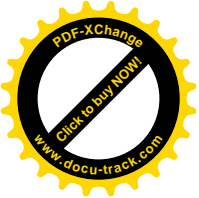




Aktuelles Mietrecht 2011

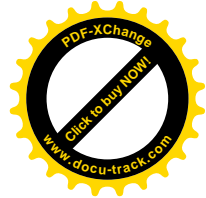
Dr. Klaus Lützenkirchen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
Köln



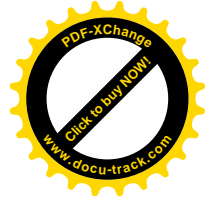
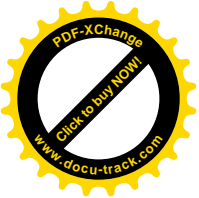
INHALT

2

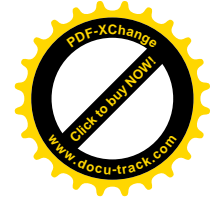
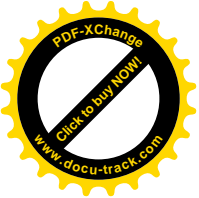
1	Einblick	5
2	Mietvertrag.....	5
2.1	Ersatzanspruch wegen Verschulden bei Vertragsschluss	5
3	Vertragsgemäßer Gebrauch	5
3.1	Verlagerung des Lebensmittelpunktes.....	5
3.2	Versorgungssperre bei Friseurgeschäft	6
4	Schönheitsreparaturen.....	7
4.1	Farbwahl „weiß“ für die Rückgabe	7
4.2	Mieterhöhung nach § 10 WoBindG	8
4.3	Verjährung der Ersatzansprüche des Mieters.....	8
5	Miete.....	10
5.1	Zahlung im Lastschriftverfahren.....	10
5.2	Aufrechnungsverbot	12
5.3	Vorfälligkeit in Altmietverträgen.....	13
5.4	Änderung der Mietstruktur im preisgebundenen Wohnraum	14
6	Gewährleistung	15
6.1	Mangel aus der Sphäre des Mieters.....	15
6.2	Mangel durch Nichtrauchergesetz?	15
6.3	Flächenabweichung	18
6.3.1	Berechnung der Minderung bei Möblierung	18
6.3.2	Verjährung von Altansprüchen.....	18
6.4	Verrechnung der Minderung auf die laufende Miete	19
6.5	Verschuldenshaftung	20
6.6	Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete	20
7	Schriftform	21
7.1	Vertretung der GbR	21
7.2	Heilung durch Nachtrag.....	23
8	Kautions.....	24
8.1	Haftung des Erwerbers trotz vorangegangenem Erwerb nach § 571 BGB a.F. 24	
8.2	Verjährung bei überhöhter Kautions.....	25
9	Mieterhöhung.....	26
9.1	wegen Modernisierung	26
9.1.1	Mieterhöhung ohne Ankündigung	26
9.1.2	Aufwendungen des Mieters als Modernisierungskosten	27
9.2	im preisgebundenen Wohnraum.....	28
10	Betriebskosten	28
10.1	Formelle Fehler der Abrechnung	28
10.1.1	Abrechnung bei Doppelhaushälfte.....	29
10.2	Einvernehmliche Verkürzung der Abrechnungsperiode	29



- 10.3 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels 32
 - 10.3.1 Undefinierbarer Umlageschlüssel..... 32
- 10.4 zulässige Korrektur nach Ablauf der Abrechnungsfrist 34
- 10.5 Einwendungsausschlussfrist 35
 - 10.5.1 Beginn der Einwendungsfrist 35
 - 10.5.2 Geltung bei vereinbarter Pauschale 37
- 10.6 Schuldanerkenntnis durch Ausgleich des Saldos? 37
- 10.7 Vorauszahlungen 39
 - 10.7.1 § 560 BGB bei Ablauf der nächsten Abrechnungsperiode 39
- 11 Beendigung des Mietvertrages..... 39**
 - 11.1 Ordentliche Kündigung 39
 - 11.1.1 Eigenbedarf der GmbH § Co. KG von Eheleuten 39
 - 11.1.2 Begründung der Eigenbedarfskündigung..... 40
 - 11.1.3 Bezugnahme auf frühere Kündigung 41
 - 11.1.4 Begründung der Verwertungskündigung 41
 - 11.1.5 Erheblicher Nachteil bei Abriss und Neubau 43
 - 11.1.6 Schadensersatz bei formell unwirksamer Kündigung..... 43
 - 11.2 Zweifamilienhauskündigung..... 43
 - 11.3 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund 44
 - 11.3.1 Vorrang der Duldungsklage?..... 44
 - 11.3.2 Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB 45
 - 11.3.3 beharrliche Zutrittsverweigerung..... 45
 - 11.3.4 Unpünktliche Mietzahlung 46
 - 11.3.5 fortgesetzte Beleidigung durch den Vermieter..... 46
 - 11.3.6 Begründung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges 47
 - 11.4 außerordentliche Kündigung 48
 - 11.4.1 nach § 563 Abs. 4 BGB..... 48
- 12 Schadensersatz 49**
 - 12.1 Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten 49
 - 12.2 Rechtsanwaltskosten für die Einholung der Deckungszusage 49
 - 12.3 entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs 49
- 13 Räumung 50**
- 14 Nutzungsentschädigung 50**
 - 14.1 Vorenthaltung und Zurücklassen von Gegenständen 50
 - 14.2 Vorenthaltung und Zustand der Mieträume 50
 - 14.3 Vorenthaltung und Räumungsfrist 51
 - 14.4 Darlegungslast bei Mietausfallschaden 51
- 15 Verjährung 52**
 - 15.1 Ansprüche der Eigentümergemeinschaft gegen den Mieter 52
- 16 Prozess 55**
 - 16.1 Schlüssigkeit des Sachvortrages zur Kündigung 55



16.2	Erledigung durch Räumungsvollstreckung?	55	4
16.3	Verjährung als erledigendes Ereignis	56	
16.4	Erledigungserklärung im selbständigen Beweisverfahren.....	57	
16.5	Klage auf zukünftige Leistung (Miete)	58	



1 Einblick

5

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2011 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Neben den Zitaten kann insoweit auf den jährliche Überblick verwiesen werden, der unter

www.ld-ra.de/news

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

2 Mietvertrag

2.1 Ersatzanspruch wegen Verschulden bei Vertragsschluss

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

Eine Ersatzpflicht besteht aufgrund der beiderseitigen Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme nur dann, wenn eine der Parteien die Verhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, nachdem sie in zurechenbarer Weise bei dem anderen Teil Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages geweckt hat¹. Eine Haftung besteht allerdings dann nicht, wenn mangels konkreter Einigung über den wesentlichen Inhalt der beabsichtigten vertraglichen Regelung auch noch mit dem Scheitern der Verhandlungen gerechnet werden musste. Diese Möglichkeit ist von demjenigen, der Schadensersatzansprüche geltend macht auszuräumen². Dazu muss der Gläubiger im Einzelnen vortragen, wann und wie er nach seiner Behauptung Einigung über alle wesentlichen Inhalte eines noch abzuschließenden Mietvertrages für das Mietobjekt erzielt hat. Nur so kann ein Vertrauenstatbestand im Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen festgestellt werden.

3 Vertragsgemäßer Gebrauch

3.1 Verlagerung des Lebensmittelpunktes

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

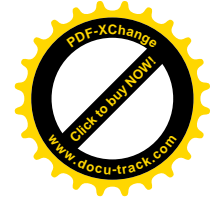
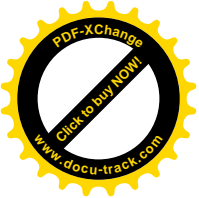
Haben die Parteien eine Nutzung zu Wohnzwecken vereinbart, trifft den Mieter keine Gebrauchspflicht;³ wo der Mieter seinen Lebensmittelpunkt begründet und im herkömmlichen Sinne „wohnt“ (schlafen, essen, regelmäßiger Aufenthalt etc.) ist den persönlichen Vorstellungen und der freien Entscheidung des Mieters überlassen.⁴ Auch wenn der Mieter nach Vollzug des Mietvertrages seinen Lebensmittelpunkt nicht mehr in den vom Vermieter angemieteten Räumen, sondern in der Woh-

¹ OLG Düsseldorf v. 22.3.2011 – 10 W 70/10, ZMR 2011, 629.

² vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 23 f, m.w.N.

³ vgl. BGH v. 4.4.1979 - VIII ZR 118/78, NJW 1979, 2351 unter 2 b; BGH v. 7.3.1983 - VIII ZR 333/81, WM 1983, 531 unter I 2 c bb.

⁴ BGH v. 8.12.2011 – VIII ZR 93/10, WuM 2011, 98 = GE 2011, 682 = ZMR 2011, 367.



6
nung in einer anderen Stadt sieht und in den angemieteten Räumen nur noch umfangreicher Hausrat steht, vermag dies die grundsätzlich nach wie vor gegebene Nutzung zu Wohnzwecken nicht zu verändern. Die Existenz von Hausratsgegenständen in einer Wohnung ist als geradezu typisch für eine Wohnnutzung anzusehen. Die Anzahl der Hausratsgegenstände ist dabei ebenso ohne Belang wie ihre Anordnung in der Wohnung. Auch ist es einem Mieter unbenommen, eigene oder in seiner Verfügungsbefugnis stehende Hausratsgegenstände von Familienangehörigen zu veräußern; darin liegt grundsätzlich auch dann keine von einer Vereinbarung mit dem Vermieter abhängige geschäftliche Tätigkeit des Mieters, wenn sie nach außen in Erscheinung tritt. Zwar mag sich im Einzelfall auch aus derartigen Tätigkeiten ein Unterlassungsanspruch des Vermieters nach § 541 BGB wegen vertragswidrigen Gebrauchs ergeben können, etwa wenn die zum Verkauf angebotenen Gegenstände nicht zur persönlichen Nutzung, sondern zu Zwecken des alsbaldigen Weiterverkaufs erworben worden sind oder der Mieter durch die Verkaufstätigkeiten Schutz- und Obhutspflichten in Bezug auf die Mietsache verletzt oder den vertragsgemäßen Gebrauch anderer Mieter stört.

3.2 Versorgungssperre bei Friseurgeschäft

Grundsätzlich endet mit der Mietvertragsbeendigung auch die Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 BGB. Allerdings können nach Treu und Glauben einzelne Verpflichtungen des Vermieters noch nach der Vertragsbeendigung bestehen, wozu auch die Pflicht zur Erbringung von Versorgungsleistungen gehören kann.⁵

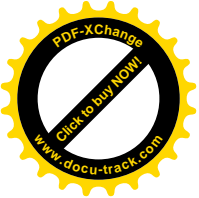
Solche nachvertraglichen Pflichten können sich im Einzelfall aus der Eigenart des - beendeten - Mietvertrages (z.B. Wohnraummiete) oder den besonderen Belangen des Mieters (z.B. Gesundheitsgefährdung oder etwa durch eine Versorgungssperre drohender, besonders hoher Schaden) ergeben.⁶ Eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung würde allerdings allein den Interessen des Mieters dienen. Die trotz beendeten Vertrages aus Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung lässt sich daher nur rechtfertigen, wenn sie auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer Weise zuwiderläuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht. Ist dem Vermieter die Weiterbelieferung nicht zumutbar, so kommt es anders als bei bestehendem Mietvertrag auf den Umfang und die Grenzen eines Zurückbehaltungsrechts nicht an, weil der Vermieter in diesem Fall schon nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist.

Vor diesem Hintergrund soll der Vermieter selbst dann, wenn er aufgrund der Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet sein sollte, nach Treu und Glauben zur Erbringung der Versorgungsleistungen, insbesondere der Wasserversorgung verpflichtet sein, wenn der Mieter vertragsgemäß in den Mieträumen ein Friseurgeschäft betreibt⁷. Da ein Friseurgeschäft ohne Wasser nicht betrieben werden kann, droht dem Mieter bei fehlender Wasserversorgung ein besonders hoher Schaden, zumal wenn der weit überwiegende Anteil der von der Verfügungsklägerin angebotenen Dienstleistungen ohne Wasser nicht erbracht werden kann, so dass der Laden mangels Wasserversorgung geschlossen werden müsste und erhebliche Umsatzeinbußen entstünden.

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

⁶ BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, WuM 2009, 469 = GE 2009, 775 = NJW 2009, 1947 = ZMR 2010, 263.

⁷ KG v. 16.5.2011 – 8 U 2/11, GE 2011, 1082.



Eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung würde zwar 7 allein den Interessen des Mieters dienen. Die trotz beendeten Vertrages aus Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung zur Wasserversorgung ist hier jedoch dadurch gerechtfertigt, dass sie den berechtigten Interessen des Verfügungsbeklagten nicht in einer Weise zuwiderläuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht.

4 Schönheitsreparaturen

4.1 Farbwahl „weiß“ für die Rückgabe

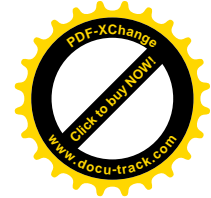
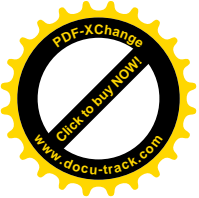
Der Vermieter ist insbesondere vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung daran interessiert, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Deshalb wird überwiegend angenommen, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben.⁸ Diese Interesse erkennt auch der BGH an und hält eine Formalklausel, die dem Mieter eine Beschränkung auf helle, neutrale und deckende Farben einen etwas engeren Rahmen setzt, grundsätzlich für wirksam, soweit sie sich auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezieht und keine Festlegung auf eine spezielle Dekorationsweise enthält.⁹

Davon zu unterscheiden ist aber eine Klausel, die den Mieter am Ende der Mietzeit verpflichten soll, die Räume in weiß gestrichen zurückzugeben.¹⁰ Die Farbvorgabe bezieht sich zwar nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache und erlaubt es dem Mieter somit, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren. Die Einengung der Farbwahl auf nur eine einzige Farbe („weiß“) im Zeitpunkt der Rückgabe schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters aber in einer Weise ein, die nicht durch berechnete Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt. Das berechnete Interesse des Vermieters geht dahin, die Wohnung in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren Interessentenkreises entspricht und eine rasche Weitervermietung ermöglicht. Dieses Interesse erfordert es aber nicht, den Mieter für den Zeitpunkt des Auszugs zwingend auf einen weißen Anstrich fest-zulegen, weil auch eine Dekoration in anderen dezenten Farbtönen eine Weitervermietung nicht erschwert. Für den Mieter hingegen ist ein gewisser Spielraum bei der farblichen Gestaltung auch für den Rückgabezeitpunkt von nicht unerheblichem Interesse, weil er sich dann aus wirtschaftlichen Erwägungen dafür entscheiden kann, schon während der Mietzeit eine Dekoration innerhalb der für den Rückgabezeitpunkt vorgeschriebenen Bandbreite farblicher Gestaltung vorzunehmen, um nicht beim Auszug nur wegen der farblichen Gestaltung eine sonst noch nicht erforderliche Renovierung vornehmen zu müssen.

⁸ LG Hamburg, NZM 1999, 838 - grellgrüne Küche; LG Berlin, GE 1995, 115 und 249 - blau lackierte Türrahmen bzw. farbig gestrichene Heizkörper; LG Aachen, WuM 1998, 596 - farbig lackierte Naturholzrahmen; LG Frankfurt/Main, NZM 2007, 922 - Anstrich mit "rotem Vollton"; *Emmerich*, NZM 2000, 1165, 1161; *Kraemer*, NZM 2003, 417, 421; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 535 Rz. 270; zum Gesichtspunkt der Vertragsverletzung vgl. *Langenberg*, *Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau*, 3. Aufl., S. 137 f.

⁹ BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.

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



4.2 Mieterhöhung nach § 10 WoBindG

8

Der Vermieter ist bei öffentlich gefördertem, preisgebundenem Wohnraum berechtigt, die Kostenmiete einseitig um den Zuschlag nach § 28 Abs. 4 II. BV zu erhöhen, wenn die im Mietvertrag enthaltene Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter unwirksam ist.¹¹ Dem steht auch der Ausschlussstatbestand des § 4 Abs. 1 Satz 1 NMV nicht entgegen.

Auch ein Schadensersatzanspruch der Mieter wegen Verwendung einer unwirksamen Mietvertragsklausel hindert die Mieterhöhung nicht.¹² Zwar kann sich der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwendung unwirksamer Klauseln schadensersatzpflichtig machen, wenn der Vertragspartner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen tätigt.¹³ Darum geht es hier indessen nicht, wenn der Mieter als Schaden den Nachteil geltend macht, dass ihm wegen der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel höhere Aufwendungen entstehen, als es der Fall wäre, wenn sie aufgrund einer wirksamen Klausel die Schönheitsreparaturen in Eigenregie ausführen könnten. Der Mieter hat keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn der Vermieter eine wirksame Schönheitsreparaturklausel verwendet hätte. Die im Falle ihrer Verletzung zum Schadensersatz führende Pflicht des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen geht dahin, die Verwendung unwirksamer Klauseln zu unterlassen; eine positive Pflicht zur Verwendung (wirksamer) Allgemeiner Geschäftsbedingungen trifft ihn dagegen nicht. Der Mieter kann daher nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vermieter die Verwendung der unwirksamen Renovierungsklausel unterlassen hätte. Auch in diesem Fall wäre der Vermieter aber berechtigt gewesen, die Kostenmiete um einen Zuschlag für die Kosten der Schönheitsreparaturen zu erhöhen. Davon abgesehen ist für den von dem Mieter geltend gemachten Schaden die Verwendung der unwirksamen Renovierungsklausel durch den Vermieter nicht kausal, wenn der Vermieter dem Mieter zuvor eine Änderung des Mietvertrages durch Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel angeboten hat. Durch die Annahme dieses Angebots hätte der Mieter die angekündigte Mieterhöhung abwenden und sich die Möglichkeit sichern können, die Schönheitsreparaturen auch künftig kostengünstig in Eigenregie auszuführen.

4.3 Verjährung der Ersatzansprüche des Mieters

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

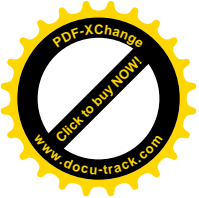
Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass § 548 Abs. 2 BGB auf derartige Ansprüche des Mieters weder direkt noch analog Anwendung finde, sondern die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren maßgeblich sei.¹⁴ Dies wird vor allem damit begründet, dass § 548 Abs. 2 BGB die kurze Verjährung nur für Ansprüche des Mieters wegen Aufwendungen - im Sinne freiwilliger Vermö-

¹¹ BGH v. 24.3.2010 - VIII ZR 177/09, WuM 2010, 296.

¹² BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 6/10, WuM 2011, 112 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 457.

¹³ BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 10 m.w.N.

¹⁴ *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 469 f.; *Blank*, NZM 2010, 97, 102 und WuM 2010, 234 f.; *Jacoby*, ZMR 2010, 335, 338; *Wiek*, WuM 2010, 535, 536 f.; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 70. Aufl., § 548 Rn. 10.



gensopfer - anordne; für Schadensersatzansprüche sowie für Bereicherungsansprüche 9
aufgrund einer Leistungskondition gelte die Vorschrift hingegen nicht. Es bestehe auch
kein Anlass, die Position des vertragstreuen Mieters zu schwächen, der in Unkenntnis der Unwirk-
samkeit der vom Vermieter verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Renovierung aus-
geführt habe.¹⁵ Im Übrigen ergebe sich ein Wertungswiderspruch, weil für Ersatzansprüche des Mie-
ters wegen nachvertraglich getätigter Aufwendungen die Regelverjährung anzuwenden sei.¹⁶
Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsfolge des § 548 Abs. 2 BGB nicht auf Ersatzan-
sprüche des Mieters für während der Mietzeit vorgenommene Schönheitsreparaturen passe, die am
Ende des Mietverhältnisses bereits abgewohnt seien.¹⁷

Die Gegenmeinung sieht Schönheitsreparaturen als "Aufwendungen" im Sinne des § 548 Abs. 2
BGB an und wendet deshalb auf daraus resultierende Ersatzansprüche die kurze Verjährung an.¹⁸
Diese Auffassung stellt vor allem auf den Zweck des § 548 BGB ab, der auf eine möglichst schnelle
Klärung der wechselseitigen Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache gerich-
tet sei. Der Begriff der Aufwendung sei deshalb weit zu verstehen und erfasse sämtliche vermö-
genswerte Maßnahmen, die den Bestand der Mietsache erhalten, wiederherstellen oder verbessern.¹⁹

Der letztgenannten Ansicht folgt der BGH.²⁰ Der VIII. Senat hat bereits zu § 558 BGB a.F., der Vor-
gängervorschrift des jetzigen § 548 BGB, entschieden, dass mit dem damals verwendeten Begriff der
"Verwendungen" alle Aufwendungen zu verstehen sind, die das Grundstück in seinem Bestand ver-
bessern.²¹ Für den Begriff der "Aufwendungen" im jetzigen § 548 BGB gilt nichts anderes, da mit
der entsprechenden Änderung durch das Mietrechtsreformgesetz keine inhaltliche Änderung beab-
sichtigt war.²²

Vom Mieter durchgeführte Schönheitsreparaturen dienen der Verbesserung der Mietsache und sind
deshalb Aufwendungen im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB. Ansprüche, die der Mieter wegen der
Durchführung solcher Arbeiten gegen den Vermieter erhebt, fallen somit unter die kurze Verjährung
des § 548 Abs. 2 BGB. Auf die rechtliche Einordnung des vom Mieter geltend gemachten Anspruchs
kommt es dabei nicht an. Denn die kurze Verjährungsfrist findet auch dann Anwendung, wenn der
Mieter den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nicht oder nicht nur auf gesetzliche Vor-
schriften des Mietrechts stützt, sondern sich auf mietvertragliche Vereinbarungen, Geschäftsführung
ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung beruft.²³

Die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB findet ihre Rechtfertigung zum Einen darin, dass nach
Beendigung des Mietverhältnisses alsbald Klarheit über bestehende Ansprüche im Zusammenhang

¹⁵ *Wiek*, WuM 2010, 535, 537; *Blank*, WuM 2010, 234 f.

¹⁶ *Wiek*, WuM 2010, 535, 537.

¹⁷ *Jacoby*, ZMR 2010, 335, 337.

¹⁸ LG Kassel, NZM 2010, 860, 861 f.; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 548 Rz. 24; *Schmidt-Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 10. Aufl., § 548 BGB Rz. 49; *Staudinger/Emmerich*, *BGB*, Neubearb. 2011, § 548 BGB Rz. 10; *Bamberger/Roth/Ehlert*, 2. Aufl., § 548 BGB Rz. 37; *Roth*, NZM 2011, 62, 64; *Gsell*, NZM 2010, 71, 76; *Lehmann-Richter*, NZM 2009, 761, 763; *Kinne*, GE 2009, 358, 360 f.; *Paschke*, WuM 2008, 647, 652; *Klimke/Lehmann-Richter*, WuM 2006, 653, 655.

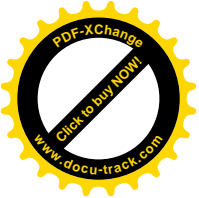
¹⁹ *Schmidt-Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 10. Aufl., § 548 BGB Rz. 48

²⁰ BGH v. 4.5.2011 – VIII ZR 195/10, MDR 2011, 777 = WuM 2011, 363 = GE 2011, 813 = NZM 2011, 452.

²¹ BGH v. 2.10.1985 - VIII ZR 326/84, NJW 1986, 254 unter 2 a.

²² vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

²³ BGH v. 13.2.1974 - VIII ZR 233/72, NJW 1974, 743 unter III.



mit dem Zustand der Mietsache erreicht werden soll.²⁴ Zum Anderen dient die in § 548 Abs. 2 BGB getroffene Spezialregelung auch dem Zweck, das laufende Mietverhältnis nicht unnötig mit Auseinandersetzungen zu belasten.²⁵ Hieraus folgt, dass sämtliche Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung von Schönheitsreparaturen gegen den Vermieter erhebt, nach § 548 BGB und nicht nach §§ 199, 195 BGB verjähren, mithin auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 BGB (Leistungskondiktion), der dem Mieter, der aufgrund einer unwirksamen Vertragsklausel renoviert hat, nach der Rechtsprechung des Senats zusteht.²⁶ Auch für einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB, der bei schuldhafter Verwendung unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln in Betracht kommen kann, findet die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB Anwendung.

*Die kurze Verjährung gilt auch für den Zahlungsanspruch des Mieters aus § 812 BGB, der sich daraus ergibt, dass er an den Vermieter zum Ausgleich der vermeintlichen Renovierungspflicht einen Geldbetrag bezahlt.*²⁷

5 Miete

5.1 Zahlung im Lastschriftverfahren

Im Formularvertrag kann vereinbart werden, dass die Miete durch Bankeinzugsverfahren zu zahlen ist. Die Zahlung durch Teilnahme am Abbuchungsverfahren ist formularvertraglich nicht vereinbar.²⁸ Die formalmäßige Verpflichtung zur Einzugsermächtigung ist zulässig. Gleichwohl kann die Klausel unwirksam werden, wenn sie mit einer Regelung kombiniert ist, nach der der Vermieter Zahlungen des Mieters beliebig verrechnen darf (Verstoß gegen das Transparenzgebot)²⁹ oder den Mieter über seine Widerrufsmöglichkeit nicht aufklärt.³⁰ Berechtigt die Klausel den Vermieter auch zum Einzug von Einmalzahlungen (z.B. Betriebskostennachforderungen),³¹ muss sie die Möglichkeit vorsehen, dass zwischen Zugang der Rechnung und dem Einzug des Rechnungsbetrages mindestens 5 Werktage liegen. Denn nach Auffassung des BGH benötigt ein Kunde diese Zeit, um die Rechnung zu prüfen und ggf. für ausreichende Deckung des Kontos zu sorgen.³²

Erfolgt die Zahlung im Lastschrifteinzugsverfahren, kann der Lastschrift solange widersprochen werden, wie der Schuldner (Mieter) die Abbuchung nicht genehmigt hat (sog. Genehmigungstheorie³³). Erfolgt der Widerruf nach Ablauf von sechs Wochen, muss die Bank des Schuldners die Zahlung seinem Konto erst gutschreiben, wenn sie eine Erstattung von der Gläubigerbank erhalten hat. Vorher erfolgt die Erstattung allein aufgrund des Widerspruchs.

²⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

²⁵ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NZM 2008, 519 Rn. 16; *Gsell*, NZM 2010, 71, 77.

²⁶ vgl. BGH v. 27.5.2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rz. 24.

²⁷ LG Berlin v. 11.3.2011 – 63 S 277/10, WuM 2011, 10.

²⁸ LG Köln, WuM 1990, 380; AG Köln, WuM 2000, 209; AG Freiburg, WuM 1987, 51

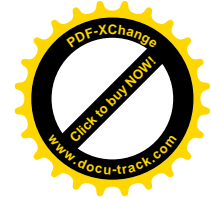
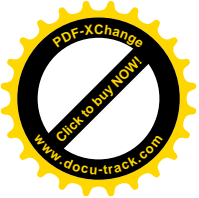
²⁹ LG Köln v. 16.5.2002- 1 S 205/01, NZM 2002, 780.

³⁰ LG Frankfurt/O. v. 22.7.2003 – 12 O 58/03, ZMR 2003, 741.

³¹ *Börstinghaus*, NZM 2003, 829, 831.

³² BGH v. 23.1.2003 – III ZR 54/02, NZM 2003, 367.

³³ BGH v. 26.10.2010 – XI ZR 562/07, BGHZ 186, 269 Rz. 11 m.w.N.

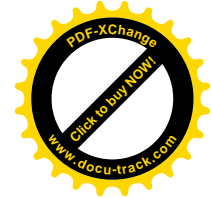


Die den Widderspruch ausschließende Genehmigung kann auch konkludent erteilt werden. Eine solche Genehmigung kommt dann in Betracht, wenn es sich für die Zahlstelle erkennbar um regelmäßig wiederkehrende Lastschriften aus Dauerschuldverhältnissen, laufenden Geschäftsbeziehungen oder zum Einzug von wiederkehrenden Steuervorauszahlungen und Sozialversicherungsbeiträgen handelt, die der Kontoinhaber in der Vergangenheit bereits einmal genehmigt hat. Erhebt der Schuldner in Kenntnis eines erneuten Lastschrifteinzugs, der sich im Rahmen des bereits Genehmigten bewegt, gegen diesen nach einer angemessenen Überlegungsfrist keine Einwendungen, kann auf Seiten der Zahlstelle die berechtigte Erwartung entstehen, auch diese Belastungsbuchung solle Bestand haben. Eine solche Annahme ist vor allem deshalb gerechtfertigt, weil die Zahlstelle beim Einzugsermächtigungsverfahren in der derzeitigen rechtlichen Ausgestaltung zwar einerseits - für den Kontoinhaber erkennbar - auf seine rechtsgeschäftliche Genehmigungserklärung angewiesen ist, um die Buchung wirksam werden zu lassen, das Verfahren aber andererseits darauf ausgelegt ist, dass der Kontoinhaber keine ausdrückliche Erklärung abgibt. In einer solchen Situation sind an eine Genehmigung durch schlüssiges Verhalten keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Konto im unternehmerischen Geschäftsverkehr geführt wird. In diesem Fall kann die Zahlstelle damit rechnen, dass die Kontobewegungen zeitnah nachvollzogen und überprüft werden³⁴.

Gleiches gilt im Grundsatz auch bei Lastschriftabbuchungen vom Konto eines Verbrauchers, denen wiederkehrende und im Wesentlichen gleichbleibende Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen zugrunde liegen³⁵. Wie bei einem Unternehmer ist bei einem Verbraucher für eine konkludente Genehmigung zunächst erforderlich, dass der Kontoinhaber den die Belastungsbuchung ausweisenden Kontoauszug bzw. eine entsprechende elektronische Kontomitteilung erhalten hat. Wie bei einem Unternehmer kommt es auch bei einem Verbraucher auf die Umstände des Einzelfalls an, um die Frage beantworten zu können, ab welchem Zeitraum nach Erhalt des Kontoauszugs bzw. der Kontomitteilung die kontoführende Bank von einer konkludenten Genehmigung der daraus ersichtlichen Lastschriftabbuchungen ausgehen kann. Anders als bei einem Unternehmer kann die kontoführende Bank aber bei einem Verbraucher nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Kontobewegungen zeitnah nachvollzogen und überprüft werden. Bei einem Verbraucher muss vielmehr anhand konkreter Anhaltspunkte für die Bank erkennbar sein, dass der Kontoinhaber die Überprüfung vorgenommen hat. Erst dann und nach Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist kann sie davon ausgehen, dass er keine Einwendungen gegen die aus dem Kontoauszug ersichtlichen Buchungen erhebt. In der Regel kann die Bank aber spätestens dann, wenn der Verbraucher bei monatlichen und im wesentlichen gleich hohen Lastschriftabbuchungen bereits Kontoauszüge über bzw. die Mitteilung von zwei Folgeabbuchungen erhalten hat, davon ausgehen, dass in Bezug auf die mindestens zwei Monate zurückliegende Abbuchung keine Einwendungen erhoben werden.

³⁴ vgl. BGH v. 20.7.2010 - XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269 Rz. 48; BGH v. 26.10.2010 - XI ZR 562/07, WPM 2010, 2307 Rz. 21; BGH v. 23.11.2010 - XI ZR 370/08, WPM 2011, 63 Rz. 16; BGH v. 25.1.2011 - XI ZR 171/09, WPM 2011, 454 Rz. 20; BGH v. 1.3.2011 - XI ZR 320/09, WPM 2011, 743 Rz. 13.

³⁵ BGH v. 3.5.2011 - XI ZR 152/09, GE 2011, 1078.



Auch bei einem Verbraucher kann regelmäßig eine konkludente Genehmigung nach den Umständen des Einzelfalls gegeben sein, wenn in Kenntnis erfolgter Abbuchungen zeitnah durch konkrete Einzahlungen oder Überweisungen eine Kontodeckung für weitere Dispositionen sichergestellt wird³⁶.

12

5.2 Aufrechnungsverbot

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

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

Der BGH³⁷ hält die Klausel entgegen einer vielfach in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte vertretenen Auffassung³⁸ gemäß § 9 Abs. 1 AGBG (= § 307 BGB) für unwirksam. Denn sie benachteiligt den Vertragspartner des verwendenden Architekten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Eine solche Benachteiligung liegt vor, wenn der Besteller durch das Verbot der Aufrechnung in einem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrages gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen³⁹. Denn hierdurch würde in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Besteller unzumutbarer Weise eingegriffen.

Die synallagmatische Verknüpfung der Werklohnforderung mit der Forderung auf mangelfreie Erfüllung des Vertrages findet zunächst ihren Ausdruck in einem Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers im Falle einer mangelhaften oder nicht fertig gestellten Leistung, § 320 Abs. 1 BGB. Der Besteller kann sich im Prozess mit dem Leistungsverweigerungsrecht verteidigen mit der Folge, dass die Werklohnforderung ganz oder teilweise nicht durchsetzbar ist. Dies kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen werden (§ 11 Nr. 2a AGBG, § 309 Nr. 2a BGB). Es wäre ein nicht hinnehmbares Ergebnis, wenn eine aus dem Leistungsverweigerungsrecht erwachsene auf Zahlung gerichtete Gegenforderung dazu führen würde, dass der Werklohn nunmehr durchsetzbar ist⁴⁰.

Aus diesen Gründen hat der BGH bereits entschieden, dass ein Vorbehaltsurteil grundsätzlich nicht erlassen werden darf, wenn damit eine Werklohnforderung zugesprochen wird und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten oder der Fertigstellungsmehrkosten dem Nachverfahren vorbehalten werden. Dies würde nämlich zu einer vorübergehenden Aussetzung der Wirkung einer materiell-rechtlich begründeten Aufrechnung führen und hätte zur Folge, dass der Kläger einen Titel über eine Forderung erhält, die tatsächlich infolge der Aufrechnung nicht besteht. Diese Wirkung ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn der Besteller gegenüber einer Werklohn-

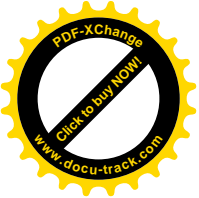
³⁶ vgl. BGH v. 26.10.2010 - XI ZR 562/07, WPM 2010, 2307 Rz. 23; BGH v. 23.11.2010 - XI ZR 370/08, WPM 2011, 63 Rz. 20; BGH v. 25.1.2011 - XI ZR 171/09, WPM 2011, 454 Rz. 21; BGH v. 22.2.2011 - XI ZR 261/09, WPM 2011, 688 Rz. 24 f.

³⁷ BGH v. 7.4.2011 - VIII ZR 209/07, ZMR 2004, 541 mit Anm. Niebling, ZMR 2011, 620.

³⁸ OLG Hamm, BauR 2004, 1643, 1645 m.w.N.

³⁹ vgl. BGH v. 23.6.2005 - VII ZR 197/03, BGHZ 163, 274, 279; OLG Frankfurt, OLGR 2008, 665; Hensen in Ulmer/Brander/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 309 Nr. 3 BGB Rz. 7 m.w.N.; Kessen, BauR 2005, 1691, 1693 ff.

⁴⁰ vgl. BGH v. 24.11.2005 - VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134, 137.



forderung mit Ansprüchen aufrechnet, die dazu dienen, das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung herzustellen⁴¹. 13

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

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

Es kann dahinstehen, ob der Ausschluss der Möglichkeit der Aufrechnung mit Ansprüchen, die nicht auf die Fertigstellungsmehrkosten oder die Mängelbeseitigungskosten des Architektenwerkes gerichtet sind, zulässig wäre. Denn jedenfalls umfasst die Klausel alle Gegenansprüche unterschiedslos. Sie kann nicht hinsichtlich des Ausschlusses der Aufrechnung von unbedenklichen Gegenforderungen aufrechterhalten werden⁴². Dies ist wegen des für Allgemeine Geschäftsbedingungen allgemein zu beachtenden Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion⁴³ unmöglich. Somit fehlt es in jedem Fall an einem wirksam vereinbarten Ausschluss der Aufrechnung auch insoweit, als es um solche Schadensersatzansprüche geht, wie sie hier von den Beklagten geltend gemacht werden.

Für die Gewerberaummieta besteht eine gegenläufige Rechtsprechung⁴⁴. Diese wird als überholt angesehen⁴⁵.

5.3 Vorfälligkeit in Altmietverträgen

Wegen Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB gilt für die Fälligkeit der Miete bei Verträgen, die vor dem 1.9.2001 geschlossen wurden, nach wie vor § 551 Abs. 1 BGB a.F. Danach ist die Miete grundsätzlich (monatlich) nachträglich zu entrichten. Es entsprach aber einer fast allgemeinen Praxis, im Mietvertrag sog. Vorfälligkeitsklauseln zu regeln, die bestimmten, dass die Miete monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag zu leisten sei. Derartige Klauseln waren nach § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1 BGB) unwirksam, wenn gleichzeitig eine Klausel die Aufrechnung auf unbestrittene oder

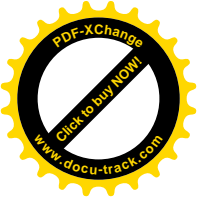
⁴¹ BGH v. 24.11.2005 - VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134; BGH v. 27.9.2007 - VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = ZfBR 2008, 39.

⁴² vgl. *Kessen*, BauR 2005, 1691, 1695 f.

⁴³ st. Rspr., vgl. zuletzt BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 86/10, NJW 2011, 597 Rz. 16.

⁴⁴ BGH v. 20.6.1984 - VIII ZR 337/82, MDR 1985, 50 = NJW 1984, 2405 = ZMR 1985, 60, 63; OLG Düsseldorf, ZMR 1997, 466, 467.

⁴⁵ *Niebling*, ZMR 2011, 620.



rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkte.⁴⁶ Denn dadurch wird das Insolvenzrisiko auf den Mieter in unangemessener Weise überbürdet, weil er wegen seines Rückforderungsanspruchs, der aus einem Mangel im laufenden Monat nach der vorfälligen Zahlung entsteht, auf den Klageweg angewiesen ist. 14

Eine derartige, den Mieter unangemessen benachteiligende und deshalb zur Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel führende Kombination von Aufrechnungsklausel und Vorauszahlungsklausel liegt aber nicht vor, wenn die verwendete Aufrechnungsklausel lediglich verlangt, dass der Mieter die Absicht der Aufrechnung einen Monat vor der Fälligkeit der Miete anzeigt⁴⁷. Damit wird der Mieter nämlich nicht wegen einer Minderung auf den Klageweg verwiesen. Zwar kann er bei einem im laufenden Monat nach Zahlung der Miete erstmals auftretenden Mangel die Minderung für diesen Monat erst bei der Mietzahlung für den übernächsten Monat berücksichtigen, weil er die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch wegen der im Hinblick auf die Minderung überzahlten Miete zunächst mit der vereinbarten Monatsfrist ankündigen muss. Eine bloße Verschiebung des Minderungsrechts um ein oder zwei Monate stellt aber keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar⁴⁸.

5.4 Änderung der Mietstruktur im preisgebundenen Wohnraum

Der Vermieter von preisgebundenem Wohnraum konnte zunächst die Betriebskosten in die Durchschnittsmiete einrechnen. Diese Möglichkeit ist auf Grund der am 1. Mai 1984 in Kraft getretenen Änderung des § 20 NMV mit Ablauf der Übergangsfrist des § 25b NMV (31. Dezember 1985) entfallen. Seither kann der Vermieter preisgebundenen Wohnraums Betriebskosten nur als gesondert abzurechnende Kosten auf den Mieter abwälzen. Insoweit kann die bisherige Mietstruktur für die Zukunft vom Vermieter durch einseitige Erklärung nach § 10 WoBindG geändert werden, indem er die bisher in der Grundmiete enthaltenen Betriebskosten herausrechnet und diesen Betrag als Vorauszahlung auf die nunmehr zwingend abzurechnenden Betriebskosten erhebt.⁴⁹

Einem Vermieter preisgebundenen Wohnraums ist danach generell die Möglichkeit zur Erhöhung der Miete eröffnet, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines geringeren als des nach dem Gesetz zulässigen Entgelts verpflichtet ist.⁵⁰ Dies schließt die Möglichkeit ein, Betriebskosten, deren Umlage im Mietvertrag nicht vereinbart ist, generell durch Erklärung nach § 10 Abs. 1 WoBindG für die Zukunft auf den Mieter umzulegen. Hierzu genügt die Übermittlung einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung. Denn aus einer solchen Erklärung kann der Mieter ersehen, welche Betriebskosten der Vermieter nunmehr geltend macht und mit welchen Kosten er insoweit für die Zukunft rechnen muss.⁵¹ Zur Umstellung der Mietstruktur dahin, dass die Kläger die Betriebskosten im Sinne von § 27 II. BV gesondert zu tragen haben, bedarf es deshalb nicht notwendig einer entsprechenden Vereinbarung der Mietvertragsparteien. Vielmehr kann die Umstellung, da die Übergangsregelung des § 25b NMV mit keiner Ausschlussfrist verbunden war, auch schon dadurch erfolgen, dass der Vermieter im Zusammenhang mit einer Erklärung über die Änderung der Miethöhe dem

⁴⁶ BGH v. 26.10.1994 - VIII ARZ 3/94, WuM 1995, 28 = MDR 1995, 142 = ZMR 1995, 60.

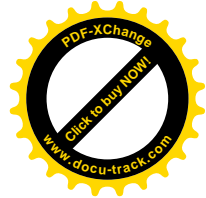
⁴⁷ BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 191/10, NZM 2011, 579.

⁴⁸ BGH v. 14.11.2007 - VIII ZR 337/06, WuM 2008, 152 Rz. 15.

⁴⁹ BGH v. 14.4.2010 - VIII ZR 120/09, NJW 2010, 1744 Rz. 14 m.w.N.

⁵⁰ BGH v. 16.3.2011 - VIII ZR 121/10, WuM 2011, 280 = GE 2011, 10.

⁵¹ BGH v. 14.4.2010 - VIII ZR 120/09, NJW 2010, 1744 Rz. 15 m.w.N.



Mieter unter Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV den Umfang der umzulegenden Betriebskosten und die Höhe der ungefähr zu erwartenden Kosten durch den Gesamtbetrag der geforderten Vorauszahlungen mitteilt.⁵² Hierzu reicht es aus, dass der Vermieter diese Kosten abweichend von der im Mietvertrag ursprünglich getroffenen Vereinbarung in einer Zeit, in der die Wohnungsbindung (noch) bestanden hat, umlegte und gegenüber dem Vermieter abrechnete.

6 Gewährleistung

6.1 Mangel aus der Sphäre des Mieters

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

Dieser Mangel führte jedoch nicht zu einer Minderung der Miete gemäß § 536 BGB.⁵³ Eine Minderung ist ausgeschlossen, wenn ein Mangel der Sphäre des Mieters zuzurechnen ist.⁵⁴ Die Unterbrechung der Anschlussnutzung und die physische Trennung der Entnahmestelle der Wohnung des Mieters vom Netz erfolgte auf eine entsprechende Mitteilung des Versorgers des Mieters, weil der Mieter sich weigerte, dem Versorger die Kosten für die vorausgegangene Sperrung und Entsperrung des Anschlusses in Höhe von 89,50 € zu erstatten, die wegen eines Zahlungsrückstands des Mieters gegenüber dem Versorger entstanden waren. Diese Vorgänge rühren ausschließlich aus dem Strombelieferungsverhältnis des Mieters mit seinem Versorger her und sind seiner Sphäre, nicht der Risikosphäre des Vermieters zuzurechnen.

6.2 Mangel durch Nichtrauchergesetz?

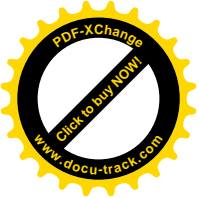
Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs.1 S. 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Mangel in Betracht kommen können⁵⁵. Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Mietobjekts entgegenstehen, begründen allerdings nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Be-

⁵² vgl. BGH v. 23.2.2010 - VIII ZR 199/09, WuM 2010, 294 Rz. 5.

⁵³ BGH v. 15.12.2010 - VIII ZR 113/10, WuM 2011, 97 = GE 2011, 261 = NZM 2011, 198 = ZMR 2011, 371.

⁵⁴ MünchKomm/Häublein, 5. Aufl., § 536 BGB Rz. 32 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rz. 572.

⁵⁵ BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 900; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1715.



schaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben⁵⁶. 16

Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Mietverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Mietobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB begründen⁵⁷. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Mieters⁵⁸. Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt bei der Gewerberaummietae dagegen grundsätzlich der Mieter⁵⁹. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters aufgrund eines nachträglich eintretenden Umstandes nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Das gilt auch in Fällen, in denen es durch nachträgliche gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Mieters kommt.

Unter diesen Voraussetzungen führt das durch das Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz eingeführte Rauchverbot in öffentlichen Gaststätten nicht zu einem Mangel des Mietgegenstandes im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB⁶⁰.

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

⁵⁶ vgl. BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 124 Rz. 34; BGH v. 24.10.2007 - XII ZR 24/06, ZMR 2008, 274; BGH vo.2.3.1994 - XII ZR 175/92, ZMR 1994, 253, 254; BGH v. 23.9.1992 - XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226; BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, WuM 1992, 583, 585; BGH v. 22.6.1988 - VIII ZR 232/87, NJW 1988, 2664.

⁵⁷ vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 63.

⁵⁸ Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Miet- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 200.

⁵⁹ vgl. BGH v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901; BGH v. 26.5.2004 - XII ZR 149/02, NJW-RR 2004, 1236; BGH v. 19.7.2000 - XII ZR 176/98, NJW-RR 2000, 1535, 1536; BGH v. 16.2.2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1716; BGH v. 29.9.1999 - XII ZR 313/98, NZM 2000, 36, 40.

⁶⁰ BGH v. 13.7.2011 - XII ZR 189/09, ■.



Das gesetzliche Rauchverbot bezieht sich folglich auf die Art und Weise der Betriebs- 17
führung des Mieters oder Mieters, betrifft also nur dessen betriebliche Verhältnisse⁶¹.

Für die Betriebsbezogenheit der Gebrauchseinschränkung spricht zudem, dass sich das Verbot primär an die Personen richtet, die sich in den betroffenen Einrichtungen aufhalten (vgl. § 1 Abs. 2 N RauchSchG RP) und der Betreiber der Einrichtung nur als mittelbarer Adressat des Verbots für dessen Umsetzung und Einhaltung verantwortlich ist, vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 N RauchSchG RP⁶².

Bei dem Erlass des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz handelt es sich daher um eine Gesetzesänderung, die, vergleichbar einer nachträglichen Änderung der Sperrzeit⁶³, allein in das wirtschaftliche Risiko des Mieters fällt⁶⁴.

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

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

Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache während der Mietzeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Im Rahmen dieser Verpflichtung muss der Vermieter sämtliche Maßnahmen vornehmen, die erforderlich sind, um dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen⁶⁵. Diese Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht kann dazu führen, dass ein Vermieter bei einer Änderung öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die Vornahme geeigneter baulicher Veränderungen des Mietgegenstands einen Zustand schaffen muss, der dem Mieter den weiteren vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache ermöglicht⁶⁶. Allerdings ist auch im Rahmen der § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die gesetzliche Risikoverteilung zwischen Vermieter und Mieter zu berücksichtigen. Deshalb darf auf diesem Weg das Verwendungsrisiko des Mieters nicht auf den Vermieter abgewälzt werden. Handelt es sich bei der Gebrauchsbeschränkung um die Folge einer Gesetzesänderung, die - wie im vorliegenden Fall - an die betrieblichen Verhältnisse des Mieters anknüpft, ist der Vermieter für die aufgetretene Störung schon deshalb nicht verantwortlich, weil diese ihre Ursache dann nicht in dem Zustand oder der Beschaffenheit der Mietsache hat⁶⁷.

⁶¹ vgl. *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. 264 a; *Gerber/Eckert*, Gewerbliches Miet- und Mietrecht, 7. Aufl., Rz. 259; *Paschke* NZM 2008, 265.

⁶² so auch OLG München, NJW 2010, 1297.

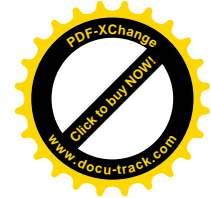
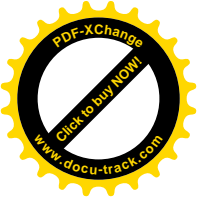
⁶³ vgl. *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 60.

⁶⁴ vgl. *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Miet- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 200; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 535 BGB Rz. 463; *Hannemann/Wiegner/Lehr*, Münchner Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl., § 54 Rz. 73; *Staudinger/Emmerich*, [2010], § 536 BGB Rz. 20; *Palandt/Weidenkaff*, 70. Aufl., § 536 BGB Rz. 19; *Grühn* in *jurisPK-BGB*, 5. Aufl., 2010, § 581 BGB Rz. 86.

⁶⁵ *Palandt/Weidenkaff*, 70. Aufl., § 535 BGB Rz. 36.

⁶⁶ vgl. etwa BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267; BGH v. 4.4.1979 - VIII ZR 118/78, NJW 1979, 2351.

⁶⁷ vgl. BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267.



6.3 Flächenabweichung

6.3.1 Berechnung der Minderung bei Möblierung

Die Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % stellt einen Mangel der Mietsache dar, der den Mieter gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Minderung der Miete in dem Verhältnis berechtigt, in dem die tatsächliche Wohnfläche die vereinbarte Wohnfläche unterschreitet.⁶⁸

Eine Minderung wird nicht etwa deshalb geringer, weil die vermietete Wohnung möbliert ist.⁶⁹ Der Auffassung, bei einer vollständig möblierten und auch im Übrigen vollständig mit Hausrat eingerichteten Wohnung sei das Maß der Beeinträchtigung bei einer erheblichen Wohnflächenabweichung nicht mit dem Maß der Wohnflächenabweichung identisch, ist nicht zu folgen. Die von einer Wohnflächenabweichung ausgehende Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit ist nicht deshalb geringer zu veranschlagen, weil trotz der geringeren Fläche die für eine Haushaltsführung benötigten Einrichtungsgegenstände vollständig untergebracht werden können. Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB ist grundsätzlich die Bruttomiete einschließlich einer Nebenkostenpauschale oder einer Vorauszahlung auf die Nebenkosten.⁷⁰ Daran ändert die Möblierung der Wohnung jedenfalls dann nichts, wenn der Mietwert der Wohnungseinrichtung Teil der Kalkulation der Nettokaltmiete gewesen ist, also im Mietvertrag besonders hervorgehoben wurde, dass sich die Grundmiete u.a. aus der Abschreibung der Möbel zusammensetzt.

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

6.3.2 Verjährung von Altansprüchen

Nach Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts am 1. Januar 2002 unterfällt der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB wegen überzahlter Miete der Regelverjährung des § 195 BGB. Da diese Verjährungsfrist kürzer ist als die bis zum 1. Januar 2002 geltende vierjährige Verjährung des § 197 BGB a.F., ist sie gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 BGB vom 1. Januar 2002 an zu berechnen, soweit nicht der Verjährungsbeginn gemäß § 199 Abs. 2 Nr. 2 BGB hinausgeschoben ist⁷¹. Hat der Mieter erst im Jahr 2007 Kenntnis von der Wohnflächenabweichung erhalten, wäre sein Ansprüche nach neuem Recht nicht verjährt, wenn er im Jahre 2010 Klage eingereicht hat.

Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB bleibt es jedoch bei dem Ablauf der Verjährung nach früherem Recht, wenn die nach altem Recht längere Frist früher abläuft als die kürzere Frist nach neuem Recht. Dies ist hier der Fall⁷². Insoweit kommt es für den Beginn der Verjährung nach § 197 BGB a.F. nicht auf die Kenntnis des Gläubigers an. Denn gemäß §§ 201, 198 BGB a.F. beginnt die Ver-

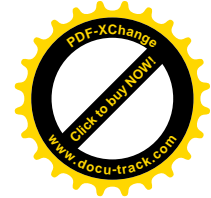
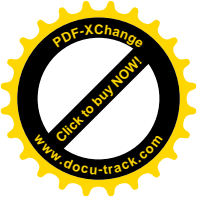
⁶⁸ BGH v. 10.3.2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rz. 8, 11 f.; BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14; jeweils m.w.N.

⁶⁹ BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 209/10, GE 2011, 542 = WuM 2011, 213 = ZMR 2011, 542.

⁷⁰ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 unter II 1 a.

⁷¹ BGH v. 23.1.2007 - XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 Rz. 18 ff.

⁷² BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 30/10, GE 2011, 1018.



jähung der in § 197 BGB a.F. bezeichneten Ansprüche mit dem Schluss des Jahres, in 19
welchem die Forderung entstanden ist, hier also jeweils im Zeitpunkt der Überzahlung.

Damit hat die Verjährung der Rückforderungsansprüche des Mieters bezüglich der im Jahr 2000 (bzw. 2001) überzahlten Miete nach altem Recht mit dem Ablauf des Jahres 2000 (bzw. 2001) begonnen und ist Ende 2004 (bzw. Ende 2005) - mithin früher als die Verjährung nach neuem Recht - abgelaufen.

6.4 Verrechnung der Minderung auf die laufende Miete

In seinem Urteil vom 20. Juli 2005⁷³ hatte der BGH ausgeführt, dass ein Betrag, den der Mieter wegen einer von ihm beanspruchten Minderung von der monatlichen Miete einbehält, anteilig sowohl auf die Nettomiete als auch auf die geschuldete Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden würde.

Indem er dies als entscheidungserheblich in Abrede stellt,⁷⁴ hebt er hervor, dass er sich in dieser Entscheidung allein für die Wohnraummiete der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs angeschlossen habe, nach der die Bruttomiete (Miete einschließlich aller Nebenkosten) Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB sei und dies unabhängig davon gelte, ob die Nebenkosten als Pauschale oder als Vorauszahlung geschuldet werden.⁷⁵

Nunmehr vertritt er die Auffassung, dass es einer solchen Aufteilung des Minderungsbetrages auch nicht, um im Falle vereinbarter Betriebskostenvorauszahlungen etwaige Nachforderungen des Vermieters oder Guthaben des Mieters in der Jahresabrechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der Minderung korrekt berechnen zu können.⁷⁶ Da sich die Minderung, soweit sie gerechtfertigt ist, auf die Gesamtmiete einschließlich aller Nebenkosten bezieht, kann erst aufgrund der Jahresabrechnung der Betriebskosten abschließend ermittelt werden, ob hinsichtlich der Gesamtmiete unter Berücksichtigung der gerechtfertigten Minderung noch eine Nachforderung des Vermieters oder ein Guthaben des Mieters besteht. Dafür ist es unerheblich, ob und gegebenenfalls wie die monatlich einbehaltenen Beträge auf die Nettomiete einerseits und die Betriebskostenvorauszahlung andererseits angerechnet werden. Für das rechnerische Gesamtergebnis spielt es keine Rolle, ob der monatliche Minderungsbetrag ausschließlich auf die Nettomiete angerechnet wird, oder ob eine anteilige Anrechnung der Minderung sowohl auf die Nettomiete als auch auf die Betriebskostenvorauszahlung stattfindet.

Es könne dahinstehen, ob ein monatlicher Minderungsbetrag in entsprechender Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB nur auf die Nettomiete anzurechnen sei und nicht auf die geschuldete Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden dürfe.⁷⁷ Denn es handele sich hierbei um ein Scheinproblem. Immerhin führten die unterschiedlichen Anrechnungsweisen zum gleichen Ergebnis führen. Lediglich Gesichtspunkte der Praktikabilität und der Übersichtlichkeit könnten dafür sprechen, dass der Vermieter den Minderungsbetrag ausschließlich bei der Nettomiete verbucht. Dies führt insofern zu

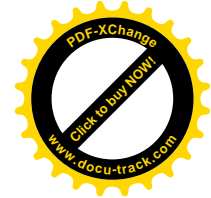
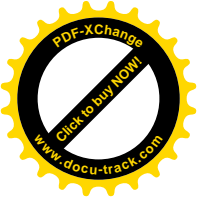
⁷³ BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773.

⁷⁴ BGH v. 13.4.2011 - VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625.

⁷⁵ BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6 ff.

⁷⁶ BGH v. 13.4.2011 - VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625.

⁷⁷ so: Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl., § 536 BGB Rz. 350 ff., 360; wohl auch *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummierte, 5. Aufl., G Rz. 162.



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

6.5 Verschuldenshaftung

Für das Verschulden ist sehr häufig darauf abzustellen, inwieweit dem Vermieter eine Überprüfungspflicht trifft. Hierbei ist zu untersuchen, inwieweit z.B. Unfallverhütungsvorschriften, die anerkannten Regeln der Technik oder sonstige Bestimmungen verlangen, dass der Vermieter Einzelteile der Mietsache regelmäßig inspiziert.⁷⁸ Hinsichtlich des Gebäudes wird eine regelmäßige Prüfungspflicht im Abstand von zwei Jahren angenommen. Bei Installationen, die sich in den Mieträumen befinden und von außen nicht leicht überprüft werden können und nicht besonders gefährlich sind, kann der Vermieter von einer regelmäßigen Überprüfung absehen und sich darauf verlassen, dass evtl. Schäden von den Mietern rechtzeitig angezeigt werden.⁷⁹

Deshalb steht dem Mieter gegen den Vermieter Beklagten kein Schadensersatzanspruch wegen des Austritts von Ruß in seiner Mietwohnung zu⁸⁰. Denn der Vermieter ist im Rahmen seiner Instandhaltung- und Verkehrssicherungspflicht nicht gehalten, ordnungsgemäß installierte Öfen in der Wohnung des Mieters ohne besonderen Anlass einer regelmäßigen Kontrolle, etwa im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit und Dichtigkeit der Wandanschlüsse, zu unterziehen. Ähnlich wie bei der Elektroinstallation in der Wohnung des Mieters reicht es - soweit nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen - aus, wenn auftretende Unregelmäßigkeiten oder vom Mieter angezeigte Mängel unverzüglich von einem Fachmann abgestellt werden.

6.6 Minderungsausschluss in der Gewerberaummiete

Ein Minderungsausschluss ist bei Gewerberaummietverträgen in dem Umfang zulässig, dass die Minderung im Kern erhalten bleiben muss⁸¹. Der Automatismus der Minderung kann daher ausgeschlossen werden; es muss aber der Rückforderungsanspruch erhalten bleiben.

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

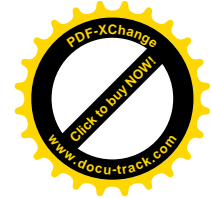
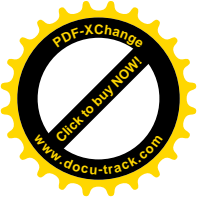
Gegen diese Vereinbarung hat das OLG Düsseldorf Bedenken.⁸² Es entspreche es einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass sich nur derjenige auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen darf, der sich selbst vertragstreu verhalten hat. Insbesondere dürfe kein Leistungsverzug vorliegen.⁸³

⁷⁸ OLG Hamm, VersR 1981, 1161, 1162; LG Berlin, GE 1996, 322; LG Köln in *Lützenkirchen*, KM 30 Nr. 7.

⁷⁹ AG Köln in *Lützenkirchen*, KM 30 Nr. 20.

⁸⁰ BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 310/10, GE 2011, 1013.

⁸¹ BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/05, ZMR 2008, 693.



7 Schriftform

21

7.1 Vertretung der GbR

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist es zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB erforderlich, dass sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Vertragsverhältnisses aus der Urkunde ergeben. Werden Teile der wesentlichen Vertragsbedingungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, ist die Schriftform nur gewahrt, wenn die Anlagen im Mietvertrag so genau bezeichnet sind, dass deren zweifelfreie Zuordnung zum Mietvertrag möglich ist; eine körperliche Verbindung der einzelnen Bestandteile ist dann nicht erforderlich⁸⁴.

Zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB gehört auch, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist⁸⁵. Diese Frage ist allerdings streng von derjenigen der Vertretungsmacht/Vertretungsbefugnis zu trennen, denn für die Einhaltung der Schriftform kommt es nicht darauf an, ob der für die Partei Unterzeichnende zur Vertretung der Partei befugt war; die Vollmacht selbst muss aus dem Vertrag nicht ersichtlich sein.⁸⁶ Ob der Mietvertrag mit der Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder er ob er mangels gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsbefugnis des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung durch die von ihm vertretene Partei bedarf (§ 177 BGB), betrifft nicht die Schriftform, sondern die Wirksamkeit des Vertragsschlusses. § 550 BGB will den Erwerber aber nur über den Inhalt eines (möglicherweise) kraft Gesetzes auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob ein wirksamer Vertrag vorliegt⁸⁷.

Die Unterschrift unter den Vertrag soll den Aussteller erkennbar machen⁸⁸. Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien geleistet worden sind. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften auch für und in Vertretung der anderen Vertragsparteien zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien diesen unterschrieben haben. Das hat der Bundesgerichtshof für die Gesellschafter einer GbR⁸⁹ und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft⁹⁰ entschieden. Ein Vertretungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat. Auch dann ist aus der bloßen Unterschrift noch nicht ersichtlich, ob der

⁸² OLG Düsseldorf v. 24.6.2010 – 24 U 210/09, ZMR 2011, 380.

⁸³ vgl. Palandt/*Grüneberg*, 70. Aufl., § 320 BGB Rz. 6 f.

⁸⁴ vgl. BGH, NJW 1999, 1104, 1105, Tz. 18; BGH, NJW 2591, 2592, Tz. 28; BGH, NJW 2000, 354; BGH, NJW 2003, 1248 f. = NZM 2003, 281 f.; BGH, NJW 2008, 482 f., Tz. 20 f.; BGH, NJW 2007, 3202, 3203.

⁸⁵ BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

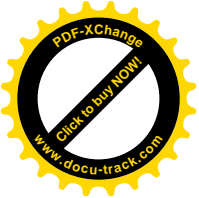
⁸⁶ BGH, NJW 2008, 2178, 2179.

⁸⁷ BGH, NZM 2010, 319, 320; BGH, NJW 2009, 2195, 2196; BGH, NJW 2008, 2178, 2179; BGH, NJW 2007, 3346, 3347; BGH, NJW 2005, 2225, 2226.

⁸⁸ vgl. nur Palandt/*Ellenberger*, 70. Aufl., § 126 BGB Rz. 10.

⁸⁹ BGH, NJW 2004, 1103; BGH, NJW 2003, 3053, 3054.

⁹⁰ BGH, NJW 2002, 3389, 3391.



Vertrag zugleich in Vertretung - und zwar auch für den anderen - mit unterzeichnet 22
worden ist oder ob es noch der Unterschrift weiterer Personen bedarf⁹¹.

Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich⁹². Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt. Dann kann deren Unterschrift auf der im Mietvertrag mit "Mieter" oder "Vermieter" gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass sie mit ihrer Unterschrift die Vertragspartei vertreten will. Das Vertretungsverhältnis wird in solchen Fällen deswegen auch ohne ausdrücklichen Vertretungszusatz hinreichend deutlich und die Schriftform ist dann auch ohne ausdrücklichen Vertretervermerk gewahrt⁹³. Dementsprechend hat der BGH die Wahrung der Schriftform als ausreichend angesehen, wenn bei einer GmbH der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterzeichnet⁹⁴. Eines Vertretungszusatzes bedarf es in diesem Falle nicht, weil von vornherein klar ist, dass der Alleingeschäftsführer nicht für sich, sondern für die Gesellschaft handelt.

Vor diesem Hintergrund ist die Schriftform des Mietvertrages nicht gewahrt, wenn der Unterschrift des einen Gesellschafters nicht entnommen werden kann, dass er den Vertrag auch für die weiteren Gesellschafter der Klägerin mit unterzeichnet hat⁹⁵. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die GbR von sämtlichen Gesellschafter gemeinsam vertreten wird (§§ 709, 714 BGB). Zwar ist – dem BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der Außen-GbR folgend⁹⁶ - aufgrund des Stempelaufdrucks in Verbindung mit dem Rubrum des Mietvertrages für einen potentiellen Erwerber unzweifelhaft erkennbar (§§ 133, 157 BGB), dass C jedenfalls nicht für sich, sondern für die GbR gehandelt hat. Dass der Firmenstempel insoweit nur den Standort F und nicht auch die weiteren - unselbständigen - Kanzlei-standorte in Düsseldorf, Dresden und Warschau ausgewiesen hat, steht dem nicht entgegen. Sieht man nämlich schon einen allgemein gehaltenen Firmenstempel der GbR ohne Zusatz des Standortes insoweit als genügend an, die Vertretung der GbR als Rechtssubjekt hinlänglich zu verdeutlichen⁹⁷, kann ein zusätzlicher Ausweis des Standortes insoweit jedenfalls nicht schaden, d.h. zu einem Formverstoß im Sinne des § 550 BGB führen.

Allerdings stellt sich die Frage, ob es trotz der Teilrechtsfähigkeit der GbR, die sich insbesondere auch und gerade in ihrer Aktivlegitimation ausdrückt, und der durch den Firmenstempel hinlänglich zum Ausdruck kommenden Vertretung der Gesellschaft als Gesamthand durch die Unterzeichnung des Gesellschafters C für die Wahrung der Schriftform gemäß § 550 BGB zudem erforderlich ist, dass auch kenntlich gemacht werden muss, dass dieser als Teil einer nur gemeinsam zur Vertretung befugten Personenmehrheit gehandelt hat. Zwar betreffen diese Bedenken im Ergebnis allein die persönliche Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB⁹⁸, nicht aber diejenige der

⁹¹ BGH, NJW 1994, 1649, 1650 f.

⁹² vgl. BGH, NJW 2008, 2178, 2180.

⁹³ BGH, NJW 2007, 3346 f.; BGH, NJW 2005, 2225, 2226.

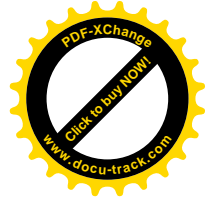
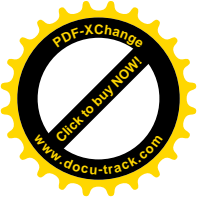
⁹⁴ BGH, NJW 2005, 2224, 2226.

⁹⁵ OLG Hamm v. 16.2.2011 – 30 U 53/10, NZM 2011, 584 ZMR 2011, 632 m. Anm. *Späth*.

⁹⁶ BGH, NJW 2001, 1056.

⁹⁷ vgl. insoweit OLG Köln, GuT 2005, 5.

⁹⁸ vgl. dazu *Terbille* in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl, Rz. 139; *Sieg* in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, 2.Aufl., Rz. 344.



Gesamthandsgemeinschaft. Sie werden jedoch von der Rechtsprechung des BGH, der nunmehr (sogar) für das selbständige Rechtssubjekt der AG, die durch eine Personenvielheit (§ 78 Abs. 2 AktG) vertreten wird, verlangt, dass in der Vertragsurkunde hinreichend deutlich gemacht wird, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied ebenfalls für die weiteren Vorstandsmitglieder handeln will⁹⁹, nicht geteilt. Der BGH hat vielmehr (auch) insoweit gefordert, dass es nötig, aber auch ausreichend ist, dass der Unterzeichnende in der Vertragsurkunde klarstellt, dass er nicht nur für die AG, sondern darüber hinaus für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will, etwa durch den Vermerk "i.V". Für diese Auffassung spricht aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit trotz der Bejahung einer Teilrechtsfähigkeit der GbR der Umstand, dass ein Vermieter und damit auch ein potentieller Erwerber – anders als möglicherweise bei der AG – jedenfalls bei der GbR gerade nicht durch die Registerpublizität (vgl. § 15 HGB) geschützt wird. Es reicht deshalb nicht aus, dass statt aller vertretungsberechtigten Gesellschafter nur der Gesellschafter C den Mietvertrag unterzeichnet und nicht zusätzlich durch einen Zusatz klargestellt hat, auch als Vertreter für die übrigen Gesellschafter zu handeln¹⁰⁰. Auch der Stempelaufdruck ergibt nicht hinreichend zuverlässig eine Vertretung der übrigen, an unterschiedlichen Standorten tätigen Gesellschafter. Für einen potentiellen Erwerber kann deshalb tatsächlich der Eindruck entstehen, dass die Urkunde unvollständig ist und es zur Wirksamkeit des Vertrages noch weiterer Unterschriften bedarf.

Leider setzt sich die Entscheidung nicht vollständig mit der Rechtslage auseinander. Denn es wurden folgende Entscheidungen nicht in die Überlegungen einbezogen: Enthält der Mietvertrag mit einer Rechtsanwaltssozietät auf der Unterschriftenleiste den Kanzleistempel und einen Namenszug, dem ein Vertretungszusatz nicht beigefügt war und sind weitere im Rubrum des Vertrages als Mieter aufgeführte Personen nicht im Kanzleistempel nicht erwähnt, soll die Schriftform nicht eingehalten sein.¹⁰¹ Unproblematisch soll es jedoch sein, wenn sich unterhalb der Unterschriftenleiste der Name der GbR befindet, die Leiste durch die Unterschriften der geschäftsführenden Gesellschafter vollständig ausgefüllt und zusätzlich ein Stempelaufdruck der GbR vorhanden ist, der den vollständigen Namen der GbR und deren Anschrift zeigt.¹⁰² Für den Grundstückserwerber soll diese Konstellation deutlich machen, dass mehr Personen nicht unterschreiben sollten.

7.2 Heilung durch Nachtrag

Ein Verstoß gegen das Gebot der Schriftform nach § 550 BGB liegt vor, wenn wesentliche Bestandteile des Mietvertrags nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen, sondern in bezogene Anlagen ausgelagert werden und diese der Vertragsurkunde bei Unterzeichnung entweder nicht beigefügt worden oder gar nicht vorhanden sind¹⁰³. Zu derartigen wesentlichen Bestandteilen gehören auch Baupläne, wenn aus ihnen hervorgeht, welche wesentlichen Bauleistungen der Mieter noch zu erbringen hatte, die nach dem Vertragsinhalt entschädigungslos in das Eigentum des Vermieters übergehen sollten¹⁰⁴.

⁹⁹ vgl. BGH, NZM 2010, 82, Tz. 20.

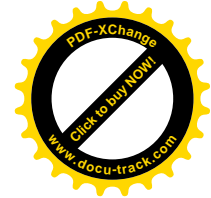
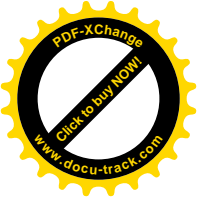
¹⁰⁰ BGH, NJW 2003, 3053, 3054; BGH, NZM 2010, 82, 83 (für AG); Schmidt-Futterer/Lammel, 10. Aufl., § 550 BGB Fn. 29.

¹⁰¹ OLG Nürnberg v. 12. 7. 2004 – 8 U 1809/03, MietRB 2004, 343 = GuT 2005, 4.

¹⁰² OLG Dresden v. 31.8.2004 – 5 U 946/04, NZM 2004, 827.

¹⁰³ BGH NJW 2007, 288; 2006, 140, 141; NJW-RR 2002, 8, 9.

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf v. 6.11.2008 – 24 U 149/07, ZMR 2011, 629.



Der bei Vertragsschluss herrschende Schriftformmangel kann indes geheilt werden. Das ist zwar nicht durch die nach Vertragsschluss hergestellte Bauleistung geschehen, denn Bezugnahmen auf Umstände außerhalb der Urkunde wahren nur dann die Schriftform, wenn diese Umstände bei Vertragsschluss gegeben sind¹⁰⁵. Geheilt worden ist der ursprüngliche Schriftformmangel vielmehr spätestens durch die schriftformwahrende Unterzeichnung eines Nachtrages¹⁰⁶. Zwar sind auch dieser Vereinbarung die Baupläne nicht beigelegt worden. Im Unterschied zur Lage bei Vertragsschluss hatte der Mieter zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Nachtrags 1995 aber die Bauleistungen erbracht. Dadurch haben die Baupläne ihre frühere Funktion, einen wesentlichen Teil des Vertragsinhalts zu beschreiben, verloren. Die Baupläne sind bei der Unterzeichnung des Nachtrags 1995 durch die körperlich vorhandene, den Vertragsparteien bekannte und von ihnen akzeptierte Bauleistung selbst ersetzt worden, so dass die frühere unwirksame Bezugnahme auf die aus der Mietvertragsurkunde ausgelagerten Baupläne im unterzeichneten Nachtrag ohne Relevanz ist¹⁰⁷.

8 Kautio

8.1 Haftung des Erwerbers trotz vorangegangenem Erwerb nach § 571 BGB a.F.

In Art. 229 § 3 EGBGB gibt für die Anwendung des neuen § 566a BGB, der die frühere Regelung des § 572 BGB a.F. abgelöst hat, keine Übergangsregelung. Auf Erwerbsvorgänge, die vor dem Inkrafttreten des § 566a BGB am 1.9.2001 stattgefunden haben, findet deshalb noch § 572 BGB a.F. Anwendung. Denn anderenfalls würde das berechtigte Vertrauen eines Erwerbers, der bei Vertragsschluss entsprechend der zu diesem Zeitpunkt gültigen gesetzlichen Regelung davon ausgehen durfte, dass er nur für eine an ihn weitergeleitete Kautio einzustehen hatte, enttäuscht und der gesetzlichen Neuregelung eine unzulässige "echte" Rückwirkung beigelegt¹⁰⁸.

§ 556a BGB ist auch dann uneingeschränkt anzuwenden, wenn der Vermieter die an den Mieter vermietete Wohnung erst im Jahr 2005 und somit unter der Geltung des § 566a BGB erworben hat, obwohl sein Rechtsvorgänger die Mietwohnung schon 1993, also noch unter der Geltung des § 572 BGB a.F., erworben hatte¹⁰⁹. Denn § 566a BGB setzt keine ununterbrochene "Kautionskette" in der Weise voraus, dass bei einer Folge von Veräußerungsgeschäften, die - wie hier - teils vor und teils nach der Neuregelung liegen, auch der unter der Geltung der Neuregelung erwerbende Vermieter für die Rückzahlung der dem ursprünglichen Vermieter erbrachten Kautio nur haftet, wenn auch sämtliche frühere Vermieter einer entsprechenden Haftung ausgesetzt waren. Denn die Vorschrift des § 566a BGB dient dem Schutz des Mieters und soll ein Auseinanderfallen von Kautio und Mietvertrag vermeiden. Dem Mieter sollen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Ansprüche aus der Kautio gegenüber dem unter Umständen schon lange aus dem Mietverhältnis ausgeschiedenen Vermieter, dessen Aufenthalt dem Mieter häufig nicht bekannt sein wird, erspart werden¹¹⁰. Dieser Schutzzweck greift auch dann ein, wenn nacheinander mehrere Veräußerungen stattgefunden haben,

¹⁰⁵ vgl. BGH NJW 2007, 1817.

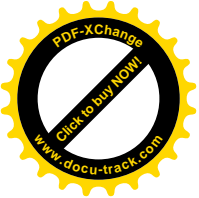
¹⁰⁶ OLG Düsseldorf v. 6.11.2008 – 24 U 149/07, ZMR 2011, 629.

¹⁰⁷ vgl. zu rechtsähnlichen Fällen der Heilung formunwirksam abgeschlossener Mietverträge durch formwirksam abgeschlossene Nachträge BGHZ 160, 97 = BGH NJW 2004, 2962 sub II.1.; NJW 2007, 3273, 3275 sub Nr. II.

¹⁰⁸ BGH v. 9.3.2005 - VIII ZR 381/03, NZM 2005, 639, unter II 2 b (1); vgl. auch BGH v. 24.6.2009 - XII ZR 145/07, NJW-RR 2009, 1164 Rz. 10 f.

¹⁰⁹ BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 304/10, GE 2011, 1080.

¹¹⁰ vgl. BR-Drucks. 439/00, abgedruckt in NZM 2001, 20, 27; BT-Drucks. 14/5663, S. 81.



von denen -wie hier - eine noch vor dem Inkrafttreten des § 566a BGB erfolgt ist. Dann 25 haftet zwar der erste Erwerber nur unter den Voraussetzungen des § 572 BGB a.F., also wenn der Mieter die Weiterleitung der Kautions an ihn beweisen kann. Weitere Erwerber, die das Mietobjekt erst nach dem Inkrafttreten des § 566a BGB gekauft haben, werden dadurch aber nicht begünstigt; sie haften nach § 566a BGB und können sich weder darauf berufen, dass sie die Kautions nicht erhalten haben, noch geltend machen, dass ein früherer Veräußerer, der selbst noch unter der Geltung des § 572 BGB a.F. erworben hat, der Haftung des § 566a BGB nicht unterlag. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt aus § 566 BGB nicht, dass die Haftung der Erwerbers nicht weiter gehen kann als die des veräußernden früheren Vermieters, denn die Haftung des Erwerbers bezüglich der Kautions richtet sich nach der insoweit weitergehenden Bestimmung des § 566a BGB.

Diesem Haftungsrisiko kann der Vermieter, der das Mietobjekt nach Inkrafttreten des § 566a BGB erwirbt, dadurch begegnen, dass er bei Abschluss des Kaufvertrags dafür Sorge trägt, dass ihm entweder die Kautions ausgehändigt wird oder der Umstand, dass er dem Mieter gegenüber in jedem Fall in die Pflichten aus der Kautions eintritt, bei der Preisgestaltung berücksichtigt wird. Auch bei dem Erwerb eines vermieteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung nach Inkrafttreten des § 566a BGB kann der Erwerber die ihn gegenüber dem Mieter treffende Verpflichtung aus der Kautions bei der Kalkulation seines Gebotes berücksichtigen. Gesichtspunkte der (echten) Rückwirkung spielen keine Rolle, wenn das Veräußerungsgeschäft nach dem Inkrafttreten des § 566a BGB erfolgt ist. Dass es während der Dauer des Mietverhältnisses zuvor schon unter § 572 BGB a.F. fallende Veräußerungsgeschäfte gegeben hat, die mangels Weiterleitung der Kautions an den damaligen Erwerber dessen Haftung für die Kautions nicht herbeigeführt haben, steht der Haftung eines nach der Gesetzesänderung eingetretenen Erwerbers nach § 566a BGB somit nicht entgegen¹¹¹.

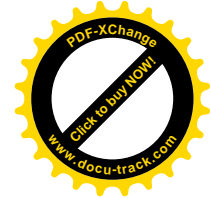
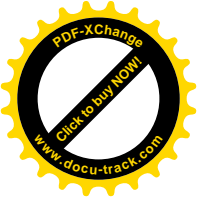
8.2 Verjährung bei überhöhter Kautions

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

Der daraus resultierende Bereicherungsanspruch des Mieters (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährung¹¹². Die Verjährung beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem die Kautionszahlung in unberechtigter Höhe erbracht wird. Insoweit kommt es für den Beginn der Verjährung nicht darauf an, wann der Mieter erfahren hat, dass die Vereinbarung einer drei Monatsmieten übersteigenden Kautions gesetzswidrig ist und ihr deshalb ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich des darüber hin-ausgehenden Betrages zusteht. Gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt der Beginn der Verjährung allerdings neben der Entstehung des Anspruchs voraus, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Insoweit genügt es jedoch, wenn der Gläubiger die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich für einen rechtskundigen Dritten der Anspruch ergibt. Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Leistung liegt die für

¹¹¹ ebenso Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 10. Aufl., § 566a BGB Rz. 3.

¹¹² BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, GE 2011, 1013.



den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis des Gläubigers vor, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrundes weiß, das heißt von den Tatsachen, aus denen dessen Fehlen folgt. Eine zutreffende rechtliche Würdigung setzt § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hingegen nicht voraus¹¹³. Eine Ausnahme wird lediglich für die Fälle in Betracht gezogen, in denen es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag¹¹⁴.

9 Mieterhöhung

9.1 wegen Modernisierung

9.1.1 Mieterhöhung ohne Ankündigung

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

Die Mieterhöhung wegen einer bereits durchgeführten Modernisierung setzt aber nicht voraus, dass dem Mieter vor Durchführung der Arbeiten eine Modernisierungsankündigung gemäß § 554 Abs. 3 BGB zugegangen ist.¹¹⁵ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus der gesetzlichen Regelung in § 559b Abs. 2 S. 2 BGB; darin ist (lediglich) vorgesehen, dass sich die Frist, zu der die Mieterhöhung wirksam wird, um sechs Monate verlängert, wenn der Vermieter die zu erwartende Erhöhung der Miete nicht nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB mitgeteilt hat oder die tatsächliche Mieterhöhung mehr als 10% höher ist als zunächst mitgeteilt. Die Mitteilungspflicht nach § 554 Abs. 3 S. 1 BGB dient dem Schutz des Mieters bei der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen. Zum einen soll ihm ein gewisser Zeitraum zugebilligt werden, sich auf die zu erwartenden Baumaßnahmen in seiner Wohnung einzustellen; zum anderen wird er durch das Sonderkündigungsrecht in die Lage versetzt, das Mietverhältnis gegebenenfalls vor Beginn etwaiger Arbeiten und dem Wirksamwerden einer Mieterhöhung zu beenden. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, kann der Vermieter ohne ordnungsgemäße Ankündigung nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB Modernisierungsarbeiten in der Wohnung des Mieters gegen dessen Willen nicht durchsetzen, weil eine entsprechende Duldungsklage abzuweisen wäre. Zweck des Ankündigungserfordernisses ist hingegen nicht die Einschränkung der Befugnis des Vermieters, die Kosten einer tatsächlich durchgeführten Modernisierung im Rahmen des § 559 BGB auf den Mieter umzulegen. Diese Bestimmung soll dem Vermieter im Interesse der allgemeinen Verbesserung der Wohnverhältnisse einen finanziellen Anreiz zur Modernisierung geben.¹¹⁶ Die Interessen des Mieters werden ausreichend dadurch gewahrt, dass bei unterbliebener Ankündigung die Mieterhöhung nach § 559 BGB erst sechs Monate später wirksam wird. Aus dem Urteil vom 4. März 2009¹¹⁷ ergibt sich keine andere Beurteilung, denn jene Entscheidung hatte nicht

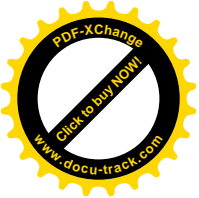
¹¹³ BGH v. 29.1.2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rz. 26; BGH v. 15.6.2010 - XI ZR 309/09, NJW-RR 2010, 1574 Rz. 12.

¹¹⁴ BGH v. 19.3.2008 - III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237 m.w.N.

¹¹⁵ BGH v. 2.3.2011 - VIII ZR 164/10, WuM 2011, 225 = GE 1011, 541.

¹¹⁶ BGH v. 19.9.2007 - VIII ZR 6/07, NZM 2007, 882 Rz. 15.

¹¹⁷ BGH v. 4.3.2009 - VIII ZR 110/08, NZM 2009, 394 Rz. 16.



eine Mieterhöhung nach durchgeführter Modernisierung zum Gegenstand, sondern be- 27
traf die Pflicht des Mieters zur Duldung noch durchzuführender Instandhaltungsmaß-
nahmen.

9.1.2 Aufwendungen des Mieters als Modernisierungskosten

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

In der Instanzrechtsprechung und in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass § 554 Abs. 4
BGB die Kostentragung endgültig regelt und es deshalb unzulässig sei, den Mieter über § 559 BGB
die Kosten letztlich doch tragen zu lassen.¹¹⁸ Teilweise wird dabei danach differenziert, wer das
unternehmerische Risiko für diese Arbeiten trägt.¹¹⁹

Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass es keinen Unterschied machen könne, ob der Vermieter die
Arbeiten selbst in Auftrag gebe und die Kosten direkt trage oder ob der Mieter sie ausführe und sich
die Kosten nach § 554 Abs. 4 BGB vom Vermieter erstatten lasse. In jedem Fall handele es sich um
unmittelbaren Bauaufwand.¹²⁰

Der letztgenannten Auffassung ist der BGH gefolgt.¹²¹ § 559 Abs. 1 BGB gestatte dem Vermieter die
Umlage der von ihm für Modernisierungsmaßnahmen aufgewendeten Kosten, um einen Anreiz dafür
zu schaffen, dass der Vermieter entsprechende im allgemeinen Interesse liegende bauliche Maßnah-
men durchführt.¹²² Eine Einschränkung dahin, dass der Vermieter ihm tatsächlich entstandene Kosten
nicht umlegen dürfe, wenn und weil die Arbeiten von dem in Vorlage getretenen Mieter selbst aus-
geführt worden seien, ergebe sich weder aus dem Wortlaut des § 559 Abs. 1 BGB noch aus seinem
Zweck. Sie würde auch dem Interesse beider Mietparteien widersprechen, kleinere Nacharbeiten im
Zusammenhang mit einer Modernisierungsmaßnahme kostengünstig durch den Mieter in Eigenlei-
stung ausführen zu lassen. Denn ein Vermieter, der die dem Mieter hierfür erstatteten Kosten nicht
umlegen könne, habe Anlass, von vornherein einen Handwerker zu beauftragen, weil er diese - re-
gelmäßig höheren - Kosten ohne weiteres auf den Mieter umlegen könne. Insoweit komme es in die-
sem Zusammenhang nicht darauf an, ob der Vermieter als „Bauherr“ der Nacharbeiten anzusehen
sei; entscheidend sei vielmehr, dass der Vermieter diesen Aufwand im Rahmen einer baulichen Mo-
dernisierungsmaßnahme getragen hat. Der Mieter werde durch die Umlage der ihm erstatteten Mo-
dernisierungsaufwendungen auch nicht „bestraft“. Denn der Vermieter müsse diese Kosten - wie die
übrigen Kosten, die ihm für die eigentliche Modernisierung entstünden - bevorschussen und könne
sie lediglich im Rahmen des § 559 Abs. 1 BGB über einen längeren Zeitraum umlegen.

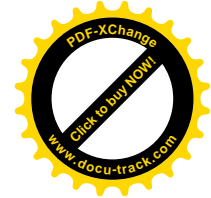
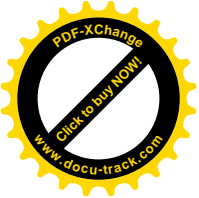
¹¹⁸ AG Schöneberg, MM 1990, 130; Staudinger/*Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, § 559 BGB Rz. 42; MünchKomm/*Artz*, 5. Aufl., §
559 BGB Rz. 23; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 559 BGB Rz. 37; vgl. auch Herrlein/*Kandelhard/Both*, Miete, 4. Aufl., §
559 BGB Rz. 103.

¹¹⁹ *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. IV 364.

¹²⁰ Schmidt/*Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 10. Aufl., § 559 BGB Rz. 158; *Mersson*, DWW 2009, 122, 128.

¹²¹ BGH v. 30.3.2011 – VIII ZR 173/10, WuM 2011, 293 = GE 2011, 681 = ZMR 2011, 622.

¹²² vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 58.



Dies wirft die Frage auf, ob nicht auch Minderungen zu den Kosten der Modernisierung zu zählen sind. Dies wird bisher einhellig verneint.¹²³ Zwingend erscheint das aber nicht mehr¹²⁴.

9.2 im preisgebundenen Wohnraum

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

Eine dahin gehende Verpflichtung des Vermieters lässt sich § 10 Abs. 1 WoBindG nicht entnehmen¹²⁵. Der Mieter soll nach der gesetzlichen Regelung in § 10 Abs. 1 WoBindG darüber informiert werden, weshalb die Miete erhöht wird (hier wegen erhöhter Aufwendungen infolge des Wegfalls einer Förderung). Aus der beizufügenden Wirtschaftlichkeitsberechnung oder einem die laufenden Aufwendungen des Vermieters für den preisgebundenen Wohnraum ausweisenden Auszug kann der Mieter sodann ersehen, ob sich der Vermieter auch mit der erhöhten Miete noch im Rahmen der ihm durch § 8 Abs. 1 WoBindG auferlegten Verpflichtung hält, die Wohnung nicht gegen ein höheres Entgelt zum Gebrauch zu überlassen, als zur Deckung seiner laufenden Aufwendungen erforderlich ist. Damit sind die Interessen des Mieters hinreichend gewahrt, denn für eine Kontrolle der Angaben des Vermieters zu seinen Aufwendungen auf ihre sachliche Richtigkeit steht dem Mieter nach § 8 Abs. 4 WoBindG, § 29 Abs. 1 NMV ein umfassendes und an keine weiteren Voraussetzungen geknüpftes Auskunfts- und Einsichtsrecht zur Verfügung¹²⁶. Das das Begründungserfordernis in § 10 Abs. 1 Satz 2 WoBindG verfolgt nicht den Zweck, dem Mieter, der mittels Belegeinsicht kontrollieren will, ob der Vermieter einer größeren Wirtschaftseinheit die auf den geförderten Wohnraum entfallenden Aufwendungen richtig ermittelt hat, dabei etwa erforderliche Rechenschritte von vornherein zu ersparen.

10 Betriebskosten

10.1 Formelle Fehler der Abrechnung

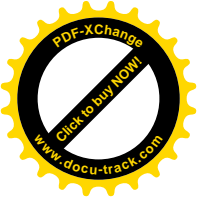
Die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Fehlern einer Abrechnung ist für die Einhaltung der Abrechnungsfrist von Bedeutung. Eine formell fehlerhafte Abrechnung kann der Vermieter nämlich nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB nicht mehr korrigieren.

¹²³ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 10. Aufl. § 559 BGB Rz. 161; Staudinger/Emmerich, § 559 BGB Rz. 42; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. Rz. IV 353; Lammel, 3. Aufl., § 559 BGB Rz. 37; Mersson, DWW 2009, 122, 128.

¹²⁴ Schläger, ZMR 2011, 623, 624.

¹²⁵ BGH v. 6.4.2011 – VIII ZR 199/10, MDR 2011, 779 = WuM 2011, 371 = GE 2011, 779.

¹²⁶ vgl. BGH v. 11.1.1984 - VIII ARZ 10/83, BGHZ 89, 284, 294 f.



Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht. Dazu sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.¹²⁷ 29

Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.¹²⁸ Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, wie (in welchen Rechenschritten) die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters. Allgemein verständliche Verteilungsmaßstäbe bedürfen keiner Erläuterung.

10.1.1 Abrechnung bei Doppelhaushälfte

Auf die Abrechnung der vom Vermieter für ein Einfamilienhaus (Doppelhaushälfte) verauslagten Nebenkosten können die vom BGH für die Abrechnung einer in einem Mehrfamilienhaus gelegenen Wohnung entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres übertragen werden. Denn für eine Doppelhaushälfte werden Kosten wie beispielsweise die Grundsteuer in der Regel bereits von der Gemeinde gesondert ausgewiesen, so dass es eine leere Förmerei wäre, vom Vermieter zu verlangen, zunächst die Kosten der beiden Doppelhaushälften zu addieren, um die so ermittelten „Gesamtkosten“ dann wiederum auf die beiden Doppelhaushälften „umzulegen“.¹²⁹ Vielmehr genügt der Vermieter in einem derartigen Fall seiner Abrechnungspflicht, wenn er die ihm für die Doppelhaushälfte gesondert in Rechnung gestellte Grundsteuer an den Mieter „weiterleitet“, denn in einem solchen Fall ist eine Abrechnung - im üblichen Sinne der Verteilung der Gesamtkosten auf die einzelnen Mieter nach einem bestimmten Umlageschlüssel - nicht vorzunehmen.¹³⁰ Das gleiche gilt für die Kosten der Wasserversorgung und der Entwässerung, die vom städtischen Versorger anhand des in der gemieteten Doppelhaushälfte abgelesenen Verbrauchs ermittelt worden sind, sowie hinsichtlich der separat für die Doppelhaushälften angefallenen Kosten der Schornsteinreinigung. Allein die Kosten der Sachversicherung sind den Beklagten vom Versicherungsunternehmen für das „Zweifamilienhaus“ in Rechnung gestellt worden. Insoweit haben die Beklagten die Kosten gleichmäßig auf beide Doppelhaushälften verteilt, wie sich aus der Angabe „0,5 Haus“ in den Abrechnungen ergibt. Dass die Beklagten in der hier vorliegenden „Doppelhaussituation“ nur den auf die Doppelhaushälfte des Klägers entfallenden Versicherungsbetrag beziffert angegeben haben, nicht aber zusätzlich den Gesamtbetrag, der sich offensichtlich auf das Doppelte dieses Betrages beläuft, führt nicht dazu, dass die Abrechnung aus formellen Gründen unwirksam wäre.

10.2 Einvernehmliche Verkürzung der Abrechnungsperiode

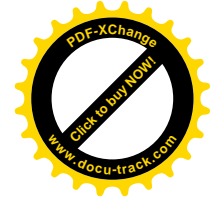
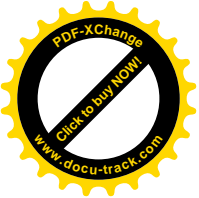
Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB ist über die Vorauszahlungen für die Betriebskosten jährlich abzurechnen. Eine hiervon zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam (§ 556 Abs. 4 BGB). In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum herrscht Streit darüber, ob im Hin-

¹²⁷ BGH vom 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260, Tz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258, Tz. 15.

¹²⁸ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219, unter II 1 b).

¹²⁹ BGH v. 15.3.2011 - VIII ZR 243/10, WuM 2011, 281 = GE 2011, 683.

¹³⁰ vgl. hierzu BGH v. 16.4.2008 - VIII ZR 75/07, NJW 2008, 2105 Rz. 20.



blick auf diese Bestimmung eine vertragliche Verlängerung der in § 556 Abs. 3 Satz 1 30
BGB vorgesehenen Abrechnungsperiode von einem Jahr stets unzulässig ist.

In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum hat sich die weitaus überwiegende Auffassung durchgesetzt, wonach eine vertragliche Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode ohne Ausnahme unzulässig ist¹³¹. Dies soll auch in den Fällen gelten, in denen für eine solche Absprache sachliche Gründe bestehen¹³² und sogar dann, wenn sich eine vertragliche Verlängerung des Abrechnungszeitraums im Einzelfall auf den Mieter nicht nachteilig auswirkt¹³³. Diese strikte Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB wird damit begründet, dass eine Verlängerung des Abrechnungszeitraums die Gefahr in sich birgt, dass Abrechnungen unübersichtlicher würden und ihre Kontrolle für den Mieter erschwert werde¹³⁴. Außerdem erleide der Mieter einen möglichen Nachteil dadurch, dass eine sich aus der Abrechnung ergebende Berechtigung zur Reduzierung der Betriebskostenvorauszahlungen (§ 560 Abs. 4 BGB) nur mit entsprechender zeitlicher Verzögerung vorgenommen werden könne¹³⁵.

Nach einer - teilweise vertretenen - Gegenmeinung hindert § 556 Abs. 4 BGB in bestimmten Fallgestaltungen die vertragliche Festlegung einer die Dauer von zwölf Monaten überschreitenden Abrechnungsperiode nicht. Einzelne Stimmen beschränken den zeitlichen Anwendungsbereich des § 556 Abs. 4 BGB und ähnlicher Regelungen auf den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und bejahen daher uneingeschränkt die Zulässigkeit entsprechender nachträglicher Vereinbarungen¹³⁶. Andere Stimmen halten eine im Verlauf des Mietverhältnisses vereinbarte (einmalige) Verlängerung der Abrechnungsperiode jedenfalls dann für unbedenklich, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht. So hat das AG Wetzlar¹³⁷ bei einem Eigentumswechsel im laufenden Kalenderjahr eine vertragliche Verlängerung der Abrechnungsperiode aus sachlichen Gründen für gerechtfertigt gehalten. Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Bestimmung des § 556 Abs. 4 BGB einer vertraglichen Absprache über eine einmalige Verlängerung des bisherigen Abrechnungszeitraums jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn damit eine Umstellung auf das Kalenderjahr ermöglicht werden solle, etwa zum Zwecke der Harmonisierung des Abrechnungsjahrs mit den Abrechnungszeiträumen verschiedener Leistungsträger oder zur Vereinfachung und zur praktikableren Handhabung der Abrechnung¹³⁸.

¹³¹ LG Leipzig, WuM 2004, 481; LG Bremen, WuM 2006, 199; LG Gießen, DWW 2009, 189; LG Frankenthal, WuM 1991, 702 f. [zu § 4 Abs. 1 MHG]; LG Düsseldorf, ZMR 1998, 167, 168 [zu § 4 Abs. 1 MHG]; AG Siegburg, WuM 1985, 372; AG Waiblingen, WuM 1987, 323 [jeweils zu § 4 Abs. 1 MHG]; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 1806 ff.; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 5. Aufl., G Rz. 103; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 298; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 175; MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; ders., Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3190 f.; Staudinger/Weitemeyer, Neubearb. 2011, § 556 BGB Rz. 116, 144; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Palandt/Weidenkaff, 70. Aufl., § 556 BGB Rz. 10; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363 f.; Herrlein/Kandelhard/Both, Mietrecht, 4. Aufl., § 556 BGB Rz. 70; Kine/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 84; ähnlich AG Köln, WuM 1997, 232, das allenfalls geringfügige Überschreitungen der Jahresfrist für zulässig erachtet.

¹³² vgl. etwa MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; ders., Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rz. 3191.

¹³³ so Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806.

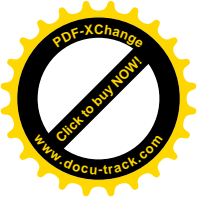
¹³⁴ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 5. Aufl., G Rz. 103; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 298; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363.

¹³⁵ Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1806.

¹³⁶ Lützenkirchen/Dickersbach, ZMR 2006, 821, 823 ff.

¹³⁷ AG Wetzlar, WuM 2001, 30, 31

¹³⁸ vgl. Lützenkirchen/Jennißen, Betriebskostenpraxis, 2002, Rz. 260 m.w.N.; Blöcker/Pistorius, Die Betriebskosten in der Wohnungswirtschaft, 4. Aufl., S. 74.



Der letztgenannten Auffassung stimmt der BGH zu¹³⁹. Der von der herrschenden Meinung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum eingenommene Rechtsstandpunkt, wonach § 556 Abs. 4 BGB eine vertragliche Vereinbarung über eine Ausdehnung der gesetzlich bestimmten Abrechnungsperiode auch in den Fällen verbietet, in denen eine einzelfallbezogene Verlängerung der gesetzlich vorgegebenen Abrechnungsperiode zum Zwecke der Angleichung des bisher geltenden jährlichen Abrechnungszeitraums auf das Kalenderjahr in Frage steht, findet in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Weder die Entstehungsgeschichte der Regelungen in § 556 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 BGB noch deren Sinn und Zweck schließen eine solche vertragliche Absprache aus.

Die Bestimmung in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach Betriebskosten unter Ansatz einer jährlichen Abrechnungsperiode abzurechnen sind, ist der Vorgängerregelung des § 4 Abs. 1 Satz 2 MHG nachempfunden¹⁴⁰. Mit der letztgenannten Vorschrift wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass auf die zu erwartenden Betriebskosten Vorauszahlungen vereinbart werden können¹⁴¹. Wegen damals im Zusammenhang mit der Erhöhung von Heizölkosten aufgetretener Zweifelsfragen hat er zugleich bestimmt, dass nur angemessene, also an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausgerichtete Vorauszahlungen zulässig sind und dass über die Vorauszahlungen jährlich abgerechnet werden muss¹⁴². Außerdem hat er angeordnet, dass diese Bestimmungen nicht zum Nachteil des Mieters abbedungen werden können¹⁴³.

Diese Regelungen sind nun in § 556 Abs. 2 Satz 2 BGB (Angemessenheit), in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB (jährliche Abrechnungsperiode) und in § 556 Abs. 4 BGB (keine Abdingbarkeit zum Nachteil des Mieters) enthalten und sind Teil eines gesetzgeberischen Konzepts, das darauf angelegt ist, einerseits einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Mietern und Vermietern zu finden und hierdurch mehr Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen und andererseits den Mietvertragsparteien mehr Raum für eine eigenverantwortliche Vertragsgestaltung zu geben und so die partnerschaftliche Kooperation zwischen ihnen zu fördern¹⁴⁴. Der hinter diesem Bestreben stehende Gedanke der Streitvermeidung findet in den Gesetzesmaterialien bei der - vorliegend in Frage stehenden - Verpflichtung des Vermieters, die Betriebskosten innerhalb eines Jahres abzurechnen, sogar ausdrückliche Erwähnung¹⁴⁵.

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

¹³⁹ BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, ■.

¹⁴⁰ BT-Drucks. 14/4553, S. 51.

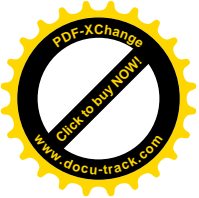
¹⁴¹ BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

¹⁴² BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

¹⁴³ BT-Drucks. 7/2011, a.a.O.; § 10 Abs. 1 MHG.

¹⁴⁴ vgl. hierzu BT-Drucks. 14/4553, S. 1, 34.

¹⁴⁵ BT-Drucks. 14/4553, S. 2.



möglicherweise entstehenden Nachteile werden durch entsprechende Vorteile hinreichend kompensiert¹⁴⁶.

Die Gefahr, dass der Mieter bei der verlängerten Abrechnungsperiode möglicherweise einen erhöhten Überprüfungsaufwand hat, wird dadurch ausgeglichen, dass zukünftig ein Abrechnungsturnus gilt, der die Erstellung der Abrechnungen vereinfacht und damit auch die Nachvollziehbarkeit für den Mieter erhöht. Der Umstand, dass im Falle eines sich aus der Abrechnung möglicherweise ergebenden Guthabens dessen Auszahlung verzögert wird, begründet ebenfalls keinen signifikanten Nachteil für den Mieter. Der Mieter sähe sich bei einer zum Zwecke der Umstellung auf einen neuen (jährlichen) Abrechnungsturnus vereinbarten Verlängerung der bisherigen Abrechnungsperiode nur einmal der Gefahr einer verspäteten Auszahlung eines etwaigen Guthabens ausgesetzt. Zudem steht bei Abschluss einer solchen Vereinbarung ohnehin nicht fest, dass sich diese Gefahr verwirklicht, denn aus der Abrechnung kann sich genauso gut eine Nachforderung des Vermieters ergeben, die - sofern sie aus der ursprünglichen Abrechnungsperiode resultieren sollte - im Hinblick auf die Verlängerung des Abrechnungszeitraums, für den Mieter vorteilhaft, später als bisher fällig würde. Nur soweit sich die Nachforderung aus dem verlängerten Teil der Abrechnungsperiode ergeben sollte, würde sie früher als bei Beibehaltung des bisherigen Abrechnungsturnus fällig. Diese Auswirkung wird aber in Instanzrechtsprechung und Schrifttum allgemein nicht als bedeutsam eingestuft; während eine Verlängerung des Abrechnungszeitraums generell für unzulässig gehalten wird, wird eine Verkürzung des Abrechnungszeitraums (und damit eine frühere Fälligkeit möglicher Nachforderungen) - jedenfalls beim Vorliegen von sachlichen Gründen - überwiegend nicht als unwirksam angesehen¹⁴⁷.

10.3 Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels

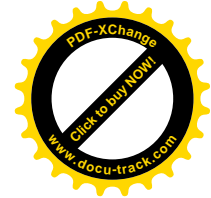
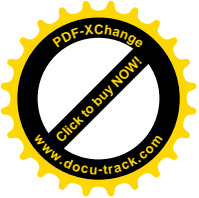
Die Abgrenzung zwischen formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung einerseits und deren inhaltlicher Richtigkeit andererseits richtet sich danach, ob der Mieter in der Lage ist, die Art des Verteilerschlüssels der einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an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

10.3.1 Undefinierbarer Umlageschlüssel

Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die

¹⁴⁶ vgl. zu diesem Gesichtspunkt allgemein *Lehmann-Richter*, WuM 2010, 3, 5 ff.

¹⁴⁷ vgl. LG Berlin, GE 2005, 433; AG Waiblingen, WuM 1987, 323 [zu § 4 Abs. 1 MHG]; Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 1812; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 299; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 5. Aufl., G Rz. 104; MünchKommBGB/*Schmid*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 64; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 84; noch weitergehend Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2011, § 556 BGB Rz. 116; Emmerich/Sonnenschein/*Weitemeyer*, Miete, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 363 f.; a.A. Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 175.



Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen.¹⁴⁸ 33

Dabei ist eine Erläuterung des angewandten Verteilungsmaßstabs nur dann geboten, wenn dies zum Verständnis der Abrechnung erforderlich ist.¹⁴⁹

Diesen - an sich geringen - Anforderungen an die Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Nebenkostenabrechnung wird ein Abrechnungsschreiben nicht gerecht, dem sich der ihr zugrunde gelegte Verteilerschlüssel nicht hinreichend entnehmen lässt.¹⁵⁰ Die Abrechnung enthält zwar Angaben zu den auf die einzelnen Betriebskostenarten entfallenden Gesamtkosten und weist neben den geleisteten Vorauszahlungen auch den jeweils auf die Beklagten entfallenden Kostenanteil aus. Dagegen bezeichnet die Abrechnung den oder die verwendeten Umlageschlüssel nicht näher, sondern verwendet lediglich die nicht aussagekräftige Rubriküberschrift „Abrechnungsart“. Aus dieser Bezeichnung wird nicht deutlich, ob eine Umlage nach Verbrauch, Personenbelegung, Anzahl der Wohnungen, Wohnfläche, Nutzfläche, Grundstücksfläche oder sonstigen Flächen vorgenommen wurde. Auch aus den in dieser Rubrik zu den jeweiligen Kostenpositionen aufgeführten Daten erschließt sich für einen durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieter¹⁵¹ bei der überwiegenden Anzahl der Betriebskostenpositionen nicht, welche Flächenmaße verwendet worden sind. Die Abrechnung enthält neben den - durch die beige-fügte Abrechnung der Brunata Metrona vom 20. Oktober 2006 erfassten - Heizkosten insgesamt vierzehn Kostenpositionen. Dabei werden bei zehn Positionen verschiedene in Quadratmetern ausgewiesene Flächen in ein Verhältnis zueinander gesetzt. Um welche Flächen es sich hierbei handelt, erschließt sich überwiegend nicht. Zwar liegt nahe, dass es sich bei der in neun Fällen als Anteil des Mieters angesetzten Fläche von 120 qm um die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche handelt. Die bei der Position „Regenwasser“ angesetzte Fläche von 139,81 qm entzieht sich allerdings jeder näheren Einordnung. Vollständig im Dunkeln bleibt aber, welche Gesamtflächen zu den 120 qm (bzw. in einem Fall zu den 139,81 qm) in Bezug gesetzt wurden. Es werden sieben verschiedene Flächenmaße zugrunde gelegt, die von 1069 qm bis 2240 qm reichen. Die Unterschiede lassen sich in den angesetzten Gesamtflächen nicht dadurch erklären, dass mehrere Gebäude in wechselnder Zusammensetzung zu einer Abrechnungseinheit zusammengefasst werden.¹⁵² Vorliegend betrifft die Abrechnung ein einzelnes Objekt. Zu den beschriebenen Unklarheiten kommt hinzu, dass bei den Kostenpositionen „Aufzug“ und „Hauswart“ eine weitere, nicht nachvollziehbare Größe Verwendung findet, da hierbei von der angegebenen Fläche (nur) ein bestimmter Vomhundertsatz (70 % bzw. 50 %) Berücksichtigung finden soll. Schon wegen dieser Mängel ist die erteilte Abrechnung hinsichtlich der genannten zehn Kostenpositionen wegen fehlender Nachvollziehbarkeit unwirksam. Dahin gestellt bleiben kann auch, ob der Verteilerschlüssel bei den weiteren nach Verbrauch („m³“) abgerechneten Kostenpositionen „Wasser“ und „Kanalgebühren“ sowie bei der nach „Einheiten“ umgelegten „Grundsteuer“ nachvollziehbar angegeben ist. Denn selbst wenn diese drei Positionen - ebenso wie die weitere nach „Wohneinheiten“ umgelegte Kostenposition „Haftpflichtversicherung“ - den formellen Anforderungen an eine Abrechnung genügten, bliebe dies im Streitfall ohne Auswirkungen. Erstreckt sich

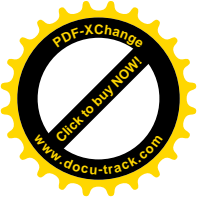
¹⁴⁸ st. Rspr.; BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 Rz. 10; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 Rz. 21; BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 Rz. 10; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258 Rz. 15; jeweils m.w.N.

¹⁴⁹ BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627; BGH v. 19.11.2008 - VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78.

¹⁵⁰ BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401.

¹⁵¹ vgl. hierzu etwa BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 371/04, NJW 2005, 3135 unter II 2 m.w.N.

¹⁵² Vgl. dazu BGH v. 23.6.2010 - VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rz. 14.



ein formeller Fehler nicht auf alle Abrechnungspositionen, verbleibt einem Vermieter 34

eine sich aus der Abrechnung ergebende Nebkostennachforderung zwar insoweit, als unwirksame Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können und die Nachforderung auch ohne Berücksichtigung dieser Einzelpositionen gerechtfertigt ist.¹⁵³ Ausgehend von diesen Grundsätzen ergäbe sich aber selbst dann keine Nachforderung der Klägerin, wenn man die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung bei den vier zuletzt genannten Einzelpositionen und den Heizkosten bejahte und (nur) die von formellen Mängeln betroffenen, weiteren zehn Kostenpositionen aus der Abrechnung herausrechnete.

10.4 zulässige Korrektur nach Ablauf der Abrechnungsfrist

Grundsätzlich kann der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung nach Ablauf der Frist aus § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht mehr zum Nachteil des Mieters korrigieren. Das gilt namentlich auch dann, wenn das Ergebnis der erteilten Abrechnung ein Guthaben des Mieters ist¹⁵⁴. Die Abrechnungsfrist aus § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und der durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf dienen der Abrechnungssicherheit für den Mieter und sollen Streit vermeiden. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Vermieter einen Abrechnungsfehler nach Ablauf der Abrechnungsfrist noch zum Nachteil des Mieters korrigieren könnte.

Insoweit kommt es nicht darauf an, worauf der Fehler der Abrechnung beruht. Vielmehr ist eine nachträgliche Korrektur der Abrechnung grundsätzlich auch dann ausgeschlossen, wenn der Vermieter zugunsten des Mieters irrtümlich höhere als die tatsächlich erbrachten Vorauszahlungen angesetzt und deshalb zu Unrecht ein Guthaben des Mieters oder eine zu geringe Nachforderung errechnet hat¹⁵⁵.

Dass es sich bei den Nebkostenvorauszahlungen um einen Teil der Miete handelt, rechtfertigt keine andere Wertung. Denn der Vermieter kann Nebenkosten als Vorauszahlungen nur solange geltend machen, als eine Abrechnung noch nicht erteilt und die Abrechnungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Nach dem Eintritt der Abrechnungsreife kann er nur noch die sich aus der Abrechnung ergebenden Beträge verlangen¹⁵⁶.

Allerdings kann dem Umstand Bedeutung beizumessen sein, dass der dem Vermieter unterlaufene Fehler für den Mieter auf den ersten Blick erkennbar ist¹⁵⁷. Im Hinblick auf die Vorauszahlungen ist das der Fall, wenn zwischen den vom Mieter geleisteten Vorauszahlungen (hier: 1.895,75 €) und den zu seinen Gunsten berücksichtigten, in der Abrechnung handschriftlich als „Sollvorschüsse“ bezeichneten Vorauszahlungen (hier: 2.640,96 €) eine erhebliche Differenz besteht. Dies gilt umso mehr, wenn die Parteien zuvor gerade über die Erhöhung der Vorauszahlungen auf die vom Vermieter in die Abrechnung eingestellten "Sollvorschüsse" einen Rechtsstreit geführt haben, weil der Mieter die Erhöhung nicht akzeptiert und dem entsprechend für einen Teil der Abrechnungsperiode Vorschusszahlungen nur in der ursprünglichen Höhe geleistet hatte. Unter diesen Umständen ist es dem

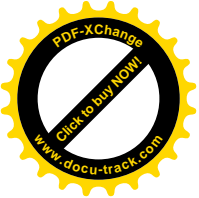
¹⁵³ vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 Rz. 11, BGH v. 11.8.2010 - VIII ZR 45/10, WuM 2010, 627 Rz. 14.

¹⁵⁴ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 190/06, WuM 2008, 150 Rz. 12.

¹⁵⁵ BGH v. 30.3.2011 - VIII ZR 133/10, GE 2011, 814.

¹⁵⁶ BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 258/09, NZM 2010, 736 Rz. 22 m.w.N.

¹⁵⁷ BGH v. 30.3.2011 - VIII ZR 133/10, GE 2011, 814 = WuM 2011, 370 = NZM 2011, 478.



Mieter nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, den Vermieter an seinem für den Mieter offensichtlichen und kurz nach Ablauf der Abrechnungsfrist korrigierten Versehen festzuhalten. 35

Zur Klarstellung: Die Ausschlusswirkung des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB erfasst auch den bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch des Vermieters wegen eines irrtümlich errechneten Guthabens¹⁵⁸.

10.5 Einwendungsausschlussfrist

10.5.1 Beginn der Einwendungsfrist

Die Frage, ob die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB unabhängig davon mit dem Zugang einer Nebenkostenabrechnung zu laufen beginnt, ob die Abrechnung den an ihre Wirksamkeit zu stellenden formellen Mindestanforderungen genügt, ist umstritten. Einige Stimmen im Schrifttum lassen für den Lauf der Einwendungsfrist und damit auch für das Eingreifen des in § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB geregelten Einwendungsausschlusses bereits den Zugang einer formell nicht ordnungsgemäßen Abrechnung genügen.¹⁵⁹ Dabei wird zur Begründung auf die in den Gesetzesmaterialien angesprochene Zielsetzung verwiesen, nach Ablauf einer bestimmten Zeit Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche zu schaffen und durch einen Einwendungsausschluss umfangreiche Beweisaufnahmen über länger zurückliegende Abrechnungen zu vermeiden. Nach anderer Auffassung soll die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nur durch den Zugang einer formell ordnungsgemäßen und damit wirksamen Abrechnung in Lauf gesetzt werden.¹⁶⁰ Zur Begründung wird überwiegend angeführt, ein Einwendungsausschluss führe in diesen Fällen zu widersprüchlichen Ergebnissen, weil dann ein Vermieter trotz mangelnder Fälligkeit der Nebenkostennachforderung den Mieter infolge Fristablaufs auf Zahlung in Anspruch nehmen könne,¹⁶¹ der Mieter aber umgekehrt einen - wegen der Unwirksamkeit der formell fehlerhaften Abrechnung bislang nicht erfüllten - Abrechnungsanspruch geltend machen könne.¹⁶²

Der BGH beantwortet die Rechtsfrage dahin, dass der Zugang einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nicht in Lauf setzt.¹⁶³ Dies hat zur Folge, dass in den Fällen, in denen die Abrechnung hinsichtlich aller darin aufgeführten Kostenpositionen nicht den formellen Mindestanforderungen genügt, der Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB insgesamt nicht greift. Sind dagegen nur einzelne, abtrennbare Kostenpositionen formell nicht ordnungsgemäß abgerechnet worden, greift der Einwendungsausschluss nur hinsichtlich dieser Positionen nicht.

¹⁵⁸ BGH v. 3.5.2011 – VIII ZR 139/10, GE 2011, 1013.

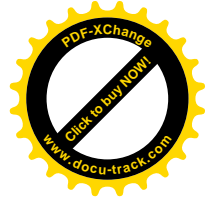
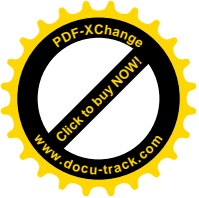
¹⁵⁹ vgl. etwa MünchKomm/Schmid, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 91; Staudinger/Weitemeyer, , Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 128, 129; Streyll, WuM 2005, 505, 506.

¹⁶⁰ vgl. etwa Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 499; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 156; Lützenkirchen, NZM 2002, 512; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. V 460; ders., ZMR 2001, 937, 939; Bamberger/Roth/Ehlert, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 29; Palandt/Weidenkaff, , 69. Aufl., § 556 BGB Rz. 13; vgl. auch LG Berlin, v. 15.2.2008 - 63 S 263/07, juris; LG Berlin v. 21.7.2009, GE 2009, 1127.

¹⁶¹ vgl. Lützenkirchen, NZM 2001, 512 f.

¹⁶² vgl. etwa Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 499; LG Berlin, GE 2009, 1127.

¹⁶³ BGH v. 8.12.2010 – VIII ZR 27/10, WuM 2011, 101 = GE 2011, 404 = ZMR 2011, 454 = NZM 2011, 401; BGH v. v. 15.3.2011 – VIII ZR 243/10, WuM 2011, 281 = GE 2011, 683 NZM 2011, 581.



Dass ein Mieter mit Einwendungen gegen unwirksam abgerechnete Betriebskosten nicht nach § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB ausgeschlossen ist, ergibt sich bereits aus dem Zusammenspiel der einzelnen Regelungen in § 556 Abs. 3 BGB und der mit ihnen verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzung. Der Gesetzgeber hat dem Vermieter in § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB die Verpflichtung auferlegt, binnen einer Frist von zwölf Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums eine Abrechnung zu übermitteln. Um den Vermieter zur Erfüllung dieser Pflicht anzuhalten, hat der Gesetzgeber eine verspätete Abrechnung mit dem Ausschluss von Nebkostennachforderungen sanktioniert (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB). Spiegelbildlich zu dieser Pflicht ist im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf den vom Rechtsausschuss des Bundestages aufgegriffenen Vorschlag des Bundesrates eine Ausschlussfrist für Einwendungen des Mieters gegen die ihm zugewandene Abrechnung eingeführt worden (§ 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB). Der Bundesrat hielt die Aufnahme eines solchen Einwendungsausschlusses zur Vermeidung von aufwendigen und letztlich unergiebigen Beweisaufnahmen über lange zurückliegende Nebkostenabrechnungen und aus Zumutbarkeitserwägungen für geboten.¹⁶⁴ Es sei dem Mieter zuzumuten, eine Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist zu prüfen und Beanstandungen zu erheben. Der Rechtsausschuss des Bundestages befürwortete die Einführung einer Ausschlussfrist für Einwendungen im Interesse der Ausgewogenheit und aus Gründen der Rechtssicherheit.¹⁶⁵ Hierdurch werde gewährleistet, dass absehbare Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche bestehe.

36

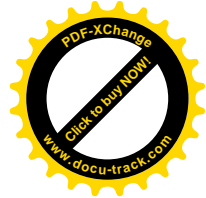
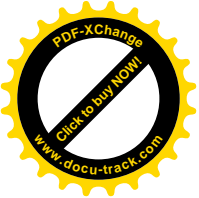
Maßgebend für die Einführung einer Ausschlussfrist für die Erhebung von Einwendungen war damit nicht allein der Beschleunigungsgedanke, vielmehr sollte ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen von Vermietern und Mietern gefunden werden. Beiden Seiten sollte jeweils eine Frist von zwölf Monaten zur Erstellung beziehungsweise zur Prüfung einer Abrechnung zur Verfügung stehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die jeweiligen Rechte und Pflichten bei der Nebkostenabrechnung zeitlich gestaffelt sind. Ausgangspunkt des Regelungssystems in § 556 Abs. 3 Satz 2 bis 6 BGB ist die Erteilung einer den formellen Anforderungen genügenden Abrechnung. Nach allgemeiner Meinung wird - auch wenn dies im Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht hinreichend zum Ausdruck kommt - die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nur durch den Zugang einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung gewahrt.¹⁶⁶ Mit einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung genügt der Vermieter seiner Abrechnungspflicht nicht; vielmehr kann der Mieter in diesem Fall eine erneute Abrechnung verlangen.¹⁶⁷ Solange nur eine formell fehlerhafte Abrechnung vorliegt, fehlt es an einer ausreichenden Beurteilungsgrundlage für eine zuverlässige inhaltliche Überprüfung der in ihr angestellten Berechnungen. Damit ist der Mieter regelmäßig daran gehindert, die Richtigkeit einer solchen Abrechnung innerhalb der zwölfmonatigen Einwendungsfrist hinreichend zu prüfen. Würde also die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB bereits mit dem Zugang einer wegen formeller Mängel unwirksamen Abrechnung in Gang gesetzt, würde letztlich die Ausgewogenheit der beiderseitigen fristgebundenen Pflichten in Frage gestellt: Obwohl der Vermieter seine Abrechnungspflicht noch nicht erfüllt hätte, würden die der Abrechnung anhaften-

¹⁶⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 87.

¹⁶⁵ BT-Drucks. 14/5663, S. 79.

¹⁶⁶ vgl. etwa BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 unter II 1 a m.w.N.; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 = WuM 2007, 196.

¹⁶⁷ vgl. etwa BGH v. 29.3.2006 - VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 Rz. 13 i.V.m. Rz. 8 m.w.N.



den Mängel nach Ablauf der Einwendungsfrist „geheilt“. Dies würde zu einer unangemessenen Verlagerung der den Vermieter treffenden Pflichten auf den Mieter führen. 37

Diese Überlegungen werden nicht durch die weitere Zielsetzung des Gesetzgebers in Frage gestellt, eine möglichst rasche Abwicklung von Abrechnungsprozessen zu gewährleisten. Dem Gesetzgeber war offenkundig nicht daran gelegen, dem Mieter auch dann Einwendungen abzuschneiden, wenn dieser über keine ausreichende Prüfungsgrundlage verfügt. Er wollte lediglich im Interesse der Rechtssicherheit sicherstellen, dass in absehbarer Zeit Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche geschaffen wird. Dieses Ziel wird aber im Falle einer mit formellen Mängeln behafteten und damit unwirksamen Abrechnung schon dadurch erreicht, dass die darin ausgewiesene Nachforderung des Vermieters nicht fällig wird und nach Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB auch nicht mehr nachträglich fällig gestellt werden kann.¹⁶⁸

10.5.2 Geltung bei vereinbarter Pauschale

Der Einwendungsausschluss nach § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB setzt nicht voraus, dass im Mietvertrag Vorauszahlungen auf Betriebskosten mit entsprechender Abrechnungspflicht überhaupt vereinbart sind. Dies hat der BGH für den Fall der Inklusivmiete bereits entschieden.¹⁶⁹

Für den Fall, dass der Mietvertrag für bestimmte Betriebskosten eine Pauschale vorsieht, gilt nichts anderes.¹⁷⁰ Die aufeinander abgestimmten Ausschlussfristen für die Abrechnung des Vermieters (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB) und die Einwendungen des Mieters (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) verfolgen den Zweck, dass innerhalb einer absehbaren Zeit nach Ablauf des Abrechnungszeitraums eine Abrechnung erteilt und Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche erzielt wird.¹⁷¹ Die damit beabsichtigte Befriedungsfunktion wäre nicht gewährleistet, wenn nach Ablauf der Frist noch Streitigkeiten darüber möglich wären, ob bestimmte Betriebskosten mit Rücksicht auf eine insoweit vereinbarte Pauschale zu Unrecht angesetzt worden sind. Dass der Mietvertrag hier nur bezüglich Warmwasser und Heizung eine Abrechnung vorsah, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

10.6 Schuldanerkenntnis durch Ausgleich des Saldos?

Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes entsprach es der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass in der vorbehaltlosen Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter sowie in der vorbehaltlosen Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens seitens des Vermieters ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Saldo verbindlich werden lasse und Rückforderungen des Mieters wie auch des Vermieters ausschließe.¹⁷² Hieraus wurde überwiegend gefolgert, dass jede Partei mit nachträglichen Einwendungen ausgeschlossen sei, die bereits bei Rechnungslegung hätten geltend gemacht werden können, was wiederum voraussetze, dass die Partei die Einwendungen gekannt oder zumindest mit ihnen gerechnet habe.¹⁷³

¹⁶⁸ vgl. etwa BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 = WuM 2007, 196 Rz. 12 m.w.N.

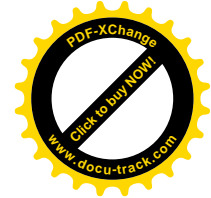
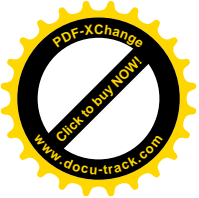
¹⁶⁹ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NZM 2008, 81 Rz. 24 f.

¹⁷⁰ BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 148/10, WuM 2011, 158 = GE 2011, 329 = ZMR 2011, 373.

¹⁷¹ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, NZM 2008, 81 Rz. 25.

¹⁷² Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 133; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 402 ff.; jeweils m.w.N.; vgl. zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen innerhalb der genannten Auffassung: *Milger*, NZM 2009, 497, 498 f. m.w.N.

¹⁷³ Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 133m.w.N.



Ein Teil der Literatur hält an dieser Auffassung auch nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fest,¹⁷⁴ während ein anderer Teil die Ansicht vertritt, diese Auffassung lasse sich insbesondere wegen der dem Mieter nunmehr zustehenden Einwendungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB und der in § 556 Abs. 4 BGB enthaltenen Bestimmung, wonach eine abweichende Regelung zum Nachteil des Mieters unwirksam ist, nicht mehr aufrechterhalten.¹⁷⁵

Der BGH¹⁷⁶ räumt den Vorzug der Auffassung ein, wonach jedenfalls seit der gesetzlichen Einführung der ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen gemäß § 556 Abs. 3 Satz 2, 3 und Satz 5, 6 BGB kein Raum mehr für die Annahme ist, in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung allein oder in der bloßen vorbehaltlosen Auszahlung oder Gutschrift eines aus einer Betriebskostenabrechnung folgenden Guthabens sei ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen. Die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und der durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf dienen der Abrechnungssicherheit und sollen Streit vermeiden.¹⁷⁷ Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich bei der Abrechnung zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss.¹⁷⁸ Ebenso dienen die auf Anregung des Bundesrates im Interesse der Ausgewogenheit in das Mietrechtsreformgesetz aufgenommene Frist für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) und der durch § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB auch insoweit angeordnete Einwendungsausschluss nach Fristablauf zugleich der Rechtssicherheit, da dadurch in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht.¹⁷⁹ Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass die Mietvertragsparteien nach überschaubarer Zeit Klarheit über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum erlangen. Ein Erfordernis für die Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vorbehaltlosen Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht deshalb jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr. Der Umstand, dass die in § 556 Abs. 3 BGB vorgesehenen Fristen für die Mitteilung der Betriebskostenabrechnung und der gegen letztere gerichteten Einwendungen im Einzelfall zu einem längeren Schwebezustand bis zur Klarheit über die Verpflichtungen der Mietvertragsparteien aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum führen können als bei der Annahme eines bereits in der vorbehaltlosen Zahlung oder Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, ändert hieran nichts. Denn der Gesetzgeber hat die genannten Fristen so kurz bemessen, dass sich der insoweit mögliche Schwebezustand auf einen überschaubaren und daher für beide Mietvertragsparteien zumutbaren Zeitraum beschränkt.

¹⁷⁴ vgl. Staudinger/*Weitemeyer*, Neubearb. 2006, § 556 BGB Rz. 134; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, 10. Aufl., § 556 BGB Rz. 408 ff.; Palandt/*Weidenkaff*, 70. Aufl., § 556 BGB Rz. 13; Erman/*Jendrek*, 12. Aufl., § 556 BGB Rz. 14.

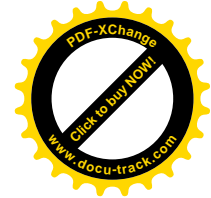
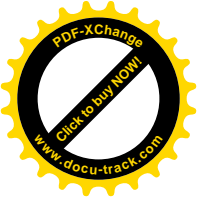
¹⁷⁵ vgl. MünchKomm/*Schmid*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 102 f.; Soergel/*Heintzmann*, 13. Aufl., § 556 BGB Rz. 31; *Schmid* in Prütting/*Wegen/Weinreich*, 5. Aufl., § 556 BGB Rz. 53; jeweils m.w.N.; *Sternel*, ZMR 2001, 937, 940; im Grundsatz ebenso *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 159; *Bamberger/Roth/Ehlert*, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 71.

¹⁷⁶ BGH v. 12.1.2011 – VIII ZR 296/09, WuM 2011, 108 = GE 2011, 331 = ZMR 2011, 375.

¹⁷⁷ BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

¹⁷⁸ BGH v. 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219; BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903 Rz. 13; BGH v. 5.7.2006 - VIII ZR 220/05, NJW 2006, 3350 Rz. 17; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 190/06, NJW 2008, 1150 Rz. 13.

¹⁷⁹ vgl. BT-Drucks. 14/5663, S. 79; vgl. auch Schmidt-Futterer/*Langenberg*, *Mietrecht*, 10. Aufl. § 556 BGB Rz. 409.



10.7 Vorauszahlungen

39

10.7.1 § 560 BGB bei Ablauf der nächsten Abrechnungsperiode

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

Eine solche Anpassung ist dem Vermieter nicht deshalb verwehrt, weil der nächste Abrechnungszeitraum bereits abgelaufen ist¹⁸⁰. Eine Einschränkung des Anpassungsrechts dahin, dass es nur aufgrund der letztmöglichen Abrechnung vorgenommen werden kann, selbst wenn diese noch nicht erstellt ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Mit der Anpassung der Vorauszahlungen nach einer Abrechnung soll erreicht werden, dass die vom Mieter zu leistenden Abschläge den tatsächlichen Kosten möglichst nahe kommen, so dass weder der Mieter dem Vermieter - durch zu hohe Vorauszahlungen - ein zinsloses Darlehen gewährt noch der Vermieter - angesichts zu niedriger Vorauszahlungen - die Nebenkosten teil-weise vorfinanzieren muss.

Allerdings kann eine Anpassung der Vorauszahlungen nur mit Wirkung für die Zukunft möglich ist¹⁸¹.

11 Beendigung des Mietvertrages

11.1 Ordentliche Kündigung

11.1.1 Eigenbedarf der GmbH & Co. KG von Eheleuten

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Eigenbedarf eines Gesellschafters deshalb zuzurechnen, weil es im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre, Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft insoweit schlechter zu stellen als die Mitglieder einer einfachen Vermietermehrheit.¹⁸² Sind mehrere natürliche Personen Vermieter, berechtigt der Eigenbedarf eines Vermieters die Gemeinschaft zur Kündigung des Mietvertrages; dies kann nicht anders zu beurteilen sein, wenn diese Personen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen und damit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden, zumal es häufig nur vom Zufall abhängen wird, ob eine Personenmehrheit dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts vermietet.

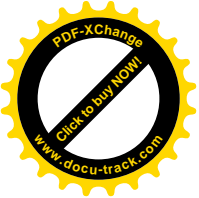
Eine vergleichbare Situation besteht bei einer Personenhandelsgesellschaft als Vermieterin indes nicht.¹⁸³ Die Gründung einer Kommanditgesellschaft oder offenen Handelsgesellschaft setzt regelmäßig eine umfangreiche organisatorische und rechtsgeschäftliche Tätigkeit bis hin zur Eintragung in das Handelsregister voraus; die Vermietung einer Wohnung durch eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (bzw. durch eine GmbH & Co. KG) statt durch eine schlichte Gemeinschaft erfolgt deshalb von vornherein nicht „zufällig“, sondern beruht auf einer bewussten Entscheidung aufgrund wirtschaftlicher, steuerrechtlicher und/oder haftungsrechtlicher Überlegungen. Von

¹⁸⁰ BGH v. 18.5.2011 – VIII ZR 271/10, GE 2011, 881.

¹⁸¹ BGH v. 18.5.2011 – VIII ZR 271/10, GE 2011, 881 unter Hinweis auf Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 70. Aufl., § 560 BGB Rz. 17; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB, Neubearb. 2011, § 560 BGB Rz. 53; Herrlein/*Kandelhard/Both*, Mietrecht, 4. Aufl., § 560 BGB Rz. 25; *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 560 Rz. 73.

¹⁸² BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 12, 15 ff.; BGH v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 Rz. 13 f.

¹⁸³ BGH v. 15.12.2010 - VIII ZR 210/10, WuM 2010, 113 = GE 2011, 262 = ZMR 2011, 371.



einer Vergleichbarkeit mit der Interessenlage bei der Vermietung einer Wohnung durch eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann daher keine Rede sein. Dies gilt entgegen der Auffassung der Revision auch dann, wenn es sich bei der Vermieterin um eine „personalistisch gebundene vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft“ handelt, zu der sich z.B. Eheleute zusammengeschlossen haben. Insoweit führt auch der Umstand, dass die GbR inzwischen als teilrechtsfähig anerkannt ist, nicht dazu, dass bezüglich der Zurechnung von Eigenbedarf eines Gesellschafters eine Gleichbehandlung mit allen anderen Personengesellschaften geboten wäre und somit nur bei juristischen Personen eine Zurechnung des Eigenbedarfs von Gesellschaftern auszuschneiden hätte. Maßgeblich für die Zurechnung des Eigenbedarfs bei der GbR ist nicht die bloße Teilrechtsfähigkeit (das Fehlen der Eigenschaft einer juristischen Person) oder ein im Vergleich zu Kapitalgesellschaften stärkerer personaler Bezug, sondern die Wertung, dass eine unterschiedliche Behandlung der Vermietung durch eine Bruchteilsgemeinschaft oder Erbengemeinschaft einerseits und durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts andererseits in vielen Konstellationen „willkürlich“ erscheint, weil es häufig vom Zufall abhängt, in welcher Rechtsform die Vermietung vorgenommen wird. 40

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der anerkannten Möglichkeit, dass ein berechtigtes Interesse einer Kommanditgesellschaft an der Beendigung eines Wohnraummietvertrags in der betrieblich bedingten Notwendigkeit liegen kann, die Wohnung einem Mitarbeiter oder Geschäftsführer zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁴ Damit ist lediglich ein „Betriebsbedarf“ als grundsätzlich berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 Abs. 1 BGB anerkannt. Hieraus ergibt sich aber entgegen der Auffassung der Revision nicht, dass einer Kommanditgesellschaft der persönliche Nutzungswunsch ihrer Kommanditisten oder Gesellschafter oder Geschäftsführer der Komplementärin als Eigenbedarf zugerechnet werden kann.

11.1.2 Begründung der Eigenbedarfskündigung

Nach § 573 Abs. 3 BGB sind die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.¹⁸⁵ Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann. Bei einer Kündigung wegen Eigenbedarfs ist daher grundsätzlich die Angabe der Personen, für die die Wohnung benötigt wird, und die Darlegung des Interesses, das diese Personen an der Erlangung der Wohnung haben, ausreichend.¹⁸⁶

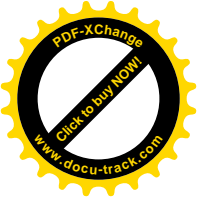
Diesen Anforderungen wird das Kündigungsschreiben gerecht, in dem dem Mieter mitgeteilt wird, dass der Vermieter bislang zur Miete wohne und mit seinen beiden Kindern in das zu Eigentum erworbene Wohnhaus einziehen und dort auch sein Büro betreiben wolle; durch diesen Umzug könne er die teuren Mieten für sein bisheriges Büro und seine bisherige Wohnung einsparen.¹⁸⁷ Insoweit ist

¹⁸⁴ vgl. BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 122/06, NZM 2007, 639 Rz. 12.

¹⁸⁵ vgl. BT-Drs. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

¹⁸⁶ BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 23; ebenso BayObLG, NJW 1981, 2197, 2199 f..

¹⁸⁷ BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, MDR 2010, 686 = WuM 2010, 301 = .



es ohne Bedeutung, ob der Vermieter z.B. dadurch, dass er in der Kündigungserklärung den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass sich bei dem von ihm bisher bewohnten Anwesen Wohnung und Büro nicht unter einem Dach befänden und er aus diesem Grund besonders auf das an den Mieter vermietete Wohnhaus angewiesen sei. Unrichtige Angaben des Vermieters im Kündigungsschreiben können zwar dazu führen, dass die Kündigung materiell unbegründet ist, soweit nach dem wirklichen Sachverhalt der Eigenbedarf nicht besteht oder nur vorgeschoben ist; sie mögen im Einzelfall auch ein Indiz gegen die Ernsthaftigkeit des vom Vermieter angeführten Eigenutzungswunsches darstellen. Maßgeblich ist aber, ob und inwieweit es für die Beurteilung des geltend gemachten Eigenbedarfs darauf ankommt, ob sich auch bei seiner aktuellen Mietwohnung das separate Büro im selben Gebäude befindet. Ein etwaiges „Dramatisieren“ der Eigenbedarfssituation hat nicht zur Folge, dass es an der nach § 573 Abs. 3 BGB erforderlichen Begründung fehlt und die Kündigung bereits aus diesem formellen Grund unwirksam ist. 41

Ebenso ausreichend ist die Mitteilung im Kündigungsschreiben, dass der zum Zeitpunkt der Kündigung im Ausland studierende Vermieter zur Fortsetzung seines Studiums nach M. zurückkehren und in einem eigenen Hausstand leben wolle¹⁸⁸. Damit ist das berechtigte Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses über die Wohnung ausreichend dargelegt. Angaben zu der - früheren - Wohnsituation des Vermieters bedarf es nicht. Sein Interesse an der Wohnung des Mieters ergibt sich daraus, dass er von einem längeren Auslandsaufenthalt nach M. zurückkehrt und deshalb nunmehr eine Wohnung in M. benötigt. Die Wohnsituation des Vermieters vor dem Auslandsaufenthalt ist für diesen nachvollziehbar dargelegten Erlangungswunsch offensichtlich ohne Bedeutung.

11.1.3 Bezugnahme auf frühere Kündigung

Der Vermieter kann wegen der Kündigungsgründe auf ein vorangegangenes Kündigungsschreiben Bezug nehmen, in dem die Kündigungsgründe im Einzelnen ausgeführt sind.¹⁸⁹ Es wäre eine leere Förmerei, von einem Vermieter in derartigen Fällen zu verlangen, die in der vorangegangenen Kündigung dargelegten Kündigungsgründe nochmals in der neuen Kündigung zu wiederholen;¹⁹⁰ dies gilt erst recht, wenn das vorangegangene Kündigungsschreiben der neuen Kündigung nochmals beigefügt ist.¹⁹¹

11.1.4 Begründung der Verwertungskündigung

Nach § 573 Abs. 3 BGB sind die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.¹⁹² Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann.¹⁹³

¹⁸⁸ BGH v. 6.7.2011 – VIII ZR 317/10, ■.

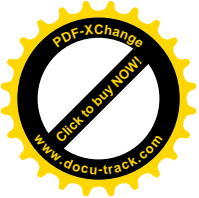
¹⁸⁹ BGH v. 2.2.2011 – VIII ZR 74/10, WuM 2011, 169 = ZMR 2011, 453.

¹⁹⁰ BVerfG, NJW 1992, 1877, 1878.

¹⁹¹ BGH v. 2.2.2011 – VIII ZR 74/10, WuM 2011, 169 = ZMR 2011, 453.

¹⁹² vgl. BT-Drucks. 6/1549, S. 6 f. zu § 564a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

¹⁹³ BGH v. 17.3.2010 - VIII ZR 70/09, NZM 2010, 400 Rz. 8; BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 23.



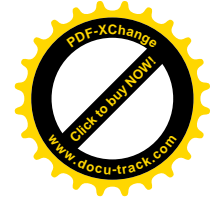
Diesen Anforderungen wird ein Kündigungsschreiben gerecht, in dem im Einzelnen 42 ausgeführt wird, dass die in der Zeit von 1934 bis 1939 als Behelfsheim gebaute Siedlung sowohl erhebliche städtebauliche Mängel (geringe bauliche Dichte, fehlende Zuordnung der gemeinschaftlichen Freiflächen zu den einzelnen Wohnungen sowie fehlende Gliederung der Siedlung in überschaubare Nachbarschaften) als auch gravierende gebäudetechnische Mängel (unzulässig niedrige Raumhöhen, geringe Haustiefe, beengte Erschließung, mangelnde Belichtung und Ausstattung) aufweise und die Kosten einer Modernisierung mit 1.250 €/qm fast die mit 1.650 €/qm kalkulierten Neubaukosten erreichten.¹⁹⁴ Da auch mit der Modernisierung ein großer Teil der städtebaulichen Mängel nicht beseitigt würde, sei im Jahr 1998 - auch im Interesse des Allgemeinwohls - die Entscheidung für einen Abriss und den Neubau einer auch für größere Familien attraktiven Siedlung mit deutlich größerer Gesamtwohnfläche und besserer Nutzung der vorhandenen Flächen gefallen; die Stadt H. habe insoweit die erforderliche Abriss- und Zweckentfremdungsgenehmigung erteilt.

Aus dem Kündigungsschreiben ergibt sich mithin, dass der Vermieter die Wohnung beansprucht, um das von ihm für die Siedlung geplante und im Einzelnen dargelegte städtebauliche Konzept der Schaffung moderner bedarfsgerechter Neubaumietwohnungen anstelle der alten und heutigen Wohnbedürfnissen nicht mehr entsprechenden Bebauung zu verwirklichen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, das Kündigungsschreiben sei deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil der Vermieter keine aktuellen Berechnungen dazu vorgelegt habe, welche Kosten bei einer Sanierung entstünden, sondern sich mit veralteten Berechnungen aus dem Jahr 1998 begnügt habe. Damit werden die Anforderungen überspannt. Bei einer Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB wegen eines geplanten Abrisses und Neubaus ist dem Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB Genüge getan, wenn dem Mieter mitgeteilt wird, aus welchen Gründen der Vermieter die vorhandene Bausubstanz nicht für erhaltenswert hält und welche baulichen Maßnahmen er stattdessen plant. Damit erhält der Mieter eine ausreichende Grundlage für die von ihm zu treffende Entscheidung, ob er der Kündigung widersprechen oder sie hinnehmen will. Entgegen einer zum Teil in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur vertretenen Auffassung¹⁹⁵ bedarf es deshalb zur Begründung einer Verwertungskündigung im Rahmen des § 573 Abs. 4 BGB keiner Vorlage von Wirtschaftlichkeitsberechnungen, etwa zu einer „Sanierungsalternative“. Etwaige Fehler einer solchen vom Vermieter gleichwohl vorgelegten Berechnung oder die Bezugnahme des Vermieters auf eine nicht mehr aktuelle Berechnung führen nicht dazu, dass die Kündigung aus formellen Gründen unwirksam ist. Die Frage, ob der vom Vermieter für den Fall des Fortbestehens des Mietverhältnisses geltend gemachte erhebliche Nachteil angesichts einer wirtschaftlich vertretbaren Sanierungsmöglichkeit tatsächlich besteht, betrifft die materielle Berechtigung der Kündigung und ist, soweit es im Einzelfall darauf ankommt, im Prozess durch Beweisaufnahme zu klären. An die Begründung einer Verwertungskündigung gestellte Anforderungen dürfen nicht darauf hinauslaufen, dass bereits das Kündigungsschreiben selbst die gerichtliche Feststellung des Vorliegens der Kündigungsvoraussetzungen erlauben müsste; dies ist durch das berechtigte Informationsbedürfnis des Mieters nicht geboten.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458.

¹⁹⁵ LG Aachen, WuM 1991, 495, 496; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 186; wohl auch Kinn/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 573 Rn. 46, 52

¹⁹⁶ vgl. BVerfG, NJW 1998, 2662, 2663; BVerfG, NZM 2003, 592 f.



11.1.5 Erheblicher Nachteil bei Abriss und Neubau

43

Der geplante Abriss eines Gebäudes und seine Ersetzung durch einen Neubau stellt eine wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks dar.¹⁹⁷ Angemessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist eine wirtschaftliche Verwertung dann, wenn sie von vernünftigen, nachvollziehbaren Erwägungen getragen wird.¹⁹⁸

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

Diesen Anforderungen kann es entsprechen, wenn ein erheblicher Nachteil bejaht wird, ohne dass eine (aktuelle) Vergleichsrechnung dazu vorgelegt wird, welche Kosten bei einer Sanierung unter Erhalt der Wohnung der Klägerin entstanden wären und wie die Wirtschaftlichkeit dieser „Sanierungsalternative“ zu beurteilen sei.¹⁹⁹ In diesem Fall kann der „erheblichen Nachteil“ darin gesehen werden, dass dem Vermieter bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses den Wohnblock, in dem sich die Wohnung des Mieters befindet, nicht durch einen Neubau ersetzen und somit das von ihm mit der Siedlung verfolgte städtebauliche Konzept nur unvollständig verwirklichen könne. Dies gilt umso mehr, wenn durch bloße Sanierungsmaßnahmen der alten Bausubstanz unter Erhalt der Wohnung der Beklagten ein baulicher Zustand, der einer angemessenen Wohnraumversorgung entspricht, nicht erreicht werden kann.

11.1.6 Schadensersatz bei formell unwirksamer Kündigung

11.2 Zweifamilienhauskündigung

Eines berechtigten Interesses i.S.v. § 573 Abs. 1 BGB bedarf es nach § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB ausnahmsweise nicht, wenn ein Mietverhältnis über Wohnraum in einem vom Vermieter selbst bewohnten Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen gekündigt wird. Für die Beurteilung, ob in einem Gebäude mehr als zwei Wohnungen vorhanden sind, ist die Verkehrsanschauung maßgebend;²⁰⁰ auf eine eventuelle baurechtswidrige Errichtung kommt es danach schon deshalb nicht an, weil trotz Baurechtswidrigkeit eine tatsächliche Wohnnutzung erfolgen kann.²⁰¹ Unter einer Woh-

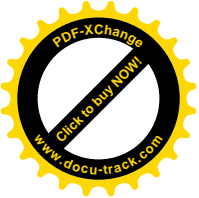
¹⁹⁷ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, NJW 2004, 1736 unter II 1 a aa.

¹⁹⁸ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, NZM 2009, 234 Rz. 12.

¹⁹⁹ BGH v. 9.2.2011 - VIII ZR 155/10, WuM 2011, 171 = GE 2011, 478 = ZMR 2011, 458.

²⁰⁰ vgl. BGH v. 25.6.2008 - VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564 Rz. 20; LG Hamburg, WuM 1994, 215; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rz. 6; Münch-Komm/Häublein, 5. Aufl., § 573a BGB Rz. 10; Bamberger/Roth/Hannappel, 2. Aufl., § 573a BGB Rz. 14.

²⁰¹ LG Bochum, WuM 1984, 133 f.; LG Köln, WuM 1985, 63; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 391; Sonnenschein, NZM 2000, 1, 4; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., § 573a BGB Rz. 4.



nung wird gemeinhin ein selbständiger, räumlich und wirtschaftlich abgegrenzter Bereich verstanden, der eine eigenständige Haushaltsführung ermöglicht.²⁰² 44

Diese Anforderungen erfüllen Räumlichkeiten in einem Keller eines Wohnhauses, wenn sie neben einem 42 qm großen Wohn-/Schlafraum über eine Küchenzeile und ein Tageslichtbad mit Toilette verfügen.²⁰³ Die Existenz von drei Wohnungen in dem Wohnhaus des Vermieters hatte sich nicht dadurch geändert, dass der Vermieter die im Keller befindlichen Räume in seinen Wohnbereich integriert hat, indem er die Einliegerwohnung seit dem Erwerb des Hauses im Jahr 2006 als Besucherzimmer/Bügelzimmer/Arbeitszimmer nutzt. Denn durch diese Erweiterung des Wohnbereichs des Vermieters hat sich der einmal gegebene Wohnungsbestand nicht reduziert. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 25. Juni 2008.²⁰⁴ Die darin gebilligte tatrichterliche Beurteilung, die Aufteilung einander ergänzender Räume auf zwei Stockwerken hindere nicht die Annahme einer (einzigen) Wohnung, beruhte auf anderen tatsächlichen Gegebenheiten. Die betreffenden Räume im Dachgeschoss jenes Gebäudes stellten keine eigenständige Wohnung dar.

Da die Einliegerwohnung vom Einzug der Mieter bis zum Ausspruch der Kündigung eine eigenständige Wohnung war, waren die Voraussetzungen einer erleichterten Kündigung nach § 573a Abs. 1 BGB zu keiner Zeit erfüllt. Daher bedurfte die in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum unstrittene Frage, ob es hinsichtlich des Wohnungsbestandes auf den Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses oder den Zeitpunkt der Kündigung ankommt,²⁰⁵ keiner Entscheidung.

11.3 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

11.3.1 Vorrang der Duldungsklage?

Nicht selten wird vertreten, dass der Vermieter bei der Ausübung seiner Rechte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten habe. Deshalb soll der Vermieter selbst bei erheblichen Verletzungen von Duldungspflichten durch den Mieter darauf beschränkt sein, diese Pflichten einzuklagen und gegebenenfalls nach § 890 ZPO vollstrecken zu lassen, und ihm daneben das Recht zur außerordentlichen Kündigung verwehrt sein.²⁰⁶

Für eine derartige Unterscheidung zwischen Duldungspflichten und sonstigen Pflichten des Mieters bietet § 543 BGB keinen Ansatzpunkt.²⁰⁷ Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis aus wichtigem Grund von jeder Vertragspartei fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Aus § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB wird deutlich, dass der wichtige Grund in jedweder Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag liegen kann, mithin auch in der Verletzung der vertraglich festgelegten Pflicht des Mie-

²⁰² vgl. LG Aachen, WuM 1993, 616, 617; LG Bochum, WuM 1984, 133; LG Hamburg, WuM 1994, 215; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rz. 6; MünchKomm/Häublein, 5. Aufl., § 573a BGB Rz. 11; Bamberger/Roth/Hannappel, 2. Aufl., § 573a BGB Rz. 14 f.; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XI 397; Sonnenschein, NZM 2000, 1, 2.

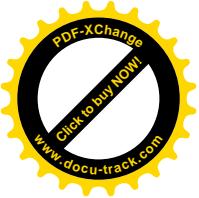
²⁰³ BGH v. 17.11.2010 - VIII ZR 90/10, WuM 2011, 34 = MDR 2011, 18 = NZM 2011, 71 = GE 2011, 50 = ZMR 2011, 363.

²⁰⁴ BGH v. 25.6.2008 - VIII ZR 307/07, WuM 2008, 564.

²⁰⁵ zum Meinungsstand: Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2006, § 573a BGB Rn. 16.

²⁰⁶ z.B. LG Baden-Baden v. 24.7.2009 - 1 S 11/09.

²⁰⁷ BGH v. 5.10.2010 - VIII ZR 221/09, GE 2011, 198 = ZMR 2011, 366.



ters, dem Vermieter Zutritt zur Wohnung zu gestatten, wenn dieser die Wohnung veräußern und deshalb Kaufinteressenten zeigen will. Unter welchen Umständen die Zumutbarkeitsgrenze für den Vermieter überschritten ist, wenn der Mieter die Erfüllung dieser vertraglichen Pflicht beharrlich verweigert, ist eine vom Tatrichter anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu treffende Wertung. Innerhalb dieser Wertung kann auch die Frage erheblich sein, ob es dem Vermieter im Einzelfall zuzumuten ist, vor Ausspruch der fristlosen Kündigung einen Duldungstitel gegen den Mieter zu erwirken und gegebenenfalls Vollstreckungsversuche nach § 890 ZPO zu unternehmen.

45

11.3.2 Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB

Der Ausspruch einer fristlosen außerordentlichen Kündigung nach § 569 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zwar an sich an keine Frist gebunden. Gleichwohl ist seit langem anerkannt, dass eine längere Verzögerung der Kündigungserklärung nicht ohne Rechtsfolgen bleibt. Bei den Kündigungstatbeständen, die an eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses anknüpfen (vgl. § 543 Abs. 1 BGB), hält der BGH bei einer überlangen Hinauszögerung der Kündigung den Schluss für gerechtfertigt, die Vertragsfortsetzung sei für den Kündigenden nicht unzumutbar.²⁰⁸ Für die vom Gesetzgeber normierten typisierten Fälle der Unzumutbarkeit (§ 543 Abs. 2 BGB) kann das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles treuwidrig oder verwirkt sein.²⁰⁹ Ob und in welchen Fällen daneben die in § 314 Abs. 3 BGB für eine Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vorgesehene zeitliche Schranke auch im Wohnraummietrecht gilt, hat der BGH bislang offen gelassen. Der XII. Zivilsenat hat dagegen im Bereich der Gewerberaummieta eine auf § 543 Abs. 1 BGB gestützte Kündigung an § 314 Abs. 3 BGB gemessen.²¹⁰

Die Frage der Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB auf den Mietvertrag bedarf keiner Klärung, wenn seit der Fristsetzung neun Monate vergangen sind und der Mieter ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet hat.²¹¹ Dies ergibt sich unabhängig davon, ob man das Verhalten des Mieters allein unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB bewertet oder daneben § 314 Abs. 3 BGB heranzieht.

11.3.3 beharrliche Zutrittsverweigerung

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis aus wichtigem Grund von jeder Vertragspartei fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere eines Verschuldens der Vertragspartei, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Aus § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB wird deutlich, dass der wichtige Grund in jedweder Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag liegen kann,²¹² mithin auch in der Verletzung der vertraglich festgelegten Pflicht des Mieters, dem Vermieter Zutritt zur Wohnung zu gestatten, wenn dieser die Wohnung veräußern und deshalb Kaufinteressenten zeigen will. Unter welchen Umständen die Zumutbarkeits-

²⁰⁸ vgl. BGH 23.9.1987 - VIII ZR 265/86, NJW-RR 1988, 77, unter II 2 a, m.w.N. zu § 554a BGB aF.

²⁰⁹ BGH v. 29.4.2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297; BGH v. 18.10.2006 - XII ZR 33/04, NJW 2007, 147, Tz. 11 m.w.N.

²¹⁰ BGH v. 21.3.2007 - XII ZR 36/05, NJW-RR 2007, 886, Tz. 21.

²¹¹ BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 206/09, WuM 2010, 532 = GE 2010, 842 = NZM 2011, 32.

²¹² BGH v. 5.10.2010 - VIII ZR 221/09, WuM 2011, 13.



grenze für den Vermieter überschritten ist, wenn der Mieter die Erfüllung dieser vertraglichen Pflicht beharrlich verweigert, ist eine vom Tatrichter anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu treffende Wertung. Innerhalb dieser Wertung kann auch die Frage erheblich sein, ob es dem Vermieter im Einzelfall zuzumuten ist, vor Ausspruch der fristlosen Kündigung einen Duldungstitel gegen den Mieter zu erwirken und gegebenenfalls Vollstreckungsversuche nach § 890 ZPO zu unternehmen.

11.3.4 Unpünktliche Mietzahlung

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dabei setzt die Kündigung wegen einer Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag gemäß § 543 Abs. 3 BGB eine erfolglose Abmahnung voraus.

Hat der Vermieter solche Abmahnung im Oktober 2008 sowie - unter ausdrücklicher Androhung der fristlosen Kündigung - erneut mit Schreiben vom 22.12.2008 ausgesprochen und zahlt der Mieter die Miete in den Monaten November und Dezember 2008 sowie im Januar 2009 wiederum mit erheblicher Verspätung, nämlich erst zur Monatsmitte stellt eine derart schleppende und ungeachtet einer oder - wie hier - sogar mehrerer Abmahnungen fortgesetzte Zahlungsweise eine gravierende Pflichtverletzung dar, die die weitere Fortsetzung des Mietvertrages für den Vermieter regelmäßig unzumutbar macht²¹³. Dies gilt umso mehr, weil in den weiteren Kündigungen vom 19.01., 19.02. und 08.04.2009, selbst wenn diese das Mietverhältnis noch nicht beendet hätten, jeweils weitere Abmahnungen zu sehen wären, die den Mieter gleichwohl nicht zur Änderung der unpünktlichen Zahlungsweise veranlassen haben. Durch die Abmahnung erhält der Mieter Gelegenheit, das durch die vorangegangenen unpünktlichen Mietzahlungen gestörte Vertrauen des Vermieters in eine pünktliche Zahlungsweise wieder herzustellen; dem Mieter wird so vor Vertragsbeendigung noch eine Chance zu vertragsgemäßem Verhalten eingeräumt²¹⁴. Diese Chance haben die Beklagten nicht genutzt, sondern im Gegenteil schuldhaft die vertragswidrige Zahlungsweise beibehalten.

11.3.5 fortgesetzte Beleidigung durch den Vermieter

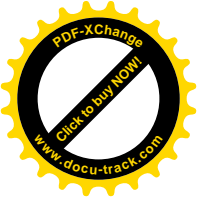
Für eine Mietvertragspartei kann ein Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB bestehen, wenn infolge des Verhaltens des anderen Vertragsteils die Durchführung des Vertrages wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage derart gefährdet ist, dass dem Kündigenden unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zugemutet werden kann.²¹⁵ Über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB ist auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden.²¹⁶ Hierfür sind die Interessen des Kündigenden an der

²¹³ BGH v. 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, GE 2011, 1013.

²¹⁴ vgl. BGH v. 11.1.2006 - VIII ZR 364/04, NZM 2006, 338 Rz. 14

²¹⁵ BGH v. 23.1.2002 - XII ZR 5/00, NJW-RR 2002, 946; BGH v. 10.4.2002 - XII ZR 37/00, NJW-RR 2002, 947, 948; Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 1030; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 163.

²¹⁶ Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 543 BGB Rz. 6; Bub/Treier/Grapentin, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rn. 190 m.w.N.



Vertragsbeendigung und die Interessen der anderen Vertragspartei an der Fortdauer des Mietverhältnisses zu ermitteln und zu bewerten.²¹⁷ Frühere Vertragsverletzungen des Kündigungsgegners können berücksichtigt werden, selbst wenn diese für sich genommen eine Kündigung nicht rechtfertigen würden.²¹⁸

47

Diese Voraussetzungen können angenommen werden, wenn die Gesellschafterin des Vermieters den Mieter nicht nur gegenüber Dritten beleidigt, sondern auch versucht, durch missfällige Äußerungen und Verdächtigungen deren Geschäftsbetrieb zu diffamieren.²¹⁹ Dies geschieht durch Äußerungen, wonach der Mieter in den Geschäftsräumen „ein schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“ oder „ein verdecktes Puff“ betreibe, sowie der Mieter betreibe eine Sekte. Sollte sich dieser Sachvortrag in einer Beweisaufnahme bestätigen, hätte der Vermieter, der sich das Verhalten seiner Gesellschafterin zurechnen lassen müsste (§ 31 BGB), ihre mietvertraglichen Pflichten in erheblichem Umfang verletzt. Denn im Rahmen der allgemeinen vertraglichen Treuepflicht (§ 242 BGB) sind Vertragsparteien verpflichtet, alles zu unterlassen, was das Interesse des Vertragspartners an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu tun, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung sicherzustellen.²²⁰ Diese vertragliche Nebenpflicht wird verletzt, wenn eine Vertragspartei ohne anerkanntes Interesse Behauptungen in der Öffentlichkeit verbreitet, die geeignet sind, das Ansehen des Vertragspartners erheblich zu beeinträchtigen.

11.3.6 Begründung der Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Die Frage, wie weit die Begründungspflicht des § 569 Abs. 4 BGB reicht, wenn sich der Rückstand erst durch umfangreiche Berechnungen aus einer Vielzahl unterschiedlicher Positionen ergibt, ist bisher ungeklärt. Eine zu erhöhten Begründungsanforderungen führende schwierige Sach- und Rechtslage wird verbreitet angenommen, wenn der Vermieter die Kündigung nicht auf den aktuellen Mietrückstand, sondern auch auf frühere Rückstände stützt.²²¹ Die bei einer derartigen Fallgestaltung bestehenden Begründungsanforderungen sind indessen streitig.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass den Anforderungen genügt ist, wenn der Vermieter dem Mieter nachvollziehbar mitteilt, welche konkret dargestellten Zahlungsrückstände er seiner Kündigung zugrunde legt²²² oder für welchen Zeitraum der Mieter welche Zahlungen nachweisen muss, um dem der Kündigung zugrunde liegenden Verzugsvorwurf wirkungsvoll zu begegnen.²²³ Zusätzliche Begründungserfordernisse werden lediglich für den Fall erwogen, dass eine unklare Verrechnungslage besteht oder der Kündigungsgegner nicht über die nötigen Informationen zu bestimmten Zahlungsvorgängen verfügt, während der Kündigende die benötigten Informationen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Treuepflichten mit zumutbarem Aufwand geben kann.²²⁴

²¹⁷ *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 9. Aufl., § 543 BGB Rz. 4.

²¹⁸ *Müller* in *Müller/Walther*, Miet- und Pachtrecht, (Stand 2010), C § 543 BGB Rn. 5.

²¹⁹ BGH v. 15.9.2010 - XII ZR 188/08, ZMR 2011, 29.

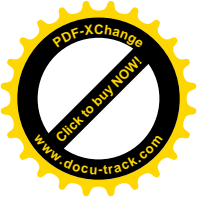
²²⁰ BGH v. 28.4.1982 - IVa ZR 8/81, NJW 1983, 998, 999 m.w.N.

²²¹ *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. XII 145; *Staudinger/Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62; jeweils m.w.N.

²²² *Flatow*, NZM 2004, 281, 286; *jurisPK-BGB/Mössner*, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rz. 142.

²²³ *MünchKommBGB/Häublein*, 5. Aufl., § 569 Rz. 36 Fn. 7.

²²⁴ *Flatow*, NZM 2004, 281, 286 f.; ähnlich *jurisPK-BGB/Mössner*, 4. Aufl., § 569 BGB Rz. 211 m.w.N.



Teilweise werden aber auch weitergehende Anforderungen dahin gestellt, dass aus dem Kündigungsschreiben stets ersichtlich sein müsse, welche (Teil-)Zahlungen der Mieter, gegebenenfalls auch ein Dritter, geleistet habe und wie diese Zahlungen auf die jeweiligen Monate verrechnet worden seien,²²⁵ ob in dem Rückstand weitere Forderungen enthalten seien, die nicht unter § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB fielen, sowie ob und gegebenenfalls wie etwaige Einwendungen des Mieters gegen seine Zahlungspflicht, insbesondere eine geltend gemachte Mietminderung oder Aufrechnung, berücksichtigt worden seien.²²⁶ Noch weitergehend wird vereinzelt sogar vom Vermieter eine dezidierte Darlegung seiner Handlungsmotive sowie eine Bewertung des Verhaltens des Mieters durch eine aus sich heraus nachvollziehbare Darlegung der Vertragsverstöße verlangt.²²⁷

48

Der zuerst genannte Auffassung gibt der BGH²²⁸ den Vorzug. Danach genügt es zur formellen Wirksamkeit einer Kündigung, dass der Mieter anhand der Begründung des Kündigungsschreibens erkennen kann, von welchem Mietrückstand der Vermieter ausgeht und dass er diesen Rückstand als gesetzlichen Grund für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs heranzieht, um mit Hilfe dieser Angaben die Kündigung auf ihre Stichhaltigkeit überprüfen und in eigener Verantwortung entscheiden zu können, wie er darauf reagieren will.²²⁹ Dem wird eine Kündigung gerecht, aus der sich für einen konkreten Zeitraum jeweils monatsbezogen aufgelistet die aus Sicht des Vermieters bestehenden Rückstände bei der Kaltmiete und den Nebenkostenvorauszahlungen sowie daran anschließend die jeweils summenmäßig aufaddierten Gesamtrückstände ergeben. Darüber hinausgehende Angaben sind nicht erforderlich.

11.4 außerordentliche Kündigung

11.4.1 nach § 563 Abs. 4 BGB

Stirbt der Mieter, der Mitglied der vermietenden Genossenschaft war, geht die Mitgliedschaft auf den Erben über und endet satzungsgemäß am Ende des Geschäftsjahres, in dem das Mitglied verstorben. Fraglich ist, ob diese Konstellation ausreicht, um einen Genossenschaftsbedarf²³⁰ gegenüber dem in der Wohnung lebenden Familienangehörigen, der nach § 563 Abs. 2 BGB in den Mietvertrag eingetreten ist, zu begründen.

Das ist jedenfalls nicht gerechtfertigt, wenn der Eintretende angeboten hat, den von seiner Mutter ererbten Geschäftsanteil bei der Genossenschaft zu belassen, und sie gebeten hat, ihn als Mitglied aufzunehmen.²³¹ Die Kündigung könne auch nicht auf einen wichtigen Grund in der Person des Eintretenden im Sinne des § 563 Abs. 4 BGB gestützt werden. Dafür sei auf die Zumutbarkeit für den Vermieter abzustellen. Insofern sei zu berücksichtigen, dass der Eintretende mehrere Jahre in der streitigen Wohnung gelebt und sich in die dortige Gemeinschaft beanstandungsfrei eingefügt habe, so dass dahinter seine Verurteilungen zu Straftat sowie eine bestehende Drogenabhängigkeit zurücktreten würden.

²²⁵ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 569 BGB Rz. 73; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62.

²²⁶ Staudinger/*Emmerich*, BGB (2006), § 569 Rz. 62 m.w.N.

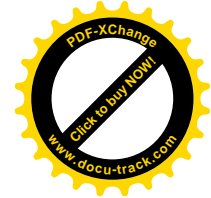
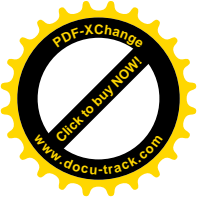
²²⁷ *Gellwitzki*, WuM 2004, 181, 184.

²²⁸ BGH v. 12.5.2010 – VIII ZR 96/09, WuM 2010, 484 = GE 2010, 975 = ZMR 2010, 839.

²²⁹ BGH v. 22.12.2003, - VIII ZB 94/03, NJW 2004, 850, unter II 2 b cc.

²³⁰ vgl. dazu BGH v. 10.9.2003 - VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691 = ZMR 2003, 904 = MietRB 2004, 3.

²³¹ BGH v. 20.4.2010 – VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431.



12 Schadensersatz

49

12.1 Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten

12.2 Rechtsanwaltskosten für die Einholung der Deckungszusage

Unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens sind Rechtsverfolgungskosten dann zu erstatten, wenn die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Wahrung und Durchsetzung der Rechte unter den Umständen des Falles erforderlich und zweckmäßig ist.²³²

Diese Voraussetzung ist nicht gegeben bei der Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe für die Einholung einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung²³³. Die Kosten werden auch nicht dadurch erforderlich, dass die Rechtsschutzversicherung die Deckungszusage gegenüber dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten zunächst verweigert hat und deshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin die Deckungszusage ohne Weiteres selbst hätte einholen können. Das kann allenfalls gelten, wenn sich die Verweigerung der Deckungszusage tatsächlich auf die im Prozess weiterverfolgten Ansprüche bezieht.

12.3 entgangener Gewinn bei Nichtgewährung des Gebrauchs

Gemäß § 252 Satz 2 BGB gilt u.a. der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Danach ist die volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich; es genügt vielmehr der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, wird vermutet, dass er erzielt worden wäre. Dem Ersatzpflichtigen obliegt dann der Beweis, dass er nach dem späteren Verlauf oder aus anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten gestellt werden.²³⁴ § 252 Satz 2 BGB bietet dem Geschädigten zwei Möglichkeiten der Schadensberechnung, nämlich die abstrakte Methode, die von dem regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr ausgeht, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätigt und daraus Gewinn erzielt und die konkrete Methode, bei der der Geschädigte nachweist, dass er an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und dass ihm wegen Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte Gewinn entgangen ist.

Ist der Erwerbsschaden eines Selbständigen festzustellen, so ist es im Rahmen der §§ 252 BGB, 287 ZPO in der Regel erforderlich und angebracht, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren anzuknüpfen.²³⁵ Zur Darlegung des entgangenen Gewinns im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB genügt es, diese Tatsachen vorzutragen.

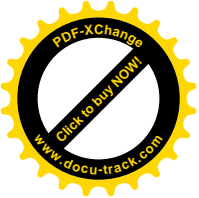
Diesen Anforderungen genügt ein Mieter, der den ihm durch die Nichtgewährung des Gebrauchs der Mietsache entgangenen Gewinn abstrakt berechnet, indem er die von ihm in den vergangenen Jahren

²³² vgl. BGH v. 6.10.2010 - VIII ZR 271/09, WuM 2010, 740 Rn. 9 zur Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten für die Abfassung eines Kündigungsschreibens; BGH v. 10.1.2006 - VI ZR 43/05, NJW 2006, 1065 Rz. 6 m.w.N. zur Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten, die dem Geschädigten durch die anwaltliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen seinen eigenen Unfallversicherer entstehen.

²³³ BGH v. 9.3.2011 - VIII ZR 132/10, ZMR 2011, 536 = NZM 2011, 400.

²³⁴ BGH v. 30.5.2001 - VIII ZR 70/00, NJW-RR 2001, 1542; BGH v. 19.10.2005 - VIII ZR 392/03, NJW-RR 2006, 243, 244.

²³⁵ BGH v. 6.2.2001 - VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640, 1641.



erzielten Gewinne darlegt und unter Zeugen- und/oder Sachverständigenbeweis stellt.²³⁶ 50

Damit hat er gemäß § 252 Satz 2 BGB hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, welchen Gewinn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte. Zur Schlüssigkeit ist es nicht erforderlich, auch noch die Eckdaten der Berechnung mitzuteilen.

13 Räumung

Obwohl der Vermieter wieder im Besitz der Mietsache ist, tritt hinsichtlich des vom Mieter mit der Berufung unverändert (auch) bekämpften Räumungs- und Herausgabeanspruchs keine Erfüllung ein. Das kommt nur in Betracht, wenn der Mieter Erfüllungsbereitschaft gehabt hätte²³⁷. Diese hat der Mieter indes nicht, solange er hat die Mieträume wegen des angedrohten Räumungszwangs und deshalb unfreiwillig zurückgegeben hat²³⁸.

14 Nutzungsentschädigung

14.1 Vorenthaltung und Zurücklassen von Gegenständen

Die Vorenthaltung endet erst mit der Erfüllung der Rückgabepflicht.²³⁹ Hierzu gehört neben der Übertragung des unmittelbaren Besitzes die Räumung der Mietsache.²⁴⁰ Zwar ist die Pflicht zur Rückgabe auch erfüllt, wenn nur noch einzelne Gegenstände in den Räumen zurückbleiben. Ob dies der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.²⁴¹ Bleibt hingegen eine Vielzahl von Gegenständen zurück, liegt nur eine teilweise Räumung vor, die, weil Teilleistungen gemäß § 266 BGB unzulässig sind, zur Vorenthaltung der gesamten Mietsache führt.²⁴²

Das ist auch der Fall, wenn sich bei dem Rückgabetermin noch ein Verkaufscontainer, mehrere Mülltonnen, Blumenbehälter sowie mehrere Kubikmeter Sperrmüll und auch Einrichtungsgegenstände in dem Mietobjekt befanden.²⁴³ Insoweit trägt der Mieter bei einem Streit über die Rückgabe die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die Mietsache zurückgegeben hat.

14.2 Vorenthaltung und Zustand der Mieträume

Der Begriff der Vorenthaltung besagt nicht nur, dass der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt, sondern auch, dass das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht.²⁴⁴ In welchem Zustand sich die Mietsache bei der (vorgesehenen) Rückgabe befindet, ist grundsätzlich ohne Bedeutung, so dass allein darin, dass der Mieter dem Vermieter die Räume in verwahrlostem oder

²³⁶ BGH v. 27.10.2007 – XIII ZR 128/09, GE 2010, 1741.

²³⁷ vgl. BGH NJW-RR 1998, 1572f; OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029 m. w. N.

²³⁸ OLG Düsseldorf v. 6.11.2008 – 24 U 149/07, ZMR 2011, 629.

²³⁹ Schmidt-Futterer/*Gather*, Mietrecht, 9. Auflage, § 546 a BGB Rz. 18; Bub/Treier/*Scheuer*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V. Rz. 74.

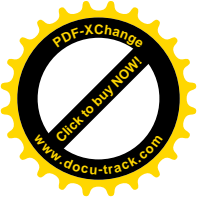
²⁴⁰ BGH, NJW 1994, 3232, 3234; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 373.

²⁴¹ BGH, NJW 1983, 1049, 1050.

²⁴² vgl. OLG Koblenz, NZM 2006, 181; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 373.

²⁴³ KG v. 3.6.2010 – 12 U 164/09, ZMR 2011, 114.

²⁴⁴ BGH v. 5.10.2005 - VIII ZR 57/05, WuM 2005, 771, Tz. 6; BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, WuM 2006, 102 Tz. 12; jeweils m.w.N.



einem sonst nicht vertragsgemäßen Zustand überlässt, noch keine Vorenthaltung gese- 51
hen werden kann.²⁴⁵

Dementsprechend ist eine Vorenthaltung der Mietsache zu verneinen, wenn ein Mieter die Mietsache zurückgibt, ohne die ihm obliegenden Schönheitsreparaturen auszuführen,²⁴⁶ oder nur deshalb noch den Besitz an dem ansonsten bereits geräumten Mietobjekt behält, um auf Wunsch des Vermieters Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen.²⁴⁷

14.3 Vorenthaltung und Räumungsfrist

Die Mietsache wird gemäß § 546a BGB vorenthalten, wenn der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht.²⁴⁸ Die Vorenthaltung endet erst mit der Erfüllung der Rückgabepflicht.²⁴⁹ Hierzu gehört neben der Übertragung des unmittelbaren Besitzes die Räumung der Mietsache.²⁵⁰ Zwar ist die Pflicht zur Rückgabe auch erfüllt, wenn nur noch einzelne Gegenstände in den Räumen zurückbleiben. Ob dies der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.²⁵¹ Bleibt hingegen eine Vielzahl von Gegenständen zurück, liegt nur eine teilweise Räumung vor, die, weil Teilleistungen gemäß § 266 BGB unzulässig sind, zur Vorenthaltung der gesamten Mietsache führt.²⁵²

Das ist der Fall, wenn sich in der Mietsache noch ein Verkaufscontainer, mehrere Mülltonnen, Blumenbehälter sowie mehrere Kubikmeter Sperrmüll und auch Einrichtungsgegenstände befinden.²⁵³ Insoweit trifft den Mieter bei einem Streit über die Rückgabe die Darlegungs- und Beweislast.²⁵⁴ Dazu muss er im Einzelnen darlegen, welche Gegenstände sich nach seinem Auszug noch auf dem Grundstück befanden. Selbst wenn der Vermieter eine Räumungsfrist gewährt hat, steht dies der Annahme einer Vorenthaltung der Mietsache gemäß § 546a BGB nicht entgegen. Denn ausreichend ist der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters, der auch bei Einräumung einer Räumungsfrist gegeben ist²⁵⁵ und auch nicht dadurch entfällt, dass der Vermieter die Rücknahme ablehnt, weil die Mietsache nicht vollständig geräumt ist.

14.4 Darlegungslast bei Mietausfallschaden

Für einen nach § 280 Abs. 1 und 2, §§ 286, 546a Abs. 2 BGB in Betracht kommenden Anspruch auf Ersatz eines konkret berechneten Mietausfallschadens ist die Darlegung erforderlich, wann und zu welchem Mietzins das Mietobjekt bei rechtzeitiger Rückgabe hätte vermietet werden können.²⁵⁶ Dar-

²⁴⁵ BGHZ 86, 204, 209 f.; BGHZ 104, 285, 289; jeweils m.w.N.

²⁴⁶ BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 326/09, WuM 2010, 632 = ZMR 2011, 22 = NZM 2010, 815; KG, KGR 2004, 175, 176.

²⁴⁷ BGH v. 13.7.2010 – VIII ZR 326/09, ZMR 2011, 22; OLG Hamm, NZM 2003, 517; OLG Bamberg, ZMR 2002, 738 f.; OLG Hamburg, WuM 1990, 75

²⁴⁸ BGH, NJW 2007, 1594, 1595.

²⁴⁹ Schmidt-Futterer/*Gather*, Mietrecht, 9. Aufl., § 546a BGB Rz. 18; Bub/*Treier/Scheuer*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V 74.

²⁵⁰ BGH, NJW 1994, 3232, 3234; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 373.

²⁵¹ BGH, NJW 1983, 1049, 1050.

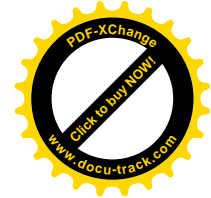
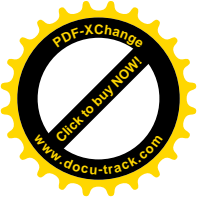
²⁵² vgl. OLG Koblenz, NZM 2006, 181; OLG Hamm, ZMR 1996, 372, 374.

²⁵³ KG v. 3.6.2010 - 12 U 164/09, GuT 2010, 225 = GE 2010, 1201.08

²⁵⁴ Wolf/Eckert/Ball, Hb des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1135.

²⁵⁵ BGH, NZM 2006, 820.

²⁵⁶ BGH v. 25.1.2007 – IX ZR 216/05, WPM 2007, 606.



an ändert die Darlegungserleichterung gemäß § 252 Satz 2 BGB nichts. Der Geschädigte hat Anknüpfungstatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der geltend gemachte Gewinn zu erzielen gewesen wäre. 52

Denn die durch § 252 Satz 2 BGB zugelassene Wahrscheinlichkeitsprüfung erfordert den Vortrag greifbarer Tatsachen, weil sich nur an Hand eines bestimmten Sachverhalts sagen lässt, wie sich die Dinge weiter entwickelt hätten, und dass die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Vermutung erst nach Beibringung der erforderlichen (Ausgangs- oder Anknüpfungs-)Tatsachen zum Tragen kommen kann.²⁵⁷ Darüber hinaus ist es für die Darlegung eines durch die verspätete Rückgabe der Mietsache entstandenen konkreten Mietausfallschadens sogar als erforderlich angesehen worden, dass dargetan wird, wann, an wen und zu welchem Mietzins die Mietsache hätte vermietet werden können.²⁵⁸ Allerdings ist immer auch darauf hingewiesen worden, dass sich eine feste Regel nicht aufstellen lässt, sondern vieles von den Umständen des jeweiligen Falles abhängt und deshalb die Beurteilung einer hinreichenden Schadenswahrscheinlichkeit Aufgabe des Tatrichters ist.²⁵⁹

Mit Rücksicht darauf genügt der Vermieter den Anforderungen an die Darlegungslast nicht, wenn der Vermieter lediglich zwei in einem Monat hervorgetretene Mietinteressenten benennt, ohne angeben zu können, ab wann diese die Wohnung überhaupt hätten anmieten wollen, zumal wenn der Wohnungsmarkt am Ort nicht derart angespannt ist, dass allein schon aus dem Angebot der Wohnung am Markt auf deren umgehende Weitervermietung hätte geschlossen werden können.²⁶⁰

15 Verjährung

15.1 Ansprüche der Eigentümergemeinschaft gegen den Mieter

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

Der Zweck des § 548 BGB besteht darin, die mit der Beendigung eines Gebrauchsüberlassungsverhältnisses verbundenen Ansprüche einer beschleunigten Klärung zuzuführen²⁶¹. Deshalb entspricht es allgemeiner Meinung, dass der Anwendungsbereich des § 548 BGB weit zu fassen ist. So unterliegen nicht nur mietvertragliche Ansprüche der kurzen Verjährung, sondern auch die aus demselben Sachverhalt herrührenden konkurrierenden Ansprüche des Vermieters, etwa aus unerlaubter Handlung oder aus dem Eigentum²⁶². In persönlicher Hinsicht hat die Rechtsprechung Ansprüche des Vermieters gegen Dritte, die in den Schutzbereich des Mietvertrags einbezogen sind, gleichfalls der kurzen Verjährung unterworfen²⁶³.

²⁵⁷ BGHZ 54, 45, 55 f.; BGH v. 17.6.1998 - XII ZR 206/96, WPM 1998, 1787, unter 3 a; BGH v. 27.9.2001 - IX ZR 281/00, WPM 2001, 2450, unter III 1 a.

²⁵⁸ BGH v. 15.12.1999 - XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382, unter 2; OLG Düsseldorf, GE 2006, 327, 329.

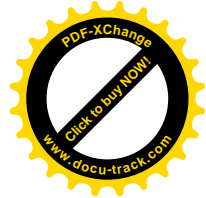
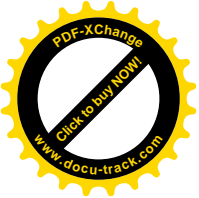
²⁵⁹ BGHZ 54, 45, 56 m.w.N.

²⁶⁰ BGH v. 13.7.2010 - VIII ZR 326/09, WuM 2010, 632 = GE 2010, 1265 NZM 2010, 815.

²⁶¹ BGH v. 21.3.1997 - V ZR 217/95, BGHZ 135, 152, 155 f., noch zu § 558 Abs. 1 BGB a.F.

²⁶² st. Rspr.; z.B. BGH v. 23.5.2006 - VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 Rz. 14 m.w.N.

²⁶³ BGH v. 19.9.1973 - VIII ZR 175/72, BGHZ 61, 227, 229 f.; BGH v. 7.7.1976 - VIII ZR 44/75, MDR 1977, 134.



In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ferner anerkannt, dass dem Mieter die 53
Berufung auf die kurze mietrechtliche Verjährung unter bestimmten Voraussetzungen
auch gegenüber einem Eigentümer möglich ist, dessen Sache im Rahmen des Mietgebrauchs be-
schädigt worden ist. Dies ist für den Fall einer engen wirtschaftlichen Verflechtung zwischen Ver-
mieter und Eigentümer angenommen worden; diese kann es - etwa bei Vermietung einer im Eigen-
tum einer Tochtergesellschaft des Vermieters stehenden Sache - rechtfertigen, den Eigentümer hin-
sichtlich der Verjährung von Schadensersatzansprüchen ebenso zu behandeln, als liege eine Identität
zwischen Vermieter und Eigentümer vor²⁶⁴. Eine ähnliche Konstellation liegt vor, wenn der Eigen-
tümer die Vermietung seiner Sache an einen Dritten gestattet und so dem Vermieter die Überlassung
der Sache an den Mieter ermöglicht hat; auch in diesem Fall muss sich der Eigentümer vom Mieter
die kurze mietrechtliche Verjährung entgegen halten lassen²⁶⁵.

Ob diese Grundsätze bei der Beschädigung von Gemeinschaftseigentum durch den Mieter einer Ei-
gentumswohnung auf das Verhältnis zwischen Wohnungseigentümergeinschaft und Mieter über-
tragbar sind, ist in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur streitig.

Die überwiegend vertretene Meinung geht dahin, dass auch in diesem Verhältnis die kurze Verjäh-
rung des § 548 Abs. 1 BGB Anwendung finde. Begründet wird dies vor allem damit, dass es aus der
Sicht des Mieters keinen Unterschied mache, ob er eine Wohnung anmiete, die sich in einem im Al-
leineigentum des Vermieters gelegenen Mehrfamilienhaus befinde, oder aber eine Eigentumswoh-
nung; in beiden Fällen sei er zur Mitbenutzung von Gemeinschaftseinrichtungen wie Treppenhaus
und Aufzug befugt und greife der Zweck des § 548 BGB, eine rasche Klärung von Ansprüchen im
Zusammenhang mit dem Zustand des Mietobjekts herbeizuführen, ein²⁶⁶.

Nach der Gegenauffassung liegen die Voraussetzungen für eine erweiternde Anwendung des § 548
BGB auf Schadensersatzansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft bei Beschädigung des
Gemeinschaftseigentums nicht vor, weil weder eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem ein-
zelnen Eigentümer und der Gemeinschaft bestehe noch aus sonstigen Gründen die Verschiedenheit
zwischen Eigentümer und Vermieter nur zufälliger Natur sei²⁶⁷.

Der BGH folgt der letztgenannten Auffassung²⁶⁸. Eine Anwendung der kurzen Verjährungsfrist des
§ 548 BGB auf die hier in Rede stehenden Ansprüche der am Mietvertrag nicht beteiligten Woh-
nungseigentümergeinschaft ist nicht gerechtfertigt. Eine unmittelbare Anwendung der Bestim-
mung, die auf das durch die vertragliche Beziehung geprägte Verhältnis Mieter/Vermieter zu-
geschnitten ist, auf Ansprüche der weder mit dem vermietenden Wohnungseigentümer wirtschaftlich
eng verflochtenen noch nur zufällig mit diesem nicht personenidentischen Wohnungseigentümerge-
meinschaft würde die Grenzen einer noch zulässigen weiten Gesetzesauslegung überschreiten. Für
eine danach allein in Betracht zu ziehende analoge Anwendung fehlt es schon an einer Gesetzeslück-
e und darüber hinaus auch an einer vergleichbaren Interessenlage.

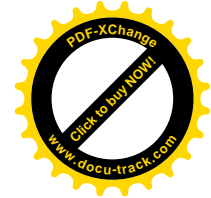
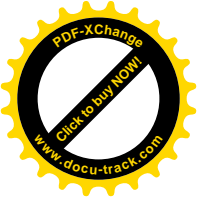
²⁶⁴ BGH v. 11.12.1991 - XII ZR 269/90, BGHZ 116, 293, 296.

²⁶⁵ BGH v. 21.3.1997 - V ZR 217/95, BGHZ 135, 152, 157.

²⁶⁶ LG Essen, NZM 1998, 377 f.; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 548 BGB, Rz. 30; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 548 BGB Rz. 14; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 548 BGB Rz. 36.

²⁶⁷ LG Stuttgart, NZM 2009, 36; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 1219; Bärmann/Klein, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl., § 13 WEG Rz. 154; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 548 BGB, Rz. 5a.

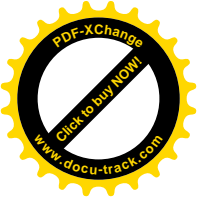
²⁶⁸ BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, ■.



Der Vermieter hat mit dem Abschluss des Mietvertrags die Disposition zur Überlassung 54 der Mietsache an den Mieter getroffen; ihm ist es deshalb zumutbar, die Mietsache bei Rückgabe im Hinblick auf die kurze Verjährung des § 548 BGB und eine rasche Abwicklung mietvertraglicher Ansprüche auf Schäden zu untersuchen und etwaige Ansprüche alsbald geltend zu machen. Das gleiche gilt für den Eigentümer in den Fällen, in denen vom Bundesgerichtshof eine entsprechende Anwendung des § 548 BGB bejaht worden ist, nämlich bei enger wirtschaftlicher Verflechtung zwischen Eigentümer und Vermieter oder bei einer Gestattung der Vermietung durch den Eigentümer. Insoweit geht es um Fallgestaltungen, in denen die Personenverschiedenheit von Eigentümer und Vermieter aus der Sicht des Mieters lediglich zufällig ist. In diesen Fällen ist eine entsprechende Anwendung des § 548 BGB auf Schadensersatzansprüche des vom Vermieter verschiedenen Eigentümers gerechtfertigt, weil der Anwendungsbereich der kurzen Verjährung anderenfalls dadurch ausgehöhlt werden könnte, dass der Eigentümer einer Sache für die Vermietung eine ihm nahe stehende oder wirtschaftlich mit ihm eng verflochtene Person einsetzt, und so etwaige Schadensersatzansprüche ohne Rücksicht auf die kurze mietrechtliche Verjährungsfrist verfolgen könnte. Eine (nur) zufällige Personenverschiedenheit liegt in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergeinschaft jedoch nicht vor. Eine Aushöhlung des Anwendungsbereichs des § 548 BGB ist insoweit nicht zu besorgen.

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

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



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

16 Prozess

16.1 Schlüssigkeit des Sachvortrages zur Kündigung

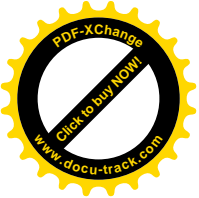
Ein Sachvortrag ist dann schlüssig, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, die den Zeitpunkt und den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, ist nicht erforderlich, soweit diese Einzelheiten für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Die Ablehnung eines für eine beweis erhebliche Tatsache angetretenen Zeugenbeweises ist darüber hinaus nur dann zulässig, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber aufs Geratewohl gemacht, gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellt, mit anderen Worten, aus der Luft gegriffen sind und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstelle.²⁶⁹

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

16.2 Erledigung durch Räumungsvollstreckung?

Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB tritt für Ansprüche aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 985 BGB grundsätzlich nicht ein, wenn die Leistung in der Zwangsvollstreckung erzwungen wird oder sich der Schuldner nur deshalb einem vorläufig vollstreckbaren Titel beugt, um dem bevorstehenden Vollstreckungszwang zu entgehen. Anderes gilt nur dann, wenn der Schuldner bei oder unmittelbar nach Kenntnisaufnahme von der Zwangsvollstreckung analog § 362 Abs. 1 BGB in unzweifelhafter

²⁶⁹ BGH v. 1.6.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710, 2711.



Weise eine Leistungsbestimmung mit dem Inhalt trifft, das Ergebnis der Zwangsvollstreckung solle nun als Erfüllung gelten.²⁷⁰ 56

Eine solche eindeutige Erklärung hat der Mieter auch nicht schlüssig abgegeben, wenn er darauf beharrt, erstinstanzlich zu Unrecht verurteilt worden zu sein.²⁷¹

16.3 Verjährung als erledigendes Ereignis

Nach der überwiegenden Auffassung stellt die Erhebung der Einrede der Verjährung ein erledigendes Ereignis dar. Für die Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache vorliege, sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, auf welchen Umständen die nachträglich eingetretene Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage beruhe. Eine Erledigung der Hauptsache könne auch dann eintreten, wenn die Klage aus Gründen unzulässig oder unbegründet werde, die allein im Verantwortungsbereich des Klägers lägen. Daher könne auch die Verjährung der Klageforderung zur Erledigung des Rechtsstreits führen, obwohl es der Kläger selbst in der Hand gehabt hätte, den Eintritt der Verjährung zu vermeiden.²⁷² Eine Erledigung der Hauptsache trete deshalb auch dann ein, wenn die Verjährungsfrist für den Klageanspruch bereits bei Erhebung der Klage abgelaufen gewesen sei, sich der Beklagte jedoch erstmals im Prozess auf die Verjährung berufe

Nach anderer Auffassung handelt es sich bei der Erhebung der Einrede der Verjährung nicht um ein erledigendes Ereignis. Umstände, deren Eintritt der Kläger beeinflussen könne, insbesondere solche, die auf einem Verhalten des Klägers selbst beruhen und deren Eintritt er hätte verhindern können, müssten als Erledigungsereignisse außer Betracht bleiben. Bei der Verjährung liege es alleine an dem Gläubiger, der den geltend gemachten Anspruch habe verjähren lassen, dass letzterer infolge der Verjährungseinrede unbegründet geworden sei. Es bestehe kein überzeugender Grund, den Kläger vor den Folgen seines Verhaltens zu schützen. Eine Klage werde zwar erst dann unbegründet, wenn der Beklagte eine begründete Verjährungseinrede erhebe. Voraussetzung sei allerdings, dass die Verjährungsfrist auch abgelaufen sei, der Kläger also die Verjährung nicht durch die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen unterbrochen habe.²⁷³ Begründet wird diese Auffassung auch damit, dass die Geltendmachung der Einrede im Prozess auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirke.²⁷⁴

Eine weitere Auffassung unterscheidet danach, ob der Eintritt der Verjährung vor oder nach Erhebung der Klage oder der Beantragung einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Nach dieser Auffassung stellt die Einrede der Verjährung gegenüber einer bereits vor Verfahrensbeginn verjäherten For-

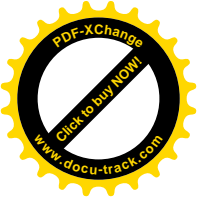
²⁷⁰ vgl. OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029; Zöller/*Gummer*, 28. Aufl., vor § 511 ZPO Rz. 23 und 27, § 511 ZPO Rz. 17 jew. m.w.N.; Palandt/*Grüneberg*, 68. Aufl., § 362 BGB Rz. 15 m.w.N.

²⁷¹ OLG Düsseldorf v. 30.11.2009 – 24 U 139/09, ZMR 2010, 677.

²⁷² vgl. OLG Frankfurt a.M., MDR 2002, 778, 779, WRP 1982, 422 und WRP 1979, 799, 801; OLG Karlsruhe, WRP 1985, 288; OLG Hamburg, MDR 1985, 951, 952 f.; OLG München, WRP 1987, 267, 268; OLG Düsseldorf, WRP 1980, 701, 702; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg, WRP 1980, 232, 233; OLG Celle, WRP 1983, 96 und GRUR 1987, 716; Stein/*Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rz. 6; Prütting/*Gehrlein/Hausherr*, ZPO, § 91a Rz. 8 und 11; Thomas/*Putzo/Hüftege*, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rz. 5; Saenger/*Gierl*, Hk-ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 7; Baumbach/*Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 67. Aufl., § 91a Rz. 59 - "Verjährung"; Rosenberg/*Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 130 Rz. 2; *El-Gayar*, MDR 1998, 698 f.; *Meller-Hannich*, JZ 2005, 656, 663; *Peters*, NJW 2001, 2289 f.; *Wernecke*, JA 2004, 331, 334; *Thesen*, WRP 1981, 304, 305.

²⁷³ OLG Koblenz, WRP 1982, 657, 658; OLG Schleswig, NJW-RR 1986, 38 f.; OLG Hamm, WRP 1977, 199 f.; MünchKommZPO/*Lindacher*, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 152; *Wieczorek/Schütze/Steiner*, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rz. 33; *Ulrich*, WRP 1990, 651, 654; *Bork*, WRP 1987, 8, 12.

²⁷⁴ vgl. Zöller/*Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rz. 58 - "Verjährung"; *El-Gayar*, MDR 1998, 698, 699



derung kein erledigendes Ereignis dar, während ein solches im Falle des erst während 57
des laufenden Verfahrens erfolgenden Verjährungseintritts bejaht wird.²⁷⁵

Der BGH hat sich der überwiegenden Auffassung angeschlossen.²⁷⁶ Der Eintritt der Verjährung habe für sich genommen weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs.²⁷⁷ Der Schuldner sei ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB),²⁷⁸ was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nehme.²⁷⁹ Die Verjährung berühre nach der Konzeption des BGB mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbegründenden Umstände als solche vom Kläger selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten zu. Ob der Schuldner von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden Einrede der Verjährung Gebrauch macht, stehe in seinem freien Belieben. Erhebe der Beklagte erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so werde hierdurch für den Kläger ein Hindernis geschaffen, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet. Erst letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führe zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

16.4 Erledigungserklärung im selbständigen Beweisverfahren

Im selbständigen Beweisverfahren ist grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs von § 494a ZPO keine Entscheidung über die Kostentragungspflicht zu treffen; diese Entscheidung ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.²⁸⁰ Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bilden einen Teil der Kosten eines anhängigen oder zukünftigen Erkenntnisverfahrens zwischen den Parteien, neben dem oder zu dessen Vorbereitung das selbständige Beweisverfahren stattgefunden hat.²⁸¹

Die Rechtsprechung hat jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen, weil in manchen Fällen der Antragsgegner ein schützenswertes Interesse an einer sofortigen Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren hat. Eine solche Kostenentscheidung ist insbesondere dann veranlasst, wenn der Antragsteller den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurückgenommen hat.²⁸²

Das Gleiche gilt für eine einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers.²⁸³ Sie ist nämlich in eine Antragsrücknahme umzudeuten. Eine einseitige Erledigungserklärung ist im selbständigen Beweisverfahren unzulässig.²⁸⁴ Sie ist aber regelmäßig in eine (wirksame) Antragsrücknahme mit der Kostenfolge entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO umzudeuten, wenn nach dem Willen des Antrag-

²⁷⁵ Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rz. 5 und 58 - "Verjährung"; El-Gayar, MDR 1998, 698; Hase, WRP 1985, 254, 255 f.

²⁷⁶ BGH v. 27.1.2010 – VIII ZR 58/09, ZMR 2010, 591.

²⁷⁷ vgl. BGHZ 156, 269, 271; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., vor § 194 Rz. 5 und § 214 Rz. 1; Palandt/Ellenberger, 69. Aufl., § 214 BGB Rz. ½.

²⁷⁸ BGH v. 15.10.2004 - V ZR 100/04, WPM 2004, 2443, unter II 2 c.

²⁷⁹ BGH v. 4.12.2007 - XI ZR 144/06, BauR 2008, 666, unter IV 3 d.

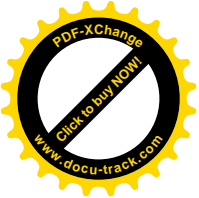
²⁸⁰ vgl. BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005 unter III 1; BGH v. 21.9.2010 - VIII ZB 73/09, juris Rz. 7.

²⁸¹ BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; vgl. ferner BGH v. 9.2.2006 - VII ZB 59/05, NJW-RR 2006, 810 Rz. 11.

²⁸² vgl. BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42 unter III 3 b m.w.N.

²⁸³ BGH v. 7.12.2010 - VIII ZB 14/10, WuM 2011, 46.

²⁸⁴ BGH v. 12.2.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42 unter III 3 a.



stellers das selbständige Beweisverfahren endgültig beendet werden soll.²⁸⁵ Auch im 58
Verfahrensrecht gilt in entsprechender Anwendung des § 140 BGB der Grundsatz, dass
eine fehlerhafte Parteihandlung in eine zulässige und wirksame Prozessklärung umzudeuten ist,
wenn deren Voraussetzungen eingehalten sind, die Umdeutung dem mutmaßlichen Parteiwillen ent-
spricht und kein schutzwürdiges Interesse des Gegners entgegensteht.²⁸⁶

Die Umdeutung einer unzulässigen Erledigungserklärung in eine Antragsrücknahme entspricht re-
gelmäßig dem mutmaßlichen Interesse des Antragstellers. Denn dessen Ziel einer sofortigen Beendi-
gung eines selbständigen Beweisverfahrens kann nur durch eine Antragsrücknahme erreicht werden.
Dem steht nicht entgegen, dass die Rücknahme mit der für den Antragsteller nachteiligen
Kostentragungspflicht des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO verbunden ist. Diesem Gesichtspunkt kommt
angesichts des vorrangigen Willens, das Verfahren zu beenden, keine ausschlaggebende Bedeutung
zu.²⁸⁷ Denn die kostenrechtliche Situation des Antragstellers wird hierdurch nicht verschlechtert.
Deutete man die - auch bei Wegfall des Beweissicherungsinteresses - unzulässige „Erledigungserklä-
rung“ des Antragstellers nicht in eine Antragsrücknahme um, hätte dies zur Konsequenz, dass das
Begehren des Antragstellers auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens aufrechterhal-
ten bliebe und vom Gericht als unzulässig zurückzuweisen wäre. In diesem Falle wäre im selbstän-
digen Beweisverfahren aber (ebenfalls) eine Kostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers zu
treffen.²⁸⁸ Kann kein Hauptsacherechtsstreit anhängig gemacht werden, in dem diese Kostenfolge
ausgesprochen werden kann, und haben sich die Parteien nicht über die Kostenverteilung geeinigt,
ist über die Kostentragungspflicht nach § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf Antrag ausnahmsweise im
selbständigen Beweisverfahren zu befinden.²⁸⁹

16.5 Klage auf zukünftige Leistung (Miete)

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

Die Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung des Mieters besteht bereits deshalb, wenn feststeht,
dass der Mieter dem Vermieter einen Betrag schuldet, der eine Bruttomonatsmiete in mehrfacher
Höhe übersteigt²⁹⁰. Denn dann ist zu besorgen, dass er künftige Nutzungsentgeltforderungen des
Vermieters - unabhängig davon, ob sie Miete oder Nutzungsentschädigung zum Gegenstand haben -
nicht rechtzeitig erfüllen werden

²⁸⁵ BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42; BGH v. 21.9.2010 - VIII ZB 73/09, juris Rz. 7; vgl. ferner OLG Hamm,
NZBau 2005, 696, 697.

²⁸⁶ vgl. BGH v. 6.12.2000 - XII ZR 219/98, NJW 2001, 1217 unter 4 m.w.N.

²⁸⁷ BGH v. 7.12.2010 - VIII ZB 14/10, WuM 2011, 46; a.A. OLG Düsseldorf, OLGR 2005, 453, 454; OLG Hamburg v. 20.10.2006 -
9 W 88/06, juris Rn. 4; OLG Schleswig, NJW-RR 2009, 656 f.

²⁸⁸ so zutreffend die überwiegende Auffassung, vgl. etwa OLG Hamburg, MDR 1998, 242, 243 mwN; OLG Frankfurt/Main, MDR
1998, 128; OLG Karlsruhe, MDR 2000, 975, 976; KG, GE 2001, 1602; OLG Stuttgart, BauR 1995, 278, 279; OLG Naumburg v.
26.5.2010 - 1 W 27/10, juris; offen gelassen in BGH v. 7.10.1982 - III ZR 148/81, NJW 1983, 284 unter III.

²⁸⁹ BGH v. 14.10.2004 - VII ZB 23/03, NZBau 2005, 42m.w.N.

²⁹⁰ BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 146/10, WuM 2011, 434.