

Weimarer Immobilienrechtstage 2018

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Dr. Karin Milger, VRinBGH

I. Die (un)zulässige Saldoklage (NZM 2018, 444 + 454)

II. Betriebskostenrecht und Co.

1. Mietausfall in der Wohngebäudeversicherung (WuM 2018, 507)
2. Die „exorbitante“ Stromrechnung (BGH MDR 2018, 583)
3. Der Mieter oder Untermieter als Vertragspartner des Grundversorgers
4. Die „exorbitante“ Heizkostenabrechnung (BGH NJW 2018, 1599)

III. AGB-Recht: Mieter als Verwender von AGB? (NZM 2018, 556)

IV. Gehörsverletzung durch übertriebene Substantiierungsanforderungen
(NZM 2018, 442)

I. Einleitung

II. Die (un)zulässige Saldoklage (Zwei Parallelurteile vom 21.3.2018)¹

Die sogenannte unzulässige Saldoklage ist ein „Phänomen“, das sich im Mietrecht im Laufe der letzten Jahre herausgebildet hat. Ungeachtet eines im Ansatz durchaus berechtigten Kerns hat die Rechtsfigur in der praktischen Rechtswirklichkeit (jedenfalls in der Anwendung einzelner Gerichte) dazu geführt, dass die Klagen in den hierunter subsumierten Fällen – unter Verkenning der gebotenen Auslegung des Klagantrags und der Bedeutung des § 366 BGB – die erforderliche materielle Prüfung gar nicht durchgeführt wurde, sondern die Klagen bereits als unzulässig abgewiesen wurden.

Einen besonders extrem gelagerten Fall hatte der Senat schon im Jahr 2013² zu beurteilen. Dort hatte der (ehemalige) Vermieter Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB geltend gemacht, und zwar für den Zeitraum Januar 2007 bis März 2010. Die Klagforderung hatte der Kläger in der Weise errechnet, dass er jeweils einen monatlichen Betrag von 1.918 € (behauptete ortsübliche Vergleichsmiete) angesetzt und die (unstreitigen) Zahlungen davon abgesetzt hatte. Er hatte allerdings nicht ausdrücklich mitgeteilt, auf welche Monate in dem angegebenen Zeitraum er die Zahlungen verrechnet hatte. Ungeachtet des Umstandes, dass es hierauf unter keinem Gesichtspunkt ankommen konnte, sah das Berufungsgericht (LG Frankfurt am Main) die Klage als unzulässig an und bezog sich auf eine schon damals in der mietrechtlichen Literatur und instanzrechtlichen Rechtsprechung teilweise vertretene Auffassung. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Klagabweisung als unzulässig als rechtsfehlerhaft angesehen-

Der Bundesgerichtshof hat schon in dieser Entscheidung betont, dass das Erfordernis der Bestimmtheit des Klageantrags folgenden Zielen dient:

- der Absteckung des Rahmens der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO),
- der Festlegung von Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der Entscheidung
- der Vermeidung einer Abwälzung des Risikos eines Unterleigens des Klägers auf den Beklagten durch vermeidbare Ungenauigkeiten
- der Ermöglichung einer Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren

Nach der Veröffentlichung der Entscheidung meldeten sich alsbald Stimmen in der Literatur³, die die Auffassung vertraten, dass der Anwendungsbereich des Urteils auf die dortige Fallkonstellation (Streitgegenstand lediglich Nutzungsentschädigung ohne Betriebskosten) zu beschränken sei und es somit für den typischen Fall, dass neben rückständigen Mieten auch rückständige Betriebskostenvorauszahlungen eingeklagt wurden, bei der bisherigen Unzulässigkeit der Klage zu bleiben habe und die Klage in diesen Fällen weiterhin durch Prozessurteil ohne materielle Prüfung abzuweisen

¹ BGH NZM 2018, 444 + 454

² BGH NJW 2013, 1367

³ Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl. § 543 Rn. 141, wohl auch Zehelein, NZM 2013, 638, 640; Abramenko ZMR 2013,

sei. Dem sind wiederum einzelne Gerichte⁴ gefolgt. Einzelne Autoren⁵ haben hingegen auf die Bedeutung des § 366 Abs. 2 BGB hingewiesen.

Die Entscheidung aus dem Jahr 2013 war indes keineswegs so zu verstehen, dass sie nur einen schmalen Anwendungsbereich für eine besondere Fallkonstellation betraf. Vor allem ist von den Kritikern nicht berücksichtigt worden, dass Klageanträge auszulegen sind und dabei auch § 366 Abs. 2 BGB (Rechtsanwendung) heranzuziehen ist - so dass die vermeintlich unzulässigen Saldoklagen in den meisten Fällen keine solchen sind. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Kläger (gegebenenfalls auch erst auf Nachfrage des Gerichts) mitteilt, wie hoch die vereinbarte Nettomiete und die Vorauszahlungen sind. Dann lässt sich nämlich regelmäßig - unter Heranziehung von § 366 Abs. 2 BGB (bzw. § 366 Abs. 2 BGB analog) - feststellen, welche Forderungen Gegenstand der Klage sind.

Zunächst ist aber ein in diesem Zusammenhang offenbar verbreitet aufgetretener Irrtum klarzustellen:

Zwar trifft es zu, dass Vorauszahlungen ab Eintritt der Abrechnungsreife nicht mehr verlangt werden können⁶; vielmehr kann der Vermieter, wenn er (rechtzeitig) abrechnet hat, den sich aus der Abrechnung ergebenden Nachzahlungsbetrag geltend machen⁷. Das heißt aber keineswegs, dass die Klage des Vermieters auf Vorauszahlungen - oder gar die Klage insgesamt - unzulässig wird, wenn der Vermieter sie nicht entsprechend umstellt. Es bleibt dem Vermieter nämlich unbenommen, auf der Zahlung der Vorauszahlungen auch nach Abrechnungsreife zu bestehen. Dann ist die Klage auf Zahlung dieser Vorauszahlungen sehr wohl bestimmt (und demgemäß auch nicht unzulässig), aber unbegründet. Hier werden also schlicht Zulässigkeit und Begründetheit miteinander vermengt.

In den beiden Urteilen vom 21. März 2018 hat der Senat grundsätzlich und umfassend zur sogenannten Saldoklage entschieden und die Grundsätze in den Entscheidungen sogleich - in ausführlicher und exemplarischer Darlegung - angewendet.

Zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO kommt es nicht darauf an, ob der maßgebliche Sachverhalt bereits vollständig beschrieben oder ob der Klageanspruch schlüssig und substantiiert dargelegt worden ist. Vielmehr ist es - entsprechend dem Zweck der Klageerhebung, dem Schuldner den Willen des Gläubigers zur Durchsetzung seiner Forderungen zu verdeutlichen - im Allgemeinen ausreichend, wenn der Anspruch als solcher identifizierbar ist⁸. Nochmals: der Eintritt der Abrechnungsreife ändert nichts daran, dass die auf Nebenkostenvorauszahlungen für bestimmte Monate gerichtete Klage hinreichend bestimmt ist und die Klage deshalb als unzulässig (mangels Bestimmtheit) abgewiesen werden kann.

⁴ LG Kempten ZMR 2017, 400; LG Dortmund 1 S 47/15 juris Rn. 3; sowie das Landgericht Frankfurt als Vorinstanz zu den beiden Urteilen des BGH vom 21. März 2018

⁵ Junglas ZMR 2014, 89, 92 ff; Siegmund, Vortrag auf dem Mietgerichtstag 2018

⁶ Verzugszinsen auf die Vorauszahlungen stehen ihm bis zu diesem Zeitpunkt aber sehr wohl noch zu
⁷ was regelmäßig eine zulässige Klagänderung sein dürfte

⁸ st. Rspr.; vgl. BGH, NJW 2000, 3492 unter II 1 c; NJW-RR 2005, 216 unter II; NJW-RR 2017, 380 Rn. 12; BGHZ 189, 56 Rn. 9; jeweils mwN). Es genügt also, dass das Klagebegehren - unterhalb der Stufe der Substantiierung - individualisiert und damit der Streitgegenstand bestimmt ist (BGH, NJW 2001, 305 unter II 2 c cc (2) mwN [zur Individualisierung eines Mahnbescheids]).

Zur Begriffsbestimmung ist folgendes festzuhalten: eine Saldoklage liegt vor, wenn der Kläger seiner Klagforderung mehrere Einzelforderungen zu Grunde legt und hiervon nach Abzug von Gegenforderungen oder Zahlungen nur den Saldo verlangt, ohne dass im Einzelnen erkennbar ist, in welcher Höhe jede Einzelforderung geltend gemacht wird.

Das Vorliegen dieser Voraussetzung wird allerdings im Mietrecht häufig vorschnell bejaht – und dies liegt vor allem daran, dass der gebotenen Auslegung des Klagantrags unter Heranziehung und Anwendung des § 366 BGB nicht die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt wird. Zwar ist es richtig, dass es nicht die Aufgabe des Gerichtes (sondern des Klägers) ist, den Streitgegenstand zu bestimmen. Aufgabe des Gerichtes ist es aber, den Klagantrag auszulegen, und dafür ist die Rechtsnorm des § 366 BGB heranzuziehen (dem Gericht obliegende Rechtsanwendung). Es genügt auch, wenn der Kläger (ggf. stillschweigend) auf § 366 Abs. 2 BGB verweist. Er muss dann nicht im Einzelnen darlegen, wie danach im Einzelnen zu verrechnen ist, also etwa welche Forderung er für die älteste oder unsicherste hält – das alles ist eine dem Gericht obliegende Rechtsanwendung.

Dabei hat der Senat klargestellt, dass § 366 BGB – soweit es sich um mehrere (Netto)mieten handelt – direkt herangezogen werden kann und es keiner Analogie bedarf.⁹ Weiter hat der Senat ausgeführt, dass es sich bei Nettomieten und Vorauszahlungen um verselbständigte Forderungsteile handelt und es deshalb einer analogen Anwendung des § 366 BGB bedarf¹⁰.

Insgesamt lassen sich folgende Grundsätze bei der Geltendmachung von Bruttomieten unter Berücksichtigung von Teilzahlungen des Mieters aufstellen:

Da der Kläger den Streitgegenstand bestimmt, kann er die Zahlungen bestimmten Forderungen zuordnen, zum Beispiel in einer in der Klage aufgeführten oder in Bezug genommenen Tabelle; dies ist zur Auslegung des Klagantrags (welche Forderungen macht der Kläger geltend) heranzuziehen.

Ist zum Beispiel eine Zahlung von 585,83 € einer Bruttomiete für den Monat August 2015 in gleicher Höhe gegenübergestellt, wird daraus deutlich, dass die Miete für diesen Monat nicht Gegenstand der Klage ist. Ist die für einen bestimmten Zeitraum erbrachte Zahlung höher als die für diesen Zeitraum geschuldete Bruttomiete, ist der überschießende Betrag – bis er aufgebraucht ist – gemäß § 366 Abs.2 BGB analog – im absteigendem Alter – auf die ältesten Nebenkostenvorauszahlungen und anschließend wiederum beginnend mit der ältesten Schuld – auf die Nettomieten anzurechnen.

Nimmt der Kläger bezüglich erbrachter Zahlungen oder Gutschriften keine Zuordnung zu einem bestimmten Zeitraum vor, sondern zieht er diese lediglich vom Gesamtsaldo ab, sind diese in Anwendung der Kriterien des § 366 Abs. 2 BGB zunächst – beginnend mit der ältesten Forderung - auf die Nebenkostenvorauszahlungen und anschließend – wiederum beginnend mit der ältesten Forderung – auf die Nettomietrückstände zu verrechnen.

⁹ BGH, NZM 2018, 454 Rn. 42

¹⁰ Wie vor Rn. 43-48

Der Vermieter ist nicht gehindert, in den Tatsacheninstanzen eine von den Angaben im Mietkonto abweichende Erklärung über die Zuordnung erbrachter Zahlungen und erteilter Gutschriften abzugeben. Macht er hiervon erst nach der Klageerhebung Gebrauch, handelt es sich entweder um eine Klageänderung oder, wenn sich an dem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt nichts ändert, um eine nach § 264 Nr. 2 ZPO jederzeit zulässige Klageänderung. In der Berufungsinstanz ist eine Klageänderung ergänzend an § 533 ZPO zu messen.

Zu beachten ist in jedem Fall, dass eine erforderliche Aufschlüsselung der Klageforderung auch noch in der Berufungsinstanz erfolgen kann; eine Zurückweisung nach § 531 ZPO ist nicht möglich, weil die nähere Aufgliederung einer Klagforderung nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundegerichtshofs kein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel ist, sondern zum Angriff selbst gehört¹¹.

Die Auslegung des Klagantrags (welche Forderungen sind Streitgegenstand, Frage der Zulässigkeit) ist zu unterscheiden von der Frage der Begründetheit: hat der Kläger die Zahlungen falsch zugeordnet, sind die eingeklagten Forderungen (wegen Erfüllung) unbegründet und die begründeten Forderung (die der Vermieter zu Unrecht als erfüllt angesehen hat) nicht Streitgegenstand. Allerdings bleibt es dem Vermieter unbenommen, seinen Klagantrag im Rahmen einer Klageänderung umzustellen, wenn er seinen Irrtum bemerkt oder vom Gericht darauf hingewiesen wird, oder später insoweit eine neue Klage zu erheben.

Der Vermieter sollte somit im eigenen Interesse zunächst immer prüfen, ob eine (vorrangige) Tilgungsbestimmung des Schuldners vorliegt (§ 366 Abs. 1 BGB). Ist das nicht der Fall, genügt der Hinweis auf § 366 Abs. 2 BGB. Der Vermieter muss dann nicht zwingend im Einzelnen darlegen, welche Forderung er für die älteste, lästigste usw. hält, insoweit geht es um Rechtsanwendung, die dem Gericht obliegt. Wünschenswert wäre das allerdings schon, auch im eigenen Interesse des Vermieters an einer schnellen Prozessführung. Auch sollte sich der Vermieter darüber Klarheit verschaffen, inwieweit noch Nebenkostenvorauszahlungen Streitgegenstand sind. Über die Verrechnung nach § 366 Abs.2 BGB werden – wie bereits ausgeführt – zuerst die Nebenkostenvorauszahlungen in der Reihenfolge ihres Alters getilgt, so dass in vielen Fällen nur noch Nettomieten Streitgegenstand sind. Für die von ihm geschuldete Nebenkostenabrechnung muss der Vermieter aber gleichwohl feststellen, welche Vorauszahlungen geleistet sind, weil er dies bei der Abrechnung berücksichtigen muss. Soweit im Zahlungsprozess auch Nebenkostenvorauszahlungen Streitgegenstand sind und im Laufe des Prozesses Abrechnungsreife eintritt, riskiert der Vermieter eine teilweise Klageabweisung (als unbegründet, nicht als unzulässig), wenn er die Klage nicht umstellt (etwa auf den sich aus der Abrechnung ergebenden Betrag).

III. Betriebskostenrecht

1. Mietausfallkosten als Bestandteil der Wohngebäudeversicherung (BGH, Urteil vom 6.6.2018)¹²

¹¹ BGH NJW 1993, 1393; NJW 2007, 870; NJW 2013, 1367 Rn. 9

¹² BGH, WuM 2018, 507

Das Mietausfallwagnis, das die Bonität des Mieters betrifft, gehört – selbstverständlich – zu den Risiken, die ein Vermieter einer nicht preisgebundenen Wohnung selbst zu tragen hat. Schließt er insoweit eine Versicherung ab, die dieses Wagnis abdeckt (die also eintritt, wenn der Mieter zahlungsunwillig/zahlungsunfähig ist), handelt es sich selbstverständlich nicht um Betriebskosten, die er auf die Mieter umlegen kann.

Völlig anders verhält es sich hingegen mit der in der Wohngebäudeversicherung üblicherweise eingeschlossene Mietausfallversicherung, die für einen gewissen Zeitraum (bis 24 Monate) das Risiko abdeckt, dass wegen eines Gebäudeschadens oder einer Gebäudezerstörung (Wasser, Feuer) die Mietwohnung während des Wiederaufbaus nicht oder nur eingeschränkt bewohnbar ist und der Mieter deshalb berechtigt die Miete mindert. Anknüpfungspunkt des Versicherungsfalles ist hier kein Vermögensschaden, sondern ein Sachschaden. Dass die Versicherung für den Sachschaden in gewissem Umfang auch Folgeschäden umfasst (etwa auch Aufräumkosten), ändert an der Einordnung als Sachversicherung nichts – und die Sachversicherung gehört eindeutig zu den Kosten, die dem Vermieter „durch das Eigentum oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Grundstücks (bzw. des Gebäudes) laufend entstehen.

Der Verordnungsgeber der Betriebskostenverordnung beabsichtigte nicht, die Umlage eines durch die Gebäudeversicherung gedeckten Mietausfalls infolge eines versicherten Gebäudeschadens zu unterbinden und dem Anwendungsbereich des § 2 Nr. 13 BetrKV zu entziehen. Die Mitversicherung eines Mietausfalls als Folge eines Gebäudeschadens ist fester Bestandteil marktüblicher Gebäudeversicherung¹³. Der Ersatz eines Mietausfalls infolge eines Versicherungsfalles, gegen den die Gebäudeversicherung Schutz bietet, ist zeitlich begrenzt und steht unter den weiteren Voraussetzung, dass der Mieter die Zahlung der Miete ganz oder teilweise berechtigt eingestellt hat und der Vermieter die Möglichkeit der Wiederbenutzung nicht schuldhaft verzögert. Die Abdeckung dieses Risikos ist seit langem Bestandteil der Allgemeinen Bedingungen für die Wohngebäudeversicherung. Anhaltspunkte dafür, dass der Verordnungsgeber diese bewährte Handhabung für die Umlage der Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung gemäß § 2 Nr. 13 BetrKV aufgeben wollte, sind nicht gegeben, zumal es auch schon vor dem Inkrafttreten der Betriebskostenverordnung Instanzrechtsprechung war, dass es sich bei der Wohngebäudeversicherung auch insoweit um umlagefähige Betriebskosten handelte, als darin der vorstehend beschriebene Mietausfall mit abgedeckt war.¹⁴

Das Berufungsgericht (als Vorinstanz zu dem genannten Urteil des Bundesgerichtshofs) hatte allerdings die gegenteilige Auffassung vertreten und war zu dem Schluss gekommen, dass der auf den Mietausfall entfallenden Prämienteil nicht umlagefähig war, weil es sich dabei um die Absicherung „bloß wirtschaftlicher Folgeschäden“ gehandelt hätte. Unverständlich war allerdings die von Berufungsgericht gezogenen Konsequenz, die gesamten Versicherungskosten als nicht umlagefähig anzusehen, weil der Vermieter den nicht umlagefähigen Teil nicht substantiiert dargelegt habe – obwohl der Vermieter vorgetragen und unter

¹³ vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 556 Rn. 168 ; Münch-KommBGB/Schmid/Zehlein, 7. Aufl., § 2 BetrKV Rn. 61 ; Wall, aaO Rn. 4301 ; Bruck/Möller/Johannsen, VVG, 9. Aufl. 2012, § 9 VGB 2008/2010 Rn. 1 ; Dietz/Fischer, aaO, § 9 Rn. 3

¹⁴ LG Hamburg vom 5.2.1998 – 333 S 117/97, juris Rn. 5

Sachverständigen- und Zeugenbeweis gestellt hatte, dass nur 1 % der Prämie auf das mitversicherte Mietausfallwagnis entfiel. Mehr konnte vom Vermieter unter keinem Gesichtspunkt verlangt werden – und deshalb hätte das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung zum Mietausfallwagnis den Beweis erheben oder angesichts des geringen Betrages schlicht § 287 ZPO anwenden müssen, statt insoweit von einem unzulässigen Ausforschungsbeweis zu sprechen.

2. Die „exorbitante“ Stromrechnung¹⁵

In diesem Rechtsstreit ging es um eine exorbitant hohe Stromrechnung eines Rentnerhaushaltes bescheidenen Zuschnitts, die angeblich in einem Jahr rund 32.000 kWh verbraucht haben sollten, was zu einem Rechnungsbetrag von rund 9.000 € führte- also ein Betrag in einer Größenordnung, der einen durchschnittlichen Haushalt ohne große Reserven durchaus in finanzielle Bedrängnis bringen kann. Der Grundversorger ließ zwar den Zähler ausbauen und durch eine staatlich anerkannte Prüfstelle untersuchen; die Untersuchung ergab keine Beanstandungen, der Versorger „entsorgte“ den ausgebauten Zähler anschließend und verlangte vollständige Bezahlung. Die Beklagten machten geltend, mit den vorhandenen Geräten hätten sie den angeblichen Verbrauch schon aus technischen Gründen gar nicht erzielen können.

Im Zahlungsprozess vertrat der Versorger die Auffassung, die Kunden seien mit ihren Einwendungen auf einen Rückforderungsprozess verwiesen und seien im vorliegenden Prozess ohne Beweisaufnahme zur Zahlung zu verurteilen. In der Revisionsverhandlung wurde von der Klägerseite die Vermutung geäußert, der Enkel der Beklagten könnte ja bei Besuchen heimlich in Bitcoins spekuliert und dadurch den hohen Stromverbrauch verursacht haben.

Im Mittelpunkt des Rechtsstreits stand die Vorschrift des § 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StromGVV Danach berechtigen Einwände, die der Kunde gegen Rechnungen des Grundversorgers erhebt, ihn nur dann zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung, wenn die "ernsthafte Möglichkeit eines offensichtlichen Fehlers" besteht.

Der typische Anwendungsbereich des Einwendungsausschlusses betrifft somit Streitigkeiten über Mess- und Ablesefehler, in denen es regelmäßig um überschaubare Beträge geht und es dem Haushaltskunden auch zumutbar ist, mit der Prüfung seiner Einwände auf eine Beweisaufnahme im Regressprozess verwiesen zu werden. Aus diesem Rahmen fällt allerdings eine Fallgestaltung, in der dem Haushaltskunden weit außerhalb jeder Plausibilität liegende Verbrauchsmengen und dementsprechend Nachforderungen in einer Höhe in Rechnung gestellt werden, die zu einer finanziellen Bedrängnis eines durchschnittlichen Privathaushalts führen können, deutlich heraus.

3. Der Mieter als Vertragspartner des Grundversorgers¹⁶

Dass der Mieter selbst dafür verantwortlich ist, einen Vertrag über die Stromversorgung seiner Wohnung abzuschließen, ist eine Selbstverständlichkeit, die

¹⁵ BGH MDR 2018, 583

¹⁶ Beschluss vom 5. Juni 2018 – VIII ZR 253/17, juris

nicht in Frage gestellt wird. Sofern der Mieter keinen ausdrücklichen Vertrag als Sonderkunde oder mit dem Grundversorger abschließt, kommt durch die Entnahme von Strom ein Grundversorgungsvertrag zwischen dem Mieter und dem Grundversorger zustande. Denn nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats richtet sich die Realofferte des Grundversorgers an denjenigen, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Energieanschluss am Übergabepunkt ausübt¹⁷ - und dass ist bezüglich des Stroms für die Wohnung selbst regelmäßig der Mieter.

Schwierigkeiten können sich hingegen ergeben, wenn das Mietobjekt ein Einfamilienhaus oder eine Wohnung mit Gasetagenheizung ist oder im Falle von Untervermietungen. Bei einer Gasetagenheizung und einem Einfamilienhaus befindet sich der Gasanschluss innerhalb der Mieträume, so dass der Mieter derjenige ist, an den sich die Realofferte des Grundversorgers richtet, und mit dem ein Vertrag zustande kommt, wenn der Mieter Energie entnimmt, ohne dass bereits ein ausdrücklicher Vertrag über die Energieversorgung geschlossen wäre.

Zur Vermeidung späterer Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter ist es in diesen Fällen unbedingt ratsam, ausdrückliche Vereinbarungen zu treffen. Meist werden Mieter und Vermieter wie selbstverständlich davon ausgehen, dass der Mieter selbst die Verträge abschließt, und der Mieter wird dies dann in der Regel auch tun, schon weil der sonst geltende Grundversorgungsvertrag regelmäßig deutlich teurer ist. Gelegentlich kommt es (wohl bei unerfahrenen Privatvermietern) aber vor, dass selbst über Einfamilienhäuser nur mündliche Verträge abgeschlossen und keine ausdrückliche Vereinbarung über die Betriebskosten geschlossen wird. Dann kann sich anschließend ein heftiger Streit darüber ergeben, ob der Vermieter auf eigene Kosten (ohne Umlagemöglichkeit) für die Heizenergie aufkommen muss.

Hat der Mieter die gesamte Wohnung oder das gesamte Einfamilienhaus untervermietet und dem Untermieter überlassen, ist der Untermieter der Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt und somit derjenige, an den sich die Realofferte des Grundversorgers richtet. Ob der Mieter im Verhältnis zu seinem Vermieter zur Untervermietung berechtigt war, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung (allerdings stellt eine unerlaubte Untervermietung eine Pflichtverletzung dar, die ggf. zur Kündigung des Mietvertrages berechtigen kann). Untermietverträge werden allerdings häufig informell (also nur mündlich) geschlossen, so dass später Streit über die Betriebskosten entstehen kann, den man bei einem – dringend anzurathenden – schriftlichen Vertragsschluss ebenso einfach wie sicher vermieden hätte.

5. Die „exorbitante“ Heizkostenabrechnung

Im Zentrum dieses Rechtsstreits standen zwei Fragen:

- welche Vertragspartei trägt die Beweislast für die Richtigkeit einer Abrechnung
- erstreckt sich das Belegeinsichtsrecht des Mieters auch auf die Ablesewerte der übrigen Mieter

¹⁷ BGH, NJW 2014, 705 Rn. 10; BGHZ 202, 158 Rn. 12 mwN

Nach der Betriebskostenabrechnung des Vermieters sollten auf die Mieter in den beiden streitigen Abrechnungsjahren 42 % bzw. 47 % des Gesamtverbrauchs entfallen, obwohl ihre Wohnung nur einen Anteil von rund 11 % an der gesamten Wohnfläche hatte. Für die 94 qm große Wohnung bedeutete dies Heizkosten von rund 3.500 € bzw. von rund 3.800 € für die beiden streitigen Abrechnungsjahre.

Die Mieter stellten zwar nicht in Abrede, dass die Verbrauchswerte in ihrer Wohnung richtig abgelesen waren, machten aber geltend, dass ein derartiger Verbrauch schon aus technischen Gründen nicht möglich gewesen sei und äußerten die Vermutung, dass bei den übrigen Ablesungen oder Ablesewerten bzw. Messergebnissen Fehler unterlaufen sein könnten. Aus diesem Grund begehrt sie Einsicht in die gesamten Unterlagen, also einschließlich der Ablesewerte in den anderen Wohnungen. Dies lehnte der Vermieter ab, beantragte aber (neben Zeugenbeweis) die Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Richtigkeit der Abrechnung.

Das Berufungsgericht hat die Mieter ohne jede Beweisaufnahme zur Zahlung der eingeklagten Betriebskostennachforderungen verurteilt. Dabei hat es darauf abgestellt, dass der Mieter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot darzulegen und zu beweisen habe, woran es hier fehle. Ein Zurückbehaltungsrecht stünde ihnen nicht zu, weil sie schon keinen Anspruch auf die Ablesedaten anderer Mieter hätten; es sei nicht ersichtlich, was sie daraus herleiten wollten.

Beiden Begründungen liegt ein gravierendes Fehlverständnis zugrunde. Um das Wirtschaftlichkeitsgebot ging es überhaupt nicht, denn die Mieter hatten keineswegs eingewendet, der Vermieter habe den Brennstoff zu übersteuerten Preisen bezogen o.ä., sondern sie hatten sich gegen die Richtigkeit der Abrechnung gewandt. Der Vermieter, der aufgrund einer Betriebskostenabrechnung eine Nachforderung geltend macht, hat aber nach allgemeinen Grundsätzen die Richtigkeit der Abrechnung als Voraussetzung seines Anspruchs zu beweisen.

Der Anspruch des Mieters auf Belegeinsicht ist als Kontrollrecht des § 259 BGB umfassend und an keine weiteren besonderen Voraussetzungen gebunden. Soweit der Mieter mit Rücksicht auf eine verweigerte Belegeinsicht die Zahlung verweigert, handelt es sich nicht um ein Zurückbehaltungsrecht im eigentlichen Sinne. Denn ein Zurückbehaltungsrecht würde ja lediglich eine Verurteilung Zug-um-Zug gegen Belegeinsicht führen obwohl doch die Belegeinsicht gerade dazu dienen soll, Einwendungen gegen die Richtigkeit der Abrechnung erst zu erheben. Vielmehr handelt der Vermieter rechtsmissbräuchlich, wenn er Zahlung auf eine Abrechnung begehrt, deren berechnete Kontrolle er dem Mieter verwehrt. Die Betriebskostennachforderung des Vermieters ist deshalb nicht fällig, weshalb der Senat die Klage als „derzeit nicht begründet“ abgewiesen hat; eine erneute Klage ist somit nicht ausgeschlossen.

IV. AGB-Recht: Mieter als Verwender von AGB?¹⁸

In diesem Rechtsstreit ging es zum einen um die Frage, welche Mietvertragspartei Verwender der AGB (des Mietvertragsformulars) war und zum anderen darum,

¹⁸ BGH NZM 2018, 556

ob individualvertraglich ein dauerhafter Kündigungsausschluss wirksam vereinbart werden kann.

Der (offenbar rechtskundige) Mieter wollte eine Wohnung in einem Zweifamilienhaus anmieten, das eigentlich zum Verkauf stand. Da er erhebliche Investitionen in die Mietsache zu tätigen beabsichtigte, legte er auf einen langjährigen Kündigungsausschluss Wert, um einer Eigenbedarfskündigung oder gar einer (erleichterten) Kündigung nach § 573a BGB vorzubeugen. Die Vermieterin/Eigentümerin forderte den Mieter auf, ein Mietvertragsformular zu den Vertragsverhandlungen mitzubringen, wobei sie auf einem Formular von „Haus und Grund“ bestand.

Auf diesem Formular war zur Mietzeit folgendes vorgesehen:

- Kündigungsverzicht (maximal vier Jahre)

Das obige Mietverhältnis wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. Beide Mietparteien verzichteten wechselseitig bis zu _____ (maximal vier Jahre ab Vertragsabschluss) auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietvertrags. Zum Ablauf des Verzichtszeitraums kann das Mietverhältnis erstmalig wieder von beiden Mietvertragsparteien mit den gesetzlichen Kündigungsfristen gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wird von dieser Regelung nicht berührt.

Das Kästchen „Kündigungsverzicht“ wurde von den Parteien sodann handschriftlich angekreuzt (eine Verzichtsdauer wurde nicht genannt) und die Passagen „maximal vier Jahre“ und „maximal vier Jahre ab Vertragsabschluss“ wurden gestrichen. Außerdem wurde eine Zusatzvereinbarung u.a. dahin geschlossen, dass nicht die Vermieterin, sondern die Beklagten selbst für den Heizöleinkauf, die Heizungswartung, die Emissionsmessung und den Schornsteinfeger verantwortlich seien und die Hälfte der insoweit entstehenden Kosten zu tragen und diesen Anteil direkt gegenüber den Lieferanten beziehungsweise Handwerkern auszugleichen hätten.

Zwei Jahre später wurde das Zweifamilienhaus verkauft und der neue Eigentümer sprach alsbald verschiedene Kündigungen unter anderem wegen Eigenbedarf aus. Das Amtsgericht hat den dauerhaften Kündigungsausschluss als wirksame Individualvereinbarung angesehen und die Räumungsklage abgewiesen.

Das Landgericht hat das Urteil des Amtsgerichtes abgeändert und der Klage stattgegeben. Es hat angenommen, dass die Beklagten angesichts der Vorlage des für den Vertrag verwendeten Formulars die Vertragsbedingungen gestellt hätten und der in § 2 Nr. 1.a) des Mietvertrags enthaltene unbefristete Kündigungsverzicht deshalb der ABG-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliege. Dieser halte er nicht stand, denn ein formularmäßiger Kündigungsausschluss sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn er einen Zeitraum von vier Jahren überschreite. Im Übrigen bestünden auch bei einer individualvertraglichen Vereinbarung eines unbefristeten Kündigungsausschlusses Bedenken, weil damit ein „immerwährender Kündigungsausschluss“ vorliege, der auch sämtliche Rechtsnachfolger binde. Dies erscheine im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG bedenklich, bedürfe hier aber letztlich keiner abschließenden Beurteilung.

Der BGH hat beide Begründungen verworfen.

Er hat noch einmal betont, dass der Gesetzgeber als wesentliches Charakteristikum Allgemeiner Geschäftsbedingungen die Einseitigkeit ihrer Auferlegung sowie den Umstand angesehen hat, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann¹⁹. Mit Rücksicht darauf ist das Merkmal des „Stellens“ im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt, wenn die Formularbestimmungen auf Initiative einer Partei oder ihres Abschlussgehilfen²⁰ in die Verhandlungen eingebracht und ihre Verwendung zum Vertragsschluss verlangt wird²¹.

Damit ist es unvereinbar, einen Mieter der auf ausdrücklichen Wunsch des Vermieters ein konkretes Vertragsformular („Haus und Grund“) besorgt hat, als Verwender anzusehen, denn die entscheidende Initiative ist – was hier gehörsverletzend übersehen wurde – von der Vermieterseite ausgegangen.

Außerdem hatte der Mieter, was das Berufungsgericht gleichfalls nicht berücksichtigt hatte, zum Gang der Mietvertragsverhandlungen und einem intensiven Aushandeln verschiedener Vertragsbedingungen, insbesondere bezüglich der Zusatzvereinbarung zu den Heiz- und Nebenkosten und des Kündigungsverzichts vorgetragen. Er hätte - auch vor dem Hintergrund beabsichtigter erheblicher Investitionen in das Mietobjekt - ein langfristiges Mietverhältnis angestrebt und insbesondere eine Vermieterkündigung wegen Eigenbedarfs und nach § 573a BGB (erleichterte Kündigung im Zweifamilienhaus) ausschließen wollen, und zwar auch für den Fall eines Verkaufs. Dafür seien er bereit gewesen, der Vermieterin an anderer Stelle, etwa durch Übernahme von Vermieterpflichten bezüglich der Heizölbeschaffung, entgegenzukommen. Auch hiermit hätte sich das Berufungsgericht auseinandersetzen müssen, denn diese Umstände sprachen eindeutig für eine Individualvereinbarung.

Den dauerhaften (individualvertraglichen) Kündigungsausschluss hat der Senat als wirksam erachtet. Schon früher hatte der Senat entschieden, dass die Vertragsparteien die ordentliche Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses im Wege der Individualvereinbarung auch für sehr lange Zeiträume ausschließen können²². Eine Grenze wird bei einem individuell vereinbarten Kündigungsausschluss nur durch § 138 BGB gesetzt, etwa - wofür im Streitfall allerdings keine Anhaltspunkte bestanden - bei Ausnutzung einer Zwangslage einer Partei oder beim Vorliegen sonstiger Umstände, die der Vereinbarung das Gepräge eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts geben. Die individuelle Vereinbarung eines dauerhaften Ausschlusses der ordentlichen Kündigung ist also grundsätzlich möglich. Es mag allerdings nach Ablauf von 30 Jahren in entsprechender Anwendung des § 544 BGB eine außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

¹⁹ BT-Drucks. 7/3919, S. 15 f.

²⁰ Vgl. BGH NJW-RR 2015, 738 Rn. 14

²¹ BGH NJW 2016, 1230 Rn. 24; BGHZ 184, 259 Rn. 11f, 18

²² vgl. BGH NJW 2013, 2820 Rn. 17; NJW 2011, 59 Rn. 25; NJW 2004, 1448 unter II 1

möglich sein²³, die auch nicht auf den ersten möglichen Termin nach diesem Zeitablauf beschränkt ist²⁴.

Ergänzend hat der Senat noch Anlass zu folgendem Hinweis gesehen: Selbst wenn der dauerhafte Ausschluss der ordentlichen Kündigung hier eine von der ursprünglichen Vermieterin gestellte und wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung gewesen wäre, dürfte dem Kläger eine ordentliche Kündigung wegen Eigenbedarfs verwehrt sein. Denn die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen soll (nur) den Vertragspartner des Verwenders vor einer unangemessenen Benachteiligung durch missbräuchliche Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht schützen²⁵. Will der Vertragspartner des Verwenders die unwirksamen Geschäftsbedingungen uneingeschränkt gegen sich gelten lassen, kann es dem Verwender nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen. Diese Voraussetzung dürfte im Streitfall vorgelegen haben, da die Beklagten - soweit ersichtlich - von Anfang deutlich gemacht haben, dass sie sich an dem beiderseitigen dauerhaften Kündigungsausschluss festhalten lassen wollten.

IV. Gehörsverletzung durch übertriebene Anforderungen an die Substantiierung²⁶

Leider kommt es immer wieder vor, dass einzelne Berufungsgerichte – insbesondere bei der Beurteilung von Sachmängeln, auf die der Mieter eine vorgenommene Minderung stützt – die Anforderungen an die Substantiierung derart unrealistisch hoch ansetzen, dass damit eindeutig das rechtliche Gehör des Mieters verletzt wird.²⁷

Besonders schwerwiegend sind derartige Versäumnisse im Räumungsprozess, weil sie dazu führen, dass sehr schnell eine Verurteilung zur Räumung erfolgt, ohne dass die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen getroffen wären.

Ein besonders krasses Beispiel ist das dem hier dargestellten Beschluss des Senats zugrunde liegende Berufungsurteil.

Der Mieter hatte – schon in der ersten Instanz – die von ihm behaupteten gravierenden Mängel in einer Weise beschrieben, die hinsichtlich der Substantiierung eigentlich nicht mehr steigerungsfähig war („infolge Baumängeln durchfeuchtetes Mauerwerk undichtes Dach mit der Folge, dass Wasser die Wände herunterläuft und vom Dach auf den Herd tropft, infolgedessen großflächiger Schimmelpilzbefall, braunes Wasser aus der Trinkwasserleitung usw...“).

Das Berufungsgericht sah den Vortrag des Mieters als unsubstantiiert und deshalb unbeachtlich an und verurteilte ihn zur Räumung, ohne die beantragte

²³ Dazu OLG Karlsruhe, ZMR 2008 533; LG Berlin, GE 1992, 151; vgl. auch OLG Hamm NZM 1999, 753) und in der Literatur (Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 544 Rn. 4; Staudinger/V. Emmerich, BGB, Neubearb. 2018, § 544 Rn. 6; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 13. Aufl., § 544 BGB Rn. 11; MünchKommBGB/Bieber 7. Aufl., § 544 Rn. 5

²⁴ vgl. dazu BGHZ 117, 236, 239

²⁵ BGH, NZM 2017, 759 Rn. 19 mwN.

²⁶ BGH NZM 2018, 442

²⁷ Vgl. nur BGH NJW 2012, 382 Rn. 14; 1647 Rn. 16, NJW-RR 2015, 910 Rn20; 2016, 1291

Beweisaufnahme durchzuführen oder sich auch nur durch einen Ortstermin ein Bild von der Sache zu machen. Der PKH-Antrag des Instanzbevollmächtigten des Mieters führte zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Nichtzulassungsbeschwerde durch den Senat unter Beiordnung eines BGH-Anwaltes und nach Begründung des Beschwerde zur Aufhebung des Berufungsurteils durch Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere Kammer des Berufungsgerichts.