

Digitalisierung im Mietverhältnis

Deutscher Mietgerichtstag 2018

Vorläufige Fassung (Stand: 14.3.2018)

A. Einleitung

Aktuelle Untersuchungen prophezeien große Digitalisierungspotentiale sowohl in der Wohnungswirtschaft wie auch bei Gewerbeimmobilien, und zwar nicht nur für den Verkauf, sondern auch für die Vermietung.¹ Manches ist schon Realität, etwa die Vermietung über digitale Plattformen (Stichwort „airbnb“) oder der Einsatz von sog. Mieterportalen. Anderes wird erprobt und sicher in immer größerem Umfang genutzt werden – etwa die Möglichkeit einer digitalen Besichtigung ohne Anwesenheit vor Ort oder der Einsatz von Algorithmen bei der Auswahl eines Mieters. Daraus ergeben sich Rechtsfragen beim digitalen Abschluss von Mietverträgen (B.), dem Einsatz von Mieterportalen im laufenden Mietverhältnis (C.) und der Datennutzung durch den Vermieter (D.)

B. Digitalisierung des Vertragsschlusses

I. Verfahren und Form

1. Form (§ 550 S. 1 BGB)

Bei der Vermietung über eine digitale Plattform kommt es zum Vertragsschluss durch elektronische Willenserklärungen. Da Mietverträge formfrei geschlossen werden können, ergeben sich Probleme nur bei auf Zeit geschlossenen Grundstücks- und Raummietverträgen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr, da die Nichteinhaltung der Schriftform nach § 550 S. 1 BGB (ggf. mit § 578 BGB) zu einem unbefristeten Vertrag führt. Diese Rechtsfolge kollidiert vor allem bei der Geschäftsraummiete mit dem Interesse der Parteien, durch einen zeitlichen beschränkten Vertrag Kalkulations- und Planungssicherheit zu erhalten.²

Die Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB, die durch § 550 S. 1 BGB verlangt wird,³ kann durch elektronische Willenserklärungen nicht gewahrt werden. Es fehlt schon an der Urkundseigenschaft der elektronischen Erklärung, da hierzu eine dauerhafte Verkörperung von Schriftzeichen auf einem Schreibmaterial erforderlich ist.⁴ Zudem ist eine eigenhändige Namensunterschrift nicht möglich. § 127 Abs. 2 BGB, der bei vereinbarter Schriftform eine telekommunikative Übermittlung ausrei-

¹ *Bölting/Königsmann/Neitzel*, Digitalisierung in der Immobilienwirtschaft. Chancen und Risiken, 2016; FOG-Institut, Digitale Transformation in der Wohnungswirtschaft, 2015; *Rodick/Schulz-Wulkow/Bäff/Kremer/Scheidecker*, Einsatz digitaler Technologien in der Immobilienwirtschaft.

² *BeckOGK BGB/Dittert*, 1.1.2018, BGB § 550 Rn. 9.

³ *BeckOK MietR/Leo*, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 550 Rn. 35; *Blank/Börstinghaus/Blank*, 5. Aufl. 2017, § 550 Rn. 30; *Palandt/Weidenkaff*, 77. Aufl. 2018, § 550 Rn. 8; *Schmidt-Futterer/Lammel*, 13. Aufl. 2017, § 550 Rn. 8; *Lindner-Figura NZM* 2007, 705 (706).

⁴ *OLG München NJW* 2012, 3584 (3585); *MüKoBGB/Einsele*, 7. Aufl. 2015, § 126 Rn. 6; *Staudinger/Hertel*, 2017, § 126 Rn. 111.

chend lässt und damit sowohl auf die Urkunde wie die eigenhändige Namensunterschrift verzichtet,⁵ ist im Rahmen des § 550 S. 1 BGB unanwendbar.⁶ Es bleibt nur die Einhaltung der elektronischen Form (§ 126a BGB), die aber eine qualifizierte elektronische Signatur erfordert und deshalb praktisch bedeutungslos ist. § 127 Abs. 3 BGB, der auch andere elektronische Signaturen bei vereinbarter elektronischer Form zulässt, hilft nicht, da auch diese Norm bei § 550 S. 1 BGB nicht anwendbar ist.

Soweit praktisch ein hinreichendes Bedürfnis besteht, ist eine Abschwächung des § 550 S. 1 BGB hin zur Textform *de lege ferenda* zu erwägen. Die Hauptfunktion des § 550 S. 1 BGB liegt darin, einem späteren Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes in das Mietverhältnis eintritt, die Möglichkeit zu geben, die ihn treffende längerfristige Bindung aus dem schriftlichen Vertrag zu ersehen.⁷ Zur Wahrung dieser Dokumentationsfunktion würde die Textform genügen, da die Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden muss (§ 126b S. 1 BGB).⁸ Die möglichen weiteren Zwecke der Norm (Beweisbarkeit, Schutz vor unbedachter Vertragseingehung)⁹ sind nachrangig¹⁰ und können auch durch die Textform hinreichend gewahrt werden. Der Wohnraummieter wird zudem durch §§ 575 f. BGB geschützt.

2. Fernabsatzgeschäft

Bei einer B2C-Vermietung über eine digitale Plattform liegt, sofern der Vermieter diese regelmäßig zum Vertragsabschluss verwendet, grundsätzlich ein Fernabsatzvertrag gem. § 312c Abs. 1 BGB vor. Das gilt auch für Wohnraummietverträge, auf die § 312c BGB anwendbar ist (§ 312 Abs. 4 S. 1 BGB). Anders liegt es nur, wenn vor dem Vertragsabschluss eine Besichtigung der Wohnung durch den Mieter stattgefunden hat (§ 312 Abs. 4 S. 2 BGB). Die Digitalisierung wirft die Frage auf, ob das auch bei einer virtuellen Besichtigung gilt, bei der eine Wohnung mit Hilfe einer VR-Brille vir-

⁵ BeckOGK/Wollenschläger, 1.12.2017, BGB § 127 Rn. 57; MüKoBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, § 127 Rn. 10; Palandt/Ellenberger, § 127 Rn. 2; Staudinger/Hertel, 2017, § 127 Rn. 44c; a. A. LG Köln BeckRS 2010, 00846; AG Wedding BeckRS 2009, 11124; jurisPK-BGB/Junker, 7. Aufl. 2014, § 127 Rn. 18.

⁶ BeckOK MietR/Leo, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 550 Rn. 35; Blank/Börstinghaus/Blank, § 550 Rn. 30; MüKoBGB/Bieber, 7. Aufl. 2016, § 550 Rn. 10; Palandt/Weidenkaff, § 550 Rn. 8; Soergel/Heintzmann, 13. Aufl. 2007, § 550 Rn. 4; a. A. Eckert NZM 2001, 409 (410); Herrlein/Kandelhard/Both/Schneider, Praxiskommentar Mietrecht, 4. Aufl. 2010, § 550 Rn. 7; im Erg. auch Ormanschick/Riecke MDR 2002, 247 (248); vgl. ferner Löwe NZM 2000, 577 (580).

⁷ BGHZ 200, 98 Rn. 26; BGH NJW 2017, 3775 Rn. 29; NJW-RR 2012, 909 Rn. 3; NJW 2007, 1742 (1743) m.w.N.; BeckOK BGB/Herrmann, 44. Ed. 1.11.2017, § 550 Rn. 1; Blank/Börstinghaus/Blank, § 550 Rn. 4; Staudinger/Emmerich, 2018, § 550 Rn. 3.

⁸ A. A. Schmidt-Futterer/Lammel, § 550 Rn. 8; im Erg. auch Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Linder-Figura, Geschäftsraummiete, 4. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 4.

⁹ BGHZ 176, 301 Rn. 17; BGHZ 139, 123 (130); BGHZ 136, 3257 (360); BGH NJW 2017, 3775 Rn. 35; BeckOK MietR/Leo, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 550 Rn. 9; Blank/Börstinghaus/Blank, § 550 Rn. 5; krit. Schmidt-Futterer/Lammel, § 550 Rn. 4; a. A. MüKoBGB/Bieber, § 550 Rn. 2.

¹⁰ Staudinger/Emmerich, 2018, § 550 Rn. 3a.

tuell begangen werden kann. Das wird gemeinhin verneint; erforderlich sei die körperliche Anwesenheit des Verbrauchers in dem zu vermietenden Objekt.¹¹

Die erscheint vom Wortlaut her nicht zwingend und auch der Normzweck weckt Zweifel. Der Gesetzgeber wollte für den naheliegenden Fall eines Vertragsschlusses nach der Besichtigung eine Einordnung des Vertrages als Außergeschäftsraumvertrag (§ 312b BGB) verhindern, weil für ein Widerrufsrecht kein Bedürfnis bestehe, es zu erheblichen praktischen Problemen führe und der Vermieter im Widerrufsfall erneut mit der Mietersuche beginnen müsse, was mit erheblichem Aufwand verbunden sei.¹² Ausgeschlossen wurde aber auch die Anwendbarkeit des § 312c BGB. Das überzeugt, denn der Schutzzweck des Fernabsatzrechts ist nur einschlägig, wenn der Verbraucher die Leistung nicht so in Augenschein nehmen konnte wie beim Abschluss in den Geschäftsräumen des Unternehmers. Bei einer virtuellen Besichtigung ist deshalb entscheidend, ob sie dem Verbraucher die gleichen Möglichkeiten zur Prüfung der Wohnung gibt wie eine Besichtigung vor Ort. Hierzu ist erforderlich, dass auch das Verhältnis der Wohnung zur Umwelt wahrgenommen werden kann (z. B. Lärmbelästigungen durch eine vorbeiführende Straße oder eingeschränkte Lichtverhältnisse durch die Nachbarbebauung). Es bleibt daher abzuwarten, ob die technische Entwicklung eine solche Form der virtuellen Besichtigung möglich machen wird.

II. Einsatz von Algorithmen bei der Vermietung

Algorithmen können einem Vermieter Hilfe bei der Entscheidung für einen Mietinteressenten bieten, indem sie die relevanten Daten auswerten und dem Vermieter zur Verfügung stellen. Über sog. Matching-Plattformen wird ein solcher Service heute schon angeboten.¹³ Der Algorithmus greift dabei auf die vom Mieter auf der Plattform zur Verfügung gestellten Daten zurück. Den vielfältigen Rechtsfragen, die mit dem Algorithmeinsatz verbunden sind, kann hier nicht nachgegangen werden.¹⁴ Angesprochen werden soll aber eine Grundsatzfrage, die sich zumindest bei der Vermietung von Wohnraum stellt. Will der Vermieter größtmöglichen Nutzen ziehen, wird er von Mietinteressenten die Benutzung einer digitalen Plattform und die digitale Bereitstellung von Daten im Rahmen der Selbstauskunft verlangen. Das schließt allerdings Personen, denen die technischen Möglichkeiten oder persönlichen Fähigkeiten zur Nutzung der Plattform fehlen, vom Zugang zu diesem Vermietungsangebot aus.

Allerdings besteht auch bei der Wohnraumvermietung jedenfalls grundsätzlich kein Kontrahierungszwang.¹⁵ Daraus folgt, dass erst Recht kein Anspruch darauf bestehen kann, dem Vermieter gegenüber ein Angebot auf Abschluss eines Mietvertrages abgeben zu können oder selbst zum

¹¹ BeckOGK/Busch, 1.11.2017, BGB § 312 Rn. 85; MüKoBGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312 Rn. 64; Hau NZM 2015, 435 (439); im Erg. auch Medinger NZM 2015, 185 (190); noch weitergehend (auch Mietvertragsabschluss in der Wohnung erforderlich) Erman/Koch, 15. Aufl. 2017, § 312 Rn. 66.

¹² BT-Drs. 17/12637, 48.

¹³ Vgl. z. B. www.homey.de; www.immimio.de, www.moovin.de.

¹⁴ Vgl. Boehme/Neßler, NJW 2017, 3031; Ernst JZ 2017, 1026 ff.; Martini JZ 2017, 1017 ff.

¹⁵ MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 535 Rn. 6.

Empfänger eines solchen Angebots zu werden. Dem steht im Ergebnis auch das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG nicht entgegen. Die Vermietung über eine Plattform, die vom Mieter die Eingabe bestimmter Daten verlangt, zeigt schon, dass es sich nicht um ein Massengeschäft i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG handelt, bei dem der Vertrag typischerweise ohne Ansehung der Person zustande kommt.¹⁶ Ob dem Ansehen der Person bei Wohnraummietverträgen nachrangige Bedeutung i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG zukommt, ist zwar umstritten.¹⁷ Doch selbst wenn das Diskriminierungsverbot gilt, käme nur eine mittelbare Benachteiligung durch ein Verfahren in Betracht, dass Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligen kann (§ 3 Abs. 2 AGG). Keiner dieser Gründe führt aber dazu, dass digitale Vermietungsplattformen nicht in gleichem Maße benutzt werden können. Insbesondere lässt sich nicht sagen, ab einem bestimmten Alter seien Mietinteressenten nicht oder weniger ausgeprägt in der Lage, digitale Plattformen zu nutzen. Eine solche Behauptung ist ihrerseits eine Form der Alterdiskriminierung und in ihrer Pauschalität auch nicht tragfähig. Im Übrigen ist die digitale Vermietung ein rechtmäßiges Ziel und die Nutzung einer Vermietungsplattform ist auch zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, so dass ohnehin keine mittelbare Benachteiligung vorliegen kann.

III. Automatisierte Vertragsschlüsse und Smart Contracts

1. Automatisierung des Vertragsschlusses

Die Automatisierung des Vertragsschlusses kann durch den Einsatz von sog. Softwareagenten erfolgen. Sind sie mit künstlicher Intelligenz ausgestattet, können die getroffenen Entscheidungen nicht mehr nachvollzogen werden.¹⁸ Neben rechtsgeschäftlichen Fragen etwa der Zurechnung ergeben sich datenschutzrechtliche Schranken. Nach dem ab 28. Mai 2018 geltenden Art. 22 Abs. 1 DS-GVO hat eine Person das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Ähnliches regelte bislang schon § 6a BDSG. Von den Verbotsausnahmen des Art. 22 Abs. 2 DS-GVO kommt bei Vermietungen nur die ausdrückliche Einwilligung in Betracht, weil die automatisierte Entscheidungsfindung bei Mietverträgen nicht erforderlich ist und auch nicht durch eine Rechtsvorschrift gestattet wird. Doch auch wenn eine Einwilligung vorliegt, heißt das nicht, dass ein Vermieter auf seiner Vermietungsplattform einen intelligenten Softwareagenten frei schalten und walten lassen kann. Grenzen ergeben sich aus Art. 22 Abs. 4 DS-GVO, der eine Entscheidung auf der Grundlage sog. besonderer Kategorien personenbezogener Daten (u. a. rassische u. ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse o. weltanschauliche Überzeugung, sexuelle Orientierung) weiter einschränkt. Die Norm ist Ausdruck

¹⁶ Vgl. allgemein MüKoBGB/Thüsing, AGG § 19 Rn. 21; Schwab DNotZ 2006, 649 (660).

¹⁷ Bejahend MüKoBGB/Thüsing, AGG § 19 Rn. 21; Rolfs NJW 2007, 1489 f.; Schmidt-Ränsch NZM 2007, 6 (10); Staudinger/Serr, 2018, AGG § 19 Rn. 36; verneinend Schwab DNotZ 2006, 649 (660); Warnecke DWW 2006, 268 (271).

¹⁸ Ernst JZ 2017, 1026 (1027); Kirn/Müller-Hengstenberg MMR 2004, 225 (228 f.).

des besonderen Diskriminierungspotentials, das einer automatisierten Entscheidungsfindung beikommt.¹⁹ In diesem Zusammenhang ist auch auf § 19 Abs. 2 AGG zu verweisen, der auch bei Mietverträgen anwendbar ist und eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft (vom Algorithmus ermittelt aus Herkunftsdaten oder dem Namen) verbietet.

2. Smart Contracts

Ein Smart Contract ist ein Programm, das manipulationssicher gespeichert ist und bei Eintritt bestimmter Bedingungen eine vorher festgelegte Maßnahme garantiert ausführt.²⁰ Durch diese über die sog. Blockchain realisierte Technologie²¹ können auch vertragliche Vereinbarungen in Form eines Source Codes niedergelegt werden.²² Als selbstvollziehende Verträge automatisieren sie die Erfüllung der Vertragspflichten.²³ Die Vorteile bei Dauerschuldverhältnissen liegen auf der Hand. Die Automatisierung bestimmter Vorgänge, insbes. in Verbindung mit Zahlungen in Kryptowährung steigert die Effizienz und sichert die Vertragserfüllung. Sicherlich sehr weitgehend ist dabei die Idee, die Wohnung mit smarten Türschlössern auszustatten und über einen als Smart Contract geschlossenen Mietvertrag sicherzustellen, dass sich die Türschlösser erst öffnen lassen, wenn die Miete auf dem Konto des Vermieters eingegangen ist.²⁴ Nahe liegen jedenfalls Szenarien der Vertragsanpassung, etwa die automatische Erstellung einer Mieterhöhungserklärung bei Anhebung des Mietspiegels oder nach einer gewissen Vertragsdauer.²⁵ Ob das in Zukunft realisiert wird, bleibt abzuwarten. Zu klären sind jedenfalls nicht nur mietrechtliche Fragen, sondern vor allem Probleme im Bereich der Rechtsgeschäftslehre, des AGB-Rechts und des Leistungsstörungenrechts.²⁶

C. Digitalisierung im laufenden Mietverhältnis

I. Einführung von Mieterportalen und Cloudlösungen

1. Funktionen von Mieterportalen

Im bestehenden Mietverhältnis bedeutet Digitalisierung des Vertragsverhältnisses vor allem eine Veränderung der Kommunikation. Sie erfolgt regelmäßig durch die Einführung von sog. Mieterportalen. Diese geben dem Mieter die Möglichkeit, über ein eigenes Zugangskonto auf bestimmte ver-

¹⁹ Vgl. *Ernst* JZ 2017, 1026 (1032); *Martini* JZ 2017, 1017 (1018).

²⁰ Vgl. die in Einzelheiten abweichenden Definitionen bei *Djazayeri* JurisPR-BKR 12/2016, Anm. 1; *Heckelmann* NJW 2018, 504; *Kaulartz/Heckmann* CR 2016, 618 f.; *Simmchen* MMR 2017, 162 (164); *Söbbing* ITRB 2018, 43 f.; krit. *Linardatos* K&R 2018, 85 (87).

²¹ Zur Funktionsweise s. *Blocher* AnwBl. 2016, 612 (615); *Djazayeri* JurisPR-BKR 12/2016, Anm. 1; *Kaulartz* CR 2016, 474 ff.; *ders.*, InTeR 2016, 201 (202 f.); *Kaulartz/Heckmann* CR 2016, 618 (619); *Linardatos* K&R 2018, 85 (86 f.); *Schrey/Thalhofer* NJW 2017, 1431 f.; *Simmchen* MMR 2017, 162 f.

²² *Djazayeri* JurisPR-BKR 12/2016, Anm. 1; *Simmchen* MMR 2017, 162 (164); *Wagner* BB 2017, 898 (901).

²³ *Djazayeri* JurisPR-BKR 12/2016, Anm. 1; *Fries* NJW 2016, 2860 (2862); *Wagner* BB 2017, 898 (901).

²⁴ Vgl. *Schrey/Thalhofer* NJW 2017, 1431; *Simmchen* MMR 2017, 162 (164); vgl. ferner *Kaulartz* InTeR 2016, 201 (203); *Kaulartz/Heckmann* CR 2016, 618; *Linardatos* K&R 2018, 85 (90) (Fahrsperr für Leasingfahrzeuge bei ausstehender Leasingrate).

²⁵ *Heckelmann* NJW 2018, 504 (505).

²⁶ Vgl. *Djazayeri* JurisPR-BKR 12/2016, Anm. 1; *Heckelmann* NJW 2018, 504 ff.; *Kaulartz* InTeR 2016, 201 (204 ff.); *Kaulartz/Heckmann* CR 2016, 618 (621 ff.); *Schrey/Thalhofer* NJW 2017, 1431 (1435 f.); *Simmchen* MMR 2017, 162 (164 ff.); *Söbbing* ITRB 2018, 43 (44 ff.).

tragsrelevante Daten, die auf dem Server des Vermieters oder in der Cloud gespeichert sind, zuzugreifen. Zudem eröffnen sie einen digitalen Kommunikationskanal für die Vertragsparteien; insbes. erhält der Mieter ein elektronisches Postfach. Weitere Funktionen, die angeboten werden, sind etwa Foren für die Mieter, digitale Aushänge oder ein Dialog des Mieters mit einem Chat-Bot des Vermieters. Der Zugriff erfolgt typischerweise über eine Webbrowser oder eine spezifische Software.

2. AGB-rechtlicher Benutzungszwang für Erklärungen und Mitteilungen

Ein durch AGB vereinbarter Benutzungszwang für Erklärungen und Mitteilungen der Mietvertragsparteien ist aus Effizienzgesichtspunkten wünschenswert, mit dem AGB-Recht aber nur bedingt zu vereinbaren.

a) Erklärungen und Mitteilungen des Mieters

Für Erklärungen und Mitteilungen des Mieters steht dem § 309 Nr. 13 Buchst. b) und c) BGB entgegen, wenn der Mieter Verbraucher ist. Mit einer solchen Klausel würde der Vermieter eine strengere Form als die Textform vorschreiben, da für deren Einhaltung jeder dauerhafte Datenträger genügen würde.²⁷ Es handelt es sich außerdem ein besonderes Zugangserfordernis, da der für den Zugang von Willenserklärungen maßgebliche Machtbereich des Vermieters auf das Mieterportal eingeschränkt wird.²⁸ Bei Verwendung gegenüber Unternehmern bestehen weniger Bedenken, da § 309 Nr. BGB keine Indizwirkung hat.²⁹

b) Erklärungen und Mitteilungen des Vermieters

§ 309 Nr. 13 BGB gilt nicht für Erklärungen und Mitteilungen des Vermieters. Behält der Vermieter sich vor, hierfür ausschließlich das Portal zu verwenden, ist die Klausel unwirksam, wenn sie auch Erklärungen erfasst, bei denen gesetzliche Zugangs- oder Formanforderungen nicht eingehalten werden können (insb. die Schriftform gem. § 126 BGB). Klauseln, die solche Erklärungen herausnehmen, können gleichwohl überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB sein. Zwar sind solche Klauseln nicht per se ungewöhnlich, da es in anderen Branchen schon länger Kundenportale (z.B. Versicherungen, Banken, Energieversorger, Telekommunikationsunternehmen) gibt und insbes. Banken sich regelmäßig vorbehalten, rechtserhebliche Erklärungen nur noch in das elektronische Kundenpostfach einzustellen. Bei Mietverträgen gehören sie aber noch nicht zum Standardprogramm. Zur Vermeidung einer Nichteinbeziehung ist daher eine entsprechende sprachliche und optische Gestaltung der Klausel ratsam. Dabei ist darauf zu achten, dass insbesondere die Berechtigung des Ver-

²⁷ Vgl. BeckOGK/Weiler, 1.2.2018, BGB § 309 Nr. 13 Rn. 48.

²⁸ Vgl. BeckOGK/Weiler, 1.2.2018, BGB § 309 Nr. 13 Rn. 57.

²⁹ BeckOGK/Weiler, 1.2.2018, BGB § 309 Nr. 13 Rn. 63; BeckOK BGB/Becker, 44. Ed. 15.6.2017, § 309 Nr. 13 Rn. 12; Ulmer/Brander/Hensen/Habersack, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 13 Rn. 12; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 309 Nr. 13 Rn. 70.

mieters, vertragsrelevante Erklärungen in das Postfach des Mieters einzustellen, hinreichend hervorgehoben wird.³⁰

Aus dem Blickwinkel des § 307 Abs. 1 BGB ist zu bedenken, dass der Mieter durch eine solche Klausel gezwungen wird, aktiv an ihn gerichtete Erklärungen und Mitteilungen abzurufen.³¹ Das setzt technische Vorkehrungen und die persönliche Fähigkeit zum Umgang mit solchen Portalen voraus. Diese können von Unternehmern sicherlich erwartet werden; gleiches gilt für Verbraucher, die den Mietvertrag über eine digitale Plattform geschlossen haben. Sonst aber kann nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Mieter zur Portalnutzung in der Lage ist. Das daraus folgende Risiko eines Erklärungszugangs ohne tatsächliche Kenntnisnahme darf dem Mieter nicht zugewiesen werden, da die Fähigkeit und Bereitschaft zur Internetnutzung zum Gebrauch einer Wohnung nicht erforderlich ist und das Mieterportal auf die Initiative des Vermieters zurückgeht. Hier liegen die Dinge anders als beim Online-Banking, für das der Kunde sich aktiv entschieden hat, sodass von ihm auch die Fähigkeit zum Umgang damit erwartet werden kann. Es empfiehlt sich daher eine Einschränkung der Klausel dahingehend, dass sich der Vermieter vor der erstmaligen Benutzung auf konventionellem Wege (brieflicher oder persönlicher Kontakt) davon versichern wird, dass der fragliche Mieter zur Nutzung des Portals technisch und persönlich auch in der Lage ist und er die Nutzung des Portals für die Zustellung rechtlich bedeutsamer Erklärungen und Mitteilungen unterlassen wird, wenn die Anfrage unterblieben oder die Antwort negativ ausgefallen ist. Hierdurch wird letztendlich das individuelle Einverständnis des Mieters eingeholt. Darin liegt auch der wohl einzig gangbare Weg bei Bestandsmietern.

II. Pflichten des Vermieters bei Mieterportalen

Den Vermieter können als Betreiber eines Mieterportals Pflichten aus dem TMG treffen.³² Es handelt sich um einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG und damit um Telemedien. Da typischerweise auch Inhalte (Objekt- oder Vertragsinformationen) zur Verfügung gestellt werden, greift die für Telekommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG greifende Ausnahme nicht. Auch dürfte kein ebenfalls ausgenommener telekommunikationsgestützter Dienst i.S.d. § 3 Nr. 25 TKG vorliegen, weil die Inhaltsleistung nicht allein während der Telekommunikationsverbindung erfüllt wird.

Von den in § 13 TMG geregelten Pflichten des Diensteanbieters hervorzugehen ist die Pflicht zur Unterrichtung über Art, Umfang und Zweck der Datenerhebung und Verwendung personenbezogener Daten (§ 13 Abs. 1 TMG) und zur Schaffung bestimmter technischer und organisatorischer Vorkehrungen (§ 13 Abs. 4 TMG). Für geschäftsmäßig angebotene Telemedien gelten zusätzliche IT-Sicherheitspflichten (§ 13 Abs. 7 TMG) zur Verhinderung unerlaubter Zugriffe, Verletzungen

³⁰ Vgl. *Heckmann* CR 2016, 684 (690).

³¹ Vgl. *Heckmann* CR 2016, 684 (685): Umwandlung einer Bringschuld in eine Holschuld.

³² Vgl. allg. zu Portalen *Heckmann* CR 2016, 684 (690).

des Schutzes personenbezogener Daten und Störungen. Für die Geschäftsmäßigkeit genügt es, dass das Angebot auf einer planmäßigen und dauerhaften Tätigkeit beruht.³³ Ein Entgelt ist nicht erforderlich.³⁴ Es handelt sich auch nicht um ein nicht-kommerzielles Angebot durch Private, das nicht erfasst sein soll.³⁵ So dürfte es jedenfalls liegen, wenn der Vermieter Unternehmer ist und das Mieterportal damit im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit anbietet.

Zu den telemedienrechtlichen Pflichten treten mietvertragliche Schutzpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB,³⁶ die durch § 13 TMG konkretisiert werden.³⁷ Unabhängig von der Anwendbarkeit des TMG schuldet der Vermieter jedenfalls gewisse Vorkehrungen, um sensible Daten des Mieters vor einem Missbrauch zu schützen und die Portalkommunikation so auszugestalten, dass geschützte Güter des Mieters nicht gefährdet werden.

III. Erklärungen und Mitteilungen im Mietverhältnis

1. Zugang von Willenserklärungen

a) Anforderungen an den Zugang

Erklärungen, die der Vermieter über das Mieterportal an den Mieter richtet, sind, soweit sie zugangsbedürftig sind, als Erklärungen unter Abwesenden zu qualifizieren, sofern sie – was die Regel sein dürfte – in einem auf dem Mieterportal eingerichteten elektronischen Postfach abgelegt werden.³⁸ Es handelt sich um verkörperte Erklärungen, da eine Speicherung im Postfach und damit auf einem Datenträger erfolgt und der Mieter die Erklärung von dort abrufen kann.³⁹ Für den Zugang nach § 130 Abs. 1 BGB ist daher erforderlich, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist.⁴⁰ Zugang tritt dann in dem Zeitpunkt ein, in dem unter normalen Umständen mit einer Kenntnisnahme durch den Empfänger zu rechnen ist.⁴¹ Aus diesen Anforderungen ergeben sich drei Fragen: Ist das Mieterportal bzw. das dort eingerichtete Postfach eine Empfangsvorrichtung des Mieters (b), gehört das Mieterportal zu seinem Machtbereich (c) und zu welchem Zeitpunkt besteht die Möglichkeit der Kenntnisnahme (d)? Besonderheiten ergeben sich bei Mietermehrheiten (e).

b) Empfangsvorrichtung des Mieters

Empfangsvorrichtungen sind technische Einrichtungen, die der Empfänger der Empfangnahme von rechtserheblichen Erklärungen gewidmet hat. Bei einem Mieterportal kann die Widmung nicht einseitig durch den Vermieter erfolgen, da sich mit jeder weiteren Empfangsvorrichtung der Macht-

³³ BT-Drs. 18/4096, 34.

³⁴ Plath/Hullen/Roggenkamp, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, TMG § 13 Rn. 43b; *Djeffal* MMR 2015, 716 (718).

³⁵ BT-Drs. 18/4096, 34.

³⁶ Allg. *Heckmann* CR 2016, 684 (690).

³⁷ Vgl. zu § 13 Abs. 7 TMG *Djeffal* MMR 2015, 7416 (719).

³⁸ Allg. *Heckmann* CR 2016, 684 (687); *Thalmair* NJW 2011, 14; *Zahrte* BKR 2017, 279 (280).

³⁹ *Thalmair* NJW 2011, 14.

⁴⁰ Statt aller Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 5.

⁴¹ Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 5.

und damit auch der Verantwortungsbereich des Mieters vergrößert.⁴² Erforderlich ist eine vertragliche Übereinkunft bzw. das Einverständnis des Mieters.⁴³ Aus Praxissicht wird dabei regelmäßig nur eine durch AGB erfolgte Zustimmung in Betracht kommen. Zumindest aus Transparenzgründen (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) ist es hierfür erforderlich, dass die Klausel tatsächlich auch eine Zustimmungserklärung enthält; die bloße Erlaubnis des Vermieters, Erklärungen in das elektronische Postfach des Mieters einzulegen, genügt nicht.

Es bleibt die Frage, ob die Klausel der Inhaltskontrolle standhält.⁴⁴ § 308 Nr. 5 BGB steht dem nicht entgegen, weil die Klausel keine Zustimmung fingiert, sondern selbst enthält.⁴⁵ Das schließt die Möglichkeit einer unangemessenen Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) aber nicht aus. Für elektronische Bankpostfächer wird von der AGB-rechtlichen Wirksamkeit ausgegangen.⁴⁶ Das ist richtig, weil der Kunde ein Online-Banking-Angebot nutzen will oder er zuvor den Wunsch nach der Einrichtung eines elektronischen Postfachs geäußert hat. So liegen die Dinge bei Mietverträgen jedoch regelmäßig nicht. Weder handelt es sich um einen Vertrag, bei dem die Leistungen online erbracht werden noch ist ein elektronisches Postfach erforderlich. Die Erweiterung des Machtbereichs ist für den Mieter mit dem Nachteil verbunden ist, dass er ihn zusätzlich überwachen muss. Unabhängig von der Frage des Zugangszeitpunkts ist es bei einem Mietvertrag, bei dem eher selten Erklärungen des Vermieters erfolgen, eine regelmäßige Überwachung dieses gleichsam aufgedrängten Postfachs nicht zumutbar. Erforderlich ist daher die in der Klausel übernommene Verpflichtung, den Mieter vor der Einstellung einer Erklärung oder Mitteilung in das Postfach zu informieren, etwa postalisch oder, soweit der Mieter seine Adresse dem Vermieter offenbart hat, auch per E-Mail.

c) Machtbereich des Mieters

Aus der Widmung durch den Mieter folgt nicht zwingend, dass diese Empfangsvorrichtung auch Teil seines Machtbereichs ist. Für den räumlichen Machtbereich wird verlangt, dass andere vom Zugriff ausgeschlossen sind und eine unbeschränkte Zugriffsmöglichkeit des Empfängers besteht.⁴⁷ Übertragen auf ein Mieterportal setzt das ein dezidiertes, durch Login und Passwort abgesichertes Postfach für den Mieter voraus, um andere vom Zugriff und einer Veränderung der Erklärung auszuschließen. Auch bei einer solchen Absicherung bleibt es aber dabei, dass die Erklärung typischerweise auf einem Server gespeichert wird, der außerhalb des Machtbereichs des Mieters liegt. Unter Hinweis darauf wurde für ein Kunden-Portal eines Telekommunikationsunternehmers angenommen, die im Postfach des Kunden abgelegte Rechnung sei noch nicht zugegangen.⁴⁸ Das steht

⁴² Vgl. *Thalmair* NJW 2011, 14 (15); *Zahrte* BKR 2017, 279 (281).

⁴³ Vgl. *Heckmann* CR 2016, 684; *Thalmair* NJW 2011, 14 (15); *Zahrte* BKR 2017, 279 (281).

⁴⁴ Allgemein bejahend *BeckOGK/Gomille*, Stand 1.2.2018, BGB § 130 Rn. 58.1; krit. *Janal* MDR 2006, 368 (371 f.).

⁴⁵ Vgl. allg. *BeckOGK/Weiler*, 1.1.2018, BGB § 308 Nr. 5 Rn. 67.

⁴⁶ LG Berlin WM 2010, 1121 (1122); *Zahrte* BKR 2017, 279 (281).

⁴⁷ *BeckOGK/Gomille*, 1.2.2018, BGB § 130 Rn. 49.

⁴⁸ OLG Düsseldorf MMR 2015, 472 (474).

im Widerspruch zur Einordnung des Zugangs von E-Mails.⁴⁹ Hier wird ganz überwiegend und zutreffend angenommen, auch in Fällen, in denen der Eingangsserver nicht vom Empfänger, sondern einem Provider betrieben werde, gehöre das E-Mail-Postfach zum Machtbereich des Empfängers.⁵⁰ Für die Zuordnung zum Machtbereich genügt es, dass Dritte einschließlich des Serverbetreibers unter normalen Umständen nicht zugreifen können. Allein die Möglichkeit einer Umgehung des Zugangsschutzes hindert diese Zuordnung nicht – sonst müsste beispielsweise auch verlangt werden, dass Hausbriefkästen so ausgestaltet sind, dass Dritte nicht hineingreifen oder den Briefkasten gar abmontieren können.

Die Zuordnung zum Machtbereich des Mieters steht in Frage, wenn der Vermieter die Möglichkeit hat, die Erklärung zu löschen – etwa nachdem sie vom Mieter zur Kenntnis genommen oder auf einem anderen Medium abgespeichert wurde.⁵¹ Zwar stellt die Löschung den bereits erfolgten Zugang als solchen nicht in Frage. Kennzeichen des Machtbereichs ist aber, dass der Empfänger andere vom Zugriff auf die Empfangseinrichtung ausschließen kann. An dieser Ausschlussbefugnis fehlt es, wenn er eine Löschung der von ihm in der Empfangseinrichtung belassenen Erklärung ohne oder gegen seinen Willen hinnehmen müsste. Eine Löschungsmöglichkeit ohne Zustimmung des Mieters muss daher technisch ausgeschlossen sein; andernfalls gehört das Postfach nicht zu seinem Machtbereich. Vor Ablauf des Mietverhältnisses ist auch kein Interesse des Vermieters erkennbar, eine Erklärung zu löschen. Speicherprobleme sind angesichts des üblichen Dateiumfanges, den Erklärungen in einem Mietverhältnis haben, nicht zu erwarten.⁵² Zudem obliegt es dem Vermieter, für ausreichende Speicherkapazität zu sorgen. Scheitert die Speicherung an einer Erschöpfung des Speicherplatzes, ist das – anders als bei E-Mail-Postfächern – dem Vermieter zuzurechnen, da er in seinem Interesse ein Mieterportal verwendet.⁵³

Kennzeichen des Machtbereichs ist es schließlich auch, dass der Empfänger die Möglichkeit hat, die eingegangene Erklärung aus der Empfangsvorrichtung zu entnehmen. Der Vermieter muss daher technisch sicherstellen, dass der Mieter während des laufenden Mietverhältnisses die Möglichkeit hat, eingegangene Erklärung selbst zu löschen oder auf anderen Medien zu speichern.⁵⁴

d) Zeitpunkt des Zugangs beim Mieter

Nach allgemeinen Grundsätzen geht die Erklärung zu dem Zeitpunkt zu, in dem unter normalen Umständen mit ihrer Kenntnisnahme zu rechnen ist.⁵⁵ Anders als bei E-Mails ist bei einem Portal nicht zu erwarten, dass der Vertragspartner sein dortiges Postfach regelmäßig oder gar täglich über-

⁴⁹ *Rumpf/Wirth* IR 2015, 94.

⁵⁰ *BeckOGK/Gomille*, 1.2.2018, BGB § 130 Rn. 58; *MüKoBGB/Einsele*, § 130 Rn. 18; *Palandt/Grüneberg*, § 130 Rn. 7a; *Dörner AcP* 202 (2002), 363 (366 f.).

⁵¹ A. A. für Bankpostfächer *Zahrte* BKR 2017, 279 (281).

⁵² A. A. für Bankpostfächer *Zahrte* BKR 2017, 279 (281).

⁵³ Ebenso für Bankpostfächer *Zahrte* BKR 2017, 279 (281).

⁵⁴ *Janal* MDR 2006, 368 (372).

⁵⁵ *Palandt/Ellenberger*, § 130 Rn. 5.

prüft.⁵⁶ Das gilt insbesondere für Mieterportale, da im Mietverhältnis der Zugang von Erklärungen des Vermieters ein eher seltenes Ereignis darstellt. Anders als bei Bankverträgen, bei denen es periodische Abrechnungsinformationen gibt, lässt sich bei Mietverträgen auch kein Intervall bestimmen, in dem vom Mieter die Kenntnisnahme erwartet werden kann. Deshalb sind Klauseln, die den Mieter zu einer regelmäßigen Kontrolle verpflichten, problematisch, wenn sie unangemessen kurze Intervalle setzen.

Wie dargelegt, ist die formularmäßige Zustimmung des Mieters nur wirksam, wenn der Vermieter die Verpflichtung übernommen hat, den Mieter bei Einstellung einer Erklärung in das Postfach zu informieren. Mit Zugang dieser Nachricht erhält der Mieter aber noch keine Kenntnis vom Inhalt der im Postfach abgelegten Erklärung. Von einem Verbraucher kann auch nicht erwartet werden, dass er am gleichen Tag, an dem ihm die Benachrichtigung zugegangen ist, das Portal aufruft, um die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen.⁵⁷ Unter normalen Umständen kann aber ein Abruf am nächsten Werktag erwartet werden.⁵⁸ Bei Unternehmern kann auf den Tag des Zugangs der Benachrichtigung abgestellt werden, sodass die Erklärung spätestens am Schluss desselben Geschäftstages zugeht.⁵⁹

e) Zugang bei Personenmehrheiten

Bei einer Mietermehrheit müssen an sie gerichtete Willenserklärungen jedem einzelnen der Mieter zugehen.⁶⁰ Vorbehaltlich einer Empfangsvollmacht muss die Erklärung in den jeweiligen Machtbereich gelangen. Bei der Wohnungsmiete wird aber angenommen, die Mitmieter seien, solange sie gemeinsam in der Wohnung leben, untereinander Empfangsboten; deshalb genüge es, wenn die Erklärung in den Briefkasten eingeworfen oder einem der Mieter übergeben werde.⁶¹ Analog dazu genügt die Einrichtung eines elektronischen Postfachs für die gesamte Mietergemeinschaft, sofern alle Mieter Zugriff haben und solange sie noch gemeinsam in der Wohnung leben. Zugang tritt für alle ein, sobald einer der Mieter die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Zieht allerdings einer der Mieter aus, ohne aus dem Vertrag auszuschneiden, entfällt das räumliche und persönliche Näheverhältnis, das die Annahme einer gegenseitigen Empfangsbotenschaft rechtfertigt.⁶² Daraus entstehenden Zugangsproblemen kann durch die gesonderte Einrichtung von Mieter-Postfächern für jeden der Mieter begegnet werden. Das hat allerdings auch den Wegfall der Empfangsbotenschaft für Erklärungen im Mietverhältnis zur Konsequenz. Denn Empfangsbote ist, wer vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen bestellt worden ist oder nach der Verkehrsanschauung als bestellt wor-

⁵⁶ Heckmann CR 2016, 684 (688); Thalmair NJW 2011, 14 (17).

⁵⁷ AA Thalmair NJW 2011, 14 (17).

⁵⁸ Für Bankpostfächer Zahrtte BKR 2017, 279 (282); etwas großzügiger (nächster Kalendertag) Heckmann CR 2016, 684 (688).

⁵⁹ Heckmann CR 2016, 684 (688); Thalmair NJW 2011, 14 (17).

⁶⁰ BGH NJW 1997, 3437 (3439).

⁶¹ BGH NJW 1997, 3437 (3439); Palandt/Ellenberger § 130 Rn. 9; Streyll NZM 2011, 377 (384).

⁶² BGH NJW 1997, 3437 (3439).

den anzusehen ist.⁶³ Stimmen die Mieter indessen im Mietvertrag der Einrichtung gesonderter Postfächer zu, dann eröffnen sie damit gesonderte Kommunikationskanäle und dürfen erwarten, dass diese entsprechend genutzt werden. Es fehlt dann folglich auch nach der Verkehrsanschauung an einer Bestellung der jeweils anderen Mieter.

2. Einhaltung von Schriftform und elektronischer Form

Die Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB können durch eine Erklärung über das Mieterportal nicht eingehalten werden; eine Kündigung des Wohnraummietvertrages ist also nicht möglich (§ 568 Abs. 1 BGB). Auch die Einstellung eines unterschriebenen und eingescannten Schreibens in das Mieter-Postfach genügt bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht, da der Zugang der formgerecht errichteten Originalurkunde erforderlich ist.⁶⁴

In allen Fällen, in denen das Mietrecht die Einhaltung der Schriftform vorsieht, ist die Ersetzung durch die elektronische Form gem. § 126a Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen. Sie kann auch in einem Mieterportal eingehalten werden, weil sie nur ein elektronisches Dokument erfordert. Allerdings erfordert die Ersetzung der Schriftform nach wohl h.M. das Einverständnis des Empfängers.⁶⁵ Dafür mag im unternehmerischen Verkehr genügen, dass die Vertragsparteien ihren Geschäftsverkehr elektronisch abwickeln.⁶⁶ Bei Wohnraummietverhältnissen genügt die Zustimmung des Mieters zur Nutzung des Portals jedenfalls nicht, da Verbraucher als Empfänger von Willenserklärungen bislang kaum einmal mit einem elektronisch signierten Dokument in Berührung kommen.⁶⁷ Wird mit der Gegenauffassung das Einverständnis für die Ersetzung nicht für notwendig erachtet, verlagert sich die Problematik auf den Zugang.⁶⁸ Unter normalen Umständen ist der Verbraucher jedoch nicht in der Lage, die elektronisch signierte Erklärungen zur Kenntnis zu nehmen, da hierzu auch die Verifizierung der Unterschrift gehört und die dafür erforderlichen Vorrichtungen nicht bereitgehalten werden.⁶⁹ Soweit diese aber vom Vermieter softwareseitig über das Vermieterportal zur Verfügung gestellt werden können, kann die elektronische Form gewahrt werden.⁷⁰

3. Erklärungen in Textform

Für die Textform genügt nach § 126b S. 1 BGB die Abgabe einer lesbaren Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger, wenn die Person des Erklärenden genannt ist.

⁶³ Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 9.

⁶⁴ BGH NJW 2006, 681 (682); BeckOGK/*Gomille*, 1.2.2018, BGB § 130 Rn. 90; MüKoBGB/*Einsele* § 130 Rn. 33; Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 10.

⁶⁵ Erman/*Arnold*, 15. Aufl. 2017, § 126a Rn. 8; NK-BGB/*Noack/Kremer*, 3. Aufl. 2016, § 126 Rn. 56; Palandt/*Ellenberger* § 126a Rn. 6; Staudinger/*Hertel*, 2017, § 126 Rn. 167; *Roßnagel* NJW 2001, 1817 (1825); *Steinbeck DSrR* 2003, 644 (645); aA BeckOGK/*Hecht*, 1.1.2018, BGB § 126 Rn. 74; BeckOK BGB/*Wendtland*, 44. Ed. 1.11.2017, § 126 Rn. 12; MüKoBGB/*Einsele*, § 126 Rn. 28.

⁶⁶ NK-BGB/*Noack/Kremer*, § 126 Rn. 58; Palandt/*Ellenberger*, § 126 Rn. 6.

⁶⁷ Allgemein in diese Richtung NK-BGB/*Noack/Kremer*, § 126 Rn. 59; *Steinbeck DSrR* 2003, 644 (645).

⁶⁸ BeckOGK/*Hecht*, 1.1.2018, BGB § 126 Rn. 74; BeckOK BGB/*Wendtland*, 44. Ed. 1.11.2017, § 126 Rn. 12; MüKoBGB/*Einsele*, § 126 Rn. 28.

⁶⁹ BeckOGK/*Hecht*, 1.1.2018, BGB § 126 Rn. 74; BeckOK BGB/*Wendtland*, 44. Ed. 1.11.2017, § 126 Rn. 12.

⁷⁰ Vgl. BeckOGK/*Hecht*, 1.1.2018, BGB § 126 Rn. 74.

a) Lesbare Erklärung

Der Empfänger muss die Erklärung unmittelbar lesen können, wenn auch mit Hilfe eines Anzeige-
programms.⁷¹ Das Anzeigeprogramm muss nicht Teil des Mieterportals sein, da vom Empfänger
erwartet werden kann, dass er die Standarddateiformate lesen kann.⁷² Umgekehrt genügt es nicht,
dass der Mieter sie nur mit Hilfe einer vom Vermieter im Portal installierten speziellen Software le-
sen kann, denn die Wiedergabe muss dem Mieter auch unabhängig vom Portal möglich sein.

b) Dauerhafter Datenträger

aa) Begriff

Ein dauerhafter Datenträger ist nach § 126b S. 2 BGB jedes Medium, das es dem Empfänger er-
möglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzube-
wahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums
zugänglich ist; außerdem muss das Medium geeignet sein, die Erklärung unverändert wiederzuge-
ben. Diese Definition stellt das Speichermedium, das die Erklärung trägt, in den Mittelpunkt. Bei
Erklärungen in elektronischen Postfächern wird die Erklärung zwar unverkörperpert übertragen, dann
aber auf einem Speichermedium abgespeichert. Die von § 126a S. 2 BGB gestellten Anforderungen
müssen daher von jenem Medium erfüllt werden, auf dem die Software des Mieterportals die Erklä-
rung für den Empfänger speichert. Das wird typischerweise eine Festplatte sein, die sich entweder
in einem vom Vermieter betriebenen Server befindet oder im Server eines Drittanbieters.

bb) Möglichkeit der Speicherung

In beiden Varianten muss die Speicherung so ausgeführt werden, dass der Empfänger die Erklärung
aufbewahren oder speichern kann. Ein tatsächliches Speichern oder Ausdrucken ist nicht erforder-
lich.⁷³ Der Vermieter muss dem Mieter aber die Möglichkeit geben, die elektronische Erklärung
dauerhaft zu speichern. Nach dem Wortlaut des § 126a S. 2 Nr. 1 BGB muss diese Speichermög-
lichkeit nicht auf dem gleichen Datenträger, auf dem die Erklärung abgegeben wurde, bestehen.
Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich aber, das Postfach so zu gestalten, dass der
Mieter einerseits die Erklärung dort dauerhaft belassen kann, andererseits aber eine Funktion zur
Abspeicherung auf einem anderen Datenträger hat.

Die Vorschrift legt nicht unmittelbar fest, wie lange die Speichermöglichkeit angeboten werden
muss. Da die Speicherung aber so erfolgen muss, dass die Erklärung dem Empfänger für einen an-
gemessenen Zeitraum zugänglich ist, darf die Möglichkeit der Speicherung nicht vorher entfallen.
Die Angemessenheit richtet sich nach der Art der Erklärung und des Schuldverhältnisses. Ob all-

⁷¹ BeckOGK/Primaczenko/Frohn, BGB § 126b Rn. 10; Palandt/Ellenberger, § 126b Rn. 3.

⁷² BeckOK BGB/Wendtland, 44. Ed. 1.11.2017, § 126b Rn. 4; Staudinger/Hertel, 2017, § 126b Rn. 28.

⁷³ BeckOGK/Primaczenko/Frohn, BGB § 126b Rn. 16; MüKoBGB/Einsele, § 126b Rn. 6; Staudinger/Hertel, 2017, § 126b Rn. 28.

gemein eine Speicherung bis zur vollständigen Abwicklung des Rechtsgeschäfts erforderlich ist,⁷⁴ scheint mit Blick auf durchaus langlebige Mietverhältnisse zweifelhaft.⁷⁵ Es sollte danach unterschieden werden, ob es sich um eine Erklärung mit Bedeutung für die gesamte Laufzeit handelt oder ob sie nur einen zeitlich begrenzten Aspekt, wie z.B. einen der Verjährung unterliegenden Anspruch im laufenden Mietverhältnis betrifft. In letzterem Fall genügt eine Speicher- und Abrufmöglichkeit bis zum Ablauf der Verjährungsfrist.

cc) Unveränderte Wiedergabe

Probleme bereitet das Erfordernis der unveränderten Wiedergabe, da der Datenträger, auf dem die Erklärung zugeht, sich nicht in der alleinigen Herrschaftssphäre des Empfängers befindet (wie z.B. nach der Übergabe einer Erklärung auf CD-ROM oder USB-Sticks), sondern auf einem Speichermedium im Herrschaftsbereich des Erklärenden oder eines dritten Dienstleisters. Der Empfänger kann daher auch bei der notwendigen Absicherung durch Benutzername und Passwort nicht vollständig sicher sein, dass es nicht zu einem verändernden Zugriff durch den Vermieter oder Serverbetreiber kommt.

Ob ein Schutz durch Login und Passwort genügt, ist nach dem Stand der Rechtsprechung nicht ganz sicher. Für Art. 2 Nr. 12 der Versicherungsvermittlungs-Richtlinie 2002/92/EG, der eine Definition des dauerhaften Datenträgers enthält, die derjenigen des § 126b S. 2 BGB sehr ähnlich ist, hat der EFTA-Gerichtshof angenommen, das Kriterium der unveränderten Wiedergabe sei erfüllt, wenn die Mitteilung in einen sicheren Speicherbereich des einzelnen Nutzers, der mittels Benutzername und Passwort gesichert ist, abgelegt wird (sog. fortgeschrittene Webseite).⁷⁶ Hieraus ist der Schluss gezogen worden, entsprechend gestaltete Postfächer auf Kunden-Portalen seien dauerhafte Datenträger.⁷⁷ Der EuGH zeigt sich indessen zurückhaltender. Für die fast gleichlautende Definition in Art. 4 Nr. 25 Zahlungsdienst-Richtlinie 2007/64/EG hat er zwar festgehalten, bestimmte Websites seien als dauerhafter Datenträger anzusehen. Dafür müsse aber jede Möglichkeit der einseitigen Änderung ihres Inhalts durch den Zahlungsdienstleister oder durch einen mit der Verwaltung der Website betrauten Administrator ausgeschlossen sein.⁷⁸ Nimmt man den EuGH beim Wort, dann muss jeder Zugriff des Empfängers oder eines Dritten unmöglich sein. Das ist technisch nicht oder allenfalls mit hohem Aufwand zu realisieren. Da der EuGH aber auch erklärt hat, die Speicherung auf einem vom Erklärenden betriebenen Server sei nicht generell ungeeignet, wird man seine Formulierung, eine Änderung des Inhalts müsse ausgeschlossen sein, wohl nicht in strengsten Sinne zu verstehen müssen.

⁷⁴ Dafür BeckOK BGB/Wendtland, 44. Ed. 1.11.2017, § 126b Rn. 12; NK-BGB/Noack/Kremer, § 126b Rn. 19.

⁷⁵ A. A. wohl NK-BGB/Noack/Kremer, § 126b Rn. 19 (Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen ist zu beachten).

⁷⁶ EFTA-Gerichtshof GRUR Int 2010, 327 Rn. 66.

⁷⁷ Baudenbacher/Haas GRUR Int 2015, 519 (528); Reiff ZJS 2012, 432 (435); Thalmeier NJW 2011, 14 (19); Zahrtke BKR 2017, 279 (280).

⁷⁸ EuGH NJW 2017, 871 Rn. 44 – BAWAG/VKI.

Dafür spricht, dass der EuGH selbst auf Erwägungsgrund 24 der RL 2007/64/EG hingewiesen hat, in dem als Beispiel für einen dauerhaften Datenträger auch PC-Festplattenlaufwerke, auf denen elektronische Post gespeichert werden kann, genannt sind. Die Zusendung per E-Mail erfüllt damit das Kriterium des dauerhaften Datenspeichers. Das wird bestätigt durch Erwägungsgrund 34 der Verbraucherrechterichtlinie 2011/23/EU, auf der die 2014 erfolgte Neufassung des § 126b BGB beruht. Danach gehören zu dauerhaften Datenträgern auch E-Mails. Es wird also nicht einmal mehr auf die Speicherung auf einem Medium abgestellt. Folglich erfüllt eine E-Mail die Anforderungen des § 126b BGB.⁷⁹ Da aber E-Mail-Empfangsserver ganz überwiegend nicht von den Empfängern, sondern Providern betrieben werden, stellt die Speicherung auf einem Datenträger außerhalb des Herrschaftsbereichs des Empfängers das Vorliegen eines dauerhaften Datenträgers nicht generell in Frage. Das lässt jedenfalls den Schluss zu, dass die technisch kaum ausschließbare Veränderungsmöglichkeit durch den Serverprovider nicht genügend ist, um die Eignung zur unveränderten Wiedergabe zu verneinen. Ebenso liegt es bei der Nutzung eines Mieterportals, das von einem Serviceanbieter betrieben wird. Ein darin eingerichtetes Postfach genügt den Anforderungen, weil keine Unterschiede zur E-Mail bestehen, die gemeinhin für genügend gehalten wird.⁸⁰

Nichts anders gilt aber auch bei einem Betrieb des Mieter-Postfachs auf einem Server des Vermieters. Genügend ist eine Sicherung durch Benutzernamen und Passwort.⁸¹ Denn will der Vermieter trotz dieser Schutzmaßnahmen auf die Erklärung zugreifen, muss er letztlich kriminelle Energie an den Tag legen. Diese kann nicht ausgeschlossen werden, aber sie ist auch nicht zu erwarten. Deshalb genügt es, dass dem Vermieter der Zugriff technisch so erschwert ist, dass er unter normalen Umständen nicht durchgeführt werden kann. Das setzt allerdings voraus, das Passwort verschlüsselt auf dem Server des Vermieters abgelegt wird und ihm daher nicht zugänglich ist. Angesichts des Umstands, dass der EuGH zumindest bestimmte Websites für geeignet zur unveränderten Wiedergabe hält, dürfen die Anforderungen an die technischen Schutzmaßnahmen jedenfalls nicht so hoch angesetzt werden, dass es dem Portalbetreiber faktisch (aufgrund technischer Schwierigkeiten oder unangemessen hoher Kosten) unmöglich ist, dieses als dauerhaften Datenträger auszugestalten.⁸² Die bloße vertragliche Verpflichtung des Vermieters, nach Einstellung in das Postfach keine Änderungen am Dokument mehr vorzunehmen, genügt aber nicht.⁸³ Eine solche Rechtspflicht kann ohne Weiteres gebrochen werden. Sinnvoll ist aber die Übernahme dieser Pflicht zusätzlich zur technischen Absicherung. Freilich bleibt ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit zu konzedieren; vor-

⁷⁹ BT-Drs. 17/12637, 44; BGH NJW 2014, 2857 Rn. 19; BeckOK BGB/Wendtland, 44. Ed. 1.11.2017, § 126b Rn. 9; Erman/Arnold, § 126b Rn. 6; NK-BGB/Noack/Kremer, § 126b Rn. 18; Staudinger/Hertel, 2017, § 126b Rn. 27.

⁸⁰ Ebenso Kremer/Schmidt CR 2014, 228 (230).

⁸¹ Erman/Arnold, § 126b Rn. 7; Hoeren/Sieber/Holznapel/Föhlisch, Handbuch Multimedia-Recht, 45. EL Juli 2017, Teil 13.4 Rn. 238; Baudenbacher/Haas GRUR Int 2015, 519 (528); Janal MDR 2006, 368 (372); Reiff ZJS 2012, 432 (435); Thalmair NJW 2011, 14 (19); vgl. auch BGH NJW 2014, 2857 Rn. 25; aA wohl Haas GRUR Int 2018, 217 (219).

⁸² In diese Richtung auch Zahrte BKR 2017, 279 (280); strenger Heckmann/Kaspereit NJW 2017, 873.

⁸³ Vgl. Heckmann/Kaspereit NJW 2017, 873.

sichtige Unternehmen mögen daher davon absehen, Erklärungen, die der Textform bedürfen, nur in das elektronische Postfach des Mieters einzustellen.⁸⁴

4. Betriebskostenabrechnungen

a) Preisgebundener Wohnraum

Bei preisgebundenem Wohnraum muss die nach § 566 Abs. 3 BGB erforderliche Betriebskostenabrechnung gem. §§ 20 Abs. 4, 4 Abs. 7 S. 1, 8 S. 1 NMV, 10 Abs. 1 S. 1 WoBindG schriftlich erfolgen.⁸⁵ Der BGH und Teile des Schrifttums verstehen § 10 Abs. 1 S. 1 WoBindG als Norm, die die Schriftform des § 126 BGB vorschreibt.⁸⁶ Danach bedarf es einer Urkunde mit eigenhändiger Namensunterschrift.⁸⁷ Andere scheinen die Norm hingegen so zu verstehen, dass lediglich eine eigenhändige Unterschrift erforderlich ist.⁸⁸ Auf den ersten Blick scheint dies keine Bedeutung zu haben, da das Erfordernis der eigenhändigen Namensunterschrift in einem Mieterportal ohnehin nicht eingehalten werden kann. Nach § 10 Abs. 1 S. 5 WoBindG bedarf es jedoch der eigenhändigen Unterschrift nicht, wenn der Vermieter die Abrechnung mit Hilfe einer automatischen Einrichtung gefertigt hat. Gemeint sind damit Programme, die die Abrechnung vornehmen und versandfertig bereitstellen.⁸⁹ Für diese Abrechnungen lässt § 10 Abs. 1 S. 5 WoBindG hinsichtlich der Unterschrift das Erfordernis der Eigenhändigkeit entfallen.⁹⁰ Würde man § 10 Abs. 1 S. 1 WoBindG nun so verstehen, dass der Begriff „schriftlich“ dort nur die eigenhändige Namensunterschrift meint, dann würde dies in den Fällen einer automatisiert erstellten Abrechnung bedeuten, dass die weiter notwendige Verkörperung der Abrechnung nicht durch eine Urkunde erfolgen muss, sondern jedes Dokument ausreicht, soweit es mit einer nicht-eigenhändigen Unterschrift abgeschlossen werden kann. Diese Anforderungen könnten über ein Mieterportal eingehalten werden.

Auch wenn § 10 Abs. 1 S. 1 WoBindG nicht von Schriftform spricht, sondern nur von „schriftlich“,⁹¹ ist doch mit der h.M. davon auszugehen, dass die Schriftform des § 126 BGB eingehalten werden muss. Dafür spricht, dass die Erleichterungsvorschrift des § 10 Abs. 1 S. 5 WoBindG bereits zu einer Zeit eingeführt worden ist, nämlich 1971,⁹² als an eine elektronische Übermittlung einer durch eine EDV-Anlage erstellten Erklärung an private Mieter noch gar nicht zu denken war.

⁸⁴ Vgl. *Heckmann* CR 2016, 684 (689); aA für Bank-Postfächer *Zahrte* BKR 2017, 279 (284).

⁸⁵ LG Essen ZMR 2010, 603; BeckOK MietR/Pfeifer BGB, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 556 Rn. 1252; *Gies* in Hanne-
mann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 4. Aufl. 2014, § 24 Rn. 127; *Lützenkirchen* DWW 2002, 200;
Schmid GE 2011, 310 (311).

⁸⁶ BGH NZM 2005, 61 (62); BeckOGK/Drager, 1.1.2018, BGB § 556 Rn. 131; BeckOK BGB/Wiederhold, 44. Ed.
1.11.2017, § 556 Rn. 51a; Schmidt-Futterer/Langenberg § 556 Rn. 332; *Langenberg/Zehelein*, Betriebs- und Heizkos-
tenrecht, 8. Aufl. 2016, H. Rn. 112; *Schmid/Harsch*, Handbuch der Mietnebenkosten, 15. Aufl. 2016, Rn. 3210; *Lützen-
kirchen* DWW 2002, 200; *Schmid* GE 2011, 310 (311).

⁸⁷ BGH NZM 2005, 61 (62).

⁸⁸ BeckOK MietR/Pfeifer, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 556 Rn. 1252; *Blank/Börstinghaus/Blank*, § 556 Rn. 159.

⁸⁹ BGH NZM 2005, 61 (62);

⁹⁰ Vgl. BGH NZM 2010, 734 Rn. 16; BeckOK MietR/Pfeifer, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 556 Rn. 1255; *Schmid* GE
2011, 310 (311).

⁹¹ Darauf hinweisend BeckOK MietR/Pfeifer, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 556 Rn. 1252.

⁹² Mietrechtsverbesserungsgesetz vom 4.11.1971.

Dem Gesetzgeber von 1971 standen allein Erklärungen und Abrechnungen in Papierform vor Augen, also solche, bei denen eine Urkunde i.S.d. § 126 BGB gegeben ist. Ein Verzicht auf die Verkörperung der Abrechnung in einer Urkunde kommt daher nicht in Betracht.

b) Preisfreier Wohnraum und Gewerberäume

Bei preisfreiem Wohnraum und Gewerberäumen besteht kein gesetzliches Formerfordernis. Die Abrechnung muss aber allgemeinverständlich und nachvollziehbar sein. Hieraus wird ganz überwiegend der zutreffende Schluss gezogen, sie müsse schriftlich niedergelegt werden.⁹³ Nicht erforderlich ist aber die Einhaltung der Schriftform i.S.d. § 126 BGB.⁹⁴ Für die Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit ist weder notwendig, dass die Abrechnung in einer Urkunde verkörpert ist noch bedarf es der eigenhändigen Namensunterschrift. Für eine schriftliche Niederlegung genügt jedenfalls eine lesbare Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger, also die Einhaltung der Textform des § 126b BGB.⁹⁵ Die Übermittlung per E-Mail wird daher als ausreichend erachtet.⁹⁶ Die Einhaltung der Textform ist aber nicht notwendig,⁹⁷ sodass trotz eventueller Zweifel, ob das elektronische Postfach des Mieters ein dauerhafter Datenträger ist, die Abrechnung hierüber zur Verfügung gestellt werden kann. Die Zweifel betreffen die Eignung des Postfachs, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Bei der Betriebskostenabrechnung dient die Schriftlichkeit jedoch nicht der dauerhaften Dokumentation der Abrechnung, sondern der Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit. Dafür bedarf es keines dauerhaften Datenträgers. Für eine eher großzügige Handhabung spricht auch, dass § 566 Abs. 3 BGB anders als bei preisgebundenem Wohnraum ohnehin nicht die Einhaltung einer Form verlangt und der Vermieter die Abrechnung auch nur mitteilen (§ 556 Abs. 3 S. 2 BGB), statt wie bei preisgebundenem Wohnraum (§ 20 Abs. 3 S. 4 NKV) zuleiten muss.⁹⁸

Von der Abrechnung zu unterscheiden sind andere Erklärungen, die mit ihr im Zusammenhang stehen. Die Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen nach der Abrechnung muss in Textform vorgenommen werden (§ 560 Abs. 4 BGB); gleiches gilt für die anteilige Umlegung erhöhter Be-

⁹³ LG Berlin GE 1998, 1025; LG Düsseldorf WuM 1980, 164; BeckOK BGB/Wiederhold, 44. Ed. 1.11.2017, § 556 Rn. 51a; MükoBGB/Schmid/Zehlein, § 556 Rn. 68; Schmidt-Futterer/Langenberg, § 556 Rn. 328; Staudinger/Artz, 2018, § 556 Rn. 103; Langenberg/Zehlein, Betriebs- und Heizkostenrecht, H. Rn. 109; Geldmacher NZM 2001, 921 (922); a. A. (mündlich genügt) BeckOK MietR/Pfeifer, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 556 Rn. 1241; Erman/Lützenkirchen, § 556 Rn. 164; Herrlein/Kandelhard/Both, Praxiskommentar Mietrecht, § 556 Rn. 94; Lützenkirchen DWW 2002, 200.; einschr. BeckOGK/Drager, 1.1.2018, BGB § 556 Rn. 130.

⁹⁴ LG Berlin GE 1998, 1025; AG Schöneberg GE 2000, 475; BeckOGK/Drager, 1.1.2018, BGB § 556 Rn. 130; BeckOK MietR/Pfeifer, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 556 Rn. 1241; Schmidt-Futterer/Langenberg § 556 Rn. 330; Staudinger/Artz, 2018, § 556 Rn. 103; Langenberg/Zehlein, Betriebs- und Heizkostenrecht, H. Rn. 109; Schmid/Harsch, Handbuch der Mietnebenkosten, 15. Aufl. 2016, Rn. 3209; Scheffler WuM 2007, 229 (230).

⁹⁵ BeckOK BGB/Wiederhold, 44. Ed. 1.11.2017, § 556 Rn. 51a; Blank/Börstinghaus/Blank § 556 Rn. 196; MükoBGB/Schmid/Zehlein § 556 Rn. 68.

⁹⁶ BeckOGK/Drager, 1.1.2018, BGB § 556 Rn. 130; MükoBGB/Schmid/Zehlein § 556 Rn. 68; NK-BGB/Frommeyer § 556 Rn. 14; Schmidt-Futterer/Langenberg § 556 Rn. 330; Staudinger/Artz, 2018, § 556 Rn. 103; Schmid/Harsch, Handbuch der Mietnebenkosten, 15. Aufl. 2016, Rn. 3209; Lützenkirchen DWW 2002, 200.

⁹⁷ Ebenso BeckOGK/Drager, 1.1.2018, BGB § 556 Rn. 130; Herrlein/Kandelhard/Both, Praxiskommentar Mietrecht, § 556 Rn. 94; Schmid/Harsch, Handbuch der Mietnebenkosten, 15. Aufl. 2016, Rn. 3209.

⁹⁸ Vgl. Lützenkirchen DWW 2002, 200.

triebskosten gem. § 560 Abs. 1 Nr. 4 BGB. Beides ist nach hier vertretener Auffassung auch durch Erklärung über das Mieterportal möglich.

c) Einsicht des Mieters

Der Mieter hat gem. 29 Abs. 1 NMV bzw. § 259 Abs. 1 BGB ein Recht zur Einsicht in die Belege. Ob diese Belegeinsicht auch über eine Bereitstellung der Belege über ein Mieterportal möglich ist, ist zweifelhaft. Nach allg. Auffassung hat der Mieter das Recht, die Originalbelege einzusehen.⁹⁹ Soweit diese in papierhafter Form vorliegen, kommt eine Bereitstellung über das Online-Portal nur im Wege des Einscannens in Betracht. Schon für die bislang praktizierte Belegeinsicht ist aber umstritten, ob der Vermieter von ihm gescannte und dann ausgedruckte Belege anstelle der Originalbelege vorlegen darf.¹⁰⁰ Andererseits ist zu bedenken, dass Rechnungen nicht mehr zwingend in Papierform gestellt werden müssen, sondern elektronische Rechnungen möglich sind (vgl. § 14 Abs. 1 S. 8 UStG). Bei ihnen kann eine Originaleinsicht nur gewährt werden, wenn der Mieter Zugriff auf die Originaldatei erhält; soll die Einsicht wie bislang auf der Grundlage eines Papierdokuments erfolgen, muss die elektronische Rechnung ausgedruckt werden; dies ist dann aber nicht mehr der Originalbeleg. Vor diesem Hintergrund könnte eine elektronische Bereitstellung zugelassen werden, wenn der Vermieter nachweislich hinreichende Vorkehrungen zur Vermeidung von Verfälschungen durch die Digitalisierung des Belegs getroffen hat.¹⁰¹ Sie hat allerdings zur Folge, dass der Mieter die Belege nur am Bildschirm einsehen kann. Darin liegt mit Blick auf die Übersichtlichkeit und dem Umgang mit einzelnen Dokumenten ein nicht zu unterschätzender Nachteil, der die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung beeinträchtigen kann. Zu bedenken ist auch, dass der Mieter wegen der Bereitstellung im elektronischen Postfach die Einsicht zuhause oder an anderen Orten, von denen aus der Zugriff auf das Mieterportal hat, vornehmen wird. Wie gut der einzelne Mieter mithilfe der ihm zur Verfügung stehenden technischen Ausrüstung die Abrechnung nachvollziehen kann, lässt sich nicht allgemein sagen und ist auch vom Vermieter nicht steuerbar. Trotz des im Online-Zugang liegenden Komfortgewinns für den Mieter kann sich für diesen die Situation im Vergleich zu bislang verlangten Einsicht beim Vermieter doch verschlechtern.

D. Datennutzung durch den Vermieter

Vermieter wissen einiges über ihre aktuellen und ehemaligen Mieter und Mieterportale tragen dazu bei, dass die Daten in gut nutzbarer Form vorliegen. Die Nutzung personenbezogener Daten unter-

⁹⁹ BeckOK BGB/Wiederhold, 44. Ed. 1.11.2017, § 556 Rn. 69b; BeckOK MietR/Pfeifer, 10. Ed. 1.12.2017, BGB § 556 Rn. 1514; Blank/Börstinghaus/Blank § 556 Rn. 186; MüKoBGB/Schmid/Zehlein § 556 Rn. 87; Schmidt-Futterer/Langenberg § 556 Rn. 481; Staudinger/Artz, 2018, § 556 Rn. 112.

¹⁰⁰ Bejahend LG Hamburg WuM 2004, 97; AG Mainz ZMR 1999, 114; BeckOK BGB/Wiederhold, 44. Ed. 1.11.2017, § 556 Rn. 69b; Schmid/Harsch, Handbuch der Mietnebenkosten, 15. Aufl. 2016, Rn. 3295; Villena y Scheffler/Petrick NZM 2003, 544; diff. Schmidt-Futterer/Langenberg § 556 Rn. 481; verneinend LG Freiburg NJW-RR 2011, 1096 (1097); AG Hamburg WuM 2002, 499; Staudinger/Artz, 2018, § 556 Rn. 112; Goch WuM 2001, 498.

¹⁰¹ Vgl. die Anforderungen bei LG Hamburg WuM 2004, 97.

liegt bislang Schranken aus dem BDSG.¹⁰² Die nachfolgende Grobskizze basiert auf der DS-GVO, weil sie die ab 29. Mai 2018 maßgeblichen Regelungen enthält.

I. Nutzung im Mietverhältnis

Für die Nutzung im Mietverhältnis ist – abgesehen von besonderen datenschutzrechtlichen Pflichten beim Betrieb eines Mieterportals (s.o. C. II. 1.) – zu berücksichtigen, dass die DS-GVO auch für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, gilt (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO). Dieser technologieneutrale Ansatz erfasst auch Vermieter, die keine elektronische Datenverarbeitung vornehmen, denn ein Dateisystem ist jede strukturierte Sammlung von Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind (Art. 4 Nr. 6 DS-GVO). Hierzu gehören auch Akten und Aktensammlungen, die nach bestimmten Kriterien geordnet sind (Erwägungsgrund 15 DS-GVO). Das ist bei Mieterakten, die z.B. nach dem Namen des Mieters oder dem Einzugsdatum sortiert sind, der Fall.¹⁰³ Die Haushaltsausnahme in Art. 3 Abs. 2 Buchst. c DS-GVO greift nicht; die Verarbeitung von Mieterdaten überschreitet den privaten Bereich schon deshalb, weil der vertragliche Kontakt mit dem Mieter sich nicht auf die persönliche oder familiäre Sphäre des Vermieters beschränkt.¹⁰⁴

Der Königsweg für die erforderliche Rechtfertigung der Datenverarbeitung ist die Einwilligung (§ 6 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO), die jedoch für einen oder mehrere bestimmte Zwecke erteilt sein muss; der Vermieter muss sich vor der Einholung also Klarheit über die möglichen Verwendungszwecke schaffen. Rechtspraktisch spielt sie in Mietverträgen derzeit keine Rolle.¹⁰⁵ Ohne Einwilligung kommen drei Rechtfertigungsgründe in Betracht: Die Erforderlichkeit zur Erfüllung des Mietvertrages (Buchst. b), zur Erfüllung rechtlicher Pflichten (Buchst. c) oder zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten (Buchst. f). So ist z.B. die Verarbeitung von Mieterdaten zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung erforderlich, weil der Vermieter hierzu gesetzlich verpflichtet ist (§ 566 Abs. 3 BGB). Möglich erscheint auch die Verarbeitung von Daten anderer Mieter, z.B. beim Mieterhöhungsverlangen personenbezogene Daten der Vergleichswohnung¹⁰⁶ oder bei der Betriebskostenabrechnung die personenbezogenen Verbrauchswerte anderer Mieter.¹⁰⁷

II. Nutzung gegenüber Dritten

Eine Datennutzung gegenüber Dritten auf Grundlage einer dies erfassenden Einwilligung des Mieters scheidet bei formularmäßiger Einwilligung im Mietvertrag aus, da es sich um eine überr-

¹⁰² Vgl. BeckOGK/*Zehelein*, 1.11.2017, BGB § 535 Rn. 188.

¹⁰³ Vgl. Paal/Pauly/*Ernst*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 9: Papier-Personalakten; Plath/*Plath*, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, DSGVO Art. 2 Rn. 7: chronologisch sortierte Aktenordner.

¹⁰⁴ *Will WuM* 2017, 502 (506 f.).

¹⁰⁵ BeckOGK-BGB/*Zehelein*, 1.11.2017, BGB § 535 Rn. 189.

¹⁰⁶ *Will WuM* 2017, 502 (510).

¹⁰⁷ BeckOGK/*Zehelein*, 1.11.2017, BGB § 535 Rn. 188; *Will WuM* 2017, 502 (510).

schende Klausel handelt. Jedenfalls bestehen besondere Transparenzanforderungen aus § 7 Abs. 2 DS-GVO, da die Einwilligung durch schriftliche Erklärung erfolgt, die noch andere Sachverhalte betrifft. Da die Weitergabe an Dritte auch nicht zur Erfüllung des Mietvertrages erforderlich ist, darf der Vermieter den Vertragsabschluss auch nicht von der Einwilligung abhängig machen; dies wäre ein Verstoß gegen das in § 7 Abs. 4 DS-GVO niedergelegte Kopplungsverbot.

Eine Datenweitergabe an Dritte wird sich vielfach nur auf die in Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO geregelte Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder Dritter stützen können. Das Interesse an einer Vermarktung der erlangten Daten ist indessen kein berechtigtes Interesse.¹⁰⁸ Für die Weitergabe von personenbezogenen Daten an die Mietdatenbank (§ 558e BGB) wird überwiegend eine Einwilligung des Mieters verlangt.¹⁰⁹ Hier wird sich aber auch ein berechtigtes Interesse bejahen lassen.¹¹⁰ Eine Weitergabe an Datenbanken, die Informationen über das Mietverhalten sammeln, kommt ebenfalls in Betracht, da andere Vermieter ein berechtigtes Interesse daran haben, bestimmte Tatsachen zu erfahren, die ein früheres Mietverhältnis betreffen. Allerdings steht dieser Zulässigkeitsgrund unter dem Vorbehalt, dass nicht Interessen oder Grundrechte der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung werden vor allem Daten über unbedeutende Vorkommnisse, denen nach Treu und Glauben bei der Entscheidung zum Abschluss des Mietvertrages keine wesentliche Bedeutung beikommt, von einer Weitergabe an Dritte ausgeschlossen werden müssen. Im Übrigen treffen den Vermieter bei einer Datenweitergabe auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO Informationspflichten (Art. 13 Abs. 3 DS-GVO). Der (ehemalige) Mieter hat ferner ein Widerspruchsrecht, das sich aber auf Gründe, die sich aus einer besonderen Situation ergeben, stützen muss (Art. 21 Abs. 1 S. 1 DS-GVO).

¹⁰⁸ Paal/Pauly/Frenzel, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 28.

¹⁰⁹ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, § 558a Rn. 33; Stöver NZM 2002, 279 (282); vgl. auch Szameitat WuM 2002, 63 (64).

¹¹⁰ Wohl auch Will WuM 2017, 502 (511).