

*Dirk Both*

## Die Irrwege der Mietrechtspraxis

### *A. Einleitung*

Die Mietrechtspraxis fußt auf zwei Komponenten, den gesetzlichen Regelungen zum Mietrecht einerseits und ihrer Ausfüllung durch die Rechtsprechung der Instanzgerichte, des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichtes andererseits. Beide Elemente können dabei dazu herangezogen werden, im Mietrecht beheimatete soziale Problemstellungen zu lösen. Sie können aber in ihren Auswirkungen auch dazu beitragen, dass Mieter oder Vermieter benachteiligt werden. Dabei liegt die meist konträre Interessenlage zwischen Mieter und Vermieter gerade im Wohnraummietrecht in besonderem Maße auf der Hand. Der Mieter benötigt Wohnraum, verfügt aber selbst nicht über die erforderlichen Mittel, sich diesen selbst zu schaffen, oder ist aus anderen Gründen – etwa wegen wiederholter arbeitsbedingter Wohnortwechsel – hieran gehindert. Der Vermieter wiederum setzt seine finanziellen Mittel für die Schaffung von Wohnraum und seine Erhaltung ein, welchen er nicht für sich benötigt. Er ist folglich daran interessiert, entsprechende Einnahmen aufgrund dieser Investitionen zu erzielen und dabei möglichst nicht mit weiteren Belastungen konfrontiert zu werden. Überdies will er nicht mehr als notwendig in der Verfügungsmacht über sein Eigentum eingeschränkt werden.

Treffen in einem auf längere Zeit angelegten Schuldverhältnis jedoch derart gegensätzliche Interessen aufeinander, können die sie regelnden gesetzlichen Bestimmungen und die sie ausfüllende Rechtsprechung diese nicht immer gleichgewichtig behandeln. Eine Benachteiligung der einen oder anderen Partei ist unvermeidlich. Nicht immer aber sind diese Nachteile auch vom Gesetzgeber gewollt. Dann hat der Gesetzgeber bei der Formulierung der Norm oder die Rechtsprechung bei ihrer Ausfüllung und Anwendung einen Irrweg genommen.

Irrwege der Mietpraxis finden sich aber auch dort, wo die Rechtsprechung an sich bei der Rechtsanwendung umher irrt, eine einheitliche und kalkulierbare Rechtsprechungslinie also nicht erkennen lässt. Fehlt es aber an einer Kontinuität und dogmatischen Kalkulierbarkeit der Rechtsprechung, ist einerseits der im Vertrag niedergelegte und an den konkreten Möglichkeiten der Vertragsparteien ausgerichtete übereinstimmende Wille von Vermieter und Mieter gefährdet. Sie können sich, werden einzelne Vertragsregelungen für unwirksam erklärt, einem Vertrag gegenüber sehen, den sie so nicht gewollt hatten. Andererseits ist es auch in Ansehung der bisherigen Rechtsprechung des örtlichen Gerichts, aber auch der vom Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen bislang aufgestellten Grundsätze unsicher, ob die Partei, die ihre gesetzlich oder vertraglich fixierten Rechte durchsetzen will, hiermit auch Erfolg haben wird. Somit schwebt über ihr stets das Kostenrisiko, welches die Parteien, die nicht sonderlich bemittelt sind, auf Prozesskostenhilfe aber noch keinen Anspruch haben, von einer Rechtsverfolgung abhält oder

10.5771/0023-4834-2015-1-38

bei voller Inanspruchnahme der Instanzenzüge mehr Kosten erzeugen kann als die eigentliche Hauptsache ausmacht. Nun sind die Instanzgerichte schon wegen der richterlichen Unabhängigkeit des Art. 97 GG an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar nicht gebunden. Bindungswirkung entfaltet diese jeweils nur in dem Verfahren, in dem sie ergeht. Gleichwohl bildet sie häufig und vor allem dann, wenn die Parteien sich auf sie berufen, auch für das entscheidende Gericht eine Richtschnur.

Im Nachfolgenden soll an Beispielen aufgezeigt werden, wie sich die unterschiedlichen „Irrwege“ auswirken können.

## *B. Durchsetzung der Betriebskostenabrechnung*

### *I. Der Abrechnungsanspruch des Mieters*

Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB ist, dem gesetzlichen Leitbild, folgend grundsätzlich der Vermieter verpflichtet, die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen. Für die Wohnraummiete sieht § 556 Abs. 1 BGB vor, dass die Parteien des Mietverhältnisses hiervon abweichend auch vereinbaren können, dass der Mieter die Betriebskosten tragen soll. Für das Gewerberaummietverhältnis ergibt sich Gleiches schon aus dem im bürgerlichen Recht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Soll der Mieter die Betriebskosten tragen, können die Parteien gemäß § 556 Abs. 2 BGB weiter vereinbaren, dass der Mieter hierauf Vorauszahlungen leisten soll, die regelmäßig als mit der Miete zu entrichtende monatliche Zahlungen vereinbart werden. Haben die Parteien des Mietverhältnisses eine Vorauszahlungspflicht des Mieters vorgesehen, ist der Vermieter von Wohnraum gemäß § 556 Abs. 3 BGB verpflichtet, über die Betriebskosten jährlich abzurechnen.<sup>1</sup> Für das Gewerberaummietverhältnis wird diese Pflicht des Vermieters aus § 259 BGB hergeleitet.

Ist der Vermieter zur Abrechnung verpflichtet, wird ihm hierfür von Rechtsprechung und Literatur eine Frist von einem Jahr, beginnend mit dem Ablauf des Abrechnungszeitraums, zugebilligt, wenn im Vertrag nicht eine kürzere Frist vorgesehen ist. Nach Ablauf der Frist tritt die sog. Abrechnungsreife ein. Diese Frist ist von der Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB zu unterscheiden. Der Ablauf der Ausschlussfrist, die für das Gewerberaummietverhältnis keine Geltung beanspruchen kann, führt nicht dazu, dass der Vermieter von seiner Abrechnungspflicht frei wird.<sup>2</sup>

Der Abrechnungsanspruch des Mieters wird somit erst mit Ablauf der Abrechnungsfrist und Eintritt der Abrechnungsreife fällig. Erst dann kann der Mieter diesen gegenüber dem Vermieter geltend machen, nicht schon während des Laufes der Abrechnungsfrist.<sup>3</sup> Ist die Abrechnungsreife eingetreten, ohne dass der Vermieter innerhalb der Abrechnungsfrist abgerechnet hat, kann der Mieter eine auf Erteilung der Abrechnung gerichtete Klage erheben.<sup>4</sup> Diese kann er im Wege der Stufenklage mit einem nach Rechnungslegung zu beziffernden Zahlungsantrag kombinieren. Das gilt allerdings nicht nur dann, wenn der Vermieter überhaupt nicht abgerechnet hat, sondern auch dann, wenn er

1 Schmid in MünchKomm-BGB, 6. Aufl., § 556 Rn. 44.

2 Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 556 Rn. 281; Both in Herrlein/Kandelhard, MietR, 4. Aufl., § 556 Rn. 74.

3 Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 556 Rn. 615, 690.

4 Schmid in MünchKomm-BGB (Fn. 1), § 556 Rn. 51; Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 615, 690.

eine insgesamt formell unwirksame Betriebskostenabrechnung innerhalb der Abrechnungsfrist vorgelegt hat.<sup>5</sup>

Dieses Klagerecht ist für den Mieter schon deshalb ein wenig befriedigender Weg, da er ein länger andauerndes Gerichtsverfahren, möglicherweise über mehrere Instanzen, in Anspruch nehmen muss. Am Ende des Verfahrens steht ein Titel, der dem Mieter nicht immer weiterhelfen muss. Die Erstellung der Betriebskostenabrechnung nämlich wird weit überwiegend als nicht vertretbare Handlung angesehen, die der Vermieter nur höchst persönlich erbringen kann.<sup>6</sup> Als unvertretbare Handlung kann sie somit nur gemäß § 888 ZPO mittels Ordnungsgeld oder Haft erwirkt werden. Stört beides den Vermieter nicht, hat der Mieter auch dann noch keine Abrechnung in der Hand. Daher stellt sich die Frage, in welchem Umfang dem Mieter effizientere Mittel zur Verfügung stehen.

## II. Zurückbehaltungsrecht und Rückforderungsanspruch

### 1. Im laufenden Mietverhältnis

Um den Mieter nicht allein auf die Abrechnungsklage verweisen zu müssen, wird ihm gemeinhin ein Zurückbehaltungsrecht an künftigen Betriebskostenvorauszahlungen aus § 273 BGB zugestanden, von welchem er mit Eintritt der Abrechnungsreife Gebrauch machen kann.<sup>7</sup> Das Zurückbehaltungsrecht kann nur für künftige Vorauszahlungen geltend gemacht werden. Eine rückwirkende Inanspruchnahme für frühere Zeiträume, in denen der Mieter aus anderen Gründen seine Vorauszahlungen nicht entrichtet hat, scheidet aus.<sup>8</sup> Insoweit es als unselbstständiges Recht der Durchsetzung des Abrechnungsanspruches dient und somit Druckmittelcharakter entfalten soll, kann es auch nur an Betriebskostenvorauszahlungen ausgeübt werden.<sup>9</sup>

Wenn aber das Zurückbehaltungsrecht dem Mieter als Druckmittel dienen soll, um mit einem möglichen Abrechnungsguthaben nicht dem Belieben des Vermieters ausgesetzt zu sein, muss ein Zurückbehaltungsrecht an künftigen Vorauszahlungen dann ausscheiden, wenn der Mieter für den abzurechnenden Zeitraum seinerseits keine Vorauszahlungen gezahlt hatte.<sup>10</sup> Das aber kann dann nicht gelten, wenn der Grund hierfür ein Zurückbehaltungsrecht wegen früherer Abrechnungssäumnis des Vermieters war, da das Zurückbehaltungsrecht bei Vorliegen der betreffenden Abrechnung endet.<sup>11</sup> Da das finanzielle Interesse durch die Summe der Vorauszahlungen, über welche abgerechnet

5 Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 691.

6 BGH MDR 2007, 81 = NZM 2006, 639 = WuM 2006, 401; Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 692; a.A. (vertretbare Handlung) Langenberg in Schmidt-Futterer (Fn. 2), § 556 Rn. 284.

7 Schmid in MünchKomm-BGB (Fn. 1), § 556 Rn. 61; Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 615; Both in Herrlein/Kandelhard (Fn. 2), § 556 Rn. 119.

8 Both in Herrlein/Kandelhard (Fn. 2), § 556 Rn. 120.

9 Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 697; Schmid in MünchKomm-BGB (Fn. 1), § 556 Rn. 61; Langenberg in Schmidt-Futterer (Fn. 2), § 556 Rn. 284; zur teilweise vertretenen Ansicht der Erstreckung auf die gesamte Miete siehe Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 694 m.w.N.

10 Schmid in MünchKomm-BGB (Fn. 1), § 556 Rn. 61.

11 BGH NZM 2006, 533 = WuM 2006, 383; Langenberg in Schmidt-Futterer (Fn. 2), § 556 Rn. 284.

werden soll, beschränkt ist, stellt diese auch regelmäßig die Grenze der zurückzubehaltenden Vorauszahlungen dar.<sup>12</sup>

Der Bundesgerichtshof hält dieses Zurückbehaltungsrecht im laufenden Vertragsverhältnis für ein ausreichendes Druckmittel. Bei Fortdauer des Mietverhältnisses besteht kein Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung, denn der Mieter ist durch ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Vorauszahlungen hinreichend geschützt, wenn der Vermieter die abgelaufene Periode nicht fristgerecht abrechnet. Daher kommt ein Rückforderungsanspruch im laufenden Mietverhältnis nicht in Betracht.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechung findet auch auf das Gewerberaummietverhältnis Anwendung.<sup>14</sup>

## 2. Nach Beendigung des Mietverhältnisses

Tritt Abrechnungsreife für einen Abrechnungszeitraum nach Beendigung des Mietverhältnisses ein, fehlt dem Mieter das Druckmittel des Zurückbehaltungsrechtes, denn wenn er Zahlungen nicht mehr schuldet, kann er diese auch nicht zurückhalten.

Mit Urteil vom 9.3.2005<sup>15</sup> hat der Bundesgerichtshof dem Mieter das Recht zugebilligt, bei Beendigung des Mietverhältnisses geleistete Betriebskostenvorauszahlungen zurückzufordern, über die der Vermieter nicht abgerechnet hat. Dieses Urteil des Bundesgerichtshofs ermutigte die Praxis durchaus, dann, wenn der Mieter bei unterbliebenen Abrechnungen über Jahre hinweg ein Zurückbehaltungsrecht in Unkenntnis nicht ausgeübt hatte oder er durch diese das Mietverhältnis nicht belasten und eine Kündigung wegen Zahlungsverzuges nicht riskieren wollte, nach Beendigung des Mietverhältnisses nachträglich die Vorauszahlungen für all jene Jahre, für die der Vermieter in der Vergangenheit eine Betriebskostenabrechnung nicht erstellt hatte, zurückzufordern. Getragen wurde dies u.a. von den Erwägungen des KG,<sup>16</sup> wonach der Eintritt der Abrechnungsreife und die Beendigung des Mietverhältnisses die Fälligkeitsvoraussetzungen für den Rückforderungsanspruch des Mieters bildeten, so dass eine Fälligkeit desselben erst bei deren Vorliegen eintreten konnte. Hiernach käme es nicht darauf an, ob zu diesem Zeitpunkt betreffend die geleisteten Vorauszahlungen überhaupt noch ein durchsetzbarer Abrechnungsanspruch besteht.<sup>17</sup>

Diese Rechtsprechung schränkt der Bundesgerichtshof dahin ein, dass ein Bedürfnis zur ergänzenden Vertragsauslegung auch bei einem beendeten Mietverhältnis betreffend die Abrechnungsperioden, für die die Abrechnungsfrist noch während des laufenden Mietverhältnisses abgelaufen war, nicht besteht. Insoweit sei der Mieter nicht schutzbedürftig, denn er hatte während des Mietverhältnisses die Möglichkeit, die laufenden Vorauszahlungen einzubehalten und so auf den Vermieter Druck zur Erteilung der geschuldeten Abrechnung auszuüben.<sup>18</sup>

Eine ergänzende Vertragsauslegung – so der Bundesgerichtshof in seinem Urteil weiter – müsse erst recht für solche Abrechnungsperioden ausscheiden, für welche der Abrech-

12 KG GE 2002, 129; Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 696; Langenberg in Schmidt-Futterer (Fn. 2), § 556 Rn. 284; Both in Herrlein/Kandelhard (Fn. 2), § 556 Rn. 121 – allenfalls für ein Jahr.

13 BGH NJW 2006, 2552.

14 KG GE 2010, 200; OLG Düsseldorf MDR 2009, 1333.

15 BGH NJW 2005, 1499.

16 KG GE 2010, 764.

17 Vgl. auch Schmid in MünchKomm-BGB (Fn. 1), § 556 Rn. 63.

18 BGH NZM 2012, 832 = NJW 2012, 3508; ähnlich auch Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 705.

nungsanspruch des Mieters bereits verjährt ist. Anderenfalls würde ein verjährter und damit nicht mehr durchsetzbarer Abrechnungsanspruch nach Beendigung des Mietverhältnisses wieder aufleben. Das aber ist von einer ergänzenden Vertragsauslegung, die gerade den Zweck der Durchsetzung des Abrechnungsanspruches verfolgt, nicht mehr gedeckt.

### 3. Das Ungleichgewicht zu Lasten des Mieters

Das Urteil schränkt den Rückforderungsanspruch des Mieters gegenüber der praktischen Handhabung in jüngerer Zeit erheblich ein. Soweit er dabei zunächst diejenigen Vorauszahlungen für Abrechnungszeiträume ausnimmt, für welche auch der Anspruch auf Rechnungslegung wegen der eingetretenen Verjährung nicht mehr durchzusetzen ist, ist dies nur konsequent. Der Rückforderungsanspruch tritt im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bei Beendigung des Mietverhältnisses an die Stelle des bis dahin in Betracht kommenden Zurückbehaltungsrechtes als unselbstständiges Recht, welches vom Schicksal des Abrechnungsanspruches abhängig ist. Ist der Abrechnungsanspruch gegen den Vermieter wegen Eintritts der Verjährung nicht mehr durchsetzbar, verliert auch das Zurückbehaltungsrecht seine Rechtfertigung und kann nicht mehr erfolgreich ausgeübt werden. Die einbehaltenen Vorauszahlungen sind vielmehr auszukehren. Dem kann der Mieter nur durch eine auf Abrechnung und anschließende Zahlung gerichtete Stufenklage entgegenwirken.

Fragwürdig erscheint es hingegen, wenn dem Mieter für solche Vorauszahlungen ein Rückforderungsrecht abgesprochen wird, für welche er noch im laufenden Mietverhältnis ein Zurückbehaltungsrecht hätte ausüben können, hiervon aber keinen Gebrauch gemacht hat. Insoweit fehlt es bereits an einer Schutzwürdigkeit des Vermieters, denn er kann sich durch Erstellung entsprechender Betriebskostenabrechnungen die so eingeforderten Vorauszahlungen zurückholen bzw. ihre Auskehrung abwenden. Das gilt selbst dann, wenn eine entsprechende Zahlungsklage des Mieters bereits in Rechtskraft erwachsen ist.<sup>19</sup> Allein derjenige Vermieter, der sich deshalb zur Betriebskostenabrechnung nicht mehr in der Lage sieht, weil er sich der Abrechnungsunterlagen entledigt hat, wäre ohne die Einschränkung des VIII. Senates des Bundesgerichtshofs benachteiligt, wobei er dies in der Regel selbst zu vertreten haben wird. Der Mieter aber, der in der Vergangenheit nicht davon ausgegangen ist, dass mit Blick auf die BGH-Entscheidung vom 29.3.2005<sup>20</sup> die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes erforderlich gewesen ist, wird wieder auf den Weg der Rechnungslegungs- und Zahlungsstufenklage verwiesen, von dem der Bundesgerichtshof den Mieter ursprünglich durch die Zubilligung eines stärkeren und effizienteren Druckmittels, welches nach § 242 BGB auch der allein zumutbare Weg sei, entbinden wollte. Der Mieter wird also in seinen Rechten beschnitten, während der Vermieter auf diesen Eingriff nicht angewiesen ist. Im Gegenteil: Der vertragsuntreue Vermieter wird unter dem Deckmantel von Treu und Glauben geschützt, während der Mieter, der sich allein auf das Anmahnen einer Abrechnung begrenzt hat, weil er entweder das Mietverhältnis nicht unnötig belasten oder aber eine unbegründete fristlose Kündigung wegen angeblichen Zahlungsverzuges nicht provozieren wollte, bestraft wird.

19 Lützenkirchen (Fn. 3), § 556 Rn. 707.

20 BGH NJW 2005, 1499.

### C. Quoten- und Renovierungsklauseln

#### 1. Richterliche Irrung und bürgerliche Verwirrung

Seit etwa zehn Jahren reibt sich der VIII. Senat des Bundesgerichtshofs mühevoll an Klauseln, mit denen dem Mieter die Schönheitsreparaturen auferlegt werden sollen. Hierzu nämlich bedarf es einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung, ist doch sonst der Vermieter in der Pflicht, die Mietsache im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nach und nach reihte er Grundsatz an Grundsatz, und so hätte man meinen können, das Puzzle hätte seine endgültige Fassung angenommen. Doch weit gefehlt.

Mit einem Hinweisbeschluss hat der VIII. Senat des Bundesgerichtshofs die Ruhe der Vertragsparteien deutlich aus der Bahn geworfen. Mit dem Hinweisbeschluss vom 22.1.2013<sup>21</sup> hat er es in Frage gestellt, ob sowohl Quotenabgeltungsklauseln als auch Renovierungsklauseln selbst dann, wenn sie an weiche Fristen gekoppelt werden, Wirksamkeit entfalten können, wenn nicht sichergestellt ist, dass die Wohnung bei Übergabe frisch renoviert war, müsste doch sonst der Mieter die Renovierungsmängel seines Vermieters schultern. Dabei hat er überdies in Frage gestellt, ob eine Quotenklausel überhaupt hinreichend weich gefasst werden kann.

#### 2. Was nun?

In Anbetracht der offen zu Tage getretenen höchstrichterlichen Bedenken weiß die Vertragspraxis, die es immer noch versuchen will, dem Mieter die Schönheitsreparaturen aufzuladen, weil er ohnehin im laufenden Mietverhältnis die Gestaltungsfreiheit inne hat, nicht, wie dieses wirksam erfolgen soll. Mieter und Vermieter stehen vor einer unsicheren Rechtslage, so dass beide das Risiko erwartet, sich gegen die Ansprüche des jeweils anderen zu wehren. So bleibt die Frage, ob man einen nicht zu Ende gedachten Hinweisbeschluss wirklich veröffentlichen muss.

Die Idee, dass der Vermieter vom Mietpreis abgelassen habe, um die Renovierungsübernahme des Mieters zu prämiieren, ist jedenfalls klassische Utopie.<sup>22</sup> Da aber die Parteien dem Bundesgerichtshof keine Chance zur endgültigen Klärung dieser Frage gegeben haben, stehen künftige Streiter vor der Herausforderung, unnötig Gerichtskosten verauslagen zu müssen.

### D. Das Minderungsrisiko des Mieters

Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis von jeder Vertragspartei aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehrere Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB).

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, im Rahmen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB sei be-

21 BGH WuM 2014, 135 = GE 2014, 245.

22 Vgl. Langenberg, NZM 2014, 199.

züglich des Verschuldens ein milderer Maßstab anzuwenden, insbesondere im Falle eines Rechtsirrtums des Mieters. Der Streit über das Minderungsrecht müsse in diesen Fällen im Wege der Leistungsklage über die nicht gezahlten Mieten ausgetragen werden. Andernfalls könne allein der Druck einer fristlosen Kündigung den Mieter zu einem Verzicht auf seine Rechte aus § 536 BGB bewegen. Erst wenn der Vermieter vom Gericht erfahre, dass sein Minderungsrecht nicht bestehe, entfalle der Entschuldigungsgrund und könne Verzug eintreten.<sup>23</sup>

An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind strenge Anforderungen zu stellen. Somit besteht kein Grund, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen milderen Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Der Mieter gerät bereits in Verzug, wenn er die Miete fahrlässig mindert. Dies ist der Fall, wenn er die Miete unangemessen hoch mindert. Ebenso ist er mit einem Verschulden belastet, wenn die Gründe des Mangels nicht in der Sphäre des Vermieters liegen. Dies muss der Mieter vor einer Minderung abwägen – ggf. mit sachverständiger Hilfe. Er ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs durch die Möglichkeit, die Miete zunächst unter Vorbehalt zu zahlen und dann sein Minderungsrecht gerichtlich feststellen zu lassen, ausreichend geschützt.<sup>24</sup> Hieraus folgt also, dass der Mieter einen Mangel zumindest nach der Symptomtheorie vortragen muss. Somit muss er sich erst einmal darum kümmern, woher die Beeinträchtigungen der Mietsache rühren. Dies mag auf den ersten Blick für den Mieter unbillig erscheinen, entspricht aber den allgemeinen Grundsätzen der Vortrags- und Beweislast, denn der Mieter macht geltend, nicht zu mehr an Leistung verpflichtet zu sein.

### *E. Der Briefkasten und die Kündigung*

Besteht ein Mietverhältnis über Wohnraum, kann der Vermieter dieses nur kündigen, wenn einer der Kündigungsgründe des § 573 BGB vorliegt. Ein solcher liegt dann gemäß § 573 Abs. 1 BGB vor, wenn das Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses dem Interesse des Mieters, in der Wohnung zu verbleiben, überwiegt. Ein Regelfall des vermierterlichen Interessenübergewichtes liegt gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, wenn der Mieter seine Vertragspflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt. Eine solche Vertragspflichtverletzung wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angenommen, wenn eine gewerbliche Nutzung vertragswidrig erfolgt, weil sie in einem Wohnraummietvertrag nicht erlaubt worden ist.<sup>25</sup> Bei geschäftlichen Aktivitäten freiberuflicher oder gewerblicher Art, die nach außen in Erscheinung treten, liegt eine Nutzung vor, die der Vermieter einer Wohnung ohne entsprechende Vereinbarung grundsätzlich nicht dulden muss.<sup>26</sup> Nur in Ausnahmefällen kann für den Mieter aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ein Anspruch auf Gestattung der gewerblichen Nutzung bestehen.

In seinem Beschluss vom 31.7.2013<sup>27</sup> hat der Bundesgerichtshof einen solchen Ausnahmefall jedenfalls verneint. In diesem Fall führte der Mieter einen Gewerbebetrieb, der

23 Blank in Schmidt-Futterer (Fn. 2), § 543 BGB Rn. 103 ff.; vgl. Kokemüller, WuM 1999, 201, 202 ff.; LG Berlin, GE 2007, 1486; vgl. auch LG Frankfurt am Main, NJW-RR 2004, 123.

24 BGH NZM 2012, 637.

25 BGH NJW 2009, 3157; BGH NJW 2013, 1806; BGH WuM 2013, 554.

26 BGH NJW 2009, 3157; BGH WuM 2013, 554.

27 BGH WuM 2013, 554.

einen Hausmeisterservice, die De- und Remontage von Aufzugsanlagen und Schwertransporten innerhalb von Gebäuden, Montage von Aufzugsanlagen und Bau von Montagerüstung zum Gegenstand hatte. Diesen Gewerbebetrieb meldete er unter der Adresse an, unter der er ein Einfamilienhaus ausschließlich zu Wohnzwecken angemietet hatte. Ebenso verwendete er diese Adresse im Geschäftsverkehr gegenüber seinen Kunden. Für unbeachtlich hielt es der Senat, dass der Beklagte meinte, bislang nicht störend in Erscheinung getreten zu sein. Er hatte vorgetragen – wobei aus dem Beschluss nicht ersichtlich ist, ob dies unbestritten geblieben ist –, dass er in dem Haus keinen Besuch von Geschäftskunden oder Mitarbeitern empfangen und auch seine Fahrzeuge und Geräte an einem anderen Ort auf einem hierfür extra angemieteten Platz abstellte. Im vorliegenden Fall dürfte erschwerend hinzugetreten sein, dass der Mieter sein Verhalten auch nach Abmahnung durch den Vermieter nicht änderte. Die Anforderungen für die Annahme einer tatsächlichen gewerblichen Nutzung werden vom Bundesgerichtshof allerdings sehr niedrig angesetzt.

Wenn man nun beachtet, dass § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine nicht unerhebliche Vertragspflichtverletzung verlangt, der also ein entsprechendes Gewicht zukommen muss<sup>28</sup> und die eine schuldhaftige Vertragsverfehlung verlangt,<sup>29</sup> vermag es nicht einzuleuchten, dass die Nutzung auch des Briefkastens für die gewerbliche Tätigkeit des Mieters einen solchen Eingriff in das Vertragsverhältnis bereits rechtfertigen soll. Das Schutzinteresse des Vermieters ist darauf gerichtet, die vom Vertragszweck abweichende gewöhnliche Abnutzung des Mietobjektes einzuschränken und Streitigkeiten mit anderen Mietern wegen deren Beeinträchtigungen zu vermeiden. Beides wird durch den Einwurf einiger Briefe nicht aktiviert. Das Interesse des Mieters, die Wohnräume fortan zu nutzen, wird in einer unverhältnismäßigen Form beschränkt. Im Ergebnis kann man hierin nur eine unverhältnismäßige Benachteiligung des Mieters sehen, die mit der besonderen Schutzstellung des Wohnraums nicht vereinbar ist. Das Gesetz hat sicherlich einen Keuleneinsatz bei Bagatelverletzungen nicht gemeint. Die oftmaligen Irrwege der Rechtsprechung sind hier greifbar.

28 Blank in Schmidt-Futterer (Fn. 2), § 573 Rn. 13.

29 Blank in Schmidt-Futterer (Fn. 2), § 573 Rn. 20.