

**Herausgeber: Norbert Eisenschmid, RA**Erscheinungsdatum:  
10.06.2021Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich**12/2021****Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Eigenbedarfskündigung und Härteeinwand: Hohes Alter ist kein „automatischer“ Härtegrund**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.02.2021, VIII ZR 68/19  
von Dr. Dietrich Beyer, RiBGH a.D.
- Anm. 2** **Anforderungen an kündigungsrelevanten Eigenbedarf gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB für Wohnraumkündigung**  
Anmerkung zu LG Kiel, Beschluss vom 19.08.2020, 1 S 131/20  
von Bernd Jahreis, RA, FA für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und FA für Erbrecht,  
Jahreis Fachanwaltskanzlei für Erb-, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Bayreuth
- Anm. 3** **Flächenabweichung um mehr als 10% als erheblicher Mietmangel**  
Anmerkung zu AG Paderborn, Urteil vom 23.09.2020, 58a C 111/19  
von Simone Bueb, RA'in
- Anm. 4** **Gewerberaummietvertrag: Mietminderung aufgrund der Corona-Pandemie**  
Anmerkung zu LG München II, Urteil vom 28.01.2021, 1 O 2773/20  
von Johannes Hofele, RA und FA für Steuerrecht, Breiholdt und Partner Rechtsanwälte, Berlin
- Anm. 5** **Kein Mietmangel bei behördlichen Öffnungsverboten von Fitnessstudios während Pandemie**  
Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 06.01.2021, 16 O 255/20  
von Simone Bueb, RA'in
- Anm. 6** **Der zusammengestückelte formbedürftige Mietvertrag**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2021, XII ZR 26/20  
von Prof. Dr. Siegbert Lammel

**Zitiervorschlag:** Beyer, jurisPR-MietR 12/2021 Anm. 1  
**ISSN 1860-157X**

## 1

## Eigenbedarfskündigung und Härteeinwand: Hohes Alter ist kein „automatischer“ Härtegrund

### Leitsätze:

**1. Zu den Voraussetzungen einer nicht zu rechtfertigenden Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB (im Anschluss an BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 - BGHZ 222, 133).**

**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 i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB (im Anschluss an BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 - BGHZ 222, 133, Rn. 30).**

**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 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 - BGHZ 222, 133, Rn. 36 f.).**

**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 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 - BGHZ 222, 133, Rn. 30).**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.02.2021, VIII ZR 68/19

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

### A. Problemstellung

Betrachtet man die Rechtsprechung der Instanzgerichte und des BGH zum Komplex Kündigung wegen Eigenbedarfs, so zeigt sich, dass der geltend gemachte Eigenbedarf ganz über-

wiegend als begründet anerkannt wird. Dann bleibt dem Mieter in aller Regel als „Rettungsanker“ nur der mit dem Härteeinwand (§ 574 BGB) begründete Widerspruch gegen die Kündigung. In der Mehrzahl der einschlägigen Entscheidungen greift der Härtegrund einer Krankheit oder des hohen Alters des Mieters durch, wobei in der Regel die Belange des Vermieters und des Mieters sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Eine Ausnahme stellt indessen ein Urteil des LG Berlin vom 12.03.2019 (67 S 345/18 - WuM 2019, 209) dar, das Gegenstand der aktuellen Entscheidung des VIII. Senats des BGH ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Mietverhältnis für die in Berlin gelegene Zweizimmerwohnung besteht seit 1997. Die 1932 geborene Mieterin lebt seit dem Tod ihres 1934 geborenen, im April 2019 verstorbenen Ehemannes allein in der Wohnung. Die Vermieterin hat die Wohnung im Juli 2015 erworben. Mit Schreiben vom 03.08.2015 kündigte sie das Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs zum 31.07.2016 und wiederholte diese Erklärungen im September und Dezember 2016 vorsorglich in dem nachfolgenden Verfahren auf Räumung und Herausgabe der Wohnung. Zur Begründung führte sie aus, sie wolle während ihrer Aufenthalte in Berlin künftig nicht mehr – wie bisher – zusammen mit ihrem erwachsenen Sohn zur Miete, sondern stattdessen allein in der in ihrem Eigentum stehenden Wohnung leben.

Die Mieter haben der Kündigung unter Hinweis auf ihr hohes Alter, ihren beeinträchtigten Gesundheitszustand, ihre langjährige Verwurzelung im Umfeld der Wohnung und ihre für die Beschaffung von Ersatzwohnraum zu geringen finanziellen Mittel widersprochen.

Das Amtsgericht hat – nach Einholung eines neurologisch-psychiatrischen Gutachtens über die für die Mieter zu besorgenden Kündigungsfolgen – die Räumungsklage abgewiesen und die Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit angeordnet.

Das Landgericht wies die Berufung der Vermieterin mit Urteil vom 12.03.2019 (67 S 345/18 - WuM 2019, 209) zurück. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, es könne dahinstehen, ob die festgestellten Gesundheitsbeeinträchti-

gungen der Mieter oder die Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Ersatzwohnraum die Annahme einer Härte rechtfertigen könnten; bereits ihr hohes Lebensalter führe zur Annahme einer Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil es für alte Menschen außerordentlich schwer oder gar unmöglich sei, erfolgreich einen neuen Lebensmittelpunkt zu begründen. Die über Jahrzehnte gewachsene soziale Verwurzelung „am Ort der Mietsache“ hindere oder schließe den Erhalt oder Neuaufbau sozialer Strukturen aus. Diese Gesichtspunkte überstiegen bei der Abwägung regelmäßig das Erlangungsinteresse des Vermieters, im vorliegenden Fall insbesondere auch im Hinblick auf die vergleichsweise geringe Dringlichkeit des zeitlich begrenzten Nutzungswunschs der Vermieterin.

Die aus seiner Sicht gegebene Bedeutung des Härtegrundes „hohes Alter“ hat das Landgericht durch folgenden Leitsatz besonders betont:

„Der kündigungsbedingte Verlust der gemieteten Wohnung stellt für Mieter hohen Alters grundsätzlich eine Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, die - im Regelfall - die Fortsetzung des Mietverhältnisses gemäß §§ 574a Abs. 1, Abs. 2 BGB, 308a Abs. 1 ZPO gebietet.“

Die Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu.

Der BGH hat auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Vermieterin die Revision - beschränkt auf das auf die Kündigungen wegen Eigenbedarfs gestützte Räumungs- und Herausgabeverlangen - zugelassen (Rn. 7), das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Mittelpunkt des Urteils stehen die Beurteilung des Härtebegriffs des § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie die Abwägung der beiderseitigen Interessen, bei der das Berufungsgericht allein auf das Alter der Mieter abgestellt hat.

### **1. Der begründete Eigenbedarf der Vermieterin**

Mit zwei relativ kurzen, dennoch wichtigen Aussagen bejaht der Senat zunächst die Wirksamkeit der drei Eigenbedarfskündigungen, wobei schon der in der ersten Kündigung vom 03.08.2015 genannte Grund - der Wunsch der Vermieterin, während ihrer Aufenthalte in Berlin künftig nicht mehr gemeinsam mit ihrem er-

wachsenen Sohn zur Miete, sondern stattdessen alleine in der in ihrem Eigentum stehenden Wohnung zu leben - den Eigenbedarf begründete. Die Kündigung vom 03.08.2015 hat somit das Mietverhältnis beendet (Rn. 22).

### **2. Unwirksamkeit der fristlosen Kündigungen**

Aufgrund der beschränkten Zulassung der Revision steht fest, dass die später von der Vermieterin erklärten außerordentlichen Kündigungen, wie vom Berufungsgericht festgestellt, unwirksam sind (Rn. 23).

### **3. Der Härteeinwand der Mieterin (§ 574 BGB)**

a) Notwenige Feststellungen zu den Härtegründen im Einzelfall, insbesondere: gesundheitliche Folgen eines erzwungenen Wohnungswechsels

Die Wertung des Berufungsgerichts, die Beendigung des Mietverhältnisses stelle für die Mieterin eine Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, wird von den bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen. In diesem Zusammenhang verweist der Senat zunächst auf den Grundsatz, dass nur solche für den Mieter mit einem Umzug verbundenen Nachteile als Härtegründe i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht kommen, die sich von den mit einem Wohnungswechsel typischerweise verbundenen Unannehmlichkeiten deutlich abheben. Das hohe Alter eines Mieters reicht für sich allein - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - hierfür nicht aus, weil es sich je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung unterschiedlich auswirkt und dieser Umstand deshalb ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen für den betroffenen Mieter im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch nicht eine Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet (Rn. 28 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 30 - BGHZ 222, 133).

Eine solche Härte kann jedoch zu bejahen sein, wenn zu dem hohen Alter und der Verwurzelung (in der bisherigen Umgebung) aufgrund einer langen Mietdauer Erkrankungen des Mieters hinzukommen, die im Fall eines (erzwungenen) Wohnungswechsels zumindest die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der

gesundheitlichen Situation des (schwer) erkrankten Mieters begründen (Rn. 29).

b) Relativierung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte

Der vom Berufungsgericht herangezogene Art. 25 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EUGrdRCh) über den Schutz älterer Menschen greift im vorliegenden Fall schon deshalb nicht, weil er ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt. Auch der Hinweis auf den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Sozialstaatsprinzip rechtfertigt die Annahme einer Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne nähere Feststellungen insbesondere zum Gesundheitszustand des Mieters nicht (Rn. 31, 32).

c) Der Härtegrund der „sozialen Verwurzelung“: konkrete Anhaltspunkte

Sehr konkret geht der Senat sodann auf die vom Berufungsgericht angeführten Aspekte ein. Zu der „jahrzehntelangen sozialen Verwurzelung“ lässt das Urteil entsprechende Ausführungen „vollständig vermissen“ (Rn. 34). Die lange Mietdauer – hier: 18 Jahre bis zur ersten Kündigung – reicht für sich allein für eine solche Annahme nicht aus. Vielmehr kommt es vor allem auf die individuelle Lebensführung des jeweiligen Mieters an, insbesondere darauf, ob er beispielsweise soziale Kontakte in der Nachbarschaft pflegt, Einkäufe für den täglichen Lebensbedarf in der näheren Umgebung erledigt, an kulturellen, sportlichen oder religiösen Veranstaltungen in der Nähe seiner Wohnung teilnimmt und/oder medizinische oder andere Dienstleistungen in seiner Wohnumgebung in Anspruch nimmt.

Weder hierzu noch zu den möglichen Folgen einer derartigen Verwurzelung und dem hohen Lebensalter der Mieterin finden sich jedoch die notwendigen Feststellungen (Rn. 34, 35).

d) Gesundheitliche Folgen eines erzwungenen Wohnungswechsels

Auch zu den möglichen negativen gesundheitlichen Folgen eines erzwungenen Wohnungswechsels hat das Berufungsgericht keinerlei Feststellungen getroffen, und zwar auch hinsichtlich des in erster Instanz erhaltenen Gut-

achtens, weil es diesen Gesichtspunkt, wie erwähnt, für unerheblich gehalten hat (Rn. 36).

#### **4. Der entscheidende Punkt: die Abwägung der beiderseitigen Interessen**

a) Der Grundsatz: Gleichwertigkeit der beiderseitigen Interessen

Ausgangspunkt für die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB gebotene Abwägung der beiderseitigen Interessen sind die den betreffenden Grundrechten zugrunde liegenden Wertentscheidungen, und zwar – was der Senat ausdrücklich klarstellt – nach denselben verfassungsrechtlichen Maßstäben einerseits beim Kündigungstatbestand des Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und der Sozialklausel des § 574 BGB andererseits, konkret: Auch bei der Interessenabwägung ist die Lebensplanung des Vermieters zu respektieren. Letztlich kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Diese Erwägungen fasst der Senat in dem einprägsamen, zentralen Satz zusammen:

Angesichts der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse (ist es) unzulässig, bestimmten Belangen des Vermieters und/oder des Mieters von vornherein – kategorisch – ein größeres Gewicht beizumessen als denen der Gegenseite (Rn. 38).

b) Die durchgreifenden Mängel des Berufungsurteils: unzulässige Kategorisierung und generalisierende Wertung

Diesen Grundsätzen widerspricht die vom Berufungsgericht vorgenommene Abwägung; es hat aufgrund einer (wertenden) Kategorisierung dem Bestandsinteresse des Mieters in hohem Lebensalter – im Wege einer generalisierenden Wertung – den Vorrang gegenüber dem berechtigten Erlangungsinteresse des Vermieters eingeräumt (Rn. 40).

Der Umstand, dass das Berufungsgericht das mit der Lebensplanung verbundene Erlangungsinteresse im Grundsatz respektiert und nach den konkreten Verhältnissen (als gering) gewertet hat, heilt diesen Mangel nicht. Aufgrund der unzulässigen Kategorisierung der Belange eines älteren Mieters hat es von Feststellungen zu den von der Mieterin geltend gemachten Härtegründen der sozialen Verwurzelung und der zahlreichen Erkrankungen abge-

sehen und auf die notwendige Interessenabwägung verzichtet.

## 5. Wichtige Hinweise für das weitere Verfahren

Zwei nicht neue, aber sehr wichtige „vorsorgliche“ Hinweise gibt der Senat dem Berufungsgericht für das weitere Verfahren mit auf den Weg:

a) Einholung eines ärztlichen Gutachtens von Amts wegen

Macht der Mieter – unter Vorlage entsprechender fachärztlicher Atteste – geltend, ein Umzug sei ihm wegen einer schweren Erkrankung nicht zuzumuten und bestreitet der Vermieter dieses Vorbringen, dann wird regelmäßig die Einholung eines Gutachtens von Amts wegen erforderlich sein. Die eingereichten Atteste reichen in der Regel nicht aus, um den Tatrichter in einem solchen Fall in die Lage zu versetzen, das Vorliegen eines Härtegrunds i.S.v. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beurteilen und diesen ggf. im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung sachgerecht zu gewichten (Rn. 44). Anlass zu diesem Hinweis hat der Senat vor allem im Hinblick auf den vom Berufungsgericht erwogenen Beweis des ersten Anscheins bei Vorlage eines privaten ärztlichen Attests gesehen.

b) Zur Frage der Beschaffung von Ersatzwohnraum zu zumutbaren Bedingungen (§ 574 Abs. 2 BGB)

Dass in Berlin ein angespannter Wohnungsmarkt besteht, zieht der Senat nicht in Zweifel; dafür spricht insbesondere auch der Erlass der Mietenbegrenzungsverordnung des Landes Berlin vom 28.04.2015, der jedoch „allenfalls ein gewisses Indiz für das Vorliegen eines Härtegrunds nach § 574 Abs. 2 BGB darstellt, das lediglich in Verbindung mit substantiiertem (unstreitigem oder nachgewiesenem) Parteivortrag zu konkret vom Mieter ergriffenen Maßnahmen zu der tatrichterlichen Überzeugung führen kann, angemessener Wohnraum zu zumutbaren Bedingungen sei für den Mieter nicht zu erlangen.“ (Rn. 45).

## C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil überzeugt durch seine ausführliche Erörterung der schwierigen Fragen, die sich bei

der Kündigung eines Mietverhältnisses wegen Eigenbedarfs und einem Härteeinwand des Mieters regelmäßig stellen. Vor allem die Abwägung der beiderseitigen grundrechtsbezogenen Belange erfordert eine sorgfältige Prüfung der Umstände des Einzelfalls unter Ausschluss jeglicher Kategorisierung (hohes Alter, lange Mietdauer).

### 1. Zum Eigenbedarf

An der Entscheidung ist zunächst bemerkenswert, dass der Senat auch die von der Vermieterin beabsichtigte zeitlich beschränkte Nutzung – zu Recht – vorbehaltlos als Eigenbedarf anerkennt. Die Einzelheiten ihrer Begründung können erst bei der Abwägung mit dem Härteeinwand der Mieterin ins Gewicht fallen.

### 2. Zum Härteeinwand der Mieterin

a) Gesundheitliche Gründe

Auch in dem hier mehrfach erwähnten Grundsatzzurteil vom 22.05.2019 hatte der Senat den Einwand der gesundheitlichen Belastungen der Mieterin angesprochen und dazu ausgeführt: Es fehlten insbesondere Feststellungen dazu, wie schwer der von der Mieterin geltend gemachte Härtegrund tatsächlich wiegt. In solchen Fällen hat sich der Tatrichter bei Fehlen eigener Sachkunde 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 (a.a.O. Rn. 41)

– eine einprägsame Formulierung, die sich fast wortgleich bereits in dem Urteil vom 15.03.2017 (VIII ZR 270/15 Rn. 24, 29 - NJW 2017, 1474) findet und die der Senat nicht zuletzt auf das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG stützt. Die bloß formale Unterstellung des geltend gemachten Härtegrunde ohne ein „in die Tiefe gehendes eigenständiges Bild“ von den Interessen des betroffenen Mieters wird den genann-

ten Anforderungen nicht gerecht (BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 42, 43).

Nähere Angaben hierzu sind von einem Mieter, der ein entsprechendes ärztliches Attest vorgelegt hat, nicht zu erwarten. Dasselbe gilt für die anderen Faktoren (Lebensalter, Verwurzelung in der Umgebung). Auch insoweit sind generelle Aussagen im Rahmen der Interessenabwägung ausgeschlossen – Stichwort: unzulässige „Kategorisierung“, die der Senat auch in dem aktuellen Urteil vom 03.02.2021 im Zusammenhang mit dem Alter der Mieterin ausdrücklich beanstandet.

b) Der besondere Härtegrund des fehlenden angemessenen Ersatzwohnraums (§ 574 Abs. 2 BGB); insbesondere: die Situation auf dem Berliner Wohnungsmarkt

Eine Identität des Ersatzwohnraums mit der derzeitigen Wohnung ist nicht erforderlich, gewisse Einschränkungen sind vom Mieter hinzunehmen. Bei der Prüfung der angemessenen Bedingungen – konkret: der Höhe der Miete – kommt es auf das Haushaltseinkommen an, wenn im Haushalt des Mieters Angehörige mit eigenem Einkommen leben. Ob nach diesen Kriterien angemessener Ersatz zu zumutbaren Bedingungen zu finden ist, bedarf konkreter Feststellungen; die Annahme des Berufungsgerichts, der Berliner Wohnungsmarkt sei gerichtsbekannt und ausweislich der Berliner MietbegrenzungsVO angespannt, reicht für sich allein nicht und kann allenfalls ein „gewisses Indiz“ sein. Der Mieter muss deshalb substantiiert darlegen, welche ernsthaften und nachhaltigen Bemühungen er bei der Suche nach Ersatzwohnraum, und zwar auch in anderen Gebieten der Gemeinde, unternommen hat (Rn. 45; BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 51 f)

### **3. Zuletzt: im Regelfall Fortsetzung des Mietverhältnisses nur auf bestimmte Zeit**

Einen wichtigen abschließenden Aspekt hat der Senat in dem aktuellen Urteil nicht angesprochen, deshalb ist hier noch folgender Hinweis veranlasst: Nach dem Willen des Gesetzgebers soll bei Vorliegen eines (überwiegenden) Härtegrundes das Mietverhältnis im Regelfall nur auf bestimmte Zeit fortgesetzt werden (BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 69), das Ermessen des Gerichts ist insoweit eingeschränkt.

## **D. Auswirkungen für die Praxis**

### **1. Empfehlung Vermieter**

Hat der Mieter bereits einen Härtegrund i.S.d. § 574 BGB geltend gemacht oder ist damit sicher zu rechnen, sollte der Vermieter – zur Vermeidung eines Rechtsverlusts – bereits in dem Kündigungsschreiben die Gründe für die Kündigung und ihre Bedeutung für seine Interessen sorgfältig und konkret darlegen (§ 573 Abs. 3 Satz 1 BGB); andere Gründe können nur berücksichtigt werden, wenn sie nachträglich entstanden sind (§ 573 Abs. 3 Satz 2 BGB). Das gilt vor allem auch für eine Kündigung nach der Generalklausel des § 573 Abs. 1 BGB.

### **2. Empfehlung Mieter**

Bei der Geltendmachung von gesundheitlichen Belastungen als Härtegrund i.S.d. § 574 Abs. 1 BGB ist die Vorlage eines ärztlichen Attests unverzichtbar; das ist nach den Urteilen vom 22.05.2019 und 03.02.2021 geradezu mit Händen zu greifen. Darüber hinaus sollte der Mieter unmittelbar nach Erhalt der Kündigung intensiv nach angemessenem Ersatzwohnraum suchen (auch mit Hilfe von Zeitungsinseraten und/oder mit der Unterstützung seiner Familie und Freunde), wobei gewisse Einschränkungen z.B. hinsichtlich Größe, Lage und Ausstattung der Wohnung hinzunehmen sind. Bei der Höhe der Miete ist auch die Leistungsfähigkeit im Haushalt des Mieters lebender Angehöriger zu berücksichtigen.

Die Suche nach einem Ersatzwohnraum darf sich nicht auf das bisherige Wohnumfeld beschränken. Bereits in einem Urteil vom 13.04.2005 (VIII ZR 44/04 - NJW 2005, 2156) hat der BGH im Zusammenhang mit der Ausnutzung eines „geringen Angebots“ an vergleichbaren Räumen i.S.d. § 5 WiStG ausgesprochen, dass dem Mieter die Suche im gesamten Gebiet der Gemeinde zuzumuten ist. Dies gilt ohne Einschränkung auch für einen angemessenen Ersatzwohnraum i.S.d. § 574 Abs. 2 BGB.

## Anforderungen an kündigungsrelevanten Eigenbedarf gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB für Wohnraumkündigung

### Leitsätze:

**1. Ein vorgetäuschter Eigenbedarf kann im Einzelfall selbst dann nicht angenommen werden, wenn der kündigende Vermieter eine wesentlich größere Wohnung zu einem geringfügig höheren Mietzins bewohnt, versucht hatte das Mietobjekt zu verkaufen und dem Mieter einen nennenswerten Betrag (sechs Monatsmieten) für den Fall des freiwilligen Auszugs anbot.**

**2. Der Wunsch in eine deutlich kleinere Wohnung zu ziehen kann ein vernünftiger den Eigenbedarf rechtfertigender Grund sein, insbesondere nach Verkleinerung des eigenen Haushalts, eingetretener Arbeitslosigkeit, fehlender Rücklagen, Unterhaltspflichten und bisher günstiger Miete bei nächsten Verwandten.**

Anmerkung zu LG Kiel, Beschluss vom 19.08.2020, 1 S 131/20

von **Bernd Jahreis**, RA, FA für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und FA für Erbrecht, Jahreis Fachanwaltskanzlei für Erb-, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Bayreuth

### A. Problemstellung

Welche tatsächlichen Umstände müssen für die Rechtfertigung einer Wohnraumkündigung wegen Eigenbedarfs gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen?

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das LG Kiel musste sich mit der Berufungs begründung der Beklagten gegen ein klagestattgebendes Räumungsurteil auseinandersetzen. Die Berufungsklägerin wandte zur Begründung einen vorgetäuschten Eigenbedarf des vermietenden Klägers ein, da dieser zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung eine wesentlich größere Wohnung zu einen geringfügig höheren

Mietzins bewohnte und somit ein die Kündigung rechtfertigender nachvollziehbarer Eigenbedarf nicht vorlag und er darüber hinaus vor Ausspruch der Kündigung versucht hatte, das Mietobjekt zu verkaufen und der Berufungsklägerin einen nennenswerten Betrag für einen freiwilligen Auszug angeboten hatte, was ebenfalls ein Beleg für einen fehlenden, ernsthaften Eigenbedarf darstelle.

Das LG Kiel hat im Rahmen eines Hinweisbeschlusses darauf hingewiesen, dass es beabsichtige die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts mangels Aussicht auf Erfolg der Berufung zurückzuweisen und hat den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme und eventuellen Berufungsrücknahme gegeben.

Das Berufungsgericht begründet seinen Hinweis mit der Gesetzesvorschrift des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wonach ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung eines Mietverhältnisses insbesondere dann vorliege, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötige. Die Voraussetzungen der Eigenbedarfskündigung, insbesondere der ernsthafte Wille, die Wohnung selbst nutzen zu wollen, hängen von der Plausibilität der Vermieterschilderung zur Nutzung sowie dem mit angegebenen objektiven Umständen ab. Dabei sei zunächst einmal erforderlich, dass der Vermieter den Nutzungswillen hinreichend konkret dargelegt habe, damit er nachvollzogen und als billigenswert beurteilt werden könne (Geib in: Beck OGK, BGB § 573 Rn. 99, Stand 01.07.2020). Werden diese Tatsachen von der auf Räumung verklagten Mietpartei bestritten, so sei allen behaupteten Anhaltspunkten, die gegen einen Eigenbedarf sprechen könnten, nachzugehen, die angebotenen Beweise zu erheben und umfassend zu würdigen. Dabei sei insbesondere festzustellen, dass der vom klagenden Vermieter angeführte eigene Nutzungswille ernsthaft verfolgt werde.

Hiervon ausgehend, erachtet das Landgericht die klagestattgebende erstinstanzliche Entscheidung, die einen entsprechenden Eigennutzungswillen des Klägers angenommen hatte, als nachvollziehbar. Wenngleich die von der Berufungsklägerin dargelegten „chronologischen Ereignisse“ (Vermietung an die Beklagte, Mitteilung der Verkaufsabsicht, Maklerauftrag zum Verkauf und dessen Rücknahme) durchaus In-



dizien darstellen, die imstande gewesen seien, Zweifel am eigenen Nutzungswillen des Klägers zu begründen, sei seine Entscheidung – nachdem sich im Laufe des Maklerauftrages die Unverkäuflichkeit des vermieteten Objektes herauskristallisierte –, die Wohnung für einen eigenen Hausstand nutzen zu wollen, plausibel. Die Beweisaufnahme habe dies ergeben, so dass kein Raum für die Annahme eines nur „vorgeschobenen“ Nutzungswillens des Klägers verbleibe, was das Amtsgericht zu Recht angenommen habe. Bei der Beweisaufnahme habe sich herausgestellt, dass der Kläger zusammen mit seiner Lebensgefährtin sich entschlossen hatte, in das kleine Mietobjekt aus finanziellen Gründen tatsächlich umzuziehen und sich wohnungsmäßig zu verkleinern.

### C. Kontext der Entscheidung

Mit der im Hinweisbeschluss zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht knüpft das LG Kiel stringent an die allgemein im Mietrecht bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Eigenbedarfskündigungen herrschende Rechtsprechung des BGH an. Demnach ist bei der nach § 554 Abs. 1 BGB im Rahmen der Entscheidungsfindung vorzunehmenden Interessenabwägung, d.h. Bewertung und Gewichtung der widerstreitenden Interessen beider Parteien, jeweils den Wertentscheidungen Rechnung zu tragen, die in den für sie streitenden Grundrechten zum Ausdruck kommen (BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18). Dabei hat das vorlegende erkennende Gericht zugunsten der Vermieterpartei die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG gegenüber dem Bestandsinteresse der Mietpartei aus den dargelegten Gründen als überwiegend angesehen und damit der auch im Rahmen der Vorschrift des § 574 BGB bei der Rechtsfindung zu respektierenden Lebensplanung der Vermieterseite Rechnung getragen (BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18). Der berücksichtigungsfähige Eigennutzungswille einer Partei kann demnach auch in dem Wunsch liegen, sich wegen geringerer Nutzungskosten wohnungsmäßig zu verkleinern.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis wird in Zukunft zu berücksichtigen sein, dass auch der Wunsch des Vermieters sich im Alter wohnungsmäßig „zu verkleinern“ einen

eine Kündigung rechtfertigenden Eigenbedarf darstellen kann. Maßgeblich ist immer der tatsächliche Eigennutzungswille des Vermieters.

## 3

### Flächenabweichung um mehr als 10% als erheblicher Mietmangel

#### Leitsätze:

**1. Eine negative Flächenabweichung um mehr als 10% ist ein erheblicher Mietmangel, der nicht durch Teilmöblierung, Bewohnen mit einer weiteren Person etc. kompensiert werden kann.**

**2. Maßgeblich ist grundsätzlich die Angabe der Fläche im Mietvertrag. Die bloße vorherige Wohnungsbesichtigung steht dem nicht entgegen.**

Anmerkung zu AG Paderborn, Urteil vom 23.09.2020, 58a C 111/19

von **Simone Bueb**, RA'in

#### A. Problemstellung

Das AG Paderborn hatte sich mit der Frage zu befassen, ob eine Flächenabweichung von mehr als 10%, die grundsätzlich einen erheblichen Mietmangel darstellt, möglicherweise kompensiert werden kann, wenn die Wohnung teilmöbliert ist, vor Anmietung besichtigt wurde oder andere Gründe vorliegen könnten.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien stritten um bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche aus dem bereits beendeten Mietverhältnis über die Dachgeschosswohnung des Beklagten, welche die Klägerin angemietet hatte.

Die Fläche im Mietvertrag wurde mit ca. 60 m<sup>2</sup> angegeben. In § 9 des Mietvertrags wurde vereinbart: „2. Bei der Umlegung der Betriebskosten sind die Räume des Eigentümers und des Hauswartes und nicht vermietete Wohnungen, nicht aber die Flächen von gemeinschaftlich ge-



nutzten Räumen, wie das Treppenhaus, zu berücksichtigen. Der umbaute Raum der beheizten Fläche beträgt 60 m<sup>2</sup>.“

Die Klägerin behauptete nun, die Grundfläche der streitgegenständlichen Wohnung betrage lediglich 43,16 m<sup>2</sup> und bei Berücksichtigung der Dachschrägen belaufe sich die tatsächliche Fläche nur auf 32,90 m<sup>2</sup>. Bei der Wohnungsbesichtigung sei ihr die tatsächliche Größe der Wohnung nicht mitgeteilt worden. Sie verlangt Rückzahlung zu viel geleisteter Miete.

Das AG Paderborn ist der Ansicht, dass der Klägerin der Rückzahlungsanspruch aus den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zusteht, nachdem durch Einholen eines Sachverständigengutachtens festgestellt wurde, dass die Mietfläche lediglich 36,07 m<sup>2</sup> betrug.

Damit bestehe ein Sachmangel an der vermieteten Wohnung gemäß § 536 Abs. 1 BGB. Nach § 536 Abs. 1 BGB habe der Mieter für die Zeit, während der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert sei, nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Diese Mietminderung könne nach Beendigung des Mietverhältnisses auch im Rahmen des § 812 BGB zurückgefordert werden.

Für die Ermittlung einer Flächenabweichung sei der Mietvertrag maßgebend (vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 536 BGB Rn. 54 m.w.N.). Eine durch die nach unten abweichende Wohnungsgröße von mehr als 10% verursachte Beeinträchtigung müsse nicht besonders nachgewiesen werden. Die Erheblichkeit werde unter Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei einer mehr als 10%igen Abweichung indiziert (vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 536 BGB Rn. 56).

Die Abweichung sei auch denn nicht unerheblich, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10% von einer ca.-Angabe im Mietvertrag abweiche. Im Einzelfall könne das Vorliegen eines Mangels aber verneint werden, wenn die Vertragsparteien übereinstimmend von einer Ca.-Größe nach Besichtigung ausgegangen seien, um die wahre Größe dem Streit zu entziehen und die Wohnfläche unabhängig von den

tatsächlichen Umständen verbindlich festzulegen.

Bei einer tatsächlichen Wohnfläche von 36,07 m<sup>2</sup> und einer Angabe im Mietvertrag von ca. 60 m<sup>2</sup> liege eine Flächenabweichung von knapp 40%, also deutlich über 10% vor, so dass die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit und die Erheblichkeit dieser Beeinträchtigung indiziert werde. Dass die Wohnung teilmöbliert war, führe nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung, denn trotzdem sei die Bruttomiete bei einer Wohnflächenabweichung um mehr als 10% gegenüber der vereinbarten Wohnfläche im Verhältnis der Wohnflächenabweichung gemindert (BGH, Urt. v. 02.03.2011 - VIII ZR 209/10). Auch dass die Wohnung möglicherweise von zwei Personen bewohnt wurde, lasse kein anderes Ergebnis zu, da diese Tatsache sich lediglich auf die Höhe der Betriebskosten auswirken würde.

Die Angabe im Mietvertrag von ca. 60 m<sup>2</sup> sei auch maßgeblich. Etwas anderes wäre dann der Fall, wenn zum einen die Wohnflächenangabe mit der Einschränkung versehen worden wäre, dass sie nicht zur Festlegung des Mietgegenstandes diene oder zum anderen die Vertragsparteien übereinstimmend von einer Ca.-Größe nach Besichtigung ausgegangen wären, um die wahre Größe dem Streit zu entziehen und die Wohnfläche unabhängig von den tatsächlichen Umständen verbindlich festzulegen. Allein die Besichtigung des Mietobjektes reiche für die Annahme eines solchen Parteiwillens nicht aus (vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 536 BGB Rn. 55 und 57 m.w.N.). Vorliegend seien die Angaben im Mietvertrag verbindlich, da keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer solchen Ausnahme bestehen.

### C. Kontext der Entscheidung

Das AG Paderborn orientiert sich mit seinem Urteil an den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

Von einer Minderung der Gebrauchstauglichkeit ist auszugehen, wenn die Flächendifferenz nicht unerheblich ist, was bei einer Flächenabweichung von über 10% angenommen werden kann. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine Mietwohnung im Mehrfamilienhaus

oder um ein Einfamilienhaus handelt, zu dem eine Gartenfläche oder ähnliches mitvermietet wurde. Ebenso unerheblich ist es, ob die Wohnung leer oder möbliert vermietet wurde oder ob sie mit einem Garten überlassen wurde. Bei einer Abweichung von mehr als 10% geht die höchstrichterliche Rechtsprechung von einem erheblichen Mangel der Mietsache aus. Die Angabe „ca.“ im Mietvertrag schützt den Vermieter davor nicht.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Angaben im Mietvertrag müssen korrekt sein. Vorsicht ist hier gerade bei Wohnungen geboten, die eine Dachschräge aufweisen. Hier sollte im Zweifel von einem Profi nachgemessen werden. Denn eine Abweichung der im Vertrag angegebenen Mietfläche um mehr als 10% stellt immer einen erheblichen Mangel dar, unabhängig davon, ob hier ein „ca.“ davorgesetzt wurde. Nur in sehr eng gefassten Ausnahmefällen kann es sein, dass die Parteien die Mietfläche nicht als Grundlage vereinbart haben.

## 4

### Gewerberaummietvertrag: Mietminderung aufgrund der Corona-Pandemie

#### Orientierungssätze:

**1. Eine Mietminderung durch einen Gewerberaummieter scheidet aus, wenn der Betrieb eines Backwarengeschäfts mit Kaffeeausschank, zu dem die Mietsache vereinbarungsgemäß überlassen wurde, nicht von einer behördlichen Betriebsuntersagung betroffen war.**

**2. Dass in den Mieträumen auch ein „Café“ betrieben wird, ändert nichts daran, dass die zwischen den Mietvertragsparteien mietvertraglich vereinbarte Nutzung eine andere ist.**

**3. Die Grundsätze des § 313 Abs. 1 BGB sind nicht anwendbar, wenn die Nutzung im Rahmen des vertraglich vereinbarten Zwecks nicht durch behördliche Maßnahmen untersagt oder eingeschränkt ist.**

**4. Dass ein Mieter wegen der Lage seiner Ladengeschäfts in Hochfrequenzlagen seinen Umsatz vor allem mit Laufkundschaft generiert, gehört zum Unternehmer- bzw. Verwendungsrisiko, das der Unternehmer bzw. Mieter selbst zu tragen hat.**

Anmerkung zu LG München II, Urteil vom 28.01.2021, 1 O 2773/20

von **Johannes Hofele**, RA und FA für Steuerrecht, Breiholdt und Partner Rechtsanwälte, Berlin

#### A. Problemstellung

Die Folgen der Pandemie sind immer im Einzelfall zu prüfen. Das gilt auch und gerade für Betriebseinschränkungen aufgrund behördlicher Maßnahmen, wie das LG München II zeigt.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Mieterin, die eine Bäckerei mit angeschlossenem Café betreibt, durfte im Rahmen des ersten Lockdowns vom 16.03.2020 bis 25.05.2020 nur den Bäckereibetrieb öffnen. Ab dem 25.05.2020 durfte sie – unter Einhaltung der Hygienevorschriften – den Cafébetrieb in reduziertem Umfang wieder öffnen. Sie zahlte die Miete für die Monate April bis Juni 2020 nicht.

Die Vermieterin klagte die Mieten für Mai bis Juni 2020 ein und bekam Recht.

Das LG München II hat einen Mietmangel verneint, weil der Betrieb der Bäckerei nicht von einer behördlichen Betriebsuntersagung betroffen gewesen sei. Ausweislich des Mietvertrages sei Nutzungszweck lediglich der Betrieb eines „Backwarengeschäftes mit Backofen, verbunden mit einem Kaffeeausschank“. Dieser Nutzungszweck sei von der Verordnung nicht eingeschränkt.

Das Landgericht verneint sowohl eine Anwendung des Art. 240 § 7 EGBGB als auch die grundsätzliche Anwendbarkeit der Grundsätze des § 313 Abs. 1 BGB auf Fälle der mittelbaren Betroffenheit von staatlichen Maßnahmen: Die Beklagte sei jedenfalls im Hinblick auf die streitgegenständliche Mietsache von den Folgen der Pandemie nur mittelbar betroffen gewesen. Der

Bevölkerung sei es stets erlaubt und möglich gewesen, sich mit Backwaren zu versorgen, teilweise sogar mit verlängerten Öffnungszeiten. Auch wenn man § 313 Abs. 1 BGB bei bloßer mittelbarer Betroffenheit anwenden würde, sei das Pandemierisiko durch den konkreten Mietvertrag eindeutig der Mieterin zugewiesen. Dies schließt das LG München II aus den konkreten Vereinbarungen, insbesondere zu Regelungen zu Beginn des Mietverhältnisses

### C. Kontext der Entscheidung

Eine Einzelfallentscheidung, weil es im vorliegenden Sachverhalt tatsächlich einige Besonderheiten gab. Im Ergebnis zutreffend erscheint die Auslegung, dass hier im konkreten Fall tatsächlich etwas anderes gemacht wurde als im Mietvertrag vereinbart war (was natürlich sofort die Frage nach § 550 BGB aufwirft, aber das spielte im Verfahren offenbar keine Rolle).

Die Ausführungen zur Zuweisung des Pandemierisikos auf Basis des Verwendungsrisikos mögen im konkreten Fall zutreffen, können allerdings nicht verallgemeinert werden.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil zeigt anschaulich, wie vielgestaltig die Auswirkungen der Pandemie sind. Das LG München II hat einen konkreten Fall entschieden.

## 5

### Kein Mietmangel bei behördlichen Öffnungsverboten von Fitnessstudios während Pandemie

#### Leitsätze:

**1. Bei der Vermietung von Gewerberäumen zum Betrieb eines Fitness-Studios können öffentlich-rechtliche Hindernisse nur zu einem Mangel der Mietsache führen, wenn die Beschränkungen ihre Ursache gerade in deren Beschaffenheit und Beziehung zur Umwelt haben und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters.**

**2. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet den Vermieter nur, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht, das Verwendungsrisiko trägt hingegen der Mieter allein.**

**3. Art. 240 § 1 und 2 EGBGB haben Sperrwirkung.**

Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 06.01.2021, 16 O 255/20

von **Simone Bueb**, RA'in

### A. Problemstellung

Das LG Köln hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die vorübergehende Schließung eines Fitnessstudios wegen der Pandemie Regelungen des Bundeslandes einen mietrechtlichen Mangel, Unmöglichkeit oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage darstellt.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Beklagte betreibt ein Fitnessstudio und zahlte für die Monate April und Mai 2020 keine Miete an die Kläger. Nach der Coronaschutzverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 22.03.2020 war es dem Beklagten als Fitnessstudiobetreiber ab Mitte März 2020 untersagt, seinen Fitnessstudiobetrieb weiterzuführen. Ab dem 13.05.2020 konnte der Beklagte seinen Betrieb teilweise und durch behördliche Auflagen eingeschränkt wiedereröffnen. Die Nutzung der Sauna und des Solariums war bis zum 15.06.2020 gänzlich verboten. Die Kapazitäten des reinen Fitnessstudios waren nach dem 13.05.2020 durch die behördlichen Auflagen auf ein Minimum beschränkt. Die Kläger verklagten den Beklagten auf Zahlung der ausstehenden Mieten.

Das LG Köln hat der Klage stattgegeben.

Das Landgericht ist der Ansicht, dass der Beklagte aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt berechtigt ist, die Mietzahlungen während der behördlich angeordneten Schließungszeit zu verweigern.

Eine ausdrückliche vertragliche Regelung, wie beispielsweise Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen, enthalte der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag für den Fall einer behördlich angeordneten Schließung der Fitnessstudios nicht, weshalb sich die Mietzahlungspflicht vorrangig nach dem mietrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht gemäß den §§ 536 ff. BGB bestimme (Sittner, NJW 2020, 1169).

Ein Mietmangel sei dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweiche. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimme sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Mietvertragsparteien. Auch öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen könnten die Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch mindern und damit einen Sachmangel darstellen. Voraussetzung sei aber, dass die Beschränkungen der konkret vermieteten Sache ihre Ursache gerade in deren Beschaffenheit haben und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters (BGH, Urt. v. 02.03.1994 - XII ZR 175/92; BGH, Urt. v. 13.07.2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3151). Durch hoheitliche Maßnahmen bewirkte Gebrauchsbeschränkungen können deshalb nur dann einen Mangel begründen, wenn sie unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der konkreten Mietsache in Zusammenhang stehen; Maßnahmen, die nur den geschäftlichen Erfolg des Mieters beeinträchtigen, fallen in dessen Risikobereich. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichte den Vermieter nur, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermögliche, das Verwendungsrisiko trage hingegen der Mieter allein (Sittner, NJW 2020, 1169).

Die hoheitlichen Maßnahmen dienen im vorliegenden Fall dem Schutz der Bevölkerung vor allgemeinen gesundheitlichen Gefahren. Sie knüpfen nicht unmittelbar an die konkrete Beschaffenheit der Mietsache an, sondern allein an den Betrieb des Mieters. Die Maßnahmen stellen dabei nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten ab, sondern allgemein auf die Nutzungsart sowie den Umstand, dass in den betroffenen Flächen Publikumsverkehr stattfindet und dies Infektionen begünstigt (Sittner,

NJW 2020, 1169, Daßbach/Bayrak, NJW 2020, 185, Leo/Götz, NZM 2020, 402).

Daran ändere auch nichts, dass die streitgegenständlichen Gewerberäume im vorliegenden Fall zur Nutzung als Fitnessstudio, Sauna und Sonnenstudio mit Cafeteria vermietet wurden. Denn die Mietsache sei zu diesem Zweck weiterhin in gleicher Weise geeignet wie vor dem hoheitlichen Einschreiten. Untersagt sei lediglich der Betrieb und zwar losgelöst von der Beschaffenheit oder Lage der Mietsache. Dieser Umstand falle jedoch in den Risikobereich des Mieters (Sittner, NJW 2020, 1169).

Eine Minderung wegen eines Sachmangels sah das Gericht daher nicht.

Es liege auch kein Fall der Unmöglichkeit nach § 275 BGB vor, mit der Folge des Entfalls der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 BGB. Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehe die Hauptleistungspflicht des Vermieters darin, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Diese Vorschrift werde durch § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB vervollständigt, der regule, dass der Mieter von der Entrichtung der Miete nicht dadurch befreit werde, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert werde. Dadurch werde deutlich, dass der Vermieter nur eine Gebrauchsmöglichkeit verschaffen müsse. Betreffe die Störung dagegen die Nutzungstätigkeit des Mieters, bleibe dieser zur Mietzahlung verpflichtet. Das Verwendungsrisiko sei in § 537 BGB dem Mieter zugewiesen. Zwar habe der Beklagte die streitgegenständliche Mietsache im vorliegenden Fall während der behördlich angeordneten Schließung nicht zu diesem Zweck nutzen können, dieses Risiko falle jedoch in sein Verwendungsrisiko.

Schließlich bestehe auch kein Anspruch nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Nach Auffassung des Gerichts ist § 313 Abs. 1 BGB hier schon nicht anwendbar.

§ 313 BGB sei besonders eng auszulegen und grundsätzlich nachrangig (Sittner, NJW 2020, 1169). § 313 BGB sei auch gegenüber gesetzlichen Regelungen nachrangig, welche hier jedoch nicht anwendbar seien. Aus dem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrens-

recht vom 27.03.2020 folge aber eine Sperrwirkung, da sich dieses ausdrücklich auf Mietverträge beziehe und insoweit zwingende Regelungen zur Risikoverteilung enthalte. Nach Art 240 § 2 Abs. 1 EGBGB sei der Vermieter zumindest temporär nicht berechtigt, einen Mietvertrag wegen eines auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführenden Zahlungsrückstandes zu kündigen.

### C. Kontext der Entscheidung

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Völlig richtig sieht das Gericht eine behördlich bedingte Schließung nicht als mietrechtlichen Sachmangel an.

Auch die Ausführungen zur Unmöglichkeit sind nicht zu beanstanden.

Schließlich ist die Verneinung der Anwendbarkeit der Grundsätze des Wegfalls zur Geschäftsgrundlage vor allem unter Bezug auf Art. 240 EGBGB richtig. Das „Moratorium“ in Art. 240 § 1 Abs. 1 EGBGB erstreckt sich gerade nicht auf Mietverträge, so dass Mieter nach einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers nicht berechtigt sind, das dort enthaltene Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen und weiterhin jedenfalls „im Grundsatz“ verpflichtet sind, die Miete zu zahlen. Ob dem Gesetzgeber dabei – insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Gesetz in sehr kurzer Zeit erarbeitet wurde – bewusst war, dass er Ansprüche der Mieter wegen Störung der Geschäftsgrundlage ausschließt, geht aus den Materialien indes nicht hervor (Sittner, NJW 2020, 1169). Da der subjektive Wille des Gesetzgebers nicht bekannt ist, ist auf den objektiven Willen des Gesetzgebers abzustellen. Aus diesem folgt eine Sperrwirkung für die Anwendbarkeit des § 313 Abs. 1 BGB.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Soweit zwischen Mieter und Vermieter Streitigkeiten über Mietzahlungen während einer coronabedingten Schließungszeit bestehen, sehen die Gerichte diese Sachverhalte unterschied-

lich. Teilweise wird vertreten, dass die Mietvertragsparteien das Risiko des Mietausfalls je zur Hälfte tragen. Die Ansicht des LG Köln ist jedoch schlüssiger, vor allem da Mieter auch staatliche Corona-Hilfen beantragen können, mit welchen die Miete zumindest teilweise während der Schließungszeit abgedeckt werden kann.

## 6

### Der zusammengestückelte formbedürftige Mietvertrag

#### Leitsätze:

**1. Zur Rechtsnatur eines Vertrags über die Aufstellung eines Geldautomaten (im Anschluss an BGH, Urt. v. 04.11.2020 - XII ZR 104/19 - NZM 2020, 1111).**

**2. Für die Einhaltung der Schriftform ist es nicht erforderlich, dass schon die erste Vertragsurkunde selbst alle Schriftformvoraussetzungen erfüllt. Vielmehr genügt es, wenn diese Voraussetzungen durch eine nachfolgende Änderungsvereinbarung gemeinsam mit der in Bezug genommenen ersten Vertragsurkunde erfüllt werden (im Anschluss an BGH, Urt. v. 04.11.2020 - XII ZR 104/19 - NZM 2020, 1111).**

**3. Dabei kann es im Einzelfall auch genügen, wenn lediglich eine dem Vertrag beigelegte Anlage von den Parteien unterschrieben wird, sofern hinreichend deutlich ist, auf welchen Vertrag sich die Anlage bezieht.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2021, XII ZR 26/20

von **Prof. Dr. Siegbert Lammel**

#### A. Problemstellung

Wird der Form nach § 550 BGB auch dadurch genügt, wenn sich erst aus dem Zusammenwirken von Ursprungsurkunde und späteren Anhang eine formgerechte Urkunde ergibt?

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger als Rechtsnachfolger des Vermieters einer Teilfläche im Ladenlokal zu Aufstellung eines Geldautomaten verlangt vom beklagten Mieter Räumung nach einer noch vom Vermieter ausgesprochenen ordentlichen Kündigung wegen eines Formfehlers beim Vertrag. Das Vertragsformular war beidseitig beschriftet; auf der Vorderseite waren Aufstellungsort, Vertragsparteien und Miethöhe sowie die Unterschriften enthalten, auf der Rückseite die Allgemeinen Vertragsbedingungen. Auf diese Bedingungen wurde nur im Zusammenhang mit der Miete auf der Vorderseite verwiesen. Später wurde noch eine Anlage „zum Mietvertrag zwischen den Parteien AA – NN“ unterzeichnet, mit der der genaue Anbringungsort des von außen bedienbaren Geldautomaten per Fotomontage bezeichnet wurde.

Das Landgericht hatte die Räumungsklage abgewiesen, das Oberlandesgericht ihr stattgegeben, der BGH stellte das landgerichtliche Urteil wieder her.

Zwar entbehre der „Hauptvertrag“ der notwendigen Schriftform, da er nur auf seiner Vorderseite die Unterschriften der Vertragsparteien trage, ohne dass sich aus dem darüberstehenden Text ergebe, dass auch die auf der Rückseite abgedruckten Vertragsbedingungen in den Vertrag einbezogen werden sollten. Aber durch die Unterschriften auf der Anlage 1, die ausdrücklich auf den „Hauptvertrag“ Bezug nehmen, werde dieser, der hinsichtlich der Form lückenhaft gewesen ist, komplettiert, so dass Hauptvertrag und Anhang nunmehr eine formgerechte Einheit darstellen würden. Auch eine „Unterschrift“ liege in der geschwungenen Linie mit Punkt vor; sie sei individualisierbar.

## C. Kontext der Entscheidung

Der BGH hat weitgehend wörtlich seine Gründe aus dem Urteil vom 04.11.2020 (XII ZR 104/19 - NZM 2020, 1111 m. Anm. Nasall, jurisPR-BGH-ZivilR 4/2021 Anm. 3) in die vorliegende Begründung inkorporiert, da es sich wohl um einen weitgehend identischen Vertrag/Sachverhalt gehandelt hat. Drei Problemkreise waren zu beurteilen: (1) Die Anwendung von Mietrecht auf den Vertrag zur Aufstellung des Geldautomaten; (2) die Erfüllung dessen Formbedürftig-

keit; (3) das Vorliegen einer regelgerechten Unterschrift.

Ad (1) Der BGH differenziert in diesem Bereich zwischen einem Automatenaufstellvertrag und einem Vertrag zur Aufstellung eines Automaten. Für Ersteren verneint er die Anwendung mietrechtlicher Vorschriften, da das Wesentliche des Vertrages nicht die Zurverfügungstellung eines Platzes sei, sondern die Eingliederung des Automaten in den gewerblichen Betrieb zum beiderseitigen Nutzen (so entschieden für Spielautomaten, deren Erlös zwischen Aufsteller und Gaststättenbetreiber geteilt werden sollte, BGH, Urt. v. 22.03.1967 - VIII ZR 10/65 - NJW 1967, 1414). Diese Differenzierung mag spitzfindig erscheinen, zumal der Betrieb von Spielautomaten ohne eine Aufstellungsfläche nicht möglich ist und die Beteiligung am Erlös auch als Mietzins gewertet werden kann (so bei Umsatzbeteiligung). Jedenfalls bei Geldautomaten, auf die wegen ihrer Anbringung in der Außenwand des Gebäudes von außen zugegriffen werden kann und die somit ohne Berührung mit dem sonstigen Geschäftsbetrieb des „Vermieters“ verwendet werden können, ist Mietrecht anzuwenden, somit auch die Formvorschrift des § 550 BGB.

Ad (2) Bei einem mehrgliedrigen formbedürftigen Vertragsgebilde stand bislang im Vordergrund, ob der Nachtrag eines Vertrages dergestalt mit dem „Hauptvertrag“ im Zusammenhang steht, dass die Formwirksamkeit des Hauptvertrages auch die Nachträge mit umfassen kann. Hier ist es aber umgekehrt: Die Form des Hauptvertrages soll erst durch den Nachtrag erfüllt werden. Zutreffenderweise wurde der Hauptvertrag als nicht formgerecht beurteilt, weil die Unterschriften nicht auch den Teil abdeckten, der auf der Rückseite des Vertrages enthalten war, nämlich die AGB. Im Regelfall enthalten die Vertragsmuster direkt über den Unterschriften den generellen Verweis auf die rückseitig abgedruckten AGB. Für den formretenden Verweis reichte der Spezialhinweis auf die Mietzahlung nicht aus. Dadurch wurde allenfalls die betreffende einzelne AGB-Klausel von den Unterschriften mit abgedeckt, nicht aber die sonstigen AGB-Regelungen. Erst die Unterschriften auf dem Nachtrag decken den gesamten Vertrag (bestehend aus Hauptvertrag plus Nachtrag). Bei der Bewertung dieser Situation im Hinblick auf die Formerfüllung kommt es nicht darauf an, ob die Parteien mit den Un-

terschriften auf dem Nachtrag den Hauptvertrag gleichsam „bestätigen“ wollten. Denn es kommt nur auf die äußere Form an. Und diesbezüglich ist durch den Hinweis auf dem Nachtrag, dass dieser sich auf einen konkret benannten Hauptvertrag bezieht, der formelle Zusammenhang zwischen beiden Vertragselementen hergestellt. Ein Erwerber des Grundstücks, dessen Schutz die Formvorschrift sicherstellen soll, kann aus beiden Papieren entnehmen, welche Rechte und Belastungen auf ihn übergehen können.

Ad (3) Mit der Unterschrift soll(en) der Urheber (bzw. die Urheber) der Urkunde offenbart werden. Dafür ist erforderlich, dass die Namen im Rubrum des Vertrages sich als Unterschrift wiederfinden. Nur auf diese Weise kann davon ausgegangen werden, dass der Vertrag formell ordnungsgemäß abgeschlossen worden ist. Deshalb reicht es nicht aus, wenn auf der Unterschriftenzeile irgendeine Zeichnung vorhanden ist. Vielmehr muss sie im Hinblick auf das Rubrum identifizierbar und zuordenbar sein. Das sieht der BGH im vorliegenden Urteil wohl anders. Er lässt „eine geschwungene Linie verbunden mit einem Punkt“ als individualisierbare Unterschrift genügen. Das entspricht aber nicht den Funktionen einer Unterschrift: Klarstellungs- und Beweisfunktion, Echtheitsfunktion, Verifikationsfunktion, Informationsfunktion (vgl. Ellenberger in: Palandt, BGB, § 125 Rn. 3). Es kommt danach nicht nur auf den vom BGH hervorgehobenen Gegensatz von Unterschrift und Paraphe an, sondern auf die Individualisierung der unterschreibenden Person. Eine Schlangenlinie mit Punkt ist keinem konkreten Namen zuordenbar; es fehlt schlicht zumindest an den individualisierenden Anfangsbuchstaben (so im Fall OLG Köln, Urt. v. 28.06.2005 - 22 U 34/05 - NZM 2005, 705). Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass der Unterzeichnende stets in dieser abstrakten Form unterschreibe; denn der potenzielle Dritterwerber kennt die entsprechenden Gepflogenheiten nicht und braucht sie auch nicht zu kennen; er darf sich auf die vorliegende Form verlassen.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Der vorliegende Fall zeigt zum wiederholten Male die Zweckentfremdung der Formvorschrift des § 550 BGB (dazu zuletzt Bangert, JZ 2021, 193, 194). Nicht der eigentlich durch die Vor-

schrift geschützte Erwerber beruft sich auf einen Formmangel, sondern eine der ursprünglichen Vertragsparteien, die der Abschluss des Vertrages wegen ökonomisch besserer Aussichten reut. Rechtsanwälte sprechen daher ganz offen darüber, dass sie in solchen Reue-Fällen zuallererst nach einem Schriftformmangel suchen. Statt dass der BGH für seine Entscheidungen auf die Zweckbestimmung der Norm zurückgreift und nur den Erwerber kündigen lässt, verwickelt er sich in immer neue Versuche, diesem Missbrauch durch Auslegungskapriolen zu begegnen. Dies wird hier durch die Billigung der „Schlangenlinie“ als wirksamer Unterschrift überdeutlich, weil der BGH durchaus gesehen hat, dass der Kündigende den „vermeintlichen Formmangel“ zu rein persönlichwirtschaftlichen Zwecken missbraucht. Bis der BGH zur strikten Gesetzesanwendung zurückkehrt, bleibt den Parteien nur zu raten, auf peinlichste Genauigkeit bei der Erstellung einer Vertragsurkunde zu achten.