

## **Entwicklung des Mietrechts seit der Mietrechtsreform 2001**

### **I. Einführung**

18 Jahre nachdem die damalige Bundesjustizministerin<sup>1</sup> in Dortmund auf dem Deutschen Mietgerichtstag das neue Mietrecht vorgestellt hat ist es durchaus spannend einmal zu untersuchen, was daraus geworden ist. Dabei unterscheidet sich immer zwischen dem „Berliner-Mietrecht“ und dem „Karlsruher-Mietrecht“. Mit Berliner-Mietrecht sind sicher nicht die manchmal den Rest der Republik verwundernden Entscheidungen einzelner Kammern des LG Berlin gemeint, sondern das, was der Bundesgesetzgeber produziert hat und was seinen Weg ins Bundesgesetzblatt gefunden hat. Nach der Mietreform 2001 waren das immerhin schon wieder einige Änderungen und Ergänzungen. Der Deutsche Mietgerichtstag hat sich immer wieder damit befasst. Die Generalthemen der Veranstaltungen sprechen da eine deutliche Sprache: 2000: Mietrechtsreform, 2001: Neues Mietrecht auf dem Prüfstand, 2002: Mietrecht im Schnittpunkt der Reformen, 2003: Mietrecht nach den Reformen, 2007: Mietrecht zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung, 2012: Gesellschaft im Wandel – Neue Fragen – Neues Mietrecht?, 2013: Entwicklung des Mietrechts in Gesetzgebung und Praxis, 2014: Rechtsfolgen des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013.

Unter Karlsruher-Mietrecht verstehe ich die Anwendung der inzwischen gut 1400 Urteile<sup>2</sup> aller Zivilsenate des BGH. Sie sind für die mietrechtliche Praxis im Zweifel von weit größerer Bedeutung. Zwischen beiden „Rechtsordnungen“ gibt es aber durchaus eine Wechselbeziehung. Entscheidungen auf der einen Seite haben teilweise Reaktionen auf der anderen Seite hervorgerufen. So hat der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung zur formularvertraglichen Wiederholung von Kündigungsfristen im Mietvertrag ebenso reagiert wie auf die vom BGH abgelehnte Analogie des § 577 BGB beim sog. Münchner-Modell.<sup>3</sup> Manchmal waren es gar nicht konkrete Entscheidungen sondern eher die allgemeinen Folgen einer Rechtsprechungsentwicklung, auf die der Gesetzgeber reagiert hat. Das gilt sicher für die Regelung in § 556c BGB und den Erlass der Wärmelieferungsverordnung als Folge der BGH-Entscheidungen, die im bestehenden Mietverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen auch die Umstellung auf Wärmecontracting zuließen. Letztendlich

---

\* Der Verfasser ist weiter Aufsicht führender Richter am Amtsgericht Dortmund und dort Dezernent einer Zivil- und WEG-Abteilung. Er ist ferner Honorarprofessor an der Universität Bielefeld. Er war von 1997 – 2017 Vorsitzender des Deutschen Mietgerichtstages e.V. und ist seither dessen Ehrevorsitzender. Es handelt sich um den stark erweiterten Vortrag, den der Verfasser auf dem 20. Deutschen Mietgerichtstag am 16.3.2018 in Dortmund gehalten hat.

<sup>1</sup> *Däubler-Gmelin*, WuM 2000, 159.

<sup>2</sup> Stand 5.3.2018

<sup>3</sup> BGH NZM 2014, 133 = NJW 2014, 850 = MietPrax-AK § 577 BGB Nr. 7 (*Eisenschmid*); dazu *Blank*, LMK 2014, 355579; *Elzer*, MietRB 2014, 67; *Häublein*, jurisPR-MietR 5/2014 Anm. 4; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 129; *Klühs*, NJW 2014, 853.

ist meiner Meinung auch die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete – sog. Mietpreisbremse<sup>4</sup> – eine Konsequenz auf die äußerst restriktive Rechtsprechung des BGH zu den Tatbestandsmerkmalen des § 5 WiStG.<sup>5</sup>

## II. Das Mietrechtsreformgesetz von 2001

### 1. Die Geschichte der Reform

Mit der Verabschiedung des Mietrechtsreformgesetzes am 29.3.2001 ging eine jahrzehntelange Diskussion über die Änderung zu Ende. Bereits 1974 hatte der Bundestag in einer Entschließung die Bundesregierung ersucht, *„einen Gesetzentwurf vorzulegen, der das derzeit geltende, in zahlreichen Vorschriften zersplitterte Recht über die soziale Sicherung des Wohnens bereinigt und diese Vorschriften einheitlich und für die Betroffenen verständlich und übersichtlich zusammenfasst. Dabei soll gleichzeitig geprüft werden, inwieweit die mietrechtlichen Vorschriften unter Vermeidung einseitiger Bevorzugung oder Benachteiligung von Mieter und Vermieter der künftigen Situation auf dem Wohnungsmarkt angepasst werden müssen;...“*.<sup>6</sup> In der Folgezeit wurden zwar mehrere Gesetzesänderungen vorgenommen, eine echte Reform erfolgte jedoch trotz der zunehmenden Unübersichtlichkeit nicht. Im Herbst 1994 legte eine von der damaligen Bundesregierung eingesetzte Expertenkommission einen Bericht zur Wohnungspolitik vor, der unter anderem auch zahlreiche Vorschläge für eine Reform des Mietrechts enthielt.<sup>7</sup> Im Jahr 1996 berief das Bundesministerium der Justiz eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe ein. Die Arbeitsgruppe sah die technische Vereinfachung des vorhandenen Mietrechts sowie Änderungen, die die Handhabung der mietrechtlichen Instrumente für Vermieter, Mieter und Gerichte erleichtern sollen, als ihre Hauptaufgabe an und legte einen umfangreichen Bericht mit Textvorschlägen vor.<sup>8</sup> Das Gesetz fiel wie so Vieles dem „Reformstau“ der letzten Kohl-Regierung zum Opfer. Bereits auf dem 1. Deutschen Mietgerichtstag hat der Staatssekretäre des Justizministeriums NRW einen Vortrag zum Thema: Mietrecht auf dem Weg ins nächste Jahrtausend“ gehalten.<sup>9</sup> Fast genau vor 18 Jahren, am 17. März 2000 hat dann die damalige Bundesjustizministerin<sup>10</sup> unter dem Titel „Mietrechtsreform: vereinfachen - klarstellen oder doch verändern“ den Referentenentwurf für eine Mietrechtsreform vorgestellt.<sup>11</sup> Ungefähr ein Jahr lang wurde der Entwurf diskutiert.<sup>12</sup> Der Deutsche Mietgerichtstag hat in einer

<sup>4</sup> dazu *Börstinghaus* NJW 2015, 1553.

<sup>5</sup> BGH NJW 2004, 1740 = NZM 2004, 381 = MietPrax-AK § 5 WiStG Nr. 1 (*Börstinghaus*); dazu *Siebke*, ZMR 2004, 412; *Scheff*, MietRB 2004, 200; *Breiholdt*, ZMR 2004, 412; BGH NJW 2005, 2156 = NZM 2005, 534 = MietPrax-AK § 5 Nr. 2 (*Börstinghaus*); dazu *Riecke*, ZMR 2005, 532; *Drasdo*, NJW Spezial 2005, 436; *Junker*, MietRB 2005, 226; BGH NZM 2006, 291 = MietPrax-AK § 5 Nr. 3 (*Börstinghaus*); dazu *Junker*, MietRB 2006, 159; zur Rechtsprechung des BGH zu § 5 WiStG: *Langenberg* in FS Blank (2006), S. 291.

<sup>6</sup> Stenografischer Bericht des Deutschen Bundestages 7/8325 C.

<sup>7</sup> BT Drs. 13/159.

<sup>8</sup> Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Mietrechtsvereinfachung“, Bericht zur Neugliederung und Vereinfachung des Mietrechts mit Textvorschlägen, Bundesanzeiger Verlag 1997.

<sup>9</sup> NZM 1999, 146.

<sup>10</sup> *Däubler-Gmelin*, WuM 2000, 159.

<sup>11</sup> NZM 2000, 415.

<sup>12</sup> Zu den einzelnen Entwurfsstadien und dem Lauf des Gesetzgebungsverfahrens *Börstinghaus* in *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, 2001, Seite 1/2.

außerordentlichen Mitgliederversammlung in Köln am 20.5.2000 eine umfassende Stellungnahme beschlossen.<sup>13</sup> Übrigens war es der Deutsche Mietgerichtstag der im Jahre 2011 aus Anlass des 10. Jahrestages des Inkrafttretens des Mietrechtsreformgesetzes eine Festveranstaltung durchführte, während der eine „Bilanzfestschrift“ 10 Jahre Mietrechtsreform<sup>14</sup> veröffentlicht wurde. Darin haben fast 100 Autoren auf ca. 1000 Seiten ähnlich einem Kommentar zu einzelnen Paragraphen kurz ein Problem dargestellt.

So sicher, wie heute bei etwas stärkerem Wind abends eine Brennpunkt-Sendung ins Programm genommen wird, so sicher wird von irgendwem bei jeder Gesetzesreform der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit erhoben. So war es natürlich auch bei der Mietrechtsreform 2001.<sup>15</sup> Meines Wissens ist weder eine entsprechende Verfassungsbeschwerde eingelegt worden, noch eine Richtervorlage erfolgt.

Ziel der Mietrechtsreform sollte zum einen die Vereinfachung des Mietrechts im Sinne von Klarheit, Verständlichkeit und Transparenz sein. Die zentrale Botschaft lautete damals: „Mieter und Vermieter sollen in die Lage versetzt werden, ihre Rechte und Pflichten auch ohne fachliche Hilfe soweit wie möglich selbst erkennen zu können.“<sup>16</sup> Erreicht werden sollte dies u.a. dadurch, dass kein Paragraph mehr als drei Absätze und kein Absatz mehr als drei Sätze hatte. Der BGH<sup>17</sup> hat diesen Satz dann später sogar bei der Auslegung des Gesetzes mit herangezogen. Die Reform sollte dem Rechtsfrieden dienen. Es hieß dann ausdrücklich weiter: Sie „wird das Streitpotenzial zwischen Mietern und Vermietern verringern. Auf diese Weise kann auch ein Beitrag zur Entlastung der Gerichte geleistet werden.“

Das war nun doch etwas euphemistisch. Im Jahr 2000 gab 1.452.245 Eingänge in Zivilsachen an allen deutschen Amtsgerichten. An Wohnraummietsachen haben die Amtsgerichte 304.824 Verfahren erledigt, das entsprach einer Quote von ca. 21%. Im Jahr 2016 gingen nur noch 986.139 Zivilverfahren bei den Amtsgerichten ein.<sup>18</sup> 236.484 Wohnraummietsachen wurden erledigt, was einer Quote von ca. 24% entspricht.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> NZM 2000, 599.

<sup>14</sup> 10 Jahre Mietrechtsreform – eine Bilanz, hrsg. von Markus Artz und Ulf Börstinghaus, München, 2011.

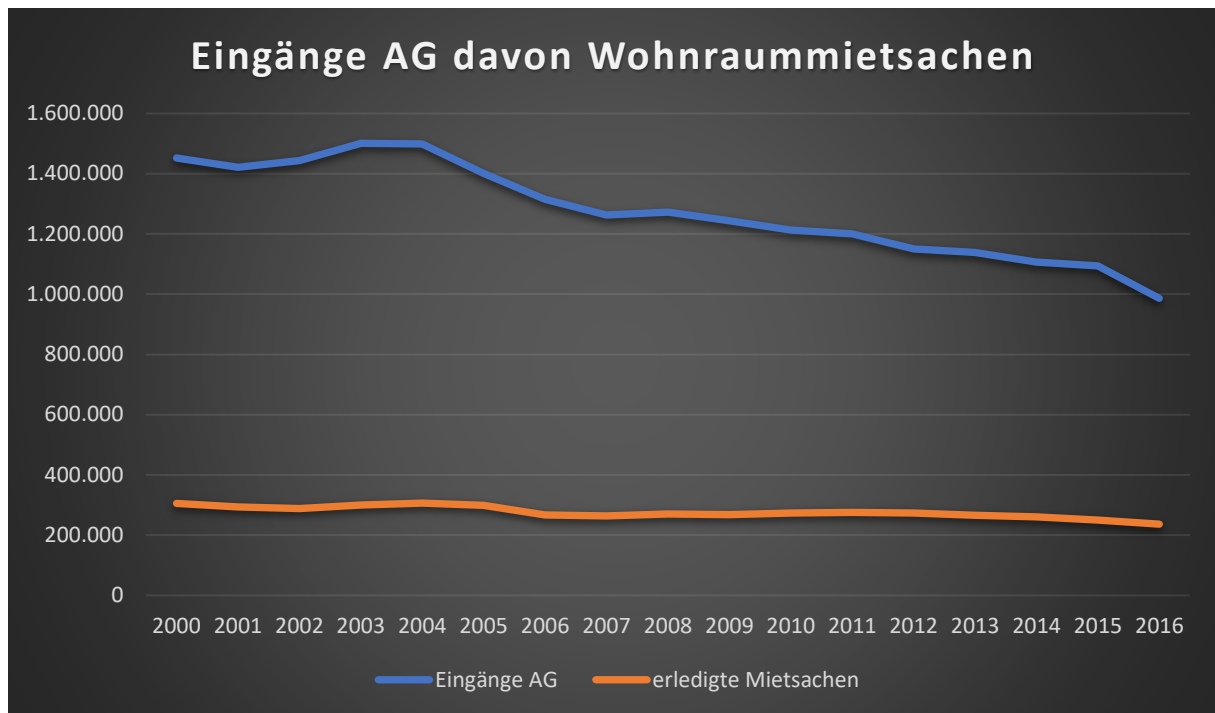
<sup>15</sup> Stumpf, ZMR 2002, 495.

<sup>16</sup> BT-Drs. 14/4553 = NZM 2000, 812.

<sup>17</sup> BGH NJW 2003, 2739 = NZM 2003, 711 = MietPrax-AK § 573c BGB Nr. 1 (Börstinghaus); Horst, NJW 2003, 2720; Lützenkirchen, BGHReport 2003, 1059; Börstinghaus, ZMR 2003, 658; Schach, GE 2003, 1120; Schach, GE 2003, 1250; Lützenkirchen, MietRB 2003, 32; BGH WuM 2003, 462 und die nur online veröffentlichten Urteile vom gleichen Tag in den Verfahren VIII ZR 339/02 und VIII ZR 355/02.

<sup>18</sup> Die Leiterin der Abteilung Rechtspflege im BMJV hat einen Beitrag bereits titulierte: „Der Zivilprozess vor dem Aus?“, Graf-Schlicker, AnwBl 2014, 573.

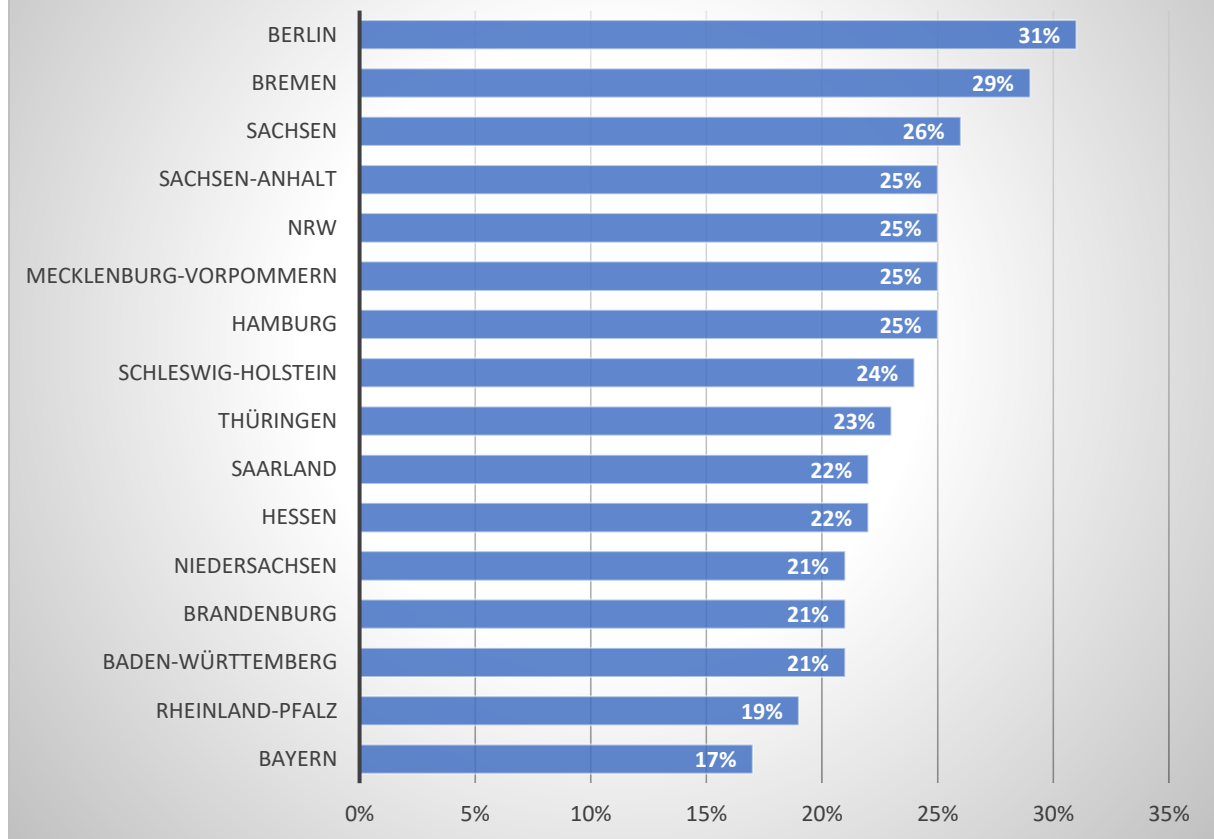
<sup>19</sup> Alle Werte aus den jeweiligen Justizstatistiken des Statistischen Bundesamtes herunterladbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Rechtspflege/Rechtspflege.html>.



Der absolute Rückgang von ca. 68.000 Verfahren dürfte deshalb vor allem auf eine gesamtgesellschaftliche Entwicklung zurückzuführen sein<sup>20</sup>, als auf individueller Problemlösung durch die Mietvertragsparteien. Der Anteil der Mietrechtsverfahren ist sogar leicht gestiegen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Anteil der mietrechtlichen Verfahren zwischen den einzelnen Bundesländern ganz erheblich schwankt.

<sup>20</sup> Die Ursachen für diesen Rückgang sind empirisch bisher nicht untersucht. Es werden unterschiedliche Ursachen vermutete, dazu: *Freudenberg*, NJW-aktuell 1-2/2018, 7; *Prütting*, DRiZ 2018, 62 („Schwankungen nur schwer zu erklären“); *Callies*, Kurzfassung des Gutachtens A zum 70. Deutschen Juristentag 2014 in NJW 24/2014, Beilage 2, S. 28.

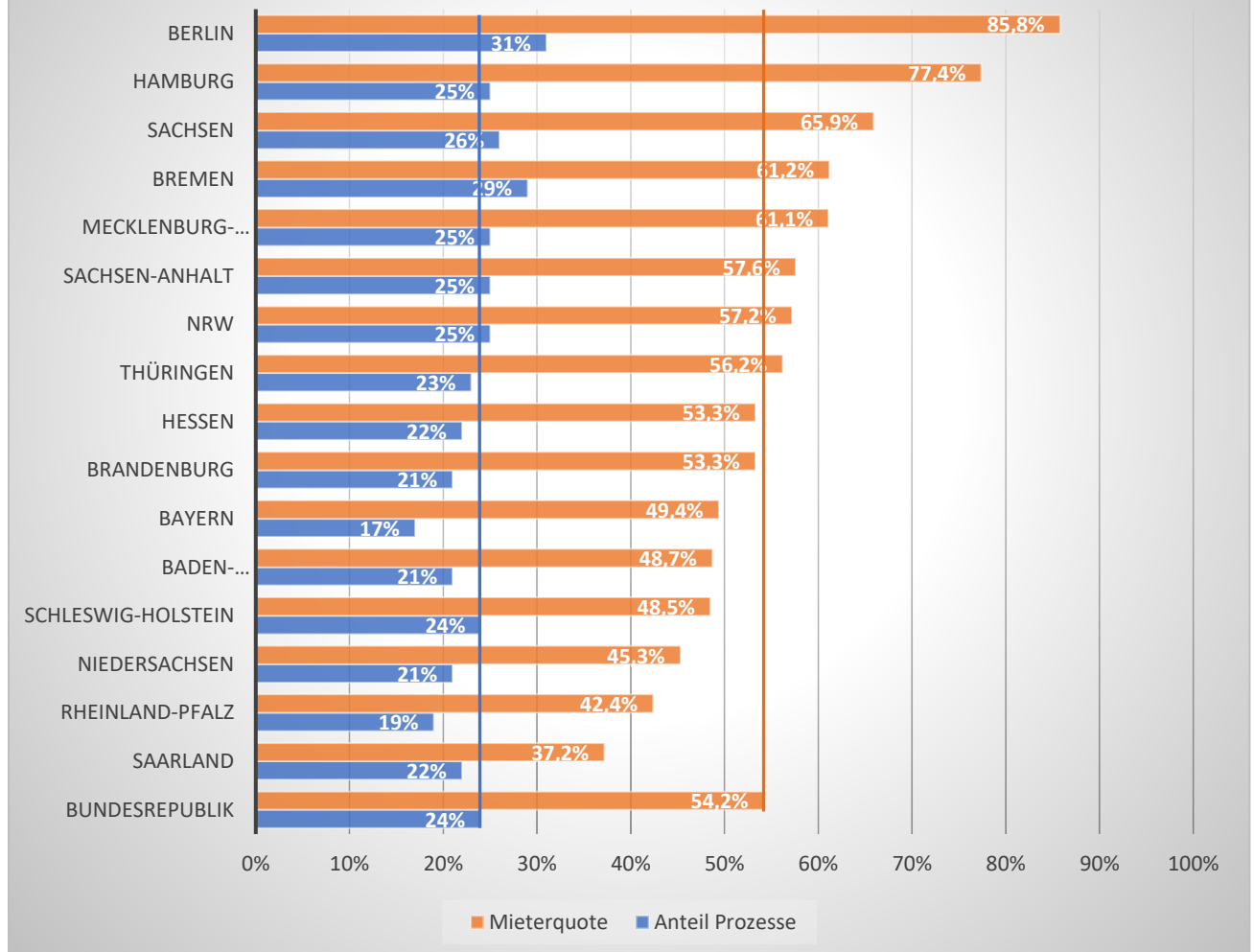
## Anteil der Wohnraummietsachen an den Erledigungen 2016



Die Ursachen dafür wurden meines Erachtens bisher noch nicht empirisch untersucht.<sup>21</sup> Man könnte an einen Zusammenhang zur sehr unterschiedlichen Mieterquote in Deutschland denken:

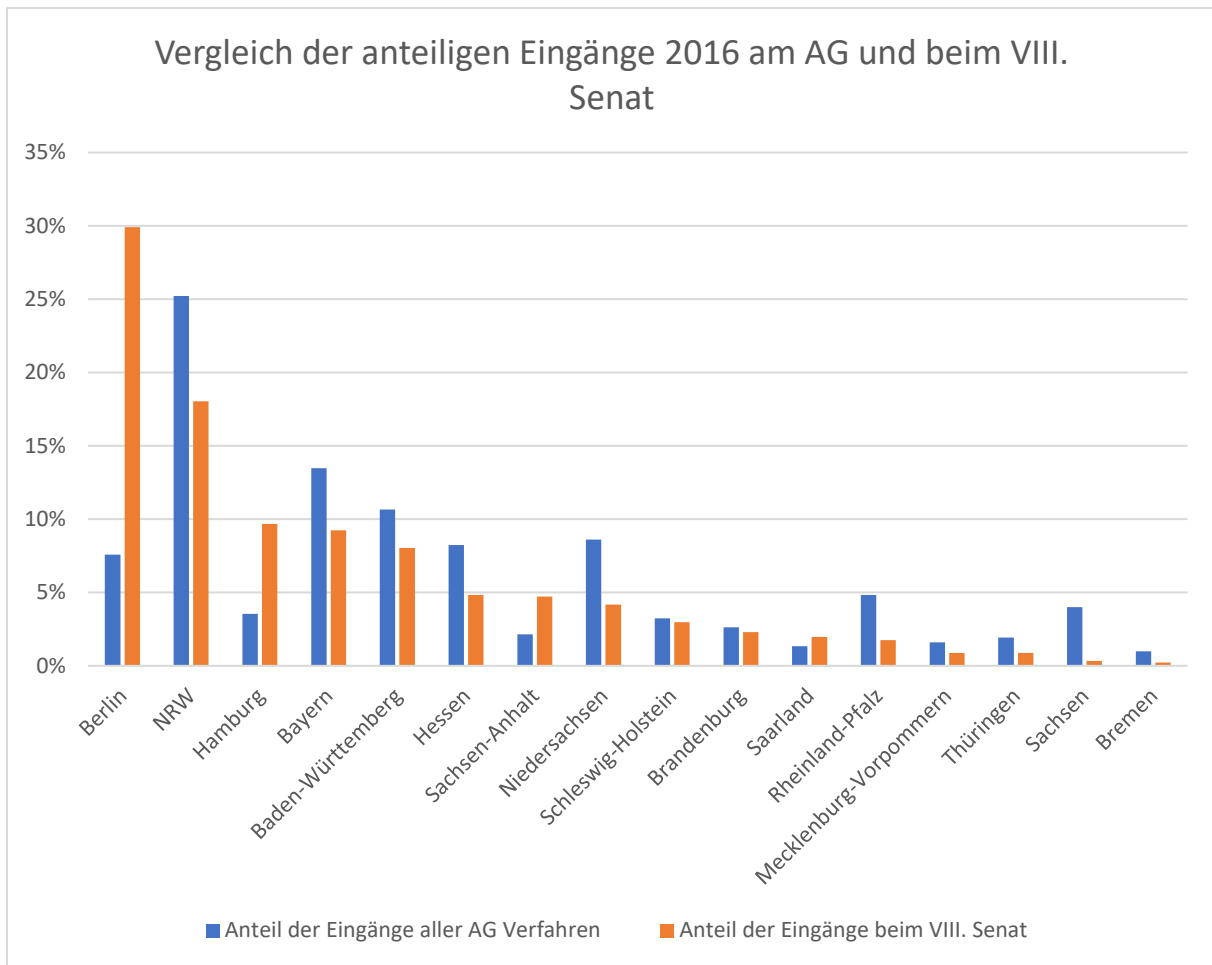
<sup>21</sup> Einige Vermutungen bei *Börstinghaus*, GE 2007, 90.

## Anteil Wohnraummietprozesse und Mieterquote nach Ländern 2016



Zumindest in den Ländern, in denen die bundesdeutsche Mieterquote von ca. 54,5% deutlich überschritten wird, liegt – erwartungsgemäß – der Anteil der Wohnraummietprozesse an den Amtsgerichten auch oberhalb des bundesweiten Durchschnitts von 24%, wohingegen in den Ländern mit einer überdurchschnittlichen Eigentümerquote, z.B. Rheinland-Pfalz und Bayern, der Anteil der Wohnraummietverfahren wiederum unterdurchschnittlich ist.

Beim VIII. Senat ist der Anteil der Ursprungsverfahren nicht identisch mit dem prozentualen Anteil der amtsgerichtlichen Eingänge.



Man erkennt, dass zwar aus Berlin 2016 nur 8% aller Eingänge an bundesdeutschen Amtsgerichten stammten, aber fast 30% der veröffentlichten Entscheidungen des VIII. Senats ihren Ursprung in Berlin hatten. Auch Hamburg ist in Karlsruhe insofern überrepräsentiert.

## 2. Die inhaltlichen Änderungen

Die wesentlichen Änderungen bestanden vor allem in einem systematischen, am Ablauf eines Mietverhältnisses orientierten Aufbau des Gesetzes. Das ist meines Erachtens auch der größte Verdienst dieser Reform. Die inhaltlichen Änderungen waren nicht so groß:

- a) Im Miethöherecht wurde der qualifizierte Mietspiegel eingeführt und die Kappungsgrenze abgesenkt. Abgeschafft wurde die Mieterhöhung wegen Kapitalkostensteigerungen in § 5 MHG a.F.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Zum Miethöherecht des Mietrechtsreformgesetzes: *Börstinghaus*, NZM 2000, 187, 2002, 273; *Eisenschmid*, NZM 2001, 11; *Hinz*, NZM 2002, 633; *Kunze*, MDR 2002, 142; *Kinne*, ZMR 2001, 775 ff und 868 ff; *Weitemeyer*, NZM 2001, 563

- b) Im Betriebskostenrecht wurde die Abrechnungs- und Einwendungsausschlussfrist eingeführt. Der Flächenmaßstab diente ab sofort als Auffangtatbestand<sup>23</sup> bei den Umlagemaßstäben.<sup>24</sup>
- c) Der einfache Zeitmietvertrag wurde abgeschafft.<sup>25</sup>
- d) Das Kündigungsrecht wurde neu kodifiziert<sup>26</sup>, es wurden die asymmetrischen Kündigungsfristen<sup>27</sup> eingeführt und die erleichterte Kündigung von nicht in der Wohnung lebenden Erben<sup>28</sup> ermöglicht. Die Frist für Schonfristzahlungen wurde verlängert.<sup>29</sup>

Trotz einiger Hinweise aus der Praxis<sup>30</sup> und einem Vorschlag des Bundesrates<sup>31</sup> wurde damals das äußerst praxisrelevante Thema der Abwälzung von Schönheitsreparaturen nicht geregelt. Die Bundesregierung<sup>32</sup> bezweifelte, dass einer der gemachten Vorschläge mehr Rechtssicherheit bringen würde, als die bestehende (sic: Nicht-) Regelung und dass die Vorschräge „in Anbetracht der Komplexität und Vielzahl der in Frage stehenden Sachverhalte tatsächlich auch zu sachgerechten Lösungen“ führen würde. Letztendlich hat die Geschichte der folgenden 14 Jahre gezeigt, dass dies wohl eine Fehleinschätzung gewesen ist und viele Vermieter viel Geld gekostet hat. Erst jüngst hat *Strey*<sup>33</sup> wieder „Eine Anregung an den Gesetzgeber“ zur Abwälzung der Schönheitsreparaturen gemacht.

### III. Die Rechtsentwicklung seit 2001

#### 1. Die unmittelbaren Änderungen des Mietrechts

##### a) Das Kündigungsfristenreparaturgesetz

Gerade die Änderung der Kündigungsfristen war handwerklich nicht gut gelungen. Das lag daran, dass die Änderung bereits im Gesetzgebungsverfahren zu den umstrittensten Fragen der Reform gehörte, da hier die betroffenen Interessenverbände auf Mieter- und Vermieterseite massivste Lobbyistenarbeiten leisteten. Die Regelungen sind deshalb im Gesetzgebungsverfahren mehrfach – auch kurzfristig – geändert worden. Während der Referentenentwurf sich noch mit

<sup>23</sup> Zulässig aber weiterhin dem Vermieter ein einseitiges Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen einzuräumen: BGH NZM 2015, 130 = NJW 2015, 952 = MietPrax-AK § 556a BGB Nr. 11 (*Eisenschmid*); dazu *Pfeifer*, MietRB 2015,1; *Kinne*, GE 2015, 24; *Lammel*, WuM 2015, 70; *Boos*, LMK 2015, 365683; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 4/2015 Anm. 3; *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 129; *Kaiser*, NJW 2015, 954; *Wedel*, ZMR 2015, 274.

<sup>24</sup> Zu den Änderungen des Betriebskostenrechts durch das Mietrechtsreformgesetz: *Börstinghaus*, PiG 62, 101; *Gather*, GE 2002, 172; *Gies*, NZM 2002, 514; *Langenberg*, NZM 2001, 783; v. *Seldeneck*, NZM 2001, 64, NZM 2002, 545

<sup>25</sup> Zum neuen Zeitmietvertrag nach der Mietrechtsreform: *Gather*, DWW 2001, 192; *ders.*, GE 2002, 516; *Kinne*, ZMR 2001, 684; *Lützenkirchen*, ZMR 2001, 769

<sup>26</sup> Zu den Änderungen des Kündigungsrecht durch das Mietrechtsreformgesetz: *Kinne*, ZMR 2001,511 ff und 599 ff; *Kraemer*, NZM 2001, 553

<sup>27</sup> *Börstinghaus*, NZM 2002, 49.

<sup>28</sup> Hierzu *Hinkelmann*, NZM 2002, 378

<sup>29</sup> *O'Sullivan*, ZMR 2002, 250

<sup>30</sup> z.B. *Derleder* in der Sachverständigenanhörung am 24.1.2001 abgedruckt in NZM 2001, 170, (174); (zur Anhörung *Kappus*, Ein Hauch von Hast, NZM 2001, 161), *Langenberg*, FS Derleder z. 65. Geb. (2005), 249; *Hinz*, NZM 2001, 264, (275); *Kappus*, GS Sonnenschein, 2003, S. 263 (270).

<sup>31</sup> BR-Drs. 439/00 = NZM 2001, 20 (22).

<sup>32</sup> NZM 2001, 264 (275).

<sup>33</sup> NZM 2017, 345.



einem Vorschlag zurückgehalten hatte, schlug der Kabinettsentwurf<sup>34</sup> noch eine Verlängerung der Kündigungsfrist für beide Vertragsparteien von drei auf sechs Monate vor. Nur die weiteren Verlängerungen nach 8 und 10 Jahren sollten nur noch für den Vermieter gelten. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat dann die heutige Formulierung vorgeschlagen. Demgegenüber war die Überleitungsvorschrift in Art 229 § 3 Abs. 10 EGBGB seit dem ersten Vorschlag im Referenten<sup>35</sup>) und dann auch im Kabinettsentwurf<sup>36</sup> völlig unverändert geblieben. Das bedeutete, dass die Überleitungsvorschrift eigentlich für eine andere Gesetzesfassung formuliert worden war, als die, für die sie später tatsächlich galt. Die Regelung besagte, dass die alte parallellaufende Verlängerung der Kündigungsfrist bei Altverträgen weiterlaufen sollte, wenn die Kündigungsfrist im Mietvertrag vereinbart war. Das war damals formularvertraglich absolut üblich. Auf entsprechende Hinweise im Gesetzgebungsverfahren reagierten Bundesregierung und Bundestag bekanntermaßen ablehnend. Man schuf in der Begründung die neue Kategorie der „echten“ und „unechten“ Vereinbarungen. Damit nahm dann das Unheil seinen Lauf. Die Frage, ob die formularmäßige Wiederholung der Kündigungsfristen eine Vereinbarung darstellen oder nicht war zunächst in der Literatur<sup>37</sup> und dann in der Rechtsprechung<sup>38</sup> höchst umstritten. So musste hier der BGH erstmals eine der großen mietrechtlichen Streitfragen klären. Am 18.6.2003 war es soweit. Der VIII. Senat hat in 4 Verfahren entschieden, dass die neue asymmetrische Kündigungsfrist auf Altverträge keine Anwendung findet, wenn im Mietvertrag formularvertraglich die früheren Kündigungsfristen wiederholt wurden.<sup>39</sup> Die Argumentation des BGH war ebenso klar wie überzeugend. Er wandte die klassischen Auslegungsmethoden nach dem Wortlaut, dem sachlichen Zusammenhang und der Gesetzesgeschichte an. Die erfundene Unterscheidung in

---

<sup>34</sup> BT 14/4553

<sup>35</sup> NZM 2000, 612

<sup>36</sup> BT 14/4553; damals noch Art 229 § 3 Abs. IX EGBGB.

<sup>37</sup> Für Vereinbarung: *Börstinghaus*, NZM 2002, 49; Horst, NZM 2002, 897; *Muhle*, GE 2002, 310; *Beuermann*, GE 2002, 639; *Lammel*, ZMR 2002, 671; *Stangl*, GE 2002, 1114; *Both*, DWW 2002, 256; *Schach*, GE 2002, 1304 und 1470 und 1598; *Breiholdt*, ZMR 2001, 783; *Feuerlein*, GE 2001, 1314; *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 573c Rdn. 47; *Franke*, ZMR 2001, 951, 955; *Beuermann/Blümmel*, Das Neue Mietrecht 2001, S. 210; *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, Neues Mietrecht § 573c Rdn 11; *Börstinghaus* in *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar Neues Mietrecht Seite 520; *Staudinger/Rolfs* (2003) § 573c Rdn. 54; gegen Vereinbarung: *Rips*, WuM 2002, 135; *Palandt/Weidenkaff* 61. Aufl., § 573c Rdn 3; *Steins*, WuM 2001, 583; *Haas*, Das neue Mietrecht, Art 229 § 3 Abs. 10 EGBGB; *Lützenkirchen*, Neue Mietrechtspraxis, Rdn. 777.

<sup>38</sup> Für Vereinbarung: AG Tempelhof-Kreuzberg ZMR 2002, 280; AG Charlottenburg GE 2002, 333 = NZM 2002, 384; LG Berlin (61) NZM 2002, 907 = WuM 2002, 607 = ZMR 2003, 113; AG Steinfurt WuM 2002, 148; AG Frankfurt NZM 2002, 383; AG Charlottenburg NZM 2002, 697; AG Schöneberg GE 2002, 933; AG Tiergarten GE 2002, 933; LG Leipzig WuM 2002, 608 = ZMR 2003, 191; LG Berlin (64) WuM 2002, 611; AG Itzehoe ZMR 2002, 921; LG Itzehoe ZMR 2002, 921; LG Berlin (63) GE 2002, 1628; LG Berlin (62) GE 2002, 1491; AG Kiel WuM 2003, 92; LG Osnabrück WuM 2003, 148; gegen Vereinbarung: AG Hamburg WuM 2002, 147 = NZM 2002, 248; LG Hamburg NZM 2002, 695; AG Neukölln WuM 2002, 311; AG Kiel WuM 2002, 612; AG Flensburg WuM 2002, 613; AG Lüneburg ZMR 2002, 925; AG Düsseldorf WuM 2003, 94; AG Kiel WuM 2002, 612; AG Frankfurt/M NZM 2002, 383.

<sup>39</sup> BGH NJW 2003, 2739 = NZM 2003, 711 = MietPrax-AK § 573c BGB Nr. 1 (*Börstinghaus*); Horst, NJW 2003, 2720; *Lützenkirchen*, BGHReport 2003, 1059; *Börstinghaus*, ZMR 2003, 658; *Schach*, GE 2003, 1120; *ders.*, GE 2003, 1250; *Lützenkirchen*, MietRB 2003, 32; BGH WuM 2003, 462 und die nur online veröffentlichten Urteile vom gleichen Tag in den Verfahren VIII ZR 339/02 und VIII ZR 355/02.

echte und unechte Vereinbarungen wies er als dem deutschen Zivilrecht völlig fremd zurück.

Das konnte und wollte der Gesetzgeber natürlich nicht auf sich sitzen lassen. Durch das „Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche“ vom 26. Mai 2005<sup>40</sup> wurde die Überleitungsvorschrift dahingehend geändert, dass für Kündigungen, die ab dem 1. Juni 2005 dem Mieter zuzugingen, die neue asymmetrische Kündigungsfrist galt auch wenn die alten Fristen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart worden waren.

## **b) Das Mietrechtsänderungsgesetz**

Fast 12 Jahre nach der großen Mietrechtsreform von 2001<sup>41</sup> wurden wichtige Vorschriften des Mietrechts aber auch des Prozessrechts geändert. Bereits im damaligen Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP waren die Änderungen verabredet, trotzdem war das Mietrechtsänderungsgesetz<sup>42</sup> politisch höchst umstritten<sup>43</sup> wurde quasi erst in aller letzten Sekunde verabschiedet, bevor die Legislaturperiode zu Ende ging. Das Gesetz war der Beginn einer vor allem von Verbandsinteressen und nicht von Fachleuten geforderten Reihe von Mietrechtsänderungen.<sup>44</sup> Vor allem von den Haus- und Grundeigentümerverbänden wurde die Gefahr durch sog. Mietnomaden beschworen. Eine im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung sowie des Bundesministeriums der Justiz durchgeführte Untersuchung des Phänomens war damals schon zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich eher um einen „Scheinriesen“ handelt.<sup>45</sup> Aber die Politik sah sich veranlasst, zu reagieren. Neben der Bekämpfung des Einmietbetruges durch Verbesserung der bestehenden Regelungen zur schnelleren und einfacheren Durchsetzung von Räumungsansprüchen war Ziel des Gesetzgebungsverfahrens die erleichterte Durchsetzung der energetischen Sanierung.

Umgesetzt wurden diese Ziele zum einen durch die Einführung der Sicherungsanordnung in § 283a ZPO<sup>46</sup> und die Erweiterung der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Räumung einer Wohnung<sup>47</sup>, sowie dem

---

<sup>40</sup> BGBl 2005 I, 1425.

<sup>41</sup> Artz, NJW 1015, 1573.

<sup>42</sup> Dazu *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar Mietrechtsänderungsgesetz, 2013; *Abramenko*, Das neue Mietrecht in der anwaltlichen Praxis – Mietrechtsänderungsgesetz 2013; *Börstinghaus*, ZAP Fach 4 S. 1487; ders. jurisPR-MietR 10/2013 Anm. 1; *ders.*, jurisPR-MietR 11/2013 Anm. 1; *Eisenschmid*, jurisPR-MietR 9/2013 Anm. 1; *Horst*, MDR 2013, 189; *ders.*, MDR 2013, 249; *ders.*, MDR 2013, 249; *Neuhaus*, ZMR 2013, 686; *Zehelein*, WuM 2013, 133.

<sup>43</sup> *Häublein*, Mieterschutz als Wahlkampfthema, NZM 2013, 521.

<sup>44</sup> *Börstinghaus*, Jedem seinen Pyrrhussieg, NJW 43/2014 Editorial.

<sup>45</sup> Nach *Blümmel*, GE 2009, 665 sind „Mietnomaden [...] hierzulande ebenso selten wie der Satanspilz [...]. Und doch macht er den Leuten Angst. Der Satanspilz ebenso wie der Mietnomade, wie die Schweinegrippe und Vogelgrippe, Rinderwahn oder SARS.“

<sup>46</sup> *Wendt*, ZMR 2013, 605; *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265; *J. Emmerich*, NZM 2014, 881; *ders.*, PiG 97 (2014), 121.

<sup>47</sup> *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225; *ders.*, WuM 2014, 131; *Fleindl*, ZMR 2013, 677; *Fischer*, WuM 2013, 249; *Schuschke*, FS Schilken, S. 799; *Wendt*, Die einstweilige Räumungsverfügung des § 940a II 2 ZPO, 2015.

Beschleunigungsgebot für Räumungsrechtsstreitigkeiten<sup>48</sup>. Die praktische Bedeutung der Regelungen tendiert erwartungsgemäß gegen Null.<sup>49</sup> Statistische Zahlen über die Frage, inwieweit von den neuen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wurde, liegen der Bundesregierung nicht vor.<sup>50</sup> Eingeführt wurde ein neuer Kündigungstatbestand bei Nichtzahlung der Kaution in § 569 Abs. 2a BGB<sup>51</sup>. Schließlich wurde die sog. „Berliner Räumung“ in § 885a ZPO kodifiziert.<sup>52</sup>

Das Mietrechtsänderungsgesetz 2013 hat im Bereich der Modernisierung von Wohnraum dogmatisch überzeugend zu einer Entkoppelung der Duldungspflicht<sup>53</sup> von der Mieterhöhung bei Modernisierungsmaßnahmen geführt. Dazu wurde das Kapitel 1a „Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen“ in den §§ 555a–555f BGB neu eingeführt. Dort ist in § 555b BGB nunmehr abschließend sowohl für den Duldungsanspruch wie auch für die Mieterhöhung definiert, was Modernisierungsmaßnahmen sind. Auch eher einer Stimmung geschuldet als dogmatisch überzeugenden Argumenten ist die Einführung des dreimonatigen Minderungsausschlusses bei energetischen Modernisierungen.<sup>54</sup> Auch diese Neuregelung spielt in der Praxis kaum eine Rolle.<sup>55</sup>

Weitere Änderungen betrafen die Einführung vom Wärmecontracting im bestehenden Mietverhältnis<sup>56</sup>, die regional differenziert mögliche Herabsetzung der Kappungsgrenze auf 15%<sup>57</sup> und Änderungen bei der Kündigung von in Wohnungseigentum umgewandelten Mietwohnungen<sup>58</sup>. Bisherige Angriffe gegen die Verfassungsmäßigkeit der Senkung der Kappungsgrenze durch § 558 Abs. 3 BGB und die Umsetzung durch die Länder blieben erfolglos.<sup>59</sup>

### c) Das Mietrechtsnovellierungsgesetz

Nachdem in der 18. Legislaturperiode unter der damaligen CDU/CSU/FDP-Koalition eher die Interessen und Wünsche der Vermieter im Gesetzgebungsverfahren Berücksichtigung fanden, schlug das Pendel in der folgenden Großen Koalition eher zugunsten der Mieter aus. Im Koalitionsvertrag 2013<sup>60</sup> war unter der Überschrift „Bezahlbare Mieten“ die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete auf 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete in angespannten Wohnungsmärkten festgelegt worden. Außerdem sollte im Maklerrecht das Bestellerprinzip eingeführt werden. Soweit

---

<sup>48</sup> Schmid, ZMR 2013, 417; Abramenko, ZMR 2014, 21; Geldmacher, MK 2018, 7.

<sup>49</sup> Meyer-Abich, NZM 2016, 329, 334.

<sup>50</sup> BT-Drs.18/4381; 18/6264.

<sup>51</sup> Wiek, WuM 2013, 195; Blank, MietRB 2013, 340

<sup>52</sup> Fischer, NZM 2013, 249; ders., DGVZ 2015, 97; Lehmann-Richter, NZM 2014, 257.

<sup>53</sup> Derleder, PiG 95 (2013), S. 1.

<sup>54</sup> Hinz, NZM 2013, 209; U. Börstinghaus in C. Börstinghaus, Mietminderungstabelle, 4, Aufl. (2017), S. 21.

<sup>55</sup> Entscheidungen sind hierzu nur sehr vereinzelt veröffentlicht: AG Charlottenburg MM 2016, Nr. 12, 29

<sup>56</sup> Lützenkirchen, Wärmecontracting, Kommentar zur Wärmelieferverordnung, 2014; Beyer, CuR 2012, 48; Eisenschmid, WuM 2013, 393; Herlitz, DWW 2013, 47; Horst, MDR 2013, 189; Niesse/Wiesbrock, NZM 2013, 529

<sup>57</sup> Artz/Börstinghaus, NZM 2013, 593; Bender/Schultzky, ZMR 2013, 589.

<sup>58</sup> Häublein, ZMR 2017, 953.

<sup>59</sup> Das BVerfG NZM 2016, 578 = NJW 2016, 2872 hat eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BGH NZM 2016, 82 = NJW 2016, 476 nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Begründung nicht den gesetzlichen Anforderungen der §§ 92, 23 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz BVerfGG entsprach.

<sup>60</sup> Herunterladbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>.

weitere Vereinbarungen getroffen worden waren, waren diese entweder so ungenau oder so fern der Praxis, dass diese bis zum Schluss der Legislaturperiode zwischen den Koalitionären stark umstritten blieben und trotz eines „geheimen“ Referentenentwurfs vom 11.4.2016 für ein 2. Mietrechtsnovellierungsgesetz und eines „Entwurfs einer Verordnung über den Inhalt und das Verfahren zur Aufstellung und zur Anpassung von Mietspiegeln sowie zur Konkretisierung der Grundsätze für qualifizierte Mietspiegel“ vom gleichen Tag nie Gegenstand eines formellen Gesetzgebungsverfahrens geworden sind.<sup>61</sup>

Umgesetzt wurde im Mietrecht „nur“ die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete, genannt „Mietpreisbremse“<sup>62</sup> durch das Mietrechtsmodernisierungsgesetz. Es enthält erstmals Regelungen im BGB<sup>63</sup> über die Höhe der zulässigen Miete bei Neuabschluss eines Wohnraummietvertrages. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes wurden Neuvertragsmieten nur unter den Voraussetzungen des § 5 WiStG i.V. m. § 134 BGB begrenzt.<sup>64</sup> Aufgrund der Subjektivierung des Tatbestandes des § 5 WiStG durch den BGH<sup>65</sup> hat die Vorschrift rechtstatsächlich<sup>66</sup> völlig an Bedeutung verloren.<sup>67</sup> Mit den Neuen Vorschriften wurde nicht völliges Neuland betreten.<sup>68</sup> Die Regelungen stellen nämlich eine Wiederbelebung der preisrechtlichen Beschränkungen<sup>69</sup> dar, die bereits im 1. Weltkrieg entwickelt wurden und dann in unterschiedlicher Form und für unterschiedlichen Wohnraum immer wieder mal galten und dann wieder aufgehoben wurden.<sup>70</sup> Nach *Derleder*<sup>71</sup> ist damit erstmals in der Bundesrepublik Deutschland eine neue Phase der Mietbegrenzung eröffnet worden, die teilweise an die Wohnraumbewirtschaftungsvorschriften erinnert. Schon früher haben all diese Regelungen die Ursachen des Mietanstiegs nicht behoben.<sup>72</sup>

Bereits im Gesetzgebungsverfahren waren Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit geäußert worden<sup>73</sup>, die jetzt teilweise vom LG Berlin aufgegriffen wurden und im 2.

---

<sup>61</sup> Die Vorschläge wurden jetzt im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom 7.2.2018 wieder aufgegriffen.

<sup>62</sup> Dazu Artz, MDR 2015, 549; Abramenko, MDR 2015, 921; Blank, WuM 2014, 641; Börstinghaus, NJW 2015, 1553; ders., SchlHA 2016, 239; ders. DWW 2014, 202; Flatow, WuM 2015, 191; Fleindl, WuM 2015, 212; Tschäpe, GE 2015, 955; Horst, NZM 2015, 393; Hinz, ZMR 2015, 593; Eisenschmid, ZAP F. 4 S 1649; Lehmann-Richter, WuM 2015, 204.

<sup>63</sup> Zu den vielfältigen mietpreisbegrenzenden Vorschriften in der Vergangenheit: Herrlein, 100 Jahre „Mietpreisbremse“, NZM 2016, 1.

<sup>64</sup> Dazu Börstinghaus, Miethöhe-Handbuch, 2. Aufl., Kap. 4 Rdn. 12ff.

<sup>65</sup> BGH NJW 2004, 1740; NJW 2005, 471; NZM 2006, 291; dazu Langenberg, FS Blank, S. 291.

<sup>66</sup> Beispielhaft AG Köpenick GE 2014, 1141 m. Anm. Herlitz jurisPR-MietR 7/2015 Anm. 3.

<sup>67</sup> Nach Weigelt, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht (2016), S. 304 kann hier nur eine Gesetzesänderung etwas ändernd. Siehe hierzu z.B. Bundesratsinitiative zur Wiederbelebung des § 5 WiStG: BT-Drs. 17/14360; nach Emmerich in Staudinger, § 556d Rdn. 11 wäre die (ursprünglich beabsichtigte) Streichung des § 5 WiStG „nur folgerichtig gewesen“.

<sup>68</sup> So aber Hinz ZMR 2014, 593, 594.

<sup>69</sup> Derleder KJ 2015, 3.

<sup>70</sup> Börstinghaus, Miethöhe-Handbuch, 2. Aufl., Kap. 1 Rdn. 6 ff.; Derleder KJ 2015, 5.

<sup>71</sup> Derleder KJ 2015, 5; ders. PiG 99 (2015) 27, 40.

<sup>72</sup> Weigelt, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht (2016), S. 302.

<sup>73</sup> Leuschner, NJW 2014, 1429; Blankenagel/Schröder/Spoerr, NZM 2015, 1; Herlitz, ZMR 2014, 262; Schultz, ZRP 2014, 37; Derleder, WuM 2013, 383; Börstinghaus/Kirchhoff/Derleder, ZRP 2013, 158; Tietzsch, WuM 2017, 688; zu den Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf die Begrenzung der „Wiedervermietungsmiete“ in Deutschland: Börstinghaus/Thiede, NZM 2016, 489.

Versuch<sup>74</sup> zu einer Vorlage gem. Art 100 GG an das Bundesverfassungsgericht geführt haben. Problematischer ist wohl die handwerklich nicht immer saubere Umsetzung durch einzelne Landesjustizverwaltungen.<sup>75</sup> Insbesondere der ausdrücklich vom Bundesgesetzgeber als „Verordnungsbremse“ eingeführte Begründungszwang in § 556 Abs. 2 BGB wurde nach der Rechtsprechung bisher in Bayern<sup>76</sup>, Hamburg<sup>77</sup> und Berlin<sup>78</sup> nicht eingehalten, in Frankfurt<sup>79</sup> wurde das Problem nicht gesehen. Im Übrigen ist die Anwendung der Regelungen für die Mietvertragsparteien aus den unterschiedlichsten Gründen sehr schwierig.<sup>80</sup> Die Praxis hatte im Gesetzgebungsverfahren auf die Probleme hingewiesen<sup>81</sup>, aber der Minister hatte damals die Weisung herausgegeben, dass an dem Entwurf kein Komma geändert wird.<sup>82</sup> Es darf bezweifelt werden, dass dies Gesetz sein Ziel auch nur ansatzweise erreicht hat oder erreichen wird.<sup>83</sup> Die Beurteilung hängt aber anscheinend von der jeweiligen Koalition ab. Während die CDU/FDP Koalition in NRW und die Ampel-Koalition in Schleswig-Holstein j vereinbart haben, die entsprechenden Landesverordnungen aufzuheben, weil sich das Instrument als unwirksam erwiesen habe, hat die Große Koalition in Niedersachsen vereinbart, „die gesetzlichen Regelungen zur Mietpreisbremse weiterzuentwickeln“. In der Sondierungsvereinbarung vor Aufnahme der Koalitionsverhandlungen zwischen CDU/CSU und SPD vom 12.1.2018 hieß es zunächst nur, dass „die Mietpreisbremse zum Ende des vorgesehenen Geltungszeitraumes auf Wirksamkeit und insbesondere unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus der Rechtsprechung evaluiert werden soll.“ Im Koalitionsvertrag ist zumindest das Datum konkretisiert worden. Danach soll die Mietpreisbremse bis Ende 2018 auf Wirksamkeit und Geeignetheit bewertet werden. Erfreulicherweise sollen dabei die praktische Bedeutung und die Erkenntnisse aus der Rechtsprechung berücksichtigt werden. Außerdem will man mit einer „gesetzlichen Auskunftspflicht“<sup>84</sup> des Vermieters bezüglich der Vormiete mehr Transparenz schaffen.

Zusammenfassend kann man sagen, dass das Mietrechtsänderungsgesetz ebenso wie das Mietrechtsnovellierungsgesetz von der Praxis nicht gebraucht wurden. Es handelt sich um Gesetzesvorhaben, die Klientelinteressen bedienen sollten.<sup>85</sup> Die Regelungen spielen in der Praxis kaum eine Rolle.

---

<sup>74</sup> LG Berlin (67.) zunächst Hinweisbeschluss v. 14.9.2017, NZM 2017, 766, dann Vorlagebeschluss NZM 2018, 118.

<sup>75</sup> Zusammenstellung bei *Börstinghaus/Thiede*, NZM 2016, 489.

<sup>76</sup> LG München I NZM 2018, 83 m. Anm. *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 2/2018 Anm. 1; AG München ZMR 2017, 655 m. Anm. *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 14/2017 Anm. 4.

<sup>77</sup> AG Hamburg-Altona ZMR 2017, 649; NJW-Spezial 2017, 738; a. A. AG Hamburg-St. Georg ZMR 2017, 744 m. Anm. *Börstinghaus*, WuM 2017, 626; *ders.*, IMR 2017, 437.

<sup>78</sup> AG Pankow, GE 2017, 1559.

<sup>79</sup> AG Frankfurt WuM 2017, 593 m. Anm. *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 23/2017 Anm. 1.

<sup>80</sup> Zur den Problemen der Mietpreisbremsen in der Praxis: *Börstinghaus*, NJW 2018, 665.

<sup>81</sup> Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 3.12.2014 – Protokoll 18/34 mit allen schriftlichen Stellungnahmen im Anhang.

<sup>82</sup> Dazu: *Börstinghaus*, „L'Etat c'est Maas oder der Verteidigungsfall im Mietrecht“, NJW 2015 Heft 13 Seite 10.

<sup>83</sup> Differenzierend jetzt *Kholodilin/Mense/Michelsen*, Mietpreisbremse ist besser als ihr Ruf, aber nicht die Lösung des Wohnungsmarktpblems, DIW Wochenbericht 7/2018, 108.

<sup>84</sup> Die gibt es heute schon in § 556g Abs. 3 BGB.

<sup>85</sup> *Börstinghaus*, „Jedem seinen Pyrrhussieg“, NJW 43/2014 Editorial.

## 2. Folgeänderungen im Mietrecht durch andere Reformen

### a) Die Schuldrechtsreform

Bereits 4 Monate nach Inkrafttreten der Mietrechtsreform waren einige Vorschriften des BGB Mietrechts durch das "Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts" vom 26.11.2001<sup>86</sup> schon wieder geändert worden.<sup>87</sup> Außerdem gab es zwei sprachliche Anpassungen<sup>88</sup> durch das Wohnungsbaureformgesetz<sup>89</sup> zum 1.1.2002 geändert.<sup>90</sup> Auch die ausdrücklichen Änderungen des Mietrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hielten sich in Grenzen. Im Gewährleistungsrecht wurden der Begriff „Fehler“ durch „Mangel“ und der des Begriffs des „Schadensersatzes wegen Nichterfüllung“ durch „Schadensersatz“<sup>91</sup> ersetzt. Bei der außerordentlichen Kündigung gem. § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB wurde der Verweis auf aufgehobene Vorschriften des Kaufrechts gestrichen. Bemerkenswert war allenfalls, dass der erst Monate zuvor geschaffene Unterbrechungstatbestand durch Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens für die kurze Verjährung gem. § 548 Abs. 3 BGB schon wieder abgeschafft wurde.

Bedeutsamer waren sicher die außerhalb des Mietrechts liegenden Änderungen des BGB, insbesondere des AGB-Rechts. Die Einführung des Transparenzgebots im Mietrecht<sup>92</sup> hat bis heute Konsequenzen.<sup>93</sup> Die Frage, ob die *Einführung* der Kündigung aus wichtigem Grund im allgemeinen Teil des Schuldrechts in § 314 BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung Auswirkungen auf die gleichartige Kündigung im Mietrecht hat und ob insbesondere die allgemeine Frist auch im Mietrecht gilt, wurde bis zur BGH Entscheidung vom 13. Juli 2016<sup>94</sup> kontrovers diskutiert.<sup>95</sup>

### b) Die Reform des Schadensersatzrechts

---

<sup>86</sup> BGBl 2001 I, 3138.

<sup>87</sup> dazu *Horst*, DWW 2002, 6; *Schach*, GE 2002, 246; *Graf von Westphalen*, NZM 2002, 36; *Emmerich*, NZM 2002, 362; *Heinrichs*, NZM 2003, 6; *Heinrich*; Die Regelung der Verjährung nach der Schuldrechtsreform und ihre Auswirkungen auf das Mietrecht, Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2002, herunterladbar unter [www.mietgerichtstag.de](http://www.mietgerichtstag.de).

<sup>88</sup> In § 556 BGB wegen Aufhebung der Anlage 3 zu § 27 II. BV (dazu *Weitemeyer*, NZM 2003, 423) und in § 558 BGB wegen Änderungen bei der Ausgleichszahlung bei Fehlbelegung.

<sup>89</sup> BGBl 2001, I, 2376.

<sup>90</sup> Zur Reform des Wohnungsbaurechts 2002: *Söfker*, WuM 2002, 291; *Hannig*, NZM 2001, 831.

<sup>91</sup> Nach *Graf von Westphalen*, NZM 2002, 368 ist durchaus fraglich, ob damit der neue Begriff des Schadensersatzes statt der Leistung gemeint sein soll.

<sup>92</sup> *Stöhr*, AcP 216 [2016], S. 558; *Häublein*, WuM 2016, 468; *Schumacher*, NZM 2003, 13; *Heinrichs*, NZM 2003, 6.

<sup>93</sup> Zuletzt BGH NZM 2016, 315 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 119 (*Eisenschmid*); dazu *Wichert*, MietRB 2016, 130; *Fritz*, NZM 2016, 316; *Fritz*, jurisPR-MietR 13/2016 Anm. 4.

<sup>94</sup> BGH NZM 2016, 791 = NJW 2016, 3720 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 39 (*Börstinghaus*); *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 16/2017 Anm. 2; *Schach*, jurisPR-MietR 19/2016 Anm. 5; *Kunze/Tietzsch*, WuM 2016, 691; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 641; *Schach*, MietRB 2016, 310; *Hartmann*, JM 2017, 100.

<sup>95</sup> Für die Auffassung des BGH spricht jetzt auch die neue Vorschrift im Bauvertragsrecht § 648a Abs. 3 BGB, wonach § 314 Abs. 2 und 3 BGB bei der Kündigung aus wichtigem Grund eines Bauvertrages gilt. Hier hat der Gesetzgeber die allgemeine Frist ausdrücklich für anwendbar erklärt, was dafür spricht, dass es in den Fällen der fehlenden Verweisung die Norm auch nicht anwendbar sein soll.

Auch das „Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften“ vom 19.7.2002<sup>96</sup> hatte mittelbar Auswirkungen auf das Mietrecht.<sup>97</sup> Die Reform brachte die Eingliederung des Schmerzensgeldes in das allgemeine Schadensrecht und damit Gewährung von Immaterialschadensersatz auch in den Fällen der Gefährdungs- und der Vertragshaftung (§ 253 Abs. 2 BGB). Außerdem wurde die Ersatzfähigkeit der Mehrwertsteuer bei fiktiver Abrechnung abgeschafft und ein eigener Schadensersatzanspruch der Prozessparteien gegenüber gerichtlichen Sachverständigen eingeführt.<sup>98</sup> Der Schmerzensgeldanspruch spielt vor allem bei Gesundheitsbeeinträchtigungen z.B. durch Schimmel oder Asbest, aber auch bei der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht eine Rolle.

### **c) Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes**

Nach langjährigem politischen Gezerre haben Bundestag und Bundesrat im Juni 2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz<sup>99</sup> als Umsetzung von vier EU-Richtlinien und zur Abwendung eines Bestrafungsverfahrens der EU-Kommission beschlossen. Seit 18.8.2006 ist eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, verboten, soweit kein sachlicher Grund vorliegt.<sup>100</sup> Besonders extreme Fälle der Diskriminierung im Mietrecht wurden aufgrund dieses Gesetzes bereits sanktioniert<sup>101</sup>, auch wenn die Auswirkungen bei weitem nicht so groß sind, wie teilweise befürchtet.

### **d) Die ZPO-Reform mit den Folgeänderungen**

Alle diese Änderungen des Mietrechts durch das Mietrechtsreformgesetz und die übrigen dargestellten Reformen sind aber nichts gegenüber der ZPO-Reform von 2002. Wohnraummiete war bis zu diesem Zeitpunkt die Domäne der Amtsgerichte. 304.000 Wohnraummietprozesse in erster Instanz jährlich wurden dort damals anhängig gemacht und erledigt. Ein kleiner Bruchteil davon kam in die Berufungsinstanz. Darüber erstreckte sich der berühmte blaue Himmel. Die Oberlandesgerichte haben sich dann noch einige Rechtsfragen im Rechtsentscheidverfahren herausgepickt. So wichtig sie im Einzelfall auch gewesen sein mögen, sie fallen bei ca. 4 -5 Mio. Wohnraummietprozessen während der Geltung des Rechtsentscheidverfahren mengenmäßig kaum ins Gewicht. Weniger als der berühmte Tropfen auf den heißen Stein stellten diese 364 Rechtsentscheide<sup>102</sup> der 16 befassten Oberlandesgerichte in 22 Jahren Rechtsentscheidgeschichte dar. Der BGH hat sich mit der Wohnraummiete so gut

---

<sup>96</sup> BGBl 2002 I, 2674.

<sup>97</sup> Dazu *Horst*, NZM 2003, 537.

<sup>98</sup> *Kilian*, VersR 2003, 683; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906

<sup>99</sup> Dazu *Börstinghaus*, ZAP F 4 S 1037.

<sup>100</sup> Dazu *Schiess-Rütimann*, WuM 2006, 12; *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3; *Rolfs*, NJW 2007, 1489; *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6; *Derleder*, NZM 2007, 625; *Horst*, MDR 2006, 1266; *Hinz*, SchlHA 2007, 265; *Beuermann*, GE 2010, 444; *Börstinghaus*, ZAP Fach 4, 1037.

<sup>101</sup> OLG Köln NZM 2010, 294; LG Aachen NZM 2009, 318; AG Hamburg-Barmbek WuM 2017, 393 m. Anm. *Herlitz*, jurisPR-MietR 1/2018 Anm. 1.

<sup>102</sup> Die Nichtannahmebeschlüsse sind dabei nicht mitgezählt.

wie gar nicht beschäftigen müssen. Genau 32 Rechtsentscheiden des BGH gibt es aus den 22 Jahren Rechtsentscheidsgeschichte. Das entspricht einem Schnitt von etwa 1,5 Rechtsentscheiden im Jahr oder alle 8 Monate einem. Hinzu kamen noch einige wenige Klauselverfahren nach dem AGBG.<sup>103</sup> Folge war deshalb aber auch eine unterschiedliche Rechtsprechung je nach Landgerichtsbezirk.

Durch das „Gesetz zur Reform des Zivilprozesses“ vom 27. Juli 2001<sup>104</sup> wurde in § 543 Abs. 1 ZPO die streitwertunabhängige Zulassungsrevision eingeführt<sup>105</sup>, außerdem gibt es die streitwertabhängige Nichtzulassungsbeschwerde. Hier wurde die erforderliche Beschwer in § 26 Nr. 8 EGZPO auf 20.000,- € festgesetzt. Die Regelung wurde immer wieder neu zeitlich befristet verlängert und gilt zurzeit bis 30.6.2018. Seit Oktober 2011 können zudem Zurückweisungsbeschlüsse des Berufungsgerichts gem. § 522 Abs. 2 ZPO vor dem BGH gem. dem neuen § 522 Abs. 3 ZPO angefochten werden.

Für die Gewerberaummiete waren diese Änderungen nicht so gravierend, da dort der Instanzenzug regelmäßig beim Landgericht beginnt und gegen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte immer schon bei Erreichen einer Beschwer von 20.000,- € die Revision möglich war. Hinzugekommen ist lediglich die Zulassungsrevision und die Rechtsmittel gegen Zurückweisungsbeschlüsse gem. § 522 ZPO.

#### **IV. Die Rechtsprechung des BGH**

##### **1. Der BGH in Zahlen**

All dies hat dazu geführt, dass der BGH, und hier vor allem der VIII. Senat, in ganz erheblichem Umfang in (wohnraum-)mietrechtlichen Fragen eine richtungweisende Spruchstätigkeit entwickelt hat. Vom VIII. Senat liegen bis jetzt ca. 911 und vom XII. Senat 310 veröffentlichte Entscheidungen vor.<sup>106</sup> Dabei ist die „Flut des BGH“<sup>107</sup> inzwischen wieder etwas abgeklungen. Der Scheitelpunkt scheint überschritten zu sein.

---

<sup>103</sup> Heute UKIG.

<sup>104</sup> BGBl 2001 I, 1887

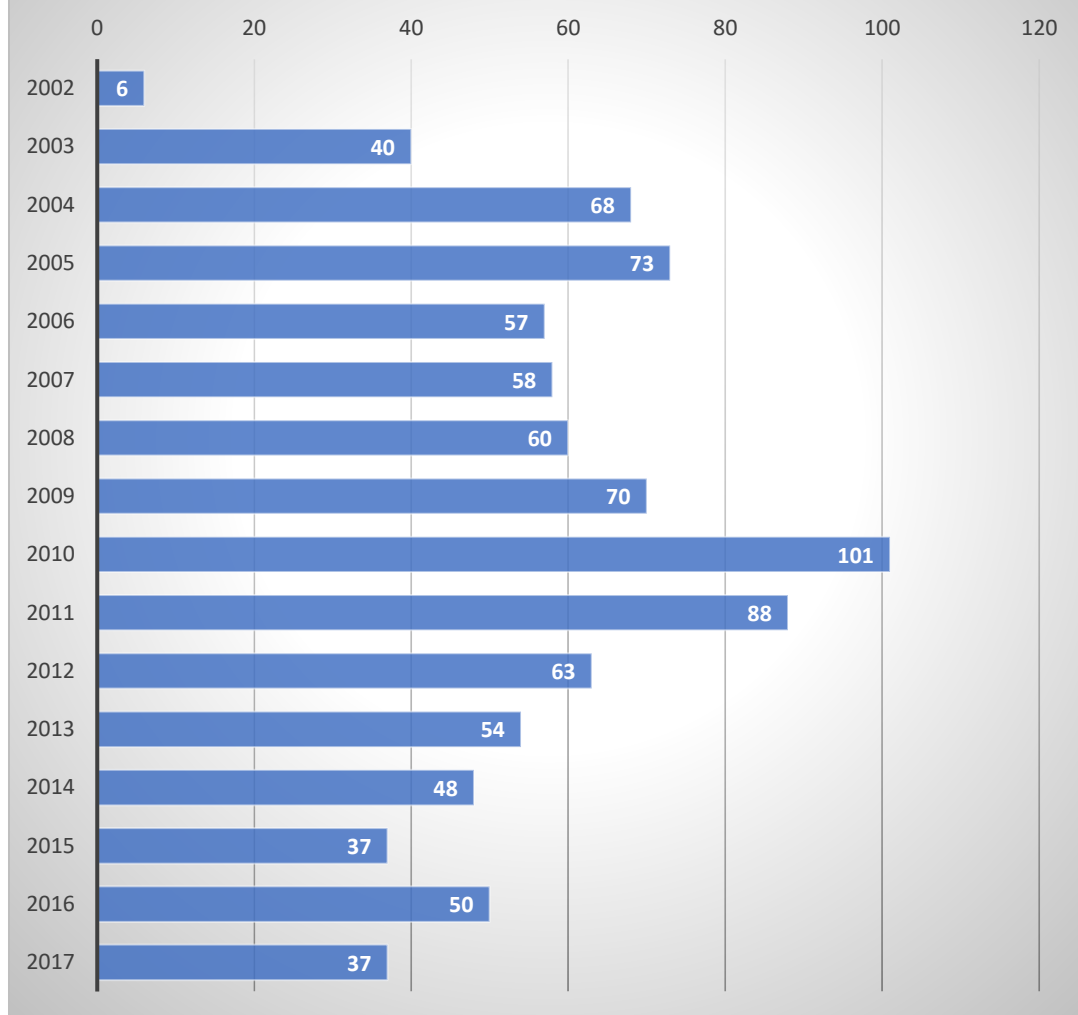
<sup>105</sup> Zu den Rechtsmitteln im Mietprozess nach der ZPO-Reform: *Ball*, NZM 2002, 409.

<sup>106</sup> Die Zahlen sind nicht ganz genau, da zum Teil Parallelentscheidungen mitgezählt und zum Teil auch nicht mitgezählt wurden.

<sup>107</sup> *Börstinghaus*, NZM 2003, 829.



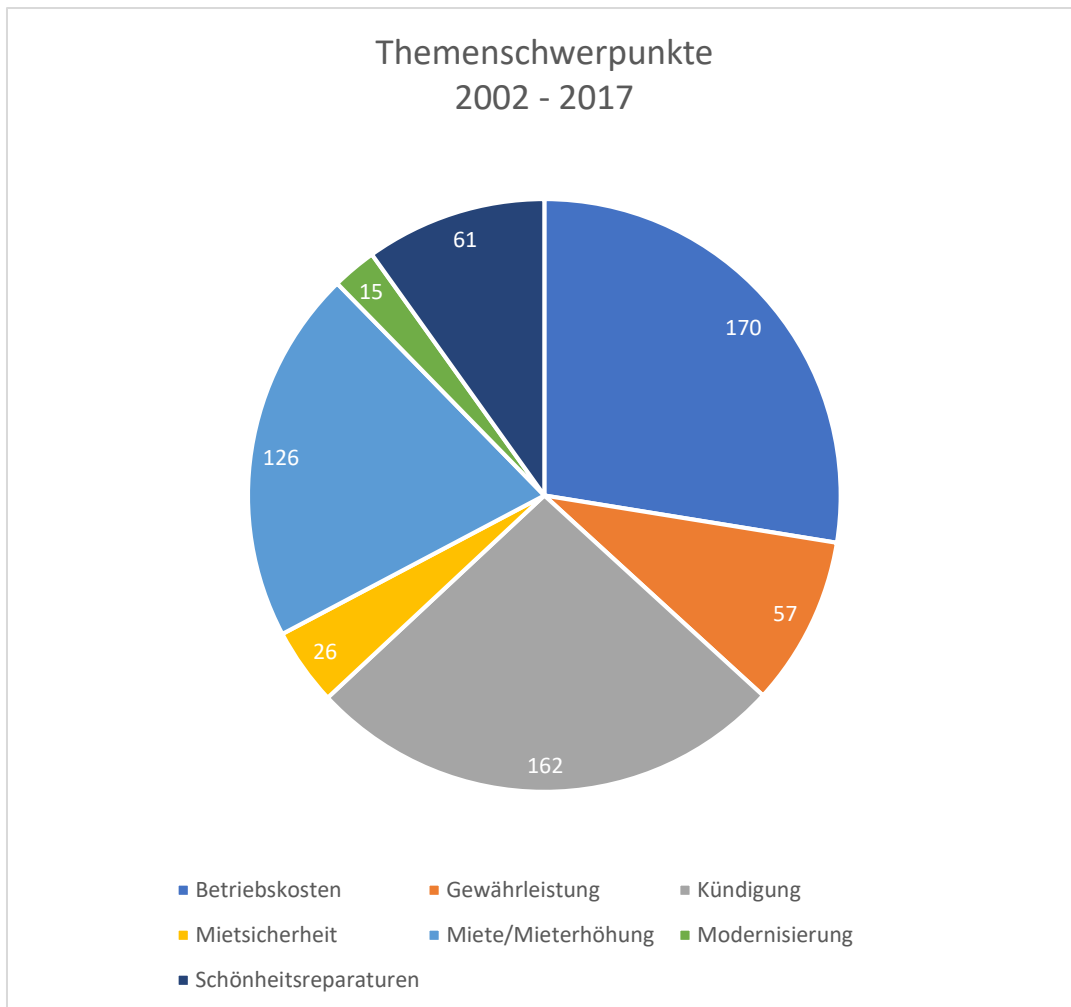
## Entscheidungen des VIII. Senats mit mietrechtlichem Bezug



Wie wenig man beim BGH damals auf die Flutwelle der wohnraummietrechtlichen Entscheidungen nach der ZPO-Reform vorbereitet war, zeigt sich daran, dass die Verfahren im Geschäftsverteilungsplan als „sonstige Rechtsstreitigkeiten über Wohnraummietverhältnisse“ und damit sozusagen als Rest bezeichnet werden. Dieser Rest hat sich zu einer durchaus stattlichen Zahl entwickelt.<sup>108</sup>

Thematisch beziehen sich die Entscheidungen des VIII. Senats im Wesentlichen auf 7 Rechtsfragen:

<sup>108</sup> Im aktuellen Geschäftsverteilungsplan sind dem VIII. Zivilsenat u.a. zugewiesen „die Entscheidungen in Rechtsstreitigkeiten über Wohnraummietverhältnisse einschließlich der Rechtsstreitigkeiten über das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 BGB“.



Ungefähr 2/3 aller veröffentlichten Entscheidungen beziehen sich auf diese 7 Rechtsgebiete. Hinzu kommt noch ein größerer Block, der sich mit prozessualen Fragen beschäftigt.

Der BGH hat mit seinen Entscheidungen, wie es Aufgabe eines Revisionsgerichts ist<sup>109</sup>, häufig Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO geklärt. Das hat zu einer erheblichen Vereinheitlichung der zuvor regional zersplitterten Rechtsprechung in Mietsachen geführt. Neben der Veröffentlichung solcher Entscheidungen hat der Senat in der Deutschen Richterakademie auch sog. „Aussprechtungen“ abgehalten, in denen den anwesenden Richterinnen und Richtern diese Rechtsprechung noch einmal vom Senat erläutert wurde.

## 2. Personelle Zusammensetzung der Mietesenate

Natürlich hat sich über die ca. 17 Jahre, seit der Mietrechtsreform die personelle Zusammensetzung der beiden Mietesenate geändert. Im VIII. Senat gab es in dieser Zeit 3 Vorsitzende<sup>110</sup> und noch weitere 14 Richterinnen und Richter.<sup>111</sup> Im XII. Senat

<sup>109</sup> Siehe auch zum Inhalt und den Grenzen von Revisionsentscheidungen des BGH: *Hinz*, WuM 2004, 380.

<sup>110</sup> VorsRi`inBGH Dr. Deppert bis 2006, VorsRiBGH Ball bis 2014 und VorsRi`inBGH Dr. Milger seit 2015.

<sup>111</sup> RiBGH Dr. Frellesen bis 2014; RiBGH Wiechers bis 2009; RiBGH Dr. Wolst; RiBGH Dr. Beyer bis 2006; RiBGH Dr. Leimert bis 2006; RiBGH Dr. Hübsch bis 2004; Ri`inBGH Hermanns von 2004 bis 2010; Ri`inBGH Dr. Hessel seit 2006; RiBGH Prof. Dr. Achilles seit 2007; RiBGH Dr. Schneider seit 2008; Ri`inBGH Dr. Fetzer seit 2009;

gab es in der Zeit 2 Vorsitzende.<sup>112</sup> Insbesondere die „persönlichen Schwerpunkte“ der jeweiligen Vorsitzenden des VIII. Senats unterschieden sich dabei durchaus. Wenn man sich früher an den Senat mit einer mietrechtlichen Frage oder Referentenanfrage wandte, wurde man in der Regel von der oder dem Vorsitzenden an einen Beisitzer oder eine Beisitzerin verwiesen. Das hat sich in den letzten Jahren stark verändert, was erkennbar auch Einfluss auf die Qualität der Entscheidungen hat. Zu Beginn der wohnraummietrechtlichen Spruchstätigkeit des VIII. Senats war die Kritik an den Entscheidungen Land auf, Land ab unüberhörbar.<sup>113</sup> Die Qualität einzelner Entscheidungen wurde in der Fachliteratur in einem Stil kritisiert, den es vorher bei BGH Entscheidungen noch nie gegeben hat.<sup>114</sup> Auch wenn natürlich bei einer so interessengesteuerten Materie wie dem (Wohnraum-)Mietrecht selbstverständlich unterschiedliche Auffassungen weiter auch engagiert vertreten werden, hat sich auch wegen der inzwischen erarbeiteten Kompetenz des Senats die geäußerte Kritik<sup>115</sup> erheblich versachlicht. Die Urteile sind heute sehr ausführlich begründet.<sup>116</sup>

Ganz deutlich war nach anfänglichen Abstimmungsproblemen und der daran geäußerten Kritik<sup>117</sup>, das Bemühen in der Entscheidungspraxis des VIII. und XII. Senats zu erkennen, abweichende Entscheidungen zu vermeiden.<sup>118</sup> In letzter Zeit hat die sogenannte „Bolzplatzentscheidung“ des VIII. Senats<sup>119</sup> die Frage aufgeworfen, ob der Senat damit bewusst von der Rechtsprechung des XII. Senats abgewichen ist. Der XII. Senat<sup>120</sup> hatte noch 2008 ebenfalls zu Lärmbeeinträchtigungen genau entgegengesetzt ausgeführt, der Mieter könne selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des

---

RiBGH Dr. Bünge seit 2009; RiBGH Kosziol seit 2015; RiBGH Hoffmann seit 2017, wobei nicht alle Kolleginnen und Kollegen mit 100% ihres Pensums dem VIII. Senat zugeteilt waren.

<sup>112</sup> VorsRiBGH Dr. Hahne bis 2012 und VorsRiBGH Dose seit 2012.

<sup>113</sup> *Börstinghaus*, NZM 2004, 801.

<sup>114</sup> *Derleder*, NZM 2004, 247; *Kappus*, NZM 2004, 411, 412; *Blümmel*, GE 2004, 584, *Beuermann*, GE 2004, 215: „Man hätte sich gewünscht, dass der BGH trotz seiner Überlastung auf all diese Fragen näher eingegangen wäre.“; *Wiek*, WuM 2004, 276, 277 „Zu dem Urteil des BGH (WuM 2004, 157) hat *Derleder* angemerkt, dass die entschlossene und zügige Wahrnehmung der mit der Zulassung der Revision in Wohnraummietssachen zugewiesenen Zuständigkeiten auf Kosten der Gründlichkeit gehen kann. Die beiden Urteile des BGH vom VIII. Zivilsenats vom 30.3.2004 zur Fußnotentechnik bei Kündigungsfristen in Altmietverträgen sind dafür ein weiterer Beleg“; *Börstinghaus*, GE 2009, 1201: „Anscheinend wurde die „Versteckte Kamera“ in Karlsruhe aufgezeichnet“.

<sup>115</sup> *Häublein*, jurisPR-MietR 21/2011 Anm. 2.

<sup>116</sup> Spitzenreiter mit ca. 60 Druckseiten ist wahrscheinlich das Urteil zur Kappungsgrenzensenkungsverordnung BGHZ 207, 246 = NZM 2016, 82 = NJW 2016, 476 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 35 (*Börstinghaus*).

<sup>117</sup> *Schumacher*, WuM 2004, 507; *Beuermann*, GE 2004, 215; *Wiek*, WuM 2004, 276 (277); *Blümmel*, GE 2004, 584; *Kappus*, NZM 2004, 411 (412); *Derleder*, NZM 2004, 247.

<sup>118</sup> Zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung des VIII. Senats auf Gewerberaummietverhältnisse siehe *Ahlt*, DWW 2005, 496; *Leo*, Übertragung der Schönheitsreparaturen- und Instandhaltungsrechtsprechung des VIII. Senats des BGH auf die Gewerberaummieter, Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2017, herunterladbar unter [www.mietgerichtstag.de](http://www.mietgerichtstag.de)

<sup>119</sup> BGH NZM 2015, 481 = NJW 2015, 2177 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 51 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 12/2015 Anm. 2; *Schach*, MietRB 2015, 225; *Föllner*, WuM 2015, 485; *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 513; *Ghassemie-Tabar*, NJW 2015, 2849; *Blank*, MDR 2015, 1114; *Boos*, LMK 2015, 373443; *Selk*, NZM 2015, 855; *Schläger*, ZMR 2016, 362; *Flatow*, WuM 2016, 459; *Klimesch*, ZMR 2016, 516.

<sup>120</sup> BGH, NZM 2008, 609, 610, Rn. 20 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 20 (*Eisenschmid*); *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 547; *Lammel*, jurisPR-MietR 19/2008 Anm. 3.

Mangels verfüge.<sup>121</sup> Auch die Entscheidung des VIII. Senats<sup>122</sup> zur Nichtanwendung des § 314 Abs. 3 BGB auf die Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 543 BGB könnte zu einer Divergenz mit anderen Senaten führen. Der VIII. Senat hatte in der Vergangenheit die Frage, ob § 314 Abs. 3 BGB in der Wohnraummiete anwendbar sei immer offengelassen.<sup>123</sup> In der neuen Entscheidung hat der Senat zwar ausdrücklich das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 314 Abs. 3 BGB verneint aber trotzdem – ohne Notwendigkeit – auch die Anwendbarkeit der Norm verneint. Der XII. Senat hatte in seiner Entscheidung<sup>124</sup> die Voraussetzungen des § 314 Abs. 3 BGB geprüft und verneint. Daraus wurde geschlossen, dass der Senat die Norm anwenden wollte. Noch etwas weiter war der Senat für Landwirtschaftssachen<sup>125</sup> gegangen. Nach seiner Meinung hat die Erklärung der außerordentlichen Kündigung eines Landpachtverhältnisses innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Eintritt des Kündigungsgrundes und dessen Kenntnis bei dem Kündigungsberechtigten dem anderen Teil zugehen. Der Senat hat aber ausdrücklich offengelassen, ob er dies aus allgemeinen Grundsätzen oder aus § 314 Abs. 3 BGB herleiten will. Der VIII. Senat hat hier Pflöcke eingeschlagen, so dass abzuwarten bleibt, ob die anderen dem folgen oder für ihre Rechtsgebiete anders entscheiden werden.

### 3. Generelle Entwicklung der BGH-Rechtsprechung

Wenn man sich die Rechtsprechung des VIII. Senats seit der ersten Entscheidung nach der ZPO-Reform<sup>126</sup> zur Zulässigkeit der Klage auf zukünftige Leistung zusammen mit der Räumungsklage bei einem zahlungsunfähigen Mieter bis zu den letzten Entscheidungen aus dem Jahr 2017 zur Modernisierungsduldung<sup>127</sup> ansieht, dann kann man durchaus erkennen, dass der Senat sich an mietrechtliche Themen teilweise durchaus langsam herangetastet hat. Es lag auch ein gewisses „learning by doing“ vor. Eingeschlagene Wege wurden später durchaus als nicht gangbar erkannt<sup>128</sup> und die Rechtsprechung dann wieder geändert oder neuerdings<sup>129</sup> auch „klargestellt“. Dies gilt z.B. für die konkludente Betriebskostenvereinbarung durch

---

<sup>121</sup> Gegen die Rechtsprechung des VIII. Senats auch ausdrücklich LG Berlin WuM 2018, 25; dazu *Börstinghaus*, IMR 2018, 50; kritisch auch LG München I NZM 2016, 237; dazu *Blank*, jurisPR-MietR 3/2016 Anm. 1; *Klimesch*, ZMR 2016, 516; *Ramm*, IMR 2016, 102.

<sup>122</sup> BGH NZM 2016, 791 = NJW 2016, 3720 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 39 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 16/2017 Anm. 2; *Schach*, jurisPR-MietR 19/2016 Anm. 5; *Kunze/Tietzsch*, WuM 2016, 691; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 641; *Schach*, MietRB 2016, 310; *Hartmann*, JM 2017, 100.

<sup>123</sup> BGH NZM 2015, 536 = NJW 2015, 2417 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 23 (*Börstinghaus*); dazu *Schmid*, MietRB 2015, 195; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 12/2015 Anm. 3; *Blank*, WuM 2015, 419; *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 513; BGH NZM 2009, 314 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 13 (*Börstinghaus*); BGH NZM 2011, 32 = MietPrax-AK § 569 BGB Nr. 7 (*Börstinghaus*), dazu *Beuermann*, GE 2010, 801; *Eupen*, MietRB 2010, 190.

<sup>124</sup> BGH NZM 2007, 400 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 7 (*Börstinghaus*); dazu *Kunze*, MietRB 2007, 168.

<sup>125</sup> BGH NZM 2010, 552.

<sup>126</sup> Wohl BGH NZM 2003, 231 = NJW 2003, 1395 = MietPrax-AK § 259 ZPO Nr. 1 (*Börstinghaus*).

<sup>127</sup> BGH WuM 2018, 28 = MietPrax-AK § 555b BGB Nr. 3 (*Eisenschmid*).

<sup>128</sup> Des BGH würde dies gegenüber Untergerichten wohl als „als rechtsirrig“ bezeichnen.

<sup>129</sup> BGH NZM 2017, 405 = NJW 2017, 2018 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 65 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 11/2017 Anm. 3; *Hinz*, NZM 2017, 412; *Hartmann*, WuM 2017, 450; *Fleindl*, ZMR 2017, 799; nach Ansicht des Senats enthielt die Entscheidung BGH NZM 2013, 22 = NJW 2013, 225 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 43 (*Börstinghaus*) „missverständliche verallgemeinerungsfähig klingende [n] Ausführungen“.

Zahlung<sup>130</sup>, die Angabe der Gesamtkosten in einer Betriebskostenabrechnung<sup>131</sup>, die Auswirkungen falscher Flächenangaben im Mietvertrag auf das Mieterhöhungsverfahren<sup>132</sup>, die Anforderungen an eine Kündigung wegen Betriebsbedarfs<sup>133</sup> die Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach einer einseitigen Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen<sup>134</sup> sowie natürlich die Wirksamkeit von

---

<sup>130</sup> Zunächst sehr großzügig: BGH NZM 2004, 418 = MietPrax-AK § 2 Nr. 17 BetrKV Nr. 2 (*Eisenschmid*); dazu *Lützenkirchen*, MietRB 2004, 255; *Schumacher*, WuM 2004, 507; *Schmid*, GE 2004, 736; *Langenberg*, NZM 2005, 51, 52; *Maciejewski*, MM 2004, 185; *Derckx*, WuM 2005, 690; *Kappus*, NZM 2004, 411; dann einschränkend: BGH, NJW 2008, 283 = NZM 2008, 81 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 25 (*Eisenschmid*); dazu *Schmid*, ZMR 2008, 110; *Monschau*, MietRB 2008, 66/67; *Derckx*, NZM 2008, 239; dann noch strenger: BGH, NZM 2008, 276 = NJW 2008, 1302 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 31 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2008, 524; *Hoffmann*, MietRB 2008, 162.

<sup>131</sup> Zunächst BGH NJW 2007, 1059 = NZM 2007, 244 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 23 (*Eisenschmid*); dazu *Streyl*, NZM 2007, 324; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 244; *Derckx*, NZM 2007, 385; *Milger*, NJW 2009, 625; *Serwe*, WuM 2009, 273; jetzt neuerdings aber anders: BGH NJW 2016, 866 = NZM 2016, 192 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 114 (*Eisenschmid*); dazu *Kunze*, MietRB 2016, 61; *Blank*, WuM 2016, 173; *Zehelein*, NZM 2016, 194; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 226; *Pfeifer*, jurisPR-MietR 12/2016 Anm. 1; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 3/2016 Anm. 2; *Hinz*, JR 2017, 370; die Rechtsprechungsänderung wurde bereits angekündigt: zu den sog. unechten Gesamtkosten in BGH NZM 2014, 26 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 105 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2013, 1618; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 1/2014 Anm. 2; *Harsch*, MietRB 2014, 1; *Theesfeld*, jurisPR-MietR 3/2014 Anm. 2; *Schmid*, ZMR 2014, 200; zu Heizkostenabrechnungen mit überlappenden Abrechnungszeiträumen: BGH NZM 2014, 384 = MietPrax-AK, § 556 BGB Nr. 107 (*Eisenschmid*), dazu *Schach*, jurisPR-MietR 10/2014 Anm. 3; *Schach*, GE 2014, 640; *Harsch*, MietRB 2014, 161; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 386.

<sup>132</sup> Zunächst BGH NZM 2004, 699 = NJW 2004, 3115 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 9 (*Börstinghaus*); dazu *Wiek*, WuM 2004, 487; *Schach* GE 2004, 999; *Börstinghaus* BGHReport 2004, 1204; *Maciejewski* MM 2004, 373; BGH NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 14 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, NJW 2007, 2627; *Eupen*, MietRB 2007, 221 und 222; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 466; *Bieber*, BGHReport 2007, 795; neuerdings aber anders: BGH NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. (*Börstinghaus*), *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 1; *Beyer*, jurisPR-MietR 1/2016 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2016, 30; *Börstinghaus*, LMK 2016, 375498; *Kunze*, MietRB 2016, 29; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 129; *Heix*, WuM 2016, 263; umfassend hierzu: *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012.

<sup>133</sup> Zunächst NZM 2013, 22 = NJW 2013, 225 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 43 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, MietRB 2013, 2; *Blank*, WuM 2013, 47; *Both*, jurisPR-MietR 2/2013 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2013, 34; *Wiek*, WuM 2013, 271; jetzt „klargestellt“: BGH NZM 2017, 405 = NJW 2017, 2018 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 65 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 11/2017 Anm. 3; *Hinz*, NZM 2017, 412; *Hartmann*, WuM 2017, 450; *Fleindl*, ZMR 2017, 799; BGH NZM 2017, 559 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 66 (*Börstinghaus*); dazu *Sandidge/Wichert*, MietRB 2017, 213, 214; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 15/2017 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 482; BGH NZM 2017, 756 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 68 (*Börstinghaus*); dazu *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 22/2017 Anm. 1; *Bruns*, NZM 2017, 759; *Beyer*, jurisPR-MietR 25/2017 Anm. 3; *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 1; BGH NZM 2017, 521 = NJW 2017, 2819 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 64 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 12/2017 Anm. 2; *Schach*, GE 2017, 621; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 419.

<sup>134</sup> Zunächst NJW 2008, 508 = NZM 2008, 121 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 13 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, GE 2008, 84; *Blank*, WuM 2008, 91; *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 130; *Rave*, ZMR 2008, 199; *Lützenkirchen*, BGHReport 2008, 213; *Lützenkirchen*, MietRB 2008, 100; *Lammel*, WuM 2008, 210; *Fischer*, WuM 2008, 251; *Loeff*, ZMR 2008, 680; *Rolfs*, LMK II. HJ, 40; BGH NZM 2010, 315 = NJW 2010, 2053 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 46 (*Eisenschmid*); dazu *Monschau*, MietRB 2010, 103 und 104; anders aber jetzt BGH NJW 2012, 2186 = NZM 2012, 455 = MietPrax-AK § 560 BGB Nr. 6 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 13/2012 Anm. 2; *Harsch*, MietRB 2012, 189; *Drasdo*, NJW-Spezial 2012, 449; *Schmid*, ZMR 2012, 684; BGH NJW 2012, 3089 = NZM 2012, 676 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 27 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 18/2012 Anm. 3; *Schach*, jurisPR-MietR 18/2012 Anm. 1; *Harsch*, MietRB 2012, 285; *Schmid*, NZM 2012, 674; *Drasdo*, NJW-Spezial 2012, 642; *Hinz*, ZMR 2012, 842.

Schönheitsreparatur<sup>135</sup>- und Quotenabgeltungsklauseln<sup>136</sup>. Letzteres steht in engem Zusammenhang mit einem sich fortentwickelnden Verständnis vom Inhalt und der Bedeutung AGB-rechtlicher Fragestellungen.

#### 4. Der Einfluss des AGB-Rechts

Mietrecht und AGB-Recht sind eng miteinander verknüpft. Das liegt daran, dass die ca. 24,2 Mio. Mietwohnungen in Deutschland<sup>137</sup> ganz überwiegend mittels eines Formularymietvertrages eines Verbandes oder Verlages vermietet werden. Auch wenn es im Kapitel „Wohnraummiete“ im BGB<sup>138</sup> ca. 40 Mal die Formulierung gibt, wonach Vereinbarung zum Nachteil der Mieter unwirksam sind<sup>139</sup>, spielen die §§ 305 ff BGB und vormals die Vorschriften des AGBG eine weit größere Bedeutung. Mietrecht ist Formularrecht.<sup>140</sup> Das gilt selbst für den Mustermietvertrag des BMJ aus dem Jahre 1976, obwohl das AGBG erst am 1.4.1977 in Kraft getreten ist, weshalb dieser Vertragstext heute eigentlich nicht mehr zu empfehlen ist.<sup>141</sup> Die Entwicklung des AGB-Rechts<sup>142</sup> hat deshalb auch das Mietrecht stark beeinflusst. Dabei sind die Änderungen des AGB-Gesetzes, der Erlass der Klauselrichtlinie 1993<sup>143</sup> und die Überführung der Regelung ins BGB<sup>144</sup> gar nicht einmal so bedeutsam, wie die Fortentwicklung der Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte zur

---

<sup>135</sup> Zunächst BGHZ 101, 253, 261; BGH NZM 2004, 734 = NJW 2004, 2961 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 8 (Eisenschmid); dazu Langenberg, NZM 2005, 51, 55; Häublein, ZMR 2005, 94; anders aber jetzt: BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 69 (Eisenschmid); dazu Schach, GE 2015, 343; Lehmann-Richter, NJW 2015, 1598; Harsch, MietRB 2015, 161; Schach, GE 2015, 624; Börstinghaus, LMK 2015, 369251; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 10/2015, 1; Hartmann, WuM 2015, 406; Langenberg, NZM 2015, 681; Sommer, MietRB 2015, 312; Steinig, DWW 2015, 282; Artz, NZM 2015, 801; Drettmann, NJW 2015, 3694; Graf v. Westphalen, NZM 2016, 10; Schneider, jM 2015, 325; Schmidt, NJW 2016, 1201; Emmerich, JuS 2015, 840; Blum, NJ 2015, 375.

<sup>136</sup> Zunächst BGH NZM 2004, 615 = NJW 2004, 3042 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 6 (Eisenschmid); dazu Blank, LMK 2004, 177; Langenberg NZM 2005, 51, 57; BGH NZM 2004, 903 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 10 (Eisenschmid); dazu Harsch, MietRB 2005, 62; Fischer, WuM 2005, 284; BGH NJW 2007, 3632 = NZM 2007, 879 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 32 (Eisenschmid); dazu Kappus, NJW 2007, 3635; Klimke/Lehmann-Richter, WuM 2007, 688; Drasdo, NJW-Spezial 2007, 593; Mack, ZMR 2008, 35; Bergemann/Blazek/Tamm, DWW 2008, 54; Langenberg, BGHReport 2008, 7; anders aber jetzt BGH NZM 2015, 424 = NJW 2015, 1871 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 66 (Eisenschmid); dazu Börstinghaus jurisPR-BGHZivilR 10/2015, 2; Schach, GE 2015, 343; Börstinghaus, LMK 2015, 370159; Harsch, MietRB 2015, 196; Langenberg, NZM 2015, 681; Boerner, NZM 2015, 686; Steinig, DWW 2015, 282; Neumann/Baarth/Gobst, DWW 2015, 287; Drettmann, NJW 2015, 3694; Schmidt, NJW 2016, 1201.

<sup>137</sup> Wert nach der Gebäude- und Wohnungszählung 2011, herunterladbar unter: [file:///C:/Users/UPB/AppData/Local/Temp/Zensus2011\\_GWZ\\_2011www.pdf](file:///C:/Users/UPB/AppData/Local/Temp/Zensus2011_GWZ_2011www.pdf).

<sup>138</sup> §§ 549 – 577a BGB.

<sup>139</sup> Derleder, GS Sonnenschein, S. 97, 98 hat vermutet, dass durch die 40fache Wiederholung die Bedeutung „den Mietrichtern stärker eingehämmert werden“ soll.

<sup>140</sup> So die Formulierung von Graf v. Westphalen, NZM 2018, 97, 104.

<sup>141</sup> Er wird trotzdem in diversen Gesetzessammlungen noch abgedruckt.

<sup>142</sup> Zur Entwicklung des AGB-Rechts siehe die (halb-)jährlichen Übersichten von Graf v. Westphalen NJW 2018, 205; 2017, 2237; 2016, 2228; NJW 2015, 2223; NJW 2014, 2243; NJW 2013, 2239; 2012, 2243; 2011, 2089; 2010, 2254; 2009, 2355; 2008, 2234; 2007, 2228; 2006, 2228; 2005, 1987; 2004, 1993; 2003, 1635 und 1981; 2002, 1688; Beilage NJW 2001, 3.

<sup>143</sup> Amtsblatt Nr. L 095 vom 21/04/1993 S. 29.

<sup>144</sup> Die Kodifizierung des Transparenzgebots hat sicherlich dessen Bedeutung hervorgehoben, eine inhaltliche Änderung zur vorher bereits vorliegenden Rechtsprechung ist aber eher nicht eingetreten; zum Transparenzgebot Stöhr, AcP 216 [2016], S. 558; Häublein, WuM 2016, 468; Schumacher, NZM 2003, 13; Heinrichs, NZM 2003, 6.

Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. *Graf von Westphalen* hat jüngst erst wohl auf Anfrage von Dr. Kappus über die „Leuchttürme in der BGH-Rechtsprechung zu Miet-AGB“ berichtet.<sup>145</sup>

Besonders anschaulich ist dies im Bereich des Mietrechts anhand der Rechtsprechung zu den Schönheitsreparatur-<sup>146</sup> und Quotenabgeltungsklauseln<sup>147</sup>. Zu Beginn der Rechtsprechung des BGH zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>148</sup> entsprach es noch dessen Rechtsprechungspraxis, den Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Rückgriff auf § 242 BGB in einer Weise einzuschränken, die heute als unzulässige geltungserhaltende Reduktion einer Klausel auf den gerade noch zulässigen Inhalt eingestuft wird. Da es sich nur um die Fortentwicklung der Rechtsprechung handelte, hat der Senat<sup>149</sup> den Mietvertragsparteien – insbesondere den Vermietern –, die sich auf die bisherige Rechtsprechung verlassen hatten und ihre Klauseln daran ausgerichtet hatten, zu Recht<sup>150</sup>, keinen Vertrauensschutz gewährt, obwohl vehement eine Stichtagsregelung gefordert wurde.<sup>151</sup> Wird eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam erklärt, sind die in der Vergangenheit liegenden Verträge davon grundsätzlich auch dann betroffen, wenn die Klausel zuvor in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung als gültig angesehen wurde. Auch höchstrichterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen damit keine vergleichbare Rechtsbindung. Das Risiko, dass eine zunächst unbeanstandet gebliebene Klausel in späteren höchstrichterlichen Entscheidungen wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners als unwirksam beurteilt wird, trägt grundsätzlich der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen.<sup>152</sup>

---

<sup>145</sup> *Graf von Westphalen*, NZM 2018, 97.

<sup>146</sup> Siehe die Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung in BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 65 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2015, 343; *Lehmann-Richter*, NJW 2015, 1598; *Harsch*, MietRB 2015, 161; *Schach*, GE 2015, 624; *Börstinghaus*, LMK 2015, 369251; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 10/2015, 1; *Hartmann*, WuM 2015, 406; *Langenberg*, NZM 2015, 681; *Sommer*, MietRB 2015, 312; *Steinig*, DWW 2015, 282; *Artz*, NZM 2015, 801; *Drettmann*, NJW 2015, 3694; *Graf v. Westphalen*, NZM 2016, 10; *Schneider*, jM 2015, 325; *Schmidt*, NJW 2016, 1201; *Emmerich*, JuS 2015, 840; *Blum*, NJ 2015, 375.

<sup>147</sup> Siehe dazu die Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung BGHZ 204, 316 = NZM 2015, 424 = NJW 2015, 1871 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 66 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 10/2015, 2; *Börstinghaus*, LMK 2015, 370159; *Langenberg*, NZM 2015, 681; *Boerner*, NZM 2015, 686; *Steinig*, DWW 2015, 282; *Neumann/Baarth/Gobst*, DWW 2015, 287; *Drettmann*, NJW 2015, 3694; *Schmidt*, NJW 2016, 1201.

<sup>148</sup> BGHZ 105, 71, (84) = NJW 1988, 2790.

<sup>149</sup> BGH NJW 2008, 1438 = NZM 2008, 363 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 34 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2008, 634; *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 289; *Schläger*, ZMR 2008, 529; *Monschau*, MietRB 2008, 196/197; gegen eine Beschränkung des Vertrauensschutzes bei formularvertraglicher Vereinbarung von Kündigungsfristen auch: BGH NJW 2003, 2739 = NZM 2003, 711 = MietPrax-AK § 573c BGB Nr. 1 (*Börstinghaus*); dazu *Horst*, NJW 2003, 2720; *Lützenkirchen*, BGHReport 2003, 1059; *Börstinghaus*, ZMR 2003, 658; *Schach*, GE 2003, 1120; *Schach*, GE 2003, 1250; *Lützenkirchen*, MietRB 2003, 32.

<sup>150</sup> So auch AG Dortmund WuM 2005, 764; *Wieck*, WuM 2006, 680.

<sup>151</sup> Z.B. *Horst*, NZM 2007, 185.

<sup>152</sup> BGH NJW 2008, 1438 = NZM 2008, 363 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 34 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2008, 634; *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 289; *Schläger*, ZMR 2008, 529; *Monschau*, MietRB 2008, 196/197.

Auch andere Klauseln, wie z.B. über ein anlassloses Wohnungsbesichtigungsrecht<sup>153</sup> oder den Mindeststandard einer Wohnung<sup>154</sup> haben vor der strengeren Inhaltskontrolle durch den BGH keinen Bestand mehr gehabt.

## 5. Änderung der Methodik

Wenn man sich die Entwicklung der Entscheidungen ansieht, dann kann man durchaus eine Änderung in der Methodik erkennen. Das mag auch an der über die Jahre unterschiedlichen Besetzung des Senats liegen. In den ersten Entscheidungen zum neuen Mietrecht hat der VIII. Senat einer historischen Auslegung größere Bedeutung beigemessen.<sup>155</sup> Der Wille des Gesetzgebers war zu Beginn der umfangreichen Spruchstätigkeit des Senats ein ganz wichtiges Kriterium bei der Auslegung des Gesetzes. Aber natürlich war der Wortlaut der Norm immer bedeutsam. Zu welchen unterschiedlichen Ergebnissen man kommen konnte, je nachdem, welcher Auslegungsmethode man den Vorzug gab, zeigte die Entscheidung des Senats zur Frage, ob bei einer Kündigung wegen gesundheitsgefährdendem Zustand der Mietsache gem. § 569 Abs. 1 BGB eine angemessene Abhilfefrist gesetzt werden muss. Nach dem bis zum 31. August 2001 geltenden § 544 BGB aF konnte der Mieter im Falle einer erheblichen Gesundheitsgefährdung sofort kündigen, also ohne dem Vermieter zuvor den Mangel angezeigt oder eine Abhilfefrist gesetzt zu haben. Der Gesetzgeber wollte nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich mit der Neufassung der Norm hier keine Änderung vornehmen.<sup>156</sup> Da § 569 Abs. 1 BGB aber seit 1.9.2001 den gesundheitsgefährdenden Zustand als wichtigen Grund gem. § 543 Abs. 1 BGB definiert, sprach der Wortlaut dafür, in diesem Fall auch das Abmahnerfordernis des § 543 Abs. 3 BGB zur Anwendung zu bringen. Der Senat hat deshalb die Norm nicht historisch ausgelegt, sondern dem Wortlaut den Vorrang eingeräumt.<sup>157</sup> Inzwischen dürfte nach meiner Einschätzung die teleologische Auslegung die bevorzugte, wenn natürlich auch nicht die einzige, Methode zu sein. Deutlich wird dies an der Entscheidung des Senats zum Einwendungsausschluss gegenüber einer Betriebskostenabrechnung, die Positionen enthält, die gar nicht Betriebskosten sein können, insbesondere Verwaltungskosten und Zuführungen zur Instandhaltungsrücklage.<sup>158</sup> Hier sprach, wie bei der Entscheidung zur Kündigung

---

<sup>153</sup> BGH NJW 2014, 2566 = NZM 2014, 635 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 32 (Börstinghaus); dazu Schach, jurisPR-MietR 16/2014 Anm. 4; Rolfs, LMK 2014, 361203; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 18/2014 Anm. 4; Elzer, MietRB 2014, 253; Drasdo, NJW-Spezial 2014, 579; Sternel, ZMR 2014, 928; Willems, NZM 2015, 353; Hinz, JR 2016, 20.

<sup>154</sup> BGH NZM 2010, 356 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 31 (Eisenschmid); dazu Pfeifer, jurisPR-MietR 7/2010 Anm. 2; Pfeifer, MietRB 2010, 129; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 321; Bernhard, GE 2010, 740.

<sup>155</sup> BGH NJW 2003, 2739 = NZM 2003, 711 = MietPrax-AK § 573c BGB Nr. 1 (Börstinghaus); Horst, NJW 2003, 2720; Lützenkirchen, BGHReport 2003, 1059; Börstinghaus, ZMR 2003, 658; Schach, GE 2003, 1120; Schach, GE 2003, 1250; Lützenkirchen, MietRB 2003, 32; BGH WuM 2003, 462 und die nur online veröffentlichten Urteile vom gleichen Tag in den Verfahren VIII ZR 339/02 und VIII ZR 355/02.

<sup>156</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 64.

<sup>157</sup> BGH NZM 2007, 439 = NJW 2007, 2177 = MietPrax-AK § 569 BGB Nr. 5 (Börstinghaus); dazu Junker, MietRB 2007, 193; Kern, NZM 2007, 634; Drasdo, NJW-Spezial 2007, 390; Horst, MietRB 2007, 322; Blank, LMK 2007, 236813.

<sup>158</sup> BGH NZM 2016, 470 = NJW 2016, 2254 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 121 (Eisenschmid); dazu Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 10/2016 Anm. 2; Flatow, WuM 2016, 480; Zehelein, NZM 2016, 472; Drasdo, NJW-Spezial 2016, 514; Pfeifer, MietRB 2016, 249.



gem. § 569 Abs. 1 BGB<sup>159</sup>, der Wortlaut eher dafür, den Einwendungsausschluss auf diese Positionen nicht anzuwenden. Der Senat hat aber dem Sinn und Zweck der Regelung, in überschaubarer Zeit, Klarheit und Rechtssicherheit zu schaffen, den Vorzug eingeräumt und den Einwendungsausschluss auch auf Positionen angewandt, die begrifflich schon keine Betriebskosten sein können.

Besonders extrem war in diesem Zusammenhang die Entscheidung des BGH<sup>160</sup> zur Zahlung der Mietsicherheit auf ein insolvenzfestes Konto. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB hat der Vermieter eine ihm überlassene Mietsicherheit getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Der Wortlaut der Norm sprach auch nach Ansicht des Senats eher für eine Auslegung, die den Vermieter lediglich verpflichtet, eine erhaltene Geldsumme entsprechend anzulegen. Der Senat verfolgt mit seiner Rechtsprechung zur Mietsicherheit quasi als rotem Faden immer den Zweck, dem Mieter unter fast allen denkbaren Situationen<sup>161</sup> im Fall der Vermieterinsolvenz, den Kautionsrückzahlungsanspruch in voller Höhe zu erhalten. Das setzt zwingend die Anlage der Kautionsrückzahlung getrennt vom Vermögen des Vermieters voraus.<sup>162</sup> Deshalb hat der Senat auch hier, über den Wortlaut der Norm hinaus, aber entsprechend dem hehren Zweck der Regelung, entschieden, dass der Mieter die Zahlung der Kautionsrückzahlung an den Vermieter von der Benennung eines insolvenzfesten Kontos abhängig machen darf, um die Kautionsrückzahlung bargeldlos auf dieses Konto zu überweisen.<sup>163</sup>

## 6. Die Entscheidungspraxis des VIII. Senats

Der VIII. Senat entscheidet über die eingelegten Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden auch in wohnraummietrechtlichen Fragen überaus zügig.<sup>164</sup> Beim XII. Senat dauern die Verfahren etwas länger<sup>165</sup>, aber dafür sind dort auch die regelmäßig doch eilbedürftigeren Familien- und Betreuungssachen anhängig.<sup>166</sup>

Bemerkenswert ist der im Vergleich mit allen anderen Zivilsenaten überdurchschnittliche Gebrauch der Möglichkeit nach § 552a ZPO vorzugehen und

---

<sup>159</sup> BGH NZM 2007, 439 = NJW 2007, 2177 = MietPrax-AK § 569 BGB Nr. 5 (*Börstinghaus*).

<sup>160</sup> BGH NJW 2009, 3505 = NZM 2009, 815 = MietPrax-AK § 551 BGB Nr. 11 (*Börstinghaus*); dazu *Horst*, MietRB 2010, 349; *Blank*, LMK 12/2010 Anm. 1; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 1/2011 Anm. 4; *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 34; *Schmid*, ZMR 2011, 194; *Krapf*, jurisPR-MietR 6/2011 Anm. 2.

<sup>161</sup> Z.B. auch im Fall der Zwangsverwaltung: BGH NZM 2009, 481 = MietPrax-AK § 551 BGB Nr. 9 (*Börstinghaus*); dazu *Walke*, jurisPR-MietR 10/2009 Anm. 4; *Hörndler*, MietRB 2009, 170; *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 354; *Wedekind/Wedekind*, ZfIR 2009, 315.

<sup>162</sup> BGH NZM 2008, 203 = NJW 2008, 1152 = MietPrax-AK § 551 BGB Nr. 8 (*Börstinghaus*); dazu *Rave*, GE 2006, 483; *Zimmer*, MietRB 2006, 156; *Wiek*, Mietrecht-express 2006, 5; *Drasdo*, NJW-Spezial 2006, 293; zur unterschiedlichen Strafbarkeit des Vermieters von Wohn- und Gewerberäumen: BGH NZM 2008, 415 = NJW 2008, 1827 = MietPrax-AK § 551 BGB Nr. 8 (*Börstinghaus*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 417; *Bieber*, MietRB 2008, 275; *ders.*, jurisPR-MietR 18/2008 Anm. 4.

<sup>163</sup> So auch schon *Derleder*, WuM 1986, 39, (42).

<sup>164</sup> Ein Beispiel für ein besonders zügiges Verfahren ist der Beschluss BGH NZM 2017, 594 mit Anm. *Börstinghaus*, NZM 2017, 595: Das AG Rostock hatte am 28. Juni 2016 erstinstanzlich entschieden, das Berufungsgericht hatte am 12.1.2017 das Urteil abgeändert und der BGH hat am 30.5.2017 seinen Hinweisbeschluss erlassen, aufgrund dessen die Revision zurückgenommen wurde.

<sup>165</sup> Zur den unterschiedlichen Erledigungsfristen: *Börstinghaus*, NZM 2004, 801; 2005, 761; 2007, 897.

<sup>166</sup> Zu den Zahlen aus 2016: *Börstinghaus*, NZM 2017, 385.

nach Hinweis auf die Unzulässigkeit der Revision durch einstimmigen Beschluss diese, wenn sie daraufhin nicht zurückgenommen wurde, durch Beschluss zurückzuweisen. Ab dem Jahr 2008 hat der Senat hiervon ca. 25 Mal Gebrauch gemacht. Veröffentlicht sind für den Zeitraum, seitdem der BGH in Wohnraummietsachen zuständig wurde, dem Jahr 2002, bis heute insgesamt nur 38 solcher Entscheidungen aller Zivilsenate.<sup>167</sup> Da der Senat in den ersten Jahren einige strittige Fragen des Mietrechts und insbesondere des Mietrechtsreformgesetzes bereits entschieden hatte, konnte er bei erneuter Befassung mit dieser Frage, auf diese vorangegangenen Entscheidungen verweisen.

Die Entscheidungspraxis lässt aber auch anderes Entscheidungsmuster des Senats erkennen, nämlich den Verweis auf die tatrichterliche Würdigung.<sup>168</sup> Der Senat beschränkt sich immer mehr darauf, Eckpfeiler einzuschlagen und ansonsten die Verantwortung an die Instanzgerichte zurückzugeben, in einigen Fällen auch mehrfach.<sup>169</sup> Nach Klärung der Rechtsfrage durch den BGH wird damit die weitere Abarbeitung gleichartiger Fälle wieder auf die Instanzgerichte übertragen.<sup>170</sup> *Herrlein*<sup>171</sup> stellt die Frage, ob hinter dieser Stärkung der Tatsacheninstanz eine „entlastende Linie“ des Senats zu sehen sei.

## 7. Der „rote Faden“ in den Entscheidungen des VIII. Senats

Es gab und gibt immer Versuche, die Rechtsprechung insbesondere des VIII. Senats als mieter<sup>172</sup>- oder vermietetfreundlich<sup>173</sup> einzuordnen. Das ist wohl ein besonderes Problem des Wohnraummietrechts. Es handelt sich um „Interessenrecht“. Das Verständnis von Entscheidungen hängt stark davon ab, auf welcher Seite man steht oder wen man vertritt.<sup>174</sup> Die Wahrnehmung ist regelmäßig höchst subjektiv und eher verzerrt.<sup>175</sup> Ein Gericht sucht sich die Fälle nun einmal nicht aus. Es gab sicher Phasen, in denen die eher für eine Seite günstigen Entscheidungen überwogen, genauso, wie es dann auch wieder andere Zeiten gab und geben wird. Daraus Schlussfolgerungen über eine Rechtsprechungstendenz zu ziehen erscheint mir aber weder möglich noch fair.

---

<sup>167</sup> Natürlich ist nicht bekannt, ob die Beschlüsse auch alle veröffentlicht werden und wie hoch die „Dunkelziffer“ ist.

<sup>168</sup> Z.B: BGH ZMR 2008, 116.

<sup>169</sup> Z.B. Das Verfahren BGH NJW 2015, 1590 = NZM 2015, 378 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 49 (*Börstinghaus*) wurde zum ersten Mal zurückverwiesen an das LG Karlsruhe und dann noch einmal BGH NZM 2016, 715 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 58 (*Börstinghaus*); auch im Verfahren BGH NZM 2015, 532 = NJW 2015, 2324 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 50 (*Börstinghaus*) wurde nach einer ersten Zurückverweisung das Verfahren auf die Revision gegen die Berufungsentscheidung einer zweiten Kammer des LG Koblenz diesmal konkret an die 13. Zivilkammer als 3. Mit der Sache befasste Kammer des LG Koblenz zurückverwiesen: BGH NZM 2017, 521 = NJW 2017, 2819 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 64 (*Börstinghaus*).

<sup>170</sup> So auch *Lützenkirchen*, NZM 2016, 113 (116); *Herrlein*, NJW 2016, 1282 (1286).

<sup>171</sup> *Herrlein*, NJW 2016, 1282 (1286).

<sup>172</sup> Zuletzt „BGH stärkt die „Mieterrechte“ immer mehr“: Vertrauliche Mitteilungen - aus Politik, Wirtschaft und Geldanlage, Nr. 4265 vom 28.12.2017

<sup>173</sup> Unter <https://www.vermieterverein.de/bgh-urteile> werden BGH-Urteile gleich als besonders vermietetfreundlich gekennzeichnet.

<sup>174</sup> Ausführlicher dazu *Börstinghaus*, Eröffnungsrede auf dem 1. Deutschen Mietgerichtstag 1998, abgedruckt Beilage zu WuM 1998 Heft 12.

<sup>175</sup> Ausführlich *Börstinghaus*, „Gefühltes Mietrecht“: Von Kahlschlag- bis Interessenrechtsprechung, NZM 2008, 225; *Strey*, Der „böse“ BGH, NZM 2008, 236.

Die Einordnung hängt aber vielleicht mit einer fundamentalen Grundhaltung insbesondere des VIII. Senats ab: Formalien spielen beim Senat eher eine völlig untergeordnete Rolle.<sup>176</sup> Dass ein Anspruch wegen formeller Fehler vor dem Senat scheitert, kommt so gut nicht vor. Das gilt für Mieterhöhungsverfahren<sup>177</sup> ebenso wie für Betriebskostenabrechnungen<sup>178</sup> oder Kündigungserklärungen<sup>179</sup>. Auch wenn in der Instanzrechtsprechung teilweise Formalien eine zu große Bedeutung beigemessen wird, um vielleicht Verfahren leichter zu erledigen und deshalb eine den Blick auf die materiellen Probleme lenkende großzügigere Rechtsprechung auch zielführend sein kann, darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber Formalien auch eingeführt hat, um eine Risikoverteilung zwischen den Mietvertragsparteien vorzunehmen und insbesondere eine Risikoeinschätzung<sup>180</sup> durch den Schuldner zu ermöglichen.

Besonders deutlich wird dies beim Mieterhöhungsverfahren. Der Gesetzgeber hat dem Vermieter aus verfassungsrechtlichen Gründen<sup>181</sup> als Ausgleich für das Verbot der Änderungskündigung einen Anspruch auf die zum Zeitpunkt des Zugangs des

---

<sup>176</sup> *Beyer*, jurisPR-MietR 3/2018 Anm. 2 begrüßt die Tendenz des Senats „Ansprüche der einen oder anderen Seite nicht an oft kleinlichen Formalitäten scheitern zu lassen“.

<sup>177</sup> *Börstinghaus*, NZM 2009, 115; 2009, 681.

<sup>178</sup> BGH NZM 2017, 732 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 127 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 17/2017 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 577; *Harsch*, MietRB 2017, 309; *Beyer*, WuM 2017, 697; BGH NZM 2005, 737 = NJW 2005, 3135 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 12 (*Eisenschmid*); dazu *Lützenkirchen*, MietRB 2006, 30, 31, 32; *Dickersbach*, NZM 2006, 281; BGH NJW 2010, 3363 = NZM 2010, 784 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 55 (*Eisenschmid*); dazu *Kinne*, GE 2010, 1237; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 22/2010 Anm. 3; *Schmid*, ZMR 2011, 15; *Harsch*, MietRB 2011, 3; *Pfeifer*, MietRB 2011, 24; BGH NZM 2011, 546; WuM 2011, 684; NZM 2012, 153.

<sup>179</sup> Zur Zahlungsverzugskündigung: BGH NZM 2004, 187 = NJW 2004, 850 = MietPrax-AK § 569 BGB Nr. 2 (*Börstinghaus*); dazu *Gellwitzki*, WuM 2004, 181; *Hoffmann*, MietRB 2004, 100; *Börstinghaus*, LMK 2004, 57; BGH NZM 2004, 699 = MietPrax-AK § 569 BGB Nr. 3 (*Börstinghaus*); BGH NZM 2010, 548 = NJW 2010, 3015 = MietPrax-AK § 569 BGB Nr. 6 (*Börstinghaus*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 483; *Scheuer*, MietRB 2010, 260; umfassend dazu *Börstinghaus* Das Begründungserfordernis bei der Kündigung aus wichtigem Grund, in: FS Prof. Dr. Derleder (65. Geb.) 2005, S. 205; zur Eigenbedarfskündigung: BGH NZM 2010, 400 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 25 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, MietRB 2010, 158, *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 386; *Pfeilschifter*, jurisPR-MietR 11/2010 Anm. 4; BGH NJW 2014, 2102 = NZM 2014, 466 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 47 (*Börstinghaus*); dazu *Theesfeld*, jurisPR-MietR 15/2014 Anm. 5; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 449; *Scheuer*, MietRB 2014, 226; *Fleindl*, ZMR 2014, 970; *Abramenko*, ZMR 2014, 930; *Wieck*, WuM 2015, 55; zur Verwertungskündigung: BGH NZM 2017, 756 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 68 (*Börstinghaus*); dazu *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 22/2017 Anm. 1; *Bruns*, NZM 2017, 759; *Beyer*, jurisPR-MietR 25/2017 Anm. 3; *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 1.

<sup>180</sup> Deshalb zweifelhaft BGH NZM 2011, 119 = NJW 2011, 914 = MietPrax-AK § 280 BGB Nr. 1 (*Börstinghaus*) wonach das Begründungserfordernis für eine ordentliche Kündigung eine bloße Obliegenheit des Vermieters darstellt, aus deren Verletzung der Mieter keine Schadensersatzansprüche herleiten könne. Anders noch 7 Monate vorher BGH NZM 2010, 400 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 25 (*Börstinghaus*). Danach sollte der Zweck des Begründungserfordernisses darin bestehen, „dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen“.

<sup>181</sup> *Weitemeyer*, NZM 2000, 313, 315; *Derleder* in AK BGB Vor MHRG Rdn. 1.

Erhöhungsverlangens<sup>182</sup> gültige ortsübliche Vergleichsmiete eingeräumt.<sup>183</sup> Da es sich bei dem Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der nicht ganz so leicht zu ermitteln ist, hat der Gesetzgeber ein vorgerichtliches Verfahren vorgeschaltet, in dem mittels Formalien und Fristen ein gewisser Druck auf die Mietvertragsparteien ausgeübt werden soll, sich zu einigen, ohne dass ein kostenträchtiges Gerichtsverfahren eingeleitet werden muss. Es wird auch vermutet<sup>184</sup>, dass hinter der nicht ganz einfachen Ausgestaltung des Verfahrens das Motiv des Gesetzgebers stand, Mieterhöhungen schon durch die Gestaltung des Verfahrens zu erschweren und Mieter zu schützen. Sicher ist aber, dass der Mieter die Informationen erhalten soll, die er benötigt, um zumindest grob abschätzen zu können, ob der Anspruch des Vermieters berechtigt ist. An diesem Maßstab ist das Begründungserfordernis zu messen. Der *VIII. Senat* ist hier nach meiner Einschätzung deshalb zu großzügig.<sup>185</sup> So gestattet er die Begründung eines Mieterhöhungsverlangens für ein Ein- oder Zweifamilienhaus mit den Werten eines Mietspiegels, der ausdrücklich nur für Wohnungen im Geschosswohnungsbau gelten soll.<sup>186</sup> Empirisch ist fraglich, ob es wirklich einen Erfahrungssatz dahingehend gibt, dass die Mieten für solche Objekte pro Quadratmeter höher sind, als bei einer Geschosswohnung. Mietwohnungen in solchen Objekten stellen einen anderen Wohnungsmarkt dar.<sup>187</sup> Sie sind mit Wohnungen in Mehrfamilienhäusern nicht zu vergleichen.<sup>188</sup> Als Miethäuser kommen sie zahlenmäßig nur sehr eingeschränkt vor. Sie sind wegen ihrer unterschiedlichen Ausstattung nur schwer vergleichbar. Nach einschlägigen empirischen Untersuchungen ist ein messbarer Zusammenhang zwischen Wohnflächengröße und Mietpreis bei diesen Objekten nicht feststellbar. Mieter vergleichen nur die Gesamtmiete für das Objekt.<sup>189</sup> Da der BGH diese Fragen aber in den materiellen Teil verschiebt, muss darüber eine kostenpflichtige und kostenträchtige Beweiserhebung stattfinden. Die Kosten der Ermittlung der eigentlich

---

<sup>182</sup> BGH NZM 2017, 321 = NJW 2017, 2679 = MietPrax-AK § 558b BGB Nr. 4 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 8/2017 Anm. 2; *Fleindl*, NZM 2017, 325; *Schach*, MietRB 2017, 155; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 385; *Beyer*, jurisPR-MietR 14/2017 Anm. 5; BGH NZM 2006, 101 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 8 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, GE 2006, 20; *Thomma*, WuM 2006, 237; *Ott*, MietRB 2006, 260; BayObLG RE v. 27.10.1992, WuM 1992, 677; LG Berlin GE 2010, 61.

<sup>183</sup> *Derleder* in FS Blank (2006) S. 673, 674 hat dies als die einzige „geniale Idee des Wohnraummietrechts“ bezeichnet.

<sup>184</sup> *Loyal*, AcP 214, 746, 783.

<sup>185</sup> *Börstinghaus*, NZM 2009, 681.

<sup>186</sup> BGH NZM 2016, 580 = NJW 2016, 2565 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 37 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, NZM 2016, 581; *Beyer*, jurisPR-MietR 18/2016 Anm. 2; BGH NZM 2009, 27 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 14 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, NZM 2009, 115; *ders.*, jurisPR-MietR 26/2008 Anm. 2; *Riecke*, MietRB 2009, 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 66; **a. A.** LG Krefeld NZM 2008, 480 m. Anm. *Blank* MietRB 2008, 261 und *Wüstefeld* WuM 2008, 544; LG Berlin GE 2002, 1197; LG Hagen WuM 1997, 331; LG Hamburg WuM 2002, 698; LG Köln WuM 1976, 129; LG Gera WuM 2002, 497; AG Schwelm WuM 1995, 592; *Artz* in MüKoBGB § 558a Rdn. 17 (unter Aufgabe der **a. A.** aus der 6. Aufl.); *Emmerich* in Staudinger (2018) § 558 BGB Rdn. 28; *Emmerich* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl., § 558a BGB Rdn. 13; *Lammel* § 558a BGB Rdn. 27; nach Ansicht von *Sternel*, *Mietrecht aktuell* (2009), IV, 198 ist die Auffassung des BGH „problematisch“.

<sup>187</sup> *Börstinghaus*, *Miethöhe-Handbuch*, 2. Aufl., 2016, Kap 11 Rdn. 48.

<sup>188</sup> LG Berlin GE 2002, 1197; LG Hagen WuM 1997, 331; LG Köln WuM 1976, 129; LG Gera WuM 2002, 497; LG Hamburg WuM 2002, 698; AG Spandau MM 1997, 242; AG Schwelm WuM 1995, 592; *Börstinghaus*, NZM 2009, 115; *Oberhofer*, WuM 1995, 301.

<sup>189</sup> *Stelter/Finger*, GE 2005, 1471 die für Berlin und Umgebung eine entsprechende Preiserhebung durchgeführt haben.

vom Vermieter geschuldeten Informationen muss dann die Partei zahlen, die letztendlich unterliegt, obwohl die Kosten einer ordentlichen Begründung gem. § 558a BGB immer der Vermieter zu tragen hat. Ein Kostenerstattungsanspruch besteht hier nie.<sup>190</sup>

Für den Mieter nur mit sehr kleinem Kostenaufwand oder mit gewissem zeitlichen Aufwand verbunden sind die Entscheidungen des VIII. Senats zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens mittels Mietspiegel. So soll der Mieter einen „geringen Kaufpreis“ oder eine „Schutzgebühr“<sup>191</sup> aufwenden müssen, wenn der Mietspiegel nicht kostenlos irgendwo erhältlich ist.<sup>192</sup> Außerdem soll es genügen, wenn der Vermieter dem Mieter anbietet, den Mietspiegel in seinem Kundencenter einzusehen.<sup>193</sup> Dabei ist es unerheblich, ob es sich um ein Kundencenter mit „neutraler Atmosphäre“ oder das Wohnzimmer des Privatvermieters handelt.<sup>194</sup> Der Mieter muss die Möglichkeit haben, die Richtigkeit in Ruhe zu überprüfen. Das ergibt sich aus der Befriedungsfunktion der Formvorschriften des § 558a BGB. Bei einer bloßen Einsichtnahme ist eine nur sehr viel eingeschränkte Kenntnisnahme und Auseinandersetzung mit dem Mietspiegel möglich.

## **8. Die Entwicklung bei ausgewählten Rechtsfragen**

### **a) Die Kündigungsausschlussvereinbarung**

Das Mietrechtsreformgesetz 2001 hatte einige neue Probleme erst geschaffen, die das alte Mietrecht gar nicht kannte.<sup>195</sup> Eines davon war die Frage, ob die Mietvertragsparteien einen zeitlich befristeten Kündigungsausschluss wirksam vereinbaren können. Nach altem Mietrecht war ein solcher Ausschluss problemlos in einem Mietvertrag vereinbar.<sup>196</sup> Es gab aber im alten Mietrecht auch keine Vorschrift, die Vereinbarungen zu Lasten des Mieters bei den Kündigungsfristen<sup>197</sup> verbot und es gab damals auch noch den sog. einfachen Zeitmietvertrag. Es stellte sich also

---

<sup>190</sup> LG Köln WuM 1997, 269; LG Bonn WuM 1985, 331; LG Dortmund DWW 1984, 21; LG Frankenthal WuM 1984, 114; LG Bremen WuM 1984, 114; LG Düsseldorf WuM 1983, 59; LG Köln WuM 1983, 59; LG Hamburg DWW 1979, 287; *Börstinghaus*, Miethöhe-Handbuch, 2. Aufl., 2016, Kap. 12 Rdn. 210; *Emmerich* in Staudinger (2018) § 558a BGB Rdn. 44; *Sternel* Mietrecht, III, 760 und V, 78; *Meier*, ZMR 1984, 151; *Wiek*, WuM 1981, 169  
<sup>191</sup> 6,00 € seien auch noch geringfügig und deshalb zumutbar: LG Karlsruhe ZMR 2014, 989; offengelassen von LG Stuttgart NZM 2010, 161; 3,00 € zumutbar: AG Grevenbroich WuM 2010, 93.

<sup>192</sup> BGH NZM 2010, 40 = NJW 2010, 225 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 18 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 26/2009 Anm. 4; *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 98; BGH NZM 2009, 429 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 17 (*Börstinghaus*); a. A. LG Wiesbaden WuM 2009, 119, WuM 2007, 512, WuM 2007, 705, WuM 2007, 706; AG Essen MietRB 2008, 69; AG Köln NZM 2005, 146; AG Wiesbaden WuM 2007, 325; AG Münster Urt. v. 28.2.2007 – 38 C 1040/06 m. Anm. *Wüstefeld*, WuM 2007, 674; *Emmerich* in Staudinger (2018) § 558a BGB Rdn. 26; *Artz* in MüKoBGB, 7. Aufl. § 558a Rdn. 18; *Muth*, ZMR 2014, 990; *Börstinghaus*, WuM 2011, 338, 344; *Hinz*, NZM 2004, 681, 686 mit zahlreichen Hinweisen auf unveröffentlichte Urteile in Fn. 68.

<sup>193</sup> BGH NZM 2009, 395 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 15 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 9/2009 Anm. 3; *Theesfeld*, MietRB 2009, 157; *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 353; a. A. LG Wiesbaden WuM 2007, 512; AG Wiesbaden WuM 2007, 325; *Kniep/Gratzel*, WuM 2008, 645, 646; *Emmerich* in Staudinger (2018) § 558a BGB Rdn. 26; *Artz* in MüKoBGB 7. Aufl. § 558a Rdn. 18; *Sternel*, Mietrecht aktuell (2009), IV, 201.

<sup>194</sup> Danach will aber *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 353 differenzieren.

<sup>195</sup> Dazu *Lützenkirchen*, Neues Mietrecht - Neue Probleme, MDR 2001, 1385; *Sternel*, Probleme des neuen Mietrechts, ZMR 2002, 1, 3.

<sup>196</sup> *Sternel* Mietrecht, 3. Auflage, IV Rdn 59; *Blank* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Auflage, § 564c BGB Rdn 11.

<sup>197</sup> § 573c Abs. 4 BGB.

schnell die Frage<sup>198</sup>, ob seit 1.9.2001 der Abschluss von Kündigungsausschlussvereinbarungen zumindest zu Lasten des Mieters weiter möglich war.<sup>199</sup> Die wohl erste Entscheidung stammte vom LG Krefeld.<sup>200</sup> Es ging um eine Individualvereinbarung. Der BGH<sup>201</sup> hat die Entscheidung des LG aufgehoben und in der Folgezeit eine sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung<sup>202</sup> entwickelt, die danach unterscheidet, ob die Vereinbarung individualvertraglich oder durch Formularvertrag<sup>203</sup> geschlossen wurde, ob sie nur das Kündigungsrecht des Mieters betrifft oder das Kündigungsrecht beider Parteien und wie lange der Ausschluss gelten soll und zwar differenziert danach, ob der Vertrag zugleich eine Staffelmiete enthält oder nicht.<sup>204</sup>

Problematisch sind dabei nur die älteren Entscheidungen, die einen einseitigen formularvertraglichen Kündigungsausschluss von bis zu 4 Jahren dann für zulässig erachtet haben, wenn der Mietvertrag eine Staffelmiete enthält.<sup>205</sup> Die Staffelmiete sei im Rahmen der Abwägung gem. § 307 BGB ein angemessener Ausgleich für den Kündigungsausschluss. Außerdem habe der Gesetzgeber in § 557a Abs. 3 S. 1 BGB einen solchen Kündigungsausschluss bei der Staffelmiete ausdrücklich gestattet. Hier kann ich nur der Hoffnung Ausdruck verleihen, dass die aktuelle Senatsbesetzung noch einmal die Gelegenheit bekommt, über das Problem neu nachzudenken. Weder habe ich bisher einen Mieter erlebt, der sich über das Angebot einer Staffelmiete gefreut hat, da sie so gut wie ausschließlich im Interesse des Vermieters abgeschlossen wird, noch entspricht die Auslegung des § 557a Abs. 3 BGB dessen Funktion und Sinn. Aus der Vorschrift kann nämlich nicht auf eine

---

<sup>198</sup> *Börstinghaus*, GS Sonnenschein, 2003, S. 349.

<sup>199</sup> Der Deutsche Mietgerichtstag 2002 hat sich mit dem Thema im Rahmen einer Podiumsdiskussion nach einem Einführungsreferat von *Blank* gewidmet, abgedruckt NZM 2002, 722 ff; ferner *Lützenkirchen* MDR 2001, 1385; *ders.*, Neue Mietrechtspraxis, Rdnr. 393, *ders.* ZMR 2001, 769; *Sternel*, ZMR 2002, 1; *Derckx*, NZM 2001, 826; *Derleder*, NZM 2001, 649; *Feuerlein*, GE 2001, 970; *ders.*, WuM 2001, 371; *Grundmann*, NJW 2001, 2505; *Langenberg*, NZM 2001, 212; *Gather*, NZM 2001, 57, 58; *Wiek*, WuM 2001, 442, 443; *ders.*, Informationsservice Mietrecht 2001, Heft 2 Seite 1 f; *Börstinghaus* in *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar, Seite 243 und 253; *Börstinghaus*, WuM 2003, 487; *Eisenschmid* in *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar, Seite 559; *Rips/Eisenschmid*, Neues Mietrecht, Seite 138.

<sup>200</sup> LG Krefeld NZM 2003, 309.

<sup>201</sup> BGH NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216 = MietPrax-AK § 573c BGB Nr. 6 (*Börstinghaus*); dazu *Häublein*, ZMR 2004, 252; *Horst*, MDR 2004, 437; *Eisenhard*, BGHReport 2004, 575; *Fischer*, WuM 2004, 123; *Hinz*, WuM 2004, 126; *Kandelhard*, WuM 2004, 129; *Breiholdt*, WE 2004, 118; *Timme*, NJW 2004, 1639; *Pfeifer*, MietRB 2004, 162; *Breiholdt*, WE 2004, 4; *Derleder*, NZM 2004, 247; *Lützenkirchen*, MDR 2004, 926; *Maciejewski*, MM 2004, 97; *Horst*, DWW 2004, 140; *Schimmel/Buhlmann*, LMK 2004, 158.

<sup>202</sup> Sie die tabellarische Zusammenstellung bei *Börstinghaus* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 13. Aufl., § 557a Rdn. 63; *Börstinghaus*, NJW 2009, 1391; *Derleder*, NZM 2012, 147; *ders.*, KJ 2008, 394, 399; *Häublein*, DMT-Bilanz 2011, S. 461; *Gather*, DWW 2011, 204; *Börstinghaus*, ZGS 2008, 221; *Artz* in *MünchKomm* § 557a Rdn. 16; *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, § 575 BGB Rdn. 87; *Wiek*, WuM 2009, 46.

<sup>203</sup> Eine solche formularvertragliche Vereinbarung liegt auch vor, wenn der Vermieter handschriftlich in eine Lücke im vorformulierten Vertragstext die Laufzeit einträgt: BGH NZM 2017, 71 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 60 (*Börstinghaus*).

<sup>204</sup> Dazu *Klumpp*, Der Kündigungsausschluss im unbefristeten und befristeten Wohnraummietverhältnis, Diss 2009.

<sup>205</sup> BGH NJW 2006, 1056 = NZM 2006, 256 = MietPrax-AK § 557a BGB Nr. 7 (*Börstinghaus*); dazu *Dickersbach*, MietRB 2006, 154; *Wiek*, Mietrecht-express 2006, 2; BGH MietPrax-AK § 557a BGB Nr. 9 (*Börstinghaus*); BGH NJW 2009, 353 = NZM 2009, 80 = MietPrax-AK § 557a BGB Nr. 12 (*Börstinghaus*); dazu *Wiek*, WuM 2009, 46; *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 99; *Kurek*, MietRB 2009, 126; *Börstinghaus*, NJW 2009, 1391; *Börstinghaus*, ZGS 2009, 221; a.A.: AG Dortmund NZM 2010, 862.

generelle Zulässigkeit von Kündigungsausschlussvereinbarungen geschlossen werden. Bei der Regelung handelt es sich um eine typische Mieterschutzvorschrift.<sup>206</sup> Sie wollte früher bei den damals möglichen einfachen Zeitmietverträgen dem Mieter die Möglichkeit geben, das Mietverhältnis nach 4 Jahren zu beenden, wenn die tatsächliche Mietenentwicklung anders als die vereinbarte Staffelmiete verlief. Das bedeutet, die Vorschrift ist eine Verbotsnorm zum Schutz des Mieters.<sup>207</sup> Die Vorschrift macht auch heute noch bei echten Zeitmietverträgen gem. § 575 BGB mit Staffelmietvereinbarung Sinn. Da solche Verträge mit einer Laufzeit von bis zu dreißig Jahren abgeschlossen werden können, kann hier ein Sonderkündigungsrecht für den Mieter durchaus Bedeutung haben. § 557a Abs. 3 BGB will nicht etwas gestatten, was sonst verboten ist, sondern sie will etwas verbieten, was sonst gestattet wäre.<sup>208</sup> Die Auslegung des BGH führt dazu, dass die Vorschrift für den Mieter nachteilig ist.<sup>209</sup>

### **b) Der vertragsgemäße Gebrauch**

Was Drogen angeht hat der VIII. Senat eine klare Meinung. Legale Drogen darf der Mieter in der Wohnung konsumieren. Deshalb gehört das Rauchen zum vertragsgemäßen Gebrauch.<sup>210</sup> Das gilt sogar dann, wenn es sich um exzessives Rauchen handelt.<sup>211</sup> Anders sieht es der Senat nur bei illegalen Drogen. Hier ist noch nicht einmal Konsum erforderlich. Allein durch das Aufbewahren illegaler Betäubungsmittel überschreitet ein Mieter die Grenze vertragsgemäßen Gebrauchs und verstößt gegen seine mietvertragliche Obhutspflicht.<sup>212</sup>

### **c) Gewährleistungsrecht**

Im Gewährleistungsrecht hat der 8 Senat die „Kakophonie“<sup>213</sup> der Instanzrechtsprechung zur Frage, wann eine tatsächlich kleinere als vertraglich vereinbarte Fläche einen Mangel darstellt sehr schnell beendet. Von 2004 bis 2011 sind 19 Entscheidungen zu den gewährleistungsrechtlichen Problemen ergangen und noch weitere zu den Auswirkungen auf Betriebskostenabrechnungen, Mieterhöhungen und die Kündigung des Mietvertrages.<sup>214</sup> Bekanntlich liegt ein

---

<sup>206</sup> Artz in MünchKomm, 7. Aufl., § 557a BGB Rdn. 16.

<sup>207</sup> Artz in MünchKomm, 7. Aufl., § 557a BGB Rdn. 16

<sup>208</sup> *Börstinghaus* in MietPrax-AK § 557a BGB Nr. 7; i.E. ebenso Artz in MünchKomm, 7. Aufl., § 557a BGB Rdn. 16.

<sup>209</sup> *Derleder*, KJ 2008, 394 spricht davon, dass der BGH die Vorschrift „in ein schlimmes Gegenteil verkehrt habe.“

<sup>210</sup> BGH NJW 2006, 2915 = NZM 2006, 691 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 34 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2006, 1145; *Emmerich*, NZM 2006, 761; *Drasdo*, NJW-Spezial 2006, 532; *Kunze*, MietRB 2007, 4.

<sup>211</sup> BGH NZM 2008, 318 = NJW 2008, 1439 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 33 (*Eisenschmid*); dazu *Paschke*, NZM 2008, 265; *Schach*, GE 2008, 510; *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 289; *Dötsch*, MietRB 2008, 161; *Schläger*, ZMR 2008, 526.

<sup>212</sup> BGH NZM 2017, 144 = MietPrax-AK § 280 BGB Nr. 4 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2017, 138; *Monschau*, MietRB 2017, 94; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 226; *Eisenschmid*, jurisPR-MietR 22/2017 Anm. 2.

<sup>213</sup> *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012, Rdn. 74

<sup>214</sup> Zusammenstellung bei *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012, Rdn. 68.

Mangel regelmäßig bei einer Flächenabweichung von mehr<sup>215</sup> als 10% vor.<sup>216</sup> Der XII. Senat ist dieser Rechtsprechung schon 2005 gefolgt.<sup>217</sup> Hier hat die Rechtsprechung des BGH in der Praxis dazu geführt, dass die Anzahl solcher Rechtsstreitigkeiten ganz erheblich zurückgegangen sind. Soweit der Senat früher<sup>218</sup> die 10% Grenze auch auf Mieterhöhungsverfahren übertragen hat, hat er diesen Fehler inzwischen<sup>219</sup> selbst korrigiert.

Umgedreht ist der VIII. Senat<sup>220</sup> der Auffassung des XII. Senats<sup>221</sup> gefolgt, wonach sich die Minderung auf die Brutto- und nicht auf die Nettomiete bezieht. Die sich daraus ergebenden Probleme für die Betriebskostenabrechnung stellen dann auch nur ein „Scheinproblem“ dar.<sup>222</sup> Um so etwas Ähnliches soll es sich auch bei nur sehr schwer und nur mit großem Aufwand nachvollziehbaren Betriebskostenabrechnungen für den durchschnittlichen Mieter handeln.<sup>223</sup>

Der VIII. Senat scheut es auch nicht, völlig neue Wege zu beschreiten. Das gilt z.B. für das Zurückbehaltungsrecht des Mieters bei mangelhafter Mietsache. Früher wurde hierzu die Auffassung vertreten, dass ein Zurückbehaltungsrecht neben der Minderung der Miete in Höhe des 3 – 5 fachen besteht, strittig war nur die Frage, wovon, entweder ein Mehrfaches des Minderungsbetrages oder der Mangelbeseitigungskosten.<sup>224</sup> Der VIII. Senat<sup>225</sup> hat hier einen dritten Weg

---

<sup>215</sup> Die Grenze ist starr, so dass bei einer Flächenabweichung von bis zu 10% keine tatsächliche Vermutung für einen Mangel besteht: AG Dortmund ZMR 2014, 369.

<sup>216</sup> St. Rspr. seit BGH NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 3 (*Eisenschmid*); dazu *Schul/Wichert*, ZMR 2004, 496; *Lammel*, LMK 2004, 121; *Bieber*, MietRB 2004, 254; *Bieber* MietRB 2004, 331; *Pauly*, MDR 2005, 1204.

<sup>217</sup> NZM 2005, 500 = NJW 2005, 2152 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 9 (*Eisenschmid*); dazu *Wiek*, Mietrecht-express 2005, 84; *Jenissen*, MietRB 2005, 259; *Pauly*, MDR 2005, 1204.

<sup>218</sup> BGH NZM 2004, 699 = NJW 2004, 3115 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 9 (*Börstinghaus*); dazu *Wiek*, WuM 2004, 487; *Schach* GE 2004, 999; *Börstinghaus* BGHReport 2004, 1204; *Maciejewski* MM 2004, 373; BGH NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 14 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, NJW 2007, 2627; *Eupen*, MietRB 2007, 221 und 222; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 466; *Bieber*, BGHReport 2007, 795.

<sup>219</sup> BGH NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. (*Börstinghaus*), *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 1; *Beyer*, jurisPR-MietR 1/2016 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2016, 30; *Börstinghaus*, LMK 2016, 375498; *Kunze*, MietRB 2016, 29; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 129; *Heix*, WuM 2016, 263; umfassend hierzu: *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012.

<sup>220</sup> BGH NJW 2005, 2773 = NZM 2005, 699 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 10 (*Eisenschmid*).

<sup>221</sup> BGHZ 163, 1 = NZM 2005, 455 = NJW 2005, 1713 = MietPrax-AK § 536 BGB (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2005, 645; *Kretzer*, ZMR 2005, 516; *Lützenkirchen*, MietRB 2005, 202, 216; *Drasdo*, NJW-Spezial 2005, 341; *Eisenschmid*, WuM 2005, 491; *Steinke/Maroldt*, ZfIR 2005, 393; *Schmid*, MDR 2005, 971; *Lützenkirchen*, BGHReport 2005, 897; *Schumann*, GuT 2005, 201; *Schach*, GE 2005, 1462; *Kinne*, GE 2005, 1160; *Becker*, GE 2005, 1335; *Bongard*, GE 2005, 1338.

<sup>222</sup> So ausdrücklich BGH NJW 2011, 1806 = NZM 2011, 453 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 73 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 11/2011 Anm. 3; *Kinne*, GE 2011, 718; *Dötsch*, MietRB 2011, 169; *Schmid*, GE 2011, 799; *Wall*, jurisPR-MietR 13/2011 Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 417; *Feuerlein*, WuM 2011, 401; *Doerfer*, ZMR 2011, 704; *Thoms*, ZMR 2012, 7.

<sup>223</sup> BGH NZM 2017, 732 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 127 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 17/2017 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 577; *Harsch*, MietRB 2017, 309; *Beyer*, WuM 2017, 697.

<sup>224</sup> *Flatow*, Wimmot 2015, 69, 75.

<sup>225</sup> BGH, NZM 2015, 618 = NJW 2015, 3087 = MietPrax-AK § 112 InsO Nr. 1 (*Börstinghaus*); BGH, WuM 2016, 98 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 38 (*Börstinghaus*); *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 17/2015 Anm. 1; *Flatow*, jurisPR-MietR 18/2015 Anm. 5; *Blank*, WuM 2015, 577; *Schach*, GE 2015, 1059; *Wichert*, MietRB 2015, 291/294; *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 610; *Ahrens*, LMK 2015, 373812; *Jacoby*, ZMR 2016, 173, 178; *Hinz*, ZMR 2016, 253.



eingeschlagen, wobei wohl zu gelten hat, dass „hard cases make bad law“.<sup>226</sup> Die Entscheidung im Einzelfall kann man verstehen, die Verallgemeinerung des BGH stellt die Praxis durchaus vor größere Probleme.<sup>227</sup> Nach Ansicht des Senats unterliegt das dem Mieter neben der kraft Gesetzes eintretenden Minderung zustehende Recht, die Zahlung der geminderten Miete – zeitweise - nach § 320 I Satz 1 BGB zur Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs auf Mangelbeseitigung<sup>228</sup> zu verweigern, grundsätzlich einer zeitlichen und betragsmäßigen Begrenzung. Die genau Festlegung dieser Grenze soll – entsprechend der oben dargestellten Rechtsprechungslinie des Senats – den Instanzgerichten überlassen bleiben. Die Auffassung des Senats läuft darauf hinaus, das Zurückbehaltungsrecht als nur temporäre Einrede zu verstehen. Der Mieter soll in überschaubarer Zeit sich entscheiden, was er letztendlich will, also ob er kündigen will wegen der Mängel, ob er vom Vermieter Mangelbeseitigung verlangen will oder, wenn der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist, Schadensersatz gem. § 536a I BGB verlangt. Ferner hat er die Möglichkeit, den Mangel selbst zu beseitigen<sup>229</sup> und anschließend Kostenerstattung oder bereits vorher einen Vorschuss zu verlangen. Einfach nur abzuwarten, ob der Vermieter von sich aus seiner vertraglichen Verpflichtung zur Mangelbeseitigung nachkommt, ist seit 2015 nicht mehr möglich. Die Entscheidung löst Folgeprobleme aus, die der Senat in Zukunft aufarbeiten muss.

#### **d) Die ordentliche Kündigung**

Auch im Kündigungsrecht hat der VIII. Senat strittige Fragen entschieden und damit für die Beratungspraxis Rechtssicherheit geschaffen. Das gilt sowohl für die Kündigung wegen Pflichtwidrigkeit, als auch für die Kündigung wegen wirtschaftlicher Verwertung oder wegen Eigenbedarfs. Dabei darf man nicht übersehen, dass sehr viele dieser Entscheidungen gar nicht im Räumungsverfahren sondern im Schadensersatzprozess wegen Vortäuschens eines Kündigungsgrundes ergangen sind.

Eine ordentliche Zahlungsverzugskündigung ist möglich, wenn der Mieter die Miete in Höhe einer Monatsmiete über den Zeitraum von einem Monat schuldhaft<sup>230</sup> nicht geleistet hat.<sup>231</sup> Dabei ist zwar der Mieterverein<sup>232</sup> aber nicht das Job-Center<sup>233</sup> Erfüllungsgehilfe des Mieters.<sup>234</sup> Eine Schonfristzahlung gibt es hier nicht.<sup>235</sup> Hier ist

---

<sup>226</sup> *Börstinghaus*, NZM 2016, 417, 423.

<sup>227</sup> Eher positiv aber *Hinz*, ZMR 2016, 253.

<sup>228</sup> Dazu *Flatow*, WImmoT 2015, 69.

<sup>229</sup> Dazu *Klimke*, DMT-Bilanz (2011) S. 30.

<sup>230</sup> BGH WuM 2016, 682 = MietPrax-AK § 573 BGB 59 (*Börstinghaus*); dazu *Engel*, MietRB 2016, 313.

<sup>231</sup> BGH NZM 2013, 20 = NJW 2013, 159 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 44 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, jurisPR-MietR 24/2012 Anm. 2; *Schmid*, MietRB 2013, 1; *Zehelein*, WuM 2013, 46; *Börstinghaus*, LMK 1/2013 Anm. 2; *Hinz*, ZMR 2013, 96; *Drasdo*, NJW-Spezial 2013, 65; *Blank*, NZM 2013, 104.

<sup>232</sup> BGH NZM 2007, 35 = NJW 2007, 428 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 9 (*Börstinghaus*) dazu *Lützenkirchen*, MietRB 2007, 59, 60, 61; 102; *Klees*, NJW 2007, 431; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 50; *Blank*, NZM 2007, 788.

<sup>233</sup> BGH NJW 2009, 3781 = NZM 2010, 37 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 16 (*Börstinghaus*); dazu *Reinelt*, jurisPR-BGHZivilR 24/2009 Anm. 1; *Kunze*, MietRB 2010, 1; *Schach*, GE 2009, 1586; *Paschke*, GE 2010, 102; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 99; *Rieble*, NJW 2010, 816; *Wiek*, WuM 2010, 204.

<sup>234</sup> Ausführlich hierzu die Vorträge auf dem Deutschen Mietgerichtstag: *Lorenz* WuM 2013, 2012; *Harke*, NZM 2016, 449.

<sup>235</sup> BGH NZM 2013, 20 = NJW 2013, 159 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 44 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, jurisPR-MietR 24/2012 Anm. 2; *Schmid*, MietRB 2013, 1; *Zehelein*, WuM 2013, 46; *Börstinghaus*, LMK 1/2013 Anm. 2;

der Gesetzgeber gefordert<sup>236</sup>, der aber untätig zu bleiben scheint.<sup>237</sup> Bei der außerordentlichen fristlosen Zahlungsverzugskündigung hat sich der Senat<sup>238</sup> einem häufigen Einwand in der amtsgerichtlichen Praxis angenommen, nämlich dem Einwand, das Job-Center habe zu Unrecht keine Zahlung erbracht. Da die Zahlungsverzugskündigung nur Vertretenmüssen und kein Verschulden voraussetzt ist die Kündigung hier ohne Zurechnung fremden Verschuldens grundsätzlich<sup>239</sup> möglich. Für den in der mündlichen Urteilsverkündung gesagten allen Juristen bekannten Lehrsatz „Geld hat man zu haben“<sup>240</sup>, hat die Vorsitzende damals in bestimmten Presseorganen<sup>241</sup> ziemlich unqualifizierte Kritik erfahren.<sup>242</sup>

Bei der Eigenbedarfskündigung hat der Senat sich nicht nur mit den Fragen, für welche Familien- und Haushaltsangehörige<sup>243</sup> die Kündigung möglich ist, sondern vor allem auch, ob Gesellschaften Eigenbedarfskündigungen für ihre Gesellschafter aussprechen können. Für eine juristische Person<sup>244</sup> und eine Personengesellschaft<sup>245</sup> hat der Senat dies verneint. Bei der GbR hat er sich langsam an seine heutige Linie „herangetastet“. 2007 hat er eine Kündigung nur zugunsten eines bei Abschluss des Mietvertrages bereits existierenden Gesellschafters zugelassen.<sup>246</sup> Im Jahre 2011 hat er diese Einschränkung

---

Hinz, ZMR 2013, 96; Drasdo, NJW-Spezial 2013, 65; Blank, NZM 2013, 104; BGH GE 2016, 454 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 55 (Börstinghaus).

<sup>236</sup> So auch Milger, NZM 2013, 553; soweit sie „verlässliche [empirische] Erkenntnisse“ zur Häufigkeit von Kündigungskombinationen fordert, hat der Deutsche Mietgerichtstag e.V. eine solche – nicht repräsentative – Untersuchung in Auftrag gegeben: herunterladbar unter [www.mietgerichtstag.de](http://www.mietgerichtstag.de).

<sup>237</sup> In den Koalitionsvertrag 2018 ist diese Frage nicht aufgenommen worden, obwohl im unveröffentlichten Referentenentwurf für ein 2. Mietrechtsmodernisierungsgesetz ein Vorschlag enthalten war.

<sup>238</sup> BGHZ 204, 134 = NZM 2015, 196 = NJW 2015, 1296 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 34 (Börstinghaus); dazu Theesfeld, jurisPR-MietR 6/2015 Anm. 3; Börstinghaus, LMK 2015, 367524; Schach, MietRB 2015, 98/109; Drasdo, NJW-Spezial 2015, 257; Derleder, JZ 2015, 517; Flatow, NZM 2015, 654.

<sup>239</sup> Zur Ausnahme: BGH NJW 2015, 1749 = NZM 2015, 487 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 36 (Börstinghaus).

<sup>240</sup> Nach Harke, NZM 2016, 449 soll dieser Satz auf Franz Philipp von Kübel als Verfasser eines Teilentwurfes des Bürgerliche Gesetzbuches im vorletzten Jahrhundert zurückzuführen sein.

<sup>241</sup> Z.B. in der taz.

<sup>242</sup> Nach Flatow, NZM 2015, 654, 656 lag trotz des extremen Sachverhalts kein Fall von „hard cases make bad law“ vor. Vielmehr habe der Senat die allgemeinen Regeln konsequent auf den Fall angewandt.

<sup>243</sup> **Geschwister:** BGH NJW 2003, 2604 = NZM 2003, 681 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 1 (Börstinghaus); dazu Kappus, NZM 2003, 657; Wieck, DWW 2003, 297; Schwartmann, MietRB 2003, 5; Schumacher, WuM 2004, 507; Blank, LMK 2003, 177; **Schwager:** BGH NZM 2009, 353 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 19 (Börstinghaus); **Nichte:** NJW 2010, 1290 = NZM 2010, 271 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 23 (Börstinghaus); dazu Wieck, WuM 2010, 119; Blank, jurisPR-MietR 6/2010 Anm. 4; Schach, MietRB 2010, 97; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 291; **Au-Pair-Mädchen:** BGH NJW 2009, 1808 = NZM 2009, 430 = MietPrax-AK § 577a BGB Nr. 2 (Eisenschmid); dazu Theesfeld, MietRB 2009, 158; Blank, WuM 2009, 390; Drasdo, NJW-Spezial 2009, 355.

<sup>244</sup> BGH, NZM 2012, 681 m. Anm. Roth, NZM 2004, 129.

<sup>245</sup> BGH, NZM 2011, 276 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 31 (Börstinghaus), dazu Reinelt, jurisPR-BGHZivilR 4/2011 Anm. 1; Schach, MietRB 2011, 71; Wieck, WuM 2011, 146; Drasdo, NJW-Spezial 2011, 194; Eisenschmid, LMK 4/2011 Anm. 3; Campos, BB 2011, 913.

<sup>246</sup> BGH NJW 2007, 2845 = NZM 2007, 679 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 12 (Börstinghaus); dazu Häublein, NJW 2007, 2847; Schumacher, MietRB 2007, 253, 254; Müller, WuM 2007, 579; Drasdo, NJW-Spezial 2007, 529.

fallengelassen<sup>247</sup> und im Jahre 2016 noch einmal ausführlich bestätigt.<sup>248</sup> Danach ist eine Kündigung analog § 573 Abs. 2 Ziff. 2 BGB möglich.

Im Übrigen hat der Senat die Prüfungscompetenz der Instanzgerichte bei Eigenbedarfskündigungen zum einen beschränkt und ihnen zum anderen aber eine sehr kritische Sachverhaltsprüfung auferlegt. Erforderlich ist, dass der Mieter die Wohnung für sich oder einen Angehörigen „benötigt“. Damit sind keine zeitlichen Mindestanforderungen an die Nutzung verbunden, so dass auch eine Nutzung als Zweitwohnung vom Tatbestandsmerkmal im Einzelfall erfasst sein soll.<sup>249</sup> Im Übrigen hätten die Gerichte die Entscheidung des Vermieters, welchen Wohnbedarf er als angemessen ansieht, zu respektieren. Sie dürften weder ihre eigenen Vorstellungen von angemessenem Wohnen verbindlich an die Stelle der Lebensplanung des Vermieters setzen noch seien sie berechtigt generell Wohnungsgrößen festzulegen, ab deren Größe von einem weit überhöhten Wohnbedarf auszugehen ist. Allenfalls eine Missbrauchskontrolle bei weit überhöhtem Wohnbedarf sei zulässig.<sup>250</sup> Genutzt hat es dem Vermieter bisher im konkreten Fall wohl nicht, da der Senat<sup>251</sup> später ein Räumungsurteil des LG Karlsruhe aufgehoben hat und die Sache an eine dritte Kammer zurückverwiesen hat. Der Senat hat aber auf der anderen Seite klargestellt, dass die Instanzgerichte auch nicht alles glauben müssen, was ihnen so präsentiert wird. Erforderlich ist, dass die dargelegten Gründe auch ernsthaft verfolgt werden und bereits hinreichend bestimmt und konkretisiert sind.<sup>252</sup> Für den Fall, dass der Vermieter nach erfolgter Eigenbedarfskündigung den Nutzungswunsch nicht umsetzt, bestehe der begründete Verdacht, dass der Eigenbedarf nur vorgeschoben gewesen sei. Diesen Verdacht muss der Vermieter ausräumen indem er stimmig darlegt, aus welchem Grund der mit der Kündigung vorgebrachte Eigenbedarf nachträglich entfallen sein soll. An diese Darlegung sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>253</sup> Umgedreht liege nach Ansicht des Senats bei bestimmten Indizien der Verdacht nahe, bei Räumungsklagen von Zwangsverwaltern gegen Wohnungsnutzer von einem kollusiven Verhalten auszugehen.<sup>254</sup> Hier dränge sich die Frage auf, ob ein meist nur in Kopie vorgelegter (angeblicher) Mietvertrag mit einem früheren

---

<sup>247</sup> BGH NZM 2012, 150 = MietPrax-AK § 566 BGB Nr. 11 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, GE 2012, 98; *Schmid*, MietRB 2012, 34, *Drasdo*, NJW-Spezial 2012, 129.

<sup>248</sup> BGH NJW 2017, 547 = NZM 2017, 111 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 62 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 3/2017 Anm. 1; *Börstinghaus*, LMK 2017, 385346; *Derleder*, WuM 2017, 104; *Selk*, NJW 2017, 521; *Singbartl*, NZM 2017, 119; *Abramenko*, MietRB 2017, 65/66; *Meier*, ZMR 2017, 150.

<sup>249</sup> BGH WuM 2017, 721 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 69 (*Börstinghaus*); dazu *Beyer*, jurisPR-MietR 2/2018 Anm. 3.

<sup>250</sup> BGH, NJW 2015, 1590 = NZM 2015, 378 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 49 (*Börstinghaus*); dazu *Blank*, jurisPR-MietR 8/2015 Anm. 4; *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 321; *Bittner*, MietRB 2015, 162; *Rolfs*, LMK 2015, 369226.

<sup>251</sup> BGH NZM 2016, 715 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 58 (*Börstinghaus*).

<sup>252</sup> BGH, NJW 2015, 3368 = NZM 2015, 812 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 53 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 19/2015 Anm. 1; *Kappus*, NJW 2015, 3370; *Kunze*, MietRB 2015, 354; *Theesfeld*, jurisPR-MietR 3/2016, Anm. 4.

<sup>253</sup> BVerfG, NJW 1997, 2377; BGH NJW 2005, 2395; BGH, NJW 2015, 3368 = NZM 2015, 812 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 53 (*Börstinghaus*); BGH NZM 2017, 23 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 61 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 1/2017 Anm. 2; *Schüller*, NZM 2017, 26; *Suilmann*, MietRB 2017, 35; BGH NZM 2017, 521 = NJW 2017, 2819 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 64 (*Börstinghaus*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 12/2017 Anm. 2; *Schach*, GE 2017, 621; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 419.

<sup>254</sup> BGH NZM 2016, 854 = MietPrax-AK § 26 Nr. 8 EGZPO Nr. 26 (*Börstinghaus*); dazu *Dötsch*, MietRB 2017, 2.

Eigentümer tatsächlich zu dem darin angegebenen Zeitpunkt und mithin vor der Beschlagnahme des Grundstücks abgeschlossen worden ist.<sup>255</sup>

Durch einen zumindest etwas missverständlich formulierten Leitsatz hatte der Senat<sup>256</sup> wohl manchen Vermieter auf die Idee gebracht, wegen Berufs- oder Betriebsbedarfs zu kündigen. Es war dadurch – auch bei den Instanzgerichten – der Eindruck entstanden, als wenn der Berufs- oder Betriebsbedarf dem Eigenbedarf zum Wohnen völlig gleichstehe. In mehreren Entscheidungen<sup>257</sup> hat der Senat die Missverständnisse nun ausgeräumt und sehr sorgfältig und für die Praxis sehr gut umsetzbar herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen eine solche Kündigung nur möglich ist. Diese neuen Entscheidungen lassen die erste Entscheidung in einem neuen Licht erscheinen.

### e) Die Betriebskosten

Betriebskostenprozesse sind nicht nur am Amtsgericht ein „Massengeschäft“. Auch beim BGB ging es in ca. 170 Entscheidungen um betriebskostenrechtliche Fragestellungen. Da nach dem „Brutto-Modell“ des BGB der Vermieter die Betriebskosten zu tragen hat, ist die erste Prüfungsstufe immer die, ob die Betriebskosten wirksam auf den Mieter abgewälzt wurden. Die Anforderungen an eine entsprechende Formalklausel sind dabei nicht besonders hoch. Es genügt die Vereinbarung, dass der Mieter „die Betriebskosten“ zu tragen hat.<sup>258</sup> Etwas anderes gilt nur für die Position „Sonstige Kosten“ gem. § 2 Ziff. 17 BetrKVO, Diese sind nur dann umlagefähig, wenn die Umlegung der im einzelnen bestimmten Kosten<sup>259</sup> mit dem Mieter vereinbart worden ist.<sup>260</sup> Eine Betriebskostenvereinbarung kann nachträglich geändert werden, in der bloßen Übersendung einer Abrechnung, die von der ursprünglichen Vereinbarung abweicht und deren Ausgleich durch den

---

<sup>255</sup> BGH NZM 2013, 854 = MietPrax-AK § 566 BGB Nr. 15 (*Börstinghaus*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2013, 705; *Lehmann-Richter*, MietRB 2013, 349; *Dötsch*, jurisPR-MietR 2/2014 Anm. 4; BGH NZM 2016, 852 = NJW 2016, 3787 = MietPrax-AK § 522 ZPO Nr. 1 (*Börstinghaus*); dazu *Wichert*, MietRB 2017, 93.

<sup>256</sup> BGH NZM 2013, 22 = NJW 2013, 225 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 43 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, MietRB 2013, 2; *Blank*, WuM 2013, 47; *Both*, jurisPR-MietR 2/2013 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2013, 34; *Wiek*, WuM 2013, 271.

<sup>257</sup> BGH NZM 2017, 405 = NJW 2017, 2018 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 65 (*Börstinghaus*), dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 11/2017 Anm. 3; *Hinz*, NZM 2017, 412; *Hartmann*, WuM 2017, 450; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 449; *Fleindl*, ZMR 2017, 799; BGH NZM 2017, 559 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 66 BGB (*Börstinghaus*); dazu *Sandidge/Wichert*, MietRB 2017, 213, 214; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 15/2017 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 482.

<sup>258</sup> BGH NZM 2016, 235 = NJW 2016, 1308 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 117 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 5/2016 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2016, 365; *Burbulla*, MietRB 2016, 93; *Eisenschmid*, jurisPR-MietR 9/2016 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 289; *Heix*, NZM 2016, 457; gilt auch bei Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale: BGH NZM 2016, 720 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 122 (*Eisenschmid*).

<sup>259</sup> Siehe den Katalog bei *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 Rdn. 211 – 243.

<sup>260</sup> BGH NZM 2004, 417 = MietPrax-AK § 2 Nr. 17 BetrKV Nr. 1 (*Eisenschmid*); dazu *Blümmel*, GE 2004, 584; *Pfeifer*, MietRB 2004, 203; *Blank* NZM 2004, 651; *Langenberg* NZM 2005, 51 und 53; *Warnecke*, jurisPR-MietR 1/2004 Anm. 2; *Schmid*, DWW 2012, 42; *Schmid*, GE 2004, 736; *Schach* GE 2010, 161; BGH NZM 2007, 282 = NJW 2007, 1356 = MietPrax-AK § 2 Nr. 17 BetrKV Nr. 4 (*Eisenschmid*); dazu *Monschau*, MietRB 2007, 137; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 245.

Mieter<sup>261</sup>, ist aber ohne Hinzutreten weiterer Umstände<sup>262</sup> mangels Erklärungsbewusstseins, kein Änderungsvertrag zu sehen.<sup>263</sup>

Den notwendigen Mindestinhalt einer Betriebskostenabrechnung hatte der BGH<sup>264</sup> schon 1981 schon festgelegt. Danach müssen die Gesamtkosten angegeben werden. Dieses selbst formulierte Erfordernis hatte den Senat dann selbst etwas irritiert. Er verlangte deshalb für eine formell ordnungsgemäße Abrechnung in den Fällen, in denen aus unterschiedlichsten Gründen<sup>265</sup> ein Vorwegabzug<sup>266</sup> notwendig war, dass auch die nicht auf die Mieter umlegbaren Anteile vorab angegeben werden müssen.<sup>267</sup> Diese Rechtsprechung hatte Kritik<sup>268</sup> erfahren, weil der Vermieter, der es im Ergebnis richtiggemacht hatte, gegenüber demjenigen, der es formell falsch gemacht hatte, benachteiligt wurde. Beim BGH wurde diese Kritik gehört und eine Rechtsprechungsänderung zunächst in einem Fall mit „unechten Gesamtkosten“<sup>269</sup> und später in einem Fall kalenderübergreifender Rechnungen<sup>270</sup> angedeutet, die dann Mitte 2017 auch vollzogen wurde.<sup>271</sup> Es ist jetzt also alles wie früher.

Eine Neigung der Instanzgerichte in der Abrechnung der Betriebskosten zugleich ein negatives Schuldanerkenntnis<sup>272</sup> zu sehen, haben beide Senate des BGH ebenso eine Abfuhr erteilt wie in der Zahlung ein positives Schuldanerkenntnis<sup>273</sup> zu sehen.

---

<sup>261</sup> BGH NJW 2014, 2780 = NZM 2014, 641 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 108 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 15/2014 Anm. 3; *Bieber*, GE 2014, 971; *Bittner*, MietRB 2014, 257; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 547; *Theesfeld*, jurisPR-MietR 19/2014 Anm. 2.

<sup>262</sup> BGH NZM 2014, 748 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 109 (*Eisenschmid*); dazu *Kinne*, GE 2014, 1090.

<sup>263</sup> BGH NZM 2008, 276 = NJW 2008, 1302 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 31 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2008, 524; *Hoffmann*, MietRB 2008, 162.

<sup>264</sup> BGH NJW 1982, 573; seither st. Rspr. z.B. BGH WuM 2012, 405 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 93 (*Eisenschmid*).

<sup>265</sup> Z.B. bei teilgewerblicher Nutzung, der Abrechnung von Wirtschaftseinheiten oder bei Hausmeisterkosten.

<sup>266</sup> Bei der Grundsteuer soll dieser nun doch nicht erforderlich sein: BGH NZM 2017, 520 = MietPrax-AK § 556a BGB Nr. 13 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 13/2017 Anm. 3; *Lammel*, jurisPR-MietR 15/2017 Anm. 2; *Burbulla*, MietRB 2017, 215; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 483.

<sup>267</sup> BGH NJW 2007, 1059 = NZM 2007, 244 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 23 (*Eisenschmid*); dazu *Streyll*, NZM 2007, 324; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 244; *Derckx*, NZM 2007, 385; *Milger*, NJW 2009, 625; *Serwe*, WuM 2009, 273; BGH NZM 2007, 770 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 24 (*Eisenschmid*); BGH NZM 2014, 26 = MietPrax-AK, § 556 BGB Nr. 105 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 1/2014 Anm. 2; *Theesfeld*, jurisPR-MietR 3/2014 Anm. 2.

<sup>268</sup> *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Auflage, H Rn. 140.

<sup>269</sup> BGH NZM 2014, 26 = MietPrax-AK, § 556 BGB Nr. 105 (*Eisenschmid*) dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 1/2014 Anm. 2; *Theesfeld*, jurisPR-MietR 3/2014 Anm. 2; *Schmid*, NZM 2014, 572.

<sup>270</sup> BGH NZM 2014, 38 = NJW 2014, 1732 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 107 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, jurisPR-MietR 10/2014 Anm. 3; *Schach*, GE 2014, 640; *Harsch*, MietRB 2014, 161; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 386.

<sup>271</sup> BGH NJW 2016, 866 = NZM 2016, 192 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 115 (*Eisenschmid*); dazu *Kunze*, MietRB 2016, 61; *Blank*, WuM 2016, 173; *Zehlelein*, NZM 2016, 194; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 226; *Pfeifer*, jurisPR-MietR 12/2016 Anm. 1; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 3/2016 Anm. 2; *Hinz*, JR 2017, 370.

<sup>272</sup> BGH NJW 2013, 2885 = NZM 2013, 648 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 103 (*Eisenschmid*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2013, 579; *Kurek*, MietRB 2013, 290.

<sup>273</sup> **Wohnraummiete:** BGH NZM 2011, 242 = NJW 2011, 843 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 65 (*Eisenschmid*); dazu *Elzer*, MietRB 2011, 70; *Schach*, GE 2011, 300; *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 195; **Gewerberaummierte:** BGH NJW 2014, 2780 = NZM 2014, 641 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 108 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 15/2014 Anm. 3; *Bieber*, GE 2014, 971; *Bittner*, MietRB 2014, 257; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 547; *Theesfeld*, jurisPR-MietR 19/2014 Anm. 2.

Gelernt haben wir auch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, wann ein Garten ein Garten ist<sup>274</sup> und dass auch der Erdgeschossmieter grundsätzlich Aufzugskosten zu tragen hat<sup>275</sup>, aber dann nicht, wenn der Aufzug sich in einem anderen Gebäudeteil befindet.<sup>276</sup> Zu den „Altlasten“ mit denen sich der VIII. Senat vielleicht noch einmal beschäftigen sollte, gehört die Entscheidung zur Umlage der Kosten der Zwischenablesung<sup>277</sup> beim Mieterwechsel. Damit meine ich gar nicht einmal das Ergebnis, sondern die Begründung. Nach Ansicht des Senats handelt es sich nicht um Betriebskosten, weil es an dem Merkmal der „Regelmäßigkeit“ fehlt. Die Kosten sollen aber dann umlagefähig sein, wenn dies vereinbart sei. Das passt nicht. Entweder es sind Betriebskosten oder es sind keine. Man kann in der Wohnraummiete gem. § 556 Abs. 4 BGB hiervon zu Lasten des Mieters keine abweichenden Vereinbarungen treffen.

Aufgegriffen haben auch beide Senate das durch die Mietrechtsreform 2001 im preisfreien Wohnungsbau neu eingeführte Gebot der Wirtschaftlichkeit. Für den XII. Senat<sup>278</sup> stellt die Verletzung dieses Gebots durch eine unwirtschaftliche Heizung keinen Mangel der Mietsache gem. § 536 Abs. 1 BGB dar. Beide Senate<sup>279</sup> ordnen dies Gebot als vertragliche Nebenpflicht des Vermieters ein. Das hat zu Folge, dass der Mieter nur dann Ansprüche z.B. auf anteilige Freistellung herleiten kann, wenn er dem Vermieter einen schuldhaften Verstoß gegen diese Pflicht beweist, was in der Praxis äußerst schwierig ist.<sup>280</sup>

Durch die Mietrechtsreform war für den preisfreien Wohnungsbau erstmals eine Abrechnungsfrist mit Ausschlusswirkung sowie eine Einwendungsausschlussfrist für Mietereinwände eingeführt worden. Letztere gilt im preisgebundenen Wohnungsbau nicht.<sup>281</sup> In der Gewerberaummiets gilt die Abrechnungsfrist ohne

---

<sup>274</sup> BGH NJW 2016, 1439 = NZM 2016, 353 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 118 (*Eisenschmid*); dazu *Wall*, jurisPR-MietR 8/2016 Anm. 1; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 8/2016 Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 321; *Harsch*, MietRB 2016, 158.

<sup>275</sup> BGH NJW 2006, 3557 = NZM 2006, 895 = MietPrax-AK § 556a BGB Nr. 5 (*Eisenschmid*); dazu *Dötsch*, ZMR 2006, 921; *Lützenkirchen*, MietRB 2007, 1; *ders.*, BGHReport 2006, 1512; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 50.

<sup>276</sup> BGH NJW 2009, 2058 = NZM 2009, 478 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 40 (*Eisenschmid*); dazu *Wall*, jurisPR-MietR 13/2009 Anm. 2; *Schmid*, GE 2009, 757; *Theesfeld*, MietRB 2009, 189; *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 435; *Schmid*, ZMR 2009, 676.

<sup>277</sup> BGH NJW 2008, 575 = NZM 2008, 123 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 28 (*Eisenschmid*); dazu *Schmid*, WuM 2008, 199; *ders.* NZM 2008, 762; *Harsch*, MietRB 2008, 129; *U. Bieber*, WuM 2008, 393; *Bub/Bernhard*, NZM 2008, 513; *U. Bieber*, jurisPR-MietR 12/2008 Anm. 2.

<sup>278</sup> BGH NZM 2014, 163 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 49 (*Eisenschmid*); dazu *Schmid*, MietRB 2014, 71; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 5/2014 Anm. 3; *Pfeifer*, jurisPR-BGHZivilR 6/2014 Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 162.

<sup>279</sup> BGH NJW 2008, 440 = NZM 2008, 78 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 27 (*Eisenschmid*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 129; *Pfeifer*, MietRB 2008, 99; *Schmid*, ZMR 2008, 599; BGH NJW 2011, 3028 = NZM 2011, 705 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 77 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, jurisPR-MietR 19/2011 Anm. 1; *Börstinghaus*, LMK 10/2011 Anm. 5; *Pfeifer*, MietRB 2011, 337; *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 642; *Hinz*, NZM 2012, 137; *Peters*, NZM 2012, 145; *Timme/Günnewig*, MietRB 2012, 83; *Milger* NZM 2012, 657; BGH NZM 2015, 132 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 113 (*Eisenschmid*); dazu *Borzutzki-Pasing*, jurisPR-BGHZivilR 4/2015 Anm. 3; *Dötsch*, MietRB 2015, 70; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 6/2015 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 226.

<sup>280</sup> Ein Fall bei dem dies aufgrund der Besonderheiten gelungen war: AG Dortmund WuM 2015, 625.

<sup>281</sup> BGH NZM 2005, 737 = NJW 2005, 3135 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 12 (*Eisenschmid*); dazu *Lützenkirchen*, MietRB 2006, 30, 31, 32; *Dickersbach*, NZM 2006, 281.

Ausschlusswirkung.<sup>282</sup> Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der beiden neuen Fristen wurden vom BGH in zahlreichen Entscheidungen herausgearbeitet. Die Abrechnungsfrist gilt dabei grundsätzlich unabhängig von der Frage, ob die Wohnungseigentümergeinschaft die Abrechnung beschlossen hat, auch für den vermietenden Wohnungseigentümer.<sup>283</sup> Hat der Vermieter die Abrechnungsfrist unverschuldet nicht einhalten können, muss er die Abrechnung spätestens 3 Monate nach Wegfall des Abrechnungshindernisses erteilen.<sup>284</sup> Fehler in der Postzustellung hat der Vermieter zu vertreten.<sup>285</sup> Dafür genügt aber der rechtzeitige Zugang der Abrechnung bei einem von mehreren Mietern.<sup>286</sup>

Der Einwendungsausschluss des Mieters setzt eine formell ordnungsgemäße Abrechnung voraus.<sup>287</sup> Dann ist er aber nach der weiten Auslegung des BGH im Grunde auf alle Einwände gegen eine als Betriebskostenabrechnung bezeichnete Abrechnung anzuwenden, also auf das Fehlen einer vertraglichen Abrede zur Umlage grundsätzlich umlagefähiger Positionen<sup>288</sup>, den Einwand einer Teilinklusion<sup>289</sup> die Behauptung einer Pauschalabrede<sup>290</sup> oder sogar gegenüber Positionen, die gar nicht Betriebskosten sein können.<sup>291</sup> Plötzlich doch etwas formalistischer ist der VIII. Senat<sup>292</sup>, wenn er fordert, dass Einwendungen jedes Jahr neu erhoben werden müssen.

---

<sup>282</sup> BGH NJW 2010, 1065 = NZM 2010, 240 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 48 (*Eisenschmid*); dazu Theesfeld, jurisPR-MietR 8/2010 Anm. 2; *Börstinghaus*, LMK 4/2010 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 258; *Pfeifer*, MietRB 2010, 164; BGH NJW 2011, 445 = NZM 2011, 121 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 63 (*Eisenschmid*); dazu *Dötsch*, MietRB 2011, 40; *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 98; *Lützenkirchen*, jurisPR-MietR 6/2011 Anm. 3.

<sup>283</sup> BGH NZM 2017, 216 = NJW 2017, 2608 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 123 (*Eisenschmid*); dazu *Beyer*, jurisPR-MietR 6/2017 Anm. 1; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 6/2017 Anm. 2; *Börstinghaus*, LMK 2017, 388495; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 290; BGH ZMR 2017, 630 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 125 (*Eisenschmid*); dazu *Beyer*, jurisPR-MietR 13/2017 Anm. 3.

<sup>284</sup> BGH NZM 2006, 740 = NJW 2006, 3350 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 17 (*Eisenschmid*); dazu *Kinne*, GE 2006, 1138; *Bieber*, BGHReport 2006, 1338; *Intveen*, MietRB 2007, 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 4.

<sup>285</sup> BGH NZM 2009, 274 = NJW 2009, 2197 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 39 (*Eisenschmid*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 322; *Pfeifer*, MietRB 2009, 194; *Lammel*, WuM 2009, 389; *Theesfeld*, jurisPR-MietR 18/2009 Anm. 3.

<sup>286</sup> BGH NJW 2010, 1965 = NZM 2010, 577 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 52 (*Eisenschmid*); dazu *Theesfeld*, jurisPR-MietR 13/2010 Anm. 3; *Schach*, GE 2010, 723; *Dötsch*, MietRB 2010, 189; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 418; *Schmid*, MietRB 2010, 244.

<sup>287</sup> BGH NZM 2011, 401 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 64 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, jurisPR-MietR 5/2011 Anm. 2; *Harsch*, MietRB 2011, 104; *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 257; BGH NZM 2011, 581 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 71 (*Eisenschmid*); dazu *Kinne*, GE 2011, 657.

<sup>288</sup> BGH NJW 2008, 283 = NZM 2008, 81 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 25 (*Eisenschmid*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 33; *Schmid*, ZMR 2008, 110; *Monschau*, MietRB 2008, 66/67; *Derckx*, NZM 2008, 239; *Both*, jurisPR-MietR 16/2008 Anm. 3.

<sup>289</sup> BGH NJW 2008, 1521 = NZM 2008, 361 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 33 (*Eisenschmid*); dazu *Schmid*, GE 2008, 516; *Dickersbach*, ZMR 2008, 355; *Kinne*, GE 2008, 638; *Wall*, WuM 2008, 327; *Kurek*, MietRB 2008, 198.

<sup>290</sup> BGH NZM 2011, 240 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 66 (*Eisenschmid*); dazu *Dötsch*, MietRB 2011, 70; *Drasdo*, NJW-Spezial 2011, 226.

<sup>291</sup> BGH NZM 2016, 470 = NJW 2016, 2254 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 121 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 10/2016 Anm. 2; *Flatow*, WuM 2016, 480; *Zehelein*, NZM 2016, 472; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 514; *Pfeifer*, MietRB 2016, 249.

<sup>292</sup> BGH NZM 2010, 470 = NJW 2010, 2275 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 53 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, LMK 8/2010 Anm. 2; *Derckx*, NJW 2010, 2276; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 450; *Harsch*, MietRB 2010, 221; *Krapf*, jurisPR-MietR 18/2010 Anm. 1; *Hinz*, NZM 2010, 770.

Ausdifferenziert hat der BGH auch die Ansprüche des Mieters für den Fall, dass der Vermieter bis zum Eintritt der Abrechnungsreife<sup>293</sup> keine Abrechnung erteilt hat. In einem bestehenden Mietverhältnis kann der Mieter nur die Zahlung der weiteren Vorauszahlungen zurückbehalten aber nicht die gezahlten Vorauszahlungen zurückverlangen.<sup>294</sup> Anders ist es bei beendetem Mietverhältnis. Da in diesem Fall der Mieter nicht die Möglichkeit durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an den weiteren Vorauszahlungen Druck auf den Vermieter auszuüben, gewährt der BGH dem Mieter aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung einen Anspruch auf Rückzahlung aller für den Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen.<sup>295</sup> Dieser Anspruch besteht wiederum dann nicht, wenn der Mieter bereits vorher das Zurückbehaltungsrecht hätte ausüben können, es aber nicht getan hat.<sup>296</sup> Der Vermieter hat in all diesen Fällen die Möglichkeit, durch Erteilung einer Abrechnung diesen Rückzahlungsanspruch bis zur Höhe des Abrechnungssaldos, maximal der Höhe der geschuldeten Vorauszahlungen, zu Fall zu bringen.<sup>297</sup> Ist der Rückzahlungsanspruch des Mieters bereits titulierte, ist die Vollstreckungsgegenklage möglich. Hat der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist den Nachzahlungsbetrag aus der Abrechnung an den Vermieter gezahlt, kann er diesen sogar später zurückverlangen, da § 214 Abs. 2 S. 1 BGB auf die Ausschlussfrist nicht anwendbar ist.<sup>298</sup>

#### f) Die Abwälzung von Schönheitsreparaturen

Wenn man die Entwicklung des Mietrechts seit der Mietrechtsreform betrachtet, dann kommt man an dem Thema der Schönheitsreparaturen natürlich nicht vorbei. Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber 2001 nicht die Stärke und den Willen hatte das Thema im Miet- oder AGB-Recht in irgendeiner Form zu regeln. Es gab Vorschläge aus der Praxis<sup>299</sup> und einen Vorschlag des Bundesrates.<sup>300</sup> Der Deutsche Mietgerichtstag hatte sich schon im Jahr 2000 auf einer Podiumsdiskussion mit Regelungsvorschlägen beschäftigt, welche gesetzlichen Neuregelungen für den Bereich der Schönheitsreparaturen sinnvoll sind.<sup>301</sup> Die

---

<sup>293</sup> Das ist der erste dem Ablauf der Abrechnungsfrist folgende Monat: BGH WuM 2015, 144 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 114 (*Eisenschmid*).

<sup>294</sup> BGH NZM 2010, 857 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 56 (*Eisenschmid*).

<sup>295</sup> BGH NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 11 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2005, 517; *Lützenkirchen*, MietRB 2005, 142; *Neumann/Spangenberg*, NZM 2005, 576; *Ritzmann*, WuM 2006, 487.

<sup>296</sup> BGH NJW 2012, 3508 = NZM 2012, 832 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 94 (*Eisenschmid*); dazu *Zehlein*, WuM 2012, 621; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 23/2012 Anm. 2; *Schach*, MietRB 2012, 345; *Drasdo*, NJW-Spezial 2012, 738; *Jahreis*, jurisPR-MietR 1/2013 Anm. 2; *Brückner*, GE 2013, 922.

<sup>297</sup> BGH NZM 2010, 858 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 59 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 1/2011 Anm. 3; *Schach*, jurisPR-MietR 23/2010 Anm. 1; *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 350; *Tholl*, WuM 2010, 748; *Knabbe*, WuM 2011, 108; BGH NZM 2011, 274 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 69 (*Eisenschmid*).

<sup>298</sup> BGH NJW 2006, 903 = NZM 2006, 222 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 13 (*Eisenschmid*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2006, 197 und 243; *Intveen*, MietRB 2006, 158.

<sup>299</sup> z.B. *Derleder* in der Sachverständigenanhörung am 24.1.2001 abgedruckt in NZM 2001, 170, (174); (zur Anhörung *Kappus*, Ein Hauch von Hast, NZM 2001, 161), *Langenberg*, FS Derleder z. 65. Geb. (2005), 249; *Hinz*, NZM 2001, 264, (275); *Kappus*, GS Sonnenschein, 2003, S. 263 (270).

<sup>300</sup> BR-Drs. 439/00 = NZM 2001, 20 (22).

<sup>301</sup> Einführungsreferate und Vorschläge von *Hinkelmann* (heute Flatow), NZM 2000, 1163; *Blank*, NZM 2000, 1169 und *Eisenschmid*, NZM 2000, 164.



Bundesregierung<sup>302</sup> bezweifelte, dass einer der gemachten Vorschläge mehr Rechtssicherheit als die damals – wie auch heute noch – bestehende Regelung bringen würde. Zumindest hinsichtlich der Ausgangslage wurde die Bundesregierung in den folgenden Jahren durch den BGH eines Besseren belehrt. Beide Mietesenate stellten für eine Klausel nach der anderen eine unangemessene Benachteiligung fest und erklärten die Regelungen für unwirksam. Es begann 2003 mit der Kombination einer wirksamen Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen mit einer unwirksamen Endrenovierungsklausel.<sup>303</sup> Es folgten ab 2004 Entscheidungen zu den starren Fristen<sup>304</sup> und zur Ausführungsart.<sup>305</sup> Ab Januar 2014 war dann allen Praktikern klar, dass der BGH „zum großen Wurf“ ausholen wollte. Der VIII. Senat hatte am 22.1.2014<sup>306</sup> verkündet, die mündliche Verhandlung in einer eigentlich schon verhandelten Sache wiederzueröffnen und dabei darauf hingewiesen hat, dass neuerdings wohl Bedenken bestehen, ob bei einer unrenoviert übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen wirklich, wie es seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung entsprochen hatte, wirksam auf den Mieter abgewälzt werden können.<sup>307</sup> Ferner hat er Zweifel geäußert, ob eine Quotenabgeltungsklausel der

---

<sup>302</sup> NZM 2001, 264 (275).

<sup>303</sup> **Wohnraummiete:** BGH NJW 2003, 2234 = NZM 2003, 394 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 3 (*Eisenschmid*); dazu *Gather*, GE 2003, 1248; *Kinne*, ZMR 2004, 245; *Lützenkirchen*, MietRB 2003, 1; *Lammel*, LMK 2003, 163; *Eisenhardt*, WuM 2013, 332; BGH NZM 2003, 755 = NJW 2003, 3192 = MietPrax-AK § 538 BGB 4 (*Eisenschmid*); dazu *Fischer*, WuM 2004, 56; *Kinne*, ZMR 2004, 245; *Harsch*, MietRB 2003, 94; *Blank*, LMK 2003, 201; BGH NJW 2004, 2087 = NZM 2004, 497 = MietPrax-AK § 538 BGB 5 (*Eisenschmid*); dazu *Wiek*, WuM 2004, 334; *Straßberger*, MietRB 2004, 253; *Langenberg* NZM 2005, 51, 55; BGH NJW 2006, 2116 = NZM 2006, 623 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 22 (*Eisenschmid*); **Gewerberaummiete:** BGH NZM 2005, 504 = NJW 2005, 2006 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 16 (*Eisenschmid*); dazu *Wiek*, Mietrecht express 2005, 58; *Bieber*, BGHReport 2005, 966; *Specht*, MietRB 2005, 203; *Drasdo*, NJW-Spezial 2005, 388; *Eckert*, ZfIR 2005, 673; *Stapenhorst*, NZM 2007, 17.

<sup>304</sup> **Wohnraummiete:** BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 7 (*Eisenschmid*); dazu *Fischer*, WuM 2004, 438; *Hilgenstock*, WuM 2004, 464; *Schach* GE 2004, 1000; *Stürzer*, WuM 2004, 512; *Goch*, WuM 2004, 513; *Blank*, LMK 2004, 177; *Emmerich*, JuS 2004, 1008; *Langenberg* NZM 2005, 51, 56; *Eisenschmid*, BGHReport 2004, 1336; *Specht*, MietRB 2004, 315; *Rave*, GE 2005, 221; *Hemming*, WuM 2005, 165; BGH NZM 2005, 58 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 11 (*Eisenschmid*); dazu *Wiek*, WuM 2005, 10; *Specht*, MietRB 2005, 63; *Timme*, NZM 2005, 132; *Klimke*, NZM 2005, 134; *Lammel*, LMK 2005, 17; *Lehmann-Richter*, NZM 2005, 691; BGH NZM 2005, 299 = NJW 2005, 1188 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 13 (*Eisenschmid*); dazu *Wiek*, WuM 2005, 242; *Beuermann*, GE 2005, 400; *Löfflad*, MietRB 2005, 225; BGH NZM 2005, 860 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 18 (*Eisenschmid*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2006, 2; *Kappus*, NZM 2006, 6; BGH NJW 2006, 1728 = NZM 2006, 459 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 19 (*Eisenschmid*); dazu *Wiek*, Mietrecht-express 2006, 5; *Schläger*, ZMR 2006, 515; *Loscha*, MietRB 2006, 230; BGH NJW 2006, 2113 = NZM 2006, 620 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 23 (*Eisenschmid*); **Gewerberaummiete:** BGH NJW 2008, 3772 = NZM 2008, 890 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 36 (*Eisenschmid*); dazu *Bieber*; NJW 2008, 3774; *Disput/Hübner*, MietRB 2008, 354; *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 2; *Emmerich*, NZM 2009, 16.

<sup>305</sup> BGH NJW 2007, 1743 = NZM 2007, 398 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 30 (*Eisenschmid*); dazu *Zich*, MietRB 2007, 168; *Drasdo* NJW-Spezial 2007, 294; *Beyer*, NZM 2009, 137; BGH NZM 2009, 313 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 41 (*Eisenschmid*); dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 322; *Kölling*, ZWE 2009, 229; *Schach*, jurisPR-MietR 9/2009 Anm. 2; *Eisenschmid*, jurisPR-MietR 10/2009 Anm. 2; BGH NJW 2009, 3716 = NZM 2009, 903 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 44 (*Eisenschmid*); dazu *Warnecke*, jurisPR-MietR 25/2009 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 1; BGH NZM 2010, 236 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 46 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, jurisPR-MietR 7/2010 Anm. 2; *Dötsch*, MietRB 2010, 98; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 322; *Schläger*, ZMR 2010, 513; BGH WuM 2011, 96 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 51 (*Eisenschmid*); BGH NJW 2011, 514 = NZM 2011, 150 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 51 (*Eisenschmid*); dazu *Horst*, MietRB 2011, 103; *Schach*, jurisPR-MietR 8/2011 Anm. 1.

<sup>306</sup> Das war der letzte Arbeitstag des vormaligen Vorsitzenden des VIII. Senats, *Wolfgang Ball*.

<sup>307</sup> BGH WuM 2014, 135 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 60 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2014, 211; dazu *Langenberg*, NZM 2014, 299; *Wiek*, WuM 2014, 171; *Lehmann-Richter*, NZM 2014, 818.

Inhaltskontrolle standhält und dem Transparenzgebot genügen kann. Der neue „Tornado“<sup>308</sup> blieb indes zunächst aus, da zumindest die Parteien des damaligen Verfahrens auf den Hinweis hin eine außergerichtliche Erledigung bevorzugten.<sup>309</sup> In der Springprozeßion<sup>310</sup> vom 18.3.2015 hat der Senat Quotenabgeltungsklauseln grundsätzlich für unwirksam erklärt<sup>311</sup> und die Abwälzung von Schönheitsreparaturen von der Übergabe einer renovierten Wohnung<sup>312</sup> oder der Zahlung einer angemessenen Ausgleichszahlung abhängig gemacht.<sup>313</sup> Seither haben nach meinem Eindruck Klagen wegen der Abwälzung der Schönheitsreparaturen ganz erheblich abgenommen. Diskutiert wird hinsichtlich dieser Entscheidung zum einen die Frage, wie hoch die Ausgleichszahlungen<sup>314</sup> denn nun zu sein hat und ob es wirklich richtig ist, dass der Mieter beweisen muss, dass ihm die Wohnung unrenoviert übergeben wurde.<sup>315</sup> Der BGH hat die Unwirksamkeit der Klausel aus §§ 307 I 1, II Nr. 1 BGB hergeleitet. Danach ist die Klausel „im Zweifel unwirksam“, weshalb der Vermieter den Ausnahmefall hätte beweisen müssen. Außerdem bestehen Zweifel, ob die Beweislastverteilung der Richtlinie 93/13/EWG entspricht. Wenn man dieser Auffassung folgt, müsste spätestens das Landgericht<sup>316</sup> das Verfahren gem. Art 267 AEUV im Vorabentscheidungsverfahren dem Gerichtshof der Europäischen Union zur abschließenden Klärung, wer was beweisen muss, vorlegen.<sup>317</sup> Soweit *Zehelein*<sup>318</sup> die Vermutung geäußert hat, dass solche Überlegungen des Gerichts die Parteien zum Überdenken des Streitstoffs bewegen könne, kann das nur bestätigt werden. Der Verf. hat in einem der wenigen Verfahren, die es zu dem Thema noch gibt und bei dem die Frage, in welchem Zustand die Wohnung übergeben wurde, die Einholung eines Vorabentscheids des EUGH in Erwägung gezogen, was die Parteien dann veranlasste den Rechtsstreit vergleichsweise zu erledigen.<sup>319</sup> Die endgültige Bewertung dieser neuen Rechtsprechung bleibt wohl der Zukunft überlassen.<sup>320</sup> War es eine

---

<sup>308</sup> Zu den ersten BGH-Tornados zu den Schönheitsreparaturen s., auch mit dieser Begrifflichkeit, die nach seinem Bekenntnis auf eine Anfrage der NJW-Schriftleitung zurückgeht, *Beyer*, NJW 2008, 2065.

<sup>309</sup> BGH BeckRS 2014, 17435 (Bericht in NZM-info Heft 18/2014, V).

<sup>310</sup> So der Begriff von *Graf von Westphalen*, NZM 2018, 97, 99.

<sup>311</sup> BGH NZM 2015, 424 = NJW 2015, 1871 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 66 (*Eisenschmid*); dazu *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 10/2015, 2; *Schach*, GE 2015, 343; *Börstinghaus*, LMK 2015, 370159; *Harsch*, MietRB 2015, 196; *Langenberg*, NZM 2015, 681; *Boerner*, NZM 2015, 686; *Steinig*, DWW 2015, 282.

<sup>312</sup> Zu den Problemen ausführlich: *Zehelein*, NZM 2018, 105.

<sup>313</sup> BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 69 (*Eisenschmid*); dazu *Schach*, GE 2015, 343; *Lehmann-Richter*, NJW 2015, 1598; *Harsch*, MietRB 2015, 161; *Schach*, GE 2015, 624; *Börstinghaus*, LMK 2015, 369251; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 10/2015, 1; *Hartmann*, WuM 2015, 406; *Langenberg*, NZM 2015, 681; *Sommer*, MietRB 2015, 312; *Steinig*, DWW 2015, 282; *Artz*, NZM 2015, 801; *Drettmann*, NJW 2015, 3694; *Graf v. Westphalen*, NZM 2016, 10; *Schneider*, jM 2015, 325; *Schmidt*, NJW 2016, 1201; *Emmerich*, JuS 2015, 840; *Blum*, NJ 2015, 375.

<sup>314</sup> Dazu LG Berlin GE 2016, 395; *Artz*, WuM 2017, 120.

<sup>315</sup> *Graf v. Westphalen*, NZM 2016, 10, 16; *Schmidt*, NJW 2016, 1201, 1203; *Kappus*, NZM 2016, 609.

<sup>316</sup> Auch das AG darf aber schon vorlegen.

<sup>317</sup> Ein Muster eines solchen Beschlusses befindet sich bereits bei *Kappus* NZM 2016, 609, 617.

<sup>318</sup> *Zehelein*, NZM 2018, 105, 116.

<sup>319</sup> siehe den ausführlichen Hinweis des AG Dortmund in der Verfügung vom 23.11.2017 im Verfahren 425 C 6701/17. Die Parteien haben sich im Termin am 13.2.2018 verglichen.

<sup>320</sup> *Graf von Westphalen*, NZM 2018, 97, 100.

Leuchtturmentscheidung<sup>321</sup>, die das vorherige „Chaos“<sup>322</sup> oder „Schlachtfeld“<sup>323</sup> bereinigt hat, oder doch eher ein mietrechtlicher D-Day<sup>324</sup>, der viele Opfer fordern wird. Nach meiner Einschätzung hat die Entscheidung wohl auch wegen der vielen neuen Probleme eher zu einer Beruhigung an der Front geführt.

Hat der Mieter trotz unwirksamer Abwälzung der Schönheitsreparaturen diese vorgenommen, steht ihm zwar kein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag aber ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch zu.<sup>325</sup> Der Anspruch verjährt gem. § 548 Abs. 2 BGB 6 Monate nach rechtlicher Beendigung des Mietverhältnisses.<sup>326</sup> Auf die Kenntnis des Mieters von der Existenz eines solchen Anspruchs kommt es nicht an. Die gleiche Verjährungsfrist gilt, wenn der Mieter aufgrund einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel Zahlungen an den Vermieter leistet.<sup>327</sup> Der Vermieter kann bei Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel im preisfreien Wohnungsbau keine Mieterhöhung verlangen<sup>328</sup>, im preisgebundenen Wohnungsbau darf er aber den Zuschlag gem. § 28 Abs. 4 II. BV bei der Berechnung der Kostenmiete in Ansatz bringen.<sup>329</sup> Dazu muss er grundsätzlich dem Mieter vorher auch keine wirksame Klausel anbieten.<sup>330</sup>

## V. Aussichten

Es ist zu befürchten, dass das Mietrecht auch in der kommenden Legislaturperiode nicht zur Ruhe kommen wird. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD ist nicht nur hinsichtlich der sog. Mietpreisbremse eine Veränderung dahingehend vorgesehen, wonach die sog. Vormiete gem. § 556e Abs. 1 BGB vom Vermieter

---

<sup>321</sup> Graf von Westphalen, NZM 2018, 97, 100.

<sup>322</sup> Emmerich, NZM 2009, 16, 18.

<sup>323</sup> Emmerich, NZM 2009, 16, 17.

<sup>324</sup> Börstinghaus, NZM 2015, 281, 295; Schmidt, NJW 2016, 1201.

<sup>325</sup> BGH NZM 2009, 541 = NJW 2009, 2590 = MietPrax-AK § 812 BGB Nr. 5 (Eisenschmid); dazu Becker, GE 2009, 872; Drasdo, NJW-Spezial 2009, 529; Ernst, WuM 2009, 581; Schläger, ZMR 2009, 831; Dötsch, ZMR 2009, 833; Blank, NZM 2010, 97; Schmidt, WuM 2010, 191; Thole, NJW 2010, 1243; Jacoby, ZMR 2010, 335.

<sup>326</sup> BGH NZM 2011, 452 = ZMR 2011, 705 = NJW 2011, 1866 = MietPrax-AK § 548 BGB Nr. 12 (Börstinghaus); dazu Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 12/2011 Anm. 2; Kinne, GE 2011, 790; Dötsch, MietRB 2011, 201; Drasdo, NJW-Spezial 2011, 449; Jahreis, jurisPR-MietR 16/2011 Anm. 4; Blank, LMK 6/2011 Anm. 2.

<sup>327</sup> BGH NZM 2012, 557 = NJW 2012, 3031 = MietPrax-AK § 548 BGB Nr. 17 (Börstinghaus); dazu Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 15/2012 Anm. 1; Börstinghaus, LMK 8/2012 Anm. 4; Harsch, MietRB 2012, 221; Krapf, jurisPR-MietR 18/2012 Anm. 4; Drasdo, NJW-Spezial 2012, 578.

<sup>328</sup> BGHZ 177, 186 = NZM 2008, 641 = NJW 2008, 284 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 19 (Börstinghaus); dazu Lehmann-Richter, MietRB 2008, 225; ders., BGHReport 2008, 1001; Blümmel, GE 2008, 1086; Drasdo, NJW-Spezial 2008, 578; Niebling, ZMR 2008, 881; Häublein, ZMR 2009, 1; Wüstefeld, jurisPR-MietR 21/2008 Anm. 3; BGH WuM 2008, 487 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 20 (Börstinghaus); BGH NJW 2009, 1410 = NZM 2009, 313 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 21 (Börstinghaus).

<sup>329</sup> BGH NJW 2010, 1590 = NZM 2010, 396 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 1 (Börstinghaus), dazu Börstinghaus, jurisPR-MietR 10/2010 Anm. 1; Kunze, MietRB 2010, 157; Blank, LMK 6/2010 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 386; Kappus, NZM 2011, 674; BGH WuM 2010, 635 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 2 (Börstinghaus); BGH NZM 2011, 31 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 3 (Börstinghaus); dazu Schach, GE 2010, 1653; BGH NZM 2011, 478 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 4 (Börstinghaus); dazu Harsch, MietRB 2011, 273; BGH NZM 2013, 312 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 5 (Börstinghaus).

<sup>330</sup> BGH NZM 2017, 759 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 5 (Börstinghaus); dazu Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 21/2017 Anm. 2; Schach, jurisPR-MietR 23/2017 Anm. 4; Kappus, NZM 2017, 762; Börstinghaus, MietRB 2017, 343; Drasdo, NJW-Spezial 2017, 738.

zwingend angegeben werden muss, es sind auch Änderungen beim qualifizierten Mietspiegel und der Modernisierungsmieterhöhung vorgesehen. Vieles entspricht dem, was im BMJV schon im Entwurf für ein 2. Mietrechtsmodernisierungsgesetz vorgesehen war. Nicht geplant zu sein scheint die im damaligen Entwurf schon vorgesehene Ausweitung der Schonfristzahlung unter bestimmten Voraussetzungen auf die ordentliche Zahlungsverzugskündigung gem. § 573 Abs. 2 Ziff. 1 BGB. Hier bleiben nur kreative Einzelfalllösungen<sup>331</sup> durch die Gerichte.<sup>332</sup>

Der BGH hat inzwischen eine Fülle von alten und neuen mietrechtliche Streitfragen entschieden. Einige seiner Entscheidungen haben Folgeprobleme aufgeworfen, die die beiden Senate demnächst zu entscheiden haben. Aus früheren Zeiten gibt es noch einige wenige „Altlasten“, mit denen der BGH sich noch einmal beschäftigen sollte und vielleicht auch hier zu einer Rechtsprechungsänderung kommen sollte. Für mich zählt dazu der einseitige formularvertragliche Kündigungsverzicht mit Staffelmiete, die Kostentragung der Zwischenablesung bei der Heizkostenabrechnung, die Mieterhöhungserklärung für Einfamilienhäuser und der Schadensersatzanspruch zur Abwehr einer formell unwirksamen Kündigung.

Soweit der Verfasser<sup>333</sup> vor 15 Jahren die Befürchtung geäußert hatte, dass es innerhalb von 2 Jahren kein Problem mehr gäbe, zu dem es keine höchstrichterliche Entscheidung geben werde, hat sich das als falsch herausgestellt. Mein damaliger Vorschlag, dass die Kolleginnen und Kollegen des VIII. und XII. Senats in Anlehnung an der früheren „Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB“, vielleicht einen „BGH-Richter-Kommentar zum Mietrecht“<sup>334</sup> verfassen sollten, wird im kommenden Jahr zumindest teilweise umgesetzt, wenn die Kollegen *Guhling* und *Günther* aus dem XII. Senat die 2. Auflage des Gewerberaummietrechts<sup>335</sup> erstmals gemeinsam herausgeben werden.

---

<sup>331</sup> Für Einzelentscheidungen: BGH GE 2016, 455 = MietPrax-AK § 573 BGB Nr. 55 (*Börstinghaus*); dazu *Schach*, GE 2016, 424.

<sup>332</sup> Z.B. aktuell LG Berlin WuM 2017, 650.

<sup>333</sup> *Börstinghaus*, NZM 2003, 829.

<sup>334</sup> Abk: BRK-MR.

<sup>335</sup> Herausgeber der 1. Auflage, 2015, waren noch: *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*.