

Friedemann Stornel

## **Auswirkungen von Leerstand auf Mietverhältnisse**

### **I. Einleitung**

Leerstände entsprechen in der Immobilienwirtschaft normalen Abläufen. Pausen zwischen den Vermietungsphasen geben zudem Gelegenheit zur Renovierung und Sanierung einer Wohnung, ohne den gesetzlichen Modernisierungsschranken etwa in § 554 Abs. 2, 3 BGB ausgesetzt zu sein. Leerstände, die bis zu 10% des Wohnungsbestandes eines Unternehmens ausmachen können, sind nicht marktfremd und konjunkturbedingt nicht unüblich.

Auch gibt es Leerstände, die gewollt herbeigeführt werden, um letztlich die Rendite zu optimieren: Wohngebäude werden „entmietet“, um – in Wohnungseigentum umgewandelt – gewinnbringend veräußert zu werden, oder sie werden „zurückgebaut“, um marktgängigen Objekten Platz zu machen.

Schließlich gibt es Leerstände, die strukturell bedingt sind, indem sie auf demografische, soziale und allgemeinwirtschaftliche Ursachen zurückzuführen sind. Unternehmerische Entscheidungen, die aus diesen Gründen zu Leerständen führen, sind gleichsam nur eine Reaktion auf veränderte Rahmenbedingungen, die über bloße Konjunkturschwankungen hinausgehen<sup>1</sup>. Die sich aus dieser Leerstandssituation ergebenden Rechtsprobleme stehen im Vordergrund der folgenden Erörterungen.

Einer systematischen Reihenfolge würde es entsprechen, die Reihenfolge: Gebrauchsgewähr – Betriebskostenumlage – Vertragsbeendigung zu beachten. Orientiert an der Aktualität und Brisanz der Probleme kehrt sich diese Reihenfolge im nachstehenden Beitrag allerdings um.

Es stellen sich insbesondere folgende Fragen:

- Kann der Vermieter den letzten noch in der Wohnanlage verbliebenen Mietern kündigen, um die durch zunehmenden und schließlich überwiegenden Leerstand unrentierlich gewordenen Gebäude zurückzubauen oder abzureißen?
- Kann der Vermieter bei überwiegendem Leerstand Betriebskosten, die nicht verbrauchsabhängig abgerechnet, sondern flächenanteilig umgelegt werden, statt nach der Gesamtfläche nach der vermieteten Fläche abrechnen?
- In welchem Maße schuldet der Vermieter bei überwiegendem Leerstand noch eine Instandsetzung oder Instandhaltung, die Versorgung mit Heizung, Energie und Wasser? In welchem Umfang schuldet der Mieter noch übernommene Pflichten, z.B. zur Treppenreinigung?
- Welche Rechte stehen dem Mieter bei Leerstand zu?

### **II. Vertragsbeendigung**

Es liegt nahe, bei Leerständen für die Beendigung des Mietverhältnisses an eine Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB anzuknüpfen. Bejaht man die Zulässigkeit einer solchen Kündigung, so können damit gleichwohl drängende Probleme der Wohnungswirtschaft gerade im Beitrittsgebiet nicht gelöst werden; denn nach Art. 232 § 2 Abs. 2 EGBGB kann sich der Vermieter auf diesen Kündigungsgrund nicht stützen, sofern es sich um Altmietverhältnisse handelt, die vor dem 3.10.1990 begründet worden sind. Gerade mit solchen Mietverhältnissen korrespondiert nicht erhaltungswürdiger Wohnraum, der am ehesten von Leerstand betroffen ist.

In der aktuellen Rechtsprechung zur Frage der Kündigung bei Leerständen wird allerdings verneint, dass die Voraussetzungen für eine Verwertungskündigung vorliegen, weil der Abbruch allein noch keine verbesserte wirtschaftliche Verwertung darstelle<sup>2</sup>. Sollte dies zutreffen, so wäre der Weg frei, um zu prüfen, ob eine leerstandsbedingte Kündigung auf das allgemeine Freimachungsinteresse gemäß der Generalklausel in § 573 Abs. 1 BGB gestützt werden kann. Sollte dies einer kritischen Prüfung allerdings nicht standhalten, so wäre für die Anwendung der Generalklausel in § 573 Abs. 1 BGB nur dann Raum, wenn andere gewichtige Gründe, die mit einer wirtschaftlichen Verwertung nicht identisch sind, die Beendigung des Mietverhältnisses rechtfertigen. Sollten sich solche nicht finden lassen, so wäre zu fragen, ob der partielle Ausschluss der Verwertungskündigung in Art. 232 § 2 Abs. 2 EGBGB für die davon betroffenen Vermieter sich als substantieller Eingriff in ihr Eigentum darstellt, so dass die Regelung als Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG verfassungswidrig wäre.

### **1. Zur Zulässigkeit einer Verwertungskündigung**

Ausgangsfall soll sein, ob eine Verwertungskündigung auch dann zulässig ist, wenn es allein darum geht, dass nur noch das Mietverhältnis über die streitbefangene Wohnung einem aus wirtschaftlichen Gründen gebotenen Abriss des Gebäudes entgegensteht, da die weitere Gebäudebewirtschaftung zu hohen Verlusten führen würde. Die Zulässigkeit einer solchen Kündigung ist mit der Begründung verneint worden, dass mit dem Abriss ohne weitergehende Verwertungsabsicht etwa durch Veräußerung oder Wiederaufbau keine rentierlich bessere Verwertung des Grundstücks erstrebt werde<sup>3</sup>. Eine derartige Einschränkung des Kündigungstatbestandes ist jedoch verfassungsrechtlich bedenklich. Aus der Entscheidung des BVerfG vom 14.2.1989<sup>4</sup> folgt, dass eine wirtschaftliche Verwertung auch dazu dienen kann, wirtschaftliche Verluste selbst dann abzuwenden, wenn sie nicht aus der Bewirtschaftung des Grundstücks herrühren. Der Begriff der Verwertung kann danach nicht einengend in dem Sinne verstanden werden, dass Verluste nur mittels Renditeerzielung aus dem Grundstück ausgeglichen werden müssten. Ziel einer Verwertung i.S. des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB kann vielmehr auch sein, wirtschaftliche Verluste durch eine Betriebseinstellung – soweit dies nicht gegen ein Zweckentfremdungsverbot verstößt – zu vermeiden. Dass dem ein noch bestehendes Mietverhältnis im Wege stehen kann, liegt auf der Hand. Damit ist allerdings nur der Kern des Problems freigelegt. Weitere Differenzierungen sind im Rahmen der Angemessenheitsprüfung geboten und möglich: etwa ob der Leerstand durch unterlassene Instandsetzungen oder ein „Herausgraulen“ der übrigen Mieter vom Vermieter veranlasst worden ist oder es sich um einen strukturbedingten Leerstand handelt, die Dauerhaftigkeit des Leerstandes, die Höhe und Zumutbarkeit der Bewirtschaftungsverluste u.ä. In diesem Rahmen kann auch die Erhaltungswürdigkeit des Gebäudes beachtlich sein.

### **2. Zum Vorliegen eines allgemeinen Freimachungsinteresses**

Der Tatbestand der Verwertungskündigung ist gegenüber dem allgemeinen Freimachungsinteresse nach § 573 Abs. 1 BGB eine Spezialregelung; fehlt ein Tatbestandsmerkmal, so lässt sich der Tatbestandsrest nicht in einen Kündigungsgrund nach der Generalklausel ummünzen. Anders verhält es sich, wenn ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzutritt; in diesem Fall kann es auch zu einer Konkurrenz der Kündigungsgründe kommen.

#### **a) Öffentliches Interesse**

In Betracht kommen angeordnete Rückbaumaßnahmen in einem Sanierungsgebiet nach § 179 BauGB, die zu einer Aufhebung des Mietverhältnisses nach § 182 BauGB führen können. Ergeht an den Eigentümer ein Gebot nach § 179 BauGB, so wird ein Kündigungsgrund i.S. von § 573 Abs. 1 BGB zu bejahen sein. Denkbar wären auch andere öffentliche Interessen, die einen Abriss rechtfertigen könnten. Das würde aber

voraussetzen, dass der Eigentümer/Vermieter Sachwalter des öffentlichen Interesses ist – sei es, dass sich dies aus seinem Status etwa als Gebietskörperschaft ergibt, sei es, dass er hiermit gleichsam als beliehener Unternehmer betraut wird. Allein aus der Eigenschaft als kommunales Wohnungsunternehmen folgt noch kein Status, das Gemeinwohl als Eigeninteresse wahrzunehmen.

#### **b) Private wirtschaftliche Interessen**

Private wirtschaftliche Interessen, die ein Freimachungsinteresse nach § 573 Abs. 1 BGB als Folge eines notwendigen Rückbaus oder Abrisses ergeben, sind darin gesehen worden, dass das Gebäude baufällig ist oder auch nur den heutigen Wohnbedürfnissen nicht mehr entspricht<sup>5</sup>. Diese Gründe laufen jedoch darauf hinaus, die Bewirtschaftung der Immobilie rentierlicher zu gestalten und – wenn schon kein Gewinn zu erzielen ist – Verluste zu vermeiden. Damit sind sie jedoch deckungsgleich mit dem Tatbestand der Verwertungskündigung. Sie können also nicht die Grundlage für ein allgemeines Freimachungsinteresse i.S. von § 573 Abs. 1 BGB sein.

#### **c) Veränderte Geschäftsgrundlage**

Eine Besonderheit der hier in Rede stehenden Fallgestaltung ist, dass der Anlass zum Rückbau oder Abriss nicht stets aus der wirtschaftlichen Sphäre des Vermieters herührt. So kann Anlass ein strukturbedingter Leerstand sein, der außerhalb der Sphäre des Vermieters liegt und zur Aufhebung des Mietverhältnisses führt, weil das Gebäude aus wirtschaftlichen Gründen abgerissen werden muss. Dies könnte unter dem Gesichtspunkt der veränderten Geschäftsgrundlage zu werten sein, die letztlich zur Auflösung des Mietverhältnisses führen kann. Gegenüber der Regelung in § 313 Abs. 3 BGB wäre diejenige in § 573 Abs. 1 BGB die speziellere. Als Geschäftsgrundlage für den Abschluss des Mietvertrages käme die in etwa gleichbleibende Belegungssituation auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt in Betracht. Ob insoweit eine einschneidende Veränderung stattgefunden hat, wird in jedem Einzelfall zu prüfen sein. Allein die Leerstandsquote des einzelnen Wohnungsunternehmens, aber auch in der Region ist nicht genügend aussagekräftig. Eine differenzierte Betrachtung ergibt nämlich, dass die überregionale Wanderung von Ost nach West nur zu Beginn der neunziger Jahre signifikant war, dass dem Bevölkerungsschwund insbesondere im sog. Beitrittsgebiet ein erheblicher Anstieg der Zahl der Haushalte gegenübersteht und dass eine heute verfehlt erscheinende Wohnungspolitik der neunziger Jahre eine Sogwirkung der Bewohnerschaft auf die Peripherie oder das Umland der größeren Städte entfachte<sup>6</sup>.

Handelt es sich um marktspezifische, insbesondere konjunkturelle Veränderungen, so wird man sie dem Vermietungsrisiko zuzurechnen haben, so dass sich hieraus auch kein Aufhebungs- bzw. Kündigungsgrund nach § 573 Abs. 1 BGB ergibt. Das gilt insbesondere für die Fälle des Leerziehen von Wohngebäuden, um nach Abriss zu einer rentierlicheren Nutzung zu gelangen<sup>7</sup>. Verursacht der Vermieter den Leerstand selbst, ohne dass er gezwungen wäre, lediglich auf eine allgemeine Strukturänderung zu reagieren, so hat er die sich hieraus ergebenden wirtschaftlichen Folgen zu tragen. Das gilt selbst dann, wenn er mit seinen Maßnahmen wirtschaftlich sinnvolle Ziele verfolgt. In diesen Fällen kann eine Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Betracht kommen, nicht aber eine Kündigung, die auf einem strukturbedingten Leerstand basiert. Das Unterscheidungsmerkmal ist, ob der Eigentümer/Vermieter mit der Verursachung des Leerstandes unternehmerisch agiert oder ob er auf den strukturbedingten Leerstand nur reagiert bzw. die Strukturänderungen zwingender Anlass sind, Wohnungsbestände „freizuziehen“.

### **3. Verfassungsrechtliche Würdigung**

Das zuvor aufgezeigte Instrumentarium macht deutlich, dass die leerstandsbedingte Kündigung für den Vermieter mit erheblichen rechtlichen Risiken verknüpft ist. Das gilt

zum einen dann, wenn man sie unter die Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB subsumiert; denn diese ist für den immer noch großen Bestand an Altverträgen gemäß Art. 232 § 2 Abs. 2 EGBGB ausgeschlossen. Erst recht gilt dies aber, wenn man den Tatbestand der angemessenen Verwertung dahingehend einschränkt, dass sie die bloße Vermeidung von erheblichen Bewirtschaftungsverlusten durch Rückbau oder Abriss nicht erfasst. Soweit eine Verwertungskündigung aus dem einen oder anderen Grund nicht zum Tragen kommt, kann ein Freimachungsinteresse i.S. von § 573 Abs. 1 BGB nur bejaht werden, wenn der Leerstand strukturbedingt, nicht aber konjunkturbedingt verursacht worden ist und die Kündigung als letztes Mittel zur Vermeidung schwerer Verluste des Vermieters geboten ist.

Es liegt nahe, dass eine leerstandsbedingte Kündigung vielfach an den soeben genannten Anforderungen scheitern wird, etwa weil die Gründe im Kündigungsschreiben nicht ausreichend spezifiziert sind (s. § 573 Abs. 3 S. 1 BGB) oder sie im Rechtsstreit nicht bewiesen werden können, insbesondere was die Ursache der Leerstände angeht. Durch den Fortbestand des Mietverhältnisses infolge der erschwerten Kündigungsbedingungen kann die Eigentumsposition des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 GG in seiner Substanz verletzt werden, so dass die bisherigen Ergebnisse einer – wenn auch hier nur kursorischen – verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen werden sollen.

#### **a) Ausschluss der Verwertungskündigung nach Art 232 § 2 Abs. 2 EGBGB**

Gegen den vollständigen Ausschluss der Verwertungskündigung bei Altverträgen im sog. Beitrittsgebiet bestehen Bedenken.

Es ist daran zu erinnern, dass im Gesetzgebungsverfahren des MRRG der Bundesrat vorgeschlagen hatte, den Ausschlussbestand bei Wohngebäuden mit mehr als 3 Wohnungen zu lockern, wenn das Gebäude überwiegend leer steht und entsprechend einer von der Gemeinde beschlossenen städtebaulichen Planung teilweise oder vollständig beseitigt werden soll, wobei die weiteren dem Vermieter auferlegten Pflichten zum Nachweis einer Ersatzwohnung und einer Umzugskostenhilfe hier nicht weiter zu erwähnen sind<sup>8</sup>. Die Bundesregierung zeigte hierfür Verständnis, hatte jedoch noch Formulierungs- und Prüfungsbedarf<sup>9</sup>; dabei bleibt es. Durch den Bundesratsvorschlag wäre den Fällen Rechnung getragen worden, in denen eine kommunale Planung vorliegt. Das erscheint aber nicht ausreichend; denn derartige Fälle würden – wie gezeigt – schon nach geltendem Recht eine Kündigung jedenfalls nach der Generalklausel des § 573 Abs. 1 begründen. Es wäre also an eine weitergehende Öffnung zu denken, die sich auf

- Mehrfamilienhäuser ab einer bestimmten Anzahl von Wohneinheiten,
- einen quotenmäßig bestimmbareren Leerstand,
- Fälle des nicht selbst verursachten Leerstandes

bezieht. Anderenfalls ergeben sich erhebliche, substanzgefährdende Eigentumsbeschränkungen i. S. von Art. 14 Abs. 1 GG in den Fällen des zwar nicht nachweisbar strukturbedingten, aber unverschuldeten Leerstandes.

#### **b) Beschränkung der Verwertungskündigung**

Die Beschränkung der Verwertungskündigung auf die Fälle, in denen der Vermieter eine andere lukrative Verwertung des Grundstücks erstrebt, macht zwar den Weg frei, die Restriktion des Art. 232 § 2 Abs. 2 EG BGB zu unterlaufen, indem auf den Kündigungsgrund aus § 573 Abs. 1 BGB ausgewichen wird<sup>10</sup>. Sie erscheint aber im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG vom 14.2.1989<sup>11</sup> nicht verfassungsgemäß.

Setzt man an die Stelle der Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB undifferenziert die leerstandsbedingte Kündigung nach § 573 Abs. 1 BGB, so liefe dies auf eine unzulässige Gesetzesumgehung hinaus. Unter den Generaltatbestand könnte vielmehr nur eine durch einen strukturbedingten Leerstand veranlasste Kündigung fallen. Eine solche Differenzierung bei den Leerständen wäre allerdings nur angängig, wenn und soweit ein Ausschluss der Verwertungskündigung verfassungsrechtlich zu-

lässig wäre. Vermieter, die einen erheblichen Leerstand nicht zu vertreten haben, ohne nachweisen zu können, dass dieser strukturbedingt ist, könnten danach weder nach § 573 Abs. 1 BGB noch nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB kündigen.

#### **4. Zur Rechtsverteidigung des Mieters**

##### **a) Rechtsmissbrauch der Kündigung**

Das Recht zum Kündigungswiderspruch nach § 574 BGB bleibt dem Mieter. Problematisch kann der Fall werden, dass sich in einem Mehrfamilienhaus sowohl Altmietverhältnisse als auch Neumietverhältnisse – jeweils bewertet nach dem Stichtag 3.10.1990 – befinden. Will der Vermieter das Gebäude „leerziehen“, weil es unwirtschaftlich ist, so könnte er die Neumietverhältnisse nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB kündigen, die Altmietverhältnisse dagegen nur unter den erschwerten Voraussetzungen nach § 573 Abs. 1 BGB, wie sie oben erörtert worden sind.

Zu fragen ist, ob der Mieter aus einem „Neumietverhältnis“, der sich einer Verwertungskündigung ausgesetzt sieht, einwenden könnte, dass der Vermieter sein Ziel ohnehin nicht erreichen könnte, weil er die Altmietverhältnisse entweder gar nicht oder nur unter besonderen Umständen kündigen könnte. Es liegt nahe, die Frage unter Hinweis auf die Rechtsmissbräuchlichkeit der Verwertungskündigung zu bejahen. Jedoch ist auch zu beachten, dass der Vermieter nicht verpflichtet ist, alle Mietverhältnisse gleichermaßen zu kündigen, sondern sukzessiv vorgehen kann. Bei der Frage nach dem Rechtsmissbrauchs würde sich die Überprüfung auf die Plausibilität der künftigen Kündigungsgründe zu beschränken haben, nicht dagegen darauf, ob sie aktuell schon gegeben sind.

##### **b) Umzugskosten und Ersatzraumangebot**

Scheidet jedenfalls für Altmietverhältnisse eine Verwertungskündigung aus und kommt hier nur eine Kündigung nach der Generalklausel gemäß § 573 Abs. 1 BGB in Betracht, die sich weitgehend den Voraussetzungen in § 313 Abs. 3 BGB annähert, so könnte erwogen werden, dem Mieter einen Anspruch auf Umzugskostenbeihilfe aus Treu und Glauben zuzuerkennen, wie es dem Vorschlag des Bundesrates entsprach<sup>12</sup>. Hierfür bedürfte es jedoch einer gesetzlichen Grundlage. Das Kündigungsrecht beruht auf dem Grundsatz „alles oder nichts“ selbst in den Fällen, in denen der Kündigungsgrund von keiner der Vertragsparteien zu vertreten ist. Eine Änderung dieses Grundsatzes für die leerstandsbedingten Kündigungen würde weitreichende Folgen auch für andere Fälle der Verwertungskündigung haben. Nicht anders verhält es sich mit einer Pflicht des Vermieters, dem gekündigten Mieter zumutbaren Ersatzraum nachzuweisen. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung in § 577a BGB, die an die Stelle des früheren Sozialklauselgesetzes getreten ist, eine solche Obliegenheit nicht übernommen. Diese gesetzgeberische Entscheidung wirkt sich auch in diesem Zusammenhang aus.

## **II. Umlage von Betriebskosten**

Erhebliche wirtschaftliche Belastungen ergeben sich für den Vermieter bei der Umlage von Betriebskosten, wenn es zu Leerständen kommt, die über das übliche Maß hinausgehen. Das gilt zum einen für verbrauchsunabhängige Kosten, die nicht entsprechend der geringeren Bewohnerzahl reduziert werden können, wie z.B. die Grundsteuer, Versicherungsprämien, Kosten für Wartungen, Gartenpflege und Wegereinigung. Zum andern gilt dies für verbrauchs- und verursachungsabhängige Kosten, sofern sie nach einem festen Maßstab abgerechnet werden. Hier würde es der Vertragslage entsprechen, dass der Vermieter einen Teil der vom Mieter verbrauchten oder verursachten Kosten zu tragen hat, was auch nicht dadurch kompensiert wird, dass es infolge der Leerstände zu einem geringeren Gesamtverbrauch kommt.

Die Beteiligung des Vermieters an den verbrauchsabhängigen Kosten wird vielfach als unbillig empfunden, was in der Aussage gipfelt, es könne nicht sein, dass ein Mieter im Extremfall nur 1/10 seines in der Wohnung entstandenen Wasserverbrauchs bezahle,

wenn 9 von 10 Wohnungen leer stünden<sup>13</sup>. Geboten erscheint hier eine differenzierende Betrachtungsweise, die von der jeweiligen Vertragslage und den einzelnen Betriebskostengruppen ausgeht<sup>14</sup>.

### **1. Zur Umlage verbrauchs- und verursachungsabhängiger Kosten**

Als Ausgangsfall dient ein Mietverhältnis, in dem eine Betriebskostenvollumlage und als Umlagemaßstab die anteilige Wohnfläche vereinbart ist. Es entspricht der nahezu einhelligen Meinung, dass der Vermieter im Normalfall den Kostenanteil zu tragen hat, der auf leerstehende Wohnungen entfällt, da er das Vermietungsrisiko trägt<sup>15</sup>. Dabei wird im allgemeinen nicht zwischen verbrauchsabhängigen und verbrauchsunabhängigen Kosten unterschieden. Dies entspricht dem Vertragsgrundsatz; danach haben die Parteien das jeweilige Verbrauchsrisiko bewusst ausgeklammert – der Vermieter den Fall einer höheren Kostenentstehung oder eines Leerstandes, der Mieter den Fall des Nichtgebrauchs der Mietsache etwa infolge längerer Abwesenheit. Dieses Ergebnis ist aus Vermietersicht für unbillig gehalten worden, wenn es sich zum einen um erhebliche Leerstände und zum anderen um verbrauchsabhängige Kosten handelt, die entweder vollständig oder ganz überwiegend durch Mieterverbrauch anfallen.

#### **a) Treu und Glauben und Abrechnungsgerechtigkeit**

Fehlt eine vertragliche Vereinbarung, die es dem Vermieter erlaubt, den Umlagemaßstab zu ändern, so bleibt nur der Rückgriff auf allgemeine Institute, um in dem zuletzt erwähnten Fall zu einem billigen Ergebnis zu gelangen. Am weitesten geht die Auffassung, dass der Vermieter berechtigt ist, im Nachhinein – d. h. nach Ablauf der Verbrauchsperiode – die verbrauchsabhängigen Kosten für Wasser, Entwässerung und Müllentsorgung nach anteilig *vermieteter* Fläche umzulegen, abzüglich eines hier zu vernachlässigenden Sicherheitsabschlags<sup>16</sup>. Nach anderer Auffassung wird dem Vermieter nach Treu und Glauben aus Gründen der Abrechnungsgerechtigkeit ein Anspruch auf Abänderung des Umlagemaßstabs mit dem Ziel eingeräumt, die Betriebskosten nach *vermieteter* Fläche umzulegen, soweit sie verbrauchsabhängig anfallen<sup>17</sup>. Dieser Anspruch wirkt nur in die Zukunft und muss gerichtlich durchgesetzt werden, wenn der Mieter sich nicht einverstanden erklärt. Dieser kann sein Einverständnis auch schlüssig erklären. Das setzt jedoch ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein und einen rechtsgeschäftlichen Abänderungswillen voraus. Ob hiervon ausgegangen werden kann, hängt wesentlich von der Eindeutigkeit ab, mit der der Vermieter sein Angebot auf Abänderung des Umlagemaßstabs erklärt hat. Rechnet er – selbst nach entsprechender Ankündigung – gemäß dem ihm genehmen Maßstab ab, so kann im Ausgleich des Abrechnungssaldos oder in der Entgegennahme eines Guthabens seitens des Mieters nicht ohne weiteres eine schlüssige Zustimmung gesehen werden<sup>18</sup>.

#### **b) Änderung der Geschäftsgrundlage**

Nach hier vertretener Auffassung reicht der Rückgriff auf Treu und Glauben nicht aus, um dem Vermieter selbst bei erheblichen Leerständen einen Anspruch auf Abänderung des Umlagenmaßstabs einzuräumen. Vielmehr kommt dies nur infrage, wenn die Voraussetzungen für die Abänderung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gegeben sind. Das folgt daraus, dass der Vermieter durch die Vereinbarung eines verbrauchsunabhängigen Maßstabs das Leerstandsrisiko übernommen hat. Der Grundsatz der Bindung an ein vertraglich übernommenes Risiko – kurz gefasst: der Grundsatz: *pacta sunt servanda* – kann nicht durch die bloße Berufung auf Treu und Glauben vertragsändernd und auf Dauer ausgehebelt werden. Dafür steht vielmehr das Institut der Änderung der Geschäftsgrundlage bereit. Was die wirtschaftliche Belastung des Vermieters anbelangt, werden hier ähnliche Maßstäbe anzulegen sein, wie sie der BGH wiederholt im umgekehrten Fall für das Verwendungsrisiko des Gewerberaummieters in einem leerstandsbefallenen Einkaufszentrum zugrundegelegt hat<sup>19</sup>, mithin nahe der Grenze der wirtschaftlichen Existenzaufgabe. In diesem Zusammenhang wird der Umfang des

Leerstandes erhebliche Bedeutung haben. Da ein Leerstand bis zu 10% wohnungswirtschaftlich noch vertretbar ist, wird ein unzumutbarer Leerstand nicht unter 20%, eher bei 30% anzunehmen sein. Ferner wird es darauf ankommen, dass der Vermieter den Leerstand nicht zu vertreten hat und er auch nicht in seinem Risikobereich angesiedelt ist. Somit kommt nur ein strukturbedingter, nicht aber ein konjunkturbedingter Leerstand infrage. Dabei könnte fraglich sein, ob ein strukturbedingter Leerstand auch dann gegeben ist, wenn der Vermieter das Gebäude „leerzieht“, um es wegen Unwirtschaftlichkeit abzubauen oder grundlegend zu sanieren. Die Frage wird zu verneinen sein; denn in diesen Fällen handelt der Vermieter eigennützig, um künftig entweder größere wirtschaftliche Verluste zu vermeiden oder später eine bessere Rendite zu erzielen. Die sich hieraus ergebenden wirtschaftlichen Nachteile muss er um der späteren Vorteile willen tragen. Das gilt erst recht, wenn der Leerstand auf unterlassener Pflege und Instandsetzung des Gebäudes beruht. Anders verhält es sich dagegen, wenn sich das Wohngebäude in einem Sanierungsgebiet befindet und ein Abriss- oder Rückbaugesuch nach § 179 BauGB ergangen oder zu erwarten ist. Gleichzusetzen sind aber auch Situationen, in denen das Verhalten des Vermieters nur als Reaktion auf die strukturellen Veränderungen zu werten ist.

Im Rahmen der Zumutbarkeit ist ferner zu prüfen, ob der Vermieter durch Umrüstung zu einer verbrauchsabhängigen Abrechnung gelangen könnte (s. § 556a Abs. 2 BGB). Das betrifft den Einbau von Wohnungswasserzählern ebenso wie die Installation von Müllschleusen. Dabei wird aber der Opfergrenze (§§ 275 Abs. 2, 313 BGB) Rechnung zu tragen sein.

Schließlich kann es auch auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages ankommen. War der Leerstand bei Vertragsabschluss bereits absehbar, so ist in Betracht zu ziehen, ob der Vermieter das hieraus erwachsende Kostenrisiko durch eine hierauf abzielende Vertragsgestaltung hätte vermeiden können<sup>20</sup> oder gar dieses Risiko in Kauf genommen hat.

Der Anspruch auf Vertragsänderung setzt ein konkretes Vertragsangebot voraus, das der Mieter unter den oben erwähnten Voraussetzungen auch schlüssig annehmen kann. Nimmt er das Angebot nicht an, so kann der Vermieter nur auf Leistung klagen; ihm steht also kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315m 316 BGB zu. Die Vertragsänderung wirkt ab Beginn der Verbrauchsperiode, die auf das Angebot des Vermieters folgt. Diese Konsequenz lässt sich aus § 556a Abs. 2 S. 2 BGB (s. zum früheren Recht: § 4 Abs. 5 S. 2 MHG) ableiten.

Da der Anspruch des Vermieters auf eine Vertragsänderung gerichtet ist, ist zu fragen, ob hierbei auch die Belange des Mieters zu berücksichtigen sind. Dagegen könnte sprechen, dass die Vertragsanpassung kein Akt der Rechtsgestaltung, sondern der Rechtsfeststellung ist<sup>21</sup>. Indes geht der Vertragsanpassung ein Verhandeln der Parteien voraus und in diesem Rahmen können auch die Mieterinteressen eingebracht werden. Hier ist zu beachten, dass die Mieter/Nutzer keine Solidargemeinschaft bilden und es deshalb problematisch erscheint, den Vermieter von der Last der verbrauchsabhängigen Kosten durch Änderung des Umlagemassstabs freizustellen, dem einzelnen Mieter aber nicht den Nachweis einzuräumen, keine oder geringere Kosten, als seiner Fläche im Verhältnis zur vermieteten Gesamtfläche entspricht, verursacht zu haben. Zwar hätte er sich darauf nach dem ursprünglichen Vertragsgefüge auch nicht berufen können. Wenn jedoch zugunsten des Vermieters eine verbrauchsbezogene Abänderung des Umlagemassstabs durchgeführt werden soll, so kann auch ein gewisses Äquivalent zugunsten des Mieters zur Sprache gebracht werden. Dem Vermieter erwächst hieraus kein Nachteil: zum einen trägt der Mieter die Beweislast für einen Minderverbrauch, zum anderen würde dieser von den anderen Mieter aufzufangen sein und ginge nicht etwa zu Lasten des Vermieters.

### **c) Personenabhängiger Umlagemaßstab**

Werden Betriebskosten nach der Anzahl der regelmäßig in den Wohnungen lebenden Personen im Verhältnis zur Gesamtzahl der Bewohner abgerechnet, so kann sich dieser Maßstab bei zunehmendem Leerstand zu Lasten des Mieters erheblich verschieben. In diesem Fall kann ihm ein Anspruch auf Änderung des Umlagemaßstabs erwachsen, sofern es zu erheblichen Leerständen – nach hier vertretener Auffassung jedenfalls über 20% - gekommen ist. Anders als für den Anspruch des Vermieters auf Abänderung des Umlagemaßstabs kommt es auf den Anlass des Leerstandes nicht an. Auch in diesem Zusammenhang wird nach verbrauchsabhängigen und verbrauchsunabhängigen Kosten unterschieden. Für die erstere Kostengruppe sei von einer fiktiven Belegung der leerstehenden Wohnungen mit je einer Person auszugehen<sup>22</sup>; für die letztere Kostengruppe sei die durchschnittliche Belegung der leerstehenden Wohnungen maßgeblich<sup>23</sup>. Eine solche Differenzierung erscheint hier nicht angebracht; vielmehr wird zugunsten des Mieters stets von der durchschnittlichen Belegung der leerstehenden Wohnungen auszugehen sein<sup>24</sup>. Das gleiche wird im Falle einer verbrauchsabhängigen Abrechnung bezüglich etwaiger Grundkostenanteile zu gelten haben, sofern diese personenabhängig umgelegt werden.

Werden Kosten oder Kostenanteile nach der Anzahl der Haushalte umgelegt, so ist auch hier zwischen verbrauchsabhängigen und verbrauchsunabhängigen Kosten bzw. Kostenanteilen zu unterscheiden. Während sich bei verbrauchsunabhängigen Kosten der Umlagemaßstab trotz Leerstandes nicht ändert, werden bei verbrauchsabhängigen Kosten die leerstehenden Wohnungen nicht zu berücksichtigen sein, da dort ein Verbrauch ausscheidet.

Im Rahmen einer verbrauchsabhängigen Abrechnung wird zu unterscheiden sein, ob die Kosten nach Grund- und Verbrauchskosten aufgeteilt werden. Werden die Grundkosten nach der Anzahl der Haushalte umgelegt, so sind die leerstehenden Wohnungen bei der Verteilung der Grundkosten einzubeziehen, auch wenn dort nichts verbraucht worden ist. Unbillig erschien es nämlich, den verbliebenen Mieter mit Anteilen von Fixkosten zu belasten. Werden etwa bei der verbrauchsabhängigen Wasserkostenabrechnung die Mietkosten für die Verbrauchserfassungsgeräte nach der Anzahl der Haushalte umgelegt, so hat der Vermieter die Kosten, die auf die leerstehenden Wohnungen entfallen, zu tragen<sup>25</sup>.

## **3. Kostendifferenzierungen**

### **a) Unterscheidung innerhalb der Kostengruppen**

Wie ausgeführt, beschränkt sich der Anspruch des Vermieters auf Abänderung des Umlagemaßstabs auf die verbrauchsabhängigen Kosten. Welche Betriebskosten hierunter fallen, kann im einzelnen streitig sein, zumal zutreffend darauf hingewiesen worden ist, dass die verbrauchsunabhängigen Kosten auch verbrauchsabhängige Kostenanteile enthalten und umgekehrt<sup>26</sup>. Deshalb ist gefordert worden, die generelle Unterscheidung zwischen verbrauchsabhängigen und –unabhängigen Kosten aufzugeben und innerhalb der einzelnen Kostenarten zu prüfen, ob und welche Kostenanteile verbrauchsabhängig sind und welche nicht. Wie die Ausführungen von Langenberg hierzu ergeben, sind diese Ermittlungen nicht einfach zu führen, erfordern einen hohen Verwaltungsaufwand und erbringen auch nicht stets gesicherte Ergebnisse<sup>27</sup>. Da die Betriebskostenabrechnung von vornherein keine „Pfenniggerechtigkeit“ garantiert<sup>28</sup>, sollte von einer Kostenaufspaltung abgesehen und die übliche Typisierung trotz ihrer Unschärfe beibehalten werden. Die bisherige Grob-Unterscheidung zwischen verbrauchsabhängigen und –unabhängigen Kosten betrifft im Wesentlichen nur die Kosten für Wasser, Abwasser sowie Müllentsorgung, ferner für Heizung und Warmwasser, wobei die letzteren ohnehin in der Regel verbrauchsabhängig abgerechnet werden.

Eine Unterscheidung ist innerhalb der verbrauchsabhängigen Kosten aber dort geboten, wo diese Kosten in verbrauchsunabhängige Grundkosten und Verbrauchskosten aufgespalten werden. Werden etwa die Müllgebühren von der Gemeinde teils nach einer Grundgebühr für jeden Haushalt und teils verbrauchsabhängig erhoben, so kann der Vermieter die Grundgebühren nicht allein auf die vermieteten Flächen umlegen<sup>29</sup>. Entsprechend verhält es sich mit den Kosten für Wasser und Abwasser sowie Heizung und Warmwasser.

#### **b) Sicherheitsabschläge**

Was die Verbrauchskosten bzw. –kostenanteile anbelangt, ist erwogen worden, einen Sicherheitsabschlag vorzunehmen, weil ein Verbrauch in den leerstehenden Wohnungen nicht ausgeschlossen werden könne<sup>30</sup>. Indes handelt es sich hierbei eher um fernliegende Möglichkeiten, deren Auswirkungen auch nicht annähernd geschätzt werden können. Anders könnte es sich nur dann verhalten, wenn der Mieter Anhaltspunkte für einen Verbrauch in den leerstehenden Wohnungen darzulegen vermag; denn damit würde er die Plausibilität der zugrundegelegten Verteilung bestreiten und es wäre Sache des Vermieters, die Bedenken auszuräumen. Vermag er dies nicht, wird man einen Sicherheitsabschlag schätzen müssen.

Ebenso wenig besteht Anlass, die leerstehenden Wohnungen mit Kosten wegen der Zählerdifferenzen zwischen dem Hauptwasserzähler und der Summe der Einzelwasserzähler zu belasten<sup>31</sup>.

#### **c) Mehrverbrauch bei Heizkosten**

Was die Heizkosten anbelangt, ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass infolge von Leerständen sich für die noch verbliebenen Mieter höhere Heizkosten daraus ergeben, dass die angrenzenden leerstehende Wohnungen nicht oder nur bis zur Frostsicherung beheizt werden. Um diesen leerstandsbedingten Nachteil auszugleichen, ist vorgeschlagen worden, dass die Aufteilung von Verbrauchs- und Grundkosten im Verhältnis von 50:50 zu erfolgen habe, soweit dies nicht schon geschehen sei<sup>32</sup>. Zwar lässt die HeizkostenV eine Änderung des einmal getroffenen Verteilermaßstabs nur nach Maßgabe des § 6 Nr. 4 HeizkostenV zu. Kommt es jedoch zu einem wesentlichen Leerstand, so wird man dem Mieter einen Anspruch auf Vertragsänderung nach Maßgabe des § 313 BGB einräumen müssen, und zwar bei einem erheblichen Leerstand ab 20% , aber auch in den Fällen, in denen der Leerstand der Vermietersphäre zuzurechnen ist. Letzteres ließe sich unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verletzung von mietvertraglichen Fürsorgepflichten begründen.

### **4. Risikoabändernde Vereinbarungen**

Zu prüfen ist schließlich, ob der Vermieter zur Vermeidung des Leerstandsrisikos mit dem Mieter abweichende Vereinbarungen treffen oder in Formularverträgen entsprechende Klauseln vorsehen kann. Hat er sich einen Änderungsvorbehalt bezüglich des Umlagemaßstabs ausbedungen, so werden die Ermessensgrenzen in diesem Zusammenhang zu erörtern sein.

Bei preisfreiem Wohnraum kann der Vermieter bezüglich solcher Kosten, die er nicht nach § 556a Abs. 1 BGB verbrauchsabhängig abzurechnen braucht, mit dem Mieter nicht vereinbaren, dass diese nur auf die vermieteten Flächen umgelegt werden sollen. Zwar ist die Regelung in § 556a Abs. 1 S. 1 BGB dispositiv. Jedoch würde eine solche Vereinbarung entgegen §§ 557 Abs. 4, 558 f. BGB zu einer mittelbaren Mieterhöhung führen und damit zum Nachteil des Mieters wirken. Bei einer Kostenumlage auf der Grundlage eines festen Flächenmaßstabs hätte der Vermieter die auf die Leerstände entfallenden Kosten selbst zu tragen. Wälzt er diesen Kostenanteil vereinbarungsmäßig auf die Mieter ab, so führt das im Ergebnis zu einer Entgelterhöhung an §§ 558 f. BGB vorbei<sup>33</sup>. Bei der Vermietung von Gewerberaum ist dagegen eine solche Vereinbarung

zulässig, sofern nur klagestellt ist, dass es sich bei der „Mietfläche“ um die jeweils vermietete Fläche handeln soll<sup>34</sup>. Selbst wenn man dies auch für die Wohnraummiete zulassen wollte, sind solche Abreden jedenfalls dann unwirksam, wenn sie in einem Formularvertrag oder einem Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB enthalten sind. Sie unterliegen dann der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, der sie nicht standhalten. Sie überbürden nämlich einseitig das Vermietungsrisiko auf den Mieter, was entgegen den Geboten von Treu und Glauben zu einer wesentlichen Benachteiligung des Mieters führt<sup>35</sup>.

Das gilt entsprechend für Änderungsvorbehalte, die sich auf den Umlagemaßstab beziehen. Sie können – formularmäßig – wirksam nur vereinbart werden, wenn ihre Ausübung an das billige Ermessen nach § 315 Abs. 3 BGB geknüpft ist<sup>36</sup>. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn der Vermieter die auf die leerstehenden Flächen entfallenden Kostenanteile auf die Mieter umlegt.

Selbst dann, wenn sich eine Klausel oder ein Änderungsvorbehalt nur auf verbrauchsabhängige Kosten bezieht, würde sich das Ergebnis nicht ändern. Bei kundenfeindlicher Auslegung könnte der Vermieter hierauf nämlich auch dann zurückgreifen, wenn es sich nicht um erhebliche Leerstände handeln würde, oder um Leerstände, die er selbst veranlasst hat.

#### **IV. Gebrauchsgewähr**

Erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen hat die Frage, in welchem Umfang die Vermieterpflichten durch wachsende und insbesondere überwiegende Leerstände beeinflusst werden. Das gilt für die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht ebenso wie für die Ver- und Entsorgungspflichten mit Heizung, Energie, Wasser, Abwasser und Müll. Aber auch auf die vom Mieter übernommenen Pflichten – etwa zur Treppenreinigung – kann sich ein erheblicher Leerstand auswirken. Schließlich ist zu prüfen, ob und ggfs. in welchem Umfang der Mieter berechtigt ist, auf Kürzungen der Vermieterleistung mit Erfüllungsansprüchen und Gewährleistungsrechten zu reagieren.

##### **1. Instandhaltung und Instandsetzung**

Es ist eine Folge des auf einzelne Parteien angelegten Vertragssystems, dass selbst zunehmender Leerstand den Pflichtenkreis des Vermieters nicht berührt. Eingrenzungen ergeben sich vielmehr nur durch den Rückgriff auf allgemeine Institute wie Treu und Glauben oder die Opfergrenze.

So braucht der Vermieter seine Pflicht, das Treppenhaus zu renovieren<sup>37</sup>, nicht mehr zu erfüllen, wenn er im Begriff ist, das Gebäude aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat (Stichwort: strukturbedingter Leerstand) „frei zu ziehen“.

Besondere Bedeutung gewinnt hier auch die sog. Opfergrenze, die aus der vom Schuldner nicht zu vertretenden wirtschaftlichen Unmöglichkeit der Leistung abgeleitet worden ist. Sie führt dazu, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wird, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen dem Instandsetzungsaufwand einerseits und dem Nutzen der Maßnahme für den Mieter sowie der Höhe der Miete andererseits besteht und die Ursache für die Maßnahme vom Vermieter nicht zu vertreten ist<sup>38</sup>. Umstritten ist, ob der Tatbestand der Opfergrenze unter den Begriff der veränderten Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zu subsumieren ist oder einen Fall des Leistungshindernisses nach § 275 Abs. 2 BGB darstellt<sup>39</sup>. Ohne auf diesen Meinungsstreit einzugehen, wird hier die Auffassung vertreten, dass die Regelung des § 275 Abs. 2 BGB einschlägig sein dürfte. Die Opfergrenze ist an sich kein Institut, das den Vertragsinhalt mit Zukunftswirkung abändert, sondern nur zur Lösung eines Leistungshindernisses im konkreten Fall und meist für die Vergangenheit beiträgt. Eine feste Grenze für den noch zumutbaren Aufwand lässt sich nicht bestimmen. Allgemein hat die Rechtsprechung hieran sehr hohe Anforderungen gestellt<sup>40</sup>. Als Anhaltspunkt hierfür ist herangezogen

worden, ob die aufzuwendenden Mittel innerhalb von 10 Jahren durch eine erzielbare Rendite aus dem Mietobjekt ausgeglichen werden könnten<sup>41</sup>.

Fraglich ist, ob auf die Erheblichkeit des Leerstandes abzustellen ist. Dafür spricht, dass die Zumutbarkeit des Aufwandes in einem Kontext zur Dauer des Mietverhältnisses und zur Wiederherstellung der Rentierlichkeit gesetzt wird. Je größer der Leerstand ist, desto weniger streng brauchen die Anforderungen an die Höhe des Aufwandes gestellt zu werden.

Andererseits werden hohe Anforderungen an den Vermieter zu stellen sein, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die Gefahren für Leib und Leben der Bewohner abwenden sollen; das gilt vor allem für bauliche Verkehrssicherungspflichten (z.B. Reparatur von Treppengeländern, des undichten Daches bei nicht nur ganz unerheblichen Undichtigkeiten). Unter Umständen kann es in diesem Zusammenhang zu Leistungskürzungen kommen, sofern der Mieter auf die Nutzung nicht angewiesen ist. Ist etwa ein Balkon so baufällig, dass er nicht mehr betreten werden darf, so kann ihn der Vermieter abbrechen, ohne ihn angesichts des Leerstandes bzw. des geplanten strukturbedingten Abrisses des Gebäudes wieder errichten zu müssen. Voraussetzung ist, dass der Vermieter den Leerstand nicht zu vertreten hat, dieser also – wie erwähnt – strukturbedingt ist. Kriterium dafür kann sein, ob der Leerstand auf der eigenen unternehmerischen Entscheidung des Vermieters beruht oder seine Entscheidung nur die sekundäre Folge aus Strukturveränderungen ist. Hier kann es zu Abgrenzungsproblemen kommen, die nur für den Einzelfall gelöst werden können. Das gilt etwa für den Fall, dass ein Wohngebäude „leer gezogen“ werden soll, weil es den heutigen Wohnanforderungen nicht mehr entspricht. Zugunsten des Vermieters kann hierbei in Gewicht fallen, ob für sein Vorhaben ein öffentliches Interesse streitet, es sich also nicht nur um ein bloßes Renditevorhaben handelt.

## **2. Verkehrssicherung**

Die Verkehrssicherungspflicht des Vermieters wird auch durch einen strukturell bedingten erheblichen Leerstand grundsätzlich nicht berührt. Das betrifft insbesondere solche Pflichten, die daraus resultieren, dass auf dem Grundstück (noch) ein allgemeiner Verkehr eröffnet ist. Hier handelt es sich im wesentlichen um Sicherungspflichten, etwa die Pflicht zur Wegereinigung oder zur Grundstücksbeleuchtung. Aus Gründen der Zumutbarkeit, aber auch aus Gründen der Wirtschaftlichkeit kann sich die Befugnis, aber auch die Pflicht für den Vermieter ergeben, seine Leistungen einzuschränken. Das gilt z.B. für die Häufigkeit der Treppenreinigung oder der Dauer der Beleuchtungsphasen. Stets muss aber der Sicherungszweck erreicht werden; nur was über diesem Standard liegt, darf der Vermieter kürzen.

Hat der Vermieter die Reinigungspflicht für Treppen und Wege auf die Mieter eines Gebäudes nach Tumus übertragen, so führt ein zunehmender Leerstand zu einer Mehrbelastung der noch verbliebenen Mieter. Zwar wird der Mieter kurzfristige Schwankungen in der Gebäudebelegung ebenso wie gelegentliche Verhinderungen anderer Mitmieter an der Reinigungspflicht hinnehmen müssen. Zunehmender Leerstand hat jedoch eine andere Dimension; denn er führt zu einer Änderung des Leistungsinhalts (was die Häufigkeit anbelangt), die vereinbart werden müsste. Kommt es nicht zu einer solchen Vereinbarung, so braucht der Mieter nur in dem Umfang zu reinigen, der seinem Tumus bei regelmäßiger bzw. durchschnittlicher Belegung des Gebäudes entspricht, während ihm im übrigen gegenüber dem Vermieter ein Erfüllungsanspruch zusteht. Will der Vermieter bei dieser Situation eine Reinigungskraft einstellen, die anstelle des oder der noch verbliebenen Mieter die Reinigungsarbeiten durchführt und will er die dadurch anfallenden Kosten auf die Mieter umlegen, so benötigt er hierfür die Zustimmung des/der Mieter<sup>42</sup>. Der Vermieter kann dieses Problem vorbeugend durch einen Änderungsvorbehalt lösen, der es ihm ermöglicht, die Reinigungspflicht wieder an sich zu ziehen und die anfallenden Kosten als Betriebskosten auf die Mieter umzulegen.

Ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB liegt hierin nicht; denn die Änderung führt zu einer Entlastung des Mieters von den Risiken einer Verkehrssicherungspflicht.

Infolge des Leerstandes können sich neue Pflichten des Vermieters ergeben, etwa solche zur Aufrechterhaltung der Sicherheit. Hierfür bedarf es aber konkreter Anhaltspunkte für ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis des Mieters, etwa wenn es zu Einbrüchen oder zu ungebetenen Besuchen im Hausflur oder in leerstehende Wohnungen kommt.

### **3. Betriebseinstellungen**

Der Vermieter ist grundsätzlich nicht berechtigt, den Betrieb von Einrichtungen, die der gemeinschaftlichen Nutzung durch die Mieter dienen, wegen mangelnder Wirtschaftlichkeit einzustellen<sup>43</sup>; das gilt im allgemeinen auch bei Leerständen. Eine Einschränkung folgt aber auch hier, wenn die Opfergrenze überschritten ist. Hierbei sind die Wirtschaftlichkeit zugunsten des Vermieters und das Angewiesensein der Mieter auf die betr. Anlage bzw. Einrichtung gegeneinander abzuwägen. Zugunsten des Mieters streitet der Grundsatz der Vertragstreue. So wird der Vermieter also eher eine Freizeiteinrichtung als etwa den Fahrstuhl stilllegen dürfen. Auch eine Müllschluckanlage braucht er nicht mehr zu betreiben, wenn hierfür erhebliche Instandsetzungskosten anfallen würden und das Wohngebäude – strukturbedingt – leergezogen werden soll.

### **4. Versorgung und Entsorgung**

Der Vermieter ist auch gegenüber dem letzten noch im Wohngebäude verbliebenen Mieter verpflichtet, dafür zu sorgen, dass dieser mit Heizung, Wasser und Energie versorgt wird sowie die regelmäßige Entsorgung von Abwasser und Müll erfolgt. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit rechtfertigt eine Einschränkung dieser Leistungen nur, soweit die Grundversorgung des Mieters sichergestellt bleibt.

Probleme können sich bei der Pflicht zur Beheizung ergeben. Zu beachten ist, dass der Vermieter nur das Ergebnis schuldet, nämlich – um es verkürzt auszudrücken – eine Durchschnittstemperatur tagsüber von 20°C<sup>44</sup>. So betrachtet, ist er nicht verpflichtet, angrenzende leere Wohnungen über die Frostsicherung hinaus zu beheizen. Er muss gleichwohl sicherstellen, dass die Heizung ausreichend dimensioniert ist und betrieben wird, um die vertragsgemäße Wärme zu erzielen. Ist dies nur um den Preis höherer Heizkosten möglich, so schuldet er dem Mieter keinen Kostenausgleich, sofern nicht eine schuldhaftige Pflichtverletzung vorliegt. Eine solche liegt noch nicht im „Freiziehen“ eines Wohngebäudes. Der Vermieter ist aber in solchem Fall gehalten, das Verhältnis zwischen Grund- und Verbrauchskosten zugunsten des Mieters soweit wie möglich zu ändern, was trotz §§ 2, 6 Abs. 4 HeizkostenV einvernehmlich möglich ist<sup>45</sup>.

### **5. Erfüllungsanspruch und Gewährleistungsrechte des Mieters**

Kommt es infolge des Leerstandes zu Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs, so steht dem Mieter zunächst der Erfüllungsanspruch (mit begleitendem Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB) zu. Die Geringfügigkeitsschranke, die sonst grundsätzlich nicht zum Tragen kommt, kann über § 242 BGB zu einer Einschränkung führen, sofern das Gebäude überwiegend leer steht, der Vermieter den Leerstand nicht zu vertreten hat (Stichwort: strukturbedingter Leerstand oder hierauf zurückzuführendes Abrissinteresse des Vermieters) und der Mieter nicht auf den Erfüllungserfolg angewiesen ist. Im übrigen bildet auch die Opfergrenze eine Schranke für den Erfüllungsanspruch.

Die Mietminderung greift in allen Fällen der Gebrauchsbeeinträchtigung, die die Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 S. 3 BGB überschreiten, ein. Das gilt auch für Folgen aus strukturbedingtem Leerstand. Der Leerstand als solcher ist aber noch kein Mangel, ebenso wenig das Fehlen von Wohnungsnachbarschaft. Negative Veränderungen des

Wohnumfeldes können zu einer Mietminderung führen, soweit sie sich auf das Leben in der Wohnung beziehen. Das betrifft auch das Sicherheitsbedürfnis des Mieters. Anders verhält es sich, wenn nur die allgemeine Lebensführung (außerhalb der Wohnung) betroffen ist, z.B. Verschlechterung von Einkaufsmöglichkeiten oder Schließung von Freizeit- oder Sozialeinrichtungen.

Schadensersatzansprüche können sich nicht nur aus § 536a BGB, sondern auch aus §§ 280, 281 BGB ergeben, sofern der Vermieter Schutzpflichten verletzt, die die Gebrauchsgewährpflicht nicht unmittelbar berühren. Das Leerziehen eines Gebäudes ist zwar durch die Eigentumsgarantie gedeckt, sofern sie sich nach Gesetz und Recht vollzieht; daraus erwachsen dem Mieter – für sich genommen – noch keine Ersatzansprüche. Aus dem Leerstand können jedoch Schutzpflichten folgen, z.B. zur Änderung des Umlagemaßstabs bei der Heizkostenabrechnung oder zur Einführung von Sicherungsmaßnahmen.

Eine Rolle kann der Verwendungsersatzanspruch des Mieters nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB spielen, der den Verzug des Vermieters voraussetzt. Das kann sich insbesondere auf die Durchführung von (kleineren) Reparaturen und von Reinigungsarbeiten beziehen. Von der im Regelfall gebotenen Mahnung kann der Mieter unter den Voraussetzungen des § 286 Abs. 2 BGB absehen.

Nur der Vollständigkeit halber seien die Kündigungsmöglichkeiten des Mieters nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 und § 569 Abs. 1 BGB erwähnt. Im Gegensatz zum bisherigen Recht erfordern auch die Mieterkündigungen eine Begründung (§ 569 Abs. 4 BGB). Auch eine Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung bedarf nunmehr grundsätzlich der vorherigen Abmahnung oder Fristsetzung nach § 543 Abs. 3 BGB.

## **V. Zusammenfassung**

1. Eine Verwertungskündigung ist auch dann zulässig, wenn sie darauf abzielt, das Wohngebäude abzureißen oder zurückzubauen, um dadurch erhebliche wirtschaftliche Verluste zu vermeiden.

2. Eine Kündigung auf Grund der Generalklausel in § 573 Abs. 1 BGB kann nicht auf den gleichen Tatbestand, wie er dem § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB zugrundeliegt, gestützt werden. Erforderlich ist, dass entweder ein weiterer Umstand hinzutritt oder ein Tatbestandsmerkmal, das der Verwertungskündigung fehlt, durch einen anderen Umstand ersetzt wird, der das Freimachungsinteresse des Vermieters begründet.

3. Strukturbedingter Leerstand und seine Folgen können die Geschäftsgrundlage des Mietvertrages erschüttern. Sie können daher einen Kündigungsgrund nach § 573 Abs. 1 BGB abgeben. Das gilt auch, wenn der Vermieter sich auf Grund der Strukturänderung entschließt, das Gebäude leer zu ziehen und abzureißen. Gleichzusetzen sind öffentlichrechtlich bedingte Maßnahmen, wenn das Gebäude in einem Sanierungsgebiet liegt.

4. Eine eingeschränkte Auslegung des Tatbestandes der Verwertungskündigung, dass eine rentierlichere Nutzung als bisher erstrebt wird, sowie der vollständige Ausschluss der Verwertungskündigung für sog. Altverträge, die vor dem 3.10.1990 abgeschlossen worden sind, sind verfassungsrechtlich bedenklich.

5. Verbrauchsabhängige Kosten, die nach einem festen Flächenmaßstab auf die Mieter umgelegt werden, können vom Vermieter nach vermieteter Fläche nur umgelegt werden, wenn ein erheblicher Leerstand vorliegt, den er nicht zu vertreten hat. Es müssen für die erforderliche Abänderung des Mietvertrages die Voraussetzungen vorliegen,

die an die Änderung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gestellt werden. Die Änderung wirkt in die Zukunft auf den Beginn der folgenden Verbrauchsperiode.

6. Gilt ein personenabhängiger Maßstab, so hat der Mieter bei erheblichen Leerständen einen Anspruch darauf, dass auch die leeren Wohnungen berücksichtigt werden, und zwar mit ihrer durchschnittlichen Belegungszahl.

7. Die bisherige Unterscheidung zwischen verbrauchsabhängigen und verbrauchsunabhängigen Kostengruppen sollte im Interesse der Abrechnungsvereinfachung bei Leerständen beibehalten werden. Werden verbrauchsabhängige Kosten nach Grundkosten und Verbrauchskosten abgerechnet, so gilt für die Grundkosten, dass sie auf die Gesamfläche des Gebäudes umgelegt werden.

8. Bei erheblichen Leerständen ist der Vermieter im Rahmen der Heizkostenabrechnung kraft einer Schutzpflicht zugunsten des Mieters gehalten, das Verhältnis von Verbrauchs- und Grundkosten auf 50:50 festzulegen.

9. Risikoabändernde Vereinbarungen, die es dem Vermieter gestatten, bei Leerständen die vermietet Fläche zugrunde zu legen, sind unzulässig. Das Entsprechende gilt für die Vereinbarung oder Ausübung von Änderungsvorbehalten bezüglich des Umlagemaßstabs.

10. Die Gebrauchsgewährpflicht des Vermieters wird selbst bei erheblichem Leerstand grundsätzlich nicht eingeschränkt. Für die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht ist jedoch die Opfergrenze verstärkt zu beachten. Das gleiche gilt, soweit es darum geht, ob der Vermieter leerstandsbedingt unwirtschaftlich gewordene Gemeinschaftseinrichtungen stilllegen darf.

Unberührt bleiben die Versorgungs- und Entsorgungspflichten des Vermieters.

11. Hat der Mieter Nebenpflichten (z.B. zur Treppenreinigung) übernommen, so wird sein Pflichtenumfang auch durch erhebliche Leerstände nicht erweitert.

12. Führen Leerstände zu Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs, so hat der Mieter einen Erfüllungsanspruch, soweit dem nicht ausnahmsweise die Grundsätze von Treu und Glauben und die Opfergrenze entgegenstehen. Die Mietminderung wird in keinem Falle ausgeschlossen. Der Leerstand kann dann einen Mangel bilden, wenn er sich durch Umfeldveränderungen auf den Mietgebrauch auswirkt.

- 
- 1 S. dazu Kofner WuM 2001, 315
- 2 AG Halle-Saalkreis NZM 2002, 782 = WuM 2002, 428, mit Anm. Wall  
AG Jena – Ur. v. 14.3.2003 – 22 C 1182/02 (noch nicht veröffentlicht)
- 3 AG Halle-Saalkreis und AG Jena wie Fn. 2, Wall WuM 2002, 430
- 4 NJW 1989, 972 = WuM 1989, 118, s. auch Reuter, Die sog. Verwertungs-  
kündigung des Vermieters in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein,  
2003, S. 329, 333
- 5 S. die Beispiele bei Wall WuM 2002, 430, 431 Sp. 1 a.E.
- 6 S. Bericht der Kommission „Wohnungswirtschaftlicher Strukturwandel in den  
neuen Bundesländern“, Leerstand im Osten – Stand: Mai 2001, veröffentlicht  
in *MIETERSCHUTZ* Berlin Heft 3/2001, Positionspapier des Deutschen  
Städtetages „Wohnungsl Leerstand in den neuen Ländern“ – Stand: 20.9.2000
- 7 S. zu einem typischen Fall: OLG Dresden WuM 2003, 32, 34 Sp. 2
- 8 BRat-Drucks. 439/00 S. 32 Nr. 38
- 9 Stellungnahme der Bundesregierung zu den Vorschlägen des Bundesrats  
NZM 2001, 35, 38
- 10 AG Halle-Saalkreis und AG Jena wie Fn. 2
- 11 NJW 1989, 972 = WuM 1989, 118
- 12 BRat-Drucks. 439/00 S. 32 Nr. 38
- 13 AG Zwickau ZMR 2001, 467
- 14 S. dazu Schmid ZMR 1998, 608, Maciejewski MM 2000, 61, Langenberg  
WuM 2002, 589
- 15 Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht, 7. Aufl., BGB § 546 Rn. 29, Langen-  
berg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 3. Aufl., F 41  
S. 185, v. Seldeneck Betriebskosten im Mietrecht, 1999, Rn. 3144, Pfeifer Be-  
triebskosten bei Wohn- und Geschäftsraummieta S. 130, LG Bautzen WuM  
2001, 288, AG Görlitz WuM 1997, 648, AG Köln WuM 1998, 290, WuM 2000,  
37
- 16 AG Zwickau ZMR 2001, 467
- 17 Langenberg (Fn. 15) F 9, S. 167, ders. WuM 2002, 590, Blank DWW  
1992, 68, LG Bautzen WuM 2001, 288
- 18 LG Mannheim NZM 1999, 365, LG Landau WuM 2001, 613, LG Karlsruhe  
GuT 2002, 177, AG Mannheim DWW 2002, 96, s. dazu auch Langenberg  
(Fn. 15) B 42 ff., S. 92 ff.

- 
- 19 BGH NJW 2000, 1714, NZM 2000, 1005
- 20 S. dazu v. Seldeneck (Fn. 15) Rn. 3317 f.; zu den Bedenken hiergegen s. die nachfolgenden Ausführungen unter III 4
- 21 Schmidt-Räntsch u.a., Das neue Schuldrecht, Vorbem zu § 313 BGB, S. 327
- 22 AG Köln WuM 1998, 290, Maciejewski MM 2000, 61, Langenberg WuM 2002, 593
- 23 Langenberg WuM 2002, 592
- 24 Ebenso v. Seldeneck (Fn. 15) Rn. 3159, allerdings unter unzutreffendem Hinweis auf AG Köln WuM 1998, 290
- 25 Langenberg NZM 2002, 592, a.A. Schmid ZMR 1998, 609, 610, Maciejewski MM 2000, 61
- 26 Langenberg WuM 2002, 589, 590 Sp. 1
- 27 s. Langenberg WuM 2002, 589
- 28 OLG Schleswig – RE. v. 4.10.1990 – DWW 1990, 355
- 29 Langenberg WuM 2002, 589, 591, Maciejewski MM 2000, 61
- 30 AG Zwickau NZM 2001, 467 f., Langenberg WuM 2002, 591, 592
- 31 LG Braunschweig WuM 1999, 294, LG Darmstadt WuM 2001, 516, AG Hamburg WuM 2000, 213, s. auch Peters NZM 2000, 696
- 32 Langenberg WuM 2002, 593
- 33 Im Ergebnis ebenso Langenberg WuM 2002, 589, Maciejewski MM 2000, 61, a.A. Schmid Handbuch der Nebenkosten, 7. Aufl., Rn. 4010.
- 34 Die Entscheidung des OLG Hamburg WuM 2001, 343 steht dem nicht entgegen; denn dort ging es nicht um die Bewertung, sondern um die Auslegung einer Klausel in einem Mietvertrag über Gewerberaum.
- Langenberg (Fn. 15) F 41 S. 185, ders. WuM 2002, 589, v. Seldeneck (Fn. 15) Rn. 3317
- 36 BGH WuM 1993, 109 = ZMR 1993, 264
- 37 s. hierzu KG WuM 1984, 42, LG München I WuM 1993, 736
- 38 OLG Hamburg GE 2002, 1266 = NZM 2002, 343
- 39 S. Schmidt-Räntsch (Fn. 21) S. 150, 151 zu § 275 BGB, S. 330 zu § 313 BGB
- 40 LG Berlin GE 1995, 1013, LG Hamburg WuM 1997, 432 jeweils zur Balkonsanierung für DM 33.000 bzw. 35.000, LG Osnabrück WuM 1992, 119

---

zu Aufgrabungsarbeiten für DM 40.000,- AG Potsdam WuM 2000, 182 zur  
Reparatur einer Müllabwurfanlage für DM 23.000

41 OLG Hamburg wie Fn. 38

42 AG Frankfurt/O WuM 1997, 437, AG Magdeburg WuM 2002, 576 = ZMR  
2003, 45

43 AG Potsdam WuM 2000, 182, einschränkend: LG Mainz NZM 1999, 758 =  
WuM 1999, 215, LG Hamburg WuM 1999, 606

44 LG Berlin NZM 1999, 1039 = ZMR 1998, 634

45 OLG Düsseldorf ZMR 2003, 109, LG Berlin ZMR 1999, 556