

MÖGLICHKEITEN DER VERTRAGSGESTALTUNG NACH KÜNFTIGEM RECHT BEI WOHNRAUMMIETVERTRÄGEN

I. Allgemeine Vorüberlegungen

Schon nach bisherigem Recht war die Vertragsfreiheit (Art. 2 GG) durch die besonderen mietrechtlichen Bestimmungen, die als Ausfluß der Sozialbindung des Eigentums angesehen werden¹, in zulässiger Weise eingeschränkt. Mit Rücksicht darauf kann der Gesetzgeber die bisher bestehenden Grenzen ohne verfassungsrechtliche Bedenken übernehmen.

Zu einzelnen gesetzlichen Bestimmungen ist aktuell ausdrücklich geregelt, daß diese „zum Nachteil des Mieters“ nicht abgeändert werden dürfen. Andere Vorschriften (z.B. § 566 BGB) sind aus ihrer Natur zwingend und können durch vertragliche Regelungen nicht eingeschränkt oder abbedungen werden.

Daneben sind nach bestehendem Recht bei Formularverträgen bzw. Verbraucherverträgen i.S.d. § 24 a AGBG die §§ 9 ff. AGBG zu beachten und bei Individualverträgen die durch die §§ 134, 138 BGB gesetzten Grenzen.

An dieser Systematik ändert sich durch den vorliegenden Gesetzesentwurf nichts. In der Begründung erwähnt die Bundesregierung ausdrücklich, daß einige Normen „ihrer Natur nach“ zwingend sind (z.B. § 537 c: Ausschlußregelung bei arglistiger Täuschung²; § 543 GE: Recht zur fristlosen Kündigung beider Parteien³; § 550 GE: Schriftform⁴; § 568 a GE: Form der Kündigung⁵). Daneben wird in vielen Fällen am Ende jeder Vorschrift geregelt, daß eine inhaltliche Veränderung durch Vertrag „zum Nachteil des Mieters“ unwirksam sein soll. Auf diese Grenzen wird in der nachfolgenden Darstellung im einzelnen noch eingegangen.

¹ vgl. z.B. BVerfGE 37, 132 zum WKSchG; BVerfG NJW 1986, 1669 zur Kappungsgrenze; BVerfGE 38, 348 und NJW 1981, 149 zum Zweckentfremdungsverbot; BVerfG NJW 1989, 969 zum Mieterhöhungsverlangen; BVerfG NJW 1989, 970 zur Eigenbedarfskündigung; BVerfG NJW 1989, 972 zur Wohnraumkündigung zwecks angemessener wirtschaftlicher Verwertung

² vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 432

³ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 433

⁴ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 435

⁵ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 446

Die im Gesetzentwurf enthaltenen Grenzen sind in jedem Fall zu beachten, also unabhängig davon, ob ein Individualvertrag geschlossen werden soll, oder eine Inhaltskontrolle nach den §§ 9 ff. AGBG notwendig ist, weil Allgemeine Geschäftsbedingungen entworfen oder ein Verbrauchervertrag⁶ erstellt werden soll.

II. Einzelne Vertragsregelungen

Um den Umfang der Darstellung eingrenzen zu können, soll nachfolgend nur auf die Punkte eingegangen werden, bei denen sich gegenüber der aktuellen Rechtslage Veränderungen ergeben. So muß nicht besonders hervorgehoben werden, daß die Vertragsparteien nach wie vor Vermieter und Mieter heißen. Das Mietobjekt wird in § 535 GE zukünftig nicht mehr als „Sache“, sondern als „Mietsache“ bezeichnet.

Wesentliche Änderungen bei den Gestaltungsmöglichkeiten bzw. notwendige neue Gestaltungen im Rahmen von Mietverträgen ergeben sich insbesondere bei den folgenden Themen:

- Miete
- Mietzeit
- Mietsicherheit
- Mietgebrauch
- Gewährleistung

1. Mietzeit

Im Zusammenhang mit der Mietzeit sind vor allem folgende Konstellationen in der Praxis verbreitet:

- befristete Mietverträge
- Verträge mit auflösender Bedingung
- Beschränkung von Kündigungsmöglichkeiten
- Fortsetzung der Nutzung nach Beendigung des Mietvertrages

a) Befristete Mietverträge

Nach bisherigem Recht unterschied § 564 c BGB zwischen der einfachen (Abs. 1) und qualifizierten (Abs. 2) Befristung. Der Zeitmietvertrag wird nun in § 575 GE geregelt.

⁶ vgl. dazu Bub in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II 387 a

aa) Einfache Befristung

Eine dem § 564 c BGB vergleichbare Regelung enthält der Gesetzentwurf nicht. Vielmehr bestimmt § 575 GE, daß ein Mietverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen werden kann, wenn die im einzelnen aufgeführten qualifizierten Gründe vorliegen. Da gemäß § 575 Abs. 4 GE zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam sind, ist also eine einfache Befristung nach den künftigen Bestimmungen nicht mehr zulässig.

In der Begründung wird ausdrücklich aufgeführt, daß die einfache Befristung durch den Verzicht auf das Kündigungsrecht erreicht werden kann.⁷ Soll das Mietverhältnis also befristet werden, muß ein wechselseitiger Verzicht auf die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung vereinbart werden. Die Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage besteht darin, daß nach Ablauf der so vereinbarten Befristung das Mietverhältnis als Mietvertrag auf unbestimmte Zeit fortbesteht, also von den Parteien ordentlich oder außerordentlich gekündigt werden muß. Die Stellung eines Fortsetzungsverlangens wie nach § 564 c Abs. 1 BGB entfällt.

Soll durch den Kündigungsverzicht jedoch eine Laufzeit des Mietvertrages von mehr als einem Jahr erreicht werden, muß die Schriftform beachtet werden, die nun in § 550 Abs. 1 GE geregelt ist. Denn schon nach bisherigem Recht verlangte der BGH⁸ für den länger als ein Jahr dauernden Verzicht auf das Kündigungsrecht die Einhaltung der Schriftform. Die Höchstgrenze der Befristung beträgt 30 Jahre, sofern der Mietvertrag nicht auf die Lebenszeit des Vermieters oder des Mieters geschlossen wurde, § 544 GE.

In § 549 Abs. 2 GE ist geregelt, daß § 575 GE nicht für Mietverträge zum vorübergehenden Gebrauch gilt. Für derartige Mietverhältnisse kann also die bisherige Rechtslage, die durch § 564 c Abs. 1 BGB bestimmt wurde, vereinbart werden. Ansonsten sind abweichende Vereinbarungen nach § 575 Abs. 4 GE zum Nachteil des Mieters unwirksam. Daraus muß geschlossen werden, daß die einfache Befristung nicht mehr wirksam geregelt werden kann. Wird gleichwohl eine einfache Befristung (z.B.: Die Mietzeit beträgt 3 Jahre vom 01.01.2002 bis 31.12.2005) vereinbart, kommt es darauf an, ob ein Verbraucher- oder ein Formularvertrag vorliegt oder die Parteien sich individuell vereinbart haben. Bei einem Formular- oder Verbrauchervertrag tritt über § 6 AGBG die bestehende Rechtslage ein. Es wird also ein Mietvertrag auf unbestimmte Zeit begründet. Bei einem Individualvertrag ist je nach den Umständen eine Auslegung möglich, daß die Parteien einen befristeten Verzicht auf ihre wechselseitige Kündigungsmöglichkeit vereinbaren wollten.

⁷ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 450

⁸ NJW 1960, 475

Bei der Formulierung des Kündigungsverzichts ist im Hinblick auf das Transparenzgebot⁹ und den Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung¹⁰ zu beachten, daß der Wortlaut nicht die Interpretation zuläßt, daß damit auch das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund (vgl. § 543 GE) erfaßt wird. Denn dabei handelt es sich um ein unabdingbares Recht beider Vertragsparteien.¹¹ Darüber hinaus sind die außerordentlichen Kündigungsrechte mit gesetzlicher Frist (vgl. z.B. § 561 GE: Sonderkündigungsrecht des Mieters nach Mieterhöhung) zum Nachteil des Mieters nicht beschränk- oder abdingbar. Soll also während der Zeit, für die der Kündigungsverzicht gilt, eine Mieterhöhung des Vermieters möglich sein, muß der Kündigungsverzicht so geregelt werden, daß die Sonderkündigungsrechte des Mieters nicht berührt werden.

Hinsichtlich der Dauer, für die ein Kündigungsverzicht wechselseitig vereinbart werden kann, ergibt sich aus dem Gesetzesentwurf selbst zunächst die 30jährige Grenze des § 544 GE. Ist der Vertrag auf Lebenszeit geschlossen, also z.B. durch einen entsprechenden Kündigungsverzicht auf Lebenszeit, greift § 544 S. 2 GE.

Aus dem Gesichtspunkt des AGBG ergeben sich hinsichtlich der Dauer keine zusätzlichen Beschränkungen, da § 11 Nr. 12 a AGBG nicht anwendbar ist.¹²

In diesem Zusammenhang wird die Befürchtung geäußert, die Rechtsprechung könne in einem längeren zeitlichen Kündigungsausschluß bzw. in einer längeren Mindestlaufzeit eine Umgehung des § 575 GE sehen.¹³ Diese Auffassung teile ich nicht. § 575 GE bestimmt gerade keine zeitliche Grenze. Selbst unter Anwendung der qualifizierten Befristungsgründe sind die Parteien berechtigt, über eine Dauer von 10 oder 15 Jahren einen Mietvertrag zu befristen. Der Wegfall der einfachen Befristung ist aus Gründen der Rechtsvereinfachung und Rechtssicherheit weggefallen.¹⁴ In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Parteien „jede beliebige Zeitdauer“ vereinbaren können.¹⁵

⁹ vgl. dazu Bub in Bub/Treier, aaO, II 416 m.w.N.

¹⁰ BGH, WuM 1991, 381

¹¹ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 433

¹² vgl. Hannemann, NZM 1999, 585, 589; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl., § 11 Nr. 12 Rn. 3

¹³ vgl. Gather, NZM 2001, 57, 58

¹⁴ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 415, 450

¹⁵ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 415, 450

Allerdings muß im Hinblick auf das Transparenzgebot die Klausel so formuliert sein, daß sie für den Mieter bei Abschluß des Mietvertrages überschaubar ist, er also insbesondere selbst kalkulieren kann, wie lange er durch den Kündigungsverzicht an den Mietvertrag gebunden ist.¹⁶

Es sollte daher ein Wortlaut gewählt werden, in dem ausdrücklich nur das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen wird und die konkrete Dauer, für die der Verzicht gelten soll, genannt ist.

Formulierungsvorschlag:

„Die Parteien verzichten wechselseitig für die Dauer von drei Jahren ab Vertragsbeginn auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung dieses Mietvertrages. Eine Kündigung ist erstmals nach Ablauf des Zeitraums von 3 Jahren mit der gesetzlichen Frist zulässig. Von dem Verzicht bleibt das Recht der Parteien zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund und außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist unberührt.

bb) Qualifizierte Befristung

§ 575 GE läßt eine Befristung nur noch zu, wenn die drei im einzelnen genannten Qualifizierungsgründe vorliegen, wofür der Vermieter ausdrücklich (vgl. Abs. 3 S. 2) beweispflichtig sein soll. Die Qualifizierungsgründe orientieren sich zwar an den Tatbeständen, die auch ein berechtigtes Interesse des Vermieters zur ordentlichen Kündigung bilden können. Sie sind jedoch ausdrücklich weitergefaßt.¹⁷

So reicht für den Eigennutz aus, daß der Mieter selbst, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts die Wohnung nach Ablauf der Befristung nutzen wollen. Für eine ordentliche Kündigung wegen Eigenbedarfs wäre es erforderlich, daß die Wohnung für diese Personen „benötigt“ wird.

Als weiteren Qualifizierungsgrund nennt § 575 Abs. 1 den Tatbestand, daß der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit in zulässiger Weise die Räume beseitigen, wesentlich verändern oder instandsetzen will. Nach der ursprünglichen Version des § 575 Abs. 1 GE sollte es nur noch auf die Wesentlichkeit der beabsichtigten Maßnahmen ankommen, wovon nicht nur Instandsetzungs-, sondern auch Modernisierungsmaßnahmen erfaßt sein sollten. Nunmehr wurde

¹⁶ OLG Stuttgart, NJW-RR 1992, 887, 888

¹⁷ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, vgl. NZM 2000, 450

jedoch wieder das Merkmal aufgenommen, daß die Durchführung der Maßnahme durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert wird. Damit hat sich gegenüber der bestehenden Rechtslage insoweit nichts geändert.

Auch der dritte Befristungsgrund hat gegenüber der aktuellen Rechtslage eine Veränderung erfahren. Es ist nicht mehr erforderlich, daß dem Mieter selbst die Räume mit Rücksicht auf das Bestehen eines Dienstverhältnisses vermietet werden. Entscheidend ist allein, daß der Vermieter nach Ablauf der Befristung die Räume an einen zur Dienstleistung Verpflichteten vermieten will. Damit ist die Möglichkeit geschaffen, Werkwohnungen auch an nicht Betriebsangehörige zu vermieten, um sie nach Ablauf der Befristung wieder einem Dienstverpflichteten überlassen zu können.

Nach neuem Recht ist nicht mehr Voraussetzung für eine wirksame Qualifizierung, daß die Befristung auf 5 Jahre begrenzt wird. Eine Höchstgrenze ist vollständig weggefallen.

Wie bisher muß dem Mieter jedoch der Befristungsgrund bei Vertragsabschluß schriftlich mitgeteilt werden. Insoweit bleibt also streitig, ob die Angabe des Befristungsgrundes z.B. im Rahmen der vor Abschluß des Vertrages geführten Korrespondenz ausreicht¹⁸. Zur Vermeidung eines Risikos sollte der Befristungsgrund in den Mietvertrag aufgenommen werden. Immerhin wird dadurch auch der Schriftform genüge getan.

Andere als die im Entwurf ausdrücklich genannten Befristungsgründe können nicht angeführt werden, weil nach § 575 Abs. 4 eine zum Nachteil des Mieters geregelte Abweichung unwirksam ist.

Zur inhaltlichen Bestimmtheit wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes ausdrücklich darauf verwiesen, daß die bloße Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut oder die formelhafte Wiederholung der im einzelnen genannten Qualifizierungsgründe nicht ausreichen soll. Vielmehr soll der Vermieter einen konkreten Lebenssachverhalt darlegen, der eine Unterscheidung von anderen Interessen und eine spätere Überprüfung ermöglicht.¹⁹ Problematisch erscheint dies bei den Qualifizierungsgründen nach Nr. 2 und Nr. 3. Denn nach Nr. 1 muß lediglich mitgeteilt werden, für welche (konkrete) Person die Wohnung nach Ablauf der Befristung vorgehalten werden soll.

¹⁸ vgl. dazu Lützenkirchen, Anwaltshandbuch Mietrecht, C 390

¹⁹ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 451

Für die Nr. 2 reichte es nach bisheriger Rechtslage nicht aus, schlagwortartige Angaben wie Modernisierung²⁰, Sanierung²¹ oder grundlegender Umbau²² anzugeben. Vielmehr wurde gefordert, daß der Vermieter nähere Angaben über die Art der Baumaßnahmen sowie darüber macht, inwieweit sie sich auf die Räume des Mieters erstrecken.²³ Auch wenn es nicht mehr darauf ankommt, daß die Maßnahme durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert wird, ändert sich nichts daran, daß der Lebenssachverhalt so konkret dargestellt werden muß, daß die Wesentlichkeit der Maßnahmen und überhaupt ersichtlich wird, daß sie sich auf die Mietsache erstreckt.

Bei einer Befristung nach Nr. 3 war bereits nach bisherigem Recht nicht erforderlich, den Namen der Person, für die die Mietsache nach Ablauf der Befristung bereitgestellt werden sollte, mitzuteilen.²⁴ Insoweit ergeben sich keine weiteren (höheren) Anforderungen daraus, daß der Mieter selbst nicht mehr zu dem begünstigten Personenkreis gehören muß. Zwar kann bei ihm nicht von einem Informationsstand über die betrieblichen Bedürfnisse ausgegangen werden.²⁵ Indessen soll durch den erweiterten Regelungsgehalt gerade unnötiger Leerstand vermieden werden.²⁶ Deshalb muß im Mietvertrag lediglich mitgeteilt werden, daß eine Werkwohnung vorliegt und diese an einen Werkangehörigen nach Ablauf der Befristung überlassen werden soll.

b) Vereinbarungen einer auflösenden Bedingung

Die bisher durch § 565 a Abs. 2 BGB gestaltete Rechtslage, wonach nach Eintritt der auflösenden Bedingung die Fiktion eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrages eintrat, wird nun in § 572 Abs. 2 GE geregelt. Danach kann sich der Vermieter nicht auf eine Vereinbarung berufen, nach der das Mietverhältnis zum Nachteil des Mieters auflösend bedingt ist.

Das bedeutet, daß der Mieter sich auf eine auflösende Bedingung zukünftig berufen kann, ohne daß er zusätzlich eine Kündigung erklären müßte.

²⁰ LG Berlin, GE 1990, 1037

²¹ AG Freiburg, WuM 1972, 193

²² LG Hamburg, WuM 1992, 375

²³ Sonnenschein in Staudinger, 13. Aufl., 1997, § 564 c BGB Rn. 59

²⁴ Sonnenschein in Staudinger, aaO, § 564 c BGB Rn. 60; Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl., § 564 c BGB Rn. 50

²⁵ vgl. dazu Sonnenschein in Staudinger, aaO, § 564 c BGB Rn. 60

²⁶ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 451

c) Beschränkung von Kündigungsmöglichkeiten

Wie nach bisherigem Recht kann eine einseitige Befristung dadurch erfolgen, daß das Recht einer Partei zur ordentlichen Kündigung auf eine bestimmte Zeit abbedungen wird.

Insoweit ist allein bei Formularverträgen darauf zu achten, daß die Formulierung nicht auch den Schluß zuläßt, daß das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund des Mieters beschränkt wird, weil damit ein Verstoß gegen § 569 Abs. 4 GE, wonach zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unzulässig sind, vorliegen würde. Im übrigen bedarf ein solcher Kündigungsverzicht der Schriftform.²⁷

d) Fortsetzung des Gebrauchs nach Vertragsbeendigung

Die Vorschrift des § 568 BGB ist mit kleineren unwesentlichen Änderungen in § 545 GE übernommen worden. Sie bleibt jedoch nach wie vor abdingbar. Dies ergibt sich daraus, daß in der Begründung des Entwurfs ausdrücklich auf § 568 BGB Bezug genommen wird und keine Regelung aufgenommen wurde, die eine Abweichung verbietet.

Um die Wirkungen des § 545 GE auszuschließen, reicht allein der Verweis auf diese Vorschrift nicht aus.²⁸ Es sollte daher schon formuliert werden, daß eine Fortsetzung des Gebrauchs durch den Mieter über den Beendigungszeitpunkt hinaus nicht zu einer stillschweigenden Fortsetzung des Mietvertrages führt.

Selbstverständlich sind auch inhaltliche Änderungen möglich. Hier bietet sich insbesondere an, die Frist von 2 Wochen, die für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs und für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erhält, beginnt, zu verlängern.

Formulierungsvorschlag:

„Setzt der Mieter nach Ablauf der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache fort, ohne daß der Vermieter dieser weiteren Nutzung ausdrücklich widerspricht, findet eine Verlängerung des Mietvertrages nicht statt. Die Anwendung des § 545 BGB wird ausgeschlossen.“

²⁷ BGH, NJW 1960, 475

²⁸ vgl. OLG Schleswig, WuM 1996, 85 = ZMR 1996, 254; vgl. auch: OLG Frankfurt, WuM 2000, 15; BGH, NJW 1991, 1750; OLG Hamm, WuM 1983, 48

2. **Miete**

Nach § 535 Abs. 2 GE ist der Mieter verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu zahlen. Nach der ursprünglichen Fassung des § 556 Abs. 1 GE war eine Legaldefinition der Miete vorgesehen, die aus Grundmiete und dem Betrag für die Betriebskosten bestehen sollte. Nunmehr regelt § 556 Abs. 1 GE das Recht der Parteien zu vereinbaren, daß der Mieter Betriebskosten im Sinne des § 27 der 2. Berechnungsverordnung trägt.

a) **Mietstruktur**

Aus der ursprünglichen Formulierung des § 556 Abs. 1 GE läßt sich ablesen, was der Gesetzgeber unter der in § 535 Abs. 2 GE genannten „Miete“ verstand. In der Begründung wurde jedoch ausdrücklich klargestellt, daß selbst bei Einführung der Legaldefinition nach wie vor Brutto- und/oder Teilinklusivmieten hätten vereinbart werden können.²⁹

Dem Vermieter, der diese Mietstrukturen (Brutto-/Teilinklusivmiete) wählen will, muß allerdings erläutert werden, daß er nur eingeschränkte Erhöhungsmöglichkeiten hat. Denn die vorgesehenen gesetzlichen Regelungen beschränken sich hinsichtlich des zweiten Teils der Miete, also der Betriebskosten, ausschließlich auf die Vereinbarung von Vorauszahlungen oder Pauschalen. Der in der aktuellen Rechtslage bestehende Streit³⁰, ob § 4 MHG auch zur Anhebung der Bruttomiete herangezogen werden kann, ist von der Bundesregierung dahin entschieden worden, daß nur noch eine separat vereinbarte Pauschale angehoben werden können soll. Wird also eine Bruttomiete vereinbart, kann zukünftig nur noch eine Mieterhöhung nach § 558 GE erfolgen, also mit dem Nachweis, daß die bisherige Miete hinter der ortsüblichen Vergleichsmiete zurückbleibt. Insoweit gelten die für die Brutto- bzw. Teilinklusivmiete entwickelten Grundsätze weiter³¹, wonach der auf die Betriebskosten innerhalb der Brutto- bzw. Teilinklusivmiete entfallende Anteil herausgerechnet werden muß. Eine Kostensteigerung des Betriebskostenanteils kann also nicht (direkt) zum Anlaß für eine Mieterhöhung genommen werden.

Daneben ist § 535 I 2 GE zu beachten, wonach der Vermieter die Lasten trägt. Um also eine Mietstruktur mit Nettokaltmiete und Betriebskostenvorauszahlung oder –pauschale zu erreichen, muß eine den Bestimmtheitsgrundsätzen des § 241 BGB entsprechende Vereinbarung getroffen werden.

²⁹ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 437

³⁰ vgl. dazu Börstinghaus in Schmidt-Futterer, aaO, § 4 MHG Rn. 18 f. m.w.N.

³¹ vgl. z.B. OLG Stuttgart, NJW 1983, 2329; OLG Hamm, WuM 1993, 29

b) Gestaltungsmöglichkeiten zur Erhöhung der Grundmiete

Die Grenzen für die Höhe der Grundmiete ergeben sich nach wie vor aus § 5 WiStrG. Will der Vermieter die Grundmiete erhöhen, hat er die Wahl zwischen den gesetzlichen Erhöhungsmöglichkeiten, die wie bisher eine Abweichung von der ortsüblichen Vergleichsmiete oder die Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen erfordern, oder der Vereinbarung antizipierter Erhöhungen. Eine Erhöhung der Kapitalkosten, die bisher nach § 5 MHG umgesetzt werden konnte, ist zukünftig nicht mehr möglich.

Nach § 557 GE können im Mietvertrag eine Staffelmiete (§ 557 a GE) oder eine Wertsicherungsklausel (§ 557 b GE) geregelt werden. Gemäß § 557 Abs. 4 GE sind zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unzulässig.

aa) Staffelmiete, § 557 a GE

Zur Vereinbarung einer Staffelmiete ist im Gegensatz zur aktuellen Rechtslage keine zeitliche Beschränkung mehr zu beachten. Die Staffeln können also auch über einen Zeitraum von mehr als 10 Jahren hinaus geregelt werden.

Insoweit reicht die Angabe der jeweils geänderten Miete oder des Erhöhungsbetrages aus. Voraussetzung ist lediglich, daß zwischen den einzelnen Staffeln – wie bisher – eine Dauer von mindestens einem Jahr liegt. Davon abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters sind unzulässig (§ 557 a Abs. 4 GE).

Das Risiko einer Staffelmietvereinbarung besteht einerseits darin, daß sich die vereinbarten Mieten in einen Bereich hineinentwickeln, der die Voraussetzungen des § 5 WiStrG erfüllt. Andererseits kann ein Kündigungsrecht – wie bisher – nicht auf mehr als 4 Jahre ausgeschlossen werden (§ 557 a Abs. 3 GE). Darüber hinaus ist der Vermieter mit den gesetzlichen Erhöhungsmöglichkeiten nach den §§ 548-559 b GE ausgeschlossen, so daß er die Miete außerhalb der Staffel nicht auf die ortsübliche Vergleichsmiete anheben kann oder Kosten für eine durchgeführte Modernisierungsmaßnahme geltend machen kann.

bb) Indexmiete, § 557 b BGB

Auch hier ist zunächst die zeitliche Beschränkung von 10 Jahren, die § 10 a MHG vorsah, weggefallen. Die Indexmiete kann also auch bei einem Mietvertrag auf unbestimmte Zeit vereinbart werden.

Als ausschließliche Bezugsgröße läßt die Neuregelung nur noch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland zu. Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen Erwähnung dieses Index in § 557 b Abs. 1 GE im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 557 b Abs. 4 GE, wonach eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam ist.

Weiterhin ist zu beachten, daß – wie bei den bisherigen Wertsicherungsklauseln – nicht formuliert wird, daß nur eine Erhöhung zulässig ist, sondern auch eine Senkung der Miete nach dem Wortlaut zulässig sein muß. Deshalb sollte, wie die gesetzliche Regelung es auch vorsieht, geregelt werden, daß entsprechende Änderung des Preisindex zu der Änderung der Miete führen.

Im Hinblick auf das Transparenzgebot sollte bei Formularymietverträgen darauf geachtet werden, daß die Regelung nicht den Eindruck erweckt, von § 557 b Abs. 2 und 3 GE abzuweichen. Danach muß vor einer nächsten Erhöhung die Miete mind. ein Jahr unverändert sein und kann die Änderung der Miete nur durch schriftliche Erklärung geltend gemacht werden, jedenfalls seitens des Vermieters, da nach Abs. 4 zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam sind. Im übrigen ist in Abs. 3 der Erhöhungszeitpunkt auf den übernächsten Monat nach dem Zugang der schriftlichen Erklärung festgelegt. Zur Vermeidung eines Risikos sollten diese Bedingungen auch in die Indexregelung des Vertrages aufgenommen werden.

Formulierungsvorschlag:

„Ändert sich der Lebenshaltungskostenindex aller privaten Haushalte in Deutschland gegenüber dem Stand bei Vertragsbeginn oder der letzten Mieterhöhung um mehr als ... %, ändert sich die Miete im gleichen Verhältnis, wobei einer Erhöhung durch den Vermieter nach den gesetzlichen Bestimmungen geltend gemacht werden muß (§ 557 b Abs. 3 BGB) und voraussetzt, daß die letzte Änderung ein Jahr zurückliegt. Die Herabsetzung der Miete richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen.“

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß für den Vermieter bei der Vereinbarung einer Indexmiete das Risiko entsteht, daß er Mieterhöhungen wegen Modernisierung nur geltend machen kann, wenn die bauliche Maßnahme aufgrund von Umständen durchgeführt wurde, die er nicht zu vertreten hat, § 557 b Abs. 2 GE. Eine Erhöhung nach § 558 GE, also wegen Zurückbleibens der Miete hinter der ortsüblichen Vergleichsmiete, ist ausgeschlossen.

c) Weitere Erhöhungsmöglichkeiten

Vertraglich bestehen keine anderen Möglichkeiten, eine Mieterhöhung zu regeln. Nunmehr ist jedoch auch klargelegt, daß eine Indexmiete oder eine Staffelmiete auch während der Mietzeit vereinbart werden können. Weil § 557 Abs. 1 GE ursprünglich die Beschränkung der Erhöhungsmöglichkeit während der Mietzeit auf einen bestimmten Betrag enthielt, war der Bundesrat der Auffassung, daß während des laufenden Mietvertrages keine anderen vereinbarungsgemäßen Erhöhungen mehr möglich sein sollten.³²

Wie nach der aktuellen Rechtslage sind Abweichungen von den gesetzlichen Erhöhungsmöglichkeiten zum Nachteil des Mieters nicht zulässig (vgl. z.B. §§ 558 Abs. 6, 558 a Abs. 5, 558 b Abs. 4, 559 Abs. 3, 559 a Abs. 5). Sie erscheinen auch nicht sinnvoll.

c) Betriebskosten

Wie bereits erwähnt, muß zur Schaffung einer Betriebskostenregelung eine den Bestimmtheitsanforderungen des § 241 BGB entsprechende Regelung vereinbart werden, da ansonsten der Grundsatz des § 535 I 2 GE eingreift, wonach die Lasten der Vermieter trägt.

aa) Umfang

In § 556 Abs. 1 GE ist ausdrücklich festgehalten, daß neben der Grundmiete ein Betrag für Betriebskosten i.S.d. § 27 der II. BV vereinbart werden kann. Damit ist klargelegt, daß der bisherige Betriebskostenbegriff nicht verändert wird.³³

Nach bisherigem Recht war es ausreichend, zur Vereinbarung der Umlagefähigkeit der Positionen im Vertrag auf § 27 II. BV oder dessen Anlage 3

³² vgl. WuM 2000, 651

³³ Langenberg, NZM 2001, 69, 70

Bezug zu nehmen.³⁴ Daran wird sich auch unter der neuen Rechtslage nichts ändern. Es wird jedoch auch zulässig sein, zur Vereinbarung der Umlagefähigkeit der einzelnen Betriebskosten auf § 556 Abs. 1 GE Bezug zu nehmen.

Im preisgebundenen Wohnraum muß allerdings nach wie vor wegen der Vorschrift des § 20 Abs. 2 S. 3 NMV jede einzelne umzulegende Betriebskostenposition nach Art und Höhe im Mietvertrag aufgeführt sein.³⁵ Für die wirksame Vereinbarung zur Umlage sonstige Betriebskosten i.S.d. Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 II. BV ist die ausdrückliche Aufzählung der Kosten, die von dieser Position umfaßt sein sollen, erforderlich.³⁶

Ansonsten ist hinsichtlich des notwendigen Regelungsumfanges danach zu unterscheiden, ob Vorauszahlungen oder Pauschalen geleistet werden sollen.

bb) Vorauszahlungen

(1) Abrechnung der Vorauszahlungen

Das Gesetz regelt in § 556 Abs. 3 S. 1 GE ausdrücklich, daß die Abrechnungsperiode für Vorauszahlungen ein Jahr beträgt. Diese Regelung ist zwingend, da § 556 Abs. 4 GE abweichende Vereinbarungen als unwirksam bezeichnet.

Ebenso unabdingbar ist die Ausschlussfrist des § 556 III 3 GE. Der Vermieter muß also zukünftig stets innerhalb von zwölf Monaten abrechnen, um noch einen Anspruch auf Zahlung der Nachforderung geltend machen zu können. Gleichzeitig muß jedoch auch der Mieter innerhalb von zwölf Monaten nach Zugang der Abrechnung Einwendungen dagegen erheben. Ansonsten ist er ausgeschlossen, sofern er die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat. Die Frist zum Einwendungsausschluß läßt sich nicht verkürzen, da nach § 556 Abs. 4 GE zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unzulässig sind.

Zum Umlegungsmaßstab bestimmt § 556 a Abs. 1 GE zunächst, daß mangels abweichender Vereinbarung der Flächenmaßstab gilt bzw. bei einem erfaßten Verbrauch oder einer erfaßten Verursachung ein Maßstab anzuwenden ist, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung

³⁴ OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 603; OLG Frankfurt, WuM 2000, 411; OLG Hamm, WuM 1997, 542; BayObLG, WuM 1984, 104

³⁵ vgl. dazu OLG Oldenburg, WuM 1997, 609 = ZMR 1997, 416

³⁶ OLG Oldenburg, WuM 1995, 430

Rechnung trägt. Die Vorschrift läßt ausdrücklich abweichende Vereinbarungen zu, ohne daß eine Beschränkung besteht. Denn Abs. 3, wonach zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam sind, bezieht sich ausdrücklich nur auf Abs. 2.

Daraus folgt, daß eine vertragliche Regelung geschaffen werden muß, wenn von dem Wohnflächenmaßstab oder der verbrauchsabhängigen Abrechnung abgewichen werden soll. Das bisher bestehende Leistungsbestimmungsrecht des Vermieters nach den §§ 315 ff. BGB³⁷ beschränkt sich also auf die Anwendung dieser gesetzlichen Vorschriften.

Dabei ist meines Erachtens auch eine Abweichung von der Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung bei Verbrauchserfassung zulässig, obwohl § 556 a Abs. 1 S. 2 GE seinem Wortlaut nach verpflichtend erscheint, weil im Gegensatz zu Abs. 1 S. 1 nicht der Hinweis auf fehlende andere Vereinbarungen erfolgt. Denn grundsätzlich kann sich eine Abweichung von diesem Verbrauchsmaßstab zu Lasten des Mieters auswirken. Vereinbarungen mit einem solchen Inhalt sind nach § 556 Abs. 3 GE jedoch nur insoweit verboten, als sie sich auf Abs. 2 beziehen.

Soll also zukünftig abweichend vom Flächenmaßstab oder eben nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werden, muß auf jeden Fall im Vertrag eine entsprechende Regelung vorgesehen sein. Will der Vermieter z.B. alle Betriebskosten, also auch die verbrauchsabhängigen, nach dem Flächenmaßstab umlegen, sollte folgende Formulierung im Mietvertrag gewählt werden:

„Sämtliche Betriebskosten werden nach der Wohnfläche umgelegt.“

Nach § 556 a Abs. 2 GE ist der Vermieter berechtigt, durch schriftliche Erklärung zu bestimmen, daß die Betriebskosten zukünftig abweichend von der getroffenen Vereinbarung ganz oder teilweise nach einem Maßstab umgelegt werden dürfen, der dem erfaßten unterschiedlichen Verbrauch oder der erfaßten unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Auch insoweit besteht der Vorbehalt, daß nichts anderes vereinbart ist. Nach der Begründung wird von dieser Vorschrift einerseits der Fall erfaßt, daß die Vertragsparteien zur Umlage der Betriebskosten bisher einen anderen Abrechnungsmaßstab vertraglich vereinbart hatten. Andererseits soll die Vorschrift jedoch auch für die Vereinbarung einer Brutto- oder Teilklausivmiete oder einer Betriebskostenpauschale gelten, bei denen der Vermieter auf eine verbrauchsabhängige Abrechnung umsteigen will.³⁸

³⁷ vgl. dazu OLG Hamm, ZMR 1984, 14

³⁸ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 438

Vor diesem Hintergrund kann mit dem Hinweis auf eine andere vertragliche Regelung nur der Ausschluß dieses Rechts gemeint sein. Eine derartige Regelung ist jedoch nicht sinnvoll, wenn der Vermieter sich vorbehalten will, zukünftig anders abzurechnen, was im Prinzip nie absehbar ist.

Konsequenz einer solchen Umstellung ist einerseits die Geltendmachung durch eine schriftliche Erklärung und andererseits die entsprechende Herabsetzung der Miete, sofern die Kosten bislang darin enthalten waren. Hiervon kann gemäß § 556 a Abs. 3 GE nicht abgewichen werden.

(2) Erhöhung oder Herabsetzung der Vorauszahlungen

§ 560 Abs. 4 GE sieht das wechselseitige Recht vor, durch schriftliche Erklärung eine Anpassung der vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen vorzunehmen. Insoweit fehlt es jedoch an einer gesetzlichen Bestimmung, ob die Erklärung nur wirksam ist, wenn in ihr die Anpassung (Erhöhung/Senkung) erläutert und berechnet wurde. Andererseits ist nicht ersichtlich, zu welchem Zeitpunkt eine entsprechende Erklärung wirken soll. Mangels Angabe des Wirkungszeitpunkts ist z. Zt. davon auszugehen, daß die Erklärung sofort wirkt.

Im Hinblick darauf, daß gemäß § 560 Abs. 6 GE zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unzulässig sind, läßt sich ein Erhöhungszeitpunkt, der z.B. auf den übernächsten Monat nach Zugang der Erklärung gelegt wird, nicht regeln.

cc) Pauschale

Um eine vereinbarte Pauschale bei entsprechenden Veränderungen erhöhen zu können, muß der Mietvertrag eine ausdrückliche Regelung vorsehen. Denn § 560 Abs. 1 S. 1 GE stellt die Erhöhungsmöglichkeit ausdrücklich unter den Vorbehalt einer entsprechenden Vereinbarung.

Bei einem Formularvertrag, der bei der Regelung zur Mietzinsstruktur die Alternativen zwischen Vorauszahlung und Pauschale vorsieht, sollte auf jeden Fall ein entsprechender Passus aufgenommen werden.

Demgegenüber ist eine Reduzierung der Pauschale vom Zeitpunkt der Ermäßigung an geschuldet, die der Vermieter dem Mieter unverzüglich mitteilen muß (vgl. § 560 Abs. 3 GE). Im Hinblick auf das Verbot zum Nachteil des

Mieters abweichender Vereinbarungen nach Abs. 4 kann also für die Mitteilung an den Mieter bei einer Ermäßigung der durch die Pauschale abgedeckten Kosten keine Mindestfrist vereinbart werden, allenfalls eine Höchstfrist („spätestens ...“) und auch der Zeitpunkt der Ermäßigung nicht abweichend vereinbart werden. Allerdings kann klarstellend geregelt werden, daß die Pauschale sich nur in dem Verhältnis verändern soll, in dem eine Änderung eingetreten ist. Eine derartige Formulierung ist für die Fälle wichtig, in denen der Vermieter von vorneherein die Pauschale mit einem Sicherheitszuschlag versieht, um evtl. Erhöhungen zu antizipieren.

Formulierungsvorschlag :

„Bei einer vereinbarten Pauschale kann der Vermieter Erhöhungen der Betriebskosten durch schriftliche Erklärung anteilig auf den Mieter umlegen. Insoweit gelten die gesetzlichen Regelungen. Erhöhungen und Ermäßigungen wirken sich anteilig im Umfang der Änderung auf die Pauschale aus.“

d) Fälligkeit der Miete, § 556 b GE

In Abweichung zur bisherigen Regelung (§ 551 BGB) sieht die Vorschrift des § 556 b GE vor, daß die Mietzahlung bei einem Wohnraummietvertrag bis zum 3. Werktag zu erfolgen hat. In der Vorschrift wird nicht bestimmt, ob für die Rechtzeitigkeit der Eingang beim Vermieter maßgeblich ist oder die Bewirkung der Leistungshandlung maßgeblich ist. Wie nach bisherigem Recht sind deshalb die allgemeinen Vorschriften anwendbar, so daß es für die Rechtzeitigkeit grundsätzlich ausreicht, daß der Mieter die Zahlung bis zum 3. Werktag auf den Weg gebracht hat (vgl. § 270 BGB).³⁹

Aus der Begründung erschließt sich, daß § 556 b GE abdingbar sein soll.⁴⁰ Dabei ist weder eine Beschränkung zugunsten des Mieters noch eine sonstige Grenze der Vertragsfreiheit erkennbar, so daß – wie bisher – die Zahlung zum Monatsende ebenso geregelt werden kann wie eine noch frühere Fälligkeit, insbesondere die bisher auch schon verbreitete Formulierung, daß es für die Rechtzeitigkeit auf den Eingang der Zahlung beim Vermieter ankommt.⁴¹

M.E. hat sich durch die Änderung der Fälligkeit das Problem, das bisher durch die Vereinbarung einer Vorfälligkeitsklausel in Kombination mit einer Aufrechnungsverbotsklausel entstanden ist,⁴² erledigt. Diese Kombination führte

³⁹ vgl. Junker in Lützenkirchen, aaO, D 45; Langenberg in Schmidt-Futterer, aaO, § 551 BGB Rn. 5

⁴⁰ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 438

⁴¹ vgl. dazu: Junker in Lützenkirchen, aaO, D 46

⁴² vgl. dazu BGH, WuM 1995, 28; Junker in Lützenkirchen, aaO, D 28 f.

zur Unwirksamkeit der Vorfälligkeitsregelung wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters. Selbst wenn nun in einem Mietvertrag, der nach dem Inkrafttreten der Änderung über eine Wohnung geschlossen wird, eine Vorfälligkeitsklausel i.V.m. der Aufrechnungsklausel geregelt wird, und die Rechtsprechung zu dieser Klauselkombination angewendet wird, tritt gemäß § 6 AGBG die Konsequenz ein, daß die gesetzliche Regelung gilt. Diese sieht gerade vor, daß die Miete monatlich im voraus zu zahlen ist.

Das Problem bleibt jedoch bestehen für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung abgeschlossen werden. Denn gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 6 des Gesetzesentwurfes gilt § 541 GE in der bestehenden Fassung für diese Verträge fort.⁴³

e) Aufrechnung

Hinsichtlich der Aufrechnung hat sich insoweit eine Änderung der Rechtslage ergeben, als eine vertragliche Aufrechnungsbeschränkung auch für Ansprüche nach § 539 GE und aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen zuviel gezahlter Miete unbeachtlich ist, wenn der Mieter dem Vermieter seine Absicht zur Aufrechnung mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete schriftlich angezeigt hat. Die Vorschrift gilt auch für das Zurückbehaltungsrecht. Zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen sind unzulässig.

Die Regelung setzt jedoch voraus, daß bei Formularverträgen eine i.S.v. § 11 Nr. 3 AGBG wirksame Klausel vorliegt. Ist dies nicht der Fall, weil z.B. durch die Klausel die Aufrechnung mit unbestrittenen, rechtskräftigen festgestellten oder entscheidungsreifen Forderungen verboten ist,⁴⁴ bedarf es nicht der in § 556 b GE festgelegten Ankündigung.

Mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz ein Aufrechnungsverbot für unbeachtlich erklärt, sehe ich keinen Regelungsbedarf im Rahmen des Vertrages. Es reicht aus, eine dem § 11 Nr. 3 AGBG entsprechende Aufrechnungsklausel zu regeln.

3. Mietsicherheit, § 551 BGB

a) Art und Höhe

Wie nach der bisherigen Regelung des § 550 b BGB ist es nach dem Gesetzesentwurf zulässig, jede Form der Sicherheit, die das Zivilrecht kennt, zu

⁴³ NZM 2000, 805

⁴⁴ BGH NJW 1986, 1797; Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 11 Nr. 3 AGBG Rn. 4

vereinbaren. Neben der Barkaution und der Bürgschaft kommen insoweit insbesondere die Verpfändung von Wertpapieren, die Sicherungsabtretung und die Sicherungsübereignung in Betracht.

Der Höhe nach ist die Kaution jedoch nach wie vor auf das Dreifache der auf einen Monat entfallenden Miete ohne Berücksichtigung der als Pauschale oder als Vorauszahlung ausgewiesenen Betriebskosten begrenzt. Da bei der Bruttomiete sowie der Teilinklusive für die Betriebskosten kein besonderer Betrag ausgewiesen ist, ist in einem solchen Fall die Höchstgrenze durch die monatliche Bruttomiete bzw. die als Teilinklusive vereinbarte Grundmiete bestimmt.⁴⁵

Für preisgebundenen Wohnraum ist nach wie vor § 9 Abs. 4 WoBindG zu beachten, wonach die Kaution nur der Absicherung von Ansprüchen wegen Schäden an der Wohnung und unterlassenen Schönheitsreparaturen dienen darf.

b) Besondere Regelungen für die Barkaution, § 551 Abs. 2 GE

aa) Ratenzahlung

Das Recht zur Teilzahlung in drei gleichen Monatsraten, das bisher in § 550 b Abs. 1 S. 3 BGB bestimmt war, wurde in § 551 Abs. 2 GE übernommen. Da wie bisher abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters (jetzt: § 551 Abs. 4 GE) unzulässig sind, bleiben für die Vertragsgestaltung die gleichen Probleme wie bisher bestehen.

Insbesondere bei Formularverträgen muß im Hinblick auf das Transparenzgebot im Zweifel ein Hinweis auf die Möglichkeit zur Ratenzahlung erfolgen. Denn läßt die vertragliche Regelung die Interpretation zu, daß der Mieter über die Möglichkeit zur Ratenzahlung hinweggetäuscht werden soll, kann dies zur Unwirksamkeit der gesamten Kautionsforderung führen.⁴⁶ Die Gegenmeinung geht in Verkennung des Transparenzgebots davon aus, daß lediglich eine abweichende Fälligkeitsregelung getroffen wird, wenn nicht auf die Ratenzahlungsmöglichkeit hingewiesen wird; über § 6 AGBG gelangen die Vertreter dieser Meinung daher zur Anwendung des § 550 b Abs. 1 S. 3 BGB; die Kautionsabrede ansich bleibt also unberührt.⁴⁷

⁴⁵ vgl. dazu: Langenberg, NZM 2001, 69

⁴⁶ OLG Hamburg, WuM 1991, 385, 387; LG Hamburg, WuM 1990, 416, 418; Lützenkirchen, Anwaltshandbuch Mietrecht, C 145

⁴⁷ LG Lüneburg, ZMR 2000, 303; LG Gießen, WuM 1996, 144; LG Berlin GE 1990, 817, 819; Kinne in Kinne/Schach, § 550 b BGB Rn. 13; Bub in Bub/Treier, aaO, II 443 a; Blank in Schmidt-Futterer, aaO, § 550 b BGB Rn. 44 m.w.N.

Im Ergebnis hängt jedoch die Frage der Wirksamkeit wesentlich von der Formulierung ab. Kann unter Anwendung des blue-pencil-Tests⁴⁸ eine Kautionsklausel auch nach Wegstreichen des unwirksamen Teils als eigenständige Abrede verstanden werden, ist eine ansich wirksame Kautionsvereinbarung getroffen worden. Hat der Text der verbleibenden Regelung jedoch keinen eigenen Sinngehalt mehr, ist die Kautionsabrede insgesamt unwirksam.⁴⁹ Unverfänglich dürfte jedoch folgende Formulierung sein:

„Die Parteien vereinbaren eine Kaution i.H.v. DM“

bb) Inhaltliche Gestaltung der Bankbürgschaft

Die Leistung einer Bürgschaft bringt dem Mieter zwar den Vorteil, daß er seine Liquidität nicht schmälert. Für den Vermieter ist jedoch zu bedenken, daß die Bürgschaft kündbar ist⁵⁰, der Bürge bei seiner Inanspruchnahme die Bürgschaftssumme gemäß den §§ 389 ff. BGB hinterlegen darf, wenn der Mieter z.B. dem Bestehen einer Hauptforderung widerspricht, und sich das Verjährungsrisiko erhöht, weil bei Hingabe einer Bürgschaft die Hauptforderung in unverjährter Zeit verjährungsunterbrechend geltend gemacht werden muß, weil gegenüber dem Bürgen eine Aufrechnungslage nicht besteht und daher der Vermieter gegenüber dem Bürgen nicht einwenden kann, die Forderungen hätten sich in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenübergestanden.⁵¹

Um diese Bedenken auszuräumen, könnte daran gedacht werden, im Vertrag für den Fall, daß der Mieter von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, zu vereinbaren, daß jedenfalls das Recht zur ordentlichen Kündigung der Bürgschaft ausgeschlossen wird oder eine Befristung der Bürgschaft bis 6 Monate nach Rückgabe der Mietsache erfolgt,

- zu verlangen, daß der Bürge „auf erstes Anfordern“ zahlen muß
- verjährungsverlängernde Bestimmungen aufzunehmen

Verjährungsverlängernde Bestimmungen sind unwirksam, § 224 BGB. Hinsichtlich der weiteren Einschränkungen für eine Bürgschaft kommt es darauf an, ob hierauf § 551 Abs. 4 GE, wonach zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam sind, eingreift. Da die Bürgschaft nicht (mehr) in §

⁴⁸ vgl. dazu Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., Vorbem. v. § 8 AGBG Nr. 11

⁴⁹ vgl. zu Einzelbeispielen: Lützenkirchen, ZMR 2001, Heft 4

⁵⁰ OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 89

⁵¹ vgl. BGH, NJW 1998, 981

551 GE geregelt ist, ist die Vertragsgestaltung für die Parteien daher aus rechtlicher Sicht jedenfalls ohne weiteres möglich. Im Ergebnis wird es also davon abhängen, ob der Ausgleich der wechselseitigen Interessenlagen durch einen Kompromiss erreicht werden kann, oder der Vermieter seine Interessen einseitig in vollem Umfang durchsetzen kann.⁵²

cc) Andere Form der Anlage

Grundsätzlich muß die Barkautionsanlage auch nach der neuen Regelung gemäß § 551 Abs. 3 S. 1 GE vom Vermieter getrennt von seinem Vermögen bei einem Kreditinstitut zu dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz angelegt werden. Allerdings sieht § 551 Abs. 3 S. 1 vor, daß die Parteien auch eine andere Anlageform vereinbaren können, wobei aus der Begründung deutlich wird, daß dabei insbesondere an Aktien oder Aktienfonds gedacht ist.⁵³

Für den Vermieter birgt eine solche Anlageform das Risiko, daß er seine Sicherheit verliert. Für den Mieter entsteht das Risiko, daß er das eingesetzte Kapital nicht zurückerhält, wobei die Insolvenz des Vermieters deshalb kein Risiko für ihn darstellt, weil die Anlage wiederum getrennt vom Vermögen des Vermieters erfolgen muß und die erwirtschafteten Erträge die Sicherheit erhöhen.

Um das aufgezeigte Risiko, das mit der Vereinbarung einer Barkautionsanlage infolge der Ersetzungsbefugnis des Mieters durch Hingabe einer Bürgschaft verbunden ist, zu vermeiden, könnte daran gedacht werden, in einer vertraglichen Regelung auf jeden Fall eine andere Anlageform zu vereinbaren. Dies wäre jedoch nur möglich, wenn die andere Anlageform als Abweichung von der Leistung einer Barkautionsanlage angesehen werden könnte.

Dies ist gerade nicht der Fall, was sich aus dem Zusammenhang aus § 551 Abs. 3 S. 2 GE zu Abs. 3 S. 1 GE erschließt. Für den Fall der Barkautionsanlage ist in Abs. 3 S. 1 die getrennte Anlage auf einem Sparbuch mit gesetzlicher Kündigungsfrist als Regelanlageform vorgesehen. Davon kann durch ausdrückliche Vereinbarung gemäß Abs. 3 S. 2 abgewichen werden. Demgemäß setzt auch die andere Anlageform die Leistung einer Barkautionsanlage zunächst einmal voraus.

Das Risiko, das durch die Ersetzungsbefugnis des Mieters durch Hingabe einer Bürgschaft entsteht, kann also im Ergebnis nur dadurch ausgeschlossen

⁵² vgl. Lützenkirchen, ZMR 2001, Heft 4

⁵³ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 436

werden, daß von vorne herein vereinbart wird, daß der Mieter eine andere Sicherheit als in Form der Leistung einer Barkaution hingibt. Hierbei kommt insbesondere die Verpfändung von Wertpapieren in Betracht.

Formulierungsvorschlag:

„Der Vermieter verpflichtet sich, für den Kautionsbetrag innerhalb von 10 Werktagen nach Eingang auf seinem Konto Anteile am-Fonds zu erwerben und diese Anteile auf einem Depot zu lagern, das getrennt von seinem übrigen Vermögen gehalten und zugunsten des Mieters verpfändet worden ist.“

dd) Parteiwechsel auf Vermieterseite, § 566 a GE

Wie bisher in § 572 BGB ist nunmehr in § 566 a GE geregelt, daß der Erwerber, der nach § 566 GE (bisher: § 571 BGB) in das Mietverhältnis eintritt, zur Rückgewähr der Sicherheit nur verpflichtet ist, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Vermieter gegenüber die Pflicht zur Rückgewähr übernommen hat. Diese Regelung kann zum Nachteil des Mieters nicht verändert werden, was sich bereits aus den Grundsätzen des Vertrages zu Lasten Dritter ergibt.

Regelungsbedarf entsteht jedoch durch § 566 a S. 3 GE, wonach der Mieter den Vermieter weiterhin auf Rückgewähr in Anspruch nehmen kann, wenn er vom Erwerber die Sicherheit nicht erlangen kann, obwohl der bisherige Vermieter sie an ihn übergeben hat. Insoweit wird im Anschluß an die Entscheidung des BGH vom 24.03.1999⁵⁴ eine subsidiäre Forthaftung des bisherigen Vermieters begründet. Ausdrücklich regelt § 566 a GE nichts darüber, ob hiervon abgewichen werden kann, also insbesondere die Forthaftung des bisherigen Vermieters ausgeschlossen werden kann.

Die Vorgängerregelung in § 572 BGB wird allgemein für abdingbar gehalten.⁵⁵ Formularvertraglich soll dies jedoch im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unzulässig sein, weil damit vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen würde.⁵⁶ Nichts anderes kann für die jetzt geregelte subsidiäre Forthaftung des Vermieters gelten. Danach ist jedenfalls ein völliger Ausschluß der Haftung des Vermieters nicht zulässig.

⁵⁴ NZM 1999, 496

⁵⁵ vgl. Emmerich in Staudinger, aaO, § 572 BGB Rn. 24; Gather in Schmidt-Futterer, aaO, § 572 Rn.

22

⁵⁶ Emmerich in Staudinger, aaO; Gather in Schmidt-Futterer, aaO

Es könnte allenfalls daran gedacht werden, eine Regelung gemäß § 10 Nr. 5 AGBG zu entwerfen, mit der die Zustimmung des Mieters zur Enthftung des Vermieters bei Übergabe der Kauton an den Erwerber fingiert wird, wenn er bei der Mitteilung über die Übergabe auf die Bedeutung seines Schweigens entsprechend hingewiesen wird. Eine solche Regelung könnte z.B. wie folgt formuliert werden:

„Der Mieter stimmt der alleinigen Haftung eines evtl. Erwerbers für den Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der Kauton zu, sofern ihm vom Erwerber des Objektes bestätigt wird, daß die Kauton an ihn ausgehändigt wurde und der Mieter innerhalb von zwei Wochen einer Entlassung des Vermieters aus seiner Haftung nicht widerspricht. Dazu muß der Vermieter den Mieter jedoch auf den Beginn der Frist hinweisen.“

4. Mietgebrauch

a) Untervermietung

Die Untervermietung, die zukünftig in den §§ 541, 553 BGB geregelt werden soll, hat inhaltlich keine Veränderung erfahren.

Hier erscheinen vertragliche Regelungen auch nicht sinnvoll. Der BGH hat für den Bereich der Formularverträge den Ausschluß des Sonderkündigungsrechts des Mieters nach § 549 Abs. 1 S. 2 BGB, das auch in der neuen Vorschrift enthalten ist, für unzulässig erklärt.⁵⁷ Eine Beschränkung der berechtigten Interessen, unter denen der Mieter einen Anspruch auf teilweiser Überlassung der Mietsache an einen Dritten hat, scheidet an § 553 Abs. 3 GE, wonach abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters unwirksam sind. Da § 553 Abs. 2 GE ebenfalls darauf abstellt, daß Voraussetzung für eine Erhöhung der Miete die Unzumutbarkeit der weiteren Überlassung ohne Erhöhung ist, kommen auch fomularmäßige Regelungen über einen Untermiet-Zuschlag nicht in Betracht.⁵⁸ Ebenso ist die Abtretung der Untermietforderung formularmäßig mangels ausreichender Bestimmtheit nicht möglich.⁵⁹

b) Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen

Hinsichtlich der Erhaltungsmaßnahmen soll sich keine Veränderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben haben. Hier erscheinen jedoch vertragliche Regelungen auch nicht sinnvoll.

⁵⁷ BGH, WuM 1995, 481

⁵⁸ AG Hamburg-Altona, WuM 1999, 600; LG Hannover, WuM 1983, 236

⁵⁹ OLG Hamburg, WuM 1999, 278

Das gleiche gilt hinsichtlich der Modernisierungsmaßnahmen, die in § 554 Abs. 2-5 GE geregelt sind. Hier stellt § 554 Abs. 5 GE ausdrücklich fest, daß zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen von den Absätzen 2-4 unzulässig sind.

5. Gewährleistung

Hinsichtlich der Gewährleistungsvorschriften an sich haben sich keine grundlegenden Veränderungen ergeben. Nach wie vor ist das Minderungsrecht zum Nachteil des Mieters nicht beschränkbar (§ 536 Abs. 4 GE) und sind Garantie-, Verschuldens- und Aufwendungsersatzhaftung geregelt (§ 536 a GE), so daß die bisherigen Grundsätze weiter fortbestehen, wonach insbesondere die Garantiehafung auch formularmäßig ausgeschlossen werden kann.⁶⁰

Materiell hat sich jedoch gegenüber der bestehenden Rechtslage der Anwendungsbereich des § 539 BGB (jetzt: § 536 b GE) verändert. Zwar wurde der Wortlaut des § 539 BGB bis auf die Tatsache, daß die grobe Fahrlässigkeit weggefallen ist, fast identisch übernommen. Aus der Begründung⁶¹ ergibt sich jedoch, daß der Gesetzgeber ausdrücklich nicht die Fälle regeln wollte, die bisher durch die entsprechende Anwendung des § 539 BGB bewertet werden konnten. Danach war der Mieter mit der Ausübung seiner Gewährleistungsrechte nach den §§ 537, 538 BGB ausgeschlossen, wenn er trotz Kenntnis eines Mangels über einen längeren Zeitraum (i.d.R. 6 Monate) den Mietzins in unveränderter Höhe weiterzahlte, ohne sich seine Gewährleistungsrechte vorzubehalten.⁶² Erst kürzlich hatte der BGH noch einmal klargestellt, daß über § 543 BGB die analoge Anwendung des § 539 BGB auch zum Ausschluß des Kündigungsrechtes nach § 542 BGB führen sollte.⁶³

In der Begründung wird unter Hinweis auf Wichert⁶⁴ ausdrücklich aufgeführt, daß es einer analogen Anwendung des § 539 BGB bereits nach der aktuellen Rechtslage nicht bedarf, weil durch die §§ 545, 814, 242 (Verwirkung) BGB die Fälle ausreichend geregelt sind, um zu einem „sachgerechten und der Billigkeit entsprechenden Ergebnis zu gelangen“. Mit Rücksicht darauf muß also davon ausgegangen werden, daß nach Inkrafttreten der Änderung oder jedenfalls für

⁶⁰ Emmerich in Staudinger, aaO, § 538 BGB Rn. 61

⁶¹ vgl. NZM 2000, 812

⁶² BGH, WuM 1997, 488 m.w.N.

⁶³ BGH, WuM 2000, 416 = ZMR 2000, 666

⁶⁴ ZMR 2000, 65

Neuverträge die analoge Anwendung des § 539 BGB bzw. der neuen Vorschrift des § 536 b GE nicht mehr zulässig ist.

Vor diesem Hintergrund könnte daran gedacht werden, die analoge Anwendung des § 536 b GE vertraglich zu regeln. Dies erscheint jedoch nicht zulässig im bisherigen Umfang. Soweit sich die analoge Anwendung des § 536 GE auch auf das Minderungsrecht beziehen würde, wäre damit ein Verstoß gegen § 536 Abs. 4 GE gegeben, wonach bei Mietverträgen über Wohnraum eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam ist.

Eine Regelungsmöglichkeit ergibt sich daher nur im Hinblick auf § 536 a GE, der dem bisherigen § 538 BGB entspricht. Denn gemäß § 543 Abs. 4 GE findet zwar § 536 b GE entsprechende Anwendung auf das Recht zur fristlosen Kündigung wegen Gebrauchsentziehung (bisher: § 542 BGB), da dieses Kündigungsrecht aus wichtigem Grund jedoch zwingend und unabdingbar ist⁶⁵, kommt auch eine Einschränkung durch eine vertragliche Regelung, die den bisherigen § 539 BGB analog perpetuiert, nicht in Betracht.

⁶⁵ vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZM 2000, 433