

Herausgeber: **Norbert Eisenschmid, RA**

Erscheinungsdatum:  
05.10.2017

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

Bezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.

**20/2017**

**Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Fristlose Kündigung wegen öffentlich-rechtlicher Unzulässigkeit einer Souterrainwohnung und nach Mietbeginn auftretenden Feuchtigkeitserscheinungen?**  
Anmerkung zu AG Hamburg-Wandsbek, Urteil vom 26.07.2016, 715 C 109/16 von Norbert Eisenschmid, RA
- Anm. 2** **Wirksamkeit der Hamburger MietpreisbegrenzungsVO aufgrund nachträglicher Veröffentlichung der Begründung der Senatsvorlage**  
Anmerkung zu AG Hamburg-St. Georg, Urteil vom 22.06.2017, 913 C 2/17 von Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus, RiAG, Universität Bielefeld
- Anm. 3** **Gewerberaummiete: Fehlende Identität zwischen Vermieter und Veräußerer bei Grundstücksveräußerung**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.07.2017, XII ZR 26/16 von Prof. Dr. Siegbert Lammel
- Anm. 4** **Zulassung der Revision bei Vereinbarung eines "Zuschlags Schönheitsreparaturen"**  
Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30.05.2017, VIII ZR 31/17 von Simone Bueb, RA'in
- Anm. 5** **Kein Rechtsschutzbedürfnis für Nachbesserungsverlangen gemäß § 802c ZPO bei Leistung der Unterkunftskosten durch Sozialleistungsträger**  
Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 29.03.2017, I ZB 62/16 von Claudia Theesfeld, Ass. jur.
- Anm. 6** **Abreden zum Baukostenzuschuss**  
Anmerkung zu AG Dortmund, Urteil vom 29.08.2017, 425 C 7634/16 von Wolfgang Dötsch, RiOLG

**Zitiervorschlag:** Eisenschmid, jurisPR-MietR 20/2017 Anm. 1  
**ISSN 1860-157X**

## 1

## **Fristlose Kündigung wegen öffentlich-rechtlicher Unzulässigkeit einer Souterrainwohnung und nach Mietbeginn auftretenden Feuchtigkeitserscheinungen?**

### **Leitsätze:**

**1. Auch wenn Wohnungen in Kellerräumen nach der Landesbauordnung unzulässig sind, schlägt dies nicht auf den Mietvertrag durch und begründet auch keinen Mietmangel, solange behördlich keine Nutzungsuntersagung angedroht oder verfügt wurde.**

**2. Treten direkt nach Mietbeginn Feuchtigkeitserscheinungen in der Wohnung auf und reagiert der Vermieter sofort nach der Mängelanzeige, darf der Mieter nicht ohne vorherige Fristsetzung und Zutrittsgewährung zur Wohnung fristlos kündigen.**

Anmerkung zu AG Hamburg-Wandsbek, Urteil vom 26.07.2016, 715 C 109/16

von **Norbert Eisenschmid**, RA

### **A. Problemstellung**

Ist die vermietete Souterrainwohnung kündbar, weil die Landesbauordnung Wohnraum in Kellergeschossen für unzulässig erklärt? Welche Anforderungen sind einzuhalten, wenn der Mieter von einer Fristsetzung zur Beseitigung eines Mangels zwecks sofortiger fristloser Kündigung absieht?

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Kläger schlossen Ende Juli 2015 mit der Beklagten als Vermieterin einen Wohnraummietvertrag über im Souterrain belegene Räumlichkeiten. Mietbeginn war der 15.08.2015. Die monatliche Miete betrug 811 Euro. Die Kläger leisteten eine Mietsicherheit in bar i.H.v. 1.788 Euro. Die Parteien schlossen die ordentliche Kündigung für beide Parteien vor dem 15.08.2016 aus.

Innerhalb von zwei Wochen nach Mietbeginn zeigten sich in den Wohnzimmerecken oberhalb der Fußleisten dunkle Flecken und die Wohnung fühlte sich feucht an. Die Luftfeuchtigkeit betrug etwa 80%. Die Kläger informierten die Beklagte am 02.09.2015 über die Feuchtigkeitserscheinungen. Noch am selben Tag nahm der Ehemann der Beklagten die Wohnung in Augenschein und vereinbarte daraufhin mit zwei Baufirmen für den 04.09.2015 einen Ortstermin. Am Morgen des 03.09.2015 benachrichtigte er die Kläger über die Termine und bat sie, den Mitarbeitern der Firmen Zutritt zu gewähren. Die an diesem Tag von den Klägern gefertigte fristlose Kündigung zum 15.09.2016 nahm der Ehemann der Beklagten nicht entgegen, worauf die Erklärung per Post übersendet wurde. Die beauftragten Baufirmen erhielten am folgenden Tag keinen Zutritt.

Wenige Tage später ließen die Kläger die Wohnung durch einen Sachverständigen begutachten. Die Kläger räumten die Wohnung bis zum 15.09.2015 und gaben anschließend die Schlüssel zurück. Erst danach konnte eine Inaugenscheinnahme der Örtlichkeiten durch die von der Beklagten beauftragten Fachbetriebe erfolgen.

Mit der Klage verlangen sie Rückzahlung der hälftigen Septembermiete, der für Oktober bezahlten Miete sowie der Mietkaution. Sie sind der Auffassung, dass ihre Kündigung das Mietverhältnis zum 15.09.2015 beendet habe. Der wichtige Grund für die Kündigung liege darin, dass Kellerräume vermietet worden seien, die als Wohnräume weder geeignet noch zulässig gewesen seien und starke Feuchtigkeits- und Schimmelbildung in gesundheitsgefährdendem Ausmaß vorgelegen habe. Ein kurzfristiges Abstellen der Mängel sei wegen der unzureichenden Isolierung nicht möglich gewesen.

Das AG Hamburg-Wandsbek hat die Klage abgewiesen.

Es ist der Argumentation der Kläger nicht gefolgt. Durch die Kündigung sei das Mietverhältnis nicht gemäß § 543 BGB beendet worden, da ein wichtiger Grund nicht vorgelegen habe und auf eine angemessene Frist zu Beseitigung nicht habe verzichtet werden können.

Ein wichtiger Grund zur Kündigung sei insbesondere nicht darin zu sehen, dass es sich bei den Mieträumen um Kellerräume handele. Nach § 45 V HBauO sind zwar Wohnungen in Kellergeschossen unzulässig. Die Wohnnutzung sei aber „nur“ öffentlich-rechtlich unzulässig, beschränke aber nicht die Privatautonomie. Das öffentlich-rechtliche Verbot wirke sich auf die konkrete Beschaffenheit der Mietsache und ihre Nutzbarkeit nicht aus. Anders wäre es nur, wenn behördlich eine Nutzungsuntersagung angeordnet wäre oder diese unmittelbar bevorstünde.

Mangelhaft sei die Wohnung aber wegen der im Bereich der Außenwand aufgetretenen Feuchtigkeit und des Schimmels. In diesem Fall bestimme § 543 Abs. 3 BGB, dass die Kündigung u.a. erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist zulässig sei. Dass dies nicht möglich gewesen sei, haben die Kläger nicht dargelegt. Vielmehr haben sie ihren Willen zur sofortigen Mangelbeseitigung dadurch dokumentiert, dass der Ehemann die Örtlichkeiten sofort nach Mängelanzeige in Augenschein genommen und ganz kurzfristig mit Fachfirmen Termine zur Bestandsaufnahme und ggf. Auftragserteilung organisiert habe.

Die sofortige Kündigung sei auch nicht aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt gewesen. Die von den Klägern festgestellte Bildung von dunklen Flecken an der Wohnzimmerwand über der Fußleiste seien vom Ausmaß her nicht beschrieben worden. Soweit das Ausmaß als erschreckend dargestellt wurde, ermögliche diese Darlegung keine sachliche Beurteilung. Relevante und vor allem konkrete Gesundheitsbeeinträchtigungen durch das Klima in der Wohnung seien ebenfalls nicht vorgetragen worden. Selbst wenn es nicht ausgeschlossen gewesen sei, dass eine dauerhafte Mangelfreiheit aufgrund der baulichen Beschaffenheit auch bei Vornahme von Mängelbeseitigungsarbeiten nicht hergestellt werden können, wäre die Setzung einer – wenn auch recht kurzen – Frist zur Herstellung der Mangelfreiheit erforderlich gewesen. Es habe keine Veranlassung bestanden, einen Versuch der Herstellung der Mangelfreiheit nicht zuzulassen.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des AG Hamburg-Wandsbek ist richtig. Das Gericht hat eine sachgerechte Entscheidung zu den Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nach § 543 BGB getroffen. Die Feuchtigkeitsflecken sowie die hohe Luftfeuchtigkeit in den Räumen stellen zwar zweifellos einen Mangel der Mietsache dar, der bei Anmietung und Übergabe der Räumlichkeiten auch nicht zu erkennen war. Da die Feuchtigkeitsflecken erst im Laufe des Mietverhältnisses entstanden, konnte insoweit bei Anmietung kein Verdacht geschöpft werden. Die hohe Luftfeuchtigkeit in den Räumen – auch wenn sie schon bei der Besichtigung vorlag – führt nicht zur Kenntnis der Mieter. Kein Mieter nimmt die Besichtigung der Mieträume mit einem Hygrometer vor. Im Übrigen ist er dazu auch nicht verpflichtet. Die Überprüfung mit einem Hygrometer als anlasslose Präventivmaßnahme kann dem Mieter noch nicht einmal im laufenden Mietverhältnis zugemutet werden (LG Hamburg, Urt. v. 12.06.1987 - 11 S 341/86; einschränkend AG Marburg, Urt. v. 20.12.1996 - 9 C 934/95).

Gemäß § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB kann die außerordentliche fristlose Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt sein. Einer angemessenen Fristsetzung bedarf es für diesen Fall nicht. Die Beweislast für diese Voraussetzungen trägt der Mieter, der sich auf die fristlose Kündigung des § 543 BGB beruft und den Sonderatbestand in § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB für sich nutzbar machen will (BGH, Urt. v. 18.04.2007 - VIII ZR 182/06; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 543 BGB Rn. 34). Im Regelfall kommt eine fristlose Kündigung ohne angemessene Fristsetzung nur in besonders schwerwiegenden Fällen in Betracht, z.B. wenn der Mieter den Vermieter bereits mehrmals vergeblich zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat (LG Stuttgart, Urt. v. 15.12.1997 - 27 O 452/97; LG Landshut, Urt. v. 18.12.1985 - 1 S 1222/85). Denkbar ist auch, wie der Kläger im vorliegenden Fall vorgetragen hat, dass ein kurzfristiges Abstellen der Mängel wegen der vorzunehmenden Arbeiten nicht möglich ist und somit die zu erwartenden langen Bauarbeiten zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses führen. Im Rahmen des Wohnungsmietverhältnisses ist hierzu lediglich eine gerichtliche Entscheidung zur Vorgängervorschrift des § 542 BGB a.F. be-

kannt (LG Stuttgart, Urt. v. 15.12.1997 - 27 O 452/97; AG Darmstadt, Urt. v. 12.09.1979 - 34 C 4245/78), ebenso zum gewerblichen Mietverhältnis (OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.01.1993 - 10 U 88/92). Das OLG Bremen hat die Unzumutbarkeit einer Abhilfe gemäß § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB bejaht, weil der Vermieter das Vertrauensverhältnis zum Mieter zerstört hatte (OLG Bremen, Urt. v. 05.12.2007 - 1 U 65/07).

Zu Recht hat das AG Hamburg-Wandsbek das Vorliegen eines Mangels wegen eines Verstoßes gegen § 45 Abs. 5 HBauO abgelehnt. Nach dieser Vorschrift sind Wohnungen in Kellergeschossen unzulässig. An dieser Stelle könnte man schon die Frage diskutieren, ob einen Souterrain vergleichbar ist mit einem Kellergeschoss. Gemeinsam ist beiden, dass ihre Böden unterhalb des Straßenniveaus liegen, wobei jedoch das Souterraingeschoss in der Regel höher liegt und daher für Ausbauten und Modernisierungen zu Wohnraum besonders geeignet ist. Indessen spielt dies hier keine Rolle, da die Hamburger Bauordnung hier keine Differenzierung vornimmt und die Begriffe Souterrain sowie Kellergeschoss synonym gebraucht werden und im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis führen. Die Wohnflächenverordnung spielt in diesem Zusammenhang ebenfalls keine Rolle, wenn auch gemäß § 2 Abs. 3 Ziff. 2 Räume nicht zur Wohnfläche gehören, die nicht den an ihre Nutzung zu stellenden Anforderungen des Bauordnungsrecht der Länder genügen. Dies könnte man jedenfalls als starkes Indiz dafür werten, dass derartige Räumlichkeiten auch vom Gesetzgeber nicht als vermieteter Wohnraum angesehen werden.

Da die Ermittlung und Berechnung der Wohnfläche aber der freien Parteivereinbarung zugänglich ist, hat der Mieter bei Anmietung der Souterrain Wohnung die Fläche als Wohnfläche akzeptiert. Dies entspricht auch der inzwischen herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 29.09.2009 - VIII ZR 242/08; BGH, Urt. v. 16.12.2009 - VIII ZR 39/09; BGH, Urt. v. 23.06.2010 - VIII ZR 256/09; vgl. nur Börstinghaus, Flächenabweichung in der Wohnraummiete, Rn. 126f. m.w.N.), die daher auch einen Mangel wegen der Eigenschaft als Souterrainwohnung grundsätzlich ablehnt. Im Übrigen hat sich das Gericht auch an der Entscheidung des BGH orientiert, wonach eine Wertung als mangelfrei nur dann zulässig ist, wenn die Behörde den öffentlich-rechtlichen Verstoß rügt

und die Nutzung untersagt bzw. eine Untersagung angedroht hat. Dann kann die baurechtswidrige Fläche nicht mehr zur Wohnfläche zählen und erweist sich als gewährleistungsrechtlich relevanter Mangel (BGH, Urt. v. 16.09.2009 - VIII ZR 275/08).

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die fristlose Kündigung ist im Regelfall sehr risikoreich und kann – unbedacht ausgesprochen – sich schnell als Bumerang erweisen. Insbesondere dort, wo Wertungs- und Abwägungsfragen eine maßgebliche Rolle spielen, sollte die Partei zur Schadensminimierung den Weg der Einigung suchen. Ist dies nicht möglich, müssen wenigstens die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung umfassend und detailliert unter Beachtung der Darlegungs- und Beweislast vorgebracht werden.

## 2

### Wirksamkeit der Hamburger MietpreisbegrenzungsVO aufgrund nachträglicher Veröffentlichung der Begründung der Senatsvorlage

#### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**In Hamburg gilt die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete gemäß § 556d ff. BGB, da die Hamburger Mietpreisbegrenzungsverordnung vom 23.06.2015 (HmbGVBl. 2015, 122) zumindest jetzt wirksam ist, nachdem die Begründung der Senatsvorlage nunmehr im Internet veröffentlicht wurde.**

Anmerkung zu AG Hamburg-St. Georg, Urteil vom 22.06.2017, 913 C 2/17

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

#### A. Problemstellung

Der Bundesgesetzgeber hat in der letzten Legislaturperiode im Mietrecht ein politisch äußerst umstrittenes Gesetzgebungsvorhaben umgesetzt, nämlich die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete in angespannten Wohnungs-

märkten (sog. Mitpreisbremse). Die Regelungen waren schon im Gesetzgebungsverfahren sehr strittig, da mit diesen Vorschriften erstmals in der Bundesrepublik Deutschland eine neue Phase der Mietbegrenzung eingeführt wurde, die teilweise an frühere Wohnraumbewirtschaftungsvorschriften erinnert (hierzu jetzt sehr umfassend: Schuldt, Mietpreisbremse – Eine juristisch und ökonomische Untersuchung der Preisregulierung für preisfreien Wohnraum, Diss. Potsdam, 2016 – erschienen im Nomos-Verlag).

Die Regelungen stellen einen Eingriff in das geschützte Eigentum des Vermieters gemäß Art. 14 GG und Art. 1 des Zusatzprotokolls (ZP) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 04.11.1950 dar (dazu Börstinghaus/Thiede NZM 2016, 489). Der Bundesgesetzgeber hat versucht dem in zweifacher Hinsicht Rechnung zu tragen, nämlich durch einen – Vergleich zur gleichlautenden Regelung in § 558 Abs. 3 Satz 4, 6 BGB – strengen Kriterienkatalog, unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde in eine entsprechende Landesverordnung aufgenommen werden darf und zusätzlich durch Aufnahme einer Begründungspflicht für die Aufnahme einer Gemeinde in § 556d Abs. 2 Satz 6 BGB. Und über den Umfang dieser Begründungspflicht ist in jüngster Zeit Streit entbrannt.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Nachdem zunächst das AG Hamburg-Altona mit Urteil vom 23.05.2017 (316 C 380/16) die Mietpreisbegrenzungsverordnung für Hamburg und das AG München mit Urteil vom 21.06.2017 (414 C 26570/16 m. Anm. Börstinghaus, jurisPR-MietR 14/2017 Anm. 4) die Mieterschutzverordnung der Bayerischen Staatsregierung vom 10.11.2015 (MiSchuV, GVBL 2015, 398) im jeweiligen Verfahren für unwirksam erklärt hatten, hat das AG Hamburg-St. Georg in der vorliegenden Entscheidung nunmehr genau andersherum entschieden.

Im konkreten Verfahren verlangte der Mieter Rückzahlung vermeintlich gemäß § 556g Abs. 1 BGB unwirksamer Mietbestandteile. In Hamburg hatte der Senat gleich nach Verkündung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes vom 21.05.2015 (BGBl I 2015, 610; dazu Börstinghaus NJW 2015, 1553) am 23.06.2015 eine ent-

sprechende MietpreisbegrenzungsVO beschlossen. Zeitgleich hat der Senat die Bürgerschaft über den Erlass der Verordnung informiert (Bürgerschaft-Drs. 21/860). In dieser öffentlichen Drucksache heißt es: „Die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu *angemessenen Bedingungen ist in Hamburg nach den Feststellungen des Senats besonders gefährdet. Dies gilt für den gesamten Zeitraum der Geltungsdauer der Verordnung. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung sind für das gesamte Stadtgebiet von Hamburg erfüllt.*“ Dass diese keine den Anforderungen des § 556d Abs. 2 Satz 6 BGB genügende Begründung ist liegt auf der Hand und ist vom AG Hamburg-Altona (Urt. v. 23.05.2017 - 316 C 380/16) auch so ausgeurteilt worden. Das AG Hamburg-St. Georg hat dies wohl in der vorliegenden Entscheidung auch so gesehen.

Bereits das AG Hamburg-Altona hatte aber erwähnt, dass es wohl eine längere Begründung für die Verordnung geben würde. Nach seiner Ansicht war diese aber nicht ausreichend, weil sie in einer nicht öffentlichen Senatsdrucksache enthalten war. Und genau aufgrund dieser Begründung hat das AG Hamburg-St. Georg in der vorliegenden Entscheidung die Hamburger Mietpreisbegrenzungsverordnung für wirksam, da ausreichend begründet angesehen. Diese Begründung könne zumindest zum Zeitpunkt der Entscheidung des AG Hamburg-St. Georg auf der Internetseite des Offiziellen Stadtportals für Hamburg unter <http://www.hamburg.de/mietenspiegel/4606594/mietpreisbremse/> heruntergeladen werden.

Es handelt sich dabei nach dem Einleitungssatz um die „Begründung, mit der der Senat die Mietpreisbegrenzungsverordnung vom 22.06.2015 beschlossen hat“. Die Begründung soll Teil einer Senatsdrucksache sein. Auf ca. 22 Seiten werden in diesem Text die Einschätzungen der zuständigen Fachbehörde für Stadtentwicklung und Wohnen zum Mietniveau und der Mietentwicklung im Einzelnen unter Berücksichtigung der Entwicklung der Angebotsmieten in den Jahren 2007 bis 2014 in Hamburg, im Städtevergleich und in Hamburger Teilmärkten und der Mietpreisspiegelmieten aufgeführt. Zusammenfassend wird festgestellt, dass diese in Hamburg bezogen auf die Entwicklung bis zum Jahr 2014 im bundesdeutschen Vergleich überdurchschnittlich hoch waren bzw. sind. Weiter wird eine überdurchschnittliche Mietbelastung

der Hamburger Haushalte im Vergleich zum bundesweiten Durchschnitt festgestellt, das Bevölkerungswachstum der Stadt im Vergleich zur Neubautätigkeit in Hamburg untersucht und die geringe Leerstandsquote sowie die große Nachfrage nach Wohnraum in Hamburg im bundesweiten Vergleich herausgestellt und die Situation hilfebedürftiger Haushalte sowie der Sozialwohnungsbestand in Hamburg dargestellt. Anschließend wird im Rahmen einer Gebietsbetrachtung für die angespannte Wohnungsmarktlage in Hamburg die angespannte Wohnlage für ganz Hamburg und nicht nur für einzelne Teilgebiete konstatiert. Auch mit Geltungsbereich und Geltungsdauer der Verordnung setzt sich die Begründung ausführlich auseinander.

Diese Begründung reicht dem AG Hamburg-St. Georg aus, so dass es von der Wirksamkeit der Hamburger Verordnung ausgeht und anhand des Hamburger Mietspiegels die maximal zulässige Miete ermittelt.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung wirft drei Folgefragen auf.

#### **I. Anforderungen an die Begründung**

Das Gesetz enthält nur rudimentäre Anforderungen an die Begründung. Aus der Begründung soll sich ergeben müssen, aufgrund welcher Tatsachen ein Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt im Einzelfall vorliegt. Nicht ausreichend ist die Angabe der Motive, warum eine Landesregierung eine bestimmte Gemeinde aufgenommen hat und eine andere nicht. Die Begründungspflicht soll nach den Gesetzgebungsmaterialien insbesondere dem Zweck dienen, die Entscheidungen der Landesregierungen, eine entsprechende Rechtsverordnung zu erlassen, nachvollziehbar zu machen. Anhand der Tatsachen muss also nachvollzogen werden können, ob unter Zugrundelegung der Begründung die Entscheidung der Landesregierung nachvollzogen werden kann. Ob ein angespannter Wohnungsmarkt gegeben ist, entscheidet die jeweilige Landesregierung, der insofern ein weites Ermessen zuzubilligen ist. Der Bundesgesetzgeber kann den Landesregierungen durchaus Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume einräumen, die der Rechtskontrolle durch die Fachge-

richte entzogen sind. Die Länder haben dabei einen weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum (BGH, Urt. v. 04.11.2015 - VIII ZR 217/14 - NZM 2016, 82 m. Anm. Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 3). Die Begründungspflicht ist im Zusammenhang mit der Grundrechtsrelevanz der Rechtsverordnung zu sehen. Die Beschränkung der Wiedervermietungsmitte ist ein Eingriff in das von Art. 14 GG geschützte Eigentumsrecht des Vermieters. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit setzt voraus, dass der Eingriff verhältnismäßig ist. Dazu muss er zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Um das überprüfen zu können muss der Verordnungsgeber die relevanten Tatsachen umfassend ermittelt haben.

Das alles kann nur bei einer Verordnung, die öffentlich zugänglich ist, überprüft werden. Deshalb sind alle der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Begründungen unerheblich, wie z.B. in Hessen, wo die Verordnungsbegründung auch auf Nachfrage nicht veröffentlicht wird.

#### **II. Zeitpunkt der Begründung**

Wenn man davon ausgeht, dass die jetzt vorliegende Begründung in Hamburg inhaltlich den Anforderungen an eine Begründung genügt – wofür sehr viel spricht –, dann stellt sich die Frage, ob die nachträgliche Veröffentlichung einer Begründung einen eventuell zuvor bestehenden Begründungsmangel rückwirkend heilen kann. Wann die Begründung aus der ursprünglich nicht öffentlichen Senatsdrucksache tatsächlich veröffentlicht wurde ist hier nicht bekannt. Der Verfasser hat im März 2016 alle Landesregierungen angeschrieben, die bis zu diesem Termin eine Mietpreisbremseverordnung veröffentlicht hatten. Aus Hamburg war damals nur die Antwort gekommen, dass die zuständige Fachbehörde für die Verordnung über die Einführung einer Mietpreisbegrenzung nach § 556d BGB die Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen sei. Eine Begründung ist mir nicht zur Verfügung gestellt worden, auch auf die Internetseite wurde ich nicht verwiesen. Deshalb ist im Beitrag Börstinghaus/Thiede, NZM 2016, 489, 497 für Hamburg auch kein Hinweis auf eine Begründung aufgenommen worden. Es spricht deshalb einiges dafür, dass die Begründung damals, also ca. neun Monate nach Inkrafttreten der Landesverordnung, auch nicht veröffentlicht war und erst aufgrund der Medienaufmerksamkeit nach Bekanntwerden des

Urteils des AG Hamburg-Altona veröffentlicht wurde. Überprüft hat der Verfasser das aber nicht weiter.

Die Begründung der Verordnung ist ausnahmsweise Wirksamkeitsvoraussetzung. Art. 80 GG sieht eine derartige Begründungspflicht für Rechtsverordnungen nicht ausdrücklich vor. Die wohl h.M. geht davon aus, dass eine derartige Begründungspflicht sich aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen weder für Gesetze, noch für Rechtsverordnungen herleiten lasse (Überblick bei Remmert in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80 Rn. 131). Der Gesetzgeber hat aber in § 556d Abs. 2 Satz 6 BGB für diese Art von Verordnungen ausdrücklich eine Begründungspflicht vorgesehen. Leidet die Rechtsverordnung in einem solchen Fall an einem Begründungsmangel, dann ist sie rechtswidrig und damit unwirksam. Eine - nachträgliche - Heilung eines solchen Begründungsmangels ist m.E. nicht möglich. Es würde sich ja um eine Rückwirkung der Verordnung handeln, Mietpreisabreden, die erst wirksam waren, weil es keine wirksame Verordnung gab, würden nachträglich teilunwirksam. Für das Verwaltungsrecht hat der Gesetzgeber in den §§ 45, 46 VwVfG eine eigene Regelung geschaffen. In den dort genannten Fällen kann die fehlende Begründung eines Verwaltungsakts nachträglich erfolgen. Eine solche Regelung gibt es aber für Rechtsverordnungen nicht. Verwaltungsakte und Rechtsverordnungen haben auch ganz unterschiedliche Funktionen und Wirksamkeitsbedingungen (vgl. auch § 43 Abs. 2 VwVfG). Deswegen kann die Wertung gerade nicht übertragen werden.

### III. Begründungsverfasser

Die Ermächtigung richtet sich an die Landesregierung und nicht an ein einzelnes Ministerium. Wenn das Ministerium eine vernünftige Begründung für den Entwurf zur Vorbereitung der Kabinetts- oder Senatsentscheidung gegeben hat, dann kann das Kabinett diese wohl übernehmen. Auch die Begründungen für Gesetze werden regelmäßig als Wille des Gesetzgebers verstanden, auch wenn sie regelmäßig von der Exekutive stammen. Da hier aber anders als bei Gesetzen und anderen Rechtsverordnungen ausdrücklich eine Begründung des Verordnungsgebers vorgeschrieben ist, muss sich zumindest aus der Veröffentlichung der Verordnung ergeben, dass er sich die Begründung sei-

ner Fachbehörde zu eigen gemacht hat. Das ist hier in Hamburg im Einleitungssatz geschehen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis bedeutet dies zunächst einmal zu ermitteln, ob es überhaupt eine Begründung gibt, dann müssen der Begründungsverfasser und der Zeitpunkt der Veröffentlichung ermittelt werden. Zuletzt muss man sich dann mit dem Inhalt auseinandersetzen.

## 3

### Gewerberaummiete: Fehlende Identität zwischen Vermieter und Veräußerer bei Grundstücksveräußerung

#### Leitsatz:

**Bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer ist § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat (Abgrenzung zu Senatsurteil vom 22.10.2003 - XII ZR 119/02 - NJW-RR 2004, 657).**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.07.2017, XII ZR 26/16

von **Prof. Dr. Siegbert Lammel**

#### A. Problemstellung

Der BGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob § 566 BGB analog anzuwenden ist, wenn Veräußerer und Vermieter nicht identisch sind?

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Eine GmbH war hinsichtlich ihrer rechtlichen Beziehungen zu einem Gewerbegrundstück aufgespalten in eine Grundstücks-GmbH als Eigentümerin und eine Handels-GmbH als Vermieterin der Gewerberäume. Nach Veräußerung des Grundstücks kündigte der Erwerber das Miet-

verhältnis und verlangte Herausgabe der Räume. Der beklagte Mieter berief sich hingegen auf den Inhalt des ursprünglichen Mietvertrages, der eine feste Laufzeit und Verlängerungsoptionen für den Mieter vorsah, die dieser ausgeübt hatte.

Entscheidungserheblich war daher die Rechtsfrage, ob § 566 BGB, der den Fortbestand des Mietverhältnisses bei Eigentumsübergang des Mietgrundstücks anordnet, auch darauf Anwendung findet, wenn Grundstückseigentümer und Vermieter auseinanderfallen.

Der BGH hat diese Frage in Übereinstimmung mit der Vorinstanz für den Fall bejaht, dass die Vermietung mit Zustimmung und im wirtschaftlichen Interesse des Grundstückseigentümers erfolgt ist, während der Vermieter selbst kein Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat.

Zur Begründung nimmt er eine planwidrige Regelungslücke an und hält den vorliegenden Sachverhalt mit dem für vergleichbar, den der BGB-Gesetzgeber habe regeln wollen. Der BGH geht unter Hinweis auf die BGB-Gesetzesmaterialien davon aus, dass die Regelung einerseits zum Schutz der (Gewerberaum-)Mieter gedacht gewesen sei; andererseits ergebe sich aus dem Gesetz nicht, dass außer der objektbezogenen Begrenzung des Schutzes auf Grundstücksmitiete eine auch personalbezogene weitere Beschränkung vorliege. Zwar handele es sich bei der Norm um eine Ausnahmeregelung. Dies hindere jedoch nicht ihre analoge Anwendung, weil aus ihr ein allgemeiner Rechtssatz entnommen werden könne, der auf vergleichbare Sachverhalte Anwendung finden könne. Der BGH sieht unter nochmaliger Betonung des Gedankens eines Bestandsschutzes für den Mieter die Vergleichbarkeit des vorliegenden Sachverhalts darin, dass der Nichteigentümer-Vermieter diese Vermietung im wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers vorgenommen habe.

### C. Kontext der Entscheidung

Eine im Ergebnis zutreffende Entscheidung, die jedoch auf einer nicht überzeugenden, methodisch fehlerhaften Begründung beruht. Schon der vom BGH herangezogene Ausgangspunkt für eine analoge Anwendung, der Bestandsschutz für den Mieter, lässt sich nur mit Mü-

he aus den herangezogenen Materialien entnehmen. Ausdrücklich ausgeschlossen wurde ein Schutzgedanke für die Wohnraummieter; eine soziale Bedeutung dieser Frage vermochten die Gesetzesverfasser angesichts der üblicherweise kurzfristigen Wohnraummietverhältnisse nicht zu erkennen (Protokolle bei Mugdan II, 815 (RS. 1872)). Die Interessen der Gewerberaummieter wurden „nur“ im Zusammenhang mit der Rechtslage in denjenigen Landesteilen des Deutschen Reiches erwähnt, in denen der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ bereits gegolten hat. Rechtstatsächlich bestand auch kein Bedarf an einer Bestandsicherung zugunsten der Gewerberaummieter. Denn diese sicherten ihr Mietverhältnis dinglich ab (Oestmann in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 1. Teilband, §§ 535 - 580a Rn. 134 [S. 559]). Letztlich liegt eine pragmatische Lösung vor: Die Durchsetzung der ursprünglich vorgesehenen Regelung „Kauf bricht Miete“ hätte unter diesen Aspekten zu einem „schweren Eingriff in das Rechtsbewusstsein geführt“, wohingegen die entgegengesetzte Regelung in den Gebieten des Gemeinen Rechts, in denen der entgegengesetzte Grundsatz herrschte, nicht derart schwerwiegende Auswirkungen haben würde (Protokolle bei Mugdan II, 816, RS. 1873). Auch der rechtstheoretische Hintergrund begründet nicht die Annahme einer die Analogie rechtfertigenden Lücke bzw. die Annahme eines Tatbestandes, den die Gesetzesverfasser nicht gesehen haben, aber hätten regeln wollen. Maßgebend war nicht die Identität zwischen Veräußerer und Vermieter, sondern der damals zum Teil geltende dingliche Charakter der Miete (Oestmann, a.a.O. Rn. 135, 136 [S. 560/561]). Die Belastung des Eigentums mit dem Mietvertrag konnte rechtmäßig nur durch den Eigentümer vorgenommen werden, so dass dieser notwendigerweise Vermieter und daher auch Veräußerer sein musste. Eine Spaltung der dinglichen von der obligatorischen Zuständigkeit in Bezug auf den Mietvertrag konnte unter diesen Umständen gar nicht eintreten und bedurfte daher auch keiner Erwägungen durch den damaligen Gesetzgeber.

Die vom BGH vermisste personale Begrenzung der Norm ist im Tatbestandsmerkmal „Veräußerer“ gegeben; weitere gesetzgeberische Erwägungen haben sich damit erübrigt. Die Hinweise auf gegenteilige Meinungen in der Literatur überzeugen nicht: Entweder die Argumentation läuft auf die Annahme einer unspe-

zifischen Treuwidrigkeit (Emmerich in: Staudinger, BGB, 2014, § 566 Rn. 23) oder sofort einen Rückgriff auf § 242 BGB hinaus (Blank in: Börstinghaus/Blank, Miete, 5. Aufl. 2016, § 566 Rn. 44); die Möglichkeit einer Analogie wird durchaus kritisch gesehen und allenfalls unter spezifisch juristischen Bedingungen zugelassen (Häublein in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 566 Rn. 21). Im Übrigen hat sich das BVerfG bereits im Jahre 2013 gegen eine entsprechenden Anwendung des § 566 BGB ausgesprochen (BVerfG, Beschl. v. 12.09.2013 - 1 BvR 744/13 - NZM 2014, 69; eine Entscheidung, die weder der BGH noch die herangezogene Literatur zur Kenntnis genommen haben). Wird in § 566 BGB eine Ausnahmenvorschrift vom Grundsatz der Relativität der obligatorischen Rechtsverhältnisse gesehen, erscheint eine ausdehnende Interpretation zweifelhaft; hier gilt der Grundsatz „singularia non sunt extenda“. Außerdem unterläuft dem BGH bei seiner gegenteiligen Gesetzesanwendung ein Zirkelschluss, indem er das zu Beweisende als Voraussetzung für den Beweis annimmt.

Die vom BGH festgelegten Kriterien für die seiner Ansicht nach gebotene Analogie zu § 566 BGB stellen keine juristisch tragfähigen Argumentationselemente dar, sondern verweisen inhaltlich auf die hier wohl einschlägige Norm des § 185 BGB. Ausgangspunkt der Überlegungen müsste diese Rechtsnorm sein, mit der die (belastenden) Rechtswirkungen auf einen Dritten verwiesen werden. Denn nach der rechtstheoretischen Grundlage des § 566 BGB, der (dinglichen) Belastung des Mietgrundstücks mit dem Mietvertrag, muss bei Handeln des Nichteigentümers nach der Norm gefragt werden, wonach dieses Handeln sowohl rechtlich zulässig als auch für den Grundstückseigentümer letztlich belastend ist. Diese ist in der Ermächtigung nach § 185 BGB zu sehen (so auch Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 566 Rn. 68; Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl., § 566 Rn. 31). Damit wird das Handeln im eigenen Namen (hier Abschluss des Mietvertrages) getroffen, dessen Auswirkungen aber wegen des historisch begründeten Verfügungscharakters des Mietvertragsabschlusses den Grundstückseigentümer treffen. Maßgebend ist also die dinglich wirkende Berechtigung mit Bezug auf das Grundstück, was auch den vom BGH herangezogenen vergleichbaren Verweisungsnormen zugrunde liegt und nicht vorrangig der Schutz des Mieters. Bei der Veräußerung des Grund-

stücks durch den belasteten Grundstückseigentümer wird der Tatbestand des § 566 BGB damit unmittelbar erfüllt.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Beurteilung von Fällen des Auseinanderfallens von Grundstückseigentümer und Vermieter ist als rechtlicher Ansatzpunkt die Frage zu stellen, ob der Vermieter zum Abschluss des Mietvertrages ermächtigt gewesen ist. Indizien hierfür mögen die vom BGH herausgestellten Kriterien (Zustimmung, alleiniges wirtschaftliches Interesse des Grundstückseigentümers, mangelndes Interesse des Vermieters am Fortbestand des Mietvertrages) sein. Einer Analogie bedarf es nach den Grundgedanken der Norm nicht.

#### 4

#### Zulassung der Revision bei Vereinbarung eines "Zuschlags Schönheitsreparaturen"

##### Orientierungssatz:

**Hinweis der Dokumentationsstelle des BGH:** Die Revision vor dem BGH ist nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden.

##### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**Ein Zuschlag zu Schönheitsreparaturen kann im Wohnraummietvertrag wirksam vereinbart werden.**

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30.05.2017, VIII ZR 31/17

von **Simone Bueb**, RA'in

#### A. Problemstellung

Der BGH hatte zu entscheiden, ob die Zulassung zur Revision im Falle einer Vereinbarung über einen Zuschlag von Schönheitsreparaturen gerechtfertigt ist.

Das Berufungsgericht hatte sich zuvor mit der Frage befasst, ob ein monatlicher Zuschlag

zur Miete für Schönheitsreparaturen in einem Wohnraummietvertrag wirksam vereinbart werden kann, wenn der Vermieter die Schönheitsreparaturen selbst vornimmt, oder ob dies eine unwirksame vorformulierte Preisnebenabrede darstellt.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Kläger haben von der Beklagten mit Vertrag vom 04.10.2015 eine 90,89 m<sup>2</sup> große Wohnung angemietet. Nach § 3 des Mietvertrages ist neben einer „Grundmiete“ von 421,83 Euro und einer Betriebskostenvorauszahlung von 148 Euro ein monatlicher „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ i.H.v. 79,07 Euro zu zahlen. In § 7 des Mietvertrages ist geregelt, dass der Vermieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen selbst übernimmt und der dafür in der Miete enthaltene Kostenansatz sich auf derzeit 0,87 Euro je m<sup>2</sup> monatlich beläuft.

Die Kläger sind der Auffassung, der „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ sei nicht wirksam vereinbart, weil es sich um eine vorformulierte Preisnebenabrede handle, die der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliege und dieser nicht standhalte. Sie haben deshalb Rückzahlung des für die Monate November 2015 bis März 2016 erbrachten Zuschlages, insgesamt 395,35 Euro nebst Zinsen und vorgerichtlichen Kosten, sowie ferner die Feststellung begehrt, dass sie ab April 2016 nicht zur Zahlung des Zuschlages verpflichtet seien.

Das Amtsgericht hatte der Klage insoweit stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hatte das Landgericht das erstinstanzliche Urteil insoweit abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Nach Auffassung des BGH besteht kein Grund für die Zulassung der Revision. Der BGH beabsichtige, die Revision der Kläger durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen.

Die Sache habe weder grundsätzliche Bedeutung noch liege einer der anderen in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO genannten Gründe für die Zulassung der Revision vor.

Das Berufungsgericht habe den in § 3 des Mietvertrages neben der „Grundmiete“ ausgewie-

senen „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ als Preis(haupt)abrede eingeordnet, die nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Kontrolle auf ihre inhaltliche Angemessenheit unterliege. Dem Berufungsgericht sei darin beizupflichten, dass dieser Zuschlag ungeachtet des gesonderten Ausweises neben der „Grundmiete“ ein Entgelt für die Hauptleistungspflicht (Gebrauchsgewährungs- und Gebrauchserhaltungspflicht) des Vermieters darstelle.

Auch ein Umgehungsgeschäft nach § 306a BGB liege nicht vor. Es treffe nicht zu, dass den Klägern mit Hilfe dieses getrennt ausgewiesenen Zuschlags quasi eine Verpflichtung zur Übernahme von Schönheitsreparaturen einer unrenoviert übergebenen Wohnung auferlegt werde, die ihnen im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht hätte auferlegt werden können, weil kein angemessener Ausgleich entsprechend der Rechtsprechung des BGH gewährt worden sei. Denn die Ausweisung eines „Zuschlags Schönheitsreparaturen“ habe für das Mietverhältnis rechtlich keine Bedeutung und stelle beide Mietvertragsparteien nicht anders, als wenn sogleich eine um diesen Zuschlag höhere Grundmiete ausgewiesen wäre. In beiden Fällen habe der Mieter den Gesamtbetrag zu entrichten und zwar unabhängig davon, ob und welcher Aufwand dem Vermieter für die Durchführung von Schönheitsreparaturen tatsächlich entstehe; es handle sich mithin um einen bloßen (aus Sicht des Mieters belanglosen) Hinweis des Vermieters auf seine interne Kalkulation. Im Hinblick auf spätere Mieterhöhungen gehöre der Zuschlag zur Ausgangsmiete, die mit der ortsüblichen Vergleichsmiete zu vergleichen ist.

Die Vereinbarung des „Zuschlags Schönheitsreparaturen“ sei auch nicht deshalb unwirksam, weil § 5 Abs. 6 des Mietvertrages eine Quotenabgeltungsklausel (auf starrer Berechnungsgrundlage) enthalte. Abgesehen davon, dass diese Formulklausel nach der Rechtsprechung des BGH ohnehin unwirksam sei, stelle § 7 des Mietvertrages unmissverständlich klar, dass die Schönheitsreparaturen dem Vermieter obliegen.

Die Kläger haben die Revision gegen das Urteil des Landgerichts nach dem Hinweisbeschluss des BGH zurückgenommen.

## C. Kontext der Entscheidung

Das Berufungsgericht hatte die Revision zugelassen, weil die überregional tätige Beklagte in ihren Verträgen – wie auch hier – einen Zuschlag für Schönheitsreparaturen vorsieht und eine einheitliche Rechtsprechung hierzu „nicht ersichtlich“ ist. Dies rechtfertigt die Zulassung der Revision nach Auffassung des BGH indes nicht, denn es ist schon nicht ersichtlich, dass die Frage der Inhaltskontrolle einer formularmäßigen Regelung, die neben der „Grundmiete“ einen Zuschlag für Schönheitsreparaturen betragsmäßig ausweist, in der Rechtsprechung der Instanzgerichte oder in der mietrechtlichen Literatur überhaupt erörtert, geschweige denn – insbesondere auf der Ebene der Berufungsgerichte – unterschiedlich beurteilt wird.

Die Ansicht des BGH, dass kein Grund für die Zulassung der Revision besteht, entspricht der ähnlichen Rechtsprechung des BGH, wonach bei Wegfall der Preisbindung einer Wohnung ebenso vorgegangen wird, wenn der Mieter während der Dauer der Preisbindung einen gesondert ausgewiesenen Zuschlag für die Schönheitsreparaturen gezahlt hat (BGH, Urt. v. 16.06.2010 - VIII ZR 258/09 - NJW 2011, 145; BGH, Urt. v. 09.11.2011 - VIII ZR 87/11 - NJW 2012, 145).

## D. Auswirkungen für die Praxis

Es ist unbeachtlich, wie die Ausgangsmiete oder Teile davon im Mietvertrag tatsächlich bezeichnet werden. Die Benennung eines Teils der Ausgangsmiete zum Beispiel als „Zuschlag zu Schönheitsreparaturen“ (oder auch durch eine andere Benennung) hat für das Mietverhältnis rechtlich keine Bedeutung, da dieser Zuschlag Teil der Ausgangsmiete ist, unbeachtlich wie er benannt wird. Dies ist kein Nachteil für den Mieter, sondern lediglich für den Vermieter als interner Hinweis für dessen Berechnung zu sehen.

## 5

### **Kein Rechtsschutzbedürfnis für Nachbesserungsverlangen gemäß § 802c ZPO bei Leistung der Unterkunftskosten durch Sozialleistungsträger**

#### **Orientierungssätze:**

- 1. Einem Verlangen auf Nachbesserung einer Vermögensauskunft gemäß § 802c ZPO (hier: Benennung von Name und Anschrift des Vermieters) fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Gläubiger Auskunft über Erstattungsforderungen für Betriebs- und Heizkosten verlangt, die der Sozialhilfeträger (hier: Jobcenter) für einen Empfänger von Leistungen nach dem SGB II an dessen Vermieter geleistet hat. Ein solches Auskunftsbegehren ist mutwillig, weil diese Ansprüche nicht der Pfändung unterliegen.**
- 2. Steht fest, dass der Sozialhilfeträger die Betriebs- und Heizkostenvorauszahlungen für den Schuldner leistet, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für das Verlangen nach Auskunft über mit Blick auf diese Vorauszahlungen bestehende Erstattungsforderungen.**
- 3. Verneint der Schuldner, dessen Unterkunftskosten von einem Sozialhilfeträger geleistet werden, das Bestehen etwaiger Kautionsrückzahlungsansprüche, ist dem Informationsbedürfnis des Gläubigers genügt. Ein Nachbesserungsverlangen kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Frage nach Kautionsrückzahlungsansprüchen nicht beantwortet worden ist.**

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 29.03.2017, I ZB 62/16

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

## A. Problemstellung

Der BGH hat sich mit der Frage befasst, ob ein Anspruch auf Nachbesserung einer Vermögensauskunft gemäß § 802c ZPO besteht, wenn der Gläubiger Auskunft über Rückzahlungsansprüche für Betriebs- und Heizkosten oder eine Mietkaution verlangt, die vom Sozialleistungsträger

im Rahmen der Leistungsgewährung, z.B. nach dem SGB II, übernommen wurden.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Gläubigerin betreibt gegen die Schuldnerin aus einem Vollstreckungsbescheid die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung. Sie begehrt die Nachbesserung der von der Schuldnerin erteilten Vermögensauskunft.

Im Juni 2016 gab die Schuldnerin die Vermögensauskunft nach § 802c ZPO ab. Dabei gab sie auf die Frage nach monatlichen Einkünften an, Leistungen nach dem SGB II zu erhalten. Die Frage nach Ansprüchen aus Pacht-, Miet- und Leasingverträgen, Untermietverträgen und Ansprüchen auf Rückzahlung geleisteter Mietkautionen und Nebenkosten verneinte die Schuldnerin. Angaben zum Vermieter machte die Schuldnerin nicht.

Die Gläubigerin beantragte daraufhin beim Gerichtsvollzieher erfolglos die Nachbesserung der Vermögensauskunft, um die Schuldnerin nach Name und Anschrift des Vermieters zu fragen.

Die gegen die Ablehnung des Gerichtsvollziehers gerichtete Erinnerung wies das Amtsgericht zurück. Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgte die Gläubigerin ihren Nachbesserungsantrag weiter.

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Landgerichts zurückgewiesen.

Ein Anspruch der Gläubigerin auf Nachbesserung der Vermögensauskunft bestehe nicht. Die Vermögensauskunft sei weder unvollständig noch widersprüchlich. Hinsichtlich etwaiger Ansprüche auf Rückerstattung nicht verbrauchter Nebenkostenvorauszahlungen fehle es am Rechtsschutzbedürfnis für das Nachbesserungsverlangen, weil solche Ansprüche eines Beziehers von Leistungen nach dem SGB II unpfändbar seien. Die Gläubigerin könne daher auch nicht im Hinblick auf einen Anspruch der Schuldnerin auf Nebenkostenrückzahlung verlangen, dass der Gerichtsvollzieher die Schuldnerin auffordere, den Namen und die Anschrift des Vermieters zu benennen.

## C. Kontext der Entscheidung

Das Verfahren zur Vermögensauskunft ist in den Regelungen der §§ 802c bis 802k ZPO geregelt. § 802c ZPO wurde zum 01.01.2013 durch das Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung (Art. 6 ZwVollstrAufklRefG; BGBl I 2009, 2258) eingeführt. Der Schuldner ist auf Verlangen des Gerichtsvollziehers verpflichtet, eine Vermögensauskunft zu erteilen, in welcher er neben Angaben zur Person alle ihm gehörenden Vermögensgegenstände (körperliche Sachen, Forderungen und Rechte, Grundstücke etc.) anzugeben hat (§ 802c Abs. 1, Abs. 2 ZPO).

Die Norm hat den Zweck, dem Gläubiger Kenntnis von denjenigen Vermögensstücken zu verschaffen, die möglicherweise seinem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung unterliegen (zur Vorgängerregelung § 807 ZPO in der Fassung bis zum 31.12.2012 vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.10.1982 - 1 BvL 34/80, 1 BvL 55/80 - BVerfGE 61, 126, 136; BGH, Beschl. v. 19.05.2004 - IXa ZB 297/03 - NJW 2004, 2979, 2980). Das Nachbesserungsverfahren selbst ist im Gesetz nicht geregelt. Es hat sich auf der Grundlage gefestigter Rechtsprechung vor dem Hintergrund des § 807 Abs. 3 ZPO a.F. entwickelt.

Für die Frage, ob für ein Verlangen, die Vermögensauskunft nach § 802c ZPO nachzubessern, ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, gelten die in der Zeit vor Inkrafttreten dieser Vorschrift am 01.01.2013 für die eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO a.F. anerkannten Maßstäbe fort. Der Gläubiger kann die Nachbesserung einer Vermögensauskunft daher verlangen, wenn der Schuldner ein äußerlich erkennbar unvollständiges, ungenaues oder widersprüchliches Verzeichnis vorgelegt hat. Dazu muss entweder aus dem Vermögensverzeichnis selbst ersichtlich sein, dass die Angaben unvollständig, ungenau oder widersprüchlich sind, oder der Gläubiger glaubhaft machen, dass der Schuldner im Vermögensverzeichnis unvollständige oder unzutreffende Angaben gemacht hat (BGH, Beschl. v. 03.03.2016 - I ZB 74/15 Rn. 7 - NZM 2016, 768 = Rpfleger 2016, 486; BGH, Beschl. v. 28.04.2016 - I ZB 92/15 Rn. 12, jeweils m.w.N.). Ein Nachbesserungsverlangen zur Beantwortung von Fragen über Vermögenspositionen, die schon zusammengefasst verneint worden sind, ist unzulässig (BGH, Beschl. v.

28.04.2016 - I ZB 92/15 Rn. 12 f.; BGH, Beschl. v. 15.12.2016 - I ZB 54/16 Rn. 9 - WM 2017, 774).

6

## D. Auswirkungen für die Praxis

Generell muss der Schuldner im Vermögensauskunftsverfahren seine Angaben zum Vermögensverzeichnis richtig und vollständig leisten. Hat er ein unvollständiges oder missverständliches Vermögensverzeichnis ausgefüllt, hat er seine Verpflichtung aus § 802c ZPO nicht erfüllt. Es kann dann von ihm verlangt werden, dass er erneut geladen wird, um seine Angaben klarzustellen oder zu ergänzen. Der BGH hat in seinem Beschluss noch einmal darauf hingewiesen, dass Transferleistungen nach dem SGB II auch dann nicht pfändbar sind, wenn sich aus späteren Betriebskostenabrechnungen des Vermieters Guthaben für den Mieter ergeben. Unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung (z.B. BGH, Beschl. v. 03.03.2016 - I ZB 74/15) macht der BGH deutlich, dass der Anspruch auf Rückerstattung nicht verbrauchter Betriebskostenvorauszahlungen zwar grundsätzlich pfändbar ist. Er weist aber darauf hin, dass es sich im Fall des SGB II-Bezuges des Schuldners bei Betriebskostenguthaben um öffentliche Leistungen handelt, die nach § 22 Abs. 3 SGB II dem Leistungsträger zustehen. Im Falle eines Betriebskostenguthabens mindert der Leistungsträger die laufenden Leistungen des SGB II-Empfängers für Kosten der Unterkunft und Heizung im Monat nach der Rückzahlung, d.h. der Guthabenbetrag wird in der Regel im Folgemonat mit den laufenden Leistungen verrechnet.

Derartige Ansprüche unterliegen grundsätzlich nicht der Pfändung (so auch BGH, Beschl. v. 28.04.2016 - I ZB 92/15). Würde man insoweit die Pfändung zulassen, würde diese zu Lasten öffentlicher Mittel erfolgen, da der Leistungsträger die Leistungsminderung nach § 22 Abs. 3 SGB II dann nicht vornehmen dürfte. Erwähnt somit ein Schuldner bei Abgabe der Vermögensauskunft derartige Ansprüche nicht, besteht nach Auffassung des BGH folglich auch kein Auskunftsanspruch, denn offensichtlich unpfändbare Ansprüche braucht der Schuldner auch nicht anzugeben.

## Abreden zum Baukostenzuschuss

### Leitsätze:

**1. Es bleibt offen, ob im Fall der Vermierersinsolvenz seit Aufhebung des § 57c ZVG ein abwohnbarer Baukostenzuschuss gemäß § 110 InsO als Vorausverfügung unwirksam ist.**

**2. Erforderlich ist nämlich, dass der Mieter den abwohnbaren Baukostenzuschuss aus eigenem Vermögen geleistet hat und dass feststeht, welche Aufbauleistungen der Mieter tatsächlich erbracht hat.**

Anmerkung zu AG Dortmund, Urteil vom 29.08.2017, 425 C 7634/16

von **Wolfgang Dötsch**, RiOLG

### A. Problemstellung

Sog. Baukostenzuschüsse sorgen in der Praxis nicht selten für ganz erheblichen Ärger, zumal sie oft gerade von gerichtsbekanntem „Zwangsversteigerungsverhinderern“ als Argument ins Feld geführt werden, die von unseriösen „Schuldnerberatern“ auf das entsprechende Gleis gesetzt worden sind. Der Fall hier betrifft eine Insolvenzgestaltung (§ 110 InsO), ist aber nach der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks ebenso denkbar (§§ 566b, 566c BGB) wie nach der Versteigerung eines solchen (§ 57 ZVG) wie auch im Bereich des Hypothekenverbandes (§ 1124 BGB).

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Eigentümers einer Eigentumswohnung, welche (günstig) an den Beklagten vermietet worden ist. Die Parteien streiten u.a. um Räumung nach einer Zahlungsverzugs-Kündigung. Der Mietvertrag sah vor, dass die Mietzeit für „mindestens fünf Jahre“ gelten sollte, alternativ sollte das Mietverhältnis auf die Dauer von ... Jahren abgeschlossen werden. In einer Anlage zum Mietvertrag vereinbarten die Parteien eine „Individualvereinbarung“ wie folgt: „1. Die

Wohnung befindet sich aktuell im nicht bewohnbaren Zustand. Die Parteien vereinbaren, dass der Mieter mit Rücksicht auf das bestehende Mietverhältnis die in der beigefügten Liste aufgeführten Arbeiten in der vorgegebenen wertmäßigen Größenordnung bis zum 31.12.2014 ausführt. Die Verrechnung des vom Mieter geschaffenen Wertes erfolgt unter Berücksichtigung eines Zinssatzes von 5% mit der monatlichen Miete ab Fertigstellung der Arbeiten. Bis zur Fertigstellung ist keine Miete geschuldet.

2. Klargestellt wird, dass der Vermieter mit allen baulichen Veränderungen einverstanden ist. Alle baulichen Veränderungen sind gewünscht und werden bei Ende des Mietverhältnisses zu 100% übernommen. Angesichts des dann geschaffenen Wertzuwachses sind Rückbauten oder ähnliches selbstredend nicht gewünscht und ausgeschlossen.

3. Der Vermieter verzichtet auf das Recht zur ordentlichen Kündigung für fünf Jahre, mindestens jedoch, bis der Baukostenzuschuss des Mieters inklusive Zinsen abgewohnt ist. Stirbt der Mieter verzichtet der Vermieter auf sein Recht zur außerordentlichen Kündigung, § 564 Satz 2 BGB. (...).“

Zudem wurde in einer Anlage 2 geregelt: „Die Wohnung ist in einem Rohbauzustand. (...) Alle Baumaßnahmen werden wie folgt durchgeführt: Fenster und Eingangstüren werden erneuert; komplette Elektrik mit Stromkabel, Steckdosen, Lichtschalter und Sicherungskasten; komplette Heizungsanlage mit Heizkörper und Verlegung der Heizrohre; komplette Herstellung einer Fußbodenheizung; komplette Herstellung eines Badezimmer mit Dusche, WC und Bidet, Boden und Wände fliesen; Küche Fliesenspiegel; sämtliche Räume Bodenfliesen verlegen; alle Wände werden neu verputzt und feingespachtelt; alle Decken neu herstellen mit Steinwolle als Schall- und Brandschutz. Die Renovierungskosten werden mit ca. 40.000 bis 50.000 Euro beziffert. Bei einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses seitens des Vermieters verpflichtet sich der Vermieter, alle Kosten für die Baumaßnahme an den Mieter zu erstatten. (...) Der Vermieter räumt dem Mieter ein Vorkaufsrecht von 40.000 Euro ein. Bei einer vorzeitigen Versteigerung des Objektes, egal aus welchen Gründen, verpflichtet sich der Ersteigerer den Miet-

vertrag mit allen Rechten und Pflichten zu übernehmen.“

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte der Kläger den Beklagten fruchtlos aufgefordert, Miete zu zahlen. Dieser verwies auf die obigen Abreden zum Baukostenzuschuss und der Kläger sah diese Abreden als nach § 110 InsO unwirksam an. Nachdem sechs Mieten nicht gezahlt worden waren, kündigte der Kläger wegen Zahlungsverzuges und verlangte u.a. Räumung.

Zu Recht! Der Kläger kann gemäß den §§ 546 Abs. 1, 985 BGB Räumung und Herausgabe verlangen.

Nach Auffassung des AG Dortmund steht dem Beklagten kein Recht zum Besitz zu. Ob ein wirksamer Zeitmietvertrag abgeschlossen wurde, sei zweifelhaft, weil in § 2 des Mietvertrages zwei alternative Befristungsmöglichkeiten festgelegt wurden, ohne dass diese für den konkreten Vertrag genau bezeichnet wurden oder die nicht geltende Alternative gestrichen wurde. Darauf komme es nicht an, denn jedenfalls wurde der Vertrag wirksam gemäß § 543 Abs. 2 Ziffer 3 BGB gekündigt. Der Beklagte schuldet zum Zeitpunkt der Kündigung sechs Monatsmieten. Soweit er aufgrund der behaupteten Vereinbarungen aufrechnen will, führe dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, da eine solche Aufrechnung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB „unverzüglich“ erfolgen müsse. Sie sei weder unverzüglich gegenüber der erklärten Kündigungserklärung noch gegenüber der erhobenen Räumungsklage erhoben worden. Aber selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass Mietzahlung durch eine entsprechende Vorausverfügung durch die in den Anlagen zum Mietvertrag vereinbarten Regelungen nie entstanden wäre, sei die Kündigung berechtigt gewesen.

Die Vereinbarungen waren gemäß § 110 InsO zumindest ab März 2016 unwirksam. Nach § 110 InsO sei eine Verfügung des Schuldners über die Miet- und Pachtforderung für eine spätere Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur wirksam, wenn sie sich auf die Miete oder Pacht für den zurzeit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Kalendermonat beziehe. Eine Verfügung sei insbesondere die Einziehung der Miete. Ob der Baukostenzuschuss hier drunter falle, sei strittig. Nach einer älteren Entscheidung des BGH vom 06.06.1952 (V

ZR 79/51 - NJW 1952, 867) sei eine Vorausverfügung im Rahmen eines Baukostenzuschusses unbeschränkt wirksam, da die mit dem Einsatz der Zuschüsse geschaffenen Werte der Insolvenzmasse zugutekommen. Ähnlich habe der BGH im Rahmen von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen gemäß § 1124 Abs. 2 BGB entschieden (BGH, Urt. v. 15.02.2012 - VIII ZR 166/10 - NZM 2012, 301). Inzwischen werde dies jedoch für das Insolvenzverfahren nicht mehr so eindeutig vertreten. Dort werde zwischen verlorenen und - wie hier - abwohnbaren Baukostenzuschüssen unterschieden. Solche abwohnbaren Baukostenzuschüsse werden als vorausgezahlte Miete behandelt. Das erkennende Gericht neigt dazu, dieser Auffassung (OLG Schleswig, Urt. v. 25.10.2000 - 4 U 40/00 - ZInsO 2001, 239) zu folgen. Für die Anwendung des § 110 InsO spreche insbesondere die Streichung von § 57c ZVG, auf den in § 111 Satz 3 InsO vormals verwiesen worden sei. Diese Bestimmung schränkte das Sonderkündigungsrecht des Erstehers gemäß § 57a ZVG gerade für den Fall ein, dass der Mieter einen Baukostenzuschuss geleistet hatte (dazu Dötsch, NZI 2009, 713). Durch die Streichung habe der Gesetzgeber dokumentiert, dass er die vor dem Hintergrund der Wohnungsknappheit in der Nachkriegszeit geschaffene Privilegierung des Mieters, der in den Aufbau investiert, für überholt gehalten habe (so auch Jacoby in: Jaeger, Insolvenzordnung, 2014, § 110 Rn. 41). Das bedeute, dass nach der Streichung auch im Rahmen von § 110 InsO ein abwohnbarer Baukostenzuschuss keine Besserstellung des vorleistenden Mieters vor anderen Gläubigern mehr rechtfertige. Das bedeute, dass die Entgegennahme eines Baukostenzuschusses eine dem § 110 Abs. 2 Satz 1 InsO unterfallende Vorauszahlung sei.

Letztendlich müsse das erkennende Gericht diesen Streit jedoch nicht entscheiden, da die erforderlichen Tatsachen, die für eine Berücksichtigung des Baukostenzuschusses vorgetragen werden müssten, nicht vorlägen. Damit nämlich ein Mieter nach der vormaligen Regelung privilegiert wurde, war es erforderlich, dass er den Baukostenzuschuss aus eigenem Vermögen geleistet hat. Dies stehe hier aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme - was näher ausgeführt wird - gerade nicht fest. Daher könne der Beklagte aus tatsächlichen wie aus rechtlichen Gründen gegenüber dem Zahlungsanspruch keine Einwendungen erheben; er habe sich somit in Zahlungsverzug befunden, was

die außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigte und den Räumungsanspruch auslöste.

### C. Kontext der Entscheidung

Eine mutige Entscheidung, die leider die spannende Rechtsfrage im Ergebnis doch offenlässt nach einer - eigentlich je nach Festlegung in der Streitfrage wegen der dann gegebenen Entscheidungsreife (§ 300 Abs. 1 ZPO) völlig überflüssigen - Beweisaufnahme. Der BGH ist in der zitierten Entscheidung vom 15.02.2011 aber ohnehin darauf am Rande eingegangen und hat in Tz. 11 durchaus gesehen, dass die das Thema Baukostenzuschuss betreffende Sonderregelung in § 57c ZVG a.F. gestrichen worden ist. Er hat nur versäumt, sich dann näher damit auseinanderzusetzen, ob nicht deshalb die althergebrachte Rechtsprechung (endlich) aufzugeben wäre und dies dann folgerichtig auch bei den §§ 566b, 566c BGB und § 110 InsO (dazu etwa Eckert, ZfIR 2008, 453; Dötsch, MietRB 2009, 216; Wolfsteiner in: Staudinger, BGB, 2015, § 1124 Rn. 29 ff.; Streyll, NZM 2010, 343, 353); es ist zu vermuten, dass er den Weg nicht mitgehen wollte.

Folgt man dabei dem BGH, wird zum Schutz eines (u.U. fragwürdigen?) Mieters - der sich (Vor-)Leistungen auf das Grundstück eigentlich wie jeder andere Dritte dinglich hätte absichern lassen können und dies nur versäumt hat (bzw. versäumen wollte?) - außerhalb des Grundbuchs ein Institut geschaffen, mit dem gerade in Versteigerungsfällen jede sinnvolle Verwertung des Grundstücks faktisch für lange Zeit unmöglich werden kann. Schöner kann aber der Realcredit nicht mehr unterlaufen werden (so schon Planck/Strecker, 5. Aufl. 1933, § 1124 Anm. 2b).

### D. Auswirkungen für die Praxis

Das Gericht prüft zu Recht aber dann immerhin sehr streng die tatbestandlichen Voraussetzungen und verlangt den Nachweis einer Leistung aus dem eigenen Vermögen. Das liegt ganz auf der Linie des BGH, der etwa an den Nachweis eines vor Beschlagnahme eines Mietgrundstücks mit einem Verwandten des damaligen Eigentümers abgeschlossenen Mietvertrags und der Erbringung einer dazu behaupteten Einmalzahlung auf eine lebenslange Miete ebenfalls zur Meidung von Nachteilen sehr strenge Anforder-

rungen stellt (BGH, Beschl. v. 21.09.2016 - VIII ZR 277/15; BGH, Urt. v. 18.09.2013 - VIII ZR 297/12 - MDR 2013, 1335). Im Tatsächlichen kann man so oft helfen. Schädlich ist es zudem auch, wenn werterhöhende Arbeiten ohne Bezug zum Mietvertrag geleistet worden sind und nur später „umgewidmet“ werden sollen (BGH, Urt. v. 30.11.1966 - VIII ZR 145/65 - NJW 1967, 555; OLG Hamm, Urt. v. 20.06.2002 - 18 U 261/01 - BeckRS 2006, 06921). Schädlich ist zudem, wenn Leistungen auf mietvertragsfremden Abreden, etwa Werkverträgen, beruhen (OLG Frankfurt, Urt. v. 16.02.1983 - 17 U 125/82 - MDR 1983, 669).

### **E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung**

In der Praxis verlagert sich der Ärger mit „Zwangsvollstreckungsverhinderern“ wohl zunehmend eher auf den Suizideinwand (u.a. im Rahmen von Anträgen nach § 765a ZPO). Damit tun die Gerichte sich oft schwer (traurig, aber wahr: Schmidberger/Ertle, ZfIR 2016, 609).