

Herausgeber: Norbert Eisenschmid, RAErscheinungsdatum:
23.01.2020Erscheinungsweise:
vierzehntäglichBezugspreis:
10,- € monatlich
zzgl. MwSt.**2/2020****Inhaltsübersicht:****Anm. 1****Kein Anspruch auf Mitteilung der zum Auslesen eines Heizkostenverteilers per Funk erforderlichen Codes nach Kündigung des Ablese- und Abrechnungsvertrages**Anmerkung zu AG Mönchengladbach, Urteil vom 28.08.2019, 36 C 92/19
von Prof. Dr. Siegbert Lammel**Anm. 2****Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB trotz psychischer Erkrankung des Mieters**Anmerkung zu AG Berlin-Neukölln, Urteil vom 13.03.2019, 13 C 513/18
von Carsten Herlitz, RA und Lehrbeauftragter der EBZ Business School, Berlin**Anm. 3****Fristlose und zugleich hilfsweise ordentliche Kündigung des langjährigen Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges**Anmerkung zu AG Neuss, Urteil vom 31.01.2019, 85 C 1982/18
von Claudia Theesfeld, Ass. jur.**Anm. 4****Mieterhöhung nach Modernisierung: Voraussetzungen und Ausschluss des Härteeinwandes des Mieters (§ 559 Abs. 4 BGB)**Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.10.2019, VIII ZR 21/19
von Dr. Dietrich Beyer, RiBGH a.D.**Anm. 5****Flächenvereinbarungen und Parteiabreden**Anmerkung zu AG Hamburg-Altona, Urteil vom 12.06.2019, 314a C 169/18
von Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus, Weiterer aufsichtsführender RiAG, Universität Bielefeld**Anm. 6****Gebrauchsbeeinträchtigung bei abweichender Mietfläche im gewerblichen Mietraum**Anmerkung zu OLG Dresden, Urteil vom 10.07.2019, 5 U 151/19
von Dr. Barbara Anzellotti, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, PNHR,
Köln**Zitiervorschlag:** Lammel, jurisPR-MietR 2/2020 Anm. 1
ISSN 1860-157X

1

Kein Anspruch auf Mitteilung der zum Auslesen eines Heizkostenverteilers per Funk erforderlichen Codes nach Kündigung des Ables- und Abrechnungsvertrages

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Die Anmietung eines Heizkostenerfassungsgeräts mit Fernauslesung beinhaltet nicht die Möglichkeit für den Mieter, die Fernauslesung selbst vorzunehmen.

Anmerkung zu AG Mönchengladbach, Urteil vom 28.08.2019, 36 C 92/19

von **Prof. Dr. Siegbert Lammel**

A. Problemstellung

Welchen Einfluss hat die Kündigung des Ablesevertrages auf den gleichzeitig mit demselben Anbieter geschlossenen langfristigen Mietvertrag über Heizkostenerfassungsgeräte mit Fernauslesung?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Beklagte mietete 2013 von der Klägerin mehrere Erfassungsgeräte für die Heizkosten mit Fernauslesung. Die Klägerin hatte unterschiedliche Vertragslaufzeiten mit gestaffelten je Laufzeit abnehmenden Kosten angeboten; der Beklagte wählte eine Vertragslaufzeit von zehn Jahren. 2017 wechselte der Beklagte bezüglich der Erstellung der Heizkostenabrechnung von der Klägerin zu einem Konkurrenzunternehmen; der Ablesevertrag mit der Klägerin wurde gekündigt. Nach Ablauf der zehnjährigen Mietzeit hat der Beklagte auch den Mietvertrag gekündigt.

Die Klägerin verlangt nunmehr Mietkosten, der Beklagte meint, die Miete sei zumindest um die Hälfte gemindert, weil die Geräte mangels Freigabe des Verschlüsselungscodes nicht von einer anderen Abrechnungsfirma abgelesen werden könnten.

Das AG Mönchengladbach hat der Klage stattgegeben.

Es verneinte sowohl ein Minderungsrecht wie einen Anspruch auf Herausgabe des Verschlüsselungscodes und ein darauf gestütztes Zurückbehaltungsrecht. Ein Mangel als Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit liege deshalb nicht vor, weil weder aus dem Vertrag noch aus dem Gesetz noch aus der Natur der Sache entnommen werden könne, dass eine eigene Fernablesung durch den Mieter geschuldet sei. Unbrauchbar seien die Geräte auch nicht, weil durchaus eine Ablesung vorgenommen werden könne, nur eben keine Fernablesung. Da die Klägerin keine den Markt beherrschende Stellung innehatte, sei sie auch nicht verpflichtet, den Code zur Nutzung der Fernauslesung an den Beklagten herauszugeben.

C. Kontext der Entscheidung

Diese Entscheidung zeigt deutlich die juristische „Marktmacht“ der Ablesefirma: Sie legt in entsprechenden Verfahren stets die (fehlerhafte, vgl. Anm. Lammel, jurisPR-MietR 14/2019 Anm. 3) Entscheidung des LG Frankfurt vom 03.05.2019 (2-16 S 163/18) vor und nimmt im Berufungsverfahren die Berufung zurück, sofern sich eine ihr ungünstige Entscheidung abzeichnet. Der Verweis des Amtsgerichts in seinen Entscheidungsgründen auf die Entscheidung des LG Frankfurt ist nicht nur inhaltlich falsch, sondern auch formal: Die Urteilsgründe müssen alle Überlegungen enthalten, die die Entscheidung rechtfertigen; ein Verweis auf den Akteninhalt reicht dafür nicht aus.

Aber auch methodisch ist die Entscheidung fehlerhaft. Zutreffend stellt das AG Mönchengladbach zwar fest, dass der Mietvertrag keine Regelungen über die Ablesbarkeit der Erfassungsgeräte enthält. Dies brauchte er auch nicht. Denn die Parteien hatten einen gesonderten Vertrag über die Ablesung der Geräte und die Erstellung der darauf basierenden Heizkostenabrechnung abgeschlossen. Die Trennung von Gerätemiete und Ablesung wurde von den Ablesefirmen angesichts der gesetzlich auf zwei Jahre festgelegten Begrenzung des Ablesevertrages (§ 309 Nr. 9a BGB) vorgenommen, um eine längere Bindung des Kunden per Mietvertrag zu erreichen. Liegt aber kein vertraglicher An-

haltspunkt für den Inhalt der Gebrauchsgewährungspflicht vor, so ist auf die gesetzliche Regelung in § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückzugreifen. Danach ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu gewähren. Bei einem Erfassungsgerät mit Fernauslesung beinhaltet dieser Miet-Gebrauch durch den Mieter (!) auch, dass der Mieter die Fernauslesung selbst vornehmen können muss. Die sog. händische Auslesung stellt nicht den vertragsgemäßen Mietgebrauch dar. Wird dieser Gebrauch nicht gewährt, liegt ein Mangel vor, der zur Minderung berechtigt. Für die vertragsgemäße Nutzung des Gerätes ist infolgedessen auch der Zugangscodes mitzuteilen. Die „marktbezogene“ Gegen-Argumentation des Amtsgerichts ist rein tatsächlich unzutreffend; wie das Bundeskartellamt festgestellt hat, wird der Ablesemarkt von einem Oligopol beherrscht, mithin liegt durchaus eine „marktbeherrschende“ Stellung der Klägerin vor.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Problematik dürfte sich aus einem rechtlichen und einem tatsächlichen Grund aber alsbald erledigen: Rechtlich sieht § 6 Abs. 1 Nr. 5 des Gesetzentwurfs zur Vereinheitlichung des Energiesparrechts für Gebäude (Stand Oktober 2019) vor, dass „bei einem Wechsel des Abrechnungsdienstleisters oder einer Übernahme der Abrechnung durch den Gebäudeeigentümer die für die Abrechnung notwendigen Daten dem neuen Abrechnungsdienstleister oder dem Gebäudeeigentümer zugänglich gemacht werden müssen.“ Technisch gibt es mittlerweile Systeme, die hardwareunabhängig die Ablesung durchführen und dabei auf bestehende Funktechnik anderer Anbieter zugreifen können (also auch ohne den Code zu erfahren).

2

Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB trotz psychischer Erkrankung des Mieters

Leitsätze:

1. Nach einer Schonfristzahlung nebst Unwirksamwerden der fristlosen Kündigung kann auf künftige Räumung geklagt werden, wenn der Mieter alle Kündigungen für un-

wirksam erachtet und den Anspruch ernstlich bestreitet.

2. Bei der Abwägung, ob nach und wegen der Schonfristzahlung die Pflichtverletzung in milderem Licht erscheint, können keine Zahlungsprobleme aus der Zeit des vorherigen Vermieters berücksichtigt werden. § 566 BGB begründet ein neues Mietverhältnis, allerdings mit demselben Inhalt.

3. Auch bei einer depressiven Erkrankung kann vom Mieter die Einrichtung eines Dauerauftrags für die Miete erwartet werden. Der ins Blaue hinein aufgestellten Behauptung, durch die depressive Symptomatik sei kein Verschulden gegeben, ist nicht durch Einholung eines Gutachtens nachzugehen.

Anmerkung zu AG Berlin-Neukölln, Urteil vom 13.03.2019, 13 C 513/18

von **Carsten Herlitz**, RA und Lehrbeauftragter der EBZ Business School, Berlin

A. Problemstellung

Der Besprechungsfall behandelt die häufiger anzutreffende Konstellation einer fristlosen Kündigung und der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Die Besonderheit bestand in diesem Fall auch darin, dass die klagende Vermieterin zur Begründung der ordentlichen Kündigung auf einen Zahlungsverzug hingewiesen hat, der einen Zeitpunkt vor ihrem Eintritt in das Mietverhältnis betraf.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung und einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung. Die Beklagte war seit dem 03.03.2009 Mieterin einer Wohnung in Berlin. Die Klägerin wurde erst später, nämlich im Jahr 2015, als eingetragene Eigentümerin des entsprechenden Hausgrundstücks Vermieterin der Beklagten.

Nachdem die Beklagte für die Monate August und September 2018 keine Miete zahlte, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 10.09.2018 fristlos und erklärte hilfsweise die

fristgerechte Kündigung. Dies wiederholte die Klägerin mit Klageschrift vom 14.09.2018. Schon am 25.09.2018 glich die Beklagte die Mietrückstände der beiden Monate aus.

Allerdings verwies die Klägerin darauf, dass die Beklagte schon im Jahre 2009 für zwei Monate keine Miete gezahlt habe. Erst nachdem die Hausverwaltung seinerzeit den Herausgabeanspruch titulieren ließ und den Räumungstermin festsetzte, veranlasste die Beklagte das Jobcenter zur Zahlung der rückständigen Beträge. Aus diesem Grund verzichtete die damalige Vermieterin auf die Räumung.

Aber auch während des unmittelbaren Mietverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde die Beklagte „regelmäßig wegen rückständiger Zahlungen angemahnt“. So etwa in den Jahren 2018 und 2019.

Im Rahmen der Einspruchsbegründung nach entsprechendem Versäumnisurteil erklärte die Beklagte im Hinblick auf die verspäteten Mietzahlungen für August und September 2019 nicht „schuldhaft“ ihre vertraglichen Pflichten verletzt zu haben. Sie sei depressiv erkrankt. Es gebe „Phasen vollkommener oder weitgehender Handlungsunfähigkeit, in denen die erkrankte Person nicht imstande (sei), ihre alltäglichen Aufgaben zu bewältigen“. Da die Kündigung ihren Zustand verschlechtern würde und stets auch die Gefahr des Suizids bei depressiven Erkrankungen bestehe, widersprach die Beklagte der Kündigung nach § 574 BGB. Schließlich verwies sie auf den angespannten Wohnungsmarkt in Berlin.

Die im Vergleich zur geschuldeten Miete vorgenommenen geringeren Zahlungen in 2018 erklärte die Beklagte damit, dass das Jobcenter im Juni 2018 „wegen des zuvor erzielten höheren Zuverdienstes der Beklagten“ keine Zahlungen geleistet habe und verwies zudem auf weitere Abwicklungsschwierigkeiten mit dem Jobcenter.

Das AG Berlin-Neukölln hat am Versäumnisurteil festgehalten und die Beklagte zur Räumung und Herausgabe der Wohnung verurteilt. (Das LG Berlin hat mit Urteil vom 25.10.2019 - 65 S 77/19 die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des AG Neukölln zurückgewiesen.)

Grundlage der Entscheidung war die mit Schreiben der Klägerin vom 10.09.2018 erklärte frist-

lose sowie die hilfsweise erklärte fristgerechte Kündigung. Nachdem die Beklagte innerhalb der sog. Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB die rückständige Miete für die Monate August und September 2019 gezahlt hatte, war demnach die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung entscheidend.

§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB bestimme, dass ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Kündigung dann vorliege, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt habe. Dies – so das Gericht – liege unter anderem vor, wenn der Mieter mit der Zahlung der Miete in Höhe eines Betrages in Rückstand gerate, der den Vermieter zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB berechtige (BGH, Urt. v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07 - Grundeigentum 2008, 114). Das Gericht stellte aber auch klar, dass eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs auch unterhalb der für die fristlose Kündigung geltenden Grenze des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB möglich sei. Demnach liege eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters bereits vor, wenn der Mietrückstand eine Monatsmiete übersteige und die Verzugsdauer zumindest einen Monat betrage (BGH, Urt. v. 10.10.2012 - VIII ZR 107/12 - NJW 2013, 159).

Beides lag nach Ansicht des Gerichts hier vor.

Das Gericht verkannte zwar nicht, dass für die Beurteilung einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine nachträgliche Zahlung des Mieters zu seinen Gunsten berücksichtigt werden könne, weil sie ein etwaiges Fehlverhalten in einem milderen Licht erscheinen lasse (BGH, Urt. v. 16.02.2005 - VIII ZR 6/04 - WuM 2005, 250). Ein Festhalten an einer wirksamen ordentlichen Zahlungsverzugskündigung sei aber nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar. Ansonsten würde eine unzulässige Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf die ordentliche Kündigung und auf den Zahlungsverzug gestützte Kündigungen vorgenommen. § 242 BGB könne bei nachträglicher Zahlung des Kündigungsrückstandes die Durchsetzung eines auf eine ordentliche Kündigung gestützten Räumungsanspruchs deshalb nur ganz ausnahmsweise hindern, etwa dann, wenn die nachträgliche Zahlung ganz kurz nach dem Ausspruch der Kün-

digung erfolgt und der Mieter nachvollziehbare Gründe für seine Säumnis angeben könne (LG Berlin, Urt. v. 16.09.2014 - 67 S 290/14 - Grundeigentum 2014, 1337).

In dem Festhalten an der ordentlichen Kündigung erkannte das Gericht kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin, wie es etwa vorliegen könne, wenn der Mieter kurz nach der Kündigung die Rückstände ausgleiche und es auch in der Vergangenheit keine Zahlungsrückstände gegeben habe und dies auch nicht zu erwarten sei. Insgesamt komme es darauf an, ob das bisherige Verhalten der Beklagten Anlass gebe, das Vertrauen der Klägerin in eine gedeihliche Fortsetzung des Mietverhältnisses in Frage zu stellen (vgl. BGH, Beschl. v. 06.10.2015 - VIII ZR 321/14).

Unstreitig sei, dass der gesamte Mietzinsrückstand, auf den die Kündigung gestützt wurde, gemäß Überweisung vom 25.09.2018 als für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit maßgeblichen Leistungshandlung (BGH, Urt. v. 05.10.2016 - VIII ZR 222/15 - Grundeigentum 2017, 99) und damit – in Anlehnung an die für die noch rechtzeitige Einzahlung des Gerichtkostenvorschusses als Voraussetzung für eine daraufhin noch demnächst veranlasste Zustellung eingeräumte Frist von bis zu zwei Wochen (BGH, Urt. v. 29.09.2017 - V ZR 103/16 - WuM 2017, 738) – noch in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem (am Folgetag unterstellten) Zugang der Kündigung mit Schreiben vom 10.09.2018 vollständig ausgeglichen war.

Auch die Zahlungsrückstände vor Eintritt der Eigentümerposition der Klägerin waren für das Gericht nicht entscheidend. So bestehe die Wirkung des § 566 BGB darin, dass im Augenblick des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter entstehe, wenngleich mit uneingeschränkt demselben Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden habe (BGH, Urt. v. 03.05.2000 - XII ZR 42/98 - Grundeigentum 2000, 957). Indes könne das Zahlungsverhalten eines Mieters gegenüber dem vormaligen Vermieter und Veräußerer die hierauf gestützte ordentliche Kündigung des Erwerbers der Mietsache grundsätzlich nicht rechtfertigen.

Insofern sei das spätere unregelmäßige Zahlungsverhalten im Verhältnis zwischen der Klä-

gerin als jetzige Vermieterin und der Beklagten entscheidend gewesen.

Hier stellte das Gericht zunächst fest, dass unpünktliche Zahlungen eine ordentliche auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützte Kündigung rechtfertigen können (BGH, Urt. v. 13.07.2010 - VIII ZR 129/09 - Grundeigentum 2010, 1111). Eine Abmahnung bedürfe es nicht (BGH, Urt. v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07 - Grundeigentum 2008, 114). Soweit nach dem Einwand der Beklagten allein das Jobcenter den übernommenen Teil der Miete für den Monat Januar 2019 verspätet geleistet habe, werde zwar eine Behörde, die im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen erbringe, nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters tätig, wenn sie für ihn die Miete an den Vermieter zahle. Allerdings könne ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung i.S.d. § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB auch allein aus der in der unpünktlichen Zahlung liegenden objektiven Pflichtverletzung und den für den Vermieter daraus folgenden negativen Auswirkungen und die danach erforderliche Gesamtabwägung auch unabhängig von einem Verschulden des Mieters an den unpünktlichen Zahlungen zu dessen Lasten ausfallen, etwa weil es für den Vermieter einen unzumutbaren Verwaltungsaufwand bedeute, wenn die Miete oder Teile davon zu jeweils unterschiedlichen Zeitpunkten eingehen oder weil kurze Zeit vorher bereits eine berechtigte fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei, die – soweit auf den gesamten Mietzinsrückstand gestützt – erst durch eine Zahlung innerhalb der Schonfrist während des Räumungsprozesses unwirksam geworden sei.

Im Übrigen werde das Verschulden bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung regelmäßig vermutet. Allein durch den Umstand, dass ein Mieter auf staatliche Transferleistungen angewiesen sei, werde diese Vermutung noch nicht widerlegt. Vielmehr müsse der Mieter regelmäßig darlegen und ggf. auch beweisen, dass er die Leistung rechtzeitig und unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen beantragt und bei etwaigen Zahlungssäumnissen der Behörde bei dieser auf eine pünktliche Zahlung gedrungen und insbesondere auf eine bereits erfolgte Abmahnung des Vermieters und die deshalb drohende Kündigung hingewiesen habe (BGH, Urt. v. 29.06.2016 - VIII ZR 173/15 - Grundeigentum 2016, 1023).

Diese Ansicht festigend, verwies das Gericht auf die im Schreiben von 10.09.2019 enthaltende Abmahnung und das gesamte Zahlungsverhalten der Beklagten seit dem Monat Juni 2018 bis einschließlich Januar 2019.

Der Hinweis der Beklagten auf ihre depressive Erkrankung und den damit verbundenen Einwand nicht i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB schuldhaft gehandelt zu haben, überzeuge nicht.

Das ärztliche Attest vom 28.12.2019 sei schon deshalb wenig aussagekräftig, weil es nicht von einem Facharzt, sondern von einem darin so bezeichneten Arzt für Allgemeinmedizin erstellt sei und sich inhaltlich auf die Aussage beschränke, dass sich eine darin so bezeichnete und nicht näher erläuterte „depressive Symptomatik ... durch einen Auszug aus der Wohnung noch erheblich verschlechtern“ könnte. Es enthalte also gerade keine Angaben dazu, ob und inwieweit es der Beklagten nicht möglich gewesen sein soll, die von ihr geschuldeten Mietzinszahlungen aufgrund einer solchen depressiven Symptomatik nicht vollständig und pünktlich zu entrichten. Das Gericht vermisste genauere Angaben über den konkreten – auch zeitlichen – Verlauf der geltend gemachten Depression, aufgrund dessen die Beklagte an pünktlichen Mietzahlungen gehindert gewesen sei.

Auch eine soziale Härte sei zu verneinen. Entscheiden sei – unabhängig von den möglicherweise nachteiligen Auswirkungen auf die Beklagte –, dass die Kündigung auf einen Grund gestützt gewesen sei, der die Klägerin gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigte. Dies gelte auch, wenn die fristlose Kündigung durch Ausgleich des Mietzinsrückstands gemäß § 569 Abs. 3. Nr. 2 BGB nachträglich unwirksam werde (BGH, Urt. v. 16.02.2005 - VIII ZR 6/04).

C. Kontext der Entscheidung

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt eine analoge Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB nicht in Betracht, wenn die Kündigung – wie im Besprechungsfall – auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützt wird. Zahlt also der Mieter nach erklärter fristloser Kündigung die Miete sowie fällige Entschädigungen spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt

der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs, so ist allein die fristlose Kündigung unwirksam (vgl. hierzu Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 569 BGB Rn. 65). Zur Begründung wird angeführt, dass der Vermieter mit der gleichzeitig erklärten ordentlichen Kündigung zum Ausdruck bringt, dass diese in allen Fällen Wirkung entfalten soll, in denen die mit der fristlosen Kündigung angestrebte sofortige Beendigung des Mietverhältnisses unwirksam oder fehlgeschlagen ist (BGH, Urt. v. 19.09.2018 - VIII ZR 231/17). Anders als bei Zahlungsrückständen bei außerordentlicher Kündigung muss bei der ordentlichen Kündigung kein Vertreten, sondern eine schuldhafte Pflichtwidrigkeit vorliegen. Ob der Mieter hierbei auf Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle angewiesen ist, ist hierbei ohne Belang. So besteht zum einen kein Vertrag zwischen Jobcenter und Vermieter. Zum anderen ist das Jobcenter auch kein Erfüllungsgeld des Mieters (BGH, Urt. v. 29.06.2016 - VIII ZR 173/15).

Grundlage der Entscheidung war damit vor allem die Frage, ob das Festhalten an der ordentlichen Kündigung trotz der schnellen Ausgleichszahlung der rückständigen Miete noch rechtsmissbräuchlich ist. Dass der Mieter den rückständigen Teil der zu einer fristlosen Kündigung berechtigenden Miete innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung ausgeglichen hat, mag „diesen Teil“ des Zahlungsverzugs im Rahmen der ordentlichen Kündigung noch im milderen Licht erscheinen lassen. Allerdings hat der Mieter bereits mehrfach seine Zahlungspflichten verletzt. Insofern war es nachvollziehbar, dass hier kein rechtsmissbräuchliches Verhalten gesehen wurde. Die teilweise zur Begründung angeführte Depression bewertete das Gericht – ebenfalls nachvollziehbar, da kaum substantiiert – allenfalls als Vorwand.

Auch wenn es für die Entscheidung des Gerichts nicht darauf angekommen ist, so ist die Meinung, dass das Zahlungsverhalten eines Mieters gegenüber dem vormaligen Vermieter und Veräußerer die hierauf gestützte ordentliche Kündigung des Erwerbers der Mietsache grundsätzlich nicht rechtfertigen könne, durchaus in Zweifel zu ziehen. Sicherlich ist die Zahlungspflicht personenbezogen. Grund der ordentlichen Kündigung ist in aller erster Linie jedoch ein Fehlverhalten, welches auch in Zukunft zu besorgen ist. Hier dürfte es keinen Unterschied machen, ob die Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsunfähigkeit

keit vor oder nach dem Wechsel des Vermieters bestanden hat. Kann oder will der Mieter nicht zahlen, so ist für ihn die Person des Vermieters in aller Regel wenig relevant. Auch knüpft die personenbezogene Pflicht zur Zahlung der Miete an den Vermieter als abstrakte Person an.

D. Auswirkungen für die Praxis

Wird der zu einer fristlosen Kündigung berechtigende Zahlungsrückstand zeitnah beglichen, so kommt es bei der Bewertung der Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung insbesondere auch darauf an, ob ein Festhalten an der Kündigung rechtsmissbräuchlich war oder der Mieter schuldhaft gehandelt hat. Im Gegensatz zur Entscheidung des Gerichts sollte dabei aber auch das Zahlungsverhalten aus dem vorherigen Mietverhältnis bewertet werden, in welches der Kläger als neuer Vermieter eingetreten ist.

3

Fristlose und zugleich hilfsweise ordentliche Kündigung des langjährigen Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges

Leitsatz:

Auch wenn die Schonfristzahlung nicht zur Unwirksamkeit auch der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung führt, ist es dem Vermieter nach § 242 BGB verwehrt seinen Räumungsanspruch durchzusetzen, wenn die verspätete Zahlung zweier Mieten bei einem seit 28 Jahre beanstandungsfrei laufenden Mietverhältnis der einzige kurzfristige Vertragsverstoß des Mieters war.

Anmerkung zu AG Neuss, Urteil vom 31.01.2019, 85 C 1982/18

von **Claudia Theesfeld**, Ass. jur.

A. Problemstellung

Das AG Neuss hatte über einen Räumungsanspruch zu entscheiden. Fraglich war insbesondere, ob die hilfsweise erklärte ordentliche Kün-

digung das langjährige Mietverhältnis beendet hatte.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist Vermieterin, der Beklagte zu 2) Mieter einer Wohnung. Die Beklagte zu 1) bewohnt diese Wohnung ebenfalls. Das Mietverhältnis besteht seit Mai 1990. Mit Ausnahme des hier streitigen Zahlungsverzugs kam es nie zu Störungen im Mietverhältnis.

Die Mieten für die Monate Mai und Juni 2018 bezahlte der Beklagte zu 2) erst Anfang Juli 2018. Die Beklagten gaben an, aufgrund einer Operation der Beklagten zu 1) und der damit verbundenen Umstände die Mietzahlungen vergessen zu haben. Nach einer im Mai 2018 erfolgten Mahnung kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 15.06.2018 durch ihre Prozessbevollmächtigte das Mietverhältnis wegen eines Zahlungsrückstandes i.H.v. zwei Monatsmieten fristlos und hilfsweise fristgemäß zum 31.03.2019.

Sie ist der Ansicht, dass die Beklagten aufgrund der ordentlichen Kündigung zur Räumung und Rückgabe der Wohnung verpflichtet sind.

Das AG Neuss hat die Klage abgewiesen.

Ein Recht auf Räumung und Herausgabe der Wohnung stehe der Klägerin nicht zu. Denn durch die Kündigung vom 15.06.2018 sei das Mietverhältnis nicht beendet worden. Zwar sei die fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Ziff. 3a BGB zulässig gewesen, da der Beklagte zu 2) mit der Entrichtung der Miete für zwei aufeinanderfolgende Termine in Verzug gewesen sei. Die Kündigung sei jedoch nach § 569 Abs. 3 Ziff. 2 BGB unwirksam geworden, da die Klägerin innerhalb von zwei Monaten ab Rechtshängigkeit der Klage vollständig befriedigt worden sei.

Auch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung habe das Mietverhältnis nicht beendet. Zwar sei grundsätzlich neben dem Ausspruch der fristlosen Kündigung auch der Ausspruch der ordentlichen Kündigung möglich. Ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 573 Abs. 2 Ziff. 1 BGB ist gegeben, wenn der Mieter seine vertraglichen Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis schuldhaft nicht unerheblich verletzt. Eine solche Pflichtverletzung lie-

ge dann vor, wenn der Mieter – wie hier – seiner Pflicht zur Mietzinszahlung über zwei Monate nicht nachkomme.

Im vorliegenden Fall sei diese Pflichtverletzung auch schuldhaft. Denn die Beklagten haben in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, der Beklagte zu 2) habe die Überweisungen aufgrund der Operation der Beklagten zu 1) vergessen. Diese Erklärung führe jedoch nicht dazu, dass die Nichtzahlung ohne Verschulden erfolgt sei. Denn selbst wenn der Beklagte infolge der häuslichen Situation die Zahlung vergessen haben sollte, hätte er die Mahnung der Hausverwaltung vom 10.05.2018 zum Anlass nehmen müssen, die Miete unverzüglich zu bezahlen. Eine solche Pflichtverletzung führe dazu, dass der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses habe.

Nach ganz herrschender Rechtsprechung führe die Nachzahlung der Miete innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Ziff. 2 BGB nicht dazu, dass auch die ordentliche Kündigung unwirksam werde.

Jedoch sei nach der Rechtsprechung des BGH bei einer derartigen Konstellation, bei der die Miete kurz nach Zugang der Kündigung nachgezahlt wurde, zu prüfen, ob eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gegen Treu und Glauben verstoße, § 242 BGB. Im vom BGH entschiedenen Fall sei die Miete bereits fünf Tage nach Zustellung der Kündigung nachgezahlt worden. Im hier vorliegenden Fall seien zwischen dem Zugang der Kündigung am 19.06.2018 und der Zahlung am 03.07.2018 zwar 14 Tage vergangen. Jedoch sei bei der Frage der Treuwidrigkeit zu berücksichtigen, dass das Mietverhältnis zu diesem Zeitpunkt bereits seit 28 Jahren bestanden habe und es bis zu diesem Zeitpunkt und auch danach keinerlei Probleme gegeben habe. Weder wurde die Miete jemals – abgesehen von den hier in Rede stehenden beiden Monaten – verspätet gezahlt, noch gab es anderweitige Störungen im Mietverhältnis. Es verstoße daher gegen Treu und Glauben, wenn die Klägerin eine kurzfristige Störung im Mietverhältnis zum Anlass nehme, dieses zu beenden. Denn hierbei lasse sie völlig außer Acht, dass sich die Beklagten über einen überaus langen Zeitraum hinweg vertragsgemäß verhalten haben. Sie lasse auch unberücksichtigt, dass in den Operationen und der Reha-Maßnahme der Beklagten zu 1) tatsächlich ein nachvollziehba-

rer Grund für das kurzfristige vertragswidrige Verhalten des Beklagten zu 2) zu sehen sei.

C. Kontext der Entscheidung

Der BGH hat sich in zwei Entscheidungen vom 19.09.2018 (VIII ZR 231/17 und VIII ZR 261/17) bereits ausführlich mit der Frage befasst, wann und unter welchen Voraussetzungen eine gleichzeitig mit einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung Wirksamkeit entfaltet. Dabei hat er klargestellt, dass ein Vermieter, der neben einer fristlosen Kündigung hilfsweise oder vorsorglich eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses wegen eines aufgelaufenen Zahlungsrückstandes ausspricht, diese nicht nur für den Fall einer bereits bei Zugang des Kündigungsschreibens gegebenen Unwirksamkeit der vorrangig erfolgten fristlosen Kündigung erklären will. Vielmehr bringe er damit aus objektiver Mietersicht regelmäßig weiterhin zum Ausdruck, dass die ordentliche Kündigung auch dann zum Zuge kommen solle, wenn die zunächst wirksam erklärte fristlose Kündigung aufgrund eines gesetzlich vorgesehenen Umstandes wie einer unverzüglichen Aufrechnung durch den Mieter (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB), einer sog. Schonfristzahlung oder einer Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB) nachträglich unwirksam werde.

Die Heilungswirkung der Schonfristzahlung tritt aber nur hinsichtlich einer fristlosen Kündigung des Vermieters ein. Deswegen erklären in der Praxis regelmäßig viele Vermieter „hilfsweise“ – nämlich genau für den Fall einer sog. Schonfristzahlung – auch die fristgemäße Kündigung, da diese durch einen nachträglichen Ausgleich des Mietrückstandes nicht aufgehoben wird (vgl. schon BGH, Urt. v. 16.02.2005 - VIII ZR 6/04), so dass der Mieter spätestens nach Ablauf der jeweiligen Kündigungsfrist ausziehen muss. Das AG Neuss hatte daher zu prüfen, ob ein Grund für die ordentliche Kündigung vorlag.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des AG Neuss bestätigt die gefestigte Rechtsprechung des BGH zur Heilungswirkung der sog. Schonfristzahlung und ist daher für die Praxis nicht von besonderer Relevanz. Es stellt

noch einmal heraus, dass eine Schonfristzahlung oder Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle nicht grundsätzlich zur Folge hat, dass eine mit der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs gleichzeitig hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung „ins Leere“ geht.

4

Mieterhöhung nach Modernisierung: Voraussetzungen und Ausschluss des Härteeinwandes des Mieters (§ 559 Abs. 4 BGB)

Leitsatz:

1a. Der Umstand, dass der Mieter gemessen an seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und seinen Bedürfnissen eine deutlich zu große Wohnung nutzt, ist zwar in die nach § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen zu Lasten des Mieters einzubeziehen. Hierfür darf als Maßstab jedoch nicht die nach den Ausführungsvorschriften zur Gewährung von staatlichen Transferleistungen oder den Vorschriften für die Bemessung von Zuschüssen für den öffentlich geförderten Wohnungsbau vorgesehene Wohnfläche zugrunde gelegt werden.

1b. Zudem ist die einer Berufung auf einen Härtefall nach § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB im Einzelfall entgegenstehende Unangemessenheit ohnehin nicht isoliert nach einer bestimmten Größe für die jeweilige Anzahl der Bewohner zu beurteilen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die vom Mieter genutzte Wohnung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls für seine Bedürfnisse deutlich zu groß ist.

2a. Wenn ein Vermieter die in § 9 Abs. 1 EnEV i.V.m. Anlage 3 Nr. 1 bis 6 aufgeführten Arbeiten an Gebäuden aus freiem Entschluss durchführt und damit die in § 9 Abs. 1 EnEV normierte Verpflichtung auslöst, eine Wärmedämmung anzubringen, die die Einhaltung eines bestimmten Wärmedurchgangskoeffizienten gewährleistet (sog. bedingte Anforderungen), sind damit die Voraussetzungen des § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB regelmäßig noch nicht erfüllt.

2b. Etwas anderes hat allerdings dann zu gelten, wenn die Durchführung der Arbeiten an dem Gebäude für den Vermieter unabweichlich geworden ist (Anschluss an und Fortführung von BVerwG, Beschl. v. 18.06.2013 - 5 B 28/13 - Grundeigentum 2013, 1468).

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Vorrang des Bestandsinteresses des Mieters („Verwurzelung“) vor Refinanzierungsinteresse des Vermieters.

2. „Allgemein üblicher Zustand“ nur bei mindestens zwei Drittel der vergleichbaren Gebäude.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.10.2019, VIII ZR 21/19

von **Dr. Dietrich Beyer**, RiBGH a.D.

A. Problemstellung

Mit dem Komplex Mieterhöhung nach Modernisierung hat sich der BGH in den vergangenen Jahren des Öfteren befasst. Dabei ging es regelmäßig um die Formalien und den notwendigen Inhalt einer Modernisierungsankündigung gemäß § 555c BGB, um die Duldungspflicht des Mieters und um Einzelheiten der Mieterhöhung (§ 559 BGB).

In dem Urteil vom 09.10.2019 hat sich der VIII. Senat des BGH erstmals mit dem Härteeinwand des Mieters befasst. Im Mittelpunkt stehen die Abwägung zwischen dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Bestandsinteresse des Mieters (Stichwort: „Verwurzelung“) mit dem Refinanzierungsinteresse des Vermieters – problematisch insbesondere im Hinblick auf die Größe der Wohnung für den alleinstehenden Mieter –, sowie die Voraussetzungen der beiden Alternativen eines Ausschlusses des Härteeinwandes gemäß § 559 Abs. 4 Satz 2 BGB.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Mieter bewohnt allein eine rd. 85 m² große Dreizimmerwohnung in einem Mehrfamilienhaus (Baujahr 1929) in Berlin. Der Mietvertrag wurde bereits im Jahr 1962 von den Eltern des Mieters geschlossen; seitdem – seit seinem fünften Lebensjahr – wohnt der Mieter in dieser Wohnung.

Die Bruttokaltmiete belief sich seit dem 01.06.2016 auf 574,34 Euro zuzüglich eines Heizkostenvorschusses von 90 Euro. Der Mieter bezieht Arbeitslosengeld II und erhält zusätzlich 463,10 Euro monatlich zur Deckung der Miete.

Etwa 2014/2015 ließ die Vermieterin die Außenfassade und die oberste Geschossdecke dämmen, die vorhandenen Balkone (mit einer Fläche 1,85 m² bzw. 0,98 m²) durch größere Balkone mit einer Fläche von jeweils 5,06 m² ersetzen und den in den 1970er Jahren stillgelegten Aufzug wieder in Betrieb nehmen. Aufgrund dieser Maßnahmen erhöhte sie mit Schreiben vom 30.03.2016 die Miete ab Januar 2017 um insgesamt 240 Euro monatlich, wovon jeweils 70 Euro auf die Dämmmaßnahmen und die Inbetriebnahme des Aufzugs und 100 Euro auf den Ausbau der neuen Balkone entfielen. Gegen diese Mitteilung wandte der Mieter mit Schreiben vom 07.04.2016 ein, die Mieterhöhung bedeute für ihn eine finanzielle Härte.

Die Modernisierungsmaßnahmen hatte die Vermieterin dem Mieter zuvor nicht persönlich angekündigt.

Gegen die Mieterhöhung hat der Mieter auf Feststellung geklagt, dass er nicht zur Zahlung der 240 Euro verpflichtet sei. Das Amtsgericht hatte dieser Klage hinsichtlich eines Teilbetrages von 70 Euro – bezüglich der Aufzugskosten – stattgegeben. Auf die Berufung des Mieters hatte das Landgericht das erstinstanzliche Urteil dahin abgeändert, dass der Mieter nicht zur Zahlung einer Mieterhöhung von mehr als 4,16 Euro (Kostenanteil für die Dämmung der Geschossdecke) verpflichtet sei. Mit ihrer – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision will die Vermieterin die Abweisung der Feststellungsklage des Mieters hinsichtlich der Kosten für die Dämmung (70 Euro abzügl. 4,16 Euro) und für die neuen Balkone erreichen. Die Freistellung des Mieters von den Kosten für die Wie-

derinbetriebnahme des Aufzugs ist rechtskräftig.

Der BGH hat auf die Revision der Vermieterin das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

1. Vorweg: Rechtzeitigkeit des Härteeinwandes mangels einer wirksamen Modernisierungsankündigung

Nach § 555d Abs. 3 BGB hat der Mieter Umstände, die für ihn eine Härte im Hinblick auf die Duldung der Modernisierung oder die Mieterhöhung begründen, bis zum Ablauf eines Monats nach Zugang der Modernisierungsankündigung mitzuteilen. Da die Vermieterin die Maßnahmen dem Mieter nicht angekündigt hatte (§ 555c BGB), begann die Frist nicht zu laufen und der erst nach Zugang der Mieterhöhungserklärung erhobene Härteeinwand des Mieters war rechtzeitig. Dennoch greift der Härteeinwand auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellung nicht durch, weil nicht geklärt ist, ob er möglicherweise nach den Bestimmungen des § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 oder 2 BGB, d.h. wegen Herstellung eines allgemein üblichen Zustandes oder wegen der Durchführung der Maßnahmen aufgrund von Umständen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, ausgeschlossen ist.

2. Härteeinwand des Mieters dem Grunde nach berechtigt

Ausdrücklich betont der BGH zunächst, dass es die primäre Aufgabe des Tatrichters ist, „aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen“, und dass das Revisionsgericht diese Abwägung nur eingeschränkt – auf etwaige Rechtsfehler – überprüfen kann (Rn. 21). Dennoch ist den weiteren Ausführungen zweifelsfrei zu entnehmen, dass der BGH den Erwägungen des Berufungsgerichts weitgehend zustimmt.

a) Duldungspflicht des Mieters ohne Berücksichtigung wirtschaftlicher Härtegründe

Wirtschaftliche Härtegründe spielen zunächst, nämlich bei der Frage, ob der Mieter eine Modernisierungsmaßnahme zu dulden hat, keine Rolle;

auf diese Weise wird dem Vermieter immerhin eine weitgehende Baufreiheit und Planungssicherheit gewährleistet. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Mieters ist bedeutsam erst bei der Mieterhöhung und den durch die Modernisierung erzielten Vorteilen, etwa durch Einsparung von Energiekosten.

b) Wirtschaftliche Härtegründe im vorliegenden Fall - drohender Verlust der Wohnung

Angesichts der finanziellen Verhältnisse des Mieters hat das Berufungsgericht zu Recht eine wirtschaftliche Härte als Folge der Mieterhöhung bejaht. Bei einem Regelbedarf für einen alleinstehenden Arbeitslosengeld-II-Bezieher von 409 Euro im Jahr 2017 und einem Wohngeld von 463,10 Euro würde „nicht nur die Erhöhung der Bruttokaltmiete um 100 Euro von bisher 574,34 Euro auf 674,34 Euro monatlich für den Anbau größerer Balkone, sondern auch die Erhöhung der Bruttokaltmiete um 65,84 Euro im Monat (70 Euro abzüglich 4,16 Euro) für die Fassadendämmung für den Kläger eine Härte i.S.d. § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB bedeuten, weil jede dieser Mieterhöhungen bereits für sich genommen für den Kläger mit hoher Wahrscheinlichkeit den Verlust der Wohnung nach sich ziehen würde.“ (Rn. 23).

c) Der kritische Punkt: Dreizimmerwohnung zu groß für den alleinstehenden Mieter? Was ist der Maßstab?

Dass der alleinstehende Mieter eine - an seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und seinen Wohnbedürfnissen gemessen - „viel zu große Wohnung“ nutzt, steht außer Frage und dieser Umstand ist zu seinen Lasten in die Abwägung der beiderseitigen Interessen einzubeziehen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es insoweit jedoch nicht etwa auf die Bestimmungen für staatliche Transferleistungen (z.B. § 22 SGB II) oder für Zuschüsse für den öffentlich geförderten Wohnungsbau an. Anders als dort ist bei der Härteabwägung des § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB entscheidend, ob der Mieter angesichts der autonomen Entscheidung und des Refinanzierungsinteresses des Vermieters seinen bisherigen Lebensmittelpunkt beibehalten darf (Rn. 26).

d) Art. 14 Abs. 1 GG und das Bestandsinteresse des Mieters

Nicht zum ersten Mal betont der BGH in diesem Zusammenhang die grundlegende Bedeutung des Art. 14 Abs. 1 GG für den Schutz des Mieters - konkret: für die Gewichtung seines Bestandsinteresses und die Auslegung des Begriffs „Härte“ durch die Gerichte. Eine isolierte Betrachtung der Wohnungsgröße einerseits und des Wohnbedarfs einer Person andererseits verbietet sich daher; dies hat der BGH in ähnlicher Weise auch bereits bei der Bemessung des Wohnbedarfs einer Einzelperson für die Prüfung einer Eigenbedarfskündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB klargestellt (Rn. 27 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 16 ff. - BGHZ 204, 216).

e) Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der „Verwurzelung“ und gesundheitlicher Gründe

Im vorliegenden Fall hat der Umstand, dass der Mieter bereits seit seinem fünften Lebensjahr in der Mietwohnung lebt, erhebliche Bedeutung, und zwar in zweierlei Hinsicht: zum einen als Aspekt der „Verwurzelung“ und zum anderen insoweit, als ihm jedenfalls nicht vorzuwerfen ist, er wohne schon seit Beginn des Mietverhältnisses „über seine wirtschaftlichen Verhältnisse“.

f) Berücksichtigung des Eigentumsrechts der Vermieterin (Art. 14 Abs. 1 GG)

Die Berücksichtigung der Belange des Mieters stellt entgegen der Auffassung der Vermieterin keine Missachtung ihres Eigentumsrechts aus Art. 14 GG dar, und zwar aus einem doppelten Grund: Zum einen im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 2 GG normierte Sozialbindung des Eigentums, zum anderen durch die gebotene Abwägung der Grundrechte beider Mietvertragsparteien aus Art. 14 Abs. 1 GG. Insbesondere durch die Einschränkungen des Härteeinwandes durch § 559 Abs. 4 Satz 2 BGB, daneben aber auch durch die Versagung des Härteeinwandes im Einzelfall bei einer deutlich zu großen Wohnung sind die Eigentumsbefugnisse des Vermieters hinreichend geschützt (Rn. 30).

g) Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Mieters durch Untervermietung?

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hatte der Vertreter der Vermieterin eingewandt, der Mieter könne durch eine Untervermietung Einnahmen „generieren“; dieses Argument konnte schon mangels tatsächlicher Feststellungen zu den tatsächlichen Verhältnissen in der Wohnung, der Zumutbarkeit für den Mieter (auch im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG) und den möglichen Folgen für die Höhe des Arbeitslosengeldes nicht durchgreifen.

h) Hinweis: Der Härteeinwand schießt eine Mieterhöhung nach § 558 BGB nicht aus

Seine Erwägungen zur Rechtfertigung des Härteeinwandes gegenüber der Modernisierungsmieterhöhung rundet der Senat mit dem Hinweis ab, es bleibe der Vermieterin unbenommen, durch eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete gemäß § 558 BGB, insbesondere also unter Berücksichtigung wohnwert erhöhender Aspekte der durchgeführten Modernisierung, ihre Investitionen im Laufe der Zeit ganz oder zumindest teilweise zu amortisieren (Rn. 33).

i) Gleicher Abwägungsmaßstab für energetische und sonstige Modernisierungsmaßnahmen

Ausdrücklich billigt der BGH auch die Anwendung eines gleichen Abwägungsmaßstabes für den Anbau der Balkone und die Dämmung der Fassade durch das Berufungsgericht. Die im Schrifttum teilweise vertretene Auffassung, eine energetische Modernisierungsmaßnahme habe der Mieter in größerem Umfang hinzunehmen, lässt sich weder mit der Bestimmung des § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB noch etwa mit den Gesetzesmaterialien begründen (Rn. 34). Diese Klarstellung ist deshalb für die mietrechtliche Praxis wichtig, weil das Argument der größeren Bedeutung energetischer Maßnahmen im Rahmen der Abwägung der Belange der Mietvertragsparteien durchaus naheliegt und im Einzelfall sich nicht unerheblich zum Nachteil des Mieters auswirken kann.

3. Der Aufhebungsgrund: Ungenügende Feststellungen zum möglichen Ausschluss

des Härteeinwandes (§ 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und 2 BGB)

Obwohl das Berufungsurteil bei dem umfangreichen Komplex der Abwägung zwischen den Belangen der Parteien, insbesondere auch bei der diffizilen Frage der Nutzung einer zu großen Wohnung durch den alleinstehenden Mieter, die maßgebenden Gesichtspunkte erkannt und zutreffend gewichtet hat, kann das Urteil nicht bestehen bleiben; denn es fehlen tragfähige Feststellungen zu den Bestimmungen des § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und 2 BGB, nach denen ein an sich begründeter Härteeinwand im Einzelfall ausgeschlossen ist.

a) Herstellung eines allgemein üblichen Zustandes durch den Anbau größerer Balkone?

Nach § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BGB findet die grundsätzlich gebotene Abwägung des Refinanzierungsinteresses des Vermieters mit den wirtschaftlichen Einwänden des Mieters nicht statt, wenn die Mietsache lediglich in einen Zustand versetzt wurde, der allgemein üblich ist. Insofern ist das Berufungsgericht zwar von dem richtigen Maßstab, nämlich dem Zustand bei mindestens zwei Dritteln aller vergleichbaren Gebäude gleichen Alters (Rn. 36 unter Bezugnahme auf den Rechtsentscheid des BGH vom 19.02.1992 - VIII ARZ 5/91 - BGHZ 117, 217, unter III 4 c), ausgegangen. Zur Konkretisierung dieses Maßstabes hat das Gericht auf den Berliner Mietspiegel und dessen Angabe zu einer Balkongröße von mehr als 4 m² als wohnwerterhöhendes Merkmal abgestellt und hieraus den unzulässigen Schluss gezogen, dass größere Balkone „nicht allgemein üblich“ seien. Dazu sagt der Mietspiegel jedoch nichts aus, sondern er bewertet lediglich, ob das Vorhandensein oder Fehlen eines bestimmten Merkmals den Wohnwert positiv oder negativ beeinflusst.

Das Berufungsgericht hätte deshalb hierzu entweder auf statistische Unterlagen, falls vorhanden, zurückgreifen oder sonst das - von der Vermieterin angebotene - Sachverständigen-gutachten einholen müssen (Rn. 37).

b) Fassadendämmung vom Vermieter „nicht zu vertreten“?

Ein zweiter möglicher Grund für den Ausschluss des Härteeinwandes des Mieters liegt vor, wenn die Modernisierungsmaßnahme aufgrund von Umständen durchgeführt wurde, die der Vermieter nicht zu vertreten hatte, § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB.

aa) Die „Bagatellklausel“ des § 9 Abs. 3 EnEV

Das Berufungsgericht hat ein „Nicht-vertreten-Müssen“ der Vermieterin mit einer anderen Begründung verneint, und zwar mit dem Hinweis auf die sog. Bagatellklausel des § 9 Abs. 3 EnEV; danach sind bei der Durchführung von Wärmedämmmaßnahmen die nach § 9 Abs. 1 EnEV grundsätzlich maßgebenden Höchstwerte der Wärmedurchgangskoeffizienten ausnahmsweise nicht einzuhalten, wenn die Fläche der geänderten Bauteile nicht mehr als 10% der gesamten jeweiligen Bauteilfläche des Gebäudes betrifft. Nach Auffassung des Berufungsgerichts war die Ausnahmebestimmung des § 9 Abs. 3 EnEV nicht anzuwenden, weil die Vermieterin nicht ausreichend substantiiert dargelegt habe, dass der Instandsetzungsbedarf mehr als 10% der Fassadenfläche betragen habe und sie deshalb an die Vorschrift des § 9 Abs. 1 EnEV gebunden war (Rn. 16). Richtigerweise ist allerdings darauf abzustellen, ob die Arbeiten an der Fassadenfläche mehr als 10% der Gebäudeaußenfläche betreffen (Rn. 40). Dieser Fehler hat sich jedoch im Ergebnis nicht ausgewirkt.

bb) Ausschluss des Härteeinwandes gemäß § 559 Abs. 4 Nr. 2 BGB nur bei „Unausweichlichkeit“ der Maßnahme

Die (übereinstimmende) Annahme des Berufungsgerichts (und der Parteien), die Pflicht zur Einhaltung bestimmter Wärmedurchgangskoeffizienten bei einer Erneuerung des Außenputzes an Fassadenflächen (§ 9 Abs. 1 EnEV) führe stets zu einem Ausschluss des Härteeinwandes nach § 559 Abs. 4 Nr. 2 BGB, ist unzutreffend (Rn. 41). Entscheidend kommt es darauf an, ob die Maßnahme für den Vermieter „unausweichlich“ war. Dazu hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen getroffen.

Der Ausschlussstatbestand des § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB gilt für Modernisierungsmaßnahmen, zu deren Durchführung der Vermieter rechtlich verpflichtet ist und denen er sich

deshalb nicht entziehen kann, etwa bei sog. Nachrüstpflichten nach § 10 EnEV. Eine solche „Zwangslage“ für den Vermieter besteht jedoch nicht, wenn er eine der in § 9 Abs. 1 EnEV (i.V.m. Anlage 3 Nr. 1-6) aufgeführten Arbeiten aus freier Entscheidung durchführt. Dann sind zwar die technischen Vorgaben ebenfalls einzuhalten, die Entscheidung über die Durchführung der Maßnahme als solche liegt aber allein beim Vermieter. Ein „Nicht-vertreten-Müssen“ i.S.d. § 559 Abs. 4 Nr. 2 BGB ist dann nicht gegeben (Rn. 42 ff.).

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Fassade aufgrund altersbedingten Verschleißes, aufgrund einer behördlichen Anordnung oder dringend aus Sicherheitsgründen erneuert werden muss. Ob eine derartige „Zwangslage“ für die Vermieterin bestand und die Erneuerung des Außenputzes deshalb für sie unausweichlich war, muss das Berufungsgericht – nach ergänzendem Vortrag der Parteien – in der neuen Verhandlung klären.

C. Kontext der Entscheidung

1. Grundsätzliches zum Härteeinwand des Mieters (§ 559 Abs. 4 Satz 1 BGB)

Die Bedeutung des Urteils vom 09.10.2019 liegt vor allem in den grundsätzlichen Ausführungen zum Härteeinwand des Mieters. Für den Richter und ebenso für den beratenden Rechtsanwalt ist bereits der Hinweis auf die primäre Zuständigkeit des Tatrichters für die Beurteilung wichtig, ob ein Härtefall vorliegt und für die hierbei gebotene umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls.

Mit dem Härteeinwand des Mieters hat sich der VIII. Senat gerade in den letzten Monaten wiederholt befasst, und zwar bei der Eigenbedarfskündigung des Vermieters (§§ 573 Abs. 2 Nr. 2, 574 BGB; BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 - NJW 2019, 2765 und BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 - NZM 2019, 527). Auch dort spielte das Bestandsinteresse des Mieters, seine jahrzehntelange „Verwurzelung“ in der Wohnung und der Umgebung sowie der Schutz durch das grundrechtsgleiche Besitzrecht des Mieters (Art. 14 Abs. 1 GG) die entscheidende Rolle. Diese beiden Entscheidungen, das aktuelle Urteil und ähnliche frühere Entscheidungen (z.B. BGH, Urt. v. 15.03.2017 -

VIII ZR 270/15 - NJW 2017, 1474) zeichnen sich durch eine umfassende, sehr sorgfältige Abwägung der beiderseitigen Belange durch den BGH aus. Der Härteeinwand des Mieters – unter welchem Gesichtspunkt auch immer – sollte deshalb stets ernst genommen und sorgfältig geprüft werden.

2. Ausschluss des Härteeinwandes bei Herstellung eines allgemein üblichen Zustandes

Es überrascht etwas, wenn man bei der Lektüre des Urteils feststellt, dass sich der VIII. Senat des BGH seit dem Jahr 1992 zum ersten Mal wieder mit dem Ausschlussstatbestand des Härteeinwandes bei Herstellung eines allgemein üblichen Zustandes (jetzt § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BGB) befasst hat. Die als maßgebend bezeichnete 2/3-Quote erscheint sachgerecht und praxisnah, kann aber im Einzelfall durch die Notwendigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens, auf die der Senat auch hier verweist, erhebliche Kosten verursachen.

3. Ausschluss des Härteeinwandes bei „Unausweichlichkeit“ der konkreten Maßnahme

Auch mit dem Ausschlussstatbestand des § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB, der der bis zum 30.04.2013 geltenden Bestimmung des § 559 Abs. 1 BGB entspricht, hat sich der BGH in der Vergangenheit noch nicht in dieser Ausführlichkeit befasst. Das im Urteil vom 09.10.2019 geprägte Merkmal der „Unausweichlichkeit“ ist überzeugend begründet, entspricht der einschlägigen Rechtsprechung insbesondere des BVerwG und dürfte in der Praxis gut zu handhaben sein.

D. Auswirkungen für die Praxis

Sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite enthält die Entscheidung wichtige praxisrelevante Aussagen zu den Voraussetzungen und Folgen einer Modernisierungsmaßnahme:

1. Ordnungsgemäße Ankündigung der Maßnahme auch im Interesse des Vermieters (§ 555c BGB)

Sowohl für die Duldungspflicht als auch für die Frist eines Härteeinwandes des Mieters ist Vor-

aussetzung, dass der Vermieter die Modernisierungsmaßnahme rechtzeitig und inhaltlich vollständig entsprechend den Bestimmungen des § 555c BGB angekündigt hat. Daran hat es hier gefehlt mit der Folge, dass der Mieter seinen Härteeinwand auch noch nach dem Abschluss der Maßnahmen geltend machen konnte. Für den Vermieter kann dies im Einzelfall deshalb nachteilig sein, weil seine Planungssicherheit – einschließlich der finanziellen Kalkulation – dadurch unter Umständen erheblich beeinträchtigt wird.

2. Wichtig für Vermieter: Prüfung der „allgemeinen Üblichkeit“ des neuen Zustandes oder der „Unausweichlichkeit“ der Maßnahme

Zumal bei hohen Modernisierungskosten empfiehlt es sich für den Vermieter unbedingt, von vornherein mit einem Härteeinwand eines oder mehrerer Mieter zu rechnen und dementsprechend zu prüfen, ob möglicherweise einer der Ausschlussstatbestände des § 559 Abs. 4 Satz 2 BGB erfüllt ist. Ist dies zu bejahen, sollte der Vermieter in der Ankündigung bereits darlegen, dass und weshalb ein Härteeinwand seiner Auffassung nach ausgeschlossen ist.

3. Empfehlung für beide Seiten: Vereinbarung über die geplante Modernisierungsmaßnahme, § 555f BGB

Aus gutem Grund hat der Gesetzgeber durch das Mietrechtsänderungsgesetz vom 11.03.2013 mit Wirkung ab dem 01.05.2013 die – möglicherweise nicht überall und nicht immer bekannte – Bestimmung des § 555f BGB in das Mietrecht des BGB eingefügt:

§ 555f Vereinbarungen über Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen

Die Vertragsparteien können nach Abschluss des Mietvertrags aus Anlass von Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen Vereinbarungen treffen, insbesondere über die

- 1. zeitliche und technische Durchführung der Maßnahmen,*
- 2. Gewährleistungsrechte und Aufwendungsersatzansprüche des Mieters,*

3. künftige Höhe der Miete.

Dass eine derartige Vereinbarung nicht nur dem Verhältnis von Vermieter und Mieter nützt, weil eine einvernehmliche Regelung in aller Regel einer streitigen Entscheidung vorzuziehen ist, sondern auch im Hinblick auf das vom BGH immer wieder, insbesondere auch bei den formellen Anforderungen an eine Modernisierungsmieterhöhung betonte Ziel, überflüssige Prozesse zu vermeiden, liegt auf der Hand. Vor allem für die Rechtsberater beider Seiten empfiehlt es sich daher unbedingt, eine solche Vereinbarung in Erwägung zu ziehen.

4. Alternative für den Vermieter: Mieterhöhung gemäß § 558 BGB

Für die Praxis relevant ist nicht zuletzt der vom BGH aufgegriffene Hinweis des Berufungsgerichts auf ein „Ausweichen“ des Vermieters auf eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete gemäß § 558 BGB, wenn der Härteeinwand des Mieters durchgreift und die Modernisierungsmieterhöhung deshalb ausscheidet. Konkret betrifft diese Möglichkeit im vorliegenden Fall vor allem die Größe des neuen Balkons (mehr als 4 m²) als wohnwerterhöhendes Merkmal nach dem Berliner Mietspiegel, unter Umständen auch die Inbetriebnahme des Aufzugs (wohnwerterhöhendes Merkmal bei weniger als fünf Obergeschossen, Mietspiegel 2019, S. 21). Ein finanzieller Ausgleich für den Mieter dürfte dann lediglich über die Anpassung des Wohngeldes in Betracht kommen.

Eine Entscheidung des VIII. Senats des BGH zur „aufgespaltenen“ Mieterhöhung – zunächst gemäß § 558 BGB, sodann nach § 559 BGB – ist möglicherweise demnächst zu erwarten; ein entsprechendes Verfahren ist beim Senat zurzeit anhängig (VIII ZR 367/18).

5

Flächenvereinbarungen und Parteiabreden

Leitsatz:

Ein minderungsrelevanter Mietmangel der Wohnung wegen erheblicher Flächenabweichung liegt nicht vor, wenn nach Ausle-

gung des Vertrages vom Vermieter 142 m² Wohn- und Nutzfläche geschuldet werden und die tatsächliche Wohn- und Nutzfläche mit 134,48 m² nur um 7,4% abweicht.

Anmerkung zu AG Hamburg-Altona, Urteil vom 12.06.2019, 314a C 169/18

von **Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus**, Weiterer aufsichtsführender RiAG, Universität Bielefeld

A. Problemstellung

Das Problem der Abweichung von vertraglichen Abreden über die Wohnungsgröße von der vermeintlich tatsächlich richtigen Wohnfläche ist relativ jung. Früher war es völlig unüblich, in Mietverträgen eine Fläche anzugeben. Auch heute noch sind Angaben in Mietverträgen über die Wohnfläche nicht notwendig. Mietverträge ohne Flächenangaben können keinen Mangel wegen Flächenabweichungen aufweisen. Gewährleistungsansprüche aus diesem Grund scheiden dann aus. Auch ohne Flächenangaben im Mietvertrag muss der Vermieter im Laufe des Mietverhältnisses aber immer dann eine Fläche angeben, wenn er entweder die Miete erhöhen will oder über die Betriebskosten abrechnen muss. Erst nach dem zweiten Weltkrieg und der Einführung des öffentlich geförderten Wohnungsbaus wurde die Angabe von Wohnflächen immer verbreiteter. Durch die Regelungen über die Ermittlung der Kostenmiete wurde die Kalkulation der Miethöhe transparenter und nachvollziehbarer. Es war eine Wirtschaftlichkeitsberechnung vorzulegen. Die Angabe von Flächen in Mietverträgen hat dann auch im preisfreien Wohnungsbau zugenommen, nachdem dort Mitte der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts das Vergleichsmietensystem eingeführt wurde und vor allem in der Folgezeit die Bedeutung der Betriebskosten bei der Kalkulation der Miete zugenommen hatte. Das Erfordernis einer Betriebskostenabrechnung verlangte nach Daten für den Umlageschlüssel. Allein aus diesen Gründen wurde die Angabe einer Wohnfläche immer üblicher und damit das Fehlerrisiko größer.

Die erste Stufe der Prüfung ist dabei immer die Frage ob und wenn ja welche Vereinbarung die Parteien denn hinsichtlich der Größe überhaupt

getroffen haben. Und genau damit beschäftigt sich die vorliegende Entscheidung.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Kläger haben im Januar vom Beklagten eine Wohnung, bestehend aus fünf Zimmern, Küche, Flur, Bad, WC, Keller, Garten sowie einem Stellplatz gemietet. Drei der fünf Zimmer befinden sich – ebenso wie Küche, Flur und Badezimmer – auf Erdgeschossniveau, die zwei weiteren Zimmer befinden sich unterhalb des Erdgeschosses auf Untergeschossniveau. Hinsichtlich der Mieträume ist in § 1 Ziff. 1 des Mietvertrages unter anderem geregelt: „Die Wohnfläche + Nutzfläche beträgt 142 m².“ In den Jahren 2006 bis 2015 hat der Beklagte im Rahmen der Betriebskostenabrechnung für die Wohnung der Kläger hinsichtlich des Umlageschlüssels „Wohnfläche“ eine Fläche von 71 m² zugrunde gelegt. Im Juni 2016 wandte sich der Beklagte an die Kläger mit einem Mieterhöhungsverlangen, welchem die Kläger widersprachen und zum Anlass nahmen, die Wohnung vermessen zu lassen, was eine Gesamtfläche von 132,67 m² ergab. Im April 2017 ließ auch der Beklagte die Wohnung vermessen, was eine Gesamtfläche von 131,48 m² zum Ergebnis hatte. Davon entfiel eine Fläche von 15,57 m² bzw. von 23,38 m² auf die im Untergeschoss befindlichen Räume.

Die Kläger haben daraufhin ab Dezember 2016 nach schriftlicher Anzeige die Mietzahlungen um monatlich 128 Euro gemindert. Im Februar 2018 haben sie – zur Vermeidung eines kündigungsrelevanten Mietrückstandes – an den Beklagten unter Vorbehalt einen Betrag von 2.000 Euro gezahlt. Die Parteien streiten, ob ein zur Minderung führender Mangel vorliegt.

Das AG Hamburg-Altona hat die Klage abgewiesen.

Den Klägern stehe kein Anspruch auf Rückzahlung der im Februar 2018 unter Vorbehalt gezahlten Miete i.H.v. 2.000 Euro auf Grundlage einer ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Auszugehen sei von der vom Vermieter ermittelten geringeren Fläche von 131,48 m². Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urt. v. 24.03.2004 - VIII ZR 295/03 - NZM 2004, 453) führe im Falle einer Abweichung der tatsächlichen von der im Mietvertrag

angegeben Wohnfläche nur eine erhebliche Abweichung von mehr als 10% zum Vorliegen eines Mangels nach § 536 Abs. 1 BGB. Diese Erheblichkeitsschwelle sei vorliegend nicht überschritten, so dass kein zur Minderung führender Mangel vorliege.

Nach § 1 Ziff. 1 des Mietvertrages (Anlage K 1) haben die Parteien bei Abschluss des Mietvertrages vereinbart, dass die Wohn- und Nutzfläche der Wohnung der Kläger 142 m² betrage. Nach dem Inhalt des vorgelegten Mietvertrages sei dieser dahingehend auszulegen, dass nicht 142 m² reine Wohnfläche, sondern 142 m² Wohn- und Nutzfläche geschuldet seien. Die tatsächliche Wohn- und Nutzfläche betrage 131,48 m² und weiche damit nur um 7,4% von der vertraglich vereinbarten ab.

Das Gericht weist zu Recht darauf hin, dass der Begriff der „Wohnfläche“ auslegungsbedürftig sei. Die Kläger haben nicht dargelegt, dass die auf das kleinere im Untergeschoss befindliche Zimmer entfallene Fläche bei Abschluss des Mietvertrages zwischen den Parteien als Wohnfläche – und nicht als Nutzfläche – definiert wurde. Es folge deshalb nicht der Ansicht des Klägers, wonach zumindest das kleinere im Untergeschoss befindliche Zimmer nicht als Wohnfläche zu qualifizieren sei und die darauf entfallene Fläche von 15,56 m² nur hälftig berücksichtigt werden könne.

Etwas anderes ergäbe sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Beklagte in den Betriebskostenabrechnungen der Jahre 2006 bis 2015 für die Wohnung der Kläger hinsichtlich des Umlageschlüssels „Wohnfläche“ eine Fläche von 71 m² zugrunde gelegt habe. Denn in der Zugrundelegung eines – unrichtigen – Umlageschlüssels in der Betriebskostenabrechnung durch den Vermieter liege keine nachträgliche Änderung der zwischen den Parteien im Mietvertrag getroffenen Vereinbarung zur Wohnungsgröße.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung entspricht der Rechtsprechung des BGH. Bei der Ermittlung der Wohnfläche sind z.B. auch öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen vermieteter Wohnräume weder im Rahmen einer Mietminderung (BGH, Urt. v. 16.09.2009 - VIII ZR 275/08 Rn. 6 - NJW 2009, 3421 und BGH, Urt. v. 16.12.2009 - VIII

ZR 39/09 Rn. 20 - NJW 2010, 1064) noch bei der Abrechnung der Betriebskosten zu berücksichtigen, sofern die Nutzbarkeit der Räume mangels Einschreitens der zuständigen Behörden nicht eingeschränkt ist. Entscheidend sind die Vereinbarungen der Parteien über die vertragsgemäße Nutzung der Räume. Werden Räume zu Wohnzwecken vermietet, dann sind deren Flächen nach den einschlägigen Berechnungsvorschriften zu berechnen. Dürfen Sie nicht als Wohnfläche genutzt werden, dann liegt erst bei Einschreiten der Behörden ein Rechtsmangel vor. Insofern wurden vorliegend die Flächen im Untergeschoss zu Recht voll in Ansatz gebracht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Praxis kann man nur immer wieder raten, in solchen Fällen eindeutige vertragliche Abreden zu treffen. Das gilt z.B. für besonders große Dachterrassen oder aber eben auch für Räume im Keller/Untergeschoss oder der Mansarde. Es sollte sich aus den Vereinbarungen möglichst widerspruchsfrei ergeben, wie die jeweiligen Flächen in Ansatz gebracht wurden und welche Nutzungszwecke für diese Räume vereinbart werden. Vertrag kommt nun einmal von vertragen.

6

Gebrauchsbeeinträchtigung bei abweichender Mietfläche im gewerblichen Mietraum

Leitsätze:

1. Die Parteien eines Mietvertrages vereinbaren eine sog. echte Quadratmetermiete, wenn sie im Mietvertrag festlegen, dass sich die Miete aus der Größe des Mietobjekts in Quadratmetern multipliziert mit einem pro Quadratmeter zu zahlenden Mietpreis ergibt (Festhaltung OLG Dresden, Beschl. v. 01.07.2014 - 5 U 1890/13 - NZM 2015, 697).

2. Ist eine echte Quadratmetermiete vereinbart, dann bestimmt sich der Betrag der geschuldeten Miete unmittelbar auf der Grundlage der tatsächlichen Fläche, ohne dass es dabei entscheidend auf die Frage ankommt, ob die dem Mieter nachteilige Flächenabweichung unmittelbar zu einer Reduzierung

der Miete führt oder ein Mangel des Mietobjektes i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB auch unterhalb einer Flächenabweichung von 10% angenommen wird (Fortführung OLG Dresden, Beschl. v. 01.07.2014 - 5 U 1890/13 - NZM 2015, 697).

3. Führt eine dem Mieter nachteilige Flächenabweichung bei Vereinbarung einer echten Quadratmetermiete zu einer Reduzierung der Miete, sind regelmäßig auch die Voraussetzungen des benannten Regelbeispiels für eine außerordentliche Kündigung in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB erfüllt. Sowohl bei der Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB als auch bei der außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB kommt es auf die Wesentlichkeit der Gebrauchsbeeinträchtigung an (Anschluss BGH, Urt. v. 04.05.2005 - XII ZR 254/01 - NJW 2005, 2152).

Anmerkung zu OLG Dresden, Urteil vom 10.07.2019, 5 U 151/19

von **Dr. Barbara Anzellotti**, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, PNHR, Köln

A. Problemstellung

Im Grundsatz hat der BGH längst entschieden, dass Mietflächenabweichungen von mehr als 10% die erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung indiziert, zur Mietminderung berechtigt und zugleich das außerordentliche fristlose Kündigungsrecht begründen kann. Mit Vereinbarung einer echten Quadratmetermiete wird die 10%-Rechtsprechung durchbrochen, da die Berechnungsgrundlage als so wesentlich von den Parteien erachtet wurde und daher auch unter der 10% Schwelle liegende negative Mietflächenabweichungen nicht nur zur Mietanpassung berechtigen, sondern auch zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist Vermieterin. Die Beklagte ist Mieterin, die den Mietvertrag wegen einer Mietflächenabweichung von mehr als 10% nach unten außerordentlich gekündigt hat. Die Klägerin

begehrt von der Beklagten aus dem inzwischen beendeten Mietverhältnis über Gewerberäume die Zahlung rückständiger Miete in voller Höhe, während die Beklagte mit ihrer Widerklage die Auszahlung der von ihr geleisteten Kautions verlangt.

Zwischen den Parteien bestand ein Mietvertrag mit Festlaufzeit über eine im Erdgeschoss belegene Fläche zum Betrieb eines Cafés. Im Mietvertrag war geregelt: „Die vermietete Fläche beträgt insgesamt ca. 177 m². Die Mietfläche ist in den als Anlage 1 beigefügten Grundrissen rot markiert. Diese Lagepläne sind Bestandteil des Mietvertrages.“ Als monatliche Nettokaltmiete war eine Miete von 1.239 Euro vereinbart. Ferner war im Mietvertrag geregelt: „Für die Berechnung der Kaltmiete wird die in § 1 angegebene Mietfläche als verbindlich und zutreffend zugrunde gelegt.“ Die Beklagte leistete eine Kautions i.H.v. 1.500 Euro.

Die Beklagte kündigte im Laufe der Mietzeit das Mietverhältnis außerordentlich mit der Begründung, dass die Mietfläche lediglich eine Größe von 154,175 m² habe, was eine Minderfläche von 12,9% gegenüber der im Mietvertrag enthaltenen Fläche von 177 m² bedeute. Die Klägerin wies die außerordentliche Kündigung zurück, da jedenfalls keine Flächenabweichung von mehr als 10% vorliege. Die geltend gemachte Minderfläche habe zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bestanden. Vielmehr sei eine Reduzierung der Mietfläche erst durch von der Beklagten gemäß Mietvertrag vorzunehmende Umbaumaßnahmen eingetreten, für welche die Klägerin nicht verantwortlich sei. Außerdem sei die Flächenabweichung unerheblich, weil sie weniger als 10% der Gesamtmietfläche ausmache. Nach der Berechnung durch den vom Vermieter beauftragten Architekten betrage die Mietfläche 164,25 m², was einer Minderfläche von 7,2% entspreche. Die Beklagte korrigierte die Flächenabweichung dahingehend, dass die Mietsache nach den Umbauarbeiten eine Größe von 157,503 m² tatsächlich hatte, was einer Minderfläche gegenüber der vertraglich vereinbarten Mietfläche von 177 m² von 11,02% entspreche.

Nach Ansicht des LG Dresden war die Miete um 9% zu reduzieren, da aufgrund der vereinbarten echten Quadratmetermiete der „Flur 1“ im Keller nicht hinzuzurechnen war. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten hingegen sei un-

wirksam, da nach Rechtsprechung des BGH nur eine Minderfläche von mehr als 10% zur außerordentlichen Kündigung ohne Abmahnung berechtige.

Das OLG Dresden hat entschieden, dass eine Mietflächenabweichung von lediglich 7,2% vorliegt, die Miete aufgrund der vereinbarten echten Quadratmetermiete um 7,2% zu reduzieren ist und die Abweichung so erheblich ist, dass sie zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.

1. Mietfläche als verbindliche Beschaffensvereinbarung

Sofern die Parteien mit der Beschreibung des Mietobjektes im Mietvertrag auch auf die Grundrisse und dort gekennzeichnete Mietfläche Bezug nimmt, liegt eine verbindliche Beschaffensvereinbarung bezüglich Größe und Zuschnitt des Mietobjektes vor (vgl. BGH, Urte. v. 04.05.2005 - XII ZR 254/01 - NJW 2005, 2152 unter II.3. der Gründe). Daraus ist genau zu ersehen, welche Mietflächen für die Flächenberechnung relevant sind. In der Addition der genannten Flächen ergibt sich eine Gesamtfläche des Mietobjektes von 164,25 m², was 12,75 m² weniger sind als die im Mietvertrag vermerkten 177 m². Die tatsächlich überlassene Mietfläche ist demnach um 7,2% geringer als die vereinbarte Mietfläche.

2. Mietminderung wegen erheblicher Flächenabweichung

Der BGH hat entschieden, dass bei einer erheblichen Flächenabweichung zum Nachteil des Mieters eine tatsächliche Vermutung für die (erhebliche) Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit vorliegt. Die Erheblichkeit wird bei einer Flächenabweichung von mehr als 10% angenommen (BGH, Urte. v. 24.03.2004 - VIII ZR 295/03 zum Wohnraum sowie BGH, Urte. v. 04.05.2005 - XII ZR 254/01 zum Gewerberaum). Anders ist nach Ansicht des OLG Dresden der Fall zu bewerten, wenn die Parteien eine echte Quadratmetermiete vereinbaren, d.h. wenn sie im Mietvertrag festlegen, dass sich die Miete aus der Größe des Mietobjektes in Quadratmetern multipliziert mit einem pro Quadratmeter zu zahlenden Mietpreis ergibt. Nach diesen Kriterien hatten die Parteien im Mietvertrag eine echte Quadratmetermiete mit 7 Euro/m² vereinbart. Wegen der Vereinbarung einer echten Quadratmetermiete bestimmt sich der Be-

trag der geschuldeten Miete unmittelbar auf der Grundlage der tatsächlichen Fläche.

Das OLG Dresden stellt klar, dass es sich bei der 10%-Flächenabweichung lediglich um eine Vermutung handelt, die der Mieter widerlegen kann, sofern die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch erheblich beeinträchtigt ist. Maßgeblich ist, was die Parteien im konkret zu beurteilenden Vertrag vereinbart haben. Die Vertragsparteien legen nämlich fest, inwieweit eine bestimmte Eigenschaft des Mietobjektes, etwa die Größe von dessen Fläche, für den vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters von (besonderer) Bedeutung ist. Die Parteien haben geregelt, dass für die Berechnung der Kaltmiete die Mietfläche als verbindlich und zutreffend zugrunde gelegt wird. Jede Veränderung der tatsächlichen Mietfläche – und zwar ohne Unterschied zwischen Haupt- und Nebenflächen – führt danach unmittelbar eine Änderung der Miethöhe herbei. Im Ergebnis ist deshalb aufgrund der festgestellten Flächenabweichung zulasten der Beklagten als Mieterin die Höhe der Miete um 7,2% reduziert bzw. gemindert, auch wenn die Flächenabweichung unterhalb von 10% liegt.

3. Außerordentliche Kündigung bei wesentlicher Gebrauchsbeeinträchtigung

Die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB lagen vor. Eine erfolglose Fristsetzung zur Abhilfe gemäß § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB war entbehrlich. Vorliegend war eine Quadratmetermiete vereinbart. Eine geringere Mietfläche und damit die Größe der Mietsache stellt somit einen Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB dar bzw. beeinträchtigt unmittelbar die Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauches. Sowohl bei der Minderung als auch bei der außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB kommt es auf die Wesentlichkeit der Gebrauchsbeeinträchtigung an. Die im vorliegenden Falle festgestellte Flächenabweichung zulasten der beklagten Mieterin um mehr als 7% ist jedenfalls erheblich und es liegt kein ausreichender Vortrag von Seiten der Klägerin als Vermieterin vor, dass ausnahmsweise trotz dieser Abweichung die Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten wäre.

C. Kontext der Entscheidung

Nach der Rechtsprechung des BGH wird sowohl im Wohnmietrecht als auch im Gewerberaummietrecht bei einer Flächenabweichung zum Nachteil des Mieters von 10% die (erhebliche) Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit vermutet (BGH, Urt. v. 24.03.2004 - VIII ZR 295/03 zum Wohnraum sowie BGH, Urt. v. 04.05.2005 - XII ZR 254/01 zum Gewerberaum). Das Überschreiten dieser 10%-Schwelle begründet ohne weitere Darlegung einen Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB. Liegt die Abweichung darunter, schließt dies einen Mangel im vorgenannten Sinne nicht aus, jedoch muss der Mieter nun darlegen, dass die konkrete Minderfläche zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Tauglichkeit des Mietobjektes zum vertragsgemäßen Gebrauch führt. Bei einer vereinbarten Quadratmetermiete ist der Mietpreis anhand der tatsächlichen Quadratmeter zu berechnen.

In diesem Lichte ist sodann auch die Frage nach dem außerordentlichen Kündigungsrecht wegen erheblicher Mietflächenabweichung zu bewerten. Die 10%ige Abweichung bleibt weiterhin ein Indiz für die Erheblichkeit der Gebrauchsbeeinträchtigung. Diese Vermutung kann von jeder Partei in die eine oder andere Richtung widerlegt werden, ob durch die Abweichung die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch erheblich beeinträchtigt ist. Eine an sich erhebliche Flächenabweichung kann auch ein geringeres Gewicht haben, wenn davon Flächen betroffen sind, die nach der vertraglichen Vereinbarung als Nebenfläche anzusehen sind (vgl. BGH, Urt. v. 18.07.2012 - XII ZR 97/09 - NJW 2012, 3173).

Hinzutritt bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung die Abwägung der gegenseitigen Interessen, inwiefern dem Mieter ein Festhalten am Mietvertrag bis zum Vertragsablauf unzumutbar ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der entschiedene Fall unterscheidet sich darin, dass es an sich nicht um Mietminderung, sondern um die Mietpreisanpassung aufgrund vertraglich vereinbarter Quadratmetermiete geht. Gerade bei Neubauprojekten ist die tatsächliche Mietfläche noch nicht bekannt, weshalb man eine gewisse Abweichung von 2-3% als

Toleranz vereinbaren kann, dann aber auf die tatsächliche Mietfläche für die Mietpreisberechnung abstellt. Im Bestand sind Quadratmetermieten eher ungewöhnlich. Es stellt sich auch die Frage, ob das im entschiedenen Fall von den Parteien wirklich so gewollt war oder ob die Bezugnahme auf die Anlagen doch nur beschreibender Natur sein sollte. Möchte man diese Quadratmetermiete als Beschaffenheitsvereinbarung (durch Auslegung) ausschließen, müssen die Parteien mietvertraglich eine Regelung aufnehmen, dass die Mietflächengröße keine Beschaffenheitsvereinbarung beinhaltet, sondern lediglich den Mietgegenstand beschreibt, dass der Mietvertrag oder die in seinen Anlagen enthaltenen Angaben zur Größe der als Mietgegenstand keine Auswirkungen auf die Miete, sondern nur auf die Verteilerschlüssel der Nebenkosten haben. Den Verteilerschlüssel können die Parteien ebenfalls verbindlich im Gewerbemietvertrag vereinbaren, um auch dort Eventualitäten von bis dahin unbekanntem Flächenabweichungen vorzubeugen.

Die außerordentliche Kündigung bleibt weiterhin einzelfallabhängig. Mit vorstehendem Ausschluss der Beschaffenheitsvereinbarung kann aber dieser Gefahr ebenfalls wirksam begegnet werden.