

Konkludente Zustimmung des Mieters zur Mieterhöhung (§ 558 BGB) durch wiederholte vorbehaltlose Bezahlung der höheren Miete

BGH, Beschluss vom 30. Januar 2018 – VIII ZB 74/16¹

In der jüngeren Vergangenheit hat sich der VIII. Senat wiederholt mit der Frage befasst, ob ein bestimmtes Verhalten einer Mietvertragspartei auch ohne ausdrückliche Erklärung zu einer Änderung des Mietvertrages führt. Dabei ist er stets von dem *Grundsatz* ausgegangen, dass beispielsweise die – auch mehrfache – Hinnahme einer Betriebskostenabrechnung mit „neuen“ Positionen durch den Mieter oder der jahrelange Verzicht des Vermieters auf eine Betriebskostenabrechnung keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert hat und deshalb nicht zu einer Änderung einer Vertragsklausel führt. Eine *Ausnahme* kommt nur dann in Betracht, wenn das Verhalten einer Partei als Angebot zur Änderung des Vertrages und die Reaktion der anderen Seite als Annahme des Angebots zu werten ist. An dieser Rechtsprechung hält der Senat in dem ausführlich begründeten Beschluss vom 30. Januar 2018 auch für den Fall einer Mieterhöhungsvereinbarung konsequent fest.

Der Fall:

Mit Schreiben vom 23. November 2015 forderte die Vermieterin die Mieterin auf, einer Erhöhung der Miete um 47 € auf insgesamt 432 € (einschließlich Betriebskostenvorauszahlung) zum 1. Februar 2016 zuzustimmen; einen entsprechenden Erklärungsvordruck hatte sie beigefügt. Trotz zweimaliger Erinnerung gab die Mieterin in der Folgezeit diese Erklärung nicht ab, überwies jedoch am 15. Februar, am 4. März und am 6. April 2016 jeweils die erhöhte Miete.

Mit ihrer am 22. April 2016 eingereichten und am 30. April 2016 zugestellten Klage forderte die Vermieterin von der Mieterin die Zustimmung zur Mieterhöhung. Nachdem die von der Mieterin schließlich mit Datum vom 23. April 2016 unterschriebene Zustimmungserklärung am 2. Mai 2016 der Vermieterin zugegangen war, erklärte diese den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt; die Mieterin stimmte zu, beantragte jedoch, der Vermieterin die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Das Amtsgericht hat die Kosten des Rechtsstreits der Vermieterin auferlegt. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde der Vermieterin zurückgewiesen, wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache jedoch die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Die Entscheidung:

Nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien geht es nur noch um die Frage, ob die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen sind, dass die Vermieterin bei Fortführung des Rechtsstreits voraussichtlich unterlegen wäre, weil die Mieterin ihren An-

¹ WuM 2018, 151 = Grundeigentum 2018, 325 (Stand 4. April 2018)

spruch auf Zustimmung zu der Mieterhöhung bereits erfüllt hatte, und dass sie deshalb gem. § 91a ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Dies ist zu bejahen.

1) Die Mieterin hat dem Mieterhöhungsverlangen (§ 558a BGB), bei dem es sich um einen Antrag (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Änderungsvertrages handelt, bereits vor Einreichung der Klage konkludent und wirksam zugestimmt; *einer bestimmten Form*, insbesondere etwa der Schriftform, *bedurfte das Einverständnis der Mieterin (§ 558b BGB) nicht*. Insofern unterscheidet sich diese Erklärung von dem *Erhöhungsverlangen des Vermieters*, das *in Textform* (§ 126b BGB) zu erklären ist (§ 558a Abs. 1 BGB).²

2) Mit der dreimaligen vorbehaltlosen Bezahlung des geforderten Mieterhöhungsbetrages hat die Mieterin das Angebot der Mieterhöhungsvereinbarung stillschweigend angenommen. Die im Mietvertrag enthaltene *Schriftformklausel* für Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages ändert an diesem Ergebnis nichts. Selbst wenn die Klausel auch für eine Mieterhöhungsvereinbarung gelten sollte, was fraglich ist, hätte die Vermieterin keinen Anspruch auf die verlangte schriftliche Zustimmungserklärung gehabt.³

Nach dem Vorbringen der Rechtsbeschwerde sollte die gewillkürte Schriftform bei Änderungen oder Ergänzungen des Mietvertrages Klarheit für beide Seiten schaffen, hatte mithin lediglich *deklaratorische Bedeutung*. In einem solchen Fall ist die *Einhaltung der Schriftform nicht Gültigkeitsvoraussetzung* für ein von der Klausel erfasstes Rechtsgeschäft, hier also weder für das – lediglich in *Textform* zu erklärende – Mieterhöhungsverlangen der Vermieterin noch für die Zustimmung der Mieterin. Die Frage, ob eine konstitutive (zwingende) Schriftformklausel im Hinblick auf den Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB) überhaupt einer AGB-Kontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB standhalten würde, kann deshalb offen bleiben.⁴

3) Die Wertung des Beschwerdegerichts, mit der dreimaligen vorbehaltlosen Bezahlung der erhöhten Miete habe die Mieterin das Mieterhöhungsverlangen der Vermieterin konkludent angenommen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach dem allgemeinen Maßstab für die Auslegung von Willenserklärungen kommt es darauf an, ob ein objektiver Empfänger, der den Inhalt des Angebots des Vermieters auf Erhöhung der Miete und alle sonstigen Umstände kennt, aus dem Verhalten des Mieters den Schluss auf einen Rechtsbindungswillen und damit auf die Zustimmung zur Mieterhöhung ziehen würde.⁵ Nach der zeitlichen Abfolge der verschiedenen Vorgänge (Erhöhungsverlangen der Vermieterin vom 23. November 2015, Erinnerungsschreiben vom 19. Januar 2016 und 1. Februar 2016 mit Erklärungsfrist bis 16. Februar 2016; vorbehaltlose Überweisung der geforderten Miete am 15. Februar, 4. März und 6. April 2016) ist die Wertung des Verhaltens der Mieterin als konkludente Zustimmung zu dem Mieterhöhungsbegehren der Vermieterin nicht zu beanstanden.

² RNr. 14

³ RNr. 16

⁴ RNr. 17

⁵ RNr. 20

Ob eine stillschweigende Erklärung auch bereits in der erstmaligen Zahlung der erhöhten Miete zu sehen ist, kann hier dahinstehen. Im vorliegenden Fall kommt es auch nicht darauf an, ob die Mieterin „lediglich“ einen Dauerauftrag geändert oder jeweils eine Einzelüberweisung veranlasst hat. Denn in beiden Fällen war ein Tätigwerden der Mieterin erforderlich, das wegen Fehlens eines Rückforderungsvorbehalts „tragfähige Rückschlüsse auf ihre Willensrichtung zulässt“.⁶

Anmerkungen:

1) *Stillschweigende (konkludente) Änderung mietvertraglicher Vereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – Rechtsprechung bis 2007: stillschweigende Vereinbarung durch „ahrelange einvernehmliche Übung“*

Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten einer Partei im Mietverhältnis einen Erklärungswert hat, insbesondere etwa zu einer stillschweigenden Änderung einer Vertragsklausel führt, hat den VIII. Senat seit der „Wiederbelebung“ seiner mietrechtlichen Zuständigkeit durch die ZPO-Reform von 2002 immer wieder beschäftigt. In einem Urteil vom 7. April 2004⁷ hat er aus dem Umstand, dass der Vermieter die im Mietvertrag nicht als umlagefähige (sonstige) Betriebskosten i.S.d. § 2 Nr. 17 BetrKV genannten Kosten der Dachrinnenreinigung jahrelang abgerechnet und der Mieter die Abrechnungen jeweils ohne weiteres bezahlt hatte, auf eine stillschweigende Vereinbarung im Sinne einer Änderung der Betriebskostenklausel geschlossen.

2) *Die Änderung der Rechtsprechung im Jahr 2007:*

Mit einem Urteil vom 10. Oktober 2007⁸ hat der VIII. Senat diese Rechtsprechung aufgegeben und in der Folgezeit konsequent an dem Grundsatz festgehalten, dass eine *stillschweigende Änderung einer Betriebskostenklausel* nur dann zustande kommt, wenn der Vermieter nach den Gesamtumständen davon ausgehen kann, dass der Mieter einer Umlage weiterer Betriebskosten zustimmt. Das ist nicht bereits dann der Fall, wenn der Mieter die Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung begleicht; denn einer solchen Zahlung kommt *kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert* zu, insbesondere stellt sie regelmäßig kein Schuldanerkenntnis des Mieters dar, ebenso wenig wie die irrtümliche Erstattung eines Guthabens durch den Vermieter ein solches Anerkenntnis ist. In beiden Fällen können die erfolgten Zahlungen innerhalb der gesetzlichen Abrechnungsfrist (§ 556 Abs.3 Satz 2 BGB) durch den Vermieter bzw. innerhalb der Einwendungsfrist (§ 556 Abs.3 Satz 5 u. 6 BGB) durch den Mieter zurückgefordert werden.⁹

⁶ RNr. 21

⁷ VIII ZR 146/03, WuM 2004, 292 = NZM 2004, 418 = NJW-RR 2004, 877 = Grundeigentum 2004, 810

⁸ VIII ZR 279/06, WuM 2007, 6594 = Grundeigentum 2008, 46 = NJW 2008, 283, = NZM 2008, 81 = ZMR 2008, 107 = DWW 2008, 58, RNr. 18 ff

⁹ Urt. vom 12. Januar 2011 – VIII ZR 296/09, WuM 2011, 108 = Grundeigentum 2011, 331 = NJW 2011, 843 = NZM 2011, 242 = ZMR 2011, 375; zuletzt Urt. vom 20. Juli 2016 - VIII ZR 263/14,

Selbst der jahrzehntelange *Verzicht des Vermieters auf eine Betriebskostenabrechnung* führt nicht zu einer (stillschweigenden) Änderung des Mietvertrages dahin, dass die vereinbarte Abrechnung der Betriebskosten für die Zukunft ausgeschlossen sein soll und die Betriebskostenvorauszahlungen lediglich als Betriebskostenpauschalen behandelt werden sollen. Der Vermieter ist daher in einem solchen Fall trotz des Zeitablaufs nicht gehindert, die Betriebskosten erstmalig abzurechnen und ggf. eine Nachforderung geltend zu machen. Dem steht auch nicht der Gesichtspunkt der Verwirkung entgegen, wenn vertrauensbildende Umstände zu Gunsten des Mieters nicht dargelegt sind.¹⁰

3) *Die positive Abgrenzung: Besondere Umstände und zustimmendes Verhalten des Mieters*

Eine positive Abgrenzung hat der Senat sehr anschaulich in einer Entscheidung vom 9. Juli 2014¹¹ vorgenommen. Auch dort hat er zunächst nochmals den Grundsatz bestätigt, dass „eine (stillschweigende) Änderung der mietvertraglichen Umlagevereinbarung nicht schon dadurch zustande kommt, dass der Vermieter Betriebskosten abrechnet, zu deren Umlage er nach dem Mietvertrag nicht berechtigt ist, und der Mieter eine darauf beruhende Nachzahlung begleicht. Denn aus der Sicht des Mieters ist der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht..., *nur bei Vorliegen besonderer Umstände* ein Angebot des Vermieters zu entnehmen, eine Änderung des Mietvertrages herbeiführen zu wollen.“¹² Eben dies war dort jedoch der Fall. Die Vermieterin hatte nämlich vorgetragen, sie habe den Mietern eine Änderung der „Nebenkosten“ jeweils telefonisch oder schriftlich mitgeteilt, und „eine derartige Ankündigung sowie die nachfolgende Übersendung der Abrechnung, in die auch die mitgeteilten zusätzlichen Betriebskosten eingestellt sind, (stellt) aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängers ein *Angebot zur Änderung der Betriebskostenumlagevereinbarung* dar, das die (Mieter) durch Begleichung einer auf der Abrechnung beruhenden Nachforderung oder Zahlung der daraufhin angepassten (erhöhten) Vorauszahlungen akzeptiert haben könnten“.¹³

4) *Ein Sonderfall: Mieterhöhung nach Umbau der Wohnung*

Seine relativ strenge Linie bezüglich der Bejahung einer stillschweigenden Vereinbarung – insbesondere bei einer Änderung vertraglicher Abmachungen – hat der BGH in einem Urteil vom 2. Juli 2014¹⁴ bestätigt. In dem betreffenden Fall hatte der Vermieter der Mieterin mitgeteilt, dass er die Wohnung durch einen Anbau vergrößern und sodann die Miete erhöhen wolle. In einer entsprechenden Vereinbarung stimmte die Mieterin dem Anbau zu. Nach Ab-

Grundeigentum 2016, 1146 = WuM 2016, 620 = DWW 2016, 291 = NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762 = ZMR 2016, 768, RNr. 20

¹⁰ Urt. vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 14/06, NZM 2008, 276 = WuM 2008, 225 = NJW 2008, 1302 = Grundeigentum 2008, 534 = DWW 2008, 175 = ZMR 2008, 443

¹¹ VIII ZR 36/14, WuM 2014, 550 = Grundeigentum 2014, 1134 = NZM 2014, 748 = ZMR 2014, 965

¹² aaO RNr. 19

¹³ RNr. 20

¹⁴ VIII ZR 298/13, WuM 2014, 546 = Grundeigentum 2014, 1133 = ZMR 2015, 13

schluss der Erweiterung nutzte sie den Anbau (rd. 29 m²), lehnte aber in der Folgezeit die Zahlung der hierfür vom Vermieter geforderten höheren Miete ab. Der BGH hat der Klage des Vermieters mit der schlichten, aber überzeugenden Begründung stattgegeben, mit der Nutzung des Anbaus habe die Mieterin das entsprechende Angebot des Vermieters, und zwar einschließlich der hierfür geforderten Miete, konkludent (stillschweigend) angenommen. Maßgebend sei insoweit die *objektive Bedeutung ihres Verhaltens aus der Sicht des „Erklärungsgegners“*, hier also des Vermieters; sie habe Vorrang vor einem etwa entgegenstehenden Willen des Erklärenden.

5) Zur Bedeutung einer mietvertraglichen Schriftformklausel

Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des Senats zur Bedeutung der Schriftformklausel in § 25 Abs. 1 des (nicht vorgelegten) Mietvertrages.¹⁵ Nach dem Vorbringen der Vermieterin dient die Klausel lediglich der Klarheit für beide Seiten bei etwaigen Änderungen oder Ergänzungen des Mietvertrages; darauf, dass die Wirksamkeit einer Änderungsvereinbarung etwa von der Einhaltung der Schriftform abhängen soll (konstitutive Bedeutung) und deshalb die Erhebung der Klage (trotz der konkludenten, also formlosen Zustimmung der Mieterin) geboten war, hat sich die Vermieterin nicht berufen.

Ob i.Ü. eine derartige Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB standhalten würde, hat der Senat ausdrücklich offen gelassen.¹⁶ Die in diesem Zusammenhang zitierte Anmerkung bei Staudinger/*V. Emmerich*, Neubearb. 2018, § 558a RNr. 11 führt nicht weiter. Angesichts der recht strengen Rechtsprechung des VIII. Senats zu § 307 BGB liegt aber die Annahme nahe, dass er in einer derart "verschärften" formularmäßigen Schriftformklausel eine unangemessene, treuwidrige Benachteiligung des Mieters mit der Folge der Unwirksamkeit der Klausel erblicken würde.

Der eher beiläufige Hinweis auf § 305b BGB dürfte dahin zu verstehen sein, dass das Miet-erhöhungsverlangen der Vermieterin und die Zustimmung der Mieterin als vorrangige Individualvereinbarung über die (stillschweigende) Änderung der formularmäßigen Schriftformklausel zu deuten sein könnte, falls es darauf ankäme.¹⁷

6) Eine wichtige Klarstellung: Einmalige Änderung eines Dauerauftrages oder mehrfache Einzelüberweisung sind gleichwertig

Bemerkenswert an der Begründung des Beschlusses vom 30. Januar 2018 ist schließlich auch die Klarstellung, dass es für die Auslegung und Bewertung des Verhaltens der Mieterin als stillschweigende Zustimmung zur Mieterhöhung nicht darauf ankommt, ob die Mieterin die Bezahlung der erhöhten Miete durch die (einmalige) Änderung eines Dauerauftrages oder jeweils durch Einzelüberweisungen in den Monaten Februar, März und April 2016 vor-

¹⁵ RNr. 15 ff

¹⁶ RNr. 17

¹⁷ a.A. wohl Schmidt-Futterer/*Lammel*, Mietrecht, 13. Aufl. § 550 RNr. 75

genommen hat.¹⁸ Insoweit könnten Zweifel bestehen, weil das einmalige Verhalten einer Vertragspartei u.U. geringeres Gewicht hat als die mehrfache Tätigkeit in einer bestimmten Richtung. Betrachtet man jedoch das Geschehen *aus der maßgebenden Sicht eines „objektiven Empfängers“*, ist der rechtliche „Gehalt“ der *wiederholten vorbehaltlosen höheren Zahlung* bei beiden Alternativen identisch, eine Differenzierung mithin nicht gerechtfertigt. Ob bereits die einmalige Zahlung ausreicht, hat der BGH zwar offengelassen; die Frage dürfte aber jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn der Mieter den entsprechenden Dauerauftrag „angepasst“ hat und dies für den Vermieter aus seinem Kontoauszug ersichtlich ist.

Auswirkungen für die Praxis

1) Wesentliche neue Erkenntnisse für die Praxis bringt der Beschluss vom 30. Januar 2018 an sich nicht. Er macht aber einmal mehr deutlich, wie wichtig es insbesondere für die anwaltliche Beratung ist, die höchstrichterliche Rechtsprechung zum gesamten Komplex stillschweigende Willenserklärung im Dauerschuldverhältnis der Wohn- oder Gewerberaummiete zu beachten. Im vorliegenden Fall lag es auf der Hand, dass das Verhalten der Mieterin, gemessen am Maßstab der Rechtsprechung insbesondere des VIII. Senats, als Zustimmung zu dem Mieterhöhungsbegehren der Vermieterin zu werten war. Dem Umstand, dass die Mieterin die vorbereitete Einverständniserklärung trotz mehrfacher Aufforderung nicht an die Vermieterin zurückgesandt hat, konnte bei Würdigung der gesamten Umstände jedenfalls kein entscheidendes Gewicht zukommen.

2) Das Vorgehen der Vermieterin – Übersendung des Mieterhöhungsbegehrens mit beigefügtem Vordruck für die Zustimmungserklärung – war an sich sinnvoll und praxisgerecht. Demgegenüber erscheint das Verhalten der Mieterin – vorbehaltlose mehrfache Bezahlung der erhöhten Miete, aber „Verzicht“ auf die Unterzeichnung und Rücksendung der vorbereiteten Zustimmungserklärung – riskant und nicht recht verständlich. Die offensichtlich erst als Reaktion auf die Zustellung der Klage der Vermieterin (am 30. April 2016) „im letzten Moment“ erfolgte Rücksendung der Zustimmungserklärung war rechtlich bedeutungslos.

Andererseits konnte und musste die Vermieterin, jedenfalls bei zutreffender anwaltlicher Beratung, von dem Einverständnis der Mieterin und der Entbehrlichkeit einer Zustimmungsklage ausgehen. Als „vermittelnde“ Lösung hätte es sich für die Vermieterin wohl angeboten, der Mieterin mitzuteilen, dass sie auf Grund der dreimaligen vorbehaltlosen Zahlung von ihrer Zustimmung zur Erhöhung der Miete ausgehe; dann hätte die Mieterin, falls sie hiermit entgegen ihrem bisherigen Verhalten nicht einverstanden gewesen wäre, der Annahme der Vermieterin ausdrücklich widersprechen müssen (§ 242 BGB) und damit Anlass zur Erhebung der Klage mit der entsprechenden Kostenfolge aus § 91a ZPO zu ihren Lasten gegeben.

¹⁸ RNR. 21