



Aktuelles Mietrecht 2023

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Lehrbeauftragter an der TH Köln

✉ Aachener Str. 1053-1055, 50958 Köln

✉ luetzenkirchen@ld-ra.de

☎ 0221-1792910

INHALT

A. Einblick	1
B. Aktuelles Mietrecht	1
1 Mietvertrag	1
1.1 Formular- oder Individualvertrag.....	1
1.2 Einheitlicher Vertrag über Wohnung und Stellplatz.....	3
1.3 Verschließen der Waschküche durch den Vermieter.....	4
1.4 Vertragsgemäßer Zustand.....	10
1.5 Besichtigungsrecht.....	13
1.6 Mietvertrag mit Bauverpflichtung (Vertragsstrafe).....	19
2 Miete	23
2.1 Vormiete i.S.v. § 556e Abs. 1 BGB.....	23
2.2 Umfassende Modernisierung i.S.d. § 556f BGB.....	26
2.3 Rüge gegenüber überhöhter Staffelmiete.....	30
2.4 Auskunft nach § 556g Abs. 1a BGB.....	32
2.5 Rückforderung zuviel gezahlter Miete.....	33
2.6 Abtretung der Rückzahlungsansprüche an Inkassounternehmen.....	35
2.7 Mietpreisbremse bei Mieterhöhungsvereinbarung.....	45
2.8 Verjährung des Auskunftsanspruch nach § 556g Abs. 3 BGB.....	49
2.9 Keine andere Rechtslage bei Staffelmiete.....	57
3 Mietzeit	58
3.1 Befristung oder auflösende Bedingung.....	58
4 Gewährleistung	62
4.1 Nackter Vermieter als Mangel?.....	62
4.2 Modernisierung statt Mängelbeseitigung?.....	66
4.3 Flächenabweichung und Doppelvermietung.....	72
4.4 Flächenabweichung unter 10%.....	73
4.5 Feststellung der Minderung im selbständigen Beweisverfahren.....	75
4.6 Minderungsausschluss in der Gewerberaummieta.....	77
4.7 Unterbringungskosten als Schaden des Untermieters.....	79
5 Verjährung	83

5.1	Anwendbarkeit des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB bei Beschädigung der Mietsache	83
6	Schriftform	89
6.1	Verschiebung der Fälligkeit	89
6.2	Verlängerung nach Optionsausübung	91
6.3	Existenzgefährdung als Verstoß gegen Treu und Glauben	92
7	Kautio	96
7.1	Kautionshöhe (Gewerberaum)	96
7.2	Verrechnung des Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB ...	97
8	Modernisierung	106
8.1	Austausch von Rauchwarnmeldern infolge Wechsels des Vermieters vom Miet- zum Kaufmodell	106
8.2	Ankündigung mit Vorlauf von 11 Monaten	109
8.3	Inhaltliche Anforderungen	121
9	Mieterhöhung	125
9.1	Nach § 557b BGB	125
9.1.1	Wirksame Indexklausel	125
9.1.2	Beifügung eines falschen Index in der Erhöhungserklärung	130
9.2	nach § 558 BGB	131
9.2.1	maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete	131
9.2.2	Mitteilung der Mietpreisspanne und Beifügung des Mietspiegels	132
9.2.3	Begründung bei Teilinklusivmiete	135
9.2.4	rechtliche Einordnung der Klagefrist (Änderung der Rechtsprechung)	137
9.2.5	Mietspiegel oder Sachverständigengutachten zur Beweisaufnahme	140
9.2.6	Gutachten und Mietspiegel als Beweismittel	143
9.3	nach § 559 BGB	149
9.3.1	Mieterhöhung zeitlich nach der gemäß § 558 BGB	149
9.3.2	Berechnung und Erläuterung der Mieterhöhung	153
9.3.3	Verweis auf Anlage	164
9.3.4	Abzug von ersparten Instandsetzungskosten	169
9.4	Abzug von Drittmitteln	173
10	Vermieterpfandrecht	176

10.1	Kaution und Vermieterpfandrecht (Gewerberaummiete)	176
11	Vermieterwechsel	177
11.1	analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB	177
12	Betriebskosten	181
12.1	Umlagefähigkeit von Baumfällkosten	181
12.2	Kosten des Müllmanagements	187
12.3	Wirtschaftlichkeitsgebot beim Müllmanagement	190
12.4	Kosten der Wartung von Rauchwarnmeldern	195
12.5	Kosten der Miete von Rauchwarnmeldern	199
12.6	Einzelne Darstellung sonstiger Betriebskosten	202
12.7	Kosten der Instandsetzung (Gewerberaum)	202
12.8	Kosten der Unterhaltung von Werbe- und Hinweisbeschilderung	204
12.9	Kosten des Haustechnikers (Gewerberaum)	206
12.10	Vertraglicher genereller Verzicht auf Einwendung	208
12.11	Einsicht in Originalunterlagen	210
12.12	Einsichtsrecht in Belege des Subunternehmers	214
12.13	Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege	220
12.14	Vereinbarte Abrechnungsfrist (Gewerberaummiete)	222
12.15	Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete	226
12.16	Falsche Betriebskostenabrechnung als Kündigungsgrund	227
13	Heizkosten	229
13.1	Schätzung nach § 9a HeizkV	229
13.2	Kürzung nach § 12 HeizkV	234
14	Beendigung des Mietvertrages	236
14.1	Kündigungsausschluss	236
14.1.1	Vertraglicher Ausschluss von Eigenbedarf bei Erwerb nach ZVG	236
14.1.2	Veräußerung an einen Miteigentümer	240
14.1.3	Kündigungssperre nach § 577a BGB bei geschiedenen Ehegatten	244
14.1.4	§ 575 BGB: Nutzungswille der Bedarfsperson	247
14.2	Fristgerechte Kündigung	248
14.2.1	Bauliche Veränderungen	248
14.2.2	Rechtsmissbräuchlicher Erwerb der Vermieterstellung	252

14.2.3	Hinweispflicht bei Wegfall des Eigenbedarfs	253
14.2.4	Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges	259
14.2.5	Ordentliche Kündigung wegen Abriss des Gebäudes	260
14.2.6	Geltung der Schonfristregelung, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB	264
14.3	Anwendung des § 574 BGB	266
14.3.1	Allgemeine Grundsätze	266
14.3.2	Anwendbarkeit bei wichtigem Grund	270
14.3.3	Beschaffung von Ersatzwohnraum	273
14.3.4	Sachverständigengutachten bei § 574 BGB	277
14.3.5	Ärztliches Attest zur Gesundheitsgefährdung bei Umzug	278
14.3.6	Nicht ausreichende Kompetenz des Sachverständigen	282
14.4	Untermiete	284
14.4.1	Schlüssig vorgetragene Untervermietung	284
14.4.2	Kündigung gegenüber dem Untermieter nach Widerruf der Untervermietungserlaubnis	288
14.5	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	289
14.5.1	Umschreibung der Domain als wichtiger Grund	289
14.5.2	§ 543 Abs. 2 Nr. 3a, 2. Alt. BGB	293
14.5.3	Freilaufende Hunde	298
14.6	Kündigungsfolgeschaden	299
15	Rückgabe	302
15.1	Einstweilige Verfügung auf Räumung	302
15.2	durch Besitzaufgabe	306
15.3	in der Insolvenz des Mieters	308
15.4	Schlüsselverlust	310
15.4.1	Negatives Schuldanerkenntnis durch Rückgabeprotokoll	312
16	Nutzungsentschädigung vom Untermieter	314
17	Vorkaufsrecht	317
17.1	Differenzierte Kaufpreisabreden	317
18	Schadensersatz	327
18.1	Fiktive Schadensberechnung bei § 281 BGB	327
19	Verjährung	328
19.1	Verschlechterung durch Unterlassen von baulichen Veränderungen ..	328

20	Prozessuales	330
20.1	Klage auf künftige Räumung nach § 257 ZPO	330
20.2	§ 259 ZPO bei Widerspruch des Mieters	333
21	Zwangsvollstreckung	341
21.1	Verzicht auf Räumungsschutz	341
21.2	Räumungsvollstreckung gegen Erben	342

A. Einblick

Die nachfolgende Darstellung besteht im Wesentlichen aus den im Kalenderjahr 2022/23 veröffentlichten Entscheidungen des BGH und einiger Oberlandesgerichte zum Mietrecht. Oftmals ist die Bedeutung einer Entscheidung erst im Zusammenhang mit früheren Entscheidungen zu erkennen. Diese wurden, soweit möglich, in den Text eingearbeitet. Die vollständige Erfassung der Rechtslage kann diese Darstellung aber nicht ersetzen. Neben den weiterführenden Zitaten im Text und der einschlägigen Literatur kann insoweit auf meinen kalenderjährlichen Überblick verwiesen werden, der unter

www.ld-ra.de/news

als pdf-Datei zum download zur Verfügung steht.

B. Aktuelles Mietrecht

1 Mietvertrag

1.1 Formular- oder Individualvertrag

Die Vereinbarung über die Vertragsstrafe unterliegt nicht der AGB-Kontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB, denn es handelt sich dabei nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Vielmehr ist diese Klausel als Individualklausel zwischen den Parteien ausgehandelt worden.¹

Gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen jedoch nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt werden. Als ausgehandelt sind die Bedingungen dann anzusehen, wenn ein wirklicher Austausch über den Inhalt der Klausel stattgefunden hat. Der Verwender muss den Kerngehalt seiner Regelung ernsthaft zur Disposition stellen und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen einräumen, dieser muss die reale Möglichkeit

¹ OLG Bremen v. 9.12.2022 – 4 U 20/21, IBR 2023, 210.

erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen und eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen². Der Verwender muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen. In der Regel schlägt sich das Aushandeln in Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Die allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt nicht³. Zudem muss sich das Aushandeln nach dem Gesetzeswortlaut jeweils auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen und führt dann in diesem Umfang zur Nichtanwendung der §§ 305 ff. BGB⁴.

Aus den von den Parteien vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass der von der Klägerin mit E-Mail vom 14.10.2016 übersandte und von der Klägerin bereits am 14.10.2016 unterzeichnete Mietvertrag in dem dortigen § 4 Ziff. (1) vorsah, dass das Mietobjekt am 03.07.2017 übergeben wird und die Vertragsstrafe pro Kalendertag 3.500,00 € beträgt. Eine Präambel, wie sie von dem Beklagten in dem Vertragsentwurf eingefügt und später im Vertrag vom 17./23.01.2017 auch vereinbart wurde, nämlich dass der Mietvertrag nicht zustande kommt, sollte die Baugenehmigung nicht bis zum 30.05.2017 vorliegen, enthält dieser Entwurf noch nicht.

Die Klägerin hat insoweit unbestritten vorgetragen, dass der Vertrag bereits mit dem Voreigentümer des Mietobjekts verhandelt worden sei und der Beklagte diesen Verhandlungsstand bei Erwerb des Objekts übernommen habe. Der Beklagte habe bei diesen Verhandlungen die Streichung der Vertragsstrafe, die zu diesem Zeitpunkt 3.500,00 € betragen habe, verlangt und gleichzeitig die Präambel mit der aufschiebenden Bedingung des Erhalts der Baugenehmigung eingefügt. Da die Klägerin aber einen festen Termin zur Eröffnung garantiert haben wollte, ohne dass dieser aus baulichen Gründen noch mal verschoben wird, habe man einen späteren als den ursprünglichen Übergabetermin (30.08.2017 statt 03.07.2017) vereinbart, die Präambel akzeptiert und im Gegenzug die Vertragsstrafe auf 4.500,00 € erhöht. Dieser Vortrag lässt sich an Hand der Anlagen B7 und K11 ohne weiteres nachvollziehen.

² BGH v. 15.2.2017 - IV ZR 91/16, juris Rz. 9; BGH v. 5.6.2018 - XI ZR 790/16, juris Rz. 11, jeweils m.w.N.

³ BGH v. 19.3.2019 - XI ZR 9/18, juris Rz. 14 m.w.N.

⁴ BGH v. 19.3.2019 - XI ZR 9/18, juris Rz. 15 m.w.N.

Zutreffend ist das Landgericht deshalb zu dem Ergebnis gekommen, dass Verhandlungen stattgefunden haben, bei denen beide Parteien die Möglichkeit hatten, ihre Prioritäten deutlich zu machen, bei denen verschiedene Vertragsteile zueinander ins Verhältnis gesetzt wurden und die in Rede stehende Klausel letztlich auch abgeändert worden ist (wenn auch zu Lasten des Beklagten). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den E-Mails des Mitarbeiters der Klägerin Herrn A. vom 05.01.2017 und 09.01.2017. Vielmehr unterstützen diese E-Mails die vorgenannten Ausführungen. Zwar schreibt Herr A. in seiner E-Mail vom 09.01.2017, dass die Vertragsstrafe bei verspäteter Übergabe für die Gremien der Klägerin sehr wichtig sei. Andererseits wird aus der E-Mail aber auch deutlich, dass die Fragen „Übergabetermin“ und „aufschiebende/auflösende Bedingung aufgrund des Themas Baugenehmigung“ noch Gegenstand der Verhandlungen und noch nicht ausdiskutiert waren. Wie sich den Anlagen B7 und K11 entnehmen lässt, waren diese Themen dann auch Gegenstand der weiteren Verhandlungen unter Einbeziehung der Vertragsstrafenklausel.

Da es sich bei Regelung betreffend die Vertragsstrafe um eine Individualvereinbarung und keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt, kommt es nicht auf § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB und § 309 Nr. 6 BGB und damit auf die Frage an, ob der Beklagte hier' als Verbraucher zu qualifizieren ist.

1.2 Einheitlicher Vertrag über Wohnung und Stellplatz

Nach ständiger Rechtsprechung des VIII. Senats leitet sich aus zwei Vertragsurkunden eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit von Wohnraummietvertrag einerseits und Stellplatzmietvertrag andererseits ab mit der Folge, dass beide Vereinbarungen unabhängig voneinander kündbar sind⁵.

Soll davon abgewichen werden, müssen besondere Umstände vorliegen, die die Vermutung der rechtlichen Selbständigkeit beider Vereinbarungen entkräfteten⁶.

⁵ Vgl. BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, NJW 2012, 224 Rz. 13 f.; BGH v. 9.4.2013 - VIII ZR 245/12, WuM 2013, 421 Rz. 3; BGH v. 4.6.2013 - VIII ZR 422/12, NJW-RR 2013, 1355 Rz. 1, 3; BGH v. 3.9.2013 - VIII ZR 165/13, juris Rz. 1 f.; BGH v. 8.10.2013 - VIII ZR 254/13, juris Rz. 1, 3; BGH v. 11.3.2014 - VIII ZR 374/13, juris Rz. 1, 3.

⁶ BGH v. 14.12.2021 - VIII ZR 94/20, WuM 2022, 212.

Zwar mag die Tatsache, dass der Stellplatz sich auf demselben Grundstück befindet wie die vermietete Wohnung, regelmäßig die Annahme rechtfertigen, dass dessen Vermietung nach dem Willen der Parteien in den Wohnraummietvertrag einbezogen sein soll⁷. Zwingend ist dies indes jedenfalls dann nicht, wenn es andere Umstände gibt, die die tatsächliche Vermutung für zwei separate Verträge bekräftigen⁸.

Solche Umstände können darin gesehen werden, dass der Stellplatzmietvertrag an keiner Stelle auf den Wohnraummietvertrag Bezug nimmt und nicht unter denselben Voraussetzungen wie dieser ordentlich gekündigt werden kann. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, zwar unterschieden sich die Kündigungsmöglichkeit für den Mieter in beiden Verträgen nicht, für den Vermieter indes erheblich, da der Stellplatzmietvertrag gekündigt werden könne, ohne dass hierfür - anders als bei einer ordentlichen Kündigung des Wohnraummietvertrags gemäß § 573 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB - ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses vorliegen müsse. Dies lasse auf den Willen der Parteien schließen, dass es sich bei dem Stellplatzmietvertrag um ein separates, für beide Parteien unabhängig vom Vorliegen eines berechtigten Interesses kündbares Mietverhältnis habe handeln sollen. Diese tatrichterliche Beurteilung ist vertretbar und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Insoweit fällt nicht ins Gewicht, wenn in dem Stellplatzmietvertrag nicht eine kurze, von einem Wohnraummietverhältnis abweichende Kündigungsfrist, sondern - entsprechend dem Wohnraummietvertrag - (auch für den Mieter) eine dreimonatige Kündigungsfrist vereinbart worden sei. Denn die Länge der Kündigungsfrist ist gegenüber dem weit gewichtigeren Umstand, dass für die Kündigung des Stellplatzmietvertrags durch den Vermieter ein berechtigtes Interesse nicht erforderlich ist, von untergeordneter Bedeutung.

1.3 Verschließen der Waschküche durch den Vermieter

Das Berufungsgericht hat den Mietvertrag der Parteien dahin ausgelegt, dass die Waschküche nicht an den Kläger (mit)vermietet wurde, sondern dem Kläger

⁷ vgl. BGH 12.10.2011 - VIII ZR 251/10, NJW 2012, 224 Rz. 16; BGH v. 4.6.2013 - VIII ZR 422/12, NJW-RR 2013, 1355 Rz. 3; BGH v. 8.10.2013 - VIII ZR 254/13, juris Rz. 3.

⁸ BGH v. 14.12.2021 - VIII ZR 94/20, WuM 2022, 212.

der Zugang zu ihr und die Nutzung der dort befindlichen Gegenstände lediglich gestattet waren.

...

Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Erörterung, ob die Waschküche Gegenstand der vertraglichen Überlassungspflicht der Beklagten nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB sei, den Vorrang übereinstimmenden Parteiwillens missachtet und das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, indem es vom Kläger angebotene Beweise nicht erhoben habe, trifft dies nicht zu.

Die Revision verweist darauf, der Kläger habe Zeugen dafür benannt, dass die Beklagte bereits bei Anlage ihres Baukonzepts und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Kläger zum Schutz der Bausubstanz den Plan verfolgt habe, alle Mieter dazu zu bewegen, ihre Wäsche nicht in den Wohnungen, sondern in der Waschküche zu waschen und zu trocknen. So habe der Kläger unter Beweisantritt vorgetragen, dass auch er bei Mietbeginn von der Hausverwaltung darauf hingewiesen worden sei, die Wäsche in der Gemeinschaftswaschküche des Hauses zu waschen. Deshalb hätten auch bis Juli 2020 eine Waschmaschine und ein Wäschetrockner im Waschraum zur Verfügung gestanden. Diese Behauptungen würden, so die Revision, von dem Vortrag der Beklagten gestützt, die Handhabung der Waschküche sei bis Dezember 2019 auf Veranlassung der damaligen Hausverwaltung geregelt gewesen. Erst danach hätten sich die Eigentümer darum gekümmert, in den Wohnungen entsprechende Anschlussmöglichkeiten für Waschmaschinen vorzusehen. Deshalb habe der Kläger zu Mietbeginn einen Hausschlüssel erhalten, damit er die Waschküche habe nutzen können und sollen.

Dies alles habe das Berufungsgericht bei der Auslegung unbeachtet gelassen. Vielmehr hätte das Berufungsgericht die vom Kläger angebotenen Beweise erheben müssen, um zu klären, ob - wie vom Kläger behauptet - der beiderseitige Vertragswille darauf gerichtet gewesen sei, die Nutzung der Waschküche in den vertragsgemäßen Mietgebrauch einzubeziehen. Indem das Berufungsgericht diese Beweise nicht erhoben habe, habe es das rechtliche Gehör des Klägers verletzt.

(2) Das Berufungsgericht hat - entgegen der Auffassung der Revision - weder den Vorrang übereinstimmenden Parteiwillens missachtet noch das rechtliche Gehör des Klägers verletzt.

Von dem Vortrag des Klägers, die Beklagte sei im Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses mit dem Kläger bestrebt gewesen, die Mieter des Hauses - und damit auch den Kläger - zu bewegen, ihre Wäsche nicht in den Wohnungen, sondern in der Waschküche zu waschen, ist das Berufungsgericht ausweislich der von ihm in Bezug genommenen Feststellungen des Amtsgerichts sowie der Ausführungen in den Gründen des Berufungsurteils ersichtlich ausgegangen. Dort wird insbesondere auf die Anlage 1 des Mietvertrags hingewiesen; darüber hinaus werden die das Waschen und Trocknen betreffenden Passagen dieser Anlage (dort A Punkt 8) wörtlich wiedergegeben. Ebenso wird der dem Kläger von der damaligen Hausverwaltung zu Mietbeginn mündlich erteilte Hinweis, die Wäsche solle in der Waschküche und nicht in der Wohnung gewaschen werden, als unstrittige Tatsache aufgeführt.

Die von der Revision vermisste Beweisaufnahme über diese Gegebenheiten war nicht veranlasst. Denn die Wertung des Berufungsgerichts, dass die Nutzung der Waschküche nicht zu dem nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB von der Beklagten zu gewährenden Mietgebrauch gehört, beruht nicht etwa darauf, dass das Berufungsgericht die oben genannten Umstände nicht für erwiesen erachtet hätte, sondern auf einer unter ausdrücklicher Berücksichtigung dieser Tatsachen vorgenommenen Auslegung der Parteivereinbarungen. Der Umstand, dass die Beklagte den dem Kläger zu Mietbeginn schriftlich und mündlich gegebenen Hinweisen eine andere rechtliche Bedeutung beimisst und demgemäß zu einem anderen Auslegungsergebnis kommt, begründet weder einen Gehörsverstoß noch wird dadurch die vertretbare Auslegung des Tatrichters in revisionsrechtlich beachtlicher Weise in Frage gestellt.

Dies gilt entgegen der Auffassung der Revision auch, soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, die von dem Kläger vorgetragene unstrittigen Abläufe bei der Übergabe der an die zeitlich nach dem Kläger in das Objekt eingezogenen Mieter G und B (Hinweis auf die Nutzungsmöglichkeit der Waschküche und Einweisung in die dort vorhandenen Geräte) sprächen dafür, dass die Beklagte ihren Mietern ein Mitbenutzungsrecht an der Waschküche habe einräumen wollen, diese aber nicht als Mietgegenstand angesehen habe.

Das Berufungsgericht hat hier - entgegen der Auffassung der Revision - aus den geschilderten Umständen nicht etwa einen unzulässigen Schluss auf den zeitlich zurückliegenden Willen der Beklagten bei Vertragsschluss mit dem Kläger gezogen. Es hat - aus dem Kontext ersichtlich - lediglich ausgeführt, die von dem Kläger in der Klageschrift wiedergegebenen Geschehnisse um die Wohnungsanmietung G und B belegten entgegen der mit dem Vortrag verknüpften Sichtweise des Klägers nicht, dass die Beklagte die Waschküche als Mietgegenstand angesehen habe.

Das Berufungsgericht hat sich, anders als die Revision meint, bei der von ihm vorgenommenen Auslegung auch nicht von einem zu engen Verständnis des Begriffs des Mietgebrauchs leiten lassen und deshalb entscheidungserhebliche Umstände des unstreitigen Sachverhalts verkannt beziehungsweise unberücksichtigt gelassen. Auch von einer in sich widersprüchlichen Entscheidung des Berufungsgerichts, die die Revision erkannt haben will, kann nicht die Rede sein.

Die Revision meint, da sich das Gebrauchsrecht des Mieters grundsätzlich auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung auf die für die zeitgemäße Nutzung der Wohnung notwendigen Gemeinschaftsflächen beziehe, müsse dies im Streitfall auch für die Waschküche gelten, da das Waschen und Trocknen von Wäsche mit technischen Hilfsmitteln nach der Verkehrsanschauung zum Mindeststandard zeitgemäßen Wohnens zähle. Ein Zustand der Wohnung, der unterhalb eines solchen Mindeststandards liege, sei nach der Rechtsprechung des Senats nur dann vertragsgemäß, wenn er - wie hier nicht - eindeutig vereinbart sei. Der Kläger habe daher bei Anmietung der Wohnung im Jahr 2017 berechtigterweise erwarten dürfen, dass in der Wohnung Anschlussmöglichkeiten für eine Waschmaschine vorhanden seien. Da dies jedoch nicht der Fall gewesen sei, sei die Waschküche als Teil des Mietgegenstands anzusehen.

Die anderslautenden Ausführungen des Berufungsgerichts seien widersprüchlich und damit rechtsfehlerhaft. Denn danach sei dem Kläger zwar das Waschen in der Wohnung erlaubt gewesen; die Anschlüsse für die dafür notwendigen Geräte hätten indes bei Mietbeginn gefehlt. Bisher gebe es lediglich ein Angebot der Beklagten, entsprechende Anschlüsse in der Wohnung des Klägers legen zu lassen. Mit alledem sei die Auffassung des

Berufungsgerichts, die Nutzung der Waschküche sei für den Kläger nicht erforderlich, nicht in Einklang zu bringen. Das vom Berufungsgericht erzielte Auslegungsergebnis führe im Übrigen zu einem Minderungsanspruch des Klägers, da die nicht mit Anschlussmöglichkeiten für eine Waschmaschine ausgestattete Wohnung mangelhaft sei. Dem Gebot der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung hätte es somit allein entsprochen, wenn die Waschküche als mitvermietet angesehen worden wäre, denn dann wäre die Beklagte einem - andernfalls gegebenen - Minderungsanspruch des Klägers nicht ausgesetzt.

Diese Erwägungen der Revision treffen nicht zu⁹. Nach der vertraglichen Regelung in der Anlage 1 (dort A Punkt 8) zum Mietvertrag ist es dem Kläger, wovon auch die Revision ausgeht, seit Beginn des Mietverhältnisses grundsätzlich erlaubt, Wäsche in der Wohnung zu waschen und zu trocknen. Es hätte für ihn also auch während des Betriebs der Waschküche die Möglichkeit bestanden, eine Waschmaschine in der Wohnung zu betreiben, sofern die entsprechenden Anschlüsse gelegt worden wären. Die Revision zeigt nicht auf, dass das Berufungsgericht Vortrag des Klägers zu einer von der Beklagten abschlägig beschiedenen Bitte, einen Waschmaschinenanschluss in seiner Wohnung einzurichten, übergangen hätte. Da es dem Kläger mithin offenbar genügte, seine Wäsche in der allen Mietern zur Verfügung stehenden Waschküche zu waschen, erscheint es fernliegend, aus dem ihm seit Mietbeginn bekannten Umstand, dass in seiner Wohnung ein Waschmaschinenanschluss nicht vorhanden war, einen Mangel der Wohnung abzuleiten. Auch das Gebot der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung gebietet es nach alledem nicht, die Waschküche als einen dem Kläger mitvermieteten Raum anzusehen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den von der Revision zur Stützung ihrer Auffassung zusätzlich herangezogenen Regelungen in § 18, § 20 Abs. 7 und § 10 Abs. 3 des Mietvertrags. Zwar werden in § 18 und § 20 Abs. 7 des Mietvertrags der Flur, das Treppenhaus und der Keller als "gemeinschaftlich genutzte Flächen und Räume des Objekts" bezeichnet; auch wird der Mieter in § 10 Abs. 3 des Vertrags dazu verpflichtet, die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Räume schonend zu behandeln und ordnungsgemäß zu reinigen.

⁹ BGH v. 4.10.2022 – VIII ZR 394/21, GE 2023, 85.

Diese formularvertraglichen Regelungen setzen indes voraus, dass der Mieter die genannten Flächen und Räume zur ordnungsgemäßen Nutzung der Wohnung betreten muss. Dies hat das Berufungsgericht - wie oben ausgeführt - hinsichtlich des Klägers indes rechtsfehlerfrei verneint.

Bei der geschilderten Sachlage ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der Umstände des vorliegenden Einzelfalls zu dem Ergebnis gelangt ist, die Nutzung der Waschküche sei weder zu Beginn des Mietverhältnisses für eine ordnungsgemäße Nutzung der Wohnung erforderlich gewesen noch in Zukunft notwendig, mit der Folge, dass sie nicht als (mit)vermieteter Raum anzusehen ist.

Die Revision ist überdies der Auffassung, selbst wenn dem Kläger ein mietvertragliches Nutzungsrecht an der Waschküche nicht zustünde, ergebe sich ein Anspruch auf Übergabe eines Haustürschlüssels entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bereits aus dem vertraglichen Recht des Klägers auf tägliche Ablesung des im Haupthaus befindlichen Stromzählers. Denn das Berufungsgericht habe unbeachtet gelassen, dass dem Kläger in Anlage 3 des Mietvertrags das Recht eingeräumt worden sei, seinen Stromverbrauch anhand des im Keller des Haupthauses befindlichen Stromzählers zu kontrollieren. Da dieses vertragliche Recht keiner Einschränkung unterliege, sei die Begründung des Berufungsgerichts, die Übergabe eines Haustürschlüssels an den Kläger sei deshalb nicht erforderlich, weil es weder vorgetragen noch ersichtlich sei, dass der Zugang nicht durch die Hausverwaltung ermöglicht werden könne, nicht mit dem Vertragswortlaut vereinbar.

Mit diesem Vorbringen kann die Revision keinen Erfolg haben. Gegen die vom Berufungsgericht gegebene Begründung ist revisionsrechtlich schon deshalb nichts zu erinnern, weil sie mit dem Wortlaut der von der Revision angesprochenen Regelung in der Anlage 3 zum Mietvertrag vereinbar ist. Die Regelung lautet: "Den eigenen Verbrauch kann der Mieter im Hausanschlussraum des Gebäudes ggf. von seinem Zähler ablesen". Der Wortlaut sagt nichts darüber aus, in welcher Weise dem Mieter der Zugang zum Hausanschlussraum gewährt werden muss. Dies kann also, wie vom

Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, auch durch die Hausverwaltung geschehen.

Schließlich meint die Revision, das Berufungsgericht habe ein Indiz übersehen, welches für den Willen der Parteien spreche, dem Kläger jedenfalls ein Mitbenutzungsrecht an den im Haupthaus befindlichen Gemeinschaftsflächen einzuräumen. Der Kläger habe nämlich Betriebskosten für die Reinigung und die Beleuchtung dieser Gemeinschaftsflächen zu zahlen, was dafür spreche, dass er auch ein Nutzungsrecht daran haben sollte.

Das Berufungsgericht hat dieses bereits in der Berufungsinstanz vom Kläger vorgebrachte Argument gesehen und mit der Erwägung zurückgewiesen, aus der Umlage von Betriebskosten lasse sich ein Anspruch auf Nutzung nicht ableiten. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, da aus einer solchen Umlage kein hinreichender Rückschluss auf den Willen der Parteien bei Vertragsschluss hinsichtlich des Umfangs der Nutzungsberechtigung gezogen werden kann.

Von der Revision insoweit unangegriffen, hat das Berufungsgericht einen von ihm für erforderlich gehaltenen sachlichen Grund für den Widerruf der einseitigen Gestattung der Nutzung der Waschküche darin gesehen, dass deren Weiterbetrieb allein für die Nutzung durch den Kläger unwirtschaftlich sei. Gegen diese vertretbare tatrichterliche Wertung ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern mit der Folge, dass die die Berufung des Klägers zurückweisende Entscheidung des Landgerichts insgesamt rechtsfehlerfrei getroffen worden ist.

1.4 Vertragsgemäßer Zustand

Die Klägerin kann gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB die Wiederherstellung des Außenwasseranschlusses verlangen. Die Beklagte ist nach den ergänzend auszulegenden mietvertraglichen Vereinbarungen zur Instandhaltung dieses Anschlusses und nach dessen Entfernung zu dessen Wiederherstellung verpflichtet.

Die nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB durch den Mietvertrag entstehende Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren, gestaltet § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zum einen dahin aus, dass der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum

vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen hat (Überlassungspflicht). Zum anderen trifft den Vermieter danach auf Dauer die Verpflichtung, die Mietsache während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (Erhaltungspflicht), was zugleich die Pflicht umfasst, eine nach der Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen¹⁰ (. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, hat der Mieter einen entsprechenden Erfüllungsanspruch. Der Umfang der Pflicht des Vermieters zur Gebrauchserhaltung richtet sich danach, was die Parteien als vertragsgemäß vereinbart haben¹¹.

Das Berufungsgericht hat insofern rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der streitgegenständliche Mietvertrag keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Bereitstellung eines Außenwasseranschlusses trifft und der Vertrag daher ergänzend auszulegen ist. Es hat den Mietvertrag dabei zutreffend dahingehend ergänzend ausgelegt, dass der vertragsgemäße Gebrauch der an die Klägerin vermieteten Gartenfläche vorliegend die Überlassung und hiermit korrespondierend auch die Instandhaltung beziehungsweise Wiederherstellung eines funktionsfähigen Außenwasseranschlusses umfasst. Diese ergänzende Auslegung einer Individualvereinbarung darf vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht¹². Einen derartigen entscheidungserheblichen Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf.

Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob für die Bestimmung des vertragsgemäßen Gebrauchs der an die Klägerin vermieteten Gartenfläche allein auf den Mietvertrag aus dem Jahr 1977 oder auch auf das durch die Installation des Außenwasseranschlusses im Jahr 1995 geprägte Mietverhältnis abzustellen ist. Denn in beiden Fällen ist die Bereitstellung des Außenwasseranschlusses

¹⁰ vgl. BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, WuM 2019, 23 Rz. 17 m.w.N.; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 36; BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rz. 25 m.w.N.

¹¹ BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, WuM 2019, 23.

¹² st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 6/19, WuM 2021, 451 Rz. 22; BGH v. 13.4.2016 - VIII ZR 198/15, WuM 2016, 350 Rz. 16; jeweils m.w.N.

zur Bewässerung der Gartenfläche Teil des ergänzend auszulegenden Inhalts der Gebrauchsüberlassungs- und -erhaltungspflicht des Vermieters.

Der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand im Sinne des § 535 Abs. 1 BGB wird, wenn es an einer vertraglichen Vereinbarung fehlt, nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - gegebenenfalls ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter der Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben bestimmt¹³.

Auch bei Abschluss eines Mietvertrags in den neuen Bundesländern vor dem Beitritt der DDR zur BRD - wie im vorliegenden Fall - ergab sich der Umfang dessen, was zum Gebrauch zu überlassen war, aus dem Mietvertrag¹⁴. Für die Auslegung von - wie hier - unter der Geltung des ZGB geschlossenen Mietverträgen sind die Vorschriften der §§ 98 ff. ZGB heranzuziehen¹⁵. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist auch im Geltungsbereich des ZGB vorzunehmen¹⁶.

Gemessen hieran hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass der Mietvertrag eine planwidrige Regelungslücke enthält, die im Wege der ergänzenden Auslegung dahin zu schließen ist, dass ein Außenwasseranschluss geschuldet ist.

Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke, die nicht durch das dispositive Recht geschlossen werden kann¹⁷. Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts ist dann der hypothetische Wille der Vertragspartner, wobei darauf abzustellen ist, was diese bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart hätten,

¹³ vgl. BGH v. 24.11.2021 - VIII ZR 258/19, juris Rz. 27 m.w.N.

¹⁴ vgl. Göhring/Posch, Zivilrecht, Lehrbuch, Teil 1, 1981, S. 283 unter 4.3.1.1.

¹⁵ vgl. KG v. 16.10.2000 - 8 RE-Miet 7674/00, VIZ 2001, 53 unter II; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2016, Art. 232 § 2 EGBGB Rz. 5.

¹⁶ vgl. BGH v. 12.5.1999 - V ZR 183/98, VIZ 1999, 489 unter II.

¹⁷ vgl. BGH v. 20.2.2019 - VIII ZR 7/18, BGHZ 221, 145 Rz. 47; BGH v. 11.1.2012 - XII ZR 40/10, NJW 2012, 844 Rz. 24; jeweils m.w.N.

wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten¹⁸. Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen, dessen Regelungen und Wertungen sowie Sinn und Zweck Ausgangspunkt der Vertragsergänzung sind.

(b) Ausgehend hiervon hat das Berufungsgericht im Streitfall rechtsfehlerfrei eine planwidrige Regelungslücke angenommen und hat dabei - anders als die Revision meint - wesentlichen Auslegungstoff nicht übergangen¹⁹. Denn es hat berücksichtigt, dass zur Nutzung des Außenwasseranschlusses offenkundig eine mietvertragliche Regelung nicht ausdrücklich getroffen worden ist, weil § 2 Nr. 3 des Mietvertrags lediglich die Gartennutzung erwähnt, ohne explizit auf einen Wasseranschluss Bezug zu nehmen, und in § 4 Nr. 1 des Vertrags im Hinblick auf Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Einrichtungen keine Eintragungen vorgenommen worden sind. Es hat zutreffend die mietvertraglichen Regelungen als nicht abschließend bewertet und insoweit rechtsfehlerfrei ausgeführt, es sei unschädlich, dass die Parteien in den Mietvertrag keine (explizite) Regelung zur Nutzung des Wasseranschlusses und des "Waschhauses" aufgenommen hätten, da dies im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags nicht von Bedeutung gewesen sei, weil Betriebskosten nicht abgerechnet worden seien und die Entnahme von Wasser für private/persönliche Zwecke, wie das Waschen der Wäsche und des Kraftfahrzeugs, üblicher Praxis entsprochen habe. Die Nutzung des Wasseranschlusses im "Waschhaus" zur Bewirtschaftung des Gartens habe nach den üblichen Gepflogenheiten bis zur Wiedervereinigung zur vertragsgemäßen Nutzung des Gartens gehört.

1.5 Besichtigungsrecht

Grundsätzlich besteht eine vertragliche, aus der Vereinbarung im Mietvertrag beziehungsweise § 242 BGB herzuleitende Nebenpflicht des Mieters, dem Vermieter - nach entsprechender Vorankündigung - den Zutritt zu seiner Wohnung zu gewähren, wenn es hierfür einen konkreten sachlichen Grund (in § 14 Nr. 1 des Mietvertrags bezeichnet als "besonderer Anlass") gibt²⁰, der beispielsweise - wie im vorliegenden Fall - in der gewünschten Besichtigung der

¹⁸ vgl. BGH v. 20.2.2019 - VIII ZR 7/18, BGHZ 221, 145 Rz. 61; BGH v. 24.1.2008 - III ZR 79/07, NJW-RR 2008, 562 Rz. 15; BGH v. 1.6.2005 - VIII ZR 234/04, NJW-RR 2005, 1421 unter II 2 b; jeweils m.w.N.

¹⁹ BGH v. 22.02.2022 – VIII ZR 38/20, NZM 2022, 608.

²⁰ vgl. BGH v. 4.6.2014 - VIII ZR 289/13, NJW 2014, 2566 Rz. 20 m.w.N.

Mietwohnung anlässlich ihres beabsichtigten Verkaufs mit Immobilienmaklern, Gutachtern und Kaufinteressenten liegen kann²¹.

Während der Dauer des Mietverhältnisses ist das alleinige und uneingeschränkte Gebrauchsrecht an der Wohnung zwar dem Mieter zugewiesen. Zudem steht die Wohnung des Mieters als die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet, unter dem Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG, der das Recht gewährleistet, in diesen Räumen "in Ruhe gelassen zu werden"²². Jedoch besteht eine vertragliche, aus § 242 BGB herzuleitende Nebenpflicht des Mieters, dem Vermieter - nach entsprechender Vorankündigung - den Zutritt zu seiner Wohnung zu gewähren, wenn es hierfür einen konkreten sachlichen Grund gibt²³. Eine solche Pflicht kann sich zudem aus einer entsprechenden Vereinbarung im Mietvertrag ergeben.

Bei der Prüfung, ob ein solcher konkreter sachlicher Grund vorliegt, ist einerseits dem Eigentumsrecht des Vermieters (Art. 14 Abs. 1 GG), andererseits auch dem Recht des Mieters, in den Mieträumen "in Ruhe gelassen" zu werden (Art. 13 Abs. 1 GG), und seinem ebenfalls von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztem Recht am Besitz der Mietwohnung Rechnung zu tragen²⁴. Die Tatgerichte sind insofern gehalten, die widerstreitenden grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Vertragsparteien zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen²⁵.

Unter Anwendung dieser Maßstäbe ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass den Klägern als Vermietern im Hinblick auf die von ihnen beabsichtigte Veräußerung der Wohnung grundsätzlich ein Recht auf Betreten der vermieteten Wohnung zuzubilligen ist. Denn angesichts der mit

²¹ vgl. hierzu RGZ 106, 270, 271; LG Frankfurt, NZM 2002, 696; AG Stuttgart, WuM 2009, 732; BeckOK-Mietrecht/Gras, Stand: 1. Februar 2023, § 535 BGB Rz. 4201; MünchKomm/Häublein, 9. Aufl., § 535 BGB Rz. 199; BeckOK-BGB/Zehlele, Stand: 1. November 2022, § 535 BGH Rz. 551; Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 535 BGB Rz. 807; Staudinger/V. Emmerich, Stand: 18. März 2022, § 535 BGB Rz. 100; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 15. Aufl., § 535 BGB Rz. 209; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 342; Schmid, WuM 2014, 316 ff.

²² BVerfGE 89, 1, 23; BVerfG, NJW-RR 2004, 440, 441; BGH v. 24.6.2014 - VIII ZR 289/13, NJW 2014, 2566 Rz. 18.

²³ BGH v. 24.6.2014 - VIII ZR 289/13, NJW 2014, 2566 Rz. 18 m.w.N.

²⁴ vgl. BVerfG, NJW-RR 2004, 440 (441).

²⁵ vgl. BVerfGE 90, 27, 33 f.; siehe auch Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 15. Aufl., § 535 BGB Rz. 213; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 535 BGB Rz. 339; Oppermann/Steeger, WuM 2017, 361, 361 f.; Schmid, WuM 2014, 316

diesem grundsätzlich berechtigten Grund einhergehenden lediglich geringfügigen Beeinträchtigung der von Art. 13 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Interessen des Mieters werden diese regelmäßig hinter dem ebenfalls von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Interesse des Vermieters, über sein Eigentum frei verfügen und dieses bei Bedarf veräußern zu können, zurücktreten.

Das Berufungsgericht hat ferner rechtsfehlerfrei erkannt, dass unter besonderen Umständen diese Interessen des Vermieters jedoch - ausnahmsweise - eine Beschränkung erfahren können, wenn der Mieter durch die Besichtigung der Wohnung der Gefahr schwerwiegender Gesundheitsbeeinträchtigungen oder gar einer Lebensgefahr ausgesetzt und damit in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG beeinträchtigt ist.

Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgt, dass die Gerichte bei drohenden schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Lebensgefahr verfassungsrechtlich gehalten sind, ihre Entscheidung auf eine tragfähige Grundlage zu stellen, Beweisangeboten besonders sorgfältig nachzugehen²⁶ und diesen Gefahren bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen hinreichend Rechnung zu tragen²⁷.

Diesen Anforderungen hat das Berufungsgericht Rechnung getragen²⁸ und hat zur Beurteilung der vorbezeichneten Gefahren das Gutachten eines psychiatrischen Sachverständigen eingeholt.

Auch hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass es für die Beurteilung der rechtlichen Bedeutung der von der Beklagten geltend gemachten schweren Gesundheitsbeeinträchtigung infolge eines Betretens der Wohnung zunächst einer Feststellung der in die Abwägung einzustellenden sonstigen Interessen der Parteien bedarf, wobei auch die Folgen einer Zutrittsgewährung beziehungsweise ihrer Verweigerung für die jeweilige Partei in den Blick zu nehmen sind²⁹. Dementsprechend hat das Berufungsgericht noch rechtsfehlerfrei auch die Konsequenzen einer Zutrittsverweigerung für die

²⁶ BVerfG, WM 2016, 1449 (1450); BVerfG, NJW-RR 2014, 584 Rz. 10; BVerfG, NZM 2005, 657 (658 f.); BVerfG, NJW 1991, 3207.

²⁷ BVerfG, NJW 1998, 295 (296); BGH v. 9.11.2016 - VIII ZR 73/16, NJW-RR 2017, 134 Rz. 22 m.w.N.

²⁸ BGH v. 26.4.2023 – VIII ZR 420/21, ■.

²⁹ BGH v. 26.4.2023 – VIII ZR 420/21, ■.

Kläger in seine Erwägungen miteinbezogen. Ebenfalls ohne Rechtsfehler hat es bei der Prüfung der abwägungsrelevanten Interessen der Beklagten angenommen, dass die Beklagte nicht auf ihre zwangsweise Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung zur Reduzierung des Suizidrisikos verwiesen werden kann.

Das Berufungsgericht hat jedoch das von ihm zur Feststellung der Art und des Ausmaßes der von der Beklagten geltend gemachten Erkrankung und ihrer Folgen eingeholte psychiatrische Sachverständigengutachten hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit sich die gesundheitlichen Folgen einer Zutrittsgewährung für die Beklagte mindern lassen, verfahrensfehlerhaft nicht vollständig gewürdigt. Die tatrichterliche Beweiswürdigung kann zwar von dem Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung vollständig und rechtlich möglich ist, und nicht gegen die Denk- und Naturgesetze verstößt³⁰. Derartige Fehler sind dem Berufungsgericht hier aber unterlaufen.

Das Berufungsgericht hat allerdings die Folgen einer Zutrittsverweigerung für die Kläger hinreichend in den Blick genommen.

Es hat in diesem Zusammenhang weder übergangen, dass das Krankheitsbild der Beklagten seit vielen Jahren besteht und die Beklagte sich seit über 20 Jahren in Behandlung befindet, noch, dass durch weitere medikamentöse und therapeutische Behandlungen der Zustand der Beklagten nicht wesentlich verbessert werden kann. Das Berufungsgericht hat auf diese Gesichtspunkte vielmehr ausdrücklich in seiner Entscheidung hingewiesen und hat ausgeführt, dass die Abweisung der Klage einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsrecht der Klagepartei bedeute. Hierbei hat das Berufungsgericht eine Besserung des Gesundheitszustands der Beklagten nicht für wahrscheinlich erachtet und darauf hingewiesen, dass im Fall des Eintritts einer solchen Verbesserung nicht nur weniger einschneidende Maßnahmen als das Betreten der Wohnung in Anwesenheit der Beklagten in Betracht kommen könnten, sondern das Betretungsrecht insgesamt neu bewertet werden müsste.

³⁰ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 44/16, NJW 2017, 2819 Rz. 24; BGH v. 11.11.2020 - VIII ZR 191/18, NJW-RR 2021, 84 Rz. 21; BGH v. 7.4.2021 - VIII ZR 49/19, NJW 2021, 2281 Rz. 54; jeweils m.w.N.

Das Berufungsgericht hat somit auch berücksichtigt, dass den Klägern unter Umständen der dauerhafte Entzug des Besichtigungsrechts drohen könnte. Es hat hieraus lediglich nicht den von der Revision gewünschten Schluss gezogen, dass die (derzeit) fehlende Besichtigungsmöglichkeit eine (wirtschaftlich sinnvolle) Veräußerung der Mietwohnung gänzlich ausschließe, sondern darauf verwiesen, dass unter Umständen die Möglichkeit bestehe, die Wohnung auch ohne vorherige Besichtigung zu veräußern. Übergangenen Vortrag hierzu zeigt die Revision nicht auf, sondern sie versucht lediglich, ihre Würdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen. Dies ist revisionsrechtlich unbehelflich.

Auch die Würdigung des Berufungsgerichts, mit einem drohenden erheblichen Wertverlust der Immobilie sei angesichts der Preisentwicklung der vergangenen Jahre nicht zu rechnen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Einen belastbaren allgemeinen Erfahrungssatz dahingehend, dass eine Wohnung, die von Erwerbsinteressenten nicht besichtigt werden könne, nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht oder nur in geringerem Umfang an der allgemeinen Preisentwicklung teilnehme, gibt es nicht. Gegenteiliges vermag auch die Revision nicht aufzuzeigen.

Ohne Erfolg rügt die Revision weiterhin, das Berufungsgericht habe das besondere Interesse des Klägers zu 2 an der Besichtigung der Wohnung bei seiner Gesamtabwägung nicht ansatzweise berücksichtigt und dadurch gegen Art. 103 Abs. 1 GG sowie gegen § 286 ZPO verstoßen. Die Revision zeigt keine besonderen Umstände auf noch ist sonst ersichtlich, dass sich das Berufungsgericht mit dem Vorbringen der Kläger, sie benötigten den Erlös aus dem Verkauf der von der Beklagten gemieteten Wohnung, um - nachdem ihre Eigenbedarfskündigung dieser Wohnung gescheitert sei - für den Kläger zu 2 eine andere Wohnung zum Selbstbezug zu erwerben, nicht befasst haben könnte. Das Berufungsgericht hat in seiner Abwägung vielmehr ausdrücklich die mit einer Besichtigung einhergehende bessere Verkaufsmöglichkeit berücksichtigt und hervorgehoben, dass die Abweisung der Klage einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsrecht der Kläger darstelle. Eines ausdrücklichen Eingehens auf den von den Klägern angestrebten Erwerb einer Wohnung für den Kläger zu 2 im Berufungsurteil bedurfte es vor diesem Hintergrund nicht.

Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte nicht auf eine Unterbringung nach Art. 5 des Bayerischen Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetzes vom 24. Juli 2018³¹ verwiesen werden kann. Die Revision rügt insofern zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die Möglichkeit einer solchen Unterbringung der Beklagten mit unzutreffenden Erwägungen abgelehnt. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht eine Unterbringung der Beklagten zur Ermöglichung des Betretens der Wohnung durch den Vermieter wegen des beabsichtigten Verkaufs im Hinblick auf die vom Berufungsgericht festgestellte Gefahr einer hierdurch drohenden Verschlechterung des Gesundheitszustands der Beklagten jedenfalls als nicht geeignete und nicht verhältnismäßige Maßnahme angesehen.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang geltend macht, der Beklagten sei grundsätzlich zuzumuten, fachliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, um die Selbsttötungsgefahr zu verringern, übergeht sie, dass die Beklagte sich nach den insofern nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts seit über 20 Jahren in psychiatrischer (ambulanter oder stationärer) Behandlung befindet und medikamentös behandelt wird.

Die Revision beanstandet mit der Verfahrensrüge (§ 286 Abs. 1, §§ 551, 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO) jedoch zu Recht, das Berufungsgericht habe den Inhalt des von ihm eingeholten psychiatrischen Sachverständigengutachtens nicht vollständig zur Kenntnis genommen und sich mit den Ausführungen des Sachverständigen zu den gesundheitlichen Auswirkungen einer möglichen Vertretung der Beklagten bei einer Wohnungsbesichtigung nicht auseinandergesetzt. Der Senat ist im Hinblick auf diese durchgreifende Verfahrensrüge nicht an die angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden (§ 559 Abs. 2 BGB).

Das Berufungsgericht ist entsprechend der Beurteilung des psychiatrischen Gutachtens des Sachverständigen zu dem Ergebnis gelangt, dass sowohl bei Erlass als auch bei der Vollstreckung eines Urteils, das ein Betretungsrecht zugunsten der Kläger ausspreche, ein hohes Risiko für Handlungen der Beklagten mit einer erheblichen Gesundheitsgefährdung bis hin zum vollendeten Suizid bestehe und Maßnahmen, die das Risiko einer solchen

³¹ BayPsychKHG; GVBl. S. 583.

erheblichen Verschlechterung signifikant verringerten, derzeit nicht ersichtlich seien.

Mit den Ausführungen des Sachverständigen, wonach sich das Risiko für gesundheitliche Komplikationen, wenn sich die Beklagte bei einem Betreten der Wohnung durch Vermieter, Kaufinteressenten oder Makler von einer Vertrauensperson beziehungsweise einem Rechtsanwalt vertreten lasse, im Vergleich zu einer Besichtigung bei persönlicher Anwesenheit der Beklagten verringere, hat sich das Berufungsgericht dagegen unter Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO nicht auseinandergesetzt, obwohl sie der Annahme einer durch das Betreten der Wohnung nicht zu vermeidenden Gesundheitsverschlechterung der Beklagten entgegenstehen. Es hat eine Vertretung der Beklagten bei der Wohnungsbesichtigung lediglich als eine Maßnahme im Fall einer eventuellen Besserung des Gesundheitszustands der Beklagten in Erwägung gezogen.

Soweit die vorgenannten Ausführungen des Sachverständigen zu den Auswirkungen einer Vertretung in (scheinbarem) Widerspruch zu den Feststellungen des Sachverständigen stehen, wonach eine der Klage stattgebende Entscheidung ein hohes Risiko einer erheblichen Gesundheitsgefährdung mit sich bringe, wäre es die Aufgabe des Berufungsgerichts als Tatgericht gewesen, auf eine Aufklärung dieses möglichen Widerspruchs - etwa mittels einer Erläuterung durch den Sachverständigen gemäß § 411 Abs. 3 ZPO - hinzuwirken³².

1.6 Mietvertrag mit Bauverpflichtung (Vertragsstrafe)

Die Parteien haben die Verwirkung einer Vertragsstrafe von 4.500,00 € pro Kalendertag vereinbart, wenn der Beklagte mit der Übergabe der Mietsache in Verzug gerät.

In § 4 Ziff. (1), letzter Absatz des Mietvertrages vom 18./23.01.2017 ist geregelt, dass wenn „der Vermieter mit der Übergabe der Mietsache in Verzug (gerät), [...] für jeden Kalendertag eine Vertragsstrafe in Höhe von 4.500 € verwirkt“ ist. Die Übergabe der Mieträume war gemäß § 4 Ziff. (1) Satz 1 für den 30.08.2017 vereinbart. Aus diesem Wortlaut ergibt sich, dass vom Beklagten an die Klägerin für jeden Tag, um den sich die Übergabe der Mietsache über den

³² vgl. BGH v. 25.2.2009 - IV ZR 27/08, juris Rz. 9 m.w.N.; BGH v. 10.7.2018 - VI ZR 580/15, NJW 2018, 3097 Rz. 10.

30.08.2017 hinaus verzögert, eine Vertragsstrafe von 4.500,00 € pro Tag zu zahlen ist. Der Wortlaut der Vereinbarung ist eindeutig und insbesondere nicht im Sinne des Beklagtenvortrags auslegungsfähig. Denn soweit in § 4 Ziff. (1) Satz 1 geregelt ist, dass das Mietverhältnis „grundsätzlich“ mit der Übergabe am 30.08.2017 beginnt, bezieht sich das Wort „grundsätzlich“ auf den Mietbeginn und nicht auf den Zeitpunkt der vereinbarten Übergabe. Durch diese Formulierung wird lediglich klargestellt, dass der Mietvertrag und damit die Mietzahlung erst später beginnen würde, sofern sich die Übergabe verschiebt. Die entsprechenden Ausführungen des Landgerichts sind vom Beklagten in der Berufung insoweit nicht angefochten worden.

Das Landgericht ist auch zu dem zutreffenden Ergebnis gekommen, dass die Vereinbarung über die Vertragsstrafe zwischen den Parteien wirksam geschlossen worden ist.

Die Vertragsstrafenregelung ist auch nach den Wertungen der §§ 242, 138 BGB wirksam³³.

Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass im Rahmen der hier durchzuführenden Angemessenheitsprüfung zu beachten ist, dass die Sanktion nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht des Vertragsverstoßes stehen darf, dass also die Vertragsstrafe als allgemeine Lösung angesichts des anhaltenden Interesses des Mieters an der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses angemessen ist. Mit § 242 BGB unvereinbar sind daher solche Klauseln, nach deren Inhalt die vorgesehene Sanktion im Verhältnis zur Schwere des Vertragsverstoßes unangemessen ist. Das Verhältnis der Miethöhe zur Höhe der Vertragsstrafe allein kann dabei keinen Grund darstellen, die Höhe der Vertragsstrafe für unangemessen oder unbillig zu halten. Denn die Vertragsstrafe muss nicht nur im Verhältnis zur Höhe der Miete stehen. Als pauschalierter Schadensersatz soll sie vielmehr den potentiellen Schaden abbilden, der für die Klägerin im Fall der verspäteten Übergabe entsteht. Dass die Vertragsstrafe dabei auch die vereinbarte Miete übersteigt, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Dies bedingt gerade die berechnete Funktion des Vertragsstrafeversprechens, den Schuldner zur

³³ OLG Bremen v. 9.12.2022 – 4 U 20/21, IBR 2023, 210.

Vertragserfüllung anzuhalten und als Druckmittel zu dienen. Diese Aufgabe kann die Vertragsstrafe nur erfüllen, wenn sie eine spürbare Höhe hat.

Ob die konkrete Höhe der Vertragsstrafe (hier ca. 376% der Tagesnettomiete von 1.196,71 € (Monatsmiete von 36.400,00 € x 12 Monate : 365 Tage) noch angemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Zu berücksichtigen ist dabei zunächst, das erhebliche wirtschaftliche Interesse der Klägerin an der vertragsgemäßen Übergabe. Ausweislich § 18 Ziff. (1) des Mietvertrages legt die Klägerin zu Grunde, dass sie einen Mindestumsatz von jährlich 3,3 Mio € (monatlich 275.000,00 €) erzielt. Es ist offensichtlich, dass mit jeder Verzögerung der Übergabe und Eröffnung nicht nur Umsatz- und Gewinneinbußen, sondern ggf. auch zusätzliche Lohn-, Waren- und Lagerkosten entstehen, unabhängig davon, ob, wie der Beklagte behauptet, eine Eröffnung ohnehin erst Ende 2017 geplant gewesen sei.

Entscheidend ist aber, dass die Höhe der Vertragsstrafe zwischen den Parteien ausgehandelt worden ist. Wie oben dargelegt, hat der Beklagte, der, wie dem Senat aus entsprechenden Presseberichterstattungen bekannt ist, in größerem Umfang in Y in Wohn- und Gewerbeimmobilien investiert und diese entwickelt, die Erhöhung der Vertragsstrafe von den ursprünglich vorgesehenen 3.500,00 € auf 4.500,00 € im Gegenzug zur Verschiebung des Eröffnungstermins um ca. zwei Monate und der Einfügung der Präambel mit der aufschiebenden Bedingung im Hinblick auf die Erteilung der Baugenehmigung akzeptiert. Die Parteien haben insoweit in einer im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht zu beanstandender Weise einen pauschalisierten Ausgleich für die schwerwiegende Vertragsverletzung des Beklagten, einer verspäteten Übergabe des Mietobjekts, vereinbart.

Auch das Fehlen einer zeitlichen Obergrenze führt hier nicht zu einer Unwirksamkeit der Vertragstrafenklausel.

Nach der Rechtsprechung des BGH³⁴ ist geklärt, dass für den Fall der Nichtüberlassung einer erst noch zu errichtenden Gewerbeimmobilie entgegen einer mietvertraglichen Abrede ein Vertragsstrafeversprechen, das die Verwirkung einer täglichen Summe vorsieht, auch ohne Vereinbarung einer Obergrenze zulässig ist und zwar selbst dann, wenn die Vertragsstrafe im

³⁴ BGH v. 12.3.2003 - XII ZR 18/00, juris Rz. 50 ff.

Rahmen von AGB vereinbart wurde und am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB zu messen ist³⁵.

Bei einer auch hier vorliegenden Vermietung mit Bauverpflichtung (vgl. dazu § 1 Ziff. (2) des Mietvertrages) übernimmt der Vermieter eine verschuldensunabhängige Garantiehafung. Die Nichtfertigstellung des Objekts stellt sich insoweit als einer der größten denkbaren Vertragsverstöße dar³⁶. Vor diesem Hintergrund ist eine Vertragsstrafe, deren Höhe von der Zeitspanne abhängt, innerhalb derer der Vertragspartner seine Kardinalpflicht zu fortlaufender Gebrauchsgewährung nicht erfüllt, keineswegs unangemessen. Sie steht nicht außer Verhältnis zum Gewicht des geahndeten Verstoßes, sondern erfüllt im Gegenteil ihren Zweck als Druckmittel, um den Schuldner zur Vertragstreue anzuhalten und dem Mieter die pünktliche Aufnahme seines Geschäftsbetriebes sicherzustellen. Dieses Druckmittel würde durch die Festlegung eines Höchstbetrages entscheidend entwertet. Der Schuldner selbst hat es letztlich in der Hand, zur Vertragstreue zurückzukehren und die Vertragsstrafe damit zu begrenzen³⁷. Zudem übersieht der Beklagte, dass der BGH in der bereits zitierten Entscheidung angenommen hat, dass bei der Prüfung der Angemessenheit der Vertragsstrafe im Rahmen des § 307 BGB jedenfalls nicht auf den theoretisch denkbaren Extremfall abzustellen ist, sondern darauf, in welchem Verhältnis der täglich anfallende Betrag zu dem steht, was eine Überschreitung um einen Tag für einen Mieter bedeutet, der seinem Vertragspartner durch diese Klausel von Anfang an deutlich gemacht hat, dass er allergrößten Wert auf pünktliche Fertigstellung legt³⁸.

Auch hat der BGH zutreffend darauf hingewiesen, dass eine wirksame Vertragsstrafenregelung nicht automatisch dazu führt, dass die Vertragsstrafe tatsächlich maximal 30 Jahre gezahlt werden muss. Es müsse geprüft werden, ob nicht irgendwann eine zeitliche Grenze erreicht sei, jenseits derer sich das Verlangen nach Fortzahlung der Vertragsstrafe nach § 242 BGB als treuwidrig erweisen würde. Der BGH hat in dem von ihm entschiedenen Fall diese Grenze bei einer verlangten Vertragsstrafe für 478 Tage jedenfalls als noch nicht

³⁵ so auch OLG Celle v. 3.1.2014 - 2 U 164/13, juris Rz. 48; OLG Celle v. 14.11.2014 - 2 U 111/14, juris Rz. 34.

³⁶ BGH v. 12.3.2003 - XII ZR 18/00, juris Rz. 50 ff.

³⁷ OLG Celle v. 14.11.2014 - 2 U 111/14, juris Rz. 36.

³⁸ vgl. auch OLG Celle v. 14.11.2014 - 2 U 111/14, juris Rz. 36.

erreicht angesehen³⁹ ebenfalls nicht. Im vorliegenden Fall verlangt die Klägerin Vertragsstrafe für 84 Tage, befindet sich also noch deutlich in dem vorgenannten Rahmen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Vertragsstrafenregelungen in den vorstehend zitierten Entscheidungen des BGH und des OLG Celle um AGB handelte, die von den jeweiligen Gerichten einer AGB-Kontrolle unterworfen worden sind. Im vorliegenden Fall ist die Vertragsstrafenklausel aber ausgehandelt worden. Die insoweit anzulegenden Maßstäbe sind also noch weniger streng als in den vorstehend zitierten Entscheidungen.

2 **Miete**

2.1 **Vormiete i.S.v. § 556e Abs. 1 BGB**

Ein Anspruch auf Herausgabe zu viel gezahlter Miete nach § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB kommt nicht in Betracht, wenn zugunsten des Vermieters die Ausnahmevorschrift des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB anzuwenden wäre. Diese Vorschrift erlaubt für den Fall, dass die vom vorherigen Mieter geschuldete Miete (Vormiete), höher ist als die nach § 556d Abs. 1 BGB zulässige Miete, die Vereinbarung einer Miete bis zur Höhe der Vormiete. Dabei kommt als "Vormiete" nur die in einem Wohnraummietverhältnis vereinbarte Miete in Betracht und nicht etwa eine in einem ganz anderen Marktsegment (wie einem Gewerberaummietverhältnis) erzielte Miete. Denn andernfalls hätte es keiner Ausführungen dazu bedurft, dass das Vormietverhältnis seinerseits den Anforderungen der §§ 556d BGB ff. entsprechen müsse⁴⁰.

Bei dem letzten Wohnraummieter (C.), dem zunächst ein Gewerberaummieter nachfolgte, handelt es sich nicht deshalb um den "vorherigen Mieter" im Sinne des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die Wohnung vor der Vermietung an die Klägerin zuletzt zur gewerblichen Nutzung vermietet und der Mieter C. deshalb der letzte Wohnraummieter vor der Vermietung an die Klägerin war⁴¹.

³⁹ BGH v. 12.3.2003 - XII ZR 18/00, juris Rz. 52); OLG Celle bei 212 bzw. 123 Tagen: OLG Celle v. 3.1.2014, 2 U 164/13, juris Rz. 55 und v. 14.11.2014 - 2 U 111/14, juris Rz. 40.

⁴⁰ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

⁴¹ BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, MDR 2020, 1435.

Bereits der Wortlaut des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB legt es zumindest nahe, dass es sich bei der darin bezeichneten "Vormiete" um eine solche aus einem unmittelbar vorangegangenen Mietverhältnis handeln muss. Denn der Begriff der "Vormiete" wird dort definiert als "die Miete, die der vorherige Mieter zuletzt schuldete". Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist mit "der vorherige Mieter" regelmäßig der (zeitlich) letzte Vormieter gemeint, und nicht irgendein Mieter, der die Räume in der Vergangenheit einmal innehatte. Ein "Vorvormieter" - wie hier Frau C. - lässt sich unter diesen Begriff daher schwerlich fassen⁴².

Jedenfalls die teleologische und die historische Auslegung der Norm anhand der Gesetzesbegründung und der vom Gesetzgeber verfolgten Zielrichtung lassen nur die Schlussfolgerung zu, dass § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB die Vereinbarung einer höheren als der nach § 556d Abs. 1 BGB zulässigen Miete nur für Räumlichkeiten ermöglichen will, die bei ihrer (zeitlich) letzten Vermietung zu Wohnzwecken überlassen waren⁴³.

§ 556e BGB wurde mit Wirkung vom 1. Juni 2015 durch das Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz; BGBl. I S. 610) als Teil des neuen Unterkapitels 1a betreffend "Vereinbarungen über die Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten" in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt. Ziel dieser Gesetzesnovelle war es, einer "Gentrifizierung entgegenzuwirken" und sicherzustellen, dass die Bevölkerung (einschließlich einkommensschwächerer Haushalte) im Falle der Wohnungssuche auch in Zeiten eines angespannten Wohnungsmarkts (vgl. § 556d Abs. 2 BGB) bezahlbare Mietwohnungen in ihrem bisherigen Wohnviertel findet⁴⁴. Eine Abwanderung einkommensschwächerer Mieter aus stark nachgefragten Wohnquartieren in Folge von Mietanstiegen soll mit den Regelungen verhindert werden⁴⁵. Durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz wollte der Gesetzgeber dazu beitragen, den Zugang zu bereits als solchem genutzten Wohnraum für weniger einkommensstarke Mieter zu sichern. Ziel war

⁴² so auch BeckOGK/*Fleindl*, Stand 1. April 2020, § 556e BGB Rz. 8.

⁴³ BGH v. 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, MDR 2020, 1435.

⁴⁴ BGH v. 4.11.2015 - VIII ZR 217/14, BGHZ 207, 246 Rz. 56.

⁴⁵ BT-Drucks. 18/3121, S. 18.

es dabei nicht, neuen Mietwohnraum zu schaffen⁴⁶, etwa durch Anreize zur Wohnraumerschließung gewerblich genutzter Bestandsimmobilien. Vielmehr ging es dem Gesetzgeber ausschließlich darum, durch Dämpfung des Mietanstiegs die Verdrängung einkommensschwacher Mieter aus dem "vermieteten Wohnungsbestand"⁴⁷ zu verhindern.

Diese Kernziele des Gesetzgebers werden im Wesentlichen durch den mit dem Mietrechtsnovellierungsgesetz neu geschaffenen § 556d Abs. 1 BGB verwirklicht⁴⁸. Nach dieser Vorschrift darf bei Abschluss eines Mietvertrags über Wohnraum, der in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2 BGB) höchstens um 10 % übersteigen. Wenn § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB, abweichend von dem Grundsatz des § 556d Abs. 1 BGB, unter bestimmten Voraussetzungen die Vereinbarung einer höheren Miete erlaubt, ist diese Norm jedoch bereits aufgrund ihres Charakters als Ausnahmeregelung eng auszulegen⁴⁹. Zudem hatte der Gesetzgeber bei der Regelung der Ausnahmenvorschrift vor allem neu erbaute Wohnungen in den Blick genommen, die schon vor dem in § 556f Satz 1 BGB genannten Stichtag (1. Oktober 2014) vermietet worden sind. Für den Fall einer etwaigen, gegebenenfalls bereits nach wenigen Monaten erfolgenden Kündigung des Erstmieters sollte für den Vermieter die erforderliche Investitionssicherheit gewährleistet werden, indem ihm weiterhin gestattet sein sollte, die bei der Erstvermietung erzielte Miete zu vereinbaren, selbst wenn sie den Betrag von 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete überstieg. Ein vergleichbares Vertrauen, eine bestimmte Wohnraummiete erzielen zu können, kann jedoch ein Vermieter, der sich zu einer Nutzungsänderung entschlossen und die Wohnung zu gewerblichen Zwecken vermietet hat, gerade nicht für sich in Anspruch nehmen. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung gewährt die Ausnahmeregelung des § 556e Abs. 1 BGB daher dem Vermieter keinen (uneingeschränkten) Investitionsschutz dahin, dass ihm unabhängig von der zuletzt gewählten Nutzungsart eine früher erzielte Wohnraummiete erhalten bleiben oder gar eine bestimmte Einnahmehöhe garantiert werden sollte.

⁴⁶ BT-Drucks. 18/3121, S. 2.

⁴⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

⁴⁸ vgl. BVerfG, NJW 2019, 3054 Rz. 52.

⁴⁹ vgl. BT-Drucks. 18/3121 S. 30: keine Umgehung der "Mietpreisbegrenzung".

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

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

Nach der Gesetzesbegründung zu § 556f Satz 2 BGB ist eine Modernisierung umfassend, wenn sie einen Umfang aufweist, der eine Gleichstellung mit Neubauten gerechtfertigt erscheinen lässt⁵⁰. Eine solche Gleichstellung ist anzunehmen, wenn die Modernisierung einerseits im Hinblick auf die hierfür angefallenen Kosten einen wesentlichen Bauaufwand erfordert und andererseits wegen der mit ihrem tatsächlichen Umfang einhergehenden qualitativen Auswirkungen zu einem Zustand der Wohnung führt, der demjenigen eines Neubaus in wesentlichen Teilen entspricht⁵¹.

Zur Beantwortung der Frage, ob im Hinblick auf die Kosten der durchgeführten Arbeiten ein wesentlicher Bauaufwand vorliegt, kann nach der Gesetzesbegründung⁵² auf § 16 Abs. 1 Nr. 4 WoFG bzw. dessen Vorgängervorschriften (§§ 16, 17 des II. WoBauG) sowie die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach ist ein Bauaufwand im Hinblick auf den finanziellen Aufwand als wesentlich anzusehen, wenn er (mindestens) ein Drittel des für eine vergleichbare Neubauwohnung erforderlichen Aufwands - ohne Grundstücksanteil - erreicht⁵³. Da die Neubaukosten in der Bundesrepublik Deutschland von Region zu Region stark differieren können, ist auf aussagekräftige aktuelle Zahlen - etwa statistische Erhebungen des Bauhandwerks - der jeweiligen Region, in der die in Rede stehende Wohnung gelegen ist, oder einer von der Bevölkerungsstruktur und der Wirtschaftskraft hierzu vergleichbaren Region abzustellen⁵⁴. Eine Schätzung der Neubaukosten durch den Tatrichter nach § 287 Abs. 2 ZPO auf der Grundlage dieser oder anderer objektivierbarer Zahlen,

⁵⁰ BT-Drucks. 18/3121, S. 32; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, NJW-RR 2020, 1212 Rz. 10 ff.

⁵¹ BT-Drucks. 18/3121, S. 32;; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, NJW-RR 2020, 1212 Rz. 10 ff.; BeckOGK/*Fleindl*, Stand: 1. Oktober 2020, § 556f BGB Rz. 25 m.w.N.

⁵² BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

⁵³ vgl. BGH v. 10.8.2010 - VIII ZR 316/09, WuM 2010, 679 Rz. 6 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerwG zu § 17 Abs. 1 Satz 1 WoBauG in BVerwGE 38, 286 (289 f.).

⁵⁴ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

deren Einführung in den Prozess in der Darlegungs- und Beweislast des Vermieters liegt, ist in diesem Rahmen möglich und zulässig⁵⁵.

Allerdings können nicht die Kosten für (reine) Erhaltungsmaßnahmen gemäß § 555a Abs. 1 BGB im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB zu dem in den Kostenvergleich einzustellenden Bauaufwand berücksichtigt werden und dementsprechend auch bei einer modernisierenden Instandsetzung die gesamten Kosten nicht ungekürzt als Modernisierungskosten angesetzt werden⁵⁶.

In den Kostenvergleich im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB sind nur solche Kosten einzustellen, die auf - im Katalog des § 555b BGB genannten - Modernisierungsmaßnahmen beruhen⁵⁷. Dieses Verständnis liegt bereits nach dem Wortlaut des § 556f Satz 2 BGB nahe, nach dem die §§ 556d, 556e BGB nicht anzuwenden sind auf die erste Vermietung nach umfassender "Modernisierung". Dementsprechend ist in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt, dass von dem Begriff der Modernisierung die Wiederherstellung eines ehemals bestehenden Zustands nicht umfasst wird⁵⁸. Damit sind Kosten, die keinen Bezug zu einer in § 555b BGB genannten Modernisierungsmaßnahme aufweisen, sondern allein der Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 555a Abs. 1 BGB geschuldet sind, von vornherein nicht in den Kostenvergleich aufzunehmen.

Entsprechendes gilt aber auch für den Fall, dass ältere Bauteile und Einrichtungen der Wohnung modernisiert werden und zwar sowohl dann, wenn diese schon mangelhaft sind, als auch dann, wenn sie - ohne dass ein Austausch schon unmittelbar erforderlich wäre - bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer zu erwartenden Gesamtlebensdauer abgenutzt worden sind. Auch insoweit ist ein Teil der Kosten bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht der Modernisierung, sondern der bloßen Instandhaltung

⁵⁵ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁵⁶ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁵⁷ BeckOKMietrecht/*Theesfeld*, Stand: 1. August 2020, § 556f BGB Rz. 14; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556f BGB Rz. 17; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 556f BGB Rz. 14; *Abramenko*, Die Mietpreisbremse, 2015, § 3 Rz. 23.

⁵⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

zuzuordnen und deshalb bei dem im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB anzustellenden Kostenvergleich nicht zu berücksichtigen⁵⁹.

Mit der Einführung der Vorschriften der §§ 556d bis 556g BGB bezweckte der Gesetzgeber eine Begrenzung der Mieten in angespannten Wohnungsmärkten. Die nach Maßgabe des § 556d BGB höchstzulässige Miete darf der Vermieter nach § 556e BGB mit Rücksicht auf eine höhere Vormiete oder wegen Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b BGB überschreiten, die er in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses durchgeführt hat. Im Fall der Modernisierung darf der Vermieter dabei die nach § 556d BGB zulässige Miete um den Betrag überschreiten, um den er die Miete gemäß § 559 BGB hätte erhöhen können. Noch weitergehende Ausnahmen sieht das Gesetz in § 556f BGB vor. Danach sind zum einen Neubauten, die nach dem 1. Oktober 2014 erstmals genutzt und vermietet werden, von der Mietenbegrenzung gänzlich ausgenommen; zum anderen gilt die Mietenbegrenzung (§ 556d BGB) nicht für die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung⁶⁰.

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

Für den Fall der Mieterhöhung nach § 559 BGB hat der Senat bereits - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden, dass bei einer modernisierenden Instandsetzung nicht nur Kosten für bereits "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen unberücksichtigt bleiben, sondern ein (zeit-)anteiliger Abzug auch dann vorzunehmen ist, wenn Bauteile oder Einrichtungen der Wohnung, die zwar noch nicht mangelhaft, aber bereits über einen erheblichen Anteil ihrer Lebensdauer (ab)genutzt sind, durch solche von besserer Qualität ersetzt und insoweit modernisiert werden⁶¹. Für die im

⁵⁹ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁶⁰ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁶¹ BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, NZM 2020, 795 Rz. 36 ff.

Rahmen des § 556f Satz 2 BGB vorzunehmende Beurteilung, ob eine umfassende Modernisierung vorliegt, gilt nichts Anderes. Im Gegenteil spricht der Umstand, dass es sich bei § 556f Satz 2 BGB um eine - eng auszulegende - Ausnahmevorschrift handelt, für einen Abzug der (fiktiven) Kosten, die bei einer wertenden Betrachtung der Instandsetzung und/oder der Instandhaltung und nicht der eigentlichen Modernisierung zuzurechnen sind⁶².

Entgegen einer teilweise im Schrifttum unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien vertretenen Auffassung⁶³ bezweckt § 556f Satz 2 BGB auch nicht, den Vermieter bei Vornahme umfangreicher Modernisierungsmaßnahmen von genauen Berechnungen in der Weise zu entlasten, dass jeder Abzug von Kosten der Instandhaltung zu entfallen habe. Soweit es in den Gesetzesmaterialien heißt, bei sehr umfangreichen Maßnahmen werde der Vermieter von der Berechnung der genauen Mieterhöhung entlastet⁶⁴, lässt dies den Schluss auf eine Berücksichtigung bloßen Erhaltungsaufwands gerade nicht zu. Denn in der weiteren Gesetzesbegründung wird explizit darauf abgestellt, dass der Begriff der Modernisierung auf § 555b BGB Bezug nimmt und somit die Instandsetzung nicht umfasst ist. Im Übrigen wird dem Vermieter im Rahmen des § 556f Satz 2 BGB eine Berechnung nur insoweit abverlangt, als es zum Nachweis eines wesentlichen, auf Modernisierung entfallenden Bauaufwands erforderlich ist. Liegt der Ausnahmetatbestand des § 556f Satz 2 BGB danach vor, ist der Vermieter bei der ersten Vermietung von der Begrenzung der Miete und somit von einer konkreten Berechnung einer Mieterhöhung nach § 559 BGB in Verbindung mit § 556e BGB frei.

Auch hinsichtlich der Beurteilung der mit den Baumaßnahmen einhergehenden qualitativen Auswirkungen ist zu prüfen, ob die Wohnung durch die Modernisierungsmaßnahmen in mehreren - nicht notwendig allen - wesentlichen Bereichen (insbesondere Heizung, Sanitär, Fenster, Fußböden, Elektroinstallationen beziehungsweise energetische Eigenschaften) qualitativ so verbessert wurde, dass die Gleichstellung mit einem Neubau gerechtfertigt ist⁶⁵.

⁶² BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁶³ Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2018, § 556f BGB Rz. 14; wohl auch *JurisPK/Heilmann*, § 556f BGB Rz. 5; *BeckOKMietrecht/Theesfeld*, Stand: 1. August 2020, § 556f BGB Rz. 14.

⁶⁴ BT-Drucks. 18/3121 S. 32.

⁶⁵ BT-Drucks. 18/3121 S. 32; vgl. auch bereits BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, Rz. 11 f., m.w.N.

Dabei gelten die vorstehend dargestellten Voraussetzungen entsprechend. In die diesbezügliche Beurteilung sind somit nur als Modernisierung zu qualifizierende Maßnahmen einzubeziehen, und auch diese nur unter der Voraussetzung, dass es sich bei dem aktuellen Mietverhältnis um die erste Neuvermietung nach Ausführung der Maßnahmen handelt⁶⁶.

2.3 Rüge gegenüber überhöhter Staffelmiete

Entgegen der Ansicht des Amtsgerichts⁶⁷ musste die - hier während des Laufs der zweiten Mietstaffel - erhobene Rüge nach Ablauf dieser Mietstaffel nicht wiederholt werden, sondern erfasst auch die Folgestaffel⁶⁸. Das Amtsgericht hat zur Begründung seiner abweichenden Auffassung die Vorschrift des § 557a Abs. 4 Satz 1 BGB herangezogen, wonach die Vorschriften der §§ 556d bis 556g BGB auf jede Mietstaffel anzuwenden sind. Daraus hat das Amtsgericht gefolgert, bei Staffelmietvereinbarungen sei die Rüge eines Verstoßes gegen die Mietbegrenzung gesondert während jeder Staffel zu erheben und müsse deshalb gegebenenfalls wiederholt werden. Diese rechtliche Beurteilung trifft nicht zu.

Allerdings könnte der Wortlaut des § 557a Abs. 4 Satz 1 BGB, der auch schon während der Geltung des § 556g Abs. 2 BGB aF bestimmte, dass die "§§ 556d bis 556g [...] auf jede Mietstaffel" anzuwenden sind, dafür sprechen, dass bei einer vereinbarten Staffelmiete der Rückzahlungsanspruch des Mieters wegen eines Verstoßes des Vermieters gegen die Mietbegrenzung nur dann entsteht, wenn der Mieter eine Rüge in jeder Mietstaffel erhebt, so dass er eine bereits erhobene Rüge in der folgenden Mietstaffel wiederholen müsste. Indes ist der Wortlaut des § 557a Abs. 4 BGB nicht eindeutig. Vielmehr spricht der enge Zusammenhang mit Satz 2 dieser Bestimmung dafür, dass dem Gesetzgeber nicht daran gelegen war, das Rügeerfordernis zu Lasten des Mieters auszudehnen, sondern er nur die Berechnung der zulässigen Miethöhe bei vereinbarter Staffelmiete konkretisieren wollte. Denn § 557a Abs. 4 Satz 2 BGB stellt ausdrücklich auf die "Berechnung" der Miete ab und bestimmt, dass für die "Berechnung" der nach § 556d Abs. 1 BGB zulässigen Höhe der zweiten und

⁶⁶ BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, GE 2020, 237.

⁶⁷ AG Charlottenburg v. 28.10.2021 - 239 C 85/21, juris Rz. 31.

⁶⁸ BGH v. 30.3.2022 – VII ZR 283/21, GE 2022, 1001.

aller weiteren Mietstaffeln statt des Beginns des Mietverhältnisses der Zeitpunkt maßgeblich ist, zu dem die erste Miete der jeweiligen Mietstaffel fällig wird.

Gegen das Erfordernis, eine einmal erhobene Rüge nach Ablauf einer Mietstaffel zu wiederholen, sprechen insbesondere der Regelungszweck des § 557a Abs. 4 BGB sowie der Sinn und Zweck des Rügeerfordernisses gemäß § 556g Abs. 2 BGB aF⁶⁹. Die Bestimmung des § 557a Abs. 4 BGB soll gewährleisten, dass nicht nur die erste vereinbarte Miete (hierfür gilt § 556d BGB unmittelbar), sondern auch alle für die folgenden Staffeln vereinbarten Mieten grundsätzlich die ortsübliche Vergleichsmiete um nicht mehr als 10 % übersteigen⁷⁰. Dies hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien deshalb als erforderlich erachtet, weil er zugunsten des Mieters verhindern wollte, dass die Mietenbegrenzung des § 556d BGB durch Staffelmietvereinbarungen, die erhebliche Preissprünge zulassen, faktisch umgangen wird⁷¹. Der Gesetzgeber beabsichtigte daher nicht, die Anforderungen an das Rückzahlungsverlangen zu Lasten des Mieters zu erhöhen.

Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Rüge gemäß § 556g Abs. 2 BGB aF. Nach dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommenen Regelungszweck soll die Erhebung einer (qualifizierten) Rüge dazu dienen, den Vermieter darüber in Kenntnis zu setzen, aus welchen Gründen, in welcher Höhe und ab welchem Zeitpunkt eine Rückerstattung verlangt wird⁷². Auch dieser Gesetzeszweck gebietet es, bei vereinbarter Staffelmiete einer Rüge gemäß § 556g Abs. 2 BGB aF die Fortwirkung für weitere Mietstaffeln nicht abzusprechen. Denn der Vermieter darf bei Erhebung einer Rüge, die sich gegen die Höhe der Miete einer niedrigeren Staffelstufe richtet, grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass der Mieter die für nachfolgende Mietstaffeln vereinbarte höhere Miete billigen will.

⁶⁹ BGH v. 30.3.2022 – VII ZR 283/21, GE 2022, 1001.

⁷⁰ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 34 f.

⁷¹ BT-Drucks. 18/3121, S. 16, 34.

⁷² BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 98; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 31/19, WuM 2020, 645 Rz. 41.

2.4 Auskunft nach § 556g Abs. 1a BGB

Nach § 556g Abs. 1a Satz 1 Nr. 4 BGB ist der Vermieter, soweit die Zulässigkeit der Miete auf § 556f Satz 2 BGB beruht, verpflichtet, dem Mieter vor der Abgabe von dessen Vertragserklärung unaufgefordert (in Textform, § 556g Abs. 4 BGB) Auskunft darüber zu erteilen, dass es sich um die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung handelt. Die Gesetzesmaterialien zum Mietrechtsanpassungsgesetz sehen ausdrücklich vor, dass der Vermieter nach der Bestimmung des § 556g Abs. 1a Satz 1 Nr. 4 BGB (ebenso wie nach § 556g Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 BGB) nicht gehalten ist, bereits vor Abgabe der Vertragserklärung des Mieters über Umfang und Details der Modernisierung Auskunft zu erteilen, sondern zunächst nur über das "Ob" einer solchen umfassenden Modernisierung⁷³. Es obliegt vielmehr anschließend dem Mieter, gegebenenfalls mittels eines Auskunftsverlangens nach § 556g Abs. 3 BGB weitere Einzelheiten und Nachweise zu erfragen, wenn er an der Richtigkeit der Auskunft zweifelt⁷⁴. Vor Abgabe der Vertragserklärung des Mieters ist es daher ausreichend, wenn der Vermieter mitteilt, es handele sich um die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung⁷⁵. Dem hat die Beklagte nach den hier getroffenen erstinstanzlichen Feststellungen Rechnung getragen.

Entgegen § 556g Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 BGB hat die Beklagte zwar vor Abgabe der Vertragserklärung der Mieter eine Auskunft nicht erteilt, ob in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses Modernisierungsmaßnahmen i.S.v. § 556e Abs. 2 BGB durchgeführt worden sind. Gleichwohl wäre die Beklagte aus Rechtsgründen nicht gehindert, sich gegebenenfalls auf eine (einfache) Modernisierung zu berufen, sofern sich herausstellt, dass eine umfassende Modernisierung i.S.v. § 556f Satz 2 BGB unterblieben ist. Sollte sich ergeben, dass eine umfassende Modernisierung⁷⁶ nicht durchgeführt worden ist, wäre es gleichwohl aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte sich auf den Ausnahmetatbestand des § 556e Abs. 2 BGB berufen darf⁷⁷. Denn die

⁷³ BGH v. 18.5.2022 – VIII ZR 9/22, WuM 2022, 468 Rz. 53.

⁷⁴ so BT-Drucks. 19/4672, S. 28.

⁷⁵ so auch BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand: 1. April 2022, § 556g Rz. 69; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556g BGB Rz. 27j; Staudinger/V. Emmerich, BGB, Neubearb. 2021, § 556g Rz. 53; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 556g Rz. 17 [zu § 556g Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 BGB].

⁷⁶ zu deren Voraussetzungen siehe BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 73/19, NJW-RR 2020, 1212 Rz. 11 f.; BGH v. 11.11.2020 - VIII ZR 369/18, NJW-RR 2021, 524 Rz. 22.

⁷⁷ BGH v. 18.5.2022 – VIII ZR 9/22, WuM 2022, 468 Rz. 54.

Beklagte hat, wie oben ausgeführt, vor Abgabe der Vertragserklärung der Mieter hinreichend Auskunft erteilt, dass es sich um die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung handelt (§ 556g Abs. 1a Satz 1 Nr. 4 BGB). Dies umfasst auch den Fall der einfachen Modernisierung i.S.v.n § 556g Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 BGB, so dass der Vermieter sich gegebenenfalls auf eine einfache Modernisierung berufen darf, sofern sich herausstellen sollte, dass eine umfassende Modernisierung nicht durchgeführt worden ist⁷⁸.

2.5 Rückforderung zuviel gezahlter Miete

Mieten mehrere Personen eine Wohnung an, haften sie zwar, sofern nicht etwas anderes vereinbart worden ist, für die Mietforderungen des Vermieters einschließlich der Nebenkosten gemäß §§ 421, 427 BGB als Gesamtschuldner⁷⁹. Daraus folgt aber nicht, dass im Falle der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gezahlter Mieten die Mieter nun Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB würden, sofern nicht sogar nur einer von ihnen allein forderungsberechtigt wäre, weil die erbrachte Leistung im Innenverhältnis ihm allein zuzuordnen wäre⁸⁰. Denn das Gesetz ordnet zwar für die Zahlungspflichten des Mieters im Zweifel eine Gesamtschuld an (§ 427 BGB); es besteht aber im Falle einer Rückabforderung keine entsprechende Regelung dahin, dass die früheren Gesamtschuldner im Zweifel nun Gesamtgläubiger nach § 428 BGB werden. Vielmehr ist die Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB die Regel, während die Gesamtgläubigerschaft die Ausnahme bildet⁸¹.

Dementsprechend hat der XI. Zivilsenat des BGH angenommen, dass sowohl ein aus einem Widerruf eines Darlehensvertrags durch alle oder nur einen Kreditnehmer (dann § 139 BGB) folgendes Rückabwicklungsverhältnis nach §§ 346 ff. BGB als auch eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht zu einer (einfachen) Forderungsgemeinschaft führt, die die Darlehensnehmer zu

⁷⁸ vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556g BGB Rz. 27j.

⁷⁹ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 7.

⁸⁰ vgl. BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 7, 10 f.; OLG Frankfurt, ZIP 1982, 880, 881; a.A. *Fleindl*, WuM 2015, 212 (214); OLG Schleswig, OLGR Schleswig 2000, 468 f.; *Staudinger/Looschelders*, Neubearb. 2018, § 428 BGB Rz. 99; *Erman/Böttcher*, 15. Aufl., § 428 BGB Rz. 12 [jeweils ohne nähere Begründung]; offengelassen in BGH v. 23.10.2003 - IX ZR 270/02, NJW 2004, 1169 unter II 3.

⁸¹ BGH v. 10.10.2017 - XI ZR 555/16, NJW 2018, 225 Rz. 20 m.w.N.

Mitgläubigern nach § 432 BGB macht⁸². Diese Grundsätze sind auch auf Mietergemeinschaften anzuwenden⁸³. So hat der VIII. Senat etwa einen Mieter, der nach Zugang einer Abrechnung die Auszahlung eines Nebenkostenguthabens verlangt hat, als Mitgläubiger nach § 432 BGB angesehen und ihn für verpflichtet gehalten, Auszahlung an alle Mieter zu verlangen, da diese in ihrer Gesamtheit die Überzahlung erbracht haben⁸⁴. Für den hier vorliegenden Fall der bereicherungsrechtlichen Rückforderung zu viel entrichteter Miete gilt nichts anderes⁸⁵.

Folglich kann die Klägerin Rückzahlung zu viel gezahlter Miete nur als Mitgläubigerin mit der weiteren Mieterin K. fordern⁸⁶. Entsprechendes gilt für das Auskunftsverlangen⁸⁷. Bei dem Auskunftsanspruch nach § 556g Abs. 3 BGB, der durch das am 1. Juni 2015 in Kraft getretene Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung⁸⁸ eingeführt worden ist, handelt es sich, wie bereits aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, um einen Hilfsanspruch des Mieters⁸⁹, der zur Verwirklichung der auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche diesen zwingend vorgeschaltet ist (vgl. Senatsurteil vom 27. November 2019 - VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 Rn. 165, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Aus diesem Grunde kann er - ebenso wie der Rückforderungsanspruch nach § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB - im Falle einer Mietermehrheit von jedem Mieter nur als Leistung an alle (§ 432 BGB) eingefordert werden.

⁸² BGH v. 10.10.2017 - XI ZR 555/16, NJW 2018, 225 Rz. 20, 27; BGH - XI ZR 449/16, WM 2017, 2251 Rz. 20, 27; BGH v. 3.7.2018 - XI ZR 520/16, NJW-RR 2018, 1316 Rz. 23 m.w.N.

⁸³ vgl. BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 Rz. 10 f.

⁸⁴ BGH v. 28.4.2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965 m.w.N.

⁸⁵ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

⁸⁶ vgl. im Ergebnis auch Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556g BGB Rz. 14 (Gesamthandsgläubiger).

⁸⁷ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, MDR 2020, 845 = WuM 2020, 423 = ZMR 2020, 629 = GE 2020, 787.

⁸⁸ Mietrechtsnovellierungsgesetz - MietNovG - vom 21. April 2015, BGBl. I S. 610.

⁸⁹ BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

2.6 Abtretung der Rückzahlungsansprüche an Inkassounternehmen

Entgegen der vom Berufungsgericht nach wie vor vertretenen Auffassung sind die Voraussetzungen einer Nichtigkeit nach § 134 BGB in Verbindung mit den Bestimmungen des § 3 RDG sowie der § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG aF nicht gegeben⁹⁰. Denn die von der Klägerin, die nach ihrem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachvortrag als Inkassodienstleisterin bei der zuständigen Behörde registriert ist, für die Mieter erbrachten Tätigkeiten sind durch die nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG aF erteilte Befugnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen im Bereich der Inkassodienstleistungen (noch) gedeckt⁹¹. Dies hat der Senat durch seine Urteile vom 8. April 2020⁹², vom 6. Mai 2020⁹³ sowie vom 27. Mai 2020⁹⁴, denen Entscheidungen der auch für den Streitfall zuständigen Berufungskammer zugrunde liegen, bekräftigt⁹⁵.

a) Anders als das Berufungsgericht meint, kann eine Überschreitung der Inkassodienstleistungsbefugnis der Klägerin nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG aF nicht damit begründet werden, die Rückforderung einer von dem Mieter an den Vermieter unter Vorbehalt gezahlten überhöhten Miete könne nicht mehr als eigenständige Inkassodienstleistung im Sinne des Rechtsdienstleistungsgesetzes beurteilt werden, wenn der Auftrag des Mieters an die für ihn handelnde Klägerin darüber hinausgehend laute, für ihn die "Mietpreisbremse" bei der Vermieterin durchzusetzen und die im Wohnungsmietvertrag vereinbarte Miete auf das höchstzulässige Maß herabzusetzen. Zu Unrecht stellt das Berufungsgericht darauf ab, unter den gegebenen Umständen falle die Rückforderung der überhöhten Miete wirtschaftlich nur unerheblich ins Gewicht, so dass die Tätigkeit der Klägerin im Wesentlichen auf die Abwehr von Ansprüchen gerichtet sei⁹⁶.

⁹⁰ BGH v. 19.1.2022 – VIII ZR 123/21, BB 2022, 385.

⁹¹ grundlegend hierzu BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 97 ff.

⁹² BGH v. 8.2.2020 - VIII ZR 130/19, WM 2020, 991 Rz. 30 ff.

⁹³ BGH v. 6.5.2020 - VIII ZR 120/19, juris Rz. 30 ff.

⁹⁴ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 31/19, WuM 2020, 645 Rz. 24 ff.; VIII ZR 121/19, juris Rn. 24 ff.; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 128/19, juris Rz. 25 ff.; VIII ZR 129/19, ZIP 2020, 1619 Rz. 25 ff.

⁹⁵ siehe ferner BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 43 ff.

⁹⁶ ebenso zunächst LG Berlin v. 29.4.2020 - 64 S 95/19, juris Rz. 21 ff. (beim Senat unter dem Aktenzeichen VIII ZR 133/20 im Revisionsverfahren anhängig); aufgegeben durch LG Berlin v. 9.9.2020 - 64 S 44/19, juris Rz. 4.

Diese Argumentation ist rechtsfehlerhaft und verschließt sich der Rechtsprechung des Senats, der in seinem grundlegenden Urteil vom 27. November 2019⁹⁷ entschieden hat, dass eine Überschreitung der Inkassodienstleistungsbefugnis der Klägerin nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG aF (auch) nicht aus dem Umstand folgt, dass die Klägerin in ihrem Rügeschreiben den Vermieter zusätzlich dazu aufgefordert hat, künftig von den Mietern nicht mehr die von der Klägerin als überhöht gerügte Miete zu verlangen, sondern diese auf den zulässigen Höchstbetrag herabzusetzen.

Die Aufforderung, die im Wohnungsmietvertrag vereinbarte Miete auf das höchstzulässige Maß herabzusetzen, ist nicht als eine - einem registrierten Inkassodienstleister nicht gestattete - Maßnahme der Anspruchsabwehr anzusehen⁹⁸. Denn es handelt sich bei ihr nicht um eine Reaktion auf ein Verlangen des Vermieters, sondern um eine in engem Zusammenhang mit der von der Klägerin zulässigerweise erhobenen Rüge und dem von ihr geltend gemachten Anspruch auf Rückerstattung zu viel gezahlter Miete stehende Maßnahme, die letztlich dazu dient, für die Zukunft die Geltendmachung weitergehender Rückzahlungsansprüche der Mieter entbehrlich zu machen⁹⁹.

b) Neue Gesichtspunkte, die Veranlassung geben könnten, von den die Senatsrechtsprechung tragenden Grundsätzen abzuweichen, hat das Berufungsgericht nicht aufgezeigt.

aa) Zwar ist die Annahme einer Nichtigkeit nach § 134 BGB im Fall einer Überschreitung der Inkassodienstleistungsbefugnis nach § 10 Abs. 1 Satz 1 RDG in erster Linie dem Tatrichter auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Gesamtumstände vorbehalten¹⁰⁰. Das Berufungsurteil beruht jedoch - anders als es vorgibt - nicht auf einer der revisionsgerichtlichen Überprüfung nur eingeschränkt zugänglichen tatrichterlichen Würdigung. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die hinsichtlich der Tätigkeit der Klägerin getroffenen Abreden ihre Grundlage in den von ihr verwendeten und in den

⁹⁷ BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 162.

⁹⁸ BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 96, 219.

⁹⁹ BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, aaO Rn. 162; siehe auch BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 31/19, WuM 2020, 645 Rz. 26 ff.; BGH v. 27.45.2020 - VIII ZR 121/19, juris Rn. 27 ff.; BGH v. 27.45.2020 - VIII ZR 128/19, juris Rn. 27 ff.; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 129/19, ZIP 2020, 1619 Rn. 27 ff.

¹⁰⁰ BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 91.

Vertrag mit den Mietern einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Deren Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, da Allgemeine Geschäftsbedingungen wie reversible Rechtsnormen von dem Revisionsgericht frei auszulegen sind¹⁰¹. Vom Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen etwa abweichenden Sachvortrag der Parteien hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Zudem hat das Berufungsgericht den Streitstoff rechtsfehlerhaft gewürdigt. Der Gesichtspunkt, dass die Rückzahlungsforderung der Klägerin (hier: die Rückerstattung überzahlter Miete für zwei Monate) - im Streitfall nicht anders als in den bisher vom Senat entschiedenen Fällen¹⁰² - nicht unerheblich geringer ist als die von ihr geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten, die im Wesentlichen auf dem Begehren beruhen, die Miete künftig auf das zulässige Maß herabzusetzen, macht das Begehren der Klägerin nicht zu einer Maßnahme der Forderungsabwehr. Die trichterliche Würdigung kann zwar - worauf das Berufungsgericht sich hier ohne Erfolg zurückziehen möchte - vom Revisionsgericht regelmäßig nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht Rechtsbegriffe verkannt oder sonst unzutreffende Maßstäbe angelegt hat, ob es Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze hinreichend beachtet hat oder ihm von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, indem es etwa wesentliche tatsächliche Umstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat¹⁰³. Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht indes unterlaufen.

bb) Das Berufungsgericht meint im Wesentlichen, die Rückforderung der überzahlten Miete und der anteiligen Kautionsfälle wirtschaftlich nicht gegenüber der angestrebten Absenkung der Miete ins Gewicht. Im Kern sei die Tätigkeit der Klägerin auf die Absenkung der Miete und damit auf die Forderungsabwehr gerichtet. Dies folge - was auch die Revisionserwiderung als ausschlaggebend ansieht - bereits daraus, dass die Klägerin in ihrem Internetauftritt einen Button mit der Bezeichnung "Mietsenkung beauftragen" verwendet. Zudem übernehme

¹⁰¹ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 3.12.2014 - VIII ZR 224/13, NZM 2015, 79 Rz. 16; BGH v. 23.8.2018 - III ZR 192/17, NJW 2019, 47 Rz. 16; BGH v. 18.6.2019 - XI ZR 768/17, BGHZ 222, 240 Rz. 39; BGH v. 10.6.2020 - VIII ZR 289/19, WM 2020, 1840 Rz. 25; jeweils m.w.N.

¹⁰² vgl. etwa BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 9; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 9.

¹⁰³ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 26.5.2021 - VIII ZR 93/20, juris Rz. 44; BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, NJW-RR 2021, 1017 Rz. 35; jeweils m.w.N.

sie gegenüber ihrem Vertragspartner in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter anderem die Durchsetzung "des Anspruchs auf Feststellung der Unwirksamkeit der Miete, soweit er die zulässige Miete übersteige"; entsprechendes sei in der der Klägerin erteilten Vollmacht vorgesehen. Diese Sichtweise ist rechtsfehlerhaft.

(1) Zwar lag den bisher ergangenen Senatsurteilen - anders als hier - die Verwendung eines Buttons zugrunde, den die Klägerin nicht mit der Aufschrift "Mietsenkung beauftragen", sondern verallgemeinernd mit der Aufschrift "Auftrag verbindlich erteilen" versehen hatte¹⁰⁴. Dies rechtfertigt indes keine abweichende rechtliche Beurteilung, denn der in den vom Senat bisher entschiedenen Fällen maßgebliche, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin und der ihr erteilten Vollmacht ergebende Auftragsinhalt unterscheidet sich nicht von der hier gegebenen Fallkonstellation¹⁰⁵.

Das Berufungsgericht blendet nicht nur die Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses, sondern weitere wesentliche tatsächliche Umstände der gegebenen Fallgestaltung aus, denn bei unverändertem Verhalten des Vermieters hätte dieser in Zukunft Monat für Monat ein gleichartiges Rückforderungsverlangen des Mieters zu vergegenwärtigen. Damit besteht ein enger inhaltlicher Zusammenhang der Mietsenkung mit der Forderungseinziehung, weil das Verlangen, die Miete zukünftig auf das zulässige Maß herabzusetzen, ersichtlich dazu dient, weitere Rückforderungsansprüche gegen die Beklagte zu vermeiden¹⁰⁶. Die Rückforderung der überzahlten Miete und das darin bereits angelegte, in die Zukunft gerichtete Herabsetzungsbegehren bilden - auch aus Sicht des Mieters - eine sinnvoll nicht voneinander zu trennende Einheit. Das Herabsetzungsverlangen ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht eine Reaktion auf das aus dem Mietvertrag resultierende Zahlungsverlangen des Vermieters, sondern stellt das an den Vermieter gerichtete Begehren dar, künftig sich aus der "Mietpreisbremse" ergebende Rückzahlungsansprüche

¹⁰⁴ siehe nur BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 3.

¹⁰⁵ BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89.

¹⁰⁶ vgl. BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 162; ebenso *Tolksdorf*, ZIP 2021, (2049, 2054 f.); *Deckenbrock/Henssler/Rillig*, 5. Aufl., § 10 RDG Rz. 45p; siehe auch *Stadler*, JZ 2020, 321 (323); anders *Römermann*, VuR 2020, 43 (50); *BeckOK/Schüller*, Stand: 1.11.2021, § 556d BGB Rz. 56 f.

anzuerkennen und in Abzug zu bringen. Damit handelt es sich - anders als das Berufungsgericht vordergründig annimmt - nicht um eine Forderungsabwehr, sondern um eine Form der Forderungsdurchsetzung.

Dies entspricht der gesetzlichen Ausgestaltung der "Mietpreisbremse" durch das am 1. Juni 2015 in Kraft getretene Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung vom 21. April 2015¹⁰⁷. Die gesetzliche Regelung stellt auf das Rückforderungsverlangen - und damit auf die Forderungseinziehung - ab, indem sie an den Rückforderungsanspruch des Mieters anknüpft. § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB stellt insoweit klar, dass der Mieter die zu viel gezahlte Miete (nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung) "herausverlangen" kann. § 556g Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmt, dass der Mieter eine überzahlte Miete nur "zurückverlangen" kann, wenn er einen Verstoß gegen die Regelungen der §§ 556d ff. BGB gerügt hat. Damit hat bereits der Gesetzgeber die Forderungseinziehung in den Vordergrund gestellt, ohne dass etwaige weitergehende Ansprüche ausgeschlossen sind¹⁰⁸.

Zu Unrecht stellt das Berufungsgericht auf einen wirtschaftlichen Vergleich des Gebührenstreitwerts des Rückzahlungsverlangens und des Herabsetzungsbegehrens ab. Für die rechtliche Einordnung der Tätigkeit der Klägerin als Inkassodienstleistung macht es keinen Unterschied, ob sie sich Rückzahlungsansprüche nur für wenige Monate oder für zahlreiche Monate abtreten lässt, zumal das mit der Rückforderung verbundene Herabsetzungsbegehren den Umfang der Tätigkeit der Klägerin allenfalls unwesentlich erhöht und eine rechtliche Prüfung, die über das Rückforderungsverlangen hinausginge - und erst recht eine rechtliche Prüfung des Inhalts des Mietvertrags¹⁰⁹ - nicht erfordert.

(2) Anders als das Berufungsgericht in Parallelverfahren zu erkennen gegeben hat¹¹⁰, lässt sich auch aus dem Urteil des BGH vom 13. Juli 2021¹¹¹, mit dem

¹⁰⁷ BGBl. I S. 610; Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG.

¹⁰⁸ vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Mietrechtsnovellierungsgesetz, BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

¹⁰⁹ vgl. dazu BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 219.

¹¹⁰ siehe etwa LG Berlin v. 26.8.2021 - 67 S 90/21, bei dem VIII. Senat im Revisionsverfahren anhängig unter VIII ZR 277/21.

¹¹¹ BGH v. 13.7.2021 - II ZR 84/20, NJW 2021, 3046.

der BGH die Zulässigkeit des sog. "Sammelklage-Inkassos" bejaht hat, nicht herleiten, die Klägerin werde inkassofremd tätig.

Gegenstand dieser Entscheidung waren Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO in der Fassung des Gesetzes vom 23. Oktober 2008¹¹², die ein Inkassodienstleister im Wege des sogenannten "Sammelklage-Inkassos" aus abgetretenem Recht von Kunden einer insolvent gewordenen Fluggesellschaft gegen den Executive Director der Komplementär-Gesellschaft der Schuldnerin mit der Behauptung erhoben hatte, dieser habe den Insolvenzantrag für die Schuldnerin nicht rechtzeitig gestellt.

Anders als die Vorinstanzen hat der Bundesgerichtshof das sogenannte "Sammelklage-Inkasso" als zulässige Inkassodienstleistung beurteilt, weil der Schutzzweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes es gebiete, insbesondere unter Berücksichtigung der Berufsausübungsfreiheit des Inkassodienstleiters (Art. 12 Abs. 1 GG), den Begriff der Inkassodienstleistung so auszulegen, dass auch Geschäftsmodelle, die ausschließlich oder vorrangig auf die gerichtliche Einziehung der Forderung abzielen, umfasst sind. Dies gelte regelmäßig auch dann, wenn das Geschäftsmodell eine Bündelung einer Vielzahl von Einzelforderungen vorsehe¹¹³.

Soweit der BGH in dem vorgenannten Urteil ausgesprochen hat, der Inkassobegriff der § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG aF umfasse Geschäftsmodelle, die ausschließlich oder vorrangig auf eine gerichtliche Einziehung der Forderung abzielten¹¹⁴, hat er den Begriff der Inkassodienstleistung im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG aF nicht etwa einschränken wollen, sondern hat ihn im Gegenteil weit verstanden. Zudem betrifft das Urteil nicht die hier maßgebliche Abgrenzung zwischen Forderungseinziehung und Forderungsabwehr, sondern die Zulässigkeit des "Sammelklage-Inkassos".

(3) Unbehelflich ist auch der Hinweis des Berufungsgerichts, dass die Klägerin ausweislich Nr. 3.1 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Vergütung in Höhe von einem Drittel der ersparten Jahresmiete verlange. Dies ist, anders als

¹¹² BGBl. I S. 2016.

¹¹³ BGH v. 13.7.2021 - II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 Rz.22.

¹¹⁴ BGH v. 13.7.2021 - II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 Rz. 16, siehe auch Rz. 20, 22, 31, 41.

das Berufungsgericht meint, aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen der Rückforderung überzahlter Miete und dem Begehren, die Miete künftig auf das zulässige Maß zu senken, aus den vorgenannten Gründen kein Beleg für eine im Kern inkassofremde Tätigkeit. Abgesehen davon macht die Klägerin insoweit lediglich von ihrer Befugnis zur Vereinbarung eines Erfolgshonorars Gebrauch¹¹⁵.

(4) Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der der Klägerin abgetretene und mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten (in Gestalt einer Geschäftsgebühr nach § 2 Abs. 1 RVG, Nr. 2300 VV RVG, 1008 VV RVG) überwiegend nicht auf dem Gebührenwert des Rückforderungsbegehrens beruht, sondern auf dem Wert der geforderten monatlichen Mietsenkung (211,24 € x 42). Auch dieser Umstand gestattet nicht die Schlussfolgerung, die Klägerin werde inkassofremd tätig. Denn insoweit macht sie in zulässiger Weise lediglich von dem ihr gemäß § 4 Abs. 5 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz - RDGEG - in der hier maßgeblichen, vor dem 1. Oktober 2021 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) eingeräumten Recht Gebrauch, wonach ein Inkassodienstleister für seine vorgerichtliche Tätigkeit die Gebühren beanspruchen darf, die auch ein Rechtsanwalt verlangen könnte. Dazu gehört auch der 42-fache Überschreibungsbetrag für das Verlangen auf Erklärung, dass die Miete künftig auf das zulässige Maß herabgesetzt wird (§ 48 Abs. 1 GKG, § 9 ZPO¹¹⁶).

c) Ebenfalls rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht sich (ohne nähere Begründung) auf den Standpunkt gestellt, die Inkassobefugnis der Klägerin sei auch deshalb einzuschränken, weil ihre Tätigkeit auf eine unzulässige Umgehung des anwaltlichen Berufs- und Vergütungsrechts abziele.

Es trifft zwar zu, dass die berufsrechtliche Regulierung der registrierten Inkassodienstleister im Vergleich zur Rechtsanwaltschaft weniger streng ausgestaltet ist. So war es etwa Rechtsanwälten in dem hier maßgeblichen Zeitraum (vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter

¹¹⁵ vgl. BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 176 ff.; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 64; jeweils m.w.N.; zur Zulässigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars durch Inkassodienstleister siehe bereits BGH v. 9.6.2008 - AnwSt(R) 5/05, juris Rz. 14.

¹¹⁶ BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 117; vgl. auch *Skupin*, GRUR-Prax 2021, 38.

Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt vom 10. August 2021) berufsrechtlich - von Ausnahmen abgesehen - weder gestattet, mit ihren Mandanten ein Erfolgshonorar zu vereinbaren (§ 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO, § 4a RVG; jeweils in der vor dem 1. Oktober 2021 geltenden Fassung), noch den Mandanten im Fall einer Erfolglosigkeit der Inkassotätigkeit eine Freihaltung von den entstandenen Kosten zuzusagen (§ 49b Abs. 2 Satz 2 BRAO aF)¹¹⁷.

Indes lässt sich eine Einschränkung der - vorliegend zu unterstellenden - Inkassobefugnis der Klägerin - auch unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) - aus unter Umständen nicht gänzlich von der Hand zu weisenden Widersprüchen, die sich aus der eher strengen Regulierung des anwaltlichen Berufsrechts im Vergleich zu Inkassodienstleistern ergeben mögen (vgl. Henssler in Deckenbrock/Henssler, RDG, 5. Aufl., Einleitung Rn. 47j), nicht herleiten, zumal es sich bei Inkassodienstleistern im Gegensatz zu Rechtsanwälten nicht um Organe der Rechtspflege handelt¹¹⁸. Dies hat der Senat bereits vor der Verkündung des Berufungsurteils wiederholt ausgesprochen¹¹⁹.

3. Das Urteil des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO)¹²⁰.

Entgegen der von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung steht dem Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zwischen den Mietern und der Klägerin, wonach diese mit der außergerichtlichen Durchsetzung von Forderungen sowie etwaiger Feststellungsbegehren beauftragt werden soll, nicht entgegen, dass die Klägerin den auf ihrer Internetseite verwendeten Button "Mietsenkung beauftragen" entgegen § 312j Abs. 3 Satz 2 BGB nicht mit den Wörtern "zahlungspflichtig bestellen" oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet hat.

¹¹⁷ dazu BGH v. 20.6.2016 - AnwZ (Brfg) 26/14, NJW 2016, 3105 Rz. 17; BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 171.

¹¹⁸ BT-Drucks. 16/3655, S. 67.

¹¹⁹ BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 170 ff., 185 f.; BGH v. 8.4.2020 - VIII ZR 130/19, WPM 2020, 991 Rz. 69 ff.; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 63; siehe auch BGH v. 13.7.2021 - II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 Rz. 39.

¹²⁰ BGH v. 19.1.2022 - VIII ZR 123/21, BB 2022, 385.

a) Allerdings kommt gemäß § 312j Abs. 4 BGB ein Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat (§ 312j Abs. 2 BGB), nur zustande, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus § 312j Abs. 3 BGB erfüllt. Da der Mieter im Fall der Erfolglosigkeit der Tätigkeit der Klägerin von sämtlichen Kosten freigehalten wird (Nr. 3.2 Satz 4, 3.3 der AGB der Klägerin in der hier maßgeblichen Fassung), kommt als entgeltliche Leistung im Sinne von § 312j Abs. 2 BGB und von § 312 Abs. 1 BGB (in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung; im Folgenden: aF) insoweit lediglich die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin vorgesehene Beteiligung an dem noch ausstehenden Erfolg ihrer Tätigkeit in Gestalt eines vereinbarten Erfolgshonorars in Höhe eines Drittels der jährlichen Mietersparnis (vier Monate) in Betracht.

b) Die Vorschrift des § 312j Abs. 3, 4 BGB kommt im Streitfall jedoch aufgrund der hier gegebenen Besonderheiten ausnahmsweise nicht zur Anwendung, denn die auf die Forderungseinziehung gerichteten Vereinbarungen der Klägerin und der Mieter werden zwar vom Wortsinn des Merkmals der entgeltlichen Leistung erfasst, nicht jedoch vom Schutzzweck der vorgenannten Bestimmung.

aa) Das Merkmal der entgeltlichen Leistung im Sinne von § 312j Abs. 2 BGB und § 312 Abs. 1 BGB aF ist zwar weit auszulegen und beschränkt sich nicht auf die Zahlung eines Geldbetrags, sondern erfasst auch sonstige Leistungen des Verbrauchers¹²¹. Demgemäß ist es von dem Wortsinn des Begriffs der entgeltlichen Leistung im Sinne der § 312 Abs. 1 BGB aF, § 312j Abs. 2 BGB umfasst, die Beteiligung des Beitreibenden an dem noch ausstehenden Erfolg seiner Tätigkeit als Entgelt anzusehen¹²². Auch die Klägerin bezeichnet in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen das der Abtretung zugrunde liegende Vertragsverhältnis als "entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag" (Nr. 2.1 Satz 1 der AGB der Klägerin). Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Entgelt in dem hier maßgebenden Abtretungsvertrag vereinbart worden ist oder in dem

¹²¹ BT-Drucks. 17/13951, S. 72; BGH v. 22.9.2020 - XI ZR 219/19, BGHZ 227, 72 Rz. 20; BGH v. 17.5.2017 - VIII ZR 29/16, NJW 2017, 2823 Rz. 13; Staudinger/*Thüsing*, Neubearb. 2019 [Stand: 31. Juli 2021], § 312 BGB Rn. 6 m.w.N.

¹²² vgl. BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 127 unter Hinweis auf BVerfG, NJW 2002, 1190 (1192).

Grundgeschäft, dessen Erfüllung die Abtretung dient, weil der Abtretungsvertrag und der zugrunde liegende "Geschäftsbesorgungsvertrag" miteinander verknüpft sind¹²³.

bb) Nach einer am Schutzzweck des § 312j Abs. 3, 4 BGB orientierten Würdigung der hier maßgeblichen Umstände unterfallen die hinsichtlich der Forderungseinziehung getroffenen Vereinbarungen der Klägerin und der Mieter jedoch nicht dem Anwendungsbereich der vorgenannten Bestimmung.

Die Vorschrift des § 312j BGB, die Art. 8 Abs. 2, 3 der Verbraucherrechterichtlinie¹²⁴ umsetzt, dient dem Schutz der Verbraucher vor den spezifischen Gefahren des elektronischen Geschäftsverkehrs. Durch die als "Button-Lösung" bezeichnete Regelung soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher vor Abgabe seiner Bestellung auf die Entgeltlichkeit des Vertrags hingewiesen wird. Dadurch sollen Verbraucher vor sogenannten Kosten- oder Abfallen im Internet geschützt werden. Dabei handelt es sich um unseriöse Angebote für Dienstleistungen oder Software, die auf den ersten Blick als kostenfrei erscheinen, jedoch an versteckter Stelle (etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers) Hinweise auf eine Entgeltlichkeit des Angebotes enthalten¹²⁵.

Dieser Schutzzweck ist jedoch vorliegend ausnahmsweise nicht betroffen, weil der Verbraucher die Beitreibung einer möglicherweise bestehenden Forderung beauftragt und ein Entgelt nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich ausschließlich im Erfolgsfall, geschuldet ist und lediglich darin besteht, dass der Beitreibende an dem möglichen Erfolg einer Forderungsrealisierung beteiligt wird. Ein Button mit der Aufschrift "kostenpflichtig bestellen" ist zudem zur Unterrichtung über das - offenkundig nicht mit einer versteckten Kostenfalle verbundene - "Geschäftsmodell" der Klägerin und die daraus resultierenden

¹²³ vgl. MünchKomm/Wendehorst, 8. Aufl., § 312 BGB Rn. 36; Staudinger/Thüsing, Neubearb. 2019, § 312 BGB Rz. 7; jeweils m.w.N.

¹²⁴ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates; ABI. EU L 304 S. 64 vom 22. November 2011

¹²⁵ vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Rechtsverkehr, BT-Drucks. 17/7745, S. 6 ff., 10 ff. (zu der Vorgängervorschrift des § 312g Abs. 3, 4 BGB aF).

Rechte und Pflichten weder notwendig noch hilfreich. Im Gegenteil könnte er bei dem Mieter - entgegen der Zielsetzung des Gesetzes und der hierdurch umgesetzten Richtlinie - Verwirrung stiften, weil die Leistung der Klägerin nicht in jedem Fall kostenpflichtig sein soll, die Buttonaufschrift dies aber nicht zum Ausdruck brächte. Entscheidungserhebliche Fragen der Auslegung der Richtlinie 2011/83/EU stellen sich insoweit nicht, weil ihre Zielsetzung derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt, so dass von einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union abzusehen ist¹²⁶.

2.7 Mietpreisbremse bei Mieterhöhungsvereinbarung

Bei einer Mieterhöhung nach § 558 BGB kommt weder eine unmittelbare noch eine analoge Anwendung der Regelungen über die Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten (§§ 556d ff. BGB) in Betracht¹²⁷.

Diese Regelungen gelten sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrem Sinn und Zweck sowie nach dem Willen des Gesetzgebers nur für Vereinbarungen der Miete zu Beginn des Mietverhältnisses. Bereits die amtliche Überschrift des entsprechenden Kapitels 1, Unterkapitel 1a spricht von "Vereinbarungen über die Miethöhe bei Mietbeginn". Gleiches gilt für die amtliche Überschrift von § 556d BGB ("Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn") sowie für die maßgebliche Grundnorm des § 556d Abs. 1 BGB, wonach die Miete bei einer Wohnung, die in einem durch Rechtsverordnung nach Absatz 2 bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete höchstens um 10 Prozent übersteigen darf.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte durch diese Vorschrift die zulässige Miete bei Wiedervermietungen von Wohnraum in den betroffenen Gebieten begrenzt werden, um der Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Wohnquartieren entgegenzuwirken und den Anreiz, Bestandsmieter zu verdrängen, zu vermindern, weil große Mietsteigerungen bei Abschluss eines neuen Mietverhältnisses nicht mehr möglich sein würden¹²⁸. Dieser Zielsetzung

¹²⁶ "acte clair"; grundlegend hierzu EuGH v. 6.10.2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 Rz. 33, 39 ff. - Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA.

¹²⁷ BGH v. 28.9.2022 – VIII ZR 300/21. GE 2022, 1201.

¹²⁸ vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der

entsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung, dass die Begrenzung der zulässigen Miete auf 10 Prozent über der ortsüblichen Vergleichsmiete "nur für den Zeitpunkt der Wiedervermietung" gelte und spätere Mieterhöhungen weiterhin möglich seien¹²⁹.

Im Hinblick auf den hiernach eindeutigen Anwendungsbereich der §§ 556d ff. BGB scheidet eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften auf eine Mieterhöhungsvereinbarung in einem laufenden Mietverhältnis aus. Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, dass unter "Beginn des Mietverhältnisses" im Sinne von § 556d Abs. 1 BGB auch der lediglich "finanzielle Neubeginn des Mietverhältnisses" durch eine einvernehmliche Vertragsänderung zu verstehen sei. Ein solches Verständnis ist weder mit dem Wortlaut der Vorschrift noch mit dem beschriebenen Willen des Gesetzgebers sowie dem dargestellten Sinn und Zweck der Vorschrift zu vereinbaren. Die nachträgliche einvernehmliche Mieterhöhung stellt keinen Beginn des Mietverhältnisses dar, sondern lediglich eine Änderung der vertraglichen Vereinbarungen bei fortbestehendem Mietverhältnis. Für eine solche Änderung sollen die Vorschriften über die Mietpreisbremse nach dem in der Begründung des Gesetzentwurfs ausdrücklich niedergelegten Willen des Gesetzgebers aber gerade nicht gelten¹³⁰.

Auch eine analoge Anwendung der genannten Vorschriften auf die Vereinbarung einer Mieterhöhung in einem laufenden Mietverhältnis scheidet aus. Angesichts des eindeutigen gesetzgeberischen Willens, wonach die Vorschriften nur für Vereinbarungen über die Miethöhe bei Vertragsbeginn und gerade nicht für Mieterhöhungen in einem laufenden Mietverhältnis gelten sollen¹³¹, fehlt es bereits an einer für eine Analogiebildung erforderlichen planwidrigen Regelungslücke.

Zutreffend hat das Berufungsgericht überdies darauf hingewiesen, dass für eine analoge Anwendung ohnehin kein Bedarf besteht, da ein Mieter in einem bestehenden Mietverhältnis - anders als bei dem Neuabschluss eines Mietverhältnisses - die begehrte Mieterhöhung sorgfältig prüfen und eine Zustimmung hierzu ohne die Gefahr des Verlusts seiner Mietwohnung ablehnen

Wohnungsvermittlung [Mietrechtsnovellierungsgesetz - MietNovG], BT-Drucks. 18/3121, S. 7, 11, 15 f.

¹²⁹ BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

¹³⁰ BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

¹³¹ BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

kann. Ein Mieter ist hierbei zudem vor der Höhe nach unzumutbaren Mieterhöhungsverlangen durch die Grenzen des § 558 Abs. 1 BGB (bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete) und des § 558 Abs. 3 BGB (Kappungsgrenze) geschützt. Selbst wenn sich - wie die Revision geltend macht - ein Mieter bei einem Mieterhöhungsverlangen eines professionellen Vermieters aus Sorge vor einem Verlust der Wohnung zur Zustimmung gedrängt fühlen könnte, ist seine Situation vor diesem Hintergrund nicht mit derjenigen vor Vertragsschluss bei bestehendem Wohnungsbedarf zu vergleichen. ...

Ohne Erfolg verweist die Revision darauf, dass bei einer fehlenden Kontrolle der Mieterhöhungsvereinbarung nach den §§ 556d ff. BGB ein Missbrauch durch Vermieter zu befürchten wäre. Sie macht ohne greifbare Anhaltspunkte geltend, insbesondere professionelle Vermieter könnten sich durch die geschickte Präsentation eines Mieterhöhungsverlangens eine "mietpreisbremsenwidrig überhöhte Miete" sowohl für die Zukunft als auch für die Vergangenheit sichern.

Auch die Annahme der Revision, es liege nahe, dass die Beklagte die einvernehmliche Mieterhöhung gezielt mit dem Zweck angestrebt habe, "die Mieter ihrer Rechte aus den §§ 556d ff. BGB zu berauben", begründet die klägerseits geltend gemachten Ansprüche nicht. Der Beklagten ist es insbesondere nicht aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die vereinbarte Mieterhöhung zu berufen.

Eine grundsätzliche Einschränkung von gesetzlich zulässigen Mieterhöhungsvereinbarungen während eines laufenden Mietverhältnisses wegen einer etwaigen allgemeinen Gefahr eines Rechtsmissbrauchs scheidet aus¹³². Damit verbleibt allein eine Prüfung, ob ein konkretes Verhalten im Einzelfall einen Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB darstellt. Ein solches Verhalten ist der Beklagten jedoch nicht anzulasten.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten in Form einer bewussten Umgehung der Regelungen über die Begrenzung der Miethöhe bei Mietbeginn (§§ 556d ff. BGB) verneint hat. Die diesbezüglich vom Berufungsgericht vorgenommene, im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbare

¹³² BGH v. 28.9.2022 – VIII ZR 300/21. GE 2022, 1201.

tatrichterliche Würdigung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die von der Revision geltend gemachte Differenz zwischen dem Mieterhöhungsbetrag von 63,43 € und der angeblich um 83,57 € überhöhten ursprünglichen Miete bietet keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die einvernehmliche Mieterhöhung gezielt mit dem Zweck angestrebt hätte, die Mieter ihrer Rechte aus den §§ 556d ff. BGB "zu berauben".

Die Revision nimmt bei dem von ihr erhobenen Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht hinreichend in den Blick, dass ein Vermieter grundsätzlich unter den Voraussetzungen des § 558 BGB eine Mieterhöhung verlangen kann, allein durch ein solches Verlangen jedoch noch keine Mieterhöhung zu Stande kommt. Vielmehr bedarf es hierfür der Zustimmung des Mieters. Eine Pflicht zur Zustimmung besteht nur in den Grenzen des § 558 Abs. 1 und 3 BGB. Ein Mieter muss hiernach insbesondere nicht einer Mieterhöhung über die ortsübliche Vergleichsmiete hinaus zustimmen, so dass er hinreichend vor überhöhten Mieterhöhungsverlangen geschützt ist. Einem Mieter obliegt es im eigenen Interesse, das Mieterhöhungsverlangen sorgfältig - gegebenenfalls auch mit professioneller Hilfe - daraufhin zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Zustimmungspflicht vorliegen, und - sollte dies nicht der Fall sein - eine Zustimmung hierzu gegebenenfalls abzulehnen¹³³. Stimmt er einem Mieterhöhungsverlangen jedoch zu, kommt es für die Wirksamkeit der hierdurch begründeten Mieterhöhungsvereinbarung nicht darauf an, ob das Mieterhöhungsbegehren des Vermieters den formellen Anforderungen des § 558a BGB entsprochen und dem Vermieter ein materieller Anspruch auf Zustimmung zu der begehrten Mieterhöhung (§ 558 Abs. 1 BGB) zugestanden hat¹³⁴. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Frage, ob die ursprünglich vereinbarte Miete die nach den §§ 556d ff. BGB zulässige Höhe überschritt. Denn auch diese Überprüfung und die Geltendmachung etwaiger Rechte bei einem Überschreiten der zulässigen Miethöhe obliegen einem Mieter im eigenen Interesse. Dies gilt gerade auch im Zusammenhang mit einem Mieterhöhungsverlangen. Stimmt ein Mieter diesem zu, erkennt er den erhöhten Betrag ab diesem Zeitpunkt als die fortan geltende Miete an und kann sich grundsätzlich nicht mehr darauf berufen, dass die ursprünglich vereinbarte Miete zu hoch gewesen sei.

¹³³ vgl. BGH v. 16.12.2020 - VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 Rz. 33.

¹³⁴ vgl. BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 234/18, NJW-RR 2020, 523 Rz 15.

Vor diesem Hintergrund ist es in der Regel nicht rechtsmissbräuchlich, wenn ein Vermieter ein Mieterhöhungsverlangen stellt und sich gegenüber einem Rückforderungsbegehren eines Mieters nach § 556d Abs. 1, § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB auf die durch Zustimmung des Mieters hierzu zustande gekommene zwischenzeitliche Mieterhöhungsvereinbarung beruft¹³⁵. Ob im Einzelfall unter besonderen Umständen etwas anderes gelten könnte, kann dahingestellt bleiben. Denn hier jedenfalls sind Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der Beklagten nicht dargetan. Das Verlangen einer Mieterhöhung um rund 10 Prozent nach einer Mietzeit von mehr als einem Jahr lässt - entgegen der Auffassung der Revision - nicht auf die Absicht der Beklagten schließen, eine etwaige teilweise Unwirksamkeit der bisherigen Miethöhe nach §§ 556d ff. BGB zu verschleiern, selbst wenn der Mieterhöhungsbetrag niedriger sein sollte als eine etwa nach § 556d Abs. 1 BGB überhöhte Miete. Sonstiges vom Berufungsgericht übergangenes Vorbringen der Klägerin, von dem auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten geschlossen werden könnte, zeigt die Revision nicht auf. Besondere Umstände, wie etwa eine bewusste Täuschung der Mieter oder die Ausübung von Zwang, sind nicht dargetan.

2.8 Verjährung des Auskunftsanspruch nach § 556g Abs. 3 BGB

Die auch auf den Auskunftsanspruch gemäß § 556g Abs. 3 BGB anwendbare regelmäßige Verjährungsfrist (§ 195 BGB) ist nicht bereits mit dem Schluss des Jahres 2016, in dem der streitgegenständliche Mietvertrag abgeschlossen wurde, nach § 199 Abs. 1 BGB in Gang gesetzt worden. Vielmehr hat die Verjährungsfrist erst mit dem Zugang des Schreibens vom 9. April 2020 bei der Beklagten zu laufen begonnen, mit dem die Klägerin von dieser unter anderem die streitgegenständlichen Auskünfte begehrt hat. Zum Zeitpunkt der gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Verjährungshemmung führenden Erhebung der Klage noch im Jahr 2020 war der Auskunftsanspruch deshalb nicht verjährt¹³⁶.

Ob der Auskunftsanspruch gemäß § 556g Abs. 3 BGB vor dem Anspruch des Mieters auf Rückzahlung zu viel gezahlter Miete nach § 556g Abs. 1 Satz 3

¹³⁵ BGH v. 28.9.2022 – VIII ZR 300/21. GE 2022, 1201.

¹³⁶ BGH v. 12.07.2023 - VIII ZR 8/22, ■.

BGB verjähren kann und wann gegebenenfalls der Lauf der Verjährungsfrist für den Auskunftsanspruch beginnt, ist umstritten.

Nach einer Ansicht verjährt der Auskunftsanspruch grundsätzlich selbständig und unabhängig von dem Rückzahlungsanspruch innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB), die gemäß § 199 Abs. 1 BGB (bereits) mit dem Ende des Jahres beginnen soll, in dem der Mietvertrag geschlossen wurde¹³⁷.

Andere knüpfen den Beginn der Verjährungsfrist an ein Verhalten des Mieters, etwa an die Rüge gemäß § 556g Abs. 2 BGB¹³⁸, oder nehmen eine Entstehung des Auskunftsanspruchs im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit dem Auskunftsverlangen des Mieters an¹³⁹.

Nach einer weiteren Auffassung kann der Auskunftsanspruch des Mieters wegen seiner Ausgestaltung als Hilfsanspruch jedenfalls nicht vor dem Rückzahlungsanspruch des Mieters verjähren¹⁴⁰.

Der BGH hat sich bislang mit dieser Frage nicht befasst. Er entscheidet sie nunmehr dahingehend, dass der Auskunftsanspruch des Mieters gemäß § 556g Abs. 3 BGB in der regelmäßigen - dreijährigen - Verjährungsfrist nach § 195 BGB verjährt und diese Frist - abweichend von § 199 Abs. 1 BGB - nicht bereits mit dessen Entstehung im Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses, sondern (erst) mit dem Auskunftsverlangen des Mieters beginnt.

¹³⁷ vgl. etwa BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand: 1. April 2023, § 556g BGB Rz. 128; BeckOK-BGB/*Schüller*, Stand: 1. Februar 2023, § 556g BGB Rz. 30a; BeckOK-Mietrecht/*Theesfeld-Betten*, Stand: 1. Mai 2023, § 556g BGB Rz. 55; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556g BGB Rz. 42 [der den Auskunftsanspruch allerdings als verhaltenen Anspruch einordnet, aaO Fn. 182]; *Börstinghaus* in Blank/*Börstinghaus*, Miete, 6. Aufl., § 556g BGB Rz. 33; Staudinger/*V. Emmerich*, BGB, Neubearb. 2021, § 556g BGB Rn. 69; Erman/*Dickersbach*, 16. Aufl., § 556g BGB Rn. 33; *Wichert* in Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl., § 556g BGB Rz. 46.

¹³⁸ *Bub* in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., II Rz. 2227.84

¹³⁹ vgl. Lützenkirchen/*Abramenko*, Mietrecht, 3. Aufl., § 556g BGB Rz. 137 [jedenfalls für § 556g Abs. 3 Satz 1 BGB].

¹⁴⁰ vgl. LG Berlin [ZK 65], WuM 2021, 739 [vgl. hierzu Senatsurteil vom heutigen Tage in dem Verfahren VIII ZR 375/21]; LG Berlin [ZK 65] v. 1.2.2022 - 65 S 190/21 [vgl. hierzu Senatsurteil vom heutigen Tage in dem Verfahren VIII ZR 60/22]; LG Berlin [Zivilkammer 67] v. 3.5.2022 - 67 S 305/21 [vgl. hierzu Senatsurteil vom heutigen Tage in dem Verfahren VIII ZR 125/22]; MünchKomm/Artz, 9. Aufl., § 556g BGB 12.07.2023, Az: VIII ZR 8/22 Rn. 27; *Siegmund* in Blank/*Börstinghaus/Siegmund*, Miete, 7. Aufl., § 556g BGB Rz. 51.

Der - sich auf die Ausgangsmiete beziehende (§ 557b Abs. 4 BGB) - Auskunftsanspruch der Mieter gemäß § 556g Abs. 3 BGB unterliegt grundsätzlich selbständig - wie andere gesetzliche Auskunftsansprüche auch¹⁴¹ - der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB¹⁴².

Der Auskunftsanspruch gemäß § 556g Abs. 3 BGB kann unabhängig von dem Rückzahlungsanspruch des Mieters gemäß § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB - und damit auch zeitlich vor diesem - verjähren¹⁴³. Zwar handelt es sich bei ihm um einen Hilfsanspruch zu dem auf Geldzahlung gerichteten Hauptanspruch des Mieters¹⁴⁴. Doch unterscheidet er sich von den - ebenfalls als Hilfsansprüche ausgestalteten - Auskunftsansprüchen gemäß § 242 und § 1379 BGB, die nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich nicht vor dem jeweiligen Hauptanspruch verjähren, dem sie dienen¹⁴⁵, maßgeblich dadurch, dass der Mieter nicht erst auf der Grundlage der Auskunft zur Verfolgung und Durchsetzung des Zahlungsanspruchs gegen den Vermieter in die Lage versetzt wird¹⁴⁶.

Während der Anspruchsberechtigte im Falle des Auskunftsanspruchs gemäß § 242 BGB in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen und deshalb auf die Auskunft angewiesen ist¹⁴⁷ bzw. der Auskunftsanspruch nach § 1379 BGB der Berechnung des eigenen Zugewinnausgleichsanspruchs und der wechselseitigen Beibringung der Bemessungsgrundlagen für die Zugewinnausgleichsberechnung dient¹⁴⁸, sind

¹⁴¹ vgl. etwa BGH v. 2.11.1960 - V ZR 124/59, BGHZ 33, 373 (379); BGH v. 4.10.1989 - IVa ZR 198/88, BGHZ 108, 393 (399) [jeweils zur Auskunftspflicht gemäß § 2314 BGB]; BGH v. 10.5.2012 - I ZR 145/11, GRUR 2012, 1248 Rz. 22; BGH v. 3.9.2020 - III ZR 136/18, NJW 2021, 765 Rz. 55 [jeweils für den Anspruch aus § 242 BGB]; BGH v. 3.8.2017 - VII ZR 32/17, WM 2018, 1856 Rn. 13 [für den Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs gemäß § 87c Abs. 2 HGB als Hilfsanspruch zum Provisionsanspruch].

¹⁴² vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556g BGB Rz. 42; BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand: 1. April 2023, § 556g BGB Rz. 128; BeckOK-Mietrecht/*Theesfeld-Betten*, Stand: 1. Mai 2023, § 556g BGB Rz. 55; Schmid/Harz/*Ormanschick*, Mietrecht, 6. Aufl., § 556g BGB Rz. 32.

¹⁴³ BGH v. 12.07.2023 - VIII ZR 8/22, ■.

¹⁴⁴ vgl. nur BGH v. 23.3.2022 - VIII ZR 133/20, NJW-RR 2022, 6660 Rz. 35.

¹⁴⁵ vgl. BGH v. 25.7.2017 - VI ZR 222/16, NJW 2017, 2755 Rz. 8 ff.; BGH v. 3.9.2020 - III ZR 136/18, NJW 2021, 765 Rz. 55 [jeweils zum Auskunftsanspruch nach § 242 BGB]; BGH v. 31.1.2018 - XII ZB 175/17, NJW 2018, 950 Rz. 18 ff. [zum Auskunftsanspruch nach § 1379 BGB].

¹⁴⁶ siehe hierzu *Fleindl*, WuM 2015, 212 (222).

¹⁴⁷ vgl. etwa BGH v. 4.6.1981 - III ZR 31/80, BGHZ 81, 21 (24); BGH v. 26.9.2013 - VII ZR 227/12, NJW 2014, 381 Rz. 14; BGH v. 3.9.2020 - III ZR 136/18, NJW 2021, 765 Rz. 51.

¹⁴⁸ vgl. BGH v. 31.1.2018 - XII ZB 175/17, NJW 2018, 950 Rz. 19, 22.

Auskunfts- und Rückzahlungsanspruch des Mieters gemäß § 556g Abs. 3, Abs. 1 Satz 3 BGB nicht in einer Weise miteinander verknüpft, dass die Durchsetzung des Rückzahlungsanspruchs ohne die Möglichkeit einer vorherigen oder zeitgleichen Geltendmachung des Auskunftsanspruchs gefährdet, erschwert oder sogar unmöglich wäre¹⁴⁹.

Insbesondere benötigt der Mieter die Auskunft des Vermieters zu den preisbildenden Faktoren nicht, um einen Rückzahlungsanspruch gemäß § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB schlüssig darlegen und gegebenenfalls beweisen zu können. Denn er muss aufgrund der gesetzlichen Konzeption der §§ 556d ff. BGB, wonach § 556d BGB den Grundtatbestand bildet und es sich bei den Vorschriften der §§ 556e, 556f BGB um Ausnahmen beziehungsweise "Sondertatbestände"¹⁵⁰ zugunsten des Vermieters handelt, im Rückforderungsprozess lediglich die Anwendbarkeit und die Voraussetzungen des Grundtatbestandes (das Überschreiten der ortsüblichen Vergleichsmiete um mehr als 10 % bei Mietbeginn) sowie die ordnungsgemäße Rüge gemäß § 556g Abs. 2 BGB darlegen und beweisen¹⁵¹. Insoweit erachtet es der Gesetzgeber als dem Mieter zumutbar, zur Feststellung der zulässigen Miethöhe allgemein zugängliche Quellen - insbesondere den örtlichen Mietspiegel, von dessen regelmäßiger Erstellung der Gesetzgeber bei Ausweisung einer Gemeinde als Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt ausgegangen ist¹⁵² - zu nutzen¹⁵³.

Obgleich der Auskunftsanspruch sich auch auf für die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete maßgebliche Umstände (zum Beispiel die Baualtersklasse des Mietgebäudes) beziehen kann¹⁵⁴, wird er - da er nur die nicht allgemein zugänglichen preisbildenden Faktoren umfasst - vor allem die im Rückzahlungsprozess vom Vermieter darzulegenden und zu beweisenden¹⁵⁵.

¹⁴⁹ BGH v. 12.07.2023 - VIII ZR 8/22, ■.

¹⁵⁰ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

¹⁵¹ vgl. hierzu etwa BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand: 1. April 2023, § 556g BGB Rz. 156, 161; *Fleindl*, WuM 2015, 212 (216, 222).

¹⁵² vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 29

¹⁵³ BT-Drucks. 18/3121, S. 33 f.; siehe hierzu auch *Fleindl*, WuM 2015, 212 (222).

¹⁵⁴ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 34.

¹⁵⁵ vgl. BeckOGK-BGB/*Fleindl*, Stand: 1. April 2023, § 556g BGB Rz. 157 ff.; jurisPK-BGB/*Heilmann*, Stand: 1. Februar 2023, § 556g BGB Rz. 52; Staudinger/V. Emmerich, BGB, Neubearb. 2021, § 556g BGB Rz. 69) Ausnahmetatbestände der §§ 556e, 556f BGB betreffen (vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 34; *Fleindl*, WuM 2015, 212 (223 f.); Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2021, § 556g BGB Rz. 76.

Er ergänzt damit den Rückzahlungsanspruch des Mieters, indem er diesem eine Einschätzung hinsichtlich des - vor allem im möglichen Eingreifen von Ausnahmetatbeständen zugunsten des Vermieters liegenden - Prozessrisikos ermöglicht. Einer Verknüpfung von Auskunftsanspruch und Rückzahlungsanspruch dergestalt, dass der Auskunftsanspruch nicht vor dem Rückzahlungsanspruch verjährt, bedarf es deshalb nicht.

Für den Beginn der Verjährungsfrist kommt es beim Auskunftsanspruch nach § 556g Abs. 2 BGB nicht auf das Entstehen dieses Anspruchs (§ 199 Abs. 1 BGB), sondern - da es sich bei diesem um einen verhaltenen Anspruch handelt - auf dessen Geltendmachung durch den Mieter an¹⁵⁶.

Nach der allgemeinen Regelung in § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Entstanden in diesem Sinne ist der Anspruch, wenn er vom Gläubiger im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. Voraussetzung dafür ist grundsätzlich die Fälligkeit, die dem Gläubiger im Falle eines Leistungsanspruchs - wie hier - die Möglichkeit zur Erhebung einer Leistungsklage verschafft¹⁵⁷.

Abweichend von der allgemeinen Regelung kommt es bei sog. verhaltenen Ansprüchen für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger an¹⁵⁸. Dies beruht darauf, dass der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes von der Schaffung einer allgemeinen Verjährungsregelung für verhaltene Ansprüche im Hinblick auf deren Ausnahmecharakter bewusst abgesehen und stattdessen den Verjährungsbeginn einzelner, von ihm als "verhalten" identifizierter Ansprüche aus dem Leih- und Verwahrungsrecht (§ 604 Abs. 5, § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB) einer gesonderten Regelung zugeführt hat, um einen von ihm - angesichts der durch die Gesetzesnovelle erfolgten Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig auf drei Jahre - als nicht angemessen

¹⁵⁶ BGH v. 12.07.2023 - VIII ZR 8/22, ■.

¹⁵⁷ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 17.7.2019 - VIII ZR 224/18, ZIP 2020, 32 Rz. 16; BGH v. 27.10.2022 - I ZR 141/21, ZIP 2023, 39 Rz. 20; jeweils m.w.N.

¹⁵⁸ vgl. BGH v. 29.1.2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rz. 24; BGH v. 3.11.2011 - III ZR 105/11, NJW 2012, 58 Rz. 29; BGH v. 21.11.2014 - V ZR 32/14, NJW-RR 2015, 338 Rz. 26.

empfundenen Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 BGB zu vermeiden¹⁵⁹. Diese Gesetzeshistorie rechtfertigt es, den Beginn der Verjährungsfrist verallgemeinernd für andere verhaltene Ansprüche, für die der Verjährungsbeginn nicht ausdrücklich geregelt ist, anknüpfend an das Erfüllungsverlangen des Gläubigers zu bestimmen¹⁶⁰.

Hiervon ausgehend beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist für den Auskunftsanspruch gemäß § 556g Abs. 3 BGB in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Mieter ihn gegenüber dem Vermieter geltend macht. Denn der Gesetzgeber hat diesen Anspruch als verhaltenen Anspruch ausgestaltet.

Die Frage, ob ein gesetzlich oder vertraglich bestimmter Anspruch als "verhalten" zu qualifizieren ist, lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern hängt von den jeweiligen Besonderheiten des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ab¹⁶¹. Kennzeichnend für einen verhaltenen Anspruch ist, dass der Gläubiger die Leistung jederzeit verlangen kann, der Schuldner die Leistung jedoch nicht von sich aus erbringen muss bzw. nicht leisten darf, bevor sie der Gläubiger verlangt¹⁶². Ein weiteres Merkmal eines verhaltenen Anspruchs ist, dass seine Entstehung und das Verlangen des Gläubigers nach Leistung zeitlich auseinanderfallen (können), weswegen - abstrakt - die Gefahr einer als unbillig empfundenen Anspruchsverjährung besteht¹⁶³.

Nach diesem Maßstab ist der Auskunftsanspruch des Mieters gemäß § 556g Abs. 3 BGB als verhaltener Anspruch einzuordnen¹⁶⁴. Der Gesetzgeber hat die mit dem Abschluss des Mietvertrags entstandene Verpflichtung des Vermieters

¹⁵⁹ vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 258.

¹⁶⁰ vgl. BGH v. 25.3.2021 - VII ZR 94/20, aaO; siehe auch MünchKommBGB/*Grothe*, 9. Aufl., § 199 Rz. 7; *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2019, § 199 Rz. 12; a.A. etwa *Krämer*, in Festschrift für Graf von Westphalen, 2010, S. 401, 413 f.; *Winkelmann*, Der Anspruch - Funktion, Entstehung, Anknüpfungen, 2021, S. 436 ff.

¹⁶¹ vgl. BGH v. 21.11.2014 - V ZR 32/14, NJW-RR 2015, 338 Rz. 26; BGH v. 25.3.2021 - VII ZR 94/20, BGHZ 229, 257 Rz. 22

¹⁶² vgl. BGH v. 16.6.2016 - III ZR 282/14, NJW-RR 2016, 1391 Rz. 37; BGH v. 3.8.2017 - VII ZR 32/17, WM 2018, 1856 Rz. 23; BGH v. 27.10.2022 - I ZR 141/21, ZIP 2023, 39 Rz. 36.

¹⁶³ vgl. BGH v. 4.5.2017 - I ZR 113/16, WM 2018, 915 Rz. 23 f.; BGH v. 25.3.2021 - VII ZR 94/20, BGHZ 229, 257 Rz. 22; BGH v. 27.10.2022 - I ZR 141/21, ZIP 2023, 39 Rz. 36; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 258, 269 [betreffend die Ansprüche aus § 604 Abs. 3, § 695 Satz 1, § 696 Satz 1 BGB-E].

¹⁶⁴ so auch *Staudinger/V. Emmerich*, BGB, Neubearb. 2021, § 556g BGB Rz. 65, 83 sowie 69; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556g BGB Fn. 182 sowie Rz. 42 [die beide hieraus jedoch keine Folgerungen für den Verjährungsbeginn ziehen].

zur Auskunftserteilung von einem vorherigen Auskunftsverlangen des Mieters abhängig gemacht.

Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung, nach dem der Vermieter (erst) "auf Verlangen des Mieters" zur Auskunftserteilung verpflichtet ist. Dies entspricht der üblichen gesetzlichen Terminologie bei anderen als verhalten angesehenen Ansprüchen¹⁶⁵, wie etwa in § 368 BGB¹⁶⁶, in § 630 BGB¹⁶⁷, in § 666 Alt. 2 und 3 BGB¹⁶⁸, in § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB¹⁶⁹ oder in § 1605 BGB¹⁷⁰. Dass der Vermieter nach dem Abschluss des Mietvertrags auch ohne Aufforderung durch den Mieter zur Auskunftserteilung verpflichtet sein sollte, lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er einen dahingehenden Regelungswillen - beispielsweise durch Weglassen der Worte "auf Verlangen" oder durch die Verwendung des Wortes "unaufgefordert" - unschwer zum Ausdruck bringen können¹⁷¹.

Auch Sinn und Zweck des vom Gesetzgeber geschaffenen Auskunftsanspruchs nach § 556g Abs. 3 BGB sprechen dafür, dass der Mieter die Auskunft jederzeit verlangen kann, der Vermieter diese jedoch nicht von sich aus erteilen muss. Denn die Erteilung von Auskünften gemäß § 556g Abs. 3 BGB dient in erster Linie den Interessen des Mieters. Der Gesetzgeber hat dem Mieter mit dem Auskunftsanspruch ein Hilfsmittel zur Verfügung stellen wollen, damit dieser sich bei seinem Vermieter nach Vertragsschluss die für eine Prüfung der vereinbarten Miethöhe erforderlichen Informationen bei Bedarf zu beschaffen vermag¹⁷². Hierbei ist der Mieter weder in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt noch ist sein Auskunftsanspruch davon abhängig, dass der Vermieter dem Mieter in

¹⁶⁵ vgl. *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, § 24 I 6.

¹⁶⁶ vgl. hierzu MünchKomm/Fetzer, 9. Aufl., § 368 BGB Rz. 13.

¹⁶⁷ vgl. hierzu BAG, NZA 2014, 31 Rz. 16 m.w.N.

¹⁶⁸ vgl. hierzu BGH v. 1.12.2011 - III ZR 71/11, BGHZ 192, 1 Rz. 11; BGH v. 16.6.2016 - III ZR 282/14, NJW-RR 2016, 1391 Rz. 37.

¹⁶⁹ vgl. BGH v. 25.3.2021 - VII ZR 94/20, BGHZ 229, 257 Rz. 21 ff. [noch zu § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB aF].

¹⁷⁰ vgl. hierzu BGH v. 19.2.1986 - IVb ZR 71/84, NJW 1986, 1751 unter II 2 e; siehe auch die Aufzählung weiterer Fälle bei Staudinger/*Bittner/Kolbe*, BGB, Neubearb. 2019, § 271 BGB Rz. 7.

¹⁷¹ vgl. etwa die im Streitfall gemäß Art. 229 § 49 Abs. 2 Satz 1 EGBGB [noch] nicht anwendbare Regelung zur vorvertraglichen Auskunftspflicht in § 556g Abs. 1a Satz 1 BGB; hierzu BT-Drucks. 19/4672, S. 14, 27.

¹⁷² vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 32 f.

irgendeiner Weise konkreten Anlass zur (weiteren) Prüfung der Zulässigkeit der Miethöhe gegeben hätte¹⁷³.

Der Auskunftsanspruch gemäß § 556g Abs. 3 BGB weist auch die für verhaltene Ansprüche charakteristische und als unbillig empfundene Gefahr der Anspruchsverjährung infolge des (zeitlichen) Auseinanderfallens von Entstehung und Geltendmachung des Anspruchs auf¹⁷⁴.

Der Auskunftsanspruch nach § 556g Abs. 3 BGB entsteht (im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) bereits mit Abschluss des Mietvertrags¹⁷⁵. Da die subjektiven Voraussetzungen gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelmäßig zu diesem Zeitpunkt gegeben sein werden und damit die Verjährungsfrist mit Schluss des Jahres zu laufen begönne, besteht die abstrakte Gefahr der vorzeitigen Anspruchsverjährung. Denn der Mieter wird gerade zu Beginn des Mietverhältnisses geneigt sein, von einer Geltendmachung des Auskunftsanspruchs abzusehen, um das Verhältnis zu seinem Vermieter, dem er gerade erst sein Einverständnis mit der verlangten Miete erklärt hat, nicht (schon) nach relativ kurzer Zeit zu belasten¹⁷⁶.

Die vorstehend beschriebene Gefahr einer Verjährung des Auskunftsanspruchs vor dessen Geltendmachung ist vor dem Hintergrund des von dem Gesetzgeber beabsichtigten sozialen Mieterschutzes, dessen Umsetzung der Auskunftsanspruch dient¹⁷⁷, auch als unbillig anzusehen¹⁷⁸.

Ob und in welchem Maße der Mieter nach Vertragsschluss von dem Auskunftsanspruch Gebrauch machen wird, hängt auch davon ab, welche für die Prüfung der Miethöhe maßgeblichen Informationen (zwischenzeitlich) offenkundig oder ihm aufgrund eigener Recherchen bekannt geworden sind und wie groß er die Chancen für ein erfolgreiches Vorgehen gegen die Miethöhe einschätzt. Insbesondere im Hinblick auf die gesetzlichen Ausnahmetatbestände wird der Mieter indessen - wovon auch der Gesetzgeber ausgegangen ist¹⁷⁹ -

¹⁷³ vgl. BGH v. 23.3.2022 - VIII ZR 133/20, NJW-RR 2022, 660 Rz. 34.

¹⁷⁴ BGH v. 12.07.2023 - VIII ZR 8/22, ■.

¹⁷⁵ vgl. hierzu Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556g BGB Rz. 42; *Wichert* in Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl., § 556g BGB Rz. 46.

¹⁷⁶ vgl. auch BT-Drucks. 19/4672, S. 14 [zur Scheu der Mieter, den Auskunftsanspruch aktiv geltend zu machen].

¹⁷⁷ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 33

¹⁷⁸ BGH v. 12.07.2023 - VIII ZR 8/22, ■.

¹⁷⁹ vgl. BT-Drucks. 19/4672, S. 11.

auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht sicher beurteilen können, ob die von seinem Vermieter (bei Mietbeginn) verlangte Miete im Einzelfall zulässig ist, obwohl sie die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 10 % übersteigt. Deshalb ist das Informationsbedürfnis des Mieters im Laufe des Mietverhältnisses grundsätzlich nicht geringer als zu dessen Beginn.

2.9 Keine andere Rechtslage bei Staffelmiete

Auf die Frage, ob der Auskunftsanspruch des Mieters gemäß § 556g Abs. 3 BGB aufgrund seiner Ausgestaltung als Hilfsanspruch (überhaupt) vor dem als Hauptanspruch zu wertenden Anspruch des Mieters auf Rückzahlung überzahlter Miete gemäß § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB verjähren könne, kommt es im Streitfall nicht an¹⁸⁰. Diese Frage ist unter den vorliegend gegebenen tatsächlichen Umständen nicht entscheidungserheblich, weil eine Verjährung des Auskunftsanspruchs der Mieterin vor Erhebung der Klage im August 2021 bereits im Hinblick auf die Vorschrift des § 557a Abs. 4 Satz 1 BGB - ausscheidet.

Gemäß § 557a Abs. 1 BGB kann die Miete für bestimmte Zeiträume in unterschiedlicher Höhe vereinbart werden. Im Fall einer solchen Staffelmiete sind nach § 557a Abs. 4 Satz 1 BGB die Vorschriften der §§ 556d bis 556g BGB auf jede Mietstaffel anzuwenden. Als Folge dieser gesetzlichen Anordnung entsteht mit jeder neuen Staffelstufe ein (selbständiger) Anspruch des Mieters auf Auskunftserteilung über die für die Beurteilung der Zulässigkeit der Miethöhe der jeweiligen Staffelmiete maßgeblichen Tatsachen gemäß § 556g Abs. 3 BGB¹⁸¹. Selbst wenn ein zu einem früheren Zeitpunkt - etwa mit dem Abschluss des Mietvertrags oder mit dem Inkrafttreten vorangegangener Staffelstufen - entstandener Auskunftsanspruch bei Inkrafttreten der nachfolgenden Staffelstufe bereits verjährt wäre, hinderte dies die Durchsetzung des neuen Auskunftsanspruchs nicht.

Einem solchen Verständnis des § 557a Abs. 4 Satz 1 BGB steht nicht die Senatsrechtsprechung entgegen, nach der eine gegen die Höhe der Miete einer niedrigeren Staffelstufe gerichtete Rüge gemäß § 556g Abs. 2 BGB aF für die

¹⁸⁰ BGH v. 12.7.2023 – VIII ZR 60/22, ■.

¹⁸¹ vgl. auch Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556g BGB Rz. 44; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2021, § 556g BGB Rz. 70.

nachfolgenden Mietstaffeln fortwirkt und vom Mieter nach Ablauf einer Mietstaffel nicht wiederholt werden muss¹⁸². Dieser Rechtsprechung liegt die Wertung zugrunde, dass der Gesetzgeber mit der Erklärung der Anwendbarkeit der §§ 556d bis 556g BGB auf jede Mietstaffel die Berechnung der zulässigen Miethöhe bei vereinbarter Staffelmiete konkretisieren, nicht aber die Wahrnehmung der Mieterrechte erschweren und insbesondere nicht die Anforderungen an das Rückzahlungsverlangen zulasten des Mieters erhöhen wollte¹⁸³. Demgegenüber entspricht es, weil bei der Staffelmiete die Zulässigkeit der Miethöhe für jede Staffelstufe einer eigenständigen Prüfung unterliegen soll¹⁸⁴, Sinn und Zweck sowohl des gesetzlichen Auskunftsanspruchs nach § 556g Abs. 3 BGB als auch der in § 557a Abs. 4 Satz 1 und 2 BGB getroffenen Regelung, dass dem Mieter grundsätzlich für jede dieser Staffelstufen erneut - und bezogen auf die ortsübliche Miethöhe im Zeitpunkt der Fälligkeit der jeweiligen Mietstaffel (vgl. § 557a Abs. 4 Satz 2 BGB) erstmals - die Möglichkeit eröffnet wird, sich mittels eines Auskunftsverlangens gegenüber dem Vermieter Kenntnis von den für diese Prüfung maßgeblichen Tatsachen zu verschaffen.

3 Mietzeit

3.1 Befristung oder auflösende Bedingung

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

Derartige Pflichten haben die Parteien wechselseitig begründet, auch wenn in dem Vergleich nicht die in § 535 BGB enthaltenen Begriffe verwendet wurden, sondern von „zur Verfügung stellen“ und „Nutzungsentschädigung“ die Rede ist. Entscheidend ist, dass die Beklagten die im Eigentum des Klägers stehende

¹⁸² vgl. BGH v. 30.3.2022 - VIII ZR 279/21, NZM 2022, 706 Rz. 57 ff.

¹⁸³ vgl. BGH v. 30.3.2022 - VIII ZR 279/21, NZM 2022, 706 Rz. 58 f.

¹⁸⁴ vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 16.

Grundstücksfläche für ihre Zwecke nutzen dürften sollten und im Gegenzug eine Geldleistung zu erbringen hatten.

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

Der gerichtliche Vergleich enthält daher in Ziffer I. zwei grundsätzlich verschiedene Regelungsteile, nämlich zum einen die (werkvertraglich einzuordnende) Verpflichtung der Beklagten, die Mauerreste des Klägers gegen eine Kostenbeteiligung i.H.v. 1.400,00 € abzutragen, und zum anderen die (mietvertraglich zu qualifizierende) Verpflichtung des Klägers, den Beklagten die Nutzung seines Grundstücks für die Stützkonstruktion gegen monatliches Entgelt i.H.v. 550,00 € für die Dauer („zur Durchführung“) der Renovierungsarbeiten zu gestatten.

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

Die Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung für die Zeit der Sanierungsmaßnahmen der Beklagten auf ihrem Grundstück folgt damit unmittelbar aus dem Inhalt dieses Vergleichs, den der Kläger selbst in das Verfahren eingeführt hat. Der beigezogenen Akte 12 O 3421/14 ist

Gegenteiliges nicht zu entnehmen; aus ihr ergibt sich lediglich, dass der Vater des Klägers und sodann der Kläger als dessen Rechtsnachfolger finanziellen Ausgleich dafür begehrte, dass er das Grundstück infolge der Stützkonstruktion nicht länger für 550,00 € im Monat an einen Waffenhändler vermieten konnte. Welche abweichenden Bekundungen die Zeugin E...(Name) angesichts der gesicherten Urkundenlage machen können soll, lässt die Berufungsbegründung nicht erkennen.

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

Ein Mietverhältnis auf bestimmte Zeit i.S.v. § 542 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn das Mietverhältnis nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien bzw. deren zugrundeliegendem Willen nach Ablauf einer bestimmten Zeit ohne weitere Erklärung enden soll. Dies ist der Fall, wenn die Mietzeit entweder auf eine Kalenderzeit festgelegt ist oder zwar eine kalendermäßig bestimmte Zeit fehlt, die Mietzeit aber durch ein im Voraus bestimmtes gewisses Ereignis begrenzt wird¹⁸⁵. Letzteres ist auch gegeben, wenn sich die Mietzeit nach einem von vornherein zeitlich begrenzten Gebrauchszweck des Mieters richtet (Zweckbefristung), z.B. für die Dauer einer Saison, der Messe, eines Semesters¹⁸⁶. Ausreichend ist dabei, dass feststeht, dass das bestimmte Ereignis, mit dem der Zweck entfällt, überhaupt eintreten wird¹⁸⁷ und damit die Dauer bestimmbar ist¹⁸⁸. Eine Begrenzung durch ein im Voraus bestimmtes, gewisses Ereignis stellt eine Zeitbestimmung i.S.d. § 163 BGB damit auch dann dar, wenn der genaue Zeitpunkt des Eintritts des Ereignisses noch unsicher ist¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl., § 542 BGB Rz. 163.

¹⁸⁶ BeckOK BGB/*Wiederhold*, 58. Ed. 1.5.2021, § 542 BGB Rz. 5.

¹⁸⁷ BeckOGK/*Mehle*, 1.4.2021, § 542 BGB Rz. 109

¹⁸⁸ MünchKomm/*Bieber*, 8. Aufl. 2020, § 542 BGB Rz. 22.

¹⁸⁹ so Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl., § 542 BGB Rz. 163: „für die Dauer des Studiums“: das Mietverhältnis endet dann ohne weiteres mit dem Studienabschluss; *Blank/Börstinghaus*, 6. Aufl., § 542 BGB Rz. 185; *Staudinger/Rolfs*, (2021), § 542 BGB Rz. 140; BeckOK MietR/*Bruns*, 24. Ed. 1.5.2021, § 542 BGB Rz. 230; dahin neigend auch BeckOGK/*Mehle*, 1.4.2021, § 542 BGB Rz. 109; ablehnend BeckOK BGB/*Wiederhold*, 58. Ed. 1.5.2021, § 542 BGB Rz. 5, da wegen der großen zeitlichen Schwankungsbreite kein bestimmbarer Zeitraum

Abzugrenzen sind solche Befristungen jedoch von (auflösenden) Bedingungen; bei ihnen ist auch ungewiss, ob das Ereignis überhaupt eintritt. Ob eine Befristung oder eine Bedingung gegeben ist, richtet sich nach den Vorstellungen der Parteien im Einzelfall; maßgeblich ist, ob sich die (beiden) Parteien den Eintritt des Ereignisses als sicher (dann Befristung) oder nur als möglich (dann Bedingung) vorstellen¹⁹⁰. So liegt eine Befristung vor, wenn der Eintritt des Ereignisses nach den Vorstellungen der Parteien konkret bevorsteht; eine Bedingung ist dagegen z.B. anzunehmen, wenn die Vertragsgestaltung nur deshalb gewählt wird, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Ereignis eintritt und sich dann Folgen ergeben¹⁹¹.

Auflösende Bedingungen führen zwar die Beendigung des Mietverhältnisses ohne Weiteres herbei, doch ist das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen und damit ordentlich kündbar, sofern nicht aus dem Willen der Parteien hervorgeht, dass eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen sein soll¹⁹².

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

Dies spricht dafür, dass die Parteien von einem Ereignis ausgegangen sind, dessen genauer Eintrittszeitpunkt zwar nicht abzusehen, mit dessen Eintritt

mehr gegeben sei; der Grad der Unsicherheit hinsichtlich des Eintrittszeitpunkts kann aber die formale Bestimmbarkeit nicht in Frage stellen.

¹⁹⁰ OLG Nürnberg v. 19.8.2021 – 3 U 2210/21, MDR 2021, 1385.

¹⁹¹ vgl. zum Ganzen BGH v. 1.4.2009, XII ZR 95/07, NZM 2009, 433, Rz. 12, 17; Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl., § 542 BGB Rz. 165; Blank/Börstinghaus, 6. Aufl., § 542 BGB Rz. 187; Staudinger/Rolfs, (2021), § 542 BGB Rz. 140.

¹⁹² BGH v. 1.4.2009 - XII ZR 95/07, NZM 2009, 433, Rz. 13 f.

aber sicher zu rechnen war. Damit liegt eine Zeitbestimmung und Zweckbefristung vor¹⁹³.

4 Gewährleistung

4.1 Nackter Vermieter als Mangel?

Die Miete ist auch nicht im Hinblick auf eine nachteilige Einwirkung gemindert, soweit sich der Kläger nackt im Hof gesonnt hatte. Vorliegend stellte sich der nackte Vermieter im Hof nicht als Mietmangel dar.

Grundsätzlich sind ästhetische oder sittlich als anstößig empfundene Einwirkungen auf ein Grundstück keine, gegebenenfalls einen Abwehranspruch nach § 906 BGB auslösende, ideelle Einwirkung, denen der Eigentümer des Grundstücks mit einem Unterlassungsanspruch begegnen kann und die, falls sie den Tatbestand des § 906 BGB erfüllen, demzufolge auch als Beeinträchtigung des Gebrauchs der Mietsache im Sinne des § 536 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht kommen¹⁹⁴.

Die Begrenzung der im § 906 BGB genannten Einwirkungen ist aus den vom Gesetz angeführten Beispielen und aus der Formulierung „ähnliche Einwirkungen“ zu entnehmen. Danach sind unter Einwirkungen zunächst nur sinnlich wahrnehmbare, wenn auch unwägbare Einwirkungen zu verstehen, die entweder auf das Grundstück und die dort befindlichen Sachen schädigend einwirken, oder auf dem Grundstück sich aufhaltende Personen derart belästigen, dass ihr gesundheitliches Wohlbefinden gestört oder ein körperliches Unbehagen bei ihnen hervorgerufen wird¹⁹⁵.

Von diesem Begriff der Einwirkung geht der Senat mit dem BGH¹⁹⁶ ebenfalls aus. Er entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁹⁷ und

¹⁹³ OLG Nürnberg v. 19.8.2021 – 3 U 2210/21, MDR 2021, 1385.

¹⁹⁴ OLG Frankfurt v. 18.4.2023 – 2 U 43/22, MDR 2023, 2206.

¹⁹⁵ so das Reichsgericht für eine dem Hause der damaligen Klägerin zugewandten Seite eines Umkleideraums in einem Freibad; RG v. 8.4.1911 - V 328/10, RGZ 76, 130 ff. (131/132).

¹⁹⁶ vgl. BGH v. 7.3.1969 - V ZR 169/65, BGHZ 51, 396 Rz. 6.

¹⁹⁷ RG v. 27.2.1902 - V 403/01, RGZ 50, 225 ff. (228); RG v. 9.4.1904 - V 15/04, RGZ 57, 239 (240); RG v. 8.4.1911 - V 328/10, RGZ 76, 130 ff (131/132).

einer in der Literatur verbreiteten Auffassung¹⁹⁸. Danach liegt in der Regel eine Einwirkung nicht vor¹⁹⁹.

Auch unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung des BGH zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelten Grundsätze, welches begrenzt ist auf den unantastbaren persönlichen Bereich des Einzelnen, der sich in die Gemeinschaft einzufügen und auf die Rechte und Interessen anderer Rücksicht zu nehmen hat²⁰⁰, verletzt ein nur das ästhetische Empfinden eines anderen verletzender Anblick, dessen Darbietung sich nicht gezielt gegen den andern richtet, dessen Persönlichkeitsrecht i.d.R. ebenfalls nicht und führen nicht zu einem Abwehrrecht des Eigentümers²⁰¹. Ebenso wenig sind die Abwehrrechte des Eigentümers durch die Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Weise erweitert worden, dass sie sich auch auf die Unterbindung eines solche Eindrücke verursachenden Verhaltens des Nachbarn erstrecken.

So hatte das Reichsgericht bereits im Jahre 1904 in den „Belästigungen der Nachbarn durch das unzüchtige Treiben in einem Grundstück keine Einwirkung im Sinne des § 906 BGB gefunden“²⁰².

Ausnahmen sind allerdings bei gezielten Einwirkungen denkbar, die sittenwidrigen und schädigenden Charakter haben. Errichtet jemand bspw. auf seinem Grundstück an der Grenze zum Nachbargrundstück einen Galgen, an dem er eine Puppe mit der Aufschrift „Ich bin ein Drecksack“ befestigt, so kann der Nachbar die Beseitigung dieser Anlage verlangen, wenn der Galgen aus der Sicht eines neutralen Beobachters mit erkennbarer Zielrichtung auf den Nachbarn gerichtet ist²⁰³ (so LG Limburg a. d. Lahn, Urt. v. 19.02.1986, Az. 3 S 262/85, zit. n. juris).

Gilt danach für die ideelle Einwirkung durch einen unbedeckten Nachbarn unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, dass selbst Störungen des sittlichen oder ästhetischen Empfindens keine Einwirkung im Sinne des § 906 BGB sind, damit keinen Unterlassungsanspruch beinhalten und mithin i.d.R.

¹⁹⁸ vgl. z. B. Staudinger/Seufert, 11. Aufl. § 906 BGB Rz. 12; Staudinger/Roth, (2022), § 906 BGB Rz. 130), MünchKomm/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 906 BGB R7. 58.

¹⁹⁹ OLG Frankfurt v. 18.4.2023 – 2 U 43/22, MDR 2023, 2206.

²⁰⁰ BGH v. 18.3.1959 - IV ZR 182/58, BGHZ 30, 7 (11).

²⁰¹ BGH v. 15.5.1970 - V ZR 20/68, BGHZ 54, 56.

²⁰² so wörtlich: RG v. 9.4.1904 - V 15/04, RGZ 57, 239 (240).

²⁰³ vgl. LG Limburg a. d. Lahn v. 19.2.1986 - 3 S 262/85, zit. n. juris.

auch keine Beeinträchtigung den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gemäß § 535 Abs. 1 BGB darstellen, kann andererseits das gezielte sittenwidrige Handeln einen Unterlassungsanspruch zur Folge haben.

Dennoch sind nach der Rechtsprechung Ausnahmefälle denkbar. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bestimmte Handlungen auch Schutzgesetze verletzen können und damit auch als unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB gelten.

Nach § 118 OWiG handelt, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. So soll nach Auffassung des OLG Karlsruhe²⁰⁴ derjenige, der sich unbekleidet auf öffentlichen Straßen und in öffentlichen Anlagen, in denen die Begegnung mit nackten Menschen nicht zu erwarten ist, in einer Weise aufhält, dass er anderen Nutzern den Anblick seines nackten Körpers aufdrängt, ordnungswidrig im Sinne dieser Vorschrift handeln. Dies hat der das OLG Karlsruhe aus dem Umstand des geschlechtlichen Schamgefühls abgeleitet, und gemeint, dass hierin „die Scham des Menschen liege, sich die eigene Nacktheit unberufenen fremden Blicken auszusetzen und zugleich mit dem Widerstreben einhergehe, mit nackten, fremden Menschen konfrontiert zu werden“²⁰⁵. Allerdings seien die Anschauungen darüber, ob das Schamgefühl der Allgemeinheit in diesem Sinne tangiert wäre - so das OLG Karlsruhe - „zeitbedingt und dem Wandel unterworfen“. Die Rechtsprechung habe sich „nicht nach den Auffassungen besonders pröder oder ungewöhnlich großzügiger Kreise zu richten“; die „Streitfrage“ sei „von tiefgreifenden und nachhaltigen Änderungen der sittlichen Wertvorstellungen der Allgemeinheit geprägt“. Sie seien „gegenüber früheren Zeiten durch eine „unbefangene und freiere Auffassung hinsichtlich der Konfrontation mit menschlicher Nacktheit gekennzeichnet“. Das Verwaltungsgericht Karlsruhe²⁰⁶ hat versammlungsrechtliche Maßnahmen gegen eine öffentliche „Nacktradelaktion“ mit ähnlicher Begründung als gerechtfertigt angesehen.

²⁰⁴ OLG Karlsruhe v. 4.5.2000 - 2 Ss 166/99, NSTz 2000, 309.

²⁰⁵ krit. zu dieser Betrachtung allerdings schon: BGH v. 29.5.1951 - 2 StR 153/51, BGHSt 1, 288 Rn. 5.

²⁰⁶ VG Karlsruhe v. 2.6.2005 - 6 K 1058/05, NJW 2005, 3658.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechungsgrundsätze²⁰⁷ zum Begriff der „unzüchtigen Schriften“ in § 184 StGB a.F. und den Maßstab für die Beurteilung des „Anstößigen“) erweist sich allerdings der sich im Hof nackt sonnende Kläger noch nicht als Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, weil es sich im vorliegenden Fall nicht um eine im Sinne der oben genannten Rechtsprechungsgrundsätze unzulässige, gezielte sittenwidrige Einwirkung auf das Grundstück und damit auf den Mietgegenstand gehandelt hat:

Der Kläger hatte anlässlich des Ortstermins, den die Stelle, an der er sich vollständig unbekleidet auf eine Liege gelegt hatte, im Hof markiert. Von der der Straße Straße1 abgewandten Rückseite des Hauses konnte man allerdings durch einen Blick aus dem Fenster diesen Ort nicht sehen. Von Nebenstraße aus war dieser Ort ebenfalls nicht einzusehen, weil ein hölzerner Unterstand dem Liegeplatz Sichtschutz gibt. Man musste das Fenster aufmachen und sich weit aus dem Fenster herausbeugen, um überhaupt eine sich dort befindliche Person und die Stelle in das Blickfeld zu bekommen, die hart an der Hausmauer lag. Hinzukommt, dass bei einem Fenster, das Blickfeld durch ein unter dem Fenster befindliches Vordach weiter eingeschränkt war. Auch aus den anderen Fenstern von der Rückseite des Hauses, konnte man den Ort nicht sehen.

Damit scheidet ein eine gezielte Einwirkung aus. Eine Beeinträchtigung dadurch, dass man den gegebenenfalls nackt sonnenden Kläger im Hof oder im Garten nur dann sieht, wenn man sich weit aus dem Fenster herausbeugt, ist nicht gegeben und rechtfertigt auch keine Mietminderung.

So weit im Termin streitig geworden ist, ob Kläger sich, falls er sich zum Sonnenbaden in den Hof begeben wollte, zu diesem Zweck unbekleidet und damit ein sich zufällig zu diesem Zeitpunkt auf der Treppe befindlichen Bewohner oder Besucher mit seiner Nacktheit konfrontierend durch das Treppenhaus gelaufen ist, ist dies nicht bewiesen. Der Kläger hat in seiner Anhörung glaubhaft bekundet, dass er, wenn er sich zum Sonnenbad nach draußen habe begeben wollen, hierbei stets einen Bademantel getragen, diesen erst unmittelbar vor der Sonnenlege ausgezogen und sich dann nackt auf die

²⁰⁷ vgl. hierzu auch BGH v. 22.9.1969, 1 StR 456/68, BGHSt 23, 40 Rn. 13; BGH v. 18.11.1952 - 2 StR 139/52, BGHSt 3, 295.

Liege gelegt habe. Oft habe dabei im Bereich der Liege auch noch einen Sonnenschirm gestanden.

Damit ist nicht bewiesen, dass der Kläger, um die Geschäftsführerin der Beklagten mit seiner Nacktheit zu konfrontieren, unbedeckt auf dem Grundstück herumgelaufen ist.

Das Auftreten des Vermieters im Bademantel im Treppenhaus ist dem gegenüber nicht als entsprechende unzulässige und damit einen Mietmangel rechtfertigende Beeinträchtigung zu werten.

4.2 Modernisierung statt Mängelbeseitigung?

Gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB kann der Mieter einen Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 BGB selbst beseitigen (lassen) und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels im Verzug ist. Ein derartiger Mangel ist anzunehmen, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache von dem für den vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand für den Mieter nachteilig abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können²⁰⁸.

Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, ist der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand i.S.d. § 535 Abs. 1 BGB nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - gegebenenfalls ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben zu bestimmen²⁰⁹.

²⁰⁸ vgl. BGH v. 24.11.2021 - VIII ZR 258/19, NJW-RR 2022, 381 Rz. 18; BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, NJW 2020, 2884 Rz. 24 f.

²⁰⁹ vgl. BGH v. 24.11.2021 - VIII ZR 258/19, NJW-RR 2022, 381 Rz. 27; BGH v. 8.7.2020 - VIII ZR 163/18, BGHZ 226, 208 Rz. 22; BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rz. 13; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 23

Gemessen daran umfasst der vertragsgemäße Gebrauch vorliegend die Überlassung einer funktionsfähigen Gasetagenheizung und damit korrespondierend auch deren Instandhaltung²¹⁰.

Zwar rügt die Revision im Ausgangspunkt zu Recht, dass das Berufungsgericht eine (konkludent) getroffene Beschaffenheitsvereinbarung über die Ausstattung der Mietwohnung mit einer Gasetagenheizung rechtsfehlerhaft bejaht hat. Das Berufungsgericht hat weder festgestellt, dass es den Klägern als Mieter tatsächlich und für den Vermieter erkennbar auf die Anmietung einer Wohnung mit einer Gasetagenheizung ankam, noch, dass der Vermieter dieser Anforderung an die Wohnung (konkludent) zugestimmt hat²¹¹.

Allein der Umstand, dass der Mieter bei einer Gasetagenheizung die alleinige Einflussmöglichkeit auf die Heizkosten, die Temperatur des Vorlaufs und den Zeitpunkt hat, zu dem geheizt wird, und dies den Ausschlag dafür geben kann, eine Wohnung mit Gasetagenheizung einer Wohnung mit Zentralheizung vorzuziehen, lässt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht den sicheren Schluss dahingehend zu, die Mietvertragsparteien hätten sich im vorliegenden Fall tatsächlich auf eine entsprechende Ausstattung der Wohnung verständigt.

Im Ergebnis wirkt sich dies aber nicht aus. Denn eine Pflicht zur Ausstattung der Wohnung mit einer funktionsfähigen Gasetagenheizung ergibt sich jedenfalls aus den Gesamtumständen des Mietverhältnisses und dem daraus abzuleitenden Standard.

Nach der allgemeinen Verkehrsanschauung kann der Mieter einer Wohnung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der der üblichen Ausstattung vergleichbarer Wohnungen entspricht. Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen²¹². Jedenfalls dann, wenn die Wohnung über eine

²¹⁰ BGH v. 19.7.2022 – VIII ZR 194/21, ZMR 2023, 27.

²¹¹ vgl. zu den Voraussetzungen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung BGH v. 24.11.2021 - VIII ZR 258/19, NJW-RR 2022, 381 Rz. 20 f.; BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rz. 20.

²¹² vgl. BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rz. 14

entsprechende Ausstattung verfügt, umfasst der vertragsgemäße Zustand diese Gegenstände²¹³.

Hier war die Mietwohnung von Anfang an mit einer Gasetagenheizung ausgestattet, die der Wärme- und Warmwasserversorgung der Wohnung diene und damit Teil des von der Beklagten als Vermieterin zu gewährleistenden Wohnstandards war. Unter Berücksichtigung dieser von dem Vermieter zur Verfügung gestellten Ausstattung, aber auch der von dem Berufungsgericht aufgezeigten und von der Revision nicht in Abrede gestellten Vorteile, die für den Mieter mit dem Betrieb einer solchen Gasetagenheizung gegenüber einem Anschluss an eine zentrale Wärme- und Warmwasserversorgungsanlage verbunden sind, ist davon auszugehen, dass den Mietern nicht nur eine Versorgung der Wohnung mit Wärme und Warmwasser ermöglicht werden, sondern der vertragsgemäße Zustand (§ 535 Abs. 1 BGB) eine Beheizungsmöglichkeit in Form einer Gasetagenheizung umfassen sollte....

Dieser Zustand der Wohnung unterliegt im Laufe des Mietverhältnisses selbst dann nicht der einseitigen Bestimmung durch den Vermieter, wenn eine Pflicht des Mieters zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen bestünde²¹⁴.

Die Vornahme von Modernisierungsarbeiten führt nicht zu einer Änderung der nach dem Mietvertrag geschuldeten Sollbeschaffenheit der Mietsache. Hierfür gibt es keine Grundlage im Gesetz. Von dem Mieter zu duldenen Modernisierungsmaßnahmen, die zu einer für den Mieter nachteiligen Veränderung des vertraglich geschuldeten Zustands der Mietsache führen, können deshalb Mängelrechte des Mieters auslösen²¹⁵. Selbst wenn die Beklagte also den Anschluss an die zentrale Heiz- und Warmwasserversorgung als Modernisierungsmaßnahme begehrt hätte, wären die Kläger zum Zeitpunkt der Mangelbeseitigung berechtigt gewesen, die Herstellung der Funktionstüchtigkeit der Gasetagenheizung zu verlangen.

Abgesehen davon ist ein Anspruch auf Duldung von Modernisierungsmaßnahmen von der Beklagten im vorliegenden Fall bereits im

²¹³ vgl. BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rz. 15 [hinsichtlich der Ausstattung mit einem Telefonanschluss].

²¹⁴ BGH v. 19.7.2022 – VIII ZR 194/21, ZMR 2023, 27.

²¹⁵ vgl. BGH v. 12.10.2021 - VIII ZR 51/20, WuM 2022, 145 Rz. 17 ff. [zur Verkleinerung eines Fahrradkellers infolge von Modernisierungsmaßnahmen].

Berufungsverfahren nicht (mehr) geltend gemacht worden. Zudem wäre er zum Zeitpunkt des Austauschs der Gasetagenheizung - unabhängig von der vom Berufungsgericht vermissten Wirksamkeit der Modernisierungsankündigung - auch nicht fällig gewesen. Das Gesetz schließt die Einwirkungsmöglichkeit des Vermieters auf den Mietgegenstand durch Vornahme einer Modernisierungsmaßnahme nicht lediglich dann aus, wenn die Interessenabwägung, wie sie in § 555d Abs. 2 Satz 1 BGB vorgesehen ist, zugunsten des Mieters ausschlägt.

Die Duldungspflicht nach § 555d BGB knüpft vielmehr auch an eine ordnungsgemäße Modernisierungsankündigung i.S.v. § 555c BGB an²¹⁶. Unterlässt der Vermieter eine solche Ankündigung oder entspricht diese nicht den gesetzlichen Anforderungen, wird bereits eine etwaige Duldungspflicht des Mieters nicht fällig²¹⁷.

Eine solche Ankündigung lag hier aber nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts im Zeitpunkt des Austauschs der Gastherme durch die Kläger nicht vor.

Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei dem von der Beklagten angebotenen Anschluss um eine modernisierende Instandsetzung handelt.

Auch wenn geplante bauliche Veränderungen nur teilweise Modernisierungsmaßnahmen darstellen, ist der Mieter zur Abgabe einer Duldungserklärung nicht vor Ablauf der ihm nach § 555d Abs. 3 Satz 1 BGB zur Mitteilung von Härtegründen sowie nach § 555e Abs. 1 Satz 2 BGB zur Erklärung einer (Sonder-)Kündigung eingeräumten Fristen²¹⁸ und damit nicht vor Zugang einer ordnungsgemäßen Modernisierungsankündigung verpflichtet. Denn andernfalls würden die nach dem Gesetz zu stellenden Anforderungen an einen fälligen Anspruch des Vermieters auf Duldung von Modernisierungsmaßnahmen und die daran anknüpfenden Folgen durch eine künstliche Aufspaltung der Maßnahme in eine Erhaltungs- und eine Modernisierungsmaßnahme umgangen.

²¹⁶ vgl. BGH v. 18.3.2021 - VIII ZR 305/19, BGHZ 229, 139 Rz. 27 [zu § 555c BGB in der bis zum 31.12.2018 geltenden Fassung].

²¹⁷ vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 21.

²¹⁸ vgl. BGH v. 27.4.2021 - VIII ZB 44/20, NJW-RR 2021, 737 Rz. 19.

Ausgehend hiervon wäre ein etwaiger Duldungsanspruch auch bei Annahme einer modernisierenden Instandsetzungsmaßnahme zum Zeitpunkt des Austauschs der Gastherme noch nicht fällig gewesen. Soweit die Revision meint, die vorgenannte Entscheidung des Senats vom 27. April 2021 beziehe sich lediglich auf die Ankündigung von nebeneinander durchzuführenden Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, missversteht sie die Ausführungen des Senats.

Soweit die Revision geltend macht, selbst das Berufungsgericht habe angenommen, der ursprüngliche Zustand müsse sogar im Fall der Mängelbeseitigung nicht wieder hergestellt werden, wenn "für eine technische Anlage Ersatzteile nicht mehr beschafft werden können", ist dies unbehelflich. Denn das Berufungsgericht hat darauf verwiesen, dass im vorliegenden Fall eine Ausrüstung der Wohnung mit Gasetagenheizungen weiterhin möglich ist.

Den nach alledem geschuldeten Anforderungen genüge die Mietsache nicht (§ 536 Abs. 1 BGB). Nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Gasetagenheizung im November 2016 ausgefallen und dadurch die Versorgung der Wohnung mit Wärme und Warmwasser unterbrochen worden.

Das Berufungsgericht hat auch zutreffend angenommen, dass sich die Beklagte mit der Beseitigung dieses Mangels entgegen der Ansicht der Revision im Verzug befunden hat²¹⁹.

Die Kläger haben am 7. November 2016 den Defekt der Gasetagenheizung gegenüber der Beklagten angezeigt und diese unter Fristsetzung mit Schreiben vom 15. November und 18. November 2016, wie vom Berufungsgericht festgestellt, zur Herstellung der Beheizbarkeit und der Warmwasserversorgung durch Instandsetzung der Gastherme aufgefordert. Eine Mahnung gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB lag damit vor. Die Gasetagenheizung ist von der Beklagten innerhalb der ihr gesetzten Frist jedoch nicht instandgesetzt worden.

Anders als die Revision meint, steht dem Eintritt des Verzugs der Beklagten nicht entgegen, dass diese den Klägern den Anschluss an die zentrale Warmwasserversorgungs- und Heizungsanlage des Mietobjekts angeboten hat.

²¹⁹ BGH v. 19.7.2022 – VIII ZR 194/21, ZMR 2023, 27.

Ein solches Angebot entsprach auch im Hinblick auf das Wahlrecht des Vermieters hinsichtlich der Art der Mängelbeseitigung nicht der geschuldeten Leistung²²⁰.

Zwar erbringt ein Schuldner seine Leistung in einer den Schuldnerverzug ausschließenden Weise, wenn er das nach dem Schuldverhältnis seinerseits Erforderliche tut und dem Gläubiger die Leistung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet²²¹. Die Leistung muss dem Gläubiger hierfür so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (§ 294 BGB).

Ein solches Angebot der Beklagtenseite lag hier jedoch nicht vor. Die Beklagte hat, indem sie den Klägern den Anschluss an die zentrale Warmwasserversorgungs- und Heizungsanlage des Objekts in Aussicht gestellt hat, nicht die Wiederherstellung einer funktionsfähigen Gasetagenheizung angeboten.

Dem Vermieter obliegen nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB die Instandhaltung und die Instandsetzung des Mietobjekts. Entsteht während der Mietzeit ein Mangel der Mietsache i.S.d. § 536 BGB - wie hier in Gestalt des Ausfalls der Gasetagenheizung -, schuldet er dessen Beseitigung im Rahmen seiner Erfüllungspflicht gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB unabhängig davon, ob die Mangelursache in seinem eigenen oder im Gefahrenbereich des Mieters zu suchen ist²²². Insofern ist es lediglich die Sache des Vermieters, zu entscheiden, wie er seiner Instandsetzungspflicht im Einzelnen - beispielsweise durch eine Reparatur oder den Austausch von Teilen - nachkommen will²²³.

Gemessen hieran war die Beklagte gehalten, die Funktionsfähigkeit der Gasetagenheizung wiederherzustellen, und durfte den Klägern zur Erfüllung der sie treffenden Instandsetzungspflicht nicht eine andere Art der Wärme- und Warmwasserversorgung in Form des Anschlusses an die Zentralheizung anbieten. Die Beklagte konnte sich insofern auch nicht auf eine zum Zeitpunkt ihres Angebots bestehende Pflicht der Kläger zur Duldung des von ihr angebotenen Anschlusses an die zentrale Wärme- und Warmwasserversorgung berufen. Eine Duldungspflicht gemäß § 555d Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB bestand

²²⁰ BGH v. 19.7.2022 – VIII ZR 194/21, ZMR 2023, 27.

²²¹ vgl. BGH v. 25.11.2015 - IV ZR 169/14, NJW-RR 2016, 511 Rz. 9.

²²² vgl. BGH v. 19.11.2014 - VIII ZR 191/13.

²²³ vgl. Staudinger/V. *Emmerich*, Stand: 18. März 2022, BGB, § 535 BGB Rz. 31.

zu diesem Zeitpunkt - entgegen der Ansicht der Revision -, wie bereits ausgeführt, nicht.

4.3 Flächenabweichung und Doppelvermietung

Eine Flächenabweichung von mehr als 10% führt zu einem Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB, der den Mieter grundsätzlich berechtigt, um Umfang der Abweichung die Miete zu mindern. Entsteht die Flächenabweichung bereits zu Beginn des Mietvertrages, weil ein Teil der Räume einem anderen Mietobjekt zugeschlagen wurde, entsteht dadurch kein Rechtsmangel in der Form der Doppelvermietung²²⁴.

Nach § 536 Abs. 3 BGB liegt ein Rechtsmangel vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird. Dabei führt die bloße Existenz des Rechts eines Dritten noch nicht zu einem Rechtsmangel gemäß § 536 Abs. 3 BGB. Dieser entsteht vielmehr erst dann, wenn der Dritte sein Recht in einer Weise geltend macht, die zu einer Beeinträchtigung des Gebrauchs durch den Mieter führt²²⁵.

Danach liegt im vorliegenden Fall kein Rechtsmangel iSv § 536 Abs. 3 BGB vor²²⁶. Die von dem Mieter behauptete Gebrauchsbeeinträchtigung beruht nicht darauf, dass ein Dritter aufgrund eines ihm zustehenden dinglichen Rechts oder schuldrechtlichen Anspruchs²²⁷ ein Alleinnutzungsrecht an der an den Mieter überlassenen Mietsache geltend macht. Vielmehr wurden dem Mieter die gemieteten Räumlichkeiten vollständig zum vertragsgemäßen Gebrauch übergeben. Aufgrund der nach Abschluss des Mietvertrags vorgenommenen Umbauarbeiten hat sich lediglich die Grundfläche eines Übungsraums um ca. 10 m² verkleinert, weil diese Fläche dem angrenzenden Mietobjekt zugeschlagen worden ist. Damit liegt kein Fall der Doppelvermietung vor, der als Rechtsmangel angesehen wird. Die Vermieterin hat die fehlende Fläche nicht an zwei verschiedene Mieter vermietet, sondern nur aufgrund baulicher Maßnahmen die Flächengröße der gemieteten Räumlichkeiten nachträglich verändert.

²²⁴ BGH v. 25.11.2020 – XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

²²⁵ BGH v. 23.12.1998 - XII ZR 49/97, NJW-RR 1999, 845.

²²⁶ BGH v. 25.11.2020 – XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

²²⁷ vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 282 f.

Auch der BGH hat in der Vergangenheit bei der Miete von Räumen die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten durch die dem Mieter vom Vermieter tatsächlich überlassene Fläche stets als Sachmangel iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB behandelt²²⁸. Diese Rechtsprechung bezieht sich nicht nur auf Fälle, in denen die Mietflächenabweichung auf einer Falschberechnung der Fläche einer ansonsten vertragsgemäß und vollständig übergebenen Mietsache beruhte, sondern auch auf Sachverhalte, in denen die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Mietfläche - wie hier - durch Umbauarbeiten verursacht wurde, die nach Abschluss des Mietvertrags durchgeführt wurden²²⁹.

4.4 Flächenabweichung unter 10%

Nach den getroffenen Feststellungen liegt aufgrund der Flächenabweichung ein Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, wobei die Flächenabweichung weniger als 10% beträgt. Durch die Bezeichnung des Mietobjekts in § 1 des Mietvertrags und dem als Anlage 1 beigefügten Grundrissplan haben die ursprünglichen Vertragsparteien eine verbindliche Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich Größe, Raumgestaltung und Zuschnitt getroffen und damit die geschuldete Leistung festgelegt. Die in dem Grundrissplan enthaltenen Flächenangaben dienten nicht lediglich der Beschreibung des Mietobjekts, sondern wurden auch vertraglich vereinbart. Tatsächlich weist jedoch die Nutzfläche eines der beiden Übungsräume entgegen der vereinbarten Größe von ca. 88,5 m² eine um ca. 10 m² kleinere Fläche auf, weshalb das Mietobjekt nicht der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit entspricht. Dass die vereinbarten Nutzflächen in dem Grundrissplan nur mit einem Circa-Maß angegeben sind, steht der Annahme eines Sachmangels nicht entgegen²³⁰.

Trotz des Vorliegens eines Sachmangels erfolgt eine Minderung der Miete nur dann, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt wird (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB) und diese Gebrauchsbeeinträchtigung gemäß § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht nur unerheblich ist²³¹. Die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden

²²⁸ BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 (2153); BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 14; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1948; BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 16 m.w.N.

²²⁹ vgl. BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152; BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, NZM 2005, 861.

²³⁰ vgl. BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 16 m.w.N.

²³¹ vgl. BGHZ 195, 50 = NJW 2013, 44 Rz. 41.

Äquivalenzprinzips. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den beiderseitigen Leistungen bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werden²³². Für eine reduzierte Nutzungsmöglichkeit soll der Mieter auch nur eine reduzierte Miete leisten müssen. Daher scheidet eine Herabsetzung der Miete während der Zeit, in der der Mieter die Mietsache trotz Vorliegens eines Mangels uneingeschränkt vertragsgemäß nutzen kann, aus²³³. Deshalb hat der Mieter neben dem Vorliegen eines konkreten Sachmangels darzulegen, dass die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt ist; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung braucht er hingegen nicht vorzutragen²³⁴. Für das Vorliegen von Umständen, die eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs als unerheblich erscheinen lassen, trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast²³⁵.

Für den Anspruch des Wohnraummieters auf Minderung wegen einer tatsächlich geringeren Wohnfläche als der vertraglich vereinbarten hat der BGH allerdings entschieden, dass ein abweichendes Flächenmaß die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch bereits dann erheblich mindert, wenn die tatsächliche Fläche um mehr als 10 % hinter der vertraglich vereinbarten Größe zurückbleibt²³⁶. Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, bedarf es dann nicht²³⁷. Diese im Interesse der Praktikabilität und Rechtssicherheit gezogene Grenze von 10% legt der VIII. Zivilsenat auch dann zugrunde, wenn die Wohnfläche im Mietvertrag nur mit „ca.“ angegeben ist²³⁸. Zur Begründung verweist er darauf, dass die vereinbarte Fläche ein wesentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Räume sei. Daher spreche bei einem erheblichen Flächendefizit bereits eine tatsächliche Vermutung für eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit, die der Mieter nicht gesondert belegen müsse.

²³² BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 18 m.w.N.

²³³ BGH v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NJW 2011, 514 Rz. 13.

²³⁴ vgl. BGH v. 27.7.2016 - XII ZR 59/14, NJW-RR 2016, 1291 Rz. 5 m.w.N.

²³⁵ BGH v. 15.10.2008 - XII ZR 1/07, NJW 2009, 664 Rz. 20.

²³⁶ BGH v. 30.5.2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rz. 16; BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rz. 14; BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, NJW 2004, 1947 (1948).

²³⁷ BGH v. 28.9.2005 - VIII ZR 101/04, NZM 2005, 861.

²³⁸ BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 133/03, NJW 2004, 1947 (1948).

Dieser Rechtsprechung hat sich der XII Senat für Flächenabweichungen in der Gewerberaummiete angeschlossen²³⁹.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei einer Flächenunterschreitung von weniger als 10% eine Mietminderung grundsätzlich ausgeschlossen ist²⁴⁰. Diese Rechtsprechung hat nur zur Folge, dass bei Flächenabweichungen, die diese Grenze von 10% überschreiten, der Mieter nicht gesondert darlegen muss, die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch sei infolge der Flächenabweichung gemindert. Bleibt die Flächenabweichung - wie im vorliegenden Fall - hinter dieser Grenze zurück, kann sich der Mieter dagegen nicht auf diese tatsächliche Vermutung einer Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache berufen. Er muss dann im jeweiligen Einzelfall konkret darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass durch die Flächenabweichung der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt ist²⁴¹.

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

4.5 Feststellung der Minderung im selbständigen Beweisverfahren

Zwar wird in der landgerichtlichen Rechtsprechung teilweise vertreten, Feststellungen zur Minderungshöhe könnten nicht Gegenstand eines

²³⁹ vgl. BGH v. 4.5.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 (2153); BGH v. 18.7.2012 - XII ZR 97/09, NJW 2012, 3173 Rz. 14 ff.

²⁴⁰ BGH v. 25.11.2020 – XII ZR 40/19, WuM 2021, 97 = GE 2021, 175.

²⁴¹ OLG Dresden, NJW-RR 2019, 1294 (1296); OLG Dresden, NJW-RR 2015, 141 (143); OLG Düsseldorf, GE 2012, 616 (617); KG, NJW-RR 2005, 1681.

selbständigen Beweisverfahrens gemäß § 485 ZPO sein²⁴². Begründet wird dies damit, dass die Beurteilung, in welchem Umfang die Miete aufgrund eines Mangels der Mietsache gemäß § 536 BGB gemindert sei, eine Rechtsfrage darstelle, deren Beantwortung dem Gericht obliege.

Vorherrschend ist dagegen die Auffassung, wonach § 485 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit eröffne, in einem selbständigen Beweisverfahren auch die Höhe der Mietminderung durch einen Sachverständigen begutachten zu lassen²⁴³.

Der Senat folgt der herrschenden Meinung²⁴⁴.

Die Höhe der Mietminderung richtet sich wesentlich nach dem Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung. Dieses festzustellen wird dem Gericht vielfach nur auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens zu den Auswirkungen des Mangels auf die Möglichkeit zum Gebrauch der Mietsache möglich sein. Angaben des Sachverständigen dazu, wie die durch den Mangel hervorgerufene Nutzungseinschränkung prozentual zu bewerten ist, sind dabei in der Praxis üblich und können dem Gericht zumindest eine Orientierungshilfe bei der Bestimmung der angemessenen Mietminderung sein. Dementsprechend wird es im Mietprozess ohne weiteres als zulässig und im Einzelfall sogar als geboten erachtet, einen Sachverständigen zur Klärung des Minderungsbetrags heranzuziehen²⁴⁵. Für das selbständige Beweisverfahren gilt insoweit nichts Anderes.

Der Wortlaut des § 485 Abs. 2 ZPO steht einer Beweiserhebung nicht entgegen. Feststellungen zur Höhe der Minderung betreffen den Zustand bzw. den Wert einer Sache im Sinne von § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Die Höhe der Mietminderung knüpft unmittelbar an den Zustand der Mieträume an²⁴⁶, auf

²⁴² LG Berlin, MDR 1991, 444; LG Saarbrücken, WuM 1992, 144, 145; LG Hamburg v. 27.7.2011 – 333 T 43/11, BeckRS 2012, 8455.

²⁴³ KG, NJW-RR 2000, 513; BeckOK/Kratz [1.3.2021], § 485 ZPO Rz. 37; Stein/Jonas/Berger, 23. Aufl., § 485 ZPO Rz. 27; Wieczorek/Schütze/Ahrens, 4. Aufl., § 485 ZPO Rz. 46; Zöller/Herget, 33. Aufl., § 485 ZPO Rz. 9; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 520; Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 536 BGB Rz. 66d; Bub/Treier/Fischer/Günter, Hb der Geschäfts- und Wohnraummietsache, 5. Aufl., Kap. XI Rz. 217; Guhling/Günter/Nober, Gewerberaummietsache, 2. Aufl., Kap. 5 Rz. 14; Scholl, NZM 1999, 108 (109).

²⁴⁴ OLG Saarbrücken v. 5.5.2021 – 2 W 11/21, MDR 2021, 998.

²⁴⁵ vgl. BGH v. 27.2.1991 – XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779; BGH v. 11.6.1997 – XII ZR 254/95, NJWE-MietR 1997, 202.

²⁴⁶ vgl. OLG Frankfurt v. 30.1.2017 – 12 W 34/16, BeckRS 2017, 102285 Rz. 9.

deren Wert sie sich zudem – jedenfalls mittelbar – auswirkt. Daneben ist die Bestimmung der Mietminderung zumindest im weiteren Sinne dem Bereich der Schadensfeststellung gemäß § 485 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO zuzuordnen.

Auch der Normzweck spricht für die Zulässigkeit einer Begutachtung der Minderungshöhe. § 485 Abs. 2 ZPO stellt eine Sonderregelung für die Fälle dar, in denen ein selbständiges Beweisverfahren unabhängig vom drohenden Verlust eines Beweismittels zweckmäßig erscheint, weil es eine vorprozessuale Einigung der Parteien erleichtert²⁴⁷. Voraussetzung für die Beweiserhebung ist, dass einer der in § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO genannten Fälle vorliegt und dass der Antragsteller ein rechtliches Interesse an der zu treffenden Feststellung hat. Der Begriff des rechtlichen Interesses ist dabei weit zu fassen²⁴⁸. § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO bestimmt ergänzend, dass ein rechtliches Interesse anzunehmen ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann. Dies wird bei gutachterlichen Feststellungen zur Höhe der Mietminderung nicht selten der Fall sein, sofern es den Parteien gelingt, auf der Grundlage des Gutachtens einvernehmlich einen bestimmten Minderungsbetrag festzulegen²⁴⁹.

4.6 Minderungsausschluss in der Gewerberaummieta

In der Geschäftsraummieta darf die Befugnis zur Einbehaltung der Mieta, ohne dass der Mangel unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist, zur Sicherung des sog. "cash-flows" auf Vermieterseite eingeschränkt werden, wenn dem Mieter für den Fall der gerichtlichen Feststellung ein Rückforderungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verbleibt. Minderungsbeschränkungen in Geschäftsraummietverträgen, die den Mieter bei Vorliegen eines den Gebrauch einschränkenden Mangels einstweilen zur Zahlung der vollen Mieta verpflichten und ihn wegen der überzahlten Mieta auf einen Rückzahlungsanspruch verweisen, benachteiligen den Mieter daher nicht unangemessen²⁵⁰. Nur ein endgültiger Ausschluss der Minderung, der dem Geschäftsraummieter bei Vorliegen eines den vertragsgemäßen Gebrauch einschränkenden Mangels

²⁴⁷ BGH v. 20.10.2009 – VI ZB 53/08, NJW-RR 2010, 946 Rz. 6.

²⁴⁸ BGH v. 14.3.2018 – V ZB 131/17, NJW 2018, 1749 Rz. 11; BGH v. 20.10.2009 – VI ZB 53/08, aaO; BGH v. 16.9.2004 – III ZB 33/04, NJW 2004, 3488 Rz. 2.

²⁴⁹ vgl. hierzu auch OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1674.

²⁵⁰ BGH NJW-RR 1993, 519, 520; OLG Hamm NJW-RR 1998, 1020; KG NZM 2002, 526; OLG Düsseldorf MDR 2005, 1045; OLG Karlsruhe MDR 2006, 745.

auch den Rückzahlungsanspruch verwehrt, benachteiligt den Mieter unangemessen gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB²⁵¹ und ist damit unwirksam. Denn die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips und hat daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen²⁵².

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ergibt, dass der Minderungsausschluss in § 10 Nr. 1 MV wirksam ist²⁵³.

Es ist namentlich unschädlich, dass § 10 Nr. 1 MV nicht ausdrücklich klarstellt, dass dem Mieter noch ein Bereicherungsanspruch verbleibt. Eine derartige explizite Klarstellung ist grundsätzlich nicht erforderlich²⁵⁴. Eine Ausnahme gilt wegen § 305c Abs. 2 BGB indessen dann, wenn die Klausel zwar auch so verstanden werden kann, dass ein Bereicherungsanspruch verbleibt, eine Gesamtschau der AGB des Vermieters jedoch einen vollständigen Ausschluss des Minderungsrechts nahelegt. Letzteres hat der BGH²⁵⁵ etwa für eine Klausel mit folgendem Inhalt angenommen:

"Der Mieter kann gegenüber den Ansprüchen der Vermieterin ... kein Minderungsrecht gegenüber Mängeln der Mietsache geltend machen, es sei denn, die Vermieterin hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten. ...".

Weil der vorgenannten Klausel im unmittelbaren Absatz davor noch eine weitere Klausel über den Ausschluss von Schadensersatzansprüchen vorausgegangen war, habe - so der BGH - dort aus Sicht des Mieters vieles dafür gesprochen, dass auch das Minderungsrecht abschließend auf vorsätzlich oder grobfahrlässig zu vertretende Mängel beschränkt worden sei.

So verhält es sich bzgl. § 10 Nr. 1 MV allerdings gerade nicht²⁵⁶: Zwar ist in § 18 MV zusätzlich ein teilweiser Haftungsausschluss bzgl. Schadensersatzansprüchen wegen Mängeln geregelt, soweit der Vermieter insoweit nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Dieser

²⁵¹ BGH, NJW 2008, 2254 Rz. 16 ff.

²⁵² BGH, NZM 2008, 609; BGH, NJW 2008, 2254 Rz. 16 ff m.w.N. in Rz. 18 f.; LG Hamburg, NZM 2004, 948 f.

²⁵³ OLG Düsseldorf v. 24.5.2022 – 24 U 368/20, IMR 2023, 100.

²⁵⁴ BGHZ 91, 375 (383); OLG Karlsruhe v. 20.9.2005 - 1 U 69/05, 2. amtlicher Leitsatz.

²⁵⁵ BGH v. 12.3.2008 - XII ZR 147/50 Rz. 16 ff.

²⁵⁶ OLG Düsseldorf v. 24.5.2022 – 24 U 368/20, IMR 2023, 100.

Ausschluss von bestimmten Schadensersatzansprüchen geht der Beschränkung des Minderungsrechts jedenfalls nicht unmittelbar im Vertragswerk voraus, so dass sich eine entsprechende Rückbeziehung wie im o.g. BGH-Fall hier verbietet.

Die Wirksamkeit der Beschränkung der Minderung in § 10 Nr. 1 MV scheitert auch nicht etwa an § 309 Nr. 3 BGB, weil dem Mieter zusätzlich auch eine Aufrechnung abgeschnitten würde²⁵⁷. Zum einen gilt § 309 Nr. 3 BGB nicht im kaufmännischen Verkehr. Soweit man dessen Wertung zumindest i.R.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hier zu berücksichtigen hat, ist zu beachten, dass es im kaufmännischen Verkehr sogar zulässig wäre, den Mieter wegen eines streitigen Minderungsbetrages generell auf eine besondere Klage gegen den Vermieter zu verweisen²⁵⁸. Zum anderen lässt § 10 Nr. 1 MV Aufrechnungen u.a. mit unbestrittenen bzw. rechtskräftig festgestellten Forderungen des Mieters explizit zu.

4.7 Unterbringungskosten als Schaden des Untermieters

Dem ehemaligen Untermieter der Beklagten (Mieter) ist ein ersatzfähiger Schaden entstanden, weil der erforderlichen Zurechnungszusammenhang zwischen den Unterkunftskosten bei der städtischen Einrichtung und der Pflichtverletzung der Beklagten gegeben ist²⁵⁹.

Die zur Vermeidung einer Obdachlosigkeit erfolgte "Notunterbringung" der Familie T. in einer öffentlichen Unterkunft ist eine adäquat kausale Folge des durch die Pflichtwidrigkeit der Beklagten bedingten Wohnungsverlusts. Denn es ist dem vormaligen Untermieter nach dem Verlust der von der Beklagten angemieteten Wohnung nicht gelungen, für sich und seine Familie in Hamburg eine Wohnung zu finden. Die hierdurch ausgelösten Kosten unterfallen auch dem Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht der Beklagten (§ 536a Abs. 1, § 536 Abs. 3 BGB). Obgleich der ehemalige Untermieter keine neuen Räume angemietet hat, sondern ihm eine Notunterkunft der Freien und Hansestadt

²⁵⁷ vgl. allgemein dazu Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 15. Aufl., § 536 BGB Rz. 462 m.w.N.

²⁵⁸ OLG Düsseldorf v. 24.5.2022 – 24 U 368/20, IMR 2023, 100.

²⁵⁹ BGH v. 21.06.2023 – VIII ZR 303/21, MDR 2023, 1105.

Hamburg zugewiesen wurde, sind die hierfür angefallenen Kosten somit dem Grunde nach ein ersatzfähiger Schaden²⁶⁰.

In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Bestimmung die Haftung gestützt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist²⁶¹. Die Schadensersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob die verletzte Bestimmung überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Bestimmung das verletzte Rechtsgut schützen soll. Darüber hinaus muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung beziehungsweise der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen. Der Schaden muss in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein "äußerlicher", gleichsam "zufälliger" Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten²⁶².

Bei der Verletzung vertraglicher Pflichten hängt die Ersatzpflicht des Schädigers davon ab, dass die verletzte Vertragspflicht das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte. Der Schädiger hat nur für die Einbußen einzustehen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen²⁶³. Maßgebend ist somit die vertragliche Interessenlage der Parteien und der damit korrespondierende Vertragszweck. Denn in gleicher Weise, wie der Vertragszweck Entstehen, Entwicklung und Untergang der primären Pflichten

²⁶⁰ BGH v. 21.06.2023 – VIII ZR 303/21, MDR 2023, 1105.

²⁶¹ vgl. BGH v. 22.4.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137 (139 ff.); BGH v. 4.7.1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126 unter II 4 a; BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 11.6.2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 24; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14.

²⁶² BGH v. 21.06.2023 – VIII ZR 303/21, MDR 2023, 1105 m.w.N.

²⁶³ vgl. BGH v. 30.1.1990 - XI ZR 63/89, NJW 1990, 2057 unter I 2 b; BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 Rz. 14; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 104.

festlegt, werden hierdurch auch die ihrer Sanktion dienenden sekundären Schadensersatzverbindlichkeiten ihrem Umfang nach bestimmt.

Die vorgenannte haftungsrechtliche Zurechnung wird nicht schlechthin dadurch ausgeschlossen, dass außer der in Rede stehenden Handlung - hier der Beklagten - noch weitere Ursachen zu dem eingetretenen Schaden beigetragen haben. Dies gilt auch dann, wenn der Schaden erst durch das (rechtmäßige oder rechtswidrige) Dazwischentreten eines Dritten oder des Geschädigten verursacht wird. Der Zurechnungszusammenhang fehlt auch in derartigen Fällen nur, wenn die zweite Ursache - hier die Notunterbringung der Familie T. - den Geschehensablauf so verändert hat, dass der Schaden bei wertender Betrachtung nur noch in einem "äußerlichen", gleichsam "zufälligen" Zusammenhang zu der durch die erste Ursache geschaffenen Gefahrenlage steht. Wirken dagegen in dem Schaden die besonderen Gefahren fort, die durch die erste Ursache gesetzt wurden, kann der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang nicht verneint werden²⁶⁴.

Nach diesen Maßstäben besteht ein haftungsrechtlicher Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten und dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden²⁶⁵. In der Belastung mit den Kosten der Unterbringung in einer öffentlichen Einrichtung zur Vermeidung sonst drohender Obdachlosigkeit wirkt die durch die Beklagte begangene schuldhaftige Vertragspflichtverletzung fort. Der Schaden stammt aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung diese verletzte Vertragspflicht besteht.

Die Beklagte war infolge der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch den Hauptvermieter nicht mehr in der Lage, dem Untermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung zu gewähren (§ 536a Abs. 1, § 536 Abs. 3 BGB). Mit dem somit verletzten Gebrauchserhaltungsinteresse des Untermieters stehen die in der Folge angefallenen Unterbringungskosten in einem inneren Zusammenhang. Denn ebenso wie der einem Mieter zustehende Gebrauchsüberlassungsanspruch ist auch die Unterbringung in einer "Notunterkunft" nicht auf Dauer angelegt. Diese dient lediglich der

²⁶⁴ vgl. BGH v. 17.12.2013 - VI ZR 211/12, BGHZ 199, 237 Rz. 55; BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 Rz. 15; BGH v. 8.5.2018 - VI ZR 295/17, VersR 2018, 1067 Rz. 27; jeweils m.w.N.

²⁶⁵ BGH v. 21.06.2023 - VIII ZR 303/21, MDR 2023, 1105.

vorübergehenden Unterbringung, um drohende oder bereits eingetretene Obdachlosigkeit abzuwenden²⁶⁶. Im Zeitpunkt der Unterbringung des vormaligen Untermieters wirkte die seitens der Beklagten (schuldhaft) geschaffene Gefahrenlage noch fort. Durch die Unterbringung wurde lediglich der Besitzverlust des bisherigen Mieters ausgeglichen.

An dem gebotenen inneren Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten und dem Schaden auf Seiten des ehemaligen Untermieters fehlt es nicht deshalb, weil dieser infolge seiner "Notunterbringung" nicht (mehr) die Rechte und Pflichten eines Mieters i.S.d. §§ 535 ff. BGB hatte. Die veränderte (Rechts-)Stellung war Folge des Umstands, dass die Familie T. nach den rechtsfehlerfreien und insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts als SGB II-Leistungsempfänger in Hamburg auf dem freien Wohnungsmarkt eine Wohnung nicht hat finden können und demzufolge - wie auch die Revisionserwiderung ausführt - durch einen "öffentlich-rechtlichen Träger" einer - vom Berufungsgericht so bezeichneten - "Notunterkunft" zwecks Vermeidung von Obdachlosigkeit "zugewiesen" wurde²⁶⁷.

Somit war der Bezug von Räumlichkeiten bei "fördern und wohnen" nicht Ausfluss einer freien Interessenausübung des ehemaligen Untermieters. Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Fallkonstellation von denjenigen, die den vom Berufungsgericht zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht herangezogenen Entscheidungen des Senats zur fehlenden Ersatzfähigkeit von Maklerkosten, die durch den Mieter zum Zwecke des Eigentumserwerbs von Ersatzwohnraum aufgewendet wurden, zu Grunde lagen²⁶⁸ (). In den dortigen Fällen nahm der Mieter den Verlust der Wohnung zum Anlass, seinen künftigen Wohnbedarf in von ihm zu Eigentum erworbenen Räumlichkeiten zu verwirklichen. Demgegenüber stehen vorliegend keine eigenen Interessen des (Unter-)Mieters in Rede, die er mit seinem Vorgehen verfolgt hat und die den gebotenen inneren Zusammenhang zur Pflichtverletzung der Beklagten unterbrechen könnten. Vielmehr hatte er keine (Aus-)Wahlmöglichkeit und war mangels anderweitiger Alternativen auf die "Notunterbringung" angewiesen.

²⁶⁶ vgl. OVG Greifswald, NJW 2010, 1096, 1097; VGH Mannheim v. 27.11.2019 - 1 S 2192/19, NVwZ-RR 1996, 439 (440) = juris Rz. 18.

²⁶⁷ BGH v. 21.06.2023 – VIII ZR 303/21, MDR 2023, 1105.

²⁶⁸ vgl. BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, NJW 2021, 1232 Rz. 28 ff.; BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, NJW-RR 2021, 201 Rz. 30 ff.

An einem Schaden des ehemaligen Untermieters der Beklagten fehlt es schließlich nicht deshalb, weil - mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit - nicht er, sondern die Klägerin die Unterkunftskosten nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II übernommen und gemäß § 22 Abs. 7 SGB II direkt an "fördern und wohnen" gezahlt hat.

Denn auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit - hier der Pflicht zur Tragung der Unterbringungskosten - ist ein zu ersetzender Schaden. Dies gilt auch dann, wenn der Belastete - hier der ehemalige Untermieter - weder Vermögen noch Einkommen hat und daher nicht leistungsfähig ist²⁶⁹. Nach dem in § 843 Abs. 4 BGB zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Rechtsgedanken wird der Schädiger nicht schon deshalb von seiner Schadensersatzpflicht frei, weil dritte Personen oder die Gemeinschaft dafür Sorge tragen, dass sich die Beeinträchtigung für den Betroffenen nicht nachhaltig auswirkt²⁷⁰.

5 Verjährung

5.1 Anwendbarkeit des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB bei Beschädigung der Mietsache

Die von § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehene Verjährung von sechs Monaten beginnt - unabhängig von der Anspruchsentstehung²⁷¹ - mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält (§ 548 Abs. 1 Satz 2, § 200 Satz 1 BGB). Der kurzen Verjährung unterliegen nicht nur mietvertragliche Ansprüche wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, sondern auch aus demselben Sachverhalt herrührende konkurrierende Ansprüche des Vermieters aus unerlaubter Handlung²⁷². Nach dieser Maßgabe ist eine Anspruchsverjährung gemäß § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB im Streitfall nicht eingetreten, denn die Kläger haben die Mietwohnung im Sinne dieser Vorschrift nicht zurückerhalten.

²⁶⁹ vgl. BGH v. 10.10.1985 - IX ZR 153/84, NJW 1986, 581 unter 3 a; BGH v. 11.6.1986 - VIII ZR 153/85, NJW-RR 1987, 43 unter II 2 a; BGH v. 13.12.2004 - II ZR 17/03, NJW 2005, 981 unter II 1; BGH v. 29.6.2022 - XII ZR 6/21, NJW-RR 2022, 1236 Rn. 36; Grüneberg/*Grüneberg*, 82. Aufl., § 249 BGB Rz. 4.

²⁷⁰ vgl. BGH v. 13.7.2004 - VI ZR 273/03, NJW 2004, 3176 unter II 2 b cc [zu einem Anspruchsübergang auf einen Sozialhilfeträger].

²⁷¹ BGH v. 19.1.2005 - VIII ZR 114/04, BGHZ 162, 30 (35 ff.); BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 9.

²⁷² st. Rspr.; siehe nur BGH v. 29.6.2011 - VIII ZR 349/10, NZM 2011, 639 Rz. 12 m.w.N.

Die erhobenen Ansprüche sind auch nicht gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB bereits während des laufenden Mietverhältnisses verjährt, weil sich die den Schaden auslösende Pflichtverletzung mehr als 30 Jahre vor der Klageerhebung zugetragen habe²⁷³. Nach § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB verjähren sonstige (also andere als die § 199 Abs. 2 BGB genannten) Schadensersatzansprüche, unter anderem aus der Verletzung des Eigentums, ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Diese Bestimmung kommt im Streitfall indes nicht zum Tragen.

Die Vorschrift des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB ist aber hier nicht anwendbar, weil § 548 BGB für bestimmte mietrechtliche Ansprüche eine abschließende Sonderregelung enthält, die der allgemeinen Bestimmung des § 199 Abs. 3 BGB vorgeht, so dass eine Verjährung solcher Ansprüche vor der Rückgabe der Mietsache nicht eintreten kann²⁷⁴. Dafür sprechen nicht nur der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 548 Abs. 1 BGB. Dies folgt vielmehr insbesondere auch aus der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck der Vorschrift (nachfolgend unter).

Bereits der Wortlaut des § 548 Abs. 1 BGB deutet darauf hin, dass es sich um eine abschließende Regelung der Verjährung mietvertraglicher Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache handelt. Hätte der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen § 548 Abs. 1 BGB und den in § 199 Abs. 2 bis 4 BGB normierten Höchstfristen, wie das Berufungsgericht meint, dahin verstanden wissen wollen, dass Ersatzansprüche des Vermieters schon während des laufenden Mietverhältnisses nach den § 199 Abs. 2 bis 4 BGB und - sofern danach nicht verjährt - zusätzlich ab Rückgabe der Mietsache nach § 548 Abs. 1 BGB verjähren, hätte es nahegelegen, dass dies, wie die Revision zu Recht geltend macht, im Wortlaut des § 548 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gebracht worden wäre, sei es durch eine Wendung wie "spätestens"²⁷⁵ oder durch einen Verweis auf im Allgemeinen Teil des

²⁷³ BGH v. 31.8.2022 – VIII ZR 132/20, GE 2022, 1049 = ZMR 2023, 24.

²⁷⁴ BGH v. 31.8.2022 – VIII ZR 132/20, GE 2022, 1049 = ZMR 2023, 24.

²⁷⁵ Witt, NZM 2012, 545, 546; Peters in Festschrift "10 Jahre Mietrechtsreformgesetz", 2011, S. 353, 355; Gsell, NZM 2010, 71 (77) [zu § 548 Abs. 2 BGB]; siehe auch Lehmann-Richter, NZM 2009, 761 (763).

Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelte Verjährungshöchstfristen²⁷⁶. An einem solchen Anhaltspunkt im Wortlaut des § 548 Abs. 1 BGB fehlt es jedoch.

Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht gegen eine Verjährung der von § 548 Abs. 1 BGB erfassten Ansprüche, wenn zwar die von § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB vorgesehene Frist von 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an bereits im laufenden Mietverhältnis verstrichen ist, der Vermieter der Mietsache jedoch nicht zurückerhalten hat.

Der historische Gesetzgeber hat, wie sich aus den Protokollen zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt, allerdings zunächst erwogen, in der Vorgängerregelung zu § 548 BGB (§ 558 BGB aF) vorzusehen, dass die Verjährungsfrist 30 Jahre von dem Zeitpunkt an betrage, in welchem der Anspruch entstanden sei, wenn er nicht nach Ablauf der kurzen sechsmonatigen Frist bereits früher verjährt sei²⁷⁷. Dem lag der Gedanke zugrunde, dass die Abkürzung der Verjährungsfrist nicht dazu führen dürfe, dass der Anspruch noch zu einer Zeit geltend gemacht werden könne, zu der er bei Anwendung der Vorschriften über die regelmäßige Verjährung von damals 30 Jahren (vgl. § 195 BGB in der Fassung vom 18. August 1896, RGBl. S. 195; im folgenden aF) schon verjährt wäre.

Diesen Vorschlag hat der historische Gesetzgeber jedoch ausdrücklich verworfen und hierzu ausgeführt, die vorgeschlagene Bestimmung erlange nur in so seltenen Fällen praktische Bedeutung, dass sich die Streichung rechtfertige, auch wenn dies zu der - praktisch ganz unbedenklichen - Folge führe, dass ein Anspruch noch 30 Jahre nach seiner Entstehung geltend gemacht werden könne. Der Gesetzgeber war sich somit dieser Fallgestaltung bewusst und hat sich dennoch ausdrücklich gegen eine parallele Anwendbarkeit einer Verjährungshöchstfrist von 30 Jahren entschieden. Er hat auch spätere Änderungen des § 558 BGB aF beziehungsweise des Verjährungsrechts nicht zum Anlass genommen, die mietrechtliche Sondervorschrift für eine weitere,

²⁷⁶ vgl. etwa BGH v. 21.6.2018 - IX ZR 171/16, WM 2018, 1372 Rz. 3 f. [zur Nichtanwendbarkeit der Verjährungshöchstfristen des § 199 Abs. 3 BGB neben der in § 62 Satz 2 InsO geregelten Verjährungsfrist].

²⁷⁷ vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 841 f.; *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S. 510.

bereits vor Rückerhalt der Mietsache beginnende Verjährungsfrist zu öffnen. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung würde unterlaufen, wenn die von § 548 Abs. 1 BGB erfassten Ansprüche bereits vor dem Zeitpunkt, zu dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält, verjähren könnten.

Die Anwendung der Verjährungshöchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB auf die von § 548 Abs. 1 BGB erfassten Ansprüche des Vermieters ist auch mit der Gesetzessystematik nicht zu vereinbaren.

Dies ergibt sich, wie die Revision zu Recht hervorhebt, bereits aus dem Umstand, dass die Verjährungshöchstfristen der § 199 Abs. 2 bis 4 BGB im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs normiert sind, während § 548 BGB speziellere Regelungen für bestimmte mietrechtliche Fallgestaltungen trifft. Der Gesetzgeber hat die allgemeinen Regeln des § 199 BGB "vor die Klammer" gezogen, wodurch zum Ausdruck kommt, dass diese Bestimmungen nur Anwendung finden, soweit hiervon gesetzlich nichts Abweichendes bestimmt ist²⁷⁸.

Eine von der Gesetzessystematik abweichende Deutung kann auch der Stellungnahme des Rechtsausschusses des Bundestags zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes²⁷⁹ nicht entnommen werden. Die im Gesetzgebungsverfahren ursprünglich vorgesehene amtliche Überschrift des § 199 BGB "Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist"²⁸⁰ ist zwar auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags um den Zusatz "Verjährungshöchstfristen" ergänzt worden²⁸¹. Dazu hat der Rechtsausschuss des Bundestags ausgeführt: "Die bisherige Überschrift soll um den Zusatz 'und Höchstfristen' ergänzt werden. Denn § 199 BGB-E regelt nicht allein den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist, sondern auch besondere Verjährungsfristen, die als Höchstfristen erwähnt werden sollen."

Dies vermag den Anwendungsvorrang des § 548 Abs. 1 BGB jedoch nicht einzuschränken. Zwar handelt es sich bei den Verjährungshöchstfristen des § 199 Abs. 2 bis 4 BGB um besonders gestaltete, eigenständige

²⁷⁸ vgl. Eрман/*Schmidt-Räntsch*, 16. Aufl., § 199 BGB Rz. 32a; siehe auch BGH v. 21.6.2018 - IX ZR 171/16, WPM 2018, 1372 Rz. 3 f..

²⁷⁹ BT-Drucks. 14/7052, S. 180.

²⁸⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 3.

²⁸¹ BT-Drucks. 14/7052, S. 180.

Verjährungsfristen²⁸². Die Vorschrift des § 199 Abs. 3 BGB bestimmt jedoch, wie der Senat bereits ausgesprochen hat, lediglich Höchstfristen der regelmäßigen Verjährung²⁸³ und gilt damit nicht für Regelungen, die besondere Vorschriften für die Verjährung enthalten.

Weder die im Gesetzgebungsverfahren erweiterte amtliche Überschrift noch die Bezeichnung als "besondere Verjährungsfristen" in der Stellungnahme des Rechtsausschusses vermögen die Annahme zu tragen, dass auch von der mietrechtlichen Sonderbestimmung des § 548 Abs. 1 BGB erfasste Ansprüche des Vermieters bereits vor Rückgabe der Mietsache nach Maßgabe der im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB vorgesehenen Verjährungshöchstfrist von 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an verjähren könnten. Dies hätte zur Folge, dass für die von § 548 Abs. 1 BGB erfassten Ansprüche des Vermieters zwei Verjährungsfristen parallel gälten. Mehrere nebeneinander geltende Verjährungsfristen sieht § 199 BGB in seinen Absätzen 1 bis 4 jedoch allein für bestimmte der Regelverjährung unterliegende Ansprüche vor. Daraus folgt, dass die Verjährungshöchstfristen der § 199 Abs. 2 bis 4 BGB nur § 199 Abs. 1 BGB ergänzen und lediglich für die unter die Regelverjährung fallenden Ansprüche gelten sollen²⁸⁴.

Ebenso ist eine andere Sichtweise nicht durch die Gesichtspunkte des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit gedeckt.

Zwar beruht die Verjährung auf den Gedanken des Schuldnerschutzes, des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit. Sie soll den Schuldner davor schützen, wegen länger zurückliegender Vorgänge in Anspruch genommen zu werden, die er nicht mehr aufklären kann, weil ihm Beweismittel für etwa begründete Einwendungen abhandengekommen oder Zeugen nicht mehr auffindbar sind²⁸⁵. Dies rechtfertigt jedoch im Anwendungsbereich der

²⁸² Erman/*Schmidt-Räntsch*, 16. Aufl., § 199 BGB Rz. 31 f.

²⁸³ BGH v. 19.1.2005 - VIII ZR 114/04, BGHZ 162, 30 (37).

²⁸⁴ Erman/*Schmidt-Räntsch*, 16. Aufl., § 199 BGB Rz. 31 ff.; Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl., § 199 BGB Rz. 42; Staudinger/*Peters/Jacoby*, Neubearb. 2019, § 199 BGB Rz. 93a; Schmidt-Futterer/*Streyll*, Mietrecht, 15. Aufl., § 548 BGB Rz. 45.

²⁸⁵ BGH v. 19.12.2018 - XII ZR 5/18, BGHZ 220, 323 Rz. 24; vgl. auch BGH v. 17.2.2010 - VIII ZR 104/09, BGHZ 184, 253 Rz. 18; BGH v. 22.2.2018 - VII ZR 253/16, NJW 2018, 2056 Rz. 25; jeweils m.w.N.

Sondervorschrift des § 548 Abs. 1 BGB nicht ein Nebeneinander mit der dreißigjährigen Verjährungsfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB.

Das Berufungsgericht nimmt nicht in den Blick, dass der Gesetzgeber sich - auch um das Mietverhältnis nicht unnötig zu belasten²⁸⁶ - dafür entschieden hat, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit nach Maßgabe des § 548 Abs. 1 BGB dadurch herzustellen, dass er die Verjährung - unabhängig von der Entstehung des Anspruchs - einerseits erst an die Rückgabe der Mietsache geknüpft hat, die Verjährungsfrist andererseits aber - unabhängig von der Entstehung des Anspruchs - auf sechs Monate beschränkt hat statt eine Regelverjährung gemäß § 195 BGB vorzusehen. Gerade im Interesse der Rechtssicherheit, der Rechtsklarheit und des Rechtsfriedens wollte der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Regelung des § 548 Abs. 1 BGB zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine "möglichst schnelle" Klärung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache erreichen²⁸⁷.

Dazu muss der Vermieter in die Lage versetzt werden, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft über die Mietsache ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen zu machen²⁸⁸. Der zentrale Gesetzeszweck, den Vermieter zu einer möglichst raschen Klärung seiner Ersatzansprüche anzuhalten, ist daher ausdrücklich an den Rückerhalt der Mietsache geknüpft. Diese gesetzgeberische Wertung würde unterlaufen, wenn eine Verjährung von Ansprüchen im Anwendungsbereich des § 548 Abs. 1 BGB bereits in solchen Fällen einträte, in denen die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB bereits verstrichen ist, bevor der Vermieter die Mietsache zurückerhalten hat.

Nach dieser Maßgabe ist Verjährung des auf die mangelhafte Badmodernisierung gestützten Schadensersatzanspruchs der Kläger nicht eingetreten. Ob ein Schadensersatzanspruch - wie von der Revision geltend gemacht - auch darauf gestützt werden kann, dass die auf einen Rollstuhl angewiesene Beklagte zu 2 nach der Behauptung der Kläger über Jahrzehnte

²⁸⁶ BGH v. 28.5.2008 - VIII ZR 133/07, NJW 2008, 2256 Rz. 16 m.w.N.

²⁸⁷ BT-Drucks. 14/4553, S. 45; BGH v. 8.11.2017 - VIII ZR 13/17, BGHZ 217, 1 Rz. 29; BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, NJW 2014, 684 Rz. 13; BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 10; jeweils m.w.N.

²⁸⁸ BGH v. 23.10.2013 - VIII ZR 402/12, NJW 2014, 684 Rz. 13; BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 Rz. 14.

hinweg regelmäßig außerhalb der Badewanne unmittelbar über oder neben dem Bodenabfluss geduscht habe, kann mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entschieden werden.

6 Schriftform

6.1 Verschiebung der Fälligkeit

Nach ständiger Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ist es zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich erforderlich, dass sich die wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses – aus der Vertragsurkunde ergeben. Für Abänderungen gelten dieselben Grundsätze wie für den Ursprungsvertrag. Sie bedürfen deshalb ebenfalls der Schriftform, es sei denn, dass es sich um unwesentliche Änderungen handelt²⁸⁹.

Die im Juli 2014 von der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten ohne zeitliche Befristung verbindlich vereinbarten - unstreitig nicht formgerecht festgehaltenen - Änderungen der Zahlungsmodalitäten sind nicht unwesentlich und damit formbedürftig. Nach der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs müssen auch Änderungen der Fälligkeitszeitpunkte des Mietzinses formgerecht vereinbart werden²⁹⁰. Da jeder Erwerber, insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung, ein schützenswertes Interesse an der sicheren Kenntnis hat, in welcher Höhe ihm ein Mietzins zustehen wird und wann dieser zu entrichten ist, kann die Erfüllung der Formvorschrift nicht davon abhängen, ob die Fälligkeitszeitpunkte des Mietzinses nur geringfügig oder weiträumiger verändert werden²⁹¹. Dieses Interesse erstreckt sich auch auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Nebenkosten. Da diese der Miete zuzuordnen sind und damit ebenfalls kündigungsrelevant sind, sind auch jegliche Änderungen in Bezug auf die Fälligkeit der Nebenkosten ohne besondere Feststellung ihrer Wesentlichkeit formbedürftig²⁹².

²⁸⁹ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 198/05, NJW 2008, 365, Rz. 11.

²⁹⁰ BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 198/05, NJW 2008, 365, Rz. 12 ff.; BGH v. 27.2.2002 - XII ZR 189/99, BeckRS 2002, 2680.

²⁹¹ *Lammel* in: Schmidt-Futterer, 15. Aufl., 2021, § 550 BGB, Rz. 41; *Schweitzer* in Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl., 2019, § 550 BGB Rz. 61.

²⁹² *Schweitzer* in Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl., 2019, § 550 BGB Rz. 63.

Dem steht auch die Rechtsprechung des BGH zur fehlenden Formbedürftigkeit der Anpassung der Höhe der Betriebskostenvorauszahlungen nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof stellt insoweit vor allem auch darauf ab, dass im Fall der einseitig vom Vermieter vorzunehmenden Betriebskostenanpassung - wie auch im Fall der Ausübung einer Verlängerungsoption durch einseitige Erklärung einer Mietvertragspartei - § 550 BGB von vornherein den Zweck nicht erfüllen kann, einem späteren Grundstückserwerber Klarheit über die Bedingungen des langfristigen Mietvertrages zu verschaffen, wobei dieses Defizit dadurch gemildert werde, dass sich für den Erwerber aus dem Vorhandensein einer vertraglichen Verlängerungsoption bzw. eines vertraglichen Anpassungsrechts bezüglich der Betriebskostenvorauszahlung eine hinreichende Warnung ergebe, die weitere gezielte Nachfragen ermögliche²⁹³. Die vertragliche Vereinbarung eines anderen Fälligkeitszeitpunkts für die Betriebskosten durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Mietvertragsparteien lässt sich mit den vorgenannten Fallgruppen einseitiger Erklärungen einer Mietvertragspartei nicht vergleichen. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung, auch insoweit den § 550 BGB einschränkend auszulegen.

Die Verschiebung der Fälligkeit der Zahlung der Nettomiete vom dritten Werktag des Monats auf den fünften Tag des Monats und die Verschiebung der Fälligkeit der Betriebskostenvorauszahlung vom dritten Werktag des Monats auf den fünfzehnten Tag des Monats sind mithin formbedürftig i.S.v. § 550 BGB²⁹⁴.

Die Klägerin verstößt nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sie sich auf den bestehenden Formmangel beruft.

Allerdings handelt treuwidrig, wer eine später getroffene Abrede, die lediglich ihm vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihm inzwischen lästig gewordenen Mietvertrag zu lösen²⁹⁵. Hier fehlt es an einer entsprechenden Vorteilhaftigkeit für die Klägerin. Die im Juli 2014 verabredete Verschiebung der Fälligkeit von Mietzins und Betriebskostenvorauszahlung war keine Vergünstigung für die Klägerin als Vermieterin. Vielmehr war es für die Klägerin nachteilig, dass sie die Zahlungen der Beklagten erst später erhielt und daher wegen ihrer eigenen Verpflichtungen

²⁹³ vgl. zum Vorstehenden: BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, BeckRS 2014, 5526, Rz. 28 f.

²⁹⁴ OLG Hamburg v. 24.1.2023 – 4 U 141/22, GE 2023, 454.

²⁹⁵ vgl. BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311, Rz. 27; BGH v. 19.9.2007 - XII ZR 198/95, NJW 2008, 365, Rz. 16.

vorübergehend in Vorleistung treten musste. Der Umstand, dass die Klägerin eine frühere Kündigung im Januar 2021 zum Anlass genommen hat, der Beklagten den Abschluss eines neuen Mietvertrages zu einem deutlich erhöhten Mietzins anzutragen, hat in diesem Zusammenhang keine rechtliche Bedeutung²⁹⁶.

Auch im Übrigen ist ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht ersichtlich. Es kann zwar gem. § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn eine Partei sich darauf beruft, ein Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar, nachdem sie die andere Vertragspartei zuvor schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten hat oder sie sich ansonsten gegenüber der anderen Vertragspartei einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre²⁹⁷. Indessen fehlt es sowohl hinsichtlich einer schuldhaften Verursachung des Formmangels als auch hinsichtlich der Existenzbedrohung an entsprechendem Vorbringen der Beklagtenseite.

6.2 Verlängerung nach Optionsausübung

Durch Einräumung einer Verlängerungsoption erhält der Mieter die Befugnis, durch einseitige rechtsgestaltende Erklärung das bestehende Miet- oder Pachtverhältnis um die Optionszeit zu verlängern²⁹⁸. Die Ausübung des Optionsrechts stellt somit keinen Vertragsschluss dar, sondern ein schon im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht, durch dessen Ausübung auch kein neuer Vertrag zustande kommt, sondern nur die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit verlängert wird²⁹⁹. Das hat zur Folge, dass der Mietvertrag mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt und die Identität des Vertrages erhalten bleibt³⁰⁰. Mithin bewirkt die Ausübung einer Verlängerungsoption keine Änderung der vertraglichen Beziehungen³⁰¹.

²⁹⁶ OLG Hamburg v. 24.1.2023 – 4 U 141/22, GE 2023, 454.

²⁹⁷ BGH v. 25.11.2015 - XII ZR 114/14, NJW 2016, 311, Rz. 25.

²⁹⁸ BGH v. 14.7.1982 - VIII ZR 196/81.

²⁹⁹ OLG Hamburg v. 18.8.2022 – 4 W 44/22, IMR 2023, 101.

³⁰⁰ BGH v. 5.11.2014 - XII ZR 15/12, Rz. 21.

³⁰¹ BGH v. 5.2.2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300; Staudinger/V. *Emmerich* (2021), Vorbemerkung zu § 535 BGB Rz. 158.

Das vereinbarte Optionsrecht muss, wenn in dem Vertrag eine bestimmte Frist vorgesehen ist, innerhalb der Frist ausgeübt werden³⁰². Das Beschwerdegericht sieht keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung in Ansehung des § 550 S. 1 BGB abzuweichen³⁰³. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist es auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 550 S. 1 BGB nicht geboten, die Vorschrift einschränkend auszulegen. Denn durch die Rechtsprechung ist mittlerweile geklärt, dass lediglich die Ausübung der Option durch einseitige Gestaltungserklärung nicht formbedürftig ist, weil § 550 S. 1 BGB nur für Verträge, nicht aber für einseitige Erklärungen gilt³⁰⁴.

Die Vereinbarung der Beklagten und der Rechtsvorgängerin der Klägerin ist erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, als das Optionsrecht der Beklagten bereits erloschen war, d.h. sie stellt einen Nachtrag dar. Als neue Mietvertragsvereinbarung über die Verlängerung der Mietzeit unterfiel sie somit § 550 S.1 BGB und der dort vorgesehenen Schriftform. Mangels Einhaltung dieser Form verlängerte sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit und konnte dementsprechend von der Klägerin auch wirksam gekündigt werden.

6.3 Existenzgefährdung als Verstoß gegen Treu und Glauben

Die Kündigung zum 31.12.2021 ist jedoch begründet, weil der Mietvertrag abweichend von § 11 Nr. 8 und § 7 Nr. 1 der Ursprungsurkunde von 1995 ohne formwahrende schriftliche Niederlegung einverständlich dahin geändert wurde, dass die Mieterin nicht zur Ausführung des Winterdienstes verpflichtet ist, sondern zur Zahlung einer Kostenpauschale von 1.900,00 € p.a. bei Ausführung des Winterdienstes durch die Vermieterin³⁰⁵.

In der Einführung einer Nebenkostenpauschale anstatt einer Direktausführung durch den Mieter liegt eine wesentliche Vertragsänderung³⁰⁶. Erst recht gilt dies, wenn damit die Änderung der Zuständigkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflicht auf Geh- und Fahrwegen einhergeht. Diese obliegt

³⁰² OLG Hamburg v. 23.6.1997 - 4 U 82/96; OLG Düsseldorf v. 11.7.1991 - 10 U 166/90; OLG Düsseldorf v. 7.11.1991 - 10 U 33/91; OLG Frankfurt v. 14.10.2019 - 12 U 145/19.

³⁰³ OLG Hamburg v. 18.8.2022 – 4 W 44/22, IMR 2023, 101.

³⁰⁴ Staudinger/*V.Emmerich*, (2021), Vorbemerkung zu § 535 BGB Rz. 159 m.w.N.

³⁰⁵ KG v. 7.11.2022 – 8 U 157/21, IMR 2023, 102.

³⁰⁶ BGH, NJW 2014, 52 Rz. 22.

nämlich der Vertragspartei, die die Ausführung der Schnee- und Glättebeseitigung übernommen hat³⁰⁷.

Eine solche vertragsändernde Regelung kam vor dem Zeitpunkt der Kündigung (04.06.2021) zustande, so dass das Mietverhältnis mit der Frist des § 580 a Abs. 2 BGB kündbar war.

Der Senat ist auf Grundlage des unstreitigen zweitinstanzlichen Parteivortrags davon überzeugt, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten und die Beklagte der Klägerin nicht nur Winterdienstkosten berechnet und diese sie „irrtümlich“ bezahlt hat, sondern dass diese Handhabung auf einem übereinstimmenden Willen beruhte, dass - abweichend von § 11 Nr. 8 MV - der Vermieterin die Zuständigkeit für die Winterdienstausführung gegen Kostenbeteiligung der Klägerin übertragen wurde.

Die Beklagte ist nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf die Kündbarkeit des Mietvertrags gemäß § 550 BGB zu berufen³⁰⁸.

Treuwidrig handelt die Vertragspartei, die eine nachträgliche nicht formgerechte Abrede, die nur sie begünstigt, zum Anlass nimmt, sich von dem ihr lästig gewordenen Mietvertrag zu lösen³⁰⁹. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

Zum einen geht es bei der Vertragsänderung nicht lediglich um die Begründung einer Zahlungspflicht der Mieterin, sondern diese ist mit der Leistungspflicht der Vermieterin unter Übernahme der Verkehrssicherungspflicht verbunden. Ein einseitig rechtlich begünstigendes Geschäft, wie etwa bei der bloßen Erhöhung der vereinbarten Miete, liegt nicht vor. Daran ändert nichts die Behauptung der Klägerin, dass die Beklagte den Winterdienst gar nicht durchführe.

Zum anderen wurde die Vertragsänderung bereits unter der Rechtsvorgängerin der Beklagten praktiziert und sie von dieser nur fortgesetzt. Der Erwerber muss sich jedoch Umstände aus der Person des Rechtsvorgängers, die zur Treuwidrigkeit führen, nicht zurechnen lassen, sondern nur für eigenes

³⁰⁷ KG v. 7.11.2022 – 8 U 157/21, IMR 2023, 102.

³⁰⁸ KG v. 7.11.2022 – 8 U 157/21, IMR 2023, 102.

³⁰⁹ BGH NJW 2017, 3772 Rn 41 ff; NJW 2016, 311 Rn 27

treuwidriges Verhalten eintreten³¹⁰ und ist daher nach § 242 BGB nur dann gehindert, sich auf einen Formmangel wegen einer allein ihn begünstigenden Vertragsänderung zu berufen, wenn er sie selber vereinbart hat. Anderenfalls würde über den Grundsatz hinweggegangen, dass § 550 BGB auch für dem Erwerber günstige Vertragsänderungen greift, die nicht beurkundet sind und ihm daher ggf. verborgen bleiben können³¹¹ (s.).

Treuwidrigkeit folgt auch nicht aus einer Existenzbedrohung der Klägerin.

Nach der Rechtsprechung des BGH setzt eine Außerachtlassung eines Schriftformmangels nach Treu und Glauben ein nicht nur hartes, sondern „schlechthin untragbares“ Ergebnis voraus³¹², und damit ganz besondere Umstände, die über die regelmäßigen Folgen einer Kündigung eines Gewerbemietvertrags hinausgehen³¹³. Eine Existenzgefährdung wird vom BGH zwar ständig als möglicher Fall der Treuwidrigkeit mit angeführt³¹⁴, es finden sich aber kaum Fälle, in denen sie angenommen wurde³¹⁵.

Die BGH-Rechtsprechung zur „Existenzgefährdung“ (betr. § 313 BGB a.F.) resultiert ursprünglich aus dem Höferecht³¹⁶, wurde jedoch an § 242 BGB festgemacht und konsequent auch außerhalb des Höferechts angewandt³¹⁷. Es ging stets um natürliche Personen, die im Vertrauen auf das formnichtige Geschäft im eigentlichen Sinn des Wortes ihre „Existenz“ auf die Nutzung des Objekts eingerichtet hatten, bzw. in NJW 1972, 1189 um einen 63-jährigen Handwerker, der zum Erwerb einer Wohnimmobilie fast den gesamten Preis gezahlt hatte³¹⁸.

BGHZ 200, 98 betraf einen Apotheker als Gewerbemietler; nutzloser Umbauaufwand von 400.000 € wurde mangels hinreichender Darlegung nicht als existenzbedrohend angesehen. In BGHZ 149, 326 (Urt. v. 20.12.2001)

³¹⁰ Guhling/Günter/Schweitzer, *Gewerberaummieta*, 2. Aufl., § 550 BGB Rz 86; Bub/Treier/Landwehr, *Hb. der Geschäfts- und Wohnraummieta*, 5. Aufl., Rz II 2563.

³¹¹ BGH, NJW 2016, 311 Rz 20.

³¹² BGHZ 92, 164 - juris Rz. 32; BGHZ 149, 326 = NJW 2002, 1050 - juris Rz. 21, jeweils zu § 313 BGB a.F.

³¹³ OLG Frankfurt v. 11.04.2018 - 2 U 7/18, juris Rz 55; OLG Hamm v. 26.11.2020 - 5 U 112/19, juris Rz 224.

³¹⁴ etwa BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rz 24; BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rz 16.

³¹⁵ KG v. 7.11.2022 – 8 U 157/21, IMR 2023, 102.

³¹⁶ BGHZ 23, 249; BGHZ 12, 286; BGH, NJW 1955, 1065; BGH WPM 1957, 1440.

³¹⁷ BGHZ 47, 184, juris Rn 14 f.; NJW 1972, 1189.

³¹⁸ MünchKomm/*Einsele*, 9. Aufl., § 125 BGB Rz 59.

wurde der Verlust des Kaufpreises einer Eigentumswohnung von 400.000 DM bei Insolvenz des Verkäufers nicht als existenzbedrohend anerkannt.

Nach Auffassung des erkennenden Einzelrichters kann sich die Klägerin als GmbH auf die Gefährdung ihrer „Existenz“ nicht berufen³¹⁹. Im Gegensatz zum Menschen, dessen Würde einschließlich seiner wirtschaftlichen Existenz grundrechtlich geschützt wird (Art. 1 GG), handelt es sich bei Kapitalgesellschaften um künstliche Schöpfungen, die der Haftungsbegrenzung der hinter ihnen stehenden Gesellschafter dienen, und deren Existenzberechtigung von der Rechtsordnung nur anerkannt wird, solange sie aus eigener Kraft handeln können³²⁰.

Der bloße Umstand einer (behauptet) drohenden Insolvenzeröffnung einer Kapitalgesellschaft (hier: GmbH) im Fall der Räumung genügt nicht, um nach § 242 BGB über den Formmangel hinwegzugehen. Anderenfalls läge es in der Hand des wirtschaftlich Berechtigten, durch Wahl der Unternehmensform und der Kapitalausstattung (etwa auch einer kaum mit Kapital ausgestatteten Unternehmergesellschaft nach § 5a GmbHG) die Anforderungen des § 242 BGB zu steuern und zu Lasten des Vermieters abzusenken. Das erscheint nicht vertretbar.

Für eine Existenzgefährdung natürlicher Personen als Gesellschafter ist hier nichts erkennbar. Es wurde sogar der Ankauf des Objekts der Beklagten angeboten (s. Schriftsatz vom 01.12.2021 und Schreiben vom 30.08.2021, in Anl. U 1).

Der bloße Umstand einer Betriebsunterbrechung ist regelmäßige Folge der Kündigung und Räumung und kann nicht als außergewöhnliches, schlechthin untragbares Ergebnis angesehen werden. Nach OLG Frankfurt a.a.O. soll grundsätzlich nicht einmal die endgültige GewerbeEinstellung mangels einer Fortführungsmöglichkeit an einem anderen Ort genügen, was zutreffen dürfte, weil es nicht um die Härte eines Einnahmeausfalls geht, sondern um die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz einer Person unter Berücksichtigung ihrer fehlenden Möglichkeit, anderweitig ihren angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten.

³¹⁹ KG v. 7.11.2022 – 8 U 157/21, IMR 2023, 102.

³²⁰ BVerfGE 35, 348 = NJW 1974, 229 - juris Rn 21, 22, 28 zum Verfassungsgemäßheit von § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO.

Schließlich hat die Klägerin auch nicht konkret und schlüssig darlegt, dass die Betriebseinstellung zwingend zu einer Insolvenzeröffnung über ihr Vermögen führen würde.

Die bei einem Einnahmefall weiterlaufenden Kosten werden nicht konkret beziffert, ihr Vermögen nicht offengelegt. Zudem ist davon auszugehen, dass sie, wenn ihr die Mittel zum Ankauf des Objekts zur Verfügung stehen, auch Möglichkeiten hat, etwa über Gesellschafterdarlehen Verluste aus einer vorläufigen Betriebseinstellung zu tragen.

7 Kautio

7.1 Kautionshöhe (Gewerberaum)

Die mietvertragliche Kautionsabrede im Mietvertrag der Schuldnerin und dem Beklagten ist nicht wegen Übersicherung unwirksam³²¹.

Eine Obergrenze für eine Kautio gibt es für Gewerberaummietverträge anders als für Wohnraummietverträge (§ 551 BGB: dreifache Monatsmiete) nicht. Sie steht daher grundsätzlich zur Disposition der Parteien, soweit ein Sicherheitsinteresse des Vermieters besteht und solange die Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB, § 242 BGB, §§ 305 ff BGB) nicht erreicht wird³²². Maßgeblich ist grundsätzlich das Interesse des Vermieters an der Sicherung seiner Erfüllungsansprüche aus dem Mietvertrag (Mietzinsen, Nebenkosten), welches insbesondere auch von der vereinbarten Dauer des Mietvertrages und der Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung des Vertrages abhängig ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Kautio auch Schadensersatzansprüche (z.B. § 280 BGB) und Ansprüche nach dem Ende des Mietvertrages (§ 546 a BGB; § 280 BGB) bis zur Rückgabe des Mietobjekts erfasst sowie gegebenenfalls - wie hier - auch Prozesskosten. Vor diesem Hintergrund erscheint die hier mit gut 13 Monatsmieten sicherlich recht hoch angesetzte Kautio als noch gerechtfertigt. Denn gerade bei einem

³²¹ OLG Köln v. 22.12.2021 – 22 U 13/20, ZMR 2023, 32.

³²² vgl. OLG Brandenburg v. 4.9.2006 - 3 U 78/06 -, BeckRS 2006, 11112; OLG Düsseldorf v. 28.5.2009 - 10 U 2/09, BeckRS 2009, 27752; OLG Frankfurt a. M., v. 27.10.2004 - 2 U 194/03, BeckRS 2004, 11900 Rz. 21; *Blank* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 551 BGB Rz. 118; *Moeser* in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kapitel 12, Rz. 38 ff.; *Blank/Börstinghaus* in: Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 551 Rz. 129.

Gewerbemietverhältnis können bei einer fristlosen Kündigung und Streit über deren Berechtigung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens bis zur Rückgabe der Mietsache zwölf Monate durchaus vergehen; hinzu kommt bei einem - wie hier mit der Verlängerungsoption von 2 x fünf Jahren gegebenen - Zeitmietvertrag der etwaige Kündigungsfolgeschaden bis zu einer Neuvermietung.

Letztlich bedarf die Frage vorliegend aber keiner abschließenden Entscheidung, denn selbst wenn man von einer Übersicherung ausginge, wäre die Kautionsabrede nicht völlig unwirksam, sondern nur insoweit, als sie überhöht ist³²³. Geschuldet wäre dann eine angemessene Kautionsabrede, die in Anlehnung an § 551 BGB jedenfalls mit der dreifachen Monatsmiete von ursprünglich 3.689,00 EUR anzusetzen wäre, so dass sich der Kautionsanspruch des Beklagten zumindest auf 11.067,00 EUR beläuft.

7.2 Verrechnung des Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1 BGB

Das Kammergericht³²⁴ hat zur Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen des Vermieters gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters folgendes entschieden:

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

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

³²³ vgl. BGH v. 30.6.2004 - VIII ZR 243/03, NJW 2004, 3045 f.

³²⁴ KG v. 2.12.2019 – 8 U 104/17, ZMR 2020, 395 = GE 2020, 540.

Weiterhin hat das Landgericht zutreffend erkannt und wird von der Berufung nicht in Frage gestellt, dass die Anwendung von § 215 BGB voraussetzt, dass vor Eintritt der Verjährung ein Zahlungsanspruch der Beklagten bestand, weil es anderenfalls an der Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen und damit an einer Aufrechnungslage in unverjährter Zeit i.S. der §§ 387, 215 BGB fehlt (s.a. OLG Düsseldorf ZMR 2002, 658 - bei juris Tz 4 f.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl., vor § 535 Rn 123).

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

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

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

Aus der danach von der Beklagten zu Recht geltend gemachten Nichtanwendbarkeit des § 281 BGB folgt jedoch nicht, dass das Landgericht

vorliegend unrichtig entschieden hätte. Denn es fehlt auch für einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 oder § 823 Abs. 1 BGB an einer Aufrechnungslage in unverjährter Zeit.

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

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

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

2) Der Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Kosten von 808,13 EUR ist nach §§ 286, 280 BGB begründet und wird von der Berufung auch nicht gesondert

angegriffen. Die Beklagte befand sich aufgrund der Zahlungsaufforderung der Klägerin vom 16.06.2016 mit Fristsetzung zum 01.07.2016 (K 4) mit der Rückzahlung der Kautions in Verzug, bevor die zweckdienliche vorgerichtliche anwaltliche Zahlungsaufforderung vom 28.06.2016 (K 6) erfolgte."

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

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

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

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

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

c) Der Umstand, dass die Klägerin Schadensersatzansprüche leugnet, macht eine Ausübung der Ersetzungsbefugnis nicht entbehrlich und führt daher nicht

dazu, dass nach § 242 BGB ein Zahlungsanspruch ohne Beachtung der Voraussetzungen des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB anzunehmen wäre.

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

Denn der Beklagten steht ein solcher Anspruch nicht zu.

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

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

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

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

1) Soweit es um die erstinstanzlich gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch zur Aufrechnung gestellten Forderungen mit Ausnahme der "Kosten der Wiederherstellung des von der Klägerin unzulässigerweise vorgenommenen Eingriffs in den Dachstuhl" (s. Klageerwiderung, letzte Seite) von 8.330,00 EUR und der Kosten für den Sachverständigen L. von 844,90 EUR geht, scheitert die Aufrechnung - aus den in den Hinweisbeschlüssen dargelegten Gründen - (jedenfalls) daran, dass die Gegenforderungen verjährt sind und mangels Ausübung der Ersetzungsbefugnis (§ 249 Abs. 2 BGB) vor Eintritt der Verjährung kein Zahlungsanspruch und damit keine Aufrechnungslage nach §§ 215, 387 BGB bestand.

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

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

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

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

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

Die Beklagte hat erstinstanzlich in der Klageerwiderung - unter Bezugnahme auf die Akte des Vorprozesses LG Berlin 25 O 396/13 - KG 8 U 62/15 -

vorgetragen, dass die Klägerin nicht genehmigte Eingriffe in die Statik des Dachgeschosses vorgenommen habe und die Kosten der "Wiederherstellung" sich nach einem "Kostenvoranschlag" der Fa. H. (B 5) auf 8.330,00 EUR beliefen. Nachdem die Klägerin im Schriftsatz vom 11.01.2017, S. 11/12 darauf hingewiesen hatte, dass Anlage B 4 eine Rechnung für eine Neueindeckung mit Ziegelblech enthalte und dies "in keinem Zusammenhang mit dem monierten Mangel" (eines Eingriffs in den Dachstuhl) stehe, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 17.02.2017, S. 6 lediglich ihren Vortrag wiederholt, dass der ungenehmigte Austausch von sog. Windböcken im Dachstuhl einen "Eingriff" dargestellt habe, nach dem nach Einschätzung von Dipl.-Ing. L. eine Beeinträchtigung der Statik "nicht auszuschließen" sei.

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

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

Abgesehen davon, dass der neue Vortrag zur Unterlegung der Erforderlichkeit der Maßnahme der Neueindeckung und damit zur Begründung einer Zahlungsforderung entsprechend Rechnung B 5 wegen nachlässigen Unterlassens des Vortrags in erster Instanz (eines gerichtlichen Hinweises bedurfte es nach dem Schriftsatz der Klägerin vom 11.01.2017 nicht) nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückzuweisen wäre, ist er bereits nicht schlüssig. Die Beklagte hat sich selbst auf die Feststellungen des Sachverständigen L. berufen. Dieser hat nach Ortstermin am 08.08.2013 in seiner "Gutachterlichen Stellungnahme" vom 15.08.2013 (s. etwa B 8) ausgeführt, dass "sichtbare Schäden an der Dacheindeckung .. infolge des Rückbaus der aussteifenden

Holzstützen und Balken nicht zu erkennen" seien. Der Vortrag, dass sich "in der Folgezeit" Risse gebildet hätten, ist daher widersprüchlich und zudem auch unsubstantiiert. Ebenso ist es ein - nicht erheblicher - Vortrag ins Blaue hinein, dass es erst nach den Arbeiten der Klägerin am Dach zu Dachundichtigkeit gekommen sei und Ursache hierfür ein Austausch der Stützen gewesen sei. Dieser Vortrag steht in Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen, die dadurch geprägt sind, dass die Klägerin bereits am 22.07.2013 eine Undichtigkeit angezeigt (jedenfalls behauptet) hatte (Klage der hiesigen Beklagten vom 29.08.2013, S. 3 im Vorprozess), die hiesige Beklagte im Vorprozess mit Schriftsatz vom 10.01.2014, S. 3 jedenfalls alte "Durchlaufspuren" einräumte und es sich unstreitig um eine "alte Dachhaut" handelt (s. Schriftsatz der hiesigen Beklagten vom 19.03.2014 im Vorprozess und etwa Foto im Gutachten L.). Dass ein altes Pappschindel-Dach auch ohne äußere Einwirkungen undicht wird und zweckdienlich mit einem Blechdach zu überdecken ist, entspricht der Lebenserfahrung, so dass auch ein Anscheinsbeweis zugunsten der Beklagten nicht in Betracht kommt. Ihre Behauptung einer Ursächlichkeit durfte sie daher unter den gegebenen Umständen objektiv nicht für wahrscheinlich halten, so dass ein Fall der Behauptung ins Blaue vorliegt.

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

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

zu diesen gehört auch eine neue Aufrechnung - entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO mit der Beschlusszurückweisung der Berufung ihre Wirkung (s. Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 522 Rn 37 m.N.).

3) Bezüglich der Kosten für die Gutachterliche Stellungnahme des Dipl-Ing L. von 844,90 EUR vermag der Senat nicht zu erkennen, dass es sich um notwendige Kosten zur Schadensfeststellung nach einer rechtswidrigen und schuldhaften Schädigung durch die Klägerin handelt. Es verbleibt dabei, dass der Austausch von Hölzern im Dachstuhl angesichts des - von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen, insbesondere schon von der hiesigen Klägerin im Vorprozess eingehend dargelegten - schlechten Zustands des Dachstuhls keine schädigende Handlung, sondern im Grundsatz eine Verbesserung darstellte. Zudem musste sich die Beklagte nicht zur Einholung eines Gutachtens herausgefordert sehen. Auch der Sachverständige L. hat eine nachteilige Veränderung der Statik nicht festgestellt, sondern lediglich nicht mit Sicherheit ausgeschlossen, da er zur Frage, ob die "neu eingebauten Holzquerschnitte die statisch erforderlichen Abmessungen haben", keine Aussage treffen konnte. Dass eine Abweichung (und kein Austausch "1 zu 1") vorliegt, hat die Beklagte nicht (substantiiert) behauptet. Der Senat hat auch bereits in seinem Urteil im Vorprozess vom 23.06.2016 (8 U 62/15), UA S. 9 darauf hingewiesen, dass der Einbau von Hölzern mit zu kleinem Querschnitt als Vortrag ins Blaue erscheine, zumal die (hiesige) Beklagte als Eigentümerin die Bauzeichnungen auswerten könne.

III. Nach Überzeugung des Senates ist hier eine mündliche Verhandlung nicht geboten im Sinne von § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO, auch wenn die Begründung des Senats für die Zurückweisung der Berufung mit der Argumentation des Landgerichts nicht gänzlich übereinstimmt. Abweichend von dem, was der Begründung in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (Bundestags-Drucksache 17/6406) zu entnehmen sein könnte, erfordert ein Wechsel der Begründung nicht in jedem Fall eine mündliche Berufungsverhandlung. Nach der Funktion des Verfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO ist eine erneute mündliche Verhandlung vielmehr nur dann geboten, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts auf eine umfassend neue rechtliche Würdigung gestützt wird und diese mit den Parteivertretern im schriftlichen Verfahren nicht sachgerecht erörtert werden kann (ebenso OLG Hamm, Beschl.

v. 02.03.2012 - 20 U 228/11, *VersR* 2013, 604; OLG Koblenz, *Beschl. v. 16.02.2012 -10 U 817/11*, *VersR* 2013, 708 - bei *juris* Rn 28; OLG Braunschweig, *Beschl. v. 21.11.2018 - 10 U 90/18*, *juris* Rn 217 f.; OLG Frankfurt, *Beschl. v. 25.11.2013 - 18 U 1/13*, *BeckRS* 2013, 22588; Zöller/Heßler, *ZPO*, 32. Aufl., § 522 Rn. 40; Saenger/Wöstmann, *ZPO*, 8. Aufl., § 522 Rn 12.1). Das ist hier nach Überzeugung des Senats nicht der Fall. Dass die Prozessbeteiligten in erster Instanz im Rahmen der Frage der Aufrechenbarkeit mit den verjährten Gegenforderungen das Erfordernis einer Fristsetzung nach § 281 BGB vor Ablauf der Verjährung behandelt haben, während der Senat - für die Mehrzahl der Gegenforderungen - dem Landgericht im Ergebnis wegen Fehlens einer Ersetzungserklärung nach § 249 Abs. 2 BGB beitrifft, beinhaltet keine "umfassende" neue rechtliche Bewertung. Gleiches gilt für die Abweichung in der Begründung dahin, dass wegen eines Anspruchs auf Ersatz von Dacheindeckungskosten zwar eine Ersetzungsbefugnis im Schreiben vom 08.12.2013 ausgeübt worden sein mag, es insoweit jedoch an einem schlüssig dargelegten Anspruch fehlt. Letzteres war auch bereits Gegenstand einer Einwendung der Klägerin in erster Instanz. In beiden Punkten der abweichenden Begründung konnte die Sach- und Rechtslage auch sachgerecht mit den Parteien im schriftlichen Verfahren erörtert werden.“

8 Modernisierung

8.1 Austausch von Rauchwarnmeldern infolge Wechsels des Vermieters vom Miet- zum Kaufmodell

Der BGH hat zwar bereits entschieden, dass die Ausstattung einer Wohnung mit Rauchwarnmeldern durch den Vermieter regelmäßig zu einer Verbesserung der Sicherheit und damit auch zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts der Mietsache i.S.d § 555b Nr. 4 BGB sowie zu einer dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse i.S.d. § 555b Nr. 5 BGB führt³²⁵. Er hat mit diesen Urteilen ferner entschieden, dass der Einbau von Rauchwarnmeldern, den der Vermieter mit Rücksicht auf eine entsprechende bauordnungsrechtliche Verpflichtung, etwa auf der Grundlage von § 47 Abs. 4 Satz 4 der Bauordnung des Landes Sachsen-Anhalt (BauO

³²⁵ BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 216/14, *NJW* 2015, 2488 Rz. 12 f.; BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 290/14, *NJW* 2015, 2487 Rz. 23.

LSA), vornimmt, in der Regel außerdem eine Modernisierungsmaßnahme i.S.v. § 555b Nr. 6 BGB darstellt³²⁶.

An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten³²⁷. Ohne Erfolg wendet die Revision dagegen ein, es sei ausgeschlossen, den Einbau von Rauchwarnmeldern in Mietwohnungen als Modernisierungsmaßnahme einzuordnen, weil - unter Berücksichtigung der in § 47 BauO LSA für "Wohnungen" enthaltenen Bestimmungen - erst nach der Durchführung dieser Maßnahme Wohnraum im Sinne des § 549 Abs. 1 BGB vorliege und die Anwendung des § 555b BGB für Maßnahmen, durch die Wohnraum erst geschaffen werde, nicht eröffnet sei.

Die Argumentation der Revision blendet nicht nur aus, dass die Einhaltung bauordnungsrechtlicher Vorschriften nicht Voraussetzung für die Annahme einer tatsächlichen Wohnnutzung - und damit auch nicht für die Anwendbarkeit des Wohnraummietrechts einschließlich der Bestimmungen über Modernisierungsmaßnahmen (§§ 555b ff. BGB) - ist. Sie übersieht zudem, dass es im Wohnraummietrecht für die Beurteilung, ob eine Wohnung vorliegt, maßgeblich auf die Verkehrsanschauung ankommt, wonach unter einer Wohnung ein selbständiger, räumlich und wirtschaftlich abgegrenzter Bereich zu verstehen ist, der eine eigenständige Haushaltsführung ermöglicht³²⁸. Das Vorhandensein von Rauchwarnmeldern gehört danach nicht zu den wesentlichen Merkmalen einer Wohnung in dem vorbezeichneten Sinne.

Überdies lässt die Revision außer Acht, dass der Begriff des "Wohnraums" i.S.d. § 549 Abs. 1 BGB - auch innerhalb des Zivilrechts - nicht identisch mit dem Begriff der "Wohnung" ist³²⁹.

Die oben angeführte Senatsrechtsprechung bezieht sich jedoch allein auf die erstmalige Ausstattung einer Mietwohnung mit Rauchwarnmeldern durch den Vermieter³³⁰. Eine Erneuerung der Geräte stellt demgegenüber jedenfalls dann, wenn damit nicht eine technische Verbesserung oder sonstige Aufwertung verbunden ist, sondern die ursprünglich vorhandenen Rauchwarnmelder

³²⁶ BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 216/14, NJW 2015, 2488 Rz. 12 f.; BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 290/14, NJW 2015, 2487 Rz. 23.

³²⁷ BGH v. 24.5.2023 - VIII ZR 213/21, NZM 2023, 591.

³²⁸ vgl. BGH v. 17.11.2010 - VIII ZR 90/10, NJW-RR 2011, 158 Rz. 8 [zum Begriff der "Wohnung" i.S.v. § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB].

³²⁹ vgl. etwa Schmidt-Futterer/*Lehmann-Richter*, Mietrecht, 15. Aufl., § 549 BGB Rz. 6.

³³⁰ BGH v. 24.5.2023 - VIII ZR 213/21, NZM 2023, 591.

lediglich durch gleichwertige Geräte ersetzt werden, grundsätzlich keine Modernisierung dar³³¹. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn der Vermieter die bisher installierten Geräte angemietet hatte und nunmehr eigens erworbene Geräte einbauen lässt. Denn auch in diesem Fall fehlt es an einer baulichen Veränderung und damit an einem für die Annahme einer Modernisierungsmaßnahme - unabhängig von der Einordnung in eine der in § 555b BGB aufgeführten Kategorien - stets erforderlichen Wesensmerkmal³³².

Der Begriff der baulichen Veränderung ist zwar weit auszulegen und erfasst nicht nur Eingriffe in die bauliche Substanz³³³, sondern etwa auch Veränderungen der Anlagentechnik des Gebäudes³³⁴. Voraussetzung ist jedoch stets, dass die in Rede stehende Maßnahme eine - wenn auch möglicherweise nur geringfügige - Veränderung des baulichen Zustands bewirkt, durch sie also in gewissem Umfang ein neuer baulicher Zustand in Bezug auf die Mietwohnung, das Haus oder das ganze Grundstück geschaffen wird³³⁵.

Der bloße Austausch von Vorrichtungen - wie hier das Ersetzen vorhandener Rauchwarnmelder durch gleichwertige Geräte - erfüllt diese Voraussetzung grundsätzlich nicht. Das gilt auch dann, wenn der Vermieter bisher angemietete durch nunmehr eigens erworbene Vorrichtungen ersetzt. Denn die darin liegende Veränderung betrifft zum einen ausschließlich das rechtliche Verhältnis des Vermieters zu einem Dritten - namentlich zu dem Verkäufer oder Vermieter der Geräte -, nicht hingegen das Wohnraummietverhältnis. Diese - rein rechtliche - Veränderung hat zum anderen und insbesondere keinerlei Auswirkungen auf den baulichen Zustand der Mietsache im Sinne von § 555b BGB.

Eine andere Beurteilung ist hier nicht etwa deshalb geboten, weil die ursprünglich vorhandenen Rauchwarnmelder zum Zeitpunkt ihres Austauschs im Frühjahr 2019 noch einwandfrei funktioniert haben. Denn dieser Umstand

³³¹ ähnlich auch *Wall*, jurisPR-MietR 14/2022 Anm. 1 unter C II.

³³² BGH v. 24.5.2023 – VIII ZR 213/21, NZM 2023, 591.

³³³ vgl. BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 290/14, NJW 2015, 2487 Rz. 12.

³³⁴ vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 18.

³³⁵ ähnlich auch *Staudinger/J. Emmerich*, Neubearb. 2021, § 555b BGB Rz. 4; *MünchKomm/Artz*, 9. Aufl., § 555b BGB Rz. 3.

erlaubt nicht den Schluss, dass der Geräte austausch deswegen als (reine) Modernisierungsmaßnahme nach § 555b Nr. 6 BGB einzuordnen wäre³³⁶.

8.2 Ankündigung mit Vorlauf von 11 Monaten

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

Diesen Anforderungen wird die Modernisierungsankündigung gerecht³³⁷.

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

Die Ankündigung genügt den Anforderungen des § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BGB³³⁸.

Der hiernach erforderliche Mindestinhalt der Modernisierungsankündigung ist einerseits an dem Informationsbedürfnis des Mieters auszurichten. Diesem soll durch die Vermittlung zureichender Kenntnis eine sachgerechte Beurteilung der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme ermöglicht werden, insbesondere hinsichtlich seiner Duldungspflicht, der für ihn zu treffenden Maßnahmen und der gegebenenfalls zu ziehenden vertraglichen Konsequenzen (vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f.; Senatsurteil vom 20. Mai 2020 - VIII ZR 55/19, NJW-RR 2020, 892 Rn. 23 mwN). Andererseits ist auch zu berücksichtigen, dass die Mitteilungspflichten nicht darauf abzielen, die Befugnis des Vermieters zur

³³⁶ BGH v. 24.5.2023 – VIII ZR 213/21, NZM 2023, 591.

³³⁷ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

³³⁸ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB) einzuschränken, sondern dass sie dem Mieter hierbei lediglich einen ergänzenden Schutz gewähren sollen. Die Verwirklichung dieses Schutzes darf nicht so weit gehen, dass einem Vermieter die Durchführung gesetzlich zulässiger Modernisierungsmaßnahmen durch eine Handhabung der Mitteilungsanforderungen erschwert wird, die über das zum Schutz des Mieters gebotene Maß hinausgeht und hierdurch den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 2020 - VIII ZR 55/19, aaO mwN).

Diesen Anforderungen wird die hier vorgenommene Ankündigung gerecht.

Sie enthält ausreichende Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen (§ 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB). Die Mieter werden durch das Schreiben vom 27.12.2018 hinreichend in die Lage versetzt, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahmen auf den Mietgebrauch abzuschätzen sowie, ggfs. mit sachverständiger Hilfe, vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten Maßnahmen der energetischen Modernisierung zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden³³⁹. Es ergibt sich hinreichend detailliert, welche Maßnahmen durchgeführt werden sollen, welchen Umfang diese Maßnahmen haben, mit welchen Beeinträchtigungen der einzelne Mieter während der Durchführung der Maßnahme zu rechnen hat, in welcher Weise das Gebäude an sich und die einzelnen Wohnungen verändert werden und welches Energiesparpotenzial durch die geplanten Maßnahmen erreicht werden soll.

Die zeitlichen Angaben der Ankündigung genügen den Anforderungen des § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, wonach der voraussichtliche Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme angegeben werden müssen. Die Ankündigung enthält genaue zeitliche Angaben zum geplanten Beginn und Ende der Modernisierungsmaßnahmen (2. Dezember 2019 bis 30. Dezember 2023) sowie zum geplanten Beginn und Ende der einzelnen Bauabschnitte. Es ergibt sich hieraus konkret, wann die einzelnen Modernisierungsmaßnahmen voraussichtlich beginnen und enden werden.

³³⁹ vgl. zu diesem Erfordernis bei energetischer Modernisierung: BGH v. 20.5.2020 - VIII ZR 55/19, GE 2020, 921 = NJW-RR 2020, 892 Rz. 24 m.w.N.

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

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

Für den Mieter ist es trotz dieser zeitlichen Unsicherheiten von Vorteil, wenn ihm - wie hier - in einer Ankündigung alle Maßnahmen, die im Rahmen eines Gesamtmodernisierungsplans durchgeführt werden sollen, bereits mit deren voraussichtlichem Beginn und Dauer dargelegt werden, so dass er unter

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

Die Angaben zur Höhe der voraussichtlich auf Grund der Modernisierungsmaßnahmen zu erwartenden Mieterhöhung genügen den Erfordernissen des § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BGB³⁴⁰. Die Ankündigung legt für die einzelnen Modernisierungsmaßnahmen getrennt dar, welche Kosten hierfür voraussichtlich insgesamt entstehen, wie hoch der Anteil der Instandhaltungskosten hieran ist und welcher Betrag anteilig auf die betroffene Wohnung entfällt. Als Umlage wird ausgehend von dem Gesamtbetrag der auf die Wohnung entfallenden Kosten ein Betrag von jährlich 11 Prozent als voraussichtliche Mieterhöhung angegeben, wobei der Betrag konkret benannt ist und auf die Reduzierungsmöglichkeit nach der gesetzlichen Härtefallregelung hingewiesen wird.

³⁴⁰ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

Die Modernisierungsankündigung ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil sie mehr als elf Monate vor dem voraussichtlichen Ausführungsbeginn erfolgte³⁴¹.

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

In der Literatur werden zur Frage, ob - über die geschriebenen Voraussetzungen des § 555c Abs. 1 BGB hinaus - zwischen der Modernisierungsankündigung und dem Beginn der Maßnahmen ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muss, unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise wird zum Schutz des Mieters - unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls - eine Frist von maximal sechs Monaten für zulässig gehalten³⁴². Nach anderer Auffassung ist - ohne feste Höchstfrist - entscheidend, ob eine schützenswerte Planungssituation eingetreten ist³⁴³. Teilweise wird eine ordnungsgemäße Ankündigung abgelehnt, wenn deren frühzeitiger Ausspruch nicht der Schaffung von Planungssicherheit dient, sondern allein der Nutzung der Übergangsregelung des Art. 229 § 49 EGBGB³⁴⁴. Nach anderer Auffassung besteht keine Höchstfrist, sondern es soll allein entscheidend sein, dass die im Tatbestand des § 555c Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten inhaltlichen Voraussetzungen eingehalten werden können³⁴⁵.

Die letztgenannte Ansicht trifft zu³⁴⁶. Die inhaltlichen Anforderungen des § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB grenzen den zeitlichen Vorlauf zwischen Ankündigung und Ausführungsbeginn insoweit ein, als eine wirksame Ankündigung erst dann

³⁴¹ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

³⁴² vgl. BeckOK-Mietrecht/*Müller*, Stand: 1.11.2020, § 555c BGB Rz. 16; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 555c BGB Rz. 37; *Blümmel/Kinne*, DWW 1988, 302 (305).

³⁴³ *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 6. Aufl., § 555c BGB Rz. 6.

³⁴⁴ vgl. BeckOGK-BGB/*Wendtland*, Stand: 1.1.2021, Art. 229 § 49 EGBGB Rz. 6.1.

³⁴⁵ BeckOGK-BGB/*Schepers*, Stand: 1.10.2020, § 555c Rn. 6; Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 555c BGB Rz. 5a; *Mahlstedt*, NZM 2019, 905 (907); *Gsell/Siegmund*, NZM 2019, 489 (499).

³⁴⁶ BGH v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19, GE 2021, 621.

möglich ist, wenn der Vermieter die hiernach geforderten Informationen mit dem erforderlichen Inhalt und der gebotenen Konkretisierung zur Verfügung stellen kann. Darüber hinausgehende zeitliche Einschränkungen ergeben sich aus dem Gesetz nicht. Weder besteht eine zeitliche Obergrenze zwischen Modernisierungsankündigung und Ausführungsbeginn noch bedarf es einer schützenswerten Planungssituation des Vermieters auf Grund eines besonders fortgeschrittenen Planungsstandes.

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

Die Gesetzeshistorie und -begründung bestätigen dies. Die Regelung über die Modernisierungsankündigung geht zurück auf das Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen vom 23.8.1976³⁴⁷, durch das in § 20 Abs. 2 WoModG erstmals die Pflicht zur Ankündigung von nach § 20 Abs. 1 WoModG zu duldbaren Modernisierungsmaßnahmen festgeschrieben wurde. Die Ankündigung hatte hiernach zwei Monate vor der Durchführung der Maßnahme zu erfolgen. Mit dem Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20.12.1982³⁴⁸ wurde die Regelung hinsichtlich der Ankündigungsfrist inhaltsgleich - unter Aufhebung der Beschränkung auf geförderte Maßnahmen - in § 541b BGB a.F. übernommen. Durch das Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19.6.2001³⁴⁹ wurde die Pflicht zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen in § 554 Abs. 2 BGB a.F. geregelt. Die Ankündigungspflicht wurde in § 554 Abs. 3 BGB a.F. aufgenommen und insoweit modifiziert, als sie spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahme zu erfüllen war. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass durch die Einfügung des Wortes "spätestens" klargestellt werden solle, dass auch frühere Mitteilungen, soweit sie den inhaltlichen Anforderungen genügen, wirksam sein können. Durch die Fristverlängerung auf drei Monate

³⁴⁷ BGBl. I, S. 2429

³⁴⁸ BGBl. I S. 1912.

³⁴⁹ Mietrechtsreformgesetz; BGBl. I S. 1149.

entstehe ein sinnvoller Gleichlauf zur [unveränderten] Kündigungsfrist im Falle einer Sonderkündigung³⁵⁰. Im Hinblick auf die Ankündigungsfrist sowie die Sonderkündigungsfrist erfolgten bis zur heute geltenden Fassung (§ 555c Abs. 1 BGB und § 555e Abs. 1 BGB) inhaltlich keine Änderungen mehr.

Letztlich ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Vorschrift, dass nach § 555c Abs. 1 BGB ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen einer Modernisierungsankündigung und dem Ausführungsbeginn i.S.e. Höchstfrist oder einer fortgeschrittenen Planungssituation nicht bestehen muss. Die Ankündigung soll den Mieter vor kurzfristigen Modernisierungsmaßnahmen schützen und ihm die Möglichkeit erhalten, rechtzeitig vor Beginn der Maßnahmen zu reagieren und seine diesbezüglichen Rechte fristgerecht ausüben zu können. Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen³⁵¹, wonach die Frist dem Schutz der Mieter diene und ihnen eine Bedenkzeit von zwei Monaten zwischen der Mitteilung der beabsichtigten Verbesserungsmaßnahme und ihrer Durchführung einräumen sollte, damit sie sich über ihre Duldungspflicht schlüssig werden und auf die Maßnahmen einstellen können.

Zugleich wurde den Mietern ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt, um sich den Beeinträchtigungen durch die Modernisierung entziehen zu können. Diese Kündigung musste bis zum Ende des Monats, der der Mitteilung des Vermieters folgte, auf den Ablauf des nächsten Monats erklärt werden (§ 20 Abs. 3 WoModG). Die insoweit inhaltlich übereinstimmende Regelung des § 541b Abs. 2 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20.12.1982³⁵² wurde entsprechend damit begründet, dass der Mieter hierdurch in den Stand gesetzt werden sollte, sich sachgerecht zu entscheiden, ob er die geplante Maßnahme dulden oder ihr entgegentreten soll³⁵³ ().

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

³⁵⁰ BT-Drucks. 14/4553, S. 49.

³⁵¹ BT-Drucks. 7/4550, S. 22.

³⁵² BGBl. I S. 1912.

³⁵³ BT-Drucks. 9/2079 S. 13.

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

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

Insbesondere wird - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - das Sonderkündigungsrecht nach § 555e Abs. 1 BGB bei einer frühzeitigen Ankündigung nicht "sinnentleert", auch wenn hierfür eine zeitliche Beschränkung gilt, wonach ein Mieter die Wohnung nur außerordentlich bis zum Ablauf des übernächsten Monats nach Zugang der Modernisierungsankündigung kündigen kann und er für die Kündigungserklärung nur bis zum Ablauf des Monats, der auf die Ankündigung folgt, Zeit hat. Zwar kann das Sonderkündigungsrecht bei einer frühzeitigen Ankündigung nur auf einen Zeitpunkt deutlich vor Beginn der Baumaßnahme ausgeübt werden, so dass der Mieter, der das Sonderkündigungsrecht nutzen möchte, die Wohnung zu einem Zeitpunkt verlassen müsste, zu dem noch keine Beeinträchtigung vorliegt. Indes ist es nicht Sinn und Zweck des Sonderkündigungsrechts, dem nicht duldungswilligen Mieter die Wohnung bis zum Beginn der Baumaßnahmen zu erhalten. Vielmehr soll dem Mieter hierdurch nach der Gesetzesbegründung nur die Möglichkeit gegeben werden, sich der durch die Modernisierungsmaßnahmen zu erwartenden Beeinträchtigung zu entziehen (BT-Drucks. 7/4550, S. 22), was auch bei einer frühzeitigen Ankündigung möglich ist.

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

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

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

Höhe der nach Durchführung der Modernisierung fälligen erhöhten Miete entscheidend, sondern die Frage, ob der Mieter die mit der Modernisierung einhergehenden Beeinträchtigungen dulden möchte.

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

Die Gefahr der rechtsmissbräuchlichen Nutzung einer frühzeitigen Ankündigungsmöglichkeit rechtfertigt es nicht, generell einen engen Zusammenhang zwischen Ankündigung und Ausführung im Sinne einer Höchstfrist oder einer fortgeschrittenen Planung zu verlangen. Zwar mag bei Zulässigkeit einer frühzeitigen Ankündigung die Gefahr, dass diese dazu genutzt wird, unliebsame Mieter zur Kündigung zu bewegen, ohne tatsächlich Modernisierungsmaßnahmen durchführen zu wollen, höher sein, als wenn ein fortgeschrittener Planungsstand vorausgesetzt wird, da der Vermieter bei geringeren Anforderungen an die Ankündigung weniger - unnütze - Kosten zur Erstellung einer ordnungsgemäßen Ankündigung aufwenden muss oder jedenfalls die Überprüfung des tatsächlichen Modernisierungswillens erschwert ist. Indes rechtfertigt die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs nicht eine

grundsätzlich für alle Ankündigungen geltende, bei ordnungsgemäßem Verhalten nicht gebotene und erforderliche Einschränkung. Für den Fall des Rechtsmissbrauchs stehen im Einzelfall hinreichende Möglichkeiten zum Schutz des Mieters zur Verfügung. So läuft eine Ankündigung ohne tatsächlichen Modernisierungswillen ins Leere, entfaltet keine Rechtswirkungen und stellt eine Pflichtverletzung dar, die einen Schadensersatzanspruch des Mieters begründet, sollte dieser im Glauben an eine bevorstehende Modernisierung kündigen und hierdurch einen Schaden erleiden (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 30. Mai 2017 - VIII ZR 199/16, NZM 2017, 595 Rn. 7 ff.). Sofern im Einzelfall trotz einer den Anforderungen des § 555c Abs. 1 BGB genügenden Ankündigung und bestehenden Modernisierungswillens dennoch aus besonderen Gründen ein Rechtsmissbrauch vorliegen sollte, kann dem durch die Anwendung des § 242 BGB im Einzelfall begegnet werden.

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

Gleiches gilt im Hinblick auf die Geltendmachung von Härtegründen betreffend die Ausführung der Maßnahmen sowie die Mieterhöhung. Auch insoweit hat die

Beklagte zu Gunsten der Mieter die gesetzliche Frist deutlich und ohne Verpflichtung bis zum 30. Juni 2019 verlängert.

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

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

8.3 Inhaltliche Anforderungen

Gemäß § 555d Abs. 1 BGB hat der Mieter Modernisierungsmaßnahmen i.S.d. § 555b BGB zu dulden, wobei der Vermieter dem Mieter die Maßnahmen nach § 555c BGB anzukündigen hat. Die letztgenannte Vorschrift ist gemäß Art. 229 § 49 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auf das gegenständliche Mietverhältnis in der vom 1. Mai 2013 bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung des Gesetzes über die energetische Sanierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln vom 11. März 2013³⁵⁴ anzuwenden, weil das Mietverhältnis am 31. Dezember 2018 bereits entstanden und der Beklagten das Ankündigungsschreiben vor diesem Datum zugegangen war.

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

Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Mietrechtsreform im Jahr 2001 ausdrücklich gegen zu strenge Anforderungen an den Inhalt von Modernisierungsankündigungen des Vermieters ausgesprochen und die zuvor vertretenen Maßstäbe abgesenkt³⁵⁵. Hieran sollte sich auch unter der Geltung des § 555c BGB aF nichts ändern³⁵⁶.

Danach ist der Mindestinhalt der Modernisierungsankündigung einerseits an dem Informationsbedürfnis des Mieters auszurichten. Diesem soll durch die Vermittlung zureichender Kenntnis eine sachgerechte Beurteilung der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme ermöglicht werden, insbesondere hinsichtlich seiner Duldungspflicht, der für ihn zu treffenden Maßnahmen und

³⁵⁴ BGBl. I S. 434; im Folgenden: BGB aF.

³⁵⁵ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f., 49 f.; BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 28; jeweils zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

³⁵⁶ vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 20.

der gegebenenfalls zu ziehenden vertragsrechtlichen Konsequenzen³⁵⁷. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass die Mitteilungspflichten nicht darauf abzielen, die Befugnis des Vermieters zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB) einzuschränken, sondern dass sie dem Mieter hierbei lediglich einen ergänzenden Schutz gewähren sollen³⁵⁸. Die Verwirklichung dieses ergänzenden Schutzes darf nicht so weit gehen, dass einem Vermieter die Durchführung gesetzlich zulässiger Modernisierungsmaßnahmen durch eine Handhabung der Mitteilungsanforderungen erschwert wird, die über das zum Schutz des Mieters gebotene Maß hinausgeht und hierdurch den Modernisierungsanspruch des Vermieters unvertretbar verkürzt³⁵⁹.

Für Maßnahmen der energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) bedarf es vor diesem Hintergrund - vergleichbar mit den an ein entsprechendes Mieterhöhungsverlangen zu stellenden Anforderungen (§ 559b Abs. 1 BGB) - der Information des Mieters über diejenigen Tatsachen, die es ihm ermöglichen, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahme auf den Mietgebrauch abzuschätzen sowie, gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe, (überschlägig) vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten baulichen Maßnahmen voraussichtlich zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden³⁶⁰.

Diesen Anforderungen wird die hier vorgenommene Ankündigung gerecht³⁶¹. Insbesondere ergibt sich aus ihr hinreichend deutlich, welche Arbeiten im Einzelnen beabsichtigt sind und inwieweit die baulichen Maßnahmen zu einer nachhaltigen Einsparung von Endenergie bezogen auf die Wohnung der Beklagten führen sollen.

Das Ankündigungsschreiben stellt den Umfang der Baumaßnahmen sowie deren Auswirkungen auf den Mietgebrauch ausreichend dar.

³⁵⁷ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 36 f.; BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 30; jeweils zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

³⁵⁸ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

³⁵⁹ vgl. BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rz. 31 m.w.N. zu § 554 Abs. 3 BGB aF.

³⁶⁰ vgl. BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 332/18, NZM 2020, 281 Rz. 26; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 18 m.w.N. [zur Mieterhöhungserklärung].

³⁶¹ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

Hiernach ist für sämtliche Wohnungen, also auch die Wohnung der Beklagten, geplant, diese an die neu zu installierende Zentralheizung mit Gas-Brennwertkessel anzuschließen und sie zugleich unter Ausbau der Gasthermen und Austausch des Gasherds gegen einen Elektroherd vom Gasnetz zu trennen. Die Verbindung soll über eine "Wohnungsstation" erfolgen, die über isolierte Leitungsstränge mit der Zentralheizung verbunden werden soll. In den Wohnungen ist ein Austausch der vorhandenen Heizkörper gegen Plattenheizkörper sowie deren Anschluss an die "Wohnungsstation" durch verkleidete Ringleitungen unter Rückbau der sichtbaren Heizungsrohre geplant. Die Regelung der Heizung soll künftig über ein Thermostat erfolgen. Hierdurch wird - insbesondere im Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen zur voraussichtlichen Dauer und Organisation der Umsetzung - der Umfang der geplanten Arbeiten und deren voraussichtliche Auswirkung auf den Mietgebrauch sämtlicher Wohnungen hinreichend umrissen.

Die Ankündigung ermöglicht der Beklagten - gegebenenfalls unter Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe - auch überschlägig zu beurteilen, ob der Einbau einer Gaszentralheizung eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie gerade in Bezug auf ihre Wohnung bewirken wird. Denn aus der "Berechnung der Energieeinsparung", welche der Modernisierungsankündigung als Anlage beigefügt war, ergibt sich, dass für sämtliche betroffenen Wohnungen der Gebäudekomplexe eine dauerhafte Reduktion der Endenergie von aktuell insgesamt 213.970 kWh im Jahr auf (künftig) 189.375 kWh im Jahr geplant sei. Damit ist vorliegend die Energieeinsparung hinreichend erläutert, in deren Folge - bezogen auf alle Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 1.186,88 m² - eine Reduktion der Verbrauchskosten um 0,08 €/m² Wohnfläche im Monat erreicht werden soll.

Diese Berechnung ist nicht deshalb "unbrauchbar", weil es ihr an einem konkreten Bezug zur Wohnung der Beklagten fehlt. Dieser Bezug kann vorliegend unschwer hergestellt werden. Der Beklagten ist es anhand der Berechnung möglich, aus der für alle Wohnungen prognostizierten Energieersparnis von 24.595 kWh im Jahr (213.970 kWh/a - 189.375 kWh/a) anhand der Gesamtzahl der Quadratmeter (1.186,88 m²), auf die diese Ersparnis entfällt, die auf ihre 76,21 m² große Wohnung entfallende

prognostizierte jährliche Energieersparnis zu errechnen. Diese beläuft sich auf 1.579,25 kWh im Jahr ($24.595 \text{ kWh/a} \div 1.186,88 \text{ m}^2 \times 76,21 \text{ m}^2$).

Auch dem Berufungsgericht war es auf Grundlage der gemachten Angaben ohne weiteres möglich, für die Wohnung der Beklagten eine konkrete monatliche Heizkosteneinsparung von 6,10 € zu errechnen. Ob dies im Ergebnis "keine signifikante, geschweige denn eine deutliche Ersparnis" darstellt, ist im Rahmen der Prüfung der formellen Ordnungsgemäßheit der Ankündigung nach § 555c BGB ohne Bedeutung³⁶².

Einen weiteren Anhaltspunkt zur Plausibilitätsprüfung der mitgeteilten Energieeinsparung bietet zudem der für die Versorgung mit Heizenergie und Warmwasser für die Zukunft geschätzte Nebenkostenvorschuss von 1,50 €/m², der für die Wohnung der Beklagten künftig in Höhe von 114,32 € ($1,50 \text{ €/m}^2 \times 76,21 \text{ m}^2$) erhoben werden soll und den die Klägerin gemäß § 555c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BGB angegeben hat. Diesen kann die Beklagte - unter Einbeziehung der eigenen Wohnverhältnisse und des eigenen Verbrauchsverhaltens - mit den bisher für die Versorgung mit Gas aufgewandten Kosten vergleichen.

Die Modernisierungsankündigung ist auch nicht deshalb unzureichend, weil die Klägerin die tatsächlich vorhandene Ausstattung der Beklagtenwohnung und die damit einhergehenden Verbräuche nicht berücksichtigt beziehungsweise angegeben hat. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Wohnung der Beklagten über einen baulichen Zuschnitt bzw. über Ausstattungsmerkmale verfügt, welche von denjenigen anderer Wohnungen in den Gebäudekomplexen derart abweichen, dass der Beklagten eine Prüfung der mitgeteilten Energieeinsparung auf Plausibilität nicht möglich wäre. Allein ihre Lage im zweiten Obergeschoss des Anwesens stellt eine solche Besonderheit nicht dar. Das Berufungsgericht führt - ebenso wie die Revisionserwiderung - nicht aus, welche "tatsächlichen Gegebenheiten der Beklagtenwohnung", die für die anzustellende Plausibilitätsprüfung einer Energieersparnis relevant und der Beklagten nicht ebenso bekannt wären bzw. bekannt sein müssten, seitens der Klägerin anzugeben seien. Über den individuellen Energieverbrauch der Beklagten hat die Klägerin keine Kenntnis, da dieser direkt mit dem Energieversorger abgerechnet wird.

³⁶² BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, ■.

Aufgrund der vorgelegten Berechnung bedurfte es vorliegend auch nicht der Angabe der konkreten Wirkungsgrade der alten sowie der neuen Heizungsanlage³⁶³.

Soweit das Berufungsgericht auch bezüglich des Austauschs des Gasherds durch einen Elektroherd eine wirksame Modernisierungsankündigung verneint, verkennt es, dass es sich hierbei nach dem von der Klägerin angekündigten Gesamtkonzept um eine notwendige Begleitmaßnahme der Heizungsmodernisierung handelt.

Ausweislich der Ankündigung werden infolge des Wegfalls der Gasetagenheizungen die bisherigen Gasleitungen aus den Mieteinheiten entfernt, so dass der Betrieb eines Gasherds nicht mehr möglich ist. Damit sind dem Mieter der Umfang und die Auswirkungen der Modernisierungsmaßnahme für seinen Mietgebrauch hinlänglich dargelegt. Der vom Berufungsgericht auch insoweit vermissten Angabe einer Energieeinsparung bedarf es insoweit daher schon im Ansatz nicht.

9 Mieterhöhung

9.1 Nach § 557b BGB

9.1.1 Wirksame Indexklausel

Nach § 557b Abs. 1 BGB können die Vertragsparteien schriftlich vereinbaren, dass die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland - Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI) - bestimmt wird (Indexmiete). Dies haben die Parteien vorliegend formularvertraglich (§ 305 Abs. 1 BGB) getan. Entgegen der Ansicht der Revision verstößt diese Klausel nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Dabei kann dahinstehen, ob die formularvertragliche Vereinbarung einer Indexmiete als eine die Miethöhe unmittelbar regelnde Bestimmung und damit gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB im Übrigen nicht kontrollfähige Preis(haupt)abrede³⁶⁴ oder als Preisnebenabrede³⁶⁵ anzusehen ist³⁶⁶, da hier

³⁶³ BGH v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, WuM 2020, 485.

³⁶⁴ so BeckOGK/*Siegmund*, Stand: 1. April 2021, § 557b BGB Rz. 53; vgl. auch BGH v. 15.2.2012 - VIII ZR 197/11, NJW 2012, 1502 Rz. 21 [zur Staffelmiete].

ausschließlich die Einhaltung des Transparenzgebots in Rede steht und aus § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB folgt, dass dieses auch für das Hauptleistungsversprechen gilt³⁶⁷.

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht klar und verständlich ist. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen sowie wirtschaftliche Nachteile und Belastungen so weit erkennen zu lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann³⁶⁸.

Bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Dabei sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden³⁶⁹.

Diesen Anforderungen wird die vorliegende Vertragsklausel zur Indexmiete gerecht³⁷⁰.

Die Klausel ist nicht wegen der fehlenden Angabe eines Basisjahrs des Verbraucherpreisindex intransparent. Einer solchen Angabe bedarf es vorliegend nicht³⁷¹.

Der Verbraucherpreisindex für Deutschland misst die durchschnittliche Preisentwicklung aller Waren und Dienstleistungen, die private Haushalte für

³⁶⁵ so Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 557b BGB Rz. 20a.

³⁶⁶ zur Abgrenzung vgl. BGH v. 14.5.2014 - VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 Rz. 15; BGH v. 23.8.2018 - III ZR 192/17, NJW 2019, 47 Rz. 14 f.; jeweils m.w.N.

³⁶⁷ vgl. BGH v. 7.2.2019 - III ZR 38/18, NJW-RR 2019, 942 Rz. 21 m.w.N.

³⁶⁸ vgl. BGH v. 9.12.2015 - VIII ZR 349/14, NJW 2016, 2101 Rz. 29; BGH v. 7.2.2019 - III ZR 38/18, NJW-RR 2019, 942 Rz. 22; BGH v. 10.6.2020 - VIII ZR 289/19, WPM 2020, 1840 Rz. 52.

³⁶⁹ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 29.4.2015 - VIII ZR 104/14, WPM 2015, 1487 Rz. 17; BGH v. 22.3.2018 - IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 Rz. 35.

³⁷⁰ BGH v. 26.5.2021 - VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

³⁷¹ BGH v. 26.5.2021 - VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

Konsumzwecke erwerben. Die Preisentwicklung im Verbraucherpreisindex wird jeweils als Indexzahl mit Bezug auf ein Basisjahr (derzeit 2015) und dieses im Jahresdurchschnitt mit 100 Punkten angegeben.

Der Verbraucherpreisindex wird sowohl monatlich entsprechend der aktuellen Preisentwicklung fortgeschrieben als auch in regelmäßigen Abständen einer grundlegenden Revision unterzogen und auf ein neues Basisjahr umgestellt. Diese Umstellung, durch welche dem Wandel in den Verbrauchs- und Einkaufsgewohnheiten Rechnung getragen und neue Entwicklungen berücksichtigt werden, geschieht in der Regel alle fünf Jahre. Dabei erfolgt eine umfassende Neuberechnung, bei welcher nicht nur - wie bei der regelmäßigen monatlichen Fortschreibung - im Wesentlichen die Preisentwicklungen der Waren und Dienstleistungen berücksichtigt, sondern auch die Gewichtung der einzelnen Güter und Dienstleistungen neu vorgenommen und methodische Veränderungen in der Datenerhebung und -verarbeitung umgesetzt werden³⁷². Die hiernach auf ein neues Basisjahr umgestellten und veröffentlichten Lebenshaltungskostenindizes spiegeln damit nicht nur eine reine Preissteigerung, sondern auch die geänderten Verbrauchsgewohnheiten wider.

Mit der Umstellung auf ein neues Basisjahr - dieses hat im Jahresdurchschnitt den Indexstand 100 - werden die bisherigen Indexwerte (rückwirkend bis 1991) auf dieses Basisjahr umgerechnet. Die zuvor - unter Zugrundelegung des alten Basisjahrs - berechneten und veröffentlichten Indexreihen verlieren rückwirkend ihre Gültigkeit. Die neu berechneten Ergebnisse ersetzen die vorher veröffentlichten Zahlen und können - da sie Folge einer grundlegend anderen methodischen Vorgehensweise sind - durch eine rein rechnerische Umbasierung der alten Indexzahlen nicht nachvollzogen werden³⁷³. Da somit der auf dem neuen Basisjahr beruhende Verbraucherpreisindex anders zusammengesetzt ist als der vorherige, ist ein unmittelbarer Vergleich der Indizes, die auf unterschiedlichen Basisjahren beruhen, nicht möglich.

³⁷² vgl. BGH v. 7.11.2012 - XII ZR 41/11, WuM 2013, 32 Rz. 28 [zur methodischen Weiterentwicklung mit dem Basisjahr 2000]; Statistisches Bundesamt, Hintergrundpapier zur Revision des Verbraucherpreisindex für Deutschland 2019, S. 1 [zur Umstellung vom Basisjahr 2010 auf das Basisjahr 2015].

³⁷³ vgl. etwa Bekanntmachung der Verbraucherpreisindizes für Deutschland, Basisjahr 2000, FamRZ 2003, 506.

Dies zu Grunde gelegt bedarf es einer Angabe des Basisjahrs zur Berechnung der Mietänderung jedenfalls bei einer Indexmietvereinbarung wie der vorliegenden, bei welcher die Mietentwicklung an die prozentuale Änderung des Verbraucherpreisindexes geknüpft ist, nicht³⁷⁴.

Zum einen verlangt der Wortlaut des § 557b Abs. 1 BGB eine solche Festlegung nicht. Hiernach genügt die schriftliche Vereinbarung, dass die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland bestimmt wird (Indexmiete). An diesem Gesetzeswortlaut haben sich die Parteien vorliegend orientiert. Einer Erläuterung, wie sich die Mietänderung im Einzelfall berechnet, bedarf es nicht³⁷⁵.

Überdies wäre bei der hier vereinbarten Prozentklausel die Festlegung eines Basisjahrs im Mietvertrag für die (spätere) Berechnung der Mietänderung, anders als bei einer sogenannten Punkteklausel, bei welcher maßgebend ist, ob die Indexentwicklung einen bestimmten Punktwert erreicht, unerheblich³⁷⁶.

Denn die Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Geltung einer Indexmiete geht dahin, mit der Prozentklausel nicht den Verbraucherpreisindex nach einem fixen Basisjahr in Bezug zu nehmen, sondern - ungeachtet einer Festlegung im Mietvertrag - den Index nach dem jeweils gültigen Basisjahr. Dies folgt daraus, dass solche Verbraucherpreisindizes, die auf unterschiedlichen Basisjahren beruhen, nicht miteinander vergleichbar sind und mit der Veröffentlichung der Indexreihen für ein neues Basisjahr allein diese Gültigkeit haben, während die früheren Veröffentlichungen auf einem statistisch überholten Berechnungsschema beruhen und daher nicht länger herangezogen werden können³⁷⁷. Damit wäre selbst ein in der Vereinbarung einer Indexmiete

³⁷⁴ vgl. AG Charlottenburg, GE 2010, 1547; Staudinger/J. Emmerich, Neubearb. 2021, § 557b BGB Rz. 23; BeckOK-Mietrecht/M. Schultz, Stand: 1. Februar 2021, § 557b BGB Rz. 13; BeckOGK/Siegmund, Stand: 1. April 2021, § 557b BGB Rz. 48; Spielbauer/Schneider/Ettl, Mietrecht, 2. Aufl., § 557b BGB Rz. 9; Ruff, WuM 2006, 543, 544; a.A. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl., § 557b BGB Rz. 29

³⁷⁵ vgl. BGH v. 21.2.1990 - VIII ZR 216/89, NJW-RR 1990, 886 unter II 2 b bb [zum "Fehlschlagen der Nachbesserung"]; BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, NJW 2016, 1308 Rz. 16, 18 ff. [zur Übertragung "der Betriebskosten"].

³⁷⁶ vgl. BGH v. 4.3.2009 - XII ZR 141/07, NZM 2009, 398 Rz. 20; Statistisches Bundesamt, Anleitung für die Berechnung von Schwellenwerten und Veränderungsraten für Wertsicherungsklauseln, Stand: März 2019, S. 54.

³⁷⁷ vgl. BGH v. 7.11.2002 - XII ZR 41/11, WuM 2013, 32 Rz. 25.

genanntes Basisjahr für die Berechnung der Mietänderung unerheblich, wenn der Verbraucherpreisindex für Deutschland im Zeitpunkt der Mietänderungserklärung bereits auf ein neues Basisjahr umgestellt wurde.

Aufgrund dieser Bezugnahme der Mietvertragsparteien auf den jeweils aktuellen Verbraucherpreisindex ist für den Mieter auch ohne ausdrückliche Angabe des Basisjahrs erkennbar, wie die Mieterhöhung im Einzelfall zu berechnen ist.

Die Klausel über die Vereinbarung einer Indexmiete ist auch nicht deshalb intransparent, weil in ihr der Anknüpfungspunkt der Wartefrist des § 557b Abs. 2 Satz 1 BGB nicht genannt ist. Hiernach muss die Miete während der Geltung einer Indexmiete, von Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 BGB abgesehen, jeweils mindestens ein Jahr unverändert bleiben.

Der Angabe des Beginns dieser Wartefrist bedarf es ausweislich des Wortlauts von § 557b Abs. 1 BGB zur wirksamen Vereinbarung einer Indexmiete nicht³⁷⁸.

Die Frage der Einhaltung der Wartefrist wird (erst) mit der konkreten Erhöhungserklärung relevant. Während § 557b Abs. 1 BGB die Voraussetzungen der Vereinbarung einer Indexmiete regelt, betrifft § 557b Abs. 2 BGB mit der dort enthaltenen Wartefrist die Rechtsfolgen einer (wirksamen) Vereinbarung. Somit ist die Wartefrist eine gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der konkreten Änderungserklärung, nicht jedoch für die eigentliche Vereinbarung einer Indexmiete³⁷⁹.

Durch die zusätzliche Angabe in der Klausel, wonach "der Mietzins jeweils mindestens ein Jahr unverändert" bestanden haben müsse, wird diese auch nicht etwa im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unverständlich. Insoweit wird der Sache nach lediglich der Wortlaut des § 557b Abs. 2 Satz 1 BGB wiedergegeben. Dass in der Klausel darüber hinaus nicht ausdrücklich geregelt ist, zu welchem Zeitpunkt diese gesetzlich vorgeschriebene Frist beginnen soll, macht diese schon deshalb nicht intransparent, weil das Transparenzgebot es nicht verlangt, die aus dem Gesetz oder der Rechtsnatur eines Vertrags

³⁷⁸ BGH v. 26.5.2021 – VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

³⁷⁹ vgl. Staudinger/J. Emmerich, Neubearb. 2021, § 557b BGB Rz. 28.

folgenden Rechte der Vertragsparteien ausdrücklich oder vollständig zu regeln³⁸⁰.

9.1.2 Beifügung eines falschen Index in der Erhöhungserklärung

Gemäß § 557b Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB muss eine Änderung der Indexmiete durch Erklärung in Textform geltend gemacht werden. Dabei sind die eingetretene Änderung des Preisindexes sowie die jeweilige Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag anzugeben.

Diese Voraussetzungen erfüllt die vorliegende Erklärung. Sie ist nicht deshalb unwirksam, weil der Kläger ihr den vom Statistischen Landesamt Baden-Württemberg ermittelten Index beigefügt hat³⁸¹.

Zwar richtet sich die Indexmiete allein nach dem vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland (§ 557b Abs. 1 BGB³⁸²). Zur formellen Wirksamkeit der Mietänderungserklärung muss dieser Index jedoch nicht beigefügt werden.

Die Beifügung des zur Berechnung der Mietänderung nicht maßgebenden Indexes eines Landesamts führt nicht zur Unwirksamkeit der Erklärung wegen Widersprüchlichkeit³⁸³. Für den beklagten Mieter war klar erkennbar, dass der Mietänderung der Verbraucherpreisindex des Statistischen Bundesamts zu Grunde lag, denn der Kläger hat in der Erhöhungserklärung auf die Regelung im Mietvertrag und die dortige Vereinbarung der "Entwicklung der Miete an den Lebenshaltungsindex aller privater Haushalte in der Bundesrepublik Deutschland (jetzt: Verbraucherindex)" verwiesen. Ernsthafte Zweifel, auf Grundlage welchen Indexes die Mietänderung berechnet wurde, konnten hiernach beim Beklagten nicht aufkommen.

³⁸⁰ st. Rspr.; vgl. BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, NJW 2016, 1308 Rz. 18 m.w.N.

³⁸¹ BGH v. 26.5.2021 – VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

³⁸² vgl. auch BT-Drucks. 13/9347, S. 55; 14/4553, S. 53.

³⁸³ BGH v. 26.5.2021 – VIII ZR 42/20, MDR 2021, 997.

9.2 nach § 558 BGB

9.2.1 maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete

Maßgebend für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist der Zeitpunkt, zu dem das Erhöhungsverlangen dem Mieter zugeht³⁸⁴ und nicht der Zeitpunkt, ab dem der Mieter die erhöhte Miete gegebenenfalls schuldet. Die nach § 558 Abs. 2 BGB aF maßgebliche Vierjahresfrist erstreckt sich demnach vom Zugang des Erhöhungsverlangens an vier Jahre zurück. Im Streitfall ist das Mieterhöhungsverlangen der Klägerin vom 20. Juli 2017 unstreitig noch im Juli 2017 zugegangen und die Vierjahresfrist entsprechend zu bemessen.

Der Sachverständige hat seiner Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete unter Anwendung des Vergleichswertverfahrens indes Mietentgelte für vergleichbaren Wohnraum zugrunde gelegt, die in dem Zeitraum vom 1. Oktober 2013 bis 1. Oktober 2017 (neu) vereinbart oder geändert worden sind. Unschädlich ist das zwar insoweit, als der Sachverständige drei der insgesamt 14 Vergleichswohnungen in seine Betrachtung einbezogen hat, für die das Mietentgelt im Jahr 2013 (neu) vereinbart beziehungsweise geändert wurde, ohne dass sich dem Gutachten entnehmen ließe, zu welchem Zeitpunkt in diesem Jahr das genau der Fall war. Denn insoweit ist nach den ausdrücklichen Angaben des Sachverständigen zum berücksichtigten Vierjahreszeitraum zweifellos davon auszugehen, dass es sich um Vereinbarungen beziehungsweise Änderungen der Miete aus dem Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2013 handelt. Da dieser Zeitraum innerhalb der genannten hier maßgeblichen Betrachtungszeitspanne liegt, ist die Berücksichtigung der betreffenden Mietentgelte nicht zu beanstanden³⁸⁵.

Anders verhält es sich jedoch in Bezug auf diejenigen vom Sachverständigen berücksichtigten zwei Vergleichswohnungen, für die das Mietentgelt im Jahr 2017 (neu) vereinbart beziehungsweise geändert wurde, ohne dass sich dem Gutachten entnehmen ließe, zu welchem Zeitpunkt in diesem Jahr das genau der Fall war. Hier lässt sich anhand der bisher getroffenen Feststellungen nicht ausschließen, dass die herangezogenen Mietentgelte in einem außerhalb des

³⁸⁴ BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 346/10, NJW 2012, 1351 Rz. 30; vgl. auch BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NJW-RR 2006, 227 Rz. 15; jeweils m.w.N.

³⁸⁵ BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, ■.

maßgeblichen Betrachtungszeitrahmens liegenden Zeitraum - namentlich zwischen dem Zugang des Erhöhungsverlangens im Juli 2017 bis zu dem fehlerhaft angenommenen Stichtag am 1. Oktober 2017 - vereinbart beziehungsweise geändert wurden und der Entscheidungsfindung deshalb nicht hätten zugrunde gelegt werden dürfen.

Dies ist hier auch relevant:

Ließe man die im Jahr 2017 vereinbarten beziehungsweise geänderten Mietentgelte in Höhe von 10,22 €/m² und 8,39 €/m² bei ansonsten gleichbleibender Berechnung des Vergleichswerts außer Betracht, ergäbe sich eine Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete von 6,19 €/m² bis 9,73 €/m² (anstelle von 6,19 €/m² bis 10,22 €/m²) mit einem arithmetischen Mittelwert von 7,89 €/m² (anstelle von 8,09 €/m²), und im Ergebnis sodann ein Vergleichswert von 8,06 €/m² (anstelle von 8,28 €/m²). Da dieser unterhalb der verlangten Miete (8,10 €/m²) liegt, handelt es sich hierbei um einen ergebnisrelevanten Gesichtspunkt.

9.2.2 Mitteilung der Mietpreisspanne und Beifügung des Mietspiegels

Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Nach § 558a Abs. 1 BGB ist das Erhöhungsverlangen dem Mieter in Textform (§ 126b BGB) zu erklären und zu begründen, wobei gemäß § 558a Abs. 2 Nr. 1 BGB zur Begründung auf einen Mietspiegel Bezug genommen werden kann.

Die Begründung soll dem Mieter - auch im Interesse einer außergerichtlichen Einigung zur Vermeidung überflüssiger Prozesse - die Möglichkeit eröffnen, die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens zu überprüfen und sich darüber schlüssig zu werden, ob er dem Erhöhungsverlangen zustimmt oder nicht³⁸⁶.

³⁸⁶ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rz. 47; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, WuM 2020, 86 Rz. 15; BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, NJW 2019, 3142 Rz. 25; BGH v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17, NJW 2019, 303 Rz. 54; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 18, 22; jeweils m.w.N.

Hierfür ist es erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens gibt. Zwar dürfen an die Begründung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Das Erhöhungsverlangen muss aber - in formeller Hinsicht - Angaben über die Tatsachen enthalten, aus denen der Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können³⁸⁷.

Im Fall der Bezugnahme auf einen Mietspiegel (§ 558a Abs. 2 Nr. 1, §§ 558c, 558d BGB) muss die Begründung deshalb - wie sich, sofern ein qualifizierter Mietspiegel vorliegt, unmittelbar auch aus der Regelung des § 558a Abs. 3 BGB ergibt - die Angaben zur Wohnung enthalten, die nach diesem Mietspiegel für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bestimmend sind³⁸⁸.

Diesen Anforderungen wird das Mieterhöhungsverlangen gerecht³⁸⁹.

Der von der Klägerin in Bezug genommene Nürnberger Mietspiegel 2018 bildet die ortsübliche Vergleichsmiete ab, indem er zunächst eine - allein anhand der Wohnfläche zu bestimmende - Basismiete ausweist (Tabelle 1), sodann konkrete Merkmale betreffend Baujahr, Ausstattung und Lage benennt, die einen der Höhe nach vorgegebenen Ab- beziehungsweise Zuschlag rechtfertigen (Tabelle 2), und schließlich von einer für alle Wohnungen gleichermaßen geltenden Mietpreisspanne von +/- 20 % um den auf diese Weise ermittelten Tabellenwert (= Mittelwert) ausgeht (Tabelle 3).

Die Klägerin hat in dem Erhöhungsschreiben - neben der ihrer Meinung nach zutreffenden ortsüblichen Vergleichsmiete (627,98 €) - alle danach maßgeblichen Merkmale der Wohnung benannt, um die ortsübliche Vergleichsmiete anhand des Mietspiegels zu ermitteln, namentlich die Wohnfläche (hier: 80 m²) sowie die Merkmale, die aus Sicht der Klägerin Zu-

³⁸⁷ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rz. 48; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, WuM 2020, 86 Rz. 15 f.; BGH v. 16.10.2019 - VIII ZR 340/18, NJW-RR 2019, 1482 Rz. 13 f.; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 18; BGH v. 3.2.2016 - VIII ZR 69/15, NJW 2016, 1385 Rz. 11; BGH v. 26.4.2016 - VIII ZR 54/15, NJW 2016, 2565 Rz. 5; jeweils m.w.N.

³⁸⁸ vgl. BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 13; BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 316/07, WuM 2009, 239 Rz. 8; BGH v. 26.4.2016 - VIII ZR 54/15, NJW 2016, 2565 Rz. 5.

³⁸⁹ BGH v. 7.7.2021 - VIII ZR 167/20, ■.

bzw. Abschläge in der jeweils vorgegebenen Höhe rechtfertigen (hier: Altstadtlage [+ 4 %], Baujahr 1957 [- 1 %], kein Balkon [- 3 %] und keine Sprechanlage [- 2 %]). Da die Bestimmung der konkreten Mietpreisspanne ausschließlich von dem sich aus diesen Daten ergebenden Tabellenwert und nicht etwa von weiteren Faktoren abhängt, wird dem Beklagten durch jene Angaben die (ansatzweise) Überprüfung der Berechtigung der Mieterhöhung ermöglicht.

Entgegen der - bereits in einem früheren Urteil vertretenen (LG Nürnberg-Fürth, WuM 2015, 160) - Ansicht des Berufungsgerichts ist es in einem solchen Fall nicht erforderlich, dass dem Erhöhungsverlangen entweder der vom Vermieter herangezogene Mietspiegel beigefügt wird oder das Schreiben die nach diesem Mietspiegel gegebene Mietpreisspanne aufführt beziehungsweise wenigstens auf das Bestehen einer solchen Spanne hinweist.

Nach der Rechtsprechung des BGH muss der vom Vermieter zur Begründung seines Erhöhungsverlangens herangezogene Mietspiegel jenem Schreiben nicht beigefügt werden, wenn es sich um einen - etwa durch Veröffentlichung im Amtsblatt - allgemein zugänglichen Mietspiegel handelt³⁹⁰, was auch dann zu bejahen ist, wenn der Mietspiegel gegen eine geringe Schutzgebühr (etwa 3 €) von privaten Vereinigungen an jedermann abgegeben wird³⁹¹ oder der Vermieter dem Mieter eine - wohnortnahe - Einsichtsmöglichkeit anbietet³⁹². Denn in einem solchen Fall ist es dem Mieter zumutbar, zur Überprüfung des Mieterhöhungsverlangens auf den ihm - wenngleich unter gewissen Mühen und/oder nur gegen einen geringfügigen Kostenaufwand - zugänglichen Mietspiegel zuzugreifen.

Auch die sich aus dem Mietspiegel ergebende Mietpreisspanne muss der Vermieter zur Erfüllung der formellen Voraussetzungen des § 558a BGB nicht in jedem Fall angeben. Als entbehrlich hat der BGH diese Angabe ausdrücklich angesehen, wenn der Vermieter, der sein Erhöhungsverlangen auf einen Mietspiegel stützt, der in Form von Tabellenfeldern für Wohnungen einer bestimmten Kategorie jeweils eine bestimmte Mietpreisspanne ausweist, das seiner Auffassung nach einschlägige Mietspiegelfeld mitteilt. Denn in diesem

³⁹⁰ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 15.

³⁹¹ BGH v. 30.9.2009 - VIII ZR 276/08, NJW 2010, 225 Rz. 10 f.; BGH v. 28.4.2009 - VIII ZB 7/08, NJW-RR 2009, 1021 Rz. 6; BGH v. 31.8.2010 - VIII ZR 231/09, WuM 2010, 693 Rz. 2.

³⁹² vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 74/08, NJW 2009, 1667 Rz. 9.

Fall kann der Mieter die maßgebliche Mietpreisspanne dem betreffenden Mietspiegel ohne weiteres entnehmen³⁹³.

(2) Nach diesen Grundsätzen musste die Klägerin ihrem Erhöhungsverlangen hier - anders als vom Berufungsgericht angenommen - weder den ihrerseits herangezogenen Mietspiegel beifügen noch in dem betreffenden Schreiben die einschlägige Mietpreisspanne oder jedenfalls angeben, dass der herangezogene Mietspiegel Spannen enthält.

9.2.3 Begründung bei Teilinklusionmiete

Die gemäß § 558a BGB erforderliche Begründung des Mieterhöhungsbegehrens soll dem Mieter die Möglichkeit geben, dessen sachliche Berechtigung - zumindest im Ansatz - zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden. Deshalb muss das Mieterhöhungsverlangen dem Mieter konkrete Hinweise zur sachlichen Berechtigung des Begehrens geben, damit der Mieter es innerhalb der Überlegungsfrist zumindest im Ansatz überprüfen und sich darüber schlüssig werden kann, ob er seine Zustimmung ohne eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Vermieter erteilt³⁹⁴.

Hierzu ist es erforderlich, dass der Mieter dem Mieterhöhungsverlangen die begehrte erhöhte Miete betragsmäßig entnehmen kann und dass die Mieterhöhung durch nähere Hinweise nach § 558a Abs. 2 BGB auf die ortsübliche Vergleichsmiete - etwa durch Bezugnahme auf einen Mietspiegel (§ 558a Abs. 1 Nr. 1 BGB) - begründet wird³⁹⁵.

Diesen Anforderungen wird das Mieterhöhungsschreiben der Klägerin gerecht, indem es ausführt, dass sich die Grundmiete - bei unveränderten Vorauszahlungen für Heizung und Betriebskosten - von bisher 408,56 € ab dem 1. November 2018 auf 427,92 € erhöhen soll. Des Weiteren enthält das Mieterhöhungsbegehren unter Bezugnahme auf den örtlichen Mietspiegel nähere Ausführungen zur ortsüblichen Vergleichsmiete der streitigen Wohnung, die mit 8,42 € je qm beziffert wird.

³⁹³ BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 16.

³⁹⁴ BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rz. 48; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 236/18, NZM 2020, 459 Rz. 15; BGH v. 12.12.2007 - VIII ZR 11/07, NJW 2008, 573 Rz. 12, st. Rspr.

³⁹⁵ BGH v. 16.12.2020 - VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 240.

Angaben dazu, ob in der Grundmiete einzelne nicht gesondert umlegbare Betriebskosten enthalten waren, bedurfte es ebenso wenig wie einer Herausrechnung solcher Kosten. Denn nach der Rechtsprechung des VIII: Senats³⁹⁶ bedarf es einer solchen Herausrechnung der in der Grundmiete etwa enthaltenen Betriebskosten nicht, wenn auch die begehrte erhöhte (Teilkonklusiv-)Miete die (anhand reiner Nettomieten) ermittelte ortsübliche Vergleichsmiete nicht übersteigt. Einer Herausrechnung des etwa in der Grundmiete enthaltenen Betriebskostenanteils bedarf es vielmehr nur dann, wenn eine begehrte erhöhte Teilkonklusivmiete höher liegt als die in dem Mieterhöhungsschreiben genannte, auf reinen Nettomieten basierende ortsübliche Vergleichsmiete.

In einem solchen Fall kann der Mieter nämlich die Berechtigung des Mieterhöhungsbegehrens insoweit nicht überprüfen, als es die genannte ortsübliche Vergleichsmiete übersteigt. Deshalb ist es in derartigen Fällen erforderlich, dass der Vermieter in seinem Mieterhöhungsschreiben Angaben zur Höhe der in der Miete enthaltenen Betriebskosten macht. Diese kann er dann entweder von der Teilkonklusivmiete abziehen und die so "bereinigte" Miete der im Mietspiegel ausgewiesenen ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüberstellen oder alternativ die Mietspiegelmiete um den Betriebskostenanteil erhöhen und den so ermittelten Betrag der vereinbarten Teilkonklusivmiete gegenüberstellen³⁹⁷ (). Vorliegend war ein derartiges Rechenwerk indes - wie ausgeführt - nicht erforderlich, weil die begehrte erhöhte Miete von 5,56 € je qm weit unter der ortsüblichen Vergleichsmiete von 8,42 € je qm lag.

Es fehlt es dem Mieterhöhungsbegehren der Klägerin auch nicht deshalb an einer ausreichenden Begründung im Sinne des § 558a BGB, weil es untrennbar mit einem Angebot zur Änderung der Mietstruktur verbunden gewesen wäre und der Beklagte deshalb nicht hätte erkennen können, in welchem Umfang das Erhöhungsverlangen auf die begehrte Änderung der Mietstruktur gerichtet ist und inwiefern es sich auf § 558 BGB stützt³⁹⁸.

³⁹⁶ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 11.

³⁹⁷ vgl. BGH v. 26.10.2005 - VIII ZR 41/05, NZM 2006, 101 Rz. 13; BGH v. 20.1.2020 - VIII ZR 141/09, NJW-RR 2010, 735 Rz. 13 f.

³⁹⁸ vgl. BGH v. 7.7.2010 - VIII ZR 321/09, NJW 2010, 2945 Rz. 10 ff.

Ein solches Angebot hat die Klägerin nicht abgegeben³⁹⁹. Das Mieterhöhungsverlangen enthält schon keinerlei Angaben dazu, welche Betriebskosten im Mietverhältnis der Parteien gesondert umlegbar sind. Erst recht ist - selbst bei Unterstellung einer fortbestehenden Teilinklusive miete wie zu Beginn des Mietverhältnisses - nicht ansatzweise erkennbar, dass die Klägerin mit dem Mieterhöhungsbegehren auch eine vertragliche Änderung der Mietstruktur in der Weise erstrebte, dass nunmehr auch bisher in der Grundmiete enthaltene Betriebskosten gesondert umgelegt werden dürften.

9.2.4 rechtliche Einordnung der Klagefrist (Änderung der Rechtsprechung)

Bisher hat der VIII. Senat des BGH vertreten, dass die Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung unzulässig ist, wenn ihr ein wirksames Mieterhöhungsverlangen nicht vorausgegangen ist⁴⁰⁰. An dieser Rechtsprechung hält er nicht länger fest⁴⁰¹. Richtigerweise ist die Frage der Einhaltung der Förmlichkeiten des Verfahrens auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung durch den Vermieter nach § 558a BGB (Erklärung und Begründung des Erhöhungsverlangens in Textform) und § 558b Abs. 2 BGB (Fristen zur Erhebung der Zustimmungsklage) insgesamt dem materiellen Recht zuzuordnen und betrifft deshalb die Begründetheit und nicht die Zulässigkeit der Klage.

Die bisherige Rechtsprechung ist - ohne dies näher zu begründen - davon ausgegangen, dass es sich bei den gesetzlichen Bestimmungen, wonach der Vermieter eine Klage auf Zustimmung zu einer begehrten Mieterhöhung erst nach Ablauf einer dem Mieter zu gewährenden Überlegungsfrist und nur innerhalb einer bestimmten sich daran anschließenden Klagefrist zu erheben berechtigt ist (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 MHG, seit dem 1. September 2001 § 558b Abs. 2 BGB), um dem Prozessrecht zuzuordnende Regelungen handelt und die genannten Fristen somit (besondere) Sachurteilsvoraussetzungen der

³⁹⁹ BGH v. 16.12.2020 – VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 240.

⁴⁰⁰ BGH v. 20.9.1982 - VIII ARZ 1/82, BGHZ 84, 392 (399) [zu § 2 Abs. 2 MHG]; BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NZM 2004, 581 unter II 4 [zu § 2 Abs. 2 MHG]; BGH v. 19.7.2006 - VIII ZR 212/05, NJW-RR 2006, 1305 Rz. 6; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rz. 18; BGH v. 13.11.2013 - VIII ZR 413/12, NJW 2014, 1173 Rz. 13; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 136/17, NJW 2018, 2792 Rz. 12; BGH v. 11.7.2018 - VIII ZR 190/17, WuM 2018, 509 Rz. 11 jeweils zu § 558a BGB und/oder § 558b Abs. 2 BGB.

⁴⁰¹ BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

Zustimmungsklage des Vermieters sind. Diese Einordnung hatte zur Folge, dass eine Zustimmungsklage auch dann als unzulässig abgewiesen wurde, wenn ihr ein wirksames Mieterhöhungsverlangen - also ein solches, das den gesetzlich vorgeschriebenen formellen Anforderungen nach § 558a BGB (früher § 2 Abs. 2 MHG) genügt - nicht vorausgegangen ist; denn in diesem Fall wurde die Überlegungsfrist nach § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) nicht ausgelöst⁴⁰². Die genannten Fristen sind jedoch keine besonderen Sachurteilsvoraussetzungen.

Eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen lässt die Klageerhebung vor einem Zivilgericht nur innerhalb einer Frist zu. Diese Klagefristen - so auch jene nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB⁴⁰³ - bezwecken eine möglichst rasche Klärung des Streits und eine alsbaldige Herstellung des Rechtsfriedens⁴⁰⁴. Die dem Mieter eingeräumte - der Klagefrist vorgeschaltete - Überlegungsfrist gemäß § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) dient dabei dem zusätzlichen Zweck, den Mieter vor den (Kosten-)Folgen einer voreilig erhobenen - nach den materiellen Kriterien des § 558 BGB (früher § 2 Abs. 1 MHG) berechtigten - Zustimmungsklage zu schützen⁴⁰⁵.

Ob solche Klagefristen dem materiellen Recht oder dem Prozessrecht angehören, hängt in erster Linie von der Wirkung der jeweiligen Frist ab. Um materiell-rechtliche Ausschlussfristen handelt es sich, wenn der Ablauf der betreffenden Klagefrist zum Erlöschen des subjektiven Rechts führt, während der Ablauf einer prozessualen Klagefrist den Verlust des Klagerechts der Partei (so etwa der Ablauf der Frist zur Erhebung einer Restitutionsklage gemäß § 586 Abs. 1 ZPO oder der Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen einen Schiedsspruch gemäß § 1059 Abs. 3 ZPO) zur Folge hat⁴⁰⁶.

Das Erlöschen des betreffenden subjektiven Rechts infolge des Ablaufs der gesetzlichen Frist zu dessen gerichtlicher Geltendmachung ordnet das Gesetz in manchen Fällen sogar ausdrücklich an (so etwa § 562b Abs. 2 Satz 2 BGB [Erlöschen des Vermieterpfandrechts], § 864 Abs. 1 BGB [Erlöschen von Ansprüchen wegen Besitzentziehung oder -störung], § 977 Satz 2 BGB

⁴⁰² BGH v. 12.5.2004 - VIII ZR 234/03, NZM 2004, 581.

⁴⁰³ BT-Drucks. 14/4553, S. 56; BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

⁴⁰⁴ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 165.

⁴⁰⁵ vgl. BT-Drucks. VI/2421, S. 4 [zu § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG].

⁴⁰⁶ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., Einleitung vor § 253 ZPO Rz. 169.

[Erlöschen des Bereicherungsanspruchs nach Rechtsverlust], § 1002 Abs. 1 BGB [Erlöschen von Verwendungsersatzansprüchen des Besitzers]). In anderen Fällen ergibt sich diese (materielle) Rechtsfolge aus dem Zusammenspiel gesetzlicher Normen (so etwa bei der Frist zur Beantragung der Eheaufhebung gemäß § 1317 Abs. 1 Satz 1, § 1314 BGB - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BGH, Urteil vom 29. Juni 1957 - IV ZR 88/57, BGHZ 25, 66, 74; bei der Frist zur Anfechtung der Vaterschaft gemäß § 1600b Abs. 1 Satz 1, § 1600 BGB - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BeckOGK-BGB/Reuß, Stand 1. Februar 2020, § 1600b Rn. 26 mwN; bei der Frist für eine Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers gemäß §§ 4, 7 KSchG - zu deren materiell-rechtlicher Natur: BAGE 150, 234, 236; 163, 24, 26 f.).

Auch die Gesetzessystematik oder der Zweck der jeweiligen Klagefrist können es gebieten, diese als Teil der materiellen Begründetheit der Klage zu behandeln⁴⁰⁷.

Nach diesen Grundsätzen sind die in § 558b Abs. 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 MHG) normierten Fristen für die Erhebung der Zustimmungsklage durch den Vermieter dem materiellen Recht zuzuordnen; die Nichteinhaltung dieser Fristen führt somit zur Abweisung der Klage als (derzeit) unbegründet und nicht als unzulässig⁴⁰⁸.

Denn der Ablauf der nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG) vorgeschriebenen Klagefrist hat zur Folge, dass das betreffende Erhöhungsverlangen des Vermieters als nicht gestellt gilt beziehungsweise als unwirksam angesehen wird⁴⁰⁹. Das bedeutet, dass die Annahmefähigkeit des Angebots auf Vertragsänderung, das der Vermieter in Form des Mieterhöhungsverlangens abgegeben hat, erlischt⁴¹⁰. Hierbei handelt es sich um typisch materiell-rechtliche Auswirkungen eines Fristablaufs.

⁴⁰⁷ so BGH v. 16.1.2009 - V ZR 74/08, BGHZ 179, 230 Rz. 8 f. [zu der Frist für eine Beschlussanfechtungsklage nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG]; BGH v. 14.3.2006 - VI ZR 335/04, NJW 2006, 2482 Rz. 15 [zu der Klagefrist für Ansprüche des Versicherungsnehmers nach deren schriftlicher Ablehnung durch den Versicherer gemäß § 12 Abs. 3 VVG in seiner bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung]; im Ergebnis ebenso - allerdings ohne nähere Begründung - BGH v. 15.6.1998 - II ZR 40/97, NJW 1998, 3344 unter 3 [zu der Frist für eine Beschlussanfechtungsklage nach § 246 Abs. 1 AktG].

⁴⁰⁸ BGH 29.4.2020 – VIII ZR 355/18, MDR 2020, 1112 = WuM 2020, 439 = GE 2020, 798.

⁴⁰⁹ BT-Drucks. VI/2421, S. 4; BT-Drucks. 9/2079, S. 16.

⁴¹⁰ Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 558b BGB Rz. 93.

Die Einordnung der Klagefrist nach § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MHG) als Element der Klagebegründetheit bedingt, dass auch der Ablauf der dem Mieter eingeräumten Überlegungsfrist nach § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB (früher § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 MHG) als Voraussetzung für die Begründetheit der Zustimmungsklage zu qualifizieren ist. Denn die Überlegungsfrist ist der Klagefrist in der Weise vorgeschaltet, dass letztere erst durch den Ablauf der ersteren in Gang gesetzt wird. Dieser Wirkungszusammenhang gebietet die systematische Gleichbehandlung beider Fristen.

Für eine solche Einordnung spricht zudem, dass die Überlegungsfrist - wie oben bereits aufgezeigt - ihrem Zweck entsprechend nur durch den Zugang eines Mieterhöhungsverlangens, das den formellen Anforderungen des § 558a BGB (Erklärung und Begründung unter Hinweis auf ortsübliche Vergleichsmiete in Textform) genügt, in Gang gesetzt wird. Die Einhaltung formeller Anforderungen an eine Willenserklärung - sei es deren Form an sich (etwa Schriftform, notarielle Beglaubigung o.a.) oder auch deren Begründung (etwa die Angabe von Kündigungsgründen nach § 569 Abs. 4, § 573 Abs. 3 Satz 1, § 573a Abs. 3 BGB) - ist aber regelmäßig eine materiell-rechtliche Voraussetzung für den Eintritt der jeweils erstrebten Rechtsfolge und somit typischerweise eine Frage der Begründetheit der Klage. Es stellt sich deshalb als systemfremd dar, die Einhaltung der formellen Anforderungen an das Mieterhöhungsverlangen gemäß § 558a BGB als - die Zulässigkeit der Zustimmungsklage betreffende - Sachurteilsvoraussetzung zu behandeln.

9.2.5 Mietspiegel oder Sachverständigengutachten zur Beweisaufnahme

Es begründet keinen Rechtsfehler, wenn das Tatsachengericht die ortsübliche Vergleichsmiete aufgrund eines beantragten gerichtlichen Sachverständigengutachtens und nicht unter Heranziehung des als Tabellenspiegel ausgestalteten und mit einer Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung versehenen Berliner Mietspiegels 2017 bestimmt hat⁴¹¹.

Wie der VIII. Senat mit Urteil vom 18. November 2020⁴¹² entschieden hat, sind die Gerichte grundsätzlich auch dann berechtigt, zur Bestimmung der

⁴¹¹ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

⁴¹² BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76.

ortsüblichen Vergleichsmiete ein von der beweisbelasteten Partei angebotenes Sachverständigengutachten einzuholen, wenn ein Mietspiegel vorliegt, der tabellarisch Mietspannen ausweist und zusätzlich eine Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung enthält. Das gilt bei solchen Mietspiegeln nicht nur in den Fällen, in denen zwischen den Parteien Streit über die Voraussetzungen für das Eingreifen beziehungsweise die Reichweite einer dem Mietspiegel gegebenenfalls zukommenden Vermutungs- oder Indizwirkung herrscht, sondern unabhängig davon in der Regel auch dann, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete unstreitig innerhalb der für das einschlägige Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne liegt und deshalb lediglich die Einordnung der konkreten Einzelvergleichsmiete in diese Spanne einer Klärung bedarf⁴¹³.

Das Tatgericht war nicht verpflichtet, den Berliner Mietspiegel 2017 wenigstens als einfachen Mietspiegel heranzuziehen oder jedenfalls - vor der Einholung eines Sachverständigengutachtens - zu klären, ob dem Mietspiegel die Indizwirkung eines einfachen Mietspiegels zukommt.

Die Rechtsprechung des VIII. Senats billigt dem Tatrichter zwar die Befugnis zu, einen Mietspiegel im Sinne des § 558c BGB in seine Überzeugungsbildung einfließen zu lassen. Denn ein solcher Mietspiegel stellt ein Indiz dafür dar, dass die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben. Wie weit diese Indizwirkung reicht, hängt von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere der Qualität des Mietspiegels ab⁴¹⁴.

Ungeachtet dessen, dass dem Berliner Mietspiegel 2017 eine solche Indizwirkung grundsätzlich zukommt und die - gegen die Erstellung dieses Mietspiegels nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen gerichteten - Einwendungen der Klägerin nicht geeignet sind, diese Indizwirkung infrage zu stellen, war das Berufungsgericht jedoch nicht gehalten, seine Überzeugung von der Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete unter Beachtung der Indizwirkung des Mietspiegels zu bilden⁴¹⁵.

⁴¹³ BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rz. 24.

⁴¹⁴ vgl. BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09, NZM 2010, 665 Rz. 12; BGH v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 Rz. 16; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 263/12, NZM 2013, 612 Rz. 33, und VIII ZR 354/12, BGHZ 197, 366 Rz. 23; BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 102.

⁴¹⁵ BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, ■.

Zum einen sind die Gerichte nicht verpflichtet, ihre Überzeugungsbildung auf - unstreitige oder festgestellte - Indizien, die einen Schluss auf die Haupttatsache zulassen, zu stützen und von der Erhebung des von der beweisbelasteten Partei zum Nachweis der Haupttatsache angebotenen Beweises abzusehen⁴¹⁶.

Zum anderen erstreckt sich die dem Berliner Mietspiegel 2017 zukommende Indizwirkung aufgrund seiner besonderen Gestaltung als Tabellenspiegel mit einer - auf eine bloße Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO ausgerichteten - Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung nur auf die Daten, die in die Erstellung der Mietspiegelfelder eingeflossen sind. Insoweit herrscht zwischen den Parteien indes kein Streit, weshalb ein Rückgriff auf die Indizwirkung mangels Beweisbedürftigkeit nicht veranlasst war. Die Parteien gehen nämlich übereinstimmend davon aus, dass die zu bewertende Wohnung in Anbetracht der in die Erstellung der Mietspiegelfelder eingeflossenen Wohnungsdaten betreffend die Merkmale Alter, Größe, Lage und Ausstattung (Berliner Mietspiegel 2017 Ziffer 10, Seite 13) in das Mietspiegelfeld I 2 einzuordnen ist und die ortsübliche Vergleichsmiete innerhalb der für dieses Feld ausgewiesenen Spanne von 5,52 €/m² bis 9,20 €/m² liegt.

Schließlich war das Tatsachengericht auch nicht verpflichtet, die im Berliner Mietspiegel 2017 enthaltene "Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung" (Mietspiegel Ziffer 10 und 11) als Schätzungsgrundlage nach § 287 Abs. 2 ZPO zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete heranzuziehen⁴¹⁷. Greift die mit einem qualifizierten Mietspiegel einhergehende Vermutungswirkung oder die einem einfachen Mietspiegel zukommende Indizwirkung ein oder ist ein Rückgriff darauf mangels diesbezüglicher Beweisbedürftigkeit nicht veranlasst, wäre das Gericht zwar berechtigt, die gebotene Spanneneinordnung anhand einer - sich als Grundlage für eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO grundsätzlich eignenden - Orientierungshilfe vorzunehmen, die der Mietspiegel hierfür bereitstellt. Es ist hierzu aber wiederum nicht verpflichtet.

Denn nach § 287 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es die beantragte Beweisaufnahme (hier Einholung eines Sachverständigengutachtens) durchführt oder sich - in Abweichung von

⁴¹⁶ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

⁴¹⁷ BGH v. 28.4.2021 – VIII ZR 22/20, ■.

dem Gebot der Erschöpfung der Beweisanträge⁴¹⁸ - mit einer Schätzung begnügt. Auch unter Berücksichtigung des aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Gebots zur fairen Verfahrensgestaltung ergibt sich nichts anderes⁴¹⁹.

9.2.6 Gutachten und Mietspiegel als Beweismittel

Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird nach § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB in der hier gemäß Art. 229 § 50 EGBGB anwendbaren, bis zum 31. Dezember 2019 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind.

Die Feststellung, ob die verlangte Miete der ortsüblichen Vergleichsmiete entspricht, obliegt dem Tatrichter und erfordert im Ergebnis eine konkrete Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete. Diese ist letztlich Maßstab für die Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens⁴²⁰.

Nach ständiger Rechtsprechung darf die ortsübliche Vergleichsmiete im Prozess nur auf der Grundlage von Erkenntnisquellen bestimmt werden, die die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer für die freie tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) hinreichenden Weise ermittelt haben⁴²¹.

⁴¹⁸ vgl. BGH v. 9.10.1990 - VI ZR 291/89, NJW 1991, 1412 unter II 1 a.

⁴¹⁹ BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, ■.

⁴²⁰ vgl. BGH v. 13.2.2019 - VIII ZR 245/17, NJW-RR 2019, 458 Rz. 13; BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 346/10, NJW 2012, 1351 Rz. 11.

⁴²¹ vgl. BGH v. 26.5.2021 - VIII ZR 93/20, juris Rz. 25; BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, NJW-RR 2021, 1017 Rz. 16; BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rz. 26; jeweils m.w.N.

Diese Vorgaben hat das Berufungsgericht beachtet⁴²². Die von ihm im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) getroffenen Feststellungen zur materiellen Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens sind frei von revisionsrechtlich relevanten Fehlern. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht dem Amtsgericht folgend die Einzelvergleichsmiete auf Grundlage des Sachverständigengutachtens unter Heranziehung des Kölner Mietspiegels in einer zweistufigen Prüfung - Feststellung der einschlägigen Mietspanne nach dem Kölner Mietspiegel und anschließende Spanneneinordnung der streitgegenständlichen Wohnung - ermittelt, dieses Ergebnis mittels der Vergleichsmietenauswertung des Sachverständigen plausibilisiert und auf diese Weise eine Einzelvergleichsmiete von 11,09 € pro Quadratmeter festgestellt hat.

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht dem Sachverständigen folgend als Methoden für die Ermittlung der Einzelvergleichsmiete zum einen einen zweistufigen Ansatz - Feststellung der einschlägigen Mietspanne und anschließende Spanneneinordnung - gewählt und zum anderen die Vergleichsmietenauswertung des Sachverständigen herangezogen⁴²³.

Zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch einen Sachverständigen, dessen Unterstützung sich der Tatrichter bedient, kommen unterschiedliche wissenschaftliche Bewertungsmethoden in Betracht. Die Wahl einer bestimmten Bewertungsmethode ist generell dem - insoweit sachverständig beratenen - Tatrichter vorbehalten und im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich darauf, ob das Berufungsurteil insoweit gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht⁴²⁴.

Derartige im Revisionsverfahren beachtliche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht bei der Wahl der Bewertungsmethode nicht unterlaufen. Vielmehr bestehen weder gegen die Heranziehung des zweistufigen Verfahrens zur Ermittlung der Einzelvergleichsmiete - Feststellung der Mietspanne und anschließende Spanneneinordnung - noch gegen die

⁴²² BGH v. 25.10.2022 – VIII ZR 223/21, GE 2023, 393.

⁴²³ BGH v. 25.10.2022 – VIII ZR 223/21, GE 2023, 393.

⁴²⁴ vgl. BGH v. 24.4.2019 - VIII ZR 62/18, NJW 2019, 3142 Rz. 31.

Vergleichsmietenauswertung grundsätzliche methodische Bedenken. Beide Methoden sind hierfür anerkannt, geeignet und gebräuchlich.

Auch die konkrete Bestimmung der Einzelvergleichsmiete im Wege dieser Methoden ist nicht zu beanstanden.

Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht im Rahmen der zweistufigen Bemessung der ortsüblichen Vergleichsmiete auf der ersten Stufe von einer einschlägigen Mietspanne von 8,80 € bis 11,10 € pro Quadratmeter ausgegangen. Es begegnet keinen Bedenken, dass es sich für seine diesbezügliche Überzeugungsbildung auf die Mietspannen des Kölner Mietspiegels gestützt und der Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in das Rasterfeld "mittlere Wohnlage, Baualtersgruppe 4, Ausstattungsklasse 3, Größenkategorie um 80 qm" durch den Sachverständigen gefolgt ist.

Entgegen der Auffassung der Revision war das Berufungsgericht an der Anwendung des Kölner Mietspiegels für die Bestimmung der Spanne der ortsüblichen Vergleichsmieten nicht deshalb gehindert, weil das Amtsgericht zur Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete ein Sachverständigengutachten eingeholt hat.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens und die Verwendung eines Mietspiegels schließen sich nicht aus. Ein einfacher Mietspiegel nach § 558c BGB - wie hier der Kölner Mietspiegel - kann im Mieterhöhungsprozess eine taugliche Erkenntnisquelle bei der richterlichen Überzeugungsbildung sein⁴²⁵. Denn ein solcher Mietspiegel stellt ein Indiz dafür dar, dass die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben, wobei die Reichweite der Indizwirkung von den konkreten Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Qualität des Mietspiegels, abhängt⁴²⁶. Soweit die Indizwirkung des Mietspiegels reicht, ermöglicht diese dem Tatrichter mittelbar, sich die volle richterliche Überzeugung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO über die ortsübliche Vergleichsmiete zu bilden. Insoweit stellt ein Mietspiegel im Sinne von § 558c BGB demnach nicht lediglich eine Schätzgrundlage nach § 287 Abs. 2 ZPO dar, sondern eine mögliche Erkenntnisquelle für die tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO). Der Tatrichter ist dabei zwar berechtigt,

⁴²⁵ vgl. BGH v. 16.6.2010 - VIII ZR 99/09, WuM 2010, 505 Rz. 11.

⁴²⁶ vgl. BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, NJW-RR 2021, 1017 Rz. 21; BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rz. 33; jeweils m.w.N.

nicht aber verpflichtet, seine Überzeugungsbildung auf die Indizwirkung des einfachen Mietspiegels zu stützen und von der Einholung eines von der beweisbelasteten Partei beantragten Sachverständigengutachtens zur Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete abzusehen⁴²⁷.

Bietet nach diesen Grundsätzen im konkreten Fall bereits der Mietspiegel eine hinreichende Grundlage für die Ermittlung der einschlägigen Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete, begegnet es keinen Bedenken, wenn der Tatrichter eine Heranziehung der dort vorgesehenen Mietspannen durch den von ihm zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete beauftragten Sachverständigen billigt und seiner Entscheidung zu Grunde legt. Denn der Beweiswert des einfachen Mietspiegels und dessen Geeignetheit als Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung ändert sich nicht dadurch, dass das Gericht einen Sachverständigen beauftragt und dieser die Mietspannen des Mietspiegels bei seiner Begutachtung ebenfalls heranzieht. Zwar bietet das Sachverständigengutachten in diesem Fall für die ortsüblichen Mietspannen keine über den Mietspiegel hinausgehende zusätzliche Erkenntnisquelle. Dies bedeutet indes nicht, dass in jedem Fall eine ergänzende Begutachtung einzuholen ist. Der Tatrichter hat vielmehr zu prüfen, ob der Mietspiegel insoweit eine hinreichende Beurteilungsgrundlage für seine Überzeugungsbildung darstellt. Ist dies der Fall, kann er dieser hinsichtlich der dort aufgeführten Mietspannen zu Grunde gelegt werden.

Entgegen der Auffassung der Revision maßt sich der Sachverständige durch die Nutzung des Mietspiegels auch kein tatrichterliches Ermessen an. Denn es verbleibt die Entscheidung des Gerichts, ob der jeweilige Mietspiegel eine hinreichende Beurteilungsgrundlage für die Bemessung der Spannen der ortsüblichen Vergleichsmieten bietet und damit insoweit für die richterliche Überzeugungsbildung ausreichend ist oder nicht.

Eine ergänzende oder erneute Begutachtung zur Bestimmung der einschlägigen Mietspanne wäre demnach nur dann erforderlich gewesen, wenn der Kölner Mietspiegel keine hierfür hinreichende Indizwirkung hätte und somit für die tatrichterliche Überzeugungsbildung nicht ausreichend wäre. Ohne Rechtsfehler

⁴²⁷ BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, NJW-RR 2021, 1017 Rz. 23; BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rz. 38.

hat das Berufungsgericht den Kölner Mietspiegel insoweit jedoch für hinreichend gehalten.

Das Berufungsgericht hat sich mit der Qualität des Kölner Mietspiegels befasst und dessen Indizwirkung festgestellt. Es hat insbesondere zutreffend darauf abgestellt, dass die Beteiligung der örtlichen Interessenvertreter von Mieter- und Vermieterseite in einer Projektgruppe sowie die Anerkennung der gefundenen Ergebnisse nach der Lebenserfahrung dafür sprechen, dass der Mietspiegel der Stadt Köln die örtliche Mietsituation nicht nur einseitig, sondern objektiv zutreffend abbildet. Konkrete Einwendungen gegen diese Feststellungen erhebt die Revision nicht.

Unzutreffend macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin, dass der Mietspiegel für die streitgegenständliche Wohnung keine Aussagekraft und Indizwirkung besitze, weil diese in dessen Datengrundlage nicht eingeflossen sei, übergangen. Dieses Vorbringen bezieht sich auf einen allgemeinen Hinweistext am Ende des Mietspiegels, wonach höhere und niedrigere Mieten außerhalb der in dem Mietspiegel aufgeführten Spannen bei bestimmten, näher bezeichneten Wohnungstypen nicht ausgeschlossen seien. Das Amtsgericht, auf dessen Feststellungen das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hat sich mit diesem Einwand befasst und ist dabei ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Wohnung von üblicher Größe in einer für sich genommen nicht ungewöhnlichen Wohnanlage mit üblicher Ausstattung liegt und daher von dem Mietspiegel der Stadt Köln erfasst wird, wobei Besonderheiten von Lage und Gestaltung der Anlage durch Zu- und Abschläge Berücksichtigung finden können. Gegen diese verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen bringt die Revision nichts vor.

Die konkrete Einordnung der Wohnung in das oben genannte Rasterfeld "mittlere Wohnlage, Baualtersgruppe 4, Ausstattungsklasse 3, Größenkategorie um 80 qm" des Kölner Mietspiegels, die das Berufungsgericht dem Amtsgericht folgend auf Grundlage des Sachverständigengutachtens vorgenommen hat, begegnet ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken. Diese sowie die diesbezüglichen Erwägungen werden von der Revision auch nicht angegriffen.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete für die streitgegenständliche Wohnung 8,80 € bis 11,10 € pro Quadratmeter beträgt, ist nach alledem nicht zu beanstanden.

Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiter festgestellt, dass sich die Einzelvergleichsmiete für die streitgegenständliche Wohnung innerhalb dieser Spanne auf 11,09 € pro Quadratmeter beläuft. Weder die Wahl der Bewertungsmethode zur Ermittlung der Einzelvergleichsmiete noch deren konkrete Anwendung begegnet insoweit Bedenken⁴²⁸.

Die sich an die Ermittlung einer Mietspanne anschließende Spanneneinordnung der betreffenden Wohnung zur Bestimmung der Einzelvergleichsmiete kann - bei Vorliegen einer geeigneten Schätzgrundlage - im Wege der richterlichen Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO vorgenommen werden oder durch Einholung eines Sachverständigengutachtens⁴²⁹.

Dies hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Vielmehr ist es der Wahl des Amtsgerichts gegen eine Schätzung und für die Ermittlung der Einzelvergleichsmiete mittels Sachverständigenbeweises gefolgt. Es hat sich hierbei den Feststellungen des Amtsgerichts angeschlossen, das die Ermittlung der Einzelvergleichsmiete durch den Sachverständigen nach umfassender Würdigung der dortigen Erwägungen für zutreffend gehalten hat. Der Sachverständige ist in seinem Gutachten vom Mittelwert der einschlägigen Spanne ausgegangen und hat aufgrund von typischen und besonderen Wohnwertmerkmalen der streitgegenständlichen Wohnung im Sinne von § 558 Abs. 2 BGB durch Zu- und Abschläge die Einzelvergleichsmiete ermittelt. Dabei handelt es sich nach der Rechtsprechung des Senats um eine grundsätzlich zulässige Vorgehensweise⁴³⁰. Die dementsprechende, revisionsrechtlich ohnehin nur eingeschränkt überprüfbare Heranziehung dieses Ansatzes zur Ermittlung der Einzelvergleichsmiete durch das Berufungsgericht ist rechtlich nicht zu beanstanden. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht schließlich auf Grundlage der vom Sachverständigen vorgenommenen konkreten Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung nach Wohnwertmerkmalen

⁴²⁸ BGH v. 25.10.2022 – VIII ZR 223/21, GE 2023, 393.

⁴²⁹ BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 22/20, NJW-RR 2021, 1017 Rz. 25f.; BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rz. 42f.

⁴³⁰ vgl. BGH v. 26.5.2021 - VIII ZR 93/20, juris Rz. 60; BGH v. 13.2.2019 - VIII ZR 245/17, NJW-RR 2019, 458 Rz. 15; BGH v. 29.2.2012 - VIII ZR 346/10, NJW 2012, 1351 Rz. 28.

und der von ihm ermittelten Zu- und Abschläge vom Mittelwert der einschlägigen Spanne die Überzeugung gewonnen, dass die Einzelvergleichsmiete für die streitgegenständliche Wohnung 11,09 € pro Quadratmeter beträgt.

Dem Sachverständigen wurde dabei im Rahmen der Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in die zuvor ermittelte Spanne ortsüblicher Vergleichsmieten weder ein dem Gericht vorbehaltenes Schätzungsermessen im Sinne von § 287 Abs. 1, 2 ZPO eingeräumt noch hat dieser ein solches ausgeübt. Vielmehr hat er aufgrund seiner Fachkunde die typischen und besonderen Wohnwertmerkmale der streitgegenständlichen Wohnung im Sinne von § 558 Abs. 2 BGB bestimmt und ist durch Zu- und Abschläge auf den Mittelwert der zuvor ermittelten Spanne zu dem von ihm gefundenen Ergebnis gelangt.

Das vom Sachverständigen ermittelte Ergebnis haben das Amtsgericht und ihm folgend das Berufungsgericht sodann im Rahmen ihrer freien Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) verfahrensfehlerfrei gewürdigt. Die Bestimmung der Einzelvergleichsmiete innerhalb der zuvor ermittelten maßgeblichen Spanne durch die Vorinstanzen beruhte demnach nicht auf einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO, insbesondere wurden insofern keine bloßen Schätzgrundlagen wie etwa Orientierungshilfen zum Mietspiegel herangezogen⁴³¹, sondern eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens durchgeführt, die eine volle Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 ZPO ermöglichte. Soweit das Berufungsgericht angeführt hat, dass seine Entscheidung "im Übrigen auch auf der Grundlage einer Schätzung nach § 287 ZPO getroffen werden kann", handelt es sich um eine nicht tragend gewordene Erwägung.

9.3 nach § 559 BGB

9.3.1 Mieterhöhung zeitlich nach der gemäß § 558 BGB

An einer Mieterhöhung gemäß § 559 Abs. 1 BGB war der Vermieter nicht etwa deshalb von vornherein gehindert, weil er zuvor, unmittelbar nach Abschluss der Modernisierungsarbeiten, bereits eine Erhöhung der Miete gemäß §§ 558 ff.

⁴³¹ vgl. BGH v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rz. 42 f.; BGH v. 13.2.2019 - VIII ZR 245/17, NJW-RR 2019, 458 Rz. 22 ff.; BGH v. 20.4.2005 - VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074 unter II 2 b; [jeweils zur Schätzung auf Grundlage von Orientierungshilfen].

BGB auf Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete für den modernisierten Wohnraum durchgesetzt hat⁴³². Dieser Umstand führt lediglich dazu, dass der (nachfolgend) geltend gemachte Modernisierungszuschlag der Höhe nach begrenzt ist auf die Differenz zwischen dem allein nach § 559 Abs. 1 BGB möglichen Erhöhungsbetrag und dem Betrag, um den die Miete bereits zuvor nach §§ 558 ff. BGB heraufgesetzt wurde, so dass die beiden Mieterhöhungen in der Summe den Betrag, den der Vermieter bei einer allein auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung verlangen könnte, nicht übersteigen.

Nach dem Gesetz steht es dem Vermieter frei, im Anschluss an die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme die Miete nach §§ 558 ff. BGB zu erhöhen, sich also die aufgrund des modernisierten Zustands gestiegene Vergleichsmiete zunutze zu machen, oder nach §§ 559 ff. BGB vorzugehen, mithin die aufgewendeten Modernisierungskosten auf den Mieter umzulegen. Wählt er den letzteren Weg oder einigen sich die Mietvertragsparteien wegen durchgeführter Modernisierungsmaßnahmen auf eine - nach § 559 BGB auch einseitig durchsetzbare - Mieterhöhung und bleibt die auf diese Weise erhöhte Miete hinter der ortsüblichen Vergleichsmiete für entsprechend modernisierten Wohnraum zurück, ist es dem Vermieter unbenommen, anschließend die Zustimmung des Mieters zu einer weiteren Mieterhöhung gemäß § 558 Abs. 1 BGB zu verlangen⁴³³. Dass das Gesetz ein solches Vorgehen erlaubt, zeigt sich nicht zuletzt an den (insoweit seit 1. Januar 2002 unveränderten) Regelungen des § 558 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach Mieterhöhungen nach § 559 BGB sowohl bei der Warte- und der Jahresfrist nach § 558 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB als auch bei der Berechnung der Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB unberücksichtigt bleiben.

Eine in der Instanzrechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur verbreitete Meinung verneint allerdings die Zulässigkeit eines Vorgehens des Vermieters in umgekehrter Reihenfolge; danach soll dem Vermieter die Möglichkeit einer (weiteren) Erhöhung der Miete auf Grundlage der umlegbaren Modernisierungskosten (nach § 559 BGB) versperrt sein, wenn er zuvor eine

⁴³² BGH v. 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

⁴³³ vgl. BGH v. 24.9.2008 - VIII ZR 275/07, NJW 2008, 3630 Rz. 15; BGH v. 9.4.2008 - VIII ZR 287/06, NJW 2008, 2031 Rz. 11 ff.; BGH v. 18.7.2007 - VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122 Rz. 11 ff.; Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 7 f.; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 4 ff.

Erhöhung der Miete nach § 558 BGB unter Heranziehung der ortsüblichen Vergleichsmiete für den modernisierten Wohnraum durchgesetzt hat⁴³⁴. Zur Begründung wird angeführt, es sei dem Vermieter verwehrt, den Umstand der Modernisierung dadurch mehrfach zur Grundlage einer Mieterhöhung zu machen, dass einerseits der verbesserte Wohnungszustand für eine Erhöhung gemäß § 558 BGB und andererseits die Kosten der Modernisierung für eine solche nach § 559 BGB herangezogen werden⁴³⁵.

Diese Auffassung übersieht indes zum einen, dass auch bei einem - nach dem Gesetz aus den oben aufgezeigten Gründen ersichtlich zulässigen - schrittweisen Vorgehen des Vermieters in der Reihenfolge, dass er zuerst (erfolgreich) eine Erhöhung nach §§ 559 ff. BGB erklärt und anschließend eine solche nach §§ 558 ff. BGB verlangt, der Umstand der Modernisierung in die Begründung des nachfolgenden Mieterhöhungsverlangens (nochmals) einbezogen wird, obgleich er bereits Gegenstand der zuvor durchgesetzten Mieterhöhung war⁴³⁶.

Zum anderen lässt sie außer Acht, dass eine ungerechtfertigte mehrfache Berücksichtigung der Modernisierung zu Lasten des Mieters in dem Fall, dass der Vermieter nach einer - bereits auf der Grundlage des modernisierten Wohnungszustands - erfolgten Vergleichsmietenerhöhung (§ 558 BGB) zusätzlich einen Modernisierungszuschlag (§ 559 BGB) verlangt, dann ausgeschlossen ist, wenn der - nachfolgend geltend gemachte - Modernisierungszuschlag der Höhe nach dadurch begrenzt wird, dass beide Mieterhöhungen zusammen nicht den Betrag übersteigen dürfen, den der Vermieter bei einer allein auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung fordern könnte⁴³⁷. Eine darüber hinausgehende Einschränkung der Rechte des

⁴³⁴ vgl. OLG Hamm, NJW 1983, 289 (290); OLG Hamm, NJW-RR 1993, 399; *Börstinghaus*, NZM 1999, 881 (885) [jeweils zum MHG]; LG Berlin v. 14.6.2011 - 63 S 454/10, juris Rz. 14; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 408; *Fleindl*, NZM 2016, 65 (72); *Staudinger/V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 7 f; *BeckOGK/Schindler*, Stand 1. Juli 2020 § 559 BGB Rz. 23; *BeckOK-BGB/Schüller*, Stand 1. Mai 2020, § 559 Rz. 10; *MünchKomm/Artz*, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 6; *Erman/Dickersbach*, 15. Aufl., § 559 BGB Rz. 5.

⁴³⁵ vgl. OLG Hamm, NJW 1983, 289 (290) "Verbot der kumulativen Mieterhöhung" [zum MHG]; *Fleindl*, NZM 2016, 65 (72); *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 408; *MünchKomm/Artz*, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 9; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., vor § 558 BGB Rz. 4.

⁴³⁶ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

⁴³⁷ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

Vermieters, insbesondere eine (vollständige) Versagung der Möglichkeit zur Erhöhung der Miete nach § 559 BGB für den Fall, dass der modernisierte Zustand der Wohnung bereits Grundlage einer vorangegangenen wirksamen Erhöhung nach § 558 BGB war, ist weder mit dem Sinn und Zweck der genannten Vorschriften über die Mieterhöhung zu vereinbaren noch gebietet die Interessenlage der Mietvertragsparteien eine solche⁴³⁸.

§ 559 BGB verfolgt - ebenso wie die frühere entsprechende Regelung in § 3 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) - aus wohnungs-, wirtschafts- und umweltpolitischen Gründen den Zweck, die Modernisierung vorhandenen alten Wohnbestands zu fördern, indem dem Vermieter die Möglichkeit eröffnet wird, den Modernisierungsaufwand im Wege einer - von der ortsüblichen Vergleichsmiete unabhängigen - Mieterhöhung auf den Mieter umzulegen⁴³⁹. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung wird eine Auslegung der Mieterhöhungsvorschriften nicht gerecht, die dem Vermieter die vollständige (wirtschaftliche) Ausschöpfung der ihm gesetzlich zustehenden Rechte zur Mieterhöhung erschwert, indem sie der erfolgreichen Geltendmachung einer auf Grundlage des modernisierten Wohnungszustands erfolgten Mieterhöhung nach § 558 BGB - ohne Einschränkungen - eine Sperrwirkung in Bezug auf eine (weitere) Mieterhöhung nach § 559 BGB beimisst.

Ein entsprechender gesetzgeberischer Wille lässt sich auch der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) vom 18. Dezember 1974⁴⁴⁰ nicht entnehmen. Insbesondere die dortige Formulierung, der Vermieter solle nach § 3 MHG (heute § 559 BGB) Modernisierungskosten "anstelle einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete [...] auch geltend machen können [...], wenn dadurch der Mietzins über die ortsübliche Vergleichsmiete steigt"⁴⁴¹, lässt nicht darauf schließen, dass der Gesetzgeber zwei sich wechselseitig gänzlich ausschließende Möglichkeiten zu einer modernisierungsbedingten Mieterhöhung schaffen wollte. Einer solchen Deutung steht schon entgegen, dass das Gesetz auch damals bereits die Nichtberücksichtigung einer Mieterhöhung nach § 3 MHG (heute § 559 BGB) bei der Berechnung der Wartefrist für eine Mieterhöhung nach § 2 MHG (heute §

⁴³⁸ BGH v, 16.12.2020 – VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 = GE 2001, 177.

⁴³⁹ BT-Drucks.14/4553, S. 58 und 7/2011, S. 11.

⁴⁴⁰ BGBl. I S. 3603.

⁴⁴¹ BT-Drucks. 7/2011, S. 11.

558 BGB) vorgesehen hat, der Gesetzgeber mithin von der Zulässigkeit einer schrittweisen Mieterhöhung nach der Durchführung einer Modernisierung ausgegangen sein muss. Die genannte Formulierung bringt demnach lediglich zum Ausdruck, dass dem Vermieter im Fall einer Modernisierung der Wohnung wahlweise eine zusätzliche - nicht an die Schranken der Vergleichsmieterhöhung gebundene - Möglichkeit zur Mieterhöhung an die Hand gegeben werden sollte. Daneben lässt sie mittelbar auf die gesetzgeberische Wertung schließen, dass eine - aus wirtschaftlicher Sicht - "doppelte" Belastung des Mieters mit Mieterhöhungen wegen einer (einzigen) Modernisierungsmaßnahme unzulässig wäre.

9.3.2 Berechnung und Erläuterung der Mieterhöhung

Nach § 559 Abs. 1 BGB in der hier gemäß Art. 229 § 49 EGBGB anzuwendenden bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) kann der Vermieter nach der Durchführung bestimmter Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b BGB die jährliche Miete um 11 Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen; dabei gehören Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen wären, nicht zu den aufgewendeten Kosten (§ 559 Abs. 2 BGB). Gemäß § 559b Abs. 1 BGB ist die Mieterhöhung dem Mieter in Textform zu erklären, wobei die Erhöhung aufgrund der entstandenen Kosten zu berechnen und entsprechend den Voraussetzungen der § 559 BGB aF, § 559a BGB zu erläutern ist.

Der Vermieter hat daher in der Erhöhungserklärung darzulegen, inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder eine nachhaltige Einsparung von Energie und Wasser bewirken⁴⁴². Da die Mieterhöhung automatisch nach kurzer Zeit wirksam wird (vgl. § 559b Abs. 2 Satz 1 BGB), soll die Erläuterungspflicht unzumutbare Nachteile für den in der Regel juristisch und wohnungswirtschaftlich nicht vorgebildeten Mieter dadurch verhindern, dass dieser die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung - je nach den Einzelfallumständen unter Zuziehung von sachkundigen Personen -

⁴⁴² BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 156/03, NJW-RR 2004, 658 unter II 1 a [zu § 3 Abs. 3 Satz 2 MHG]; BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rz 9; BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 27; BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01 [Rechtsentscheid], BGHZ 150, 277, 281 [zu § 3 Abs. 3 Satz 2 MHG]; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 10.

überprüfen kann⁴⁴³. Dabei sind in formeller Hinsicht allerdings keine überhöhten Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung zu stellen. Vielmehr genügt es, wenn der Mieter den Grund und den Umfang der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann⁴⁴⁴.

Erfüllt eine bauliche Veränderung die Kriterien sowohl einer von der Regelung des § 559 BGB erfassten Modernisierungsmaßnahme (§ 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB) als auch einer Erhaltungsmaßnahme im Sinne von § 555a Abs. 1 BGB (sogenannte modernisierende Instandsetzung), hat der Vermieter bei der Ermittlung der umlagefähigen Kosten nach Maßgabe des § 559 Abs. 2 BGB eine entsprechende Kürzung vorzunehmen⁴⁴⁵. Aus der Mieterhöhungserklärung muss deshalb hervorgehen, in welchem Umfang durch die durchgeführten Arbeiten Instandsetzungskosten erspart wurden. Da aber auch insoweit keine überhöhten Anforderungen an das Begründungserfordernis zu stellen sind, bedarf es hierfür keiner umfassenden Vergleichsrechnung zu den hypothetischen Kosten einer bloßen Instandsetzung. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der Vermieter den ersparten Instandsetzungsaufwand (zumindest) durch die Angabe einer Quote von den aufgewendeten Gesamtkosten nachvollziehbar darlegt⁴⁴⁶.

Diesen Anforderungen wird die hier zu beurteilende Mieterhöhungserklärung gerecht. Weder fehlt es - anders als die Revisionserwiderung meint - an einer ausreichenden Darlegung, inwiefern die durchgeführten baulichen Veränderungen eine nach § 559 Abs. 1 BGB aF berücksichtigungsfähige Modernisierungsmaßnahme darstellen (dazu nachfolgend unter a), noch mangelt es an den weiteren aufgezeigten formellen Voraussetzungen. Insbesondere ist die Erhöhungserklärung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht etwa deshalb in formeller Hinsicht unwirksam, weil die

⁴⁴³ vgl. BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 m.w.N.; BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 246/20, WuM 2022, 357 Rz. 16 [zu § 10 Abs.1 WoBindG]; BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01 [Rechtsentscheid], BGHZ 150, 277, 281 [zu § 3 MHG]; vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17, BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 10; vgl. auch BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

⁴⁴⁴ BGH v. 20.07.2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542; BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 339/21, GE 2022, 897.

⁴⁴⁵ vgl. BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493 Rz. 37.

⁴⁴⁶ BGH v. 20.07.2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542; BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 339/21, GE 2022, 897.

Beklagte die für die verschiedenen Modernisierungsmaßnahmen jeweils entstandenen Gesamtkosten nicht in einzelne Positionen untergliedert hat.

Die Erhöhungserklärung enthält hinreichende Angaben dazu, dass und inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen eine berücksichtigungsfähige Modernisierungsmaßnahme nach § 555b BGB, § 559 Abs. 1 BGB aF darstellen. Zu Unrecht beanstandet die Revisionserwiderung, aus der Erhöhungserklärung gehe nicht (ausreichend) hervor, ob die durchgeführten baulichen Maßnahmen den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhten, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbesserten oder eine nachhaltige Einsparung von Energie oder Wasser bewirkten.

Die Revisionserwiderung blendet aus, dass die Beklagte - nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts - hierzu ausführliche Angaben in ihren Schreiben vom 12. und vom 27. Oktober 2017 gemacht hat, mit denen sie die Modernisierungsmaßnahmen angekündigt hatte (§ 555c BGB). Diese Angaben sind jedenfalls aufgrund der entsprechenden ausdrücklichen Bezugnahme in der Erhöhungserklärung der Beklagten bei deren Auslegung zu berücksichtigen⁴⁴⁷.

Die Mieterhöhungserklärung der Beklagten enthält auch alle übrigen nach Maßgabe des § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Angaben, die die Klägerin benötigt, um den Grund und den Umfang der Mieterhöhung auf Plausibilität überprüfen und entscheiden zu können, ob Bedarf für eine eingehendere Kontrolle - etwa durch Zuziehung juristisch oder bautechnisch sachkundiger Personen, durch Einholung weiterer Auskünfte beim Vermieter und/oder durch Einsichtnahme in die dem Vermieter vorliegenden Rechnungen und sonstigen Belege - besteht.

Insbesondere ist die Erhöhungserklärung nicht deshalb - aus formellen Gründen - unwirksam, weil die Beklagte die für die verschiedenen Modernisierungsmaßnahmen jeweils entstandenen Gesamtkosten im Rahmen der Kostenzusammenstellung und Berechnung der Mieterhöhung nicht nach den einzelnen angefallenen Gewerken aufgeschlüsselt oder anderweitig (in

⁴⁴⁷ vgl. BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 32 m.w.N.; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 156/03, NJW-RR 2004, 252 unter II 1 b.

"konkrete Arbeitsabschnitte" beziehungsweise "greifbare Einzelarbeiten") untergliedert hat. Mit dieser - bereits in früheren Urteilen⁴⁴⁸ und auch von anderen Instanzgerichten⁴⁴⁹ sowie teilweise in der Literatur⁴⁵⁰ vertretenen - Auffassung werden die formellen Anforderungen überspannt, die die Regelung des § 559b Abs. 1 BGB an eine Mieterhöhungserklärung stellt⁴⁵¹. Eine solche Aufschlüsselung der Kosten ist grundsätzlich weder erforderlich, wenn es sich um eine reine Modernisierungsmaßnahme handelt, noch wenn eine sog. modernisierende Instandsetzung vorgenommen wird.

Weder der Wortlaut des § 559b Abs. 1 BGB noch der Sinn und Zweck dieser Vorschrift gebieten es, dass der Vermieter in der Erhöhungserklärung die für verschiedene Modernisierungsmaßnahmen angefallenen Gesamtkosten nach einzelnen Positionen aufschlüsselt. Etwas anderes gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts in der Regel auch dann nicht, wenn es sich - wie hier - um umfangreiche und entsprechend kostenträchtige oder um solche Baumaßnahmen handelt, die (teilweise) außerhalb der betroffenen Wohnung vorgenommen wurden oder mehrere Gebäude umfassen.

Dem Wortlaut der Vorschrift des § 559b Abs. 1 BGB lässt sich - wie die Revision zutreffend geltend macht - das vom Berufungsgericht angenommene Erfordernis einer Aufschlüsselung der für eine bestimmte Modernisierungsmaßnahme aufgewendeten Gesamtkosten nicht entnehmen, da danach lediglich eine Berechnung der Erhöhung auf der Grundlage der "entstandenen Kosten" vom Vermieter zu verlangen ist. Soweit das Gesetz darüber hinaus eine Erläuterung entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559, 559a BGB fordert, legt schon der verwendete Begriff ("erläutern") nahe, dass die Erhöhungserklärung nicht eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erschöpfende Begründung zu enthalten braucht⁴⁵².

⁴⁴⁸ LG Bremen, WuM 2020, 158; WuM 2019, 450; WuM 2018, 365.

⁴⁴⁹ LG Berlin, ZMR 2021, 809; LG Stuttgart v. 29.7.2020 - 13 S 22/20 [n.v.]; LG Hamburg, ZMR 2020, 192; LG Potsdam, WuM 2000, 553 [zu § 3 MHG]; LG Dresden, WuM 1998, 216 [zu § 3 MHG].

⁴⁵⁰ Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 559b BGB Rz. 16 ff.; BeckOGK-BGB/*Schindler*, Stand: 1. Juli 2022; § 559b Rz. 20; auf den Bedarf im Einzelfall abstellend: BeckOK-BGB/*Schüller*, Stand: 1. Mai 2022, § 559b Rz. 11; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559b BGB Rz. 5.

⁴⁵¹ wie hier im Ergebnis auch: LG Frankfurt, NJW-RR 2022, 592; LG Bonn, WuM 2021, 489; AG Münster v. 19.4.2021 - 28 C 2287/20, BeckRS 2021, 15068.

⁴⁵² vgl. BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01, BGHZ 150, 277 (281).

Auch Sinn und Zweck des Gesetzes gebieten es nicht, dass der Vermieter die für eine bestimmte Modernisierungsmaßnahme angefallenen Gesamtkosten in die einzelnen darin enthaltenen Kostenpositionen - etwa nach Gewerken - untergliedert.

Zwar ist das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die Vorschriften über die Berechnungs- und Erläuterungspflichten des Vermieters gemäß § 559b Abs. 1 BGB das notwendige Gegengewicht zu der dem Vermieter in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts eingeräumten Möglichkeit bilden, die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung durch einseitige Erklärung zu gestalten. Dies hat der Senat in Bezug auf die entsprechenden Vorschriften zur Modernisierungsmieterhöhung bei preisgebundenem Wohnraum bereits entschieden⁴⁵³.

Dass für die Formvorschriften der Modernisierungsmieterhöhung bei preisfreiem Wohnraum insoweit nichts anderes gelten kann, folgt schon daraus, dass es hierbei gleichermaßen um die Bewirkung einer Mieterhöhung durch einseitige Erklärung des Vermieters geht. Dementsprechend hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien zur Einführung des § 3 MHG als der im Jahr 1978 geschaffenen Vorgängerregelung der heute geltenden §§ 559 ff. BGB auch ausdrücklich eine Anlehnung an die Regelungen für preisgebundenen Wohnraum befürwortet⁴⁵⁴.

Dieser Umstand bedeutet im Grundsatz indes nicht, dass (jedenfalls) bei umfangreichen baulichen Veränderungen - etwa unter Einschluss von Modernisierungsmaßnahmen, die wie hier Kosten in sechsstelliger Höhe auslösen - erhöhte Anforderungen an den Inhalt der Mieterhöhungserklärung zu stellen wären.

Denn es widerspräche der Zielsetzung des Gesetzgebers, durch die (anteilige) Umlagefähigkeit des getätigten Aufwands auf den Mieter einen Anreiz für den Vermieter zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen zu schaffen⁴⁵⁵,

⁴⁵³ BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 246/20, WuM 2022, 357 Rz. 16; BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 247/20, juris Rz. 15; BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 233/08, NJW-RR 2009, 1021 Rz. 23 m.w.N.; jeweils zu § 10 Abs. 1 WoBindG.

⁴⁵⁴ vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 11 und 12.

⁴⁵⁵ vgl. BGH v. 16.12.2020 - VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 Rz. 25 unter Verweis auf BT-Drucks. 14/4553, S. 58 [zu § 559 BGB] und 7/2011 S. 11 [zu § 3 MHG].

wenn eine Durchsetzbarkeit eines dem Vermieter materiell-rechtlich zustehenden Ausgleichs für seine bereits erbrachte Eigenleistung durch überhöhte formelle Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung erheblich erschwert würde und der Vermieter sogar Gefahr liefe, eines inhaltlich berechtigten Mieterhöhungsanspruchs wegen überzogener formeller Anforderungen verlustig zu gehen. Es gilt deshalb, der Zweckbestimmung der Vorschrift des § 559b Abs. 1 BGB, dem Mieter die Möglichkeit zur angemessenen Information und Nachprüfung zu geben, unter Abwägung nicht nur seiner, sondern auch der berechtigten Interessen des Vermieters gerecht zu werden⁴⁵⁶. Dabei ist vorrangig vor einer Zumutbarkeitsprüfung in den Blick zu nehmen, ob zusätzliche Angaben in der Mieterhöhungserklärung tatsächlich mit einem maßgeblichen Erkenntnisgewinn für den Mieter verbunden wären.

Nach diesen Grundsätzen musste die Beklagte die in ihrer Erhöhungserklärung für jede der durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen ausgewiesenen Gesamtkosten nicht in Einzelpositionen - sei es nach den verschiedenen Gewerken oder nach anderen (vergleichbaren) Kategorien - untergliedern. Das Berufungsgericht hat durch seine gegenteilige Sichtweise die formellen Anforderungen an die Darlegung der Modernisierungskosten beziehungsweise an die Zuordnung angefallener Kosten zu Modernisierungsarbeiten und Instandhaltungsmaßnahmen überspannt, indem es die sich erst auf der materiell-rechtlichen Ebene stellende Frage, ob die Kosten zutreffend berechnet und eingeordnet worden sind, aufgrund eines von ihm angenommenen Schutzbedürfnisses des Mieters bereits in die Bestimmung der formellen Voraussetzungen der Mieterhöhungserklärung hat einfließen lassen. Dabei hat es übersehen, dass die von ihm verlangte zusätzliche Untergliederung in einzelne Gewerke oder Rechnungspositionen nicht zur Überprüfbarkeit der Plausibilität der Höhe und Aufteilung der Kosten erforderlich ist und demzufolge auch keinen maßgeblichen Erkenntnisgewinn verschafft. Die Klägerin konnte die Berechtigung der geltend gemachten Mieterhöhung ebenso ohne diese weiteren Angaben hinreichend genau auf ihre Plausibilität - auch im Hinblick auf den durch die Modernisierungsmaßnahmen etwa ersparten (nicht umlagefähigen) Instandsetzungsaufwand - überprüfen.

⁴⁵⁶ vgl. BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 246/20, WuM 2022, 357 Rz 17 m.w.N.; BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 247/20, juris Rz. 16; jeweils zu § 10 Abs. 1 WoBindG.

Nach § 559 Abs. 1 BGB in der hier gemäß Art. 229 § 49 EGBGB anzuwendenden bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) kann der Vermieter nach der Durchführung bestimmter Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b BGB die jährliche Miete um 11 Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen; dabei gehören Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen wären, nicht zu den aufgewendeten Kosten (§ 559 Abs. 2 BGB). Gemäß § 559b Abs. 1 BGB ist die Mieterhöhung dem Mieter in Textform zu erklären, wobei die Erhöhung aufgrund der entstandenen Kosten zu berechnen und entsprechend den Voraussetzungen der § 559 BGB aF, § 559a BGB zu erläutern ist.

Der Vermieter hat daher in der Erhöhungserklärung darzulegen, inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder eine nachhaltige Einsparung von Energie und Wasser bewirken⁴⁵⁷. Da die Mieterhöhung automatisch nach kurzer Zeit wirksam wird (vgl. § 559b Abs. 2 Satz 1 BGB), soll die Erläuterungspflicht unzumutbare Nachteile für den in der Regel juristisch und wohnungswirtschaftlich nicht vorgebildeten Mieter dadurch verhindern, dass dieser die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung - je nach den Einzelfallumständen unter Zuziehung von sachkundigen Personen - überprüfen kann⁴⁵⁸. Dabei sind in formeller Hinsicht allerdings keine überhöhten Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung zu stellen. Vielmehr genügt es, wenn der Mieter den Grund und den Umfang der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann⁴⁵⁹.

Erfüllt eine bauliche Veränderung die Kriterien sowohl einer von der Regelung des § 559 BGB erfassten Modernisierungsmaßnahme (§ 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB) als auch einer Erhaltungsmaßnahme im Sinne von § 555a Abs. 1 BGB

⁴⁵⁷ BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 156/03, NJW-RR 2004, 658 unter II 1 a [zu § 3 Abs. 3 Satz 2 MHG]; BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rz 9; BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 27; BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01 [Rechtsentscheid], BGHZ 150, 277, 281 [zu § 3 Abs. 3 Satz 2 MHG]; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 10.

⁴⁵⁸ vgl. BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 m.w.N.; BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 246/20, WuM 2022, 357 Rz. 16 [zu § 10 Abs.1 WoBindG]; BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01 [Rechtsentscheid], BGHZ 150, 277, 281 [zu § 3 MHG]; vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17, BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 10; vgl. auch BT-Drucks. 7/2011, S. 12.

⁴⁵⁹ BGH v. 20.07.2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542; BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 339/21, GE 2022, 897.

(sogenannte modernisierende Instandsetzung), hat der Vermieter bei der Ermittlung der umlagefähigen Kosten nach Maßgabe des § 559 Abs. 2 BGB eine entsprechende Kürzung vorzunehmen⁴⁶⁰. Aus der Mieterhöhungserklärung muss deshalb hervorgehen, in welchem Umfang durch die durchgeführten Arbeiten Instandsetzungskosten erspart wurden. Da aber auch insoweit keine überhöhten Anforderungen an das Begründungserfordernis zu stellen sind, bedarf es hierfür keiner umfassenden Vergleichsrechnung zu den hypothetischen Kosten einer bloßen Instandsetzung. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der Vermieter den ersparten Instandsetzungsaufwand (zumindest) durch die Angabe einer Quote von den aufgewendeten Gesamtkosten nachvollziehbar darlegt⁴⁶¹.

Diesen Anforderungen wird die hier zu beurteilende Mieterhöhungserklärung gerecht. Weder fehlt es - anders als die Revisionserwiderung meint - an einer ausreichenden Darlegung, inwiefern die durchgeführten baulichen Veränderungen eine nach § 559 Abs. 1 BGB aF berücksichtigungsfähige Modernisierungsmaßnahme darstellen (dazu nachfolgend unter a), noch mangelt es an den weiteren aufgezeigten formellen Voraussetzungen. Insbesondere ist die Erhöhungserklärung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht etwa deshalb in formeller Hinsicht unwirksam, weil die Beklagte die für die verschiedenen Modernisierungsmaßnahmen jeweils entstandenen Gesamtkosten nicht in einzelne Positionen untergliedert hat.

Die Erhöhungserklärung enthält hinreichende Angaben dazu, dass und inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen eine berücksichtigungsfähige Modernisierungsmaßnahme nach § 555b BGB, § 559 Abs. 1 BGB aF darstellen. Zu Unrecht beanstandet die Revisionserwiderung, aus der Erhöhungserklärung gehe nicht (ausreichend) hervor, ob die durchgeführten baulichen Maßnahmen den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhten, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbesserten oder eine nachhaltige Einsparung von Energie oder Wasser bewirkten.

Die Revisionserwiderung blendet aus, dass die Beklagte - nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des

⁴⁶⁰ vgl. BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493 Rz. 37.

⁴⁶¹ BGH v. 20.07.2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542; BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 339/21, GE 2022, 897.

Berufungsgerichts - hierzu ausführliche Angaben in ihren Schreiben vom 12. und vom 27. Oktober 2017 gemacht hat, mit denen sie die Modernisierungsmaßnahmen angekündigt hatte (§ 555c BGB). Diese Angaben sind jedenfalls aufgrund der entsprechenden ausdrücklichen Bezugnahme in der Erhöhungserklärung der Beklagten bei deren Auslegung zu berücksichtigen⁴⁶².

Die Mieterhöhungserklärung der Beklagten enthält auch alle übrigen nach Maßgabe des § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Angaben, die die Klägerin benötigt, um den Grund und den Umfang der Mieterhöhung auf Plausibilität überprüfen und entscheiden zu können, ob Bedarf für eine eingehendere Kontrolle - etwa durch Zuziehung juristisch oder bautechnisch sachkundiger Personen, durch Einholung weiterer Auskünfte beim Vermieter und/oder durch Einsichtnahme in die dem Vermieter vorliegenden Rechnungen und sonstigen Belege - besteht.

Insbesondere ist die Erhöhungserklärung nicht deshalb - aus formellen Gründen - unwirksam, weil die Beklagte die für die verschiedenen Modernisierungsmaßnahmen jeweils entstandenen Gesamtkosten im Rahmen der Kostenzusammenstellung und Berechnung der Mieterhöhung nicht nach den einzelnen angefallenen Gewerken aufgeschlüsselt oder anderweitig (in "konkrete Arbeitsabschnitte" beziehungsweise "greifbare Einzelarbeiten") untergliedert hat. Mit dieser - bereits in früheren Urteilen⁴⁶³ und auch von anderen Instanzgerichten⁴⁶⁴ sowie teilweise in der Literatur⁴⁶⁵ vertretenen - Auffassung werden die formellen Anforderungen überspannt, die die Regelung des § 559b Abs. 1 BGB an eine Mieterhöhungserklärung stellt⁴⁶⁶. Eine solche Aufschlüsselung der Kosten ist grundsätzlich weder erforderlich, wenn es sich

⁴⁶² vgl. BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 32 m.w.N.; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 156/03, NJW-RR 2004, 252 unter II 1 b.

⁴⁶³ LG Bremen, WuM 2020, 158; WuM 2019, 450; WuM 2018, 365.

⁴⁶⁴ LG Berlin, ZMR 2021, 809; LG Stuttgart v. 29.7.2020 - 13 S 22/20 [n.v.]; LG Hamburg, ZMR 2020, 192; LG Potsdam, WuM 2000, 553 [zu § 3 MHG]; LG Dresden, WuM 1998, 216 [zu § 3 MHG].

⁴⁶⁵ Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 559b BGB Rz. 16 ff.; BeckOGK-BGB/*Schindler*, Stand: 1. Juli 2022; § 559b Rz. 20; auf den Bedarf im Einzelfall abstellend: BeckOK-BGB/*Schüller*, Stand: 1. Mai 2022, § 559b Rz. 11; MünchKomm/Artz, 8. Aufl., § 559b BGB Rz. 5.

⁴⁶⁶ wie hier im Ergebnis auch: LG Frankfurt, NJW-RR 2022, 592; LG Bonn, WuM 2021, 489; AG Münster v. 19.4.2021 - 28 C 2287/20, BeckRS 2021, 15068.

um eine reine Modernisierungsmaßnahme handelt, noch wenn eine sog. modernisierende Instandsetzung vorgenommen wird.

Weder der Wortlaut des § 559b Abs. 1 BGB noch der Sinn und Zweck dieser Vorschrift gebieten es, dass der Vermieter in der Erhöhungserklärung die für verschiedene Modernisierungsmaßnahmen angefallenen Gesamtkosten nach einzelnen Positionen aufschlüsselt. Etwas anderes gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts in der Regel auch dann nicht, wenn es sich - wie hier - um umfangreiche und entsprechend kostenträchtige oder um solche Baumaßnahmen handelt, die (teilweise) außerhalb der betroffenen Wohnung vorgenommen wurden oder mehrere Gebäude umfassen.

Dem Wortlaut der Vorschrift des § 559b Abs. 1 BGB lässt sich - wie die Revision zutreffend geltend macht - das vom Berufungsgericht angenommene Erfordernis einer Aufschlüsselung der für eine bestimmte Modernisierungsmaßnahme aufgewendeten Gesamtkosten nicht entnehmen, da danach lediglich eine Berechnung der Erhöhung auf der Grundlage der "entstandenen Kosten" vom Vermieter zu verlangen ist. Soweit das Gesetz darüber hinaus eine Erläuterung entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559, 559a BGB fordert, legt schon der verwendete Begriff ("erläutern") nahe, dass die Erhöhungserklärung nicht eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erschöpfende Begründung zu enthalten braucht⁴⁶⁷.

Auch Sinn und Zweck des Gesetzes gebieten es nicht, dass der Vermieter die für eine bestimmte Modernisierungsmaßnahme angefallenen Gesamtkosten in die einzelnen darin enthaltenen Kostenpositionen - etwa nach Gewerken - untergliedert.

Zwar ist das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die Vorschriften über die Berechnungs- und Erläuterungspflichten des Vermieters gemäß § 559b Abs. 1 BGB das notwendige Gegengewicht zu der dem Vermieter in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts eingeräumten Möglichkeit bilden, die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung durch einseitige Erklärung zu gestalten. Dies hat der Senat in Bezug auf die entsprechenden Vorschriften zur

⁴⁶⁷ vgl. BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01, BGHZ 150, 277 (281).

Modernisierungsmieterhöhung bei preisgebundenem Wohnraum bereits entschieden⁴⁶⁸.

Dass für die Formvorschriften der Modernisierungsmieterhöhung bei preisfreiem Wohnraum insoweit nichts anderes gelten kann, folgt schon daraus, dass es hierbei gleichermaßen um die Bewirkung einer Mieterhöhung durch einseitige Erklärung des Vermieters geht. Dementsprechend hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien zur Einführung des § 3 MHG als der im Jahr 1978 geschaffenen Vorgängerregelung der heute geltenden §§ 559 ff. BGB auch ausdrücklich eine Anlehnung an die Regelungen für preisgebundenen Wohnraum befürwortet⁴⁶⁹.

Dieser Umstand bedeutet im Grundsatz indes nicht, dass (jedenfalls) bei umfangreichen baulichen Veränderungen - etwa unter Einschluss von Modernisierungsmaßnahmen, die wie hier Kosten in sechsstelliger Höhe auslösen - erhöhte Anforderungen an den Inhalt der Mieterhöhungserklärung zu stellen wären.

Denn es widerspräche der Zielsetzung des Gesetzgebers, durch die (anteilige) Umlagefähigkeit des getätigten Aufwands auf den Mieter einen Anreiz für den Vermieter zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen zu schaffen⁴⁷⁰, wenn eine Durchsetzbarkeit eines dem Vermieter materiell-rechtlich zustehenden Ausgleichs für seine bereits erbrachte Eigenleistung durch überhöhte formelle Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung erheblich erschwert würde und der Vermieter sogar Gefahr liefe, eines inhaltlich berechtigten Mieterhöhungsanspruchs wegen überzogener formeller Anforderungen verlustig zu gehen. Es gilt deshalb, der Zweckbestimmung der Vorschrift des § 559b Abs. 1 BGB, dem Mieter die Möglichkeit zur angemessenen Information und Nachprüfung zu geben, unter Abwägung nicht nur seiner, sondern auch der berechtigten Interessen des Vermieters gerecht zu werden⁴⁷¹. Dabei ist vorrangig vor einer Zumutbarkeitsprüfung in den Blick zu

⁴⁶⁸ BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 246/20, WuM 2022, 357 Rz. 16; BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 247/20, juris Rz. 15; BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 233/08, NJW-RR 2009, 1021 Rz. 23 m.w.N.; jeweils zu § 10 Abs. 1 WoBindG.

⁴⁶⁹ vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 11 und 12.

⁴⁷⁰ vgl. BGH v. 16.12.2020 - VIII ZR 367/18, WuM 2021, 109 Rz. 25 unter Verweis auf BT-Drucks. 14/4553, S. 58 [zu § 559 BGB] und 7/2011 S. 11 [zu § 3 MHG].

⁴⁷¹ vgl. BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 246/20, WuM 2022, 357 Rz 17 m.w.N.; BGH v. 6.4.2022 - VIII ZR 247/20, juris Rz. 16; jeweils zu § 10 Abs. 1 WoBindG.

nehmen, ob zusätzliche Angaben in der Mieterhöhungserklärung tatsächlich mit einem maßgeblichen Erkenntnisgewinn für den Mieter verbunden wären.

Nach diesen Grundsätzen musste die Beklagte die in ihrer Erhöhungserklärung für jede der durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen ausgewiesenen Gesamtkosten nicht in Einzelpositionen - sei es nach den verschiedenen Gewerken oder nach anderen (vergleichbaren) Kategorien - untergliedern. Das Berufungsgericht hat durch seine gegenteilige Sichtweise die formellen Anforderungen an die Darlegung der Modernisierungskosten beziehungsweise an die Zuordnung angefallener Kosten zu Modernisierungsarbeiten und Instandhaltungsmaßnahmen überspannt, indem es die sich erst auf der materiell-rechtlichen Ebene stellende Frage, ob die Kosten zutreffend berechnet und eingeordnet worden sind, aufgrund eines von ihm angenommenen Schutzbedürfnisses des Mieters bereits in die Bestimmung der formellen Voraussetzungen der Mieterhöhungserklärung hat einfließen lassen. Dabei hat es übersehen, dass die von ihm verlangte zusätzliche Untergliederung in einzelne Gewerke oder Rechnungspositionen nicht zur Überprüfbarkeit der Plausibilität der Höhe und Aufteilung der Kosten erforderlich ist und demzufolge auch keinen maßgeblichen Erkenntnisgewinn verschafft. Die Klägerin konnte die Berechtigung der geltend gemachten Mieterhöhung ebenso ohne diese weiteren Angaben hinreichend genau auf ihre Plausibilität - auch im Hinblick auf den durch die Modernisierungsmaßnahmen etwa ersparten (nicht umlagefähigen) Instandsetzungsaufwand - überprüfen.

9.3.3 Verweis auf Anlage

Nach § 559 Abs. 1 BGB in der hier gemäß Art. 229 § 49 EGBGB anzuwendenden bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) kann der Vermieter nach der Durchführung bestimmter Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b BGB die jährliche Miete um 11 Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen; dabei gehören Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen wären, nicht zu den aufgewendeten Kosten (§ 559 Abs. 2 BGB). Gemäß § 559b Abs. 1 BGB ist die Mieterhöhung dem Mieter in Textform zu erklären, wobei die Erhöhung aufgrund der entstandenen Kosten zu berechnen und entsprechend den Voraussetzungen der § 559 BGB aF, § 559a BGB zu erläutern ist.

Der Vermieter hat daher in der Erhöhungserklärung darzulegen, inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder eine nachhaltige Einsparung von Energie und Wasser bewirken⁴⁷². Da die Mieterhöhung automatisch nach kurzer Zeit wirksam wird (vgl. § 559b Abs. 2 Satz 1 BGB), soll die Erläuterungspflicht unzumutbare Nachteile für den in der Regel juristisch und wohnungswirtschaftlich nicht vorgebildeten Mieter dadurch verhindern, dass dieser die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung - je nach den Einzelfallumständen unter Zuziehung von sachkundigen Personen - überprüfen kann. Dabei sind in formeller Hinsicht allerdings keine überhöhten Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung zu stellen. Vielmehr genügt es, wenn der Mieter den Grund und den Umfang der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann.

Erfüllt eine bauliche Veränderung die Kriterien sowohl einer von der Regelung des § 559 BGB erfassten Modernisierungsmaßnahme (§ 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB) als auch einer Erhaltungsmaßnahme im Sinne von § 555a Abs. 1 BGB (sog. modernisierende Instandsetzung), hat der Vermieter bei der Ermittlung der umlagefähigen Kosten nach Maßgabe des § 559 Abs. 2 BGB eine entsprechende Kürzung vorzunehmen⁴⁷³. Aus der Mieterhöhungserklärung muss deshalb hervorgehen, in welchem Umfang durch die durchgeführten Arbeiten Instandsetzungskosten erspart wurden. Da aber auch insoweit keine überhöhten Anforderungen an das Begründungserfordernis zu stellen sind, bedarf es hierfür keiner umfassenden Vergleichsrechnung zu den hypothetischen Kosten einer bloßen Instandsetzung. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der Vermieter den ersparten Instandsetzungsaufwand (zumindest) durch die Angabe einer Quote von den aufgewendeten Gesamtkosten nachvollziehbar darlegt⁴⁷⁴.

⁴⁷² BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 156/03, NJW-RR 2004, 658 unter II 1 a [zu § 3 Abs. 3 Satz 2 MHG]; BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rz. 9; BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 27; BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542 Rz. 17; BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01, BGHZ 150, 277, 281 [zu § 3 Abs. 3 Satz 2 MHG]; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 10.

⁴⁷³ vgl. BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493 Rz. 37.

⁴⁷⁴ BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 30f. m.w.N.

Diesen Anforderungen wird die hier zu beurteilende Mieterhöhungserklärung gerecht⁴⁷⁵. Weder fehlt es an einer ausreichenden Darlegung, inwiefern die durchgeführten baulichen Veränderungen eine nach § 559 Abs. 1 BGB aF berücksichtigungsfähige Modernisierungsmaßnahme darstellen, noch mangelt es an den weiteren aufgezeigten formellen Voraussetzungen. Insbesondere ist die Erhöhungserklärung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht etwa deshalb in formeller Hinsicht unwirksam, weil die Beklagte die für die verschiedenen Modernisierungsmaßnahmen jeweils entstandenen Gesamtkosten nicht in einzelne Positionen untergliedert hat.

Die Erhöhungserklärung enthält hinreichende Angaben dazu, dass und inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen eine berücksichtigungsfähige Modernisierungsmaßnahme nach § 555b BGB, § 559 Abs. 1 BGB aF darstellen. Zu Unrecht beanstandet die Revisionserwiderung, aus der Erhöhungserklärung gehe nicht (ausreichend) hervor, weshalb insbesondere der von der Beklagten als Modernisierungsmaßnahme ausgewiesene Einbau einer neuen Heizungsanlage eine nachhaltige Verbesserung der Wohnqualität oder Einsparung von Energie bewirke.

Irrtümlich geht sie dabei davon aus, die Beklagte habe in ihrer Erhöhungserklärung nicht ausdrücklich auf die Angaben in ihrem vorangegangenen Schreiben Bezug genommen, mit dem sie die Modernisierungsmaßnahmen angekündigt hatte (§ 555c BGB). Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und insoweit in der Sache auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist das Gegenteil der Fall. Die Vorinstanzen haben auf die Mieterhöhungserklärung vom 28. Mai 2018 verwiesen. In der dieser beigefügten, als "Kostenzusammenstellung und Berechnung der Mieterhöhung" bezeichneten Anlage wird ausdrücklich auf die im Ankündigungsschreiben enthaltenen Angaben Bezug genommen. Diese Angaben sind bei der Auslegung der Erhöhungserklärung daher zu berücksichtigen⁴⁷⁶. ...

Unter Berücksichtigung der in dem Ankündigungsschreiben enthaltenen Angaben genügt die Erhöhungserklärung den oben aufgezeigten Anforderungen

⁴⁷⁵ BGH v. 23.11.2022 – VIII ZR 59/21, MDR 2023, 220.

⁴⁷⁶ vgl. BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542 Rz. 21; BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 32; BGH v. 7.1.2004 - VIII ZR 156/03, NJW-RR 2004, 658 unter II 1 b; jeweils m.w.N.

an die - hinsichtlich der Darlegung des Vorliegens von Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 559 Abs. 1 BGB aF bestehende - Erläuterungspflicht des Vermieters. Aus diesen Angaben geht zunächst eindeutig hervor, dass die nachfolgend für die Mieterhöhung berücksichtigten Maßnahmen ("Einbau einer Gas-Brennwert-Zentralheizung und neuer Heizkörper" sowie "Wärmedämmung auf dem Dachboden/Dämmung oberste Geschossdecke") der Energieeinsparung im Sinne von § 555b Nr. 1 BGB dienen sollen.

Nach der Rechtsprechung des VIII. Senats hat der Vermieter bei Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie neben einer schlagwortartigen Bezeichnung der Maßnahme und einer Zuordnung zu den Positionen der Berechnung diejenigen Tatsachen darzulegen, anhand derer überschlägig beurteilt werden kann, ob die bauliche Maßnahme eine nachhaltige Einsparung von Energie bewirkt. Für die plausible Darstellung eines Energieeinspareffekts ist eine gegenständliche Beschreibung der betreffenden Maßnahme oder die Angabe der alten und neuen Wärmedurchgangskoeffizienten (k-Wert bzw. u-Wert) der renovierten Bauteile ausreichend⁴⁷⁷. Der Vermieter kann seiner Pflicht zur Erläuterung von energetischen Modernisierungsmaßnahmen auch durch eine dem Mieter zur Verfügung gestellte Berechnung der prognostizierten Energieeinsparung genügen⁴⁷⁸. Dabei ist es grundsätzlich nicht notwendig, einen für mehrere energetische Maßnahmen insgesamt ermittelten Energieeinsparungsbetrag auf die einzelnen hierzu beitragenden Baumaßnahmen aufzuteilen.

Eine diesen Anforderungen genügende Darstellung enthält das Ankündigungsschreiben. Die Beklagte hat dem Schreiben nämlich eine Berechnung der Energieeinsparung beigelegt, die eine monatliche Heizkosteneinsparung von insgesamt 0,50 €/m² brutto ausweist, und aus dem Schreiben geht hinreichend deutlich die seitens der Revisionserwiderung vermisste Information hervor, dass diese Berechnung sämtliche Maßnahmen

⁴⁷⁷ vgl. BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542 Rz. 24; BGH v. 25.1.2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126 Rz. 9 m,w,N.; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 18 f. m.w.N.

⁴⁷⁸ vgl. BGH v. 20.5.2020 - VIII ZR 55/19, NJW-RR 2020, 892 Rz. 24, 28 f. [zu den - insoweit vergleichbaren - Anforderungen bereits an die Ankündigung einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB].

berücksichtigt, die zuvor als der Energieeinsparung dienend aufgeführt wurden, die Berechnung mithin auch die Erneuerung der Heizungsanlage einschließt.

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist das nicht etwa deshalb zweifelhaft, weil eine der anderen im Rahmen der Berechnung der Energieeinsparung berücksichtigten energetischen Baumaßnahmen nach allgemeiner Lebenserfahrung einen besonders großen Anteil an der rechnerisch ermittelten Summe der Energieeinsparung haben dürfte. Denn dies bedeutete gegebenenfalls nur, dass der Beitrag, den die Erneuerung der Heizungsanlage zu der Einsparung von Heizenergie insgesamt leistet, entsprechend geringer ausfiele. Für die Einordnung einer Baumaßnahme als energetische Modernisierung im Sinne von § 555b Nr. 1 BGB kommt es nach der Rechtsprechung des VIII. Senats aber lediglich darauf an, dass überhaupt eine messbare Einsparung erzielt wird und diese dauerhaft ist, nicht jedoch auf deren Größenordnung⁴⁷⁹. Dementsprechend reicht es aus, wenn der Vermieter Tatsachen darlegt, anhand derer überschlägig beurteilt werden kann, ob die bauliche Maßnahme eine - möglicherweise auch nur geringfügige - messbare und dauerhafte Einsparung von Energie bewirkt.

Etwaige mit dem von der Revisionserwiderung gerügten Umstand einhergehende inhaltliche Fehler der Berechnung der Energieeinsparung wären unschädlich, weil diese sich allenfalls auf die materielle Begründetheit der Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB aF auswirken könnten, nicht aber deren formelle Voraussetzungen betreffen.

Gleiches gilt für den von der Revisionserwiderung bemängelten - für sich betrachtet zutreffenden - Umstand, dass sich die dem Ankündigungsschreiben beigefügte Berechnung der Energieeinsparung zum Teil auf Gebäude erstreckt, die nicht Gegenstand der zuvor beschriebenen Modernisierungsmaßnahmen sind. Auch dieser Umstand könnte allenfalls - etwa wenn an den in der Berechnung der Energieeinsparung zusätzlich angeführten Gebäuden qualitativ andere Modernisierungsmaßnahmen als an den übrigen Gebäuden durchgeführt worden sein sollten - Einfluss auf die Größenordnung des Anteils haben, den die Erneuerung der Heizungsanlage an der gesamten Energieeinsparung hat.

⁴⁷⁹ vgl. BGH v. 10.4.2002 - VIII ARZ 3/01, BGHZ 150, 277, 282 f.; BGH v. 3.3.2004 - VIII ZR 151/03, WuM 2004, 288 unter II 2 b [für preisgebundenen Wohnraum].

Wie aufgezeigt, hätte dieser Umstand indes keine Auswirkungen auf die Frage der Einhaltung der Förmlichkeiten nach § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die Mieterhöhungserklärung der Beklagten enthält auch alle übrigen nach Maßgabe des § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Angaben, die die Klägerin benötigt, um den Grund und den Umfang der Mieterhöhung auf Plausibilität überprüfen und entscheiden zu können, ob Bedarf für eine eingehendere Kontrolle - etwa durch Zuziehung juristisch oder bautechnisch sachkundiger Personen, durch Einholung weiterer Auskünfte beim Vermieter und/oder durch Einsichtnahme in die dem Vermieter vorliegenden Rechnungen und sonstigen Belege - besteht.

Insbesondere ist die Erhöhungserklärung nicht deshalb - aus formellen Gründen - unwirksam, weil die Beklagte die für die verschiedenen Modernisierungsmaßnahmen jeweils entstandenen Gesamtkosten im Rahmen der Kostenzusammenstellung und Berechnung der Mieterhöhung nicht nach den einzelnen angefallenen Gewerken aufgeschlüsselt oder anderweitig untergliedert hat.

Wie der VIII. Senat in mehreren nach Erlass der angefochtenen Entscheidung ergangenen, jeweils einen ähnlich gelagerten Fall betreffenden Urteilen entschieden hat, gebieten weder der Wortlaut des § 559b Abs. 1 BGB noch der Sinn und Zweck dieser Vorschrift es, dass der Vermieter in der Erhöhungserklärung die für verschiedene Modernisierungsmaßnahmen angefallenen Gesamtkosten nach einzelnen Positionen aufschlüsselt; dies gilt unabhängig davon, ob die Mieterhöhung auf eine reine Modernisierungsmaßnahme oder eine sogenannte modernisierende Instandsetzung gestützt wird. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die dortigen Ausführungen verwiesen (vgl. etwa Senatsurteile vom 20. Juli 2022 - VIII ZR 361/21, WuM 2022, 542 Rn. 32-49, VIII ZR 337/21, juris Rn. 35-53, VIII ZR 339/21, juris Rn. 33-51).

9.3.4 Abzug von ersparten Instandsetzungskosten

Modernisierungsmaßnahmen, deren Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB auf den Mieter umgelegt werden können, also bauliche Veränderungen, die die Kriterien des § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB erfüllen, sind abzugrenzen von Erhaltungsmaßnahmen, die zur Instandhaltung oder Instandsetzung der

Mietsache erforderlich sind (§ 555a Abs. 1 BGB) und deren Durchführung der Vermieter daher bereits nach dem bestehenden Mietvertrag - zu unveränderter Miete - schuldet (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB). Erfüllt eine bauliche Veränderung die Kriterien sowohl einer Modernisierungsmaßnahme als auch einer Erhaltungsmaßnahme (sogenannte modernisierende Instandsetzung), hat der Vermieter dem Grunde nach Anspruch auf eine Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB; bei der Ermittlung der Höhe der umlagefähigen Kosten ist aber nach Maßgabe des § 559 Abs. 2 BGB eine entsprechende Kürzung vorzunehmen.

Eine in der Instanzrechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur verbreitete Meinung verneint allerdings die Notwendigkeit einer solchen (anteiligen) Kürzung der Modernisierungskosten, wenn vorhandene Bauteile durch eine moderne höherwertige Ausstattung zu einem Zeitpunkt ersetzt werden, an dem ihre durchschnittliche Lebensdauer zwar zu einem erheblichen Teil abgelaufen ist, Maßnahmen zur Erhaltung aber noch nicht "fällig" sind, weil die vorhandenen Bauteile noch (ausreichend) funktionsfähig sind und ihnen auch sonst (bislang) ein unmittelbar zu beseitigender Mangel nicht anhaftet⁴⁸⁰. Diese Auffassung stützt sich auf den Wortlaut des § 559 Abs. 2 BGB, nämlich auf die Formulierung, dass Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen "erforderlich gewesen wären", nicht zu den aufgewendeten Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB aF gehören.

Dieser Formulierung lässt sich indes nicht zwingend entnehmen, dass für die anspruchsmindernde Berücksichtigung von Instandhaltungskosten die "Fälligkeit" der betreffenden Erhaltungsmaßnahmen vorausgesetzt wird⁴⁸¹. Mit dem Wortlaut dieser Vorschrift ist es vielmehr unter Berücksichtigung des Umstands, dass die einzelnen Bauteile eines Mietobjekts laufend altern und je nach ihrer (durchschnittlichen) Lebensdauer in bestimmten Zeitabständen vom Vermieter zu erneuern sind, ebenfalls vereinbar, dass der Kostenaufwand, der - zeitanteilig - auch für die Erhaltung eines Bauteils anfällt, in dem Umfang, in dem er bei fiktiver Betrachtung zum Zeitpunkt der Durchführung der baulichen Veränderung in Anbetracht des bereits verstrichenen Anteils der zu

⁴⁸⁰ Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 14. Aufl., § 559 BGB Rz. 72; Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2018, § 559 BGB Rz. 22; BeckOGK/*Schindler*, BGB, Stand: 1. April 2020, § 559 Rz. 72; kritisch MünchKomm/*Artz*, 8. Aufl., § 559 BGB Rz. 20.

⁴⁸¹ BGH v. 17.6.2020 - VIII ZR 81/19, GE 2020, 1046.

erwartenden Gesamtlebensdauer des betreffenden Bauteils für dessen Erhaltung erforderlich wäre, von der Umlagefähigkeit nach § 559 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

Ein anderes Verständnis des § 559 Abs. 2 BGB ergibt sich auch nicht im Umkehrschluss aus der bisherigen Rechtsprechung des VIII. Senats, wonach Kosten, die auf "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen entfallen, nicht auf den Mieter umgelegt werden können⁴⁸². In den jenen Entscheidungen zugrunde liegenden Fallgestaltungen hat sich die Frage, ob Instandsetzungsaufwand auch dann von den aufgewendeten Kosten abzuziehen ist, wenn Erhaltungsmaßnahmen zum Zeitpunkt der Durchführung der Modernisierung noch nicht "fällig" waren, nicht gestellt. Vor diesem Hintergrund ist den früheren Ausführungen des VIII. Senats, soweit sie an "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen anknüpfen, nicht die Wertung beizumessen, dass ein (anteiliger) Abzug von noch nicht "fälligem" Instandsetzungsaufwand nicht in Betracht kommt.

Der Sinn und Zweck der Vorschriften über die Modernisierung und anschließende Mieterhöhung gebietet es vielmehr, nicht nur in der Fallgestaltung, dass der Vermieter sich durch die Modernisierung bereits "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen erspart oder solche anlässlich der Modernisierung miterledigt werden, einen Abzug des Instandhaltungsanteils vorzunehmen, sondern auch bei der modernisierenden Erneuerung von Bauteilen und Einrichtungen, die bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer Nutzungsdauer (ab-)genutzt worden sind, so dass der Vermieter durch die Modernisierung in erheblichem Umfang (fiktive) Instandhaltungskosten erspart.

Der Gesetzgeber hat die Absetzung von Kosten für Erhaltungsmaßnahmen von den umlagefähigen Kosten für Modernisierungsmaßnahmen erstmals mit dem ab 1. Mai 2013 geltenden Mietrechtsänderungsgesetz vom 11. März 2013⁴⁸³ geregelt. Dass der Gesetzgeber dabei die Absetzung von Kosten auf bereits "fällige" Erhaltungsmaßnahmen begrenzen wollte, geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor. Vielmehr verweist diese auf die "bislang

⁴⁸² BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 29; BGH v. 12.6.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rz. 14.

⁴⁸³ BGBl. I S. 434.

geltende Rechtslage"⁴⁸⁴ und in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des BGH, das - ohne die Frage der "Fälligkeit" von Instandsetzungsmaßnahmen zu behandeln - lediglich besagt, bei der Ermittlung der umlagefähigen Kosten für eine Modernisierungsmaßnahme seien "Elemente der Instandsetzung" außer Betracht zu lassen⁴⁸⁵.

Zwar nimmt die Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang auch auf eine Literaturstimme Bezug⁴⁸⁶, wonach Kosten für "fällige Erhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten" von der Umlagefähigkeit ausgenommen seien. Wäre es dem Gesetzgeber auf diese Einschränkung angekommen, wäre aber - gerade mit Blick darauf, dass das erwähnte Urteil des Bundesgerichtshofs diese Einschränkung nicht enthält - zu erwarten gewesen, dass dies im Gesetzestext (durch die dann naheliegende Einfügung des Wortes "fällig") Niederschlag gefunden hätte oder zumindest die Gesetzesbegründung darauf - wie nicht - explizit eingegangen wäre.

Nach dem Regelungszweck, den der Gesetzgeber mit den Vorschriften über die Modernisierung verfolgt, verbietet es sich, in Fallgestaltungen, die durch die Ersetzung schon länger genutzter Bauteile durch solche von besserer Qualität und höherem Wohnkomfort gekennzeichnet sind, die gesamten für diese Maßnahme aufgewendeten Kosten ungekürzt auf den Mieter umzulegen. Denn Sinn der Modernisierungsvorschriften ist es gerade nicht, dem Vermieter (teilweise) auch die Umlage von Instandhaltungskosten auf den Mieter zu ermöglichen; vielmehr sollen Verbesserungen der Mietsache (Energieeinsparung, nachhaltige Erhöhung des Gebrauchswerts, Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse) dadurch gefördert werden, dass für den Vermieter durch die Möglichkeit der Umlage der darauf entfallenden Kosten auf den Mieter ein Anreiz zur Vornahme dieser Maßnahmen gesetzt wird, und die Interessen des Mieters dadurch gewahrt werden, dass er spiegelbildlich von einer Erhöhung des Gebrauchswerts profitiert. Hier entscheidend auf die "Fälligkeit" von Erhaltungsmaßnahmen abzustellen, würde in zahlreichen Fällen zu zufälligen Ergebnissen führen. Besonders augenfällig wird dies, wenn Modernisierungsmaßnahmen - wie hier von der Klägerin geltend gemacht - zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Lebensdauer der ersetzten Bauteile oder

⁴⁸⁴ BR-Drucks. 313/12, S. 31 f.; BT-Drucks. 17/10485, S. 24.

⁴⁸⁵ BGH v. 17.5.2001 - III ZR 283/00, NZM 2001, 686 unter II 1 d aa.

⁴⁸⁶ Soergel/Heintzmann, Kommentar, 13. Aufl. 2007, § 559 BGB Rz. 19.

Einrichtungen bereits zu einem sehr großen Teil abgelaufen ist. Jedenfalls liegen keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber dem Vermieter zwecks Förderung von Gebäudeinvestitionen zum Nachteil des Mieters die Möglichkeit eröffnen wollte, künftig anfallende - grundsätzlich vom Vermieter zu tragende - Kosten für Erhaltungsmaßnahmen durch geschicktes Vorgehen, namentlich durch Vornahme der Modernisierung kurz vor "Fälligkeit" der Erhaltungsmaßnahmen, auf den Mieter abzuwälzen.

Die Umlagefähigkeit der (reinen) Modernisierungskosten wird durch den Abzug (fiktiv) ersparter Instandhaltungskosten in derartigen Fallgestaltungen nicht infrage gestellt. Auch wird die Ermittlung der umlagefähigen Modernisierungskosten dadurch nicht nennenswert erschwert, denn regelmäßig wird eine Schätzung genügen (§ 559 Abs. 2 Halbs. 2 BGB), die sich an der üblichen Lebensdauer der erneuerten Einrichtung und dem bereits eingetretenen Abnutzungsgrad orientiert⁴⁸⁷.

9.4 Abzug von Drittmitteln

Gemäß § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB umfasst das Erfordernis der Erläuterung der Mieterhöhung in der Erhöhungserklärung ausdrücklich auch die Voraussetzungen der Vorschrift des § 559a BGB.

Der Gesetzgeber hat in § 559a BGB für die Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen eine Anrechnung bestimmter Mittel angeordnet, welche die Kosten des Vermieters für die Modernisierungsmaßnahmen ganz oder teilweise decken. Zuschüsse sowie zinsverbilligte oder zinslose Darlehen aus öffentlichen Haushalten, Aufwendungsbeihilfen, sonstige Drittmittel; vgl. auch § 558 Abs. 5 BGB bei der Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete). Vom Mieter oder für diesen von einem Dritten übernommene oder mit Zuschüssen aus öffentlichen Haushalten gedeckte Kosten der Modernisierungsmaßnahmen gehören nach § 559a Abs. 1 BGB nicht zu den aufgewendeten Kosten des Vermieters im Sinne des § 559 BGB. Sie dürfen deshalb nicht bei der Erhöhung der Miete nach § 559 Abs. 1 BGB angesetzt und auf den Mieter umgelegt werden⁴⁸⁸. Bei Deckung der Kosten für die Modernisierungsmaßnahme oder von laufenden Aufwendungen infolge der

⁴⁸⁷ vgl. ferner bereits BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 30.

⁴⁸⁸ vgl. Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2021, § 559a BGB Rz. 4.

Modernisierungsmaßnahme durch zinsverbilligte oder zinslose Darlehen aus öffentlichen Haushalten, durch Darlehen oder Mietvorauszahlungen des Mieters oder durch Leistungen eines Dritten für den Mieter sowie aus Mitteln der Finanzierungsinstitute von Bund und Ländern verringert sich der Erhöhungsbetrag gemäß § 559a Abs. 2, 3 BGB um den Jahresbetrag der Zinsermäßigung, des Zuschusses oder des Darlehens.

Die Anrechnungspflicht soll sicherstellen, dass dem Vermieter solche Maßnahmen nicht zugutekommen, zu deren Durchführung er öffentliche Mittel in Anspruch genommen hat, da er anderenfalls gegenüber einem Modernisierungsmaßnahmen aus dem eigenen Vermögen finanzierenden Vermieter ungerechtfertigt besser gestellt würde⁴⁸⁹. Eine Verringerung der Kosten des Vermieters für die Modernisierung durch öffentliche oder private Zuschüsse oder Darlehen soll auch dem Mieter zugutekommen⁴⁹⁰.

Die Pflicht zur Anrechnung dieser Drittmittel hat damit Bedeutung für den Umfang der vom Vermieter nach Durchführung der Modernisierung gemäß §§ 559 ff. BGB geforderten Mieterhöhung. Dementsprechend erstreckt § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB das - auf die Verschaffung einer Möglichkeit des Mieters zur angemessenen Information und Nachprüfung gerichtete - Begründungserfordernis auch auf die Voraussetzungen zur Anrechnung von Drittmitteln nach § 559a BGB.

Diesen Anforderungen genügt die Mieterhöhungserklärung der Beklagten vom 24. April 2019 nicht⁴⁹¹. Denn die dort gemachten Angaben sind nicht geeignet, den Kläger als Mieter in die Lage zu versetzen, den Umfang der verlangten Mieterhöhung insoweit als plausibel nachzuvollziehen.

Im Text der Erhöhungserklärung vom 24. April 2019 und in den beigegeführten Unterlagen selbst findet sich unmittelbar keine Angabe zu anrechenbaren Drittmitteln im Sinne von § 559a BGB. Aus der maßgeblichen Sicht eines

⁴⁸⁹ vgl. BGH v. 25.2.2004 - VIII ZR 116/03, NJW-RR 2004, 947 unter II 2 a [zu § 3 MHRG]; BGH v. 19.1.2011 - VIII ZR 87/10, NZM 2011, 309 Rz. 16.

⁴⁹⁰ vgl. BGH v. 1.4.2009 - VIII ZR 179/08, NZM 2009, 393 Rz. 13 [zu § 558 Abs. 5 BGB]; Staudinger/V. *Emmerich*, Neubearb. 2021, § 559a BGB Rz. 1; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 559a BGB Rz. 1; siehe auch BT-Drucks. 7/2011, S. 12 und 17 [zu § 3 MHRG]; BT-Drucks. 8/1861, S. 5 [zu § 2 MHRG; jeweils zu Leistungen aus öffentlichen Haushalten und Leistungen des Mieters].

⁴⁹¹ BGH v. 19.07.2023 - VIII ZR 416/21, ■.

objektiven Erklärungsempfängers könnte dies zwar als (stillschweigende) Erklärung der Beklagten dahingehend verstanden werden, dass sie für die Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen anrechenbare Drittmittel nicht in Anspruch genommen und deshalb auch Kürzungsbeträge nicht angerechnet habe⁴⁹².

Dem steht jedoch entgegen, dass die Erhöhungserklärung zugleich - im Abschnitt zur Darlegung der für die Modernisierung angefallenen Kosten und Instandhaltungsanteile - "vollumfänglich" auf die Ausführungen zu den einzelnen Modernisierungsmaßnahmen im Ankündigungsschreiben der Beklagten Bezug nimmt und diese Ausführungen den ausdrücklichen Hinweis der Beklagten auf die beabsichtigte Beantragung von - energieeffiziente Maßnahmen unterstützenden - Mitteln der Kreditanstalt für Wiederaufbau für die Durchführung der Baumaßnahmen enthält. Dieser Hinweis ist infolge der Bezugnahme in der Erhöhungserklärung vom 24. April 2019 bei deren Auslegung zu berücksichtigen⁴⁹³.

Angesichts dieser unklaren Angaben ist für den Kläger als Empfänger der Erhöhungserklärung nicht erkennbar geworden, welche Erklärung zur Inanspruchnahme von gemäß § 559a BGB anrechenbaren Drittmitteln die Beklagte letztlich hat abgeben wollen. In Betracht kommen dabei die Information über eine ursprünglich beabsichtigte, tatsächlich aber nicht erfolgte Beantragung oder die Erklärung, Drittmittel zwar beantragt, jedoch nicht erhalten zu haben, oder gewährte Drittmittel seien nicht auf die Kosten der Modernisierungsmaßnahmen anzurechnen oder bereits vorweg abgezogen und nicht gesondert ausgewiesen. Denkbar ist es auch, dass die Beklagte eine Erklärung zu den Drittmitteln schlicht vergessen hat.

Im Hinblick darauf ist die Mieterhöhungserklärung der Beklagten vom 24. April 2019 insoweit nicht geeignet, dem Kläger diejenigen Informationen zu geben, die dieser benötigt, um den Grund und den Umfang der Mieterhöhung auf Plausibilität überprüfen und entscheiden zu können, ob Bedarf für eine eingehendere Kontrolle - etwa durch Zuziehung juristisch oder bautechnisch

⁴⁹² vgl. in diesem Sinne Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 15. Aufl., § 559b BGB Rz. 36; BeckOK-BGB/*Schüller*, Stand: 1. Mai 2023, § 559b BGB Rz. 17; BeckOGK-BGB/*Schindler*, Stand: 1. April 2023, § 559b BGB Rz. 31.

⁴⁹³ vgl. hierzu BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 361/21, NZM 2022, 795 Rz. 21; BGH v. 23.11.2022 - VIII ZR 59/21, NJW 2023, 360 Rz. 16; jeweils m.w.N.

sachkundiger Personen, durch Einholung weiterer Auskünfte beim Vermieter oder durch Einsichtnahme in die dem Vermieter vorliegenden Rechnungen und sonstigen Belege - besteht⁴⁹⁴.

10 Vermieterpfandrecht

10.1 Kautions und Vermieterpfandrecht (Gewerberaummiete)

Dem Beklagten stand ein Vermieterpfandrecht wegen der nicht erfüllten Kautionsforderung zu, die auch fällig war⁴⁹⁵.

Das Vermieterpfandrecht sichert alle Forderungen aus dem Mietverhältnis. Das sind solche, die sich aus dem Wesen des Mietvertrages als entgeltlicher Gebrauchsüberlassung ergeben⁴⁹⁶. Dazu gehört aber auch die hier mietvertraglich vereinbarte Kautionsforderung. Soweit das Landgericht angenommen hat, diese sei im Hinblick auf das nach § 551 BGB geltende Kumulationsverbot nicht durch das Vermieterpfandrecht gesichert, da ansonsten eine doppelte Sicherung vorläge, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar wird dies teilweise in der Literatur vertreten⁴⁹⁷. Jedoch wird dabei verkannt, dass die für das Wohnraummietrecht geltende Norm des § 551 BGB ausweislich der fehlenden Verweisung in § 578 BGB für die Geschäftsraummieta nicht anwendbar ist, weshalb diese der Sicherung der Kautionsforderung durch das Vermieterpfandrecht nicht entgegensteht⁴⁹⁸.

Eine restriktive Auslegung des § 562 BGB wegen einer Kumulation der Sicherheiten ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht veranlasst. Dies würde vielmehr zu einer - von § 578 BGB gerade ausgeschlossenen - Anwendung des § 551 BGB durch die Hintertür führen. Zudem weist der Beklagte zu Recht darauf hin, dass auch bei vollständiger Leistung der Mietsicherheit das Vermieterpfandrecht kraft Gesetzes in voller Höhe kumulativ zur Mietsicherheit entsteht. Der Vermieter darf durch den Verzug des Mieters mit der

⁴⁹⁴ vgl. hierzu nur BGH v. 20.7.2022 - VIII ZR 361/21, NZM 2022, 795 Rz. 31, 39, 46 ff.; BGH v. 23.11.2022 - VIII ZR 59/21, NJW 2023, 360 Rz. 28.

⁴⁹⁵ OLG Köln v. 22.12.2021 – 22 U 13/20, ZMR 2023, 32.

⁴⁹⁶ BGH v. 6.12.1972 - VIII ZR 179/71, NJW 1973, 238 (239).

⁴⁹⁷ *Lammel* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 562 BGB Rz. 41; *Blank/Börstinghaus* in: *Blank/Börstinghaus*, Mieta, 6. Aufl., § 562 BGB Rz. 7.

⁴⁹⁸ vgl. auch LG Regensburg v. 5.8.1991 - 1 O 50/91 -, NJW-RR 1992, 717 (718); *Geldmacher* in: *Guhling/Günter*, Gewerberaummieta, 2. Aufl., § 562 BGB Rz. 77; *C. Schultz* in: *BeckOK MietR*, 25. Ed. 01.08.2021, § 562 BGB Rz. 43.5; *V Emmerich* in: *Staudinger*, BGB, (2021) § 562 BGB Rz. 27; *Bruns*, NZM 2019, 46 (52).

Kautionszahlung nicht schlechter gestellt werden, als er gestanden hätte, wenn dieser seine Verpflichtung erfüllt hätte. In diesem Falle hätte der Beklagte aber die noch offenen Forderungen aus dem Mietverhältnis ohne weiteres gegen den Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der Kautionszahlung aufrechnen können. Insoweit hat er auch ein Bedürfnis an der Sicherung der Kautionsforderung, da diese nach dem Vertrag an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist, während die noch offenen sonstigen Forderungen zwischen den Parteien streitig sind.

Dem Beklagten stand auch ein fälliger Anspruch auf Kautionszahlung in Höhe von 50.000 EUR, zumindest aber in Höhe von 11.067,00 EUR zu.

11 Vermieterwechsel

11.1 analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB

Der in § 566 Abs. 1 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 Abs. 1 BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben. Hierfür enthält § 566 Abs. 1 BGB eine - ausdrücklich auf die Veräußerung des vermieteten Grundstücks oder Grundstücksteils beschränkte - Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen. Sie legt dem Mietverhältnis für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung bei, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt. Als Ausnahmevorschrift ist § 566 Abs. 1 BGB daher eng auszulegen und nur anzuwenden, soweit der mit ihr bezweckte Mieterschutz dies erfordert⁴⁹⁹. Der Ausnahmecharakter der Vorschrift steht jedoch hinsichtlich einer Erweiterung des Veräußerungsbegriffs oder der

⁴⁹⁹ BGH v. 12.10.2016 - XII ZR 9/15, NJW 2017, 254 Rz. 24; vgl. auch BGH v. 22.5.1989 - VIII ZR 192/88, NJW 1989, 2053; NJW 1999, 2177 (2178) m.w.N.

anderen Tatbestandsmerkmale der Norm einer Analogie nicht generell entgegen⁵⁰⁰.

Neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB die Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen⁵⁰¹.

Auf dieser rechtlichen Grundlage hat der XII. Senat entschieden, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB dann vorliegen, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat. Unter diesen Voraussetzungen ist nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, sondern der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat⁵⁰².

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der frühere Eigentümer des Grundstücks zur Vermietung seiner Immobilie eine Grundstücksgesellschaft errichtet und dieser das Eigentum an dem Grundstück übertragen. Zusätzlich hatte er eine Grundbesitz- und Handelsgesellschaft gegründet, die auf Anweisung der Grundstücksgesellschaft die Mietverträge über die Immobilie abgeschlossen hatte. Die Grundstücksgesellschaft hatte die Immobilie auch verwaltet und die Mieten eingezogen. Unter diesen Umständen war es ausnahmsweise gerechtfertigt, den Mietvertrag in entsprechender Anwendung der §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 1 BGB so zu behandeln, als habe die veräußernde Grundstücksgesellschaft die Mietverträge abgeschlossen⁵⁰³.

⁵⁰⁰ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 33.

⁵⁰¹ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 34 m.w.N.

⁵⁰² BGH, NZM 2017, 847 Rz. 26.

⁵⁰³ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 42.

Denn der Gesetzeszweck des § 566 Abs. 1 BGB greift nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts vermietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nichteigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers abschließt. Das Interesse des Mieters, nach einem Wechsel der Eigentumsverhältnisse unbeeinträchtigt die angemieteten Wohn- oder Geschäftsräume weiter nutzen zu können, besteht unabhängig davon, ob er den Mietvertrag mit dem Eigentümer selbst oder einer anderen Person abgeschlossen hat, die hierbei für den Eigentümer mit dessen Wissen und Einverständnis tätig geworden ist⁵⁰⁴.

Um bei der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks das fehlende Identitätserfordernis durch eine entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB überwinden zu können, darf allerdings nicht allein das Besitzschutzinteresse des Mieters in den Blick genommen werden. Die für eine Analogie notwendige Vergleichbarkeit der Interessenlagen wird erst dann erreicht, wenn der Eigentümer bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gleichsam als Vermieter angesehen werden kann. Dann ist es gerechtfertigt, dass er den von einem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag gegen sich gelten lassen muss und er sein Eigentum nur mit einem Mietvertrag „belastet“ veräußern kann, an dessen Abschluss er nicht selbst beteiligt war⁵⁰⁵. Deshalb kommt bei Nichterfüllung des Identitätserfordernisses eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB etwa dann in Betracht, wenn der Eigentümer zur Vermietung seines Grundstücks einen Hausverwalter einsetzt oder als einer von mehreren Eigentümern oder als Alleingesellschafter einer GmbH den Mietvertrag schließt⁵⁰⁶. Nutzt der Eigentümer, statt selbst den Mietvertrag abzuschließen, eine formale rechtliche Konstruktion, um nicht selbst als Vermieter in Erscheinung zu treten, ist es gerechtfertigt, ihn im Rahmen des § 566 BGB so zu behandeln, als habe er den Mietvertrag selbst abgeschlossen. Dadurch wird auch verhindert, dass der Eigentümer, um den von § 566 Abs. 1 BGB gewährten Mieterschutz zu umgehen, nicht selbst den Mietvertrag abschließt, sondern eine dritte Person einschaltet, die formal als Vermieter auftritt, letztlich aber allein im Interesse des Eigentümers handelt⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 36 f.

⁵⁰⁵ *Günter*, WuM 2013, 264 (270).

⁵⁰⁶ BeckOGK/*Harke*, [Stand: 1. Oktober 2021], § 566 BGB Rz. 20.

⁵⁰⁷ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 37.

Die bloße Zustimmung oder das Einverständnis des Eigentümers zur Vermietung seines Grundstücks durch einen Dritten oder die spätere Genehmigung des durch einen Nichteigentümer abgeschlossenen Mietvertrags reichen hingegen nicht aus, um eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen⁵⁰⁸. Denn nur durch eine Beschränkung der analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf die Fälle, in denen der Dritte nicht nur mit Zustimmung des Eigentümers, sondern auch in dessen wirtschaftlichem Interesse handelt, wird gewährleistet, dass bei einer bloßen Untervermietung eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ausscheidet. Bei der Untervermietung gestattet der Eigentümer zwar dem Hauptmieter auch, das Mietobjekt weiterzuvermieten. Der Abschluss des Untermietvertrags erfolgt jedoch nicht im Interesse des Eigentümers, sondern stellt eine besondere Art der Nutzung der Mietsache durch den Hauptmieter dar⁵⁰⁹.

Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Annahme des Berufungsgerichts, § 566 Abs. 1 BGB sei im vorliegenden Fall entsprechend anwendbar, rechtsfehlerhaft⁵¹⁰. Die für eine analoge Anwendung der Vorschrift erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist nicht gegeben.

Nach den getroffenen Feststellungen lagen der Abschluss des Mietvertrags und die Durchführung des Mietverhältnisses nicht im alleinigen wirtschaftlichen Interesse der Projekt-Gesellschaft als veräußernde Eigentümerin. Sie hatte die S-GmbH weder mit der Vermietung der Flächen beauftragt noch ist festgestellt, dass sie überhaupt in die Vermietung an den Beklagten eingewilligt hätte. Ihr flossen während der gesamten Mietzeit keine Mietzahlungen zu. Sie hat auch keine anderen wirtschaftlichen Vorteile aus dem Mietverhältnis erhalten. Es liegt hier also kein bloß formales Auseinanderfallen von Vermieter- und Eigentümerstellung vor. Die S-GmbH ist bei Abschluss des Mietvertrags auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht für die Projekt-Gesellschaft aufgetreten.

Das wirtschaftliche Interesse der Projekt-Gesellschaft, das das Berufungsgericht für eine entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB herangezogen hat, bestand allein darin, dass zum Zeitpunkt der Veräußerung

⁵⁰⁸ vgl. Schmidt-Futterer/Strey/I, Mietrecht, 14. Aufl., § 566 BGB Rz. 68.

⁵⁰⁹ BGH, NZM 2017, 847 Rz. 40.

⁵¹⁰ BGH v. 27.10.2021 – XII ZR 84/20, GE 2022, 37 = WuM 2022, 221.

der streitgegenständlichen Fläche an die Klägerin der Mietvertrag fortbesteht, um einer möglichen Ausübung des Rückgewähranspruchs durch die H-GmbH zu begegnen. Damit hatte die Projekt-Gesellschaft rechtlich betrachtet zum Zeitpunkt der Veräußerung der Grundstücksfläche lediglich ein Interesse am Eintritt der Rechtsfolge des § 566 Abs. 1 BGB. Dies genügt für eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht⁵¹¹.

Auch die Regelung in § 4 Abs. 4 des Grundstückskaufvertrags vom 20. Juni 2008 führt zu keiner anderen Beurteilung. In dieser Vertragsbestimmung haben die Kaufvertragsparteien zwar vereinbart, dass die Käuferin das Pachtverhältnis übernehmen und es mit Wirkung ab dem Übergabetag mit allen Rechten und Pflichten des Verpächters fortsetzen soll. Dies zeigt aber ebenfalls nur, dass die Kaufvertragsparteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags im Hinblick auf eine mögliche Ausübung des Rückgewähranspruchs durch die H-GmbH ein Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hatten⁵¹².

12 Betriebskosten

12.1 Umlagefähigkeit von Baumfällkosten

§ 2 Nr. 10 BetrKV umfasst die Kosten der Pflege von zum Wohnanwesen gehörenden, gemeinschaftlichen Gartenflächen, die nicht dem Vermieter oder anderen Mietern zur alleinigen oder der Öffentlichkeit zur allgemeinen Nutzung überlassen sind, unabhängig davon, ob der Mieter diese Gartenfläche auch tatsächlich nutzt⁵¹³.

Die Frage, ob zu den Gartenpflegekosten auch diejenigen der Fällung eines (morschen, nicht mehr standsicheren) Baums zählen, hat der BGH bislang noch nicht entschieden⁵¹⁴ und ist in der Rechtsprechung der Instanzgerichte sowie in der Literatur umstritten.

Teilweise werden Baumfällkosten generell als nicht umlagefähig angesehen, wobei zur Begründung einerseits darauf abgestellt wird, es handele sich nicht

⁵¹¹ BGH v. 27.10.2021 – XII ZR 84/20, GE 2022, 37 = WuM 2022, 221.

⁵¹² BGH v. 27.10.2021 – XII ZR 84/20, GE 2022, 37 = WuM 2022, 221.

⁵¹³ vgl. BGH v. 26.5.2004 - VIII ZR 135/03, WuM 2004, 399 unter II 1 und 2; BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 33/15, NJW 2016, 1439 Rz. 13.

⁵¹⁴ vgl. BGH v. 29.9.2008 - VIII ZR 124/08, NZM 2009, 27 Rz. 1 f.

um "laufende Kosten" i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV⁵¹⁵, andererseits (auch) darauf, dass der Vermieter mit der Fällung eines morschen und nicht mehr standfesten Baums lediglich eine ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht erfülle oder einen Mangel der Mietsache beseitige⁵¹⁶.

Nach anderer Ansicht fallen die Kosten der Fällung eines alters-, krankheits- oder umweltbedingt abgängigen, das heißt allmählich absterbenden, Baums unter die Bestimmung des § 2 Nr. 10 BetrKV, weil die Beseitigung eines solchen Baums zur ordnungsgemäßen Gartenpflege gehöre⁵¹⁷.

Die letztgenannte Auffassung verdient den Vorzug⁵¹⁸. Die Kosten der Fällung eines morschen, nicht mehr standfesten Baums zählen zu den Kosten der Gartenpflege i.S.v. § 2 Nr. 10 BetrKV. Denn die Fällung und Beseitigung eines solchen Baums ist regelmäßig eine objektiv erforderliche Maßnahme der Gartenpflege.

Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 10 BetrKV. Zwar sind dort Baumfällarbeiten nicht ausdrücklich genannt. Jedoch sind nach dieser Vorschrift die Kosten der Gartenpflege Betriebskosten i.S.v. § 1 BetrKV und gehören hierzu (unter anderem) die Kosten der Pflege gärtnerisch angelegter Flächen einschließlich der Erneuerung von Pflanzen und Gehölzen.

Insoweit ist davon auszugehen, dass es sich bei Bäumen sowohl um (verholzte) Pflanzen als auch um Gehölze in diesem Sinne handelt. Denn der Begriff des "Gehölzes" umschreibt nach allgemeinem Sprachgebrauch von dem ersichtlich auch der Ordnungsgeber ausgegangen ist, entweder allgemein eine Pflanze, deren Stamm und Äste verholzen, oder eine geschlossene Ansammlung

⁵¹⁵ vgl. LG Berlin v. 13.4.2018 - 63 S 217/17, juris Rz. 32; AG Berlin-Schöneberg v. 8.10.2009 - 106 C 110/09, juris Rz. 22; LG Krefeld v. 17.3.2010 - 2 S 56/09, juris Rz. 32 ff.; AG Potsdam, WuM 2012, 203; AG Hamburg-Blankenese, ZMR 2015, 135, 136; AG Leipzig, WuM 2020, 643; vgl. auch *Bausch*, NZM 2006, 366.

⁵¹⁶ vgl. AG Köln, WuM 2017, 592 f.; AG Neustadt an der Weinstraße, ZMR 2009, 456; LG Berlin, GE 1988, 355; vgl. auch AG Hamburg, WuM 1989, 641.

⁵¹⁷ LG München I, ZMR 2021, 116 ff.; LG Hamburg v. 13.7.1989 - 7 S 185/88, juris Rz. 33; AG Hamburg-Wandsbek, ZMR 2014, 804; AG Düsseldorf, WuM 2002, 498; ähnlich auch LG Frankfurt, NZM 2005, 338; Staudinger/*Artz*, Neubearb. 2021, § 556 BGB Rz. 35b; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 156; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 556 BGB Rn. 72; Spielbauer/*Schneider/Schneider*, Mietrecht, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 241; *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., A Rz. 146; MünchKomm/*Zehlein*, 8. Aufl., BetrKV § 2 Rz. 54.

⁵¹⁸ BGH v. 10.11.2021 – VIII ZR 107/20, WuM 2022, 40.

solcher Pflanzen im Sinne von Wald, Wäldchen, Hain, Hecke oder Gebüsch⁵¹⁹. Eine Beschränkung auf "Gehölze" einer bestimmten Größe oder Art ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 10 BetrKV nicht.

Der Umstand, dass in der Erläuterung des § 2 Nr. 10 BetrKV lediglich die "Erneuerung" von Pflanzen und Gehölzen und nicht deren Entfernung erwähnt wird, steht einer Umlagefähigkeit von (bloßen) Beseitigungskosten nicht entgegen. Denn zum einen unterfällt das Entfernen von Pflanzen und Gehölzen bereits dem (Ober-)Begriff der "Gartenpflege". Hierzu zählen sämtliche Maßnahmen, die objektiv dem Erhalt der Gartenanlage als solche infolge eines Pflegebedarfs dienen. Dies erfordert nicht nur Arbeiten, die dem Erhalt einzelner Pflanzen und Gehölze dienen, sondern auch deren Entfernung, wenn sie krank, abgestorben oder morsch und nicht mehr standsicher sind. Denn solche Umstände beeinträchtigen die Gartenanlage als Ganzes. Zum anderen setzt eine "Erneuerung" von Pflanzen und Gehölzen regelmäßig deren vorherige Entfernung voraus. Daher bedurfte es entgegen der Ansicht der Revision einer ausdrücklichen Nennung der "Entfernung" in § 2 Nr. 10 BetrKV nicht.

Das Berufungsgericht hat ferner zutreffend aus einer systematischen Betrachtung auf die Umlagefähigkeit der Baumfällkosten geschlossen und hierin keine - der Umlagemöglichkeit entzogenen - Instandsetzungskosten im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV gesehen.

Gemäß § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV sind Betriebskosten diejenigen Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum an dem Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Umlagefähige Betriebskosten sind dabei von Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung abzugrenzen, die der Vermieter zu tragen hat. Die (nicht als Betriebskosten umlagefähigen) Aufwendungen für Instandsetzung und Instandhaltung werden durch Reparatur und Wiederbeschaffung verursacht und müssen zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs erbracht werden, um die durch Abnutzung, Alterung oder Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen

⁵¹⁹ vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Aufl., Band 3, Stichwort "Gehölz"; siehe auch "Der deutsche Wortschatz von 1600 bis heute", abzurufen unter <https://www.dwds.de/wb/Gehölz>.

Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV). Instandsetzung und Instandhaltung betreffen deshalb Mängel an der Substanz der Immobilie oder ihrer Teile⁵²⁰.

Die Kosten der Fällung eines morschen Baums sind nicht deshalb - wie teilweise angenommen wird - Instandhaltungskosten, weil hiermit stets ein Mangel im vorgenannten Sinne beseitigt würde. Denn darin liegt ein unzutreffender pauschaler Schluss von der Morschheit eines Baums auf die Mangelhaftigkeit der Mietsache (Gartenanlage). Die bloße Tatsache, dass ein Baum morsch oder eine Pflanze abgestorben ist, erfüllt grundsätzlich in Anbetracht des Umstands, dass ein Garten aus einer Vielzahl von Pflanzen besteht und eine konkrete Zusammensetzung an Pflanzen regelmäßig nicht geschuldet ist, nicht aus sich heraus die Tatbestandsvoraussetzungen eines Mangels⁵²¹.

Die für die Fällung eines nicht mehr standfesten Baums entstandenen Kosten sind - entgegen einer oben aufgezeigten Ansicht - auch nicht deshalb als Instandhaltungskosten anzusehen, weil der Vermieter durch die Fällung zugleich seiner Verkehrssicherungspflicht genüge. Denn die Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten ist als rein haftungsrechtlicher Gesichtspunkt kein maßgebendes Kriterium zur Abgrenzung zwischen Instandhaltungs- und Betriebskosten; vielmehr können auch Kosten für Maßnahmen, die zudem der Wahrnehmung einer Verkehrssicherungspflicht des Vermieters dienen, als Betriebskosten umlagefähig sein⁵²².

Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner angenommen, der Einordnung der Baumfällkosten als Betriebskosten stehe nicht entgegen, dass diese nicht im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV "laufend" anfallen.

⁵²⁰ vgl. BGH v. 7.4.2004 - VIII ZR 167/03, NZM 2004, 417 unter II 1 a; BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 Rz. 10, 14; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 62/19, NZM 2020, 457 Rz. 12.

⁵²¹ vgl. zum Mangel der Mietsache BGH v. 5.12.2018 - VIII ZR 271/17, NJW 2019, 507 Rn. 21; BGH v. 29.4.2020 - VIII ZR 31/18, NJW 2020, 2884 Rz. 24.

⁵²² vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 Rz. 12.

Für die Annahme laufender Kosten in vorgenanntem Sinne ist es nicht erforderlich, dass diese jährlich oder in festgelegten Abständen entstehen. Vielmehr reicht auch ein mehrjähriger Turnus aus⁵²³.

Hiernach sind die Kosten für die Fällung eines abgängigen Baums, trotz möglicherweise größerer Zeitintervalle, laufende "Kosten der Gartenpflege".

Denn insoweit ist den Besonderheiten der in § 2 Nr. 10 BetrKV als umlagefähig angesehenen Kosten Rechnung zu tragen. Zu den "Kosten der Gartenpflege" zählen auch solche der "Erneuerung von Pflanzen und Gehölzen", was als Vorstufe regelmäßig das Entfernen der bisherigen Pflanzen und Gehölze voraussetzt. Der Erneuerungsbedarf ist in zeitlicher Hinsicht nicht in dem Maße voraussehbar, wie dies bei anderen Betriebskosten der Fall ist, da es sich bei Pflanzen und Gehölzen um Lebewesen handelt und sie daher nicht ohne Weiteres mit den anderen, auf baulichen und technischen Gegebenheiten beruhenden Betriebskosten vergleichbar sind. Ihre Lebensdauer lässt sich nicht stets sicher vorhersagen. Die Vorschrift des § 2 Nr. 10 BetrKV unterscheidet auch nicht zwischen grundsätzlich kurz- und langlebigen Gehölzen. Damit sind der Entstehung von "Kosten der Gartenpflege" längere, nicht sicher vorherbestimmbare Zeitintervalle immanent.

Unter Beachtung dieser zeitlichen, § 2 Nr. 10 BetrKV immanenten Unwägbarkeiten kann auch nicht angenommen werden, die Umlage von Kosten der Baumfällung widerspreche dem Sinn und Zweck des Betriebskostenrechts, da die Beseitigung des Baums ein für den Mieter so unerwartetes Ereignis darstelle, dass es nicht gerechtfertigt sei, ihn mit derart unvorhergesehenen und regelmäßig hohen Kosten zu belasten⁵²⁴.

Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf abgestellt, der Anfall von Kosten einer Baumfällung sei für den Mieter, der die mit Bäumen versehene Gartenanlage nutzen und damit vom entsprechenden Wohnwert profitieren kann, bei vernünftiger Betrachtung durchaus vorhersehbar. Einem Mieter ist in diesen Fällen auch regelmäßig bewusst, dass dabei - der

⁵²³ vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356 Rz. 15; BGH v. 11.11.2009 - VIII ZR 221/08, NJW 2010, 226 Rz. 14; siehe auch BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 33/15, NJW 2016, 1439 Rz. 15.

⁵²⁴ so aber LG Krefeld v. 17.3.2010 - 2 S 56/09, juris Rz. 37; AG Hamburg-Blankenese, ZMR 2015, 135 (136); AG Berlin-Schöneberg v. 8.10.2009 - 106 C 110/09, juris Rz. 22.

Höhe nach schwankende, nicht unerhebliche - Kosten anfallen können. Dass in Gartenanlagen vorhandene Bäume aus unterschiedlichen Gründen gefällt werden müssen, ist einer solchen Anlage inhärent⁵²⁵.

Auch die Höhe von Betriebskosten ist (allein) kein maßgebendes Kriterium zur Beurteilung der Frage ihrer grundsätzlichen Umlagefähigkeit⁵²⁶.

Das Betriebskostenrecht gewährleistet nicht pauschal den Schutz des Mieters vor im Einzelfall angefallenen hohen Kosten. So ist etwa selbst ein sprunghafter Anstieg einzelner umlagefähiger Kostenpositionen für sich genommen kein Grund, um eine Kostentragungspflicht des Mieters für solche Betriebskosten grundsätzlich auszuschließen. Eine allgemeine Abwägung der Interessen von Mieter und Vermieter gegeneinander findet im Betriebskostenrecht - über den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz hinaus - nicht statt⁵²⁷. Davon abgesehen können auch für das in der Begründung zur Betriebskostenverordnung ausdrücklich erwähnte und umlagefähige "Schneiden und Ausasten"⁵²⁸ der Kronen alter, großer Bäume erhebliche Kosten entstehen, welche im Einzelfall die Kosten einer reinen Fällung übersteigen können.

Dass die Kosten der Fällung eines morschen, nicht mehr standfesten Baums zu den Kosten der Gartenpflege im Sinne des § 2 Nr. 10 BetrKV gehören, steht damit auch im Einklang mit den Verordnungsmaterialien zu dieser Bestimmung.

Ob und unter welchen Umständen der Vermieter gehalten sein kann, die Kosten der Fällung eines Baums nicht in vollem Umfang in das Abrechnungsjahr einzubeziehen, in dem sie anfallen, sondern über mehrere Jahre verteilt umzulegen⁵²⁹, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn es ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass im Streitfall deshalb ein besonderer Ausnahmefall vorliegt, weil die angefallenen Kosten besonders hoch wären und die Klägerin durch die einmalige Umlage dieser Kosten in unbilliger Weise erheblich belastet würde. Vielmehr hat die Klägerin zuletzt weder gegen die Höhe der Kosten noch gegen ihre volle (fristgerechte) Umlage in der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2015 Einwände erhoben.

⁵²⁵ MünchKommBGB/*Zehlein*, 8. Aufl., § 2 BetrKV Rz. 54.

⁵²⁶ BGH v. 10.11.2021 – VIII ZR 107/20, WuM 2022, 40.

⁵²⁷ vgl. MünchKommBGB/*Zehlein*, 8. Aufl., § 556 Rz. 122; sowie § 2 BetrKV Rz. 54; vgl. auch LG München I, ZMR 2021, 116 (118).

⁵²⁸ siehe BR-Drucks. 568/03, S. 32.

⁵²⁹ vgl. BGH v. 11.11.2009 - VIII ZR 221/08, NJW 2010, 226 Rz. 19.

12.2 Kosten des Müllmanagements

Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die von der Beklagten angesetzten Kosten eines externen Dienstleisters für die Kontrolle der Restmüllbehälter der Liegenschaft auf Einhaltung der satzungsmäßigen Vorgaben für die Mülltrennung und für die bei fehlerhafter Abfalltrennung erfolgende Nachsortierung von Hand - von Anfang an - als "Kosten der Müllbeseitigung" wirksam auf die Kläger umgelegt wurden⁵³⁰.

Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 3, § 556 Abs. 1, 4 BGB hat der Mieter Betriebskosten zu tragen, wenn die Parteien eine entsprechende Vereinbarung wirksam getroffen haben. Grundsätzlich genügt dafür - wie hier im Mietvertrag enthalten und soweit es nicht um "sonstige" Betriebskosten im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV geht - eine Verweisung auf die Betriebskostenverordnung⁵³¹.

Der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag sieht über die Bezugnahme auf Anlage 4 des Mietvertrags mit einer beispielhaften Auflistung der umlegbaren Betriebskosten und über die zudem enthaltene allgemeine Verweisung auf "alle Betriebskosten" i.S.v. § 2 BetrKV auch eine Umlage von "Kosten der Müllbeseitigung" auf die Kläger vor (Nr. 1 Buchst. f der Anlage 4 des Mietvertrags; § 2 Nr. 8 BetrKV). Diese wirksam getroffene Umlagevereinbarung umfasst die in Rede stehenden Kosten unabhängig davon, dass diese erstmals längere Zeit nach dem Vertragsschluss angefallen sind.

Zwar sind die Kosten eines externen Dienstleisters für die Kontrolle von Restmüllbehältern auf Einhaltung der Vorgaben für die Mülltrennung und für die bei fehlerhafter Trennung erfolgende Nachsortierung weder unter der lediglich schlagwortartig formulierten Regelung der Nr. 1 Buchst. f der Anlage 4 des Mietvertrags ("Müllbeseitigung" (§ 2 Nr. 8 BetrKV)) noch im Text der in Bezug genommenen Vorschrift der Betriebskostenverordnung ausdrücklich genannt.

Der Tatbestand des § 2 Nr. 8 BetrKV, den Nr. 1 Buchst. f der Anlage 4 des Mietvertrags zudem ausdrücklich zitiert, ist jedoch weit auszulegen und umfasst auch den privat veranlassten Aufwand des Vermieters für auf die Kontrolle und Sortierung der Müllbehälter gerichtete Tätigkeiten eines externen

⁵³⁰ BGH v. 5.10.2022 – VIII ZR 117/21, GE 2022, 1205 = ZMR 2023, 102.

⁵³¹ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 137/15, NZM 2016, 235 Rz. 11; BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 62/19, NZM 2020, 457 Rz. 10; jeweils m.w.N.

Dienstleisters⁵³². Das ergibt sich ohne weiteres daraus, dass der Verordnungsgeber unter § 2 Nr. 8 BetrKV "de(n) gesamte(n) Sachverhalt 'Müllbeseitigung'" erfassen⁵³³ und dessen Umlage auf den Mieter ermöglichen wollte. Zu diesem Zweck hat er den Wortlaut gegenüber der Vorgängerregelung in Nr. 8 der Anlage 3 zur II. Berechnungsverordnung neu gefasst, insbesondere den Begriff "Müllbeseitigung" statt der früheren - engeren - Formulierung "Müllabfuhr" verwendet, die Kosten des Betriebs bestimmter, der eigentlichen Müllabfuhr vorgelagerter technischer Einrichtungen wie Müllkompressoren, Müllschlucker, Müllabsauganlagen und Müllmengenerfassungsanlagen aufgezählt, diese zugleich aber lediglich beispielhaft genannt⁵³⁴.

Die hier in Rede stehenden Maßnahmen zur Verringerung des - besonders kostenintensiven - Restmülls sind dabei vergleichbar mit den in der Vorschrift genannten "Müllkompressoren", welche mittels Verdichtung das Abfallvolumen zur Einsparung von Abfallgebühren reduzieren sollen⁵³⁵. Wie diese und die gleichfalls in § 2 Nr. 8 BetrKV erwähnten "Müllmengenerfassungsanlagen" dienen sie auch der Vorbereitung der Müllbeseitigung⁵³⁶ und sind damit dem - vom Verordnungsgeber so bezeichneten - "Sachverhalt Müllbeseitigung" zuzuordnen.

Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht einen in der Beauftragung eines externen Dienstleisters mit der Kontrolle und gegebenenfalls Nachsortierung des Restmülls liegenden Verstoß der Beklagten gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 556 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2, § 560 Abs. 5 BGB) verneint. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision bleiben ohne Erfolg.

Die Revision geht zwar zutreffend davon aus, dass die Beklagte bei einem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot die durch die Beauftragung des externen Dienstleisters mit der Kontrolle der Restmüllbehälter und mit der Nachsortierung von Hand entstandenen Kosten nicht auf die Kläger umlegen könnte.

⁵³² vgl. auch *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl., H Rz. 76; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 6. Aufl., § 556 Rz. 62a; im Ergebnis auch *Sentek*, NZM 2017, 721 (723).

⁵³³ so ausdrücklich BR-Drucks. 568/03, S. 31.

⁵³⁴ "namentlich"; vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 31.

⁵³⁵ vgl. hierzu *Wall*, Betriebs- und Heizkosten-Kommentar, 5. Aufl., Rz. 3844.

⁵³⁶ vgl. auch *Zehlein*, NZM 2014, 649 (652).

Denn den Vermieter trifft die vertragliche Nebenpflicht, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen. Eine Verletzung dieser Pflicht durch den Vermieter kann zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB führen, der sich auf dessen Freihaltung von den unnötigen Kosten richtet⁵³⁷. Die Darlegungs- und Beweislast für ein in diesem Sinne pflichtwidriges Verhalten des Vermieters trägt der Mieter, der wegen einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots Ansprüche erhebt⁵³⁸.

Das Berufungsgericht, das von diesem rechtlichen Maßstab ausgegangen ist, hat jedoch zu Recht angenommen, dass die Kläger im Streitfall eine diesbezügliche Pflichtverletzung der Beklagten nicht (hinreichend) dargelegt haben⁵³⁹.

Ohne Erfolg beanstandet die Revision insoweit mit der Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe entscheidungserheblichen Sachvortrag der Kläger zur Nichterkennbarkeit einer Kostenersparnis durch das "Behältermanagement" nicht beachtet und sei (nur) deshalb von einem nicht ausreichenden oder unzulässigen Vortrag der Kläger ausgegangen.

Denn die Kläger sind auch an den von der Revision bezeichneten Stellen der Akte mit dem in den Vorinstanzen gehaltenen Tatsachenvortrag ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen. So haben sie in der Klage zu dem Sachverhaltskomplex "Behältermanagement" lediglich Passagen aus ihrem Widerspruchsschreiben gegen die Betriebskostenabrechnung zitiert. Diese Ausführungen haben sich hauptsächlich mit der Instanzrechtsprechung zur Frage einer Umlegbarkeit von Kosten des sogenannten Müllmanagements im Allgemeinen befasst. Konkret auf den Streitfall bezogen war nur die in dem wiedergegebenen Schreiben geäußerte Bitte, die Beklagte möge eine (etwaige) Ersparnis von Müllabfuhrkosten, deren Höhe im Vergleich zu den Kosten des Behältermanagements und die Erforderlichkeit der Beauftragung eines externen Dienstleisters nachvollziehbar darlegen. In ihrer Replik haben die Kläger darauf verwiesen, dass jeglicher Vortrag der Beklagten zu den vorgenannten

⁵³⁷ vgl. BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NZM 2008, 78 Rz. 14; BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NZM 2011, 705 Rz. 13; BGH v. 17.12.2014 - XII ZR 170/13, NZM 2015, 132 Rz. 10 f.

⁵³⁸ vgl. BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NZM 2011, 705 Rz. 16.

⁵³⁹ BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 117/21, GE 2022, 1205 = ZMR 2023, 102.

Umständen fehle, und das Vorliegen von Kosteneinsparungen ausdrücklich bestritten. In der Berufungsbegründung haben sie lediglich pauschal auf ihre erstinstanzlichen Ausführungen und die dort eingereichten Anlagen Bezug genommen. Das genügt zur Darlegung eines Verstoßes der Beklagten gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht.

Soweit die Revision geltend macht, den von den Klägern vorgelegten Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2015 bis 2018 sei zu entnehmen, dass bei gleichbleibenden Kosten für das Behältermanagement die Müllkosten angestiegen seien, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung. Erforderlicher Sachvortrag kann durch die bloße Vorlage von Anlagen nicht ersetzt werden⁵⁴⁰; diesbezüglich gehaltenen Sachvortrag der Kläger zeigt die Revision jedoch nicht auf.

12.3 Wirtschaftlichkeitsgebot beim Müllmanagement

Die Kosten für den Betrieb der chipgesteuerten Müllschleusenanlage als Müllmengenerfassungsanlage und der durch die wiederkehrende Beseitigung von (zu entsorgenden) Beistellungen der Mieter oder Dritter ausgelöste Aufwand sind als Kosten der Müllbeseitigung im Sinne von § 2 Nr. 8 BetrKV dem Grunde nach auf die Kläger umlegbar⁵⁴¹. Auch die Kosten der Nachsortierung des Abfalls werden als der Vorbereitung der Müllbeseitigung dienende Kosten von § 2 Nr. 8 BetrKV umfasst⁵⁴².

Die Kosten für die von der externen Dienstleisterin darüber hinaus vorgenommene Reinigung der Mülltonnenstandplätze sind ebenfalls umlagefähig, wobei dahingestellt bleiben kann, ob es sich hierbei um Kosten nach § 2 Nr. 9 oder Nr. 10 BetrKV handelt⁵⁴³.

Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass die Beklagte als Vermieterin gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 BGB gegenüber den Klägern als ihren Mietern die vertragliche Nebenpflicht trifft, bei Maßnahmen und

⁵⁴⁰ BGH v. 11.4.2013 - VII ZR 44/12, juris Rz. 14; BGH v. 2.10.2018 - VI ZR 213/17, NJW 2019, 1082 Rz. 8; jeweils m.w.N.

⁵⁴¹ vgl. BGH v. 10.2.2016 - VIII ZR 33/15, WuM 2016, 214 Rz. 15; BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 137/09, WuM 2010, 153 Rz. 24.

⁵⁴² vgl. hierzu ausführlich BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 117/21, NJW-RR 2022, 1593 Rz. 28 ff.; vgl. auch *Langenberg/Zehlein*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 10. Aufl., Teil H Rz. 76; *Wall*, Betriebs- und Heizkosten-Kommentar, 5. Aufl., Rz. 3879.

⁵⁴³ BGH v. 25.1.2023 - VIII ZR 230/21, GE 2023, 237.

Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der von diesen zu tragenden Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen⁵⁴⁴, und dass die Verletzung dieser Pflicht durch den Vermieter zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB führen kann, der auf Rückzahlung der unnötigen Kosten beziehungsweise auf Freihaltung von diesen gerichtet ist⁵⁴⁵.

Das Berufungsgericht hat jedoch die für eine Verletzung dieser Pflicht notwendigen Feststellungen nicht getroffen, weil es sowohl den Inhalt dieser Pflicht als auch die diesbezügliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verkannt hat⁵⁴⁶.

Die Beurteilung der Frage, ob die Beklagte gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen hat, ist zwar das Ergebnis einer tatrichterlichen Würdigung, die in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des Gebots der Wirtschaftlichkeit verkannt, wesentliche Umstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder Verfahrensfehler begangen hat⁵⁴⁷ ().

Solche Fehler liegen hier indes vor⁵⁴⁸.

Das Berufungsgericht hat bereits im Ausgangspunkt verkannt, dass eine mögliche Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch die Beklagte nicht in der "Entscheidung für das Müllmanagementsystem" - mithin nicht in dem Abschluss des Vertrags mit der externen Dienstleisterin - liegt. Wurde ein die Betriebskosten auslösender Dienstleistungsvertrag - wie hier - bereits vor Abschluss des Wohnraummietvertrags geschlossen, kann eine mögliche Nebenpflichtverletzung des Vermieters schon wegen einer zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestehenden mietvertraglichen Rücksichtnahmepflicht nicht in der Eingehung dieser Verbindlichkeit gesehen werden. Vielmehr kommt eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots nur in Betracht, soweit dem Vermieter

⁵⁴⁴ Sog. Wirtschaftlichkeitsgrundsatz; vgl. BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14; BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NJW 2011, 3028 Rz. 13; BGH v. 17.12.2014 - XII ZR 170/13, NJW 2015, 855 Rz. 10; BGH v. 27.10.2021 - VIII ZR 114/21, NJW-RR 2022, 157 Rz. 30.

⁵⁴⁵ BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 117/21, NJW-RR 2022, 1593 Rz. 36 m.w.N.

⁵⁴⁶ BGH v. 25.1.2023 - VIII ZR 230/21, GE 2023, 237.

⁵⁴⁷ vgl. BGH v. 20.4.2010 - VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rz. 5 mwN

⁵⁴⁸ BGH v. 25.1.2023 - VIII ZR 230/21, GE 2023, 237.

- im Falle eines nicht angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnisses - eine Korrektur der zu überhöhten Kosten führenden Maßnahme während des Mietverhältnisses - beispielsweise durch Kündigung eines Vertrags mit ungünstigen Bedingungen - möglich und wirtschaftlich zumutbar gewesen wäre und er diese Möglichkeit nicht ergriffen hat⁵⁴⁹.

Nach diesen Maßstäben kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht angenommen werden⁵⁵⁰.

Das Berufungsgericht hat bereits die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen dazu, ob die Beklagte nach Abschluss der Mietverträge mit den Klägern die Möglichkeit gehabt hätte, den mit der Dienstleisterin geschlossenen Vertrag - einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot bei der Abwägung zwischen den Kosten und dem Nutzen dieses Vertrags unterstellt - zu kündigen oder abzuändern, nicht getroffen. Es hat sich den Blick hierauf zum einen schon durch die unzutreffende Annahme verstellt, die Pflichtverletzung der Beklagten sei in der "Entscheidung" für das Müllmanagement zu sehen, und zum anderen, indem es rechtfehlerhaft angenommen hat, die Beklagte sei für das Fortbestehen eines "ordnungsgemäßen Kostengrunds" hinsichtlich des hier in Rede stehenden Müllmanagementsystems der externen Dienstleisterin darlegungs- und beweisbelastet (hierzu im Einzelnen nachfolgend unter (c)) und habe einen hinreichend substantiierten Vortrag insoweit nicht gehalten.

Unabhängig davon rechtfertigen die von dem Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen auch nicht die Annahme, die Beklagte habe als Vermieterin nicht hinreichend auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis bei den hier in Rede stehenden Betriebskosten Rücksicht genommen.

Die Unwirtschaftlichkeit des Betriebs der Müllmengenerfassungsanlage durch die externe Dienstleisterin kann nicht allein deshalb bejaht werden, weil das dem Gesamtkomplex durch die Abfallentsorgungssatzung zugewiesene wöchentliche Mindestrestmüllvolumen bislang nicht ausgeschöpft worden ist, gleichwohl jedoch von der externen Dienstleisterin ein Müllmanagement durchgeführt wird und von den für die Abfallentsorgung abgerechneten Kosten

⁵⁴⁹ vgl. BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 15; *Milger*, NZM 2008, 1 (9).

⁵⁵⁰ BGH v. 25.1.2023 - VIII ZR 230/21, GE 2023, 237.

im Abrechnungszeitraum 2016 rund 30 % auf die Kosten für die Tätigkeit der externen Dienstleisterin entfielen.

Zwar ist das Wirtschaftlichkeitsgebot wegen der erheblichen Müllbeseitigungskosten in der gegebenen Fallgestaltung besonders zu beachten⁵⁵¹. Eine verbrauchs- und verursachungsabhängige Abrechnung schafft jedoch - wie sich aus den Materialien zur Betriebskostenverordnung ergibt - im Grundsatz mehr Abrechnungsgerechtigkeit und fördert auch auf Mieterseite den kostenbewussten Umgang mit Müll⁵⁵². Das gilt im Falle eines auch an den individuellen Verbrauch je Wohneinheit anknüpfenden Umlageschlüssels - wie hier - selbst dann, wenn das Mindestrestmüllvolumen nicht ausgeschöpft ist. Somit lässt allein der Umstand, dass die Kosten der externen Dienstleisterin 30 % der Gesamtentsorgungskosten bildeten, nicht erkennen, dass mit den im Gegenzug erbrachten Dienstleistungen ein wirtschaftlicher Vorteil für die Mieter nicht verbunden wäre.

Auch bezüglich der Nachsortierungsarbeiten lässt sich allein mit der Begründung des Berufungsgerichts, eine Kostenersparnis sei durch die Nachsortierung des eingeworfenen Abfalls zur Reduzierung des anfallenden kostenpflichtigen Restmülls nicht zu erreichen, wenn die Mindestmüllvolumina des abzunehmenden Restmülls nicht ausgeschöpft würden, ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis nicht verneinen.

Die Revision macht unter Bezugnahme auf das Urteil des Senats vom 6. April 2016⁵⁵³ zu Recht geltend, dass das Nachsortieren im Zusammenhang mit dem Mindestrestmüllvolumen auch der Vorbeugung und Verhinderung von - hier sogar bußgeldbewehrten (§ 26 Abs. 1 Nr. 3 der Abfallentsorgungssatzung der Landeshauptstadt Düsseldorf⁵⁵⁴) - Fehlbefüllungen der Abfallbehälter dient.

Auch die Umlage der für die Reinigung der Mülltonnenstandplätze anfallenden Kosten auf den Mieter ist unter dem Gesichtspunkt des Wirtschaftlichkeitsgebots aus Rechtsgründen grundsätzlich nicht zu beanstanden⁵⁵⁵. Allein aus dem von dem Berufungsgericht herangezogenen

⁵⁵¹ vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 32.

⁵⁵² vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 31.

⁵⁵³ BGH v. 6.4.2016 - VIII ZR 78/15, NJW-RR 2016, 713 Rn. 19 f. [zur Wahl eines Verteilerschlüssels gemäß § 556a BGB].

⁵⁵⁴ Ddf. Amtsbl. Nr. 13 vom 1. April 2000.

⁵⁵⁵ BGH v. 25.1.2023 - VIII ZR 230/21, GE 2023, 237.

Umstand, dass das Mindestrestmüllvolumen hier nicht ausgeschöpft worden ist, ergibt sich nichts Anderes. Das Berufungsgericht hat zudem offenbar auch in diesem Zusammenhang die Darlegungs- und Beweislast verkannt, indem es von der Beklagten einen konkreten Vortrag zum Vorliegen eines tatsächlichen Reinigungsbedarfs durch eine externe Dienstleisterin verlangt hat.

Das Berufungsgericht ist bei seinen Erwägungen zum Wirtschaftlichkeitsgebot zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Mieter, der wegen der Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots Ansprüche geltend macht, für ein in diesem Sinne pflichtwidriges Verhalten des Vermieters die Darlegungs- und Beweislast trägt. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht indes angenommen, etwas Anderes gelte hinsichtlich des von ihm so bezeichneten "Kostengrunds", mithin hinsichtlich der von dem Berufungsgericht unter den hier gegebenen Umständen als der Sache nach mit keinerlei ersichtlichen Nutzen für den Mieter verbunden erachteten Durchführung des Müllmanagements. Denn es hat von der Beklagten substantiierten Vortrag hinreichender tatsächlicher Umstände verlangt, aus denen sich ergebe, dass sie auch insoweit das Wirtschaftlichkeitsgebot hinreichend beachtet habe⁵⁵⁶.

Bei der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots handelt es sich um eine vertragliche Nebenpflicht des Vermieters⁵⁵⁷. Aus dieser Einordnung folgt nach allgemeinen Grundsätzen, dass der Mieter, der wegen einer solchen Pflichtverletzung Ansprüche erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für ein pflichtwidriges Verhalten des Vermieters trägt⁵⁵⁸.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht gemeint, dieser Grundsatz gelte allein für die Kostenhöhe, nicht indes für den von ihm so bezeichneten "Kostengrund"⁵⁵⁹. Zwar mag es sachgerecht sein, bei der Prüfung des Vorliegens eines angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnisses zunächst in den Blick zu nehmen, ob die konkrete Maßnahme überhaupt einen Nutzen für den Mieter hat und nicht etwa "überflüssig"⁵⁶⁰ ist, und bejahendenfalls im Anschluss hieran eine Prüfung der Angemessenheit der Höhe der konkreten Kosten vorzunehmen. Dies ändert

⁵⁵⁶ BGH v. 25.1.2023 – VIII ZR 230/21, GE 2023, 237.

⁵⁵⁷ so bereits BGH v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440 Rz. 14.

⁵⁵⁸ BGH v. 6.7.2011 - VIII ZR 340/10, NJW 2011, 3028 Rz. 16; BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 117/21, NJW-RR 2022, 1593 Rz. 36; vgl. bereits BGH v. 31.5.1978 - VIII ZR 263/76, NJW 1978, 2197 unter 3 a; siehe auch *Milger*, NZM 2012, 657 (662).

⁵⁵⁹ BGH v. 25.1.2023 – VIII ZR 230/21, GE 2023, 237.

⁵⁶⁰ vgl. hierzu *Milger*, NZM 2012, 657 (662).

indes nichts daran, dass der Mieter seinen Anspruch auf eine - einheitlich zu betrachtende - Pflichtverletzung stützt, für deren Vorliegen er insgesamt die Darlegungs- und Beweislast trägt. Genau dies - und nicht etwa, wie das Berufungsgericht gemeint hat, das Gegenteil - ergibt sich aus dem allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz, wonach jede Partei die für sie günstigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat.

12.4 Kosten der Wartung von Rauchwarnmeldern

Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Kosten für die jährliche Sicht- und Funktionsprüfung der Rauchwarnmelder - anders als diejenigen der Anmietung⁵⁶¹ - als Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung einzuordnen sind⁵⁶².

Wie der VIII. Senat bereits für die Kosten der Revision einer Elektroanlage entschieden hat, ist eine regelmäßig anfallende, nicht durch eine bereits aufgetretene Störung veranlasste Maßnahme, die der Überprüfung der Funktionsfähigkeit und Betriebssicherheit einer technischen Einrichtung des Mietobjekts dient, keine Mangelbeseitigung und sind die hierdurch verursachten wiederkehrenden Kosten deshalb als sonstige - grundsätzlich umlegbare - Betriebskosten im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV anzusehen⁵⁶³.

Entsprechendes gilt für die Kosten, die bei dem Eigentümer eines vermieteten Objekts für die regelmäßige Prüfung und Sicherstellung der Betriebsbereitschaft von in den Mieträumen angebrachten Rauchwarnmeldern wiederkehrend anfallen⁵⁶⁴.

Der vom Berufungsgericht herangezogenen Vorschrift des § 48 Abs. 4 Satz 4 BauO Bln lässt sich ein für die Einordnung der Wartungskosten als Betriebskosten maßgeblicher Wertungsgesichtspunkt nicht entnehmen. Soweit danach die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft der Rauchwarnmelder den

⁵⁶¹ siehe hierzu BGH v. 11.5.2022 - VIII ZR 379/20, NJW-RR 2022, 877 Rz. 27 ff.

⁵⁶² so auch AG Lübeck, NZM 2008, 929 f.; LG Magdeburg, NZM 2012, 305; LG Hagen, ZMR 2016, 701; LG München I, ZMR 2021, 489, 490; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 6. Aufl., § 556 Rz. 100; *Schumacher*, NZM 2005, 641 (642) f.; *Fritsch*, ZMR 2016, 925 (927); *Riecke*, WuM 2021, 10 (14) m.w.N.

⁵⁶³ vgl. BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NZM 2007, 282 Rz. 11 ff.; siehe auch BGH vom 18.12.2019 - VIII ZR 62/19, NZM 2020, 457 Rn. 18 f. [für Maßnahmen der Kontrolle und Überwachung durch einen Hauswart].

⁵⁶⁴ BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 117/21, GE 2022, 1205 = ZMR 2023, 102.

Mietern oder sonstigen Nutzungsberechtigten obliegt, es sei denn, der Eigentümer übernimmt diese Verpflichtung selbst, betrifft dies allein das bauordnungsrechtliche Verhältnis zwischen der Behörde und dem hinsichtlich der Wartung öffentlich-rechtlichen Verpflichteten. Dafür, dass § 48 Abs. 4 Satz 4 BauO Bln eine Bestimmung zur zivilrechtlichen Zuständigkeit des Vermieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB im Verhältnis zum Mieter und zu den beiderseitigen Rechten und Pflichten bezogen auf die Wartung von Rauchwarnmeldern treffen sollte, gibt es keinen Anhaltspunkt⁵⁶⁵.

Eine andere Bewertung, insbesondere eine Zuordnung zu den nicht auf den Mieter umlegbaren Verwaltungskosten i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV, ist nicht deshalb geboten, weil die Beklagte mit der Wartung der Rauchwarnmelder zugleich Vorsorge im eigenen Interesse - zur Erfüllung einer eigenen Verkehrssicherungspflicht als Gebäudeeigentümerin und damit zur Vermeidung einer Inanspruchnahme auf Schadensersatz - betreibt⁵⁶⁶. Denn die Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten ist als rein haftungsrechtlicher Gesichtspunkt kein maßgebendes Kriterium zur Abgrenzung zwischen Instandhaltungs- und Betriebskosten; vielmehr können auch Kosten für Maßnahmen, die zudem der Wahrnehmung einer Verkehrssicherungspflicht des Vermieters dienen, als Betriebskosten umlagefähig sein⁵⁶⁷. Das gilt in gleicher Weise für die Abgrenzung zu den in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV genannten Verwaltungskosten⁵⁶⁸.

Die Annahme des Berufungsgerichts, eine Umlagefähigkeit dieser Kosten ergebe sich im Streitfall aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung, ist zwar rechtsfehlerhaft. Dies wirkt sich jedoch im Ergebnis nicht aus, weil die Parteien die Kosten jedenfalls mit der vertraglichen Vereinbarung in Nr. 1 Buchst. o der Anlage 4 des Mietvertrags wirksam auf die Kläger umgelegt haben.

⁵⁶⁵ so im Ergebnis auch *Langenberg/Zehlein*, Betriebs- und Heizkostenrecht, 10. Aufl., Teil A Rz. 308 m.w.N.; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 6. Aufl., § 556 Rz. 100; *Zehlein*, WuM 2016, 400 (407); *Serwe*, ZMR 2019, 6, 9; *Fritsch*, ZMR 2016, 925 (927); siehe auch BGH v. 7.12.2018 - V ZR 273/17, NZM 2019, 214 Rz. 10 [kein Eingriff in Aufgabenverteilung bei der Wohnungseigentümergeinschaft]; a.A. *Wall*, WuM 2013, 3 (21); *ders.*, WuM 2016, 482 (483); offen *Cramer*, ZMR 2016, 505 (506 f.).

⁵⁶⁶ so aber auch AG Dortmund, WuM 2017, 203 (204); AG Gelsenkirchen, WuM 2022, 158.

⁵⁶⁷ BGH v. 10.11.2021 - VIII ZR 107/20, NZM 2022, 175 Rz. 25; vgl. auch BGH v. 14.2.2007 - VIII ZR 123/06, NZM 2007, 282 Rz. 12; *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl., Teil A Rz. 256.

⁵⁶⁸ vgl. BGH v. 18.12.2019 - VIII ZR 62/19, NZM 2020, 457 Rz. 18 ff. [für die Kontrolle und Überwachung durch einen Hauswart].

Die von den Parteien in Nr. 1 Buchst. o der Anlage 4 des Mietvertrags vereinbarte Regelung zur Umlage der Kosten des Betriebs von Brandschutz- und Brandmeldeanlagen ermöglicht auch die Umlage der Wartungskosten für Rauchwarnmelder auf die Kläger, so dass sich die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis als richtig erweist.

Ob der Vermieter nachträglich entstandene "sonstige Betriebskosten" im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV - wie hier die Wartungskosten für die Rauchwarnmelder - aufgrund einer - der Regelung in Nr. 2 Abs. 2.3 Satz 1 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Beklagten (AVB) entsprechenden - Neukostenklausel auf den Mieter umlegen kann, ist umstritten⁵⁶⁹. Der VIII. Senat hat diese Frage bislang noch nicht entschieden; sie bedarf auch vorliegend keiner Entscheidung⁵⁷⁰.

Denn die Parteien haben in Nr. 1 Buchst. o der Anlage 4 des Mietvertrags die Umlage der Kosten des Betriebs von Brandschutz- und Brandmeldeanlagen vereinbart, welche auch die nach Mietvertragsschluss neu entstandenen Kosten für die Wartung der Rauchwarnmelder umfassen.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen⁵⁷¹. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind unabhängig von der Gestaltung des Einzelfalls sowie dem Willen und den Belangen der jeweils konkreten Vertragspartner nach ihrem typischen Sinn auszulegen. Ansatzpunkt für die bei einer

⁵⁶⁹ vgl. im Hinblick auf Rauchwarnmelder bejahend etwa *Zehelein*, WuM 2016, 400 (410); LG München I, ZMR 2021, 489 (491 f.); allgemein *Blank*, NZM 2007, 233 (234); *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl., Teil C Rn. 56; *Zehelein*, WuM 2016, 400 (403); wohl auch *Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556 BGB Rz. 71; dagegen *Beyer* [unter Verweis auf das Transparenzgebot], GE 2007, 950 (955 f.); *Wall*, WuM 2013, 3 (21); *ders.*, Betriebs- und Heizkosten-Kommentar, 5. Aufl., Rz. 1575; *Sentek*, NZM 2017, 721 (728); *Staudinger/Artz*, Neubearb. 2021, § 560 BGB Rz. 12b; *BeckOGK/Drager*, Stand: 1. Juli 2021, § 556 BGB Rz. 45.

⁵⁷⁰ BGH v. 5.10.2022 – VIII ZR 117/21, GE 2022, 1205 = ZMR 2023, 102.

⁵⁷¹ st. Rspr.; vgl. nur BGH v. 27.5.2020 - VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 Rz. 119; BGH v. 10.6.2020 - VIII ZR 289/19, WPM 2020, 1840 Rz. 26; jeweils m.w.N.

Formularklausel gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut⁵⁷².

Nach dem vorstehend aufgeführten Maßstab ist die Regelung in Nr. 1 Buchst. o der Anlage 4 des Mietvertrags dahin auszulegen, dass die vertragliche Vereinbarung zur Umlage der Kosten des Betriebs von Brandschutz- und Brandmeldeanlagen auch die Kosten der regelmäßigen Wartung von Rauchwarnmeldern umfasst⁵⁷³.

Bei diesen Geräten handelt es sich nach dem Verständnis eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Mieters um technische Einrichtungen der in Nr. 1 Buchst. o der Anlage 4 des Mietvertrags im Einzelnen aufgeführten Art, nämlich um Einrichtungen zum Schutz der Hausbewohner vor den Gefahren eines Brands im Mietobjekt. Darauf, ob Rauchwarnmelder im fachspezifischen Sinn Teil einer Brandschutz- oder Brandmeldeanlage sind, kommt es nicht an.

Der Umstand, dass Nr. 1 Buchst. o der Anlage 4 des Mietvertrags von den Kosten des "Betriebs" und nicht ausdrücklich von den Kosten der "Wartung" spricht, steht einem auch diese Kosten umfassenden Verständnis eines redlichen und verständigen Mieters nicht entgegen. Denn der "Betrieb einer Brandschutz- und -meldeanlage" umfasst auch deren notwendige regelmäßige Überprüfung auf ihre Betriebsfähigkeit, mithin deren Wartung (vgl. in diesem Sinne auch die Regelungen in § 2 Nr. 4 Buchst. a BetrKV für die zentrale Heizungsanlage, in § 2 Nr. 7 BetrKV für den Personen- und Lastenaufzug, in § 2 Nr. 15 Buchst. a BetrKV für die Gemeinschaftsantennenanlage oder in § 2 Nr. 16 BetrKV für Einrichtungen für die Wäschepflege). Derartige Kosten für eine regelmäßige Prüfung der Betriebsbereitschaft und -sicherheit können auch nach dem Verständnis eines nicht juristisch vorgebildeten Mieters bei den in Nr. 1 Buchst. o der Anlage 4 des Mietvertrags aufgeführten Brandschutz- und Brandmeldeanlagen anfallen.

⁵⁷² st. Rspr.; siehe nur BGH v. 17.4.2013 - VIII ZR 225/12, NZM 2013, 435 Rz. 9; BGH v. 10.6.2020 - VIII ZR 289/19, WPM 2020, 1840 Rz. 29; jeweils m.w.N.

⁵⁷³ BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 117/21, GE 2022, 1205 = ZMR 2023, 102.

12.5 Kosten der Miete von Rauchwarnmeldern

Bei den Kosten der Miete der Rauchmelder handelt es sich nicht um umlagefähige Betriebskosten⁵⁷⁴.

Betriebskosten sind - wie in § 1 BetrKV definiert - die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum an dem Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Neben den gemäß § 1 Abs. 2 BetrKV ausdrücklich ausgenommenen Instandsetzungs-, Instandhaltungs- und Verwaltungskosten gehören auch etwaige Kapital- und Finanzierungskosten für die Anschaffung von Betriebsmitteln grundsätzlich nicht zu den umlagefähigen Betriebskosten⁵⁷⁵.

Aufwendungen, die nicht unter den in § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV enthaltenen Betriebskostenkatalog fallen, können als "sonstige Betriebskosten" (§ 2 Nr. 17 BetrKV) umlagefähig sein. Die Regelung in § 2 Nr. 17 BetrKV ist als Auffangtatbestand konzipiert und erfasst Aufwendungen des Vermieters, die der allgemeinen Definition in § 1 BetrKV entsprechen, aber entweder wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung nicht in den Katalog des § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV aufgenommen wurden oder dort nicht genannt werden konnten, weil sie aufgrund neuartiger technischer Entwicklungen zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung noch nicht absehbar waren und erst später entstanden sind⁵⁷⁶. Instandsetzungs-, Instandhaltungs- und Verwaltungskosten sowie Erwerbskosten sind - entsprechend der allgemeinen Definition für Betriebskosten - auch nach § 2 Nr. 17 BetrKV grundsätzlich nicht umlagefähig⁵⁷⁷. Sonstige Betriebskosten müssen nach Art, Umfang, Sinn und Zweck mit den in § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV im Einzelnen aufgeführten Betriebskosten vergleichbar sein⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ BGH v. 11.5.2022 - VIII ZR 379/20, NJW-RR 2022, 877 Rz. 27 ff.

⁵⁷⁵ vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 29.

⁵⁷⁶ vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 34.

⁵⁷⁷ vgl. *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., A Rz. 250; *Wall*, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rz. 2985 f., 4703. (

⁵⁷⁸ *Wall*, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rz. 4700; *MünchKomm/Zehlelein*, 8. Aufl., § 2 BetrKV Rz. 78; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., A Rz. 248; vgl. auch *Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556 BGB Rz. 298 a.E.

Gemessen daran handelt es sich bei den - in § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV nicht aufgeführten - Kosten für die Miete von Rauchwarnmeldern nicht um umlagefähige Betriebskosten im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV⁵⁷⁹.

Zwar ist der Klägerin dieser Aufwand - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - erst infolge neuerer technischer und damit einhergehender rechtlicher Entwicklungen (hier: Pflicht zur Ausstattung von Wohnungen mit Rauchwarnmeldern gemäß der ab dem 1. April 2013 geltenden Regelung des § 49 Abs. 7 BauO NRW; seit dem 1. Januar 2019 durch § 47 Abs. 3 BauO NRW abgelöst) entstanden. Ihrem Wesen nach sind diese Kosten indes nicht als umlagefähige Betriebskosten einzustufen⁵⁸⁰.

Kosten für die Miete von Rauchwarnmeldern fallen ausschließlich dann an, wenn der Vermieter sich - was allein in seiner Entscheidungsmacht steht - dazu entschließt, die in der Mietwohnung zu installierenden Rauchwarnmelder nicht zu Eigentum zu erwerben, sondern sie stattdessen anzumieten. Wie oben aufgezeigt, wären die Kosten für den Erwerb von Rauchwarnmeldern - selbst wenn sie infolge einer Fremdfinanzierung nicht nur einmalig, sondern periodisch und deshalb möglicherweise laufend im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV anfielen - nicht umlagefähig.

Es ließe sich mit dem oben aufgezeigten in den Gesetzesmaterialien eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen des Verordnungsgebers, dass Kosten für die Anschaffung von Betriebsmitteln grundsätzlich nicht zu den umlagefähigen Betriebskosten gehören⁵⁸¹, nicht vereinbaren, wenn man die - vom Vermieter anstatt eines Erwerbs gewählte - Miete von Rauchwarnmeldern demgegenüber als umlagefähige (sonstige) Betriebskosten einordnete. Denn das bedeutete im Ergebnis, dass dem Vermieter ein Weg eröffnet würde, auf einfache Weise - nicht nur im Fall der Ausstattung einer Wohnung mit Rauchwarnmeldern, sondern auch in anderen Fällen, in denen er das Mietobjekt mit bestimmten

⁵⁷⁹ BGH v. 11.5.2022 - VIII ZR 379/20, NJW-RR 2022, 877.

⁵⁸⁰ so etwa - jedenfalls im Ergebnis - auch: LG Hagen, ZMR 2016, 701; LG Düsseldorf, ZMR 2020, 650, 651; LG Berlin, WuM 2021, 367; *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., A Rz. 37, 309; *Wall*, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rz. 4778 f.; *MünchKomm/Zehelein*, 8. Aufl., § 2 BetrKV Rn. 79; *Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter*, Mietrecht, 15. Aufl., § 556 BGB Rz. 304; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 100; *BeckOGK/Drager*, Stand: 1. Juli 2021, § 556 BGB Rz. 67.1; a.A. etwa LG Magdeburg, NJW 2012, 544 (545); AG Hamburg-Altona, ZMR 2014, 801 (802); *Pistorius*, ZMR 2011, 934.

⁵⁸¹ vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 29.

Einrichtungen zu versehen hätte - die im Grundsatz ihm zugewiesene Belastung mit Anschaffungskosten zu umgehen, indem er die allein ihm obliegende wirtschaftliche Entscheidung zugunsten einer Miete anstatt eines Kaufs des fraglichen Betriebsmittels trafe.

Dieser Sichtweise steht nicht entgegen, dass der Betriebskostenkatalog des § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV vereinzelt die "Kosten der Anmietung" bestimmter Geräte beziehungsweise das "Nutzungsentgelt" hierfür aufführt (in Nr. 2: Wasserzähler; in Nr. 4 Buchst. a, Nr. 5 Buchst. a, Nr. 6 Buchst. a: Ausstattung zur Verbrauchserfassung; in Nr. 15 Buchst. a und b: nicht zum Gebäude gehörende Antennenanlage) und somit deren Umlage erlaubt.

Hierbei handelt es sich - ebenso wie bei den an verschiedenen Stellen in § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV aufgeführten Kosten, die definitionsgemäß (nicht umlegbare) Verwaltungskosten darstellen (etwa in Nr. 2: Kosten der Berechnung und Aufteilung der Wasserkosten bei Einzelwasserzählern; in Nr. 4 Buchst. a und Nr. 5 Buchst. a: Kosten der verbrauchsabhängigen Abrechnung von Warmwasserkosten; in Nr. 8: Kosten der Berechnung und Aufteilung von Müllbeseitigungskosten) - um Umlagetatbestände, die der Ordnungsgeber ausdrücklich zugelassen hat, obwohl sie die allgemeingültigen (Abgrenzungs-)Kriterien für Betriebskosten für sich allein betrachtet nicht erfüllen. Es geht dabei folglich um aus bestimmten Gründen - sei es als Anstoß zur Verwendung verbesserter Ausstattungen oder um der technischen Fortentwicklung bestimmter Geräte und Anlagen Rechnung zu tragen⁵⁸² - gesetzlich vorgesehene Ausnahmefälle. Dieser Ausnahmecharakter verbietet es, auch andere als die ausdrücklich in der Aufzählung des § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV enthaltenen Kostenpositionen nach § 2 Nr. 17 BetrKV als umlagefähig zu behandeln, die gemessen an den allgemeinen Kriterien keine umlagefähigen Betriebskosten darstellen.

Für ein solches Verständnis spricht zudem, dass der Gesetzgeber mit dem ausdrücklichen Verweis in § 2 Nr. 17 BetrKV auf § 1 BetrKV zu erkennen gegeben hat, dass die Einordnung als sonstige Betriebskosten generell das Vorliegen der abstrakten Merkmale von Betriebskosten einschließlich der hierfür

⁵⁸² vgl. BGH v. 28.9.2011 - VIII ZR 326/10, NJW 2011, 3514 Rz. 20; BR-Drucks. 483/83, S. 33 [zu den Kosten der Miete von Verbrauchserfassungsgeräten gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 HeizkostenV]; Wall, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rz. 4503 zum Nutzungsentgelt für Antennenanlagen.

geltenden Abgrenzungskriterien voraussetzt. Die Vergleichbarkeit der fraglichen Kosten mit den in § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV angeführten Kostenpositionen ist demnach als ein zusätzliches - und nicht etwa als ein (in Einzelfällen) alternatives - Merkmal der sonstigen Betriebskosten zu begreifen.

12.6 Einzelne Darstellung sonstiger Betriebskosten

Den erforderlichen engen Zusammenhang zwischen einzelnen Kostenarten hat der BGH zwar grundsätzlich bei einzelnen Ziffern des Betriebskostenkatalogs bejaht⁵⁸³. Ein solch enger Zusammenhang liegt jedoch nicht vor, wenn im Mietvertrag die Umlage diverser Kosten als "sonstige Betriebskosten" vereinbart ist - wie hier etwa die Kosten der Trinkwasseruntersuchung, der Dachrinnenreinigung und diverse Wartungskosten - und diese in einer Position abgerechnet werden. Insoweit bedarf es einer - gegebenenfalls auch in einer Anlage oder Erläuterung zur Abrechnung - abschließenden Angabe der unter der Position "sonstige Nebenkosten" abgerechneten Kostenarten sowie einer Aufschlüsselung, welche Beträge für die jeweilige Kostenart angefallen sind. Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Erst recht wäre es insoweit auch nicht genügend, wenn eine Betriebskostenabrechnung allein die Bezeichnung "sonstige Betriebskosten" verwendete⁵⁸⁴.

12.7 Kosten der Instandsetzung (Gewerberaum)

Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Rückzahlung der für die Wartung der Gemeinschaftsanlagen gezahlten Umlagen in Höhe von 10.836,36 €. Die Umlage ist unwirksam⁵⁸⁵.

Wartungskosten können auch in Geschäftsraummietverträgen formularvertraglich nicht ohne Kostenobergrenze wirksam umgelegt werden. Der BGH hat Klauseln, mit denen „Kosten der Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen“⁵⁸⁶ bzw. „Kosten der Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebs“ ohne Kostenobergrenze für unwirksam erklärt⁵⁸⁷. Trotzdem wird vielfach die

⁵⁸³ BGH v. 16.9.2009 - VIII ZR 346/08, WuM 2009, 669.

⁵⁸⁴ Wall, Betriebs- und Heizkosten-Kommentar, 5. Aufl., Rz. 1739, 4717; Schmid, NZM 2010, 264 (265); a. A.: Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H Rn. 137.

⁵⁸⁵ OLG Brandenburg v. 5.4.2022 – 3 U 144/20, GE 2022, 1210.

⁵⁸⁶ BGH, NZM 2014, 830 Rz. 23.

⁵⁸⁷ BGH, NJW 2013, 41 Rz. 22.

Auffassung vertreten, in Geschäftsraummietverträgen könne der Mieter formularvertraglich zur Wartung mitvermieteter Anlagen und Einrichtungen ohne Kostenobergrenze und ohne nähere Auflistung der einzelnen Kosten verpflichtet werden⁵⁸⁸.

Soweit die Beklagte argumentiert, der BGH habe nicht über eine Klausel entschieden, die allein die Wartungskosten betreffe, so dass die vorgenannten Entscheidungen auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar seien, überzeugt dies nicht. Hielte der BGH bei der formularmäßigen Umlage allein von Wartungskosten eine Kostengrenze nicht für erforderlich, hätte ein entsprechender Hinweis in den genannten Urteilen nahegelegen.

Auch nach ihrem Sinn und Zweck ist eine Kostenobergrenze für Wartungskosten zu fordern. Entgegen der Ansicht der Beklagten sind Wartungskosten nicht stets klar eingrenzbar und kalkulierbar, auch wenn sie nicht die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel, bereits vorhandener Abnutzungen und von Dritten verursachter Schäden durch Reparatur und Erneuerung in unabsehbarer Höhe beinhalten. Jedenfalls in einem Fall wie hier, in dem Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Wartungskosten überbürdet werden und sich die Wartung auf komplexe Anlagen wie Lüftung, Rauch- und Wärmeabzug, Klima/Kühlung, Wassersystem, Einbruchüberwachung, Gebäudetechnik, Kommunikation, Feuerschutz, Personenaufzüge, Fahrtreppen, Eingangs- und Türanlagen, Kundenzähl- und Werbeanlagen erstreckt, ist eine Kostenobergrenze erforderlich, zumal die Wartung in der Vertragsklausel nicht näher spezifiziert wird⁵⁸⁹. Im Übrigen ist das Argument der Kalkulierbarkeit als Rechtfertigung für eine Leitbildabweichung und Intransparenz ohnehin fraglich⁵⁹⁰.

Für die Wartungskosten sehen die vorliegenden vereinbarten AM 2008 keine Kostenobergrenze vor. Denn die Wartungskosten werden von der Klausel in § 5 Abs. 6 AMB 2008 nicht erfasst. Diese lautet: „An den Kosten für Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen gemäß dieser Ziffer (1)

⁵⁸⁸ OLG Frankfurt, Urteil vom 16.10.2015 - 2 U 216/14, NZM 2016, 264, Rn. 20 ff., Bub/Treier Handbuch des Mietrechts, Kapitel II. Rz. 1385; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete, Kapitel 11. Rn. 35; a. A. MüKO/Häublein, 8. Aufl., § 535 BGB Rn. 131 ff.

⁵⁸⁹ so schon BGH v. 22.12.2015 - 3 U 117/10, Rz. 26, BeckRS 2015, 1232; BeckOK/Specht, 26. Ed., Stand: 01.11.2021, § 535 BGB Rz. 4443.

⁵⁹⁰ vgl. MüKo/Häublein, 8. Aufl., § 535 BGB Rn. 133.

beteiligt sich der Mieter innerhalb der ... Abrechnungsperiode [d.i. vom 01.01. bis 31.12. d.J.] nur bis zu einer Höhe von 10 % seiner Nett Jahresmiete zuzüglich Umsatzsteuer ...“.

Wartungskosten sind entgegen der Auffassung des Landgerichts Frankfurt (Oder) - Urteil vom 13.08.2020 - 31 O 69/19⁵⁹¹ und entgegen der Auffassung des OLG Dresden⁵⁹² weder Instandhaltungs- noch Instandsetzungsmaßnahmen.

Vielmehr sind Wartungskosten nach der Rechtsprechung des BGH im Unterschied zu Instandhaltungs- oder Instandsetzungskosten wiederkehrende Kosten aus vorbeugenden Maßnahmen, welche der Überprüfung der Funktionsfähigkeit oder Betriebssicherheit einer technischen Anlage dienen⁵⁹³.

Die Prämisse des Landgerichts Frankfurt (Oder), wonach Wartung stets Instandhaltung oder Instandsetzung sei, trifft somit nicht zu. Selbst wenn man dies aber anders sehen sollte, ist zu berücksichtigen, dass die Definition des Begriffs „Wartung“ umstritten ist⁵⁹⁴. Schon allein wegen der unterschiedlichen Auffassungen hierzu greift die Unklarheitenregel ein bzw. muss die verwenderfeindliche Auslegung hier zur Unwirksamkeit führen, wie es das Landgericht Potsdam zutreffend gemacht hat.

12.8 Kosten der Unterhaltung von Werbe- und Hinweisbeschilderung

Die beklagte Vermieterin kann die Kosten für die Unterhaltung und den Ersatz der werbe- und Hinweisbeschilderung des Einkaufszentrums nicht auf der Grundlage des Mietvertrages umlegen. Denn diese Klausel ist unwirksam, da sie gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) verstößt⁵⁹⁵.

Die von § 535 BGB abweichende Vereinbarung der Übernahme weiterer Kosten neben der Miete für die Gewährung des Gebrauchs durch den Mieter bedarf stets einer ausdrücklichen und inhaltlich bestimmten Vereinbarung. Nur dann ist es dem Mieter möglich, sich zunächst ein grobes Bild davon zu machen, welche

⁵⁹¹ Dazu OLG Brandenburg v. 29.03.2022 - 3 U 118/20.

⁵⁹² OLG Dresden v. 17.11.2017 - 5 U 953/17.

⁵⁹³ OLG Frankfurt v. 16.10.2015 - 2 U 216/14, NZM 2016, 264, Rz. 22 unter Bezugnahme auf BGH v. 7.4.2004 - VIII ZR 167/03, NZM 2004, 417; BGH v. 14.02.2007 - VIII ZR 123/06, NZM 2007, 282 Rz. 10 - 12; so auch *Burbulla*, Aktuelles Gewerberaummietrecht, 3. Aufl. 2017, G. Rz. 33.

⁵⁹⁴ vgl. hierzu *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizungsrecht, 9. Aufl., A., Rn. 252.

⁵⁹⁵ KG v. 1.12.2022 - 8 U 50/21, ZMR 2023, 455.

zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können⁵⁹⁶. Diese Anforderungen genügt die vertragliche Regelung nicht⁵⁹⁷.

Zwar hat der BGH mit Urteil vom 04.05.2022 - XII ZR 112/09 zur Umlage von Verwaltungskosten ausgeführt, die Bewertung einer Klausel könne nicht von der Höhe der Kosten im Einzelfall und deren Verhältnis zu anderen Kosten abhängen, schon weil bei Vertragsschluss nicht feststehen müsse, welche Kosten entstehen werden, und der Mieter sei insoweit vor überhöhten Forderungen durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt.

Der BGH hat aber mit Urteil vom 02.07.2006 - XII ZR 39/04 für einen Fall, in dem der Mieter nach dem Mietvertrag durch eine allgemeine Geschäftsbedingung verpflichtet wurde, einer Werbegemeinschaft beizutreten, entschieden, dass die entsprechende Klausel gegen das Transparenzgebot verstößt, wenn diese hinsichtlich der tatsächlichen Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft nur bestimmt, dass sie gemäß den Flächen abgerechnet werden. Dies genüge dem Transparenzgebot genauso wenig wie der Umstand, dass die Werbegemeinschaft nach Treu und Glauben den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit beachten muss, weil auch dadurch die dem Mieter entstehenden Kosten nicht kalkulierbar seien. Vielmehr müsse die Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft bestimmbar sein, z.B. durch einen bestimmten Prozentsatz der Miete; mindestens jedoch muss eine Höchstgrenze festgeschrieben werden⁵⁹⁸.

Entsprechendes gilt, wenn der Mieter bereits im Mietvertrag formularmäßig die anteilige Kostentragungspflicht hinsichtlich der Kosten für die Unterhaltung und der Ersatz von Werbe- und Hinweisbeschilderung auferlegt wird, ohne dass der Mieter die dadurch entstehenden Kosten kalkulierbar sind⁵⁹⁹. Zwar sind nach den Bestimmungen des Mietvertrages insoweit die Kosten für Instandhaltung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung pro Abrechnungsjahr auf den Gegenwert von einer Netto-Monatsmiete begrenzt, mithin die Kosten für den Ersatz von Werbe- und Hinweisbeschilderung. Nicht unter diese

⁵⁹⁶ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, NJW-RR 2006, 84 (85); BGH v. 2.7.2006 – XII ZR 39/04, MDR 2007, 77.

⁵⁹⁷ KG v. 1.12.2022 – 8 U 50/21, ZMR 2023, 455.

⁵⁹⁸ BGH v. 12.7.2006 – XII ZR 39/04, MDR 2007, 77 (78); s. a. *Bub* in Bub/Treier, 5. Aufl., II Rz.1177; *Leonhard* in Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl. 2019, Anhang 1 zu § 535 BGB Rz. 128.

⁵⁹⁹ KG v. 1.12.2022 – 8 U 50/21, ZMR 2023, 455.

Kostenbegrenzung fallen nach der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB aber die Kosten für das reine Aufstellen und Unterhalten von Werbe- und Hinweisschildern, so die Kosten für die Konzeption der Werbung z.B. durch Werbeagenturen, für die Erstellung von Schildern oder von Plakaten für die Anmietung von Werbeflächen und für die Aufstellung von Werbeträgern bzw. Anbringung von Schildern.

Erst recht sind hier die dem Mieter entstehenden Kosten nicht kalkulierbar und verstößt die Regelung des Mietvertrages gegen das Transparenzgebot, weil sie dem Mieter Kosten für die Werbe- und Hinweisbeschilderung auch außerhalb des Gebäudes auferlegt, ohne dass bestimmt wird, in welchem Radius außerhalb des Gebäudes die Werbe- und Hinweisschildern Beschilderung erfolgt. Insoweit ist für den Mieter in keiner Weise die Höhe der auf ihn zukommenden Kosten für die Anbringung und Unterhaltung derartiger werbe und Hinweisschilder vorhersehbar, weil diese letztlich in ganz ... bzw. in dem ganzen Bundesgebiet und in jeglichem Ausmaß angebracht bzw. aufgestellt werden könnten.

Schließlich kommt es auch nicht in Betracht, die Klausel zur Übertragung der Kosten für werbe- und Hinweisbeschilderung mit einem zulässigen Inhalt aufrechtzuerhalten ihm steht das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entgegen⁶⁰⁰.

12.9 Kosten des Haustechnikers (Gewerberaum)

Nach § 535 Abs. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Ihm obliegt somit die Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts. Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann nach der Rechtsprechung des BGH bei der Geschäftsraummiete formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Denn damit werden

⁶⁰⁰ BGH v. 26.9.2012 – XII ZR 112/10, MDR 2012, 1456 (1458).

dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Ihm werden dadurch, dass er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand vorfindet, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandene Abnutzung durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt, sodass auch insoweit ihm nicht zurechenbare und der Höhe nach nicht vorhersehbare Kosten auf ihn übertragen werden. Diese Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages benachteiligen den Mieter unangemessen; die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist nur dann wirksam, wenn sie in einem zumutbaren, durch eine Kostenbegrenzung beschriebenen Rahmen erfolgt⁶⁰¹.

Vorliegend sind die Begriffe „Hauswartes/Hausmeister“ und „Haustechniker“ nicht gleichbedeutend. Dies folgt schon daraus, dass die Beklagte die Kosten für „Hausmeister“ und für „Haustechniker“ nebeneinander aufführt. Mit der Umlage der Kosten für Haustechniker wird nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB eine Umlage von Instandhaltung- und Instandsetzungskosten geregelt, die mangels Kostenobergrenze unzulässig ist. Eine höhenmäßige Begrenzung der Kostenposition Haustechniker im Mietvertrag ist nicht vorgesehen⁶⁰².

Daher hält die hier verwendete Klausel zur Übertragung der Hausmeister- und Haustechnikerkosten einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB nicht stand, soweit darin dem Mieter Kosten für Haustechniker überbürdet werden. Zwar trifft es zu, dass der Klägerin als Erstmieterin vorliegend aufgrund der Neueröffnung des Einkaufszentrums im Jahre 2014 bei Vertragsschluss im Jahre 2014 keine Kosten für die Behebung bereits vorhandene Abnutzung durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet werden konnten. Dem Mieter werden durch die Klausel auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind. Kosten für die Behebung

⁶⁰¹ BGH v. 26.9.2012 – XII ZR 112/10, MDR 2023, 1456; BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, NZM 2005, 863 (864).

⁶⁰² KG v. 1.12.2022 – 8 U 50/21, ZMR 2023, 455.

anfänglicher Mängel, die nicht aus ihrem Risikobereich stammen, sowie Kosten für Schäden, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt⁶⁰³.

Indessen verbleibt nach Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung ein aus sich heraus verständliche Klausel Rest, wonach die Vermieterin die Kosten der Hausmeister, soweit sie keine Wartungskosten, Instandhaltung-/Instandsetzungs- oder Verwaltungskosten sind, umlegen kann⁶⁰⁴.

12.10 Vertraglicher genereller Verzicht auf Einwendung

Die Vorschrift des § 556 Abs. 3 BGB enthält zwar Regelungen zur Abrechnung von Vorauszahlungen des Mieters auf Betriebskosten, von denen in ihrem Anwendungsbereich gemäß § 556 Abs. 4 BGB nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden darf. Hiervon wird aber eine Einigung der Mietvertragsparteien über die Verbindlichkeit des Saldos einer konkreten bereits erteilten Betriebskostenabrechnung nicht erfasst.

Es bedarf deshalb im vorliegenden Fall keiner Entscheidung über die in der Instanzrechtsprechung und in der mietrechtlichen Literatur bisher nicht einheitlich beurteilte Frage, ob die Bestimmungen in § 556 Abs. 3 BGB auch dann entsprechend gelten, wenn die Mietparteien - wie hier in Bezug auf die Stromkosten - weder eine Pauschale noch Vorauszahlungen auf die - vertraglich dem Mieter auferlegten - Betriebskosten vereinbart haben⁶⁰⁵.

Denn die Regelungen in § 556 Abs. 3, 4 BGB hindern die Mietvertragsparteien jedenfalls nicht daran, nach Zugang einer Betriebskostenabrechnung an den Mieter eine Vereinbarung darüber zu treffen, dass der Mieter den ausgewiesenen Saldo als verbindlich anerkennt⁶⁰⁶. Weder formelle Mängel der Abrechnung noch die mit einer solchen Vereinbarung etwa verbundene

⁶⁰³ KG v. 1.12.2022 – 8 U 50/21, ZMR 2023, 455.

⁶⁰⁴ Sog. „blue pencil-test“, BGH NJW 2002, 292 (294); BGH, NJW 2003, 2899; BGH, NJW 2004, 3045 jeweils für die Fortgeltung einer teilunwirksamen Mietkautionsabrede.

⁶⁰⁵ bejahend etwa LG Berlin, GE 2007, 1252 f.; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 446; *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., G. Rz. 35; BeckOK-Mietrecht/*Pfeifer*, Stand: 1. August 2020, § 556 BGB Rz. 1261; verneinend etwa LG München II, NZM 2012, 342; Staudinger/*Artz*, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 106; BeckOGK/*Drager*, Stand: 1. Januar 2020, § 556 BGB Rz. 101; vgl. ferner - für das Verhältnis zwischen Eigentümer und dinglich Wohnungsberechtigtem BGH v. 16.3.2018 - V ZR 60/17, NZM 2018, 675 Rz. 13 ff.

⁶⁰⁶ BGH v. 28.10.2020 – VIII ZR 230/19, GE 2020, 1617.

Verkürzung der dem Mieter zustehenden Einwendungsfrist (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) stehen der Wirksamkeit einer derartigen Vereinbarung entgegen. Es handelt sich hierbei nämlich nicht um eine Abrede, die Einwendungen des Mieters gegen die Abrechnung von vornherein generell ausschließt oder einschränkt, sondern um die Anerkennung einer konkreten Schuld⁶⁰⁷, sei es in Form eines (deklaratorischen) Anerkenntnisses oder - wie hier - in Form einer vergleichswisen Einigung. Dieser Fall wird von § 556 Abs. 4 BGB seinem Sinn und Zweck nach nicht erfasst.

Die in § 556 Abs. 3 BGB normierte Abrechnungspflicht des Vermieters nebst den damit im Zusammenhang stehenden ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen dienen im Interesse beider Mietvertragsparteien der Abrechnungssicherheit, der Streitvermeidung und der Schaffung von Rechtsklarheit in überschaubarer Zeit⁶⁰⁸. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung wird eine Auslegung des § 556 Abs. 4 BGB nicht gerecht, die den Vertragsparteien - selbst wenn sachliche Gründe hierfür vorliegen - die Möglichkeit versagt, sich einvernehmlich auf schnellerem Weg Klarheit über die wechselseitigen Pflichten aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum zu verschaffen⁶⁰⁹.

Der mit § 556 Abs. 4 bezweckte Mieterschutz wird in solchen Fällen schon deshalb nicht unterlaufen, weil die Annahme sowohl einer vergleichswisen Einigung - nach der gesetzlichen Regelung des § 779 BGB - als auch eines deklaratorischen Anerkenntnisses - nach ständiger Rechtsprechung⁶¹⁰ - voraussetzt, dass zwischen den Parteien Streit oder Ungewissheit über ein bestehendes Rechts- beziehungsweise Schuldverhältnis herrscht und die Parteien dieses durch die Vereinbarung insgesamt oder in einzelnen Beziehungen dem Streit entziehen wollen, mithin - auch für den Mieter - ein konkreter Anlass für die Anerkennung des Abrechnungssaldos vorliegen muss.

⁶⁰⁷ so auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 402; MünchKomm/Zehlein, 8. Aufl., § 556 BGB Rz. 109; BeckOGK/Drager, Stand: 1. Januar 2020, § 556 BGB Rz. 230; Staudinger/Artz, Neubearb. 2018, § 556 BGB Rz. 134; Wall, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rz. 1567; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H. Rz. 232 f.; a.A. jurisPK-BGB/Schur, 9. Aufl., § 556 BGB Rz. 104.

⁶⁰⁸ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 37; BGH v. 18.1.2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, 903 Rz. 13; BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 19 ff.

⁶⁰⁹ BGH v. 28.10.2020 - VIII ZR 230/19, WuM 2020, 791.

⁶¹⁰ vgl. etwa BGH v. 24.3.1976 - IV ZR 222/74, BGHZ 66, 250 [255]; BGH v. 1.12.1994 - VII ZR 215/93, NJW 1995, 960 unter II 2 g; BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 239/07, NJW 2008, 3425.

Die Bejahung einer solchen Einigung kommt also nur in Betracht, wenn sich ein materielles Interesse (auch) des Mieters an deren Zustandekommen feststellen lässt, was in der Regel damit einhergehen wird, dass etwaige Nachteile für den Mieter hinreichend kompensiert werden.

Diese Auslegung von § 556 Abs. 4 BGB steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des VIII. Senats. Dieser hat bereits entschieden, dass § 556 Abs. 4 BGB der Wirksamkeit einer einzelfallbezogenen Verständigung der Mietvertragsparteien über die einmalige Verlängerung der jährlichen Abrechnungsperiode (§ 556 Abs. 3 Satz 1 BGB) zwecks Umstellung auf eine kalenderjährliche Abrechnung nicht entgegensteht und dabei entscheidend darauf abgestellt, dass eine solche Vereinbarung im beiderseitigen Interesse liegt und die dem Mieter möglicherweise entstehenden Nachteile durch entsprechende Vorteile hinreichend kompensiert werden⁶¹¹.

Soweit der VIII. Senat eine vorbehaltlose Zahlung oder Gutschrift innerhalb der dem Mieter gewährten Einwendungsfrist für sich genommen nicht als ein deklaratorisches Schuldanerkennnis ansieht⁶¹², wird damit nicht etwa generell die Möglichkeit verneint, dass die Mietvertragsparteien sich vor Ablauf der Einwendungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB über das Bestehen eines sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Saldos verbindlich verständigen. Diese Rechtsprechung lässt lediglich den Schluss zu, dass an eine solche Einigung hohe Anforderungen zu stellen sind und sie nur bei - hier gegebenen - eindeutigen Erklärungen der Mietvertragsparteien in Betracht kommt.

12.11 Einsicht in Originalunterlagen

Eine vom Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 BGB vorzunehmende Abrechnung dient dazu, die Betriebskosten des jeweiligen Abrechnungsjahrs zu erfassen, zusammenzustellen und unter Abzug der jeweils geleisteten Vorauszahlungen auf die einzelnen Mieter zu verteilen. Dazu muss die Abrechnung den allgemeinen Anforderungen des § 259 Abs. 1 Halbs. 1 BGB entsprechen, also eine aus sich heraus verständliche geordnete Zusammenstellung der zu den umzulegenden Betriebskosten im

⁶¹¹ vgl. BGH v. 27.7.2011 - VIII ZR 316/10, NJW 2011, 2878 Rz. 11 ff., 14.

⁶¹² BGH v. 12.1.2011 - VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843 Rz. 21.

Abrechnungsjahr getätigten Einnahmen und Ausgaben enthalten, um es dem Mieter zu ermöglichen, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten gedanklich und rechnerisch nachzuprüfen⁶¹³.

Dementsprechend gehört es zu einer ordnungsgemäßen Abrechnung des Vermieters, dass er im Anschluss an die Mitteilung der die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltenden Rechnung dem Mieter auf dessen Verlangen gemäß § 259 Abs. 1 Halbs. 2 BGB die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen durch deren Vorlage ermöglicht, soweit dies etwa zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung oder zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen erforderlich ist⁶¹⁴.

Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht dabei angenommen, dass sich das Einsichtsrecht des Mieters grundsätzlich auf die Originalbelege bezieht⁶¹⁵.

Das folgt bereits aus dem Wortlaut des § 259 Abs. 1 Halbs. 2 BGB. Danach hat der Rechenschaftspflichtige Belege vorzulegen, soweit sie erteilt worden sind. Anhand dieser Formulierung wird deutlich, dass der Rechenschaftspflichtige diejenigen Belege vorzulegen hat, die ihm selbst erteilt worden sind, mithin die Originale, während vom Rechenschaftspflichtigen gefertigte Kopien grundsätzlich nicht ausreichend sind. Zwar sind Originalbelege unter Umständen nicht nur solche in Papierform; es kann sich auch um Belege handeln, die dem Vermieter von seinen Dienstleistern ausschließlich in digitaler Form übermittelt worden sind⁶¹⁶. Vom Vermieter gefertigte Kopien sind jedoch Originalbelegen grundsätzlich nicht gleichzustellen. Dies wird auch anhand der Bestimmung des § 29 Abs. 2 Satz 1 NMV 1970 deutlich, welche - jedenfalls für preisgebundene Wohnraummietverhältnisse - ausdrücklich zwischen den "Berechnungsunterlagen", in die Einsicht zu gewähren ist, und "Ablichtungen davon" differenziert.

⁶¹³ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 15; BGH v. 12.11.2014 - VIII ZR 112/14, NJW 2015, 406 Rz. 11; BGH v. 9.10.2013 - VIII ZR 22/13, NJW-RR 2014, 76 Rz. 13; jeweils m.w.N.

⁶¹⁴ vgl. BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 16; BGH v. 20.1.2016 - VIII ZR 93/15, NJW 2016, 866 Rz. 18; BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rz. 9; jeweils m.w.N.

⁶¹⁵ BGH v. 15.12.2021 - VIII ZR 66/20, ■.

⁶¹⁶ vgl. *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl., Rz. 2149b.

Aus dem Normzweck des § 259 Abs. 1 BGB ergibt sich ebenfalls, dass sich die Vorlagepflicht auf die Originalbelege bezieht⁶¹⁷. Die Rechenschafts- und Vorlagepflicht ist dazu bestimmt, dem Interesse des Gläubigers an einer umfassenden und übersichtlichen Information Rechnung zu tragen. Er soll in den Stand versetzt werden, die Ordnungsgemäßheit der Verwaltung, über die Rechenschaft abzulegen ist, zu überprüfen und - bei Missständen - Ansprüche geltend machen zu können⁶¹⁸. Zur Überprüfung der Ordnungsgemäßheit der Verwaltung, über die Rechenschaft abzulegen ist, sind indes in erster Linie Originalunterlagen uneingeschränkt geeignet, selbst wenn diese vielfach durch Kopien ersetzbar sein mögen.

Demgemäß entspricht es durchgängiger Auffassung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum, dass der Mieter grundsätzlich Einsicht in die einer Betriebskostenabrechnung zugrundeliegende Originalunterlagen nehmen darf⁶¹⁹.

Von den vorbezeichneten Grundsätzen geht bereits das Senatsurteil vom 8. März 2006⁶²⁰ aus, welches ebenfalls zwischen den der Abrechnung zugrundeliegenden Belegen und deren Ablichtungen unterscheidet. Diese Entscheidung betraf die umgekehrte Fallgestaltung, in der der Mieter die Überlassung von Fotokopien der Abrechnungsbelege begehrte. Einen solchen Anspruch sieht das Gesetz für den Bereich preisfreien Wohnraums grundsätzlich nicht vor⁶²¹. Zur Begründung hat der VIII. Senat unter anderem ausgeführt, dem Interesse des Mieters an einer Überprüfung der Abrechnung werde im Regelfall dadurch Rechnung getragen, dass er vom Vermieter Einsicht in die der Abrechnung zugrundeliegenden Belege verlangen kann⁶²². Nur ausnahmsweise kommt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242

⁶¹⁷ BGH v. 15.12.2021 – VIII ZR 66/20, ■.

⁶¹⁸ MünchKomm/Krüger, 8. Aufl., § 259 BGB Rz. 1.

⁶¹⁹ vgl. LG Hamburg, ZMR 2020, 957; LG Kempten ZMR 2017, 248; LG Freiburg, NJW-RR 2011, 1096, 1097; LG Berlin v. 1. März 2011 - 65 S 4/10, juris Rz. 7; OLG Düsseldorf ZMR 2001, 882, 886; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl., Rz. 2141, 2149, 2149b; Schmid/Harsch, Hb der Mietnebenkosten, 16. Aufl., Rz. 3653; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, Mietrecht, 15. Aufl., § 556 BGB Rz. 511; Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H Rz. 284; Staudinger/Artz, Neubearb. 2021, § 556 BGB Rz. 112; Grüneberg/Weidenkaff, 81. Aufl., § 535 BGB Rz. 97.

⁶²⁰ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 24.

⁶²¹ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 22.

⁶²² BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 24; siehe auch BGH v. 13.9.2006 - VIII ZR 71/06, NZM 2006, 926 Rz. 7; BGH v. 13.9.2006 - VIII ZR 105/06, WuM 2006, 616 Rz. 6; BGH v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, NJW 2007, 428 Rz. 10.

BGB) ein Anspruch des Mieters auf Übermittlung von Kopien von Rechnungsbelegen in Betracht, wenn ihm die Einsichtnahme in den Räumen des Vermieters nicht zugemutet werden kann⁶²³. Diese Rechtsprechung geht ersichtlich davon aus, dass der Vermieter dem Mieter auf dessen Verlangen grundsätzlich Einsicht in die Originalbelege der Betriebskostenabrechnung schuldet.

Das Einsichtsrecht in die Originalbelege hängt nach dem Wortlaut des § 259 Abs. 1 Halbs. 2 BGB, wonach Belege vorzulegen sind, "soweit sie erteilt zu werden pflegen", auch nicht davon ab, ob dies im Rahmen der geschuldeten Rechnungslegung - hier im Wohnraummietverhältnis - üblich ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Erteilung von Belegen bei demjenigen Vorgang üblich ist, den der Beleg dokumentieren soll⁶²⁴. Es kommt daher auf das Verhältnis des Vermieters zu seinem Dienstleister an, nicht hingegen auf etwaige Gepflogenheiten von (Groß-)Vermietern gegenüber ihren Mietern⁶²⁵.

Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht den Beklagten die Einsicht in die Originalbelege allerdings mit der Begründung versagt, dass sie ein besonderes Interesse daran nicht dargetan hätten⁶²⁶. Ein solches Erfordernis findet weder in der Vorschrift des § 259 Abs. 1 Halbs. 2 BGB noch in der Rechtsprechung des Senats eine Stütze.

Der VIII. Senat hat wiederholt ausgesprochen, dass ein Mieter, der einen Anspruch auf Rechnungslegung und Einsicht in Abrechnungsunterlagen gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1, § 259 Abs. 1 Halbs. 1 und 2 BGB geltend macht, hierfür ein besonderes Interesse nicht darzulegen hat. Es genügt vielmehr das allgemeine Interesse des Mieters, die Tätigkeit des abrechnungspflichtigen Vermieters zu kontrollieren⁶²⁷.

⁶²³ BGH v. 8.3.2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 Rz. 25; vom 13. September 2006 - VIII ZR 71/06, NZM 2006, 926; BGH v. 19.1.2010 - VIII ZR 83/09, WuM 2010, 296 Rz. 2; BGH v. 13.4.2010 - VIII ZR 80/09, NJW 2010, 2288 Rz. 2.

⁶²⁴ vgl. BGH v. 16.5.2017 - X ZR 85/14, juris Rz. 62 ff.; Staudinger/*Bittner/Kolbe*, Neubearb. 2019, § 259 BGB Rz. 26.

⁶²⁵ so aber *Hartmann*, WuM 2019, 418, 426; *Lützenkirchen*, NZM 2018, 266 (268).

⁶²⁶ BGH v. 15.12.2021 - VIII ZR 66/20, ■.

⁶²⁷ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 18 [zu Einzelverbrauchsdaten anderer Nutzer des Mietobjekts]; BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 118/19, NJW 2021, 693 Rz. 13 [zu den Zahlungsbelegen des Vermieters]; BGH v. 27.10.2021 - VIII ZR 102/21, juris Rz. 17, BGH v. 27.10.2021 - VIII ZR 114/21, juris Rz. 16; vgl. auch BGH v. 8.2.2007 - III ZR 148/06,

Daraus ergibt sich unmittelbar, dass es der Darlegung eines besonderen Interesses des Mieters im Hinblick auf die von den Beklagten begehrte Einsicht in die Originalunterlagen nach § 259 Abs. 1 Halbs. 2 BGB nicht bedarf. Entgegen einer zum Teil vertretenen Ansicht, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, muss ein Mieter, dem - wie hier - ohne sein Einverständnis lediglich Belegkopien zugänglich gemacht werden, demgemäß keinen begründeten Verdacht aufzeigen, die Kopien seien manipuliert oder wiesen Unstimmigkeiten auf⁶²⁸.

12.12 Einsichtsrecht in Belege des Subunternehmers

§ 259 Abs. 1 BGB bestimmt, dass Belege, soweit sie erteilt zu werden pflegen, vorzulegen sind. Dementsprechend gehört es auch zu einer vom Vermieter vorzunehmenden ordnungsgemäßen Abrechnung, dass er dem Mieter auf dessen Verlangen zusätzlich die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen durch deren Vorlage ermöglicht, soweit dies zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung oder zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen erforderlich ist⁶²⁹. Der Darlegung eines besonderen Interesses bedarf es hierbei nicht. Es genügt vielmehr das allgemeine Interesse des Mieters, die Tätigkeit des abrechnungspflichtigen Vermieters zu kontrollieren.

Von dem Einsichtsrecht umfasst ist auch die Einsichtnahme in Verträge des Vermieters mit Dritten, soweit deren Heranziehung zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung und zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen gegen diese gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB erforderlich ist⁶³⁰. Zur Vorlage der Verträge und Rechnungen aus dem Verhältnis zwischen dem Energielieferanten des Vermieters und dessen Vorlieferanten ist der Vermieter indes ebenso wenig verpflichtet wie zur Auskunft darüber, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen beispielsweise der Heizöllieferant das Heizöl von seinem Vorlieferanten bezieht⁶³¹.

NJW 2007, 1528 Rz. 6; BGH v. 3.11.2011 - III ZR 105/11, NJW 2012, 58 Rz. 12 f.; insoweit jeweils zu § 666 BGB.

⁶²⁸ so aber Erman/*Lützenkirchen*, BGB, 16. Aufl., § 556 Rn. 245; unklar LG Hannover, WuM 1985, 346 [für den Fall der Einsichtnahme am Wohnort des Mieters].

⁶²⁹ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 16 m.w.N.

⁶³⁰ vgl.; BGH v. 22.11.2011 - VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 Rz. 2.

⁶³¹ BGH v. 3.7.2013 - VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rz. 10.

Letztlich ist es für den Umfang der zu gewährenden Einsicht auch bei Beauftragung eines Dritten mit einer betriebskostenrelevanten Leistung entscheidend, in welche Belege im Einzelfall eine Einsichtnahme erforderlich ist, um die abgerechnete Position nachvollziehen zu können. Hat der Vermieter einen Dritten zur Erledigung der abgerechneten Arbeiten eingeschaltet, werden grundsätzlich auch die mit diesem getroffenen Vergütungsregelungen und die insoweit erteilten Rechnungen vom Einsichtsrecht des Mieters erfasst sein. Denn nur hieraus lässt sich für den Mieter erkennen, ob die in die Betriebskostenabrechnung eingestellte Position dem von dem Dritten berechtigterweise abgerechneten Betrag entspricht. Wenn der Dritte wiederum einen Subunternehmer eingeschaltet hat, bezieht sich das Einsichtsrecht des Mieters dann nicht auf Unterlagen aus dem Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Subunternehmer, wenn der Vermieter mit dem Dritten eine Vergütung für dessen Tätigkeit verabredet hat oder diese nach § 612 BGB als vereinbart gilt und er die von dem Dritten abgerechnete Vergütung in die Betriebskostenabrechnung eingestellt hat. Denn in diesem Fall bedarf es in der Regel der Einsicht in die Unterlagen des von dem Dritten weiter beauftragten Subunternehmers nicht, um die entsprechende Position der Betriebskostenabrechnung nachvollziehen zu können.

Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn der Vermieter mit dem Dritten eine eigenständige Vergütungsregelung nicht getroffen, sondern nur die Erstattung der anfallenden Kosten vereinbart hat. Dann kann für eine Nachvollziehbarkeit der in Rechnung gestellten Betriebskostenposition auch die Vorlage von Unterlagen des Subunternehmers erforderlich sein, aus denen sich die Höhe der in dem Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Subunternehmer vereinbarten und abgerechneten Vergütung ergibt. Denn im Falle der Vereinbarung einer reinen Kostenerstattung kann der Vermieter auch nur die dem Dritten tatsächlich entstandenen und dem Vermieter weiterbelasteten Kosten in die entsprechende Betriebskostenposition einstellen. Prüfbar ist dies für den Mieter in solchen Fällen in der Regel nur bei einer Einsicht in die die Vergütung zwischen dem Dritten und seinem Subunternehmer betreffenden Unterlagen.

Zu den nach diesen Grundsätzen von der Beklagten vorzulegenden Vertragsunterlagen und Belegen zählen auf Grund der Besonderheiten der

vertraglichen Regelung zwischen der Beklagten und der Immobilienservice GmbH auch etwaige Verträge der Immobilienservice GmbH mit Subunternehmern über die Erbringung der Hauswartleistungen für die streitgegenständliche Immobilie sowie zugehörige, den Abrechnungszeitraum betreffende Rechnungen der beauftragten Subunternehmer⁶³². Denn die Einsicht in diese Unterlagen ist zur sachgerechten Überprüfung der für den Hauswart in der Nebenkostenabrechnung aufgeführten Position sowie zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen hiergegen erforderlich. Ein weitergehendes Einsichtsrecht besteht hingegen auch in eine "Aufstellung konkreter Leistungen mit dazugehörigen Einzelpreisen, die in den Rechnungen des Dienstleisters beziehungsweise des angestellten Hauswarts bezüglich der Position Hauswart abgerechnet wurden" nicht.

Das Einsichtsrecht der Kläger betreffend die Position Hauswart bezieht sich zunächst auf die Unterlagen aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem von ihr mit der Durchführung der Hauswartleistungen beauftragten Unternehmen. Vertragspartner der Beklagten ist diesbezüglich allein die Immobilienservice GmbH, eine nicht von der Beklagten abhängige oder kontrollierte Schwestergesellschaft desselben Konzerns. Insoweit ist die Beklagte dem Einsichtsbegehren der Kläger nachgekommen und hat den Geschäftsbesorgungsvertrag über die Erbringung der Hausmeisterleistungen vom 12. Dezember 2018, Tätigkeitsnachweise der Immobilienservice GmbH vom 13. und 16. September 2019 für den Abrechnungszeitraum sowie die monatlichen Abrechnungen der Immobilienservice GmbH vorgelegt.

Dafür, dass weitere das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Immobilienservice GmbH betreffende Unterlagen existieren, die den Klägern nicht zur Einsicht zur Verfügung gestellt worden sind, bestehen keine Anhaltspunkte. Die Kläger machen diesbezüglich auch keine weiteren Einsichtsrechte geltend, sondern begehren ausschließlich die Einsicht in die die Hauswarttätigkeit betreffenden Unterlagen aus dem Verhältnis zwischen der Immobilienservice GmbH und den von ihr beauftragten Subunternehmern oder dem bei ihr angestellten Hauswart.

⁶³² BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 114/21, ■.

Im Hinblick auf die Besonderheiten der vorliegenden Vertragsgestaltung beschränkt sich das Einsichtsrecht der Mieter hier indes nicht auf die das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Immobilienservice GmbH betreffenden Unterlagen, sondern bezieht sich auch auf die Unterlagen, die Aufschluss über die der Immobilienservice GmbH in Ausführung der Hauswarttätigkeit entstandenen Kosten geben.

Nach § 2 Nr. 1 Abs. 1 des Geschäftsbesorgungsvertrags vom 12. Dezember 2018, der nach dessen § 1 Nr. 2 die bestehenden Vertragsverhältnisse und vertraglichen Regelungen nochmals schriftlich festhalten und dokumentieren und gemäß § 1 Nr. 2 in Verbindung mit dessen Anlage 1 bezüglich der Beklagten rückwirkend ab 1. Januar 2016 gelten sollte, hat die Beklagte der Immobilienservice GmbH die für die Erfüllung der Hausmeistertätigkeit entstandenen und per Einzelrechnung umlagefähig ausgewiesenen Kosten zu erstatten, wobei die Immobilienservice GmbH für die Erfüllung dieser Aufgaben keinen weiteren Honorarbestandteil erhält. Im Hinblick auf diese eindeutige Vereinbarung lediglich einer Erstattung der entstandenen Kosten ohne eigenen Honorarbestandteil - im Gegensatz zu einer vereinbarten Vergütung - kommt die Anwendung von § 612 BGB, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, und wonach bei fehlender Vereinbarung über die Höhe die übliche Vergütung als vereinbart gilt, nicht in Betracht. Die Immobilienservice GmbH kann demnach von der Beklagten nicht eine marktübliche Vergütung einschließlich Gewinn verlangen, sondern darf nur die ihr selbst entstandenen Kosten ohne Gewinnaufschlag weiterberechnen. Insoweit entspricht die Position der Immobilienservice GmbH derjenigen eines Vermieters, der nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV grundsätzlich nur die hierdurch tatsächlich entstandenen Kosten auf die Mieter umlegen darf. Dementsprechend kann auch die Beklagte nur die Kosten auf die Mieter umlegen, die der Immobilienservice GmbH tatsächlich entstanden sind und die diese an die Beklagte weitergeben durfte. Im Falle der Beauftragung von Subunternehmern entspricht dies der Vergütung, die die Immobilienservice GmbH an den Subunternehmer entrichtet hat.

Eine sachgerechte Überprüfung des in die Betriebskostenabrechnung eingestellten Betrags für den Hauswart setzt demnach die Kenntnis der der

Immobilien-service GmbH entstandenen Kosten voraus. Hierüber geben die bislang vorgelegten Unterlagen aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Immobilien-service GmbH indes keinen Aufschluss. Vielmehr benötigen die Kläger hierfür auch die Kenntnis von den Dienstleistungsverträgen mit eventuellen Subunternehmern sowie deren Abrechnung der durchgeführten Dienstleistungen.

Dazu können die Kläger Einsicht in die "dienstleistungsvertraglichen Grundlagen für die Vergütung der Hauswartleistungen", also in die Dienstverträge zwischen der Immobilien-service GmbH und ihren Subunternehmern betreffend die Hauswarttätigkeit, verlangen⁶³³. Nur die Kenntnis der darin vereinbarten Vergütungsregelung ermöglicht den Klägern einen Abgleich zwischen vereinbarter und abgerechneter Vergütung.

Um die Übereinstimmung zwischen dem durch die Subunternehmer in Rechnung gestellten Betrag und den von der Immobilien-service GmbH gegenüber der Beklagten abgerechneten und von dieser in die Nebenkostenabrechnung eingestellten Kosten des Hauswarts sachgerecht überprüfen zu können, bedarf es darüber hinaus einer Einsicht in die Rechnungen der Subunternehmer, die diese bezüglich der Hauswarttätigkeit gegenüber der Immobilien-service GmbH erteilt haben. Denn nur die Kenntnis des in diesem Verhältnis abgerechneten Betrags ermöglicht den Klägern die Prüfung, ob tatsächlich nur die der Immobilien-service GmbH entstandenen Kosten auf sie umgelegt wurden.

Nicht erforderlich zur Überprüfung der in Ansatz gebrachten abgerechneten Kosten ist allerdings die begehrte und vom Berufungsgericht zugesprochene Einsicht in die "Aufstellung konkreter Leistungen mit dazugehörigen Einzelpreisen, die in den Rechnungen des Dienstleisters beziehungsweise des angestellten Hauswarts bezüglich der Position Hauswart abgerechnet wurden". Unabhängig davon, ob es derartige Leistungsaufstellungen mit Einzelpreisen überhaupt gibt, genügt für die Überprüfung der Kostenposition Hauswart die Kenntnis der Abrechnungen der Subunternehmer gegenüber der Immobilien-service GmbH für die gemäß der vorgelegten Tätigkeitsaufstellung der Immobilien-service GmbH erbrachten Leistungen. Denn auf Grundlage

⁶³³ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 114/21, ■.

dieser Unterlagen kann - ohne dass es einer zusätzlichen Leistungsaufstellung einschließlich dazugehöriger Einzelpreise bedarf - sowohl geprüft werden, ob nur die tatsächlich entstandenen Kosten weitergegeben wurden, als auch, welche Leistungen hiermit abgerechnet wurden.

Soweit die begehrte Einsicht in Leistungsaufstellungen zudem auch die "in den Rechnungen des angestellten Hauswarts" abgerechneten Leistungen umfassen soll, geht dieser Antrag von vornherein ins Leere. Denn wenn die Immobilienservice GmbH die Hauswarttätigkeit durch eigene Mitarbeiter durchgeführt haben sollte, hätten diese ihr keine Rechnungen gestellt, sondern für ihre Tätigkeit insgesamt einen Arbeitslohn erhalten. Insoweit hätte die Immobilienservice GmbH nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag einen Anspruch aus Ersatz der ihr durch die Beschäftigung dieser Mitarbeiter entstandenen Kosten, soweit diese deren Hauswarttätigkeit betrafen. Diesbezügliche Einsichtsrechte sind nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens. Davon abgesehen hat das Berufungsgericht - im Revisionsverfahren unwidersprochen - festgestellt, dass die Immobilienservice GmbH nach ihrer Darlegung die Leistungen im Zusammenhang mit dem Hauswart nicht selbst erbracht hat.

Zutreffend hat das Berufungsgericht die Herausgabe der zur Einsicht begehrten Unterlagen durch die Beklagte - soweit nach obigen Ausführungen ein Anspruch hierauf besteht - für möglich gehalten, ohne dass dem datenschutzrechtliche Belange entgegenstehen.

Nach § 1 Nr. 5 Satz 2 des Geschäftsbesorgungsvertrags vom 12. Dezember 2018 hat die Immobilienservice GmbH der Beklagten alle von ihr im Zusammenhang mit diesem Vertrag jeweils angeforderten Daten, Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen. Hierzu gehören insbesondere auch die Unterlagen aus dem Vertragsverhältnis der Immobilienservice GmbH zu ihren Subunternehmern, die die übernommene Tätigkeit betreffen und in die die Beklagte ihren Mietern Einsicht zu gewähren hat. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Revision auch nicht geltend gemacht, dass der zugesprochenen Einsicht in die Verträge und Rechnungen zwischen der Immobilienservice GmbH und ihren Subunternehmern datenschutzrechtliche Belange der Subunternehmer entgegenstehen könnten. Soweit die Revision insoweit Bedenken gegen die Herausgabe der Arbeitsverträge der Immobilienservice

GmbH mit ihren Objektbetreuern vorbringt, sind diese schon deshalb nicht relevant, weil das Berufungsgericht einen Anspruch auf Einsicht in diese Arbeitsverträge ohnehin abgelehnt hat.

12.13 Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege

Nach der Rechtsprechung des BGH steht dem Mieter gegenüber dem auf eine Betriebskostenabrechnung gestützten Zahlungsverlangen des Vermieters ein aus § 242 BGB folgendes (temporäres) Leistungsverweigerungsrecht zu, solange ihm eine nach § 259 Abs. 1 BGB berechtigterweise begehrte Belegeinsicht nicht gewährt worden ist⁶³⁴.

Zu den Abrechnungsunterlagen, auf die sich das Einsichtsrecht des Mieters bezieht, gehören neben den Rechnungen auch die dazugehörigen Zahlungsbelege über die in der Abrechnung auf die Mieter umgelegten Betriebskosten⁶³⁵. Denn mit Hilfe dieser Belege wird der Mieter in die Lage versetzt, die Berechtigung der jeweils in Rechnung gestellten Beträge zu überprüfen. Der Darlegung eines besonderen Interesses bedarf es dabei nicht, es genügt vielmehr das allgemeine Interesse des Mieters, die Tätigkeit des abrechnungspflichtigen Vermieters zu kontrollieren⁶³⁶.

Das gilt auch für die Einsichtnahme in die Zahlungsbelege, und zwar unabhängig davon, ob der Vermieter nach dem Abflussprinzip oder nach dem Leistungsprinzip abrechnet oder bei den unterschiedlichen Betriebskostenarten teils die eine, teils die andere Abrechnungsmethode anwendet⁶³⁷.

Zu Unrecht meint die Revision, der Mieter habe an der Vorlage der Zahlungsbelege kein berechtigtes Interesse, weil etwaige Kürzungen oder Nachlässe nicht nur aus dem Zahlungsbeleg ersichtlich seien, sondern vom Vermieter pflichtgemäß bereits auf dem Rechnungsbeleg zu vermerken seien, der Vermieter sich im Falle der Umlage eines nicht oder nicht in voller Höhe entstandenen Rechnungsbetrags wegen Betrugs zu verantworten hätte und die Belegeinsicht dem Mieter ohnehin keinen Schutz biete, da auch Belege manipuliert sein könnten. Mit derartigen Spekulationen kann das der

⁶³⁴ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 29; BGH v. 10.4.2019 - VIII ZR 250/17, NJW-RR 2019, 977 Rz. 36 ff.

⁶³⁵ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, WuM 2021, 104.

⁶³⁶ BGH v. 7.2.2018 - VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rz. 18.

⁶³⁷ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 118/19, WuM 2021, 104.

Belegeinsicht zugrundeliegende (allgemeine) Kontrollinteresse des Mieters nicht verneint werden. Zudem verkennt die Revision, dass die Belegeinsicht auch der Aufdeckung möglicher bloßer Versehen bei der Abrechnung dient.

Entgegen der Auffassung der Revision ist es für den Anspruch des Mieters auf Belegeinsicht (inklusive der Zahlungsbelege) auch nicht von Bedeutung, dass der nach dem Leistungsprinzip abrechnende Vermieter die im Abrechnungszeitraum erbrachten beziehungsweise darauf entfallenden Leistungen unabhängig davon umlegen kann, ob diese (bereits) im Abrechnungszeitraum bezahlt wurden. Denn dies ändert nichts daran, dass sich das allgemeine Kontrollinteresse des Mieters darauf erstreckt, ob der Vermieter die in die Abrechnung eingestellten Leistungen Dritter seinerseits (vollständig) bezahlt hat. Ist das nicht der Fall, besteht für den Mieter zumindest Anlass zu Nachfragen oder zur Erhebung von Einwendungen. Im Zeitpunkt der Erteilung der Abrechnung wird im allgemeinen ein Zeitraum von mehreren Monaten seit Ablauf der Abrechnungsperiode (hier fast 10 Monate) verstrichen und deshalb regelmäßig zu erwarten sein, dass der Vermieter berechnete Rechnungsbeträge seinerseits inzwischen im normalen Geschäftsgang bezahlt hat. Soweit der Vermieter insoweit einen Zahlungsbeleg nicht vorzulegen vermag, kann das Anlass für Nachfragen des Mieters oder zur Erhebung von Einwendungen gegen einzelne Kostenpositionen sein.

Soweit der Vermieter nach dem Abflussprinzip abrechnet, das auf die im Abrechnungszeitraum abgeflossenen Mittel (bei Rechnungen Dritter also die Bezahlung dieser Rechnungen durch den Vermieter) abstellt, ist der Mieter zur Überprüfung der Abrechnung sogar zwingend auf die Einsicht in die Zahlungsbelege angewiesen, eben weil es für die Richtigkeit der Abrechnung in diesem Fall entscheidend darauf ankommt, ob die jeweiligen Betriebskosten im Abrechnungszeitraum bezahlt worden sind.

Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, das Berufungsgericht hätte der Klägerin die streitige Nachforderung zumindest insoweit zusprechen müssen, als sie sich allein aus den nach dem Leistungsprinzip abgerechneten Betriebskostenarten (also unter Außerachtlassung der nach dem Abflussprinzip in Rechnung gestellten Positionen) ergab.

Das Berufungsgericht hat schon keine abschließenden Feststellungen zu der bei sämtlichen Betriebskostenpositionen jeweils angewendeten Abrechnungsmethode getroffen. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision insoweit nicht auf. Vor allem aber bezieht sich das Einsichtsrecht des Mieters - unabhängig von der aus der Abrechnung als solcher ohnehin nicht ersichtlichen Abrechnungsmethode - auf die jeweiligen (und damit auf sämtliche vorhandenen) Zahlungsbelege. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte sein Einsichtsbegehren - etwa im Laufe des Prozesses - auf einzelne Zahlungsbelege zu bestimmten Positionen beschränkt hätte, trägt die Revision nicht vor und sind auch nicht ersichtlich.

12.14 Vereinbarte Abrechnungsfrist (Gewerberaummiete)

Zwar gilt die gesetzliche Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB nicht, weil diese Vorschrift gemäß § 578 BGB nicht auf Gewerberaummietverhältnisse anwendbar ist; mangels Regelungslücke scheidet auch eine analoge Anwendung aus⁶³⁸. Eine dem § 556 BGB entsprechende Regelung kann bei Gewerberaummietverhältnissen aber vertraglich - auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) - vereinbart werden⁶³⁹.

Wenn es sich bei der vorliegenden Vertragsklausel um eine von der Beklagten gestellte allgemeine Geschäftsbedingung handelte, wäre sie zwar unwirksam. Denn eine vom Mieter eines Gewerberaummietvertrages gestellte vorformulierte Vertragsklausel hält der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand, wenn über die Regelung einer Ausschlussfrist eine Haftungsverschärfung des Vermieters ohne sein Vertretenmüssen herbeigeführt wird. Eine Verzugsregelung, die eine Rechtsfolge im Falle von Verzögerungen auch bei fehlendem Verschulden begründet, stellt eine Haftungsverschärfung dar, die in AGB nicht begründet werden kann⁶⁴⁰ (.

Im vorliegenden Fall beruft sich die Klägerin aber nicht auf den Schutz der AGB-Vorschriften, insbesondere behauptet sie nicht, dass es sich um AGB handelt, die von der Beklagten gestellt worden seien; vielmehr gehen beide Parteien von

⁶³⁸ BGH v. 27.1.2010 - XII ZR 22/07, NJW 2010, 1065.

⁶³⁹ Guhling/Günter/Both, Gewerberaummiete, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 59.

⁶⁴⁰ vgl. OLG Jena v. 4.7.2012 - 7 U 48/12, NJW-RR 2013, 13; Schmidt/Futterer/Langenberg, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 458; Guhling/Günter/Both, Gewerberaummiete, 2. Aufl., § 556 BGB Rz. 60; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 556 BGB Rz. 286.

der Anwendbarkeit der Ausschlussfrist aus. Hier müsste die Klägerin aber eine etwaige Unwirksamkeit der Klausel geltend machen. Denn wer sich auf den Schutz der AGB-Vorschriften beruft, muss im Streitfall darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Vorschriften gegeben sind (MüKo/Basedow, BGB, 8. Aufl. § 305 Rn. 49).

Demzufolge ist von der Wirksamkeit der vertraglichen Ausschlussfrist auszugehen.

Die Klägerin hat die Nebenkosten nicht ordnungsgemäß innerhalb der vertraglich vereinbarten Ausschlussfrist abgerechnet.

Die Abrechnung genügt zwar den nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch im Gewerberaummietrecht in formeller Hinsicht zu stellenden Anforderungen, wonach in die Abrechnung als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen aufzunehmen ist⁶⁴¹.

Die Klägerin hat es aber versäumt, sämtliche nach § 6 Ziffer 7 des Mietvertrages erforderlichen Belege der Abrechnung beizufügen.

Nach der gesetzlichen Regelung (§ 259 Abs. 1 BGB) ist der Vermieter zwar nicht zur Beifügung der Belege verpflichtet, sondern zu der von ihm vorzunehmenden ordnungsgemäßen Abrechnung gehört nur, dass er im Anschluss an die Betriebskostenabrechnung dem Mieter auf dessen Verlangen zusätzlich die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen durch deren Vorlage ermöglicht, soweit dies etwa zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung oder zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen erforderlich ist⁶⁴². Ein Anspruch auf Überlassung von Belegkopien kann bei Mietverhältnissen über preisfreien Wohnraum und Gewerberaum allerdings aus dem Mietvertrag begründet sein⁶⁴³.

§ 6 Ziffer 7 des Mietvertrages enthält eine vertragliche Pflicht der Klägerin, die Belege als Teil der Abrechnung ohne entsprechende Anforderung seitens der

⁶⁴¹ ständige Rechtsprechung, vgl. BGH v. 20.1.2021 – XII ZR 40/20, Rz. 16 ff, 19, juris; BGH v. 29.1.2020 - VIII ZR 244/18, NJW-RR 2020, 587 Rz. 8.

⁶⁴² BGH, NJW 2018, 1599 Rz. 16.

⁶⁴³ *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., H. Abrechnung Rz. 306.

Beklagten kostenlos in Kopie zu übersenden. Hierfür spricht bereits der Wortlaut. Denn danach ist die Abrechnung u.a. nachprüfbar durch entsprechende Belege, die dem Mieter kostenlos zugesandt werden, zu erteilen.

Das Wort „nachprüfbar“ ist dabei nicht so zu verstehen, dass die Belege von dem Vermieter nur auf Abruf vorgehalten werden müssen⁶⁴⁴. Hiergegen spricht das Verhalten der von der Klägerin nach ihrem Vortrag beauftragten Hausverwaltung. Diese hat in ihrem Schreiben vom 20.12.2018, mit dem sie die Betriebskostenabrechnung 2017 übermittelt hat, angekündigt, Rechnungskopien bis zum 10.01.2019 zu übersenden (wobei einzelne Rechnungen, nämlich die für Wasser und Schmutzwasser dem Schreiben vom 20.12.2018 bereits beigelegt waren). Maßgeblich für das Auslegungsverständnis ist zwar bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung der Zeitpunkt ihres Zugangs, so dass für die Vertragsauslegung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist. Die auf ein Rechtsgeschäft folgende, zwischen den Beteiligten geübte Praxis kann jedoch für die Auslegung insoweit von Bedeutung sein, als sich aus ihr Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der Beteiligten zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ergeben⁶⁴⁵. Die Klägerseite ging hier selbst von einer Pflicht zur Übersendung der Rechnungskopien ohne entsprechende Aufforderung der Beklagten aus. Das spricht dafür, dass die Parteien die vertragliche Regelung - wie deren Wortlaut es auch nahelegt - so verstanden haben, dass zur ordnungsgemäßen Abrechnung die unaufgeforderte Übersendung der dazugehörigen Rechnungskopien zählte. Vor diesem Hintergrund ist kein Raum für eine Auslegung, wie sie das Landgericht vorgenommen hat, derzufolge Rechnungskopien nur auf konkrete Anforderung der Beklagten von der Klägerin zu übersenden sind⁶⁴⁶.

Es fehlt auch nicht an einer klaren vertraglichen Regelung, welche Belegkopien im Einzelnen zu übermitteln sind. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass alle abgerechneten Positionen durch Übersendung der entsprechenden Rechnungskopien nachzuweisen sind⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁶⁴⁵ MünchKomm/Busche, 8. Aufl., § 133 BGB Rz. 5; BGH v. 14.2.2017 - VI ZB 24/16, NJW 2017, 1887 Rz. 16.

⁶⁴⁶ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁶⁴⁷ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

Mangels Übersendung aller Belege innerhalb der zwölfmonatigen Frist nach Ablauf des Jahres 2017 kommt hier die vertragliche Ausschlussfrist bereits aufgrund des unstreitigen Sachverhalts zum Zuge⁶⁴⁸. Diese greift auch ein, wenn die Abrechnung zwar innerhalb der zwölf Monate nach Ablauf des Kalenderjahres formell ordnungsgemäß, aber ohne Beifügung von Belegkopien erfolgt. Denn § 6 Ziffer 7 S. 3 des Mietvertrages nimmt direkt auf S. 2 Bezug, in dem definiert ist, was nach den vertraglichen Regelungen unter der Abrechnung zu verstehen ist.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die vertragliche Ausschlussfrist nicht nur an die rechtzeitige Zusendung der Abrechnung gebunden, unabhängig davon, ob Belege beigefügt sind. Normalerweise versteht man unter Abrechnung und Belegen zwar zwei verschiedene Sachverhalte, weil - ohne abweichende vertragliche Regelung - der Vermieter nur zur Abrechnung verpflichtet ist, während er Einsicht in die Belege nur nach Aufforderung des Mieters gewähren muss. Die Parteien haben hier aber die Erteilung der Abrechnung vertraglich anders definiert. Die Ausschlussfrisklausel nimmt Bezug auf die vertragliche Definition der Abrechnung. Der Wortlaut ist deshalb eindeutig dahingehend zu verstehen, dass die Ausschlussfrist auch greift, wenn der Abrechnung die Rechnungskopien nicht beigefügt sind⁶⁴⁹.

Es gibt hier auch keinen Anlass zu einer den Wortlaut einengenden Auslegung im Sinne einer „nach beiden Seiten interessengerechte Beurteilung“⁶⁵⁰, weil die Vertragserklärungen hier einen vertretbaren Sinngehalt haben. Zwar verneint der BGH im Regelfall (wenn keine entsprechende Vertragspflicht besteht) einen Anspruch des Mieters auf Übersendung von Rechnungskopien, selbst wenn der Mieter die Kosten übernehmen will, weil der Vermieter ein berechtigtes Interesse daran haben könne, den Mieter auf die Einsichtnahme in die Rechnungsbelege zu verweisen, um den durch die Anfertigung von Fotokopien entstehenden zusätzlichen Aufwand zu vermeiden und dem Mieter mögliche Unklarheiten im Gespräch sofort zu erläutern⁶⁵¹. Anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall, in dem der Mieter nach Erhalt von rund 300 Fotokopien weitere Rechnungskopien verlangt hat, ist die vorliegende

⁶⁴⁸ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁶⁴⁹ OLG Brandenburg v. 11.6.2021 – 3 U 11/20, ZMR 2021, 732.

⁶⁵⁰ vgl. hierzu MünchKomm/Busche, 8. Aufl., § 133 BGB Rz. 64 m.w.N.

⁶⁵¹ BGH, NJW 2006, 1419 Rz. 24.

vertragliche Regelung praktikabel. Denn die Betriebskostenabrechnung enthält nur wenige Positionen. Sie wurde im Übrigen auch problemlos praktiziert, indem die W für den streitgegenständlichen Zeitraum die Rechnungskopien übersandte, nur eben nicht fristgerecht.

12.15 Einwendungsausschluss in der Gewerberaummiete

Die Mietverträge vom 14.05. und 31.08.2012 enthalten in § 4 Nr. 10 S. 2, 3 die Regelung, dass der Mieter berechtigt ist, die Abrechnungsunterlagen innerhalb von vier Wochen nach Versand der Abrechnung einzusehen und schriftlich Einspruch zu erheben, während nach Ablauf dieser Frist die Abrechnung als anerkannt gilt.

Diese Regelung hindert zur Überzeugung des OLG Dresden⁶⁵² nicht die im vorliegenden Verfahren von der Klägerin erhobenen Einwendungen gegen die formelle Wirksamkeit der als Anlage K 3 bis K 7 vorgelegten Betriebskostenabrechnungen.

Es liegt bereits nahe, dass diese Regelung einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB nicht standhält, weil sich der Vermieter nicht in der Klausel verpflichtet hat, den Mieter bei Fristbeginn, also in der Betriebskostenabrechnung, auf die Bedeutung seines Schweigens gesondert hinzuweisen, und sie deshalb jedenfalls gegen das im Verbraucherverkehr geltende Klauselverbot aus § 308 Nr. 5 BGB verstößt, womit eine Indizwirkung dafür verbunden ist, dass die Klausel auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt⁶⁵³. Selbst wenn man aber zugunsten des Vermieters annehmen wollte, dass die Regelung in § 4 Nr. 10 der Mietverträge nicht an der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB scheiterte, müsste sie mindestens i.S.v. § 305c Abs. 2 BGB zugunsten des Mieters dahin ausgelegt werden, dass mit dem darin enthaltenen Begriff der „Abrechnung“ eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung gemeint ist.

⁶⁵² OLG Dresden v. 9.8.2019 – 5 U 936/19, IMR 2019, 499 (*Biebelheimer*).

⁶⁵³ so BGH v. 10.9.2014 - XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722; ausdrücklich für die Unwirksamkeit einer solchen Klausel auch im Geschäftsverkehr: KG v. 6.6.2016 - 8 U 40/15, MDR 2016, 1010 = ZMR 2016, 687.

Für die gesetzliche Regelung des Ausschlusses von Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung in § 556 Abs. 3 S. 5, 6 BGB, welche (nur) für Mietverträge über Wohnräume gilt, ist es nämlich in der Rechtsprechung und der Literatur anerkannt, dass sie erst zu laufen beginnt, wenn der Mieter eine formell ordnungsgemäße Abrechnung erhält⁶⁵⁴. Ebenso könnte deshalb auch die Ausschlussklausel in § 4 Nr. 10 der Mietverträge vom 14.05. und 31.08.2012 vom Mieter als Vertragspartner der die Klausel verwendenden Beklagten verstanden werden. Der Einwand des Mieters, die Betriebskostenabrechnung sei bereits formell unwirksam, ist deshalb in keinem Falle durch die formularvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist präkludiert.

12.16 Falsche Betriebskostenabrechnung als Kündigungsgrund

Gemäß § 543 Abs. 1 BGB liegt ein wichtiger Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Vermögensdelikte zum Nachteil des Mieters stellen stets einen Kündigungsgrund dar. Auch Unredlichkeiten des Vermieters bei der Abrechnung der Betriebskosten wie etwa vorsätzlich falsche Abrechnungen vermögen eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zu rechtfertigen, wenn der Vermieter dadurch seine Pflichten so nachhaltig verletzt, dass dem Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann⁶⁵⁵.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist für den Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnungen zu verneinen, wenn es sich um ein Versehen oder einen Rechtsirrtum des Vermieters gehandelt hat, der eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht unzumutbar erscheinen lasse. Eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses kann sich aber auch daraus ergeben, dass

⁶⁵⁴ vgl. BGH v. 8.12.2010 - VIII ZR 27/10, NZM 2011, 401; *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 556 BGB Rz. 499.

⁶⁵⁵ vgl. LG Gießen, NJWE-MietR 1997, 129; LG Berlin, GE 2003, 1081; *Staudinger/Emmerich*, [2021], § 543 BGB Rz. 16; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 6. Aufl., § 543 BGB Rz. 72; *BeckOGK/Mehle*, [Stand: 1. April 2021], § 543 BGB Rz. 42; vgl. auch OLG Düsseldorf, DWW 1991, 78.

der Vermieter nach entsprechenden Vorhalten des Mieters auf seiner fehlerhaften Abrechnung in nicht mehr vertretbarer Weise beharrt⁶⁵⁶. Hiervon ist im Hinblick auf die vom Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 25. Juli 2015 vorgebrachten und in Erörterungsgesprächen mit der NK-Check vom 12. Dezember 2017 und 1. Februar 2018 vertieften Einwendungen ausgegangen, nach denen die Klägerin weiterhin auf einer Wirksamkeit ihrer fehlerhaften Abrechnung beharrte.

Im Hinblick auf diesen Kündigungsgrund ist eine vorherige Abmahnung nicht notwendig⁶⁵⁷.

Zwar ist gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB die Kündigung, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht, erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Dies gilt nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB aber nicht, wenn die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Hiernach bedurfte es keiner Abmahnung, wenn die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung bereits einen zumindest bedingten Vorsatz gefasst hatte, ihre falsche Abrechnung gegebenenfalls mit wahrheitswidrigen Angaben zu verteidigen.

Die Klägerin hat eine gerichtliche Bestätigung der zu ihren Gunsten ergangenen einstweiligen Verfügung damit erwirkt, dass sie im Schriftsatz vom 24. April 2018 bewusst wahrheitswidrig vortrug, die zusätzlichen Kosten für die Brandwachen beruhten schlicht auf der Auflage, zusätzliche Personen für die Brandmeldung zur Verfügung zu stellen, nicht aber darauf, dass die Brandmeldeanlage defekt war. Weiterhin hat die Klägerin in demselben Schriftsatz wahrheitswidrig vorgetragen, die Kosten für Bestuhlung und Tische auf dem Food-Court seien nicht doppelt abgerechnet worden.

Im Hinblick darauf hätte sich das Kammergericht die Frage vorlegen müssen, ob das Prozessverhalten der Klägerin darauf schließen lässt, dass sie schon im Kündigungszeitpunkt am 10. März 2018 nicht bereit war, berechtigten Einwendungen gegen ihre Abrechnung nachzugeben, sondern dass sie die Abrechnungsfehler mit allen Mitteln bis hin zu falschem und irreführendem

⁶⁵⁶ BGH v. 6.10.2021 – XII ZR 11/20, NZM 2021, 930.

⁶⁵⁷ BGH v. 6.10.2021 – XII ZR 11/20, NZM 2021, 930.

Prozessvortrag zu vertuschen beabsichtigte. Die Klägerin hat nämlich nicht geltend gemacht, ihre Vertuschungsabsicht erst nach dem Erhalt der Kündigungserklärung vom 10. März 2018 entwickelt zu haben. Bestand ein entsprechender Täuschungs- und Schädigungsvorsatz der Klägerin aber bereits zum Kündigungszeitpunkt, stellt diese innere Tatsache einen besonderen Grund dar, der die sofortige Kündigung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen rechtfertigte.

Anders als § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB stellt Nummer 2 der Vorschrift nämlich nur auf das Bestehen des besonderen Grundes als solchen und nicht zusätzlich auf einen Offenkundigkeitsmaßstab ab. Eine Kündigung nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB kann daher auch gerechtfertigt sein, wenn erst durch nachträgliche Umstände wie hier gegebenenfalls durch das spätere Prozessverhalten der Klägerin offenkundig wird, dass innere Tatsachen, die einen besonderen Grund im Sinne von § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB darstellen, bereits im Zeitpunkt der Kündigung vorlagen.

Sollten die notwendigen Feststellungen über eine bereits im Kündigungszeitpunkt am 10. März 2018 bestehende Vertuschungsabsicht nicht bereits aus dem späteren Prozessverhalten der Klägerin geschlossen werden können, wären die Zeugen zu vernehmen, die die Beklagte dafür benannt hat, die Klägerin habe zu dem Zeitpunkt bereits aus Gesprächen sichere Kenntnis davon gehabt, dass es sich bei dem Aufwand für die Brandwachen um einen von ihr selbst zu tragenden Mangelfolgeschaden handelte.

13 Heizkosten

13.1 Schätzung nach § 9a HeizkV

Nach § 2 HeizkV gehen die Bestimmungen dieser Verordnung rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen wie z.B. der Verteilung zu 50 : 50 vor. Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 HeizkV sind Heizkosten in Objekten mit zentralen Heizungsanlagen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HeizkostenV) im Interesse eines sparsamen Umgangs mit Energie grundsätzlich nach dem konkreten Verbrauch der einzelnen Nutzer zu verteilen. Die Einzelheiten der Verteilung sind in §§ 7 bis 9 HeizkV geregelt. Um eine verbrauchsabhängige Kostenverteilung sicherzustellen, schreibt § 5 Abs. 1 Satz 1 HeizkV die Erfassung des anteiligen

Wärmeverbrauchs durch Wärmezähler oder Heizkostenverteiler vor. Da jedoch beim Einsatz derartiger technischer Geräte Fehler unterschiedlichster Art nicht vollständig auszuschließen sind, sieht § 9a Abs. 1 HeizkV verschiedene Ersatzverfahren für den Fall vor, dass der anteilige Wärmeverbrauch von Nutzern für einen Abrechnungszeitraum wegen Geräteausfalls oder aus anderen zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann. Der anteilige Verbrauch ist dann durch eine Vergleichsberechnung mit einem früheren Abrechnungszeitraum, mit vergleichbaren anderen Räumen im jeweiligen Abrechnungszeitraum oder mit dem Durchschnittsverbrauch des Gebäudes oder der Nutzergruppe zu ermitteln und gemäß § 9a Abs. 1 Satz 2 HeizkV bei der Kostenverteilung an Stelle des erfassten Verbrauchs zu Grunde zu legen⁶⁵⁸.

Die in § 9a HeizkV eröffnete Wahl⁶⁵⁹ hat der Gebäudeeigentümer gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen zu treffen⁶⁶⁰. Gegenstand des Bestimmungsrechts nach § 315 BGB können auch Modalitäten der Leistung/Gegenleistung und die Feststellung von Anspruchsvoraussetzungen sein⁶⁶¹. Der allgemeine Schutzgedanke des § 315 BGB (Schutz vor willkürlichen Vertragsgestaltungen) ist auch dann heranzuziehen, wenn ein Gesetz einer Vertragspartei das unter § 315 BGB fallende Leistungsbestimmungsrecht zuweist⁶⁶².

Bei der nach billigem Ermessen zu treffenden Auswahl der in § 9a Abs. 1 HeizkV vorgesehenen Schätzungsverfahren ist neben dem mit den Vorschriften der §§ 6 ff. HeizkV verfolgten Ziel einer möglichst verbrauchsnahen Abrechnung, welches auch bei § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV zu beachten ist⁶⁶³, zu berücksichtigen, dass es nicht Zweck dieser Vorschrift ist, eine exakte Ermittlung des Verbrauchs sicherzustellen. Deshalb sind mit der in § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV geregelten Schätzmöglichkeit einhergehende Ungenauigkeiten bei der Verbrauchsermittlung hinzunehmen. Die Ermittlung des Verbrauchs

⁶⁵⁸ vgl. BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rz. 11 [zu § 9a HeizkV aF].

⁶⁵⁹ vgl. BR-Drucks. 494/88, S. 28.

⁶⁶⁰ vgl. OLG Hamburg, ZMR 2004, 769 (770) [zu § 9a HeizkostenV aF]; AG Charlottenburg v. 24.11.2017 - 73 C 47/17, juris Rn. 13; AG Brandenburg, NZM 2005, 257; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 10; Ormanschick in: Schmid/Harz, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 16.

⁶⁶¹ vgl. HK-BGB/Schulze, 10. Aufl., § 315 BGB Rz. 4.

⁶⁶² vgl. BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 36/06, NJW 2007, 2540 Rz. 16.

⁶⁶³ BR-Drucks. 494/88, S. 28.

nach § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV beruht vielmehr auch auf Praktikabilitäts- und Wirtschaftlichkeitsgründen⁶⁶⁴. Vor diesem Hintergrund hat der Verordnungsgeber die Ersatzverfahren nach § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV für grundsätzlich gleichwertig erachtet, weshalb - entgegen einer vertretenen Auffassung⁶⁶⁵ - keinem der Ersatzverfahren bereits grundsätzlich Vorrang vor dem anderen eingeräumt werden kann⁶⁶⁶.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass eine ordnungsgemäße Erfassung des tatsächlichen Verbrauchs der Beklagten wegen eines Defekts der Messeinrichtung[en] für ihre damalige Wohnung in den Abrechnungszeiträumen von 2013 bis 2016 nicht erfolgen konnte, weshalb der Kläger grundsätzlich berechtigt war, eine Verteilung der verbrauchsabhängigen Heizkosten der Beklagten entgegen der Vorschrift des § 6 Abs. 1 HeizkV und der mietvertraglichen Vereinbarung der Parteien in § 7 Nr. 3 e) des Mietvertrags durch eine Vergleichsberechnung nach der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV vorzunehmen. Dabei konnte der Kläger auch auf eine Schätzung zurückgreifen, die auf dem Wärmeverbrauch von Räumen in den jeweiligen Abrechnungszeiträumen beruht, die mit der Wohnung der Beklagten vergleichbar sind.

Der vorgebrachte Umstand, dass eine nicht ordnungsgemäße Erfassung in mehreren aufeinander folgenden Abrechnungsperioden von § 9a Abs. 1 HeizkV nicht gedeckt sei, steht der Anwendbarkeit dieser Regelung nicht entgegen. Eine Begrenzung des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV auf einen einzelnen Abrechnungszeitraum geht aus der Vorschrift nicht hervor⁶⁶⁷. Soweit nach dem Wortlaut der Bestimmung die dort geregelten Schätzverfahren zur Anwendung kommen, wenn der anteilige Wärme- und Warmwasserverbrauch von Nutzern "für einen Abrechnungszeitraum" wegen Geräteausfalls oder aus anderen zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann, lässt sich dem lediglich entnehmen, dass die Voraussetzungen des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkV

⁶⁶⁴ BR-Drucks. 494/88, S. 27.

⁶⁶⁵ AG Charlottenburg v. 24.11.2017 - 73 C 47/17, juris Rn. 13; *Lammel*, Heizkostenverordnung, 4. Aufl., § 9a Rz. 29; *Wall* in Herrlein/Knops/Spiegelberg, Kommentar zum Mietrecht, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 11; *Ropertz/Wüstefeld*, NJW 1989, 2365 (2368).

⁶⁶⁶ vgl. auch OLG Hamburg, WuM 2001, 460; Theobald/Kühling/*Schumacher*, Energierecht, Stand: Januar 2021, § 9a HeizkV Rz. 18; *Ormanschick* in: Schmid/Harz, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 16; Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 10.

⁶⁶⁷ vgl. Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 8; a.A. Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 14. Aufl., § 9a HeizkV Rn. 8 f.; *Gruber*, NZM 2000, 842 (844).

für jede einzelne Abrechnungsperiode vorliegen müssen, für die auf die Ersatzverfahren nach § 9a HeizkV zurückgegriffen werden soll. Der Gefahr, dass der Vermieter aus Bequemlichkeit auf die Verbrauchserfassung verzichtet und auf das Schätzungsverfahren ausweicht, wird dadurch begegnet, dass eine Schätzung nur bei Annahme eines zwingenden Grundes zulässig ist⁶⁶⁸. Ein solcher wird beispielsweise jedoch auch anzunehmen sein, wenn ein Defekt zu spät bemerkt worden ist⁶⁶⁹, das Hindernis für eine ordnungsgemäße Erfassung in anderen Abrechnungszeiträumen erneut auftritt oder andere zwingende Gründe entstehen⁶⁷⁰.

Die von dem Kläger vorgenommene Vergleichsberechnung ist nicht schon deshalb fehlerhaft und ein Anspruch des Klägers auf Zahlung rückständiger Betriebskosten bereits aus diesem Grund nicht schlüssig dargelegt, weil der Kläger der Berechnung größtenteils Verbrauchswerte von Wohnungen zugrunde gelegt hat, die sich in anderen Gebäuden befinden als die ehemalige Wohnung der Beklagten, und es aus diesem Grund an der Vergleichbarkeit dieser Räume mit der Wohnung der Beklagten fehlte.

Zwar wird in der mietrechtlichen Literatur teilweise vertreten, die Vergleichbarkeit der (anderen) Räume im Sinne der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkV setze voraus, dass sich diese in demselben Gebäude befinden wie die Räume, für die die Schätzung erfolgt⁶⁷¹. Diese Auffassung ist allerdings unzutreffend⁶⁷².

Für die Auslegung von Gesetzen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des

⁶⁶⁸ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

⁶⁶⁹ so auch im Ergebnis *Wall* in Herrlein/Knops/Spiegelberg, Mietrecht, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 6; *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 6509.

⁶⁷⁰ vgl. Schmid/Harz/Ormanschick, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 2; MünchKommBGB/Zehlein, 8. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 8.

⁶⁷¹ vgl. *Lammel*, Heizkostenverordnung, 4. Aufl., § 9a Rz. 42; Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 14. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 24; MünchKommBGB/Zehlein, 8. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 5; *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., K. Rz. 207; *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 6512; *Wall* in Herrlein/Knops/Spiegelberg, Mietrecht, 5. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 9.

⁶⁷² BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42; ebenso BeckOK-Mietrecht/*Pfeifer*, Stand: 1. August 2021, § 9a HeizkV Rz. 42; Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 18; Schmid/Harz/Ormanschick, Mietrecht, 6. Aufl., § 9a HeizkV Rz. 26.

objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen⁶⁷³. Den Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung bildet grundsätzlich der Wortlaut einer Norm⁶⁷⁴. Denn das nach dem Wortlaut sprachlich Mögliche, also der mögliche Wortsinn, steckt grundsätzlich die Grenzen ab, innerhalb derer ein vom Gesetz verwendeter Begriff überhaupt ausgelegt werden kann⁶⁷⁵.

Danach kommt es für die Vergleichbarkeit von Räumen nicht zwingend darauf an, dass sich diese in demselben Gebäude wie diejenigen befinden, für die eine Schätzung des Wärmeverbrauchs zu erfolgen hat⁶⁷⁶.

Die Auslegung des § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkostenV dahingehend, dass sich vergleichbare Räume im Sinne dieser Vorschrift nur in demselben Gebäude wie die betroffenen Räume befinden dürften, findet bereits im Wortlaut der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV keine Stütze, der im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Ersatzverfahren nur von "vergleichbaren anderen Räumen" spricht, ohne insoweit - worauf die Revision zutreffend hinweist - eine entsprechende Beschränkung hinsichtlich der Örtlichkeit der Räume vorzugeben.

Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift erfordern es nicht, dass eine Schätzung anhand des Verbrauchs für vergleichbare Räume im selben Abrechnungszeitraum nur anhand solcher Räume vorgenommen werden dürfte, die sich in demselben Gebäude befinden wie die Räume, für die eine Schätzung erfolgt⁶⁷⁷.

⁶⁷³ vgl. nur BVerfGE 133, 168 Rz. 66; BVerfG v. 26.8.2014 - 2 BvR 2400/13, NJW 2014, 3504 Rz. 15; BGH v. 15.5.2019 - VIII ZR 135/18, juris Rz. 31; BGH v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 Rz. 54; jeweils m.w.N.

⁶⁷⁴ vgl. BVerfGE 122, 248 (258, 283); BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, unter II 2 a aa, zur Veröffentlichung bestimmt; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl., Rz. 742; Staudinger/Honsell, BGB, Neubearb. 2018, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch Rz. 153.

⁶⁷⁵ vgl. BGH v. 30.6.1966 - KZR 5/65, BGHZ 46, 74, 76; BGH v. 12.3.2013 - XI ZR 227/12, BGHZ 197, 21 Rz. 41.

⁶⁷⁶ BGH v. 27.10.2021 - VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

⁶⁷⁷ BGH v. 27.10.2021 - VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

Zuletzt spricht auch die Systematik der Regelung der Ersatzverfahren nach § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV dagegen, dass sich die vergleichbaren (anderen) Räume in demselben Gebäude befinden müssen wie die Räumlichkeiten, bezüglich derer die Schätzung erfolgt. Denn ein die Merkmale des konkreten Gebäudes berücksichtigendes Ersatzverfahren ist gesondert in § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 HeizkostenV geregelt, der eine Ermittlung des Verbrauchs auch anhand des Durchschnittsverbrauchs des Gebäudes erlaubt, in dem sich die von dem Ausfall betroffenen Räume befinden. Die Schätzungsmöglichkeiten nach § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 und Alt. 3 HeizkostenV würden sich weitgehend überschneiden, wenn sich auch die vergleichbaren (anderen) Räume nach § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkostenV in dem Gebäude befinden müssten, in dem sich ebenfalls die Räume befinden, bezüglich derer die Schätzung erfolgt⁶⁷⁸.

Diese Auslegung der Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HeizkostenV führt auch nicht zu einem unbilligen Kostenrisiko des Mieters⁶⁷⁹.

13.2 Kürzung nach § 12 HeizkV

Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkV hat der Nutzer das Recht, soweit die Kosten der Versorgung mit Wärme oder Warmwasser entgegen den Vorschriften der Verordnung nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werden, den auf ihn entfallenden Anteil um 15 % zu kürzen. Eine Abrechnung ist dann nicht verbrauchsabhängig im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkV, wenn sie - auch nur teilweise - nicht den einschlägigen Bestimmungen der HeizkostenV entspricht, was der Ordnungsgeber durch die Formulierung "entgegen den Vorschriften dieser Verordnung" zum Ausdruck gebracht hat⁶⁸⁰.

An diesem Maßstab gemessen hat die Beklagte über die Kosten für Wärme und Warmwasser in den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2016 und 2017 nicht verbrauchsabhängig abgerechnet und hat der Kläger daher das von ihm ausgeübte Kürzungsrecht nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkV⁶⁸¹.

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 HeizkV sind Heizkosten in Objekten mit zentralen Heizungsanlagen oder mit Wärmelieferung (§ 1 Abs. 1 HeizkV) im Interesse

⁶⁷⁸ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

⁶⁷⁹ BGH v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, GE 2022, 42.

⁶⁸⁰ vgl. BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rz. 21.

⁶⁸¹ BGH v. 12.1.2022 – VIII ZR 151/20, WuM 2022, 109.

eines sparsamen Umgangs mit Energie grundsätzlich nach dem konkreten Verbrauch der einzelnen Nutzer zu verteilen. Die Einzelheiten der Verteilung sind in §§ 7 bis 9 HeizkV geregelt⁶⁸². Um eine verbrauchsabhängige Kostenverteilung sicherzustellen, schreibt § 4 Abs. 1 HeizkV vor, dass der anteilige Verbrauch an Wärme und Warmwasser zu erfassen ist.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts verfügte das Wohngebäude, in dem sich die vormals von dem Kläger und seiner Ehefrau gemietete Wohnung befindet, im zu beurteilenden Zeitraum über eine zentrale verbundene Anlage zur Versorgung der Wohnungen mit Wärme und mit Warmwasser mittels gewerblicher Lieferung von Fernwärme. Für derartige Anlagen sieht § 9 Abs. 1 Satz 1 HeizkV vor, dass die einheitlich für Wärme und Warmwasser entstandenen Kosten des Betriebs aufzuteilen sind und zwar gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 HeizkV anhand der Anteile am Wärmeverbrauch. Zur Ermittlung der beiden Anteile am Wärmeverbrauch sieht § 9 Abs. 1 Satz 4 HeizkV vor, dass der Verbrauch der zentralen Warmwasserversorgungsanlage von dem gesamten Verbrauch der verbundenen Anlage abzuziehen ist. Zu diesem Zweck regelt § 9 Abs. 2 Satz 1 HeizkV, dass die auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallende Wärmemenge ab dem 31. Dezember 2013 mit einem Wärmezähler zu messen ist.

Über einen entsprechenden Wärmezähler verfügte die mit der Wärmeversorgung verbundene zentrale Warmwasserversorgungsanlage in dem Mehrparteienhaus in den Jahren 2016 und 2017 nicht, weshalb der Beklagten eine den Anforderungen des § 9 Abs. 1 HeizkV genügende verbrauchsabhängige Abrechnung der Kosten für Wärme und Warmwasser in den Jahren 2016 und 2017 nicht möglich war⁶⁸³.

Die Beklagte durfte eine Trennung der Kosten für Wärme und Warmwasser auch nicht nach der in § 9 Abs. 2 Satz 4 HeizkV aufgeführten Rechenformel vornehmen, weil die Voraussetzungen für eine Trennung der Kosten nach dieser Vorschrift ebenfalls nicht gegeben waren. Die genannte Bestimmung erlaubt in Ausnahmefällen eine rechnerische Ermittlung der auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallenden Wärmemenge in Abhängigkeit zu

⁶⁸² vgl. auch BGH v. 16.11.2005 - VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rz. 11; BGH v. 27.10.2021 - VIII ZR 264/19, juris Rz. 16.

⁶⁸³ BGH v. 12.1.2022 – VIII ZR 151/20, WuM 2022, 109.

der durch die zentrale Anlage mit Warmwasser versorgten Fläche, wenn weder die Wärmemenge noch das Volumen des verbrauchten Wassers gemessen werden können. Der Beklagten war jedoch ausweislich der von ihr erstellten Abrechnungen die Messung des Volumens des verbrauchten Wassers aufgrund der für die einzelnen Wohnungen installierten Warmwasserzähler möglich.

Die im Hinblick auf § 9 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 4 HeizkV nicht ordnungsgemäße Abrechnung führt - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts⁶⁸⁴ - nach den dargestellten Grundsätzen dazu, dass dem Kläger im Hinblick auf die Kosten für Wärme und Warmwasser das Kürzungsrecht nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV in Höhe von 15 % zusteht⁶⁸⁵.

14 Beendigung des Mietvertrages

14.1 Kündigungsausschluss

14.1.1 Vertraglicher Ausschluss von Eigenbedarf bei Erwerb nach ZVG

Im Rahmen der Zwangsversteigerung tritt der Ersteher nach der gemäß § 57 ZVG entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 566 BGB - wenn der Mietgegenstand an den Mieter überlassen wurde - in ein zwischen dem Voreigentümer und dem Mieter bestehendes Mietverhältnis ein. Der Ersteher ist allerdings gemäß § 57a ZVG berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung ist aber ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist. Nach § 573d Abs. 1 BGB finden auf diesen Fall der außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist zudem die Vorschriften der §§ 573, 573a BGB entsprechende Anwendung.

⁶⁸⁴ ebenso LG Berlin v. 20.6.2018 - 65 S 29/18, juris Rz. 7 ff.; LG Berlin [67. Zivilkammer], WuM 2017, 463 f.; MünchKomm/Zehlein, 8. Aufl., § 12 HeizkV Rz. 1; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., K Rz. 150; wohl auch BeckOGK/Dräger, HeizkostenV, Stand: 1. Juli 2021, § 12 Rz. 8.

⁶⁸⁵ vgl. auch LG Potsdam, WuM 2018, 90; LG Berlin v. 16.1.2018 - 63 S 91/17, juris Rz. 25 ff.; LG Halle, WuM 2019, 318 f.; LG Frankfurt v. 28.10.2019 - 2/11 S 38/19, juris Rz. 26 ff.; AG Osnabrück, WuM 2021, 591; BeckOK-Mietrecht/Pfeifer, Stand: 1. November 2021, § 12 HeizkV Rz. 11c; Wall, Betriebs- und Heizkosten-Kommentar, 5. Aufl., § 9 HeizkV Rz. 6329; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 15. Aufl., § 9 HeizkV Rn. 13; Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 12 HeizkV Rz. 24; im Grundsatz ebenso LG Itzehoe, ZMR 2019, 499, 500; Schmid/Harz/Ormanschick, Mietrecht, 6. Aufl., § 12 HeizkV Rz. 13.

Der Eintritt des Erstehers in das Mietverhältnis bewirkt grundsätzlich nicht, dass das gesetzlich vorgesehene Sonderkündigungsrecht aufgrund von mietvertraglichen Kündigungsausschlüssen oder -beschränkungen entfiele.

Dies ergibt sich jedoch nicht aus einem Vergleich mit der Vorschrift des § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Hiernach ist der Eigentümer, der nach dem Ende des Nießbrauchs in ein zwischen dem Nießbraucher und dem Mieter geschlossenen Vertrag eintritt, berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Über den in § 2135 BGB angeordneten Verweis auf die Bestimmung des § 1056 BGB gilt Entsprechendes beim Eintritt des Nacherben in ein zwischen dem Vorerben und dem Mieter abgeschlossenes Mietverhältnis. Zwar ist der Wortlaut des § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB nahezu mit demjenigen des § 57a ZVG identisch und ist anerkannt, dass der nach § 1056 Abs. 1, § 2135 BGB eintretende Eigentümer bzw. Nacherbe an vertragliche Kündigungsbeschränkungen, die der Nießbraucher bzw. der Vorerbe mit dem Mieter vereinbart hat, nicht gebunden ist⁶⁸⁶. Jedoch liegen den beiden Sonderkündigungsrechten in § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB einerseits und in § 57a ZVG andererseits unterschiedliche Eintritts- bzw. Erwerbsvorgänge zu Grunde.

Denn im Falle der Zwangsversteigerung erwirbt der Ersteher das Eigentum nicht rechtsgeschäftlich, sondern kraft staatlichen Hoheitsakts durch den Zuschlag (§ 90 Abs. 1 ZVG)⁶⁸⁷. Es kommt somit nicht darauf an, ob der Vollstreckungsschuldner dem Nießbraucher bzw. dem Vorerben gleichzustellen sei, da diesen Personen die "Rechtsmacht" fehle, über ihre Besitz- bzw. Eigentumszeit hinausgehende Bindungen zu Lasten Dritter einzugehen.

Vielmehr ergibt sich das unbeschränkte Bestehen des gesetzlichen Sonderkündigungsrechts daraus, dass im Falle der Zwangsversteigerung allein der Zuschlag Inhalt und Umfang des Eigentumserwerbs des Erstehers festlegt. Als privatrechtsgestaltender Hoheitsakt bestimmt der Zuschlagsbeschluss die Rechtsstellung des Erstehers und die Änderungen, die durch den Zuschlag an

⁶⁸⁶ vgl. BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 50/11, WuM 2011, 690 Rz. 12; BGH v. 1.7.2015 - VIII ZR 278/13, NJW 2015, 2650 Rz. 24.

⁶⁸⁷ vgl. BGH v. 4.7.1990 - IV ZR 174/89, BGHZ 112, 59 (61); BGH v. 18.10.2007 - V ZB 44/07, NJW-RR 2008, 222 Rz. 11.

den Rechten der Beteiligten eintreten⁶⁸⁸. Davon ist auch das Verhältnis des Erstehers zum Mieter erfasst.

Der Ersteher tritt zwar nach § 57 ZVG, § 566 BGB in das Mietverhältnis ein. Dieser Eintritt wird jedoch dergestalt modifiziert, dass er "nach Maßgabe" (unter anderem) des § 57a ZVG erfolgt. Während der nach § 566 BGB infolge einer Veräußerung in das Mietverhältnis eintretende Erwerber kündigungseinschränkende Vereinbarungen zwischen dem Mieter und dem vormaligen Eigentümer grundsätzlich gegen sich gelten lassen muss⁶⁸⁹, gilt dies somit für den Ersteher, dessen Eintritt in das Mietverhältnis mit der Zubilligung eines gesetzlichen Sonderkündigungsrechts einhergeht, nicht.

Denn das Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG zählt zu den - gemäß § 82 ZVG in den Zuschlagsbeschluss aufzunehmenden - gesetzlichen Versteigerungsbedingungen⁶⁹⁰. Die staatliche Eigentumsverleihung erfolgt grundsätzlich zu diesen im ZVG geregelten Bedingungen. Sie liegen der Zuschlagserteilung zu Grunde und sind daher für die Bestimmung von Inhalt und Umfang des Eigentumserwerbs des Erstehers maßgebend.

Das (quasi dingliche) Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG ist somit grundsätzlich Bestandteil des Eigentumserwerbs. Der Zuschlag zu den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen gibt dem Ersteher die öffentliche Gewähr, dass er dieses Sonderkündigungsrecht ausüben darf, und zwar mit der im Gesetz geregelten Wirkung, dass das Grundstück bzw. das Wohnungseigentum ohne Rücksicht auf besondere schuldrechtliche Gestaltungen "von der Mietlast frei wird"⁶⁹¹. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes überlagern insoweit das Zivilrecht⁶⁹². Das außerordentliche Kündigungsrecht - als gesetzliche Versteigerungsbedingung und damit als notwendiger Bestandteil des Zuschlagsbeschlusses kann folglich nicht durch eine vertragliche Vereinbarung

⁶⁸⁸ vgl. BGH, v. 8.11.2013 - V ZR 155/12, BGHZ 199, 31 Rz. 8 m.w.N.

⁶⁸⁹ vgl. BGH v. 4.4.2007 - VIII ZR 223/06, NJW 2007, 1742 Rz. 12 ff.; BGH v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13, NJW-RR 2014, 78 Rz. 13.

⁶⁹⁰ vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 83/08, WuM 2009, 367 Rz. 16 f. [zu § 57c ZVG aF]; BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, BGHZ 198, 337 Rz. 14; ebenso bereits RGZ 124, 195 (199 f.); siehe ferner KG, NZM 2012, 304 (305) [jeweils zu § 57a ZVG].

⁶⁹¹ vgl. RGZ 124, 195 (200).

⁶⁹² vgl. BGH v. 30.10.2013 - XII ZR 113/12, BGHZ 198, 337 Rz. 14.

zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Mieter ausgeschlossen oder eingeschränkt werden⁶⁹³.

Aus diesem Grund ist ein Umkehrschluss aus § 573d Abs. 3, § 573 Abs. 4 BGB nicht gerechtfertigt. Nach diesen Bestimmungen sind von den gesetzlichen Kündigungsschutzvorschriften zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam. Aufgrund der beschriebenen privatrechtsgestaltenden Wirkung des Zuschlags folgt hieraus aber nicht im Wege eines Umkehrschlusses, dass zu Gunsten des Mieters getroffene Vereinbarungen in der Zwangsversteigerung zu Lasten des Erstehers Geltung beanspruchen könnten.

Überdies spricht der Sinn und Zweck der Regelung des § 57a ZVG dafür, dass das Sonderkündigungsrecht nicht durch Vereinbarungen zwischen dem Mieter und dem vormaligen Eigentümer eingeschränkt werden kann. Denn, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, schützt § 57a ZVG vorrangig die Gläubiger des Vollstreckungsschuldners.

Die Realgläubiger, mithin die grundpfandrechtlich gesicherten Gläubiger des Vollstreckungsschuldners, haben ein Interesse daran, im Zwangsversteigerungsverfahren einen möglichst hohen Erlös zu erzielen, was wiederum voraussetzt, dass der Ersteher sich von der schuldrechtlichen Last eines Mietvertrags befreien kann⁶⁹⁴. Denn das Mietverhältnis stellt einen wertmindernden Faktor dar und insbesondere dessen längeres Bestehen, welches auch durch sonstige Beschränkungen dem neuen Eigentümer hinderlich ist, kann der Erzielung eines angemessenen Erlöses entgegenstehen, da in einem solchen Fall geringere Gebote abgegeben werden⁶⁹⁵. Von Mietern genutzte Grundstücke werden sich vor diesem Hintergrund ohne das Sonderkündigungsrecht in der Regel schlechter versteigern lassen und darum weniger gern beliehen⁶⁹⁶.

Durch die Zuerkennung eines Sonderkündigungsrechts zugunsten des Erstehers sind im Ergebnis somit die Interessen des Mieters grundsätzlich

⁶⁹³ vgl. Stöber/*Gajowczyk*, 22. Aufl., § 57a ZVG Rz. 34.

⁶⁹⁴ vgl. BGH v. 17.5.1978 - VIII ZR 48/77, WuM 1978, 164 unter 2 a; KG, NZM 2012, 304 (305).

⁶⁹⁵ vgl. *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 5, S. 48, 118.

⁶⁹⁶ BGH v. 15.09.2021 - VIII ZR 76/20, ■.

denen des Realkredits untergeordnet⁶⁹⁷ mit der Folge, dass der Ersteher das Sonderkündigungsrecht aus § 57a ZVG ungeachtet schuldrechtlicher Vereinbarungen zwischen dem Voreigentümer und dem Mieter ausüben kann.

14.1.2 Veräußerung an einen Miteigentümer

Nach § 577a Abs. 1 BGB kann sich ein Erwerber, wenn an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden ist, auf berechnigte Interessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB (Tatbestände des Eigenbedarfs oder der wirtschaftlichen Verwertung) erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Veräußerung berufen. Diese Kündigungssperrfrist beträgt gemäß § 577a Abs. 2 Satz 1 BGB bis zu zehn Jahre, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist und diese Gebiete gemäß § 577a Abs. 2 Satz 2 BGB durch Rechtsverordnung einer Landesregierung bestimmt sind.

Von dieser Ermächtigung hat das Land Berlin mittels der Verordnung im Sinne des § 577a Abs. 2 BGB über den verlängerten Kündigungsschutz bei Umwandlung einer Mietwohnung in eine Eigentumswohnung (Kündigungsschutzklauselverordnung) vom 13. August 2013⁶⁹⁸ Gebrauch gemacht. Nach § 2 dieser Kündigungsschutzklauselverordnung kann sich ein Erwerber von Wohnungseigentum auf ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 BGB in Berlin erst nach Ablauf von zehn Jahren berufen.

Diese Sperrfrist war, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen ist, bei Zugang der Eigenbedarfskündigung der Kläger an die Beklagte⁶⁹⁹ im Jahr 2018 noch nicht abgelaufen.

Nach § 577a Abs. 1 BGB beginnt die Kündigungssperrfrist mit der (erstmaligen) Veräußerung des zuvor gebildeten Wohnungseigentums an einen Erwerber. Eine solche fristauslösende Veräußerung erfolgte erst im Jahr 2015 mit der Eigentumsübertragung an die von M.O. GmbH. Entgegen der Ansicht der

⁶⁹⁷ BGH v. 15.09.2021 - VIII ZR 76/20, ■.

⁶⁹⁸ GVBl. S. 488.

⁶⁹⁹ vgl. zum maßgebenden Zeitpunkt Senatsurteil vom 9. Juli 2003 - VIII ZR 26/03, NJW 2003, 3265 unter II 3 a

Revision stellte die zuvor im Jahr 1997 erfolgte Übertragung des 1/5-Miteigentumsanteils an der vermieteten Eigentumswohnung auf den weiteren Miteigentümer keine Veräußerung an einen "Erwerber" dar. Zwar liegt hierin, ungeachtet dessen, dass die Eigentumsübertragung nicht auf einem Kaufvertrag zwischen Herrn A. und Herrn B. beruht, eine Veräußerung. Jedoch ist der bisherige Miteigentümer und Mitvermieter A. nicht "Erwerber" nach § 577a Abs. 1 BGB⁷⁰⁰.

Dies folgt aus dem Zweck der Norm, wonach allein dem durch die Umwandlung in Wohnungseigentum gefährdeten Bestandsschutzinteresse des Mieters Rechnung getragen werden soll. Eine solche Gefährdung löste der Übergang des 1/5-Miteigentumsanteils auf den bisherigen Miteigentümer zu 4/5, Herrn A. , im Jahr 1997 nicht aus.

Mit der Kündigungssperrfrist für Eigenbedarfskündigungen will der Gesetzgeber den Mieter davor schützen, dass umgewandelte Eigentumswohnungen häufig zur Befriedigung eigenen Wohnbedarfs erworben werden, der durch die Kündigungsschutzbestimmungen erstrebte Bestandsschutz für den Mieter dadurch also besonders gefährdet ist. Der Mieter soll vor "willkürlichen Kündigungen" geschützt werden, die regelmäßige Folge eines durch die Veräußerung erst geschaffenen Eigenbedarfs sind⁷⁰¹. Gerade die erhöhte Gefahr einer Eigenbedarfs- beziehungsweise Verwertungskündigung nach Umwandlung des vermieteten Wohnraums in eine Eigentumswohnung und Veräußerung an einen neuen Eigentümer stellt nach der Auffassung des Gesetzgebers auch die Rechtfertigung für die mit der (verlängerten) Kündigungssperrfrist verbundene Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Eigentümerbefugnisse (Art. 14 Abs. 1 GG) sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers dar⁷⁰². Auf den Schutz vor einer unabhängig von der Umwandlung bestehenden Eigenbedarfslage ist die Vorschrift nach ihrem Normzweck dagegen nicht zugeschnitten. Die Wartefristregelung aus § 577a Abs. 1, 2 BGB für eine Eigenbedarfskündigung greift dabei nicht schon bei der

⁷⁰⁰ BGH v. 22.06.2022 – VIII ZR 356/20, WuM 2022, 495.

⁷⁰¹ vgl. BT-Drucks. 11/6374, S. 5; BGH v. 6.7.1994 - VIII ARZ 2/94, BGHZ 126, 357, 364 f. [zu § 564b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB aF].

⁷⁰² vgl. BT-Drucks. 11/6374, S. 5 f.; BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 127/08, NJW 2009, 1808 Rn. 14; vom 16. Juli 2009 - VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 Rn. 19; vom 23. Juni 2010 - VIII ZR 325/09, NZM 2010, 821 Rn. 16

Begründung von Wohnungseigentum ein, sondern erst nach Veräußerung der Eigentumswohnung⁷⁰³.

Angesichts des Schutzzwecks des § 577a Abs. 1 BGB setzt eine Veräußerung an einen Erwerber einen tatsächlichen Wechsel in der Person des Wohnungseigentümers voraus und zwar dergestalt, dass mit einem solchen Wechsel des Rechtsträgers neu in Betracht kommender, bis zu diesem Zeitpunkt für den Mieter nicht zu befürchtender Eigen- beziehungsweise Verwertungsbedarf geschaffen wird⁷⁰⁴.

Ein solcher Rechtsträgerwechsel an der hier betroffenen Wohnung hat im Jahr 1997 nicht stattgefunden. Durch die Übertragung des 1/5-Miteigentumsanteils von Herrn B. auf den bisherigen Miteigentümer A. erfolgte zwar ein Eigentumswechsel. Allein diese geänderte Eigentumsposition führt jedoch entgegen der Ansicht der Revision⁷⁰⁵ nicht dazu, dass der Miteigentümer als "Erwerber" i.S.d. § 577a Abs. 1 BGB anzusehen wäre. Denn entscheidend ist, was das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, dass es infolge dieser Übertragung des Miteigentumsanteils nicht zu einem Wechsel in der Vermieterstellung gekommen ist und somit das Risiko einer Eigenbedarfskündigung nicht zu Lasten der Mieter erhöht wurde.

Durch die (erste) Übertragung des 1/5-Miteigentumsanteils am damals noch ungeteilten Grundstück von der bisherigen Alleineigentümerin auf Herrn B. im Jahr 1990 wurde dieser gemäß § 566 Abs. 1 BGB zum (Mit-)Vermieter. Denn auch wenn lediglich ein Miteigentumsanteil veräußert wird, tritt der Erwerber - selbst dann, wenn er nicht bereits Miteigentümer war - gemäß § 566 Abs. 1 BGB neben den verbleibenden Miteigentümern in den Vertrag auf Vermieterseite ein⁷⁰⁶. Dies gilt auch dann, wenn - wie vorliegend - vor der Veräußerung noch keine Miteigentümergeinschaft bestand, sondern ein vermietender Alleineigentümer einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück veräußert⁷⁰⁷.

⁷⁰³ BGH v. 22.06.2022 – VIII ZR 356/20, WuM 2022, 495.

⁷⁰⁴ BGH v. 22.06.2022 – VIII ZR 356/20, WuM 2022, 495.

⁷⁰⁵ abstellend auf BayObLG, NJW 1982, 451 unter II 3 b [zu § 564b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB aF]; ebenso Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2021, § 577a BGB Rz. 17; Erman/Lützenkirchen, 16. Aufl., § 577a BGB Rz. 6.

⁷⁰⁶ vgl. BGH v. 23.11.2011 - VIII ZR 74/11, NJW-RR 2012, 237 Rz. 23; BGH v. 25.4.2018 - VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rz. 35.

⁷⁰⁷ vgl. BGH v. 17.3.2022 - V ZB 4/21, juris Rn. 9 m.w.N.

Nach dem Ableben der ursprünglichen Eigentümerin erwarb ihr Alleinerbe A. deren verbleibenden 4/5-Miteigentumsanteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 Abs. 1, § 1967 Abs. 1 BGB), so dass dieser seitdem zu 4/5 und Herr B. zu 1/5 Miteigentümer des Grundstücks und beide Vermieter waren.

Die anschließende Begründung des Wohnungseigentums nach § 8 WEG durch die damaligen Miteigentümer - mit der Folge, dass an jeder Eigentumswohnung zunächst Herr A. zu 4/5 und Herr B. zu 1/5 Miteigentümer waren - führte ebenfalls zu keinem Rechtsträgerwechsel im Sinne des § 577a Abs. 1 BGB, da eine Veränderung auf Vermieterseite aufgrund der Fortsetzung der Bruchteilsgemeinschaft am Wohnungseigentum nicht erfolgte⁷⁰⁸.

Aufgrund der nachfolgenden Veräußerung des 1/5-Miteigentumsanteils an der hier in Rede stehenden Wohnung durch Herrn B. an Herrn A. nach Begründung des Wohnungseigentums wurde letzterer zwar zum Alleineigentümer. Allein dieser Eigentumswechsel stellt jedoch - in Anbetracht des beschriebenen Schutzzwecks des § 577a BGB - noch keine Veräußerung an einen Erwerber im Sinne des § 577a Abs. 1 BGB dar. Denn entscheidend ist, ob sich infolge der Veräußerung des Wohnungseigentums die Gefahr einer Eigenbedarfskündigung zu Lasten des Mieters erhöht hat. Dies war vorliegend nicht der Fall, da sich (auch) durch diesen Eigentumswechsel an der Vermieterstellung nichts geändert hat. Vielmehr ist Herr B. infolge der Übertragung seines Miteigentumsanteils nicht aus der Vermieterstellung ausgeschieden und demzufolge Herr A. nicht allein Vermieter geworden. Denn die Voraussetzungen des § 566 Abs. 1 BGB lagen nicht vor. Hiernach muss die Veräußerung an einen Dritten erfolgen, das heißt, der veräußernde Eigentümer und der Erwerber müssen personenverschieden sein, der Erwerber darf bis zum Erwerb nicht Vermieter gewesen sein⁷⁰⁹. Dies war wie ausgeführt nicht der Fall, da Herr A. bereits vor dem (Mit-)Eigentumserwerb Vermieter der Wohnung war.

Nach alledem hätte - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - eine Kündigung wegen Eigenbedarfs sowohl des Herrn A. als auch des Herrn B.

⁷⁰⁸ vgl. BGH v. 6.7.1994 - VIII ARZ 2/94, BGHZ 126, 357 (364).

⁷⁰⁹ vgl. BGH v. 9.1.2019 - VIII ZB 26/17, NJW-RR 2019, 332 Rz. 10 m.w.N.; a.A. BayObLG, NJW 1982, 451 unter II 3 b.

in gleicher Weise vor wie nach der Veräußerung des 1/5-Miteigentumsanteils im Jahr 1997 erfolgen können. Denn auch ein Miteigentümer kann sich ohne Rücksicht auf seine quotielle Beteiligung am Grundstück auf Eigenbedarf gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB berufen, da dieser nicht bei allen Mitgliedern einer vermietenden Bruchteilsgemeinschaft vorliegen muss, sondern es vielmehr genügt, wenn er bei einem Miteigentümer gegeben ist.

14.1.3 Kündigungssperre nach § 577a BGB bei geschiedenen Ehegatten

Nach § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB gilt die Kündigungsbeschränkung des § 577a Abs. 1 BGB, wonach sich ein Erwerber, wenn an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden ist, erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Veräußerung auf berechnigte Interessen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB (Tatbestände des Eigenbedarfs oder der wirtschaftlichen Verwertung) berufen kann, entsprechend, wenn vermieteter Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter an eine Personengesellschaft oder an mehrere Erwerber veräußert worden ist.

Dies ist hier der Fall⁷¹⁰. Denn das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück ist nach Vermietung und Überlassung an den Beklagten zu 1 an die Kläger als Erwerbermehrheit veräußert worden. Das Anwesen, als dessen Eigentümer die Kläger am 11. September 2015 im Grundbuch eingetragen wurden, war dem Beklagten zu 1 schon seit dem Jahr 2001 aufgrund Mietvertrags zu Wohnzwecken überlassen. § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB erfordert, wie der Senat bereits entschieden hat, nicht, dass über die im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen hinaus - mithin zusätzlich zu der Veräußerung des vermieteten Wohnraums an mehrere Erwerber nach der Überlassung an den Mieter (§ 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB) - zumindest die Absicht des Erwerbers besteht, den vermieteten Wohnraum in Wohnungseigentum umzuwandeln⁷¹¹.

Jedoch ist die Kündigungssperre des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB im vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kläger unabhängig vom Fortbestand der Ehe "derselben Familie" i.S.v. § 577a

⁷¹⁰ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, GE 2020, 1621.

⁷¹¹ BGH v. 21.3.2018 - VIII ZR 104/17, BGHZ 218, 162 Rz. 30.

Abs. 1a Satz 2 BGB angehören. Es kommt daher nicht auf die vom Berufungsgericht vorgenommene und auch in der Literatur überwiegend vertretene Differenzierung zwischen bloßer Trennung und rechtswirksamer Scheidung der Ehe an⁷¹². Auch der von der Revision genannte Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags ist nicht maßgeblich⁷¹³.

Die Privilegierung von Familien- und Haushaltsangehörigen in § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB ist bei der Einfügung des § 577a Abs. 1a BGB durch das Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz) vom 11. März 2013⁷¹⁴ der Regelung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nachgebildet worden⁷¹⁵. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll zur Auslegung der Vorschrift auf die zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Als Anknüpfungspunkt dafür, wie weit der Kreis der Familienangehörigen in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu ziehen ist, hatte der VIII. Senat zuvor bereits in seinem Urteil vom 27. Januar 2010⁷¹⁶ die Wertungen der Regelungen über ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen herangezogen. Diese konkretisieren mit Rücksicht auf eine typisierte persönliche Nähebeziehung den Kreis privilegierter Familienangehöriger, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich eine persönliche Bindung besteht⁷¹⁷.

Damit sind diejenigen Personen, denen das Prozessrecht ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen gewährt, unabhängig vom Vorliegen eines konkreten, tatsächlichen Näheverhältnisses Familienangehörige gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, zu deren Gunsten eine Eigenbedarfskündigung ausgesprochen werden kann. Hierunter fallen Ehegatten auch dann, wenn sie getrennt leben, ein Scheidungsantrag bereits eingereicht oder die Scheidung vollzogen ist⁷¹⁸. Denn gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 2

⁷¹² vgl. Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 573 BGB Rz. 86; NK-BGB/Hinz, 3. Aufl., § 573 BGB Rz. 39; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl., § 573 BGB Rz. 55; Spielbauer/Schneider/Krenek, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 BGB Rz. 56; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 573 BGB Rz. 40.

⁷¹³ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

⁷¹⁴ BGBl. I S. 434.

⁷¹⁵ BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

⁷¹⁶ BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

⁷¹⁷ BGH v. 27.10.2010 - VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 Rz. 22.

⁷¹⁸ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

ZPO (ebenso nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO) ist ein Ehegatte selbst dann zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, wenn die Ehe nicht mehr besteht.

Für den Begriff des Familienangehörigen gemäß § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB gilt dasselbe; auch insoweit ist der Ehegatte unabhängig vom Fortbestand der Ehe Familienangehöriger, so dass die Sperrfrist bei Erwerb durch Ehegatten oder geschiedene Ehegatten nicht eingreift.

Auch führt der Umstand, dass nicht beide Kläger, sondern lediglich die Klägerin zu 2 (mit weiteren Familienangehörigen) in das den Beklagten überlassene Haus einziehen wollen, nicht zur Anwendbarkeit der dreijährigen Sperrfrist⁷¹⁹. Denn § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB setzt nicht voraus, dass die Erwerber, die zu derselben Familie gehören, den zur Eigennutzung erworbenen vermieteten Wohnraum auch gemeinsam nutzen möchten. Eine solche Einschränkung findet bereits im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze. Denn danach ist Anknüpfungspunkt allein der gemeinsame Erwerb, nicht eine beabsichtigte gemeinschaftliche Nutzung.

Eine einschränkende Auslegung ist auch mit der Systematik der Norm unvereinbar. Denn § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB privilegiert nicht nur die Eigenbedarfs, sondern auch die Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB durch Erwerber, die derselben Familie angehören⁷²⁰. Der Gesetzesbegründung lässt sich die von der Revision als ungeschriebene Voraussetzung angesehene Absicht einer gemeinschaftlichen Nutzung durch die Erwerber ebenfalls nicht entnehmen. Denn dort heißt es nur, dass § 577a Abs. 1a Satz 2 BGB den Fall regeln solle, dass mehrere Familienmitglieder oder Personen, die ein und demselben Haushalt angehören, ein bebautes Grundstück zur Selbstnutzung erwerben. Dieser Erwerb zum Zwecke der Eigennutzung solle nicht erschwert werden, weil hier aufgrund der engen personalen Bindung ein legitimes Interesse an der zeitnahen Geltendmachung des Eigenbedarfs bestehe⁷²¹.

Damit wird zwar auch der von der Revision angeführte Fall, dass Ehegatten ein bebautes Grundstück zur gemeinschaftlichen Eigennutzung erwerben, privilegiert. Eine Beschränkung auf Fälle der gemeinschaftlichen Eigennutzung

⁷¹⁹ BGH v. 2.9.2020 – VIII ZR 35/19, ■.

⁷²⁰ vgl. MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 577a BGB Rz. 17.

⁷²¹ BT-Drucks. 17/10485, S. 26.

folgt aus diesen Passagen der Gesetzesbegründung jedoch nicht. Vielmehr verdeutlicht der nachfolgende Satz, wonach für die Auslegung auf die Rechtsprechung zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zurückgegriffen werden könne, dass es gerade nicht auf einen gemeinschaftlichen Nutzungswunsch ankommt. Denn auch § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB setzt nicht voraus, dass der Vermieter die Wohnung gemeinsam mit seinen Familienangehörigen nutzen möchte⁷²².

14.1.4 § 575 BGB: Nutzungswille der Bedarfsperson

Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht nach diesen Maßstäben das ihm in § 398 ZPO eingeräumte Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Das Berufungsgericht hat einen Räumungsanspruch der Klägerin nach § 546 Abs. 1 BGB mit der Erwägung bejaht, der Grund für die in § 4 des Mietvertrags wirksam vereinbarte Befristung - Eigenbedarf des Sohns der Klägerin - sei auch im Zeitpunkt des Ablaufs der Befristung (noch) vorhanden gewesen (vgl. § 575 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 BGB)⁷²³. Die Überzeugung hiervon hat es sich allein aus der Niederschrift über den Inhalt der Aussage des in erster Instanz vernommenen Zeugen M. verschafft. Danach stehe fest, dass dieser nach Auszug der Beklagten und der Vornahme einiger baulicher Veränderungen in die Wohnung habe einziehen wollen. Obwohl sich das Amtsgericht nicht mit dem Beweisergebnis der Zeugeneinvernahme befasst habe, unterliege deren Inhalt dennoch durch Verwertung des Protokolls der Niederschrift der freien Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Dies trifft nicht zu. Denn das Amtsgericht hat eine Beweiswürdigung nicht vorgenommen und sich infolgedessen auch nicht mit der Glaubwürdigkeit des Zeugen M. auseinandergesetzt. Daher wäre das Berufungsgericht gehalten gewesen, sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen.

Die erneute Vernehmung des Zeugen M. hätte vom Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache nachgeholt werden müssen, denn der in sein Wissen gestellte Umstand, ob in seiner Person bei Ablauf der vereinbarten Mietdauer beziehungsweise bei Ausspruch der Kündigung ein ernsthafter Eigennutzungswunsch bestand, wäre entscheidungserheblich gewesen.

⁷²² vgl. hierzu Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2018, § 573 BGB Rz. 79 m.w.N.

⁷²³ BGH v. 2.8.2022 – VIII ZR 314/20, ■.

Es kann dahinstehen, ob - wozu der Senat neigt - die Parteien im April 2013 ein zeitlich befristetes Mietverhältnis nach § 575 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam abgeschlossen haben und es deshalb darauf angekommen wäre, ob der Zeuge M. am Ende der vereinbarten Frist den ernsthaften Wunsch hatte, die Wohnung zu nutzen (vgl. § 575 Abs. 3 Satz 2 BGB). Denn selbst, wenn es sich nach § 575 Abs. 1 Satz 2 BGB um ein unbefristetes Mietverhältnis gehandelt haben sollte, wäre ein ernsthafter Nutzungswunsch des Zeugen von streitentscheidender Bedeutung gewesen, da die Klägerin das Mietverhältnis nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils vorsorglich wegen Eigenbedarfs ihres Sohnes ordentlich nach § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB gekündigt hat.

14.2 Fristgerechte Kündigung

14.2.1 Bauliche Veränderungen

Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die Kündigung vom 09.04.2018 unwirksam war und daher eine Verpflichtung zur Räumung, Herausgabe und Beseitigung erst mit Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit des Mietverhältnisses zum 30.08.2022 angenommen⁷²⁴.

Soweit als Kündigungsgrund die Verletzung der mietvertraglichen Verpflichtung, fehlende Genehmigungen einzuholen, in Betracht kommt, liegt darin zumindest keine erhebliche Verletzung, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde. Zwar war die Beklagte nach der Regelung in § 9 des ursprünglichen Mietvertrags verpflichtet, erforderliche Genehmigungen auf eigene Kosten zu beschaffen. Unstreitig gab es mindestens seit 2016 auch Beanstandungen durch die Baubehörden, so wurde insbesondere die Nutzung des Flurstücks .../3 als Parkplatz beanstandet. Diese Nutzung wurde unstreitig im Jahr 2017 durch die Beklagten beendet und von der Baubehörde nicht mehr weiter beanstandet, die fehlende Beschaffung einer diesbezüglichen Genehmigung kann daher als Grund für die Kündigung 2018 nicht mehr herangezogen werden. Hinsichtlich der weiteren Beanstandungen von verschiedenen baulichen Anlagen versuchte die Beklagte eine Einigung mit den Behörden zu erzielen. Baurechtliche Genehmigungsanträge wurden zwar nicht gestellt, die Beklagte erbat im Schreiben vom 27.11.2017 (K 36) aber

⁷²⁴ OLG München v. 5.4.2022 – 32 U 936/21, ZMR 2022, 636.

zumindest ausdrücklich eine Auskunft der Landeshauptstadt ..., ob ein entsprechender Antrag zu stellen sei. Dass bei einem Stellen von Anträgen Genehmigungen hätten erteilt werden können, ist im Hinblick auf die landgerichtliche Beweisaufnahme nicht anzunehmen. Auch die von den Klägern vorgelegten Beseitigungsverfügungen der Landeshauptstadt sprechen von formeller und materieller Baurechtswidrigkeit der baulichen Anlagen. Letztlich kommt es darauf aber gar nicht an, da die Kläger nach ihrem eigenen Vortrag gar kein Interesse an entsprechenden Genehmigungen hatten. Vielmehr sollten sämtliche Gebäude bei Ende des derzeitigen Mietverhältnisses zum 31.08.2022 ohnehin beseitigt werden. Die Kläger hatten nur ein dahingehendes Interesse, keiner Haftung als Eigentümer wegen fehlender Genehmigungen ausgesetzt zu sein. Dieses Interesse hat die Beklagte im Rahmen ihrer nachgewiesenen Bemühungen um eine einvernehmliche Lösung mit den Behörden ausreichend berücksichtigt. Dass keine Genehmigungsanträge gestellt wurden, genügt vor dem Hintergrund der sehr fragwürdigen Genehmigungsfähigkeit und dem fehlenden Interesse der Kläger an einer dauerhaften Nutzung der zu genehmigenden Gebäude als Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 1 BGB daher nicht.

Daran ändert auch der Umstand, dass mangels Genehmigung die Kläger per Bescheid vom 30.08.2018 zur Beseitigung von Gebäude E verpflichtet wurden, nichts. Dieser Bescheid (K 24) lag zum Zeitpunkt der Kündigung noch gar nicht vor und erging aufgrund einer behördlichen Entscheidung. Der Erlass kann daher für die Wirksamkeit der Kündigung keine Rolle spielen, relevant ist insoweit nur, dass der Erlass zum Zeitpunkt der Kündigung wohl schon drohte. Hintergrund der Inanspruchnahme der Kläger für die Beseitigung des Gebäudes E ist, dass das Gebäude E bereits vor Abschluss des Mietvertrages von 1975 errichtet wurde und daher nach Auffassung der Baubehörden im Eigentum der Kläger als Eigentümer des Grundstücks steht. Nach Auffassung der Behörde ist der Eigentümer als Zustandsstörer für die Beseitigung öffentlich-rechtlich unabhängig von anderslautenden zivilrechtlichen Vereinbarungen verantwortlich, während hinsichtlich der anderen baulichen Anlagen, die nach Abschluss des Mietvertrages errichtet wurden, die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der Erbauer als Adressatin der Beseitigungs- und Nutzungsuntersagungsverfügung gewählt wurde (K 25). Es kann insoweit dahinstehen, ob die Kläger - wie vom Landgericht und den Baubehörden angenommen - tatsächlich Eigentümer von

Gebäude E sind oder nicht. Insoweit wäre folgendes zu berücksichtigen. Das Gebäude E ist gemäß der Regelung im Mietvertrag nicht als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks anzusehen, eine Eigentümerstellung der Kläger folgt daher nicht aus § 946 BGB, sondern die Eigentumslage richtet sich nach den §§ 953ff BGB. Auch danach ist aber der Eigentümer der Sache grundsätzlich auch Eigentümer des Bestandteils⁷²⁵. Das Landgericht nimmt daher zu Recht an, dass ein Eigentumsübergang auf den Mieter eine Einigung darüber voraussetzt. Eine Regelung, wie sie im Nachtrag vom 27./29.09.2014 hinsichtlich der Anmietung der Hilmer-Fläche getroffen wurde ("Evtl. dort stehende Gebäude gehören nicht zur Mietsache und gehen in das Eigentum des Mieters über.") und aus der eine Einigung über den Eigentumsübergang geschlossen werden könnte, gab es im Mietvertrag von 1975 über die Fläche, auf der das Gebäude E steht, nicht. Aus dem Umstand, dass in der Nachtragsvereinbarung auch auf die Vereinbarungen zu den sonstigen Flächen Bezug genommen und diese für die Hilmer-Fläche für anwendbar erklärt wurden, ergibt sich nicht, dass umgekehrt der für die Hilmer-Fläche vereinbarte Übergang des Eigentums an evtl. dort stehenden Gebäuden auf die Mieter auch für auf den anderen Flächen stehenden Gebäuden gelten sollte. Letztlich kann die Frage aber offen bleiben, denn wer nun Eigentümer des Gebäudes E ist, spielt im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens eines außerordentlichen Kündigungsgrundes keine Rolle, denn selbst wenn das Eigentum an dem Gebäude E auf die Beklagte übergegangen sein sollte, läge die dann möglicherweise irrige Inanspruchnahme der Kläger durch die Landeshauptstadt nicht im Verantwortungsbereich der Beklagten, da keine Falschinformation durch diese ersichtlich ist. Der mit der Berufung erhobene Vorwurf, die Beklagte habe gegenüber der Landeshauptstadt ... eine Sachherrschaft der Kläger über das Gebäude E vorgetäuscht, ist insoweit nicht nachvollziehbar, als eine solche Täuschung nicht zu einer irrigen Inanspruchnahme der Kläger hätte beitragen können. Die Beklagte hat sich mit der Landeshauptstadt um eine Gesamtlösung bemüht, die auch das Gebäude E mit einbezogen hat. Sie musste sich schon aufgrund der Verpflichtung aus dem Mietvertrag zur Einholung von Genehmigungen insoweit auch als zuständig für das Gebäude E ausgeben.

⁷²⁵ vgl. *Mössner* in BeckOGK, Stand: 01.03.2021, Rz. 49.1. zu § 93 BGB und *Schermaier* in BeckOGK, Stand: 01.03.2021, Rz. 15 ff. zu § 953 BGB.

Anhaltspunkte für eine Täuschung oder für Fehlinformationen ergeben sich aus dem klägerischen Vortrag nicht.

Es ist nach der Beweisaufnahme zudem unwahrscheinlich, dass die Beklagte durch Stellen eines Genehmigungsantrags den Erlass des Bescheids vom 30.08.2018 hätte verhindern können. Jedenfalls aber war es vor dem geschilderten Hintergrund vertretbar, dass die Beklagte anstelle eines förmlichen Antrags auf eine einvernehmliche Lösung gesetzt hat, die mit der Vereinbarung vom 02.10.2018 letztlich auch zumindest teilweise erzielt wurde. Ein Grund für eine außerordentliche Kündigung ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

Soweit mit der Berufung auf weitere Pflichtverletzungen verwiesen wird, ergibt sich auch daraus kein Grund für eine außerordentliche Kündigung. Insbesondere ergibt sich aus dem Vortrag und den zitierten Anlagen keine eine Kündigung rechtfertigende Störung des nachbarlichen Friedens. Die zitierte Beschwerde durch den Nachbarn Mössner stammt gemäß der Anlage K 37 bereits aus dem Jahr 2010, K 42 verhält sich nicht zu nachbarlichen Beschwerden. Der Nachbar Jenner hat sich gegen die bereits 2017 eingestellte Nutzung des Grundstücks .../3 als Parkplatz gewendet. Das Abstellen von Fahrzeugen auf dem von der ... genutzten Grundstück genügt für sich noch nicht für die Annahme der Störung des nachbarlichen Friedens. Es fehlt daher insoweit schon an schlüssigem Vortrag.

Soweit vorgetragen wird, die Beklagte habe ihre mietvertragliche Verpflichtung, den Klägern als Eigentümern des Grundstücks Zutritt zu gewähren, verletzt, ergibt sich auch daraus keine eine außerordentliche Kündigung rechtfertigende Vertragsverletzung. Zum einen datiert der geschilderte Vorfall von Ende 2020 und konnte daher bei der Kündigung 2018 keine Rolle spielen. Zum anderen ergibt sich aus den Anlagen, dass die Beklagte die mit Schreiben vom 09.12.2020 für den 16.12.2020 erbetene Begehung nur wegen der Kurzfristigkeit des Termins abgelehnt und eine Verschiebung auf Januar erbeten hat, da auch Dritte informiert werden müssten. Dies ist im Hinblick auf die erlaubte Untervermietung nachvollziehbar und stellt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich aus dem Schreiben vom 09.12.2020 keine besondere Dringlichkeit für die Begehung ergibt, keine Vertragsverletzung dar.

Ein Anspruch auf Räumung und Beseitigung der Gebäude vor dem 31.08.2022 wurde daher vom Landgericht zu Recht abgelehnt, auch aus einer Gesamtbetrachtung der gerügten Pflichtverletzungen lag am 09.04.2018 kein Grund für eine außerordentliche Kündigung vor.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht über die Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung unter Anwendung des § 544 BGB, da schon der Ausgangsvertrag von 1975 nicht über eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wurde. Im dortigen § 5 wurde eine Laufzeit von 5 Jahren mit Verlängerung um jeweils ein Jahr, wenn nicht mit einer Frist von 3 Monaten zum Jahresende gekündigt wird, geregelt. Der Zusatzvertrag vom 19.03.1981 hat auf diese Regelung Bezug genommen mit der Abänderung des Jahresendes zum 30.06. eines Jahres. Eine Bindung für 30 Jahre oder länger ergibt sich daraus nicht. Das tatsächliche Andauern eines Mietverhältnisses für einen Zeitraum von über 30 Jahren ohne entsprechende rechtliche Bindung für diese Laufzeit fällt aber nicht unter die Vorschrift des § 544 BGB⁷²⁶.

14.2.2 Rechtsmissbräuchlicher Erwerb der Vermieterstellung

Die Vorgehensweise der Klägerinnen zeichnete sich hier dadurch aus, dass der Klägerin zu 2 mit der schenkweisen Übertragung eines 5/100 Miteigentumsanteils formal eine "minimale" Miteigentümerstellung und Mitvermieterstellung verschafft wurde, mit der ersichtlich allein das Ziel verfolgt wurde, eine der Klägerin zu 1 als juristischer Person nicht mögliche Eigenbedarfskündigung zugunsten der Tochter eines Vorstandsmitglieds zu verwirklichen, ohne dass mit der Übertragung eine nennenswerte Änderung der Eigentums- beziehungsweise der wirtschaftlichen Verhältnisse an der Immobilie verbunden war. Die Beurteilung dieser Vorgehensweise als rechtsmissbräuchlich durch das Berufungsgericht hält sich im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung⁷²⁷.

Ob das Berufungsgericht in seinen weiteren Ausführungen § 573 BGB zu Recht als "Kernstück" des mietrechtlichen Bestandsschutzes bezeichnet hat und in diesem Zusammenhang den Regelungszweck des Kündigungstatbestandes

⁷²⁶ vgl. *Lammel* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., Rz. 13 zu § 544 BGB.

⁷²⁷ BGH v. 30.3.2021 – VIII ZR 221/19, WuM 2021, 491.

des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit der Zielsetzung der in § 577a BGB normierten Kündigungsbeschränkungen vermengt hat, kann dahinstehen. Denn es handelt sich bei den diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts um ergänzende Überlegungen, denen für die Würdigung des klägerischen Verhaltens als rechtsmissbräuchlich ersichtlich keine entscheidende Bedeutung zukommt.

14.2.3 Hinweispflicht bei Wegfall des Eigenbedarfs

Der Vermieter verletzt seine vertraglichen Pflichten und ist dem Mieter gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine Kündigung des Mietvertrags schuldhaft auf einen in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarf (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) stützt oder er den Mieter nicht über einen späteren Wegfall des geltend gemachten Eigenbedarfs informiert⁷²⁸.

Diese Hinweispflicht besteht jedoch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Lediglich über einen vor diesem Zeitpunkt eingetretenen Wegfall des Eigenbedarfs - auf den sich auch die Beklagte als teilrechtsfähige (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts berufen kann⁷²⁹ - hat der Vermieter den Mieter zu unterrichten. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien - wie hier - in dem der Kündigung nachfolgenden Räumungsrechtsstreit einen Vergleich schließen, wonach sich der Mieter bis zu einem bestimmten Termin zum Auszug aus der Wohnung verpflichtet⁷³⁰.

Der Wegfall des ursprünglich gegebenen Kündigungsgrundes des Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) löst dann eine Hinweispflicht des Vermieters aus, wenn er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten ist. Nur in einem solchen Fall ist der Vermieter mit Rücksicht auf das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, sich angesichts des bei Wegfall des Kündigungsgrundes noch bestehenden Mietverhältnisses auf die Kündigung zu berufen⁷³¹. Diese zeitliche Eingrenzung bringt - in

⁷²⁸ st. Rspr., vgl. nur BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79 ff.); BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 231/07, NJW 2009, 2059 Rz. 11; BGH v. 13.6.2012 - VIII ZR 356/11, juris Rz. 10; BGH v. 10.6.2015 - VIII ZR 99/14, NJW 2015, 2324 Rz. 14.

⁷²⁹ vgl. BGH v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rz. 14.

⁷³⁰ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁷³¹ vgl. BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79 ff.); BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 28.

verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise⁷³² - die berechtigten Interessen von Mieter und Vermieter in einen angemessenen Ausgleich und sorgt für Rechtssicherheit⁷³³.

Der VIII. Senat hat entschieden, dass es eine nachvertragliche Hinweispflicht des Vermieters nicht gibt, sondern eine solche nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist besteht. Dies hat er maßgebend darauf gestützt, dass eine zeitliche Ausdehnung der Hinweispflicht über das Ende des Mietverhältnisses hinaus mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und eines effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren wäre⁷³⁴.

Nach diesen Maßstäben musste die Beklagte den Kläger nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (31. August 2012) und nicht bis zum Ablauf der vergleichsweise vereinbarten Räumungsfrist (29. Februar 2016) über einen Wegfall des Eigenbedarfs unterrichten⁷³⁵.

Die vorgenannten Aspekte der Rechtssicherheit und des effektiven Rechtsschutzes greifen auch in dem Fall ein, in welchem über die Räumungsklage des Vermieters nicht gerichtlich entschieden wurde, sondern die Parteien sich im Wege eines Vergleichs über den Zeitpunkt des Auszugs des Mieters verständigen⁷³⁶.

Es ist nicht "sachgerecht", deshalb auf den im Vergleich festgelegten Auszugszeitpunkt abzustellen, weil die Parteien diesen an die Stelle des Ablaufs der Kündigungsfrist gesetzt haben⁷³⁷. Allein die Vereinbarung eines Auszugszeitpunkts hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die mit dem Ablauf der Kündigungsfrist eingetretene Beendigung des Mietverhältnisses (§ 542 BGB). Zwar kann die durch eine wirksam erklärte Kündigung bewirkte Umgestaltung des Mietverhältnisses grundsätzlich durch ein rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien - nicht einseitig - rückgängig

⁷³² vgl. BVerfG, NJW 2006, 2033 Rz. 5.

⁷³³ vgl. BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (79); BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 22; BGH v. 13.6.2012 - VIII ZR 356/11, juris Rz. 10.

⁷³⁴ BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (84).

⁷³⁵ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁷³⁶ vgl. BGH v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15, WuM 2016, 743 Rz. 2 und 9.

⁷³⁷ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

gemacht werden⁷³⁸. Ein solcher Wille muss sich jedoch aus dem Räumungsvergleich mit hinreichender Klarheit entnehmen lassen⁷³⁹.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es fehlt an Anhaltspunkten dafür, dass die Parteien hierdurch die Rechtswirkungen der Kündigung einvernehmlich rückgängig machen und damit zugleich die Hinweispflichten des Vermieters zeitlich ausdehnen wollten. Insbesondere ist für einen Willen der Beklagten, die von der Wirksamkeit ihrer bereits einige Jahre zuvor ausgesprochenen Eigenbedarfskündigung ausging, das Ende des Mietverhältnisses hinauszuschieben, nichts ersichtlich. Im Gegenteil spricht, worauf auch die Revision in der mündlichen Verhandlung zutreffend abgestellt hat, der Umstand, dass der Kläger die Eigent Der Schaden des Mieters in Form der Maklerkosten ist zwar noch adäquat kausal auf die - unterstellte - Pflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen⁷⁴⁰.

Adäquat ist eine Bedingung dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der fraglichen Art herbeizuführen. Die Adäquanz kann fehlen, wenn der Geschädigte selbst in völlig ungewöhnlicher oder unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden endgültig herbeiführt⁷⁴¹.

Bei Anwendung dieses Maßstabs liegt es noch nicht außerhalb des zu erwartenden Verlaufs der Dinge, dass ein Mieter die ihm gegenüber ausgesprochene Eigenbedarfskündigung zum Anlass nimmt, seinen künftigen Wohnbedarf nicht wie bisher in angemieteten Räumlichkeiten, sondern in einer Eigentumswohnung zu verwirklichen, und zu dessen Erwerb einen Makler einschaltet.

Die Maklerkosten für den Erwerb der Eigentumswohnung unterfallen jedoch nicht mehr dem Schutzzweck der vertraglichen Pflicht, welche der Vermieter durch den Ausspruch der Kündigung beziehungsweise durch den fehlenden

⁷³⁸ vgl. BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 231/17, BGHZ 220, 1 Rz. 22 m.w.N.

⁷³⁹ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁷⁴⁰ BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁷⁴¹ st. Rspr.; vgl. BGH v. 11.1.2005 - X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 unter 2 b; BGH v. 25.1.2018 - VII ZR 74/15, NJW 2018, 944 Rz. 16.

Hinweis auf den Wegfall des Eigenbedarfs verletzt hat. Denn eine vertragliche Haftung besteht nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde, was vorliegend bezüglich der Maklerkosten und der mietvertraglichen Pflicht zur Gebrauchserhaltung nicht der Fall ist⁷⁴².

In der Rechtsprechung des BGH ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Bestimmung die Haftung gestützt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist⁷⁴³. Die Schadensersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob die verletzte Bestimmung überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Bestimmung das verletzte Rechtsgut schützen soll. Darüber hinaus muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung beziehungsweise der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen. Der Schaden muss in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein "äußerlicher", gleichsam "zufälliger" Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten⁷⁴⁴.

Bei der Verletzung vertraglicher Pflichten hängt die Ersatzpflicht des Schädigers - vorliegend der Vermieterin - davon ab, dass die verletzte Vertragspflicht das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte. Der Schädiger hat nur für die Einbußen einzustehen, die die durch den Vertrag geschützten

⁷⁴² BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁷⁴³ vgl. BGH v. 22.4.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137 (139 ff.); BGH v. 4.7.1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126 unter II 4 a; BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 11.6.2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 24; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14.

⁷⁴⁴ vgl. BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14; BGH v. 20.5.2014 - VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263 Rz. 10; BGH v. 2.4.2019 - VI ZR 13/18, BGHZ 221, 352 Rz. 30.

Interessen betreffen⁷⁴⁵. Maßgebend ist somit die vertragliche Interessenlage der Parteien und der damit korrespondierende Vertragszweck. Denn in gleicher Weise, wie der Vertragszweck Entstehen, Entwicklung und Untergang der primären Pflichten festlegt, werden hierdurch auch die ihrer Sanktion dienenden sekundären Schadensersatzverbindlichkeiten ihrem Umfang nach bestimmt.

Hiernach stammen die Kosten des Maklers, welcher vom Kläger mit der Suche nach einer Eigentumswohnung beauftragt war - anders als bei einer Anmietung⁷⁴⁶ -, nicht aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht besteht. Denn der Kläger ist aus seiner bisherigen Stellung als Mieter unter Einschaltung des Maklers in diejenige eines Eigentümers gewechselt.

Die Pflichtverletzung des Vermieters läge in der Beeinträchtigung des vertraglich geschützten Gebrauchserhaltungsinteresses des Mieters. Dabei kann vorliegend offen bleiben, ob die Eigenbedarfskündigung im Zeitpunkt ihres Ausspruchs berechtigt war. Zwar tritt die Gestaltungswirkung einer Kündigung nicht ein, wenn ein Kündigungsgrund fehlt; das Mietverhältnis besteht vielmehr fort. Jedoch macht der Vermieter mit der wegen fehlender materieller Gründe unwirksamen Kündigung dem Mieter den Gebrauch der Mietsache streitig und stellt dessen Besitzrecht in Frage. Damit verletzt er zugleich seine eigene vertragliche Leistungspflicht zur Überlassung der Mietsache⁷⁴⁷. Gleiches gilt der Sache nach, wenn der zunächst bestehende Eigenbedarf bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entfällt und der Vermieter den Mieter hierauf nicht hinweist, sondern vielmehr - rechtsmissbräuchlich - an der Kündigung festhält.

Danach ist der Vermieter zum Ersatz solcher Schäden verpflichtet, die auf der Verletzung seiner Pflicht zur Wahrung des Besitzrechts des Mieters beruhen. Infolge des gerichtlichen Räumungsvergleichs im Anschluss an die unberechtigte Eigenbedarfskündigung büßt der Mieter sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist,

⁷⁴⁵ vgl. BGH v. 30.1.1990 - XI ZR 63/89, NJW 1990, 2057 unter I 2 b; BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 Rz. 14; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 104.

⁷⁴⁶ vgl. BGH v. 16.12.2009 - VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068 Rz. 18.

⁷⁴⁷ vgl. BGH v. 11.1.1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296 (302); BGH v. 16.1.2009 - V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 Rz. 16.

dem Mieter den Schaden zu ersetzen, der in einem inneren Zusammenhang mit dessen Gebrauchserhaltungsinteresse steht⁷⁴⁸.

Dieser gebotene Zusammenhang zur Besitzbeeinträchtigung fehlt bei den Maklerkosten, die im Zuge des Erwerbs der Eigentumswohnung angefallen sind. Diese stellen keinen ersatzfähigen Schaden dar⁷⁴⁹. Denn durch den Eigentumserwerb, der Gegenstand des Maklerauftrags war, hat der Kläger nicht (lediglich) seinen Besitzverlust ausgeglichen, sondern im Vergleich zu seiner bisherigen Stellung als Mieter eine hiervon zu unterscheidende Stellung als Eigentümer eingenommen.

Darauf, dass das Besitzrecht des Mieters auch den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG genießt, kann sich der Kläger insoweit nicht mit Erfolg berufen. Hiernach ist das Bestandsinteresse des Mieters geschützt; der Eigentumsschutz dient daher der Abwehr solcher Regelungen, die dieses Bestandsinteresse des Mieters gänzlich missachten oder unverhältnismäßig einschränken⁷⁵⁰. Vorliegend beruft sich der Kläger jedoch nicht auf Abwehrrechte, sondern macht Schäden infolge des Besitzverlusts geltend.

Mit dem Wechsel des Klägers von der - vertraglich geschützten - Stellung eines Besitzers in diejenige eines Eigentümers geht auch eine andere Rechts- und Pflichtenstellung einher, die sich von derjenigen einer Mietvertragspartei signifikant unterscheidet.

Anders als in der Position des Mieters unterliegt der Kläger nunmehr - hinsichtlich der Wohnungsnutzung - keinen vertraglichen Bindungen. Sein Besitzrecht an der Wohnung ist nicht mehr, wie zuvor, ein abgeleitetes⁷⁵¹, sondern ein ihm originär zustehendes Recht. Ihm steht eine grundsätzlich uneingeschränkte und eigenverantwortliche Nutzungs- und Verfügungsbefugnis zu (§ 903 Satz 1 BGB).

Zudem ist das (Nutzungs-)Recht des Klägers an der ihm gehörenden Eigentumswohnung nicht zeitlich begrenzt. Demgegenüber ist es das Wesen des Mietvertrags, dass dem Mieter (lediglich) ein Anspruch auf

⁷⁴⁸ vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WM 1974, 345 unter II 5; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 26.

⁷⁴⁹ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

⁷⁵⁰ vgl. BVerfGE 89, 1 (8).

⁷⁵¹ vgl. BVerfGE 89, 1 (7 f.); BGH v. 9.11.2005 - VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75 (82).

Gebrauchsüberlassung auf Zeit zusteht. Dieser zeitlichen Begrenzung ist bei der Bestimmung der Ersatzfähigkeit von Schäden des Mieters Rechnung zu tragen⁷⁵².

Gemessen daran fehlt es bei den vorliegend geltend gemachten Maklerkosten an dem gebotenen inneren Zusammenhang mit dem vertraglich geschützten Interesse des Mieters. Denn durch den Vertragsschluss zeigt dieser - dem Wesen des Mietvertrags entsprechend - sein Interesse an der Erlangung eines zeitlich begrenzten Gebrauchsrechts. Somit ist auch (nur) dieses Interesse geschützt. Erwirbt er eine Wohnung zu Eigentum, verfolgt er jedoch bezüglich der Deckung seines Wohnbedarfs andere Interessen als bisher. Daher fallen Vermögenseinbußen mittels derer sich der Mieter in die Lage versetzen will, (auf Dauer angelegtes) Eigentum zu erwerben, bei wertender Betrachtung nicht mehr unter den Schutzzweck der Vertragspflicht des Vermieters zur (vorübergehenden) Gebrauchserhaltung.

14.2.4 Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Im Mietvertrag ist eine Miete von 562 € geregelt. Der Mieter zahlt seit 2009 aber nur 300 € mit der Begründung, dieser Betrag sei mit dem Vermieter abweichend von der vertraglich festgelegten Miete als Zahlbetrag vereinbart. Am 23.02.2018 kündigt der Vermieter fristlos, hilfsweise fristgerecht. Er macht einen Mietrückstand von 9.971,96€ geltend, der auf der Sollmiete gemäß Vertrag beruht. In der Beweisaufnahme beim Amtsgericht stellt sich heraus, dass eine Reduzierung der im Vertrag geregelten Miete von 250 € vereinbart war. Der Mieter führte in einem Schreiben vom 17.09.2009 auf, dass die von ihm geschuldete Miete nicht 562 €, sondern 312 € beträgt. Der Vermieter hat im Berufungsverfahren geltend gemacht, der durch die Nichtzahlung eines Betrags von monatlich 12 € in dem Zeitraum von Januar 2015 bis Januar 2018 aufgelaufene Rückstand von 444 € habe - ausgehend von einer Miete in Höhe von 312 € - die am 23.01.2018 fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung gerechtfertigt.

Zur Befassung mit diesem Vorbringen bestand Anlass, weil die konkrete Höhe der geschuldeten Miete sowohl für die Berechtigung der am 23.01.2018 erklärten (ordentlichen) Kündigung als auch - zumindest teilweise - für die

⁷⁵² BGH v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, WuM 2021, 116.

Klageanträge auf Zahlung restlicher Miete und auf Entrichtung einer Nutzungsentschädigung von wesentlicher Bedeutung ist⁷⁵³. Hätte das Berufungsgericht das Vorbringen des Vermieters berücksichtigt, hätte es nicht ohne Weiteres zu einer (vollständigen) Zurückweisung der Berufung gelangen können. Denn danach wäre die - nach der einseitigen Einstellung der Rückerstattung von 250 € monatlich durch den Vermieter und der infolgedessen vom Mieter ebenfalls eigenmächtig vorgenommenen Reduzierung des Überweisungsbetrags auf 300 € - bei Zugrundelegung der vom Mieter behaupteten mündlichen Abrede geschuldete Miete nicht vollständig entrichtet worden. Vielmehr wäre in dem der Kündigung vom 23.01.2018 zugrunde liegenden Zeitraum von Januar 2015 bis Januar 2018 ein nachzuzahlender Rückstand von 459,54 € aufgelaufen, der zwar - ausgehend von einer Miete in Höhe von 312,42 € - nicht für eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b BGB genügt hätte, wohl aber die Voraussetzungen der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfüllen würde, weil bis zum Zugang der Kündigung vom 23.01.2018 ab März 2017 ununterbrochen mehr als 312,42 € an Miete offen gestanden hätten⁷⁵⁴. Dies würde dazu führen, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien mit Ablauf des 31.10.2019 beendet worden wäre. Weiter könnte der Vermieter Nachzahlung rückständiger Miete von 459,54 € und Entrichtung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 312,42 € monatlich (abzüglich erfolgter Zahlungen) verlangen.

14.2.5 Ordentliche Kündigung wegen Abriss des Gebäudes

Da der generalklauselartige Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichgewichtig mit den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen ist⁷⁵⁵, kommt es für das Vorliegen eines berechtigten Interesses i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB darauf an, ob das geltend gemachte Interesse des Vermieters ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe⁷⁵⁶.

⁷⁵³ BGH v. 10.11.2020 – VIII ZR 108/20, WuM 2021, 108 = GE 2021, 241.

⁷⁵⁴ vgl. BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, NJW 2013, 159 Rz. 18 ff.

⁷⁵⁵ vgl. nur BVerfGE 84, 366 (371 f.) [zu § 564a BGB a.F.].

⁷⁵⁶ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, NZM 2017, 756 Rz. 34; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NZM 2017, 559 Rz. 36; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 24; BGH v. 9.5.2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 Rz. 13

Die Auslegung und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "berechtigtes Interesse" erfordert dabei eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen⁷⁵⁷, wobei zu beachten ist, dass sowohl die Rechtsposition des Vermieters als auch das vom Vermieter abgeleitete Besitzrecht des Mieters von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt sind⁷⁵⁸. In Anbetracht dessen dürfen die dem Vermieter entstehenden Nachteile keinen Umfang annehmen, welcher die Nachteile weit übersteigt, die dem Mieter im Falle des Verlusts der Wohnung erwachsen⁷⁵⁹.

Dies gilt auch für die hier gegebene Fallgestaltung der Kündigung eines Wohnraummietvertrags zum Zwecke des Abbruchs des Mietobjekts (beziehungsweise eines Teils davon), mit dem vom Vermieter verfolgten Ziel, den Kosten für die Wiederherstellung der Mietsache zu entgehen. So begründet - ebenso wie bei einer Verwertungskündigung⁷⁶⁰ - auch bei einer Kündigung zum Zwecke des ersatzlosen Abbruchs einer als Wohnraum vermieteten baulichen Anlage nicht bereits jeder aus dem Fortbestand des Mietraumverhältnisses dem Vermieter erwachsende (wirtschaftliche) Nachteil einen Anspruch auf Räumung der Mietwohnung.

Zwar muss der durch den Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses für den Vermieter entstehende Nachteil - je nach den besonderen Umständen der zu beurteilenden Fallgestaltung - nicht unbedingt den Grad von erheblichen Beeinträchtigungen i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erreichen⁷⁶¹. Ist das angeführte Interesse jedoch im Fall eines geringeren personalen Bezugs mit der von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfassten wirtschaftlichen Verwertung vergleichbar, muss der Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses für den Vermieter einen Nachteil von einem Gewicht darstellen, der die von § 573 Abs.

⁷⁵⁷ BVerfGE 89, 1 (9 ff.); BVerfG, NJW-RR 1999, 1097 (1098); BVerfG, NJW-RR 2004, 440 (441).

⁷⁵⁸ BVerfGE 89, 1 (6 ff.); BVerfG, NJW 2000, 2658 (2659).

⁷⁵⁹ BGH v. 28.1.2009 - VIII ZR 8/08, BGHZ 179, 289 Rz. 14; BGH v. 8.6.2011 - VIII ZR 226/09, NZM 2011, 773 Rz. 11; BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 40; BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410 Rz. 45.

⁷⁶⁰ vgl. hierzu BVerfGE 79, 283 (289 f.); BVerfGE 84, 382 (385).

⁷⁶¹ vgl. BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, WuM 2017, 333 Rz. 47 m.w.N. [zur Absicht des Vermieters, eine vermietete Wohnung zu freiberuflichen oder gewerblichen Zwecken zu nutzen].

2 Nr. 3 BGB vorausgesetzte Intensität erreicht⁷⁶², jedoch grundsätzlich nicht darüber hinausgehen muss.

Hiernach erfordert die Beantwortung der Frage, ob ein i.S.d. vorgenannten Grundsätze berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls⁷⁶³. Da die Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Vielzahl möglicher Kündigungstatbestände umfasst⁷⁶⁴, entzieht sich die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen ein in diesem Sinne berechtigtes Interesse des Vermieters gegeben ist, auch im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der Geschehensabläufe und der auf beiden Seiten zu berücksichtigenden Belange einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung⁷⁶⁵.

Es obliegt mithin in erster Linie dem Tatrichter, unter Bewertung und Gewichtung aller für die jeweilige Beurteilung maßgeblichen Gesichtspunkte darüber zu befinden, ob ein berechtigtes Interesse des Vermieters im Sinne des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben ist. Dessen Bewertungsergebnis kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob es auf einer rechtsfehlerfrei gewonnenen Tatsachengrundlage beruht, alle maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind und der Tatrichter den zutreffenden rechtlichen Maßstab angewandt hat.

Gemessen an diesen Maßstäben hält die Beurteilung des Berufungsgerichts, bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses entstünden dem Kläger keine erheblichen Nachteile, einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand⁷⁶⁶.

Dabei kann dahinstehen, ob im Streitfall ein (gegenwärtiges) berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses unter Umständen schon deshalb zu verneinen ist, weil er nach eigenen Angaben selbst noch nicht weiß, auf welche Weise er die Liegenschaft weiter nutzen

⁷⁶² vgl. BGH v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, WuM 2017, 410 Rz. 27, 48 [zur Absicht des Vermieters, das vermietete Anwesen einer Nutzung für einen sozialpolitisch erwünschten Zweck zuzuführen].

⁷⁶³ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

⁷⁶⁴ vgl. BGH v. 11.3.2009 - VIII ZR 127/08, NJW 2009, 1808 Rz. 16; BGH v. 20.7.2016 - VIII ZR 238/15, WuM 2016, 682.

⁷⁶⁵ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

⁷⁶⁶ BGH v. 20.12.2020 – VIII ZR 70/19, MDR 2021, 286 = GE 2021, 246.

will⁷⁶⁷. Jedenfalls hat das Berufungsgericht weder den maßgeblichen rechtlichen Beurteilungsmaßstab noch die Anforderungen an den Sachvortrag des Vermieters zur Erheblichkeit der wirtschaftlichen Nachteile verkannt.

Zwar hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Erheblichkeit der Nachteile im Rahmen von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB sei "eher strenger, jedenfalls nicht großzügiger" zu beurteilen als unter Geltung des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Dies lässt jedoch nicht besorgen, dass die das Berufungsurteil tragenden Erwägungen von einem unzutreffenden Beurteilungsmaßstab an eine zum Zweck des ersatzlosen Abbruchs eines Wohngebäudes erklärte Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB beeinflusst sind. Die vorgenannte Aussage des Berufungsgerichts beschränkt letztlich darauf, an die Erheblichkeit der Nachteile i.S.d. § 573 Abs. 1 BGB seien keine geringeren Anforderungen zu stellen als an eine Verwertungskündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Strengere Anforderungen hat das Berufungsgericht auch nicht gestellt.

Insoweit hat es im Ergebnis frei von Rechtsfehlern sein Urteil darauf gestützt, nach dem Sachvortrag des Vermieters lasse sich nicht feststellen, dass ihm durch die Fortdauer des Mietverhältnisses erhebliche wirtschaftliche Nachteile entstünden.

Im Ansatz zu Recht ist aber zu beanstanden, das Berufungsgericht habe sich zur Begründung seiner Rechtsansicht auf die Bestimmungen des § 573 Abs. 1 Satz 2 BGB und des § 573 Abs. 2 Nr. 3 Halbs. 2 BGB berufen und diese als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstanden wissen wollen, welcher jeglicher Berücksichtigung der geringen Miete entgegenstehe. Dies trifft nicht zu, denn die genannten Bestimmungen unterbinden lediglich Kündigungen zum Zwecke der Erhöhung der Miete (§ 573 Abs. 1 Satz 2 BGB) beziehungsweise eine Neuvermietung als Wohnraum, um eine höhere Miete zu erzielen (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 Halbs. 2 BGB). Die - auch künftig erwartbare - geringe Miete kann somit durchaus ein zu berücksichtigender Umstand im Rahmen der hier gebotenen Gesamtwürdigung sein.

Der vorbezeichnete Rechtsfehler hat sich indes auf das angefochtene Urteil nicht ausgewirkt. Denn das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass sich die

⁷⁶⁷ Sog. "Vorratskündigung", vgl. etwa BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 243/16, WuM 2017, 656 Rz. 19 [zu § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB].

Kosten der Neuerrichtung des Bades nicht über die Miete amortisieren. Es hat letztlich entscheidend darauf abgestellt, dass der Kläger insoweit lediglich einen Betrag in überschaubarer Höhe und auch diesen nur einmalig aufzubringen hat, wenn er im Interesse des Fortbestands des Mietverhältnisses mit den Beklagten nach dem Abriss des baufälligen Seitenflügels ein neues Bad anbauen lässt. Soweit der Senat den ersatzlosen Abriss eines nur mit erheblichem Aufwand zu sanierenden Wohnkomplexes unter besonderen Umständen als Kündigungsgrund revisionsrechtlich nicht beanstandet hat⁷⁶⁸, waren dort für den Vermieter bei Fortbestand des Mietverhältnisses Nachteile einer ganz anderen Größenordnung zu besorgen, nämlich Jahr für Jahr zusätzlich in beträchtlicher Höhe erwachsende Kosten allein für die Unterhaltung des Gebäudes.

Schließlich hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang berücksichtigt, dass sich durch den Anbau eines Bades nach erfolgtem Abriss des baufälligen Anbaus jedenfalls der Wert des Grundstücks erhöht, so dass der vom Vermieter geltend gemachte Aufwand für die Neuerrichtung in gewissem Umfang kompensiert wird.

14.2.6 Geltung der Schonfristregelung, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB

Die seitens des Berufungsgerichts zur Begründung der Anwendbarkeit des § 569 Abs. 3 Nr. 2 auf die Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB herangezogenen Gesichtspunkte sind identisch mit denjenigen in dessen Urteil vom 30. März 2020⁷⁶⁹. Dieses hat der BGH mit Urteil vom 13. Oktober 2021⁷⁷⁰ aufgehoben, so dass im vorliegenden Fall zur näheren Begründung auf diese Ausführungen umfassend Bezug genommen wird⁷⁷¹.

Dem dortigen⁷⁷² sowie dem hiesigen Verfahren liegen jeweils Fallgestaltungen zu Grunde, in denen der Mieter nicht aufgrund einer Zahlungsunfähigkeit, sondern unter Berufung auf Mängel der Mietsache die Miete nicht in der

⁷⁶⁸ vgl. BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 188/03, WuM 2004, 277 unter II 1 b [zum Abriss eines weitgehend leerstehenden Plattenbaus mit 142 Wohneinheiten].

⁷⁶⁹ LG Berlin [ZK 66], WuM 2020, 281.

⁷⁷⁰ BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 49 Rz. 29 ff. m.w.N.

⁷⁷¹ BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 307/21, ZMR 2023, 101.

⁷⁷² vgl. BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 49 Rz. 82.

geschuldeten Höhe entrichtet hat, so dass insbesondere die Voraussetzungen für ein (rechtzeitiges) Einschreiten der Sozialbehörden nicht vorliegen⁷⁷³.

Das Berufungsgericht hat in einer Entscheidung⁷⁷⁴ weiterhin an seiner gegenteiligen Ansicht zur Wirkung einer Schonfristzahlung festgehalten. Die darin enthaltenen, im Wesentlichen wiederholenden Ausführungen des Berufungsgerichts geben dem BGH keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung⁷⁷⁵.

Lediglich soweit sich das Berufungsgericht⁷⁷⁶ mit der historischen Beurteilung des Normverständnisses des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB, insbesondere mit der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte befasst⁷⁷⁷, sieht der VIII. Senat Anlass zu ergänzenden Ausführungen. Das Berufungsgericht weist diesbezüglich zwar im rechtlichen Ausgangspunkt noch zutreffend darauf hin, dass anerkanntermaßen ein Schweigen des Gesetzgebers zur bisherigen Rechtsprechung der Zivilgerichte nicht ohne Weiteres als ausreichender objektiver Anhaltspunkt für einen Bestätigungswillen angesehen werden kann⁷⁷⁸.

Das Berufungsgericht verkennt jedoch, dass der VIII. Senat zur Beurteilung des Willens des Gesetzgebers nicht auf dessen bloßes Schweigen im Rahmen jüngerer Gesetzgebungsvorhaben abgestellt hat. Denn der Gesetzgeber hat die derzeitige Normanwendungspraxis des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB nach der langjährigen und ständigen Senatsrechtsprechung, welcher die weit überwiegende Zahl der Instanzgerichte⁷⁷⁹ sowie die ganz herrschende Meinung in der Literatur folgt⁷⁸⁰, nicht lediglich (passiv) unbeanstandet gelassen.

⁷⁷³ vgl. zur diesbezüglichen Pflicht auch im Falle einer Schonfristzahlung LSG NRW v. 13.1.2021 - L 7 AS 1874/20 B ER, juris Rz. 18.

⁷⁷⁴ LG Berlin v. 1.7.2022 - 66 S 200/21, juris.

⁷⁷⁵ BGH v. 5.10.2022 - VIII ZR 307/21, ZMR 2023, 101.

⁷⁷⁶ LG Berlin v. 1.7.2022 - 66 S 200/21, juris Rz. 57 ff.

⁷⁷⁷ vgl. hierzu im Einzelnen BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 49 Rz. 84 ff.

⁷⁷⁸ vgl. BVerfGE 78, 20, 25; BVerfG, NJW 1998, 3557, 3558; siehe auch BGH v. 15.7.2016 - GSSt 1/16, BGHSt 61, 221 Rz. 48 [zu § 252 StPO].

⁷⁷⁹ vgl. etwa KG v. 24.7.2008 - 8 U 26/08, juris Rn. 19; LG Berlin v. 27.3.2019 - 65 S 223/18, juris Rz. 27 ff.; LG Kassel, WuM 2018, 435 (436); LG Berlin v. 23.3.2010 - 63 S 432/09, juris Rz. 5.

⁷⁸⁰ vgl. etwa Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2021, § 573 BGB Rz. 51; Staudinger/V. Emmerich, Neubearb. 2021, § 569 BGB Rz. 80; BeckOGK-BGB/Geib, Stand: 1. Juli 2022, § 573 BGB Rz. 47; BeckOGK-BGB/Mehle, Stand: 1. April 2022, § 543 BGB Rz. 231; BeckOK-BGB/Wiederhold, Stand: 1. August 2022, § 543 BGB Rz. 46; BeckOK-BGB/Wöstmann, Stand: 1. August 2022, § 569 BGB Rz. 18; BeckOK-BGB/Hannappel, Stand: 1. August 2022, § 573 BGB Rz. 29; BeckOK-Mietrecht/Siegmund, Stand: 1. August 2022, § 573 BGB Rz. 23;

Er hat vielmehr Gesetzesvorhaben, welche der Norm einen weitergehenden Anwendungsbereich geben und zu einer Erstreckung der Schonfristzahlung auf die ordentliche Kündigung führen sollten, nicht weiter verfolgt⁷⁸¹ sowie mehrfach Gesetzesanträge mit diesem Inhalt ausdrücklich abgelehnt⁷⁸². Diese Umstände sprechen im Ergebnis eindeutig dafür, dass der Gesetzgeber das aufgezeigte Normverständnis als weiterhin geltende Rechtspraxis ansieht (vgl. auch den Koalitionsvertrag der derzeitigen Bundesregierung [Seite 92], wonach zur Beseitigung der Ursachen drohender Wohnungslosigkeit die Regierung "insbesondere dort wo Schonfristzahlungen dem Weiterführen des Mietverhältnisses entgegenstehen, evaluieren und entgegensteuern" will) und - ungeachtet etwaiger Gründe hierfür an diesem Rechtszustand (jedenfalls derzeit) noch keine Änderungen vornehmen möchte⁷⁸³.

Dieses Verhalten des Gesetzgebers in der jüngeren Vergangenheit entspricht dessen durchgehend gleichbleibendem historischen Verständnis zu einem lediglich eingeschränkten Anwendungsbereich der Regelung zur Schonfristzahlung, so dass die Rechtsprechung an diese - mehrfach zum Ausdruck gebrachte - gesetzgeberische Entscheidung gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG;⁷⁸⁴.

14.3 Anwendung des § 574 BGB

14.3.1 Allgemeine Grundsätze

Leitsätze der Entscheidung des BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = WuM 2019, 385.

§ 574 Abs. 1 BGB

Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 15. Aufl., § 569 BGB Rz. 74, 93; Blank/Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., § 573 BGB Rn. 37; Grüneberg/*Weidenkaff*, 81. Aufl., § 569 BGB Rz. 16; a.A. *Blank/Börstinghaus* in Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 569 BGB Rz. 75; MünchKommBGB/*Häublein*, 8. Aufl., § 573 BGB Rz. 70 ff. [jeweils für eine analoge Anwendung von § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB],

⁷⁸¹ BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 49 Rz. 85.

⁷⁸² BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 49 Rz. 86; vgl. auch BT-Plenarprotokoll 19/236, S. 30739, zur Ablehnung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 19/20589.

⁷⁸³ BGH v. 5.10.2022 – VIII ZR 307/21, ZMR 2023, 101.

⁷⁸⁴ vgl. BGH v. 13.10.2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 49 Rz. 87; so auch *Blank/Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., § 573 BGB Rz. 37; *Artz*, Wortprotokoll der 118. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 9. Dezember 2020, Protokoll-Nr. 19/118, S. 9.

- Eine Fortsetzung des Mietverhältnisses setzt nicht voraus, dass die auf Seiten des Mieters bestehende Härte die Interessen des Vermieters deutlich überwiegt. Maßgebend ist allein, ob sich ein Übergewicht der Belange der Mieterseite feststellen lässt, also die Interessenabwägung zu einem klaren Ergebnis führt.

Da sich ein hohes Alter eines Mieters und/oder eine lange Mietdauer mit einer damit einhergehenden langjährigen Verwurzelung im bisherigen Umfeld je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung des Mieters unterschiedlich stark auswirken können, rechtfertigen diese Umstände ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Kommen zu diesen Umständen Erkrankungen hinzu (hier Demenz gemischter Genese), aufgrund derer beim Mieter im Falle seines Herauslösens aus seiner näheren Umgebung eine - nach ihrem Grad nicht näher festgestellte - Verschlechterung seines gesundheitlichen Zustands zu erwarten steht, kann dies in der Gesamtschau zu einer Härte führen. Wenn der gesundheitliche Zustand des Mieters einen Umzug nicht zulässt oder im Falle eines Wohnungswechsels zumindest die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation des (schwer) erkrankten Mieters besteht, kann sogar allein dies einen Härtegrund darstellen (Bestätigung von Senatsurteil vom 16. Oktober 2013 - VIII ZR 57/13, NJW-RR 2014, 78 Rn. 20).

Werden von dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels substantiiert ihm drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit

dies eintreten kann (Bestätigung von Senatsurteil vom 15. März 2017 - VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474 Rn. 24, 29).

Bei der Bewertung und Gewichtung der widerstreitenden Interessen beider Parteien im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung ist den Wertentscheidungen Rechnung zu tragen, die in den für sie streitenden Grundrechten zum Ausdruck kommen. Dabei haben die Gerichte zu berücksichtigen, dass bezüglich der Anwendung und Auslegung des Kündigungstatbestands des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB einerseits und der Sozialklausel des § 574 BGB andererseits dieselben verfassungsrechtlichen Maßstäbe gelten (im Anschluss an BVerfG, NJW-RR 1999, 1097; NJW-RR 1993, 1358), so dass auch im Rahmen der Vorschrift des § 574 BGB die vom Vermieter beabsichtigte Lebensplanung grundsätzlich zu respektieren und der Rechtsfindung zugrunde zu legen ist (im Anschluss an BVerfGE 68, 361, 373 f.; 79, 292, 304 f.; BVerfG, NJW 1994, 309, 310; 1995, 1480, 1481).

Diesen Vorgaben werden die Gerichte nicht gerecht, wenn sie (wie das Berufungsgericht) dem Vermieter, der die Mietwohnung zum Zwecke der Selbstnutzung erworben hat, bei der Gewichtung und Abwägung der gegenläufigen Belange eine geringere Bedeutung zumessen als bei der Beurteilung, ob dieses Vorgehen einen Eigenbedarf i.S.d. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB begründet, und einem solchen Nutzungswunsch einen geringeren Stellenwert als einem Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters zuweisen.

Im Rahmen der Interessenabwägung haben die Gerichte nicht nur die Lebensplanung des Vermieters zu respektieren, sondern dürfen auch bezüglich der Interessen des Mieters ihre Vorstellungen über den einzuschlagenden Weg nicht an dessen Stelle setzen (im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 1994 - 1 BvR 2067/93, juris Rn. 4 f.). Dies gilt insbesondere dann, wenn es um das Schicksal älterer Personen geht.

Die Abwägung der gegenläufigen Interessen hat sich stets an den konkreten Um-ständen des zu beurteilenden Einzelfalls auszurichten. Dabei kommt weder den Belangen des Vermieters noch den Interessen

des Mieters von vornherein ein größeres Gewicht zu als denen der Gegenseite. Aus diesen Gründen ist es (anders als das Berufungsgericht annimmt) nicht zulässig, Kategorien zu bilden, in denen generell die Interessen einer Seite überwiegen (hier: Selbstnutzungs-wunsch des Erwerbers einer vermieteten Wohnung einerseits; nach langer Mietdauer eintretender Eigenbedarf des ursprünglichen Vermieters andererseits).

BGB § 574 Abs. 2

Der Härtegrund des zu zumutbaren Bedingungen nicht zu beschaffenden Ersatzwohnraums ist nicht bereits dann gegeben, wenn im Gemeindegebiet gerichtsbekannt eine angespannte Wohnlage herrscht, die auch zum Erlass von diesem Umstand Rechnung tragenden Verordnungen geführt hat. Eine festgestellte und/oder in Verordnungen zugrunde gelegte angespannte Wohnlage kann allenfalls ein gewisses Indiz für das Vorliegen eines Härtegrunds nach § 574 Abs. 2 BGB darstellen, das in Verbindung mit substantiiertem (unstreitigem oder nachgewiesenem) Parteivortrag zu konkret ergriffenen Maßnahmen zu der tatrichterlichen Überzeugung führen kann, dass angemessener Wohnraum zu zumutbaren Bedingungen für den Mieter (und seine Familien- oder Haushaltsangehörigen) nicht zu erlangen ist.

BGB § 574a Abs. 2

Wenn auf Seiten des Vermieters dringender Wohnbedarf besteht, haben die Gerichte im Falle eines Überwiegens der Mieterinteressen im Rahmen der von ihnen zu treffenden Ermessensentscheidung sorgfältig zu prüfen, ob eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit angeordnet werden soll.

Leitsätze der Entscheidung des BGH v. 03.02.2021 – VIII ZR 68/19

...

2. Das hohe Alter eines Mieters begründet ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen für den betroffenen Mieter im

Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte im Sinne des § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Mai 2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133, Rn. 30).(Rn.28)

3. Der Annahme, das hohe Lebensalter des Mieters gebiete auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters in der Regel die Fortsetzung des Mietverhältnisses, liegt eine unzulässige Kategorisierung der nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB abzuwägenden Interessen zugrunde (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Mai 2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133, Rn. 36 f.)(Rn.40)

4. Eine langjährige Mietdauer lässt für sich genommen noch nicht auf eine tiefe Verwurzelung des Mieters am Ort der Mietsache schließen. Vielmehr hängt deren Entstehung maßgeblich von der individuellen Lebensführung des jeweiligen Mieters (Pflegen sozialer Kontakte in der Nachbarschaft etc.) ab (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Mai 2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133, Rn. 30).(Rn.34)

14.3.2 Anwendbarkeit bei wichtigem Grund

Zwischen den Parteien steht allerdings nicht mehr im Streit, dass bei Erklärung der beiden fristlos, hilfsweise ordentlich ausgesprochenen Kündigungen des Mietverhältnisses vom 24. Februar 2016 und 6. Juli 2017 ein Zahlungsverzug von (deutlich) mehr als zwei Monatsmieten bestand (bei der zweiten Kündigung ein sich auf mehr als vier Monatsmieten belaufender, in der Zeit ab 2013 aufgebauter Rückstand) und damit sowohl die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB als auch für eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorlagen.

Im Ausgangspunkt noch zutreffend hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass die Schonfristzahlung lediglich dazu führt, dass die fristlose Kündigung unwirksam wird (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB), die Wirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung davon aber nicht berührt wird⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ st. Rspr.; vgl. BGH v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12, BGHZ 195, 94 Rz. 28; BGH v. 1.6.2015 - VIII ZR 278/13, NJW 2015, 2650 Rz. 22; BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 a-d m.w.N.

Die Zahlung des Sozialhilfeträgers innerhalb der Schonfrist führt aber nicht dazu, dass für den Mieter gegenüber der vom Vermieter hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung nunmehr die Möglichkeit des Widerspruchs gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen einer von ihm geltend gemachten unzumutbaren Härte eröffnet ist, weil der Ausnahmetatbestand des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB dann nicht eingreift⁷⁸⁶.

Nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB ist das dem Mieter gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen eine ordentliche Kündigung im Fall einer nicht zu rechtfertigenden Härte grundsätzlich zustehende Widerspruchsrecht ausgeschlossen, wenn ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Vermieter die außerordentliche Kündigung erklärt hat; vielmehr genügt es, wenn dem Vermieter bei Zugang der ordentlichen Kündigung auch ein Recht zur fristlosen Kündigung zusteht⁷⁸⁷.

Diese Voraussetzung ist hier aber zweifellos gegeben, denn bei Erklärung (beider) Kündigungen, die jeweils fristlos und hilfsweise fristgemäß erfolgten, lag ein Zahlungsverzug in einer die fristlose Kündigung rechtfertigenden beziehungsweise sogar deutlich übersteigenden Höhe vor. Die spätere Schonfristzahlung des Sozialhilfeträgers ändert daran nichts, denn diese beseitigt lediglich rückwirkend die Gestaltungswirkung der außerordentlichen Kündigung im Wege der gesetzlichen Fiktion⁷⁸⁸, führt aber nicht dazu, dass ein Grund für die fristlose Kündigung von vornherein nicht bestand⁷⁸⁹.

Das Eingreifen des Ausschlusstatbestands des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt nicht zwingend voraus, dass ein Grund für die fristlose Kündigung in dem für die eigentliche Härtefallabwägung maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz⁷⁹⁰ besteht. Zwar wird eine Anwendung

⁷⁸⁶ BGH v. 1.7.2020 – VIII ZR 323/18, GE 2020, 1044.

⁷⁸⁷ BT-Drucks. 3/1234, S. 74 zu § 565a Abs. 2 BGB-E, der durch das Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960 [BGBl. I S. 389] als § 556a BGB in das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Vorgängerregelung des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB Eingang gefunden hat; siehe dazu auch Staudinger/Rolls, BGB, Neubearb. 2018, § 574 Rz. 20; vgl. auch Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl., § 574 BGB Rz. 12; MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 574 BGB Rz. 30; BeckOK-BGB/Hannappel, Stand: 1. Februar 2020, § 574 BGB Rz. 32.

⁷⁸⁸ vgl. zum Letzteren: BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 231/17, BGHZ 220, 1 Rz. 21 ff.; BGH v. 19.9.2018 - VIII ZR 261/17, WuM 2018, 758 Rz. 29 ff.

⁷⁸⁹ vgl. auch BGH v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d bb.

⁷⁹⁰ dazu BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, NJW 2020, 1215 Rz. 41; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 32.

der Härtefallregelung regelmäßig auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Grund für die fristlose Kündigung des Vermieters erst nach der ordentlichen Kündigung entsteht, beispielsweise erst im Laufe des Räumungsprozesses⁷⁹¹. Denn auch in diesem Fall liegt eine schwere Vertragsstörung vor, die einer Anwendung der Härtefallregelung von vornherein entgegensteht. Es genügt aber auch, wenn für den Vermieter im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung ein Grund zur fristlosen Kündigung besteht, wie hier angesichts des zwei Monatsmieten weit übersteigenden Zahlungsverzugs. Auch dann liegt, wie sich aus der Möglichkeit der fristlosen Kündigung ergibt, eine schwere Vertragsstörung vor, die eine Anwendung der Härtefallregelung nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB von vornherein ausschließt.

Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass das Widerspruchsrecht des Mieters nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Schonfristzahlung "neu entstehen" oder "wiederaufleben" könnte, etwa im Wege einer teleologischen Reduktion des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB⁷⁹².

Eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus⁷⁹³. Ob eine derartige Lücke besteht, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein⁷⁹⁴.

An einer solchen planwidrigen Unvollständigkeit der Regelung zum Widerspruchsrecht fehlt es. Mit dem Widerspruchsrecht des Mieters in § 574 BGB, das auf eine entsprechende Regelung im früheren § 556a BGB aF ("Sozialklausel") zurückgeht, sollte zugunsten des Mieters aus sozialen Gründen unter bestimmten Voraussetzungen (in Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien) die Möglichkeit geschaffen werden, nach einer an sich berechtigten Kündigung des Vermieters die Fortsetzung des Mietverhältnisses - gegebenenfalls auch auf unbestimmte Zeit - beanspruchen

⁷⁹¹ vgl. Bub/Treier/*Fleindl*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., IV Rz. 238.

⁷⁹² vgl. *Hinz* in Klein-Blenkers/Heinemann/Ring, *Miete/WEG/Nachbarschaft*, 2. Aufl., § 574 BGB Rz. 26; Bub/Treier/*Fleindl*, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., IV Rz. 238.

⁷⁹³ BGH v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rz. 31; BGH v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rz. 22; BGH v. 13.11.2001 - X ZR 134/00, BGHZ 149, 165, (174); BGH v. 7.12.2011 - IV ZR 105/11, BGHZ 192, 148 Rz. 16.

⁷⁹⁴ BGH v. 30.9.2014 - XI ZR 168/13, BGHZ 202, 302 Rz. 13.

zu können⁷⁹⁵. Ein Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses sollte dem Mieter indes nicht eingeräumt werden, wenn gravierende (den Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigende) Vertragsstörungen eingetreten waren (vgl. § 556a Abs. 4 Nr. 2 BGB in der Fassung des Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960, BGBl. I S. 389 [im Folgenden: AbbauG], in Kraft getreten am 1. Januar 1966 [vgl. Art. X § 12 AbbauG], außer Kraft getreten mit Ablauf des 31. August 2001 mit Inkrafttreten des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Regelung der Schonfristzahlung war aber schon durch das Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963⁷⁹⁶ - mit dem ein früher bereits in § 3 Abs. 3 des Mieterschutzgesetzes vom 1. Juni 1923 (RGBl. I S. 353) verankertes Nachholrecht des Mieters wieder aufgegriffen wurde - in § 554 BGB aF und später in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB vorgesehen. Es wäre daher eine ausdrückliche Regelung zu erwarten gewesen, wenn der Gesetzgeber für den Fall der Schonfristzahlung den Schutz des Mieters über die - der Vermeidung von Obdachlosigkeit des Mieters dienenden - Unwirksamkeit einer ausgesprochenen fristlosen Kündigung hinaus noch weiter ausdehnen und dem Mieter auch für diesen Fall die Möglichkeit des Widerspruchs nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit gegebenenfalls einen Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses hätte eröffnen wollen. Auch sonst bestehen keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber einer gravierenden Vertragsstörung, die durch einen zur fristlosen Kündigung berechtigenden Zahlungsverzug entstanden ist, wegen einer nachträglich erfolgten Schonfristzahlung nur noch ein geringes, der Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht entgegenstehendes Gewicht beimessen wollte und den Ausschlussstatbestand des § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB deshalb versehentlich zu weit gefasst hat.

14.3.3 Beschaffung von Ersatzwohnraum

Nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter einer an sich gerechtfertigten ordentlichen Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für ihn oder seine Familie eine Härte bedeuten würde, die

⁷⁹⁵ vgl. BT-Drucks. 3/1234, S. 74; BT-Drucks. 14/4553, S. 68.

⁷⁹⁶ BGBl. I S. 505.

auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Bei der hierzu vom Tatrichter nach gründlicher und sorgfältiger Sachverhaltsfeststellung vorzunehmenden Gewichtung und Würdigung der beiderseitigen Interessen und ihrer Subsumtion unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der genannten Bestimmung hat das Revisionsgericht zwar den tatrichterlichen Beurteilungsspielraum zu respektieren und kann regelmäßig nur überprüfen, ob das Berufungsgericht Rechtsbegriffe verkannt oder sonst unzutreffende rechtliche Maßstäbe angelegt hat, ob es Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze hinreichend beachtet hat oder ob ihm von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, indem es etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat⁷⁹⁷. Einer an diesem Maßstab ausgerichteten Prüfung hält die Beurteilung des Berufungsgerichts jedoch nicht stand.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beendigung des Mietverhältnisses bedeute für die Beklagten und für ihre in ihrem Haushalt lebenden fünf Kinder eine Härte im Sinne des § 574 Abs. 2 BGB, beruht auf nicht tragfähigen Tatsachenfeststellungen. Dieses hat die gebotene gründliche und sorgfältige Sachverhaltsfeststellung unterlassen.

Das Berufungsgericht hat nicht sämtliche von den Beklagten vorgebrachten Umstände in seine Beurteilung einbezogen, ob ein erzwungener Wohnungswechsel für diese eine Härte im Sinne von § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB bedeutet. Es hat eine solche Prüfung deswegen nicht für erforderlich gehalten, weil es das Vorliegen des Härtegrundes des § 574 Abs. 2 BGB bejaht hat, indem es angenommen hat, für die Beklagten sei angemessener Ersatzwohnraum nicht zu angemessenen Bedingungen zu beschaffen. Hierbei hat es nicht alle für das Eingreifen des Tatbestands des § 574 Abs. 2 BGB erforderlichen Voraussetzungen in den Blick genommen und infolgedessen nicht die hierfür erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen. Weiter hat es übersehen, dass eine ordnungsgemäße Interessenabwägung nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB - von eindeutigen Fällen des Überwiegens der Belange der einen Seite abgesehen - voraussetzt, dass im Rahmen einer sorgfältigen

⁷⁹⁷ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 26; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 30 m.w.N.

Tatsachenfeststellung alle für die Abwägung maßgeblichen Interessen beider Seiten erfasst werden.

Eine Ersatzwohnung ist angemessen, wenn sie im Vergleich zu der bisherigen Wohnung den Bedürfnissen des Mieters entspricht und sie finanziell für ihn tragbar ist⁷⁹⁸. Dabei sind die Lebensführung des Mieters und seine persönlichen und finanziellen Lebensverhältnisse maßgebend. Die Wohnung muss allerdings dem bisherigen Wohnraum weder hinsichtlich ihrer Größe, ihres Zuschnitts oder ihrer Qualität noch nach ihrem Preis vollständig entsprechen⁷⁹⁹. Gewisse Einschnitte sind dem Mieter vielmehr zuzumuten. Leben im Haushalt des Mieters Angehörige mit eigenem Einkommen, ist die Suche nach angemessenem Ersatzwohnraum grundsätzlich auch auf solche Wohnungen zu erstrecken, die mit dem Haushaltseinkommen finanziert werden können, wobei auch zu berücksichtigen ist, ob der Mieter für eine Ersatzwohnung erstmals oder in höherem Umfang Sozialleistungen (vor allem Wohngeld) erhalten würde⁸⁰⁰.

Gemessen daran hat das Berufungsgericht noch rechtsfehlerfrei angenommen, dass der angemessene Ersatzwohnraum so beschaffen sein muss, dass die Beklagten auch dort mit ihren fünf Kindern zusammenleben können. Denn ihre Lebensführung ist vom Zusammenleben mit ihren minderjährigen und erwachsenen Kindern geprägt. Dass eine solche Wohnung für die siebenköpfige Familie aber nicht zu zumutbaren Bedingungen zu beschaffen ist, weil ein solcher Wohnraum in H. und eventuell in der näheren Umgebung überhaupt nicht zur Verfügung stünde, die Beklagten nicht über die hierfür erforderlichen finanziellen Mittel verfügten oder sonstige beachtliche Gründe sie an einer Anmietung einer angemessenen Wohnung hinderten, hat das Berufungsgericht aber nicht hinreichend festgestellt.

Insbesondere hat es unterlassen, Feststellungen zu den - von den Klägern bestrittenen - wirtschaftlichen Verhältnissen der Beklagten und ihrer Familie zu treffen. Die finanzielle Lage der Beklagten ist - neben ihren persönlichen Verhältnissen - sowohl für die Frage, welcher Ersatzwohnraum für die

⁷⁹⁸ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

⁷⁹⁹ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 50 m.w.N.

⁸⁰⁰ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668.

Großfamilie angemessen ist, als auch für den Umfang der von den Beklagten bei der Suche nach einer Ersatzwohnung anzustellenden Bemühungen von Bedeutung⁸⁰¹. Auch zu den persönlichen (insbesondere den gesundheitlichen) Verhältnissen der Familie der Beklagten fehlt es - abgesehen von dem Vorhandensein eines "Kinderreichtums" - an einer ausreichenden Tatsachenfeststellung, obwohl die Beklagten hierzu Umstände vorgetragen haben. Das Berufungsgericht hat sich sowohl bezüglich der finanziellen Situation der Beklagten als auch hinsichtlich der Lebensverhältnisse der Familie und Bedürfnisse der einzelnen Familienmitglieder darauf beschränkt, die Schilderung der Beklagten im Kündigungserwiderungsschreiben in indirekter Rede wiederzugeben. Dies genügt nicht den Anforderungen an die tatrichterliche Feststellung der maßgeblichen Tatsachen.

Anders als die Revision meint, folgt daraus, dass das Berufungsurteil bislang eine ausreichende Tatsachengrundlage zu den wirtschaftlichen (und auch persönlichen) Verhältnissen der Beklagten vermissen lässt, aber nicht, dass der Klage auf Herausgabe und Räumung der Wohnung stattzugeben wäre. Die Revision macht zwar geltend, dass die hierfür beweisbelasteten Beklagten trotz Bestreitens der Kläger keinen Beweis für die von ihnen behauptete angespannte wirtschaftliche Situation angetreten hätten. Da jedoch weder das Amtsgericht noch das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt als entscheidungserheblich angesehen haben, wird den Beklagten vor einer abschließenden Entscheidung gemäß § 139 ZPO Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen und zum Beweisantritt zu geben sein.

Weiter hat das Berufungsgericht keine hinreichenden tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, welche konkreten Anstrengungen die Beklagten unternommen haben, um angemessenen Ersatzwohnraum zu finden. Das Berufungsgericht hat sich letztlich auf die wenig aussagekräftige Feststellung beschränkt, die Beklagten hätten hinreichend substantiiert durch Vortrag ihrer bislang erfolgten Bemühungen um Ersatzwohnraum und Ausdrücke aus ihren Anfragen bei einem online-Portal mit jeweiligen Absagen ihre besonderen Schwierigkeiten bei der Beschaffung einer anderen für ihre kinderreiche Familie geeigneten Ersatzwohnung dargelegt. Mangels Feststellungen zu den konkret

⁸⁰¹ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668.

erfolgten Bemühungen der Beklagten und zu der Wohnraumsituation in H. und eventuell der näheren Umgebung (Vorhandensein von Wohnungen für eine siebenköpfige Familie in dem von den Beklagten finanzierbaren Preissegment⁸⁰²) kann der Senat nicht beurteilen, ob die Beklagten in der bislang verstrichenen Zeit erfolglos hinreichende Anstrengungen unternommen haben, um angemessenen Ersatzwohnraum zu finden.

Anders als die Revision offenbar meint, lässt sich dies nicht allein anhand der Anzahl der getätigten Anfragen beurteilen⁸⁰³. Die Obliegenheit des Mieters, sich mit Hilfe von Verwandten und Bekannten, oder öffentlichen und privaten Stellen sowie unter Inanspruchnahme geeigneter Medien (bspw. Zeitungsannoncen, Internet) ernsthaft und nachhaltig um eine angemessene Ersatzwohnung zu bemühen, richtet sich vielmehr danach, was dem Mieter unter seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen zuzumuten ist⁸⁰⁴. Allerdings reicht es regelmäßig nicht aus, wenn der Mieter nur gelegentliche Versuche unternimmt, anderen Wohnraum zu finden. Das Berufungsgericht wird die von den Beklagten behaupteten Anfragen - einschließlich des ergänzenden Vortrags und Beweisantritts durch die Revisionserwiderung - dahin zu würdigen haben, ob die beschriebenen erfolglosen Anstrengungen angesichts der Wohnraumsituation in H. ausreichen, um zu belegen, dass für die Beklagten und ihre Familie angemessener Ersatzwohnraum nicht zu angemessenen Bedingungen zu erhalten ist.

14.3.4 Sachverständigengutachten bei § 574 BGB

Werden von dem Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels ihm drohende, schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde gemäß § 144 Abs. 1 BGB mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann⁸⁰⁵. Diese Verpflichtung

⁸⁰² vgl. hierzu auch AG Stuttgart v. 11.7.2003 - 30 C 600/03, WuM 2007, 91.

⁸⁰³ BGH v. 11.12.2019 - VIII ZR 144/19, WuM 2020, 88 = GE 2020, 256.

⁸⁰⁴ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = ZMR 2019, 668 Rz. 53.

⁸⁰⁵ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, MDR 2019, 925 = WuM 2019, 454 = GE 2019, 913.

zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Parteivorbringens bei schwerwiegenden Eingriffen in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgt nicht zuletzt aus dessen grundrechtlicher Verbürgung in Art. 2 Abs. 2 S.1 GG (ggfs. in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip)⁸⁰⁶.

Macht ein Mieter daher durch hinreichend substantiierten Prozessvortrag, insbesondere durch Vorlage eines Attests des behandelnden Facharztes geltend, ihm, seiner Familie oder einem anderen Angehörigen seines Haushalts sei ein Umzug wegen einer von ihm näher bezeichneten schweren Erkrankung nicht zuzumuten, ist im Falle des Bestreitens dieses Vortrags aufgrund der Grundrechtsrelevanz des potentiell beeinträchtigten Rechts regelmäßig nach § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Art, dem Umfang und den konkreten Auswirkungen der beschriebenen Erkrankung auf die Lebensführung des betroffenen Mieters im Allgemeinen und im Falle des Verlusts der vertrauten Umgebung erforderlich⁸⁰⁷. Dabei sind nicht nur Feststellungen zu der Art und dem Ausmaß der Erkrankungen sowie den damit konkret einhergehenden gesundheitlichen Einschränkungen, sondern auch zu den konkret feststellbaren oder zumindest zu befürchtenden Auswirkungen eines erzwungenen Wohnungswechsels zu treffen, wobei im letzteren Fall auch die Schwere und der Grad der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden gesundheitlichen Einschränkungen zu klären ist⁸⁰⁸. Erst dies versetzt den nicht über eigene Sachkunde verfügenden Tatrichter in einem solchen Fall in die Lage, die Konsequenzen, die für den Mieter mit dem Umzug verbunden sind, im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB notwendigen Abwägung sachgerecht zu gewichten.

14.3.5 Ärztliches Attest zur Gesundheitsgefährdung bei Umzug

Nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn dessen Beendigung für ihn, seine Familie oder seine Haushaltsangehörigen eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist.

⁸⁰⁶ vgl. etwa BVerfG, NJW-RR 1993, 463 (464) [zum Vorliegen einer Härte nach § 541b BGB a.F.]; BVerfGE 52, 214 (219 f.); BVerfG, NJW 1992, 1378; BVerfG NJW-RR 2014, 584, 585 m.w.N. [zu § 765a ZPO].

⁸⁰⁷ BGH v. 22.5.2019 – VIII ZR 180/18, MDR 2019, 858 = WuM 2019, 385.

⁸⁰⁸ BGH v. 15.3.2017 – VIII ZR 270/15, MDR 2017, 635 = WuM 2017, 285 = ZMR 2017, 382 Rz.29; BGH v. 16.10.2013 – VIII ZR 57/13, MDR 2013, 1391 = WuM 2013, 739 = ZMR 2014, 195 Rz. 18, 20.

Der Tatrichter ist dabei gehalten, sich durch gründliche und sorgfältige Sachverhaltsfeststellung vom Vorliegen der von dem Mieter geltend gemachten Härtegründe und der berechtigten Interessen des Vermieters zu überzeugen. Einen Härtegrund in diesem Sinn stellt die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation eines (schwer) erkrankten Mieters im Falle eines Wohnungswechsels dar⁸⁰⁹.

Bei der anschließenden Würdigung und Gewichtung der beiderseitigen Belange haben die Tatsacheninstanzen darauf zu achten, sich nicht in Widerspruch zu verfassungsrechtlich verbürgten Rechtspositionen der Mietvertragsparteien zu setzen. Weiter haben sie zu berücksichtigen, dass die Abwägung stets auf der Grundlage der sorgfältig festzustellenden Einzelfallumstände zu erfolgen hat⁸¹⁰.

Macht der Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels durch hinreichend substantiierten Prozessvortrag ihm drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend, haben sich die Tatsacheninstanzen daher - beim Fehlen eigener Sachkunde - regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann⁸¹¹. Diese Verpflichtung zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Parteivorbringens bei schwerwiegenden Eingriffen in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgt nicht zuletzt aus der grundrechtlichen Verbürgung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG⁸¹².

Dabei sind nicht nur Feststellungen zu der Art und dem Ausmaß der Erkrankungen sowie den damit konkret einhergehenden gesundheitlichen

⁸⁰⁹ vgl. BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 31, 37; BGH v. 26.5.2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rz. 16; BGH v. 30.8.2022 - VIII ZR 429/21, NJW-RR 2022, 1453 Rz. 14.

⁸¹⁰ BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 37; BGH v. 26.5.2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rz. 17; BGH v. 30.8.2022 - VIII ZR 429/21, NJW-RR 2022, 1453 Rz. 15; siehe auch BGH v. 3.2.2021 - VIII ZR 68/19, NJW-RR 2021, 461 Rz. 25, 38 m.w.N.

⁸¹¹ BGH v. 13.12.2022 - VIII ZR 96/22, GE 2023, 155.

⁸¹² vgl. BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 41; BGH v. 30.8.2022 - VIII ZR 429/21, NJW-RR 2022, 1453 Rz. 16; siehe auch BVerfG, NJW 2022, 2537 Rz. 23; BVerfG, WPM 2022, 1540 Rz. 40 [jeweils zu § 765a ZPO].

Einschränkungen, sondern auch zu den konkret feststellbaren oder zumindest zu befürchtenden Auswirkungen eines erzwungenen Wohnungswechsels zu treffen, wobei im letzteren Fall auch die Schwere und der Grad der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden gesundheitlichen Einschränkungen zu klären ist. Erst dies versetzt den Tatrichter in einem solchen Fall in die Lage, die Konsequenzen, die für den Mieter mit dem Umzug verbunden sind, im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB notwendigen Abwägung sachgerecht zu gewichten⁸¹³.

Der erforderliche hinreichend substantiierte Vortrag des Mieters kann insbesondere durch Vorlage eines (ausführlichen) fachärztlichen Attests untermauert werden⁸¹⁴. Von einem Mieter als medizinischen Laien ist über die Vorlage eines solchen fachärztlichen Attests hinaus nicht zu verlangen, noch weitere - meist nur durch einen Gutachter zu liefernde - Angaben zu den gesundheitlichen Folgen, insbesondere zu deren Schwere und zu der Ernsthaftigkeit zu befürchtender Nachteile, zu tätigen⁸¹⁵.

Hiernach durfte das Berufungsgericht nicht von der Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den nach der Darlegung der Beklagten bei einem erzwungenen Umzug drohenden schwerwiegenden Gesundheitsgefahren absehen⁸¹⁶. Denn in dem von der Beklagten vorgelegten Attest stellt ein Facharzt für psychosomatische Medizin und Psychotherapie die Diagnose, bei der Beklagten bestehe eine rezidivierende depressive Störung bei derzeit schwergradiger depressiver Episode, und führt aus, dass die im Raum stehende Zwangsräumung ihrer Wohnung die über Jahre chronifizierte schwergradige depressive Störung der Beklagten erheblich vertiefen könnte, wobei selbstgefährdende Tendenzen nicht sicher auszuschließen seien.

Der Umstand, dass die Beklagte in ihrem Widerspruchsschreiben das Vorliegen einer Depression - neben der dort angeführten seelischen Belastung durch den Verlust eines Babys, den Angststörungen und der Mutlosigkeit - noch nicht (ausdrücklich) geltend gemacht hat, ist unschädlich, denn maßgeblicher

⁸¹³ BGH v. 13.12.2022 – VIII ZR 96/22, GE 2023, 155 m.w.N.

⁸¹⁴ vgl. BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 6/19, NJW-RR 2021, 1312 Rz. 28.

⁸¹⁵ vgl. BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 6/19, NJW-RR 2021, 1312; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133; BVerfG, NJW-RR 1993, 463, 464 [zur ausreichenden Substantiierung eines auf ein ausführliches ärztliches Attest gestützten Vortrags]; siehe auch BGH v. 3.2.2021 - VIII ZR 68/19, NJW-RR 2021, 461 Rz. 44 m.w.N.

⁸¹⁶ ⁸¹⁶ BGH v. 13.12.2022 – VIII ZR 96/22, GE 2023, 155.

Zeitpunkt für die Beurteilung, ob das durch eine wirksame Kündigung beendete Mietverhältnis aufgrund einer Anordnung des Gerichts gemäß § 574a BGB fortzusetzen ist, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung⁸¹⁷.

Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch - ersichtlich ohne eigene, von ihm auch nicht aufgezeigte Sachkunde - das vorgelegte fachärztliche Attest als "unverständlich und un schlüssig" beurteilt und angenommen, dieses habe "keine Aussagekraft"⁸¹⁸. Soweit das Berufungsgericht hierbei gemeint hat, die in dem Attest dargestellte Anamnese sei nicht ausreichend für die darin erfolgte fachärztliche Diagnose und Beurteilung der für die Beklagte aus einem erzwungenen Umzug drohenden Folgen, fehlt dem Berufungsgericht dafür - offensichtlich - die erforderliche medizinische Sachkunde. Insbesondere verfügt das Berufungsgericht für seine Einschätzung, wonach der Umstand, dass sich die Beklagte nach dem Jahr 2000 nicht mehr in "psychische/psychiatrische Behandlung" begeben habe, gegen eine weitere psychische Belastung der Beklagten und auch gegen ihre Prozessbehauptung spreche, ihr Krankheitsbild stehe der Aufnahme einer Behandlung entgegen, ersichtlich nicht selbst über die erforderliche medizinische Sachkunde. In dem von der Beklagten vorgelegten fachärztlichen Attest heißt es demgegenüber - wozu sich das Berufungsgericht in Widerspruch gesetzt, womit es sich aber gleichwohl nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat -, die Nichtinanspruchnahme von Behandlungsmöglichkeiten durch die Beklagte sei dem Schweregrad ihrer Störung geschuldet.

Wenn das Berufungsgericht im Weiteren angenommen hat, unter Berücksichtigung der Angaben der Beklagten im Rahmen ihrer Anhörung vor der Kammer erschließe sich die Anamnese in dem vorgelegten Attest nur unzureichend, was insbesondere auch für die festgehaltene Diagnose der rezidivierenden depressiven Störung gelte, dann fehlt ihm auch hierfür - offensichtlich - die notwendige Sachkunde⁸¹⁹. Soweit das Berufungsgericht darüber hinaus einen Widerspruch in dem vorgelegten Attest darin zu erkennen meint, dass der Arzt Suizidgedanken der Beklagten verneint und gleichzeitig selbstgefährdende Tendenzen nicht sicher ausschließen kann, ist auch dies

⁸¹⁷ vgl. BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 32; BGH v. 30.8.2022 - VIII ZR 429/21, NJW-RR 2022, 1453 Rz. 24; jeweils m.w.N.

⁸¹⁸ BGH v. 13.12.2022 - VIII ZR 96/22, GE 2023, 155.

⁸¹⁹ BGH v. 13.12.2022 - VIII ZR 96/22, GE 2023, 155.

rechtlich zu beanstanden, da das Berufungsgericht die entsprechenden Ausführungen aus ihrem inhaltlichen Zusammenhang reißt. Denn der Facharzt verneint in dem Attest - bezogen auf den Zeitpunkt seiner Beurteilung - gegenwärtige Suizidgedanken der Beklagten, während er für die im Raum stehende Zwangsräumung - also auf die Zukunft bezogen - selbstgefährdende Tendenzen der Beklagten nicht auszuschließen vermag.

14.3.6 Nicht ausreichende Kompetenz des Sachverständigen

Nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn dessen Beendigung für ihn, seine Familie oder seine Haushaltsangehörigen eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist.

Der Tatrichter ist dabei gehalten, sich durch gründliche und sorgfältige Sachverhaltsfeststellung vom Vorliegen der von dem Mieter geltend gemachten Härtegründe und der berechtigten Interessen des Vermieters zu überzeugen. Einen Härtegrund in diesem Sinne stellen - soweit vorliegend von Relevanz - ein gesundheitlicher Zustand, der für sich genommen einen Umzug nicht zulässt, oder die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation des (schwer) erkrankten Mieters im Falle eines Wohnungswechsels dar⁸²⁰.

Bei der anschließenden Würdigung und Gewichtung der beiderseitigen Belange haben die Tatsacheninstanzen darauf zu achten, sich nicht in Widerspruch zu verfassungsrechtlich verbürgten Rechtspositionen der Mietvertragsparteien zu setzen. Weiter haben sie zu berücksichtigen, dass die Abwägung stets auf der Grundlage sorgfältig festzustellender Einzelfallumstände zu erfolgen hat⁸²¹.

Macht der Mieter - wie vorliegend - für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels substantiiert ihm drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend, haben sich die Tatsacheninstanzen daher - beim Fehlen eigener Sachkunde - regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind,

⁸²⁰ vgl. BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 31; BGH v. 26.5.2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rz. 16.

⁸²¹ vgl. BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 37; BGH v. 26.5.2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rz. 17.

insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann⁸²². Diese Verpflichtung zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Parteivorbringens bei schwerwiegenden Eingriffen in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgt nicht zuletzt aus der grundrechtlichen Verbürgung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG⁸²³.

Dabei sind nicht nur Feststellungen zu der Art und dem Ausmaß der Erkrankungen sowie den damit konkret einhergehenden gesundheitlichen Einschränkungen, sondern auch zu den konkret feststellbaren oder zumindest zu befürchtenden Auswirkungen eines erzwungenen Wohnungswechsels zu treffen, wobei im letzteren Fall auch die Schwere und der Grad der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden gesundheitlichen Einschränkungen zu klären ist. Erst dies versetzt den Tatrichter in einem solchen Fall in die Lage, die Konsequenzen, die für den Mieter mit dem Umzug verbunden sind, im Rahmen der nach § 574 Abs. 1 BGB notwendigen Abwägung sachgerecht zu gewichten⁸²⁴.

Hiernach durfte es das Berufungsgericht nicht bei dem erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachten eines Facharzts für Psychiatrie und Psychotherapie bewenden lassen. Denn der Sachverständige hat in seinem Gutachten ausgeführt, zur konkreten Prognose der Multiplen Sklerose eine ausreichende fachliche Einschätzung nicht treffen zu können. Danach verfügt der Sachverständige nicht in jeder Hinsicht über die erforderliche medizinische Fachkompetenz, auf die es zur Beantwortung der Beweisfrage ankommt. Die Beschwerde rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht in Anbetracht dessen unter den gegebenen Umständen gehalten war, das von der Beklagten angebotene neurologische Sachverständigengutachten einzuholen. Insoweit hat sich das Berufungsgericht in gehörsverletzender Weise von der Verpflichtung

⁸²² BGH v. 30.8.2022 – VIII ZR 429/21, GE 2022, 1051 = NZM 2022, 831.

⁸²³ vgl. BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 41; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 37; BGH v. 26.5.2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rz. 18; siehe auch BVerfG, WPM 2022, 1225 Rz. 23; BVerfG v. 29.6.2022 - 2 BvR 447/22, juris Rz. 40.

⁸²⁴ vgl. BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 180/18, BGHZ 222, 133 Rz. 44; BGH v. 22.5.2019 - VIII ZR 167/17, NJW-RR 2019, 972 Rz. 38; BGH v. 28.4.2021 - VIII ZR 6/19, NJW-RR 2021, 1312 Rz. 31; BGH v. 26.5.2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rz. 19.

zur weiteren Beweiserhebung entbunden gesehen, indem es darauf abgestellt hat, "insbesondere Beeinträchtigungen beim Gehen" könnten "als Folge einer Multiplen Sklerose durchaus angenommen werden, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Begutachtung" bedürfe⁸²⁵.

Dabei hat das Berufungsgericht verkannt, dass es zu den Voraussetzungen einer zulässigen Wahrunterstellung gehört, die Behauptung der Partei so zu übernehmen, wie diese sie aufgestellt hat⁸²⁶. Dies bedingt bei - wie hier - abwägungsrelevanten Umständen, dass sie grundsätzlich mit dem ihnen vom Behauptenden beigelegten Gewicht als wahr unterstellt werden⁸²⁷.

Diesen Anforderungen ist das Berufungsgericht nicht gerecht geworden⁸²⁸. Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Krankheitsbild der Beklagten beschränken sich pauschal auf "Beeinträchtigungen beim Gehen". Das lässt besorgen, dass das Berufungsgericht sich von dem Tatsachenvortrag der Beklagten zu ihrem Krankheitsbild, welches sich nach ihrer Behauptung nach der Begutachtung durch den bisher beauftragten Sachverständigen verschlechtert habe, ein allenfalls an der Oberfläche haften gebliebenes Bild verschafft hat. Denn das Berufungsgericht hat den Sachvortrag der Beklagten nur bruchstückhaft und nicht mit dem beigelegten Gewicht berücksichtigt. Insbesondere hat es, wie die Beschwerde mit Recht rügt, die behauptete umzugsbedingte Verschlechterung des Gesundheitszustands der Beklagten übergangen. Dies ist indes für das Verfahren von zentraler Bedeutung.

14.4 Untermiete

14.4.1 Schlüssig vorgetragene Untervermietung

Bezüglich der auf eine unberechtigte Untervermietung gestützten Kündigung vom 26. Juli 2019 rügt die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht, dass das Berufungsgericht den hierzu (auch) in der Berufungserwidernng gehaltenen Vortrag nicht berücksichtigt hat⁸²⁹.

⁸²⁵ BGH v. 30.8.2022 – VIII ZR 429/21, GE 2022, 1051 = NZM 2022, 831.

⁸²⁶ BGH v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15, NZM 2017, 23 Rz. 15; BGH v. 7.11.2018 - IV ZR 189/17, FamRZ 2019, 301 Rz. 10; jeweils m.w.N.

⁸²⁷ BGH v. 15.3.2017 - VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474 Rz. 26; BGH v. 31.5.2017 - VIII ZR 224/16, NJW 2017, 2285 Rz. 28.

⁸²⁸ BGH v. 30.8.2022 – VIII ZR 429/21, GE 2022, 1051 = NZM 2022, 831.

⁸²⁹ BGH v. 12.10.2021 – VIII ZR 91/20, GE 2021, 1563.

Nachdem der Beklagte im gerichtlichen Verfahren erstmals mit seiner Berufungsbegründung zur Kündigung wegen unberechtigter Untervermietung Stellung genommen hatte, hat die Klägerin hierauf in ihrer Berufungserwiderung näher vorgetragen. Hierin hat sie ausgeführt, ihr Mitarbeiter - der bereits die Zahlungsverzugskündigung vom 7. Mai 2019 an den Beklagten zugestellt hatte - habe sich am 17. September 2019 (erneut) zur Wohnung des Beklagten begeben und ihm sei die Tür von zwei Herren geöffnet worden. Diese hätten angegeben, jeweils eines von zwei Zimmern der nicht über weitere abgeschlossene Zimmer verfügenden Wohnung zu bewohnen. Zudem sei den beiden in der Wohnung angetroffenen Personen nicht bekannt gewesen, wo der Beklagte wohnhaft sei. Die beiden namentlich genannten Personen stimmen mit denjenigen überein, welche die Klägerin bereits in ihrem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 4. September 2019 - mit welchem die (von der Nichtzulassungsbeschwerde als vom Berufungsgericht gehörswidrig übergangen gerügte) Kündigung vom selben Tag in das Verfahren eingeführt wurde - genannt hatte.

Auf diesen den wesentlichen Kern des Vortrags der Klägerin zum Vorliegen einer unerlaubten Gebrauchsüberlassung bildenden Sachvortrag ist das Berufungsgericht nicht eingegangen. Hierzu war es jedoch verpflichtet, da dieses Vorbringen in der Berufungserwiderung lediglich der näheren Erläuterung, Ergänzung, Ausfüllung sowie dem Beweis des im Kündigungsschreiben vom 26. Juli 2019 geltend gemachten Kündigungsgrunds diene und damit vorliegend zulässigerweise noch im Prozess nachgeschoben werden durfte⁸³⁰.

b) Zudem hat das Berufungsgericht überspannte Anforderungen an die Pflicht der Klägerin zur Substantiierung des Vorliegens eines Kündigungsgrunds gestellt, indem es angenommen hat, die Klägerin habe in ihrer Kündigung vom 26. Juli 2019 "ihren Verdacht einer fortgesetzten Untervermietung lediglich in einer Art Mutmaßung" geäußert und ohne nähere Substantiierung eine Pflichtverletzung des Beklagten in Form einer unberechtigten Untervermietung behauptet.

⁸³⁰ vgl. BGH v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 Rz. 25; BGH v. 12.5.2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rz. 36; BGH v. 22.6.2021 - VIII ZR 134/20, NJW-RR 2021, 1093 Rz. 31.

aa) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind⁸³¹. Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat⁸³². Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen⁸³³.

bb) Danach genügte das in der Kündigungserklärung und damit korrespondierend das in der Klageschrift sowie der Berufungserwiderung gehaltene Vorbringen der Klägerin den Anforderungen an die Darlegung eines wichtigen Grundes in Form einer unbefugten Gebrauchsüberlassung der Wohnung (§ 543 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 2 BGB) beziehungsweise einer schuldhaften nicht unerheblichen Verletzung vertraglicher Pflichten (§ 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB). Das Berufungsgericht war gehalten, den seitens der Klägerin hierfür benannten Zeugen zu vernehmen.

Die Klägerin hat hinreichend substantiiert vorgetragen, einer ihrer Mitarbeiter habe im Zuge der Zustellung der auf den Zahlungsverzug gestützten Kündigung vom 7. Mai 2019 bemerkt, dass sowohl an der zur Wohnung des Beklagten gehörenden Klingel als auch am Briefkasten Namensschilder von Personen angebracht seien, die nicht Partei des Mietvertrags seien. Zudem habe eine Befragung anderer Bewohner des Hauses ergeben, dass die Wohnung - wie im Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses bereits einmal der Fall - nicht nur vom Beklagten, sondern - nunmehr unbefugt - auch von mehreren anderen

⁸³¹ st. Rspr.; vgl. BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 43; BGH v. 28.2.2012 - VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 Rz. 6; BGH v. 26.3.2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rz. 11; jeweils m.w.N.

⁸³² BGH v. 26.10.2016 - IV ZR 52/14, NJW-RR 2017, 22 Rz. 27.

⁸³³ st. Rspr.; vgl. BGH v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rz. 43; BGH v. 28.2.2012 - VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 Rz. 6; BGH v. 26.3.2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rz. 11; BGH v. 28.1.2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rz. 7.

Personen bewohnt werde. Damit übereinstimmend hat sie in ihrer Kündigung vom 4. September 2019 eine nach erneuten Ermittlungen fortbestehende (unerlaubte) Untervermietung behauptet sowie ausdrücklich die beiden Namen der Untermieter (M. und H.) genannt. Genau diese beiden Personen hat - nach dem Vorbringen der Klägerin - ihr Mitarbeiter bei seinem nachfolgenden Besuch in der Wohnung des Beklagten am 17. September 2019 angetroffen. Mehr konnte und musste die Klägerin nicht vortragen.

cc) Anders als das Berufungsgericht meint, war die Klägerin nicht aufgrund der "substantiierten Erwiderung" des Beklagten zu weiterem Vortrag verpflichtet.

Denn zum einen hat sich der Beklagte erstinstanzlich überhaupt nicht zu der Kündigung wegen unberechtigter Untervermietung erklärt. Erstmals mit seiner Berufungsbegründung hat er hierzu Stellung genommen und entsprechende außergerichtliche Schreiben an die Klägerin vorgelegt. Zum anderen waren sämtliche Einlassungen des Beklagten - anders als das Berufungsgericht annimmt - nicht derart substantiiert, dass die Klägerin weiteren Sachvortrag hätte halten müssen.

Außergerichtlich hat sich der Beklagte erstmals nach Erhalt der vorgenannten Kündigung gegenüber der Klägerin erklärt und angegeben, bestimmte namentlich genannte Person hätten nie bei ihm gelebt, auch nicht Miete an ihn gezahlt. Mit seiner - auch dieses Schreiben in Bezug nehmenden - Berufungsbegründung trug er vor, er vermiete nicht unter und überlasse nicht fremden Personen - weder vorübergehend noch dauerhaft - die Wohnung. Da er sich berufsbedingt oftmals im Ausland aufhalte, "beschäftige" er lediglich zum Leeren des Briefkastens, Weiterleiten der Post sowie zum Lüften und Gießen der Blumen eine bestimmte Person. Diese, der Sache nach die Behauptung der Klägerin lediglich negierenden Ausführungen des Beklagten gebieten eine nähere Darlegung der Umstände der Untervermietung seitens der Klägerin, der keine weiteren Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen, nicht.

c) Schließlich macht die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht geltend, dass eine - erneut auf eine (trotz der zuvor erklärten Kündigung weiter fortbestehende) unberechtigte Untervermietung gestützte Kündigung vom 4. September 2019 -

welche einen neuen Streitgegenstand darstellt⁸³⁴ - im Berufungsurteil mit keinem Wort erwähnt wird, wodurch ebenfalls das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt worden ist.

14.4.2 Kündigung gegenüber dem Untermieter nach Widerruf der Untervermietungserlaubnis

Der als Generalklausel gestaltete Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ist von gleichem Gewicht wie die ein berechtigtes Interesse ausformulierenden Kündigungstatbestände des § 573 Abs. 2 BGB. Dies hat zur Folge, dass ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB nur angenommen werden kann, wenn das geltend gemachte Interesse ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe⁸³⁵. Dies gilt auch für das Mietverhältnis zwischen den Hauptmietern und dem Untermieter, da das Bürgerliche Gesetzbuch Sonderregelungen für die ordentliche Kündigung eines Untermietverhältnisses nicht enthält.

Ein solches Interesse der Hauptmieter ist hier weder festgestellt noch ersichtlich. Da andere berechnigte Interessen der Hauptmieter im Streitfall nicht in Rede stehen, hätte die Kündigung der Hauptmieter mit Erfolg allenfalls auf deren Eigenbedarf (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) gestützt werden können, etwa weil sie die Wohnung als Hauptmieter alsbald wieder (ganz oder teilweise) selbst nutzen wollen. Das Berufungsgericht hat hierzu indes festgestellt, dass es den Hauptmietern derzeit an einem konkreten Willen fehlt, in die Wohnung zurückzukehren. Mangels eines konkreten Rückkehrwillens der Hauptmieter begründet allein die Gefahr, einer auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützten Kündigung des Hauptmietverhältnisses durch die Streithelferin ausgesetzt zu sein, ein berechtigtes Interesse der seit 1995 nicht mehr in B. ansässigen Hauptmieter an der Kündigung des Untermietverhältnisses (§ 573 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht. Denn dem allgemeinen Interesse der Hauptmieter an einem (vorsorglichen) Erhalt der seit Jahrzehnten von ihnen nicht genutzten Wohnung für einen möglicherweise in Zukunft entstehenden Nutzungsbedarf kommt ein

⁸³⁴ vgl. BGH v. 4.2.2015 - VIII ZR 175/14, BGHZ 204, 134 Rz. 14; BGH v. 20.11.2012 - VIII ZR 157/12, juris Rz. 8.

⁸³⁵ BGH v. 29.3.2017 - VIII ZR 45/16, BGHZ 214, 269 Rz. 24; VFG v. 10.5.2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rz. 36; BGH v. 16.12.2020 - VIII ZR 70/19, NJW-RR 2021, 204 Rz. 16; jeweils m.w.N.,

für eine Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliches Gewicht nicht zu. Es kann daher dahinstehen, ob ein - unterstellt wirksamer - Widerruf der Untermieterlaubnis überhaupt eine Pflicht des Hauptmieters zur Kündigung des aufgrund dieser Erlaubnis eingegangenen Untermietverhältnisses begründen kann⁸³⁶.

14.5 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

14.5.1 Umschreibung der Domain als wichtiger Grund

Die fristlose Kündigung vom 16.06.2020 ist schließlich auch berechtigt, da der Klägerin aufgrund der unberechtigten Umschreibung der Domain „...de“ unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§§ 543 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB)⁸³⁷.

Die Domainumschreibung auf ihren eigenen Namen durch die Beklagte erfolgte unberechtigt, worin ein sonstiger wichtiger Grund iSv §§ 543 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB für eine Kündigung des Pachtverhältnisses liegt. Erforderlich ist die konkrete Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht. Es sind Tatsachen erforderlich, die aus dem Risikobereich des Kündigungsempfängers – hier der Beklagten – herrühren⁸³⁸. Hier ist die Nebenpflicht eines jeden Pächters betroffen, seinen Verpächter nicht in seinem Vermögen zu schädigen. Diese Pflicht hat die Beklagte verletzt.

Auch wenn unterstellt wird, dass die Beklagte zu Lebzeiten der früheren Alleingesellschafterin der Klägerin, Frau C., der Beklagten mit dem Abschluss des Pachtvertrags gleichzeitig erlaubt hatte, die Domain, Facebook-Seite, Instagram-Account und das Geschäftskennzeichen bei Ausübung des Pachtbetriebs zu nutzen, ergibt sich daraus keine Erlaubnis, die Domain auch auf sich umzuschreiben. Es ergibt sich daraus nicht einmal das Recht, die Domain überhaupt für einen gesicherten Zeitraum weitzunutzen zu können, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

⁸³⁶ BGH v. 3.8.2021 – VIII ZR 329/19, GE 2021, 1425 Rz. 17.

⁸³⁷ OLG Schleswig v. 10.11.2021 – 12 U 19/21, ZMR 2023, 35.

⁸³⁸ vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 80. Aufl., § 543 BGB Rz. 31 f.

Der Pachtvertrag enthält zu der Domain gar keine Regelung; im Gegenteil – so die Klägerin zu Recht – ist in § 16.1 des Pachtvertrags vereinbart, dass der Verpächter dem Pächter keinen Konkurrenzschutz gewährt. Auch eine mündliche Vereinbarung über eine Umschreibung der Domain trägt die Beklagte nicht vor; allein die eidesstattliche Versicherung der Frau E. vom 04.08.2020, wonach das Logo, die „damit zusammenhängenden Social Media Plattformen wie zum Beispiel Instagram, Facebook, Email-Accounts, Homepage ... unter Frau F.'s Leitung übernommen und fortgeführt werden (sollten)“, genügt für eine Absicherung auf Dauer nicht.

Ebenso wenig kann sich die Beklagte darauf berufen, dass sie aufgrund der ihr erteilten Handlungsvollmacht vom 13.02.2020 und der ihr erteilten Generalvollmacht vom 04.03.2020 berechtigt war, eine Umschreibung der Domain vorzunehmen. Zwar könnten Handlungsvollmacht/Generalvollmacht zugunsten der Beklagten möglicherweise auch über den Tod der Vollmachtgeberin hinaus Wirkung entfalten (s. zumindest Wortlaut der Generalvollmacht); weder die Handlungsvollmacht noch die Generalvollmacht erlauben es der Beklagten aber im Innenverhältnis, Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die nach obiger Darstellung nicht vom Willen der Klägerin gedeckt waren. Im Übrigen berechtigen solche Vollmachten auch nicht zu Insichgeschäften gem. § 181 BGB, wenn dies nicht ausdrücklich erlaubt ist, woran es hier fehlt.

Es ist danach davon auszugehen, dass die Klägerin – sei es durch Frau C. oder deren Erben – berechtigt war, der Beklagten zu jedem Zeitpunkt die Nutzung der Domain etc. zu untersagen, wenn dies zunächst auch von Frau C. nicht beabsichtigt gewesen sein mag.

Die wirksame Umschreibung der Domain durch die Beklagte auf sich am 08.05.2020 hätte eine solche – bis dahin ohne Weiteres mögliche – Nutzungsuntersagung durch die Klägerin treuwidrig verhindert, was objektiv eine Nebenpflichtverletzung des Pachtvertrags darstellt, da die Klägerin dadurch den in der Öffentlichkeit bekannten und erfolgreichen Domainnamen nicht mehr hätte selbst nutzen zu können, mit der Folge erheblicher zu befürchtender Einkommens- und Vermögenseinbußen.

Die Klägerin musste ein solches Verhalten der Beklagten auch im Rahmen des unstreitig nach dem Tod von Frau C. weiter bestehenden Pachtverhältnisses nicht hinnehmen.

Eine wirksame Umschreibung der Domain wäre für sie mit erheblichen Vermögens- und Einkommenseinbußen auf Jahre verbunden gewesen, weil sie nicht mehr in der Lage gewesen wäre, den bekannten Domainnamen „...de“ für sich vermarkten zu können. Dass es ihr gelang, dies mit einer einstweiligen Verfügung letztlich zu verhindern, ändert an der schwerwiegenden Pflichtverletzung der Beklagten nichts.

Der Beklagten kann auch nicht zugute gehalten werden, dass sie davon ausgegangen war, dass nach dem Willen von Frau C. ihr die Nutzung des Domainnamens – jedenfalls vorerst – zum Betreiben des Veranstaltungshauses zustehen sollte.

Sie musste nach dem Tod von Frau C. damit rechnen, dass deren Erben ihr die Nutzung nicht mehr ohne Weiteres zugestehen würden, dass sie möglicherweise andere Interessen hatten, die Domain – ggfs. auch außerhalb des Pachtobjekts – für sich selbst zu nutzen. Dafür, dass die Beklagte dies auch wusste, spricht die Tatsache, dass sie gerade in dem Zeitraum, in dem noch ungeklärt war, wer Erbe der Frau C. werden würde, die Umschreibung der Domain vornahm. Einen anderen Grund hat sie dafür auf Befragung durch den Senat nicht nennen können, so dass davon auszugehen ist, dass sie damit rechnete, dass die Weiternutzung von Domain etc. der Klägerin nach Klärung des Erbfalls für sie schwierig werden könnte. Folge davon war, dass sie die auch für ihre erfolgreiche Fortführung des Pachtbetriebs wesentliche Domain „...de“ auf sich überschrieb, ohne sich mit der Klägerin in irgend einer Form zu verständigen oder den Erbschein abzuwarten, wozu ihr nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch der Ehemann der Alleingesellschafterin der Klägerin geraten hatte.

Die Beklagte bzw. ihre Alleingesellschafterin kann sich bei ihrem Verhalten nicht darauf berufen, dass sie nicht geschäftserfahren genug gewesen wäre, um die Tragweite ihres Verhaltens zu überblicken. Sie wusste bereits aus ihrer bisherigen Tätigkeit für die verstorbene Frau C., die sie längere Zeit als ihre „rechte Hand“ bei der Geschäftsführung der Klägerin unterstützt hatte, welche

Bedeutung ein Domainname für den Erfolg des Veranstaltungsunternehmens hatte. Immerhin war es der Klägerin gelungen, mit dem Haus und der dazugehörigen Domain im Jahr 2019 einen Jahresumsatz von über 400.000,-- € zu erwirtschaften. Die Alleingesellschafterin der Beklagten machte auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat keineswegs den Eindruck einer geschäftsunerfahrenen Studentin – als die sie bei der Klägerin ihre Tätigkeit begonnen hatte –, sondern war durchaus in der Lage, ihre Interessen nicht nur über ihren Prozessbevollmächtigten, sondern selbst eloquent und fundiert inhaltlich überzeugend vorzutragen.

Unabhängig davon war der Beklagten spätestens mit der Aufforderung vom 14.06.2020, die Nutzung der Domain, Facebook etc. zu unterlassen, darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Klägerin mit einer Weiternutzung nicht einverstanden war. Spätestens dann hätte sie einlenken und auf ihre bis dahin vorhandenen Nutzungsrechte verzichten müssen, was sie nicht getan hat. Zudem war mit Schreiben vom 03.06.2020 auch die Handlungsvollmacht durch die Klägerin gekündigt worden.

Die Vorgehensweise der Beklagten zeigt, dass sie bereit war, ihre finanziellen Interessen einseitig durch unberechtigte Verhaltensweisen zum Schaden von Einkommen und Vermögen der Klägerin durchzusetzen, was diese im Rahmen des gemeinsamen Pachtverhältnisses nicht hinzunehmen brauchte. Ein Abwarten bis zum Ende einer ordentlichen Kündigungsfrist war der Klägerin nicht zuzumuten, da der Vertrag auf zwei Jahre mit Option auf weitere sechs Jahre befristet war. Diese Option hat die Beklagte auch ausgeübt.

Soweit die Beklagte mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 27.10.2021 rügt, dass die fristlose Kündigung nicht wirksam sei, weil die Klägerin bereits Anfang Mai gewusst habe, dass die Domain einen neuen Vertragspartner habe, was dazu führe, dass es an einer umgehenden Kündigung fehle, folgt der Senat dem nicht.

Zum einen ist dieser Vortrag verspätet und nicht mehr zuzulassen, weil er weder unstreitig ist noch das verspätete Vorbringen gem. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO entschuldigt ist. Zudem führt der Vortrag, dass die Mitteilung der Änderung des Vertragspartners der Domain auf dem Email-Account der verstorbenen Frau C. eingegangen sei, nicht zwingend auch zu einer sofortigen oder auch

nur zeitnahen Kenntnisnahme der Klägerin. Schließlich gibt es ohnehin keine bestimmte Frist, innerhalb der eine fristlose Kündigung gem. § 543 BGB erklärt werden muss; insbesondere gilt § 626 Abs. 2 BGB – Frist von zwei Wochen für eine fristlose Kündigung von Dienstverträgen – nicht. Langes Zuwarten kann lediglich Indiz für die Zumutbarkeit sein⁸³⁹ (), die hier aber auch bei einem Abwarten von – unterstellt – ca. einem Monat nicht angenommen werden kann.

14.5.2 § 543 Abs. 2 Nr. 3a, 2. Alt. BGB

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB ist die Erheblichkeit des zur außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs bei Wohnraummietverhältnissen berechtigenden Mietrückstands allein nach der Gesamthöhe der beiden rückständigen Teilbeträge zu bestimmen. Der Gesamtrückstand ist jedenfalls dann nicht mehr unerheblich, wenn er die für einen Monat geschuldete Miete übersteigt. Eine darüberhinausgehende gesonderte Bewertung der Höhe der einzelnen monatlichen Rückstände im Verhältnis zu einer Monatsmiete sieht das Gesetz nicht vor. Dies hat der VIII. Senat bereits hinsichtlich der Vorgängerbestimmung zu § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2 BGB entschieden⁸⁴⁰. Daran ist festzuhalten⁸⁴¹.

Eine davon abweichende Ansicht findet bereits im Wortlaut des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB keine hinreichende Stütze. Die Gegenansicht⁸⁴² meint, die Wortwahl "für zwei aufeinander folgende Termine" anstelle von "nach zwei aufeinander folgenden Terminen", lege es nahe, dass nicht nur der in beiden Monaten entstandene Gesamtrückstand nicht unerheblich sein müsse, sondern auch jeder einzelne Teilbetrag.

Der Gesetzeswortlaut "für zwei aufeinander folgende Termine" bezieht sich jedoch nur darauf, dass der Mieter "für" beide Termine mit der Verpflichtung zur Zahlung der Miete in Verzug sein muss. Hätte der Gesetzgeber zusätzlich verlangen wollen, dass auch die beiden aufeinander folgenden Einzelrückstände jeweils für sich gesehen als "nicht unerheblich" zu gelten

⁸³⁹ vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 80. Aufl., § 543 BGB Rz. 53.

⁸⁴⁰ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 unter II 1 d [zu § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF]; zur Maßgeblichkeit des Gesamtrückstands siehe auch BGH v. 23.7.2008 - XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 Rz. 34 m.w.N.

⁸⁴¹ BGH v. 8.12.2021 - VIII ZR 32/20, ■.

⁸⁴² LG Berlin v. 8.1.2020 - 66 S 181/18, WuM 2020, 73.

hätten, hätte es nahegelegen, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a Alt. 2 BGB dahin zu fassen, dass der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung "jeweils" eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug sein muss. In dieser Weise ist der Gesetzgeber jedoch nicht verfahren.

Außerdem verkennt die Gegenmeinung, dass § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB für Mietverhältnisse über Wohnraum ausdrücklich und abschließend bestimmt, welche Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal eines nicht unerheblichen Rückstands im Sinne der Vorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2 BGB zu stellen sind⁸⁴³ und damit kein Raum für eine richterliche Anhebung der Anforderungen an eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs bleibt.

Die für alle Mietverhältnisse geltende Vorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2 BGB lässt offen, wann von einem "nicht unerheblichen Teil der Miete" auszugehen ist. Das galt bereits für die durch das Erste Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963⁸⁴⁴ neugefasste Vorgängerbestimmung des § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF. Diese Regelung sah ebenfalls vor, dass der Vermieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung "eines nicht unerheblichen Teils des Mietzinses" in Verzug ist.

Mit dem Erfordernis, wonach nur ein Verzug mit einem "nicht unerheblichen Teil" der Miete kündigungsrelevant ist, hat der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetz klarstellend dem vom Reichsgericht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickelten Grundsatz Rechnung tragen wollen, dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht gekündigt werden dürfe. Dazu heißt es in den Gesetzesmaterialien⁸⁴⁵:

"[...] In dem neugefassten § 554 Abs. 1 kommt für alle Mietverhältnisse der in der Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entwickelte Grundsatz zum Ausdruck, dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht fristlos gekündigt werden kann (RGZ 86, 334). Für Mietverhältnisse über Wohnraum, der nicht

⁸⁴³ BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903.

⁸⁴⁴ BGBl. I S. 505, im Folgenden: Erstes Mietrechtsänderungsgesetz.

⁸⁴⁵ BT-Drucks. IV/806, S. 10.

zu nur vorübergehendem Gebrauch vermietet ist, wird besonders bestimmt, dass der Rückstand mindestens einer Monatsmiete gleichkommen muss [...]"

In seiner Ursprungsfassung sah § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF das Erfordernis des Verzugs mit einem "nicht unerheblichen Teil" der Miete nicht ausdrücklich vor, sondern bestimmte lediglich, dass der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Errichtung "eines Theiles des Miethzinses" in Verzug sein müsse⁸⁴⁶. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts durfte die Vorschrift des § 554 BGB aF allerdings nicht dazu führen, den Mieter auch dann einer fristlosen Kündigung auszusetzen, wenn es sich nur um unerhebliche Teile einer Mietzinsrate handelt; es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn der Vermieter sich auf einen geringfügigen Rückstand berufen dürfte⁸⁴⁷. Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetzes umgesetzt und § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF dahingehend klargestellt, dass nur ein Zahlungsverzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete kündigungsrelevant ist.

Die in den Gesetzesmaterialien gewählte Pluralform, "wegen nur unerheblicher Rückstände" dürfe nicht fristlos gekündigt werden, eröffnet allerdings keinen Raum für die Annahme eines zweiten Erheblichkeitserfordernisses. Denn wann von einem nicht unerheblichen Teil der Miete im Sinn dieser Bestimmung auszugehen ist, hat bereits der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetzes für Mietverhältnisse über Wohnraum nicht offen lassen wollen, sondern - ersichtlich aus Gründen der Rechtssicherheit - "besonders bestimmt"⁸⁴⁸.

Die neu eingeführte Regelung des § 554 Abs. 2 Nr. 1 BGB aF sah nunmehr vor, dass im Fall einer Kündigung nach § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB der rückständige Teil der Miete nur dann als nicht unerheblich anzusehen ist, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt. Diese besondere Schutzvorschrift zugunsten des Wohnraummieters⁸⁴⁹ hat der Gesetzgeber des

⁸⁴⁶ RGBl. I 1896, S. 288 f.

⁸⁴⁷ so RGZ 86, 334 (335).

⁸⁴⁸ so ausdrücklich BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁸⁴⁹ vgl. BGH v. 15.4.1987 - VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 unter II 1 d, siehe auch BGH v. 13.5.2015 - XII ZR 65/14, BGHZ 205, 300 Rz. 50, 55.

Mietrechtsreformgesetzes⁸⁵⁰ in § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB - mit Ausnahme der im Streitfall nicht relevanten Verlängerung der Schonfrist - ohne inhaltliche Änderungen übernommen⁸⁵¹. Die Gesetzesmaterialien⁸⁵² heben insoweit ausdrücklich hervor, dass "Absatz 3 [des § 569 BGB] die Sonderregelung für die fristlose Kündigung von Wohnraum wegen Zahlungsverzuges aus § 554 Abs. 2 BGB auf[nimmt]".

Soweit die Gesetzesmaterialien zum Ersten Mietrechtsänderungsgesetz auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts Bezug nehmen, betrifft dies ausschließlich den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, "dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht fristlos gekündigt werden kann"⁸⁵³. Hingegen hat der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetzes das vom Reichsgericht aufgestellte Erfordernis, es komme auf das "Verhältnis des rückständigen Teilbetrags zu der betreffenden Rate" an⁸⁵⁴, gerade nicht umgesetzt, sondern mit der neu geschaffenen Bestimmung des § 554 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1 BGB aF (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB) allein "den rückständigen Teil der Miete" als kündigungsrelevant bestimmt. Nichts spricht dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Erheblichkeitsschwelle mit der in § 554 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1 BGB aF vorgesehenen und in § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB übernommenen Anbindung an den Gesamtrückstand einerseits "besonders bestimmt", andererseits aber - wie das Berufungsgericht gemeint hat - zugleich ein zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit führendes, unbestimmtes Zusatzerfordernis in Gestalt der Erheblichkeit der Rückstände auch zu den beiden jeweiligen Einzelterminen aufgestellt werden sollte.

Dem Wortlaut der Bestimmung des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB, der vorsieht, dass der rückständige Teil der Miete "nur dann" als nicht unerheblich anzusehen ist, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt, ist auch nicht zu entnehmen, dass dies keine abschließende Definition darstelle. Hierbei handelt es sich nicht um eine bloße Mindestvoraussetzung, die Raum für höhere Anforderungen an die Erheblichkeitsgrenze ließe. Mit der verwendeten Formulierung hat der Gesetzgeber, was auch in den oben wiedergegebenen

⁸⁵⁰ Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19. Juni 2000, BGBl. I S. 1149.

⁸⁵¹ vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 44, 64.

⁸⁵² BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁸⁵³ vgl. BT-Drucks. IV/806, S. 10, unter Hinweis auf RGZ 86, 334.

⁸⁵⁴ vgl. RGZ 86, 334, 335.

Gesetzesmaterialien zu § 554 BGB aF⁸⁵⁵ zum Ausdruck kommt, vielmehr klargestellt, dass der Rückstand im Bereich der Wohnraummiete zum Schutz des Wohnraummieters nicht darunterliegen darf.

Auch der Schutzzweck des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB gebietet es nicht, die Erheblichkeitsschwelle über den Gesamtrückstand hinaus zusätzlich auch an dem Verhältnis der Einzelrückstände zu der jeweils geschuldeten Monatsmiete zu messen. Der Gesetzgeber hat in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB die Wertung getroffen, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter jedenfalls dann unzumutbar ist, wenn sich der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit einem Teil der Miete in Verzug befindet, der die Miete für einen Monat übersteigt⁸⁵⁶ (). Die Schutzwirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB besteht daher darin, für die Wohnraummiete die kündigungsbewehrte Schwelle der Erheblichkeit des Mietrückstands unter Beachtung der beiderseitigen Interessen ausgewogen zu bestimmen. Die davon abweichende Sichtweise des Berufungsgerichts, die zusätzlich Anforderungen an das Verhältnis der Einzelrückstände aus den beiden aufeinander folgenden Terminen zu der jeweils geschuldeten Monatsmiete stellen will, führte hingegen zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Anhebung des Schutzniveaus des säumigen Mieters.

Das Berufungsgericht möchte seine Bewertung schließlich auf den Grenzfall stützen, dass die Regelung der § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a Alt. 2, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs auch dann eröffne, wenn der Mieter mit der Zahlung einer Monatsmiete und im Vor- oder Folgemonat mit einem Minimalbetrag in Verzug sei⁸⁵⁷.

Dieser Sonderfall ist nicht geeignet, ein im Gesetz nicht vorgesehenes zusätzliches Tatbestandserfordernis, wie die gesonderte Erheblichkeit der beiden Einzelrückstände im Verhältnis zu einer Monatsmiete, zu begründen, zumal eine solche Fallgestaltung auch dann eintreten kann, wenn es - wie das Berufungsgericht gemeint hat - auf eine Einzelbetrachtung der Erheblichkeit des Rückstands für jeden der beiden Fälligkeitstermine ankäme. Auch bei den

⁸⁵⁵ BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁸⁵⁶ BGH v. 27.9.2017 - VIII ZR 193/16, NJW 2018, 939 Rz. 32.

⁸⁵⁷ vgl. auch Stempel, PiG 90 [2011], 175 (176).

Einzelrückständen könnte die Erheblichkeitsgrenze - wo immer sie nach der Einschätzung des Berufungsgerichts auch anzusetzen wäre - um nur einen Cent überschritten sein.

In Anbetracht dessen kann auf sich beruhen, ob einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a Alt. 2 BGB unter besonderen Umständen des Einzelfalls der Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 241 Abs. 2, § 242 BGB) entgegenstehen kann, wenn der Rückstand eine Monatsmiete zwar übersteigt (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB), jedoch nur um einen Cent⁸⁵⁸, oder ob aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit auch ein solch geringfügiger Betrag als für den Kündigungstatbestand des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a Alt. 2 BGB ausreichend anzusehen ist, ohne dass es noch einer Abwägung zwischen den Mieter- und den Vermieterinteressen bedürfte⁸⁵⁹.

14.5.3 Freilaufende Hunde

Das von den Mietern nicht in Abrede gestellte Verhalten - freies Laufenlassen ihrer Hunde auf den Gemeinschaftsflächen (Grünflächen, Kinderspielplatz) des Anwesens entgegen der Hausordnung und ungeachtet mehrerer Abmahnungen - stellt eine erhebliche Verletzung mietvertraglicher Pflichten dar. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass einer solchen (beharrlichen) Pflichtverletzung unter den von ihm festgestellten Umständen ein die fristlose Kündigung rechtfertigendes Gewicht zukommt, lässt schon einen einfachen Rechtsfehler nicht erkennen und erst recht nicht einen solchen, der die Zulassung der Revision erforderte⁸⁶⁰.

Der Sache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu noch weicht die Entscheidung des Berufungsgerichts von dem Urteil des BGH vom 18. Februar 2015⁸⁶¹ ab. Aus dieser Entscheidung, die eine behauptete Störung des Hausfriedens durch exzessives Rauchen innerhalb der Mietwohnung betraf, lässt sich nichts für die Auffassung der Mietern herleiten, dass der hier zu

⁸⁵⁸ vgl. MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 569 BGB Rz. 42; BeckOGK-BGB/Geib, Stand: 1. Oktober 2021, § 569 BGB Rz. 59.

⁸⁵⁹ vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 15. Aufl., § 543 BGB Rz. 171; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 569 BGB Rz. 97; jurisPK-BGB/Tiedemann, Stand: 25. Mai 2021, § 569 Rz. 149 m.w.N.

⁸⁶⁰ BGH v. 2.1.2020 – VIII ZR 328/19, WuM 2020, 98 = GE 2020, 253 = NZM 2020, 105.

⁸⁶¹ BGH v. 18.2.2015 - VIII ZR 186/14, NJW 2015, 1239.

beurteilenden (beharrlichen) vertragswidrigen Nutzung der Gemeinschaftsflächen nur dann das eine Kündigung rechtfertigende Gewicht zukommen könnte, wenn sich Mitmieter hierdurch gestört gefühlt hätten und konkrete Beeinträchtigungen etwa in Form von Verunreinigungen nachgewiesen wären. Unabhängig davon haben sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mehrere Mitmieter durch das oben genannte Verhalten der Mieter auch gestört gefühlt, auf deren Beschwerden die Klägerin in der Folgezeit mit Abmahnungen und nach deren Erfolglosigkeit mit der Kündigung des Mietvertrages gegenüber den Mietern reagiert hat.

14.6 Kündigungsfolgeschaden

Die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrags veranlasst hat, ist dieser Partei zum Ersatz des durch die Kündigung verursachten Schadens (sog. Kündigungs- oder Kündigungsfolgeschaden) verpflichtet⁸⁶². Hiervon ausgehend begründen die im Zuge des Erwerbs des Hauses in B.H. angefallenen Maklerkosten keinen ersatzfähigen Kündigungsfolgeschaden (§ 249 Abs. 1 BGB). Dieser ist zwar noch adäquat kausal auf die Vertragspflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen, jedoch nicht mehr vom Schutzzweck dieser Vertragspflicht umfasst⁸⁶³.

Der Schaden in Form der Maklerkosten ist - äquivalente Kausalität unterstellt - noch adäquat kausal auf die Pflichtverletzung des Vermieters zurückzuführen. Adäquat ist eine Bedingung dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der fraglichen Art herbeizuführen. Die Adäquanz kann fehlen, wenn der Geschädigte selbst in völlig ungewöhnlicher oder unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden endgültig herbeiführt⁸⁶⁴.

⁸⁶² st. Rspr.; vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WPM 1974, 345 unter II 1; BGH v. 15.3.2000 - XII ZR 81/97, NJW 2000, 2342 unter 2; BGH v. 13.6.2007 - VIII ZR 281/06, NJW 2007, 2474 Rz. 9; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 11.

⁸⁶³ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

⁸⁶⁴ st. Rspr.; vgl. BGH v. 11.1.2005 - X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 unter 2 b; BGH v. 25.1.2018 - VII ZR 74/15, NJW 2018, 944 Rz. 16.

Bei Anwendung dieses Maßstabs liegt es noch nicht außerhalb des zu erwartenden Verlaufs der Dinge, dass ein Mieter die von ihm aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung des Vermieters ausgesprochene Kündigung (hier nach § 543 Abs. 1 BGB) zum Anlass nimmt, seinen künftigen Wohnbedarf nicht wie bisher in angemieteten Räumlichkeiten, sondern in einem Eigenheim zu verwirklichen und zu dessen Erwerb einen Makler einschaltet.

Die Maklerkosten für den Erwerb des Hauses unterfallen jedoch nicht mehr dem Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht⁸⁶⁵. Denn eine Haftung besteht nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde, was vorliegend zwischen den Maklerkosten und der mietvertraglichen Pflicht zur (ungestörten) Gebrauchsüberlassung nicht der Fall ist. In der Rechtsprechung des BGH ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Bestimmung die Haftung gestützt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist⁸⁶⁶.

Die Schadensersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob die verletzte Bestimmung überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Bestimmung das verletzte Rechtsgut schützen soll. Darüber hinaus muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung bzw. der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen. Der Schaden muss in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein "äußerlicher", gleichsam

⁸⁶⁵ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

⁸⁶⁶ vgl. BGH v. 22.4.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137, 139 ff.; BGH v. 4.7.1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126 unter II 4 a; BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rz. 9; BGH v. 11.6.2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rz. 24; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 Rz. 14.

"zufälliger" Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten⁸⁶⁷.

Bei der Verletzung vertraglicher Pflichten hängt die Ersatzpflicht des Schädigers davon ab, dass die verletzte Vertragspflicht das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte. Der Schädiger hat nur für die Einbußen einzustehen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen⁸⁶⁸. Maßgebend ist somit die vertragliche Interessenlage der Parteien und der damit korrespondierende Vertragszweck. Denn in gleicher Weise, wie der Vertragszweck Entstehen, Entwicklung und Untergang der primären Pflichten festlegt, werden hierdurch auch die ihrer Sanktion dienenden (sekundären) Schadensersatzverbindlichkeiten ihrem Umfang nach bestimmt⁸⁶⁹.

Hiernach stammen die Kosten des Maklers, welcher vom Mieter mit der Suche nach einem zu Eigentum zu erwerbenden Anwesen beauftragt war, nicht aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht besteht. Es ist nicht maßgebend, dass der Mieter kein "Mehr" erworben, sondern lediglich den nötigen Ersatzwohnraum beschafft hat. Entscheidend ist vielmehr, dass der Mieter unter Einschaltung des Maklers aus seiner bisherigen Stellung als Mieter in diejenige eines Eigentümers gewechselt ist, mithin gleichsam ein "aliud" erlangt hat; auf den Umstand der Verlagerung des Lebensmittelpunktes des Mieters an einen anderen - 250 km entfernten - Ort, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Die Pflichtverletzung des Vermieters führt hier zum Verlust des Gebrauchsrechts des Mieters. Denn infolge der Pflichtverletzung des Vermieters hat der Mieter das Mietverhältnis berechtigt gekündigt und dadurch sein Besitzrecht an der Wohnung eingebüßt. Somit berührt die Pflichtverletzung des Vermieters das vertraglich geschützte Gebrauchserhaltungsinteresse des Mieters. Greift dieser bei einer solchen Vertragsverletzung des Vermieters berechtigt zur Kündigung, büßt er sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mieter den

⁸⁶⁷ vgl. BGH v. 14.3.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965; BGH v. 22.5.2012 - VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024; BGH v. 20.5.2014 - VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263 Rz. 10; BGH v. 2.4.2019 - VI ZR 13/18, BGHZ 221, 352 Rz. 30.

⁸⁶⁸ vgl. BGH v. 30.1.1990 - XI ZR 63/89, NJW 1990, 2057 unter I 2 b; BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 Rz. 14; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 104.

⁸⁶⁹ BGH v. 9.12.2020 - VIII ZR 371/18, WuM 2021, 100 = GE 2021, 243.

Schaden zu ersetzen, den er durch diesen Rechtsverlust erleidet⁸⁷⁰. Damit kann der Mieter Ersatz solcher Schäden verlangen, die in einem inneren Zusammenhang mit seinem Interesse am Gebrauch der Mietsache stehen.

Dieser Zusammenhang fehlt bezüglich der Maklerkosten. Denn durch den Erwerb eines Hausgrundstücks zu Eigentum, der Gegenstand des Maklervertrags war, hat der Mieter nicht (lediglich) seinen Besitzverlust ausgeglichen, sondern im Vergleich zu seiner bisherigen Stellung als Mieter eine hiervon zu unterscheidende Stellung als Eigentümer eingenommen.

15 Rückgabe

15.1 Einstweilige Verfügung auf Räumung

Gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 940a Abs. 2 ZPO auch auf sonstige Mieträume spricht bereits der klare Wortlaut der Norm, der ausdrücklich von “Räumung von Wohnraum” spricht. Auch die Gesetzssystematik spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit amtlicher Überschrift “Räumung von Wohnraum” angesiedelt hat⁸⁷¹. Dass § 940a Abs. 2 ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung⁸⁷².

Für eine analoge Anwendung des § 940a Abs. 2 ZPO fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Aufgrund der Gesetzeshistorie ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber nur die Räumungsvollstreckung für Wohnraum regeln wollte, nicht aber die Möglichkeit einer Regelung für den Bereich der gewerblichen Miete übersehen hat⁸⁷³.

⁸⁷⁰ vgl. BGH v. 6.2.1974 - VIII ZR 239/72, WPM 1974, 345 unter II 5; BGH v. 2.11.2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rz. 26.

⁸⁷¹ vgl. LG Köln, MietRB 2013, 204.

⁸⁷² Drucks. 17/10485 S. 1, 2, 33 und 34; vgl. insoweit zur weiteren Begründung KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, GE 2013,791.

⁸⁷³ vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13, GE 2013,791; OLG Celle v. 24.11.2014 - 2 W 237/14, NJW 2015,711; OLG Dresden v. 29.11.2017 - 5 U 1337/17, MDR 2018,204; OLG München v. 10.4.2017 - 23 U 773/14, NZM 2015,167; OLG München v. 12.12.2017 - 32 W 1939/17, ZMR 2018,220, Rz. 32.

Die in § 940 a Abs. 2 ZPO zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung ist aber bei der Prüfung des Vorliegens anderer Gründe im Sinne von § 940 ZPO zu berücksichtigen⁸⁷⁴.

Hierzu führt das OLG München im Beschluss vom 12.12.2017 - 32 W 1939/17, Rz. 39 wie folgt aus:

“...

§ 940 ZPO nennt als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Diese Voraussetzungen gelten nicht nur, wenn Gegenstand der einstweiligen Verfügung die vorläufige Regelung eines einstweiligen Zustandes ist, sondern auch dann, wenn mit der einstweiligen Verfügung die (vorläufige) Befriedigung des Gläubigers angestrebt wird. Der Gesetzeswortlaut ist ausdrücklich offen für andere, in § 940 ZPO nicht bezeichnete Gründe. Bei der Beantwortung der Frage, aus welchen anderen Gründen eine Regelungs- oder Leistungsverfügung erlassen werden kann, sind die gesetzgeberischen Wertungen zu berücksichtigen. Deshalb kommen als andere Gründe grundsätzlich nur solche in Betracht, die wertungsmäßig den in § 940 ZPO ausdrücklich genannten Gründen gleichzusetzen sind.

Bei der Berücksichtigung gesetzgeberischer Wertung ist aber nicht auf den § 940 ZPO allein abzustellen. Vielmehr kann nach der Überzeugung des Senates eine solche Wertung auch dem § 940a ZPO entnommen werden. Dafür sprechen auch systematische Gründe. Eine Herausgabeverfügung ist nach § 940 ZPO möglich. § 940a Abs. 1 ZPO macht davon eine Ausnahme für Wohnraum. Die Abs. 1 bis 3 des § 940a ZPO enthalten Ausnahmen von der Ausnahme, bei deren Vorliegen eine Herausgabeverfügung wieder möglich ist. Als Ausnahme von dem den Mieterschutz bezweckenden Verbot der Räumungsverfügung sind die darin enthaltenen typisierten Verfügungsgründe eng gefasst. Wenn die (Unter-) Ausnahme greift, gelten aber nicht nur die allgemeinen Regeln, nach denen eine Räumungsverfügung möglich ist. Zugleich liegt schon ein typisierter Verfügungsgrund vor, der eine weitere Prüfung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes nach allgemeinen Regeln

⁸⁷⁴ KG v. 9.5.2019 – 8 W 28/19, ZMR 2019, 855.

überflüssig macht. Es wird also nicht nur die Möglichkeit des Erlasses einer Räumungsverfügung nach allgemeinen Regeln eröffnet, sondern es werden zugleich die Voraussetzungen für den Erlass geändert und erleichtert.

Diese Wertung des Gesetzgebers, dass in den in § 940a Abs. 1 bis 3 ZPO genannten Fällen die Räumung von Wohnraum ausnahmsweise ermöglicht und zugleich gegenüber § 940 ZPO erleichtert wird, ist für die Beurteilung, welche anderen Gründe im Sinne von § 940 ZPO in Betracht kommen, wesentlich. Wenn der Gesetzgeber schon die Räumung von Wohnraum im Wege einstweiliger Verfügung, die grundsätzlich ausgeschlossen ist, in diesen Fällen erleichtert zulässt, können diese typisierten Verfügungsgründe erst recht andere Gründe im Sinne von § 940 ZPO darstellen, wenn die Räumung von gewerblich genutzten Räumen durch einstweilige Verfügung verlangt wird, die grundsätzlich gesetzlich zulässig ist (Fleindl ZMR 2014, 938; LG Krefeld ZMR 2016, 448; LG Hamburg NJW 2013, 3666; Klüver ZMR 2015, 10).

Aus der Gesetzeshistorie folgen keine Argumente, die gegen diese Wertung sprechen (Fleindl ZMR 2014, 938). Weder im Wortlaut noch in der Gesetzesbegründung wird auf die Räumung von gewerblich genutzten Räumen im Wege einstweiliger Verfügung Bezug genommen. Erst Recht findet sich kein Anhaltspunkt für einen Willen des Gesetzgebers, dass in den in § 940a Abs. 1 bis 3 ZPO genannten Ausnahmefällen eine Räumung von Geschäftsräumen ausgeschlossen sein soll. Der Gesetzgeber hat die Anregungen, entsprechende Regelungen mit typisierten Verfügungsgründen auch für die Räumung von Geschäftsräumen zu schaffen, nicht aufgenommen. Das kann daran liegen, dass der Gesetzgeber eine besondere Regelung aus systematischen Gründen nicht für erforderlich hielt oder dass er die Klärung der Rechtsfrage der Rechtsprechung überlassen wollte. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass die Nichtaufnahme der Anregungen im Gesetzgebungsverfahren den Schluss auf einen Willen des Gesetzgebers zulässt, die Anwendung der erleichterten Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO sollte in der Weise auf die Räumung von Wohnraum beschränkt sein, dass eine Anwendung auf Räumung von Geschäftsräumen ausgeschlossen ist (so aber OLG Celle NZM 2015, 166)."

Der 8. Senat des Kammergerichts schließt sich nach nochmaliger Prüfung - unter Aufgabe seiner bisher vertretenen Auffassung⁸⁷⁵ - an. Soweit der Senat in den Beschlüssen vom 13. August 2018 - 8 W 41/18 - und vom 23.10.2018 - 8 W 68/18 - (im Grundsatz zutreffend) ausgeführt hat, dass eine Ausnahmegesetzvorschrift nur eng auszulegen ist, hat dies vor dem Hintergrund der angestellten gesetzgeberischen Wertung der Ausnahmegesetzvorschriften des § 940a Abs. 1 und 2 ZPO zurückzutreten. Hieraus lässt sich herleiten, dass für den Regelfall - nämlich für sonstige Räume - eine Räumungsverfügung zulässig ist.

Bei der Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien überwiegt das Interesse der Antragstellerin. Eine Abwägung ist erforderlich, denn bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO ist ein Verfügungsgrund für eine Leistungsverfügung nur in der Regel, aber nicht zwingend gegeben⁸⁷⁶.

Zugunsten der Antragstellerin ist zu berücksichtigen, dass sie einen vollstreckbaren Titel auf Räumung und Herausgabe gegen die Hauptmieterin hat. Eine Erweiterung der Klage auf die beiden Antragsgegner war nicht möglich, weil die Antragstellerin erst im Rahmen der betriebenen Räumungsvollstreckung Kenntnis davon erhielt, dass eine Untervermietung an die Antragsgegner bereits im Jahre 2017 erfolgt ist. Sie hatte daher keine einfachere Möglichkeit zu ihrem Rechtsschutzziel zu gelangen. Die besondere Dringlichkeit folgt aus der gesetzlichen Wertung, die der Vollstreckung aus einem Titel schon per se eine Dringlichkeit und einen Vorrang vor anderen Interessen zuweist⁸⁷⁷.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin durch eidesstattliche Versicherung vom 23. April 2019 (Anlage A 11, Bl. 119) glaubhaft gemacht, dass die Hauptmieterin für Februar 2017 nur einen Teil der Miete gezahlt hat und seit spätestens März 2017 keinerlei Mietzahlungen mehr leistet. Weder die Hauptmieterin noch die Antragsgegner haben seit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses zum 31. Dezember 2017 eine Nutzungsentschädigung an die Antragstellerin gezahlt.

⁸⁷⁵ vgl. KG v. 5.9.2013 - 8 W 64/13; KG v. 14.7.2016 - 8 U 37/16; KG v. 5.7.2016 - 8 W 54/16; KG v. 16.3.2017 - 8 W 13/17; KG v. 13.8.2018 - 8 W 41/18; KG v. 23.10.2018 - 8 W 68/18.

⁸⁷⁶ vgl. LG Krefeld ZMR 2016,448.

⁸⁷⁷ KG v. 9.5.2019 - 8 W 28/19, ZMR 2019, 855; ebso. inzwischen: OLG Frankfurt v. 13.9.2019 - 2 U 61/19, ZMR 2020, 301.

Zwar ist auf Seiten der Antragsgegner zu berücksichtigen, dass gegen sie ein vollstreckbarer Titel nicht vorliegt und sie die Räume - soweit ersichtlich - zum Wohnen nutzen.

Den Interessen der Antragstellerin ist vor dem Hintergrund des seit fast 1 1/2 Jahren beendeten Hauptmietverhältnisses und der zwischenzeitlich aufgelaufenen Zahlungsrückstände in nicht unerheblicher Höhe ein höheres Gewicht beizumessen.

15.2 durch Besitzaufgabe

Damit kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits zunächst darauf an, ob die Klägerin als Mieterin die Mietsache nach § 546 Abs. 1 BGB an die Beklagte als Vermieterin zurückgegeben hat. Dies verlangt normalerweise unter Anwesenheit beider Seiten vor Ort die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, wozu auch die Übergabe sämtlicher Schlüssel gehört. Eine solche Übergabe hat nicht stattgefunden. Möglich ist auch die Übergabe durch den Auszug unter Übersendung der Schlüssel, wie dies offenbar die Beklagte dem Schreiben der Klägerin vom 26.05.2016 entnommen haben will. Eine hierauf gerichtete Vereinbarung kam schon deshalb nicht zustande, weil die Klägerin auf diese Weise nicht übergeben wollte und die Beklagte ein solches Angebot auch nicht angenommen hat. Vielmehr erklärte die Klägerin ausdrücklich, die Schlüssel im Zuge oder nach Aufgabe des Besitzes i.S.v. § 303 BGB der Beklagten durch Übersendung zur Verfügung stellen zu wollen. Deshalb ist nicht danach zu fragen, ob eine Rückgabe stattfand, sondern allein, ob sich die Klägerin der Rückgabepflicht durch Aufgabe des Besitzes entledigte. Denn mit der Aufgabe des Besitzes wird der Schuldner gemäß § 275 I BGB von der Rückgabepflicht frei.

Gemäß § 303 S. 2 BGB muss die Besitzaufgabe dem Gläubiger angedroht werden. Diese Androhung kann mit dem den Annahmeverzug begründenden Schreiben, hier vom 26.05.2016, verbunden werden. Das Mietverhältnis endete unstreitig am 31.05.2016. Vor diesem Tag, an dem die Rückgabepflicht zu erfüllen war, ist der Vermieter nicht gehalten, die Mietsache zurückzunehmen. Das hat die Klägerin von der Beklagten auch nicht verlangt. Sie forderte die Beklagte zur Rücknahme für den 30.5., 31.5. oder 01.6. auf und stellte in Aussicht, sich bis 04.06.2016 übergabebereit zu halten. Gemäß § 295 S. 1 BGB

genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners für den Annahmeverzug, wenn der Gläubiger an der Bewirkung der Leistung mitwirken muss, wie das bei der Besitzverschaffung der Fall ist. Da sich die Beklagte hierzu nicht äußerte und das Objekt auch nicht in Besitz nahm, geriet sie in Annahmeverzug. Ein Verschulden oder Vertretenmüssen war hierfür nicht erforderlich⁸⁷⁸. Das danach untaugliche Argument der Beklagten, es habe in der Kürze der Zeit kein Termin gefunden werden können, hat schon das Landgericht mit zutreffender Begründung für nicht stichhaltig betrachtet. Die Beendigung des Mietverhältnisses und damit die Notwendigkeit einer Rückgabe des Mietgegenstandes trafen die Beklagte nach der rechtzeitigen Kündigung der Klägerin keineswegs überraschend.

Die Klägerin war damit in der Lage, den Besitz aufzugeben. Hat sie sich der tatsächlichen Gewalt über das Mietobjekt entäußert, wozu sie sich auch der Schlüssel zu entledigen hatte, wurde sie von der Rückgabepflicht frei⁸⁷⁹. Dass das Objekt geräumt ist, wird von der Beklagten nicht bestritten. Streitig ist allein die Herausgabe der Schlüssel. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Fa. E. empfangszuständig war. Die Klägerin hätte bei der Aufgabe des Besitzes die Schlüssel theoretisch auch im Objekt zurücklassen können. Wichtig ist nur, dass sie sich der Schlüssel entledigte. Dies hat das Landgericht nicht festgestellt, weshalb es erneuter Feststellungen des Senats bedarf (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Zwar existiert eine "Schlüsselliste" (Teil der Anlage K 11), die im Rahmen der Besitzaufgabe weder von der Beklagten noch von der E. geprüft wurde. Es wäre aber verfehlt, rein formal auf die Übergabe aller für das Objekt angefertigten Schlüssel abzustellen, obwohl es für ein bewusstes Zurückhalten von aufgezählten Schlüsseln durch die Klägerin nach dem Sachvortrag der Parteien (welche Schlüssel das sein könnten, wird von der Beklagten auch in keiner Weise konkretisiert; im Zeitpunkt des Senatstermins mehr als zwei Jahre nach der Besitzaufgabe durch die Klägerin) keine Anhaltspunkte gibt. Entscheidend muss hier vielmehr sein, ob die Klägerin bei wertender Betrachtung durch Hinterlassen der Schlüssel den Besitz am Mietobjekt aufgegeben und der Beklagten ermöglicht⁸⁸⁰ bzw. im Rahmen von § 303 S. 1 BGB den Besitz

⁸⁷⁸ Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl., § 293 BGB Rz. 1, 10.

⁸⁷⁹ OLG Naumburg v. 10.12.2018 – 1 U 25/18, ZMR 2019, 674.

⁸⁸⁰ OLG Düsseldorf v. 27.4.2006 - 24 U 152/05, DWW 2006, 333.

"preisgegeben" hat. Von diesem Ausgangspunkt aus muss die Würdigung der Zeugenaussagen erfolgen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass sich die Klägerin mit den Schlüsseln auch des Mietobjektes entledigt hat.

Zwar liegt die Beweislast dafür, dass sich die Klägerin sämtlicher ihr Ende Mai 2016 noch zur Verfügung gestandener Schlüssel entäußert hat, bei der Klägerin. Die Anforderungen an diesen Nachweis dürfen aber nicht überspannt werden, wenn von einer Vielzahl von Schlüsseln die Rede ist und die Klägerin jedenfalls nachweisen kann, dass sie Schlüssel (an die E.) übergeben hat, ohne die sie nicht mehr in der Lage war, das Mietobjekt zu betreten. In wertender Betrachtung ist der Besitz in diesem Fall als aufgegeben zu betrachten, zumal die Beklagte nach mehr als zwei Jahren keinerlei Anhaltspunkte dafür vortragen kann, dass ihr irgendwelche (und wenn ja welche) Schlüssel nicht zugänglich sind, die ursprünglich in den Besitz der Klägerin gelangt waren oder dass einer ungestörten Besitzausübung durch die Beklagte das Nichtvorliegen irgendwelcher Schlüssel entgegenstehen könnte.

15.3 in der Insolvenz des Mieters

Nach Beendigung des Mietvertrages hat der Vermieter gegen den besitzenden Mieter- Verwalter gemäß § 985 BGB sowie § 546 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Mietsache, also Verschaffung des unmittelbaren Besitzes⁸⁸¹. Der Herausgabeanspruch ist grundsätzlich mit Übertragung des unmittelbaren Besitzes an dem - ggf. ungeräumten, veränderten oder anderweitig in nicht vertragsgerechtem Zustand befindlichen - Mietobjekt erfüllt⁸⁸².

Davon ist die mietvertragliche Räumungspflicht zu unterscheiden. Sie hat grundsätzlich zum Inhalt, dass der Mieter bei Vertragsende die Mietsache im vertragsgemäß geschuldeten Zustand zurückzugeben, ihn also notfalls herzustellen hat. Diese weitergehende Pflicht des Mieters beruht allein auf dem von ihm geschlossenen Vertrag. Der Räumungsanspruch des Vermieters

⁸⁸¹ vgl. BGH v. 19.6.2008 - IX ZR 84/17, ZIP 2008,1736.

⁸⁸² Uhlenbruck/Wegener, Insolvenzordnung, 14. Aufl., § 108 InsO Rz. 34; Münchener Kommentar/Eckert, InsO, 3. Auflage, § 108 InsO Rz. 118; Bub/Treier/ Belz/Lücke, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII.C. Rz. 454 f.

entsteht - aufschiebend bedingt durch die Vertragsbeendigung - mit Abschluss des Mietvertrages, mithin vor Insolvenzeröffnung und ist daher grundsätzlich als Insolvenzforderung gemäß §§ 38, 108 Abs. 3 InsO zu qualifizieren⁸⁸³. Der Insolvenzverwalter ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, das Mietobjekt auf Kosten der Masse zu räumen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde⁸⁸⁴.

Die Räumungspflicht kann nur unter den hierfür allgemein geltenden Regeln (§ 55 InsO) zur Masseverbindlichkeit werden. Das gilt insbesondere für die Wegnahme von Einrichtungen des Mieters sowie die Beseitigung der von ihm vorgenommenen Veränderungen, die zur Räumung gehören⁸⁸⁵.

Der Räumungsanspruch ist dann als Masseverbindlichkeit - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO - zu berichtigen, wenn der Insolvenzverwalter einen vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat⁸⁸⁶. Soweit der Insolvenzverwalter den vertragswidrigen Zustand durch eigene oder ihm zurechenbare Handlungen verursacht hat, wie Entfernung wertvoller Einrichtungen (z.B. Gleise, Silos, Krananlagen), ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren⁸⁸⁷.

Haben sowohl der Schuldner vor als auch der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung die Mietsache durch eigene Handlungen verändert, ist die vertragliche Herstellungspflicht bei Rückgabe des Mietobjektes aufzuteilen. Der einheitliche Räumungsanspruch wird in eine Insolvenzforderung (vorinsolvenzliche Veränderungen durch den Schuldner) und eine Masseverbindlichkeit (nachinsolvenzliche Veränderungen durch den Verwalter) gespalten. Die Insolvenzmasse haftet nur für die neuen, vom Insolvenzverwalter nach Eröffnung verursachten Verschlechterungen.⁸⁸⁸ Insolvenzrechtlich

⁸⁸³ BGH v. 21.12.2006 - IX ZR 66/05, ZIP 2007,340; vgl. OLG Celle v. 20.7.2007 - 2 U 85/07, ZIP 2007,1914, Tz. 82, rechtskräftig durch BGH v. 17.4.2008 - IX ZR 144/07, GE 2008, 865.

⁸⁸⁴ BGH v. 8.4.2002 - IX ZR 161/01, ZIP 2002,1043, Tz. 22; BGH v. 17.4.2008 - IX ZR 144/07, GE 2008, 865.

⁸⁸⁵ BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001,2966 = NZI 2001, 531, Tz. 13, 18; Bub/Treier/Belz/Lücke, Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., VIII. C. Rz. 456.

⁸⁸⁶ BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001,2966 = NZI 2001, 531, Tz. 18; vgl. OLG Hamm v. 21.11.2013 - 18 U 145/12, ZIP 2014, 190, Tz. 71; OLG Saarbrücken v. 9.3.2006 - 8 U 199/05, ZinsO 2006,779, Tz. 29 jeweils im Ergebnis verneint.

⁸⁸⁷ Kölner Kommentar/Cymutta, InsO, 2017, § 108 InsO Rz. 37.

⁸⁸⁸ BGH v. 5.7.2001 - IX ZR 327/99, NJW 2001, 2966 = NZI 2001, 531.

bevorzugt ist nur die Wiederherstellung derjenigen nachteiligen Veränderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sind⁸⁸⁹.

Mit Rücksicht darauf ist der Insolvenzverwalter zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet, wenn er das Wegnahmerecht des Mieters nach § 539 Abs. 2 BGB ausübt und Teil der Einrichtung (Fundamente einer beseitigten Leichtbaumetallhalle) zurücklässt⁸⁹⁰.

15.4 Schlüsselverlust

Grundsätzlich entsteht ein ersatzfähiger Schaden bereits dann, wenn sich der Geschädigte aus objektiver Sicht unter den konkret gegebenen Umständen zur Beseitigung einer fortbestehenden Missbrauchsgefahr veranlasst sehen darf, die Schließanlage zu ersetzen und diesen Austausch auch tatsächlich vornimmt⁸⁹¹. Die Geschädigten waren hier die WEG bzw. die Eigentümer der jeweiligen Objekte. Grundsätzlich oblag es ihrer Entscheidung, den Austausch der Schließanlagen zu veranlassen. Hier bestand aber die Besonderheit, dass die Fa. H... Bauservice von den jeweiligen WEG als Verwalter bzw. Hauswart eingesetzt war. Eines gesonderten Beschlusses der jeweiligen WEG bzw. der Eigentümer zum Austausch der Schließanlagen bedurfte es nicht, da die Fa. H... Bauservice als Verwalter bzw. aufgrund der Hausverwaltungsverträge gem. § 27 Abs. 1 Nr. 3 WEG, § 675, 670 BGB berechtigt war, den unverzüglichen Austausch der Schließanlagen zu veranlassen und den Vermieter auf Ersatz der dafür entstandenen Kosten in Anspruch zu nehmen. Da der Vermieter als Erfüllungsgehilfe der Fa. H... Bauservice den Erstattungsansprüchen der WEG bzw. der Eigentümer ausgesetzt ist, kann er den Mieter unmittelbar auf Ersatz seines Schadens in Anspruch nehmen⁸⁹².

Der Austausch der Schließanlagen in den einzelnen Objekten war aus Sicherheitsgründen jeweils geboten gewesen.

Insoweit sind auch die Kosten für die Lieferung der provisorischen Schließanlagen nach Abwägung des Einzelfalls erstattungsfähig⁸⁹³. Auch

⁸⁸⁹ BGH v. 29.1.2015 - IX ZR 279/13, NZM 2015, 337 Tz. 82.

⁸⁹⁰ KG v. 25.2.2019 – 8 U 6/18, GE 2019, 1238.

⁸⁹¹ vgl. BGH v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rz. 14, juris m.w.N.; so auch zuletzt LG Paderborn v. 25.9.2017 – 4 O 139/17 –, Rz. 19, juris.

⁸⁹² OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

⁸⁹³ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

provisorische Sicherungsmaßnahmen können gerechtfertigt sein, wenn und soweit durch den Verlust des Schlüssels einer Schließanlage konkret eine missbräuchliche Verwendung des nicht auffindbaren Schlüssels durch Unbefugte zu befürchten ist. Soweit im Objekt B... Str. x eine provisorische Schließanlage eingebaut wurde, könnte dies zweifelhaft sein, da bei der Schließanlage aus dem Jahr 1999 insgesamt drei weitere Zentralschlüssel und auch 11 Einzelschlüssel (Wohnungsschlüssel?) zum Entwendungszeitpunkt bereits nicht mehr vorhanden waren. Die Missbrauchsgefahr besteht aber unabhängig davon und wurde durch die Entwendung deutlich erhöht. Denn aufgrund der konkreten Entwendungssituation, hier eines Diebstahls von beschrifteten Schlüsseln aus einem geparkten Pkw, nicht auszuschließen ist, dass der Technikschlüssel, der Zugang zum Haus aber nicht zu den einzelnen Wohnungen gewährt, aktuell durch die unbekanntes Täter des Diebstahls zum Eindringen in das Objekt benutzt wird. Dieselben Erwägungen gelten für das Objekt T... Str. xx, bei dem auch ein weiterer Technikschlüssel der Schließanlage aus dem Jahr 20104 nicht vorhanden war.

Bei der Schadensberechnung ist ein Abzug „Neu für Alt“ für die betroffenen Objekte gerechtfertigt⁸⁹⁴. Wird eine gebrauchte Sache durch eine neue ersetzt, kann dies zu einer Wertsteigerung führen, die die Schadensersatzpflicht mindert, soweit hierdurch eine messbare Vermögensmehrung eingetreten ist und sich diese Werterhöhung für den Geschädigten wirtschaftlich günstig auswirkt. Darüber hinaus muss der Vorteilsausgleich für den Geschädigten zumutbar sein⁸⁹⁵. Der Sachverständige hat festgestellt, dass Schließanlagen einer mechanischen Abnutzung unterliegen, die im Einzelnen jedoch nicht genau ermittelt werden kann. Zumindest bei größeren Mietwohnungsanlagen, die aufgrund von Mieter- und Nutzeranzahl und häufigerem Mieterwechsel auch einer höheren Abnutzung unterliegen, ist daher von einer regelmäßigen Nutzungsdauer von 20 - 25 Jahren auszugehen. Abgesehen von der Abnutzung durch mechanische Beanspruchung ist Ansatzpunkt für die Haftung des Beklagten in erster Linie aber nicht die Beschädigung der Sachsubstanz, die beim Verlust eines Schlüssels nur in den Kosten für die Neuherstellung des Schlüssels selbst besteht, sondern darüber hinaus die Beschädigung der

⁸⁹⁴ OLG Dresden v. 20.8.2019 – 4 U 665/19, GE 2019, 1418.

⁸⁹⁵ Palandt/*Grüneberg*, 7. Aufl. 2018, Vorb v § 249 BGB Rz. 97 ff.

Sicherungsfunktion der Schließanlage⁸⁹⁶. Der dafür gerechtfertigte Abzug ist zu schätzen, § 287 ZPO. Hinzu kommt ein weiterer zu schätzender Abzug für die Abnutzung infolge bisheriger Nutzung. Der Schätzung zugrunde zulegen sind der Anschaffungspreis und eine regelmäßige Nutzungsdauer von 20 - 25 Jahren. Dem Senat erscheint ein linearer Abzug von 4 % der Anschaffungskosten pro Nutzungsjahr angemessen.

15.4.1 Negatives Schuldanerkenntnis durch Rückgabeprotokoll

Die Beklagte macht zwar mit der Widerklage Schadensersatzansprüche geltend, die sich daraus ergeben sollen, dass die Klägerin das Mietobjekt nicht in dem vertraglich geschuldeten Zustand gemäß § 546 Abs. 1 BGB an die Beklagte zurückgegeben habe. Soweit solche Ansprüche zugunsten der Beklagten bestanden haben mögen, sind diese allerdings jedenfalls durch die Vereinbarung eines negativen Schuldanerkenntnisses i.S.v. § 397 Abs. 2 BGB zwischen den Parteien anlässlich der Rückgabe des Mietobjektes am 30.12.2020 erloschen. Das schriftliche Übergabeprotokoll vom 30.12.2020 enthält ein negatives Schuldanerkenntnis der Parteien im vorstehenden Sinne.

Der rechtliche Gehalt einer Bestandsaufnahme zum Zustand des Mietobjektes anlässlich von dessen Rückgabe vom Mieter an den Vermieter in einem Übergabeprotokoll ist durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB im Einzelfall zu ermitteln, wobei es entscheidend auf den Erklärungswert der Feststellungen auf der Grundlage des Empfängerhorizontes ankommt⁸⁹⁷.

Enthält das Übergabeprotokoll die Feststellung bestimmter Schäden am Mietobjekt, so kann das dahin verstanden werden, dass vom Vermieter nur in Bezug auf diese Schäden noch Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können, auch wenn tatsächlich noch weitere (erkennbare) Schäden am Mietobjekt vorhanden sein sollten⁸⁹⁸. Der Sinn und Zweck der Aufnahme von Feststellungen in das Übergabeprotokoll besteht gerade dahin, einen späteren Streit über das Vorhandensein und die Art von Schäden am Mietobjekt zu

⁸⁹⁶ vgl. BGH v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rz. 14, juris; LG Bonn v. 27.9.2005, 7 O 425/03, Rz. 40 f, juris, *Bertkau*, Abhandenkommen von Schlüsseln, zfs 2014, 484 (489) m.w.N.

⁸⁹⁷ vgl. BGH v. 10.11.1982, VIII ZR 252/81, NJW 1983, 446 (448); OLG Hamm v. 10.5.2012, 28 U 166/11, BeckRS 2012, 10992 unter II.3.a); *Strey* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., § 546 BGB Rz. 55 ff.; *Schneider*, NZM 2014, 743 (746) f.; *Hinz*, NZM 2016, 622 (623 ff.).

⁸⁹⁸ BGH v. 10.11.1982, VIII ZR 252/81, NJW 1983, 446 (448).

vermeiden⁸⁹⁹. Wird also weitergehend vom Vermieter im Übergabeprotokoll bescheinigt, dass sich das Mietobjekt in einem ordnungsgemäßen Zustand befinde, der Zustand also der vertraglichen Verpflichtung des Mieters entspreche, so kann das vom Empfängerhorizont des Mieters dahin verstanden werden, dass es mit der erfolgten Rückgabe des Mietobjektes sein Bewenden habe und etwaige Schadensersatzansprüche wegen des Zustandes des Mietobjektes vom Vermieter nicht geltend gemacht werden, also im Sinne eines negativen Schuldanerkenntnisses i.S.v. § 397 Abs. 2 BGB⁹⁰⁰.

So liegt der vorliegend zu beurteilende Fall. Unter der Rubrik „Mängel/Schönheitsreparaturen“, wo sich Raum für die Feststellung von Mängeln befand, wurde ausdrücklich festgestellt, der Zustand der Räume sei ohne Mängel und die Übergabe sei besenrein erfolgt⁹⁰¹. Es wurde damit Bezug genommen auf die vertragliche Regelung in Ziffer 14 des Mietvertrages vom 01.03.2014, wonach bei Beendigung des Mietverhältnisses der Mieter den Mietgegenstand besenrein zu übergeben hat. Ferner wurde ausdrücklich der ordnungsgemäße Zustand des Mietobjektes, also die Freiheit von Mängeln, festgehalten.

Vor dem Hintergrund des dargelegten Sinns und Zwecks von Feststellungen zum Zustand des Mietobjektes in einem Übergabeprotokoll konnte dies aus der maßgeblichen Empfängersicht der Klägerin als Mieterin nur so verstanden werden, dass die Beklagte im Sinne eines negativen Schuldanerkenntnisses nach § 397 Abs. 2 BGB erklärt, keine weiteren Ansprüche mehr geltend machen zu wollen⁹⁰². Diese Auslegung des Inhaltes des Übergabeprotokolls vom 30.12.2020 wird noch dadurch gestützt, dass es auf Seite 1 des Übergabeprotokolls unter der Rubrik „2. Kautions“ heißt: „wird verrechnet bzw. überwiesen“. Erklärt der Vermieter dem Mieter nach Durchführung der Besichtigung, die Mietsicherung zurückzuzahlen (was materiell auch im Falle einer Verrechnung geschieht), kann dies vom Mieter nur derart verstanden

⁸⁹⁹ OLG Dresden v. 7.9.2022 – 5 U 816/22, ZMR 2023, 106.

⁹⁰⁰ .d.S. KG v. 13.2.2003, 8 U 371/01, BeckRS 2003, 30306619; LG Hamburg v. 15.10.1998, 327 S 97/98, NZM 1999, 838; LG Potsdam v. 26.2.2009, 11 S 127/08, BeckRS 2009, 15728; *Strey* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., § 546 BGB, Rn. 57; *Hinz*, NZM 2016, 622 (623); *Zehelein* in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 6. Aufl., Kap. 1 Rz. 668.

⁹⁰¹ OLG Dresden v. 7.9.2022 – 5 U 816/22, ZMR 2023, 106.

⁹⁰² OLG Dresden v. 7.9.2022 – 5 U 816/22, ZMR 2023, 106.

werden, dass von Seiten des Vermieters keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden, weil die Kautions gerade dazu dient, etwaige Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter abzusichern⁹⁰³, im Falle bestehender Ansprüche also nicht zurückgezahlt wird. Besondere Umstände der Rückgabe des Mietobjektes am 30.12.2020, welche diesem Verständnis der maßgeblichen Empfängersicht der Klägerin als Mieterin entgegenstehen könnten, sind weder von den Parteien vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.

16 Nutzungsentzündigung vom Untermieter

Nach § 571 Abs. 2 BGB ist der Mieter, dem nach § 721 oder § 794a ZPO eine Räumungsfrist gewährt wird, für die Zeit von der Beendigung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Räumungsfrist zum Ersatz eines weiteren Schadens nicht verpflichtet. Die Norm beschränkt die Ansprüche des Vermieters auf die ihm nach § 546a Abs. 1 BGB für die Zeit der Vorenthaltung zustehende Nutzungsentzündigung und befreit den Mieter von einer Haftung für weitere durch die Ausnutzung der gerichtlichen Räumungsfrist entstehende Schäden; insbesondere für einen dem Vermieter in Folge des Verzuges mit der Wohnungsherausgabe entstehenden Schaden hat der Mieter für den Zeitraum der ihm vom Gericht gewährten Räumungsfrist nach § 721 oder § 794a ZPO nicht einzustehen⁹⁰⁴.

Unmittelbar anwendbar ist § 571 Abs. 2 BGB hier schon deshalb nicht, weil der Beklagte nur Untermieter gewesen ist. Zwar kann auch dem Untermieter eine Räumungsfrist nach § 721 ZPO gewährt werden⁹⁰⁵. Dafür kommt es nämlich allein auf die tatsächliche Nutzung des Raums zum Wohnen und nicht auf den Rechtsgrund des Innehabens des Wohnraums an⁹⁰⁶. Die Vorschrift des § 571 Abs. 2 BGB gilt unmittelbar aber nur im Verhältnis zwischen Eigentümer und Mieter, da sie systematisch an die Regelung des § 546a BGB anknüpft und wie diese das Bestehen eines (beendeten) Mietverhältnisses voraussetzt⁹⁰⁷. Daran

⁹⁰³ *Hinz*, NZM 2016, 622 (624).

⁹⁰⁴ vgl. LG Berlin, GE 2017, 538; MünchKomm/*Häublein*, 8. Aufl., § 571 BGB Rz. 10; *Staudinger/Rolfs*, [2018], § 571 BGB Rz. 10, 11.

⁹⁰⁵ vgl. OLG Köln, WuM 1997, 336; LG Stuttgart, NJW-RR 1990, 654; LG Stade, WuM 1987, 62.

⁹⁰⁶ MünchKomm/*Götz*, 5. Aufl., § 721 ZPO Rz. 2; *Musielak/Lackmann*, 17. Aufl., § 721 ZPO Rz. 3; *Zöller/Seibel*, 33. Aufl., § 721 ZPO Rz. 2; zur Vorschrift des § 794a ZPO vgl. *Schmidt/Futterer/Lehmann-Richter*, Mietrecht, 14. Aufl., § 794a ZPO Rz. 4.

⁹⁰⁷ vgl. BGH v. 31.1.2001 - XII ZR 221/98, NJOZ 2001, 282 (284) zu § 557 BGB aF betreffend Vereinsräume; BeckOK *MietR/Klotz-Hörlin*, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 5;

fehlt es im Verhältnis zwischen Eigentümer und Untermieter.

Eine Begrenzung des Anspruchs der Klägerin auf die Nutzungsentschädigung für die von dem Beklagten genutzte Kammer lässt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 571 Abs. 2 BGB herleiten.

Die Frage, ob § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter von Wohnraum entsprechend anwendbar ist, wird allerdings unterschiedlich beurteilt. Das Landgericht Stuttgart hat das für das gewerbliche Zwischenmietverhältnis bejaht⁹⁰⁸, und dem hat sich ein Teil des Schrifttums angeschlossen⁹⁰⁹. Die überwiegende Ansicht lehnt eine entsprechende Anwendung von § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter dagegen ab⁹¹⁰.

Ob § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter von Wohnraum entsprechend anzuwenden ist, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls hätte eine analoge Anwendung der Vorschrift entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zur Folge, dass sich der Schadensersatzanspruch des Eigentümers auf eine Nutzungsentschädigung für die untergemieteten Räume beschränkte.

Der Zweck des § 571 Abs. 2 BGB spricht allerdings für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den Untermieter von Wohnraum, dem eine Räumungsfrist gewährt worden ist. Er ist darin zu sehen, dass der Wohnraummieter sich nicht aus Sorge vor Schadensersatzansprüchen des Vermieters davon abhalten lassen soll, eine Räumungsfrist zu beantragen und zu nutzen⁹¹¹. Daher begrenzt § 571 Abs. 2 BGB die Haftung des Mieters, dem

MünchKomm/*Bieber*, 8. Aufl., § 546a BGB Rz. 3; *Staudinger/Rolfs*, [2018], § 546a BGB Rz. 10, 12; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl., § 546a BGB Rz. 5; *Gramlich*, *Mietrecht*, 15. Aufl., § 546a BGB Rz. 1; *Schmidt/Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 14. Aufl., § 546a BGB Rz. 5, § 571 BGB Rn. 1, 3; *Greiner*, ZMR 1998, 403 (404 f.).

⁹⁰⁸ LG Stuttgart, NJW-RR 1990, 654.

⁹⁰⁹ vgl. *BeckOK/Wöstmann*, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 9; *jurisPK-BGB/Tiedemann*, 9. Aufl., § 571 BGB Rz. 41.

⁹¹⁰ LG Kiel, WuM 1995, 540; *BeckOGK/Gelb*, [1.7.2020], § 571 BGB Rz. 4; *BeckOK MietR/Klotz-Hörlin*, [1.8.2020], § 571 BGB Rz. 5; *NK-BGB/Hinz*, 3. Aufl., § 571 BGB Rz. 7; *RGRK/Gelhaar*, 12. Aufl. § 557 BGB Rz. 24; *Staudinger/Rolfs*, BGB [2018], § 571 Rz. 10; *Emmerich* in *Bub/Treier*, *Hb der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 5. Aufl., Kap. V Rz. 184; *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 571 BGB Rz. 7; *Schmidt-Futterer/Streyll*, *Mietrecht*, 14. Aufl., § 571 BGB Rz. 3; *Ettl* in *Spielbauer/Schneider*, *Mietrecht*, 2. Aufl., § 571 BGB Rz. 9.

⁹¹¹ vgl. *BT-Drucks. IV 806*, 11 zu § 557 BGB a.F.; *Ausschussbericht zu BT-Drucks. IV/2195*, 5 zu § 557 a.F.

eine Räumungsfrist gewährt worden ist, auf die vereinbarte bzw. ortsübliche Miete (vgl. § 546 Abs. 1 BGB); für weitere Schäden (vgl. § 546 Abs. 2 BGB) haftet er dagegen nicht⁹¹². Der Untermieter von Wohnraum, dem eine Räumungsfrist nach § 721 oder § 794a ZPO gewährt worden ist, befindet sich in einer vergleichbaren Situation. Müsste er bei Ausnutzung der Räumungsfrist unbegrenzte Schadensersatzansprüche des Eigentümers wegen Verzuges (§ 990 Abs. 2 BGB) gewärtigen, hätte dies entweder zur Folge, dass er, obwohl darauf angewiesen, keinen Räumungsschutz in Anspruch nimmt, oder dass er nach Nutzung der Räumungsfrist unter Umständen erheblichen Schadensersatzansprüchen des Eigentümers ausgesetzt ist. Beides soll durch die Regelung des § 571 Abs. 2 BGB bei einem (früheren) Mieter verhindert werden.

Für den Vermieter wäre es jedoch unzumutbar, wenn die dem in der Wohnung verbliebenen Untermieter gewährte Räumungsfrist dazu führte, dass er trotz Vorenthaltung der gesamten Wohnung eine Nutzungsentschädigung nur in Höhe des Untermietzinses bzw. der ortsüblichen Miete für die untervermieteten Teile der Wohnung erhalte⁹¹³. Er stünde dann schlechter als im Verhältnis zum Hauptmieter, der nach § 546a Abs. 1 BGB während der Räumungsfrist die Nutzungsentschädigung in voller Höhe schuldet.

Ein solches Ergebnis ließe sich nicht mit dem Schutzzweck des § 571 Abs. 2 BGB rechtfertigen. Die Vorschrift schützt zwar das Interesse des Mieters, eine ihm gewährte Räumungsfrist zu nutzen; das Gesetz bringt es aber in einen Ausgleich mit den Interessen des Vermieters an der baldigen Rückerlangung der Wohnung nach Ende des Mietverhältnisses, indem § 546a Abs. 1 BGB dem Vermieter einen Anspruch auf eine Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten bzw. ortsüblichen Miete für diesen Zeitraum zuerkennt. Ein solcher Anspruch muss dem Vermieter auch dann verbleiben, wenn § 571 Abs. 2 BGB analog auf einen Untermieter anzuwenden sein sollte; denn der Untermieter steht dem Vermieter schon mangels vertraglicher Beziehungen ferner als Hauptmieter.

⁹¹² vgl. Staudinger/Rolfs, [2018], § 571 BGB Rz. 12; Blank/Börstinghaus, 5. Aufl., § 571 BGB Rz. 1; Herrlein in Herrlein/Kandelhard, ZAP-Praxiskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 571 BGB Rz. 2; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 571 BGB Rz. 2.

⁹¹³ BGH v. 11.12.2020 – V ZR 26/20, IMR 2021, 99 (Sommer).

Dass der Untermieter den ihm gewährten Räumungsschutz nur um den Preis einer Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung in Anspruch nehmen kann, ist dagegen hinzuzunehmen. Darin setzt sich lediglich fort, dass der Untermieter zu keiner Zeit in einem vertraglichen Verhältnis zu dem Eigentümer stand, sondern sein Besitzrecht von dem Hauptmieter ableitete. Soweit die mietrechtliche Vorschrift des § 571 Abs. 2 BGB überhaupt geeignet ist, Rechte des Eigentümers im Verhältnis zum Untermieter einzuschränken, kann eine solche Beschränkung nicht über das hinausgehen, was zwischen den (ursprünglichen) Hauptmietparteien gelten würde. Wird dem Untermieter, der nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses über eine Wohnung und Räumung durch den Hauptmieter die untergemieteten Wohnräume an den Eigentümer nicht herausgibt, eine gerichtliche Räumungsfrist gewährt, kann der Eigentümer deshalb von ihm nach den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses Schadensersatz jedenfalls in Höhe der von dem Hauptmieter bei Nichträumung geschuldeten Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung verlangen.

17 Vorkaufsrecht

17.1 Differenzierte Kaufpreisabreden

Nach § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB finden auf das dem Mieter unter den Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehende Vorkaufsrecht die Vorschriften über den Vorkauf (§§ 463 ff. BGB) Anwendung, soweit sich aus den - im Streitfall nicht einschlägigen - nachfolgenden Absätzen des § 577 BGB nicht etwas anderes ergibt. Gemäß § 464 Abs. 2 BGB kommt mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.

Danach schuldete die Klägerin der Beklagten für den Erwerb der Eigentumswohnung lediglich die Bezahlung eines Kaufpreises in Höhe von 146.940 €, so dass sie die über diesen Betrag hinausgehende Leistung (weitere 16.326,67 €) ohne Rechtsgrund erbracht hat.

Nach den rechtsfehlerfreien und nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts stand der Klägerin gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Vorkaufsrecht in Bezug auf die von ihr - seinerzeit als Mieterin - genutzte

Eigentumswohnung zu, das sie rechtswirksam ausgeübt hat. Dafür, dass der den Vorkaufsfall auslösende Kaufvertrag mit der Erstkäuferin nicht wirksam zustande gekommen wäre, bestehen keine Anhaltspunkte; dies wird auch von keiner Partei geltend gemacht.

Demnach ist zwischen den Parteien gemäß § 464 Abs. 2 BGB ein selbständiger Kaufvertrag zu denselben Bedingungen neu begründet worden, wie er zwischen der Beklagten und der Erstkäuferin abgeschlossen worden ist⁹¹⁴.

Der von der Klägerin nach diesem Vertrag geschuldete Kaufpreis beträgt lediglich 146.940 €. Denn die Abrede, wonach unter bestimmten Bedingungen der höhere Kaufpreis (von 163.326,67 €) zu bezahlen sei, ist teilweise unwirksam; soweit sie wirksam ist, sind die hierfür vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt.

Die zwischen der Beklagten und der Erstkäuferin vereinbarte Kaufpreisabrede ist unwirksam, soweit sie für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Mieter (hier: die Klägerin) einen um 16.326,67 € höheren als denjenigen Kaufpreis vorsieht, den die Erstkäuferin im Fall des Fortbestehens des Mietverhältnisses schuldete. Denn es handelt sich bei dieser Teilabrede um eine unzulässige Vereinbarung zu Lasten Dritter.

Ein unzulässiger und deshalb unwirksamer Vertrag zu Lasten Dritter liegt vor, wenn durch ihn unmittelbar eine Rechtspflicht eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten - ohne seine Autorisierung - entstehen soll⁹¹⁵.

Das Verbot, Verträge zu Lasten Dritter zu schließen, steht zudem in der Regel der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen entgegen, nach denen die Rechtsposition eines Dritten ohne dessen Mitwirkung verkürzt werden soll⁹¹⁶.

⁹¹⁴ vgl. etwa BGH v. 27.4.2016 - VIII ZR 323/14, NJW-RR 2016, 784 Rz. 28; BGH v. 24.2.1995 - V ZR 244/93, NJW 1995, 1827 unter II 1 [zu § 505 Abs. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung; im Folgenden: aF]; BGH v. 3.12.1999 - V ZR 329/98, NJW 2000, 1033 unter II [zu § 505 Abs. 2 BGB aF].

⁹¹⁵ vgl. BGH v. 12.2.2019 - VI ZR 141/18, NJW 2019, 2538 Rz. 29; BGH v. 12.10.2011 - VIII ZR 50/11, WuM 2011, 690 Rz. 15; BGH v. 29.6.2004 - VI ZR 211/03, NJW 2004, 3326 unter II 2.

⁹¹⁶ vgl. etwa BGH v. 16.1.1980 - IV ZR 115/78, juris Rz. 9 f. [zu Verträgen über den Unterhalt eines nach dem Gesetz unterhaltsberechtigten Dritten]; BGH v. 29.9.2016 - I ZR 11/15, juris Rn. 52, 61 [zur Erstreckung einer Vereinbarung über einen Anspruchsverzicht auf etwaige gesetzliche Ausgleichsansprüche Dritter]; BGH v. 4.7.2018 - IV ZR 121/17, NJW 2018, 2958 Rz. 19 f. [zu Versicherungsverträgen mit Subsidiaritätsklausel für den Fall der gesetzlich geregelten Mehrfachversicherung]; vgl. zu dieser Fallgruppe insgesamt auch

Unwirksame Vereinbarungen zu Lasten Dritter können schließlich auch dann vorliegen, wenn die in Rede stehende Rechtspflicht bzw. Benachteiligung den Dritten erst im Anschluss an eine von ihm selbst noch vorzunehmende Rechtshandlung träfe, etwa erst infolge des Erwerbs eines mit schuldrechtlichen Verpflichtungen des Eigentümers “belasteten“ Grundstücks⁹¹⁷ oder infolge der Ausübung eines ihm zustehenden Vorkaufsrechts⁹¹⁸ zum Tragen käme.

Nach diesen Grundsätzen stellt die in einem Kaufvertrag über eine mit einem Vorkaufsrecht belastete Eigentumswohnung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (Verkäufer) und dem Dritten (Erstkäufer) getroffene Abrede, wonach der Vorkaufsberechtigte einen höheren Preis zu bezahlen hat als der Erstkäufer, eine in Bezug auf den höheren Preis unzulässige und deshalb insoweit unwirksame Vereinbarung zu Lasten Dritter dar. Das gilt auch dann, wenn der Erstkäufer - wie in der hier zu beurteilenden Preisabrede vorgesehen - den höheren Kaufpreis nur ausnahmsweise (unter bestimmten engen Voraussetzungen) zu entrichten hat, während der Vorkaufsberechtigte diesen bei Ausübung des Vorkaufsrechts stets schuldet. Denn auch in diesem Fall läge - wenn die genannte Bestimmung dem Vorkaufsberechtigten gegenüber Wirksamkeit entfaltete - eine Verkürzung der ihm gesetzlich eingeräumten Rechtsposition vor⁹¹⁹.

Durch die gesetzliche Regelung in § 464 Abs. 2 BGB soll gewährleistet werden, dass den Vorkaufsberechtigten nach dem Inhalt seines Kaufvertrags keine anderen, insbesondere keine ungünstigeren Bedingungen treffen als diejenigen, die für den Erstkäufer aufgrund seines Kaufvertrags mit dem Verkäufer gelten⁹²⁰. Ungünstigere Bedingungen - und damit eine Verkürzung der dem Vorkaufsberechtigten gesetzlich eingeräumten Rechtsposition - liegen aber auch dann vor, wenn dem Erstkäufer unter bestimmten Voraussetzungen die Bezahlung eines niedrigeren Kaufpreises gewährt wird, während der

Staudinger/*Klump*, Neubearb. 2020, Vorb. §§ 328 BGB Rz. 55; MünchKomm/*Gottwald*, 8. Aufl., § 328 BGB Rz. 262; BeckOGK-BGB/*Mäsch*, Stand: 1. Januar 2022, § 328 BGB Rz. 125.

⁹¹⁷ vgl. etwa BGH v. 12.10.2016 - XII ZR 9/15, NJW 2017, 254 Rz. 26 [zu einem vermieteten Grundstück mit mietrechtsfremden Vereinbarungen im Mietvertrag]; BGH v. 10.3.2006 - V ZR 48/05, NJW-RR 2006, 960 Rz. 18 [zu einem vereinbarungsgemäß für die Abführung des auf dem Nachbargrundstück anfallenden Abwassers in Anspruch genommenen Grundstück].

⁹¹⁸ vgl. etwa für den Fall eines unmittelbar für den Vorkaufsberechtigten wirkenden Federführungsvertrags BGH v. 14.7.1995 - V ZR 31/94, NJW 1995, 3183 unter II 3 c aa.

⁹¹⁹ BGH v. 23.2.2022 - VIII ZR 305/20, WuM 2022, 230.

⁹²⁰ BGH v. 14.7.1995 - V ZR 31/94, NJW 1995, 3183 unter II 2 [zu § 505 Abs. 2 BGB aF].

Vorkaufsberechtigte stets - insbesondere auch dann, wenn die den Erstkäufer privilegierenden Voraussetzungen objektiv vorliegen - den höheren Kaufpreis zu bezahlen hätte⁹²¹.

So verhält es sich im Streitfall. Nach der vereinbarten Preisabrede schuldet der Erstkäufer den vollen Kaufpreis nur für den Fall, dass der Verkäufer ihm binnen eines Monats nach der Beurkundung nachweisen sollte, das bei Beurkundung bestehende Mietverhältnis sei aufgelöst oder gekündigt. Andernfalls - also bei fortbestehendem Mietverhältnis - gilt für ihn ein um 10 % geminderter Kaufpreis. Demgegenüber hätte der Vorkaufsberechtigte auch unter der letztgenannten Bedingung den vollen Kaufpreis zu bezahlen.

Denn für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts soll nach der im Kaufvertrag getroffenen Abrede - entsprechend der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung durch das Berufungsgericht - stets der höhere Kaufpreis gelten. Entgegen den hilfsweise angestellten Erwägungen der Revisionserwiderung, die einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts insoweit allerdings nicht aufzeigen, ist davon nicht der Fall der "Lieferung des Wohnungseigentums mit dem laufenden Mietverhältnis", sondern allenfalls die hier nicht relevante Konstellation ausgenommen, dass das bei Abschluss des ersten Kaufvertrags bestehende Mietverhältnis beendet und noch vor der "Lieferung des Wohnungseigentums" ein neues Mietverhältnis begründet worden sein sollte.

Eine andere Beurteilung ist auch unter Berücksichtigung der beim Mietervorkaufsrecht bestehenden Besonderheiten nicht geboten. Insbesondere ist eine differenzierende Entgeltabrede, die - wie hier - unterschiedliche Preisbedingungen für den Erstkäufer einerseits und den Vorkaufsberechtigten andererseits vorsieht, nicht etwa deshalb als wirksam anzusehen, weil sich die verkaufte Wohnung bei fortbestehendem Mietverhältnis aus der Sicht des Erstkäufers - anders als aus der Sicht des vorkaufsberechtigten Mieters - als an einen Dritten vermietet darstellt und sich dieser Gesichtspunkt maßgeblich auf die Höhe des zu erzielenden Kaufpreises auswirken kann⁹²².

⁹²¹ BGH v. 23.2.2022 – VIII ZR 305/20, WuM 2022, 230.

⁹²² im Ergebnis mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen ebenso: Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2021, § 577 BGB Rz. 83; MünchKomm/Häublein, 8. Aufl., § 577 BGB Rz. 30; Spielbauer/Schneider/Krenek, Mietrecht, 2. Aufl., § 577 BGB Rz. 65; jurisPK-BGB/Seichter,

Die Gegenansicht⁹²³, wonach für vermietete Wohnungen regelmäßig nur ein niedrigerer Kaufpreis als für unvermietete Wohnungen zu erzielen sei und daher meint, dieser Umstand rechtfertige die Vereinbarung einer "differenzierten Preisabrede", bei der die Kaufpreiserhöhung vom Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig gemacht werde, greift nicht durch⁹²⁴.

Schon der Ausgangspunkt, dass vermietete Wohnungen stets nur mit einem Preisabschlag verkauft werden können, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Denn der Umstand, dass das Objekt vermietet ist, wird sich in der Regel nur dann mindernd auf den Kaufpreis auswirken, wenn die Wohnung zu einem unterhalb des Marktniveaus liegenden Entgelt vermietet ist und deshalb für einen an einer Kapitalanlage interessierten Käufer weniger werthaltig wäre oder wenn der konkret interessierte Käufer die Wohnung zur Eigennutzung erwerben will.

Selbst wenn aber die im Streitfall vereinbarten Preise für die betroffene Wohnung in vermietetem beziehungsweise in unvermietetem Zustand den konkret gegebenen Marktverhältnissen und Interessen der am Erstvertrag beteiligten Parteien entsprächen, änderte dies aus den nachfolgenden Gründen nichts daran, dass die Preisabrede eine nach den oben aufgezeigten Grundsätzen unzulässige Benachteiligung der (vorkaufsberechtigten) Klägerin enthielte.

Das Gesetz weist - wie sich den Bestimmungen zum Vorkaufsrecht des Mieters (mittelbar) entnehmen lässt - den etwaigen wirtschaftlichen Vorteil, der sich für den vorkaufsberechtigten Mieter daraus ergeben kann, dass er die Wohnung zu einem Preis erwirbt, der unter Berücksichtigung des - aus Sicht des Erstkäufers nachteilhaften - Umstands der Vermietung an einen Dritten gebildet wurde, dem Mieter zu. Denn diese dem Wesen des Mietervorkaufsrechts innewohnende Besonderheit hat den Gesetzgeber ersichtlich nicht dazu veranlasst, die in §

Stand: 26. Januar 2021, § 464 BGB Rz. 15.1; BeckOGK-BGB/Klühs, Stand: 1. Januar 2022, § 577 BGB Rz. 122; *Burbulla/Schneider*, ZfIR 2021, 30 f.; *Herrler*, ZfPW 2018, 328, 343 ff.; *Sonnenschein*, NJW 1997, 1270, 1283 f.

⁹²³ OLG München, MittBayNot 2005, 306 f.; LG München I v. 27.7.2005 - 10 O 6287/05, juris Rz. 55; *Schmidt-Futterer/Blank/Fervers*, Mietrecht, 15. Aufl., § 577 BGB Rz. 79; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 6. Aufl., § 577 BGB Rz. 82; jurisPK-BGB/*Tiedemann*, Stand: 1. Februar 2020, § 577 BGB Rz. 122; *Derleder*, NJW 1996, 2817, 2819 f.

⁹²⁴ BGH v. 23.2.2022 – VIII ZR 305/20, WuM 2022, 230.

577 Abs. 1 Satz 3 BGB geregelte Anwendbarkeit der Vorschriften über den Vorkauf entsprechend einzuschränken oder Modifizierungen vorzusehen.

Ein anderweitiger gesetzgeberischer Wille lässt sich weder den Gesetzesmaterialien entnehmen noch erfordern Sinn und Zweck des Mietervorkaufsrechts eine entsprechende Einschränkung der Anwendbarkeit oder Änderung der für den Vorkauf allgemein geltenden Bestimmungen. Insbesondere trifft es entgegen der Auffassung der Revision nicht zu, dass es vom Regelungszweck des § 577 BGB nicht gedeckt sei, dem Mieter den darin liegenden Vermögensvorteil zu gewähren, dass ihm - gegebenenfalls - der Erwerb der Wohnung zu dem (niedrigeren) Kaufpreis für eine vermietete Wohnung ermöglicht wird, obwohl sich die Wohnung aus seiner Sicht als nicht an einen Dritten vermietet darstellt.

Mit der Einführung des gesetzlichen Mietervorkaufsrechts für den Fall des erstmaligen Verkaufs einer in Wohnungseigentum umgewandelten Mietwohnung (§ 570b BGB aF; § 577 BGB) hat der Gesetzgeber nicht nur den Schutz des Mieters vor einer Verdrängung aus seiner Wohnung infolge einer Eigenbedarfs- oder Verwertungskündigung durch einen Dritterwerber bezweckt, sondern auch das Ziel verfolgt, das Interesse des Mieters an einem Erwerb der Wohnung zu schützen, insbesondere wenn dieser aus seiner Sicht günstig ist⁹²⁵.

Indem er dem Mieter durch die Verweisung in § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB auf die Bestimmungen zum Vorkaufsrecht (§§ 463 ff. BGB) die im Wesentlichen gleiche Rechtsstellung wie einem sonstigen Vorkaufsberechtigten eingeräumt und den Mieter damit in die Lage versetzt hat, bei Ausübung seines Vorkaufsrechts an den zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten ausgehandelten Konditionen zu partizipieren, hat der Gesetzgeber es gerade hingenommen, dass der Mieter in den Fällen, in denen die Vermietung an ihn zu der Vereinbarung eines entsprechend niedrigeren Kaufpreises zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer geführt hat, bei Ausübung seines Vorkaufsrechts - wirtschaftlich betrachtet - von diesem Umstand profitiert.

Dass der Gesetzgeber diesen Gesichtspunkt nicht etwa übersehen hat, zeigt sich schon daran, dass er ausweislich der Gesetzesmaterialien zu § 570b BGB

⁹²⁵ vgl. BGH v. 21.1.2015 - VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516 Rz. 37 f. unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 12/3013, S. 18 und 12/3254, S. 40.

aF als der Vorgängerregelung des § 577 BGB ausdrücklich darauf abgestellt hat, das vorgesehene Vorkaufsrecht verschaffe dem Mieter die Möglichkeit, vor der Entscheidung über den Kauf der Wohnung abzuwarten, ob der Vermieter einen anderen Käufer finde und ob dieser gegebenenfalls die Wohnung nur aus Gründen der Kapitalanlage erwerben wolle und deshalb eine Kündigung des Mietverhältnisses nicht zu besorgen sei⁹²⁶. Er hat demnach im Blick gehabt, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts für den Mieter insbesondere dann von Interesse ist, wenn der Dritte die Wohnung zur Eigennutzung erwerben will, mithin gerade auch die Konstellation bedacht, in der die Vereinbarung eines - bedingt durch den Umstand der Vermietung - niedrigeren Kaufpreises mit dem Erstkäufer naheliegt.

Schützenswerte Belange der im Fall der Ausübung des Mietervorkaufsrechts an den jeweiligen Kaufverträgen beteiligten Parteien stehen dem aufgezeigten Normenverständnis nicht entgegen.

Zu Recht hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass dem Verkäufer kein unbilliger Nachteil entsteht, wenn er für die in seinem Eigentum stehende Wohnung - von den sogleich (unter β) noch zu benennenden Ausnahmen abgesehen - lediglich den Kaufpreis zu erzielen vermag, den ein Erstkäufer unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Wohnung (an einen Dritten) vermietet ist, zu bezahlen bereit ist. Denn im Eigentum des Verkäufers steht in diesen Fällen bei Vertragsschluss und - worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist - gerade bei einer Übertragung an den Vorkaufsberechtigten auch bis zur Beendigung seiner Eigentümerstellung⁹²⁷ () "nur" eine vermietete Wohnung. Ein Grund dafür, dass dem Verkäufer die Möglichkeit eingeräumt werden müsste, den damit etwa verbundenen Nachteil auf Kosten des Mieters auszugleichen, ist nicht erkennbar.

Davon abgesehen bleibt es dem Verkäufer unbenommen, mit dem Erstkäufer - ähnlich wie hier (zusätzlich) geschehen - einen höheren Kaufpreis für den Fall zu vereinbaren, dass das bei Vertragsschluss bestehende Mietverhältnis zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt vor dem Eigentümerwechsel (etwa bei Fälligkeit der Kaufpreiszahlung) durch Kündigung oder einvernehmliche

⁹²⁶ BT-Drucks. 12/3013, S. 18 und 12/3254, S. 40.

⁹²⁷ vgl. BGH v. 27.4.2016 - VIII ZR 323/14, NJW-RR 2016, 784 Rz. 18 m.w.N. [zum Zeitpunkt des Erlöschens des Mietverhältnisses durch Konfusion].

Aufhebung erloschen sein sollte. Auf diesem Weg kann er sicherstellen, dass es gegebenenfalls ihm zugutekäme, wenn der Mieter sich aus eigenem Antrieb noch vor dem Eigentümerwechsel zu einer Kündigung des Mietverhältnisses entscheiden sollte oder sich zeitnah Umstände ergeben sollten, die den Vermieter zu einer Kündigung berechtigten. Auch stünde es dem Verkäufer auf diese Weise offen, im eigenen wirtschaftlichen Interesse zu versuchen, sich mit dem Mieter auf eine Aufhebung des Mietvertrags zu verständigen. Dass ihm das regelmäßig nur gelingen wird, wenn er dem Mieter eine Abfindungszahlung anbietet, zeigt ebenfalls, dass der mit einer Vermietung der Wohnung möglicherweise einhergehende Nachteil wirtschaftlich betrachtet dem Verkäufer zuzuordnen ist⁹²⁸.

Vor diesem Hintergrund geht auch die Argumentation der Revision fehl, der vorkaufsberechtigte Mieter erleide durch die differenzierende Preisbestimmung keinen Nachteil, weil er für seine Leistung in Form eines höheren Kaufpreises eine äquivalente Gegenleistung, nämlich die Übereignung einer aus seiner Sicht nicht an einen Dritten vermietete Wohnung, erhalte. Die Revision übersieht hierbei, dass nicht etwa dem Mieter - ohne eine differenzierende Preisabsprache, die mit der hier verwendeten vergleichbar ist - ein diesem nicht zustehender Vorteil zuflösse, sondern vielmehr andernfalls der Verkäufer von einem seinem Vermögen anhaftenden Nachteil auf Kosten des Mieters befreit würde.

Entgegen der Auffassung der Revision kommt es für die Beurteilung, ob den Vorkaufsberechtigten nach dem Vertrag - entgegen der Vorschrift des § 464 Abs. 2 BGB - ungünstigere Bedingungen als den Erstkäufer treffen und darin eine unzulässige Benachteiligung des Vorkaufsberechtigten liegt, auch nicht auf einen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten anzustellenden Vergleich der Position des Erstkäufers mit derjenigen des vorkaufsberechtigten Mieters an⁹²⁹.

Soweit die Revision sich darauf beruft, dass mit der genannten Preisabrede letztlich erreicht werden solle, den beiden möglichen Käufern, also dem Vorkaufsberechtigten und dem Erstkäufer, die im Ergebnis gleichen wirtschaftlichen Bedingungen - durch einen an die Stellung des jeweiligen Käufers bezogen auf das Kaufobjekt (Mieter der zu verkaufenden Wohnung

⁹²⁸ ähnlich *Herrler*, ZfPW 2018, 328, 343 ff.

⁹²⁹ ähnlich *Burbulla/Schneider*, ZfIR 2021, 31

oder Dritter) angepassten Preis - zu gewähren, verkennt sie, dass nach Maßgabe des § 464 Abs. 2 BGB - wie oben aufgezeigt - für den Vorkaufsberechtigten objektiv dieselben Bedingungen wie für den Erstkäufer zu gelten haben. Ob sich die mit dem Erstkäufer vereinbarten Bedingungen für den Vorkaufsberechtigten im Vorkaufsfall wirtschaftlich betrachtet anders - unter Umständen günstiger - als für den Erstkäufer im Fall der Nichtausübung des Vorkaufsrechts auswirken, ist dabei nicht von Belang.

Ebenso kommt es hierbei entgegen der Ansicht der Revision nicht darauf an, dass der Erstkäufer sich - anders als in den Konstellationen, in denen die Entgeltabrede ausschließlich für den Vorkaufsfall einen höheren Kaufpreis vorsieht⁹³⁰ - dazu verpflichtet hat, unter bestimmten Umständen (hier: bei Nachweis der Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung oder Auflösung innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss) ebenfalls den höheren Kaufpreis zu bezahlen. Denn dies ändert nichts daran, dass der vorliegende Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen (fortbestehende Vermietung der Wohnung) ausschließlich für den Erstkäufer einen niedrigeren Kaufpreis und damit teilweise unterschiedliche Konditionen für den Erstkäufer und für den Vorkaufsberechtigten vorsieht.

Schließlich spielt es für die rechtliche Bewertung, ob die mit dem Erstkäufer getroffene Vereinbarung eine unzulässige Benachteiligung des Vorkaufsberechtigten in dem oben genannten Sinne darstellt, auch keine Rolle, ob - was nach Ansicht der Revision zu verneinen ist - der Vorkaufsberechtigte bei (vollumfänglicher) Geltung der Preisabrede im Vergleich zu dem Erstkäufer einen wirtschaftlichen Nachteil erlitte. Maßgeblich ist insoweit vielmehr allein ein Vergleich der dem Vorkaufsberechtigten nach dem Gesetz eingeräumten Rechtsposition (nämlich ausschließliche Geltung der [nur] für den Erstkäufer vereinbarten Bedingungen [§ 464 Abs. 2 BGB]), mit derjenigen, die er im Fall der Wirksamkeit der (ohne seine Mitwirkung) speziell für ihn vereinbarten Bedingungen inne hätte. Dass dieser Vergleich hier eine unzulässige Benachteiligung des Vorkaufsberechtigten durch die Preisabrede ergibt, wurde oben bereits aufgezeigt.

⁹³⁰ so in den Fällen, die den Entscheidungen des OLG München [MittBayNot 2005, 306] und des LG München I [Urteil vom 27. Juli 2005 - 10 O 6287/05, juris] zugrunde lagen.

Der Umstand, dass sich die Preisabrede teilweise - nämlich in Bezug auf die speziell für den Vorkaufsfall im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten getroffenen Regelungen - als unzulässige Vereinbarung zu Lasten Dritter darstellt, hat zur Folge, dass die Klägerin an den betreffenden Teil der Abrede nicht gebunden ist. Der Vertrag im Übrigen, dessen nach Entfernung des unwirksamen Teils verbleibender Inhalt (Wohnungskauf zu höherem Kaufpreis [nur] bei innerhalb eines bestimmten Zeitraums gekündigtem oder aufgelöstem Mietverhältnis, andernfalls zu niedrigerem Kaufpreis) für sich allein einen Sinn behält⁹³¹, hat hingegen Bestand, wovon die Parteien auch übereinstimmend ausgehen.

Die Frage, ob die teilweise unwirksame Preisabrede zu einer Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags nach Maßgabe des § 139 BGB führt, stellt sich im Streitfall schon deshalb nicht, weil sich die - wegen der in dem Kaufvertrag enthaltenen salvatorischen Erhaltensklausel insoweit gegebenenfalls darlegungs- und beweisbelastete⁹³² - Beklagte nicht auf eine etwaige Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach § 139 BGB beruft. Vielmehr macht - wie oben bereits erwähnt - keine der Parteien geltend, dass der den Vorkaufsfall auslösende Kaufvertrag vom 6. Dezember 2016 nicht wirksam zustande gekommen wäre.

Abgesehen davon könnte die Beklagte sich gegenüber der Klägerin ohnehin nicht mit Erfolg auf eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach § 139 BGB berufen. Denn im Rahmen der Prüfung nach Maßgabe des § 139 BGB käme es allein darauf an, ob das teilnichtige Rechtsgeschäft gemäß dem mutmaßlichen Willen der Parteien als Ganzes verworfen worden wäre. Maßgeblich wäre daher, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Sachlage nach Treu und Glauben und bei vernünftiger Abwägung der in Betracht kommenden Verhältnisse und Interessen getroffen hätten⁹³³. Die insoweit gebotene objektive Bewertung ergäbe hier, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den unwirksamen Teil vorgenommen worden und deshalb im Übrigen wirksam wäre.

⁹³¹ vgl. zu diesem Maßstab etwa BGH v. 8.2.2019 - V ZR 176/17, NJW 2019, 2016 Rz. 25; BGH v. 11.5.2012 - V ZR 193/11, NJW 2012, 2648 Rz. 15 m.w.N.

⁹³² st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 15.6.2005 - VIII ZR 271/04, NJW-RR 2005, 1534 unter II 2; BGH v. 15.3.2010 - II ZR 84/09, NJW 2010, 1660 Rz. 8.

⁹³³ st. Rspr.; vgl. etwa BGH v. 17.10.2007 - IV ZR 266/06, NJW 2008, 298 Rz. 16; BGH v. 14.4.2005 - IX ZR 109/04, NJW-RR 2005, 1290 unter 2 b; BGH v. 30.1.1997 - IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684 unter B III 2 c m.w.N.; BGH v. 22.5.1996 - VIII ZR 194/95, NJW 1996, 2087 unter II 2 b; BGH v. 13.3.1986 - III ZR 114/84, NJW 1986, 2576 unter II 5.

Nach der demnach - unter Ausklammerung ihres unwirksamen Teils - verbleibenden Preisabrede war die Klägerin lediglich zur Zahlung eines Kaufpreises in Höhe von 146.940 € verpflichtet. Denn die Abrede sieht für den - nach den rechtsfehlerfreien und insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts - hier vorliegenden Fall, dass das seinerzeit zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis weder gekündigt noch aufgelöst worden ist, eine Herabsetzung des Kaufpreises auf den genannten Betrag vor.

Etwas anderes gilt hier auch nicht etwa deshalb, weil das Mietverhältnis zwischen den Parteien mit dem Erwerb des Eigentums der Klägerin an der bis dahin an sie vermieteten Eigentumswohnung - also mit der Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch - durch Konfusion erloschen ist⁹³⁴. Abgesehen davon, dass der verbleibende (wirksame) Teil der Vertragsbestimmung eine Pflicht zur Entrichtung des ungeminderten Kaufpreises für diesen Fall nicht vorsieht, läge gemäß den obigen Ausführungen andernfalls auch insoweit eine unwirksame (Teil-)Abrede vor. Denn eine differenzierende Preisabrede, die die Pflicht zur Entrichtung des höheren Kaufpreises (unter anderem) an das Erlöschen des Mietverhältnisses durch Konfusion knüpft, benachteiligt den Vorkaufsberechtigten aus den oben genannten Gründen in unzulässiger Weise.

18 Schadensersatz

18.1 Fiktive Schadensberechnung bei § 281 BGB

Die aufgeworfene Frage nach der fiktiven Bemessung des Schadens bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB im Mietrecht ist bereits geklärt⁹³⁵. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH können Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung im Mietrecht auch mit den für die Instandsetzung oder -haltung oder für den Rückbau der Mietsache erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten ("fiktiven") Kosten bemessen werden⁹³⁶.

⁹³⁴ vgl. BGH v. 27.4.2016 - VIII ZR 323/14, NJW-RR 2016, 784 Rn. 18 m.w.N.

⁹³⁵ BGH v. 10.5.2022 – VIII ZR 277/20, GE 2022, 1053.

⁹³⁶ vgl. BGH v. 31.3.2021 - XII ZR 42/20, NJW-RR 2021, 803 Rz. 15; BGH v. 12.3.2014 - XII ZR 108/03, NZM 2014, 306 Rz. 31; BGH v. 5.3.2014 - VIII ZR 205/13, NJW 2014, 1653 Rz. 15; BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rz. 26; BGH v. 20.10.2004 - VIII ZR 378/03,

Soweit der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 22. Februar 2018⁹³⁷ einer Bemessung des Schadens anhand von fiktiven Mangelbeseitigungskosten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB eine Absage erteilt hat, hat er klargestellt, dass die Ablehnung einer solchen Bemessung allein auf den Besonderheiten des Werkvertragsrechts, insbesondere dem Vorschussanspruch des Bestellers gemäß § 637 Abs. 3 BGB, beruht⁹³⁸. Auf andere Vertragstypen sind diese Erwägungen nicht übertragbar⁹³⁹ und sollen es nach Ansicht des VII. Zivilsenats auch nicht sein.

Zwar gibt es anders als im Kaufrecht⁹⁴⁰ im Mietrecht einen mit § 637 Abs. 3 BGB vergleichbaren Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die (beabsichtigte) Selbstvornahme. Denn nach der Rechtsprechung des Senats besteht im laufenden Mietverhältnis unter den Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB ein Vorschussanspruch des Mieters bei Mietmängeln⁹⁴¹ und kann auch der Vermieter vom Mieter einen Vorschuss in Höhe der erforderlichen Renovierungskosten verlangen, wenn sich der Mieter mit der Durchführung der Schönheitsreparaturen in Verzug befindet⁹⁴². Solche Ansprüche stehen hier indes nicht in Rede, weil die Klägerin den Schadensersatzanspruch aus einem beendeten Mietverhältnis geltend macht⁹⁴³.

19 Verjährung

19.1 Verschlechterung durch Unterlassen von baulichen Veränderungen

Verspricht der Mieter eine Umgestaltung der Mietsache auf seine Kosten, so kann dies zwar einen Teil der als Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung geschuldeten Miete darstellen⁹⁴⁴. Die Vorschrift des § 548 Abs. 1 BGB erfasst

NZM 2005, 58 unter II 2 [zu § 326 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung].

⁹³⁷ BGH v. 22.2.2018 - VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1, juris.

⁹³⁸ vgl. BGH v. 8.10.2020 - VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53 Rz. 19 ff.

⁹³⁹ vgl. BGH v. 31.3.2021 - XII ZR 42/20, NJW-RR 2021, 803 Rz. 15; BGH v. 12.3.2021 - V ZR 33/19, BGHZ 229, 115 Rz. 21; BGH v. 25.1.2022 - VIII ZR 337/20, juris.

⁹⁴⁰ vgl. BGH v. 10.11.2021 - VIII ZR 187/20, NJW 2022, 686 Rz. 95.

⁹⁴¹ vgl. BGH v. 8.7.2020 - VIII ZR 163/18, BGHZ 226, 208 Rz. 14 m.w.N.

⁹⁴² vgl. BGH v. 15.3.2006 - VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 Rz. 11 m.w.N.

⁹⁴³ BGH v. 10.5.2022 - VIII ZR 277/20, GE 2022, 1053.

⁹⁴⁴ vgl. BGHZ 86, 71 (77) = NJW 1983, 679 (680).

jedoch auch Erfüllungsansprüche, die zugleich als Hauptpflicht ausgebildet sind, sofern sie den Zustand festlegen, den die Mietsache im Zeitpunkt der Rückgabe haben soll⁹⁴⁵.

Der Anwendungsbereich des § 548 Abs. 1 BGB ist weit auszulegen⁹⁴⁶. Der Begriff der Verschlechterung i.S.d. § 548 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass der Zustand der Mietsache im Vergleich zum Beginn des Mietverhältnisses schlechter geworden ist. Gleichzustellen sind vielmehr Forderungen, die sich daraus ergeben, dass die Mietsache in dem Zeitpunkt, in dem sie der Vermieter zurückerhält, in einer für ihn nachteiligen Weise von dem Zustand abweicht, den sie nach dem Vertrag bei Rückgabe haben soll⁹⁴⁷. Auch für solche Fälle bezweckt § 548 BGB eine zeitlich klar umgrenzte Abwicklung der beiderseitigen Ansprüche nach Beendigung des Mietvertrags. Danach kommt es bei einer vom Mieter übernommenen Verpflichtung zur Umgestaltung der Mietsache darauf an, ob sie sich auf den Zustand des Mietobjekts bei dessen Rückgabe bezieht. In dem Fall hat die Nichterfüllung oder nicht vollständige Erfüllung dieses Anspruchs eine Verschlechterung der Mietsache i.S.d. § 548 Abs. 1 BGB zur Folge⁹⁴⁸. § 548 Abs. 1 BGB erfasst sämtliche Schadensersatzansprüche des Vermieters, die ihren Grund darin haben, dass der Mieter die Mietsache als solche zwar zurückgegeben hat, diese sich aber nicht in dem bei der Rückgabe vertraglich geschuldeten Zustand befindet⁹⁴⁹.

Im vorliegenden Fall sind die vorzunehmenden Umbauarbeiten mit den Attributen „Wertverbesserung ca. 6.000,00 €“ bzw. „Wertverbesserung ca. 2.000,00 bis 2.500,00 €“ gekennzeichnet. Daraus folgt, dass die gemietete Fläche nicht nur für spezielle Bedürfnisse der Nutzung durch die Beklagte angepasst werden sollte, sondern dass durch die bezeichneten Maßnahmen eine konkrete Wertverbesserung der Mietsache selbst, auch für künftige Nutzungen, bewirkt werden sollte⁹⁵⁰. Die als Gegenleistung zur Gebrauchsgewährung übernommenen Umbauarbeiten bezeichnen damit einen veränderten Zustand des Mietobjekts als bei dessen Rückgabe geschuldet,

⁹⁴⁵ vgl. BGHZ 86, 71 (78) = NJW 1983, 679 (681).

⁹⁴⁶ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rz. 16.

⁹⁴⁷ vgl. BGHZ 86, 71 (77 f.) = NJW 1983, 679 (681).

⁹⁴⁸ vgl. BGHZ 86, 71 (77 f.) = NJW 1983, 679 (681).

⁹⁴⁹ BGH v. 8.1.2014 - XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rz. 16 m.w.N.

⁹⁵⁰ BGH v. 31.3.2021 - XII ZR 42/20, NZM 2021, 560.

nämlich mit durchgeführter Isolierung, Wandverkleidung und Bodenversiegelung unter Berücksichtigung einer nachfolgenden, vertragsgemäßen Abnutzung.

Weil die Klage am 11. August 2018 und somit noch innerhalb von sechs Monaten nach Rückerhalt der Mietsache erhoben worden ist, steht die Verjährungseinrede dem geltend gemachten Ersatzanspruch nicht entgegen. Somit kommt es auch nicht darauf an, ob die in § 25 Nr. 6 des zuletzt geschlossenen Mietvertrags formularmäßig getroffene Vereinbarung, wonach die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache in zwölf Monaten verjähren, wirksam ist⁹⁵¹.

20 Prozessuales

20.1 Klage auf künftige Räumung nach § 257 ZPO

Der Schuldner ist im Allgemeinen vor Fälligkeit des Anspruchs grundsätzlich nicht verpflichtet oder zur Vermeidung eigener Kostennachteile gehalten, sich zu seiner Leistungsbereitschaft zu erklären⁹⁵².

Durchgreifende Gründe, dies für das gewerbliche Mietrecht anders zu beurteilen, bestehen nicht⁹⁵³.

Teilweise wird insoweit allerdings in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, der Mieter gebe jedenfalls bei erkennbar begründeter Kündigung Veranlassung zur Klage, wenn er seine Bereitschaft, das Mietobjekt bei Ablauf der Mietzeit geräumt an den Vermieter herauszugeben, auf Aufforderung des Vermieters nicht erkläre⁹⁵⁴. Zur Begründung wird angeführt, der Vermieter habe ein berechtigtes Interesse, frühzeitig zu wissen, ob die

⁹⁵¹ vgl. *Guhling* in *Guhling/Günter*, *Gewerberaummiete*, 2. Aufl., § 548 BGB Rz. 73.

⁹⁵² vgl. OLG Hamm, ZMR 1996, 449; OLG Stuttgart, WuM 1999, 414; MünchKomm/*Becker-Eberhard*, 6. Aufl. § 257 ZPO Rz. 19; Zöller/Greger, 34. Aufl., § 257 ZPO Rz. 6; *Wieczorek/Schütze/Assmann*, 5. Aufl., § 257 ZPO Rz. 30 m.w.N.; BeckOK /Jaspersen [Stand: 1. März 2023], § 93 ZPO Rz. 33a; BeckOGK/*Zehlein*, [Stand: 1. April 2023], § 546 BGB Rz. 202 m.w.N.; *Saenger/Saenger*, 9. Aufl. § 257 ZPO Rz. 7; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 257 ZPO Rz. 14 m.w.N.

⁹⁵³ BGH v. 28.6.2023 – XII ZB 537/22, ■.

⁹⁵⁴ vgl. OLG Nürnberg, MietRB 2004, 203 f. mit Anm. von *Bieber* m.w.N.; OLG Stuttgart, WuM 1999, 414; *Guhling/Günter/Geldmacher*, *Gewerberaummiete*, 2. Aufl., 16. Teil Kap. 3 Rz. 27 m.w.N.; *Lützenkirchen/Lützenkirchen*, *Mietrecht*, 3. Aufl. § 546 BGB Rz. 24a und b m.w.N. [zu § 259 ZPO]; *Saenger/Gierl* ZPO 9. Aufl. § 93 ZPO Rz. 15.

Mieträume sofort nach Ende der Mietzeit für eine Weitervermietung oder Bau- oder Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung stünden⁹⁵⁵.

Nach anderer Meinung gibt der Mieter nicht allein deshalb Veranlassung zur Klageerhebung, weil er sich auf Nachfrage des Vermieters vor Fälligkeit des Räumungs- und Herausgabeanspruchs nicht zu seiner Erfüllungsbereitschaft erklärt. Vielmehr bedürfe es insoweit eines aktiven Verhaltens des Mieters, aus dem der Vermieter den Schluss ziehen könne, dass der Mieter seiner Verpflichtung zur Räumung und Herausgabe des Mietobjekts bei Ende der Mietzeit nicht nachkommen werde⁹⁵⁶.

Die zuletzt genannte Auffassung trifft zu⁹⁵⁷.

Das Verfahren nach § 257 ZPO soll dem Gläubiger des Räumungsanspruchs zwar eine frühzeitige Möglichkeit zur gerichtlichen Durchsetzung seines erst künftig fällig werdenden Anspruchs eröffnen. Ihm soll aber das Kostenrisiko, das sich nach § 93 ZPO aus einem vom als Räumungsschuldner in Anspruch genommenen Besitzer gegebenenfalls erklärten sofortigen Anerkenntnis ergibt, nicht abgenommen werden. Gerade für Verfahren nach § 257 ZPO, mit denen über die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten hinaus Ansprüche auf künftige Räumung von nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumlichkeiten und Grundstücken schon vor Fälligkeit gerichtlich geltend gemacht werden können, stellt die Regelung in § 93 ZPO ein wichtiges gesetzliches Korrektiv zur Wahrung der schutzwürdigen Belange des Schuldners dar. Da der Räumungsschuldner bei einem Vorgehen des Gläubigers nach § 257 ZPO schon vor Fälligkeit einem Rechtsstreit über seine Räumungsverpflichtung ausgesetzt ist, ohne dass er hierzu Anlass gegeben haben müsste und ohne dass er einen solchen Rechtsstreit effektiv hätte vermeiden können, kommt der durch § 93 ZPO eröffneten Möglichkeit des Beklagten, durch ein sofortiges Anerkenntnis eine nachteilige Kostenfolge abzuwenden, besondere Bedeutung

⁹⁵⁵ vgl. z.B. OLG Stuttgart, WuM 1999, 414; Henssler, NJW 1989, 138 (142); Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl., § 546 BGB Rz. 24a m.w.N.

⁹⁵⁶ vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1984, 2953 [zur Wohnraummiete]; OLG Hamm, ZMR 1996, 449; Breckerfeld, NZM 2000, 328; MünchKomm/*Becker-Eberhard*, 6. Aufl., § 257 ZPO Rz. 19; Stein/Jonas/*Roth*, 23. Aufl., § 257 ZPO Rz. 14; Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 15. Aufl. § 546 BGB Rz. 128; Saenger/*Saenger*, 9. Aufl., § 257 ZPO Rz. 7; Staudinger/*Rolfs*, BGB [2021], § 546 BGB Rz. 56 m.w.N. [zu § 259 ZPO]; BeckOGK/*Zehelein*, [Stand: 1. April 2023], § 546 BGB Rz. 202 m.w.N.

⁹⁵⁷ BGH v. 28.6.2023 – XII ZB 537/22, ■.

zu. Insbesondere ist nur durch die Kostenregelung in § 93 ZPO, die dem Räumungsgläubiger das Kostenrisiko eines anlasslosen Rechtsstreits zuweist, den Interessen beider Parteien angemessen Rechnung getragen.

Bei der Frage, ob der Beklagte Veranlassung zur Klageerhebung i.S.v. § 93 ZPO gegeben hat, kann es dabei im Verfahren nach § 257 ZPO von vornherein nur auf das Verhalten des Beklagten vor Fälligkeit des Anspruchs ankommen. Da aber erst der Fälligkeitszeitpunkt entscheidend für die Leistungserbringung durch den Schuldner ist und es sich bei § 257 ZPO um eine Ausnahmeregelung zu Gunsten des Gläubigers handelt, die jedoch die Bedeutung des Fälligkeitszeitpunkts nicht außer Kraft setzt, dürfen zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen des Räumungsschuldners an dessen Verhalten in der Zeit vor Fälligkeit keine überhöhten Anforderungen gestellt werden⁹⁵⁸.

Weil der Schuldner Veranlassung zur Klageerhebung i.S.v. § 93 ZPO nur dann gegeben hat, wenn aus seinem Verhalten darauf zu schließen war, dass er seine Verpflichtungen bei Fälligkeit nicht erfüllen wird⁹⁵⁹, bedarf es aus ex-ante-Sicht des Gläubigers und späteren Klägers konkreter, aus dem Verhalten des Schuldners abzuleitender Anhaltspunkte dafür, dass dieser bei Fälligkeit nicht leisten werde. Ohne derartige Anhaltspunkte besteht dagegen - gerade vor Fälligkeit des Anspruchs - regelmäßig kein Grund für Misstrauen an einem pflichtgemäßen Verhalten des Schuldners und damit für eine Klage zur vorsorglichen Durchsetzung des Anspruchs.

Allein aus dem Schweigen des Mieters auf eine Aufforderung des Vermieters, sich über seine künftige Vertragstreue und Leistungsbereitschaft zu erklären, ergeben sich derartige Anhaltspunkte grundsätzlich nicht. Zwar liegt bei einem ungestörten Vertragsverhältnis nach allgemeinen Gepflogenheiten nahe, dass die Vertragspartner auf Fragen des anderen Vertragsteils in irgendeiner Weise reagieren, und sei es nur mit der Mitteilung, dass die Frage (derzeit) nicht beantwortet werden könne. Aus dem Ausbleiben einer Reaktion kann dennoch ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht auf eine fehlende Erfüllungsbereitschaft geschlossen werden, weil dieses auf vielfältigen Gründen beruhen kann. Mangels einer Verpflichtung des Schuldners, sich zu seiner Erfüllungsbereitschaft zum Fälligkeitszeitpunkt zu erklären, ist das bloße

⁹⁵⁸ vgl. auch MünchKomm/Becker-Eberhard, 6. Aufl., § 257 ZPO Rz. 19.

⁹⁵⁹ st. Rspr.; vgl. BGH v. 20.9.2022 - XI ZB 4/22, WPM 2022, 2147 Rz. 27 m.w.N.

Schweigen auf eine derartige Anfrage mithin im Regelfall nicht als Ausdruck des Fehlens der Erfüllungsbereitschaft zu deuten.

Anlass, für das gewerbliche Mietrecht von diesen Grundsätzen abzuweichen, besteht nicht. Zwar hat der Vermieter regelmäßig schon mit Blick auf eine mögliche Anschlussverwendung des Mietobjekts ein nachvollziehbares Interesse daran zu wissen, ob sich der Mieter vertragstreu verhalten und seine Pflichten bei Ende der Mietzeit erfüllen wird oder ob es zur Durchsetzung seines Herausgabeanspruchs eines gerichtlichen Vorgehens bedarf. Ein solches Interesse des Vermieters ist anzuerkennen, auch wenn die Erklärung des Mieters, er akzeptiere die Kündigung und sei grundsätzlich bereit, das Mietobjekt bei Ende der Mietzeit geräumt an den Vermieter herauszugeben, keine vollständig sichere Planungsgrundlage für den Vermieter bietet, weil nicht gewährleistet ist, dass die Haltung des Mieters bis zum Mietende unverändert bleibt. Eine Erklärung des Mieters über seine Herausgabebereitschaft ist für den Vermieter schon deshalb von Wert, weil dieser im Fall einer erkennbaren Verweigerungshaltung des Mieters frühzeitig ohne eigenes Kostenrisiko eine Räumungsklage nach §§ 257, 259 ZPO erheben kann.

Allerdings unterscheidet sich das Interesse des Vermieters an einer Planungsgrundlage nicht wesentlich von demjenigen der Gläubiger anderer Schuldverhältnisse, denen ein Interesse an einer Planungsmöglichkeit regelmäßig ebenfalls nicht gänzlich abgesprochen werden kann. Zudem ist auch ein Interesse des Mieters anzuerkennen, die Berechtigung der Kündigung des Vermieters und die Möglichkeit der Beschaffung von Ersatzräumlichkeiten gründlich zu prüfen und sich nicht frühzeitig zur Berechtigung des Herausgabeverlangens des Vermieters und der eigenen Räumungsbereitschaft äußern zu müssen. Dem Interesse des Vermieters, pünktlich zum Mietzeitende wieder in den Besitz der Räumlichkeiten zu kommen, ist vor diesem Hintergrund mit der durch § 257 ZPO eröffneten Möglichkeit, vor Fälligkeit des Herausgabeanspruchs mit eigenem Kostenrisiko Klage auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts zu erheben, hinreichend Rechnung getragen.

20.2 § 259 ZPO bei Widerspruch des Mieters

Liegt eine auf § 259 ZPO gestützte Räumungsklage vor, gilt für die Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung des Schuldners i.S.d. § 259 ZPO kein

besonderer, von anderen Fallgestaltungen dieser Vorschrift abweichender Maßstab, wenn es sich bei dem Schuldner um einen Wohnraummieter handelt, der unter Verweis auf die bislang erfolglose Suche nach Ersatzwohnraum den weiteren Verbleib in den Mieträumen auch für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ankündigt⁹⁶⁰.

Soweit § 259 ZPO voraussetzt, dass "den Umständen nach" die Besorgnis gerechtfertigt sei, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, ist (allein) auf das anwaltliche Widerspruchsschreiben des Beklagten vom 29.01.2021 und die sich hieraus für die Bereitschaft des Beklagten zur Erfüllung des geltend gemachten Räumungs- und Herausgabeanspruchs ergebenden Gesichtspunkte abzustellen. Denn der Beklagte hat sich gegenüber den Klägern lediglich auf diesem Wege zeitlich nachfolgend zu deren Kündigungserklärung vom 23.06.2020 geäußert.

Hieraus kann nicht gefolgert werden, es sei nicht festzustellen, dass sich der Beklagte seiner Verpflichtung zur fristgerechten Räumung und Herausgabe i.S.d. § 259 ZPO habe entziehen wollen, da er lediglich auf die bislang erfolglose Wohnungssuche verwiesen, nicht aber seine Verpflichtung zur Räumung und Herausgabe der Wohnung - gemeint: die Wirksamkeit der Kündigungserklärung der Kläger - grundsätzlich angezweifelt habe. Denn der Beklagte hat mit dem Widerspruchsschreiben - was für § 259 ZPO ausreicht - eindeutig zu erkennen gegeben, dass er gegenwärtig und bei unverändert bleibender Situation, nämlich der weiteren Erfolglosigkeit seiner Suche nach einer neuen Wohnung, auch im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zu einem Auszug aus der Wohnung der Kläger bereit ist⁹⁶¹.

Allerdings ist die vom Beschwerdegericht vorgenommene Auslegung des § 259 ZPO bei Klagen auf Verurteilung zur künftigen Räumung von Wohnraum - mit verschiedenen Differenzierungen - auch in der Instanzrechtsprechung und Literatur anzutreffen. Nach dieser Ansicht sollen die Voraussetzungen dieser Vorschrift nur dann gegeben sein, wenn der Mieter durch ein ernstliches Bestreiten des Kündigungsgrunds eindeutig zu erkennen gebe, dass er zu einer fristgerechten Räumung nicht gewillt sei. Hingegen genüge es für die Annahme einer Besorgnis im Sinne der Vorschrift nicht, wenn der Mieter den Vermieter -

⁹⁶⁰ BGH v. 25.10.2022 – VIII ZB 58/21, WuM 2023, 105.

⁹⁶¹ BGH v. 25.10.2022 – VIII ZB 58/21, WuM 2023, 105.

im Rahmen eines Widerspruchs gegen die Kündigung oder auf andere Weise - auf Schwierigkeiten bei der Suche nach Ersatzwohnraum hinweise⁹⁶².

Eine solche, die gesetzliche Klagemöglichkeit des Vermieters von Wohnraum einschränkende Auslegung des § 259 ZPO, ist abzulehnen⁹⁶³. Auch in den Fällen des Widerspruchs eines Wohnraummieters gegen die Kündigung des Mietverhältnisses (§§ 574 ff. BGB) kommt es grundsätzlich darauf an, ob der Vermieter aufgrund der Erklärung oder des sonstigen Verhaltens des Mieters davon ausgehen musste, dieser werde zu einer Räumung und Herausgabe der Mieträume im Zeitpunkt der (vom Vermieter geltend gemachten) Beendigung des Mietverhältnisses nicht bereit sein.

Das nach dem Wortlaut des § 259 ZPO erforderliche "Sich-Entziehen" des Schuldners hinsichtlich seiner Leistungspflicht ist auch dann zu besorgen, wenn der Mieter deutlich gemacht hat, er werde mangels Verfügbarkeit von Ersatzwohnraum über den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses hinaus in der Wohnung des Vermieters verbleiben. Auch in diesem Fall hat er die Nichterfüllung der Leistungspflicht in seinen Willen aufgenommen⁹⁶⁴.

Ein das zukünftige Verhalten des Schuldners bewertendes Element ist mit der Formulierung des "Sich-Entziehens" nicht verbunden. Insbesondere verlangt § 259 ZPO nicht die Böswilligkeit des Schuldners hinsichtlich der geltend gemachten Leistungspflicht im Sinne eines Erschwerens oder Hintertreibens der Befriedigung des Gläubigers⁹⁶⁵. Maßgeblich ist allein die mangelnde Bereitschaft des Schuldners zur rechtzeitigen Leistung⁹⁶⁶. Erklärt der Schuldner ernsthaft, er brauche nicht zu leisten oder er wolle den gegen ihn erhobenen

⁹⁶² vgl. für den pauschalen oder vorsorglichen Hinweis OLG Karlsruhe, WuM 1983, 253, 254; LG Köln, WuM 1993, 542; NJW-RR 1996, 778; AG Ulm, Beschluss vom 7. August 2006 - 3 C 329/06, juris Rn. 4 [obiter dictum]; AG Köln v. 12.3.2008 - 203 C 515/07, juris Rz. 18; AG Pforzheim v. 9.11.2016 - 3 C 129/16, juris Rz. 19; LG Kempten, NJW-RR 1993, 1101; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2021, § 574b BGB Rz. 16; Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 15. Aufl., § 546 BGB Rz. 128; für Vortrag zu konkreten Schwierigkeiten AG Waiblingen, WuM 1989, 428; differenzierend danach, ob Hinweis im Rahmen eines Widerspruchs Binder, AnwZert MietR 20/2017 Anm. 2; Lützenkirchen/Monschau, Anwalts-Handbuch Mietrecht, 6. Aufl., Abschnitt M Rz. 196 f.; LG Wiesbaden, WuM 1989, 428; für durch Hinweis auf Suche begründete Aussicht auf rechtzeitige Räumung AG Fritzlar, WuM 1998, 606.

⁹⁶³ BGH v. 25.10.2022 – VIII ZB 58/21, WuM 2023, 105.

⁹⁶⁴ BGH v. 25.10.2022 – VIII ZB 58/21, WuM 2023, 105.

⁹⁶⁵ grundlegend bereits RGZ 132, 338 (339 f.) m.w.N.; siehe auch Wieczorek/Schütze/Assmann, 4. Aufl., § 259 ZPO Rz. 18; MünchKomm/Becker-Eberhard, 6. Aufl., § 259 BGB Rz. 13.

⁹⁶⁶ vgl. BGH v. 14.12.1998 - II ZR 330/97, NJW 1999, 954 unter II 2; BGH v. 4.5.2011 - VIII ZR 146/10, NZM 2011, 882 Rz. 15; BGH v. 20.12.2018 - VII ZR 69/18, NJW 2019, 1674 Rz. 14.

Anspruch nicht erfüllen, ist in der Regel die Besorgnis gerechtfertigt, er werde die erklärte Absicht - die fehlende Bereitschaft zur Erfüllung - beim Fälligwerden der Leistung auch in die Tat umsetzen⁹⁶⁷.

Die für ein "Sich-Entziehen" erforderliche Ursächlichkeit des Willens des Schuldners für das Ausbleiben der rechtzeitigen Leistung⁹⁶⁸ ist auch dann gegeben, wenn ein Mieter seinen Verbleib in den Mieträumen trotz der Beendigung des Mietverhältnisses ankündigt, weil ihm Ersatzwohnraum nicht zur Verfügung steht⁹⁶⁹.

Unerheblich ist es zudem, ob sich der Mieter zu dem angekündigten Verhalten berechtigt halten durfte⁹⁷⁰. Seine Motive für die fehlende Bereitschaft zur Leistung bei Fälligkeit sind allenfalls insoweit von Bedeutung, als sie dem Vermieter einen Rückschluss auf die Absicht des Schuldners und deren Ernsthaftigkeit erlauben. Da nach dem Wortlaut die Besorgnis einer nicht rechtzeitigen Leistung genügt, muss der Vermieter aus den ihm erkennbaren Umständen allerdings auch keine Gewissheit über den Willen des Mieters erlangt haben.

Ein anderes Verständnis des § 259 ZPO in der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation ist auch nicht aufgrund des vom Gesetzgeber mit der Vorschrift verfolgten Regelungszwecks geboten, wie er sich unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsgeschichte ergibt⁹⁷¹.

Die nachträgliche Einfügung der Befugnis des Gläubigers zur Erhebung einer auf Verurteilung zu künftiger Leistung gerichteten Klage (§§ 231a-c CPO, heute §§ 257-259 ZPO) beruhte nicht etwa darauf, dass hiermit eine gegen die Erfüllung des (künftigen) Anspruchs gerichtete Motivlage beim Schuldner sanktioniert werden sollte. Vielmehr erkannte der historische Gesetzgeber das praktische Bedürfnis des Verkehrs an, Gläubigern in bestimmten Fällen die

⁹⁶⁷ BGH v. 17.4.1952 - III ZR 109/50, BGHZ 5, 342 (344); BGH v. 14.12.1998 - II ZR 330/97, NJW 1999, 954; BGH v. 5.4.2001 - IX ZR 441/99, BGHZ 147, 225 (231); BGH v. 20.6.2005 - II ZR 366/03, NJW-RR 2005, 1518 unter II 2; BGH v. 20.11.2002 - VIII ZB 66/02, NJW 2003, 1395 unter II 2 b bb; jeweils m.w.N.

⁹⁶⁸ vgl. nur *Wieczorek/Schütze/Assmann*, 4. Aufl., § 259 ZPO Rz. 2, 17 f.; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 259 ZPO Rz. 14; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., § 90 Rz. 18; *Prütting/Gehrlein/Geisler*, 14. Aufl., § 259 ZPO Rz. 3.

⁹⁶⁹ BGH v. 25.10.2022 - VIII ZB 58/21, WuM 2023, 105.

⁹⁷⁰ vgl. RGZ 132, 338 (340).

⁹⁷¹ BGH v. 25.10.2022 - VIII ZB 58/21, WuM 2023, 105.

Wahrnehmung ihrer Rechte so zeitig zu ermöglichen, dass sie schon bei Eintritt der Fälligkeit des Anspruchs über ein die Zwangsvollstreckung gestattendes Urteil verfügen und mit der Zwangsvollstreckung beginnen können⁹⁷².

§ 259 ZPO bezweckt damit den Schutz des Gläubigers, der bei Gefährdung seines Anspruchs nicht, wie ansonsten erforderlich, mit der Erhebung der Klage zuwarten muss, bis der Anspruch fällig ist, sondern diesen bereits geltend machen darf, wenn er noch nicht fällig ist⁹⁷³. Die Belange des Schuldners im Hinblick auf die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung und dem Eintritt der Fälligkeit entstandenen Einwendungen sind nach den Vorstellungen des Gesetzgebers über die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO und einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 ZPO hinreichend gewahrt⁹⁷⁴.

Ein solches Bedürfnis des Gläubigers für eine gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs bereits vor Fälligkeit bestand aus Sicht des historischen Gesetzgebers insbesondere im Falle einer Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter wegen des damit erfahrungsgemäß auftretenden Streits mit dem Mieter über die behauptete Fälligkeit des Räumungsanspruchs und der mit einer daraus folgenden Verzögerung verbundenen Gefahr für die Interessen des Vermieters⁹⁷⁵. Deshalb sollte nach der ursprünglichen Fassung des § 257 ZPO (§ 231a CPO) (auch) für die Klage auf künftige Räumung von Wohnraum die (bloße) Abhängigkeit der Fälligkeit des Räumungsanspruchs vom Eintritt eines bestimmten Kalendertags genügen.

Soweit für Klagen des Gläubigers auf Verurteilung zu einer künftigen Leistung in anderen Fällen die Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung erforderlich sein

⁹⁷² vgl. *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1898, Band VIII, S. 99 ff.; vgl. auch BGH v. 20.6.1996 - III ZR 116/94, juris Rz. 15; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., § 90 Rz. 15; Wieczorek/Schütze/Assmann, 4. Aufl., § 259 ZPO Rn. 2; Prütting/Gehrlein/Geisler, 14. Aufl., § 257 Rn. 1, § 259 ZPO Rz. 1.

⁹⁷³ BGH v. 12.7.2006 - VIII ZR 235/04, NJW-RR 2006, 1485 Rz. 11; siehe auch BGH v. 20.11.2002 - VIII ZB 66/02, NJW 2003, 1395 unter II b bb.

⁹⁷⁴ vgl. *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1898, Band VIII, S. 100; für Klagen auf künftige Räumung OLG Karlsruhe, WuM 1983, 253 (254); *Henssler*, NJW 1989, 138 (144); MünchKomm/Becker-Eberhard, 6. Aufl., § 259 ZPO Rz. 10; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 19. Aufl., § 259 Rz. 4; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 259 ZPO Rz. 13.

⁹⁷⁵ *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1898, Band VIII, S. 99.

sollte (§ 231c CPO, § 259 ZPO), reichte hierfür nach den Vorstellungen des Gesetzgebers das als Hauptanwendungsfall angesehene ausdrückliche Bestreiten der Verbindlichkeit durch den Schuldner bereits vor deren Fälligkeit aus⁹⁷⁶. Dass es weitergehend auf die hierfür vom Schuldner angeführten Gründe ankommen sollte, lässt sich den Gesetzesmaterialien hingegen nicht entnehmen.

Mit der Herausnahme der Klage auf künftige Räumung von Wohnraum aus dem Anwendungsbereich des § 257 ZPO durch das Zweite Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 14. Juli 1964⁹⁷⁷ hat der Gesetzgeber nicht zugleich veränderte Anforderungen an das im Rahmen des § 259 ZPO maßgebliche Verhalten des Mieters als Schuldner der Leistung gestellt. Als Folge der Änderung genügt es für die Zulässigkeit einer solchen Klage lediglich nicht mehr, dass der Räumungsanspruch des Vermieters an den Eintritt des für die Fälligkeit bestimmten Kalendertags geknüpft ist, sondern es müssen stets die besonderen Anforderungen des § 259 ZPO vorliegen⁹⁷⁸. Aus Sicht des Gesetzgebers war mit dieser Änderung dem Grundgedanken des sozialen Mietrechts gerade bei Kündigungen eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Mietverhältnisses durch den Vermieter ausreichend Rechnung getragen⁹⁷⁹. Dafür, dass es - anders als zuvor - nunmehr auf die vom Mieter gegen die (künftige) Fälligkeit der Räumungsverpflichtung angeführten Gründe ankommen sollte, gibt es im Gesetzgebungsverfahren keinen Anhaltspunkt.

Auch im Hinblick auf die gesetzliche Systematik, insbesondere auf die dem Schutz des Mieters dienenden Vorschriften, ist die vom Beschwerdegericht vertretene Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 259 ZPO bei Räumungsklagen im Wohnraummietverhältnis nicht geboten.

Im Falle der ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses ist der Mieter bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist in seinem Besitz an den Mieträumen geschützt. Die Kündigungsfristen sind zugunsten des Mieters Mindestfristen; sie sollen ihm ausreichend Zeit lassen, eine andere Wohnung zu

⁹⁷⁶ *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1898, Band VIII, S. 100.

⁹⁷⁷ BGBl. I S. 457.

⁹⁷⁸ vgl. BT-Drucks. IV/806, S. 7 und 12.

⁹⁷⁹ BT-Drucks. IV/806, S. 12.

finden⁹⁸⁰. Diese Rechtsposition wird durch eine bereits zuvor ausgesprochene Verurteilung zur Räumung nicht berührt, da der Mieter durch die Aufnahme der Bedingung - den Ablauf des letzten Tags der Frist - in das Urteil hinreichend geschützt wird⁹⁸¹ und eine Vollstreckung des Räumungsanspruchs erst nach diesem Zeitpunkt zulässig ist (vgl. § 751 Abs. 1 ZPO).

Unberührt von einer bereits vor Fälligkeit erhobenen Räumungsklage des Vermieters bleibt auch das Recht des Mieters, der ordentlichen Kündigung des Vermieters in Fällen einer unzumutbaren Härte gemäß §§ 574 ff. BGB zu widersprechen und die Fortsetzung des Mietverhältnisses auf eine angemessene Zeit zu verlangen. Insbesondere wird kein unzulässiger Zwang im Hinblick auf die dem Mieter bis spätestens zwei Monate vor der Beendigung des Mietverhältnisses (§ 574b Abs. 2 Satz 1 BGB) beziehungsweise - bei unterbliebenem Hinweis des Vermieters auf die Möglichkeit des Widerspruchs sowie auf dessen Form und Frist - noch bis zum ersten Termin des Räumungsrechtsstreits (§ 574b Abs. 2 Satz 2 BGB) mögliche Entscheidung darüber ausgeübt, ob er der Kündigung widerspricht oder diese akzeptiert.

Hat der Vermieter Räumungsklage erhoben, obwohl der Mieter bis dahin weder der Kündigung ausdrücklich widersprochen noch in anderer Weise zu erkennen gegeben hatte, dass er dessen Räumungsbegehren bei Ablauf der Kündigungsfrist nicht nachzukommen bereit sei, ist die Besorgnis einer bei Fälligkeit nicht rechtzeitigen Räumung der Wohnung durch den Mieter nicht gerechtfertigt und die Räumungsklage des Vermieters schon mangels Vorliegens der besonderen Voraussetzungen des § 259 ZPO unzulässig.

Hat der Mieter - wie hier der Beklagte - im Zeitpunkt der Klageerhebung der Kündigung bereits widersprochen und die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangt, sind seine Interessen auch bei Annahme einer hieraus folgenden Zulässigkeit der Räumungsklage nach § 259 ZPO dadurch gewahrt, dass das mit der Räumungsklage befasste Gericht nicht nur die Wirksamkeit der Kündigung durch den Vermieter zu prüfen hat, sondern auch die vom Mieter für dessen Fortsetzungsbegehren geltend gemachten Härtegründe.

⁹⁸⁰ BT-Drucks. IV/806, S. 7.

⁹⁸¹ vgl. allgemein hierzu BGH v. 9.11.2017 - IX ZR 305/16, NJW 2018, 786 Rz. 14.

Der - hier vom Beklagten allein vorgebrachte - Umstand, dass vom Mieter angemessener Ersatzwohnraum zu zumutbaren Bedingungen (möglicherweise) bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht beschafft werden kann, hat als materiell-rechtlicher Gesichtspunkt bei der Abwägung zu den Folgen einer ordentlichen Kündigung von Wohnraum Bedeutung (vgl. § 574 Abs. 2 BGB). Zudem kann Verzögerungen bei der Wohnungssuche durch ein Vorgehen nach § 93b Abs. 3 ZPO (sofortiges Anerkenntnis des Räumungsanspruchs bei Bewilligung einer Räumungsfrist) sowie durch die Gewährung einer Räumungsfrist gemäß § 721 Abs. 1 und 2 ZPO Rechnung getragen werden⁹⁸².

Die Geltendmachung einer unzumutbaren Härte des im Übrigen die Kündigung hinnehmenden Mieters noch vor Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist hat nach der gesetzlichen Regelungssystematik hingegen nicht zur Folge, dass dem Vermieter die durch das Verfahrensrecht eröffnete Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung des Bestehens seines Räumungsanspruchs bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit versperrt wäre. Weder soll durch die §§ 574 ff. BGB die gerichtliche Prüfung auf einen Zeitpunkt erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist gemäß § 574b Abs. 2 Satz 1 BGB oder gar der gesetzlichen Kündigungsfrist hinausgeschoben werden noch wäre ein dahingehendes Interesse des Mieters schützenswert. Eine solche Verzögerung zu Lasten des Vermieters käme einem vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen zusätzlichen Kündigungsschutz gleich⁹⁸³. Das Fristerfordernis des § 574b Abs. 2 Satz 1 BGB würde in sein Gegenteil verkehrt⁹⁸⁴. Denn dieses sichert die Dispositionsfreiheit des Vermieters, der rechtzeitig vor Ablauf der Kündigungsfrist Klarheit über die Vertragsbeendigung erlangen soll⁹⁸⁵.

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs mussten die Kläger aufgrund des Widerspruchsschreibens des Beklagten besorgen, dieser werde bei Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.3.2021 nicht zu einem Auszug aus der Wohnung bereit sein.

⁹⁸² vgl. *Lützenkirchen*, GE 2017, 1384 (1386).

⁹⁸³ so auch OLG Karlsruhe, WuM 1983, 253, 254 [zur Zulässigkeit der Klage nach § 259 ZPO vor Ablauf der Widerspruchsfrist]; *Henssler*, NJW 1989, 138 (142); *Lützenkirchen*, GE 2017, 1384 (1387).

⁹⁸⁴ siehe *Henssler*, NJW 1989, 138 (144).

⁹⁸⁵ vgl. nur BeckOGK/*Emanuel*, Stand: 1. Oktober 2022, § 574b BGB Rz. 3; *Staudinger/Rolfs*, Neubearb. 2021, § 574b BGB Rz. 3, 10.

Zwar waren vom Beklagten gegen die Kündigung als solche keine Einwendungen vorgebracht worden. Er hatte aber seine Bereitschaft zu einem fristgerechten Auszug davon abhängig gemacht, dass er in der verbleibenden Zeit bis zur Beendigung des Mietverhältnisses einen Ersatzwohnraum findet, und dementsprechend mit dem Widerspruch gegen die Kündigung die Fortsetzung des Mietverhältnisses für einen nicht näher bestimmten Zeitraum - bis zum Abschluss eines Mietvertrags über einen Ersatzwohnraum - verlangt. Damit ist er der Berechtigung der Kläger, von ihm zwei Monate später die Räumung und Herausgabe verlangen zu können, ausdrücklich entgegengetreten.

Ob der Beklagte noch rechtzeitig eine Ersatzwohnung finden würde, nachdem seine bereits mehr als sieben Monate seit der Kündigung andauernde Wohnungssuche bis dahin erfolglos geblieben war, war ungewiss. Der Beklagte hatte in seinem Schreiben auch nur in Aussicht gestellt, die Kläger bei etwaigen Änderungen der aktuellen Situation zu informieren. Unter diesen Umständen war es den Klägern nicht zuzumuten, mit der Anrufung des Gerichts bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist abzuwarten, nur um nach Eintritt der Fälligkeit des Räumungsanspruchs, falls der Beklagte - wie von ihm angekündigt - mangels einer neuen Wohnung in den Mieträumen verblieb, doch noch zu einer gerichtlichen Geltendmachung gezwungen zu sein.

Die Kläger befanden sich damit in der Lage, in der nach dem Willen des Gesetzgebers einem Gläubiger wegen der Gefährdung seines Anspruchs die Klage auf Verurteilung des Schuldners zu künftiger Leistung eröffnet sein sollte. Die Zulässigkeit der von den Klägern erhobenen Räumungsklage konnte deshalb nicht mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 259 ZPO verneint werden.

21 Zwangsvollstreckung

21.1 Verzicht auf Räumungsschutz

Der nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthaften, frist- und formgerecht eingelegten Rechtsbeschwerde ist in der Sache eine Erfolgsaussicht nicht abzuspüren. Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde vor dem Hintergrund zugelassen, dass die Fragen, ob der in einem Räumungsvergleich

erklärte Verzicht des Mieters auf Räumungsschutzanträge (§ 794a Abs. 1, 2 ZPO) wirksam ist und ob er sich gegebenenfalls auch auf unvorhersehbare und unbekannte Härtegründe erstreckt, umstritten sind und höchstrichterlich noch keine Klärung erfahren haben⁹⁸⁶. Angesichts dessen kann die Erfolgsaussicht der Rechtsbeschwerde derzeit nicht verneint werden.

Je nach Beurteilung dieser Rechtsfragen könnte - wie die Rechtsbeschwerde geltend macht - unter Umständen eine Unwirksamkeit des Verzichts auf Räumungsschutz aus § 313 BGB (Wegfall vorausgesetzter künftiger Umstände) in Betracht kommen⁹⁸⁷. Denn die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerdeinstanz Tatsachen vorgetragen, die es als nicht ausgeschlossen erscheinen lassen, dass die Geschäftsgrundlage aufgrund ihrer nachträglich eingetretenen und unvorhersehbaren gesundheitlichen Situation entfallen ist.

21.2 Räumungsvollstreckung gegen Erben

Nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn - zumindest auch - die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird⁹⁸⁸. Bei einer Räumungsvollstreckung gemäß § 885 ZPO ist derjenige, der den tatsächlichen Besitz an den Räumen innehat, die Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattzufinden hat.

Nach § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner, der eine unbewegliche Sache herauszugeben hat, aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen. Dabei meint "Besitz" im Sinne des § 885 ZPO den Besitz in Form des "Gewahrsams". Dies verdeutlicht die Vorschrift des § 886 ZPO, die den Fall regelt, dass sich die herauszugebende Sache "im Gewahrsam eines Dritten" befindet. Dementsprechend muss gegen denjenigen, der an dem Räumungsobjekt Gewahrsam oder Mitgewahrsam hat, ein Vollstreckungstitel vorliegen⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ vgl. BGH v. 28.10.2008 - VIII ZB 28/08, NJW-RR 2009, 422 Rz. 5.

⁹⁸⁷ BGH v. 3.6.2022 VIII ZB 44/22, GE 2022, 1209.

⁹⁸⁸ vgl. BGH v. 14.8.2008 - I ZB 39/08, NJW 2008, 3287 Rz. 9.

⁹⁸⁹ vgl. *Lackmann* in Musielak/Voit, 17. Aufl., § 885 ZPO Rz. 6; *Seiler* in Thomas/Putzo, 41. Aufl., § 885 ZPO Rz. 4; *Lugani* in Prütting/Gehrlein, 11. Aufl., § 885 ZPO Rz. 14.

Der vollstreckungsrechtliche Gewahrsam gemäß § 886 ZPO entspricht seinerseits dem unmittelbaren Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB⁹⁹⁰. Auch der unmittelbare Besitz einer Sache setzt nach § 854 Abs. 1 BGB die tatsächliche Gewalt über sie voraus⁹⁹¹. Vollstreckungsrechtlich entscheidend ist die von einem entsprechenden Willen getragene tatsächliche Sachherrschaft, die für den Gerichtsvollzieher äußerlich erkennbar sein muss⁹⁹². Der Gerichtsvollzieher hat allein die tatsächlichen Besitzverhältnisse zu beurteilen sowie zu prüfen, ob sich die Räumungsverpflichtung nach dem vom Gläubiger beigebrachten Titel gegen den von ihm nach diesem Maßstab festgestellten Besitzer der Mietsache richtet⁹⁹³. Allein diese Vorgehensweise entspricht dem formalisierten Verfahren der Zwangsvollstreckung⁹⁹⁴.

Dagegen kommt es vollstreckungsrechtlich nicht darauf an, ob den Erben über § 857 BGB Besitzrechte an den Räumlichkeiten oder den dort weiterhin befindlichen Sachen zustehen⁹⁹⁵. Die Erben des Mieters sind daher im Streitfall entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung nicht durch die Fiktion des § 857 BGB in die tatsächliche Besitzposition des Schuldners eingerückt.

Der nicht tatsächlich ausgeübte, das heißt fiktive Erbenbesitz nach § 857 BGB begründet mangels tatsächlicher Beziehung zu einer Sache keinen Gewahrsam im Sinne einer tatsächlichen, nach außen erkennbaren Sachherrschaft⁹⁹⁶. Die Wirkungen der abgeleiteten Besitzposition nach § 857 BGB entsprechen zwar grundsätzlich denen, die der Besitz für den Erblasser hatte. Abweichungen ergeben sich jedoch daraus, dass der Erbe die tatsächliche Sachherrschaft gerade nicht innehat⁹⁹⁷. Der Erbenbesitz ist ein Besitz ohne Sachherrschaft⁹⁹⁸.

⁹⁹⁰ vgl. Palandt/*Herrler*, 79. Aufl., Überbl v § 854 BGB Rz. 5; zu § 808 ZPO vgl. *Flockenhaus* in Musielak/Voit, 17. Aufl., § 808 Rz. 4; *Würdinger* in Stein/Jonas, 23. Aufl., § 808 ZPO Rz. 14.

⁹⁹¹ BGH v. 2.12.2012 - V ZR 119/11, WPM 2012, 1926 Rz. 10.

⁹⁹² vgl. BGH, NJW 2008, 1959 Rz. 16; vgl. auch *Lüke* in Wieczorek/Schütze, 4. Aufl., § 808 ZPO Rz. 15; *Lugani* in Prütting/Gehrlein, 11. Aufl., § 885 ZPO Rz. 14.

⁹⁹³ BGH v. 25.6.2004 - IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383 (386); BGH, NJW 2008, 1959 Rz. 12; BGH, NJW 2008, 3287 Rz. 13 m.w.N.

⁹⁹⁴ BGH v. 30.04.2020 – I ZB 61/19, NZM 2021, 547.

⁹⁹⁵ BGH v. 30.04.2020 – I ZB 61/19, NZM 2021, 547.

⁹⁹⁶ vgl. zum Gewahrsam nach § 808 ZPO BeckOK/*Forbriger*, 35. Edition [Stand 1. Januar 2020], § 808 ZPO Rz. 5; *Flockenhaus* in Musielak/Voit, aaO, § 808 ZPO Rz. 4; *Saenger/Kemper*, 8. Aufl., § 808 ZPO Rz. 6; *Seiler* in Thomas/Putzo, aaO, § 808 ZPO Rz. 3; *Zöller/Herget*, ZPO, 33. Aufl., § 808 ZPO Rz. 7; vgl. auch MünchKomm/*Schäfer*, 8. Aufl., § 857 BGB Rz. 4.

⁹⁹⁷ BeckOGK/*Götz*, Stand 1. Januar 2020, § 857 BGB Rz. 25.

⁹⁹⁸ *Michel*, Probleme des Erbenbesitzes nach § 857 BGB, 1989, S. 32.

Die tatsächliche Sachherrschaft kann nicht gesetzlich für jemanden bestimmt werden, dem sie fehlt. Ein mit Sachherrschaft verbundener Besitz des Erben entsteht erst durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt⁹⁹⁹. Aus der von der Rechtsbeschwerdeerwiderung angeführten Entscheidung (BGH, Urteil vom 23. September 1953 - VI ZR 313/52, LM Nr. 6 zu § 836 BGB = BeckRS 1953, 31197796) folgt nichts Abweichendes. Sie betrifft den Übergang des Eigenbesitzes des Erblassers auf den Erben, verhält sich aber nicht zu der Frage der tatsächlichen Sachherrschaft.

Zum Gewahrsamserfordernis bei der Pfändung körperlicher Sachen nach § 808 ZPO wird allerdings die Auffassung vertreten, diese Betrachtungsweise werde dem Zweck des § 857 BGB nicht gerecht, da dieser eine tatsächliche Sachherrschaft des Erben ex lege statuieren wolle. Soweit und solange kein Gewahrsam eines Dritten be- oder entstehe, sei der Erbenbesitz danach als ausreichend anzusehen, um gleichwohl eine Mobiliarvollstreckung in den Nachlass zu ermöglichen¹⁰⁰⁰.

Im Streitfall hat jedenfalls die Schuldnerin Gewahrsam an der Wohnung, so dass die Erben des Schuldners ohne tatsächliche Inbesitznahme der Wohnung auch nach dieser zur Mobiliarvollstreckung vertretenen Auffassung nicht Gewahrsamsinhaber geworden sind. Damit kann es hier offenbleiben, ob im Falle der Gewahrsamslosigkeit bei der Vollstreckung nach § 885 Abs. 1 ZPO ein Bedürfnis dafür bestehen kann, eine tatsächliche Sachherrschaft des Erben zu fingieren.

⁹⁹⁹ MünchKomm/Schäfer, aaO, § 857 BGB Rz. 3 und 4.

¹⁰⁰⁰ vgl. MünchKomm/Gruber, 5. Aufl., § 808 ZPO Rz. 10; vgl. auch Würdinger in Stein/Jonas, aaO, § 808 Rz. 14; wohl auch Lüke in Wieczorek/Schütze, aaO, § 808 ZPO Rz. 15.