

*Rechtsprechung  
Mietrecht*

**BGH: Abrisskündigung von Wohnungsmietern nach Erwerb von sanierungsbedürftigem Altbau möglich; Urteil vom 28.01.2009, VIII ZR 7/08, 8/08, 9/08**

1. Der Ausgangspunkt

Der Kläger hatte 2005 ein sanierungsbedürftiges Mehrfamilienwohnhaus erworben und beabsichtigte, dieses abzureißen. Er wollte an gleicher Stelle ein größeres Wohngebäude errichten und dies in der Folge veräußern. Aus diesem Grund kündigte er die Mietverhältnisse mit den Beklagten, die seit längerer Zeit in dem Gebäude wohnten, noch im gleichen Jahr. Die Kündigung stützte der Kläger auf § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB und berief sich darauf, dass er ohne die Kündigung an der angemessenen wirtschaftlichen Verwertung der Immobilie gehindert sei und dadurch erhebliche Nachteile erleide. Bei der Realisierung seiner Pläne könne er eine Rendite von 16% erzielen, während sich die erzielbare Rendite sowohl bei einer Minimalsanierung als auch bei einer Vollsanierung des bestehenden Gebäudes auf nur 2,5 % belaufe. Gemäß § 573 BGB ist eine ordentliche Kündigung von Wohnraummietverhältnissen nur möglich, wenn der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Kündigung hat. Nach dem Gesetzeswortlaut liegt ein solches berechtigtes Kündigungsinteresse des Vermieters insbesondere vor, wenn er durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert wird und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde.

2. Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat nun entschieden, dass der Kläger zur Kündigung der Mietverhältnisse berechtigt war. Zur Begründung hat er zum einen ausgeführt, dass eine Sanierung einen erheblichen finanziellen Aufwand bedeute, ohne dass dadurch die – verhältnismäßig kurze – Restnutzungsdauer des Gebäudes erhöht werde. Zum anderen würde durch den beabsichtigten Neubau in erheblichem Umfang zusätzlicher Wohnraum geschaffen. Weiter hat der BGH bei seiner Entscheidung berücksichtigt, dass der Kläger im konkreten Fall bei Aufrechterhaltung der Mietverhältnisse nur die Möglichkeit einer Minimalsanierung gehabt hätte, obwohl der Zustand des Gebäudes entweder eine umfas-

sende Sanierung oder einen Abriss mit anschließendem Neubau gebiete. In dem Urteil findet sich zur Begründung auch ein Hinweis, dass eine Kündigung zum Zweck des Abbruchs eines Gebäudes und anschließendem Wiederaufbau nicht der Vorstellung des Gesetzgebers widerspreche, sondern sogar einen der in den Gesetzesmaterialien angeführten Beispielfall für eine sog. Verwertungskündigung darstelle. Schließlich hat der BGH klargestellt, dass der Eigentümer bei einer solchen Sachlage nicht erst abwarten muss, bis die vorhandene Bausubstanz vollständig verbraucht ist.

### 3. Fazit

Bei Abrisskündigungen ist auch weiterhin Vorsicht geboten, denn sie sind auch nach dem Urteil nicht in jedem Fall berechtigt. Das Urteil stellt also keinen Kündigungsfreibrief dar und gilt nicht generell für alle Fälle. Vielmehr hat der BGH klargestellt, dass es jeweils auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Danach ist jeweils abzuwägen, ob das Bestandsinteresse des Mieters oder das Verwertungsinteresse des Vermieters konkret überwiegen. Mit anderen Worten: Immer dann, wenn es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, sind subjektive Wertungen durch die Gerichte möglich. Damit bleibt immer ein Rest an Rechtsunsicherheit.

*Dr. Jan Dittmann*

*Gesetzgebung  
Werkvertragsrecht*

**Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) vom 23. Oktober 2008**

Am 23. Oktober 2008 hat der Bundestag das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen, kurz Forderungssicherungsgesetz (FoSiG), beschlossen. Das Gesetz ist am 01.01.2009 in Kraft getreten und ändert einzelne gesetzliche Bestimmungen des BGB zum Werkvertragsrecht. Eine Rückwirkung für Verträge vor dem 01.01.2009 (Altverträge) findet nicht statt.

#### 1. Der Gesetzeszweck

Neben einer Stärkung des Verbraucherschutzes verfolgt das Gesetz das Ziel, Forderungsausfällen von Auftragnehmern (im Folgenden: „AN“) entgegenzuwirken, die durch auftraggeberseitige Insolvenz oder durch verzögerte Zahlungen entstehen. Denselben Gesetzeszweck verfolgte das im Jahr 2000 eingeführte Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen. Allerdings erwies sich dessen Instrumentarium in der Praxis als unzureichend, so dass mit dem FoSiG

eine Nachbesserung erfolgen sollte. Die wichtigsten werkvertraglichen Neuregelungen sind nachfolgend geschildert.

## 2. Die Neuregelungen im Einzelnen

### a. Entfallen der Privilegierung der VOB/B für Verbraucherverträge

Das FoSiG sieht vor, dass die Regelungen der VOB/B trotz ihrer Einbeziehung in einen Bauvertrag als Ganzes der uneingeschränkten Inhaltskontrolle durch die Vorschriften des BGB (§§ 307 ff. BGB) unterfallen. Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen oder mit der öffentlichen Hand erhalten allerdings die Privilegierung der VOB/B (§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB n. F.). Demnach gilt bei Bauverträgen mit der öffentlichen Hand oder mit Unternehmen die als Ganzes in den Vertrag einbezogene VOB/B uneingeschränkt, ohne dass eine Inhaltskontrolle stattfindet. Werden – wie bei größeren Aufträgen üblich – einzelne Regelungen der VOB/B jedoch vertraglich modifiziert oder abbedungen, bleibt es bei der bisherigen Rechtsprechung, wonach sämtliche Regelungen der VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle zu unterziehen sind. Hierzu existiert bereits eine umfangreiche Judikatur, wonach die VOB/B-Regelungen teilweise unwirksam sind.

### b. Abschlagszahlungen in BGB-Verträgen

Auch bei BGB-Werkverträgen hat der Auftragnehmer seit dem Jahr 2000 einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen (§ 632a BGB). In der Praxis ist diese Regelung jedoch unzureichend. Vor dem Hintergrund eigenständiger Regelungen in der VOB/B für Abschlagszahlungen betrifft diese Vorschrift ausschließlich die BGB-, Bau-, Planer- und sonstige Werkverträge. Zulässige Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen richten sich weiterhin nach der MaBV.

Nach § 632a BGB konnte der Auftragnehmer eines BGB-Werkvertrages bislang nur für „in sich abgeschlossene Teile des Werkes“ verlangen. Die Bedeutung dieser Voraussetzung war bislang umstritten. Jedenfalls konnte der Auftragnehmer hiernach meist allenfalls in relativ großen zeitlichen Abständen Abschlagszahlungen verlangen. Die Neuregelung des § 632a BGB sieht demgegenüber vor, dass der AN bereits Abschlagszahlungen verlangen kann, wenn der Auftraggeber (im Folgenden: „AG“) durch die Leistung einen „Wertzuwachs“ erlangt hat und dieser in einer prüfaren Aufstellung nachgewiesen wird. Neu ist darüber hinaus, dass „unwesentliche Mängel“ nicht zu einer Verweigerung der Zahlung berechtigen; wegen wesentlicher Mängel besteht ein Zurückbehaltungsrecht.

Bei den Begriffen „Wertzuwachs“ und „unwesentlicher Mangel“ handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die im FoSiG nicht definiert werden. Hier bleibt die diesbezügliche Rechtsprechung abzuwarten. Es steht zu erwarten, dass zur Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln auf die Rechtsprechung zur mängelbedingten Abnahmeverweigerung zurückgegriffen werden kann.

Bei Verbrauchern als AG und Verträgen über die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks muss der AN bei der ersten Abschlagsrechnung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks in Höhe von 5% der vereinbarten Vergütung leisten (§ 632a Abs. 3 BGB n. F.). Alternativ kann durch den AG ein entsprechender Betrag einbehalten werden.

#### c. Fälligkeit der Vergütung des Nachunternehmers

Gemäß § 641 Abs. 2 BGB a.F. lag unabhängig von der Abnahme die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Subunternehmers vor, wenn und soweit der Hauptunternehmer vom Bauherrn Zahlung erlangte. Die Neufassung des § 641 Abs. 2 BGB wurde um zwei weitere Konstellationen erweitert.

Danach wird die Vergütung des Nachunternehmers auch dann spätestens fällig,

- soweit das Werk des Hauptunternehmers von dessen AG abgenommen (auch fiktiv) wurde;
- wenn der Nachunternehmer den Hauptunternehmer erfolglos unter Fristsetzung zur Auskunft darüber aufgefordert hat, ob er vom Bauherrn bereits eine Vergütung erlangt hat oder ob die Werkleistung bereits abgenommen wurde.

Die Praxisrelevanz von § 641 Abs. 2 BGB war allerdings schon in seiner bisherigen Fassung nur gering, da die Bestimmung nicht auf Abschlagszahlungen Anwendung findet und Zurückbehaltungsrechte wegen Mängeln unberührt bleiben.

#### d. Reduzierung des Druckzuschlags bei Mängeln

§ 641 Abs. 3 BGB sah in seiner bisherigen Fassung zwar vor, dass der AG bis zur Beseitigung eines Mangels nach Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung, mindestens jedoch in der Höhe des 3-fachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zurückhalten konnte. Nach der Neuregelung soll dem AG nur noch die Verweigerung der Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung möglich sein; als angemessen gilt „in der Regel das Doppelte“ der Mangelbeseitigungskosten. Diese Neuregelung betrifft auch VOB/B – Bauverträge.

#### e. Fertigstellungsbescheinigung eines Gutachters

Nach § 641a BGB in der bisherigen Fassung sollte dem AN eine rasche Herbeiführung der Abnahmewirkungen dadurch ermöglicht werden, dass er eine Sachverständigenstellungnahme vorlegt. Diese Regelung kam in der Praxis nicht zum Tragen. Mit dem FoSiG wurde diese Vorschrift aufgehoben.

#### f. Erweiterung der Bauhandwerkersicherung

Der AN eines Bauwerks oder eines Teils davon konnte in der bisherigen Fassung des § 648a BGB vom AG eine Sicherheitsleistung für die von ihm zu erbringende Vorleistung einschließlich damit in Zusammenhang stehender Nebenforderungen verlangen. Das FoSiG sieht über die Neufassung dieser Vorschrift eine nicht unerhebliche Ausweitung dieser Sicherungsmöglichkeit für den Auftragnehmer vor:

- Der AN hat schon nach erstmaliger erfolgloser Fristsetzung ein Kündigungsrecht neben dem Leistungsverweigerungsrecht – das bisherige Erfordernis der Kündigungsandrohung entfällt;
- der Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB ist nach Fristablauf selbstständig einklagbar;
- der AG kann Erfüllungs- und Mängelansprüche dem Anspruch auf Sicherheit nicht entgegenhalten. Mängelbedingte Gegenansprüche haben nur dann Einfluss auf die Höhe der zu stellenden Sicherheit, wenn sie unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.

Die Auswirkung mangelbedingter Gegenansprüche des AG nach erfolgter Kündigung auf den Vergütungsanspruch des AN hat der Gesetzgeber auch mit dem FoSiG nicht geregelt. Demgemäß ist auch weiterhin die Auffassung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2003 relevant, wonach dieser ein „Abrechnungsverhältnis“ angenommen hat; danach ist der Vergütungsanspruch um die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten zu reduzieren.

#### g. Höhe der Entschädigung des AN nach Kündigung des AG

Bei Kündigung des Werkvertrags durch den AG ohne Grund ist der AN berechtigt, die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung dessen zu verlangen, was er infolge der Kündigung an Aufwendungen erspart hat. Die Berechnung dieses ersparten Aufwandes war nach der bisherigen Regelung aufgrund der von der Rechtsprechung hierzu aufgestellten Grundsätze zumeist schwierig.

Nach der Neuregelung des § 649 Satz 3 BGB steht dem AN nach Anrechnung der ersparten Aufwendungen ein Vergütungsanspruch in Höhe von 5% für die

nicht erbrachten Leistungen zu. Will der AN hiervon abweichen, muss dieser Wert bewiesen werden; dem AG wird der Nachweis eines geringeren Vergütungsanspruchs als 5% in den wenigsten Fällen gelingen.

### 3. Fazit

Ziel des Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen war es, Unklarheiten im bestehenden Recht zu beseitigen und insbesondere Korrekturen zum Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen aus dem Jahr 2000 vorzunehmen. Auch nach den Neuregelungen durch das FoSiG bestehen nach wie vor rechtlich unglückliche Konstellationen, so dass das Gesetz zwar eine Verbesserung, keinesfalls aber eine umfassende und zufriedenstellende Neuregelung des Bauvertragsrechtes erreicht. Zu Recht bestehen deshalb Initiativen der Bundesregierung, die die Begründung eines eigenständigen Bauvertragsrechtes vorsehen.

*Christoph Hamm/Karl-Hubert Menne*

*Rechtsprechung  
Mietrecht*

Schönheitsreparaturen und „starre“ Renovierungsfristen: Ist „regelmäßig“ nicht gleich „in der Regel“?, KG, Urteil vom 22. Mai 2008 – 8 U 205/07

#### 1. Der Ausgangspunkt

Hintergrund der kürzlich ergangenen Entscheidung des Berliner Kammergerichts war ein Streit der Parteien über einen Anspruch des Klägers auf Zahlung von Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen anlässlich der Beendigung des Mietverhältnisses. Streitentscheidend war nach Ansicht des Gerichts die in der Anlage zum Mietvertrag enthaltene formularmäßige Klausel über die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der laufenden Schönheitsreparaturen, wonach diese *„regelmäßig in folgenden Zeiträumen erforderlich“* werden.

#### 2. Die Entscheidung

Das Kammergericht hielt die im streitgegenständlichen Mietvertrag gewählte Formulierung für unwirksam. Hätte der Vermieter die Formulierung „in der Regel“ oder „im Allgemeinen“ gewählt, wäre nach Auffassung des Gerichts für den Mieter erkennbar gewesen, dass es sich bei den genannten Fristen nur um eine Orientierungshilfe und nicht um einen starren Fristenplan handeln sollte. Dadurch, dass der Mieter vorliegend aber verpflichtet sein sollte, Schönheitsreparaturen „regelmäßig“ durchzuführen, sei die Klausel aus Sicht eines verständigen, durchschnittlichen Mieters dahingehend zu verstehen, dass er die

Schönheitsreparaturen „spätestens“ innerhalb der genannten Fristen durchzuführen habe. Dem stehe auch das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 26.09.2007 (NJW 2007, 3632) nicht entgegen. Zwar habe der Vermieter in dem dort zu Grunde liegenden Sachverhalt ebenfalls das Wort „regelmäßig“ in Verbindung mit der Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verwendet. Jedoch enthielt die dieser Entscheidung zugrundeliegende Klausel im Mietvertrag in einer nachfolgenden Regelung die Formulierung, dass von den zuvor genannten Fristenzeiträumen abgewichen werden könne, wenn der Zustand der Mieträume die Einhaltung der Fristen nicht erfordere.

Die Entscheidung hat in der Literatur teils Zustimmung gefunden. Das Wort „regelmäßig“ könne sowohl sinngemäß „in gleichen Abständen“ oder „in der Regel“ bedeuten. Nach der für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) einschlägigen Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB gingen jedoch Zweifel bei der Auslegung von AGB stets zu Lasten des Verwenders, hier also des Vermieters. Es sei von der Auslegung auszugehen, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt (so Lehmann-Richter, IMR 2008, 264). Auf der anderen Seite wird vertreten, dass „regelmäßig“ nichts andere bedeute als „im Allgemeinen“ und „in der Regel“ (Blank in: Münchener Vertragshandbuch Bd. 5/I, 6. A. Form II 1 Anm. 168a); ein solcher Fristenplan sei daher wirksam.

Der BGH hat diese Frage in seiner vielbeachteten Entscheidung vom 09.07.2008 (NJW 2008, 2840; erläutert im HEUSSEN-Newsletter „Sonderinformation Mietrecht Juli 2008“) zur Frage der – im Ergebnis abgelehnten – Kompensation des Vermieters bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel (die konkrete Klausel sah ebenfalls vor, dass die Schönheitsreparaturen „regelmäßig“ innerhalb bestimmter Fristen vorzunehmen seien), ausdrücklich offen gelassen.

In einer Parallelentscheidung des Kammergerichts vom 06.12.2007 (Az. 8 U 135/07) wurde die dort streitgegenständliche Klausel, wonach der Mieter die Schönheitsreparaturen „regelmäßig“ nach Maßgabe eines Fristenplans durchzuführen hatte, ebenfalls für unwirksam erklärt, obwohl dort zusätzlich der „jeweilige Grad der Abnutzung“ Berücksichtigung finden sollte.

### 3. Stellungnahme

Die Entscheidung des Kammergerichts ist hoch problematisch, da sie – nicht zuletzt mangels einer belastbaren Entscheidung des BGH zu diesem Thema – zu einer ganz erheblichen Rechtsunsicherheit für eine Vielzahl von Mietverträgen führt.

Ihr ist im Ergebnis auch nicht zuzustimmen. Zwar ist richtig, dass das Wort „regelmäßig“ grundsätzlich auch die Bedeutung „in gleichen zeitlichen Ab-

ständen“ haben kann. Davon kann allerdings in der konkreten Formulierung und im Zusammenhang mit einem Fristenplan nur unter Verstoß gegen den Grundsatz der objektiven Auslegung von AGB ausgegangen werden. Denn die „Regelmäßigkeit“ der einzuhaltenden zeitlichen Abstände wird bereits durch den Fristenplan als solchen festgelegt. Der zusätzlich in die Klausel aufgenommene Begriff „regelmäßig“ wäre jedenfalls dann, wenn er sich nach dem Wortlaut auf das Intervall der Durchführung der Schönheitsreparaturen bezieht, auch nach dem Verständnis eines verständigen Durchschnittsmieters überflüssig.

Anders könnte man eine Klausel allenfalls dann bewerten, wenn sie den Mieter verpflichten würde „regelmäßige Schönheitsreparaturen“ nach einem bestimmten Fristenplan durchzuführen. Eine solche Klausel könnte in Verbindung mit einem Fristenplan nur so verstanden werden, dass Abweichungen von den definierten Fristen grundsätzlich nicht in Betracht kommen. Hingegen werden Schönheitsreparaturen, die „regelmäßig“ in bestimmten Zeiträumen erforderlich werden, eben nur „in der Regel“ nach dem vorgegebenen Fristenplan fällig. Die vom Kammergericht unterstellte Auslegung ist vom Wortlaut der konkreten Klausel nicht mehr gedeckt und kann im Rahmen des § 305c Abs. 2 BGB nicht herangezogen werden.

Festzuhalten ist, dass angesichts der gegebenen Rechtsunsicherheit jedenfalls bei Neuabschluss von Mietverträgen Fristenpläne in Schönheitsreparaturklauseln nur noch mit Begriffen wie „in der Regel“ bzw. „im Allgemeinen“ Verwendung finden sollten. Da in den beiden Verfahren vor dem Kammergericht die – zugelassene – Revision nicht eingelegt wurde, bleibt zu hoffen, dass der BGH bald Gelegenheit bekommt, einen vergleichbaren Fall zu entscheiden.

*Albert Hess*

*Rechtsprechung  
Mietrecht*

**BGH: Nachträgliche individuelle Vereinbarung über Endrenovierung wirksam, Urteil vom 14. Januar 2009 – VIII ZR 71/08**

### 1. Ausgangspunkt

Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ist der Vermieter verpflichtet, die vermietete Sache während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Die gesetzliche Regelung sieht vor, dass Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts einschließlich Schönheitsreparaturen grundsätzlich Sache des Vermieters sind. In der Praxis werden die laufenden Renovierungspflichten üblicherweise durch vorformulierte Klausel im Mietvertrag auf den Mieter übertragen. Schönheitsreparaturklauseln sind nach der Rechtsprechung des BGH jedoch unwirksam, wenn sie dem Mieter formular-

mäßig eine Endrenovierungspflicht oder eine Renovierungspflicht nach einem starren Fristenplan ohne Rücksicht auf den Zustand des Mietobjekts auferlegen. Übernimmt der Mieter dagegen die Schönheitsreparaturen individualvertraglich so bestehen gegen deren Wirksamkeit regelmäßig keine Bedenken.

Der für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH hatte jetzt darüber zu entscheiden, ob eine nachträgliche individuelle Vereinbarung über die Endrenovierung der Mietwohnung auch dann wirksam möglich ist, wenn die Schönheitsreparaturklausel im Mietvertrag unwirksam ist.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte war Mieter einer Wohnung des Klägers. Der Kläger begehrt unter anderem Schadensersatz für Renovierungsarbeiten nach Beendigung des Mietverhältnisses. In dem Formularmietvertrag war vereinbart, dass die Schönheitsreparaturen während der laufenden Mietzeit von dem Mieter mindestens in bestimmten Zeitabständen auszuführen sind und, dass die Mieträume in einem gemäß der Schönheitsreparaturklausel entsprechenden Zustand zurückzugeben sind. Der Mieter hat sich drei Wochen nach Mietvertragsschluss in einem Wohnungsübergabeprotokoll gegenüber dem Vermieter verpflichtet, die Mietwohnung im renovierten Zustand zu übergeben.

## 2. Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 14. Januar 2009 (Az. VIII ZR 71/08) entschieden, dass eine im Wohnungsübergabeprotokoll nachträglich vereinbarte Verpflichtung des Mieters zur Endrenovierung auch dann wirksam möglich ist, wenn die Schönheitsreparaturklausel im Mietvertrag unwirksam ist. Voraussetzung ist jedoch, dass es sich um eine tatsächlich individuell ausgehandelte nachträgliche Vereinbarung handelt, die mit der unwirksamen Vertragsklausel kein einheitliches Geschäft bildet.

Nach dem Bundesgerichtshof kann der Kläger seinen Anspruch auf Schadensersatz für Renovierungsarbeiten nach Beendigung des Mietverhältnisses weder aus der Schönheitsreparaturklausel noch aus der Endrenovierungsklausel des Mietvertrags herleiten, da die Klauseln aufgrund starrer Fristenregelungen unwirksam sind.

Die Renovierungspflicht des Mieters folgt nach Ansicht des BGH aus der nachträglich getroffenen Endrenovierungsvereinbarung im Wohnungsübergabeprotokoll. Der BGH hat angenommen, dass es sich dabei um eine Individualvereinbarung handelt. Dabei sei unschädlich, dass eine - Individualvereinbarung mit einer nach § 307 BGB unwirksamen AGB-Klausel zusammentrifft, da die Individualvereinbarung nicht der Inhaltskontrolle des § 307 BGB unterliegt. Die Individualvereinbarung sei auch nicht gem. § 139 BGB unwirksam, weil sie

nachträglich getroffen wurde und somit an der erforderlichen Einheitlichkeit mit den Vertragsregelungen fehlt.

### 3. Fazit

Die Entscheidung des BGH betrifft eher einen Einzelfall. Selten wird zwischen Mieter und Vermieter eine Individualvereinbarung vorliegen. Für Vermieter ist bei der Verwendung von Formularmietverträgen deshalb weiterhin Vorsicht geboten. Der BGH stellt zwar klar, dass eine Individualvereinbarung Vorrang hat und wirksam zwischen den Parteien nachträglich geschlossen werden kann. Dennoch bleibt es bei der Rechtsprechung des BGH, wonach Endrenovierungsklauseln unwirksam sind, wenn sie den Mieter beim Auszug unabhängig vom Zustand der Mietsache zur Renovierung verpflichten. Da an das Vorliegen von Individualvereinbarungen hohe Hürden zu stellen sind und dem Vermieter den Nachweis dafür im Zweifel nicht gelingen wird, ist zu empfehlen, auf die Verwendung von starren Fristenregelungen im Mietvertrag weiterhin zu verzichten.

*Yordanka Dragieva*

*Gesetzgebung  
Energierecht*

## **Vergütungsreduktion bei bestehenden EEG-Anlagen?**

### 1. Ausgangspunkt

Zum 01.01.2009 wurde das Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG) umfassend novelliert. Mit jetzt 66 Paragraphen statt bisher 21 zeichnet sich die Neufassung durch eine deutlich bessere Systematik und zahlreiche Präzisierungen aus.

Probleme wirft die Neuregelung jedoch im Hinblick auf die Vergütung bestehender EEG-Anlagen auf. Offensichtlich wird der Grundsatz, in die Vergütungsstruktur bestehender EEG-Anlagen nicht einzugreifen, von der Novellierung nicht beachtet. Zwar erhalten alle Anlagen, die bis zum 31.12.2008 in Betrieb genommen wurden (sogenannte Bestandsanlagen), grundsätzlich weiterhin die Vergütung nach altem Recht. Faktisch droht einigen Betreibern von bereits bestehenden EEG-Anlagen allerdings eine spürbare Vergütungsabsenkung ab dem 01.01.2009. Für Biomasseanlagen entspricht dies zwar der Intention des Gesetzgebers, jedoch besteht die Gefahr, dass die Vergütungsreduktion auch einige Betreiber von Photovoltaik-Dachanlagen trifft, obwohl dies vom Gesetzgeber vermutlich nicht gewollt war.

## 2. Die Neuregelung im Einzelnen

Der Vergütungssatz für Strom aus Photovoltaikanlagen, die auf Dächern angebracht sind, bestimmt sich maßgeblich nach der Leistung der Anlage. Für kleinere Anlagen (z.B. unter 30 kW) sieht der Gesetzgeber höhere Vergütungssätze vor als bei großen Anlagen. Zur Frage, ob ein Anlagenbetreiber auf seinem Grundstück mehrere kleine Anlagen betreibt oder eine einzige große Anlage, enthielt § 11 Abs. 6 EEG 2004 bisher folgende Regelung, die nur für Dachanlagen galt: mehrere Photovoltaikanlagen werden unter Vergütungspunkten zu einer Anlage (mit entsprechend addierter Anlagenleistung) zusammengefasst, wenn sie sich auf dem gleichen Gebäude befinden und innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen werden.

Die Zusammenfassung von Anlagen wurde nun in § 19 EEG 2009 für alle EEG-Anlagen neu geregelt. Danach hat die Anlagenzusammenfassung eine neue sachliche (gleiches Grundstück oder in unmittelbarer räumlicher Nähe) und zeitliche (Inbetriebsetzung innerhalb von 12 Monaten) Komponente. Problematisch hierbei ist die Übergangsregelung des § 66 Abs. 1 Halbsatz 1 EEG 2009, nach der ab 01.01.2009 § 19 EEG 2009 grundsätzlich auf alle EEG-Anlagen anwendbar sein soll, also auch auf Bestandsanlagen. Dies würde faktisch einen gravierenden Eingriff in die Vergütungen für Bestandsanlagen bedeuten. Während nach früherem Recht – wie oben dargestellt – jeweils mehrere Anlagen vorlagen, wenn diese zwar auf dem gleichen Grundstück jedoch auf verschiedenen Gebäuden angebracht waren, liegt in diesem Fall nach neuem Recht nur eine Anlage vor, da jetzt bereits das gleiche Grundstück (oder die räumliche Nähe) ausreicht.

Nahm beispielsweise ein Anlagenbetreiber seine Photovoltaik-Dachanlagen sukzessive im 6-Monatsabstand in Betrieb, galten diese als jeweils eigenständige Anlage. Für sie konnte der Anlagenbetreiber damit in der Regel höhere Vergütungssätze beanspruchen. Ab dem 01.01.2009 müssten diese Anlagen als eine einzige Anlage behandelt werden. Aufgrund der höheren Leistung der Anlage und der daraus resultierenden geringeren Vergütungssätze pro kW sinkt die Gesamtvergütung. Die Betreiber von Bestandsanlagen haben – anders als Neuinvestoren – naturgemäß hier jedoch keinen Gestaltungsspielraum mehr. Zwar ermäßigt sich die Vergütung nicht unmittelbar durch Eingriff des Gesetzgebers, wohl aber mittelbar. Die problematische Übergangsregelung des § 66 EEG 2009 wirkt sich auf die Vergütung von Bestandsanlagen ab dem Jahr 2009 aus. Rechtlich handelt es sich damit „nur“ um einen Fall der sogenannten „unechten Rückwirkung“, die am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen ist.

Es ist zu erwarten, dass viele Anlagenbetreiber diese Absenkungen nicht hinnehmen werden und eine Klärung durch die Gerichte anstreben. Die Betreiber von Photovoltaik-Dachanlagen werden argumentieren, dass die bisherige Regelung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 und die dortigen räumlichen und zeitlichen Kri-

terien für sie als Spezialregelung weiterhin gelten, da die Übergangsregelung des § 66 EEG 2009 die besonderen Vergütungsvoraussetzungen der §§ 32 und 33 EEG 2009 für vollständig unanwendbar erklärte. Dies müsste nach Auffassung der maßgeblichen Verbände und des Bundesumweltministeriums folgerichtig bedeuten, dass § 11 EEG 2004 vollständig – also einschließlich von § 11 Abs. 6 EEG 2004 – weiter anzuwenden ist. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass ein Aufrechterhalten dieser alten Vorschrift dem Gesetzestext des § 66 Abs. 1 Halbsatz 1 EEG 2009 nicht wörtlich zu entnehmen ist. Wie diese Frage gerichtlich entschieden werden wird, ist noch offen. Doch auch die Gesetzgebung befasst sich mittlerweile mit dieser Problematik. Am 04.11.2008 haben die Länder Schleswig-Holstein und Niedersachsen, die eine relativ große Zahl an Biogasanlagen aufweisen, einen Gesetzesentwurf in den Bundesrat eingebracht, wonach der Bestandschutz aller Bestandsanlagen voll wiederherzustellen ist.

### 3. Fazit

Es bleibt abzuwarten wie die Rechtsprechung diese strittige Vergütungsregelung behandeln wird. Doch auch die Gesetzgebung ist gefordert, da der Gerechtigkeitsgehalt einer Übergangsregelung durchaus fragwürdig erscheint, wenn indirekt die Vergütung der Bestandsanlagen beschnitten und damit die ursprüngliche Kalkulation und Finanzierung der Anlagenbetreiber in Frage gestellt würde. Angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Vergütung für bestimmte Photovoltaik-Dachanlagen scheint es für Investoren ratsam zu sein, bei der Prüfung eines Erwerbs von bereits bestehenden Photovoltaik-Dachanlagen den Aspekt der möglichen Anlagenzusammenfassung des § 19 EEG 2009 eingehend zu prüfen.

*Bernhard Schex*

*Rechtsprechung  
Mietrecht*

**BGH: Einseitiger Kündigungsschutz in einem Formularmietvertrag ist unwirksam, Urteil vom 19. November 2008 – Az. VIII ZR 30/08**

#### 1. Der Ausgangspunkt

Hintergrund der erst kürzlich ergangenen Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs war ein Streit der Parteien über eine in einem vom Vermieter gestellten Formularmietvertrag enthaltene Klausel, durch welche die Mieterin einer Wohnung ein Jahr lang auf ihr ordentliches Kündigungsrecht verzichtet.

## 2. Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hielt die streitgegenständliche Klausel für unwirksam. Der formularmäßige Kündigungsausschluss zu Lasten der Mieterin verstößt nach Ansicht des Gerichts gegen § 307 Abs. 1 BGB, da die Mieterin durch solch einen einseitigen, befristeten Kündigungsausschluss i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt wird.

Diesem Ergebnis stehe auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. November 2005 (VIII ZR 154/04; NZM 2006, 256 ff.) nicht entgegen, wonach ein einseitiger Ausschluss des Kündigungsrechts des Mieters im Zusammenhang mit einer Staffelmietvereinbarung nach § 557a BGB wirksam vereinbart werden kann. Im Unterschied zu dem streitgegenständlichen Formularmietvertrag wurde dort die Benachteiligung des Mieters, die sich aus dem Ausschluss des Kündigungsrechts für einen längeren Zeitraum grundsätzlich ergibt, durch die Gewährung eines Vorteils, welcher in der Staffelmietvereinbarung zu sehen ist, ausgeglichen. Bereits der Gesetzgeber hat eine Staffelmietvereinbarung als sachliche Rechtfertigung für einen zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts des Mieters gesehen. Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch an einem ausgleichenden Vorteil für den Mieter, welcher einen einseitigen Kündigungsverzicht rechtfertigen könnte.

Auch sei kein Widerspruch zur Entscheidung des Senats vom 22. Dezember 2003 (VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448) ersichtlich. Dort wurde zwar die Wirksamkeit eines einseitigen Verzichts des Wohnraummieters auf sein gesetzliches Kündigungsrecht bejaht. Im Unterschied zu diesem Fall handelte es sich jedoch nicht um eine Klausel aus einem Formularvertrag sondern um einen individualrechtlich vereinbarten Kündigungsverzicht. Hieraus folgt, dass die in diesem Fall einschlägige Vorschrift des § 307 BGB, die nur eine Regelung für Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, unanwendbar ist.

Die Wirksamkeit des einseitigen Kündigungsrechts kann auch nicht aus §§ 544, 500 BGB hergeleitet werden. Zwar ist der Mieter bei mündlichem Abschluss eines Mietvertrages mit einer Dauer von mehr als einem Jahr, ein Jahr lang an den Vertrag gebunden, nach § 550 Satz 2 BGB können jedoch beide Parteien frühestens zum Ablauf dieses Jahres wirksam kündigen.

Auch das Zugeständnis des Vermieters, eine vorzeitige Lösung vom Vertrag zuzulassen, wenn der an den Vertrag gebundene Mieter einen Nachmieter stellt, ändert nach Ansicht des Gerichts nichts an der unangemessenen Benachteiligung des Mieters i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Schließlich obliegt es grundsätzlich dem Vermieter einen Nachmieter zu finden und dieses Risiko würde sonst ohne triftigen Grund auf den Mieter verlagert.

### 3. Stellungnahme

Die Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs erging im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung und dem Schrifttum. Zusammenfassend gelten i.S.d. § 307 BGB folgende Voraussetzungen für einen wirksamen formularvertraglichen Kündigungsausschluss (vgl. BGH, Urteil vom 30. 6. 2004 - VIII ZR 379/03; BGH, Urteil vom 23.11.2005, VIII ZR 154/04):

- (a) ein einseitiger Verzicht des Mieters ist nur zulässig, wenn ihm ein ausgleichender Vorteil wie eine Staffelmietvereinbarung zugestanden wird
- (b) der Kündigungsausschluss muss sonst grundsätzlich wechselseitig für Vermieter und Mieter gelten. Dies gilt für einen beiderseitigen Kündigungsausschluss von bis zu 4 Jahren i.S.d. § 557 a III BGB.
- (c) die außerordentlichen fristgerechten Kündigungsgründe und Sonderkündigungsrechte des Mieters dürfen nicht erfasst sein.

*Dr. Jan Dittmann / Simone Heuer*

## Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

### Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

### *Geschäftsführung:*

RA Dr. Christof Schmidt

### Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

**Dr. Jan Dittmann**

#### *Büro München:*

Brienner Straße 9 / Amiraplatz

80333 München

Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0

Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

**Dr. Ulrich Keunecke**

#### *Büro Berlin:*

Lise-Meitner-Straße 1

10589 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10

Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

### Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Bau- und Immobilienrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.