

Die Änderung des Mietvertrags

2023

ISBN 978-3-406-80276-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Für Vermieter, Verwalter und deren Rechtsberater zeigt die Entscheidung, wie wichtig die **präzise Angabe der Arbeiten in der Nachfristsetzung** ist. Die Länge der angemessenen Frist hängt vom Einzelfall ab. Dabei spielt zB die Größe der Wohnung ebenso eine Rolle wie die Art der geschuldeten Arbeiten. Bei der Wohnraummiete wird für die Durchführung übernommener Schönheitsreparaturen in der Regel eine Frist von zwei Wochen angemessen sein.¹¹

b) BGH Urt. v. 31.8.2022 – VIII ZR 132/20:¹² Verjährung von Ersatzansprüchen

1981 mieteten die Beklagten eine Wohnung der Kläger im 4. OG. In den ersten Jahren (vor 1984) statteten die Beklagten das ursprünglich mit Holzdielen ohne Fußbodenentwässerung versehene Badezimmer mit einem Fliesenfußboden nebst Bodenabfluss aus. Die Arbeiten wurden nicht fachgerecht ausgeführt, weil eine Dichtung unterhalb der Fliesen nicht erstellt wurde.

Im Juli 2016 drang in dem darunter gelegenen Badezimmer der Wohnung im 3. OG schwallartig Wasser durch die Decke. Die Schadensaufnahme ergab, dass die Decke einsturzgefährdet war, weil mehrere Deckenbalken durch über Jahre eingedrungene Feuchtigkeit beschädigt worden waren. Die Klage auf Ersatz von rd. 38.000 EUR blieb vor AG und LG ohne Erfolg. Wie wird der BGH entscheiden?

Die Vorsinstanzen hatten die umstrittene Frage, ob die in § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB vorgesehene 30-jährige Verjährungshöchstfrist im Mietrecht auch für die von § 548 Abs. 1 BGB erfassten Ansprüche gilt, bejaht und deswegen eine Verjährung angenommen. Der BGH sieht das anders. § 548 BGB **verdrängt als Sondervorschrift** den allgemeinen § 199 BGB. Neben Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte stützt sich der BGH auf den Normzweck: erst wenn der Vermieter die Sache zurückerhalten habe, könne er deren Zustand prüfen; demgegenüber würde eine Prüfung während des Vertrages das Mietverhältnis belasten.

Daher läuft die sechsmonatige Verjährung gem. § 548 Abs. 1 BGB erst mit Rückgabe der Mietsache, die hier wegen des Fortbestehens des Mietverhältnisses nicht erfolgt war. Die Ansprüche des Vermieters waren daher nicht verjährt. § 548 BGB, der eine kurze Verjährung vorsieht, wirkte sich im Ergebnis also zu Lasten der Mieter aus. Im Übrigen soll er aber vor allem zu Gunsten der Mieter wirken, damit diese bereits sechs Monate nach Rückgabe der Mietsache wissen, ob sie noch etwas schulden.

Der BGH verwies die Sache an die Vorinstanz zurück. Das LG muss jetzt klären, ob der Vermieter verpflichtet war, zunächst seine Leitungswasserschadenversicherung in Anspruch zu nehmen, deren Kosten er als Betriebskosten auf seine Mieter umlegt.¹³

Der BGH wendet § 548 Abs. 1 BGB übrigens auch an, wenn der Mieter vertraglich eine Verbesserung der Mietsache übernommen, diese aber nicht durchgeführt hat, was im vergangenen Jahr an dieser Stelle thematisiert worden ist.¹⁴

3. Betriebskosten

Die Umlage von Betriebskosten hat den BGH auch im zurückliegenden Jahr wiederholt beschäftigt. Im Folgenden geht es dabei vor allem um die Kosten der Rauchwarnmelder.

11 Das ist aber umstritten, dazu KG NZM 2007, 356; MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 190 mwN.

12 NJW 2022, 3419 = NZM 2022, 908 = ZMR 2023, 24 = WuM 2022, 668 = MDR 2022, 1336.

13 S. zu dieser Problematik BGHZ 203, 256 = NJW 2015, 699.

14 BGH NZM 2021, 560 (XII ZS.) und dazu Häublein PiG 111 (2022), 139 (154f.).

a) BGH Urt. v. 11.5.2022 – VIII ZR 379/20:¹⁵ **Kosten der Ausrüstung mit Rauchwarnmeldern**

M mietete 2003 eine Wohnung. Nach dem Vertrag trägt M neben den Wärme- auch die aufgelisteten Betriebskosten. Kosten im Zusammenhang mit Rauchwarnmeldern werden nicht angeführt. Der Vertrag enthält aber folgende Regelung: „Die Vermieterin ist unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit berechtigt, für zukünftige Abrechnungszeiträume zusätzlich zu den oben genannten Kosten auch solche Betriebskosten gem. Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung (oder einer entsprechenden Nachfolgeregelung) nach billigem Ermessen auf den Mieter umzulegen und mit diesem abzurechnen, die derzeit nicht anfallen, aber später entstehen oder zukünftig vom Gesetzgeber neu eingeführt werden.“

2015 kündigte V an, die Wohnung mit Rauchwarnmeldern auszustatten und teilte die künftig voraussichtlich anfallenden Kosten für deren Miete und Wartung mit. Die für die Jahre ab 2016 erstellten Abrechnungen wiesen anteilig nach der Wohnfläche auf die Mieter umgelegte Kosten für „Miete + Wartung Rauchmelder“ aus. Dabei entfiel auf die Miete der Geräte in einem Jahr ein Betrag von 9,74 EUR und in einem weiteren ein Betrag von 9,88 EUR auf M. M meint, die Umlage sei rechtswidrig.

Aus verfahrensrechtlichen Gründen konnte der BGH in der Sache nicht selbst entscheiden, stellte aber Folgendes fest: Auch etwaige Kapital- und Finanzierungskosten für die Anschaffung von Betriebsmitteln gehörten **grundsätzlich nicht zu den umlagefähigen Betriebskosten** iSv § 1 BetrKV. Hierfür führt der BGH die Gesetzesmaterialien in BR-Drs. 568/03, 29 an. Dem widerspräche es, wenn die Entscheidung des Vermieters für eine Miete notwendiger Betriebsmittel zur Umlagefähigkeit führte. Andernfalls, so der BGH, wäre es für den Vermieter auch bei anderen Gegenständen möglich, die ihm zugewiesenen Anschaffungskosten für die Einrichtung des Objekts auf den Mieter abzuwälzen.

Darüber hinaus führt der BGH gegen die Umlagefähigkeit der Mietkosten ins Feld, dass es sich bei den in § 2 Nrn. 1–16 BetrKV vorgesehenen umlagefähigen Mietkosten um Ausnahme handle, die auf Rauchwarnmelder nicht übertragbar seien. Da § 2 Nr. 17 BetrKV ausdrücklich auf die Betriebskosten iSv § 1 BetrKV Bezug nehme, sei klargestellt, dass nur Kosten umlagefähig sein sollen, die unter den Betriebskostenbegriff fallen. Dazu gehöre aber die Ausstattung des Mietobjektes im Grundsatz nicht.

Auch der Umstand, dass die Kosten für einen Erwerb (Kauf) der Rauchwarnmelder ggf. als Modernisierungskosten eine Mieterhöhung rechtfertigten, ändert nach Auffassung des Senats im Ergebnis nichts. §§ 559 ff. BGB stellten abweichende formelle und materielle Voraussetzungen für die Belastung der Mieter mit diesen Kosten auf, führten zu anderen Rechtsfolgen als die Umlage von Betriebskosten und der Gesetzgeber verfolge mit beiden Regelungen unterschiedliche Ziele.

In seinem Urteil aus dem Mai 2022 hat der BGH (noch) nicht entschieden, ob die Kosten der „Wartung“ von Rauchwarnmeldern umlagefähige Betriebskosten sind. Die Umlage der Wartungskosten setzt jedenfalls eine Umlagevereinbarung voraus¹⁶: Entweder müssen diese Kosten genannt oder die Rauchwarnmelder zumindest während des laufenden Mietvertrags eingebaut worden sein, wenn der Vertrag eine allgemeine Umlageklausel für künftig anfallende Betriebskosten enthält. Die Frage der Umlagefähigkeit konnte der Senat dann aber wenig später in der folgenden Entscheidung klären.

15 NZM 2022, 755 = ZMR 2022, 700 = WuM 2022, 428.

16 Zu den Anforderungen s. etwa BGH NJW 2016, 1308 und dazu Häublein PiG 103 (2014), 133 (140).

b) BGH Urt. v. 5.10.2022 – VIII ZR 117/21:¹⁷ Rauchwarnmelderwartung und Mülltrennung

Die Parteien streiten darüber, ob die Mieter verpflichtet sind, anteilig die Kosten für die Wartung von Rauchwarnmeldern sowie für die Überprüfung der ordnungsgemäßen Mülltrennung einschließlich des Nachsortierens durch einen externen Dienstleister als Betriebskosten zu tragen.

Im Vertrag ist hinsichtlich der Beko- und Heizkosten Folgendes geregelt: „Der Mieter hat alle Betriebskosten iSd § 19 Wohnraumförderungsgesetz (WoFG) iVm § 2 der Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten (BetrKV) zu tragen. Hierauf werden ua Vorauszahlungen erhoben ... f) Müllbeseitigungskosten (§ 2 Nr. 8 BetrKV) ... o) Sonstige Betriebskosten (§ 2 Nr. 17 BetrKV), so insbesondere für ... den Betrieb von Brandschutz-, Brandmelde-, ... und Brunnenanlagen, Wartung und Pflege von ... Müllabwurfanlagen. ...“ Zusätzlich ist im Vertrag vorgesehen, dass der Vermieter (V) „neu entstehende Beko entspr. den gesetzlichen Vorschriften“ geltend machen kann.

Im April 2016 teilte V mit, dass die Wohnung mit Rauchwarnmeldern ausgestattet werde und sie die Kosten für die Anmietung und die jährlich vorgeschriebene Sicht- und Funktionsprüfung im Rahmen der Betriebskostenabrechnung nach der Wohnfläche auf die Mieter umlegen werde. V beauftragte ferner einen externen Dienstleister mit der Erbringung eines sog. Behältermanagements (BHM). Dabei wird der Müll der Mieter auf fehlerhafte Mülltrennung überprüft und ggf. von Hand nachsortiert.

Für 2018 rechnete V rund 14 EUR für die Miete und 8 EUR für die Wartung der Rauchwarnmelder ab sowie rund 12 EUR für das BHM. Das LG verurteilte V, dem Mieter die von dessen Konto eingezogenen Kosten der Rauchwarnmeldermiete zu erstatten, hielt die Kosten im Übrigen aber für umlagefähig.

Dem folgt der BGH im Ergebnis. Zum BHM stellt er fest, die Kosten der Kontrolle des Hausmülls und das Nachsortieren seien Kosten der Müllbeseitigung iSv § 2 Nr. 8 BetrKV. Es komme nicht darauf an, ob diese Kosten durch das vertragswidrige Verhalten einiger Mieter oder Dritter verursacht wurden. In diesem Sinne hatte der Senat bereits 2010 für Sperrmüllbeseitigungskosten¹⁸ und 2016 für die Kosten der Beseitigung von Müll in einer Parkanlage entschieden.¹⁹ Es ändere nichts an der Zuordnung zu den Betriebskosten, dass die Kosten durch das Verhalten anderer Personen ausgelöst wurden.

Der BGH legt den Begriff der Müllbeseitigung iS der BetrKV weit aus und meint, dies entspreche der Intention des Gesetzgebers, der abweichend zur Vorgängernorm in Anlage 3 zur II. BV nicht mehr nur die „Müllabfuhr“ genannt habe. Es bestehe eine Parallele des BHM zu den in der BetrKV ausdrücklich genannten Müllkompressoren (Reduktion des Volumens und damit der Kosten) und den Müllmengenerfassungsanlagen.

Auch das vom Mieter angeführte Wirtschaftlichkeitsgebot sieht der BGH nicht verletzt. Er betont in diesem Kontext erneut, dass die Darlegungs- und Beweislast für einen solchen Verstoß beim Mieter liege. Diesem war es nicht gelungen, die Unwirtschaftlichkeit der Maßnahme substantiiert darzulegen.

Die Grundsätze bei vom Mieter gerügten Verstößen gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot waren auch Gegenstand einer weiteren Entscheidung. In BGH Urt. v. 25.1.2023 –

17 NZM 2022, 949 = ZMR 2023, 102 = WuM 2022, 733 = MDR 2023, 221.

18 BGH NJW 2010, 1198.

19 BGH NJW 2016, 1439, s. dazu Häublein PiG 103 (2014), 133 (139f.).

VIII ZR 230/21²⁰ wird betont, dass die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes eine Nebenpflicht des Vermieters sei; bei unwirtschaftlichen Verträgen kommt es daher darauf an, wann diese abgeschlossen wurden. Lag der Abschluss eines vermeintlich unwirtschaftlichen Versorgungs- oder Dienstleistungsvertrages bereits vor dem Abschluss des Mietvertrages, fehlt es nach Ansicht des BGH daher an der Verletzung einer aus dem Mietvertrag folgenden Nebenpflicht.

Aber zurück zur Entscheidung vom 5.10.2022. Auch hinsichtlich der **Wartung der Rauchwarnmelder** hielt der BGH die **Kostenumlage für rechtmäßig**. Wie für Kosten der Revision einer Elektroanlage bereits entschieden, sei die regelmäßige, nicht durch aufgetretene Störungen veranlasste Überprüfung der Funktionsfähigkeit und Betriebssicherheit einer technischen Einrichtung keine Mangelbeseitigung und die dadurch verursachten Kosten seien deshalb als sonstige – grundsätzlich umlegbare – Betriebskosten iSv § 2 Nr. 17 BetrKV anzusehen. Die notwendige Umlagevereinbarung erblickt der BGH in der Abrede zu den Kosten des Betriebs von Brandschutz- und Brandmeldeanlagen. Der „Betrieb“ einer solchen Anlage umfasse nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Mieters auch deren Wartung.

4. Miethöhe und -erhöhung

Aus den eingangs dargelegten Gründen wird auf Änderungen des laufenden Vertrages nur knapp eingegangen, dafür aber eine Ausweitung in Richtung auf die §§ 556d ff. BGB vorgenommen.

a) BGH Urt. v. 6.4.2022 – VIII ZR 219/20:²¹ Zulässige Reduzierung eines Mieterhöhungsverlangens

Der Vermieter fordert in formell ordnungsmäßiger Art und Weise den Mieter auf, einer Erhöhung der Nettokaltmiete auf 7,97 EUR/qm zuzustimmen. Der Mieter stimmt der Mieterhöhung nicht zu. Daraufhin klagt der Vermieter auf Zustimmung, wobei er nur noch eine ortsübliche Vergleichsmiete von 7,68 EUR/qm zugrunde legt, weil er sich im Prozess nicht mehr auf zuvor geltend gemachte positive Wohnwertmerkmale beruft. Geht dies oder muss ein neues Erhöhungsverlangen erfolgen?

Die Klage hat in allen Instanzen Erfolg, es geht also. Der Vermieter kann das Erhöhungsverlangen auch noch nach dessen Wirksamwerden vollständig oder teilweise zurücknehmen, meinen die Gerichte. Der Zustimmungsanspruch setzt in diesem Fall nicht eine erneute Erklärung und Begründung des Verlangens nach § 558a BGB voraus. Das wird aus dem Zweck des Mieterhöhungsverfahrens gefolgert; ein weiteres Verfahren verschaffte dem Mieter keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn.

Dass der Mieter in einem solchen Fall die Gerichtskosten vollständig zu tragen hat, ist nach Ansicht des BGH deswegen nicht unangemessen, weil es Sache des Mieters sei, die Klage durch Teilzustimmung zum Erhöhungsverlangen in dem Umfang, in dem das Verlangen begründet ist, abzuwenden.

Der BGH äußert sich en passant auch noch zu zwei anderen Konstellationen: Erklärt der Vermieter erstmals im Prozess ein formell ordnungsgemäßes (ermäßigtes) Erhöhungsverlangen, stehe dem Mieter gem. § 558b Abs. 3 BGB stets eine erneute Prüfungs- und Überlegungsfrist zu. Gleiches gelte, wenn der Vermieter sein Erhöhungsverlangen ausweitet, also sich zB im Prozess erstmals auf wohnwerterhöhende Merkmale beruft.

20 BGH NZM 2023, 32 = WuM 2023, 204 = MDR 2023, 488.

21 BGH NZM 2022, 961 = ZMR 2022, 626 = MDR 2022, 1011 = WuM 2022, 331.

b) BGH Urt. v. 28.9.2022 – VIII ZR 300/21:²² Mieterhöhung und Mietpreisbremse

Zwischen April 2016 und März 2020 hatte M eine Wohnung (77,66 qm) in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt gemietet. Die Nettokaltmiete betrug zunächst 610,65 EUR (7,86 EUR/qm). Mit Schreiben vom 20.7.2017 verlangte V die Zustimmung zu einer Erhöhung um 63,43 € auf sodann 674,08 EUR (8,68 EUR/qm). Dem stimmte M zu.

Später beauftragte M einen Dienstleister, dem er Ende 2018 etwaige Ansprüche auf Rückzahlung überhöhter Miete abtrat. Der Dienstleister rügte Anfang 2019 gem. § 556g Abs. 2 BGB die Überhöhung der Miete, begehrte Auskunft über bestimmte für die Miethöhe relevante Umstände und forderte überzahlte Miete zurück. Mit Erfolg?

Im Ergebnis nicht. Dabei stellt der BGH zunächst einmal klar, dass die Vorschriften der sog. Mietpreisbremse, zu denen der eingeklagte Auskunftsanspruch aus § 556g Abs. 3 BGB zählt, nicht für die Erhöhung der Miete im laufenden Vertrag gelten. Ob bereits bei Vertragsschluss eine Mietpreisüberhöhung vorlag, konnte dahinstehen, weil diese **durch die Zustimmung des Mieters zur Erhöhung obsolet geworden sei**. Der VIII. Zivilsenat legt die Zustimmungserklärung dahin aus, dass der Mieter nicht nur der Erhöhung, sondern der gesamten erhöhten Miete von 674,08 EUR zugestimmt hat. Wörtlich heißt es in Rn. 32 der Entscheidung: *„Stimmt ein Mieter ... zu, erkennt er den erhöhten Betrag ab diesem Zeitpunkt als die fortan geltende Miete an und kann sich grundsätzlich nicht mehr darauf berufen, dass die ursprünglich vereinbarte Miete zu hoch gewesen sei.“*

Die Entscheidung verdeutlicht, dass die Zustimmung zur Mieterhöhung seitens des Mieters ohne Prüfung der zulässigen Miethöhe mit großen Risiken verbunden ist. Der BGH hat außerdem entschieden, dass sich ein Vermieter selbst dann ohne Verstoß gegen Treu und Glauben auf die Vereinbarung über die erhöhte Miete berufen kann, wenn er – trotz einer bereits bei Vertragsschluss überhöhten Miete – nach nur einem Jahr Zustimmung zu einer 10 %-igen Mieterhöhung fordert. Gerade in angespannten Mietmärkten können Vermieter auf diese Weise versuchen, überhöhte Mieten zu legitimieren.

c) BGH Urt. v. 30.3.2022 – VIII ZR 283/21²³ und VIII ZR 279/21²⁴: Mietpreisbremse und Rüge überhöhter Miete

In der ersten der beiden Entscheidungen (VIII ZR 283/21) hatte der Vermieter die Rüge überhöhter Miete nach § 556g Abs. 2 BGB, die ein Dienstleister, an den der Mieter seine Ansprüche abgetreten hatte, erhob, mit der Begründung zurückgewiesen, der Dienstleister habe keine Originalvollmacht iSv § 174 S. 1 BGB vorgelegt. Diese **Zurückweisung** hielt der BGH für **unzulässig**. Die Rüge sei kein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern eine geschäftsähnliche Handlung. Ob § 174 BGB analog anzuwenden sei, richte sich nach den „spezifischen Eigenarten“ und der Interessenlage. Die Rüge solle den Vermieter lediglich darüber in Kenntnis setzen, aus welchen Gründen, in welcher Höhe und ab welchem Zeitpunkt eine Rückerstattung verlangt werde. Auf Seiten des Vermieters bestehe hier nicht das gleiche Klarstellungsbedürfnis wie bei einem von einem Bevollmächtigten vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäft, bspw. einer Kündigung. Die Informationen, um die es in § 556g Abs. 2 BGB gehe, vermittele dem Vermieter auch eine Rüge, der keine Originalvollmacht des Mieters beigefügt ist.

22 NZM 2022, 954 = ZMR 2023, 190 = MDR 2023, 95 = WuM 2022, 739.

23 NZM 2022, 707 = MDR 2022, 947 = WuM 2022, 395.

24 NZM 2022, 706 = MDR 2022, 882 = WuM 2022, 600.

In der zweiten Entscheidung vom gleichen Tage (VIII ZR 279/21) urteilte der BGH, dass bei einer vereinbarten Staffelmiete eine Rüge gegen die Höhe der Ausgangsmiete auch gegenüber den anschließenden Mietstaffeln wirke und daher nicht wiederholt werden müsse.

5. Beendigung des Mietverhältnisses

Neben den im Folgenden behandelten Fragen hatte sich der BGH auch wieder mit dem Härtefallwiderspruch zu befassen (§§ 574 ff. BGB).²⁵ Wegen des starken Einzelfallbezuges der jeweiligen Sachverhalte und der Zurückhaltung des BGH, hierzu verallgemeinerungsfähige Aussagen zu treffen, wird darauf in diesem Jahr nicht eingegangen.²⁶

a) BGH Urt. v. 5.10.2022 – VIII ZR 307/21:²⁷ Schonfristzahlung und ordentliche Kündigung

M, der die Wohnung 1984 als Dienstwohnung mietete, minderte ab März 2012 die Miete von zuletzt rd. 360 EUR wegen einer Verschattung der Wohnung nach einem Balkonanbau sowie wegen eines entfallenen Spielplatzes (je 10 %). Im Rahmen eines Vergleichs hatte er vorher einer Mieterhöhung um 55 EUR wegen des Anbaus eines Balkons an seine Wohnung zugestimmt, die er ab August 2013 ebenfalls nicht mehr zahlte.

2017 klagte V, die die Wohnung 2014 erworben hatte, als neue Vermieterin die Mietrückstände ein. In erster Instanz hatte V im Wesentlichen Erfolg. M zahlte weiterhin nur eine geminderte Miete. Auf seine Berufung gab das LG insofern M recht, als die Miete wegen des weggefallenen Spielplatzes von April bis Oktober um knapp 30 EUR/Monat gemindert sei.

Wegen des aufgelaufenen Mietrückstands erklärte V am 26.4.2018 die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung. Nach Zustellung der vorliegenden auf Räumung und Herausgabe gerichteten Klage hat M die rückständige Miete durch eine erfolgte Freigabe eines hinterlegten Betrags sowie durch eine am 25.2.2019 vorgenommene Zahlung beglichen. Die Räumungsklage hatte vor dem AG Erfolg, aber nicht vor der Zivilkammer (ZK) 66 des LG Berlin. V legte die zugelassene Revision ein. Wird der BGH sich dieses Mal der ZK 66 anschließen?

Erwartungsgemäß nicht; denn schon wiederholt hat der VIII. Zivilsenat entschieden, nur die außerordentliche Kündigung werde durch die Schonfristzahlung unwirksam, nicht aber die zugleich erklärte ordentliche Kündigung. Das wird nicht nur in der Lehre heftig kritisiert; auch manche Gerichte verweigern dem BGH die Gefolgschaft. Vor allem die ZK 66 des LG Berlin hat entgegen dem BGH § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB wiederholt auf die ordentliche Kündigung angewendet. Das erklärt, warum der BGH sich bereits im Oktober 2021²⁸ veranlasst sah, noch einmal eine ausführlich begründete Entscheidung zu dieser Frage vorzulegen, mit folgenden Leitsätzen:

1. Ein innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB erfolgter Ausgleich des Mietrückstands bzw. eine entsprechende Verpflichtung einer öffentlichen Stelle hat lediglich Folgen für die auf § 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gestützte fristlose,

25 S. BGH Urt. v. 26.10.2022 – VIII ZR 390/21, NZM 2023, 35 = ZMR 2023, 181 = WuM 2023, 39.

26 Vgl. zu entsprechenden Entscheidungen des BGH Häublein PiG 111 (2022), 139 (149 f.).

27 BGH NZM 2023, 28 = ZMR 2023, 101 = MDR 2023, 284 = WuM 2023, 213.

28 Auf diese Entscheidung wurde im vergangenen Jahr nicht eingegangen.

nicht jedoch für eine aufgrund desselben Mietrückstands hilfsweise auf § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützte ordentliche Kündigung (Bestätigung der Senatsurteile ...).

2. Diese (beschränkte) Wirkung des Nachholrechts des Mieters entspricht dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, so dass der an Gesetz und Recht gebundene Richter (Art. 20 Abs. 3 GG) diese Entscheidung nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen darf, die so im Gesetzgebungsverfahren (bisher) nicht erreichbar war (im Anschluss an BVerfG Urt. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81 ...).

Diese Leitsätze hat der BGH im Oktober 2022 erneut bestätigt und seine Argumentation dabei noch einmal ergänzt. In den Rn. 16 ff. hebt der Senat, in Reaktion auf eine andere Entscheidung der ZK 66 des LG Berlin²⁹ hervor, der **Gesetzgeber habe seine die Gerichte bindende Rechtsansicht** nicht durch reine Untätigkeit ausgedrückt. Vielmehr habe der Gesetzgeber eindeutig zu erkennen gegeben, dass er den vom BGH favorisierten Anwendungsbereich der Schonfristzahlung als „weiterhin geltende Rechtspraxis“ ansehe. Dies folge daraus, dass entsprechende Vorschläge zur Änderung des Gesetzes vom Gesetzgeber und der Bundesregierung nicht weiterverfolgt worden seien.

Diese Argumentation des BGH sieht sich Kritik ausgesetzt.³⁰ Sie erschwert die praktische Rechtsanwendung und hat rechtspolitische Konsequenzen, die überaus problematisch sind. Rechtsanwender müssten, folgte man dem BGH, künftig in Erfahrung bringen, zu welchen vorgeschlagenen Gesetzesänderungen sich der Gesetzgeber (oder nach Meinung des BGH auch nur die Bundesregierung) ablehnend geäußert hat. Das ist praktisch nicht zu leisten. Hinzu kommt, dass die Argumentation des BGH diejenigen, die für eine bestimmte Regelung politisch kämpfen, in eine Zwickmühle bringt. Denn wenn ihr Antrag von der Mehrheit des Bundestages abgelehnt wird, soll darin nach Auffassung des BGH die *promotio* der herrschenden Gesetzesauslegung liegen, die durch die Ablehnung gleichsam in Gesetzeskraft erwächst. Aus der Sicht der Proponenten einer Gesetzesänderung wäre es dann wohl vorzugswürdig, von entsprechenden Anträgen abzusehen, um nicht den Gerichten den Weg zum Einschreiten zu verbauen. Das beeinflusst den demokratischen Prozess in unangemessener Weise.

Last but not least sei hier angemerkt, dass auch in der laufenden Legislaturperiode ein **Entwurf im BMJ** existiert, der die Erstreckung der Heilungswirkung der Schonfristzahlung auf die ordentliche Kündigung vorsieht. Sollte die Bundesregierung das nicht umsetzen, zB weil das FDP geführte BMJ diese im Koalitionsvertrag vereinbarte, aber eher im politischen Interesse der anderen beiden Koalitionäre liegende Regelung nicht in die weitere Abstimmung gibt, läge darin auf keinen Fall eine die Gerichte bindende Entschließung des Gesetzgebers, weshalb es dem BGH und anderen Gerichten nach wie vor auch ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG freisteht, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB analog auf die ordentliche Kündigung anzuwenden.

b) BGH Urt. v. 22.6.2022 – VIII ZR 356/20:³¹ Kündigungsschutz nach Umwandlung

1985 mietete die Schwester der Bekl. gemeinsam mit C von der Grundstückseigentümerin E eine Wohnung. Die Bekl. wohnte dort als Untermieterin und war als solche im Mietvertrag bezeichnet.

29 LG Berlin Urt. v. 1.7.2022 – 66 S 200/21, NZM 2022, 617 = ZMR 2022, 720.

30 S. dazu Häublein/Lehmann-Richter JZ 2023, 89 sowie LG Berlin WuM 2023, 288.

31 NJW 2022, 3631 = NZM 2022, 653 = ZMR 2022, 865 = MDR 2022, 1147 = WuM 2022, 495.

Später ging das Eigentum am Grundstück auf B (1/5-MEA) und A (4/5-MEA) über. 1996 erklärten beide Miteigentümer die Teilung des Grundstücks und wurden bezüglich aller Wohnungseigentumseinheiten als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen. Anschließend übertrug B seinen MEA an der von der Bekl. als Untermieterin genutzten Wohnung auf A, der am 1.12.1997 als Alleineigentümer eingetragen wurde. 2014 schloss der Vermieter mit der Schwester der Bekl., C und der Bekl. eine „Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag“, wonach C aus dem Vertrag ausschied und die Bekl. „als Mieterin in den Mietvertrag“ eintrat. Am 10.6.2015 verstarb die Schwester und wurde von ihrem Ehemann P beerbt. Das Eigentum an der von der Bekl. bewohnten Wohnung wurde zwischenzeitlich an die M. O. GmbH übertragen, welche am 17.6.2015 als neue Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde.

Die Kl. erwarben 2018 das Eigentum an dieser Wohnung. Mit Schreiben vom 21.12.2018 kündigten sie der Bekl. wegen Eigenbedarfs. Ist die Kündigung nach Ablauf der Kündigungssperrfrist erfolgt?

Da die **Sperrfrist** des § 577a BGB nach Umwandlung in Wohnungseigentum **nur einmal** gilt, nämlich bei der Erstveräußerung nach Wohnungseigentumsbegründung, fragt sich, ob die Frist bei Übertragung des MEA (1/5) von B auf A bereits 1997 angefallen war. Wäre das der Fall, wäre sie zum Zeitpunkt der Kündigung bereits abgelaufen gewesen und die Kündigung daher wirksam.

Für die Beantwortung dieser Frage hatte der BGH bereits Anfang 2019³² im Kern das Wichtigste entschieden: Bei Vermietung einer Wohnung durch zwei Miteigentümer bleiben beide auch dann Vermieter, wenn der eine seinen MEA später an den anderen überträgt; denn auf einen solchen Eigentumserwerb findet § 566 Abs. 1 BGB weder direkte noch analoge Anwendung. Wenn sich aber durch die Übertragung des MEA der Vermieter nicht verändert hat, wuchs für den Mieter auch nicht die Gefahr, wegen Eigenbedarfs gekündigt zu werden und die Wohnung zu verlieren, weswegen dieser Fall keine Veräußerung iSv § 577a Abs. 1 BGB ist und den Lauf der Sperrfrist nicht auslöste.

Diese lief erst 2015 bei der Veräußerung der Wohnung an die GmbH an. Deswegen musste der BGH entscheiden, ob die Überlassung an die bekl. Mieterin vor der Begründung von Wohnungseigentum im Jahr 1996 erfolgte. Dafür kommt es darauf an, ob bereits die Überlassung zur Untermiete im Jahr 1985 oder erst die Aufnahme der Bekl. als Mieterin im Jahr 2014 eine Überlassung iSv § 577a BGB ist. Nach Ansicht des BGH liegt eine Überlassung iSd § 577a BGB **nicht bereits dann** vor, wenn die Wohnung mit Einwilligung des Vermieters **an einen Untermieter überlassen** wird, weil dadurch keine Vertragsbeziehung zum Vermieter begründet wird. Obwohl die Bekl. bereits 1985 im Mietvertrag als Untermieterin genannt war, ließ sich hier nicht feststellen, dass insofern zu ihren Gunsten im Verhältnis zum Vermieter eine Mieterstellung vereinbart werden sollte. Daher erfolgte eine Überlassung der Wohnung zur Miete durch die Vermieterseite erst 2014, als die Bekl. in den Mietvertrag aufgenommen wurde; zu diesem Zeitpunkt war das Wohnungseigentum aber bereits begründet, sodass die Voraussetzungen einer Sperrfrist nach § 577a BGB nicht vorlagen.

Dennoch konnte der BGH der Klage nicht stattgeben; denn die Bekl. war seit 2014 mit ihrer Schwester Mieterin der Wohnung und an die Schwester wurde diese unstreitig bereits 1985 überlassen. Zugunsten der verstorbenen Schwester fand § 577a BGB daher ohne jeden Zweifel Anwendung. Die (weitere) Frage lautete daher, ob die Bekl. **in die insofern geschützte Mieterstellung ihrer Schwester eingetreten** war. Das könnte hier

32 BGH NZM 2019, 208; s. dazu Häublein PiG 109 (2020), 105 (106f.).