

# Minol Fachtagung

## 2010

### Haftungsquellen des Verwalters bei der Vermietung von Wohnraum

Rechtsanwalt Heinz G. Schultze  
Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## A) Vorbemerkungen

Ein Immobilienverwalter kann Gebrauchtwagenverkäufer und Grundstückshändler um ihre Rechtsprobleme nur beneiden. Der eine kennt vornehmlich keine rechtlichen, sondern nur technische Probleme, der andere gibt seine rechtlichen Probleme beim Notar ab. Die Fülle an Haftungsquellen für den Immobilienverwalter bei der Vermietung von Wohnraum ist riesig und kaum im heutigen Vortrag zu fassen. Wir wollen dennoch versuchen, uns strukturiert den Problemen zu nähern und wenigstens naheliegende Problemlagen und Lösungsmöglichkeiten erörtern. Um eines gleich vorweg zu nehmen. Die im Schreibwarenhandel erhältlichen Mietvertragsformulare können nicht weiterhelfen. Sie leiden zu aller erst an dem Manko, dass sie nicht erkennen lassen, wann Redaktionsschluss war. Denn nur so könnte man erkennen, welcher Rechtszustand abgebildet wird und ob das Vertragsmuster überhaupt noch verwendbar ist. Deutlich besser sind insoweit die Verträge der regionalen Haus- und Grund-Niederlassungen, die jedoch nicht unbeschränkt zugänglich sind. Mitunter wird der Vermieter Mitglied im Verein sein und entsprechende Verträge stellen können. Das hilft dem Verwalter indessen auch nur eingeschränkt weiter, weil er auch hier mitunter nicht erkennen kann, wie aktuell der Vertrag ist.

Neben diesen Kalamitäten hinsichtlich des Vertragsmusters gibt es zahlreiche andere Haftungsquellen durch Missverständnisse oder Fehleinschätzungen, mit denen sich der Immobilienverwalter auseinandersetzen muss. Hier sind häufig ganz einfache Organisationsänderungen notwendig, um die Fehler zu vermeiden. Manche Fehler muss man erst gemacht haben, um die Gefahren zu erkennen. In der Summe nennt man das dann Erfahrung. Auch mit diesen beinahe unjuristischen Problemen werden wir uns hier und da auseinandersetzen.

Nachfolgend beschäftigen wir uns chronologisch mit den auftretenden Haftungsquellen, beginnen also mit der Vermietung, gehen weiter zum Mietvertrag und kümmern uns schließlich um die laufende Vertragsabwicklung.

Der Miet-Verwalter schließt einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag mit größtenteils dienstvertraglichen Charakter<sup>1</sup>, §§ 675, 611 BGB. Der Verwalter haftet nach allgemeinen Regeln für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben, mithin für jede Form der Fahrlässigkeit, §§ 275, 278 BGB. Als Haftungsmaßstab wird die Sorgfalt eines erfahrenen und fachkundigen Kaufmanns der Wohnungswirtschaft angesetzt<sup>2</sup>.

Der Vermieter kommt für eigene Pflichtverletzungen gegenüber seinem Mieter in die Haftung. Er muss sich über § 278 BGB das Verschulden seines Immobilienverwalters<sup>3</sup> und seines Hauswarts<sup>4</sup> zurechnen lassen. Er kann dann seinerseits Rückgriff beim Verwalter nehmen, der für seine Pflichtwidrigkeiten nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB einzustehen hat. Den Verwalter können aber auch unmittelbar Haftungen, etwa aus Delikt (§ 823 Abs. 1 BGB) oder aus der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens bei der Vertragsanbahnung nach § 311 BGB treffen<sup>5</sup>. Schließlich läuft er Gefahr in die Haftung zu kommen, weil seinem Auftraggeber selbst Vermögensschäden erwachsen, etwa weil es Verwalter versäumt hat, für eine Hemmung der

---

<sup>1</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.2.2004, 8 U 102/03, IBR-Online

<sup>2</sup> Bub, NZM 2000, 1202

<sup>3</sup> BGH NJW 1968, 1323

<sup>4</sup> RGZ 103, 143

<sup>5</sup> BGH NJW 1997, 1233

Verjährung (z.B. bei der kurzen Verjährung nach § 548 BGB durch Klageeinreichung) und natürlich auch anschließenden Forderungsdurchsetzung Sorge zu tragen.

## B) Vertragsanbahnung und Vertragsschluss

Die ersten Rechtsprobleme und Rechtsstreitigkeiten beginnen schon vor weit vor dem Vertragsschluss mit dem Mieter. Häufig ist die Wohnung noch nicht vermietet und der Eigentümer beauftragt den Verwalter auch mit der Suche nach einem Mieter. Insoweit gibt es einige Besonderheiten zu beachten.

### I. WohnungvermittlG

#### 1. Erlaubnispflicht

Nach § 34 c GewO benötigt jeder, der gewerbsmäßig Wohnraum vermittelt oder nachweist einer Erlaubnis. Die Makler- und Bauträgerverordnung, die auf der Grundlage der Gewerbeordnung erlassen wurde, regelt die Einzelheiten der Erlaubnispflicht. Fehlt diese Erlaubnis, führt dies nicht zur Unwirksamkeit des Maklervertrages<sup>6</sup>.

#### 2. Zulässige Vereinbarung

Der Verwalter von Wohn- oder Gewerberäumen ist nicht den Beschränkungen der Makler- und Bauträgerverordnung unterworfen, § 1 Nr. 2 MaBV. Der Sondereigentums- oder Globalverwalter kann sich im Gegenzug aber auch keine Maklerprovision verdienen, wenn er für den Eigentümer Mietinteressenten nachweist oder den Vertragsschluss vermittelt. Das Wohnungsvermittlungsgesetz verbietet dies. Jede zuwiderlaufende Vereinbarung ist unwirksam, § 2 Abs. 5 WoVermittG. Eine vereinbarte und vom Mieter oder Vermieter bezahlte Provision kann nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften zurückgefordert werden, § 5 WoVermittG<sup>7</sup>.

Den WEG-Verwalter, der nicht auch zugleich Sondereigentumsverwalter ist, trifft das Verbot nicht<sup>8</sup>. Der Makler verliert seinen Honoraranspruch aber bereits dann, wenn ein Mitarbeiter von ihm die Wohnungsverwaltung übernimmt<sup>9</sup>.

Auch der WEG-Verwalter oder Makler, der Serviceleistungen übernimmt, die Elemente der klassischen Sondereigentumsverwaltung erhalten, kann seinen Provisionsanspruch gefährden<sup>10</sup>. Die Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> BGHZ 78,269

<sup>7</sup> Auch ein von § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen (BGH NJW 1981, 652) ist daher nicht möglich.

<sup>8</sup> BGH NJW 2003, 1393

<sup>9</sup> BGH NJW 2004, 286

<sup>10</sup> AG Berlin-Charlottenburg, ZMR 2006, 52, LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 235

<sup>11</sup> a.A.: LG Hamburg NJW 1997, 2827 (unschädlich: Übersenden Heizkostenabrechnung, Reparatur Tür), vgl. zusammenfassend: Gethge: NJW 1997, 2800

## II. SE-Verwaltervertrag

Der SE-Verwaltervertrag ist ein gemischt-typischer Vertrag. Es gibt nicht wie beim WEG-Verwalter ein gesetzliches Leitbild. Vereinzelt hat sich dünne Rechtsprechung herausgebildet<sup>12</sup>, welche Pflichten der Eigentumsverwalter zu erfüllen hat.

Es ist daher zu empfehlen, die Pflichten und Aufgaben des Verwalters ebenso deutlich zu formulieren, wie die nicht übernommenen Aufgaben:

1. Abschluss von Mietverträgen
2. Einzug der Mieten und Titulierung
3. Erstellen der Betriebskostenabrechnungen
4. Bearbeiten von Mietmängelrügen des Mieters
5. Organisieren von Mangelbehebungen (Reparaturen)
6. Kündigungen (Zahlungsverzug) erklären
7. Mieterhöhungen – Mietspiegel
8. Mieterhöhungen – Modernisierung
9. Hinweis auf Mängel an der Mietsache
10. Organisation und Überwachung Verkehrssicherung
11. Vermittlung des Zahlungsverkehrs
12. Teilnahme an Wohnungseigentümersammlungen
13. Sonstiges (Versicherung)

So kann der Neuabschluss von Mietverträgen und die Suche von Mietern – einschließlich Ersatz der Werbeaufwendungen - ausdrücklich mit im Vertrag geregelt werden oder ausdrücklich ausgeschlossen werden. Häufig ist auch geregelt, dass der Verwalter nur die Zusammenarbeit mit den zu Lasten des Vermieters beauftragten Makler organisiert und den Vertragsschluss herbeiführt.

## III. AGG

Das AGG – das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz trat am 18.8.06 bzw. 1.12.2006 in Kraft<sup>13</sup>. Es ist auch für die Vermietung von Wohnraum anwendbar, § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG. Es wird gemäß § 19 AGG zwischen Massengeschäften und Individualgeschäften differenziert. Bei der Vermietung von Wohnraum wird ein Massengeschäft angenommen, wenn der Vermieter 50 und mehr Wohnungen vermietet. Der mögliche Diskriminierungsbereich ist hier weiter als bei den Individualgeschäften. Bei den Massengeschäften ist eine Benachteiligung wegen:

- **der Rasse**
- **der ethnischen Herkunft**
- des Geschlechts
- der Religion
- einer Behinderung
- des Alters oder

<sup>12</sup> Haftung für unwirksame Schönheitsreparaturklausel: KG Berlin ZMR 2007, 692; Pflicht zur Mieterhöhung: OLG Saarbrücken, NZM 2006, 878, Auf Mängel hinweisen: BGH NJW 1998, 680

<sup>13</sup> ZIV 2006, 58

- der sexuellen Orientierung

bei der Begründung, Durchführung oder Beendigung unzulässig. Liegt kein Massengeschäft vor, greift nur ein Diskriminierungsverbot wegen

- **der Rasse und**
- **der ethnischen Herkunft**

ein, § 19 Abs. 2 AGG. Verstöße begründen sowohl Unterlassungs- als auch Schadensersatzansprüche, § 21 AGG.

Ungeachtet dessen gestattet § 19 Abs. 3 AGG ausdrücklich eine Differenzierung bei der Vermietung von Wohnraum, um

- stabile Bewohnerstrukturen
- ausgewogene Siedlungsstrukturen sowie
- ausgeglichene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Verhältnisse

zu erhalten oder zu schaffen. Die Gestaltungsspielräume sind daher recht groß. Die Gefahren, die für den Verwalter bei der Vermietung<sup>14</sup> heraufbeschworen wurden, scheinen sich nur sehr zurückhaltend zu realisieren. Dennoch hat es einen Verwalter getroffen. Die viel beachtete Entscheidung des LG Aachen vom 17.3.2009<sup>15</sup>, wonach der richtige Beklagte nicht der Wohnungsverwalter, sondern der Vermieter sei, wurde jedenfalls vom OLG Köln<sup>16</sup> mit Urteil vom 19.1.2010 aufgehoben und der Verwalter zu Zahlung von 5.065,00 € Schadensersatz verurteilt.

#### **IV. Vorvermieterbescheinigung und falsche Mieterselbstauskunft**

Es ist zulässig eine Vorvermieterbescheinigung zu verlangen, aus der sich ergibt, dass der Mieter keine Mietschulden hinterlassen hat. Das Beibringen kann für den Mieter indessen Probleme bereiten, weil er keinen Anspruch auf Erteilung der Vorvermieterbescheinigung hat<sup>17</sup>.

Der Vermieter darf im Rahmen der Vertragsanbahnung auch bonitätsrelevante Fragen stellen, etwa nach dem Beruf und dem Einkommen. Macht der Mieter vorsätzliche Falschangaben, berechtigt dies zur fristlosen Kündigung bzw. zu Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung<sup>18</sup>.

Unterlässt der Immobilienverwalter eine bonitätsrelevante Prüfung und führt dies zu einer Schädigung des Vermieters (hier: Arbeitslosengeldbezieher und Betrüger), dann haftet er auf den Schadensersatz<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Münchener Merkur vom 25.7.2006, Hallo Nr. 30 vom 27.7.2006

<sup>15</sup> LG Aachen, ZMR 2009, 685

<sup>16</sup> OLG Köln, Urteil vom 19.1.2010, Az. 24 U 51/09

<sup>17</sup> BGH-Urteil vom 30.9.2009, VIII ZR 238/08

<sup>18</sup> LG München I, WUM 2009, 348

<sup>19</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.2.04, 8 U 102/03, IBR-Online

## V. Mietvertrag

Der Mietverwalter hat als vertragliche Nebenpflicht seinen Vertragspartner zu beraten. Er darf keine Mietverträge mit unwirksamen Vertragsklauseln verwenden<sup>20</sup>, die dem Vermieter schaden können. Schäden, für die der Verwalter nach §§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB einzustehen hat, können dem Vermieter aber auch entstehen, indem der Verwalter Vertragsmuster verwendet, die lückenhaft sind. Zu denken ist etwa an eine eingeschränkte Kostenumlage bei Betriebskosten.

Der Verwalter muss sich daher mit den wesentlichen rechtlichen Eckwerten auskennen, um – selbst verwendete oder vorgelegte - Mietverträge zumindest cursorisch zu prüfen.

### 1. Vertragspartner

Auf die vollständige Bezeichnung der Vertragspartner sollte geachtet werden. Ein Blick in die Ausweispapiere erlaubt eine genaue Identifikation und macht es Mietnomaden schwerer. Es können hier die letzte gemeldete Adresse abgeglichen und Geburtstag- und Geburtsort für die Mieterakte erfaßt werden. Das erlaubt bei später ggf. erforderlich werdenden Ermittlungen in Registern und Auskunfteien eine leichtere und eine eindeutige Identifikation der Mieter.

Der Vermieter hat ein Interesse daran zu erfahren, wer Vertragspartner wird. Er hat auch ein rechtliches Interesse daran, dass möglichst viele Personen, die einziehen auch Vertragspartner werden. Zum einen werden sie Schuldner des Mietzinsanspruches; zum anderen kennt man die Personen, die in einer Räumungsklage mit aufzunehmen sind, damit sie geräumt werden können.

Es gibt zwei Stellen im Mietvertrag, die eine Identifikation der Mieterpartei erlauben: das Vertragsrubrum auf Seite 1 und die Unterschriften auf der letzten Seite. Mitunter fallen die Angaben des Rubrums und die unterzeichnenden Personen auseinander.

Bei Eheleuten (und wohl auch eingetragenen Lebenspartnerschaften) werden beide Vertragsparteien, wenn sie beide im Rubrum benannt sind, aber nur einer unterzeichnet<sup>21</sup>. Ist umgekehrt nur ein Ehegatte im Rubrum benannt und unterzeichnen beide, ist nur der Ehegatte im Rubrum Vertragspartei<sup>22</sup>.

Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Wohngemeinschaften sind nur im Innenverhältnis eine GbR. Mietvertragspartei ist mithin jeder einzelne Mitwohngenosse. Die Kündigung eines einzelnen Mieters ist nicht möglich. Die Regel lautet auch hier: alle einseitigen Rechtsgeschäfte sind von allen Mietern an alle Vermieter zu erklären<sup>23</sup>.

Der Räumungstitel gegen nur einen Ehegatten kann nicht auch gegen den anderen Ehegatten verwendet werden<sup>24</sup>. Das gilt auch für den nichtehelichen Lebenspartner als Mieter<sup>25</sup>. Der nach Vertragsschluss aufgenommene Lebenspartner ist nur dann im Räumungsrechtsstreit mit

<sup>20</sup> Zur Haftung wegen Verwendung einer nichtigen Schönheitsreparaturklausel KG Berlin, Urteil vom 13.10.06, ZMR 2007, 692

<sup>21</sup> OLG Schleswig ZMR 1993, 70, OLG Oldenburg, MDR 1991, 969

<sup>22</sup> KG Berlin, GE 1988, 103, OLG Frankfurt/Main ZMR 1970, 177

<sup>23</sup> LG Duisburg geht im Urteil vom 7.10.1197 (ZMR 1998, 96) von einer automatischen Enthaltung des ausziehenden Mieters aus – die Entscheidung ist m.E. rechtlich nicht zutreffend

<sup>24</sup> BGHZ 159, 383

<sup>25</sup> BGH Urteil vom 19.3.08, I ZB 56/07

aufzunehmen, wenn dem Vermieter der Mitbesitz an der Wohnung (Einzug) mitgeteilt wurde. Für die Räumung der Kinder, auch wenn sie zwischenzeitlich volljährig geworden sein sollten, besteht kein Erfordernis der Benennung im Titel. Sie haben kein eigenständiges Besitzrecht gegenüber dem Vermieter<sup>26</sup>.

Die wechselseitige Bevollmächtigung im Mietvertrag, einseitige Willenserklärungen entgegen zu nehmen (Kündigungen) ist rechtlich zulässig<sup>27</sup>.

Bezüglich des Vermieters sollte dieser und nicht der Verwalter benannt werden, will dieser nicht Gefahr laufen, vom Mieter zu Recht als Vertragspartei behandelt zu werden<sup>28</sup>.

## 2. Vertragsgegenstand

### a) Bezeichnung des Vertragsgegenstandes

Bei der Bezeichnung des Vertragsgegenstandes können vor allem bei der räumlichen Orientierung im Hause Probleme auftauchen. Gerade bei mehrstöckigen Miethäusern gibt es Missverständnisse, weil es keine einheitliche Handhabe gibt, wie man die Wohnungen bezeichnet. Die eine Gruppe „A“ stellt sich vor das Haus und teilt ein: EG-links, EG-Mitte, EG-rechts, 1. OG-links usw. usf. Die andere Gruppe „B“ geht die Treppe nach oben und beurteilt links und rechts danach, wo sich die die Wohnungseingangstüren befinden, wenn sie davor stehen.

Diese Differenzen können zu mannigfachen Problemen führen. Es kann zu Doppelvermietungen kommen und auch Abrechnungsprobleme entstehen. Nimmt etwa der eine Verwalter die Orientierung nach Variante „A“ vor und der andere nach „B“ werden möglicherweise die Stromzähler im Keller falsch zugeordnet und die Abrechnungen der Stadtwerke gelangen zu den falschen Mietern. Das fällt dann möglicherweise erst viel später auf, etwa wenn ein Mieter wegen Leerstandes einer anderen Wohnung gar nichts mehr bezahlen muss.

Bei der Doppelvermietung gilt nicht der Prioritätsgrundsatz, es sei denn, einer Partei wurde die Wohnung bereits übergeben. Im Übrigen hat der Vermieter die Wahl, wem er die Wohnung geben möchte und wem er Schadensersatz leisten will<sup>29</sup>.

Schließlich wird es möglicherweise für staatliche Organe schwierig, sich zu orientieren. Wird etwa dem Anwalt der Auftrag für eine Räumungsklage erteilt, verlässt sich dieser auf die Bezeichnung im Mietvertrag. Eine Überprüfung vor Ort findet nicht statt. Gleiches gilt für den Richter. Der Fehler fällt dann ggf. erst auf, wenn der Gerichtsvollzieher räumen will, die Wohnung aber nicht findet<sup>30</sup>. Die Gerichtsvollzieher gehen hier mitunter auch großzügig vor; verlassen kann man sich hierauf nicht. Zu denken ist auch an echte Problemimmobilien, bei denen ein Flur mit über 30 Einheiten über mehrere Hausteile geht, sich die Zuordnung der Wohnungen zum Treppenhaus ändert und die

<sup>26</sup> BGH Urteil vom 19.3.08, I ZB 56/07

<sup>27</sup> BGHZ 136, 314

<sup>28</sup> LG Berlin, Urteil vom 3.11.1986, ZMR 1987, 96

<sup>29</sup> OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 77, OLG Schleswig, MDR 2000, 1428, KG NZM 2007, 518

<sup>30</sup> Vielfach dürften auch die nicht seltenen Fehler der Polizei (SEK) beim Stürmen von Wohnungen auf die ungenauen Bezeichnung zurück zu führen sein (vgl. Focus Online vom 26.11.2001: Die Tücken der Routine, Leipziger Volkszeitung vom 21.9.2010)

Straßenbezeichnung damit wechselt und die Wohnungszählung von vorne beginnt (und damit auch die Orientierung von links auf rechts im selben Flur wechselt), die Mieter die Wohnungsnummern abknibbeln und keine Namensschilder anbringen oder sie entfernen. Hier ist Phantasie gefragt, um eine rechtssichere Zuordnung zu ermöglichen.

#### **b) Keller /Boden**

Erwähnt sei auch der häufige Streit, welcher Keller zu welcher Wohnung gehört. Eine Bezeichnung im Mietvertrag erfolgt regelmäßig nicht und wenn sie erfolgt, sind die Kellerabteile im Keller nicht individualisiert (z.B. nummeriert), so dass vor allem (volle) Keller ohne Verantwortlichkeiten entstehen. Auch Mietstreitigkeiten wegen feuchter Keller nehmen hier nicht selten ihre Ausgangslage. Es ist daher insoweit zu empfehlen, die Keller ausdrücklich nicht mit zu vermieten, sondern eine jederzeit widerrufliche Nutzung zuzulassen.

#### **c) Beschreibung (Fläche)**

Soweit eine Fläche angegeben ist, hat diese zumindest bis auf 10% richtig zu sein; sonst liegt ein Mangel vor<sup>31</sup>. Die berechnungsmäßig zu viel bezahlte Miete kann der Mieter zurückfordern und das Mietverhältnis fristlos kündigen<sup>32</sup>. Die Rechtsprechung findet auch bei der Berechnung von Mieterhöhungen Anwendung<sup>33</sup> und gilt auch für die Berechnung nach dem Verteilungsschlüssel „Fläche“ bei den Betriebskosten<sup>34</sup>.

### **3. Mietsache und Mietzweck**

Der Mietzweck ist verantwortlich für die Abgrenzung von Wohnraummiete und Geschäftsraummiete. Es kommt nicht auf die spätere Nutzung an. Bei der gewerblichen Zwischenmiete (§ 565 BGB) werden die Räume letztlich zu Wohnzwecken genutzt. Das Vertragsverhältnis zum gewerblichen Zwischenmieter ist aber Gewerberaummieter.

Wird eine Einheit gemischt (Mischmietverhältnis) genutzt, kommt es auf den Schwerpunkt der Nutzung für die Qualifizierung des Vertragstyps an<sup>35</sup>. Ist der Vertragszweck festgelegt, kann auch bestimmt werden, ob eine vertragszweckwidrige Nutzung vorliegt.

Hier drohen für den Verwalter vor allem dann Haftungen, wenn ein Mischmietverhältnis falsch qualifiziert wird. Wird das Mietverhältnis fälschlicherweise für eine Gewerberaummietverhältnis gehalten, wird möglicherweise die Ausschlussfrist für die Betriebskostenabrechnung (§ 556 Abs. 3 BGB) nicht beachtet oder Kündigungsfristen falsch berechnet. Umgekehrt kann die unrichtige Qualifizierung als Wohnraummietverhältnis einen Beratungsfehler darstellen, weil sonst umlegbare Verwaltungskostenanteile keinen Einzug in das Vertragswerk fanden.

<sup>31</sup> BGH-Urteil vom 24.3.2004, VIII ZR 295/03; BGH-Urteil vom 23.5.07, VIII ZR 231/06;

<sup>32</sup> BGH-Urteil vom 29.4.2009, VIII ZR 142/08

<sup>33</sup> BGH-Urteil vom 8.7.2009, VIII ZR 205/09

<sup>34</sup> BGH-Urteil vom 31.10.2007, VIII ZR 261/06

<sup>35</sup> BGH-Urteil vom 16.4.1986, NJW-RR 1986, 877



#### 4. Nettokaltmiete

Die möglichen Haftungen liegen hier vor allem im Bereich einer unangemessen hohen Miete unter Ausnutzung von Wohnraumknappheit. Liegt sie über 20% vergleichbarer Räume, kann eine Ordnungswidrigkeit nach § 5 Wirtschaftsstrafgesetz (WiStG) vorliegen, die mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 € geahndet werden kann.

Entfernt sich die Miete noch weiter vom Marktgeschehen, droht Nichtigkeit wegen Wuchers, § 138 BGB. Die Grenze wird hier indessen entgegen der sonstigen Üblichkeit (100%) vom BGH schon bei 50% Marktüberbeteuerung gezogen<sup>36</sup>.

#### 5. Nebenkosten

Bei der Vereinbarung der Nebenkosten gibt es vielfältige Fehlerquellen. Es können daher nur Schwerpunkte beleuchtet werden.

##### a) Umlagevereinbarung (Sonstige Betriebskosten)

Ohne Vereinbarung der Betriebskostenumlage müsste der Mieter mit Ausnahme der warmen Betriebskosten keine Betriebskosten bezahlen<sup>37</sup>. Eine mögliche Falle liegt in der Verwendung von Vertragsmustern, die hinsichtlich der Kosten die gesetzliche Regelung einfach nur wiedergeben. Das ist rechtlich zum einen nicht geboten, weil der BGH für die wirksame Umlage dieser Kosten den Verweis auf die BetrKV genügen lässt<sup>38</sup>. Zum anderen bedarf es eines Abgleichs mit dem aktuellen Text der BetrKV will man vermeiden, dass etwas fehlt.

Bei den Vertragsmustern, die akribisch alle Betriebskosten auflisten findet man auch regelmäßig die Berücksichtigung der „sonstigen Betriebskosten“, was insoweit rechtlich nicht genügt. Die sonstigen Betriebskosten müssen vielmehr ausdrücklich bezeichnet werden<sup>39</sup>. Es ist daher für den Mietverwalter zu empfehlen, bei der Übernahme von Verwaltungsaufträgen standardmäßig für jedes Objekt die anfallenden sonstigen Betriebskosten abzufragen. Die Versäumung der Umlage dieser Kosten im Mietvertrag stellt eine Pflichtverletzung dar, für die der Mietverwalter je nach Mietvertragsdauer ggf. lange einzustehen hat.

Zu den sonstigen Betriebskosten<sup>40</sup>, die auf den Mieter umlegbar sind, zählen:

- Abwasserreinigung,
- Wartung von Abwasser-Rückstausicherungen,
- Wartung von Alarmanlagen,
- Wartung von automatischen Rollläden und Torschließsystemen,
- Wartung von Blitzschutzanlagen,
- Wartung von CO<sub>2</sub>-Warnanlagen in Tiefgaragen,

<sup>36</sup> BGH-Urteil 23.4.1997, NJW 1997, 1845, 1846

<sup>37</sup> BGH-Urteil vom 19.7.06, VIII ZR 212/05

<sup>38</sup> BGH-Urteil vom 7.4.2004, VIII ZR 167/03

<sup>39</sup> BGH-Urteil vom 7.4.2004, VIII ZR 167/03 (Dachrinnenreinigung)

<sup>40</sup> Vgl. im Einzelnen m.w.N. aus der Rspr.: Langenberg: Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummierte, 3. A, A III Rz. 139 ff; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten, 9A. Rz. 5410 ff

- Dachrinnenreinigung,
- Dachrinnenbeheizung,
- Ölabscheider bei mitvermieteten Garagen,
- Sicherheitsbeleuchtung für Fluchtwege,
- Wartung (Anstrich, Ölen) von Spielplatzgeräten (soweit nicht schon als Gartenpflegekosten umlegbar),
- Wartung der Löschwasser-Druckerhöhungsanlage;
- Wartung für Rauchabzug
- Wartung der Feuerlöscher,
- Kosten der Betriebsprüfung technischer Einrichtungen,
- Allgemeinstrom (zum Beispiel für das elektrische Rolltor am Grundstückszugang)
- E-Check<sup>41</sup>

### **b) Fernwärme und Wärmecontracting (Nahwärme)**

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>42</sup> genügt die Einbeziehung der novellierten Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung<sup>43</sup> bzw. die Einbeziehung der Betriebskostenverordnung<sup>44</sup> um Fernwärmekosten oder Kosten des Wärmecontractings wirksam umzulegen<sup>45</sup>. Die (vermeintliche) Wiederholung des Gesetzestextes ist daher in Anbetracht von Formulierungsabweichungen mit Vorsicht zu behandeln. Vorzugsweise sollte daher die Variante der einfachen Bezugnahme auf die gesetzliche Regelung Verwendung finden. Dies gilt auch für Mietverträge in einem Haus mit eigener Sammelheizung, da die Beheizungsart möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt geändert werden soll.

Für aktuell abgeschlossene Mietverträge besteht mithin keine Haftungsgefahr, wenn die Belieferungsart gewechselt werden soll. Es ist aber daran zu denken, dass in einem Mietobjekt möglicherweise zahlreiche verschiedene Mietvertragsvarianten existieren. Eine automatische Anpassung an den aktuellen Rechtszustand findet nicht statt. Soll die Belieferungsart gewechselt werden, muss ggf. mit einzelnen Mietern eine gesonderte Vereinbarung geschlossen werden; andernfalls ist das Projekt nicht umsetzbar.

### **c) Höhe der Vorauszahlungen**

Der Vermieter muss die Höhe der Vorauszahlungen nicht an den voraussichtlichen Kosten orientieren und angemessen im Mietvertrag ausweisen. Selbst eine erheblich zu niedrige Vorauszahlung von unter 50% der tatsächlichen Kosten erklärte der BGH im Urteil vom 11.2.04 als rechtlich unbeachtlich<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> BGH-Urteil vom 14.2.2007, VIII ZR 123/06

<sup>42</sup> BGH Urteil vom 27.6.2007, VIII ZR 202/06 (NJW 2007, 3060)

<sup>43</sup> Gilt ab 1.3.1989, Novellierung erfolgte durch VO zur Änderung energierechtlicher Vorschriften vom 19.1.1989 (BGBl. I 1989, 109,112)

<sup>44</sup> Gilt ab 1.1.04

<sup>45</sup> Vgl. im Einzelnen: Wärmecontracting im Miet- und WEG-Recht unter [www.Kanzlei-Schultze.de](http://www.Kanzlei-Schultze.de)

<sup>46</sup> BGH Urteil vom 11.2.2004, VIII ZR 195/03

#### d) Abrechnungseinheiten

Mehrere Gebäude können nach der Rechtsprechung des BGH<sup>47</sup> auch unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Abrechnungseinheit zusammen gefasst werden. Rechtlich sicherer ist indessen die ausdrückliche Vereinbarung im Mietvertrag.

#### e) Neue Betriebskosten

Will der Vermieter die Möglichkeit haben, neue Betriebskosten einzuführen, kann er dies nur mit einem entsprechenden Vorbehalt im Mietvertrag. Unerheblich ist dabei, ob die neuen Kosten ohne sein Zutun neu entstehen oder sie auf einer Entscheidung des Vermieters, z.B. eine weitere Versicherung abzuschließen, beruhen<sup>48</sup>.

#### f) Beleuchtung vs. Allgemeinstrom

Nach § 2 Nr. 11 der BetrKV ist nur die Umlage der Kosten für den **Beleuchtungsstrom** gestattet. Will der Vermieter auch den **Allgemeinstrom**<sup>49</sup> in seiner Abrechnung aufnehmen, dann bedarf es der gesonderten Vereinbarung als „Sonstige“ Kostenposition nach Nr. 17.

#### g) Grundsteuer

Nach der Rechtsprechung des BGH gelten für die Umlage von Grundsteuern keine Besonderheiten<sup>50</sup>. D.h. ohne Regelung im Mietvertrag sind die Grundsteuern nach dem Flächenverhältnis der Wohnflächen umzulegen, § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB. Das macht bei der Grundsteuer Mühe, weil die Bescheide von allen Eigentümern im Haus bekannt sein müssen. Eine Regelung, wonach die auf die Einheit entfallende Grundsteuer auf die Einheit voll umgelegt wird, ist daher zu empfehlen (Umlage nach Wohneinheiten).

#### h) Kostenverteilungsschlüssel

Besonders bei Mietverträgen über Wohnungen in WEG-Wohnanlagen besteht ein Bedürfnis der Gleichschaltung der Hausgeld- und Mietnebenkostenabrechnung. Diese Gleichschaltung muss im Einzelnen im Mietvertrag erfolgen. Ein Automatismus dahingehend, dass der Mieter die umlagefähigen Kosten des Wohnungseigentümers in Entsprechung der WEG-Hausgeldabrechnung zu tragen habe, kann formularvertraglich nicht wirksam vereinbart werden<sup>51</sup>.

#### i) Checkliste

Für die Vereinbarung der Mietnebenkosten kann folgende Checkliste verwendet werden:

- Umlagevereinbarung unter Verweis auf die BetrKV
- Bezeichnung der umzulegenden sonstigen Betriebskosten
- Regelung zu neuen Betriebskosten
- Höhe der Vorauszahlungen

<sup>47</sup> BGH Urteil vom 20.7.2005, VIII ZR 371/04

<sup>48</sup> BGH Urteil vom 14.2.2007, VIII ZR 123/06

<sup>49</sup> Z.B.: Pumpenanlagen, Entlüftungsanlagen auf dem Gebäudedach

<sup>50</sup> BGH-Urteil vom 26.5.2004, VIII ZR 169/03

<sup>51</sup> LG Braunschweig NJW-RR 1986, 639, LG Karlsruhe GuT 2002, 177 (Gewerberaum), Riecke, WuM 2003, 309, Nüßlein: Die Divergenzen zwischen Wohnungseigentum und Mietrecht ESWiD Bd. 76, S. 91

- Klärung Umlageschlüssel

## 6. Bezahlung

Es ist dringend zu empfehlen, eine Bankverbindung anzugeben. Der Mieter kann dann nur mit einer Leistung auf dieses Konto erfüllen<sup>52</sup>. Ein mögliches Durcheinander aufgrund der Bezahlung auf ein anderes Konto des Vermieters oder des Verwalters fällt dann dem Mieter zur Last und nicht dem Verwalter bzw. Vermieter.

Einzugsermächtigungen<sup>53</sup> sind im Gegensatz zu Abbuchungsermächtigungen<sup>54</sup> formularvertrag zulässig.

In Altmietverträgen ist die Regelung zu finden, dass der Mieter bis zum 3. Werktag zu bezahlen hat. Dies ist nunmehr in § 556 b Abs. 1 BGB formuliert. Der Sonnabend ist zwar Werktag. Da er aber kein Banktag ist, hat der BGH mit Urteil vom 13.7.2010<sup>55</sup> festgelegt, dass dieser Tag bei der Berechnung der Zahlungsfälligkeit unberücksichtigt zu bleiben hat.

Die gesetzliche bzw. vertragliche Regelung ist in der Praxis unübersichtlich. Mitunter kommt es auf einen Tag an, um Verzug festzustellen und die Voraussetzungen für eine Kündigung zu konstatieren. Bei der Forderungsdurchsetzung bekommt man endlos lange Forderungsaufstellungen im Mahnantrag oder Klage. Eine erhebliche Vereinfachung ergibt sich, wenn der Bezahlttermin einfach auf den 10. des Monats festgesetzt würde.

## 7. Mietbeginn, Kündigungen und Mietende

### a) Mietbeginn

Hier können Störungen entstehen, wenn der Mietbeginn zu einer Zeit eingetragen wird, der ein Vorrichten der Wohnung nicht mehr gestattet oder gar noch in die Mietzeit des Vormieters hineinfällt. Die Schäden, die dem Neumieter hierdurch entstehen (Zusatzkosten für Spedition, Hotel) kann dieser bei seinem neuen Vermieter (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 286 Abs. 1 BGB) geltend machen, der sich wiederum an den Verwalter halten kann, der nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB für diese Schäden einzustehen hat.

### b) Befristung und Kündigungsverzicht

Vom seltenen Fall der Sachbefristung nach § 575 BGB abgesehen sind Befristungen in Mietverträgen seit der Mietrechtsreform zum 1.9.2001 nicht mehr zulässig<sup>56</sup>. Um so mehr erstaunte es, dass der BGH mit Urteil vom 22.12.03 den befristeten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung für

<sup>52</sup> BGH Urteil vom 17.3. 2004, VIII ZR 161/03 (ZIP 2004, 1354, 1355), BGHZ 98, 24; 128, 135

<sup>53</sup> OLG Brandenburg ZMR 2004, 745

<sup>54</sup> LG Köln, WuM 1990, 380

<sup>55</sup> BGH Urteil vom 13.7.2010, VIII ZR 139/09

<sup>56</sup> vormals geregelt in § 564 c Abs. 1 BGB a.F.

zulässig erachtete<sup>57</sup>. Dabei führt er aus, dass die Kündigung nicht auf das Fristende, sondern nach dem Fristende möglich sei.

Der BGH hat im Urteil vom 23.11.05 einschränkend formuliert, dass der Mieter auf sein Recht zur ordentlichen Kündigung verzichten könne, wenn der Ausschluss mit einer zulässigen Staffelmiete (§ 577a BGB) vereinbart wird und die Dauer des Ausschlusses nicht mehr als 4 Jahre seit Abschluss der Staffelmietvereinbarung beträgt<sup>58</sup>.

Diese Rechtsprechung wurde nochmals im Urteil vom 15.7.09 bestätigt. Die Dispositionsfreiheit des Mieters dürfe jedoch nicht unangemessen eingeschränkt werden. Die Einschränkung durch den Kündigungsausschluss müsse durch andere Vorteile im Mietvertrag kompensiert werden. Ein solcher Vorteil könne eine Staffelmietvereinbarung sein<sup>59</sup>.

## 8. Mietsicherheit

Der Vermieter hat nur Anspruch auf Stellung einer Mietsicherheit, wenn sie im Vertrag vereinbart wurde.

### a) Bürgschaftsverpflichtungen

Sie sind grundsätzlich zulässig. Wichtig ist auf die Einhaltung der Schriftform zu achten, § 766 BGB. Die Bürgschaft muss daher handschriftlich vom Bürgen unterzeichnet sein, Gläubiger und Schuldner müssen ebenso benannt sein wie die verbürgte Forderung und der Wille des Bürgen für die Erfüllung dieser Forderung eintreten zu wollen. Zu beachten ist, dass für Banken, die gegen Entgelt Bürgschaften herausgeben (sog. Avale) die Formvorschrift nicht gilt, § 350 HGB.

### b) Kumulationsverbot

Vielfach wird v.a. von Studenten neben der klassischen Kautions eine Bürgschaft von den Eltern verlangt. Dies verstößt i.d.R. gegen das sog. Kumulationsverbot, wonach mehrere Mietsicherheiten die Höchstgrenze von drei Nettokaltmieten nicht übersteigen dürfen, § 551 Abs. 1 BGB.

Die Vereinbarung einer unzulässigen Kautionssumme macht die Vereinbarung nach der Ansicht des BGH<sup>60</sup> indessen nicht insgesamt nichtig (§ 551 Abs. 4 BGB), sondern nur insoweit sie zu hoch ist. Der Sicherungsgeber kann dann Rückgabe der zu viel geleisteten Sicherheit nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften verlangen.

Auch die gesetzwidrige Vereinbarung der Stellung einer Sicherheit vor der Übergabe der Mietsache ist nur insoweit nichtig; die Sicherheitsabrede bleibt im gesetzlich zulässigen Rahmen erhalten<sup>61</sup>. Haftungen für den Verwalter können aber entstehen, wenn er in Verkennung der Rechtslage die Übergabe der Wohnung verweigert, weil er die vorherige Bezahlung der vollen Kautions verlangt. Der Vermieter gerät dann in Verzug, so dass der Mieter seinen Schaden erfolgreich geltend machen kann und zudem den Vertrag fristlos kündigen kann.

<sup>57</sup> BGH-Urteil vom 22.12.03, VIII ZR 81/03

<sup>58</sup> BGH-Urteil vom 23.11.2005, VIII ZR 154/04

<sup>59</sup> BGH-Urteil vom 15.7.09, VIII ZR 307/08

<sup>60</sup> BGH Urteil vom 30.6.2004, VIII ZR 243/03

<sup>61</sup> BGH Urteil vom 30.6.2004, ebenda

## 9. Aufrechnung und Zurückbehaltung

Ein Klausel, die die Aufrechnung und Zurückbehaltung auf anerkannte oder rechtskräftig festgestellte Ansprüche beschränkt, ist nur wirksam, wenn sie die Regelung in § 556b BGB einschränkend berücksichtigt<sup>62</sup>. Danach können Aufrechnung und Zurückbehaltung nicht eingeschränkt werden für Gegenforderungen des Mieters wegen überzahlter Miete nach Mietminderung (§ 536 BGB) sowie Aufwendungs- und Schadensersatz bei Mietmängeln (§ 536a BGB).

## 10. Schönheitsreparaturen

### a) Schönheitsreparaturklauseln

Die Schönheitsreparaturrechtsprechung ist nun gut 6 Jahre alt. Dennoch begegnet man in der Praxis immer noch aktuell verwendeten Vertragsmustern mit unwirksamen Klauseln. Glücklicherweise sind die Klauseln zumeist eindeutig rechtswidrig, so dass eine Einordnung nicht schwer fällt. Das KG Berlin<sup>63</sup> hat letztinstanzlich einer Haftungsklage gegen den Mietverwalter stattgegeben, weil dieser eine unwirksame Schönheitsreparaturklausel bei der Vermietung verwendet hatte und der Mieter am Ende des Mietverhältnisses ohne zu renovieren auszog. Noch schlimmer sind die Fälle, in denen der Mieter in der Wohnung bleibt und den Vermieter in regelmäßigen Abständen auffordert, die Wohnung herzurichten oder Aufwendungsersatz für die durchgeführten Arbeiten verlangt<sup>64</sup>.

Seit dem BGH-Urteil vom 23.6.04 sind starre Schönheitsreparaturklauseln als unwirksam einzustufen<sup>65</sup>. Seither gilt es zu beurteilen, ob eine Klausel eine starre Frist aufweist oder nicht. Die Rechtsentwicklung ist nahezu abgeschlossen. Das kann man hinsichtlich der Abgeltungsklausel nicht behaupten. Der Rechtsprechung fehlt noch etwas Kontur, so dass es mitunter schwer fällt, die in praxi verwendeten Klauseln zu beurteilen. Klar ist, dass Abgeltungsklauseln, die auf eine starre Schönheitsfristenklausel verweisen, unwirksam sind<sup>66</sup>. Das gleiche gilt für Abgeltungsklauseln, die einen eigenen, starren Fristenplan aufstellen<sup>67</sup>.

Die nachfolgenden Tabellen geben einen Überblick über wirksame und unwirksame Schönheitsreparaturklauseln:

### Unwirksame Schönheitsreparaturklauseln

Der Mieter ist verpflichtet, die notwendigen (...) durchzuführen. Es gelten die <b>üblichen Fristen</b> (3, 5, 7 Jahre)	BGH VIII ZR 106/05
Der Mieter ist verpflichtet, (...), wenn erforderlich, <b>mindestens aber</b> in folgenden Zeitintervallen (...)	BGH VIII ZR 361/03
„Bei Auszug ist die Wohnung fachgerecht renoviert gem. Anlage zurückzugeben.“	BGH VIII ZR 316/06
„Der Mieter darf nur mit Zustimmung von der bisherigen Ausführungsart	BH VIII ZR 199/06

<sup>62</sup> OLG München WM 1992, 233, LG Berlin GE 1992, 1217

<sup>63</sup> KG-Urteil vom 13.10.06, ZMR 2007, 692

<sup>64</sup> BGH-Urteil vom 27.5.09, VIII ZR 302/07

<sup>65</sup> BGH-Urteil vom 23.6.2004, VIII ZR 361/03

<sup>66</sup> BGH-Urteil vom 5.4.06, VIII ZR 178/05

<sup>67</sup> BGH-Urteil vom 18.10.06, VIII ZR 52/06

abweichen.“	
Farbvorgaben (Ausn.: sie lassen klar erkennen lassen, dass sie sich nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe beziehen) „Weißen der Decken und Wände“ ist unzulässige Farbvorgabe	BGH VIII ZR 224/07 BGH VIII ZR 344/08
Der Mieter darf die Arbeiten nicht selbst ausführen (unzulässige Beschränkung auf „ausführen lassen“ (Verkappte Fachhandwerkerklausel))	BGH VIII 294/09
Entfernung Alttapeten	BGH VIII ZR 109/05
Überschreitung des Begriffs der Schönheitsreparaturen; Legaldefinition: § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV: <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Tapezieren</li> <li>▪ Anstreichen der Wände und Decken</li> <li>▪ Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren <b>von innen</b></li> </ul> Abziehen Parkett und Neuversiegelung Es fehlt die Einschränkung „von innen“	BGH VIII ZR 210/08  BGH VIII ZR 48/09 BGH VIII ZR 222/09
Kompensation über längere Fristen helfen über unwirksame Klausel nicht hinweg	BGH VIII ZR 360/03
„Regelmäßig alle 3 Jahre erforderlich“ (≠ i.d.R.)	KG WuM 2008, 399
Weiche Fristen: 3,5,7 Jahre: Verlängerung geboten ? „Ob bei neu abzuschließenden Mietverträgen (...) wegen inzwischen verbesserter Dekorationsmaterialien für einzelne oder alle Renovierungsarbeiten längere Fristen geboten sind (...) bedarf keiner Entscheidung. (...) Jedenfalls für in der Vergangenheit geschlossene Mietverträge hält der Senat an seiner Rechtsprechung (...) fest, dass der Fristenplan des Mustermietvertrages (..) zulässig ist“.	BGH VIII ZR 143/06

### Wirksame Schönheitsreparaturklauseln

Keine Fristen, nur: Der <b>Mieter trägt die Kosten</b> der Schönheitsreparaturen	BGH VIII ZR 339/03
Diese Arbeiten sind <b>i.d.R. spätestens</b> nach (...) Jahren zu tätigen	BGH VIII ZR 351/04
<b>Im Allgemeinen</b> werden Schönheitsreparaturen nach (...) Jahren erforderlich	BGH VIII ZR 215/03
Schönheitsreparaturen umfassen auch die Grundreinigung Teppich (Anstelle Streichen des Fußbodens)	BGH VIII ZR 15/07
Starre Fristen + Lässt in besonderen Ausnahmefällen während der Mietzeit der Zustand einzelner Räume der Wohnung eine Verlängerung der nach Abs. 2 vereinbarten Fristen zu oder erfordert er eine Verkürzung, so kann der Vermieter nach billigem Ermessen die Fristen des Planes bezüglich der Durchführung einzelner Schönheitsreparaturen verlängern oder verkürzen.	BGH VIII ZR 48/04
Flexible Endrenovierungsklausel (D.i. Ausführen der fälligen, aber noch nicht durchgeführten Arbeiten zum Ende des Mietverhältnisses)	BGHZ 105, 71

Unwirksame Abgeltungsklauseln sind nicht ganz so haftungsträchtig für den Verwalter, da die Beurteilung mitunter schwer fällt und daher eine vorwerfbare Pflichtwidrigkeit nur bei groben Verstößen zu konstatieren sein wird. Hinzu kommt, dass die möglichen Schadensbeträge geringer ausfallen.

**Checkliste**

- Abwälzung auf den Mieter
- Flexibilisierung
  - Weiche Fristen (i.d.R., im Allgemeinen)
  - Keine uneingeschränkte Endrenovierung
- (keine zu kurzen Fristen (3, 5, 7 **fraglich**; sicherer: 4, 6, 8 ))
- keine gegenständliche Überschreitung (Fenster von Außen, Parkett, Alttapeten)
- Farbvorgabe nur für den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache
- Kein Vorgabe wer die Arbeiten ausführen darf (Fachbetrieb, „ausführen lassen“)

**b) Abgeltungsklauseln**

Kostenvoranschlag eines Fachbetriebes darf nicht als allein verbindlich erklärt werden; Mieter muss eröffnet bleiben, geringere Kosten nachzuweisen	BGHZ 105,71 BGH XIII ZR 143/06
Dem Mieter muss im Vertrag die Möglichkeit eingeräumt werden, die Zahlungsverpflichtung durch „in kostensparender Eigenarbeit“ (Anstreichen) zu entgehen.	BGHZ 105,71 BGH XIII ZR 143/06
Die Wohnung ist renoviert überlassen worden	BGH XIII ZR 143/06
Starre Fristen sind unzulässig	BGH VIII ZR 52/06
Keine Abgeltung für Zeiten unter einem Jahr	Nur Instanzrechtsprechung, z.B. LG Berlin GE 2001, 693, offen gelassen, BGH VIII ZR 106/05, BGHZ 105, 71, 77
Keine Abgeltung von 100% (Grenze wohl 80%)	s.o. „es gilt das übliche“, VIII ZR 106/05
Unzulässig: Verhältnis von Wohndauer und weichen Fristen <b>Entweder:</b> Optischer Abnutzungsgrad/weiche Fristen <b>Oder:</b> Tatsächliche Wohndauer/ voraussichtlicher Renovierungsbedarf nach x Jahren bei diesem Mieter	BGH VIII ZR 143/06

**Checkliste:**

- Keine alleinige Verbindlicherklärung von Kostenvoranschlag
- Abgeltung erst nach 12 Monaten Mietdauer
- Keine Abgeltung von bis zu 100% (81-99%)
- Mieter darf statt Abgeltung Renovierung durchführen
- Keine starren Fristen
- Kein Verhältnis von Wohndauer zu weichen Fristen
- Klausel berücksichtigt individuelles Abnutzungsverhalten von Mieter
  - Abnutzungsgrad zu weichen Fristen
  - Wohndauer zu voraussichtliche Gesamtzeit bis zur Renovierungsbedürftigkeit



### c) Umgang mit unwirksamen Klauseln

Laufende Mietverhältnisse mit unwirksamen Schönheitsreparaturklauseln bergen die größten Risiken. Der BGH hat festgestellt, dass eine kompensatorische Mieterhöhung nicht möglich ist<sup>68</sup>. Ferner besteht ein Bereicherungsanspruch und ggf. auch Schadensersatzansprüche des Mieters, wenn dieser in Unkenntnis der unwirksamen Klausel streicht<sup>69</sup>. Schließlich zieht der Vermieter ggf. eine verlustreiche Feststellungsklage auf sich, wenn er auf die Frage des Mieters, ob die Schönheitsreparaturklausel im Mietvertrag wirksam sei, schweigt<sup>70</sup>. Dies gilt erst Recht, wenn der Verwalter in Vertretung für den Vermieter den Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auffordert, obwohl die Klausel nichtig ist<sup>71</sup>.

Für den Mietverwalter haben sich damit die Reaktionsmöglichkeiten nahezu auf Null reduziert. Er kommt in die Haftung, wenn er eine unwirksame Klausel verwendet<sup>72</sup>. Er kommt ferner über den Vermieter in die Haftung, wenn er in Ansehung einer unwirksamen Klausel den Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auffordert, sich bei Rückfrage ausschweigt oder es geschehen lässt, dass dieser in Unkenntnis streicht. Vom ersten Haftungsfall einmal abgehen, kann er sich bezüglich der weiteren Verfahrensweise nur eine ausdrückliche Freizeichnungs- und Freistellungserklärung vom Vermieter geben lassen. Andernfalls wird man den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses auf die Rechtslage hinweisen müssen, wobei die Haftungsgefahr besteht, die vermeintlich unwirksame Klausel rechtlich falsch eingeschätzt zu haben und dem Vermieter auf die Kosten der Durchführung der Arbeiten zu haften.

### 11. Bagatellschäden (Kleinreparaturklausel)

Es kann nur die Kostenbeteiligung geregelt werden, nicht aber die Durchführung der Reparatur durch den Mieter (Unzulässigkeit von Vornahmeklauseln<sup>73</sup>)

Ferner muss die Klausel sowohl für die einmalige Reparatur als auch für die Summe der Reparaturen im Kalenderjahr eine Grenze vorsehen<sup>74</sup>. Eine Obergrenze von 10% der Jahresnettomiete wird als unangemessen angesehen<sup>75</sup>. Die Praxis handelt üblicherweise mit Wert von 80 € je Einzelfall und 8% der Jahresnettomiete<sup>76</sup>.

Die Beteiligung in Höhe des Höchstbetrages an allen Reparaturen über 80 €, ist unwirksam<sup>77</sup>. Die Klausel darf nur Bauteile einbeziehen, die dem Zugriff des Mieters unterliegen<sup>78</sup>. Die Bauteile sollten benannt sein, um dem Einwand der Intransparenz zu begegnen, der die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge haben kann (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB).

<sup>68</sup> BGH-Urteil vom 9.7.08, VIII ZR 181/07

<sup>69</sup> BGH-Urteil vom 27.5.09, VIII ZR 302/07

<sup>70</sup> BGH-Urteil vom 13.1.2010, VIII ZR 351/08

<sup>71</sup> KG Berlin, Urteil vom 18.5.09 (NJW 2009, 2688)

<sup>72</sup> s.o. KG-Urteil vom 13.10.06, ZMR 2007, 692

<sup>73</sup> BGHZ 118, 194

<sup>74</sup> BGHZ 108, 1

<sup>75</sup> OLG Hamburg, WuM 1991, 385

<sup>76</sup> vgl. im Einzelnen m.w.N. aus der Rechtsprechung Stornel: Mietrecht aktuell, 4. A 2009 II 197

<sup>77</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.6.2002, WuM 2002, 545

<sup>78</sup> BGH NZM 2005, 683

### Checkliste:

- Grenze: 80 € Einzelfall /8% Jahresnettomiete
- Keine Ausführung durch Mieter – nur Kostenbeteiligung
- Keine anteilige Beteiligung an Reparaturen, die teuer sind als 80€
- Bauteile sind häufigen Zugriff des Mieters ausgesetzt
- Bauteile bezeichnen

## **12. Tierhaltung**

Kleintierhaltung ist zulässig. Die Klausel: „Das Halten von Haustieren ist unzulässig“ ist daher unwirksam<sup>79</sup>, weil auch Kleintiere erfasst werden. Ein Genehmigungsvorbehalt, der sich nicht auf Kleintiere bezieht ist ebenso unzulässig<sup>80</sup>.

Bei der Regelung ist eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu beachten. Nach § 242 BGB i.V.m. Art. 3 GG hat der Vermieter die Mieter in Bezug auf die Tierhaltung grundsätzlich gleich zu behandeln. Er kann also nicht dem einen die Hundehaltung gestatten und dem neuen Mieter dagegen verbieten<sup>81</sup>.

## **13. Antennen, Kabel und Parabolantennen**

Es gibt mittlerweile eine ganze Reihe von gerichtlichen Entscheidungen zur Parabolantenne und sonstigen Außenantennen. Das gilt sowohl für den mietrechtlichen Bereich, als auch für den WEG-rechtlichen Bereich. Seit der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung<sup>82</sup> zur verfassungsrechtlichen Gleichstellung von Besitz und Eigentum in Bezug auf Wohnraum wird man die WEG-rechtlichen Entscheidungen jedenfalls auch im Mietbereich berücksichtigen müssen.

Bei der Beurteilung der Einschränkungsmöglichkeiten ist das Interesse des Mieters an Informationsfreiheit (Art. 5 GG) und des Vermieters auf Integrität seines Eigentums (Art. 14 GG) gegeneinander abzuwägen. Dabei ist zu berücksichtigen, ob es bereits einen Kabelanschluss gibt, welche Sender dort eingespeist sind, ob der Mieter ggf. Ausländer ist und ein gesteigertes Informationsinteresse in Bezug auf Heimatsender hat. Beim Vermieter ist die Anbringungsart, die Anbringungsstelle und ggf. ein Denkmalschutz des Gebäudes zu berücksichtigen. Die aktuelle Mietrechtsprechung dürfte im Ergebnis dahingehend zu verstehen sein, dass zumindest bei geringfügiger optischer Beeinträchtigung das Interesse des Mieters überwiegt.<sup>83</sup>

Nach einem BGH Beschluss vom 22.1.04 kann ein ausländischer Mitbürger i.d.R. nicht mehr auf das Angebot von Kabelfernsehen verwiesen werden<sup>84</sup>. Andererseits haben die Wohnungseigentümer

<sup>79</sup> BGH ZMR 1993, 264

<sup>80</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 48

<sup>81</sup> LG Berlin WuM 197,213; LG Freiburg WuM 1986, 247; LG Hamburg, MDR 1982, 146

<sup>82</sup> BVerfG Urteil NJW 1993, 2035

<sup>83</sup> BGH-Urteil vom 16.5.2007, VIII ZR 207/04

<sup>84</sup> BGH-Beschluss vom 22.41.2004, V ZB 51/03

Anspruch darauf zumindest festzulegen, wo die Parabolantenne angebracht wird (Dach anstatt Balkon)<sup>85</sup>.

Für den Formularvertrag ergibt sich hieraus, dass der Ausschluss der Anbringung von Parabolantennen unwirksam ist<sup>86</sup>. Zulässig ist es aber, die Anbringung von Parabolantennen unter Genehmigungsvorbehalt des Vermieters zu stellen, damit dieser die Möglichkeit hat, eine Interessenabwägung (ggf. auch hinsichtlich des Anbringungsortes) vorzunehmen<sup>87</sup>.

#### **14. Verkehrssicherung**

Die Verkehrssicherung, insbesondere durch Reinigung sowie Räumen und Streuen ist zulässig und wirksam. Weitergehende Verkehrssicherungspflichten<sup>88</sup> zu übertragen, sollte besser unterbleiben, da sonst die ganze Klausel als überraschend oder unangemessen und damit unwirksam eingestuft werden könnte.

#### **15. Rückgabe**

Der Ausschluss der Verlängerungsfiktion nach § 568 BGB ist wirksam<sup>89</sup>. Der Widerspruch kann und sollte auch nochmals mit der Kündigung ausgesprochen werden. Die Klausel ist dennoch für den Fall zu empfehlen, dass der Widerspruch in der Kündigung vergessen wird.

Bei Rückgabeklauseln ist vor allem darauf zu achten, dass an dieser Stelle nicht die wirksame Schönheitsreparaturklausel zunichte gemacht wird. Nicht selten findet sich an dieser Stelle die Regelung, dass die Wohnung in frisch renoviertem Zustand wieder zurück zu geben ist. Diese Klausel war sogar schon vor der Zeit der aktuellen Schönheitsreparaturklauselrechtsprechung unwirksam.

Die sogenannten Dübel/Kachel-Regelungen, wie z.B.:

„Der Mieter hat bei Beendigung des Mietverhältnisses Dübeleinschlüsse zu entfernen, Löcher zu versschließen und durchbohrte Kacheln durch gleichwertige zu ersetzen“ ist unwirksam<sup>90</sup>.

#### **16. Mahnpauschle**

Die häufig zu findende Mahnpauschale in Mietverträgen können nur dann wirksam sein, wenn dem Mieter in der Klausel die Möglichkeit eröffnet wird, einen geringeren Schaden als die Pauschale nachzuweisen<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> BGH-Urteil vom 13.11.09, V ZR 10/09

<sup>86</sup> OLG Frankfurt/Main WuM 1992,56 = NJW-RR1992, 396

<sup>87</sup> VerfGH Berlin ZMR 2000, 740

<sup>88</sup> z.B.: Baumbestand im Garten, technische Einrichtungen

<sup>89</sup> BGH WuM 1991, 381

<sup>90</sup> BGH MDR 1993, 39 = ZMR 1993, 264

<sup>91</sup> BGH Urteil vom 23.11.05, VIII ZR 154/04

## 17. Salvatorische Klausel

Papier ist geduldig. Salvatorische Klauseln dienen vor allem dazu einer Hoffnung Ausdruck zu verleihen oder dienen der Beruhigung, der Vertrag sei hierüber jedenfalls „wasserdicht“. Das Gegenteil ist der Fall.

Für den Fall der Unwirksamkeit einer Klausel findet sich häufig eine Regelung, die Einfluss auf die gesetzliche Anordnung in § 139 BGB nehmen soll. Danach ist ein Vertrag unwirksam, wenn ein Teil von seinen Regelungen unwirksam ist, es sei denn, es ist anzunehmen, dass die Vertragsparteien, den Vertrag auch ohne die nichtige Regelung geschlossen hätten. So wird beispielsweise formuliert:

*Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, so soll hierdurch die Gültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen nicht berührt werden.*

Noch mit Urteil vom 8.2.1994<sup>92</sup> erklärte der BGH diese Klauseln für wirksam. Die Rechtsprechung wurde mit Urteil vom 24.9.2002<sup>93</sup> eingeschränkt. Danach ändert eine derartige Klausel nur noch die Darlegungs- und Beweislast. Derjenige, der sich gleichwohl auf die Nichtigkeit des Gesamtgeschäfts in Ansehung von § 139 BGB beruft, hat dies darzulegen und ggf. zu beweisen.

*Sollte der Vertrages eine Regelungslücke enthalten, so soll hierdurch die Gültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen nicht berührt werden.*

Der Fortbestand des Vertrags ist von der Regelungslücke nicht tangiert. Nach der Rechtsprechung ist die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen<sup>94</sup>.

Daneben finden sich sogenannte Ersetzungsklauseln, die eine Regelung für den Fall der Lücke oder der Unwirksamkeit einer Klausel vorsehen.

Ersetzungsklauseln, die vorsehen, dass anstelle einer unwirksamen Regelung, eine andere, ähnliche, aber wirksame Regelung gelten soll, sind unwirksam<sup>95</sup>. Diese Klauseln werden z.B. wie folgt formuliert:

*Anstelle der unwirksamen Bestimmung oder zur Ausfüllung der Lücke soll eine angemessene Regelung gelten, die, soweit rechtlich möglich, dem am nächsten kommt, was die Beteiligten gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck der Vereinbarung gewollt haben würden, sofern sie bei Abschluss der Vereinbarung den Punkt bedacht hätten.*

Eine rechtliche Überlebenschance hätte die Klausel, wenn sie sich auf die Regelungslücke im Vertrag beschränken würde. Sie liefe indessen leer, da die verbleibende Anordnung ohnehin der Spruchpraxis des BGH entspräche.

Auch die Formerhaltungsklausel wie z.B.:

<sup>92</sup> BGH Urteil vom 8.2.1994 (NJW 1994, 1651)

<sup>93</sup> BGH Urteil vom 24.9.2002, KZR 10/01

<sup>94</sup> BGHZ 90, 69, 80; BGHZ 62, 83, 90, BGH Urteil vom 6.11.09, V ZR 63/09

<sup>95</sup> Sog. Ersetzungsklausel; sie ist unwirksam, BGH NJW 1983, 159; BGH Urteil vom 6.4.2005, XII ZR 132/03

*Sofern das Gesetz eine bestimmte Form vorschreibt (§ 550 BGB), verpflichten sich die Parteien zur Nachholung dieser Formerfordernisse, wenn sich nach Unterzeichnung des Vertrages herausstellen sollte, dass die Form nicht eingehalten wurde,*

kann bei Nichteinhaltung der Form in Ansehung der BGH-Rechtsprechung zu ähnlichen Klauseln den Vertrag nicht retten, bzw. für die Nachholung sorgen.

Die sonst übliche Salvatorische Klausel verpflichtet jedenfalls nicht zur Nachholung der Schriftform<sup>96</sup>. Bestätigt wird dies auch durch die ebenfalls unwirksame sogenannte doppelte Schriftformklausel, mit der die Schriftform nur durch schriftliche Vereinbarung abdingbar sein soll<sup>97</sup>.

## **C) Laufende Betreuung des Mietobjekts**

### **I. Übergabe der Mietsache**

#### **1. Übergabeprotokoll zu Beginn des Mietverhältnisses**

Ein Übergabeprotokoll zu Beginn des Mietverhältnisses schafft für den Vermieter erhebliche rechtliche Vorteile. Zum einen kann nachgewiesen werden, wem wann die Mietsache mit wie viel Schlüsseln und mit welchen Zählerständen übergeben wurde.

Es hat zudem die Wirkung einer Beweislastumkehr zu Lasten des Mieters in Bezug auf anfängliche Mängel. Der Vermieter muss in einem Rechtsstreit beweisen, dass der Mangel während der Mietzeit entstanden ist. Kann er ein Übergabe-Protokoll vorlegen, in dem der Mangel nicht vermerkt ist, hat der Mieter zu beweisen, dass der Mangel schon bei Übergabe der Mietsache vorhanden war<sup>98</sup>.

Sind Mängel im Mietprotokoll vermerkt, muss sich der Mieter das Recht auf Mietminderung in Ansehung von § 536 b BGB im Protokoll vorbehalten, will er sein Minderungsrecht insoweit nicht verlieren<sup>99</sup>.

#### **2. Rückgabeprotokoll**

Das Rückgabeprotokoll dient vor allem dazu, die beiderseitigen Ansprüche wegen Beschädigungen der Mietsache zu fixieren. Bei vorbehaltloser Unterzeichnung akzeptiert der Vermieter den Zustand der Mietsache und verzichtet damit auf Schadensersatzansprüche<sup>100</sup>. Ungeklärt ist noch, ob der Ausschluss auch für nicht erkannte oder nicht erkennbare Mängel gilt. Bei Gewerberaum hat der BGH

<sup>96</sup> BGH Urteil vom 25.7.07, XII ZR 143/05

<sup>97</sup> OLG Rostock, Urteil vom 19.5.09 3 U 16/09 (MDR 2010, 22), Offen gelassen, BGH Urteil vom 178.9.09, I ZR 43/07

<sup>98</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.3.03, GE 2003, 1080

<sup>99</sup> LG Hannover, WuM 1986, 311

<sup>100</sup> OLG Celle MDR 1998, 149, LG Braunschweig WuM 1997, 470, LG Hamburg ZMR 1999, 405

entschieden, dass auch Mängel von der Ausschlusswirkung erfasst werden, die nur einem Fachmann erkannt werden könnten<sup>101</sup>.

Bestätigt umgekehrt der Mieter bestimmte Mängel, liegt auch hierin ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis<sup>103</sup>. Der BGH hat in Bezug auf Schönheitsreparaturen ein konstitutives Schuldanerkenntnis gesehen<sup>105</sup>.

### **3. Verjährung**

Nach § 548 BGB verjähren die Schadensersatzansprüche des Vermieters binnen 6 Monaten. Die Frist beginnt mit der Übergabe der Mietsache zu laufen. Das gilt auch dann, wenn die Übergabe bereits vor der Beendigung des Mietverhältnisses erfolgt<sup>106</sup>.

## **II. Laufende Pflichten gegenüber dem Vermieter**

### **1. Mangelverfolgung**

Der Mietverwalter übt auch Obhut über das Mietobjekt aus. Er hat daher Mängel der Mietsache dem Vermieter anzuzeigen. Unterlässt er dies und weiten sich hierdurch die Schäden aus oder verjähren die Gewährleistungsansprüche des Vermieters in Unkenntnis des Mangels<sup>107</sup>, haftet der Verwalter auf Schadensersatz.

### **2. Zahlungsflüsse**

#### **a) Überwachung der Geldeingänge**

Die Überwachung der eingehenden Zahlungen ist ein weiteres Problemfeld für die Immobilienverwalter. Zum einen besteht vor allem bei großen Verwaltungen das Problem, dass eine Wohnung gar nicht als vermietet geführt wird und der Mieter keine Mietzahlungen aufnimmt. In diesem Fall haftet der Verwalter bei Uneinbringlichkeit auf die volle Mietzinszahlung. Es ist daher besonderes Augenmerk auf die Absicherung der Stammdatenerfassung insoweit zu legen. Bei kleineren Verwaltungen ist eher das umgekehrte Problem zu konstatieren. Dort kennt man den Wohnungsmieter noch persönlich und betreut diesen ggf. über viele Jahre. Bei Zahlungsengpässen wird hier oft zu lange ein Auge zugedrückt. Der Vermieter, der möglicherweise auch über längere Monate schweigt, wird ggf. hernach fragen, was man unternommen hat, um die Forderung

<sup>101</sup> BGH Urteil vom 10.11.1982 (NJW 1983, 446, 448)

<sup>102</sup> Das deklaratorische Anerkenntnis soll den Schuldner mit Einwendungen für die Zukunft ausschließen, den anerkannten Anspruch damit endgültig feststellen.

<sup>103</sup> LG Berlin, ZMR 1999, 638

<sup>104</sup> Das konstitutive Anerkenntnis, bringt einen neuen abstrakten Anspruch hervor, der bei Nichtbestand des ihm zugrunde liegenden kausalen Anspruchs nach § 812 BGB wieder heraus verlangt werden kann.

<sup>105</sup> BGH-Urteil vom 25.1.2009, VIII ZR 71/08

<sup>106</sup> BGH-Urteil vom 15.3.2006, VIII ZR 123/05

<sup>107</sup> BGH Urteil vom 20.11.1997 (NJW 1998, 680)

durchzusetzen. Auch hier haftet der Verwalter mit einem Abschlag für die Anfangszeit grundsätzlich auf den vollen Ausfall. Bei Mietzinsverzug ist daher zu empfehlen, sofort den Mieter unter Kündigungsandrohung abzumahnern und den Vermieter in Kenntnis zu setzen. Mit diesem sollte dann auch gleich die Verfahrensweise abgestimmt werden, wenn auch die nächste Miete ausbleibt.

Die Praxis zeigt, dass eine fristlose Kündigung den Spreu vom Weizen trennt. Die einen Mieter nutzen alle ihnen zur Verfügung stehende Möglichkeiten, um den Verzug zu beseitigen. Sie haben es zudem in der Hand, durch die sogenannte Schonfristzahlung (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB) die Kündigung unwirksam werden zu lassen. Die anderen Mieter gehen in Deckung. Bei letzteren ist jedes Zugeständnis und Zuwarten verlorene Zeit und verlorenes Geld.

Soweit Zahlungsflüsse an den Verwalter vorbei direkt an den Vermieter gehen, ist besonderes Augenmerk auf die Abstimmung zu legen. So kommt der Verwalter in die (Mit-)Haftung, wenn der Mieter die Bruttowarmmiete an den Eigentümer bezahlt und der Mietverwalter im langjährigen Mietverhältnis Mieterhöhungen nach § 560 Abs. 1 BGB ausspricht, der Mieter diese aber nicht bezahlt. Ohne Abstimmung zwischen Verwalter und Vermieter fällt dann nicht auf, dass die in den folgenden Betriebskostenabrechnungen eingestellten Vorauszahlungen viel zu hoch sind und so die Abrechnungssalden viel zu klein ausfallen oder sogar Guthaben für den Mieter ausweisen, anstatt Nachzahlungen<sup>108</sup>.

#### **b) Gerichtliche Forderungsdurchsetzung**

Bei der Durchsetzung von Mieten gibt es seit 1.7.08 einen novellierten § 79 ZPO<sup>109</sup>. Seitdem können Mietverwalter keine Mahnbescheide für den Vermieter mehr beantragen. Die Reaktion in der Praxis war unterschiedlich. Ein Teil der Mahnanträge gehen zur Anwaltschaft, ein Teil wird vom Verwalter vorbereitet und dann vom Vermieter nur gegengezeichnet und ein dritter Teil beantragt den Mahnbescheid im eigenen Namen. Hiervon ist aus Haftungsgründen abzuraten. Die Mahnanträge sind nicht nur an sich unbegründet, weil der Verwalter überhaupt nicht Inhaber der Forderung ist. Er ist auch Kostenschuldner für das weitere Verfahren. Das für die Zulässigkeit zu fordernde wirtschaftliche Eigeninteresse des Verwalters wird von der Rechtsprechung nicht anerkannt<sup>110</sup>.

Die möglichen Konsequenzen sind im Mahnverfahren noch relativ kostengünstig. Nach Widerspruch und Abgabe an das Streitgericht bleibt aber der Verwalter Partei des Rechtsstreits. Die Forderung muss abgetreten werden und der Mietverwalter kann nur hoffen, dass ihn die Parteien mit der Bezahlung nicht im Stich lassen. Für rückständige Gerichts- und Gutachterkosten steht er gegenüber der Landesjustizkasse in der Haftung.

#### **c) Insolvenzfeste Verwalterkonten?**

Schon aus der Treuhandstellung heraus wird ein ordentlicher Verwalter die Fremdgelder von den eigenen Geldern getrennt anlegen müssen. Andernfalls verlören die Vermieter im Falle der Verwalterinsolvenz ihre Gelder vollständig<sup>111</sup>. Ob dies auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten

<sup>108</sup> LG Leipzig, Beschluss (§ 522 ZPO) vom 29.6.2010 (2 S 602/09): das Gericht nahm eine Haftung von 20% des Schadens beim Verwalter an; 80 % verblieben beim Vermieter (Entscheidung einsehbar unter [www.verwalterstammtisch.de](http://www.verwalterstammtisch.de))

<sup>109</sup> Vgl. im Einzelnen Dickersbach: Forderungseinzug durch den Haus- bzw. Mietverwalter, NZM 2009, 726

<sup>110</sup> KG NZM 2007, 85

<sup>111</sup> BGH-Urteil vom 24.6.2003, IX ZR 120/02

gelten muss, mag bei Mietverwaltern angesichts des BGH-Urteils vom 2.4.08<sup>112</sup> zu bezweifeln sein. Danach kommt ein Gewerberaumvermieter jedenfalls nicht in den strafbaren Bereich der Untreue, wenn er die Kautions des Gewerbemieters nicht insolvenzfest anlegt, weil dies im Gegensatz zur Wohnraummiete gesetzlich nicht vorgeschrieben sei. Nichts anderes kann für den Mietverwalter zumindest dann gelten, wenn keine entsprechende vertragliche Verpflichtung vorliegt.

### 3. Bk-Abrechnungen<sup>113</sup>

Bei den Betriebskostenabrechnungen besteht die naheliegenste Haftungsgefahr in der Versäumung der Abrechnungsfrist nach § 556 Abs. 3 BGB. Zum einen ist zu beachten, dass im Gegensatz zum WEG bei Mietsachen das Wirtschaftsjahr nicht zwangsläufig das Kalenderjahr ist. Hier besteht eine besondere Haftungsgefahr bei der Übernahme von Neuaufträgen, wenn dieser Umstand nicht geprüft wird.

Besondere Brisanz hat die Fristwahrung durch das BGH-Urteil<sup>114</sup> vom 21.1.09 erhalten. Nach dieser Entscheidung ist die Post Erfüllungshilfe des Vermieters bei der Zustellung der Betriebskostenabrechnungen. Sie ist damit aber auch im Verhältnis Vermieter – Verwalter Erfüllungshilfe des Verwalters. Stellt die Post nicht oder nicht rechtzeitig zu, ist die Frist schuldhaft nicht gewahrt. Damit besteht grundsätzlich eine Haftung des Verwalters<sup>115</sup>.

Eine weitere, weniger bekannte Frist ist die Frist über Nachabrechnungen, wenn Kosten erst nach Ablauf der Rechnungsperiode entstehen und daher nicht mehr in der Frist des § 556 Abs. 3 BGB abgerechnet werden können. Der BGH zieht in diesen Fällen eine Frist von 3 Monaten innerhalb derer die Nachberechnung zu erfolgen hat<sup>116</sup>.

Abrechnungsfristen können unter Beachtung eines vertretbaren Aufwandes auf zweierlei Weise zuverlässig gewahrt werden. Entweder man rechnet sehr früh ab und beobachtet die Nichtzahler aufmerksam und stellt sicherheitshalber nochmals zu oder man stellt über einen Boten selbst zu. Wichtig dabei ist, dass der Bote hernach auch bestätigen kann, was er zugestellt hat. Eine Aktennotiz des Briefeinwurfs auf der jeweiligen Kopie mit Vermerk der Vollständigkeit ist daher zu empfehlen.

Schließlich kann das Haftungsrisiko deutlich vermindert werden, indem man mit jeder Abrechnung die Vorauszahlungshöhe nach § 560 Abs. 4 BGB anpasst<sup>117</sup>. Mit Urteil<sup>118</sup> vom 12.12.07 hat der BGH festgestellt, dass der Nachforderungsausschluss nur die Abrechnungsspitze über die geschuldeten Vorauszahlungen erfasst. Mit dieser Verfahrensweise kann der Verwalter dafür Sorge tragen, dass die Betriebskostenabrechnungen i.d.R. nur geringe Nachforderungen oder sogar Guthaben ausweisen, so dass sich das Haftungsrisiko zumindest betragsmäßig deutlich verkleinert.

<sup>112</sup> BGH-Urteil vom 2.4.08, 5 StR 354/07

<sup>113</sup> vgl. im Einzelnen: Die Erstellung einer ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung unter [www.Kanzlei-Schultze.de](http://www.Kanzlei-Schultze.de)

<sup>114</sup> BGH Urteil vom 21.1.09, VIII ZR 107/08

<sup>115</sup> Siehe zu Zustellproblemen auch unter C II.

<sup>116</sup> BGH-Urteil vom 5.7.06 VIII ZR 220/05

<sup>117</sup> Die Erhöhung muss der Mieter auch bei Streit über die materielle Richtigkeit der Abrechnung zunächst erfüllen, BGH Urteil vom 5.7.06, VIII ZR 145/07

<sup>118</sup> BGH-Urteil vom 12.12.07, VIII ZR 190/06



Ebenfalls leicht vermeidbar sind Haftungen wegen unklarer Verteilungsschlüssel. Nicht erläuterte Verteilungsschlüssel wie HM/HR/WD<sup>119</sup> generieren nichtumlagefähige Kosten<sup>120</sup>.

#### 4. Wirtschaftlichkeitsgebot

Das ökonomische Prinzip hat der Verwalter als Nebenpflicht seines Vertrages zu wahren. Dazu gehört der sparsame Umgang mit den finanziellen Mitteln des Auftraggebers. Dabei kann eine Haftung auch mittelbar entstehen, etwa wenn der Vermieter Betriebskosten nicht vollständig durchsetzen kann, weil der Mieter mit Erfolg rügt, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot missachtet wurde. Dabei ist weder Verwalter noch der Vermieter verpflichtet, stets dem preiswertesten Angebot den Vorzug zu geben. Rechtliche Nachteile wie beispielsweise lange Vertragslaufzeiten können ein zulässiges Argument sein, einen anderen Anbieter zu wählen. Soweit örtliche Betriebskostenspiegel existieren, bieten sie eine Orientierung. Werden deren Mittelsätze überschritten, wird üblicherweise dem Vermieter die Beweislast für die Angemessenheit der Kosten auferlegt<sup>121</sup>.

#### 5. Versicherung

Der Immobilienverwalter ist gehalten, die Immobilien ausreichend zu versichern. Nach den üblichen Versicherungsbedingungen haftet die Vermögensschadenshaftpflicht nicht, wenn Versicherungsverträge nicht, nicht ordnungsgemäß abgeschlossen, erfüllt oder fortgeführt werden. Versäumt der Verwalter also das Haus gegen Feuer zu versichern und brennt es ab, trägt die Berufshaftpflichtversicherung den Feuerschaden nicht. Gleiches gilt, wenn die Beiträge nicht entrichtet werden, wobei wegen versehentlich nicht rechtzeitig bezahlter Beiträge die Versicherung nicht erlischt.

Der Vermögensschadenversicherung übernimmt ferner nicht die Haftung aus wissentlichen Pflichtverstößen gegen Gesetz, Vertrag oder Weisung, wenn hieraus ein Schaden entsteht. Ferner sind Unterschlagungen von Personal und Fehlüberweisungen i.d.R. nicht versichert.

Verletzte Anzeigeobligationen, etwa in Form von Gefahrerhöhungen<sup>122</sup> können ebenso zum Versicherungsverlust führen. Voraussetzung ist aber eine positive Kenntnis, der die Gefahr begründenden Umstände voraussetzt<sup>123</sup>.

Schließlich sind sogenannte Erfüllungssurrogate nicht abgedeckt. Wird die Verwalterabrechnung trotz Fristsetzung nicht überarbeitet und lässt der Eigentümer eine kostenpflichtige Ersatzvornahme durchführen, sind diese Kosten vom Versicherungsschutz nicht umfasst.

<sup>119</sup> HM/HR/WD: Hausmeister/Hausreinigung/Winterdienst

<sup>120</sup> AG Leipzig, Urteil vom 25.8.04, 165 C 12724/03

<sup>121</sup> Urteil des AG Leipzig vom 21.3.03, 18 C 2588/03 – einsehbar unter [www.Verwalterstammtisch.de](http://www.Verwalterstammtisch.de)

<sup>122</sup> z.B.: Das Bewohnen von leer stehenden Häusern durch Obdachlose, weil diese häufig Feuer machen und so Brände fahrlässig verursachen

<sup>123</sup> BGH Urteil vom 30.4.08, IV ZR 227/06

### III. Veränderungen des Mietvertrags (Mieterhöhung)

#### 1. Vergleichsmiete

##### a) Überprüfung

Der Mietverwalter ist verpflichtet, rechtlich zulässige Mieterhöhungen wahrzunehmen<sup>124</sup>. Im Unterlassen dieser Pflicht dürfte die häufigste Haftungsquelle für den Mietverwalter zu sehen sein. Jedenfalls sollte eine Abstimmung mit dem Vermieter erfolgen, der möglicherweise gar keine Mieterhöhung durchsetzen will.

##### b) Erklärung

Weitere Haftungsgefahren lauern bei der Erklärung der Mieterhöhung. Glücklicherweise hat der BGH in den letzten Jahren zahlreiche formale Hürden abgesenkt:

- Indizwirkung von Mietspiegel der Nachbargemeinde<sup>125</sup>
- Keine individuellen Gutachten erforderlich; Wohnungstypengutachten genügend<sup>126</sup>
- Korrektur im Mietprozess auch ohne erneute Wartefrist<sup>127</sup>
- Angebot zur Einsichtnahme in Mietspiegel genügt<sup>128</sup>
- Mieterhöhung bis zum oberen Mietwert auch bei Sachverständigengutachten<sup>129</sup>
- Mietspiegel für Wohnungen auch für Einfamilienhaus nutzbar<sup>130</sup>
- Eingruppierung in Mietspiegelfeld genügt für Begründung der Mieterhöhung<sup>131</sup>

Es gibt aber immer noch genügend Fehlermöglichkeiten, die verbleiben<sup>132</sup>, auch wenn man über die Richtigkeit der gerichtlichen Beurteilung insoweit geteilter Auffassung sein kann.

Die Überwachung des Zugangs der Erklärung der Mieterhöhungserklärung weist hier die zusätzliche Besonderheit auf, dass nicht nur das „ob“, sondern auch das „wann“ von rechtlicher Tragweite ist, weil hieran weitere Fristen anknüpfen.

##### c) Weiteres Verfahren

Der Mieter kann binnen 2 Kalendermonaten nach dem Zugangsmonat der Erhöhungserklärung seine Zustimmung erklären. Erklärt er sie nicht, kann der Vermieter klagen. Die Klage muss binnen weiterer drei Monate erhoben werden; andernfalls ist die Mieterhöhung wirkungslos, § 558 b Abs. 2 BGB. Die beiden Fristen hat der Verwalter zumindest bis zur Übergabe an den Anwalt zu überwachen.

<sup>124</sup> OLG Saarbrücken, Urteil 8.3.2006 (NZM 2006, 878)

<sup>125</sup> BGH-Urteil vom 16.6.2010, VIII ZR 99/09

<sup>126</sup> BGH-Urteil vom 19.5.2010, VIII ZR 122/09

<sup>127</sup> BGH-Urteil vom 20.1.2010, VIII ZR 141/09

<sup>128</sup> BGH-Urteil vom 11.3.09, VIII ZR 74/08

<sup>129</sup> BGH-Urteil vom 21.10.09, VIII ZR 30/09

<sup>130</sup> BGH-Urteil vom 17.9.08, VIII ZR 58/08

<sup>131</sup> BGH-Urteil vom 12.12.07, VIII ZR 11/07

<sup>132</sup> Erklärung im Namen des Eigentümers anstatt des Vermieters (der nicht zwangsläufig Eigentümer sein muss), AG Dresden, Urteil vom 19.5.2010 (140 C 8189/09) (einsehbar unter [www.Verwalterstammtisch.de](http://www.Verwalterstammtisch.de))

## 2. Modernisierungsankündigung (Duldung) und Mieterhöhung

Bei der Modernisierung von Wohnraum liegen die Probleme i.d.R. anders als bei der Mieterhöhung nach dem Mietspiegel, da die Modernisierung zumeist schon die Mieterhöhung im Focus hat. Die formalen Anforderungen sind jedoch sehr hoch und die Rechtsprechung hierzu ist zersplittert<sup>133</sup>. Die Ankündigung ist – ebenso wie die Mieterhöhungserklärung – derart kompliziert, dass der Verwalter aus Haftungsgründen kategorisch diese Erklärungen ablehnen sollte und auf anwaltliche Hilfe verweisen sollte.

Probleme entstehen nämlich, wenn die nach § 554 BGB erforderliche Ankündigung der baulichen Maßnahmen, nicht, nicht fristgerecht oder vor allem nicht formgerecht erfolgen. Der Mieter hat dann den sanierenden Vermieter in der Hand. Er wird in aller Regel mit einer einstweiligen Verfügung, die einen Baustopp anordnet, Erfolg haben. Da § 554 Abs. 3 BGB eine dreimonatige Ankündigungsfrist statuiert, kann ein erheblicher Bauverzug mit erheblichen finanziellen Folgen entstehen. Der einzige Ausweg aus dieser Situation besteht darin, den Mieter mit Geld abzufinden. Aus der eigenen Anwaltspraxis sind hier Beträge zwischen 5.000 € und 25.000 € bekannt.

Ein Ausweg kann der Abschluss von Modernisierungsvereinbarungen sein. Mitunter sind hier aber schwierige Verhandlungen zu führen. In Berlin gibt es in verschiedenen Stadtteilen Mieterberatungen, die die Mieter beraten, vertreten und vorformulierte Vereinbarungen mit zahlreichen Vertragsstrafenversprechen aushändigen<sup>134</sup>. Auch insoweit ist Vorsicht geboten.

### IV. Streitigkeiten im Mietvertrag (Mietminderung<sup>135</sup>)

Bei der Sachbearbeitung von angezeigten Mängeln ergeben sich eine ganze Reihe von Rechtsfragen, die zu beantworten sind. Der angezeigte Mangel ist auf dessen Existenz zu prüfen und auf seine rechtliche Maßgeblichkeit zu bewerten<sup>136</sup>.

Bestätigt sich der Mangel, ist die Höhe der Mietminderung und ggf. der Zurückbehaltung auf Angemessenheit zu überprüfen. Hierzu gibt es mittlerweile zahlreiche Mietminderungstabellen mit Rechtsprechungsnachweisen, die bei der Orientierung behilflich sind.

Dem Vermieter ist Anzeige zu erstatten und die weitere Vorgehensweise abzustimmen. I.d.R. sind zur Beseitigung Aufträge an Fachunternehmen auszulösen, für die der Verwalter eine Bevollmächtigung bedarf. Aus der Treuhandstellung heraus sind i.d.R. auch Vergleichsangebote einzuholen.

Verläuft die Mangelbeseitigung schleppend, entsteht dem Vermieter möglicherweise ein Schaden in Form von Mietminderungen, Mietkündigungen oder weiterfressenden Bauschäden, den der Verwalter zu ersetzen hat, wenn er pflichtwidrig lange mit der Mangelbeseitigung zugewartet (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) hat.

Der Mieter kann nach § 536 a Abs. 2 BGB selbst die Mängel beseitigen und Kostenersatz verlangen bzw. auch einen Vorschuss<sup>137</sup> verlangen. Man könnte versucht sein anzunehmen, dass hier kein

<sup>133</sup> Eine Übersicht der Rechtsprechung ist unter [www.Verwalterstammtisch.de](http://www.Verwalterstammtisch.de) einsehbar

<sup>134</sup> Vgl. Mieterberatung Prenzlauer Berg Gesellschaft für Sozialplanung und Mieterberatung mbH, [www.mieterberatungpb.de](http://www.mieterberatungpb.de)

<sup>135</sup> Vgl. im Einzelnen: Baumängel und Mietmängel unter: [www.Kanzlei-Schultze.de](http://www.Kanzlei-Schultze.de)

<sup>136</sup> § 535 Abs. 1 S. 3 BGB: Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht

Schaden entstehen kann, weil der Mieter letztlich die Pflichten des Vermieters erfüllt, die ihn kostenmäßig so wie so treffen. Diese Betrachtung übersieht indessen die zusätzlichen Kosten, die ggf. durch die Inanspruchnahme anwaltlicher und/oder gerichtlicher Hilfe entstehen sowie das Problem der Art der Mangelbeseitigung.

**Fallbeispiel:** Eine verzogene und damit undichte Wohnungstür, die im Winter einen kalten Luftstrom in die Wohnung lässt, kann neu abgedichtet werden oder es kann eine neue Tür eingebaut werden. Der Kostenunterschied ist erheblich. Dem Vermieter wird es auch beim Einbau der neuen Tür nicht ganz leicht fallen, einen Schaden im Haftungsprozess gegen den Verwalter darzulegen; eine erfreuliche Entwicklung nimmt die Geschäftsbeziehung durch diese Reparaturmaßnahme jedoch nur, wenn der Vermieter die Investition auch für sinnvoll erachtete. Hinzu kommt, dass man möglicherweise das Ausmaß des Schadens zur nachträglichen Beurteilung nicht mehr begutachten kann<sup>138</sup>.

## V. Haftungen mit Drittbezug

### 1. Vertreterhandeln

Der Verwalter muss mit zahlreichen Unternehmen Verträge abschließen, um die Verwaltung der Immobilie zu ermöglichen. Von Dienstleistungsverträgen mit Hausmeistern über Reparaturaufträge mit Handwerkern, Medienverträge mit Versorgern und schließlich Versicherungsverträge mit Versicherern. Dabei können an zahlreichen Stellen die Haftungen entstehen.

So muss der Verwalter für sein rechtsgeschäftliches Handeln bevollmächtigt sein. Hat er für den Vertragsschluss keine Vollmacht, handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht und haftet dem anderen Vertragsteil wahlweise auf Schadensersatz oder auf Erfüllung, § 179 BGB.

Es haben sich eine ganze Reihe von Entscheidungen herausgebildet, die sich mit den nicht erkannten Vertreterhandeln auseinandersetzen. Macht der Verwalter nicht hinreichend deutlich, dass nicht er, sondern ein von ihm vertretener<sup>139</sup> Auftraggeber Vertragspartner werden soll, wird er selbst Vertragspartner mit allen Rechten und Pflichten, § 164 Abs. 2 BGB. Der Verwalter ist dann Entgeltspflichtig und muss zusehen, dass er Ersatz bei seinem Geschäftsherrn erhält. Indessen gibt es auch eine ganze Reihe von Ausnahmen.

Das OLG Düsseldorf hat im Beschluss vom 7.1.03<sup>140</sup> entschieden, dass der Mietverwalter bei der Anmietung von Ablesegeräten nicht offenbaren muss, dass er in Vertretung für einen Dritten handelt, weil sich dies aus den Umständen ergebe. In Bezug auf Reparaturaufträge hat der BerlVerfGH im Beschluss vom 18.7.2006 entschieden, dass bei kleineren Reparaturaufträgen kenntlich gemacht werden müsse, dass der Verwalter für einen Dritten handelt, will er nicht selbst Vertragspartner werden<sup>141</sup>. Damit traten die Berliner Richter dem Urteil des BGH vom 8.1.2004

---

<sup>137</sup> BGHZ 47, 272; 56, 136; 61, 28; Schmidt-Futterer: Mietrecht § 536a Rz.145

<sup>138</sup> Fall nach AG Bautzen, Urteil vom 2.8.06, Az. 20 C 546/06 (einsehbar unter [www.Verwalterstammtisch.de](http://www.Verwalterstammtisch.de))

<sup>139</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.1.2003, NZM 2003, 495

<sup>140</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.1.2003, NZM 2003, 495

<sup>141</sup> BerlVerfGH, Beschluss vom 18.7.2006, NZM 2006, 931

entgegen, wonach der Hausverwalter bei der Vergabe von Bauaufträgen i.d.R. für einen (unbenannten) Eigentümer die Verträge schlösse<sup>142</sup>.

Der BGH beurteilt die Rechtslage anders, wenn es sich um Versicherungen handelt. In einem Fall sprach er der Versicherung die Versicherungsprämien gegen den Verwalter zu, der nicht hinreichend klar gemacht hatte, dass nicht er, sondern der Grundstückseigentümer Versicherungsnehmer werden solle<sup>143</sup>.

## 2. Verkehrssicherung

Die Verkehrssicherung ist bereits kurz bei der Abfassung der Mietverträge erörtert worden. Tatsächlich spielen Haftungen wegen unzureichender Verkehrssicherung in der veröffentlichten Gerichtspraxis eine häufige Rolle. Da der Verwalter für den Vermieter bzw. den Eigentümer die Verkehrssicherung organisiert oder sogar übernimmt, begründen Pflichtverletzungen in diesem Bereich eigene Haftungen.

So gibt es eine ganze Reihe von Entscheidungen, die sich mit dem Räumen und Streuen sowie der Reinigung von Zuwegen beschäftigen<sup>144</sup>. Deren Inhalt ist von dem Bemühen gekennzeichnet, einer unbeschränkten Haftung Einhalt zu gebieten. Es ist nur zu verkehrsüblichen Zeiten oder nur an bestimmten Bereichen eine Sicherung vorzunehmen. Die Darstellung würde den hiesigen Rahmen sprengen, so dass auf die Lektüre eines anderen Skriptes verwiesen werden muss<sup>145</sup>.

Weitere Haftungsgefahren können von umstürzenden Bäumen ausgehen, allen voran Pappeln. Auch hier ist eine regelmäßige Beobachtung der Gehölze, ggf. auch unter fachkundiger Begleitung erforderlich<sup>146</sup>.

Eine weitere Fallgruppe stellen technische Mängel an der Mietsache dar. So kann eine Haftung wegen unzureichender Verkehrssicherung durch die Inbetriebnahme nicht verkehrssicherer Wohnungen z.B. in Bezug auf eine Treppe entstehen<sup>147</sup>. Wird diese schon seit langem vom Mieter ohne Schaden genutzt, wird ihm dies regelmäßig schadensmindernd entgegen gehalten<sup>148</sup>. Andererseits wird restriktiv ausgeurteilt, wenn die Mängel erst im Laufe der Mietzeit entstehen. Dies hängt u.a. auch damit zusammen, dass der Vermieter grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Mietsache zu modernisieren<sup>149</sup>. So ist der Vermieter auch nicht verpflichtet, einen Elektrocheck der

<sup>142</sup> BGH-Urteil vom 8.1.2004, VIII ZR 12/03, ebenso: Brandenburgisches OLG Urteil vom 18.9.1996, ZMR 1997, 598

<sup>143</sup> BGH-Beschluss vom 29.4.2009, IV ZR 201/06 (r+s 2009, 376)

<sup>144</sup> BGH-Urteil vom 2.10.1984, ZMR 1985, 56, OLG Köln Urteil vom 15.2.1995, ZMR 1995, 308, OLG Hamm, Beschluss vom 15.1.2004, ZMR 2004, 511, KG Urteil vom 24.10.2006, NZM 2007, 125, OLG Brandenburg, Urteil vom 18.1.2007, WuM 2007, 137, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.5.08, ZMR 2008, 950 LG Trier, Urteil vom 18.12.2003, ZMR 2004, 588

<sup>145</sup> Vergleiche auch: Die Verkehrssicherungspflicht des Verwalters unter [www.Kanzlei-Schultze.de](http://www.Kanzlei-Schultze.de)

<sup>146</sup> BGH Urteil vom 21.3.2003, V ZR 319/02, OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.1.2002, ZMR 2003, 917, OLG Hamm, Urteil vom 16.9.1999, ZMR 2000, 289

<sup>147</sup> OLG Dresden, Urteil vom 28.7.06, NJW RR 2006, 1601

<sup>148</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 26.2.1996, NJW-RR 1996, 153, OLG Frankfurt a.M., VersR 1987, 204, LG Hamburg, Urteil vom 29.9.1998, ZMR 1999, 404

<sup>149</sup> Zuletzt BGH-Urteil vom 7.7.2010, VIII ZR 85/09

Elektroanlagen regelmäßig durchzuführen, um Schäden vom Mieter abzuwenden<sup>150</sup>. Schließlich steht die Mietsache auch während der Nutzung ganz wesentlich in der Obhut des Mieters, so dass der Vermieter sich abzeichnende Gefahren ohne Mangelanzeige nicht erkennen kann und in diesen Fällen auch nicht haftet<sup>151</sup>. Soweit andere Personen näher an der Schadensverursachung stehen, haftet der Verwalter ggf. gar nicht. Der BGH hat ein Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OLG Frankfurt zurückgewiesen, das auf eine alleinige Haftung des Heizöllieferanten für eine Bodenkontamination erkannte. Der Schaden von rund 30.000 € sei alleine von diesem zu tragen. Das Versagen von bestimmten Ventilen bei Betankung sei dem Käufer des Öls nicht bekannt und musste diesem mangels Fachkunde auch nicht bekannt sein<sup>152</sup>.

Eine letzte große Gruppe stellen die Wasserleitungsschäden dar. So haftet der Verwalter, wenn er bei leer stehenden Wohnungen eine Frostsicherung nicht rechtzeitig veranlasst<sup>153</sup>.

## D) Vertragsbeendigung

### I. Kündigungsgründe

#### 1. Zahlungsverzug

##### a) § 573 Abs. 1 Nr. 2 BGB: Ordentliche Kündigung

Auch ohne vorherige Abmahnung ist eine ordentliche Kündigung bei Verzug möglich, BGH-Urteil vom 5.7.06<sup>154</sup>. Der Verzug mit der Bezahlung von Miete stellt ein berechtigtes Interesse der Kündigung im Sinne der Norm dar. Es liegt jedenfalls vor, wenn über mehrere Termine mit 2 Monatsmieten (einschließlich Vorauszahlungen) Rückstand besteht. Ein geringerer Rückstand kann eine genügende Pflichtverletzung darstellen. Die Grenze wird im Urteil jedoch nur vage dargestellt. Die Grenze kann nach den Ausführungen zudem reduziert werden, wenn der Vermieter zuvor erfolglos abgemahnt hat. Der Vorteil dieser Kündigung liegt im Ausschluss der Schonfristzahlung, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

**Formel:**  $n \times \text{Verzug} (\sum > 2 \text{ MM}) = \text{o.-Kündigung}$

##### b) § 543 Abs. 1 BGB: Außerordentliche Kündigung

Nach einem anderen Urteil des BGH<sup>155</sup> vom 11.1.06 kann der Vermieter eine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn der Mieter mehrfach in Verzug gerät und trotz Abmahnung nochmals unpünktlich bezahlt.

**Formel:**  $\text{Verzug} + \text{Verzug} + \text{Abmahnung} + \text{Verzug} = \text{ao - Kündigung}$

<sup>150</sup> BGH-Urteil vom 15.10.08, VIII ZR 321/07

<sup>151</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.08, ZMR 2008, 952

<sup>152</sup> BGH-Beschluss vom 8.4.08, VI ZR 229/07, Urteil OLG Frankfurt/Main vom 17.8.07, r+s 2008, 437

<sup>153</sup> BGH-Urteil vom 11.11.1999, ZMR 2000, 166, zur seltenen Ausnahme: LG Hamburg Urteil vom 14.9.2006, NZM 2007, 464

<sup>154</sup> BGH-Urteil vom 5.7.06, VIII ZR 145/07

<sup>155</sup> BGH-Urteil vom 11.1.06, VIII ZR 364/04

**c) § 543 Abs. 2 Nr. 3aBGB: Außerordentliche Kündigung**

Kommt der Mieter mit 2 **aufeinander folgenden** Terminen in Verzug, dessen Höhe nicht unerheblich ist (§ 569 für Wohnung: Erheblich ist nur MEHR als 1 MM), kann der Vermieter außerordentlich kündigen. (Vorherige Abmahnung nicht erforderlich, § 543 Abs. 3 Satz 3)

**Formel:** Verzug Monat 1 + Verzug Monat 2 =  $\geq 1MM$  = ao-Kündigung

**d) § 543 Abs. 2 Nr. 3b BGB: Außerordentliche Kündigung**

Kommt der Mieter mit 3 und mehr Terminen in Verzug, dessen Höhe 2 MM entspricht, kann der Vermieter fristlos kündigen. (Vorherige Abmahnung nicht erforderlich, § 543 Abs. 3 Satz 3BGB )

**Formel:** Verzug + Verzug + Verzug ( $\Sigma \geq 2 MM$ ) = ao-Kündigung

**e) Ausnahmen**

**Die Kündigung wird (ist) unwirksam, wenn**

- (wenn eine öffentliche Stelle die Miete übernommen hat und diese die Zahlungen unpünktlich ausführt<sup>156</sup>);
- (wenn in der Insolvenz des Mieters wegen Rückständen vor der Antragstellung gekündigt wird, § 112 InsO);
- der Vermieter vor Zugang Kündigung befriedigt wird, sei es durch Bezahlung (§ 543 Abs. 2 Satz 2 BGB) oder durch Aufrechnung, (- dann auch unverzüglich nach Zugang der Kündigung, § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB);
- bei Wohnraum (Schonfristzahlung): wenn Mieter bis 2 Monate nach der Rechtshängigkeit der Räumungsklage alles bezahlt oder öffentliche Stelle sich zur Befriedigung verpflichtet, § 569 Abs. 3 Nr. 2BGB;
  - Gegenausnahme: Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB
  - Gegenausnahme: Kündigung wurde in den letzten 2 Jahren nach dieser Variante unwirksam, § 569 Abs. 3 Nr. 2 a.E. BGB

**2. Arten von Zahlungsverzug**

**a) Zahlungsverzug nach Mieterhöhung**

Unabhängig davon, ob eine Mieterhöhung nach dem Vergleichsmietensystem (§ 558 BGB) oder wegen Modernisierung (§ 559 BGB) oder der Betriebskostenvorauszahlung (§ 560 BGB) erfolgt ist, kann eine Kündigung wegen der Nichtbezahlung der Erhöhungsbeträge nur darauf gestützt werden, wenn die Zahlungsverpflichtung rechtskräftig festgestellt ist, § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB.

**b) Zahlungsverzug nach Mietminderung**

Der Mieter ist bei Vorliegen von Mängeln zur Mietminderung berechtigt, § 536 BGB. Insoweit schuldet er keine Miete und kann auch nicht in Verzug kommen. Nimmt er jedoch eine viel zu hohe

<sup>156</sup> BGH-Urteil vom 21.9.2009, VIII ZR 64/09

Mietminderung vor, kommt er wegen des überschießenden Betrages in Verzug, so dass sich die Voraussetzungen für eine Kündigung wegen Zahlungsverzuges aufbauen können<sup>157</sup>.

### 3. Checkliste

#### a) Ordentliche Kündigung

- n x Verzug ( $\sum > 2 \text{ MM}$ )
- Zahlungsverzug durch Mieter (nicht öff. Stelle)
- Nach Mieterhöhung nur nach rechtskr. Urteil
- Keine Kündigungssperre nach § 112 InsO

#### b) Außerordentliche Kündigung

- Verzug + Verzug + Abmahnung + Verzug **ODER**
- Verzug Monat 1 + Verzug Monat 2 ( $\sum > 1 \text{ MM}$ ) **ODER**
- Verzug + Verzug + Verzug ( $\sum \geq 2 \text{ MM}$ )
- Zahlungsverzug durch Mieter (nicht öff. Stelle)
- Nach Mieterhöhung nur nach rechtskr. Urteil
- Keine Kündigungssperre nach § 112 InsO

## II. Kündigungserklärungen

Spricht der Verwalter nach Abstimmung mit dem Vermieter eine Kündigung aus, sind vor allem drei Bereiche besonders häufig Gegenstand von formalen Fehlern:

- Erklärung von allen Vermietern an alle Mieter
- Schriftliche Erklärung (Kein Fax)
- Begründung
- Rechtzeitiger Zugang der Kündigung
- Nachweis des rechtzeitigen Zugangs

Vor der Kündigung ist zu klären, ob sich Änderungen auf Vermieter- oder Mieterseite ergeben haben.

Zumindest bei der ordentlichen Kündigung spielt auch der rechtzeitige Zugang der Kündigung eine Rolle. Eine ordentliche Kündigung ist spätestens am dritten Werktag zum Ablauf des übernächsten Monats zu erklären, § 573 c BGB. Der dritte Werktag für eine solche Kündigung endet indessen nicht, wie man annehmen könnte, um 23. Uhr 59, sondern spätestens Nachmittags um 16 Uhr. Ein Schreiben, dass an Sylvester Nachmittags eingeworfen wird, geht erst am nächsten Werktag zu<sup>158</sup>. Zugang nach § 130 BGB erfolgt immer dann, wenn unter normalen Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist. In diesen Eilfällen hilft nur noch eine persönliche Übergabe an den Adressaten. Problematisch in diesen Fällen ist auch das Einschreiben /Rückschein. Wird der Empfänger nicht angetroffen, erhält er eine Benachrichtigungskarte. Holt er die Post nicht ab, liegt

<sup>157</sup> BGH-Urteil vom 4.2.04, VIII ZR 171/03

<sup>158</sup> BGH-Urteil vom 5.12.07, XII ZR 148/05 (Zugang Mietvertragsverlängerungsoption)



kein Zugang vor. Die Benachrichtigung des Absenders erfolgt mitunter so spät, dass eine erneute Zustellung rechtzeitig nicht mehr erfolgen kann.

Das Einwurfeinschreiben wird immer noch vielfach verwendet. Es dient jedoch nur zum Nachweis der Versendung, nicht aber zum Nachweis des Zugangs. Es sollte aus der Büropraxis völlig verbannt werden.

Die Zustellung über Gerichtsvollzieher ist eine dagegen zu selten genutzte, dafür aber sichere Zustellvariante für i.d.R. unter 15 €. Sie ist jedoch nicht immer die schnellste Variante, weil ohne Kenntnis der Zuständigkeiten die Aufträge über die Gerichtsvollzieherstelle des Amtsgerichts vermittelt werden. Für Leipzig gibt es einen veröffentlichten Geschäftsverteilungsplan mit allen Straßen sowie den Kontaktdaten der Gerichtsvollzieher<sup>159</sup>, um direkt Aufträge zu erteilen.

Zumindest lokal ist die sicherste Variante die Zustellung über einen Boten, wobei darauf geachtet werden muss, dass der Bote auch tauglicher Zeuge ist (also nicht der Vermieter oder sein gesetzlicher Vertreter).

Endet der dritte Werktag auf einen Samstag, ist dies der letzte Tag der Frist, um die Kündigung fristgerecht erklären zu können. Die Verlängerungsmöglichkeit über § 193 BGB auf den nächsten Werktag zu gelangen, gilt im Mietrecht nicht<sup>160</sup>.

### III. Räumungsklage

Bei der zwangsweisen Entfernung des Mieters bestehen grundsätzlich zwei mögliche Haftungsgefahren. Zum einen kann der Verwalter die Titulierung zeitlich verschleppen. Hier entstehen dann Verzögerungsschäden, für die er aufzukommen hat. Dabei muss nicht zwangsläufig Untätigkeit die Ursache sein. Auch zu viel Konzilianz bei den Verhandlungen mit dem Mieter können diesen Vorwurf begründen.

Zu beachten ist dabei ferner, dass Kündigungen – auch unter Widerspruch der stillschweigenden Verlängerung des Mietverhältnisses - und auch Räumungstitel irgendwann ihre Wirkung verlieren.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass alleine schon in der längeren Weiternutzung der Mietsache ein Mietvertrag mit dem vorherigen Inhalt<sup>161</sup> abgeschlossen wird, wenn der Vermieter keine Räumung einfordert, sondern Zahlungen in Miethöhe vom Mieter entgegennimmt und der Mieter diese Zahlungen vornimmt<sup>162</sup>. Die vorstehend bezeichneten Entscheidungen betreffen nur Mieträumlichkeiten, für die noch kein Räumungstitel vorliegt. Die gleichlautende Rechtsprechung, die die Rechtsfolge auch bei Vorliegen eines Räumungstitels anerkennt ist noch umfangreicher. Sie verlangt nur als kompensatorisches Element eine noch längere Nutzung<sup>163</sup>.

Schließlich kommt als dritte Gruppe noch die Haftungsgefahren der sogenannten unechten Notöffnungen auf den Verwalter zu. Betroffen sind hiervon häufig Messwohnungen oder von frisch inhaftierten Mietern. Unter einem Vorwand verschafft sich der Verwalter Zugang zur Wohnung, um

<sup>159</sup> Alles einsehbar unter [www.Verwalterstammtisch.de](http://www.Verwalterstammtisch.de)

<sup>160</sup> BGH-Urteil vom 17.12.05, VIII ZR 172/04

<sup>161</sup> LG Hagen MDR 1982, 582; AG Wedding, MM 1992,29; LG Berlin, MM 1992,30

<sup>162</sup> AG Regensburg, WuM 1990, 514; AG Wedding MM 1992, 29; LG Berlin MM 1992, 30; OLG Oldenburg, DWW 2001, 88

<sup>163</sup> AG Nordenhamm: **9 Monate**, DGVZ 1976, 14, AG Frankfurt/Main: **1,5 Jahre** NJW-RR 1988, 204

den dann häufig katastrophalen Zustand zu konstatieren und ggf. zu räumen. Hier droht nicht nur eine Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 StGB, sondern auch eine erfolgreiche und kostenträchtige einstweilige Verfügung auf Wiedereinräumung des Besitzes wegen verbotener Eigenmacht. Der Verwalter wird dann mit seinem Auftraggeber streiten müssen, ob er ihn über die Rechtsfolgen seines Handelns richtig und umfassend beraten hat. Dienstleistung sollte indessen immer spätestens da aufhören, wo strafrechtliche Sanktionen anfangen.

**Fall:** Mit einer kalten Räumung (d.h. Räumung ohne Räumungstitel) hat sich in Wiesbaden ein Vermieter die Finger verbrannt. Der Mieter einer Wohnung in Wiesbaden war verschwunden. Aufgrund einer Vermisstenmeldung aus dem Bekanntenkreis öffnete die Polizei die Wohnung im März 2005 und durchsuchte diese auf mögliche Hinweise zum Verbleib des Mieters. Nachdem zwei Mieten in Folge nicht eingegangen waren, kündigte der Vermieter fristlos und warf das Schreiben in den Briefkasten des Mieters ein. Eine Räumungsklage erhob er nicht. Im Mai öffnete der Vermieter die nach der polizeilichen Durchsuchung geöffnete Wohnung und nahm sie in Besitz. Dabei entsorgte der einen Großteil der Wohnungseinrichtung. Weitere in der Wohnung befindliche Gegenstände wurden eingelagert.

Der Mieter klagte 62.000 € Schadensersatz für den verlorenen Hausrat sowie für Beschädigungen am eingelagerten Hausrat ein. Er verlor sowohl beim Amts- als auch beim Landgericht. Die Gerichte waren der Auffassung, dass der Mieter seinen Schaden nicht ausreichend dargelegt habe. Die Gegenstände müssten zumindest nach Art, Marke, Alter und Neupreis dargestellt werden, um eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu ermöglichen.

Das sahen die fünf Karlsruher Mietrichter anders. Sie führten in ihrem Urteil<sup>164</sup> aus, dass der Vermieter eine verbotene Eigenmacht begangen habe, als er die Wohnung in Besitz nahm. Es handele sich um eine unerlaubte Selbsthilfe im Sinne von § 229 BGB, für deren Folgen beim Mieter der Vermieter verschuldensunabhängig einzustehen habe. Er könne sich dabei auch nicht darauf berufen, sich über die Voraussetzungen und den Umfang seines Selbsthilferechts geirrt zu haben, § 231 BGB. Es sei daher fehlerhaft, wenn die Vorinstanzen annähmen, dass der Mieter für seinen Schaden uneingeschränkt darlegungs- und beweisbelastet sei.

Der Vermieter, der eine Wohnung ohne Räumungstitel in Besitz nehme, treffe eine (nachvertragliche) Obhutspflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB. Er müsse daher wie die Regelung in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zeige, sich entlasten, wenn er die Sachen nicht mehr unbeschädigt oder vollständig herausgeben könne. Nicht den Mieter, sondern den Vermieter treffe daher die Beweislast. Diese Darlegungs- und Beweislast erstreckte sich zudem auf den Bestand, den Zustand und die wertbildenden Merkmale der Gegenstände.

Zu den Obhutspflichten des Vermieters gehöre auch die Pflicht, die Interessen des durch Ortsabwesenheit und mangelnde Kenntnis von der Inbesitznahme an der eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten Mieters zu wahren. Der Vermieter habe daher nicht nur für Schutz vor Beschädigung und Verlust Sorge tragen müssen, sondern es oblag dem Vermieter schon bei der Inbesitznahme, ein aussagekräftiges Vermögensverzeichnis zu erstellen und den Wert der in Besitz genommenen Gegenstände schätzen zu lassen, um den Mieter eine Sicherung seiner Ansprüche zu ermöglichen. Das von den Mitarbeiter des Vermieters gefertigte Protokoll über die Wohnungsöffnung und die Inbesitznahme sowie die gefertigten Lichtbilder würden diesen Anforderungen nicht gerecht.

Der BGH verwies daher den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurück, um unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten den Rechtsstreit zu Ende führen zu lassen.

#### IV. Kautionsabrechnung

Die Kautionsabrechnung hat nach einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist des Vermieters zu erfolgen, deren Grenze üblicherweise bei 6 Monaten gezogen wird. Sind noch

<sup>164</sup> BGH Urteil vom 14.7.2010, VIII ZR 45/09

Forderungen etwa aus einer Betriebskostenabrechnung zu erwarten, kann der Vermieter einen angemessenen Teil oder die gesamte Kautionszahlung einbehalten<sup>165</sup>.

Zahlt der Verwalter verfrüht eine Kautionszahlung aus und ergeben sich hernach faktisch nicht durchsetzbare Ansprüche des Vermieters, haftet der Verwalter in Höhe der Kautionszahlung.<sup>166</sup>

Ein besonderes Haftungsrisiko für den Verwalter besteht in der Auszahlung bei einer Mietermehrheit. Mehrere Mieter sind Gesamtgläubiger der Kautionszahlung im Sinne von § 432 BGB. D.h. sie können die Herausgabe nur an sich gemeinsam verlangen bzw. der Vermieter kann nur an beide gemeinsam mit schuldbefreiender Wirkung leisten.

**Fallbeispiel<sup>167</sup>:** Eine Wohnung ist an eine nichteheliche Lebensgemeinschaft vermietet. Ein Mieter verstirbt; die überlebende Mieterin kündigt daraufhin die Wohnung und zieht in eine kleinere Wohnung ein. Die erwachsene Tochter des Verstorbenen meldet sich nach einigen Monaten und verlangt die Auszahlung der Kautionszahlung. Der Verwalter zahlt die Kautionszahlung aus. Die ehemalige Mieterin verlangt nun ihrerseits die Kautionszahlung heraus. Der Verwalter verweist auf die Tochter. Die Tochter verweigert eine Herausgabe mit der Begründung, sie habe schon die Beerdigungskosten für den Vater alleine getragen. Es stellt sich zudem heraus, dass die Tochter nicht alleinige Erbin war, sondern Mitglied einer aus 8 Personen bestehenden Erbengemeinschaft. Die ehemalige Mieterin verklagt den Vermieter erfolgreich auf Hinterlegung der Mietbürgschaft. Der Vermieter verklagt seinerseits die Tochter erfolgreich auf Rückzahlung des Geldes. Die Tochter ist im Übrigen mittellos.

Bei Personenmehrheiten kommt es auch nicht darauf an, welcher Mieter die Kautionszahlung tatsächlich bezahlt hat. Das betrifft nur das Innenverhältnis der Mieter<sup>168</sup>.

Schließlich kommt der Verwalter in die persönliche Haftung, wenn er die Kautionszahlung nicht von seinem Vermögen getrennt anlegt und anschließend nicht mehr auszahlen kann. In diesem Fall schützt auch die Führung des Verwaltungsunternehmens als Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) nicht, weil der Geschäftsführer unmittelbar deliktisch haftet. Denn die nicht insolvenzfesten Anlage erfüllt zumindest bei Wohnraummietverträgen<sup>169</sup> den Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB<sup>170</sup>, so dass eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB entsteht.

<sup>165</sup> BGH Urteil vom 18.1.2006, VIII ZR 71/05

<sup>166</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.2.2004, 8 U 102/03 (IBR-Online)

<sup>167</sup> Nachgebildet von Urteil AG Leipzig vom 9.3.2010, einsehbar unter [www.Verwalterstammtisch.de](http://www.Verwalterstammtisch.de)

<sup>168</sup> LG Hamburg, WuM 1989, 569

<sup>169</sup> BGH Urteil vom 2.4.08, 5StR 354/07

<sup>170</sup> BGHSt 41, 224, PfälzOLG Zweibrücken, Beschluss vom 8.3.2007, ZMR 2007, 863

## E) Pflichtenwechsel<sup>171</sup>

Beim Pflichtenwechsel im Mietvertrag muss der Verwalter wissen, wem die Mieten zustehen, und wem gegenüber er eine Abrechnung zu erteilen hat. Fehler können sich auch hier haftungsbegründend auswirken. Vornan steht dabei die Gefahr, Gelder an einen Nichtberechtigten auszukehren. Klassische Fälle des Pflichtenwechsels sind Verkauf, Versteigerung und Insolvenz auf Vermieter- oder Mieterseite.

Haftungen können aber auch entstehen, wenn es zum Verwalterwechsel kommt und sich die Parteien nicht darüber einigen können, wer welche Abschlussarbeiten noch auszuführen hat.

### I. Pflichtenwechsel im Mietvertrag

#### 1. Insolvenz des Vermieters

##### a) Zeitpunkt des Eintritts in das Mietverhältnis

Auch bei der Insolvenz des Vermieters wird das Mietverhältnis fortgesetzt. Der Insolvenzverwalter tritt mit der Eröffnung des Verfahrens in ein bestehendes Mietverhältnis ein, § 108 Abs. 1 InsO. Von da an sind die laufenden Mieten an den Insolvenzverwalter zu bezahlen, § 110 Abs. 1 InsO.

Die Pflichtenstellung endet mit dem Insolvenzverfahren oder der Veräußerung der Immobilie an einen Dritten. Dieser tritt nach § 566 BGB wie ein anderer Erwerber auch in das bestehende Mietverhältnis ein. Einzig zu beachten ist das Sonderkündigungsrecht des Erwerbers nach § 111 S. 1 InsO. Der Erwerber hat für den nächst zulässigen Termin nach dem Erwerb ein Sonderkündigungsrecht mit gesetzlicher Kündigungsfrist. Die Regelung entspricht der Parallelvorschrift in der Zwangsversteigerung nach § 57 ZVG. Auch hier sind die sonstigen Kündigungsschutzvorschriften zugunsten des Mietrechts zu beachten.

##### b) Betriebskostenabrechnung und Mietkaution

Der Mieter kann seine Barkaution bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen jedoch nur vollständig zurück erhalten, wenn das Geld auf einem Treuhandkonto angelegt war. Nur dann hat er ein Aussonderungsrecht aus der Masse nach § 47 InsO.

Hinsichtlich der Betriebskostenabrechnung ist die Rechtslage grundsätzlich noch nicht geklärt. Im wesentlichen kann hier auf die Ausführungen zur Zwangsverwaltung verwiesen werden. Unklar ist jedoch, wie ein Guthaben des Mieters zu beurteilen ist, das durch Vorauszahlungen entstanden ist, die wenigstens auch in den Zeitraum vor der Insolvenzeröffnung fallen. Das AG Berlin – Mitte ist der Auffassung, dass diese Ansprüche nur einfache Insolvenzforderung seien, da der Rückzahlungsanspruch bereits entstanden sei, nur die Fälligkeit mangels Abrechnung noch fehle. Somit sei die Forderung Insolvenzforderung und nicht Masseverbindlichkeit.<sup>172</sup> Diese Sichtweise ist jedoch verkürzt, weil in jedem Monat im Verhältnis zur Vorauszahlung je nach Unter- oder Überdeckung Forderungen oder Verbindlichkeiten entstehen. Korrekt angewendet müsste der

<sup>171</sup> Vgl. im Einzelnen: Pflichtenwechsel in der Immobilie unter [www.Kanzlei-Schultze.de](http://www.Kanzlei-Schultze.de)

<sup>172</sup> AG Berlin-Mitte, MM 2005, 39

Insolvenzverwalter also für jeden Monat Berechnungen anstellen, was technisch in der Regel nicht möglich ist.

## 2. Versteigerung der Mietimmobilie (Zwangsverwaltung)

### a) Eintritt in das Mietverhältnis

Der Ersteher tritt bei der Zwangsversteigerung mit Zuschlag in ein bestehendes Mietverhältnis ein, §§ 90, 57 ZVG, 566 ff. BGB. Der Vermieter kann zum erstmöglichen Termin, der auf den Zuschlag erfolgt, mit ordentlicher Frist kündigen, § 57 a ZVG. Erfolgt also der Zuschlag am 2. Werktag des Monats, müsste der Ersteher spätestens am nächsten Tag die Kündigung aussprechen. Da diese rasche Reaktion dem Ersteher nicht zuzumuten ist, wird der erste zulässige Termin so verstanden, als dass zum ersten zulässigen Termin zu kündigen ist, dessen Wahrnehmung dem Ersteher ohne schuldhaftes Zögern möglich ist. Das OLG Düsseldorf hat einen Zeitraum von 17 Tagen noch für akzeptabel erachtet<sup>173</sup>.

Der Zwangsverwalter tritt mit Beschlagnahme in die Verpflichtungen des Mietvertrages ein, § 152 ZVG.

### b) Mietansprüche und Betriebskostenabrechnung

Mit dem Eigentumswechsel entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Neueigentümer und dem Mieter, mit allerdings dem uneingeschränkt selben Inhalt wie es zuvor mit dem Alteigentümer bestand<sup>174</sup>. Alle vor dem Eigentumswechsel entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben beim alten Vermieter, alle anderen stehen dem neuen Eigentümer zu<sup>175</sup>. Ausstehende Vorauszahlungen auf die Betriebskosten stehen sonach dem alten Vermieter zu, wenn sie vor dem Zuschlag fällig geworden sind<sup>176</sup>.

Der Ersteher ist verpflichtet, die Betriebskosten für das Wirtschaftsjahr abzurechnen, in dem er den Zuschlag erhalten hat. Gegen ihn richtet sich der Anspruch des Mieters auf Abrechnung<sup>177</sup>. Dabei sind alle Vorauszahlungen des Mieters in die Abrechnung einzustellen, unabhängig davon, wie viele Vorauszahlungen noch an den alten Eigentümer gezahlt wurden<sup>178</sup>.

Der Zwangsverwalter hat dagegen auch das Jahr der Inbesitznahme abzurechnen und hat Anspruch auf die rückständigen Mieten.

Dagegen ist nicht der Ersteher, sondern der vorherige Eigentümer gegenüber dem Mieter zur Abrechnung der vor dem Zuschlag liegenden Abrechnungsperiode verpflichtet<sup>179</sup>. Der Anspruch des Mieters auf Rückerstattung überzahlter Nebenkostenvorauszahlungen richtet sich gegen den Voreigentümer, sofern die Abrechnungsperiode zum Zeitpunkt des Zuschlags abgeschlossen war. Auch wenn der Rückzahlungsanspruch durch die Betriebskostenabrechnung erst nach dem Zuschlag fällig wird, verbleibt die Verbindlichkeit beim Alteigentümer.<sup>180</sup> Hierdurch wird auch das „ungereimte

<sup>173</sup> OLG Düss. Rpfleger 1987, 513

<sup>174</sup> BGH NJW 2000, 2346

<sup>175</sup> BGH NJW 1989,451

<sup>176</sup> AG Köln WuM 1994, 218

<sup>177</sup> BGH-Urteil vom 14.9.2000, III ZR 211/99

<sup>178</sup> BGH-Urteil vom 14.9.2000, III ZR 211/99

<sup>179</sup> BGH NJW 2004, 951

<sup>180</sup> BGH-Urteil vom 26.9.2004 XII ZR 148/03

Ergebnis“ vermieden, dass der Alteigentümer abrechnet, während der Ersteher die Nachzahlung erhält<sup>181</sup>.

Der Vermieter haftet für die Einhaltung der Verpflichtungen des neuen Vermieters wie ein Bürge, § 566 Abs. 2 BGB. Er wird von der Haftung nur befreit, wenn er den Mieter über den Eigentumswechsel informiert und dieser nicht das Mietverhältnis daraufhin zum ersten möglichen Termin kündigt.

### **c) Pflicht zur Herausgabe der Mietkaution**

Der Ersteher ist nach §§ 57 ZVG, 566a S.1 BGB zur Herausgabe der Sicherheit an den Mieter verpflichtet, wenn die übrigen vertraglichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Der Alteigentümer bleibt für die Erfüllung dieser Verpflichtung in der Haftung, § 566a S.2 BGB. Der Ersteher haftet dann nicht auf Herausgabe der Kautions, wenn diese bereits bei einem Voreigentümer mangels insolvenzfester Anlage untergegangen ist.<sup>182</sup>

Ferner ist zu beachten, dass die Regelungen zur Rückgewähr der Mietkaution in § 566a BGB nur für Vermieterwechsel gilt, die nach dem 1.9.2001 eingetreten sind. Für Eigentumswechsel vor dieser Zeit ist noch § 572 S.2 BGB a.F. anzuwenden. Danach ist der Erwerber (neue Vermieter) nur zur Rückgabe der Sicherheit verpflichtet, wenn ihm die Sicherheitsleistung vom Veräußerer ausgehändigt wurde oder wenn er gegenüber dem Veräußerer die Verpflichtung zur Rückgewähr übernommen hat. Im übrigen hat der Mieter nur einen Rückgabeanspruch gegen den alten Vermieter.

### **d) Verkauf der Immobilie**

Hinsichtlich der sich hier ergebenden Veränderungen kann auf die Ausführungen zur Zwangsversteigerung verwiesen werden. Die Regelungen der Zwangsversteigerung in § 57 ZVG verweisen auf die Regeln des rechtsgeschäftlichen Eigentümerwechsels in den §§ 566 ff BGB zumindest soweit sie hier erörtert wurden. Als Abweichung ist zu beachten, dass rechtsgeschäftlich der Eigentümerwechsel erst mit Eintragung im Grundbuch bewirkt wird. Vereinbarungen zwischen Erwerber und Veräußerer, wie etwa die Festlegung eines bestimmten Termins für den Übergang von Nutzungen und Lasten gelten nur zwischen den Vertragsparteien. Im Verhältnis zum Mieter sind sie nicht von Relevanz.

## **II. Pflichtenwechsel im Verwaltervertrag**

### **1. Verwaltervertrag und Insolvenz des Auftraggebers**

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endet der Verwaltervertrag, § 115 InsO<sup>183</sup>. Der Verwalter hat kein Wahlrecht nach § 103 InsO. Rückständige und die weiteren Vergütungsansprüche des Verwalters sind eine einfache Insolvenzforderung.

<sup>181</sup> BGH NZM 2001, 158 = BGH DWW 2001, 242

<sup>182</sup> AG Frankfurt NJW-RR 1991,1165

<sup>183</sup> BGH Urteil vom 6.7.2006, IX ZR 121/05

## 2. Verwaltervertrag und Verkauf /Versteigerung/Zwangsverwaltung der Immobilie

Vielfach stellt sich für den Mietenverwalter nach dem Verkauf, der Versteigerung und bei Zwangsverwaltung die Frage, wie er mit der vorzeitigen „Arbeitslosigkeit“ umzugehen hat. Der Verwaltervertrag ist ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit vornehmlich dienstvertraglichen Elementen, §§ 675, 611 BGB. Es ist ein zweiseitiger Vertrag. Der Verwalter ist ohne sein Verschulden an der Ausführung seiner Dienstleistung gehindert; er wird daher nach § 275 Abs. 1 BGB von der Leistungsverpflichtung frei.

Der Auftraggeber wird seinerseits von seiner Vergütungspflicht nur frei, wenn er die Hinderung nicht zu vertreten hat (§ 326 Abs. 1 BGB), etwa weil das Haus niederbrannte. Wenn er die Hinderung aber zu vertreten hat, weil er letztlich nicht zahlungsfähig war und deshalb in die Insolvenz fiel oder die Immobilie aus welchen Gründen auch immer verkaufte, bleibt er vergütungspflichtig, § 326 Abs. 2 BGB<sup>184</sup>. Der Verwalter muss sich dann nur seine durch die Untätigkeit ersparten Aufwendungen anrechnen lassen, § 326 Abs. 2 S. 2 BGB.

## 3. Erstellung Betriebskostenabrechnung beim Verwalterwechsel

Beim Verwalterwechsel wird häufig streitig, wer die Betriebskostenabrechnung zu erstellen hat, der neue Verwalter oder der ausgeschiedene Verwalter.

Hier wird vor allem nach der Fälligkeit abgegrenzt. Ein Verwalter, der zum Ende des Wirtschaftsjahres ausscheidet, hat die Jahresabrechnung/Betriebskostenabrechnung für dieses Jahr nicht mehr zu erstellen. Scheidet er danach aus, ist die Abrechnung fällig und er muss die Abrechnung erstellen, auch wenn er zu dieser Zeit nicht mehr Verwalter und im Besitz der Unterlagen ist. Benötigt er diese, muss er Einsicht beim neuen Verwalter nehmen.<sup>185</sup>

Zu beachten ist aber, dass vorformulierte Verwalterverträge mitunter zulässige, abweichende Regelungen vorsehen. Vor der Weigerung, die Abrechnung zu erstellen (hier droht andernfalls eine kostenpflichtige Ersatzvornahme) ist daher dringend ein Blick in den Vertrag anzuraten.

### a) Kontoauszüge

Der ausscheidende Verwalter hat auch dann kein Zurückbehaltungsrecht an den Kontoauszügen, wenn er offene Treuhandkonten geführt hat und das Konto auf seinen Namen lief<sup>186</sup>.

### b) Auskunftspflichten

Als nachwirkende vertragliche Nebenpflicht gehört es auch, dass der Verwalter Auskünfte erteilt<sup>187</sup>. Die Pflicht besteht auch dann noch, wenn die Unterlagen schon beim neuen Verwalter vorliegen. Notfalls muss der Altverwalter Akteneinsicht nehmen<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Zur Rechtslage vor dem 1.1.2002 nahezu gleich (nur ohne Anrechnung), AG Neuss, Urteil vom 9.11.1999, NZM 2000, 520

<sup>185</sup> OLG Hamm OLGZ 1993,438; OLG Hamburg OLGZ 1987, 188; OLG Köln, OLGZ 1986, 163; OLG Düsseldorf NZM 2001,546; BayObLG WE 1989,220

<sup>186</sup> AG Leipzig, Beschluss (§ 91 a ZPO) vom 9.3.2010, einsehbar unter [www.Verwalterstammtisch.de](http://www.Verwalterstammtisch.de)

<sup>187</sup> BGH-Urteil vom 7.12.1195, ZMR 1996, 134

<sup>188</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 25.8.1999, NZM 1999, 1008