten auch diejenigen der Fällung eines (morschen, nicht mehr standsicheren) Baums zählen, hat der BGH bislang noch nicht entschieden⁴⁷¹ und ist in der Rechtsprechung der Instanzgerichte sowie in der Literatur umstritten.

Teilweise werden Baumfällkosten generell als nicht umlagefähig angesehen, wobei zur Begründung einerseits darauf abgestellt wird, es handele sich nicht um "laufende Kosten" i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV⁴⁷², andererseits (auch) darauf, dass der Vermieter mit der Fällung eines morschen und nicht mehr standfesten Baums lediglich eine ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht erfülle oder einen Mangel der Mietsache beseitige⁴⁷³.

Nach anderer Ansicht fallen die Kosten der Fällung eines alters-, krankheits- oder umweltbedingt abgängigen, das heißt allmählich absterbenden, Baums unter die Bestimmung des § 2 Nr. 10 BetrKV, weil die Beseitigung eines solchen Baums zur ordnungsgemäßen Gartenpflege gehöre⁴⁷⁴.

Die letztgenannte Auffassung verdient den Vorzug⁴⁷⁵. Die Kosten der Fällung eines morschen, nicht mehr standfesten Baums zählen zu den Kosten der Gartenpflege i.S.v. § 2 Nr. 10 BetrKV. Denn die Fällung und Beseitigung eines solchen Baums ist regelmäßig eine objektiv erforderliche Maßnahme der Gartenpflege.

Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 10 BetrKV. Zwar sind dort Baumfällarbeiten nicht ausdrücklich genannt. Jedoch sind nach dieser Vorschrift die Kosten der Gartenpflege Betriebskosten i.S.v. § 1 BetrKV und gehö-

⁴⁷¹ vgl. BGH v. 29.9.2008 - VIII ZR 124/08, NZM 2009, 27 Rz. 1 f.

⁴⁷² vgl. LG Berlin v. 13.4.2018 - 63 S 217/17, juris Rz. 32; AG Berlin-Schöneberg v. 8.10.2009 - 106 C 110/09, juris Rz. 22; LG Krefeld v. 17.3.2010 - 2 S 56/09, juris Rz. 32 ff.; AG Potsdam, WuM 2012, 203; AG Hamburg-Blankenese, ZMR 2015, 135, 136; AG Leipzig, WuM 2020, 643; vgl. auch *Bausch*, NZM 2006, 366.

⁴⁷³ vgl. AG Köln, WuM 2017, 592 f.; AG Neustadt an der Weinstraße, ZMR 2009, 456; LG Berlin, GE 1988, 355; vgl. auch AG Hamburg, WuM 1989, 641.

⁴⁷⁴ LG München I, ZMR 2021, 116 ff.; LG Hamburg v. 13.7.1989 - 7 S 185/88, juris Rz. 33; AG Hamburg-Wandsbek, ZMR 2014, 804; AG Düsseldorf, WuM 2002, 498; ähnlich auch LG Frankfurt, NZM 2005, 338; Staudinger/*Artz*, Neubearb. 2021, § 556 BGB Rz. 35b; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 156; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 556 BGB Rn. 72; Spielbauer/*Schneider/Schneider*, Mietrecht, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 241; *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., A Rz. 146; MünchKomm/*Zehlein*, 8. Aufl., BetrKV § 2 Rz. 54.

⁴⁷⁵ BGH v. 10.11.2021 - VIII ZR 107/20, WuM 2022, 40.

ren hierzu (unter anderem) die Kosten der Pflege gärtnerisch angelegter Flächen einschließlich der Erneuerung von Pflanzen und Gehölzen.

Insoweit ist davon auszugehen, dass es sich bei Bäumen sowohl um (verholzte) Pflanzen als auch um Gehölze in diesem Sinne handelt. Denn der Begriff des "Gehölzes" umschreibt nach allgemeinem Sprachgebrauch von dem ersichtlich auch der Verordnungsgeber ausgegangen ist, entweder allgemein eine Pflanze, deren Stamm und Äste verholzen, oder eine geschlossene Ansammlung solcher Pflanzen im Sinne von Wald, Wäldchen, Hain, Hecke oder Gebüsch⁴⁷⁶. Eine Beschränkung auf "Gehölze" einer bestimmten Größe oder Art ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 10 BetrKV nicht.

Der Umstand, dass in der Erläuterung des § 2 Nr. 10 BetrKV lediglich die "Erneuerung" von Pflanzen und Gehölzen und nicht deren Entfernung erwähnt wird, steht einer Umlagefähigkeit von (bloßen) Beseitigungskosten nicht entgegen. Denn zum einen unterfällt das Entfernen von Pflanzen und Gehölzen bereits dem (Ober-)Begriff der "Gartenpflege". Hierzu zählen sämtliche Maßnahmen, die objektiv dem Erhalt der Gartenanlage als solche infolge eines Pflegebedarfs dienen. Dies erfordert nicht nur Arbeiten, die dem Erhalt einzelner Pflanzen und Gehölze dienen, sondern auch deren Entfernung, wenn sie krank, abgestorben oder morsch und nicht mehr standsicher sind. Denn solche Umstände beeinträchtigen die Gartenanlage als Ganzes. Zum anderen setzt eine "Erneuerung" von Pflanzen und Gehölzen regelmäßig deren vorherige Entfernung voraus. Daher bedurfte es entgegen der Ansicht der Revision einer ausdrücklichen Nennung der "Entfernung" in § 2 Nr. 10 BetrKV nicht.

Das Berufungsgericht hat ferner zutreffend aus einer systematischen Betrachtung auf die Umlagefähigkeit der Baumfällkosten geschlossen und hierin keine - der Umlagemöglichkeit entzogenen - Instandsetzungskosten im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV gesehen.

Gemäß § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV sind Betriebskosten diejenigen Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum an dem Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes oder der

⁴⁷⁶ vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Aufl., Band 3, Stichwort "Gehölz"; siehe auch "Der deutsche Wortschatz von 1600 bis heute", abzurufen unter <https://www.dwds.de/wb/Gehölz>.

Wirtschaftseinheit, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Umlagefähige Betriebskosten sind dabei von Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung abzugrenzen, die der Vermieter zu tragen hat. Die (nicht als Betriebskosten umlagefähigen) Aufwendungen für Instandsetzung und Instandhaltung werden durch Reparatur und Wiederbeschaffung verursacht und müssen zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs erbracht werden, um die durch Abnutzung, Alterung oder Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV). Instandsetzung und Instandhaltung betreffen deshalb Mängel an der Substanz der Immobilie oder ihrer Teile⁴⁷⁷.

Die Kosten der Fällung eines morschen Baums sind nicht deshalb - wie teilweise angenommen wird - Instandhaltungskosten, weil hiermit stets ein Mangel im vorgenannten Sinne beseitigt würde. Denn darin liegt ein unzutreffender pauschaler Schluss von der Morschheit eines Baums auf die Mangelhaftigkeit der Mietsache (Gartenanlage). Die bloße Tatsache, dass ein Baum morsch oder eine Pflanze abgestorben ist, erfüllt grundsätzlich in Anbetracht des Umstands, dass ein Garten aus einer Vielzahl von Pflanzen besteht und eine konkrete Zusammensetzung an Pflanzen regelmäßig nicht geschuldet ist, nicht aus sich heraus die Tatbestandsvoraussetzungen eines Mangels⁴⁷⁸.

Die für die Fällung eines nicht mehr standfesten Baums entstandenen Kosten sind - entgegen einer oben aufgezeigten Ansicht - auch nicht deshalb als Instandhaltungskosten anzusehen, weil der Vermieter durch die Fällung zugleich seiner Verkehrssicherungspflicht genüge. Denn die Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten ist als rein haftungsrechtlicher Gesichtspunkt kein maßgebendes Kriterium zur Abgrenzung zwischen Instandhaltungs- und Betriebskosten; vielmehr können auch Kosten für Maßnahmen, die zudem der Wahrnehmung einer Verkehrssicherungspflicht des Vermieters dienen, als Betriebskosten umlagefähig sein⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ vgl. BGH v. 7.4.2004 - VIII ZR 167/03, NZM 2004, 417 unter II 1 a; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 Rz. 10, 14; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 62/19, NZM 2020, 457 Rz. 12.

⁴⁷⁸ vgl. zum Mangel der Mietsache BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 271/17, NJW 2019, 507 Rn. 21; BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, NJW 2020, 2884 Rz. 24.

⁴⁷⁹ vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 Rz. 12.

Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner angenommen, der Einordnung der Baumfällkosten als Betriebskosten stehe nicht entgegen, dass diese nicht im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV "laufend" anfallen.

Für die Annahme laufender Kosten in vorgenanntem Sinne ist es nicht erforderlich, dass diese jährlich oder in festgelegten Abständen entstehen. Vielmehr reicht auch ein mehrjähriger Turnus aus⁴⁸⁰.

Hiernach sind die Kosten für die Fällung eines abgängigen Baums, trotz möglicherweise größerer Zeitintervalle, laufende "Kosten der Gartenpflege".

Denn insoweit ist den Besonderheiten der in § 2 Nr. 10 BetrKV als umlagefähig angesehenen Kosten Rechnung zu tragen. Zu den "Kosten der Gartenpflege" zählen auch solche der "Erneuerung von Pflanzen und Gehölzen", was als Vorstufe regelmäßig das Entfernen der bisherigen Pflanzen und Gehölze voraussetzt. Der Erneuerungsbedarf ist in zeitlicher Hinsicht nicht in dem Maße voraussehbar, wie dies bei anderen Betriebskosten der Fall ist, da es sich bei Pflanzen und Gehölzen um Lebewesen handelt und sie daher nicht ohne Weiteres mit den anderen, auf baulichen und technischen Gegebenheiten beruhenden Betriebskosten vergleichbar sind. Ihre Lebensdauer lässt sich nicht stets sicher vorhersagen. Die Vorschrift des § 2 Nr. 10 BetrKV unterscheidet auch nicht zwischen grundsätzlich kurz- und langlebigen Gehölzen. Damit sind der Entstehung von "Kosten der Gartenpflege" längere, nicht sicher vorherbestimmbare Zeitintervalle immanent.

Unter Beachtung dieser zeitlichen, § 2 Nr. 10 BetrKV immanenten Unwägbarkeiten kann auch nicht angenommen werden, die Umlage von Kosten der Baumfällung widerspreche dem Sinn und Zweck des Betriebskostenrechts, da die Beseitigung des Baums ein für den Mieter so unerwartetes Ereignis darstelle, dass es nicht gerechtfertigt sei, ihn mit derart unvorhergesehenen und regelmäßig hohen Kosten zu belasten⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 Rz. 15; BGH v. 11.11.2009 - VIII ZR 221/08, NJW 2010, 226 Rz. 14; siehe auch BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 33/15, NJW 2016, 1439 Rz. 15.

⁴⁸¹ so aber LG Krefeld v. 17.3.2010 - 2 S 56/09, juris Rz. 37; AG Hamburg-Blankenese, ZMR 2015, 135 (136); AG Berlin-Schöneberg v. 8.10.2009 - 106 C 110/09, juris Rz. 22.

Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf abgestellt, der Anfall von Kosten einer Baumfällung sei für den Mieter, der die mit Bäumen versehene Gartenanlage nutzen und damit vom entsprechenden Wohnwert profitieren kann, bei vernünftiger Betrachtung durchaus vorhersehbar. Einem Mieter ist in diesen Fällen auch regelmäßig bewusst, dass dabei - der Höhe nach schwankende, nicht unerhebliche - Kosten anfallen können. Dass in Gartenanlagen vorhandene Bäume aus unterschiedlichen Gründen gefällt werden müssen, ist einer solchen Anlage inhärent⁴⁸².

Auch die Höhe von Betriebskosten ist (allein) kein maßgebendes Kriterium zur Beurteilung der Frage ihrer grundsätzlichen Umlagefähigkeit⁴⁸³.

Das Betriebskostenrecht gewährleistet nicht pauschal den Schutz des Mieters vor im Einzelfall angefallenen hohen Kosten. So ist etwa selbst ein sprunghafter Anstieg einzelner umlagefähiger Kostenpositionen für sich genommen kein Grund, um eine Kostentragungspflicht des Mieters für solche Betriebskosten grundsätzlich auszuschließen. Eine allgemeine Abwägung der Interessen von Mieter und Vermieter gegeneinander findet im Betriebskostenrecht - über den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz hinaus - nicht statt⁴⁸⁴. Davon abgesehen können auch für das in der Begründung zur Betriebskostenverordnung ausdrücklich erwähnte und umlagefähige "Schneiden und Ausasten"⁴⁸⁵ der Kronen alter, großer Bäume erhebliche Kosten entstehen, welche im Einzelfall die Kosten einer reinen Fällung übersteigen können.

Dass die Kosten der Fällung eines morschen, nicht mehr standfesten Baums zu den Kosten der Gartenpflege im Sinne des § 2 Nr. 10 BetrKV gehören, steht damit auch im Einklang mit den Verordnungsmaterialien zu dieser Bestimmung.

Ob und unter welchen Umständen der Vermieter gehalten sein kann, die Kosten der Fällung eines Baums nicht in vollem Umfang in das Abrechnungsjahr einzubeziehen, in dem sie anfallen, sondern über mehrere Jahre verteilt umzulegen⁴⁸⁶, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn es ist weder dargetan

⁴⁸² MünchKommBGB/Zehlein, 8. Aufl., § 2 BetrKV Rz. 54.

⁴⁸³ BGH v. 10.11.2021 – VIII ZR 107/20, WuM 2022, 40.

⁴⁸⁴ vgl. MünchKommBGB/Zehlein, 8. Aufl., § 556 Rz. 122; sowie § 2 BetrKV Rz. 54; vgl. auch LG München I, ZMR 2021, 116 (118).

⁴⁸⁵ siehe BR-Drucks. 568/03, S. 32.

⁴⁸⁶ vgl. BGH v. 11.11.2009 - VIII ZR 221/08, NJW 2010, 226 Rz. 19.

noch sonst ersichtlich, dass im Streitfall deshalb ein besonderer Ausnahmefall vorliegt, weil die angefallenen Kosten besonders hoch wären und die Klägerin durch die einmalige Umlage dieser Kosten in unbilliger Weise erheblich belastet würde. Vielmehr hat die Klägerin zuletzt weder gegen die Höhe der Kosten noch gegen ihre volle (fristgerechte) Umlage in der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2015 Einwände erhoben.

12.2 Einzelne Darstellung sonstiger Betriebskosten

Den erforderlichen engen Zusammenhang zwischen einzelnen Kostenarten hat der BGH zwar grundsätzlich bei einzelnen Ziffern des Betriebskostenkatalogs bejaht⁴⁸⁷. Ein solch enger Zusammenhang liegt jedoch nicht vor, wenn im Mietvertrag die Umlage diverser Kosten als "sonstige Betriebskosten" vereinbart ist - wie hier etwa die Kosten der Trinkwasseruntersuchung, der Dachrinnenreinigung und diverse Wartungskosten - und diese in einer Position abgerechnet werden. Insoweit bedarf es einer - gegebenenfalls auch in einer Anlage oder Erläuterung zur Abrechnung - abschließenden Angabe der unter der Position "sonstige Nebenkosten" abgerechneten Kostenarten sowie einer Aufschlüsselung, welche Beträge für die jeweilige Kostenart angefallen sind. Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Erst recht wäre es insoweit auch nicht genügend, wenn eine Betriebskostenabrechnung allein die Bezeichnung "sonstige Betriebskosten" verwendete⁴⁸⁸.

12.3 Formelle Wirksamkeit der Abrechnung

Der Vermieter hat für die einzelnen Betriebskostenarten jeweils in der ersten Spalte die Gesamtkosten (nach dem umzulegenden Betrag) benannt. Soweit der Vermieter hiervon bei der weiteren Abrechnung nicht den gesamten Betrag umgelegt hat, hat er den damit vorgenommenen Vorwegabzug in den Abrechnungen jeweils beigefügten Anlagen erläutert, wobei an dieser Stelle dahinste-

⁴⁸⁷ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, WuM 2009, 669.

⁴⁸⁸ Wall, Betriebs- und Heizkosten-Kommentar, 5. Aufl., Rz. 1739, 4717; Schmid, NZM 2010, 264 (265); a. A.: Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H Rn. 137.

hen kann, ob eine solche Erläuterung nach der neuesten Rechtsprechung des BGH überhaupt noch erforderlich gewesen wäre⁴⁸⁹.

Der angewendeten Umlageschlüssel (Flächenmaßstab) lässt sich den Abrechnungen ohne weiteres entnehmen, weil jeweils die Gesamtflächen und die Wohnfläche der Wohnung der Beklagten angegeben sind. Hieraus ergibt sich jeweils die Berechnung des Anteils der Beklagten; auch die Vorauszahlungen sind in den Abrechnungen berücksichtigt.

Damit erfüllen die Abrechnungen die formellen Anforderungen⁴⁹⁰.

Insoweit bedurfte es keiner weiteren Erläuterung des Umlageschlüssels. Denn der Verteilungsmaßstab "Fläche" ist aus sich heraus verständlich⁴⁹¹. Etwas Anderes gilt auch nicht etwa deshalb, weil der Vermieter bei seiner Abrechnung verschiedene Gesamtflächen zugrunde gelegt hat, nämlich bei einigen Positionen die Gesamtfläche der mehrere Gebäude umfassenden Gesamtanlage, während bei anderen Positionen kleinere "Abrechnungskreise" (etwa einzelne Gebäude) gebildet und dementsprechend kleinere Gesamtflächen zugrunde gelegt wurden. Auch insoweit genügt aber auf der formellen Ebene die jeweilige Angabe der Gesamtfläche, die der nach dem Flächenmaßstab abgerechneten Betriebskostenpositionen zugrunde gelegt worden ist.

Soweit der Mieter in den Abrechnungen Informationen dazu vermisst, aus welchen einzelnen Gebäudeteilen oder Hausnummern sich die jeweils zugrunde gelegte Wirtschaftseinheit zusammensetzt, verkennt es, dass derartige Informationen nach der Rechtsprechung des BGH gerade nicht zu den Mindestanforderungen an eine Betriebskostenabrechnung gehören, deren Verletzung die Abrechnung formell unwirksam macht⁴⁹².

Für die formelle Wirksamkeit ist es unerheblich, ob der Vermieter in den Abrechnungen vom vereinbarten Umlageschlüssel abgewichen bzw. er nach dem Mietvertrag nicht zur Zusammenfassung der Gesamtanlage zu einer Wirtschaftseinheit berechtigt gewesen ist. Denn dieser Einwand betrifft allenfalls die

⁴⁸⁹ vgl. BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, MDR 2016, 262 = WuM 2016, 170 = ZMR 2016, 282 Rn. 12 ff., 19.

⁴⁹⁰ BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210 = ZMR 2020, 484.

⁴⁹¹ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, MDR 2010, 1102 = WuM 2010, 627 = GE 2010, 1261.

⁴⁹² BGH v. 14.2.2012 - VIII ZR 207/11, WuM 2012, 405 Rz. 3.

materielle Richtigkeit der Abrechnung, nicht aber deren formelle Ordnungsgemäßheit⁴⁹³.

Auch die behauptete Unklarheit, ob die Abrechnungseinheiten der W. Str. 21 bei der Berechnung der zugrunde gelegten Gesamtfläche berücksichtigt worden seien, betrifft nicht die formelle Ordnungsgemäßheit der Abrechnung. Dasselbe gilt für den behaupteten Widerspruch zwischen den beiden Positionen Hausstrom, Aufzug und Hausreinigung angesetzten Gesamtflächen und den Erläuterungen.

Vergeblich wird ferner geltend gemacht, die Betriebskostenabrechnungen seien deshalb aus formellen Gründen - zumindest bezüglich einzelner Positionen - unwirksam, weil in den Erläuterungen einzelne Positionen nicht nachvollziehbar bezeichnet seien. Insoweit bezieht sich der Mieter auf die in den Erläuterungen zu den Abrechnungen beigefügte Aufschlüsselung einzelner Betriebskosten (etwa nach Rechnungsbeträgen für einzelne Gebäude). Da eine solche Aufschlüsselung für die formelle Ordnungsgemäßheit schon nicht erforderlich ist, ist es (auf der formellen Ebene) auch unschädlich, dass einzelne in der Aufschlüsselung genannten Teilpositionen mit einer unverständlichen Ziffernfolge bezeichnet sind. Sofern dem jeweiligen Einzelbetrag keine umlegbaren Kosten zugrunde liegen sollten, handelte es sich wiederum um eine Frage der materiellen Richtigkeit der Abrechnung.

Soweit sich der Mieter darauf beruft, dass einzelne Kostenarten (Müll, Hausreinigung) in der Abrechnung jeweils doppelt genannt sind und auf unterschiedliche Gesamtflächen verteilt werden, obwohl in den Erläuterungen zu der Abrechnung insoweit nur auf eine Gesamtfläche abgestellt wird, betrifft auch dies keinen formellen, sondern allenfalls einen materiellen Fehler der Abrechnungen⁴⁹⁴. Im Übrigen lässt sich den in der Anlage zu den Abrechnungen erteilten Erläuterungen bei verständiger Würdigung entnehmen, dass der Vermieter einen Teil der Reinigungskosten der Gesamtanlage zugeordnet und dementsprechend auf die gesamte Wirtschaftseinheit umgelegt hat. Einen anderen Teil der Reinigungskosten hat er dem Gebäude zugeordnet, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet und dementsprechend nur auf die in diesem Gebäude be-

⁴⁹³ BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210.

⁴⁹⁴ BGH v. 29.1.2020 – VIII ZR 244/18, WuM 2020, 210.

findlichen Einheiten umgelegt. Ob diese Aufteilung zutreffend ist, betrifft wiederum allein die materielle Richtigkeit der Abrechnung. Bei der doppelt auftauchenden Position "Straßenreinigung/Müll" handelt es sich - wie aus den Erläuterungen ersichtlich - einmal um die Straßenreinigungskosten (Gesamtbetrag 2014: 15.390,75 €) und das andere Mal um Kosten der Müllentsorgung. Hinsichtlich der Müllentsorgung ist der Vermieter - wie wiederum aus den Erläuterungen ersichtlich - so verfahren, dass er die besonderen (hohen) Kosten, die für einzelne Gewerbebetriebe angefallen sind, vorweg abgezogen und die verbleibenden Beträge auf die Wohnungen und die übrigen gewerblichen Einheiten (Büroeinheiten) nach dem Flächenmaßstab verteilt hat. Auch insoweit steht die formelle Ordnungsgemäßheit der Abrechnung nicht in Frage.

Bezüglich der Heizkostenabrechnung wird rechtsfehlerhaft ein formeller Abrechnungsfehler darin gesehen, dass die Abrechnung einer Plausibilitätskontrolle nicht standhalte, weil Verbrauchsabweichungen gegenüber den in früheren Abrechnungen gemessenen Verbrauchsmengen nicht erläutert worden seien.

Nach der Rechtsprechung des BGH führt der Umstand, dass eine Abrechnung - etwa bezüglich der Flächenangabe oder bezüglich der angegebenen Verbrauchswerte - im Vergleich zu früheren Abrechnungen erheblich abweicht, gerade nicht dazu, dass aus diesem Grund höhere formelle Anforderungen an die Abrechnungen zu stellen wären, etwa in Form einer Erläuterung der Gründe für die Flächenabweichung oder den gestiegenen Verbrauch⁴⁹⁵. Bei der Frage, ob in einer Abrechnung eine zu hohe Verbrauchsmenge zugrunde gelegt wurde, handelt es sich vielmehr um eine Frage der materiellen Richtigkeit der Abrechnung⁴⁹⁶.

12.4 Formelle Wirksamkeit der Abrechnung im Gewerbe

Nach der Rechtsprechung des BGH genügt eine Nebenkostenabrechnung den an sie in formeller Hinsicht zu stellenden Anforderungen, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen

⁴⁹⁵ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, MDR 2008, 907 = NJW 2008, 2260 Rn. 13 ff.

⁴⁹⁶ vgl. BGH v. 25.11.2009 - VIII ZR 322/08, MDR 2010, 377 = WuM 2010, 156 = NZM 2010, 315 = GE 2010, 477 Rz. 14.

Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen aufzunehmen⁴⁹⁷.

An die Abrechnung von Nebenkosten sind dabei in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen⁴⁹⁸. Insbesondere genügt es, dass sich einzelne Angaben etwa zum Umlageschlüssel dem Vertrag oder den Nebenkostenabrechnungen beigefügten Erläuterungen entnehmen lassen⁴⁹⁹. Ob die der Abrechnung zugrunde gelegten unterschiedlichen Bezugspunkte für die einzelnen Nebenkosten maßgeblich sind und ob die insoweit angesetzten Flächenangaben zutreffen, berührt dagegen nicht die Wirksamkeit, sondern allein die Richtigkeit der Abrechnung⁵⁰⁰.

Ein nach diesen Grundsätzen vorliegender formeller Fehler führt schließlich nur dann zur Unwirksamkeit der Abrechnung insgesamt und zu einem Anspruch auf Neuerteilung, wenn er sich durchgängig durch die gesamte Abrechnung zieht. Betrifft er nur einzelne Kostenpositionen, bleibt die Abrechnung im Übrigen unberührt, wenn die jeweiligen Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können⁵⁰¹.

Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch im Gewerberaummietrecht⁵⁰².

Gemessen daran stehen die von der Revision hinsichtlich der Ermittlung der Flächen sowie zur Bezeichnung des Umlageschlüssels („ST“) erhobenen Einwände der formellen Ordnungsmäßigkeit der Nebenkostenabrechnungen nicht entgegen.

Dass hinsichtlich der nach Wohn- und Nutzfläche für das Jahr 2012 und 2013 abgerechneten Nebenkosten die Quadratmeterangaben während des Jahres und für die einzelnen Nebenkosten variieren, steht der Nachvollziehbarkeit der Abrechnungen nicht entgegen.

⁴⁹⁷ st. Rspr., vgl. BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 8 m.w.N.

⁴⁹⁸ BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, NJW 2016, 866 Rz. 13 m.w.N.

⁴⁹⁹ vgl. BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 13 f.

⁵⁰⁰ BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rz. 14 m.w.N.

⁵⁰¹ vgl. BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, NJW 2010, 3363 Rz. 14 m.w.N.

⁵⁰² vgl. Guhling/Günter/Both, Gewerberaummierte, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 75 ff.

Abgesehen davon, dass unstreitig während des Jahres insoweit Änderungen eingetreten sind, die - wie etwa bauliche Veränderungen und die mit dem 1. Nachtrag verbundenen Änderungen hinsichtlich der gemieteten Räume - insoweit auch gesondert erläutert worden sind, bleibt die Abrechnung trotz variierender Zahlen rechnerisch nachvollziehbar, so dass vorhandene Abweichungen allenfalls die materielle Richtigkeit der einzelnen Kostenposition in Frage stellen können, nicht aber die formelle Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung⁵⁰³. Mithin könnten selbst vorliegende Fehler nicht zu einem Anspruch auf (erneute) Abrechnung führen. Entsprechendes gilt für in einzelnen Positionen abweichende Quadratmeterangaben zur Gesamtnutzfläche, die ebenfalls nur die materielle Richtigkeit betreffen.

Ähnliches gilt für die entsprechend ihrer jeweiligen Funktion mit unterschiedlichen Anteilen berücksichtigten „gewichteten“ Flächen. Denn auch insoweit muss aus der Abrechnung selbst nicht hervorgehen, wie der Vermieter die Flächen ermittelt hat⁵⁰⁴.

Dass Flächen je nach der Art ihrer Nutzung unterschiedlich gewichtet werden, stellt schon keine Besonderheit des vorliegenden Mietverhältnisses dar. Denn eine gewichtete Berücksichtigung findet auch in anderen Zusammenhängen wie etwa der Wohnflächenberechnung nach der Wohnflächenverordnung (vgl. § 4 WoFIV) statt. Auch die - im vorliegenden Fall zur Ermittlung der Mietfläche verwendete - DIN 277 differenziert zwischen Nutzungsfläche, Technikfläche und Verkehrsfläche. Da die Flächenermittlung in der Nebenkostenabrechnung nicht erläutert werden muss, ist der Mieter dann ohnedies auf ergänzende Angaben des Vermieters angewiesen, um die Richtigkeit der in der Abrechnung zugrunde gelegten Gesamtflächen und der auf ihn entfallenden Anteile überprüfen zu können. Insoweit besteht ein Anspruch des Mieters auf Vorlage der Flächenermittlung bei der Belegeinsicht.

Allerdings enthalten die betreffenden Nebenkostenabrechnungen mit dem nicht erläuterten und nicht ohne weiteres verständlichen Kürzel „ST“ eine für sich genommen nicht nachvollziehbare Bezeichnung des Umlageschlüssels⁵⁰⁵. Dieses

⁵⁰³ BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

⁵⁰⁴ BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

⁵⁰⁵ BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

Kürzel soll nicht nur auf einen einzigen, sondern auf für einzelne Nebenkostenarten jeweils verschiedene Umlageschlüssel verweisen.

Insoweit wird die für die formelle Ordnungsmäßigkeit erforderliche Nachvollziehbarkeit der Nebenkostenabrechnungen in zulässiger Weise durch das diesen jeweils beigelegte Infoblatt hergestellt⁵⁰⁶. Aus dem Infoblatt ergibt sich, dass für die Kostenarten Heizung und Warmwasserversorgung, Wasser/Abwasser, Müllentsorgung und Anteil Strom (Beleuchtung) jeweils eigene - an den Besonderheiten der einzelnen Kostenposition („unterschiedlicher Durchschnittsverbrauch“) orientierte - Flächenmaßstäbe zugrunde gelegt worden sind, die von der allgemeinen Wohn- und Nutzfläche abweichen. Hinsichtlich der Stromkosten ist der Maßstab eines für die unterschiedlichen Flächen typisierten, vom Vermieter festgelegten Verbrauchs gewählt. Dass in dem Infoblatt teilweise auf Festlegungen für das jeweilige Vorjahr (Nebenkostenabrechnungen 2012 und 2013) und teils auf die Festlegungen für das abgerechnete Jahr (Nebenkostenabrechnungen 2014 und 2015) verwiesen wird, ist für die Nachvollziehbarkeit der auf den genannten Werten beruhenden Abrechnung ebenso unerheblich wie deren rechnerische Richtigkeit.

Aus den durch das Infoblatt erläuterten Nebenkostenabrechnungen wird mithin insgesamt hinreichend deutlich, dass das Kürzel „ST“ auf die vom allgemeinen (Flächen-)Maßstab („M2“) abweichende Umlage der im beigelegte Infoblatt einzeln aufgeführten Nebenkostenarten nach dem für diese jeweils besonders genannten Maßstab hinweist. Die erforderliche Nachvollziehbarkeit ist mithin gegeben.

Ob auch die Aufteilung des Mietobjekts in drei Abrechnungseinheiten den an die Nachvollziehbarkeit zu stellenden Anforderungen genügt⁵⁰⁷, kann im Ergebnis offenbleiben.

Zwar ist insoweit aus den Nebenkostenabrechnungen, dem Mietvertrag oder aus den jeweiligen Anlagen nicht ersichtlich, welche Aufteilung der Vermieter hinsichtlich der im 3. Obergeschoss belegenen Räume des Mietobjekts vorgenommen hat. Einem sich daraus etwa ergebenden Anspruch auf Neuerteilung der Nebenkostenabrechnungen steht aber jedenfalls der Einwand der unzuläs-

⁵⁰⁶ BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, GE 2021, 305.

sigen Rechtsausübung nach § 242 BGB entgegen⁵⁰⁸. Denn der Mieter hat zu der den Nebenkostenabrechnungen zugrunde liegenden Aufteilung des Mietobjekts in drei Teile weder Beanstandungen erhoben noch zu erkennen gegeben, dass ihm die Nebenkostenabrechnungen insoweit nicht nachvollziehbar seien. Da zudem schon die Vorauszahlungen durchgängig unbeanstandet nach denselben drei Objektteilen getrennt veranschlagt worden sind, durfte der Vermieter davon ausgehen, dass der Mieter insoweit die nötigen Informationen besitzt. Dann wäre es vom Mieter nach Treu und Glauben bei bestehenden Unklarheiten aber zu verlangen gewesen, den Vermieter zu einer diesbezüglichen Aufschlüsselung (bzw. Zusammenfassung) der Abrechnungen aufzufordern.

Ein trotz formeller Ordnungsmäßigkeit der erteilten Abrechnungen bestehender Anspruch auf erneute Abrechnung wegen einer schwerwiegenden Unrichtigkeit und vom Mieter mangels Kenntnis der Basisdaten nicht behebbaren Mangels ist von der Rechtsprechung des BGH nur für Ausnahmefälle und bezogen auf die insoweit betroffenen einzelnen Kostenpositionen angenommen worden⁵⁰⁹. Für den Fall einer Abweichung vom vertraglich vereinbarten Umlagemaßstab hat der BGH einen solchen ergänzenden Anspruch für möglich gehalten⁵¹⁰.

Gemessen daran ist im vorliegenden Fall kein Grund für die Erforderlichkeit der begehrten erneuten Abrechnung ersichtlich. Der Mieter ist vielmehr auf eine inhaltliche Überprüfung anhand der für ihn einsehbaren Belege⁵¹¹ verwiesen, wobei er hinsichtlich der Aufteilung der Abrechnungen auf drei Objektteile (Nr. 59, 61 und 71) im Bedarfsfall zuvor eine darauf bezogene Erläuterung verlangen kann.

12.5 Vertraglicher genereller Verzicht auf Einwendung

Die Vorschrift des § 556 Abs. 3 BGB enthält zwar Regelungen zur Abrechnung von Vorauszahlungen des Mieters auf Betriebskosten, von denen in ihrem Anwendungsbereich gemäß § 556 Abs. 4 BGB nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden darf. Hiervon wird aber eine Einigung der Mietvertragspar-

⁵⁰⁷ vgl. BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 14.

⁵⁰⁸ vgl. Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl., § 242 BGB Rz. 55 ff. m.w.N.

⁵⁰⁹ vgl. BGH v. 20.10.2010 - VIII ZR 73/10, NJW 2011, 368 Rz. 16 m.w.N.

⁵¹⁰ vgl. BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 (220).

⁵¹¹ vgl. BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 118/19, juris.

teilen über die Verbindlichkeit des Saldos einer konkreten bereits erteilten Betriebskostenabrechnung nicht erfasst.

Es bedarf deshalb im vorliegenden Fall keiner Entscheidung über die in der Instanzrechtsprechung und in der mietrechtlichen Literatur bisher nicht einheitlich beurteilte Frage, ob die Bestimmungen in § 556 Abs. 3 BGB auch dann entsprechend gelten, wenn die Mietparteien - wie hier in Bezug auf die Stromkosten - weder eine Pauschale noch Vorauszahlungen auf die - vertraglich dem Mieter auferlegten - Betriebskosten vereinbart haben⁵¹².

Denn die Regelungen in § 556 Abs. 3, 4 BGB hindern die Mietvertragsparteien jedenfalls nicht daran, nach Zugang einer Betriebskostenabrechnung an den Mieter eine Vereinbarung darüber zu treffen, dass der Mieter den ausgewiesenen Saldo als verbindlich anerkennt⁵¹³. Weder formelle Mängel der Abrechnung noch die mit einer solchen Vereinbarung etwa verbundene Verkürzung der dem Mieter zustehenden Einwendungsfrist (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) stehen der Wirksamkeit einer derartigen Vereinbarung entgegen. Es handelt sich hierbei nämlich nicht um eine Abrede, die Einwendungen des Mieters gegen die Abrechnung von vornherein generell ausschließt oder einschränkt, sondern um die Anerkennung einer konkreten Schuld⁵¹⁴, sei es in Form eines (deklaratorischen) Anerkenntnisses oder - wie hier - in Form einer vergleichsweisen Einigung. Dieser Fall wird von § 556 Abs. 4 BGB seinem Sinn und Zweck nach nicht erfasst.

Die in § 556 Abs. 3 BGB normierte Abrechnungspflicht des Vermieters nebst den damit im Zusammenhang stehenden ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen dienen im Interesse beider Mietvertragsparteien der Abrechnungssicherheit, der Streitvermeidung und der Schaffung von Rechts-

⁵¹² bejahend etwa LG Berlin, GE 2007, 1252 f.; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 446; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., G. Rz. 35; BeckOK-Mietrecht/*Pfeifer*, Stand: 1. August 2020, § 556 BGB Rz. 1261; verneinend etwa LG München II, NZM 2012, 342; Staudinger/*Artz*, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 106; BeckOGK/*Drager*, Stand: 1. Januar 2020, § 556 BGB Rz. 101; vgl. ferner - für das Verhältnis zwischen Eigentümer und dinglich Wohnungsberechtigtem BGH v. 16.3.2018 - V ZR 60/17, NZM 2018, 675 Rz. 13 ff.

⁵¹³ BGH v. 28.10.2020 – VIII ZR 230/19, GE 2020, 1617.

⁵¹⁴ so auch Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 402; Münch-Komm/*Zehlelein*, 8. Aufl., § 556 BGB Rz. 109; BeckOGK/*Drager*, Stand: 1. Januar 2020, § 556 BGB Rz. 230; Staudinger/*Artz*, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 134; *Wall*, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rz. 1567; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H. Rz. 232 f.; a.A. jurisPK-BGB/*Schur*, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 104.

klarheit in überschaubarer Zeit⁵¹⁵. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung wird eine Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB nicht gerecht, die den Vertragsparteien - selbst wenn sachliche Gründe hierfür vorliegen - die Möglichkeit versagt, sich einvernehmlich auf schnellerem Weg Klarheit über die wechselseitigen Pflichten aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum zu verschaffen⁵¹⁶.

Der mit § 556 Abs. 4 bezweckte Mieterschutz wird in solchen Fällen schon deshalb nicht unterlaufen, weil die Annahme sowohl einer vergleichweisen Einigung - nach der gesetzlichen Regelung des § 779 BGB - als auch eines deklaratorischen Anerkenntnisses - nach ständiger Rechtsprechung⁵¹⁷ - voraussetzt, dass zwischen den Parteien Streit oder Ungewissheit über ein bestehendes Rechts- beziehungsweise Schuldverhältnis herrscht und die Parteien dieses durch die Vereinbarung insgesamt oder in einzelnen Beziehungen dem Streit entziehen wollen, mithin - auch für den Mieter - ein konkreter Anlass für die Anerkennung des Abrechnungssaldos vorliegen muss. Die Bejahung einer solchen Einigung kommt also nur in Betracht, wenn sich ein materielles Interesse (auch) des Mieters an deren Zustandekommen feststellen lässt, was in der Regel damit einhergehen wird, dass etwaige Nachteile für den Mieter hinreichend kompensiert werden.

Diese Auslegung von § 556 Abs. 4 BGB steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des VIII. Senats. Dieser hat bereits entschieden, dass § 556 Abs. 4 BGB der Wirksamkeit einer einzelfallbezogenen Verständigung der Mietvertragsparteien über die einmalige Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode (§ 556 Abs. 3 Satz 1 BGB) zwecks Umstellung auf eine kalenderjährliche Abrechnung nicht entgegensteht und dabei entscheidend darauf abgestellt, dass eine solche Vereinbarung im beiderseitigen Interesse liegt und die dem Mieter möglicherweise entstehenden Nachteile durch entsprechende Vorteile hinreichend kompensiert werden⁵¹⁸.

⁵¹⁵ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 37; BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903 Rz. 13; BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 19 ff.

⁵¹⁶ BGH v. 28.10.2020 - VIII ZR 230/19, WuM 2020, 791.

⁵¹⁷ vgl. etwa BGH v. 24.3.1976 - IV ZR 222/74, BGHZ 66, 250 [255]; BGH v. 1.12.1994 - VII ZR 215/93, NJW 1995, 960 unter II 2 g; BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 239/07, NJW 2008, 3425.

⁵¹⁸ vgl. BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, NJW 2011, 2878 Rz. 11 ff., 14.

Soweit der VIII. Senat eine vorbehaltlose Zahlung oder Gutschrift innerhalb der dem Mieter gewährten Einwendungsfrist für sich genommen nicht als ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ansieht⁵¹⁹, wird damit nicht etwa generell die Möglichkeit verneint, dass die Mietvertragsparteien sich vor Ablauf der Einwendungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB über das Bestehen eines sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Saldos verbindlich verständigen. Diese Rechtsprechung lässt lediglich den Schluss zu, dass an eine solche Einigung hohe Anforderungen zu stellen sind und sie nur bei - hier gegebenen - eindeutigen Erklärungen der Mietvertragsparteien in Betracht kommt.

12.6 Einsichtsrecht in Belege des Subunternehmers

§ 259 Abs. 1 BGB bestimmt, dass Belege, soweit sie erteilt zu werden pflegen, vorzulegen sind. Dementsprechend gehört es auch zu einer vom Vermieter vorzunehmenden ordnungsgemäßen Abrechnung, dass er dem Mieter auf dessen Verlangen zusätzlich die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen durch deren Vorlage ermöglicht, soweit dies zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung oder zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen erforderlich ist⁵²⁰. Der Darlegung eines besonderen Interesses bedarf es hierbei nicht. Es genügt vielmehr das allgemeine Interesse des Mieters, die Tätigkeit des abrechnungspflichtigen Vermieters zu kontrollieren.

Von dem Einsichtsrecht umfasst ist auch die Einsichtnahme in Verträge des Vermieters mit Dritten, soweit deren Heranziehung zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung und zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen gegen diese gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB erforderlich ist⁵²¹. Zur Vorlage der Verträge und Rechnungen aus dem Verhältnis zwischen dem Energielieferanten des Vermieters und dessen Vorlieferanten ist der Vermieter indes ebenso wenig verpflichtet wie zur Auskunft darüber, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen beispielsweise der Heizöllieferant das Heizöl von seinem Vorlieferanten bezieht⁵²².

⁵¹⁹ BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 21.

⁵²⁰ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 16 m.w.N.

⁵²¹ vgl.; BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2.

⁵²² BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rz. 10.

Letztlich ist es für den Umfang der zu gewährenden Einsicht auch bei Beauftragung eines Dritten mit einer betriebskostenrelevanten Leistung entscheidend, in welche Belege im Einzelfall eine Einsichtnahme erforderlich ist, um die abgerechnete Position nachvollziehen zu können. Hat der Vermieter einen Dritten zur Erledigung der abgerechneten Arbeiten eingeschaltet, werden grundsätzlich auch die mit diesem getroffenen Vergütungsregelungen und die insoweit erteilten Rechnungen vom Einsichtsrecht des Mieters erfasst sein. Denn nur hieraus lässt sich für den Mieter erkennen, ob die in die Betriebskostenabrechnung eingestellte Position dem von dem Dritten berechtigterweise abgerechneten Betrag entspricht. Wenn der Dritte wiederum einen Subunternehmer eingeschaltet hat, bezieht sich das Einsichtsrecht des Mieters dann nicht auf Unterlagen aus dem Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Subunternehmer, wenn der Vermieter mit dem Dritten eine Vergütung für dessen Tätigkeit verabredet hat oder diese nach § 612 BGB als vereinbart gilt und er die von dem Dritten abgerechnete Vergütung in die Betriebskostenabrechnung eingestellt hat. Denn in diesem Fall bedarf es in der Regel der Einsicht in die Unterlagen des von dem Dritten weiter beauftragten Subunternehmers nicht, um die entsprechende Position der Betriebskostenabrechnung nachvollziehen zu können.

Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn der Vermieter mit dem Dritten eine eigenständige Vergütungsregelung nicht getroffen, sondern nur die Erstattung der anfallenden Kosten vereinbart hat. Dann kann für eine Nachvollziehbarkeit der in Rechnung gestellten Betriebskostenposition auch die Vorlage von Unterlagen des Subunternehmers erforderlich sein, aus denen sich die Höhe der in dem Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Subunternehmer vereinbarten und abgerechneten Vergütung ergibt. Denn im Falle der Vereinbarung einer reinen Kostenerstattung kann der Vermieter auch nur die dem Dritten tatsächlich entstandenen und dem Vermieter weiterbelasteten Kosten in die entsprechende Betriebskostenposition einstellen. Prüfbar ist dies für den Mieter in solchen Fällen in der Regel nur bei einer Einsicht in die die Vergütung zwischen dem Dritten und seinem Subunternehmer betreffenden Unterlagen.

Zu den nach diesen Grundsätzen von der Beklagten vorzulegenden Vertragsunterlagen und Belegen zählen auf Grund der Besonderheiten der vertraglichen Regelung zwischen der Beklagten und der Immobilienservice GmbH auch etwaige Verträge der Immobilienservice GmbH mit Subunternehmern über die

Erbringung der Hauswartleistungen für die streitgegenständliche Immobilie sowie zugehörige, den Abrechnungszeitraum betreffende Rechnungen der beauftragten Subunternehmer⁵²³. Denn die Einsicht in diese Unterlagen ist zur sachgerechten Überprüfung der für den Hauswart in der Nebenkostenabrechnung aufgeführten Position sowie zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen hiergegen erforderlich. Ein weitergehendes Einsichtsrecht besteht hingegen auch in eine "Aufstellung konkreter Leistungen mit dazugehörigen Einzelpreisen, die in den Rechnungen des Dienstleisters beziehungsweise des angestellten Hauswarts bezüglich der Position Hauswart abgerechnet wurden" nicht.

Das Einsichtsrecht der Kläger betreffend die Position Hauswart bezieht sich zunächst auf die Unterlagen aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem von ihr mit der Durchführung der Hauswartleistungen beauftragten Unternehmen. Vertragspartner der Beklagten ist diesbezüglich allein die Immobilienservice GmbH, eine nicht von der Beklagten abhängige oder kontrollierte Schwestergesellschaft desselben Konzerns. Insoweit ist die Beklagte dem Einsichtsbegehren der Kläger nachgekommen und hat den Geschäftsbesorgungsvertrag über die Erbringung der Hausmeisterleistungen vom 12. Dezember 2018, Tätigkeitsnachweise der Immobilienservice GmbH vom 13. und 16. September 2019 für den Abrechnungszeitraum sowie die monatlichen Abrechnungen der Immobilienservice GmbH vorgelegt.

Dafür, dass weitere das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Immobilienservice GmbH betreffende Unterlagen existieren, die den Klägern nicht zur Einsicht zur Verfügung gestellt worden sind, bestehen keine Anhaltspunkte. Die Kläger machen diesbezüglich auch keine weiteren Einsichtsrechte geltend, sondern begehren ausschließlich die Einsicht in die die Hauswarttätigkeit betreffenden Unterlagen aus dem Verhältnis zwischen der Immobilienservice GmbH und den von ihr beauftragten Subunternehmern oder dem bei ihr angestellten Hauswart.

Im Hinblick auf die Besonderheiten der vorliegenden Vertragsgestaltung beschränkt sich das Einsichtsrecht der Mieter hier indes nicht auf die das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Immobilienservice GmbH betreffenden Unterlagen, sondern bezieht sich auch auf die Unterlagen, die Auf-

⁵²³ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 114/21, ■.

schluss über die der Immobilienservice GmbH in Ausführung der Hauswarttätigkeit entstandenen Kosten geben.

Nach § 2 Nr. 1 Abs. 1 des Geschäftsbesorgungsvertrags vom 12. Dezember 2018, der nach dessen § 1 Nr. 2 die bestehenden Vertragsverhältnisse und vertraglichen Regelungen nochmals schriftlich festhalten und dokumentieren und gemäß § 1 Nr. 2 in Verbindung mit dessen Anlage 1 bezüglich der Beklagten rückwirkend ab 1. Januar 2016 gelten sollte, hat die Beklagte der Immobilienservice GmbH die für die Erfüllung der Hausmeister Tätigkeit entstandenen und per Einzelrechnung umlagefähig ausgewiesenen Kosten zu erstatten, wobei die Immobilienservice GmbH für die Erfüllung dieser Aufgaben keinen weiteren Honorarbestandteil erhält. Im Hinblick auf diese eindeutige Vereinbarung lediglich einer Erstattung der entstandenen Kosten ohne eigenen Honorarbestandteil - im Gegensatz zu einer vereinbarten Vergütung - kommt die Anwendung von § 612 BGB, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, und wonach bei fehlender Vereinbarung über die Höhe die übliche Vergütung als vereinbart gilt, nicht in Betracht. Die Immobilienservice GmbH kann demnach von der Beklagten nicht eine marktübliche Vergütung einschließlich Gewinn verlangen, sondern darf nur die ihr selbst entstandenen Kosten ohne Gewinnaufschlag weiterberechnen. Insoweit entspricht die Position der Immobilienservice GmbH derjenigen eines Vermieters, der nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV grundsätzlich nur die hierdurch tatsächlich entstandenen Kosten auf die Mieter umlegen darf. Dementsprechend kann auch die Beklagte nur die Kosten auf die Mieter umlegen, die der Immobilienservice GmbH tatsächlich entstanden sind und die diese an die Beklagte weitergeben durfte. Im Falle der Beauftragung von Subunternehmern entspricht dies der Vergütung, die die Immobilienservice GmbH an den Subunternehmer entrichtet hat.

Eine sachgerechte Überprüfung des in die Betriebskostenabrechnung eingestellten Betrags für den Hauswart setzt demnach die Kenntnis der der Immobilienservice GmbH entstandenen Kosten voraus. Hierüber geben die bislang vorgelegten Unterlagen aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Immobilienservice GmbH indes keinen Aufschluss. Vielmehr benötigen die Kläger hierfür auch die Kenntnis von den Dienstleistungsverträgen mit even-

tuellen Subunternehmern sowie deren Abrechnung der durchgeführten Dienstleistungen.

Dazu können die Kläger Einsicht in die "dienstleistungsvertraglichen Grundlagen für die Vergütung der Hauswartleistungen", also in die Dienstverträge zwischen der Immobilienservice GmbH und ihren Subunternehmern betreffend die Hauswarttätigkeit, verlangen⁵²⁴. Nur die Kenntnis der darin vereinbarten Vergütungsregelung ermöglicht den Klägern einen Abgleich zwischen vereinbarter und abgerechneter Vergütung.

Um die Übereinstimmung zwischen dem durch die Subunternehmer in Rechnung gestellten Betrag und den von der Immobilienservice GmbH gegenüber der Beklagten abgerechneten und von dieser in die Nebenkostenabrechnung eingestellten Kosten des Hauswarts sachgerecht überprüfen zu können, bedarf es darüber hinaus einer Einsicht in die Rechnungen der Subunternehmer, die diese bezüglich der Hauswarttätigkeit gegenüber der Immobilienservice GmbH erteilt haben. Denn nur die Kenntnis des in diesem Verhältnis abgerechneten Betrags ermöglicht den Klägern die Prüfung, ob tatsächlich nur die der Immobilienservice GmbH entstandenen Kosten auf sie umgelegt wurden.

Nicht erforderlich zur Überprüfung der in Ansatz gebrachten abgerechneten Kosten ist allerdings die begehrte und vom Berufungsgericht zugesprochene Einsicht in die "Aufstellung konkreter Leistungen mit dazugehörigen Einzelpreisen, die in den Rechnungen des Dienstleisters beziehungsweise des angestellten Hauswarts bezüglich der Position Hauswart abgerechnet wurden". Unabhängig davon, ob es derartige Leistungsaufstellungen mit Einzelpreisen überhaupt gibt, genügt für die Überprüfung der Kostenposition Hauswart die Kenntnis der Abrechnungen der Subunternehmer gegenüber der Immobilienservice GmbH für die gemäß der vorgelegten Tätigkeitsaufstellung der Immobilienservice GmbH erbrachten Leistungen. Denn auf Grundlage dieser Unterlagen kann - ohne dass es einer zusätzlichen Leistungsaufstellung einschließlich dazugehöriger Einzelpreise bedarf - sowohl geprüft werden, ob nur die tatsächlich entstandenen Kosten weitergegeben wurden, als auch, welche Leistungen hiermit abgerechnet wurden.

⁵²⁴ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 114/21, ■.

Soweit die begehrte Einsicht in Leistungsaufstellungen zudem auch die "in den Rechnungen des angestellten Hauswarts" abgerechneten Leistungen umfassen soll, geht dieser Antrag von vornherein ins Leere. Denn wenn die Immobilienservice GmbH die Hauswarttätigkeit durch eigene Mitarbeiter durchgeführt haben sollte, hätten diese ihr keine Rechnungen gestellt, sondern für ihre Tätigkeit insgesamt einen Arbeitslohn erhalten. Insoweit hätte die Immobilienservice GmbH nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag einen Anspruch aus Ersatz der ihr durch die Beschäftigung dieser Mitarbeiter entstandenen Kosten, soweit diese deren Hauswarttätigkeit betrafen. Diesbezügliche Einsichtsrechte sind nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens. Davon abgesehen hat das Berufungsgericht - im Revisionsverfahren unwidersprochen - festgestellt, dass die Immobilienservice GmbH nach ihrer Darlegung die Leistungen im Zusammenhang mit dem Hauswart nicht selbst erbracht hat.

Zutreffend hat das Berufungsgericht die Herausgabe der zur Einsicht begehrten Unterlagen durch die Beklagte - soweit nach obigen Ausführungen ein Anspruch hierauf besteht - für möglich gehalten, ohne dass dem datenschutzrechtliche Belange entgegenstehen.

Nach § 1 Nr. 5 Satz 2 des Geschäftsbesorgungsvertrags vom 12. Dezember 2018 hat die Immobilienservice GmbH der Beklagten alle von ihr im Zusammenhang mit diesem Vertrag jeweils angeforderten Daten, Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen. Hierzu gehören insbesondere auch die Unterlagen aus dem Vertragsverhältnis der Immobilienservice GmbH zu ihren Subunternehmern, die die übernommene Tätigkeit betreffen und in die die Beklagte ihren Mietern Einsicht zu gewähren hat. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Revision auch nicht geltend gemacht, dass der zugesprochenen Einsicht in die Verträge und Rechnungen zwischen der Immobilienservice GmbH und ihren Subunternehmern datenschutzrechtliche Belange der Subunternehmer entgegenstehen könnten. Soweit die Revision insoweit Bedenken gegen die Herausgabe der Arbeitsverträge der Immobilienservice GmbH mit ihren Objektbetreuern vorbringt, sind diese schon deshalb nicht relevant, weil das Berufungsgericht einen Anspruch auf Einsicht in diese Arbeitsverträge ohnehin abgelehnt hat.

12.7 Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege

Nach der Rechtsprechung des BGH steht dem Mieter gegenüber dem auf eine Betriebskostenabrechnung gestützten Zahlungsverlangen des Vermieters ein aus § 242 BGB folgendes (temporäres) Leistungsverweigerungsrecht zu, solange ihm eine nach § 259 Abs. 1 BGB berechtigterweise begehrte Belegeinsicht nicht gewährt worden ist⁵²⁵.

Zu den Abrechnungsunterlagen, auf die sich das Einsichtsrecht des Mieters bezieht, gehören neben den Rechnungen auch die dazugehörigen Zahlungsbelege über die in der Abrechnung auf die Mieter umgelegten Betriebskosten⁵²⁶. Denn mit Hilfe dieser Belege wird der Mieter in die Lage versetzt, die Berechtigung der jeweils in Rechnung gestellten Beträge zu überprüfen. Der Darlegung eines besonderen Interesses bedarf es dabei nicht, es genügt vielmehr das allgemeine Interesse des Mieters, die Tätigkeit des abrechnungspflichtigen Vermieters zu kontrollieren⁵²⁷.

Das gilt auch für die Einsichtnahme in die Zahlungsbelege, und zwar unabhängig davon, ob der Vermieter nach dem Abflussprinzip oder nach dem Leistungsprinzip abrechnet oder bei den unterschiedlichen Betriebskostenarten teils die eine, teils die andere Abrechnungsmethode anwendet⁵²⁸.

Zu Unrecht meint die Revision, der Mieter habe an der Vorlage der Zahlungsbelege kein berechtigtes Interesse, weil etwaige Kürzungen oder Nachlässe nicht nur aus dem Zahlungsbeleg ersichtlich seien, sondern vom Vermieter pflichtgemäß bereits auf dem Rechnungsbeleg zu vermerken seien, der Vermieter sich im Falle der Umlage eines nicht oder nicht in voller Höhe entstandenen Rechnungsbetrags wegen Betrugs zu verantworten hätte und die Belegeinsicht dem Mieter ohnehin keinen Schutz biete, da auch Belege manipuliert sein könnten. Mit derartigen Spekulationen kann das der Belegeinsicht zugrundeliegende (allgemeine) Kontrollinteresse des Mieters nicht verneint werden. Zudem verkennt die Revision, dass die Belegeinsicht auch der Aufdeckung möglicher bloßer Versehen bei der Abrechnung dient.

⁵²⁵ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 29; BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 250/17, NJW-RR 2019, 977 Rz. 36 ff.

⁵²⁶ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, WuM 2021, 104.

⁵²⁷ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 18.

Entgegen der Auffassung der Revision ist es für den Anspruch des Mieters auf Belegeinsicht (inklusive der Zahlungsbelege) auch nicht von Bedeutung, dass der nach dem Leistungsprinzip abrechnende Vermieter die im Abrechnungszeitraum erbrachten beziehungsweise darauf entfallenden Leistungen unabhängig davon umlegen kann, ob diese (bereits) im Abrechnungszeitraum bezahlt wurden. Denn dies ändert nichts daran, dass sich das allgemeine Kontrollinteresse des Mieters darauf erstreckt, ob der Vermieter die in die Abrechnung eingestellten Leistungen Dritter seinerseits (vollständig) bezahlt hat. Ist das nicht der Fall, besteht für den Mieter zumindest Anlass zu Nachfragen oder zur Erhebung von Einwendungen. Im Zeitpunkt der Erteilung der Abrechnung wird im allgemeinen ein Zeitraum von mehreren Monaten seit Ablauf der Abrechnungsperiode (hier fast 10 Monate) verstrichen und deshalb regelmäßig zu erwarten sein, dass der Vermieter berechnigte Rechnungsbeträge seinerseits inzwischen im normalen Geschäftsgang bezahlt hat. Soweit der Vermieter insoweit einen Zahlungsbeleg nicht vorzulegen vermag, kann das Anlass für Nachfragen des Mieters oder zur Erhebung von Einwendungen gegen einzelne Kostenpositionen sein.

Soweit der Vermieter nach dem Abflussprinzip abrechnet, das auf die im Abrechnungszeitraum abgeflossenen Mittel (bei Rechnungen Dritter also die Bezahlung dieser Rechnungen durch den Vermieter) abstellt, ist der Mieter zur Überprüfung der Abrechnung sogar zwingend auf die Einsicht in die Zahlungsbelege angewiesen, eben weil es für die Richtigkeit der Abrechnung in diesem Fall entscheidend darauf ankommt, ob die jeweiligen Betriebskosten im Abrechnungszeitraum bezahlt worden sind.

Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, das Berufungsgericht hätte der Klägerin die streitige Nachforderung zumindest insoweit zusprechen müssen, als sie sich allein aus den nach dem Leistungsprinzip abgerechneten Betriebskostenarten (also unter Außerachtlassung der nach dem Abflussprinzip in Rechnung gestellten Positionen) ergab.

Das Berufungsgericht hat schon keine abschließenden Feststellungen zu der bei sämtlichen Betriebskostenpositionen jeweils angewendeten Abrechnungsmethode getroffen. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision insoweit nicht auf. Vor allem aber bezieht sich das Einsichtsrecht des Mieters - unabhängig

⁵²⁸ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, WuM 2021, 104.

von der aus der Abrechnung als solcher ohnehin nicht ersichtlichen Abrechnungsmethode - auf die jeweiligen (und damit auf sämtliche vorhandenen) Zahlungsbelege. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte sein Einsichtsbegehren - etwa im Laufe des Prozesses - auf einzelne Zahlungsbelege zu bestimmten Positionen beschränkt hätte, trägt die Revision nicht vor und sind auch nicht ersichtlich.

12.8 Vereinbarte Abrechnungsfrist (Gewerberaummiete)

Zwar gilt die gesetzliche Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB nicht, weil diese Vorschrift gemäß § 578 BGB nicht auf Gewerberaummietverhältnisse anwendbar ist; mangels Regelungslücke scheidet auch eine analoge Anwendung aus⁵²⁹. Eine dem § 556 BGB entsprechende Regelung kann bei Gewerberaummietverhältnissen aber vertraglich - auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) - vereinbart werden⁵³⁰.

Wenn es sich bei der vorliegenden Vertragsklausel um eine von der Beklagten gestellte allgemeine Geschäftsbedingung handelte, wäre sie zwar unwirksam. Denn eine vom Mieter eines Gewerberaummietvertrages gestellte vorformulierte Vertragsklausel hält der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand, wenn über die Regelung einer Ausschlussfrist eine Haftungsverschärfung des Vermieters ohne sein Vertretenmüssen herbeigeführt wird. Eine Verzugsregelung, die eine Rechtsfolge im Falle von Verzögerungen auch bei fehlendem Verschulden begründet, stellt eine Haftungsverschärfung dar, die in AGB nicht begründet werden kann⁵³¹ (.

Im vorliegenden Fall beruft sich die Klägerin aber nicht auf den Schutz der AGB-Vorschriften, insbesondere behauptet sie nicht, dass es sich um AGB handelt, die von der Beklagten gestellt worden seien; vielmehr gehen beide Parteien von der Anwendbarkeit der Ausschlussfrist aus. Hier müsste die Klägerin aber eine etwaige Unwirksamkeit der Klausel geltend machen. Denn wer sich auf den Schutz der AGB-Vorschriften beruft, muss im Streitfall darlegen

⁵²⁹ BGH v. 27.1.2010 - XII ZR 22/07, NJW 2010, 1065.

⁵³⁰ Guhling/Günter/Both, Gewerberaummiete, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 59.

⁵³¹ vgl. OLG Jena v. 4.7.2012 - 7 U 48/12, NJW-RR 2013, 13; Schmidt/Futterer/Langenberg, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 458; Guhling/Günter/Both, Gewerberaummiete, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 60; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 286.

und beweisen, dass die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Vorschriften gegeben sind (MüKo/Basedow, BGB, 8. Aufl. § 305 Rn. 49).

Demzufolge ist von der Wirksamkeit der vertraglichen Ausschlussfrist auszugehen.

Die Klägerin hat die Nebenkosten nicht ordnungsgemäß innerhalb der vertraglich vereinbarten Ausschlussfrist abgerechnet.

Die Abrechnung genügt zwar den nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch im Gewerberaummietrecht in formeller Hinsicht zu stellenden Anforderungen, wonach in die Abrechnung als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen aufzunehmen ist⁵³².

Die Klägerin hat es aber versäumt, sämtliche nach § 6 Ziffer 7 des Mietvertrages erforderlichen Belege der Abrechnung beizufügen.

Nach der gesetzlichen Regelung (§ 259 Abs. 1 BGB) ist der Vermieter zwar nicht zur Beifügung der Belege verpflichtet, sondern zu der von ihm vorzunehmenden ordnungsgemäßen Abrechnung gehört nur, dass er im Anschluss an die Betriebskostenabrechnung dem Mieter auf dessen Verlangen zusätzlich die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen durch deren Vorlage ermöglicht, soweit dies etwa zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung oder zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen erforderlich ist⁵³³. Ein Anspruch auf Überlassung von Belegkopien kann bei Mietverhältnissen über preisfreien Wohnraum und Gewerberaum allerdings aus dem Mietvertrag begründet sein⁵³⁴.

§ 6 Ziffer 7 des Mietvertrages enthält eine vertragliche Pflicht der Klägerin, die Belege als Teil der Abrechnung ohne entsprechende Anforderung seitens der Beklagten kostenlos in Kopie zu übersenden. Hierfür spricht bereits der Wort-

⁵³² ständige Rechtsprechung, vgl. BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, Rz. 16 ff, 19, juris; BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 8.

⁵³³ BGH, NJW 2018, 1599 Rz. 16.

⁵³⁴ *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H. Abrechnung Rz. 306.

laut. Denn danach ist die Abrechnung u.a. nachprüfbar durch entsprechende Belege, die dem Mieter kostenlos zugesandt werden, zu erteilen.

Das Wort „nachprüfbar“ ist dabei nicht so zu verstehen, dass die Belege von dem Vermieter nur auf Abruf vorgehalten werden müssen⁵³⁵. Hiergegen spricht das Verhalten der von der Klägerin nach ihrem Vortrag beauftragten Hausverwaltung. Diese hat in ihrem Schreiben vom 20.12.2018, mit dem sie die Betriebskostenabrechnung 2017 übermittelt hat, angekündigt, Rechnungskopien bis zum 10.01.2019 zu übersenden (wobei einzelne Rechnungen, nämlich die für Wasser und Schmutzwasser dem Schreiben vom 20.12.2018 bereits beigelegt waren). Maßgeblich für das Auslegungsverständnis ist zwar bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung der Zeitpunkt ihres Zugangs, so dass für die Vertragsauslegung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist. Die auf ein Rechtsgeschäft folgende, zwischen den Beteiligten geübte Praxis kann jedoch für die Auslegung insoweit von Bedeutung sein, als sich aus ihr Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der Beteiligten zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ergeben⁵³⁶. Die Klägerseite ging hier selbst von einer Pflicht zur Übersendung der Rechnungskopien ohne entsprechende Aufforderung der Beklagten aus. Das spricht dafür, dass die Parteien die vertragliche Regelung - wie deren Wortlaut es auch nahelegt - so verstanden haben, dass zur ordnungsgemäßen Abrechnung die unaufgeforderte Übersendung der dazugehörigen Rechnungskopien zählte. Vor diesem Hintergrund ist kein Raum für eine Auslegung, wie sie das Landgericht vorgenommen hat, derzufolge Rechnungskopien nur auf konkrete Anforderung der Beklagten von der Klägerin zu übersenden sind⁵³⁷.

Es fehlt auch nicht an einer klaren vertraglichen Regelung, welche Belegkopien im Einzelnen zu übermitteln sind. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass alle abgerechneten Positionen durch Übersendung der entsprechenden Rechnungskopien nachzuweisen sind⁵³⁸.

⁵³⁵ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁵³⁶ MünchKomm/Busche, 8. Aufl., § 133 BGB Rz. 5; BGH v. 14.2.2017 - VI ZB 24/16, NJW 2017, 1887 Rz. 16.

⁵³⁷ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁵³⁸ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

Mangels Übersendung aller Belege innerhalb der zwölfmonatigen Frist nach Ablauf des Jahres 2017 kommt hier die vertragliche Ausschlussfrist bereits aufgrund des unstreitigen Sachverhalts zum Zuge⁵³⁹. Diese greift auch ein, wenn die Abrechnung zwar innerhalb der zwölf Monate nach Ablauf des Kalenderjahres formell ordnungsgemäß, aber ohne Beifügung von Belegkopien erfolgt. Denn § 6 Ziffer 7 S. 3 des Mietvertrages nimmt direkt auf S. 2 Bezug, in dem definiert ist, was nach den vertraglichen Regelungen unter der Abrechnung zu verstehen ist.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die vertragliche Ausschlussfrist nicht nur an die rechtzeitige Zusendung der Abrechnung gebunden, unabhängig davon, ob Belege beigefügt sind. Normalerweise versteht man unter Abrechnung und Belegen zwar zwei verschiedene Sachverhalte, weil - ohne abweichende vertragliche Regelung - der Vermieter nur zur Abrechnung verpflichtet ist, während er Einsicht in die Belege nur nach Aufforderung des Mieters gewähren muss. Die Parteien haben hier aber die Erteilung der Abrechnung vertraglich anders definiert. Die Ausschlussfrisklausel nimmt Bezug auf die vertragliche Definition der Abrechnung. Der Wortlaut ist deshalb eindeutig dahingehend zu verstehen, dass die Ausschlussfrist auch greift, wenn der Abrechnung die Rechnungskopien nicht beigefügt sind⁵⁴⁰.

Es gibt hier auch keinen Anlass zu einer den Wortlaut einengenden Auslegung im Sinne einer „nach beiden Seiten interessengerechte Beurteilung“⁵⁴¹, weil die Vertragserklärungen hier einen vertretbaren Sinngehalt haben. Zwar verneint der BGH im Regelfall (wenn keine entsprechende Vertragspflicht besteht) einen Anspruch des Mieters auf Übersendung von Rechnungskopien, selbst wenn der Mieter die Kosten übernehmen will, weil der Vermieter ein berechtigtes Interesse daran haben könne, den Mieter auf die Einsichtnahme in die Rechnungsbelege zu verweisen, um den durch die Anfertigung von Fotokopien entstehenden zusätzlichen Aufwand zu vermeiden und dem Mieter mögliche Unklarheiten im Gespräch sofort zu erläutern⁵⁴². Anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall, in dem der Mieter nach Erhalt von rund 300 Fotokopien weite-

⁵³⁹ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁵⁴⁰ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁵⁴¹ vgl. hierzu MünchKomm/Busche, 8. Aufl., § 133 BGB Rz. 64 m.w.N.

⁵⁴² BGH, NJW 2006, 1419 Rz. 24.

re Rechnungskopien verlangt hat, ist die vorliegende vertragliche Regelung praktikabel. Denn die Betriebskostenabrechnung enthält nur wenige Positionen. Sie wurde im Übrigen auch problemlos praktiziert, indem die W für den streitgegenständlichen Zeitraum die Rechnungskopien übersandte, nur eben nicht fristgerecht.

12.9 Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete

Die Mietverträge vom 14.05. und 31.08.2012 enthalten in § 4 Nr. 10 S. 2, 3 die Regelung, dass der Mieter berechtigt ist, die Abrechnungsunterlagen innerhalb von vier Wochen nach Versand der Abrechnung einzusehen und schriftlich Einspruch zu erheben, während nach Ablauf dieser Frist die Abrechnung als anerkannt gilt.

Diese Regelung hindert zur Überzeugung des OLG Dresden⁵⁴³ nicht die im vorliegenden Verfahren von der Klägerin erhobenen Einwendungen gegen die formelle Wirksamkeit der als Anlage K 3 bis K 7 vorgelegten Betriebskostenabrechnungen.

Es liegt bereits nahe, dass diese Regelung einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB nicht standhält, weil sich der Vermieter nicht in der Klausel verpflichtet hat, den Mieter bei Fristbeginn, also in der Betriebskostenabrechnung, auf die Bedeutung seines Schweigens gesondert hinzuweisen, und sie deshalb jedenfalls gegen das im Verbraucherverkehr geltende Klauselverbot aus § 308 Nr. 5 BGB verstößt, womit eine Indizwirkung dafür verbunden ist, dass die Klausel auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt⁵⁴⁴. Selbst wenn man aber zugunsten des Vermieters annehmen wollte, dass die Regelung in § 4 Nr. 10 der Mietverträge nicht an der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB scheiterte, müsste sie mindestens i.S.v. § 305c Abs. 2 BGB zugunsten des Mieters dahin ausgelegt werden, dass mit dem darin enthaltenen Begriff der „Abrechnung“ eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung gemeint ist.

⁵⁴³ OLG Dresden v. 9.8.2019 – 5 U 936/19, IMR 2019, 499 (*Biebelheimer*).

⁵⁴⁴ so BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722; ausdrücklich für die Unwirksamkeit einer solchen Klausel auch im Geschäftsverkehr: KG v. 6.6.2016 - 8 U 40/15, MDR 2016, 1010 = ZMR 2016, 687.

Für die gesetzliche Regelung des Ausschlusses von Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung in § 556 Abs. 3 S. 5, 6 BGB, welche (nur) für Mietverträge über Wohnräume gilt, ist es nämlich in der Rechtsprechung und der Literatur anerkannt, dass sie erst zu laufen beginnt, wenn der Mieter eine formell ordnungsgemäße Abrechnung erhält⁵⁴⁵. Ebenso könnte deshalb auch die Ausschlussklausel in § 4 Nr. 10 der Mietverträge vom 14.05. und 31.08.2012 vom Mieter als Vertragspartner der die Klausel verwendenden Beklagten verstanden werden. Der Einwand des Mieters, die Betriebskostenabrechnung sei bereits formell unwirksam, ist deshalb in keinem Falle durch die formularvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist präkludiert.

12.10 Falsche Betriebskostenabrechnung als Kündigungsgrund

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

Vermögensdelikte zum Nachteil des Mieters stellen stets einen Kündigungsgrund dar. Auch Unredlichkeiten des Vermieters bei der Abrechnung der Betriebskosten wie etwa vorsätzlich falsche Abrechnungen vermögen eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zu rechtfertigen, wenn der Vermieter dadurch seine Pflichten so nachhaltig verletzt, dass dem Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann⁵⁴⁶.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist für den Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnungen zu verneinen, wenn es sich um ein Versehen oder einen Rechtsirrtum des Vermieters gehandelt hat, der eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht unzumutbar erscheinen lasse. Eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses kann sich aber auch daraus ergeben, dass der Vermieter

⁵⁴⁵ vgl. BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NZM 2011, 401; *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 499.

⁵⁴⁶ vgl. LG Gießen, NJWE-MietR 1997, 129; LG Berlin, GE 2003, 1081; *Staudinger/Emmerich*, [2021], § 543 BGB Rz. 16; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 6. Aufl., § 543 BGB Rz. 72; *BeckOGK/Mehle*, [Stand: 1. April 2021], § 543 BGB Rz. 42; vgl. auch OLG Düsseldorf, DWW 1991, 78.

nach entsprechenden Vorhalten des Mieters auf seiner fehlerhaften Abrechnung in nicht mehr vertretbarer Weise beharrt⁵⁴⁷. Hiervon ist im Hinblick auf die vom Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 25. Juli 2015 vorgebrachten und in Erörterungsgesprächen mit der NK-Check vom 12. Dezember 2017 und 1. Februar 2018 vertieften Einwendungen ausgegangen, nach denen die Klägerin weiterhin auf einer Wirksamkeit ihrer fehlerhaften Abrechnung beharrte.

Im Hinblick auf diesen Kündigungsgrund ist eine vorherige Abmahnung nicht notwendig⁵⁴⁸.

Zwar ist gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB die Kündigung, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht, erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Dies gilt nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB aber nicht, wenn die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Hiernach bedurfte es keiner Abmahnung, wenn die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung bereits einen zumindest bedingten Vorsatz gefasst hatte, ihre falsche Abrechnung gegebenenfalls mit wahrheitswidrigen Angaben zu verteidigen.

Die Klägerin hat eine gerichtliche Bestätigung der zu ihren Gunsten ergangenen einstweiligen Verfügung damit erwirkt, dass sie im Schriftsatz vom 24. April 2018 bewusst wahrheitswidrig vortrug, die zusätzlichen Kosten für die Brandwachen beruhten schlicht auf der Auflage, zusätzliche Personen für die Brandmeldung zur Verfügung zu stellen, nicht aber darauf, dass die Brandmeldeanlage defekt war. Weiterhin hat die Klägerin in demselben Schriftsatz wahrheitswidrig vorgetragen, die Kosten für Bestuhlung und Tische auf dem Food-Court seien nicht doppelt abgerechnet worden.

Im Hinblick darauf hätte sich das Kammergericht die Frage vorlegen müssen, ob das Prozessverhalten der Klägerin darauf schließen lässt, dass sie schon im Kündigungszeitpunkt am 10. März 2018 nicht bereit war, berechtigten Einwendungen gegen ihre Abrechnung nachzugeben, sondern dass sie die Abrechnungsfehler mit allen Mitteln bis hin zu falschem und irreführendem Prozessvortrag zu vertuschen beabsichtigte. Die Klägerin hat nämlich nicht geltend ge-

⁵⁴⁷ BGH v. 6.10.2021 – XII ZR 11/20, NZM 2021, 930.

macht, ihre Vertuschungsabsicht erst nach dem Erhalt der Kündigungserklärung vom 10. März 2018 entwickelt zu haben. Bestand ein entsprechender Täuschungs- und Schädigungsvorsatz der Klägerin aber bereits zum Kündigungszeitpunkt, stellt diese innere Tatsache einen besonderen Grund dar, der die sofortige Kündigung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen rechtfertigte.

Anders als § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB stellt Nummer 2 der Vorschrift nämlich nur auf das Bestehen des besonderen Grundes als solchen und nicht zusätzlich auf einen Offenkundigkeitsmaßstab ab. Eine Kündigung nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB kann daher auch gerechtfertigt sein, wenn erst durch nachträgliche Umstände wie hier gegebenenfalls durch das spätere Prozessverhalten der Klägerin offenkundig wird, dass innere Tatsachen, die einen besonderen Grund im Sinne von § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB darstellen, bereits im Zeitpunkt der Kündigung vorlagen.

Sollten die notwendigen Feststellungen über eine bereits im Kündigungszeitpunkt am 10. März 2018 bestehende Vertuschungsabsicht nicht bereits aus dem späteren Prozessverhalten der Klägerin geschlossen werden können, wären die Zeugen zu vernehmen, die die Beklagte dafür benannt hat, die Klägerin habe zu dem Zeitpunkt bereits aus Gesprächen sichere Kenntnis davon gehabt, dass es sich bei dem Aufwand für die Brandwachen um einen von ihr selbst zu tragenden Mangelfolgeschaden handelte.

13 Heizkosten

13.1 Schätzung nach § 9a HeizkV

Nach § 2 HeizkV gehen die Bestimmungen dieser Verordnung rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen wie z.B. der Verteilung zu 50 : 50 vor. Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 HeizkV sind Heizkosten in Objekten mit zentralen Heizungsanlagen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HeizkostenV) im Interesse eines sparsamen Umgangs mit Energie grundsätzlich nach dem konkreten Verbrauch der einzelnen Nutzer zu verteilen. Die Einzelheiten der Verteilung sind in §§ 7 bis 9 HeizkV geregelt. Um eine verbrauchsabhängige Kostenverteilung sicherzustellen, schreibt § 5 Abs. 1 Satz 1

⁵⁴⁸ BGH v. 6.10.2021 – XII ZR 11/20, NZM 2021, 930.

HeizkV die Erfassung des anteiligen Wärmeverbrauchs durch Wärmehähler oder Heizkostenverteiler vor. Da jedoch beim Einsatz derartiger technischer Geräte Fehler unterschiedlichster Art nicht vollständig auszuschließen sind, sieht § 9a Abs. 1 HeizkV verschiedene Ersatzverfahren für den Fall vor, dass der anteilige Wärmeverbrauch von Nutzern für einen Abrechnungszeitraum wegen Geräteausfalls oder aus anderen zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann. Der anteilige Verbrauch ist dann durch eine Vergleichsberechnung mit einem früheren Abrechnungszeitraum, mit vergleichbaren anderen Räumen im jeweiligen Abrechnungszeitraum oder mit dem Durchschnittsverbrauch des Gebäudes oder der Nutzergruppe zu ermitteln und gemäß § 9a Abs. 1 Satz 2 HeizkV bei der Kostenverteilung an Stelle des erfassten Verbrauchs zu Grunde zu legen⁵⁴⁹.

Die in § 9a HeizkV eröffnete Wahl⁵⁵⁰ hat der Gebäudeeigentümer gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen zu treffen⁵⁵¹. Gegenstand des Bestimmungsrechts nach § 315 BGB können auch Modalitäten der Leistung/Gegenleistung und die Feststellung von Anspruchsvoraussetzungen sein⁵⁵². Der allgemeine Schutzgedanke des § 315 BGB (Schutz vor willkürlichen Vertragsgestaltungen) ist auch dann heranzuziehen, wenn ein Gesetz einer Vertragspartei das unter § 315 BGB fallende Leistungsbestimmungsrecht zuweist⁵⁵³.

Bei der nach billigem Ermessen zu treffenden Auswahl der in § 9a Abs. 1 HeizkV vorgesehenen Schätzungsverfahren ist neben dem mit den Vorschriften der §§ 6 ff. HeizkV verfolgten Ziel einer möglichst verbrauchsnahe Abrechnung, welches auch bei § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV zu beachten ist⁵⁵⁴, zu berücksichtigen, dass es nicht Zweck dieser Vorschrift ist, eine exakte Ermittlung des Verbrauchs sicherzustellen. Deshalb sind mit der in § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV geregelten Schätzmöglichkeit einhergehende Ungenauigkeiten bei der Verbrauchsermittlung hinzunehmen. Die Ermittlung des Verbrauchs nach § 9a

⁵⁴⁹ vgl. BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rz. 11 [zu § 9a HeizkV aF].

⁵⁵⁰ vgl. BR-Drucks. 494/88, S. 28.

⁵⁵¹ vgl. OLG Hamburg, ZMR 2004, 769 (770) [zu § 9a HeizkostenV aF]; AG Charlottenburg v. 24.11.2017 - 73 C 47/17, juris Rn. 13; AG Brandenburg, NZM 2005, 257; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 10; Ormanschick in: Schmid/Harz, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 16.

⁵⁵² vgl. HK-BGB/Schulze, 10. Aufl., § 315 BGB Rz. 4.

⁵⁵³ vgl. BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 36/06, NJW 2007, 2540 Rz. 16.

⁵⁵⁴ BR-Drucks. 494/88, S. 28.

Abs. 1 Satz 1 HeizkV beruht vielmehr auch auf Praktikabilitäts- und Wirtschaftlichkeitsgründen⁵⁵⁵. Vor diesem Hintergrund hat der Verordnungsgeber die Ersatzverfahren nach § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV für grundsätzlich gleichwertig erachtet, weshalb - entgegen einer vertretenen Auffassung⁵⁵⁶ - keinem der Ersatzverfahren bereits grundsätzlich Vorrang vor dem anderen eingeräumt werden kann⁵⁵⁷.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass eine ordnungsgemäße Erfassung des tatsächlichen Verbrauchs der Beklagten wegen eines Defekts der Messeinrichtung[en] für ihre damalige Wohnung in den Abrechnungszeiträumen von 2013 bis 2016 nicht erfolgen konnte, weshalb der Kläger grundsätzlich berechtigt war, eine Verteilung der verbrauchsabhängigen Heizkosten der Beklagten entgegen der Vorschrift des § 6 Abs. 1 HeizkV und der mietvertraglichen Vereinbarung der Parteien in § 7 Nr. 3 e) des Mietvertrags durch eine Vergleichsberechnung nach der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV vorzunehmen. Dabei konnte der Kläger auch auf eine Schätzung zurückgreifen, die auf dem Wärmeverbrauch von Räumen in den jeweiligen Abrechnungszeiträumen beruht, die mit der Wohnung der Beklagten vergleichbar sind.

Der vorgebrachte Umstand, dass eine nicht ordnungsgemäße Erfassung in mehreren aufeinander folgenden Abrechnungsperioden von § 9a Abs. 1 HeizkV nicht gedeckt sei, steht der Anwendbarkeit dieser Regelung nicht entgegen. Eine Begrenzung des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV auf einen einzelnen Abrechnungszeitraum geht aus der Vorschrift nicht hervor⁵⁵⁸. Soweit nach dem Wortlaut der Bestimmung die dort geregelten Schätzverfahren zur Anwendung kommen, wenn der anteilige Wärme- und Warmwasserverbrauch von Nutzern "für einen Abrechnungszeitraum" wegen Geräteausfalls oder aus anderen zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann, lässt sich dem lediglich entnehmen, dass die Voraussetzungen des § 9a Abs. 1 Satz 1

⁵⁵⁵ BR-Drucks. 494/88, S. 27.

⁵⁵⁶ AG Charlottenburg v. 24.11.2017 - 73 C 47/17, juris Rn. 13; *Lammel*, Heizkostenverordnung, 4. Aufl., § 9a Rz. 29; *Wall* in Herrlein/Knops/Spiegelberg, Kommentar zum Mietrecht, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 11; *Ropertz/Wüstefeld*, NJW 1989, 2365 (2368).

⁵⁵⁷ vgl. auch OLG Hamburg, WuM 2001, 460; Theobald/Kühling/*Schumacher*, Energierecht, Stand: Januar 2021, § 9a HeizkV Rz. 18; *Ormanschick* in: Schmid/Harz, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 16; Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 10.

⁵⁵⁸ vgl. Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 8; a.A. Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 14. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 8 f.; *Gruber*, NZM 2000, 842 (844).

HeizkV für jede einzelne Abrechnungsperiode vorliegen müssen, für die auf die Ersatzverfahren nach § 9a HeizkV zurückgegriffen werden soll. Der Gefahr, dass der Vermieter aus Bequemlichkeit auf die Verbrauchserfassung verzichtet und auf das Schätzungsverfahren ausweicht, wird dadurch begegnet, dass eine Schätzung nur bei Annahme eines zwingenden Grundes zulässig ist⁵⁵⁹. Ein solcher wird beispielsweise jedoch auch anzunehmen sein, wenn ein Defekt zu spät bemerkt worden ist⁵⁶⁰, das Hindernis für eine ordnungsgemäße Erfassung in anderen Abrechnungszeiträumen erneut auftritt oder andere zwingende Gründe entstehen⁵⁶¹.

Die von dem Kläger vorgenommene Vergleichsberechnung ist nicht schon deshalb fehlerhaft und ein Anspruch des Klägers auf Zahlung rückständiger Betriebskosten bereits aus diesem Grund nicht schlüssig dargelegt, weil der Kläger der Berechnung größtenteils Verbrauchswerte von Wohnungen zugrunde gelegt hat, die sich in anderen Gebäuden befinden als die ehemalige Wohnung der Beklagten, und es aus diesem Grund an der Vergleichbarkeit dieser Räume mit der Wohnung der Beklagten fehlte.

Zwar wird in der mietrechtlichen Literatur teilweise vertreten, die Vergleichbarkeit der (anderen) Räume im Sinne der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkV setze voraus, dass sich diese in demselben Gebäude befinden wie die Räume, für die die Schätzung erfolgt⁵⁶². Diese Auffassung ist allerdings unzutreffend⁵⁶³.

Für die Auslegung von Gesetzen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem

⁵⁵⁹ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

⁵⁶⁰ so auch im Ergebnis *Wall* in Herrlein/Knops/Spiegelberg, Mietrecht, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 6; *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 6509.

⁵⁶¹ vgl. Schmid/Harz/*Ormanschick*, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 2; MünchKommBGB/*Zehlein*, 8. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 8.

⁵⁶² vgl. *Lammel*, Heizkostenverordnung, 4. Aufl., § 9a Rz. 42; Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 14. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 24; MünchKommBGB/*Zehlein*, 8. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 5; *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., K. Rz. 207; *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 6512; *Wall* in Herrlein/Knops/Spiegelberg, Mietrecht, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 9.

⁵⁶³ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42; ebenso BeckOK-Mietrecht/*Pfeifer*, Stand: 1. August 2021, § 9a HeizkV Rz. 42; Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 18; Schmid/Harz/*Ormanschick*, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 26.

Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen⁵⁶⁴. Den Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung bildet grundsätzlich der Wortlaut einer Norm⁵⁶⁵. Denn das nach dem Wortlaut sprachlich Mögliche, also der mögliche Wortsinn, steckt grundsätzlich die Grenzen ab, innerhalb derer ein vom Gesetz verwendeter Begriff überhaupt ausgelegt werden kann⁵⁶⁶.

Danach kommt es für die Vergleichbarkeit von Räumen nicht zwingend darauf an, dass sich diese in demselben Gebäude wie diejenigen befinden, für die eine Schätzung des Wärmeverbrauchs zu erfolgen hat⁵⁶⁷.

Die Auslegung des § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkostenV dahingehend, dass sich vergleichbare Räume im Sinne dieser Vorschrift nur in demselben Gebäude wie die betroffenen Räume befinden dürften, findet bereits im Wortlaut der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV keine Stütze, der im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Ersatzverfahren nur von "vergleichbaren anderen Räumen" spricht, ohne insoweit - worauf die Revision zutreffend hinweist - eine entsprechende Beschränkung hinsichtlich der Örtlichkeit der Räume vorzugeben.

Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift erfordern es nicht, dass eine Schätzung anhand des Verbrauchs für vergleichbare Räume im selben Abrechnungszeitraum nur anhand solcher Räume vorgenommen werden dürfte, die

⁵⁶⁴ vgl. nur BVerfGE 133, 168 Rz. 66; BVerfG v. 26.8.2014 - 2 BvR 2400/13, NJW 2014, 3504 Rz. 15; BGH v. 15.5.2019 - VIII ZR 135/18, juris Rz. 31; BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 54; jeweils m.w.N.

⁵⁶⁵ vgl. BVerfGE 122, 248 (258, 283); BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, unter II 2 a aa, zur Veröffentlichung bestimmt; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl., Rz. 742; Staudinger/Honsell, BGB, Neubearb. 2018, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch Rz. 153.

⁵⁶⁶ vgl. BGH v. 30.6.1966 - KZR 5/65, BGHZ 46, 74, 76; BGH v. 12.3.2013 - XI ZR 227/12, BGHZ 197, 21 Rz. 41.

⁵⁶⁷ BGH v. 27.10.2021 - VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

sich in demselben Gebäude befinden wie die Räume, für die eine Schätzung erfolgt⁵⁶⁸.

Zuletzt spricht auch die Systematik der Regelung der Ersatzverfahren nach § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV dagegen, dass sich die vergleichbaren (anderen) Räume in demselben Gebäude befinden müssen wie die Räumlichkeiten, bezüglich derer die Schätzung erfolgt. Denn ein die Merkmale des konkreten Gebäudes berücksichtigendes Ersatzverfahren ist gesondert in § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 HeizkostenV geregelt, der eine Ermittlung des Verbrauchs auch anhand des Durchschnittsverbrauchs des Gebäudes erlaubt, in dem sich die von dem Ausfall betroffenen Räume befinden. Die Schätzungsmöglichkeiten nach § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 und Alt. 3 HeizkostenV würden sich weitgehend überschneiden, wenn sich auch die vergleichbaren (anderen) Räume nach § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkostenV in dem Gebäude befinden müssten, in dem sich ebenfalls die Räume befinden, bezüglich derer die Schätzung erfolgt⁵⁶⁹.

Diese Auslegung der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkostenV führt auch nicht zu einem unbilligen Kostenrisiko des Mieters⁵⁷⁰.

14 Beendigung des Mietvertrages

14.1 Kündigungsausschluss

14.1.1 Vertraglicher Ausschluss von Eigenbedarf bei Erwerb nach ZVG

Im Rahmen der Zwangsversteigerung tritt der Ersteher nach der gemäß § 57 ZVG entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 566 BGB - wenn der Mietgegenstand an den Mieter überlassen wurde - in ein zwischen dem Voreigentümer und dem Mieter bestehendes Mietverhältnis ein. Der Ersteher ist allerdings gemäß § 57a ZVG berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung ist aber ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist. Nach § 573d Abs. 1 BGB finden auf diesen Fall der außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist zudem die Vorschriften der §§ 573, 573a BGB entsprechende Anwendung.

⁵⁶⁸ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

⁵⁶⁹ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

⁵⁷⁰ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

Der Eintritt des Erstehers in das Mietverhältnis bewirkt grundsätzlich nicht, dass das gesetzlich vorgesehene Sonderkündigungsrecht aufgrund von mietvertraglichen Kündigungsausschlüssen oder -beschränkungen entfielen.

Dies ergibt sich jedoch nicht aus einem Vergleich mit der Vorschrift des § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Hiernach ist der Eigentümer, der nach dem Ende des Nießbrauchs in ein zwischen dem Nießbraucher und dem Mieter geschlossenen Vertrag eintritt, berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Über den in § 2135 BGB angeordneten Verweis auf die Bestimmung des § 1056 BGB gilt Entsprechendes beim Eintritt des Nacherben in ein zwischen dem Vorerben und dem Mieter abgeschlossenes Mietverhältnis. Zwar ist der Wortlaut des § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB nahezu mit demjenigen des § 57a ZVG identisch und ist anerkannt, dass der nach § 1056 Abs. 1, § 2135 BGB eintretende Eigentümer bzw. Nacherbe an vertragliche Kündigungsbeschränkungen, die der Nießbraucher bzw. der Vorerbe mit dem Mieter vereinbart hat, nicht gebunden ist⁵⁷¹. Jedoch liegen den beiden Sonderkündigungsrechten in § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB einerseits und in § 57a ZVG andererseits unterschiedliche Eintritts- bzw. Erwerbsvorgänge zu Grunde.

Denn im Falle der Zwangsversteigerung erwirbt der Ersteher das Eigentum nicht rechtsgeschäftlich, sondern kraft staatlichen Hoheitsakts durch den Zuschlag (§ 90 Abs. 1 ZVG)⁵⁷². Es kommt somit nicht darauf an, ob der Vollstreckungsschuldner dem Nießbraucher bzw. dem Vorerben gleichzustellen sei, da diesen Personen die "Rechtsmacht" fehle, über ihre Besitz- bzw. Eigentumszeit hinausgehende Bindungen zu Lasten Dritter einzugehen.

Vielmehr ergibt sich das unbeschränkte Bestehen des gesetzlichen Sonderkündigungsrechts daraus, dass im Falle der Zwangsversteigerung allein der Zuschlag Inhalt und Umfang des Eigentumserwerbs des Erstehers festlegt. Als privatrechtsgestaltender Hoheitsakt bestimmt der Zuschlagsbeschluss die

⁵⁷¹ vgl. BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 50/11, WuM 2011, 690 Rz. 12; BGH v. 1.7.2015 - VIII ZR 278/13, NJW 2015, 2650 Rz. 24.

⁵⁷² vgl. BGH v. 4.7.1990 - IV ZR 174/89, BGHZ 112, 59 (61); BGH v. 18.10.2007 - V ZB 44/07, NJW-RR 2008, 222 Rz. 11.

Rechtsstellung des Erstehers und die Änderungen, die durch den Zuschlag an den Rechten der Beteiligten eintreten⁵⁷³. Davon ist auch das Verhältnis des Erstehers zum Mieter erfasst.

Der Ersteher tritt zwar nach § 57 ZVG, § 566 BGB in das Mietverhältnis ein. Dieser Eintritt wird jedoch dergestalt modifiziert, dass er "nach Maßgabe" (unter anderem) des § 57a ZVG erfolgt. Während der nach § 566 BGB infolge einer Veräußerung in das Mietverhältnis eintretende Erwerber kündigungseinschränkende Vereinbarungen zwischen dem Mieter und dem vormaligen Eigentümer grundsätzlich gegen sich gelten lassen muss⁵⁷⁴, gilt dies somit für den Ersteher, dessen Eintritt in das Mietverhältnis mit der Zubilligung eines gesetzlichen Sonderkündigungsrechts einhergeht, nicht.

Denn das Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG zählt zu den - gemäß § 82 ZVG in den Zuschlagsbeschluss aufzunehmenden - gesetzlichen Versteigerungsbedingungen⁵⁷⁵. Die staatliche Eigentumsverleihung erfolgt grundsätzlich zu diesen im ZVG geregelten Bedingungen. Sie liegen der Zuschlagserteilung zu Grunde und sind daher für die Bestimmung von Inhalt und Umfang des Eigentumserwerbs des Erstehers maßgebend.

Das (quasi dingliche) Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG ist somit grundsätzlich Bestandteil des Eigentumserwerbs. Der Zuschlag zu den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen gibt dem Ersteher die öffentliche Gewähr, dass er dieses Sonderkündigungsrecht ausüben darf, und zwar mit der im Gesetz geregelten Wirkung, dass das Grundstück bzw. das Wohnungseigentum ohne Rücksicht auf besondere schuldrechtliche Gestaltungen "von der Mietlast frei wird"⁵⁷⁶. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Zwangsversteigerungsge-

⁵⁷³ vgl. BGH, v. 8.11.2013 - V ZR 155/12, BGHZ 199, 31 Rz. 8 m.w.N.

⁵⁷⁴ vgl. BGH v. 4.4.2007 - VIII ZR 223/06, NJW 2007, 1742 Rz. 12 ff.; BGH v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13, NJW-RR 2014, 78 Rz. 13.

⁵⁷⁵ vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 83/08, WuM 2009, 367 Rz. 16 f. [zu § 57c ZVG aF]; BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, BGHZ 198, 337 Rz. 14; ebenso bereits RGZ 124, 195 (199 f.); siehe ferner KG, NZM 2012, 304 (305) [jeweils zu § 57a ZVG].

⁵⁷⁶ vgl. RGZ 124, 195 (200).

setzes überlagern insoweit das Zivilrecht⁵⁷⁷. Das außerordentliche Kündigungsrecht - als gesetzliche Versteigerungsbedingung und damit als notwendiger Bestandteil des Zuschlagsbeschlusses kann folglich nicht durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Mieter ausgeschlossen oder eingeschränkt werden⁵⁷⁸.

Aus diesem Grund ist ein Umkehrschluss aus § 573d Abs. 3, § 573 Abs. 4 BGB nicht gerechtfertigt. Nach diesen Bestimmungen sind von den gesetzlichen Kündigungsschutzvorschriften zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam. Aufgrund der beschriebenen privatrechtsgestaltenden Wirkung des Zuschlags folgt hieraus aber nicht im Wege eines Umkehrschlusses, dass zu Gunsten des Mieters getroffene Vereinbarungen in der Zwangsversteigerung zu Lasten des Erstehers Geltung beanspruchen könnten.

Überdies spricht der Sinn und Zweck der Regelung des § 57a ZVG dafür, dass das Sonderkündigungsrecht nicht durch Vereinbarungen zwischen dem Mieter und dem vormaligen Eigentümer eingeschränkt werden kann. Denn, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, schützt § 57a ZVG vorrangig die Gläubiger des Vollstreckungsschuldners.

Die Realgläubiger, mithin die grundpfandrechtlich gesicherten Gläubiger des Vollstreckungsschuldners, haben ein Interesse daran, im Zwangsversteigerungsverfahren einen möglichst hohen Erlös zu erzielen, was wiederum voraussetzt, dass der Ersteher sich von der schuldrechtlichen Last eines Mietvertrags befreien kann⁵⁷⁹. Denn das Mietverhältnis stellt einen wertmindernden Faktor dar und insbesondere dessen längeres Bestehen, welches auch durch sonstige Beschränkungen dem neuen Eigentümer hinderlich ist, kann der Erzielung eines angemessenen Erlöses entgegenstehen, da in einem solchen Fall geringere Gebote abgegeben werden⁵⁸⁰. Von Mietern genutzte Grundstücke werden

⁵⁷⁷ vgl. BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, BGHZ 198, 337 Rz. 14.

⁵⁷⁸ vgl. Stöber/Gojowczyk, 22. Aufl., § 57a ZVG Rz. 34.

⁵⁷⁹ vgl. BGH v. 17.5.1978 - VIII ZR 48/77, WuM 1978, 164 unter 2 a; KG, NZM 2012, 304 (305).

⁵⁸⁰ vgl. *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 5, S. 48, 118.

sich vor diesem Hintergrund ohne das Sonderkündigungsrecht in der Regel schlechter versteigern lassen und darum weniger gern beliehen⁵⁸¹.

Durch die Zuerkennung eines Sonderkündigungsrechts zugunsten des Erstehers sind im Ergebnis somit die Interessen des Mieters grundsätzlich denen des Realkredits untergeordnet⁵⁸² mit der Folge, dass der Ersteher das Sonderkündigungsrecht aus § 57a ZVG ungeachtet schuldrechtlicher Vereinbarungen zwischen dem Voreigentümer und dem Mieter ausüben kann.

14.2 Fristgerechte Kündigung

14.2.1 Kündigungssperre nach § 577a BGB bei geschiedenen Ehegatten

Nach § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB gilt die Kündigungsbeschränkung des § 577a Abs. 1 BGB, wonach sich ein Erwerber, wenn an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden ist, erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Veräußerung auf berechnigte Interessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB (Tatbestände des Eigenbedarfs oder der wirtschaftlichen Verwertung) berufen kann, entsprechend, wenn vermieteter Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter an eine Personengesellschaft oder an mehrere Erwerber veräußert worden ist.

Dies ist hier der Fall⁵⁸³. Denn das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück ist nach Vermietung und Überlassung an den Beklagten zu 1 an die Kläger als Erwerbermehrheit veräußert worden. Das Anwesen, als dessen Eigentümer die Kläger am 11. September 2015 im Grundbuch eingetragen wurden, war dem Beklagten zu 1 schon seit dem Jahr 2001 aufgrund Mietvertrags zu Wohnzwecken überlassen. § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB erfordert, wie der Senat bereits entschieden hat, nicht, dass über die im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen hinaus - mithin zusätzlich zu der Veräußerung des vermieteten Wohnraums an mehrere Erwerber nach der Überlassung an den Mieter (§ 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB) - zumindest die Absicht des Erwer-

⁵⁸¹ BGH v. 15.09.2021 - VIII ZR 76/20, ■.

⁵⁸² BGH v. 15.09.2021 - VIII ZR 76/20, ■.

⁵⁸³ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, GE 2020, 1621.

bers besteht, den vermieteten Wohnraum in Wohnungseigentum umzuwandeln⁵⁸⁴.

Jedoch ist die Kündigungssperre des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB im vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kläger unabhängig vom Fortbestand der Ehe "derselben Familie" i.S.v. § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB angehören. Es kommt daher nicht auf die vom Berufungsgericht vorgenommene und auch in der Literatur überwiegend vertretene Differenzierung zwischen bloßer Trennung und rechtswirksamer Scheidung der Ehe an⁵⁸⁵. Auch der von der Revision genannte Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags ist nicht maßgeblich⁵⁸⁶.

Die Privilegierung von Familien- und Haushaltsangehörigen in § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB ist bei der Einfügung des § 577a Abs. 1a BGB durch das Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz) vom 11. März 2013⁵⁸⁷ der Regelung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nachgebildet worden⁵⁸⁸. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll zur Auslegung der Vorschrift auf die zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Als Anknüpfungspunkt dafür, wie weit der Kreis der Familienangehörigen in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu ziehen ist, hatte der VIII. Senat zuvor bereits in seinem Urteil vom 27. Januar 2010⁵⁸⁹ die Wertungen der Regelungen über ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen herangezogen. Diese konkretisieren mit Rücksicht auf eine typisierte persönliche Nähebeziehung den Kreis privilegierter Familienangehöriger, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich eine persönliche Bindung besteht⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, BGHZ 218, 162 Rz. 30.

⁵⁸⁵ vgl. Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 573 BGB Rz. 86; NK-BGB/Hinz, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 39; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl., § 573 BGB Rz. 55; Spielbauer/Schneider/Krennek, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 BGB Rz. 56; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 573 BGB Rz. 40.

⁵⁸⁶ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

⁵⁸⁷ BGBl. I S. 434.

⁵⁸⁸ BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

⁵⁸⁹ BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

⁵⁹⁰ BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

Damit sind diejenigen Personen, denen das Prozessrecht ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen gewährt, unabhängig vom Vorliegen eines konkreten, tatsächlichen Näheverhältnisses Familienangehörige gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, zu deren Gunsten eine Eigenbedarfskündigung ausgesprochen werden kann. Hierunter fallen Ehegatten auch dann, wenn sie getrennt leben, ein Scheidungsantrag bereits eingereicht oder die Scheidung vollzogen ist⁵⁹¹. Denn gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 2 ZPO (ebenso nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO) ist ein Ehegatte selbst dann zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, wenn die Ehe nicht mehr besteht.

Für den Begriff des Familienangehörigen gemäß § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB gilt dasselbe; auch insoweit ist der Ehegatte unabhängig vom Fortbestand der Ehe Familienangehöriger, so dass die Sperrfrist bei Erwerb durch Ehegatten oder geschiedene Ehegatten nicht eingreift.

Auch führt der Umstand, dass nicht beide Kläger, sondern lediglich die Klägerin zu 2 (mit weiteren Familienangehörigen) in das den Beklagten überlassene Haus einziehen wollen, nicht zur Anwendbarkeit der dreijährigen Sperrfrist⁵⁹². Denn § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB setzt nicht voraus, dass die Erwerber, die zu derselben Familie gehören, den zur Eigennutzung erworbenen vermieteten Wohnraum auch gemeinsam nutzen möchten. Eine solche Einschränkung findet bereits im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze. Denn danach ist Anknüpfungspunkt allein der gemeinsame Erwerb, nicht eine beabsichtigte gemeinschaftliche Nutzung.

Eine einschränkende Auslegung ist auch mit der Systematik der Norm unvereinbar. Denn § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB privilegiert nicht nur die Eigenbedarfs-, sondern auch die Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB durch Erwerber, die derselben Familie angehören⁵⁹³. Der Gesetzesbegründung lässt sich die von der Revision als ungeschriebene Voraussetzung angesehene Absicht einer gemeinschaftlichen Nutzung durch die Erwerber ebenfalls nicht entnehmen. Denn dort heißt es nur, dass § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB den Fall regeln solle, dass mehrere Familienmitglieder oder Personen, die ein und dem-

⁵⁹¹ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

⁵⁹² BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

⁵⁹³ vgl. MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 577a BGB Rz. 17.

selben Haushalt angehören, ein bebautes Grundstück zur Selbstnutzung erwerben. Dieser Erwerb zum Zwecke der Eigennutzung solle nicht erschwert werden, weil hier aufgrund der engen personalen Bindung ein legitimes Interesse an der zeitnahen Geltendmachung des Eigenbedarfs bestehe⁵⁹⁴.

Damit wird zwar auch der von der Revision angeführte Fall, dass Ehegatten ein bebautes Grundstück zur gemeinschaftlichen Eigennutzung erwerben, privilegiert. Eine Beschränkung auf Fälle der gemeinschaftlichen Eigennutzung folgt aus diesen Passagen der Gesetzesbegründung jedoch nicht. Vielmehr verdeutlicht der nachfolgende Satz, wonach für die Auslegung auf die Rechtsprechung zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zurückgegriffen werden könne, dass es gerade nicht auf einen gemeinschaftlichen Nutzungswunsch ankommt. Denn auch § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB setzt nicht voraus, dass der Vermieter die Wohnung gemeinsam mit seinen Familienangehörigen nutzen möchte⁵⁹⁵.

14.2.2 Rechtsmissbräuchlicher Erwerb der Vermieterstellung

Die Vorgehensweise der Klägerinnen zeichnete sich hier dadurch aus, dass der Klägerin zu 2 mit der schenkweisen Übertragung eines 5/100 Miteigentumsanteils formal eine "minimale" Miteigentümerstellung und Mitvermieterstellung verschafft wurde, mit der ersichtlich allein das Ziel verfolgt wurde, eine der Klägerin zu 1 als juristischer Person nicht mögliche Eigenbedarfskündigung zugunsten der Tochter eines Vorstandsmitglieds zu verwirklichen, ohne dass mit der Übertragung eine nennenswerte Änderung der Eigentums- beziehungsweise der wirtschaftlichen Verhältnisse an der Immobilie verbunden war. Die Beurteilung dieser Vorgehensweise als rechtsmissbräuchlich durch das Berufungsgericht hält sich im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung⁵⁹⁶.

Ob das Berufungsgericht in seinen weiteren Ausführungen § 573 BGB zu Recht als "Kernstück" des mietrechtlichen Bestandsschutzes bezeichnet hat und in diesem Zusammenhang den Regelungszweck des Kündigungstatbestandes des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit der Zielsetzung der in § 577a BGB normierten Kündigungsbeschränkungen vermengt hat, kann dahinstehen. Denn es handelt

⁵⁹⁴ BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

⁵⁹⁵ vgl. hierzu Staudinger/Rolls, Neubearb. 2018, § 573 BGB Rz. 79 m.w.N.

⁵⁹⁶ BGH v. 30.3.2021 – VIII ZR 221/19, WuM 2021, 491.

sich bei den diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts um ergänzende Überlegungen, denen für die Würdigung des klägerischen Verhaltens als rechtsmissbräuchlich ersichtlich keine entscheidende Bedeutung zukommt.

14.2.3 Hinweispflicht bei Wegfall des Eigenbedarfs

Der Vermieter verletzt seine vertraglichen Pflichten und ist dem Mieter gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine Kündigung des Mietvertrags schuldhaft auf einen in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarf (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) stützt oder er den Mieter nicht über einen späteren Wegfall des geltend gemachten Eigenbedarfs informiert⁵⁹⁷.

Diese Hinweispflicht besteht jedoch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Lediglich über einen vor diesem Zeitpunkt eingetretenen Wegfall des Eigenbedarfs - auf den sich auch die Beklagte als teilrechtsfähige (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts berufen kann⁵⁹⁸ - hat der Vermieter den Mieter zu unterrichten. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien - wie hier - in dem der Kündigung nachfolgenden Räumungsrechtsstreit einen Vergleich schließen, wonach sich der Mieter bis zu einem bestimmten Termin zum Auszug aus der Wohnung verpflichtet⁵⁹⁹.

Der Wegfall des ursprünglich gegebenen Kündigungsgrundes des Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) löst dann eine Hinweispflicht des Vermieters aus, wenn er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten ist. Nur in einem solchen Fall ist der Vermieter mit Rücksicht auf das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, sich angesichts des bei Wegfall des Kündigungsgrundes noch bestehenden Mietverhältnisses auf die Kündigung zu berufen⁶⁰⁰. Diese zeitliche Eingrenzung bringt - in verfassungsrechtlich unbedenkli-

⁵⁹⁷ st. Rspr., vgl. nur BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79 ff.); BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 231/07, NJW 2009, 2059 Rz. 11; BGH v. 13.6.2012 - VIII ZR 356/11, juris Rz. 10; BGH v. 10.6.2015 - VIII ZR 99/14, NJW 2015, 2324 Rz. 14.

⁵⁹⁸ vgl. BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rz. 14.

⁵⁹⁹ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁶⁰⁰ vgl. BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79 ff.); BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 28.

cher Weise⁶⁰¹ - die berechtigten Interessen von Mieter und Vermieter in einen angemessenen Ausgleich und sorgt für Rechtssicherheit⁶⁰².

Der VIII. Senat hat entschieden, dass es eine nachvertragliche Hinweispflicht des Vermieters nicht gibt, sondern eine solche nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist besteht. Dies hat er maßgebend darauf gestützt, dass eine zeitliche Ausdehnung der Hinweispflicht über das Ende des Mietverhältnisses hinaus mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und eines effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren wäre⁶⁰³.

Nach diesen Maßstäben musste die Beklagte den Kläger nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (31. August 2012) und nicht bis zum Ablauf der vergleichsweise vereinbarten Räumungsfrist (29. Februar 2016) über einen Wegfall des Eigenbedarfs unterrichten⁶⁰⁴.

Die vorgenannten Aspekte der Rechtssicherheit und des effektiven Rechtsschutzes greifen auch in dem Fall ein, in welchem über die Räumungsklage des Vermieters nicht gerichtlich entschieden wurde, sondern die Parteien sich im Wege eines Vergleichs über den Zeitpunkt des Auszugs des Mieters verständigen⁶⁰⁵.

Es ist nicht "sachgerecht", deshalb auf den im Vergleich festgelegten Auszugszeitpunkt abzustellen, weil die Parteien diesen an die Stelle des Ablaufs der Kündigungsfrist gesetzt haben⁶⁰⁶. Allein die Vereinbarung eines Auszugszeitpunkts hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die mit dem Ablauf der Kündigungsfrist eingetretene Beendigung des Mietverhältnisses (§ 542 BGB). Zwar kann die durch eine wirksam erklärte Kündigung bewirkte Umgestaltung des Mietverhältnisses grundsätzlich durch ein rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien - nicht einseitig - rückgängig gemacht werden⁶⁰⁷. Ein solcher

⁶⁰¹ vgl. BVerfG, NJW 2006, 2033 Rz. 5.

⁶⁰² vgl. BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79); BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 22; BGH v. 13.6.2012 - VIII ZR 356/11, juris Rz. 10.

⁶⁰³ BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (84).

⁶⁰⁴ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁶⁰⁵ vgl. BGH v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15, WuM 2016, 743 Rz. 2 und 9.

⁶⁰⁶ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁶⁰⁷ vgl. BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 231/17, BGHZ 220, 1 Rz. 22 m.w.N.

Wille muss sich jedoch aus dem Räumungsvergleich mit hinreichender Klarheit entnehmen lassen⁶⁰⁸.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es fehlt an Anhaltspunkten dafür, dass die Parteien hierdurch die Rechtswirkungen der Kündigung einvernehmlich rückgängig machen und damit zugleich die Hinweispflichten des Vermieters zeitlich ausdehnen wollten. Insbesondere ist für einen Willen der Beklagten, die von der Wirksamkeit ihrer bereits einige Jahre zuvor ausgesprochenen Eigenbedarfskündigung ausging, das Ende des Mietverhältnisses hinauszuschieben, nichts ersichtlich. Im Gegenteil spricht, worauf auch die Revision in der mündlichen Verhandlung zutreffend abgestellt hat, der Umstand, dass der Kläger die Eigent. Der Schaden des Mieters in Form der Maklerkosten ist zwar noch adäquat kausal auf die - unterstellte - Pflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen⁶⁰⁹.

Adäquat ist eine Bedingung dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der fraglichen Art herbeizuführen. Die Adäquanz kann fehlen, wenn der Geschädigte selbst in völlig ungewöhnlicher oder unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden endgültig herbeiführt⁶¹⁰.

Bei Anwendung dieses Maßstabs liegt es noch nicht außerhalb des zu erwartenden Verlaufs der Dinge, dass ein Mieter die ihm gegenüber ausgesprochene Eigenbedarfskündigung zum Anlass nimmt, seinen künftigen Wohnbedarf nicht wie bisher in angemieteten Räumlichkeiten, sondern in einer Eigentumswohnung zu verwirklichen, und zu dessen Erwerb einen Makler einschaltet.

Die Maklerkosten für den Erwerb der Eigentumswohnung unterfallen jedoch nicht mehr dem Schutzzweck der vertraglichen Pflicht, welche der Vermieter durch den Ausspruch der Kündigung beziehungsweise durch den fehlenden Hinweis auf den Wegfall des Eigenbedarfs verletzt hat. Denn eine vertragliche Haftung besteht nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfol-

⁶⁰⁸ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁶⁰⁹ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁶¹⁰ st. Rspr.; vgl. BGH v. 11.1.2005 - X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 unter 2 b; BGH v. 25.1.2018 - VII ZR 74/15, NJW 2018, 944 Rz. 16.

gen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde, was vorliegend bezüglich der Maklerkosten und der mietvertraglichen Pflicht zur Gebrauchserhaltung nicht der Fall ist⁶¹¹.

In der Rechtsprechung des BGH ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Bestimmung die Haftung gestützt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist⁶¹². Die Schadensersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob die verletzte Bestimmung überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Bestimmung das verletzte Rechtsgut schützen soll. Darüber hinaus muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung beziehungsweise der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen. Der Schaden muss in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein "äußerlicher", gleichsam "zufälliger" Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten⁶¹³.

Bei der Verletzung vertraglicher Pflichten hängt die Ersatzpflicht des Schädigers - vorliegend der Vermieterin - davon ab, dass die verletzte Vertragspflicht das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte. Der Schädiger hat nur für die Einbußen einzustehen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen⁶¹⁴. Maßgebend ist somit die vertragliche Interessenlage

⁶¹¹ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁶¹² vgl. BGH v. 22.4.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137 (139 ff.); BGH v. 4.7.1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126 unter II 4 a; BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 11.6.2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 24; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14.

⁶¹³ vgl. BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14; BGH v. 20.5.2014 - VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263 Rz. 10; BGH v. 2.4.2019 - VI ZR 13/18, BGHZ 221, 352 Rz. 30.

⁶¹⁴ vgl. BGH v. 30.1.1990 - XI ZR 63/89, NJW 1990, 2057 unter I 2 b; BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 Rz. 14; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 104.

der Parteien und der damit korrespondierende Vertragszweck. Denn in gleicher Weise, wie der Vertragszweck Entstehen, Entwicklung und Untergang der primären Pflichten festlegt, werden hierdurch auch die ihrer Sanktion dienenden sekundären Schadensersatzverbindlichkeiten ihrem Umfang nach bestimmt.

Hiernach stammen die Kosten des Maklers, welcher vom Kläger mit der Suche nach einer Eigentumswohnung beauftragt war - anders als bei einer Anmietung⁶¹⁵ -, nicht aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht besteht. Denn der Kläger ist aus seiner bisherigen Stellung als Mieter unter Einschaltung des Maklers in diejenige eines Eigentümers gewechselt.

Die Pflichtverletzung des Vermieters läge in der Beeinträchtigung des vertraglich geschützten Gebrauchserhaltungsinteresses des Mieters. Dabei kann vorliegend offen bleiben, ob die Eigenbedarfskündigung im Zeitpunkt ihres Ausspruchs berechtigt war. Zwar tritt die Gestaltungswirkung einer Kündigung nicht ein, wenn ein Kündigungsgrund fehlt; das Mietverhältnis besteht vielmehr fort. Jedoch macht der Vermieter mit der wegen fehlender materieller Gründe unwirksamen Kündigung dem Mieter den Gebrauch der Mietsache streitig und stellt dessen Besitzrecht in Frage. Damit verletzt er zugleich seine eigene vertragliche Leistungspflicht zur Überlassung der Mietsache⁶¹⁶. Gleiches gilt der Sache nach, wenn der zunächst bestehende Eigenbedarf bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entfällt und der Vermieter den Mieter hierauf nicht hinweist, sondern vielmehr - rechtsmissbräuchlich - an der Kündigung festhält.

Danach ist der Vermieter zum Ersatz solcher Schäden verpflichtet, die auf der Verletzung seiner Pflicht zur Wahrung des Besitzrechts des Mieters beruhen. Infolge des gerichtlichen Räumungsvergleichs im Anschluss an die unberechtigte Eigenbedarfskündigung büßt der Mieter sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mieter den Schaden zu ersetzen, der in einem inneren Zusammenhang mit dessen Gebrauchserhaltungsinteresse steht⁶¹⁷.

⁶¹⁵ vgl. BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068 Rz. 18.

⁶¹⁶ vgl. BGH v. 11.1.1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296 (302); BGH v. 16.1.2009 - V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 Rz. 16.

⁶¹⁷ vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WM 1974, 345 unter II 5; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 26.

Dieser gebotene Zusammenhang zur Besitzbeeinträchtigung fehlt bei den Maklerkosten, die im Zuge des Erwerbs der Eigentumswohnung angefallen sind. Diese stellen keinen ersatzfähigen Schaden dar⁶¹⁸. Denn durch den Eigentumserwerb, der Gegenstand des Maklerauftrags war, hat der Kläger nicht (lediglich) seinen Besitzverlust ausgeglichen, sondern im Vergleich zu seiner bisherigen Stellung als Mieter eine hiervon zu unterscheidende Stellung als Eigentümer eingenommen.

Darauf, dass das Besitzrecht des Mieters auch den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG genießt, kann sich der Kläger insoweit nicht mit Erfolg berufen. Hiernach ist das Bestandsinteresse des Mieters geschützt; der Eigentumsschutz dient daher der Abwehr solcher Regelungen, die dieses Bestandsinteresse des Mieters gänzlich missachten oder unverhältnismäßig einschränken⁶¹⁹. Vorliegend beruft sich der Kläger jedoch nicht auf Abwehrrechte, sondern macht Schäden infolge des Besitzverlusts geltend.

Mit dem Wechsel des Klägers von der - vertraglich geschützten - Stellung eines Besitzers in diejenige eines Eigentümers geht auch eine andere Rechts- und Pflichtenstellung einher, die sich von derjenigen einer Mietvertragspartei signifikant unterscheidet.

Anders als in der Position des Mieters unterliegt der Kläger nunmehr - hinsichtlich der Wohnungsnutzung - keinen vertraglichen Bindungen. Sein Besitzrecht an der Wohnung ist nicht mehr, wie zuvor, ein abgeleitetes⁶²⁰, sondern ein ihm originär zustehendes Recht. Ihm steht eine grundsätzlich uneingeschränkte und eigenverantwortliche Nutzungs- und Verfügungsbefugnis zu (§ 903 Satz 1 BGB).

Zudem ist das (Nutzungs-)Recht des Klägers an der ihm gehörenden Eigentumswohnung nicht zeitlich begrenzt. Demgegenüber ist es das Wesen des Mietvertrags, dass dem Mieter (lediglich) ein Anspruch auf Gebrauchsüberlassung auf Zeit zusteht. Dieser zeitlichen Begrenzung ist bei der Bestimmung der Ersatzfähigkeit von Schäden des Mieters Rechnung zu tragen⁶²¹.

⁶¹⁸ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁶¹⁹ vgl. BVerfGE 89, 1 (8).

⁶²⁰ vgl. BVerfGE 89, 1 (7 f.); BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (82).

⁶²¹ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

Gemessen daran fehlt es bei den vorliegend geltend gemachten Maklerkosten an dem gebotenen inneren Zusammenhang mit dem vertraglich geschützten Interesse des Mieters. Denn durch den Vertragsschluss zeigt dieser - dem Wesen des Mietvertrags entsprechend - sein Interesse an der Erlangung eines zeitlich begrenzten Gebrauchsrechts. Somit ist auch (nur) dieses Interesse geschützt. Erwirbt er eine Wohnung zu Eigentum, verfolgt er jedoch bezüglich der Deckung seines Wohnbedarfs andere Interessen als bisher. Daher fallen Vermögenseinbußen mittels derer sich der Mieter in die Lage versetzen will, (auf Dauer angelegtes) Eigentum zu erwerben, bei wertender Betrachtung nicht mehr unter den Schutzzweck der Vertragspflicht des Vermieters zur (vorübergehenden) Gebrauchserhaltung.

14.2.4 Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Im Mietvertrag ist eine Miete von 562 € geregelt. Der Mieter zahlt seit 2009 aber nur 300 € mit der Begründung, dieser Betrag sei mit dem Vermieter abweichend von der vertraglich festgelegten Miete als Zahlbetrag vereinbart. Am 23.02.2018 kündigt der Vermieter fristlos, hilfsweise fristgerecht. Er macht einen Mietrückstand von 9.971,96€ geltend, der auf der Sollmiete gemäß Vertrag beruht. In der Beweisaufnahme beim Amtsgericht stellt sich heraus, dass eine Reduzierung der im Vertrag geregelten Miete von 250 € vereinbart war. Der Mieter führte in einem Schreiben vom 17.09.2009 auf, dass die von ihm geschuldete Miete nicht 562 €, sondern 312 € beträgt. Der Vermieter hat im Berufungsverfahren geltend gemacht, der durch die Nichtzahlung eines Betrags von monatlich 12 € in dem Zeitraum von Januar 2015 bis Januar 2018 aufgelaufene Rückstand von 444 € habe - ausgehend von einer Miete in Höhe von 312 € - die am 23.01.2018 fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung gerechtfertigt.

Zur Befassung mit diesem Vorbringen bestand Anlass, weil die konkrete Höhe der geschuldeten Miete sowohl für die Berechtigung der am 23.01.2018 erklärten (ordentlichen) Kündigung als auch - zumindest teilweise - für die Klageantträge auf Zahlung restlicher Miete und auf Entrichtung einer Nutzungsentschädigung von wesentlicher Bedeutung ist⁶²². Hätte das Berufungsgericht das Vorbringen des Vermieters berücksichtigt, hätte es nicht ohne Weiteres zu einer (vollständigen) Zurückweisung der Berufung gelangen können. Denn danach

⁶²² BGH v. 10.11.2020 – VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 241.

wäre die - nach der einseitigen Einstellung der Rückerstattung von 250 € monatlich durch den Vermieter und der infolgedessen vom Mieter ebenfalls eigenmächtig vorgenommenen Reduzierung des Überweisungsbetrags auf 300 € - bei Zugrundelegung der vom Mieter behaupteten mündlichen Abrede geschuldete Miete nicht vollständig entrichtet worden. Vielmehr wäre in dem der Kündigung vom 23.01.2018 zugrunde liegenden Zeitraum von Januar 2015 bis Januar 2018 ein nachzuzahlender Rückstand von 459,54 € aufgelaufen, der zwar - ausgehend von einer Miete in Höhe von 312,42 € - nicht für eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b BGB genügt hätte, wohl aber die Voraussetzungen der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfüllen würde, weil bis zum Zugang der Kündigung vom 23.01.2018 ab März 2017 ununterbrochen mehr als 312,42 € an Miete offen gestanden hätten⁶²³. Dies würde dazu führen, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien mit Ablauf des 31.10.2019 beendet worden wäre. Weiter könnte der Vermieter Nachzahlung rückständiger Miete von 459,54 € und Entrichtung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 312,42 € monatlich (abzüglich erfolgter Zahlungen) verlangen.

14.2.5 Ordentliche Kündigung wegen Abriss des Gebäudes

Da der generalklauselartige Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichgewichtig mit den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen ist⁶²⁴, kommt es für das Vorliegen eines berechtigten Interesses i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB darauf an, ob das geltend gemachte Interesse des Vermieters ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe⁶²⁵.

Die Auslegung und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "berechtigtes Interesse" erfordert dabei eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen⁶²⁶, wobei zu beachten ist, dass sowohl die Rechtsposition des Vermieters als auch

⁶²³ vgl. BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, NJW 2013, 159 Rz. 18 ff.

⁶²⁴ vgl. nur BVerfGE 84, 366 (371 f.) [zu § 564a BGB a.F.].

⁶²⁵ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, NZM 2017, 756 Rz. 34; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NZM 2017, 559 Rz. 36; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 24; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 Rz. 13

⁶²⁶ BVerfGE 89, 1 (9 ff.); BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG, NJW-RR 2004, 440 (441).

das vom Vermieter abgeleitete Besitzrecht des Mieters von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt sind⁶²⁷. In Anbetracht dessen dürfen die dem Vermieter entstehenden Nachteile keinen Umfang annehmen, welcher die Nachteile weit übersteigt, die dem Mieter im Falle des Verlusts der Wohnung erwachsen⁶²⁸.

Dies gilt auch für die hier gegebene Fallgestaltung der Kündigung eines Wohnraummietvertrags zum Zwecke des Abbruchs des Mietobjekts (beziehungsweise eines Teils davon), mit dem vom Vermieter verfolgten Ziel, den Kosten für die Wiederherstellung der Mietsache zu entgehen. So begründet - ebenso wie bei einer Verwertungskündigung⁶²⁹ - auch bei einer Kündigung zum Zwecke des ersatzlosen Abbruchs einer als Wohnraum vermieteten baulichen Anlage nicht bereits jeder aus dem Fortbestand des Mietraumverhältnisses dem Vermieter erwachsende (wirtschaftliche) Nachteil einen Anspruch auf Räumung der Mietwohnung.

Zwar muss der durch den Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses für den Vermieter entstehende Nachteil - je nach den besonderen Umständen der zu beurteilenden Fallgestaltung - nicht unbedingt den Grad von erheblichen Beeinträchtigungen i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erreichen⁶³⁰. Ist das angeführte Interesse jedoch im Fall eines geringeren personalen Bezugs mit der von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfassten wirtschaftlichen Verwertung vergleichbar, muss der Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses für den Vermieter einen Nachteil von einem Gewicht darstellen, der die von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB vorausgesetzte Intensität erreicht⁶³¹, jedoch grundsätzlich nicht darüber hinausgehen muss.

Hiernach erfordert die Beantwortung der Frage, ob ein i.S.d. vorgenannten Grundsätze berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des

⁶²⁷ BVerfGE 89, 1 (6 ff.); BVerfG, NJW 2000, 2658 (2659).

⁶²⁸ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 14; BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 226/09, NZM 2011, 773 Rz. 11; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 40; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410 Rz. 45.

⁶²⁹ vgl. hierzu BVerfGE 79, 283 (289 f.); BVerfGE 84, 382 (385).

⁶³⁰ vgl. BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 47 m.w.N. [zur Absicht des Vermieters, eine vermietete Wohnung zu freiberuflichen oder gewerblichen Zwecken zu nutzen].

⁶³¹ vgl. BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410 Rz. 27, 48 [zur Absicht des Vermieters, das vermietete Anwesen einer Nutzung für einen sozialpolitisch erwünschten Zweck zuzuführen].

Mietverhältnisses i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls⁶³². Da die Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Vielzahl möglicher Kündigungstatbestände umfasst⁶³³, entzieht sich die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen ein in diesem Sinne berechtigtes Interesse des Vermieters gegeben ist, auch im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der Geschehensabläufe und der auf beiden Seiten zu berücksichtigenden Belange einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung⁶³⁴.

Es obliegt mithin in erster Linie dem Tatrichter, unter Bewertung und Gewichtung aller für die jeweilige Beurteilung maßgeblichen Gesichtspunkte darüber zu befinden, ob ein berechtigtes Interesse des Vermieters im Sinne des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben ist. Dessen Bewertungsergebnis kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob es auf einer rechtsfehlerfrei gewonnenen Tatsachengrundlage beruht, alle maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind und der Tatrichter den zutreffenden rechtlichen Maßstab angewandt hat.

Gemessen an diesen Maßstäben hält die Beurteilung des Berufungsgerichts, bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses entstünden dem Kläger keine erheblichen Nachteile, einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand⁶³⁵.

Dabei kann dahinstehen, ob im Streitfall ein (gegenwärtiges) berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses unter Umständen schon deshalb zu verneinen ist, weil er nach eigenen Angaben selbst noch nicht weiß, auf welche Weise er die Liegenschaft weiter nutzen will⁶³⁶. Jedenfalls hat das Berufungsgericht weder den maßgeblichen rechtlichen Beurteilungsmaßstab noch die Anforderungen an den Sachvortrag des Vermieters zur Erheblichkeit der wirtschaftlichen Nachteile verkannt.

⁶³² BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

⁶³³ vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 127/08, NJW 2009, 1808 Rz. 16; BGH v. 20.7.2016 - VIII ZR 238/15, WuM 2016, 682.

⁶³⁴ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

⁶³⁵ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

⁶³⁶ Sog. "Vorratskündigung", vgl. etwa BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, WuM 2017, 656 Rz. 19 [zu § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB].

Zwar hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Erheblichkeit der Nachteile im Rahmen von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB sei "eher strenger, jedenfalls nicht großzügiger" zu beurteilen als unter Geltung des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Dies lässt jedoch nicht besorgen, dass die das Berufungsurteil tragenden Erwägungen von einem unzutreffenden Beurteilungsmaßstab an eine zum Zweck des ersatzlosen Abbruchs eines Wohngebäudes erklärte Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB beeinflusst sind. Die vorgenannte Aussage des Berufungsgerichts beschränkt letztlich darauf, an die Erheblichkeit der Nachteile i.S.d. § 573 Abs. 1 BGB seien keine geringeren Anforderungen zu stellen als an eine Verwerfungskündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Strengere Anforderungen hat das Berufungsgericht auch nicht gestellt.

Insoweit hat es im Ergebnis frei von Rechtsfehlern sein Urteil darauf gestützt, nach dem Sachvortrag des Vermieters lasse sich nicht feststellen, dass ihm durch die Fortdauer des Mietverhältnisses erhebliche wirtschaftliche Nachteile entstünden.

Im Ansatz zu Recht ist aber zu beanstanden, das Berufungsgericht habe sich zur Begründung seiner Rechtsansicht auf die Bestimmungen des § 573 Abs. 1 Satz 2 BGB und des § 573 Abs. 2 Nr. 3 Halbs. 2 BGB berufen und diese als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstanden wissen wollen, welcher jeglicher Berücksichtigung der geringen Miete entgegenstehe. Dies trifft nicht zu, denn die genannten Bestimmungen unterbinden lediglich Kündigungen zum Zwecke der Erhöhung der Miete (§ 573 Abs. 1 Satz 2 BGB) beziehungsweise eine Neuvermietung als Wohnraum, um eine höhere Miete zu erzielen (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 Halbs. 2 BGB). Die - auch künftig erwartbare - geringe Miete kann somit durchaus ein zu berücksichtigender Umstand im Rahmen der hier gebotenen Gesamtwürdigung sein.

Der vorbezeichnete Rechtsfehler hat sich indes auf das angefochtene Urteil nicht ausgewirkt. Denn das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass sich die Kosten der Neuerrichtung des Bades nicht über die Miete amortisieren. Es hat letztlich entscheidend darauf abgestellt, dass der Kläger insoweit lediglich einen Betrag in überschaubarer Höhe und auch diesen nur einmalig aufzubringen hat, wenn er im Interesse des Fortbestands des Mietverhältnisses mit den Beklagten nach dem Abriss des baufälligen Seitenflügels ein neues Bad anbauen lässt. Soweit der Senat den ersatzlosen Abriss eines nur mit erheblichem Auf-

wand zu sanierenden Wohnkomplexes unter besonderen Umständen als Kündigungsgrund revisionsrechtlich nicht beanstandet hat⁶³⁷, waren dort für den Vermieter bei Fortbestand des Mietverhältnisses Nachteile einer ganz anderen Größenordnung zu besorgen, nämlich Jahr für Jahr zusätzlich in beträchtlicher Höhe erwachsende Kosten allein für die Unterhaltung des Gebäudes.

Schließlich hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang berücksichtigt, dass sich durch den Anbau eines Bades nach erfolgtem Abriss des baufälligen Anbaus jedenfalls der Wert des Grundstücks erhöht, so dass der vom Vermieter geltend gemachte Aufwand für die Neuerrichtung in gewissem Umfang kompensiert wird.

14.3 Anwendung des § 574 BGB

14.3.1 Allgemeine Grundsätze

Leitsätze der Entscheidung des BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = WuM 2019, 385.

§ 574 Abs. 1 BGB

- Eine Fortsetzung des Mietverhältnisses setzt nicht voraus, dass die auf Seiten des Mieters bestehende Härte die Interessen des Vermieters deutlich überwiegt. Maßgebend ist allein, ob sich ein Übergewicht der Belange der Mieterseite feststellen lässt, also die Interessenabwägung zu einem klaren Ergebnis führt.

Da sich ein hohes Alter eines Mieters und/oder eine lange Mietdauer mit einer damit einhergehenden langjährigen Verwurzelung im bisherigen Umfeld je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung des Mieters unterschiedlich stark auswirken können, rechtfertigen diese Umstände ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Kommen zu diesen Umständen Erkrankungen hinzu (hier Demenz gemischter Genese), aufgrund derer beim Mieter im Falle seines Herauslösens aus seiner näheren Umgebung eine - nach ihrem Grad nicht näher

⁶³⁷ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, WuM 2004, 277 unter II 1 b [zum Abriss eines weitgehend leerstehenden Plattenbaus mit 142 Wohneinheiten].

festgestellte - Verschlechterung seines gesundheitlichen Zustands zu erwarten steht, kann dies in der Gesamtschau zu einer Härte führen. Wenn der gesundheitliche Zustand des Mieters einen Umzug nicht zulässt oder im Falle eines Wohnungswechsels zumindest die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation des (schwer) erkrankten Mieters besteht, kann sogar allein dies einen Härtegrund darstellen (Bestätigung von Senatsurteil vom 16. Oktober 2013 - VIII ZR 57/13, NJW-RR 2014, 78 Rn. 20).

Werden von dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels substantiiert ihm drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann (Bestätigung von Senatsurteil vom 15. März 2017 - VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474 Rn. 24, 29).

Bei der Bewertung und Gewichtung der widerstreitenden Interessen beider Parteien im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung ist den Wertentscheidungen Rechnung zu tragen, die in den für sie streitenden Grundrechten zum Ausdruck kommen. Dabei haben die Gerichte zu berücksichtigen, dass bezüglich der Anwendung und Auslegung des Kündigungstatbestands des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB einerseits und der Sozialklausel des § 574 BGB andererseits dieselben verfassungsrechtlichen Maßstäbe gelten (im Anschluss an BVerfG, NJW-RR 1999, 1097; NJW-RR 1993, 1358), so dass auch im Rahmen der Vorschrift des § 574 BGB die vom Vermieter beabsichtigte Lebensplanung grundsätzlich zu respektieren und der Rechtsfindung zugrunde zu legen ist (im Anschluss an BVerfGE 68, 361, 373 f.; 79, 292, 304 f.; BVerfG, NJW 1994, 309, 310; 1995, 1480, 1481).

Diesen Vorgaben werden die Gerichte nicht gerecht, wenn sie (wie das Berufungsgericht) dem Vermieter, der die Mietwohnung zum Zwecke der

Selbstnutzung erworben hat, bei der Gewichtung und Abwägung der gegenläufigen Belange eine geringere Bedeutung zumessen als bei der Beurteilung, ob dieses Vorgehen einen Eigenbedarf i.S.d. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB begründet, und einem solchen Nutzungswunsch einen geringeren Stellenwert als einem Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters zuweisen.

Im Rahmen der Interessenabwägung haben die Gerichte nicht nur die Lebensplanung des Vermieters zu respektieren, sondern dürfen auch bezüglich der Interessen des Mieters ihre Vorstellungen über den einschlagenden Weg nicht an dessen Stelle setzen (im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 1994 - 1 BvR 2067/93, juris Rn. 4 f.). Dies gilt insbesondere dann, wenn es um das Schicksal älterer Personen geht.

Die Abwägung der gegenläufigen Interessen hat sich stets an den konkreten Umständen des zu beurteilenden Einzelfalls auszurichten. Dabei kommt weder den Belangen des Vermieters noch den Interessen des Mieters von vornherein ein größeres Gewicht zu als denen der Gegenseite. Aus diesen Gründen ist es (anders als das Berufungsgericht annimmt) nicht zulässig, Kategorien zu bilden, in denen generell die Interessen einer Seite überwiegen (hier: Selbstnutzungswunsch des Erwerbers einer vermieteten Wohnung einerseits; nach langer Mietdauer ein tretender Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters andererseits).

BGB § 574 Abs. 2

Der Härtegrund des zu zumutbaren Bedingungen nicht zu beschaffenden Ersatzwohnraums ist nicht bereits dann gegeben, wenn im Gemeindegebiet gerichtsbekannt eine angespannte Wohnlage herrscht, die auch zum Erlass von diesem Umstand Rechnung tragenden Verordnungen geführt hat. Eine festgestellte und/oder in Verordnungen zugrunde gelegte angespannte Wohnlage kann allenfalls ein gewisses Indiz für das Vorliegen eines Härtegrunds nach § 574 Abs. 2 BGB darstellen, das in Verbindung mit substantiiertem (unstreitigem oder nachgewiesenem) Parteivortrag zu konkret ergriffenen Maßnahmen zu der tatrichterlichen Überzeugung führen kann, dass angemessener Wohnraum zu zumutbaren

Bedingungen für den Mieter (und seine Familien- oder Haushaltsangehörigen) nicht zu erlangen ist.

BGB § 574a Abs. 2

Wenn auf Seiten des Vermieters dringender Wohnbedarf besteht, haben die Gerichte im Falle eines Überwiegens der Mieterinteressen im Rahmen der von ihnen zu treffenden Ermessensentscheidung sorgfältig zu prüfen, ob eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit angeordnet werden soll.

Leitsätze der Entscheidung des BGH v. 03.02.2021 – VIII ZR 68/19

...

2. Das hohe Alter eines Mieters begründet ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen für den betroffenen Mieter im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte im Sinne des § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Mai 2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133, Rn. 30).(Rn.28)

3. Der Annahme, das hohe Lebensalter des Mieters gebiete auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters in der Regel die Fortsetzung des Mietverhältnisses, liegt eine unzulässige Kategorisierung der nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB abzuwägenden Interessen zugrunde (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Mai 2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133, Rn. 36 f.)(Rn.40)

4. Eine langjährige Mietdauer lässt für sich genommen noch nicht auf eine tiefe Verwurzelung des Mieters am Ort der Mietsache schließen. Vielmehr hängt deren Entstehung maßgeblich von der individuellen Lebensführung des jeweiligen Mieters (Pflegen sozialer Kontakte in der Nachbarschaft etc.) ab (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Mai 2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133, Rn. 30).(Rn.34)

14.3.2 Anwendbarkeit bei wichtigem Grund

Zwischen den Parteien steht allerdings nicht mehr im Streit, dass bei Erklärung der beiden fristlos, hilfsweise ordentlich ausgesprochenen Kündigungen des Mietverhältnisses vom 24. Februar 2016 und 6. Juli 2017 ein Zahlungsverzug von (deutlich) mehr als zwei Monatsmieten bestand (bei der zweiten Kündigung ein sich auf mehr als vier Monatsmieten belaufender, in der Zeit ab 2013 aufgebauter Rückstand) und damit sowohl die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB als auch für eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorlagen.

Im Ausgangspunkt noch zutreffend hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass die Schonfristzahlung lediglich dazu führt, dass die fristlose Kündigung unwirksam wird (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB), die Wirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung davon aber nicht berührt wird⁶³⁸.

Die Zahlung des Sozialhilfeträgers innerhalb der Schonfrist führt aber nicht dazu, dass für den Mieter gegenüber der vom Vermieter hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung nunmehr die Möglichkeit des Widerspruchs gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen einer von ihm geltend gemachten unzumutbaren Härte eröffnet ist, weil der Ausnahmetatbestand des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB dann nicht eingreift⁶³⁹.

Nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB ist das dem Mieter gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen eine ordentliche Kündigung im Fall einer nicht zu rechtfertigenden Härte grundsätzlich zustehende Widerspruchsrecht ausgeschlossen, wenn ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Vermieter die außerordentliche Kündigung erklärt hat; vielmehr genügt es, wenn dem Vermieter bei Zugang der ordentlichen Kündigung auch ein Recht zur fristlosen Kündigung zusteht⁶⁴⁰.

⁶³⁸ st. Rspr.; vgl. BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, BGHZ 195, 94 Rz. 28; BGH v. 1.6.2015 - VIII ZR 278/13, NJW 2015, 2650 Rz. 22; BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 a-d m.w.N.

⁶³⁹ BGH v. 1.7.2020 – VIII ZR 323/18, GE 2020, 1044.

⁶⁴⁰ BT-Drucks. 3/1234, S. 74 zu § 565a Abs. 2 BGB-E, der durch das Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960 [BGBl. I S. 389] als § 556a BGB in das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Vorgängerregelung des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB Eingang gefunden hat; siehe dazu auch Staudinger/Rolls, BGB, Neubearb. 2018, § 574 Rz. 20; vgl. auch Schmidt-Futterer/Blank,

Diese Voraussetzung ist hier aber zweifellos gegeben, denn bei Erklärung (beider) Kündigungen, die jeweils fristlos und hilfsweise fristgemäß erfolgten, lag ein Zahlungsverzug in einer die fristlose Kündigung rechtfertigenden beziehungsweise sogar deutlich übersteigenden Höhe vor. Die spätere Schonfristzahlung des Sozialhilfeträgers ändert daran nichts, denn diese beseitigt lediglich rückwirkend die Gestaltungswirkung der außerordentlichen Kündigung im Wege der gesetzlichen Fiktion⁶⁴¹, führt aber nicht dazu, dass ein Grund für die fristlose Kündigung von vornherein nicht bestand⁶⁴².

Das Eingreifen des Ausschlussstatbestands des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt nicht zwingend voraus, dass ein Grund für die fristlose Kündigung in dem für die eigentliche Härtefallabwägung maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz⁶⁴³ besteht. Zwar wird eine Anwendung der Härtefallregelung regelmäßig auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Grund für die fristlose Kündigung des Vermieters erst nach der ordentlichen Kündigung entsteht, beispielsweise erst im Laufe des Räumungsprozesses⁶⁴⁴. Denn auch in diesem Fall liegt eine schwere Vertragsstörung vor, die einer Anwendung der Härtefallregelung von vornherein entgegensteht. Es genügt aber auch, wenn für den Vermieter im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung ein Grund zur fristlosen Kündigung besteht, wie hier angesichts des zwei Monatsmieten weit übersteigenden Zahlungsverzugs. Auch dann liegt, wie sich aus der Möglichkeit der fristlosen Kündigung ergibt, eine schwere Vertragsstörung vor, die eine Anwendung der Härtefallregelung nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB von vornherein ausschließt.

Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass das Widerspruchsrecht des Mieters nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Schonfristzahlung "neu entstehen"

Mietrecht, 14. Aufl., § 574 BGB Rz. 12; MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 574 BGB Rz. 30; BeckOK-BGB/Hannappel, Stand: 1. Februar 2020, § 574 BGB Rz. 32.

⁶⁴¹ vgl. zum Letzteren: BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 231/17, BGHZ 220, 1 Rz. 21 ff.; BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 261/17, WuM 2018, 758 Rz. 29 ff.

⁶⁴² vgl. auch BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d bb.

⁶⁴³ dazu BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, NJW 2020, 1215 Rz. 41; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 32.

⁶⁴⁴ vgl. Bub/Treier/Fleindl, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., IV Rz. 238.

oder "wiederaufleben" könnte, etwa im Wege einer teleologischen Reduktion des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB⁶⁴⁵.

Eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus⁶⁴⁶. Ob eine derartige Lücke besteht, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein⁶⁴⁷.

An einer solchen planwidrigen Unvollständigkeit der Regelung zum Widerspruchsrecht fehlt es. Mit dem Widerspruchsrecht des Mieters in § 574 BGB, das auf eine entsprechende Regelung im früheren § 556a BGB aF ("Sozialklausel") zurückgeht, sollte zugunsten des Mieters aus sozialen Gründen unter bestimmten Voraussetzungen (in Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien) die Möglichkeit geschaffen werden, nach einer an sich berechtigten Kündigung des Vermieters die Fortsetzung des Mietverhältnisses - gegebenenfalls auch auf unbestimmte Zeit - beanspruchen zu können⁶⁴⁸. Ein Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses sollte dem Mieter indes nicht eingeräumt werden, wenn gravierende (den Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigende) Vertragsstörungen eingetreten waren (vgl. § 556a Abs. 4 Nr. 2 BGB in der Fassung des Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960, BGBl. I S. 389 [im Folgenden: AbbauG], in Kraft getreten am 1. Januar 1966 [vgl. Art. X § 12 AbbauG], außer Kraft getreten mit Ablauf des 31. August 2001 mit Inkrafttreten des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Regelung der Schonfristzahlung war aber schon durch das Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963⁶⁴⁹ - mit dem ein früher bereits in § 3 Abs. 3 des Mieterschutzgesetzes vom 1. Juni 1923 (RGBl. I S.

⁶⁴⁵ vgl. *Hinz* in Klein-Blenkers/Heinemann/Ring, *Miete/WEG/Nachbarschaft*, 2. Aufl., § 574 BGB Rz. 26; Bub/Treier/*Fleindl*, *Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 5. Aufl., IV Rz. 238.

⁶⁴⁶ BGH v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rz. 31; BGH v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rz. 22; BGH v. 13.11.2001 - X ZR 134/00, BGHZ 149, 165, (174); BGH v. 7.12.2011 - IV ZR 105/11, BGHZ 192, 148 Rz. 16.

⁶⁴⁷ BGH v. 30.9.2014 - XI ZR 168/13, BGHZ 202, 302 Rz. 13.

⁶⁴⁸ vgl. BT-Drucks. 3/1234, S. 74; BT-Drucks. 14/4553, S. 68.

⁶⁴⁹ BGBl. I S. 505.

353) verankertes Nachholrecht des Mieters wieder aufgegriffen wurde - in § 554 BGB aF und später in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB vorgesehen. Es wäre daher eine ausdrückliche Regelung zu erwarten gewesen, wenn der Gesetzgeber für den Fall der Schonfristzahlung den Schutz des Mieters über die - der Vermeidung von Obdachlosigkeit des Mieters dienenden - Unwirksamkeit einer ausgesprochenen fristlosen Kündigung hinaus noch weiter ausdehnen und dem Mieter auch für diesen Fall die Möglichkeit des Widerspruchs nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit gegebenenfalls einen Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses hätte eröffnen wollen. Auch sonst bestehen keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber einer gravierenden Vertragsstörung, die durch einen zur fristlosen Kündigung berechtigenden Zahlungsverzug entstanden ist, wegen einer nachträglich erfolgten Schonfristzahlung nur noch ein geringes, der Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht entgegenstehendes Gewicht beimessen wollte und den Ausschlussstatbestand des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB deshalb versehentlich zu weit gefasst hat.

14.3.3 Beschaffung von Ersatzwohnraum

Nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter einer an sich gerechtfertigten ordentlichen Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für ihn oder seine Familie eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Bei der hierzu vom Tatrichter nach gründlicher und sorgfältiger Sachverhaltsfeststellung vorzunehmenden Gewichtung und Würdigung der beiderseitigen Interessen und ihrer Subsumtion unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der genannten Bestimmung hat das Revisionsgericht zwar den tatrichterlichen Beurteilungsspielraum zu respektieren und kann regelmäßig nur überprüfen, ob das Berufungsgericht Rechtsbegriffe verkannt oder sonst unzutreffende rechtliche Maßstäbe angelegt hat, ob es Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze hinreichend beachtet hat oder ob ihm von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, indem es etwa wesentliche Tatumstände übersehen

oder nicht vollständig gewürdigt hat⁶⁵⁰. Einer an diesem Maßstab ausgerichteten Prüfung hält die Beurteilung des Berufungsgerichts jedoch nicht stand.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beendigung des Mietverhältnisses bedeute für die Beklagten und für ihre in ihrem Haushalt lebenden fünf Kinder eine Härte im Sinne des § 574 Abs. 2 BGB, beruht auf nicht tragfähigen Tatsachenfeststellungen. Dieses hat die gebotene gründliche und sorgfältige Sachverhaltsfeststellung unterlassen.

Das Berufungsgericht hat nicht sämtliche von den Beklagten vorgebrachten Umstände in seine Beurteilung einbezogen, ob ein erzwungener Wohnungswechsel für diese eine Härte im Sinne von § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB bedeutet. Es hat eine solche Prüfung deswegen nicht für erforderlich gehalten, weil es das Vorliegen des Härtegrundes des § 574 Abs. 2 BGB bejaht hat, indem es angenommen hat, für die Beklagten sei angemessener Ersatzwohnraum nicht zu angemessenen Bedingungen zu beschaffen. Hierbei hat es nicht alle für das Eingreifen des Tatbestands des § 574 Abs. 2 BGB erforderlichen Voraussetzungen in den Blick genommen und infolgedessen nicht die hierfür erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen. Weiter hat es übersehen, dass eine ordnungsgemäße Interessenabwägung nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB - von eindeutigen Fällen des Überwiegens der Belange der einen Seite abgesehen - voraussetzt, dass im Rahmen einer sorgfältigen Tatsachenfeststellung alle für die Abwägung maßgeblichen Interessen beider Seiten erfasst werden.

Eine Ersatzwohnung ist angemessen, wenn sie im Vergleich zu der bisherigen Wohnung den Bedürfnissen des Mieters entspricht und sie finanziell für ihn tragbar ist⁶⁵¹. Dabei sind die Lebensführung des Mieters und seine persönlichen und finanziellen Lebensverhältnisse maßgebend. Die Wohnung muss allerdings dem bisherigen Wohnraum weder hinsichtlich ihrer Größe, ihres Zuschnitts oder ihrer Qualität noch nach ihrem Preis vollständig entsprechen⁶⁵². Gewisse Einschnitte sind dem Mieter vielmehr zuzumuten. Leben im Haushalt des Mieters Angehörige mit eigenem Einkommen, ist die Suche nach angemessenen Er-

⁶⁵⁰ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 26; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 30 m.w.N.

⁶⁵¹ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

⁶⁵² BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 50 m.w.N.

satzwohnraum grundsätzlich auch auf solche Wohnungen zu erstrecken, die mit dem Haushaltseinkommen finanziert werden können, wobei auch zu berücksichtigen ist, ob der Mieter für eine Ersatzwohnung erstmals oder in höherem Umfang Sozialleistungen (vor allem Wohngeld) erhalten würde⁶⁵³.

Gemessen daran hat das Berufungsgericht noch rechtsfehlerfrei angenommen, dass der angemessene Ersatzwohnraum so beschaffen sein muss, dass die Beklagten auch dort mit ihren fünf Kindern zusammenleben können. Denn ihre Lebensführung ist vom Zusammenleben mit ihren minderjährigen und erwachsenen Kindern geprägt. Dass eine solche Wohnung für die siebenköpfige Familie aber nicht zu zumutbaren Bedingungen zu beschaffen ist, weil ein solcher Wohnraum in H. und eventuell in der näheren Umgebung überhaupt nicht zur Verfügung stünde, die Beklagten nicht über die hierfür erforderlichen finanziellen Mittel verfügten oder sonstige beachtliche Gründe sie an einer Anmietung einer angemessenen Wohnung hinderten, hat das Berufungsgericht aber nicht hinreichend festgestellt.

Insbesondere hat es unterlassen, Feststellungen zu den - von den Klägern bestrittenen - wirtschaftlichen Verhältnissen der Beklagten und ihrer Familie zu treffen. Die finanzielle Lage der Beklagten ist - neben ihren persönlichen Verhältnissen - sowohl für die Frage, welcher Ersatzwohnraum für die Großfamilie angemessen ist, als auch für den Umfang der von den Beklagten bei der Suche nach einer Ersatzwohnung anzustellenden Bemühungen von Bedeutung⁶⁵⁴. Auch zu den persönlichen (insbesondere den gesundheitlichen) Verhältnissen der Familie der Beklagten fehlt es - abgesehen von dem Vorhandensein eines "Kinderreichtums" - an einer ausreichenden Tatsachenfeststellung, obwohl die Beklagten hierzu Umstände vorgetragen haben. Das Berufungsgericht hat sich sowohl bezüglich der finanziellen Situation der Beklagten als auch hinsichtlich der Lebensverhältnisse der Familie und Bedürfnisse der einzelnen Familienmitglieder darauf beschränkt, die Schilderung der Beklagten im Kündigungserwiderungsschreiben in indirekter Rede wiederzugeben. Dies genügt nicht den Anforderungen an die tatrichterliche Feststellung der maßgeblichen Tatsachen.

⁶⁵³ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668.

⁶⁵⁴ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668.

Anders als die Revision meint, folgt daraus, dass das Berufungsurteil bislang eine ausreichende Tatsachengrundlage zu den wirtschaftlichen (und auch persönlichen) Verhältnissen der Beklagten vermissen lässt, aber nicht, dass der Klage auf Herausgabe und Räumung der Wohnung stattzugeben wäre. Die Revision macht zwar geltend, dass die hierfür beweibelasteten Beklagten trotz Bestreitens der Kläger keinen Beweis für die von ihnen behauptete angespannte wirtschaftliche Situation angetreten hätten. Da jedoch weder das Amtsgericht noch das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt als entscheidungserheblich angesehen haben, wird den Beklagten vor einer abschließenden Entscheidung gemäß § 139 ZPO Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen und zum Beweistritt zu geben sein.

Weiter hat das Berufungsgericht keine hinreichenden tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, welche konkreten Anstrengungen die Beklagten unternommen haben, um angemessenen Ersatzwohnraum zu finden. Das Berufungsgericht hat sich letztlich auf die wenig aussagekräftige Feststellung beschränkt, die Beklagten hätten hinreichend substantiiert durch Vortrag ihrer bislang erfolgten Bemühungen um Ersatzwohnraum und Ausdrücke aus ihren Anfragen bei einem online-Portal mit jeweiligen Absagen ihre besonderen Schwierigkeiten bei der Beschaffung einer anderen für ihre kinderreiche Familie geeigneten Ersatzwohnung dargelegt. Mangels Feststellungen zu den konkret erfolgten Bemühungen der Beklagten und zu der Wohnraumsituation in H. und eventuell der näheren Umgebung (Vorhandensein von Wohnungen für eine siebenköpfige Familie in dem von den Beklagten finanzierbaren Preissegment⁶⁵⁵) kann der Senat nicht beurteilen, ob die Beklagten in der bislang verstrichenen Zeit erfolglos hinreichende Anstrengungen unternommen haben, um angemessenen Ersatzwohnraum zu finden.

Anders als die Revision offenbar meint, lässt sich dies nicht allein anhand der Anzahl der getätigten Anfragen beurteilen⁶⁵⁶. Die Obliegenheit des Mieters, sich mit Hilfe von Verwandten und Bekannten, oder öffentlichen und privaten Stellen sowie unter Inanspruchnahme geeigneter Medien (bspw. Zeitungsannoncen, Internet) ernsthaft und nachhaltig um eine angemessene Ersatzwohnung zu bemühen, richtet sich vielmehr danach, was dem Mieter unter seinen persönli-

⁶⁵⁵ vgl. hierzu auch AG Stuttgart v. 11.7.2003 - 30 C 600/03, WuM 2007, 91.

chen und wirtschaftlichen Verhältnissen zuzumuten ist⁶⁵⁷. Allerdings reicht es regelmäßig nicht aus, wenn der Mieter nur gelegentliche Versuche unternimmt, anderen Wohnraum zu finden. Das Berufungsgericht wird die von den Beklagten behaupteten Anfragen - einschließlich des ergänzenden Vortrags und Beweisanspruchs durch die Revisionserwiderung - dahin zu würdigen haben, ob die beschriebenen erfolglosen Anstrengungen angesichts der Wohnraumsituation in H. ausreichen, um zu belegen, dass für die Beklagten und ihre Familie angemessener Ersatzwohnraum nicht zu angemessenen Bedingungen zu erhalten ist.

14.3.4 Sachverständigengutachten bei § 574 BGB

Werden von dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels ihm drohende, schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde gemäß § 144 Abs. 1 BGB mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann⁶⁵⁸. Diese Verpflichtung zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Parteivorbringens bei schwerwiegenden Eingriffen in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgt nicht zuletzt aus dessen grundrechtlicher Verbürgung in Art. 2 Abs. 2 S.1 GG (ggfs. in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip)⁶⁵⁹.

Macht ein Mieter daher durch hinreichend substantiierten Prozessvortrag, insbesondere durch Vorlage eines Attests des behandelnden Facharztes geltend, ihm, seiner Familie oder einem anderen Angehörigen seines Haushalts sei ein Umzug wegen einer von ihm näher bezeichneten schweren Erkrankung nicht zuzumuten, ist im Falle des Bestreitens dieses Vortrags aufgrund der Grundrechtsrelevanz des potentiell beeinträchtigten Rechts regelmäßig nach § 144

⁶⁵⁶ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

⁶⁵⁷ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 53.

⁶⁵⁸ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = GE 2019, 913.

⁶⁵⁹ vgl. etwa BVerfG, NJW-RR 1993, 463 (464) [zum Vorliegen einer Härte nach § 541b BGB a.F.]; BVerfGE 52, 214 (219 f.); BVerfG, NJW 1992, 1378; BVerfG NJW-RR 2014, 584, 585 m.w.N. [zu § 765a ZPO].

Abs. 1 S. 1 ZPO die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Art, dem Umfang und den konkreten Auswirkungen der beschriebenen Erkrankung auf die Lebensführung des betroffenen Mieters im Allgemeinen und im Falle des Verlusts der vertrauten Umgebung erforderlich⁶⁶⁰. Dabei sind nicht nur Feststellungen zu der Art und dem Ausmaß der Erkrankungen sowie den damit konkret einhergehenden gesundheitlichen Einschränkungen, sondern auch zu den konkret feststellbaren oder zumindest zu befürchtenden Auswirkungen eines erzwungenen Wohnungswechsels zu treffen, wobei im letzteren Fall auch die Schwere und der Grad der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden gesundheitlichen Einschränkungen zu klären ist⁶⁶¹. Erst dies versetzt den nicht über eigene Sachkunde verfügenden Tatrichter in einem solchen Fall in die Lage, die Konsequenzen, die für den Mieter mit dem Umzug verbunden sind, im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB notwendigen Abwägung sachgerecht zu gewichten.

14.4 Untermiete

14.4.1 Kündigung gegenüber dem Untermieter nach Widerruf der Untervermietungs Erlaubnis

Der als Generalklausel gestaltete Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ist von gleichem Gewicht wie die ein berechtigtes Interesse ausformulierenden Kündigungstatbestände des § 573 Abs. 2 BGB. Dies hat zur Folge, dass ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB nur angenommen werden kann, wenn das geltend gemachte Interesse ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe⁶⁶². Dies gilt auch für das Mietverhältnis zwischen den Hauptmietern und dem Untermieter, da das Bürgerliche Gesetzbuch Sonderregelungen für die ordentliche Kündigung eines Untermietverhältnisses nicht enthält.

⁶⁶⁰ BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = WuM 2019, 385.

⁶⁶¹ BGH v. 15.3.2017 -VIII ZR 270/15, MDR 2017, 635 = WuM 2017, 285 = ZMR 2017, 382 Rz.29; BGH v. 16.10.2013 -VIII ZR 57/13, MDR 2013, 1391 = WuM 2013, 739 = ZMR 2014, 195 Rz. 18, 20.

⁶⁶² BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, BGHZ 214, 269 Rz. 24; VFG v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rz. 36; BGH v. 16.12.2020 - VIII ZR 70/19, NJW-RR 2021, 204 Rz. 16; jeweils m.w.N,

Ein solches Interesse der Hauptmieter ist hier weder festgestellt noch ersichtlich. Da andere berechnigte Interessen der Hauptmieter im Streitfall nicht in Rede stehen, hätte die Kündigung der Hauptmieter mit Erfolg allenfalls auf deren Eigenbedarf (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) gestützt werden können, etwa weil sie die Wohnung als Hauptmieter alsbald wieder (ganz oder teilweise) selbst nutzen wollen. Das Berufungsgericht hat hierzu indes festgestellt, dass es den Hauptmietern derzeit an einem konkreten Willen fehlt, in die Wohnung zurückzukehren. Mangels eines konkreten Rückkehrwillens der Hauptmieter begründet allein die Gefahr, einer auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützten Kündigung des Hauptmietverhältnisses durch die Streithelferin ausgesetzt zu sein, ein berechtigtes Interesse der seit 1995 nicht mehr in B. ansässigen Hauptmieter an der Kündigung des Untermietverhältnisses (§ 573 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht. Denn dem allgemeinen Interesse der Hauptmieter an einem (vorsorglichen) Erhalt der seit Jahrzehnten von ihnen nicht genutzten Wohnung für einen möglicherweise in Zukunft entstehenden Nutzungsbedarf kommt ein für eine Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliches Gewicht nicht zu. Es kann daher dahinstehen, ob ein - unterstellt wirksamer - Widerruf der Untermiet-erlaubnis überhaupt eine Pflicht des Hauptmieters zur Kündigung des aufgrund dieser Erlaubnis eingegangenen Untermietverhältnisses begründen kann⁶⁶³.

14.5 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

14.5.1 § 543 Abs. 2 Nr. 3a, 2. Alt. BGB

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB ist die Erheblichkeit des zur außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs bei Wohnraummietverhältnissen berechtigenden Mietrückstands allein nach der Gesamthöhe der beiden rückständigen Teilbeträge zu bestimmen. Der Gesamtrückstand ist jedenfalls dann nicht mehr unerheblich, wenn er die für einen Monat geschuldete Miete übersteigt. Eine darüberhinausgehende gesonderte Bewertung der Höhe der einzelnen monatlichen Rückstände im Verhältnis zu einer Monatsmiete sieht das Gesetz nicht vor. Dies hat der VIII. Senat be-

⁶⁶³ BGH v. 3.8.2021 – VIII ZR 329/19, GE 2021, 1425 Rz. 17.

reits hinsichtlich der Vorgängerbestimmung zu § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2 BGB entschieden⁶⁶⁴. Daran ist festzuhalten⁶⁶⁵.

Eine davon abweichende Ansicht findet bereits im Wortlaut des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB keine hinreichende Stütze. Die Gegenansicht⁶⁶⁶ meint, die Wortwahl "für zwei aufeinander folgende Termine" anstelle von "nach zwei aufeinander folgenden Terminen", lege es nahe, dass nicht nur der in beiden Monaten entstandene Gesamtrückstand nicht unerheblich sein müsse, sondern auch jeder einzelne Teilbetrag.

Der Gesetzeswortlaut "für zwei aufeinander folgende Termine" bezieht sich jedoch nur darauf, dass der Mieter "für" beide Termine mit der Verpflichtung zur Zahlung der Miete in Verzug sein muss. Hätte der Gesetzgeber zusätzlich verlangen wollen, dass auch die beiden aufeinander folgenden Einzelrückstände jeweils für sich gesehen als "nicht unerheblich" zu gelten hätten, hätte es nahegelegen, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a Alt. 2 BGB dahin zu fassen, dass der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung "jeweils" eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug sein muss. In dieser Weise ist der Gesetzgeber jedoch nicht verfahren.

Außerdem verkennt die Gegenmeinung, dass § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB für Mietverhältnisse über Wohnraum ausdrücklich und abschließend bestimmt, welche Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal eines nicht unerheblichen Rückstands im Sinne der Vorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2 BGB zu stellen sind⁶⁶⁷ und damit kein Raum für eine richterliche Anhebung der Anforderungen an eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs bleibt.

Die für alle Mietverhältnisse geltende Vorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2 BGB lässt offen, wann von einem "nicht unerheblichen Teil der Miete" auszugehen ist. Das galt bereits für die durch das Erste Gesetz zur Änderung

⁶⁶⁴ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 unter II 1 d [zu § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF]; zur Maßgeblichkeit des Gesamtrückstands siehe auch BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 34 m.w.N.

⁶⁶⁵ BGH v. 8.12.2021 – VIII ZR 32/20, ■.

⁶⁶⁶ LG Berlin v. 8.1.2020 – 66 S 181/18, WuM 2020, 73.

⁶⁶⁷ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903.

mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963⁶⁶⁸ neugefasste Vorgängerbestimmung des § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF. Diese Regelung sah ebenfalls vor, dass der Vermieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Errichtung "eines nicht unerheblichen Teils des Mietzinses" in Verzug ist.

Mit dem Erfordernis, wonach nur ein Verzug mit einem "nicht unerheblichen Teil" der Miete kündigungsrelevant ist, hat der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetz klarstellend dem vom Reichsgericht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickelten Grundsatz Rechnung tragen wollen, dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht gekündigt werden dürfe. Dazu heißt es in den Gesetzesmaterialien⁶⁶⁹:

"[...] In dem neugefassten § 554 Abs. 1 kommt für alle Mietverhältnisse der in der Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entwickelte Grundsatz zum Ausdruck, dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht fristlos gekündigt werden kann (RGZ 86, 334). Für Mietverhältnisse über Wohnraum, der nicht zu nur vorübergehendem Gebrauch vermietet ist, wird besonders bestimmt, dass der Rückstand mindestens einer Monatsmiete gleichkommen muss [...]"

In seiner Ursprungsfassung sah § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF das Erfordernis des Verzugs mit einem "nicht unerheblichen Teil" der Miete nicht ausdrücklich vor, sondern bestimmte lediglich, dass der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Errichtung "eines Theiles des Miethzinses" in Verzug sein müsse⁶⁷⁰. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts durfte die Vorschrift des § 554 BGB aF allerdings nicht dazu führen, den Mieter auch dann einer fristlosen Kündigung auszusetzen, wenn es sich nur um unerhebliche Teile einer Mietzinsrate handelt; es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn der Vermieter sich auf einen geringfügigen Rückstand berufen dürfte⁶⁷¹. Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungs-

⁶⁶⁸ BGBl. I S. 505, im Folgenden: Erstes Mietrechtsänderungsgesetz.

⁶⁶⁹ BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁶⁷⁰ RGBl. I 1896, S. 288 f.

⁶⁷¹ so RGZ 86, 334 (335).

gesetzes umgesetzt und § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF dahingehend klargestellt, dass nur ein Zahlungsverzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete kündigungsrelevant ist.

Die in den Gesetzesmaterialien gewählte Pluralform, "wegen nur unerheblicher Rückstände" dürfe nicht fristlos gekündigt werden, eröffnet allerdings keinen Raum für die Annahme eines zweiten Erheblichkeitserfordernisses. Denn wann von einem nicht unerheblichen Teil der Miete im Sinn dieser Bestimmung auszugehen ist, hat bereits der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetzes für Mietverhältnisse über Wohnraum nicht offen lassen wollen, sondern - ersichtlich aus Gründen der Rechtssicherheit - "besonders bestimmt"⁶⁷².

Die neu eingeführte Regelung des § 554 Abs. 2 Nr. 1 BGB aF sah nunmehr vor, dass im Fall einer Kündigung nach § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB der rückständige Teil der Miete nur dann als nicht unerheblich anzusehen ist, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt. Diese besondere Schutzvorschrift zugunsten des Wohnraummieters⁶⁷³ hat der Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes⁶⁷⁴ in § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB - mit Ausnahme der im Streitfall nicht relevanten Verlängerung der Schonfrist - ohne inhaltliche Änderungen übernommen⁶⁷⁵. Die Gesetzesmaterialien⁶⁷⁶ heben insoweit ausdrücklich hervor, dass "Absatz 3 [des § 569 BGB] die Sonderregelung für die fristlose Kündigung von Wohnraum wegen Zahlungsverzuges aus § 554 Abs. 2 BGB auf[nimmt]".

Soweit die Gesetzesmaterialien zum Ersten Mietrechtsänderungsgesetz auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts Bezug nehmen, betrifft dies ausschließlich den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, "dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht fristlos gekündigt werden kann"⁶⁷⁷. Hingegen hat der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetzes das vom Reichsgericht aufgestellte Erfordernis, es komme auf das "Verhältnis des rückständigen Teilbetrags zu der betreffenden Rate" an⁶⁷⁸, gerade nicht umgesetzt, sondern mit

⁶⁷² so ausdrücklich BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁶⁷³ vgl. BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 unter II 1 d, siehe auch BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, BGHZ 205, 300 Rz. 50, 55.

⁶⁷⁴ Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19. Juni 2000, BGBl. I S. 1149.

⁶⁷⁵ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 44, 64.

⁶⁷⁶ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁶⁷⁷ vgl. BT-Drucks. IV/806, S. 10, unter Hinweis auf RGZ 86, 334.

⁶⁷⁸ vgl. RGZ 86, 334, 335.

der neu geschaffenen Bestimmung des § 554 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1 BGB aF (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB) allein "den rückständigen Teil der Miete" als kündigungrelevant bestimmt. Nichts spricht dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Erheblichkeitsschwelle mit der in § 554 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1 BGB aF vorgesehenen und in § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB übernommenen Anbindung an den Gesamtrückstand einerseits "besonders bestimmt", andererseits aber - wie das Berufungsgericht gemeint hat - zugleich ein zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit führendes, unbestimmtes Zusatzerfordernis in Gestalt der Erheblichkeit der Rückstände auch zu den beiden jeweiligen Einzelterminen aufgestellt werden sollte.

Dem Wortlaut der Bestimmung des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB, der vorsieht, dass der rückständige Teil der Miete "nur dann" als nicht unerheblich anzusehen ist, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt, ist auch nicht zu entnehmen, dass dies keine abschließende Definition darstelle. Hierbei handelt es sich nicht um eine bloße Mindestvoraussetzung, die Raum für höhere Anforderungen an die Erheblichkeitsgrenze ließe. Mit der verwendeten Formulierung hat der Gesetzgeber, was auch in den oben wiedergegebenen Gesetzesmaterialien zu § 554 BGB aF⁶⁷⁹ zum Ausdruck kommt, vielmehr klargestellt, dass der Rückstand im Bereich der Wohnraummiete zum Schutz des Wohnraummieters nicht darunterliegen darf.

Auch der Schutzzweck des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB gebietet es nicht, die Erheblichkeitsschwelle über den Gesamtrückstand hinaus zusätzlich auch an dem Verhältnis der Einzelrückstände zu der jeweils geschuldeten Monatsmiete zu messen. Der Gesetzgeber hat in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB die Wertung getroffen, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter jedenfalls dann unzumutbar ist, wenn sich der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit einem Teil der Miete in Verzug befindet, der die Miete für einen Monat übersteigt⁶⁸⁰ (). Die Schutzwirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB besteht daher darin, für die Wohnraummiete die kündigungsbewehrte Schwelle der Erheblichkeit des Mietrückstands unter Beachtung der beiderseitigen Interessen ausgewogen zu bestimmen. Die davon abweichende Sichtweise des Berufungsgerichts, die zusätzlich Anforderun-

⁶⁷⁹ BT-Drucks. IV/806, S. 10.

gen an das Verhältnis der Einzelrückstände aus den beiden aufeinander folgenden Terminen zu der jeweils geschuldeten Monatsmiete stellen will, führte hingegen zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Anhebung des Schutzniveaus des säumigen Mieters.

Das Berufungsgericht möchte seine Bewertung schließlich auf den Grenzfall stützen, dass die Regelung der § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs auch dann eröffne, wenn der Mieter mit der Zahlung einer Monatsmiete und im Vor- oder Folgemonat mit einem Minimalbetrag in Verzug sei⁶⁸¹.

Dieser Sonderfall ist nicht geeignet, ein im Gesetz nicht vorgesehenes zusätzliches Tatbestandserfordernis, wie die gesonderte Erheblichkeit der beiden Einzelrückstände im Verhältnis zu einer Monatsmiete, zu begründen, zumal eine solche Fallgestaltung auch dann eintreten kann, wenn es - wie das Berufungsgericht gemeint hat - auf eine Einzelbetrachtung der Erheblichkeit des Rückstands für jeden der beiden Fälligkeitstermine ankäme. Auch bei den Einzelrückständen könnte die Erheblichkeitsgrenze - wo immer sie nach der Einschätzung des Berufungsgerichts auch anzusetzen wäre - um nur einen Cent überschritten sein.

In Anbetracht dessen kann auf sich beruhen, ob einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a Alt. 2 BGB unter besonderen Umständen des Einzelfalls der Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 241 Abs. 2, § 242 BGB) entgegenstehen kann, wenn der Rückstand eine Monatsmiete zwar übersteigt (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB), jedoch nur um einen Cent⁶⁸², oder ob aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit auch ein solch geringfügiger Betrag als für den Kündigungstatbestand des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a Alt. 2 BGB

⁶⁸⁰ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 193/16, NJW 2018, 939 Rz. 32.

⁶⁸¹ vgl. auch Stornel, PiG 90 [2011], 175 (176).

⁶⁸² vgl. MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 569 BGB Rz. 42; BeckOGK-BGB/Geib, Stand: 1. Oktober 2021, § 569 BGB Rz. 59.

ausreichend anzusehen ist, ohne dass es noch einer Abwägung zwischen den Mieter- und den Vermieterinteressen bedürfte⁶⁸³.

14.5.2 Freilaufende Hunde

Das von den Mietern nicht in Abrede gestellte Verhalten - freies Laufenlassen ihrer Hunde auf den Gemeinschaftsflächen (Grünflächen, Kinderspielplatz) des Anwesens entgegen der Hausordnung und ungeachtet mehrerer Abmahnungen - stellt eine erhebliche Verletzung mietvertraglicher Pflichten dar. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass einer solchen (beharrlichen) Pflichtverletzung unter den von ihm festgestellten Umständen ein die fristlose Kündigung rechtfertigendes Gewicht zukommt, lässt schon einen einfachen Rechtsfehler nicht erkennen und erst recht nicht einen solchen, der die Zulassung der Revision erforderte⁶⁸⁴.

Der Sache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu noch weicht die Entscheidung des Berufungsgerichts von dem Urteil des BGH vom 18. Februar 2015⁶⁸⁵ ab. Aus dieser Entscheidung, die eine behauptete Störung des Hausfriedens durch exzessives Rauchen innerhalb der Mietwohnung betraf, lässt sich nichts für die Auffassung der Mieter herleiten, dass der hier zu beurteilenden (beharrlichen) vertragswidrigen Nutzung der Gemeinschaftsflächen nur dann das eine Kündigung rechtfertigende Gewicht zukommen könnte, wenn sich Mitmieter hierdurch gestört gefühlt hätten und konkrete Beeinträchtigungen etwa in Form von Verunreinigungen nachgewiesen wären. Unabhängig davon haben sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mehrere Mitmieter durch das oben genannte Verhalten der Mieter auch gestört gefühlt, auf deren Beschwerden die Klägerin in der Folgezeit mit Abmahnungen und nach deren Erfolglosigkeit mit der Kündigung des Mietvertrages gegenüber den Mietern reagiert hat.

⁶⁸³ vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 15. Aufl., § 543 BGB Rz. 171; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 569 BGB Rz. 97; jurisPK-BGB/Tiedemann, Stand: 25. Mai 2021, § 569 Rz. 149 m.w.N.

⁶⁸⁴ BGH v. 2.1.2020 – VIII ZR 328/19, WuM 2020, 98 = GE 2020, 253 = NZM 2020, 105.

⁶⁸⁵ BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 186/14, NJW 2015, 1239.

14.6 Kündigungsfolgeschaden

Die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrags veranlasst hat, ist dieser Partei zum Ersatz des durch die Kündigung verursachten Schadens (sog. Kündigungs- oder Kündigungsfolgeschaden) verpflichtet⁶⁸⁶. Hiervon ausgehend begründen die im Zuge des Erwerbs des Hauses in B.H. angefallenen Maklerkosten keinen ersatzfähigen Kündigungsfolgeschaden (§ 249 Abs. 1 BGB). Dieser ist zwar noch adäquat kausal auf die Vertragspflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen, jedoch nicht mehr vom Schutzzweck dieser Vertragspflicht umfasst⁶⁸⁷.

Der Schaden in Form der Maklerkosten ist - äquivalente Kausalität unterstellt - noch adäquat kausal auf die Pflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen. Adäquat ist eine Bedingung dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der fraglichen Art herbeizuführen. Die Adäquanz kann fehlen, wenn der Geschädigte selbst in völlig ungewöhnlicher oder unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden endgültig herbeiführt⁶⁸⁸.

Bei Anwendung dieses Maßstabs liegt es noch nicht außerhalb des zu erwartenden Verlaufs der Dinge, dass ein Mieter die von ihm aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung des Vermieters ausgesprochene Kündigung (hier nach § 543 Abs. 1 BGB) zum Anlass nimmt, seinen künftigen Wohnbedarf nicht wie bisher in angemieteten Räumlichkeiten, sondern in einem Eigenheim zu verwirklichen und zu dessen Erwerb einen Makler einschaltet.

Die Maklerkosten für den Erwerb des Hauses unterfallen jedoch nicht mehr dem Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht⁶⁸⁹. Denn eine Haftung besteht

⁶⁸⁶ st. Rspr.; vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WPM 1974, 345 unter II 1; BGH v. 15.3.2000 - XII ZR 81/97, NJW 2000, 2342 unter 2; BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 281/06, NJW 2007, 2474 Rz. 9; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 11.

⁶⁸⁷ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

⁶⁸⁸ st. Rspr.; vgl. BGH v. 11.1.2005 - X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 unter 2 b; BGH v. 25.1.2018 - VII ZR 74/15, NJW 2018, 944 Rz. 16.

⁶⁸⁹ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde, was vorliegend zwischen den Maklerkosten und der mietvertraglichen Pflicht zur (ungestörten) Gebrauchsüberlassung nicht der Fall ist. In der Rechtsprechung des BGH ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Bestimmung die Haftung gestützt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist⁶⁹⁰.

Die Schadensersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob die verletzte Bestimmung überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Bestimmung das verletzte Rechtsgut schützen soll. Darüber hinaus muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung bzw. der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen. Der Schaden muss in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein "äußerlicher", gleichsam "zufälliger" Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten⁶⁹¹.

Bei der Verletzung vertraglicher Pflichten hängt die Ersatzpflicht des Schädigers davon ab, dass die verletzte Vertragspflicht das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte. Der Schädiger hat nur für die Einbußen einzustehen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen⁶⁹². Maßgebend ist somit die vertragliche Interessenlage der Parteien und der damit korrespondierende Vertragszweck. Denn in gleicher Weise, wie der Vertragszweck

⁶⁹⁰ vgl. BGH v. 22.4.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137, 139 ff.; BGH v. 4.7.1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126 unter II 4 a; BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 11.6.2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 24; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14.

⁶⁹¹ vgl. BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024; BGH v. 20.5.2014 - VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263 Rz. 10; BGH v. 2.4.2019 - VI ZR 13/18, BGHZ 221, 352 Rz. 30.

⁶⁹² vgl. BGH v. 30.1.1990 - XI ZR 63/89, NJW 1990, 2057 unter I 2 b; BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 Rz. 14; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 104.

Entstehen, Entwicklung und Untergang der primären Pflichten festlegt, werden hierdurch auch die ihrer Sanktion dienenden (sekundären) Schadensersatzverbindlichkeiten ihrem Umfang nach bestimmt⁶⁹³.

Hiernach stammen die Kosten des Maklers, welcher vom Mieter mit der Suche nach einem zu Eigentum zu erwerbenden Anwesen beauftragt war, nicht aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht besteht. Es ist nicht maßgebend, dass der Mieter kein "Mehr" erworben, sondern lediglich den nötigen Ersatzwohnraum beschafft hat. Entscheidend ist vielmehr, dass der Mieter unter Einschaltung des Maklers aus seiner bisherigen Stellung als Mieter in diejenige eines Eigentümers gewechselt ist, mithin gleichsam ein "aliud" erlangt hat; auf den Umstand der Verlagerung des Lebensmittelpunktes des Mieters an einen anderen - 250 km entfernten - Ort, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Die Pflichtverletzung des Vermieters führt hier zum Verlust des Gebrauchsrechts des Mieters. Denn infolge der Pflichtverletzung des Vermieters hat der Mieter das Mietverhältnis berechtigt gekündigt und dadurch sein Besitzrecht an der Wohnung eingebüßt. Somit berührt die Pflichtverletzung des Vermieters das vertraglich geschützte Gebrauchserhaltungsinteresse des Mieters. Greift dieser bei einer solchen Vertragsverletzung des Vermieters berechtigt zur Kündigung, büßt er sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mieter den Schaden zu ersetzen, den er durch diesen Rechtsverlust erleidet⁶⁹⁴. Damit kann der Mieter Ersatz solcher Schäden verlangen, die in einem inneren Zusammenhang mit seinem Interesse am Gebrauch der Mietsache stehen.

Dieser Zusammenhang fehlt bezüglich der Maklerkosten. Denn durch den Erwerb eines Hausgrundstücks zu Eigentum, der Gegenstand des Maklervertrags war, hat der Mieter nicht (lediglich) seinen Besitzverlust ausgeglichen, sondern im Vergleich zu seiner bisherigen Stellung als Mieter eine hiervon zu unterscheidende Stellung als Eigentümer eingenommen.

⁶⁹³ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

⁶⁹⁴ vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WPM 1974, 345 unter II 5; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 26.

15 Rückgabe

15.1 Einstweilige Verfügung auf Räumung

Gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 940a Abs. 2 ZPO auch auf sonstige Mieträume spricht bereits der klare Wortlaut der Norm, der ausdrücklich von "Räumung von Wohnraum" spricht. Auch die Gesetzessystematik spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit amtlicher Überschrift "Räumung von Wohnraum" angesiedelt hat⁶⁹⁵. Dass § 940a Abs. 2 ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung⁶⁹⁶.

Für eine analoge Anwendung des § 940a Abs. 2 ZPO fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Aufgrund der Gesetzeshistorie ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber nur die Räumungsvollstreckung für Wohnraum regeln wollte, nicht aber die Möglichkeit einer Regelung für den Bereich der gewerblichen Miete übersehen hat⁶⁹⁷.

Die in § 940 a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung ist aber bei der Prüfung des Vorliegens anderer Gründe im Sinne von § 940 ZPO zu berücksichtigen⁶⁹⁸.

Hierzu führt das OLG München im Beschluss vom 12.12.2017 - 32 W 1939/17, Rz. 39 wie folgt aus:

"...

§ 940 ZPO nennt als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Diese

⁶⁹⁵ vgl. LG Köln, MietRB 2013, 204.

⁶⁹⁶ Drucks. 17/10485 S. 1, 2, 33 und 34; vgl. insoweit zur weiteren Begründung KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, GE 2013,791.

⁶⁹⁷ vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, GE 2013,791; OLG Celle v. 24.11.2014 - 2 W 237/14, NJW 2015,711; OLG Dresden v. 29.11.2017 - 5 U 1337/17, MDR 2018,204; OLG München v. 10.4.2017 - 23 U 773/14, NZM 2015,167; OLG München v. 12.12.2017 - 32 W 1939/17, ZMR 2018,220, Rz. 32.

⁶⁹⁸ KG v. 9.5.2019 - 8 W 28/19, ZMR 2019, 855.

Voraussetzungen gelten nicht nur, wenn Gegenstand der einstweiligen Verfügung die vorläufige Regelung eines einstweiligen Zustandes ist, sondern auch dann, wenn mit der einstweiligen Verfügung die (vorläufige) Befriedigung des Gläubigers angestrebt wird. Der Gesetzeswortlaut ist ausdrücklich offen für andere, in § 940 ZPO nicht bezeichnete Gründe. Bei der Beantwortung der Frage, aus welchen anderen Gründen eine Regelungs- oder Leistungsverfügung erlassen werden kann, sind die gesetzgeberischen Wertungen zu berücksichtigen. Deshalb kommen als andere Gründe grundsätzlich nur solche in Betracht, die wertungsmäßig den in § 940 ZPO ausdrücklich genannten Gründen gleichzusetzen sind.

Bei der Berücksichtigung gesetzgeberischer Wertung ist aber nicht auf den § 940 ZPO allein abzustellen. Vielmehr kann nach der Überzeugung des Senates eine solche Wertung auch dem § 940a ZPO entnommen werden. Dafür sprechen auch systematische Gründe. Eine Herausgabeverfügung ist nach § 940 ZPO möglich. § 940a Abs. 1 ZPO macht davon eine Ausnahme für Wohnraum. Die Abs. 1 bis 3 des § 940a ZPO enthalten Ausnahmen von der Ausnahme, bei deren Vorliegen eine Herausgabeverfügung wieder möglich ist. Als Ausnahme von dem den Mieterschutz bezweckenden Verbot der Räumungsverfügung sind die darin enthaltenen typisierten Verfügungsgründe eng gefasst. Wenn die (Unter-) Ausnahme greift, gelten aber nicht nur die allgemeinen Regeln, nach denen eine Räumungsverfügung möglich ist. Zugleich liegt schon ein typisierter Verfügungsgrund vor, der eine weitere Prüfung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes nach allgemeinen Regeln überflüssig macht. Es wird also nicht nur die Möglichkeit des Erlasses einer Räumungsverfügung nach allgemeinen Regeln eröffnet, sondern es werden zugleich die Voraussetzungen für den Erlass geändert und erleichtert.

Diese Wertung des Gesetzgebers, dass in den in § 940a Abs. 1 bis 3 ZPO genannten Fällen die Räumung von Wohnraum ausnahmsweise ermöglicht und zugleich gegenüber § 940 ZPO erleichtert wird, ist für die Beurteilung, welche anderen Gründe im Sinne von § 940 ZPO in Betracht kommen, wesentlich. Wenn der Gesetzgeber schon die Räumung von Wohnraum im Wege einstweiliger Verfügung, die grundsätzlich ausgeschlossen ist, in diesen Fällen erleichtert zulässt, können diese typisierten Verfügungsgründe erst recht andere Gründe im Sinne von § 940 ZPO darstellen, wenn die Räumung von gewerblich

genutzten Räumen durch einstweilige Verfügung verlangt wird, die grundsätzlich gesetzlich zulässig ist (Fleindl ZMR 2014, 938; LG Krefeld ZMR 2016, 448; LG Hamburg NJW 2013, 3666; Klüver ZMR 2015, 10).

Aus der Gesetzeshistorie folgen keine Argumente, die gegen diese Wertung sprechen (Fleindl ZMR 2014, 938). Weder im Wortlaut noch in der Gesetzesbegründung wird auf die Räumung von gewerblich genutzten Räumen im Wege einstweiliger Verfügung Bezug genommen. Erst Recht findet sich kein Anhaltspunkt für einen Willen des Gesetzgebers, dass in den in § 940a Abs. 1 bis 3 ZPO genannten Ausnahmefällen eine Räumung von Geschäftsräumen ausgeschlossen sein soll. Der Gesetzgeber hat die Anregungen, entsprechende Regelungen mit typisierten Verfügungsgründen auch für die Räumung von Geschäftsräumen zu schaffen, nicht aufgenommen. Das kann daran liegen, dass der Gesetzgeber eine besondere Regelung aus systematischen Gründen nicht für erforderlich hielt oder dass er die Klärung der Rechtsfrage der Rechtsprechung überlassen wollte. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass die Nichtaufnahme der Anregungen im Gesetzgebungsverfahren den Schluss auf einen Willen des Gesetzgebers zulässt, die Anwendung der erleichterten Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO sollte in der Weise auf die Räumung von Wohnraum beschränkt sein, dass eine Anwendung auf Räumung von Geschäftsräumen ausgeschlossen ist (so aber OLG Celle NZM 2015, 166)."

Der 8. Senat des Kammergerichts schließt sich nach nochmaliger Prüfung - unter Aufgabe seiner bisher vertretenen Auffassung⁶⁹⁹ - an. Soweit der Senat in den Beschlüssen vom 13. August 2018 - 8 W 41/18 - und vom 23.10.2018 - 8 W 68/18 - (im Grundsatz zutreffend) ausgeführt hat, dass eine Ausnahmvorschrift nur eng auszulegen ist, hat dies vor dem Hintergrund der angestellten gesetzgeberischen Wertung der Ausnahmvorschriften des § 940a Abs. 1 und 2 ZPO zurückzutreten. Hieraus lässt sich herleiten, dass für den Regelfall - nämlich für sonstige Räume - eine Räumungsverfügung zulässig ist.

Bei der Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien überwiegt das Interesse der Antragstellerin. Eine Abwägung ist erforderlich, denn bei Vor-

⁶⁹⁹ vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13; KG v. 14.7.2016 - 8 U 37/16; KG v. 5.7.2016 - 8 W 54/16; KG v. 16.3.2017 - 8 W 13/17; KG v. 13.8.2018 - 8 W 41/18; KG v. 23.10.2018 - 8 W 68/18.

liegen der Voraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO ist ein Verfügungsgrund für eine Leistungsverfügung nur in der Regel, aber nicht zwingend gegeben⁷⁰⁰.

Zugunsten der Antragstellerin ist zu berücksichtigen, dass sie einen vollstreckbaren Titel auf Räumung und Herausgabe gegen die Hauptmieterin hat. Eine Erweiterung der Klage auf die beiden Antragsgegner war nicht möglich, weil die Antragstellerin erst im Rahmen der betriebenen Räumungsvollstreckung Kenntnis davon erhielt, dass eine Untervermietung an die Antragsgegner bereits im Jahre 2017 erfolgt ist. Sie hatte daher keine einfachere Möglichkeit zu ihrem Rechtsschutzziel zu gelangen. Die besondere Dringlichkeit folgt aus der gesetzlichen Wertung, die der Vollstreckung aus einem Titel schon per se eine Dringlichkeit und einen Vorrang vor anderen Interessen zuweist⁷⁰¹.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin durch eidesstattliche Versicherung vom 23. April 2019 (Anlage A 11, Bl. 119) glaubhaft gemacht, dass die Hauptmieterin für Februar 2017 nur einen Teil der Miete gezahlt hat und seit spätestens März 2017 keinerlei Mietzahlungen mehr leistet. Weder die Hauptmieterin noch die Antragsgegner haben seit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses zum 31. Dezember 2017 eine Nutzungsentschädigung an die Antragstellerin gezahlt.

Zwar ist auf Seiten der Antragsgegner zu berücksichtigen, dass gegen sie ein vollstreckbarer Titel nicht vorliegt und sie die Räume - soweit ersichtlich - zum Wohnen nutzen.

Den Interessen der Antragstellerin ist vor dem Hintergrund des seit fast 1 1/2 Jahren beendeten Hauptmietverhältnisses und der zwischenzeitlich aufgelaufenen Zahlungsrückstände in nicht unerheblicher Höhe ein höheres Gewicht beizumessen.

15.2 durch Besitzaufgabe

Damit kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits zunächst darauf an, ob die Klägerin als Mieterin die Mietsache nach § 546 Abs. 1 BGB an die Beklagte als Vermieterin zurückgegeben hat. Dies verlangt normalerweise unter Anwesenheit beider Seiten vor Ort die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, wo-

⁷⁰⁰ vgl. LG Krefeld ZMR 2016,448.

⁷⁰¹ KG v. 9.5.2019 – 8 W 28/19, ZMR 2019, 855; ebso. inzwischen: OLG Frankfurt v. 13.9.2019 – 2 U 61/19, ZMR 2020, 301.

zu auch die Übergabe sämtlicher Schlüssel gehört. Eine solche Übergabe hat nicht stattgefunden. Möglich ist auch die Übergabe durch den Auszug unter Übersendung der Schlüssel, wie dies offenbar die Beklagte dem Schreiben der Klägerin vom 26.05.2016 entnommen haben will. Eine hierauf gerichtete Vereinbarung kam schon deshalb nicht zustande, weil die Klägerin auf diese Weise nicht übergeben wollte und die Beklagte ein solches Angebot auch nicht angenommen hat. Vielmehr erklärte die Klägerin ausdrücklich, die Schlüssel im Zuge oder nach Aufgabe des Besitzes i.S.v. § 303 BGB der Beklagten durch Übersendung zur Verfügung stellen zu wollen. Deshalb ist nicht danach zu fragen, ob eine Rückgabe stattfand, sondern allein, ob sich die Klägerin der Rückgabepflicht durch Aufgabe des Besitzes entledigte. Denn mit der Aufgabe des Besitzes wird der Schuldner gemäß § 275 I BGB von der Rückgabepflicht frei.

Gemäß § 303 S. 2 BGB muss die Besitzaufgabe dem Gläubiger angedroht werden. Diese Androhung kann mit dem den Annahmeverzug begründenden Schreiben, hier vom 26.05.2016, verbunden werden. Das Mietverhältnis endete unstreitig am 31.05.2016. Vor diesem Tag, an dem die Rückgabepflicht zu erfüllen war, ist der Vermieter nicht gehalten, die Mietsache zurückzunehmen. Das hat die Klägerin von der Beklagten auch nicht verlangt. Sie forderte die Beklagte zur Rücknahme für den 30.5., 31.5. oder 01.6. auf und stellte in Aussicht, sich bis 04.06.2016 übergabebereit zu halten. Gemäß § 295 S. 1 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners für den Annahmeverzug, wenn der Gläubiger an der Bewirkung der Leistung mitwirken muss, wie das bei der Besitzverschaffung der Fall ist. Da sich die Beklagte hierzu nicht äußerte und das Objekt auch nicht in Besitz nahm, geriet sie in Annahmeverzug. Ein Verschulden oder Vertretenmüssen war hierfür nicht erforderlich⁷⁰². Das danach untaugliche Argument der Beklagten, es habe in der Kürze der Zeit kein Termin gefunden werden können, hat schon das Landgericht mit zutreffender Begründung für nicht stichhaltig betrachtet. Die Beendigung des Mietverhältnisses und damit die Notwendigkeit einer Rückgabe des Mietgegenstandes trafen die Beklagte nach der rechtzeitigen Kündigung der Klägerin keineswegs überraschend.

Die Klägerin war damit in der Lage, den Besitz aufzugeben. Hat sie sich der tatsächlichen Gewalt über das Mietobjekt entäußert, wozu sie sich auch der

⁷⁰² Palandt/Grüneberg, 77. Aufl., § 293 BGB Rz. 1, 10.

Schlüssel zu entledigen hatte, wurde sie von der Rückgabepflicht frei⁷⁰³. Dass das Objekt geräumt ist, wird von der Beklagten nicht bestritten. Streitig ist allein die Herausgabe der Schlüssel. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Fa. E. empfangszuständig war. Die Klägerin hätte bei der Aufgabe des Besitzes die Schlüssel theoretisch auch im Objekt zurücklassen können. Wichtig ist nur, dass sie sich der Schlüssel entledigte. Dies hat das Landgericht nicht festgestellt, weshalb es erneuter Feststellungen des Senats bedarf (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Zwar existiert eine "Schlüsselliste" (Teil der Anlage K 11), die im Rahmen der Besitzaufgabe weder von der Beklagten noch von der E. geprüft wurde. Es wäre aber verfehlt, rein formal auf die Übergabe aller für das Objekt angefertigten Schlüssel abzustellen, obwohl es für ein bewusstes Zurückhalten von aufgezählten Schlüsseln durch die Klägerin nach dem Sachvortrag der Parteien (welche Schlüssel das sein könnten, wird von der Beklagten auch in keiner Weise konkretisiert; im Zeitpunkt des Senatstermins mehr als zwei Jahre nach der Besitzaufgabe durch die Klägerin) keine Anhaltspunkte gibt. Entscheidend muss hier vielmehr sein, ob die Klägerin bei wertender Betrachtung durch Hinterlassen der Schlüssel den Besitz am Mietobjekt aufgegeben und der Beklagten ermöglicht⁷⁰⁴ bzw. im Rahmen von § 303 S. 1 BGB den Besitz "preisgegeben" hat. Von diesem Ausgangspunkt aus muss die Würdigung der Zeugenaussagen erfolgen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass sich die Klägerin mit den Schlüsseln auch des Mietobjektes entledigt hat.

Zwar liegt die Beweislast dafür, dass sich die Klägerin sämtlicher ihr Ende Mai 2016 noch zur Verfügung gestandener Schlüssel entäußert hat, bei der Klägerin. Die Anforderungen an diesen Nachweis dürfen aber nicht überspannt werden, wenn von einer Vielzahl von Schlüsseln die Rede ist und die Klägerin jedenfalls nachweisen kann, dass sie Schlüssel (an die E.) übergeben hat, ohne die sie nicht mehr in der Lage war, das Mietobjekt zu betreten. In wertender Betrachtung ist der Besitz in diesem Fall als aufgegeben zu betrachten, zumal die Beklagte nach mehr als zwei Jahren keinerlei Anhaltspunkte dafür vortragen

⁷⁰³ OLG Naumburg v. 10.12.2018 – 1 U 25/18, ZMR 2019, 674.

⁷⁰⁴ OLG Düsseldorf v. 27.4.2006 - 24 U 152/05, DWW 2006, 333.

kann, dass ihr irgendwelche (und wenn ja welche) Schlüssel nicht zugänglich sind, die ursprünglich in den Besitz der Klägerin gelangt waren oder dass einer ungestörten Besitzausübung durch die Beklagte das Nichtvorliegen irgendwelcher Schlüssel entgegenstehen könnte.

15.3 in der Insolvenz des Mieters

Nach Beendigung des Mietvertrages hat der Vermieter gegen den besitzenden Mieter- Verwalter gemäß § 985 BGB sowie § 546 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Mietsache, also Verschaffung des unmittelbaren Besitzes⁷⁰⁵. Der Herausgabeanspruch ist grundsätzlich mit Übertragung des unmittelbaren Besitzes an dem - ggf. ungeräumten, veränderten oder anderweitig in nicht vertragsgerechtem Zustand befindlichen - Mietobjekt erfüllt⁷⁰⁶.

Davon ist die mietvertragliche Räumungspflicht zu unterscheiden. Sie hat grundsätzlich zum Inhalt, dass der Mieter bei Vertragsende die Mietsache im vertragsgemäß geschuldeten Zustand zurückzugeben, ihn also notfalls herzustellen hat. Diese weitergehende Pflicht des Mieters beruht allein auf dem von ihm geschlossenen Vertrag. Der Räumungsanspruch des Vermieters entsteht - aufschiebend bedingt durch die Vertragsbeendigung - mit Abschluss des Mietvertrages, mithin vor Insolvenzeröffnung und ist daher grundsätzlich als Insolvenzforderung gemäß §§ 38, 108 Abs. 3 InsO zu qualifizieren⁷⁰⁷. Der Insolvenzverwalter ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, das Mietobjekt auf Kosten der Masse zu räumen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde⁷⁰⁸.

Die Räumungspflicht kann nur unter den hierfür allgemein geltenden Regeln (§°55 InsO) zur Masseverbindlichkeit werden. Das gilt insbesondere für die

⁷⁰⁵ vgl. BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 84/17, ZIP 2008,1736.

⁷⁰⁶ Uhlenbruck/Wegener, Insolvenzordnung, 14. Aufl., § 108 InsO Rz. 34; Münchener Kommentar/Eckert, InsO, 3. Auflage, § 108 InsO Rz. 118; Bub/Treier/ Belz/Lücke, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII.C. Rz. 454 f.

⁷⁰⁷ BGH v. 21.12.2006 - IX ZR 66/05, ZIP 2007,340; vgl. OLG Celle v. 20.7.2007 - 2 U 85/07, ZIP 2007,1914, Tz. 82, rechtskräftig durch BGH v. 17.4.2008 - IX ZR 144/07, GE 2008, 865.

⁷⁰⁸ BGH v. 8.4.2002 - IX ZR 161/01, ZIP 2002,1043, Tz. 22; BGH v. 17.4.2008 - IX ZR 144/07, GE 2008, 865.

Wegnahme von Einrichtungen des Mieters sowie die Beseitigung der von ihm vorgenommenen Veränderungen, die zur Räumung gehören⁷⁰⁹.

Der Räumungsanspruch ist dann als Masseverbindlichkeit - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO - zu berichtigen, wenn der Insolvenzverwalter einen vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat⁷¹⁰. Soweit der Insolvenzverwalter den vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat, wie Entfernung wertvoller Einrichtungen (z.B. Gleise, Silos, Krananlagen), ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren⁷¹¹.

Haben sowohl der Schuldner vor als auch der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung die Mietsache durch eigene Handlungen verändert, ist die vertragliche Herstellungspflicht bei Rückgabe des Mietobjektes aufzuteilen. Der einheitliche Räumungsanspruch wird in eine Insolvenzforderung (vorinsolvenzliche Veränderungen durch den Schuldner) und eine Masseverbindlichkeit (nachinsolvenzliche Veränderungen durch den Verwalter) gespalten. Die Insolvenzmasse haftet nur für die neuen, vom Insolvenzverwalter nach Eröffnung verursachten Verschlechterungen.⁷¹² Insolvenzrechtlich bevorzugt ist nur die Wiederherstellung derjenigen nachteiligen Veränderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sind⁷¹³.

Mit Rücksicht darauf ist der Insolvenzverwalter zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet, wenn er das Wegnahmerecht des Mieters nach § 539 Abs. 2 BGB ausübt und Teil der Einrichtung (Fundamente einer beseitigten Leichtbaumetallhalle) zurücklässt⁷¹⁴.

⁷⁰⁹ BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001,2966 = NZI 2001, 531, Tz. 13, 18; Bub/Treier/Belz/Lücke, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII. C. Rz. 456.

⁷¹⁰ BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001,2966 = NZI 2001, 531, Tz. 18; vgl. OLG Hamm v. 21.11.2013 - 18 U 145/12, ZIP 2014, 190, Tz. 71; OLG Saarbrücken v. 9.3.2006 - 8 U 199/05, ZinsO 2006,779, Tz. 29 jeweils im Ergebnis verneint.

⁷¹¹ Kölner Kommentar/Cymutta, InsO, 2017, § 108 InsO Rz. 37.

⁷¹² BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001, 2966 = NZI 2001, 531.

⁷¹³ BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, NZM 2015, 337 Tz. 82.

⁷¹⁴ KG v. 25.2.2019 – 8 U 6/18, GE 2019, 1238.

15.4 Schlüsselverlust

Grundsätzlich entsteht ein ersatzfähiger Schaden bereits dann, wenn sich der Geschädigte aus objektiver Sicht unter den konkret gegebenen Umständen zur Beseitigung einer fortbestehenden Missbrauchsgefahr veranlasst sehen darf, die Schließanlage zu ersetzen und diesen Austausch auch tatsächlich vornimmt⁷¹⁵. Die Geschädigten waren hier die WEG bzw. die Eigentümer der jeweiligen Objekte. Grundsätzlich oblag es ihrer Entscheidung, den Austausch der Schließanlagen zu veranlassen. Hier bestand aber die Besonderheit, dass die Fa. H... Bauservice von den jeweiligen WEG als Verwalter bzw. Hauswart eingesetzt war. Eines gesonderten Beschlusses der jeweiligen WEG bzw. der Eigentümer zum Austausch der Schließanlagen bedurfte es nicht, da die Fa. H... Bauservice als Verwalter bzw. aufgrund der Hausverwaltungsverträge gem. § 27 Abs. 1 Nr. 3 WEG, § 675, 670 BGB berechtigt war, den unverzüglichen Austausch der Schließanlagen zu veranlassen und den Vermieter auf Ersatz der dafür entstandenen Kosten in Anspruch zu nehmen. Da der Vermieter als Erfüllungsgehilfe der Fa. H... Bauservice den Erstattungsansprüchen der WEG bzw. der Eigentümer ausgesetzt ist, kann er den Mieter unmittelbar auf Ersatz seines Schadens in Anspruch nehmen⁷¹⁶.

Der Austausch der Schließanlagen in den einzelnen Objekten war aus Sicherheitsgründen jeweils geboten gewesen.

Insoweit sind auch die Kosten für die Lieferung der provisorischen Schließanlagen nach Abwägung des Einzelfalls erstattungsfähig⁷¹⁷. Auch provisorische Sicherungsmaßnahmen können gerechtfertigt sein, wenn und soweit durch den Verlust des Schlüssels einer Schließanlage konkret eine missbräuchliche Verwendung des nicht auffindbaren Schlüssels durch Unbefugte zu befürchten ist. Soweit im Objekt B... Str. x eine provisorische Schließanlage eingebaut wurde, könnte dies zweifelhaft sein, da bei der Schließanlage aus dem Jahr 1999 insgesamt drei weitere Zentralschlüssel und auch 11 Einzelschlüssel (Wohnungsschlüssel?) zum Entwendungszeitpunkt bereits nicht mehr vorhanden waren. Die Missbrauchsgefahr besteht aber unabhängig davon und wurde

⁷¹⁵ vgl. BGH v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rz. 14, juris m.w.N.; so auch zuletzt LG Paderborn v. 25.9.2017 – 4 O 139/17 –, Rz. 19, juris.

⁷¹⁶ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

⁷¹⁷ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

durch die Entwendung deutlich erhöht. Denn aufgrund der konkreten Entwendungssituation, hier eines Diebstahls von beschrifteten Schlüsseln aus einem geparkten Pkw, nicht auszuschließen ist, dass der Technikschlüssel, der Zugang zum Haus aber nicht zu den einzelnen Wohnungen gewährt, aktuell durch die unbekanntes Täter des Diebstahls zum Eindringen in das Objekt benutzt wird. Dieselben Erwägungen gelten für das Objekt T... Str. xx, bei dem auch ein weiterer Technikschlüssel der Schließanlage aus dem Jahr 20104 nicht vorhanden war.

Bei der Schadensberechnung ist ein Abzug „Neu für Alt“ für die betroffenen Objekte gerechtfertigt⁷¹⁸. Wird eine gebrauchte Sache durch eine neue ersetzt, kann dies zu einer Wertsteigerung führen, die die Schadensersatzpflicht mindert, soweit hierdurch eine messbare Vermögensmehrung eingetreten ist und sich diese Werterhöhung für den Geschädigten wirtschaftlich günstig auswirkt. Darüber hinaus muss der Vorteilsausgleich für den Geschädigten zumutbar sein⁷¹⁹. Der Sachverständige hat festgestellt, dass Schließanlagen einer mechanischen Abnutzung unterliegen, die im Einzelnen jedoch nicht genau ermittelt werden kann. Zumindest bei größeren Mietwohnungsanlagen, die aufgrund von Mieter- und Nutzeranzahl und häufigerem Mieterwechsel auch einer höheren Abnutzung unterliegen, ist daher von einer regelmäßigen Nutzungsdauer von 20 - 25 Jahren auszugehen. Abgesehen von der Abnutzung durch mechanische Beanspruchung ist Ansatzpunkt für die Haftung des Beklagten in erster Linie aber nicht die Beschädigung der Sachsubstanz, die beim Verlust eines Schlüssels nur in den Kosten für die Neuherstellung des Schlüssels selbst besteht, sondern darüber hinaus die Beschädigung der Sicherungsfunktion der Schließanlage⁷²⁰. Der dafür gerechtfertigte Abzug ist zu schätzen, § 287 ZPO. Hinzu kommt ein weiterer zu schätzender Abzug für die Abnutzung infolge bisheriger Nutzung. Der Schätzung zugrunde zulegen sind der Anschaffungspreis und eine regelmäßige Nutzungsdauer von 20 - 25 Jahren. Dem Senat erscheint ein linearer Abzug von 4 % der Anschaffungskosten pro Nutzungsjahr angemessen.

⁷¹⁸ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

⁷¹⁹ Palandt/*Grüneberg*, 7. Aufl. 2018, Vorb v § 249 BGB Rz. 97 ff.

⁷²⁰ vgl. BGH v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rz. 14, juris; LG Bonn v. 27.9.2005, 7 O 425/03, Rz. 40 f, juris, *Bertkau*, Abhandenkommen von Schlüsseln, zfs 2014, 484 (489) m.w.N.

16 Nutzungsentschädigung vom Untermieter

Nach § 571 Abs. 2 BGB ist der Mieter, dem nach § 721 oder § 794a ZPO eine Räumungsfrist gewährt wird, für die Zeit von der Beendigung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Räumungsfrist zum Ersatz eines weiteren Schadens nicht verpflichtet. Die Norm beschränkt die Ansprüche des Vermieters auf die ihm nach § 546a Abs. 1 BGB für die Zeit der Vorenthaltung zustehende Nutzungsentschädigung und befreit den Mieter von einer Haftung für weitere durch die Ausnutzung der gerichtlichen Räumungsfrist entstehende Schäden; insbesondere für einen dem Vermieter in Folge des Verzuges mit der Wohnungsherausgabe entstehenden Schaden hat der Mieter für den Zeitraum der ihm vom Gericht gewährten Räumungsfrist nach § 721 oder § 794a ZPO nicht einzustehen⁷²¹.

Unmittelbar anwendbar ist § 571 Abs. 2 BGB hier schon deshalb nicht, weil der Beklagte nur Untermieter gewesen ist. Zwar kann auch dem Untermieter eine Räumungsfrist nach § 721 ZPO gewährt werden⁷²². Dafür kommt es nämlich allein auf die tatsächliche Nutzung des Raums zum Wohnen und nicht auf den Rechtsgrund des Innehabens des Wohnraums an⁷²³. Die Vorschrift des § 571 Abs. 2 BGB gilt unmittelbar aber nur im Verhältnis zwischen Eigentümer und Mieter, da sie systematisch an die Regelung des § 546a BGB anknüpft und wie diese das Bestehen eines (beendeten) Mietverhältnisses voraussetzt⁷²⁴. Daran fehlt es im Verhältnis zwischen Eigentümer und Untermieter.

Eine Begrenzung des Anspruchs der Klägerin auf die Nutzungsentschädigung für die von dem Beklagten genutzte Kammer lässt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 571 Abs. 2 BGB herleiten.

⁷²¹ vgl. LG Berlin, GE 2017, 538; MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 571 BGB Rz. 10; Staudinger/Rolfs, [2018], § 571 BGB Rz. 10, 11.

⁷²² vgl. OLG Köln, WuM 1997, 336; LG Stuttgart, NJW-RR 1990, 654; LG Stade, WuM 1987, 62.

⁷²³ MünchKomm/Götz, 5. Aufl., § 721 ZPO Rz. 2; Musielak/Lackmann, 17. Aufl., § 721 ZPO Rz. 3; Zöller/Seibel, 33. Aufl., § 721 ZPO Rz. 2; zur Vorschrift des § 794a ZPO vgl. Schmidt/Futterer/Lehmann-Richter, Mietrecht, 14. Aufl., § 794a ZPO Rz. 4.

⁷²⁴ vgl. BGH v. 31.1.2001 - XII ZR 221/98, NJOZ 2001, 282 (284) zu § 557 BGB aF betreffend Vereinsräume; BeckOK MietR/Klotz-Hörlin, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 5; MünchKomm/Bieber, 8. Aufl., § 546a BGB Rz. 3; Staudinger/Rolfs, [2018], § 546a BGB Rz. 10, 12; Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 546a BGB Rz. 5; Gramlich, Mietrecht, 15. Aufl., § 546a BGB Rz. 1; Schmidt/Futterer/Strey, Mietrecht, 14. Aufl., § 546a BGB Rz. 5, § 571 BGB Rn. 1, 3; Greiner, ZMR 1998, 403 (404 f.).

Die Frage, ob § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter von Wohnraum entsprechend anwendbar ist, wird allerdings unterschiedlich beurteilt. Das Landgericht Stuttgart hat das für das gewerbliche Zwischenmietverhältnis bejaht⁷²⁵, und dem hat sich ein Teil des Schrifttums angeschlossen⁷²⁶. Die überwiegende Ansicht lehnt eine entsprechende Anwendung von § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter dagegen ab⁷²⁷.

Ob § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter von Wohnraum entsprechend anzuwenden ist, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls hätte eine analoge Anwendung der Vorschrift entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zur Folge, dass sich der Schadensersatzanspruch des Eigentümers auf eine Nutzungsentschädigung für die untergemieteten Räume beschränkte.

Der Zweck des § 571 Abs. 2 BGB spricht allerdings für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den Untermieter von Wohnraum, dem eine Räumungsfrist gewährt worden ist. Er ist darin zu sehen, dass der Wohnraummieter sich nicht aus Sorge vor Schadensersatzansprüchen des Vermieters davon abhalten lassen soll, eine Räumungsfrist zu beantragen und zu nutzen⁷²⁸. Daher begrenzt § 571 Abs. 2 BGB die Haftung des Mieters, dem eine Räumungsfrist gewährt worden ist, auf die vereinbarte bzw. ortsübliche Miete (vgl. § 546 Abs. 1 BGB); für weitere Schäden (vgl. § 546 Abs. 2 BGB) haftet er dagegen nicht⁷²⁹. Der Untermieter von Wohnraum, dem eine Räumungsfrist nach § 721 oder § 794a ZPO gewährt worden ist, befindet sich in einer vergleichbaren Situation. Müsste er bei Ausnutzung der Räumungsfrist unbegrenzte Schadensersatzansprüche des Eigentümers wegen Verzuges (§ 990 Abs. 2 BGB) gewärtigen,

⁷²⁵ LG Stuttgart, NJW-RR 1990, 654.

⁷²⁶ vgl. BeckOK/Wöstmann, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 9; jurisPK-BGB/Tiedemann, 9. Aufl., § 571 BGB Rz. 41.

⁷²⁷ LG Kiel, WuM 1995, 540; BeckOGK/Gelb, [1.7.2020], § 571 BGB Rz. 4; BeckOK MietR/Klotz-Hörlin, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 5; NK-BGB/Hinz, 3. Aufl., § 571 BGB Rz. 7; RGRK/Gelhaar, 12. Aufl. § 557 BGB Rz. 24; Staudinger/Rolfs, BGB [2018], § 571 Rz. 10; Emmerich in Bub/Treier, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. V Rz. 184; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 571 BGB Rz. 7; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 14. Aufl., § 571 BGB Rz. 3; Ettl in Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl., § 571 BGB Rz. 9.

⁷²⁸ vgl. BT-Drucks. IV 806, 11 zu § 557 BGB a.F.; Ausschussbericht zu BT-Drucks. IV/2195, 5 zu § 557 a.F.

⁷²⁹ vgl. Staudinger/Rolfs, [2018], § 571 BGB Rz. 12; Blank/Börstinghaus, 5. Aufl., § 571 BGB Rz. 1; Herrlein in Herrlein/Kandelhard, ZAP-Praxiskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 571 BGB Rz. 2; Lammell, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 571 BGB Rz. 2.

hätte dies entweder zur Folge, dass er, obwohl darauf angewiesen, keinen Räumungsschutz in Anspruch nimmt, oder dass er nach Nutzung der Räumungsfrist unter Umständen erheblichen Schadensersatzansprüchen des Eigentümers ausgesetzt ist. Beides soll durch die Regelung des § 571 Abs. 2 BGB bei einem (früheren) Mieter verhindert werden.

Für den Vermieter wäre es jedoch unzumutbar, wenn die dem in der Wohnung verbliebenen Untermieter gewährte Räumungsfrist dazu führte, dass er trotz Vorenthaltung der gesamten Wohnung eine Nutzungsentschädigung nur in Höhe des Untermietzinses bzw. der ortsüblichen Miete für die untervermieteten Teile der Wohnung erhalte⁷³⁰. Er stünde dann schlechter als im Verhältnis zum Hauptmieter, der nach § 546a Abs. 1 BGB während der Räumungsfrist die Nutzungsentschädigung in voller Höhe schuldet.

Ein solches Ergebnis ließe sich nicht mit dem Schutzzweck des § 571 Abs. 2 BGB rechtfertigen. Die Vorschrift schützt zwar das Interesse des Mieters, eine ihm gewährte Räumungsfrist zu nutzen; das Gesetz bringt es aber in einen Ausgleich mit den Interessen des Vermieters an der baldigen Rückerlangung der Wohnung nach Ende des Mietverhältnisses, indem § 546a Abs. 1 BGB dem Vermieter einen Anspruch auf eine Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten bzw. ortsüblichen Miete für diesen Zeitraum zuerkennt. Ein solcher Anspruch muss dem Vermieter auch dann verbleiben, wenn § 571 Abs. 2 BGB analog auf einen Untermieter anzuwenden sein sollte; denn der Untermieter steht dem Vermieter schon mangels vertraglicher Beziehungen ferner als Hauptmieter.

Dass der Untermieter den ihm gewährten Räumungsschutz nur um den Preis einer Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung in Anspruch nehmen kann, ist dagegen hinzuzunehmen. Darin setzt sich lediglich fort, dass der Untermieter zu keiner Zeit in einem vertraglichen Verhältnis zu dem Eigentümer stand, sondern sein Besitzrecht von dem Hauptmieter ableitete. Soweit die mietrechtliche Vorschrift des § 571 Abs. 2 BGB überhaupt geeignet ist, Rechte des Eigentümers im Verhältnis zum Untermieter einzuschränken, kann eine solche Beschränkung nicht über das hinausgehen, was zwischen den (ursprünglichen) Hauptmietparteien gelten würde. Wird dem Untermieter, der nach

⁷³⁰ BGH v. 11.12.2020 – V ZR 26/20, IMR 2021, 99 (Sommer).

Beendigung des Hauptmietverhältnisses über eine Wohnung und Räumung durch den Hauptmieter die untergemieteten Wohnräume an den Eigentümer nicht herausgibt, eine gerichtliche Räumungsfrist gewährt, kann der Eigentümer deshalb von ihm nach den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses Schadensersatz jedenfalls in Höhe der von dem Hauptmieter bei Nichträumung geschuldeten Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung verlangen.

17 Schadensersatz

17.1 Fiktive Schadensberechnung bei § 281 BGB

Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht wegen etwaiger Bedenken gegen die fiktive Schadensabrechnung als richtig. Nach der Rechtsprechung des Senats können Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung ohne weiteres auch fiktiv abgerechnet werden⁷³¹. Soweit der VII. Zivilsenat in einer Bausache entschieden hat, dass eine fiktive Schadensbemessung von Mängelbeseitigungskosten außer Betracht bleibt⁷³², beruht das auf Besonderheiten des Werkvertragsrechts, insbesondere dem Vorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB, die bei den Ersatzansprüchen des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache keine Parallele finden⁷³³.

18 Verjährung

18.1 Verschlechterung durch Unterlassen von baulichen Veränderungen

Verspricht der Mieter eine Umgestaltung der Mietsache auf seine Kosten, so kann dies zwar einen Teil der als Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung geschuldeten Miete darstellen⁷³⁴. Die Vorschrift des § 548 Abs. 1 BGB erfasst jedoch auch Erfüllungsansprüche, die zugleich als Hauptpflicht ausgebildet

⁷³¹ vgl. etwa BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/13, NJW 2014, 1444 Rz. 31; BGH v. 27.6.2018 - XII ZR 79/17, NZM 2018, 717 Rz. 16 ff.

⁷³² BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463; vgl. auch BGH v. 8.10.2020 - VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53.

⁷³³ BGH v. 31.3.2021 - XII ZR 42/20; vgl. auch BGH v. 12.3.2021 - V ZR 33/19.

⁷³⁴ vgl. BGHZ 86, 71 (77) = NJW 1983, 679 (680).

sind, sofern sie den Zustand festlegen, den die Mietsache im Zeitpunkt der Rückgabe haben soll⁷³⁵.

Der Anwendungsbereich des § 548 Abs. 1 BGB ist weit auszulegen⁷³⁶. Der Begriff der Verschlechterung i.S.d. § 548 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass der Zustand der Mietsache im Vergleich zum Beginn des Mietverhältnisses schlechter geworden ist. Gleichzustellen sind vielmehr Forderungen, die sich daraus ergeben, dass die Mietsache in dem Zeitpunkt, in dem sie der Vermieter zurückerhält, in einer für ihn nachteiligen Weise von dem Zustand abweicht, den sie nach dem Vertrag bei Rückgabe haben soll⁷³⁷. Auch für solche Fälle bezweckt § 548 BGB eine zeitlich klar umgrenzte Abwicklung der beiderseitigen Ansprüche nach Beendigung des Mietvertrags. Danach kommt es bei einer vom Mieter übernommenen Verpflichtung zur Umgestaltung der Mietsache darauf an, ob sie sich auf den Zustand des Mietobjekts bei dessen Rückgabe bezieht. In dem Fall hat die Nichterfüllung oder nicht vollständige Erfüllung dieses Anspruchs eine Verschlechterung der Mietsache i.S.d. § 548 Abs. 1 BGB zur Folge⁷³⁸. § 548 Abs. 1 BGB erfasst sämtliche Schadensersatzansprüche des Vermieters, die ihren Grund darin haben, dass der Mieter die Mietsache als solche zwar zurückgegeben hat, diese sich aber nicht in dem bei der Rückgabe vertraglich geschuldeten Zustand befindet⁷³⁹.

Im vorliegenden Fall sind die vorzunehmenden Umbauarbeiten mit den Attributen „Wertverbesserung ca. 6.000,00 €“ bzw. „Wertverbesserung ca. 2.000,00 bis 2.500,00 €“ gekennzeichnet. Daraus folgt, dass die gemietete Fläche nicht nur für spezielle Bedürfnisse der Nutzung durch die Beklagte angepasst werden sollte, sondern dass durch die bezeichneten Maßnahmen eine konkrete Wertverbesserung der Mietsache selbst, auch für künftige Nutzungen, bewirkt werden sollte⁷⁴⁰. Die als Gegenleistung zur Gebrauchsgewährung übernommenen Umbauarbeiten bezeichnen damit einen veränderten Zustand des Mietobjekts als bei dessen Rückgabe geschuldet, nämlich mit durchgeführter Isolierung,

⁷³⁵ vgl. BGHZ 86, 71 (78) = NJW 1983, 679 (681).

⁷³⁶ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rz. 16.

⁷³⁷ vgl. BGHZ 86, 71 (77 f.) = NJW 1983, 679 (681).

⁷³⁸ vgl. BGHZ 86, 71 (77 f.) = NJW 1983, 679 (681).

⁷³⁹ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rz. 16 m.w.N.

⁷⁴⁰ BGH v. 31.3.2021 - XII ZR 42/20, NZM 2021, 560.

Wandverkleidung und Bodenversiegelung unter Berücksichtigung einer nachfolgenden, vertragsgemäßen Abnutzung.

Weil die Klage am 11. August 2018 und somit noch innerhalb von sechs Monaten nach Rückerhalt der Mietsache erhoben worden ist, steht die Verjährungseinrede dem geltend gemachten Ersatzanspruch nicht entgegen. Somit kommt es auch nicht darauf an, ob die in § 25 Nr. 6 des zuletzt geschlossenen Mietvertrags formularmäßig getroffene Vereinbarung, wonach die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache in zwölf Monaten verjähren, wirksam ist⁷⁴¹.

19 Zwangsvollstreckung

19.1 Räumungsvollstreckung gegen Erben

Nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn - zumindest auch - die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird⁷⁴². Bei einer Räumungsvollstreckung gemäß § 885 ZPO ist derjenige, der den tatsächlichen Besitz an den Räumen innehat, die Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattzufinden hat.

Nach § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner, der eine unbewegliche Sache herauszugeben hat, aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen. Dabei meint "Besitz" im Sinne des § 885 ZPO den Besitz in Form des "Gewahrsams". Dies verdeutlicht die Vorschrift des § 886 ZPO, die den Fall regelt, dass sich die herauszugebende Sache "im Gewahrsam eines Dritten" befindet. Dementsprechend muss gegen denjenigen, der an dem Räumungsobjekt Gewahrsam oder Mitgewahrsam hat, ein Vollstreckungstitel vorliegen⁷⁴³.

⁷⁴¹ vgl. *Guhling* in *Guhling/Günter*, *Gewerberaummieta*, 2. Aufl., § 548 BGB Rz. 73.

⁷⁴² vgl. BGH v. 14.8.2008 - I ZB 39/08, NJW 2008, 3287 Rz. 9.

⁷⁴³ vgl. *Lackmann* in *Musielak/Voit*, 17. Aufl., § 885 ZPO Rz. 6; *Seiler* in *Thomas/Putzo*, 41. Aufl., § 885 ZPO Rz. 4; *Lugani* in *Prütting/Gehrlein*, 11. Aufl., § 885 ZPO Rz. 14.

Der vollstreckungsrechtliche Gewahrsam gemäß § 886 ZPO entspricht seinerseits dem unmittelbaren Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB⁷⁴⁴. Auch der unmittelbare Besitz einer Sache setzt nach § 854 Abs. 1 BGB die tatsächliche Gewalt über sie voraus⁷⁴⁵. Vollstreckungsrechtlich entscheidend ist die von einem entsprechenden Willen getragene tatsächliche Sachherrschaft, die für den Gerichtsvollzieher äußerlich erkennbar sein muss⁷⁴⁶. Der Gerichtsvollzieher hat allein die tatsächlichen Besitzverhältnisse zu beurteilen sowie zu prüfen, ob sich die Räumungsverpflichtung nach dem vom Gläubiger beigebrachten Titel gegen den von ihm nach diesem Maßstab festgestellten Besitzer der Mietsache richtet⁷⁴⁷. Allein diese Vorgehensweise entspricht dem formalisierten Verfahren der Zwangsvollstreckung⁷⁴⁸.

Dagegen kommt es vollstreckungsrechtlich nicht darauf an, ob den Erben über § 857 BGB Besitzrechte an den Räumlichkeiten oder den dort weiterhin befindlichen Sachen zustehen⁷⁴⁹. Die Erben des Mieters sind daher im Streitfall entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung nicht durch die Fiktion des § 857 BGB in die tatsächliche Besitzposition des Schuldners eingerückt.

Der nicht tatsächlich ausgeübte, das heißt fiktive Erbenbesitz nach § 857 BGB begründet mangels tatsächlicher Beziehung zu einer Sache keinen Gewahrsam im Sinne einer tatsächlichen, nach außen erkennbaren Sachherrschaft⁷⁵⁰. Die Wirkungen der abgeleiteten Besitzposition nach § 857 BGB entsprechen zwar grundsätzlich denen, die der Besitz für den Erblasser hatte. Abweichungen ergeben sich jedoch daraus, dass der Erbe die tatsächliche Sachherrschaft gerade nicht innehat⁷⁵¹. Der Erbenbesitz ist ein Besitz ohne Sachherrschaft⁷⁵². Die

⁷⁴⁴ vgl. Palandt/*Herrler*, 79. Aufl., Überbl v § 854 BGB Rz. 5; zu § 808 ZPO vgl. *Flockenhaus* in Musielak/Voit, 17. Aufl., § 808 Rz. 4; *Würdinger* in Stein/Jonas, 23. Aufl., § 808 ZPO Rz. 14.

⁷⁴⁵ BGH v. 2.12.2012 - V ZR 119/11, WPM 2012, 1926 Rz. 10.

⁷⁴⁶ vgl. BGH, NJW 2008, 1959 Rz. 16; vgl. auch *Lüke* in Wieczorek/Schütze, 4. Aufl., § 808 ZPO Rz. 15; *Lugani* in Prütting/Gehrlein, 11. Aufl., § 885 ZPO Rz. 14.

⁷⁴⁷ BGH v. 25.6.2004 - IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383 (386); BGH, NJW 2008, 1959 Rz. 12; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 13 m.w.N.

⁷⁴⁸ BGH v. 30.04.2020 – I ZB 61/19, NZM 2021, 547.

⁷⁴⁹ BGH v. 30.04.2020 – I ZB 61/19, NZM 2021, 547.

⁷⁵⁰ vgl. zum Gewahrsam nach § 808 ZPO BeckOK/*Forbriger*, 35. Edition [Stand 1. Januar 2020], § 808 ZPO Rz. 5; *Flockenhaus* in Musielak/Voit, aaO, § 808 ZPO Rz. 4; *Saenger/Kemper*, 8. Aufl., § 808 ZPO Rz. 6; *Seiler* in Thomas/Putzo, aaO, § 808 ZPO Rz. 3; *Zöllner/Herget*, ZPO, 33. Aufl., § 808 ZPO Rz. 7; vgl. auch MünchKomm/*Schäfer*, 8. Aufl., § 857 BGB Rz. 4.

⁷⁵¹ BeckOGK/*Götz*, Stand 1. Januar 2020, § 857 BGB Rz. 25.

⁷⁵² *Michel*, Probleme des Erbenbesitzes nach § 857 BGB, 1989, S. 32.

tatsächliche Sachherrschaft kann nicht gesetzlich für jemanden bestimmt werden, dem sie fehlt. Ein mit Sachherrschaft verbundener Besitz des Erben entsteht erst durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt⁷⁵³ (). Aus der von der Rechtsbeschwerdeerwiderung angeführten Entscheidung (BGH, Urteil vom 23. September 1953 - VI ZR 313/52, LM Nr. 6 zu § 836 BGB = BeckRS 1953, 31197796) folgt nichts Abweichendes. Sie betrifft den Übergang des Eigenbesitzes des Erblassers auf den Erben, verhält sich aber nicht zu der Frage der tatsächlichen Sachherrschaft.

Zum Gewahrsamserfordernis bei der Pfändung körperlicher Sachen nach § 808 ZPO wird allerdings die Auffassung vertreten, diese Betrachtungsweise werde dem Zweck des § 857 BGB nicht gerecht, da dieser eine tatsächliche Sachherrschaft des Erben ex lege statuieren wolle. Soweit und solange kein Gewahrsam eines Dritten be- oder entstehe, sei der Erbenbesitz danach als ausreichend anzusehen, um gleichwohl eine Mobiliarvollstreckung in den Nachlass zu ermöglichen⁷⁵⁴.

Im Streitfall hat jedenfalls die Schuldnerin Gewahrsam an der Wohnung, so dass die Erben des Schuldners ohne tatsächliche Inbesitznahme der Wohnung auch nach dieser zur Mobiliarvollstreckung vertretenen Auffassung nicht Gewahrsamsinhaber geworden sind. Damit kann es hier offenbleiben, ob im Falle der Gewahrsamslosigkeit bei der Vollstreckung nach § 885 Abs. 1 ZPO ein Bedürfnis dafür bestehen kann, eine tatsächliche Sachherrschaft des Erben zu fingieren.

⁷⁵³ MünchKomm/Schäfer, aaO, § 857 BGB Rz. 3 und 4.

⁷⁵⁴ vgl. MünchKomm/Gruber, 5. Aufl., § 808 ZPO Rz. 10; vgl. auch Würdinger in Stein/Jonas, aaO, § 808 Rz. 14; wohl auch Lüke in Wieczorek/Schütze, aaO, § 808 ZPO Rz. 15.