

Mietrecht: MietR

Bürgerliches Gesetzbuch (§§ 535-580a, 138, 1568a BGB), Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten, Wirtschaftsstrafgesetz (§§ 4,5 WiStG) und Zivilprozessordnung (§§ 283a, 712, 721, 765a, 794a, 885, 885a, 940a ZPO)

Bearbeitet von

Hubert Blank, Prof. Dr. Ulf Börstinghaus, Norbert Eisenschmid, Prof. Dr. Siegbert Lammel, Dr. Hans Langenberg, Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter, Elmar Streyll

wohl hat der Vermieter keinen Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter. Dieser haftet nur für die Erfüllung solcher Masseverbindlichkeiten die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden sind. Für Verbindlichkeiten, die ohne Zutun des Insolvenzverwalters kraft Gesetzes entstehen, haftet der Insolvenzverwalter nicht.¹⁰⁸⁵

Übt der Mieter in gemieteten Räumen eine **selbstständige Tätigkeit** aus und wird der Betrieb nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weitergeführt, wobei die Verwaltungsbefugnis auf den Verwalter übergegangen ist (§ 80 Abs. 1 InsO), so haftet die Insolvenzmasse für die Miete. Will der Verwalter keine Risiken für die Insolvenzmasse eingehen, so kann er gem **§ 35 Abs. 2 InsO** gegenüber dem Schuldner erklären, dass Ansprüche aus dieser Tätigkeit nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Teilweise wird vertreten, dass Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen bis zur wirksamen Kündigung weiterhin die Masse treffen.¹⁰⁸⁶ Nach h. M. können diese Verbindlichkeiten nach dem Wirksamwerden der Freigabeerklärung nur noch gegen den Schuldner geltend gemacht werden.¹⁰⁸⁷ **410b**

Nach **§ 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO** kann das Insolvenzgericht im Fall der **Betriebsfortführung** anordnen, dass Gegenstände, die für die Fortführung des Betriebs von erheblicher Bedeutung sind, nicht ausgedeutet werden dürfen. Hierzu kann auch die Mietsache gehören. Dies hat zur Folge, dass der Vermieter die Mietsache auch dann nicht herausverlangen kann, wenn er den Mietvertrag gekündigt hat und das Mietverhältnis beendet ist. Wegen der Ansprüche des Vermieters verweist die Vorschrift auf § 169 Satz 2 InsO. Danach sind die Mieten erst ab dem Zeitpunkt zu zahlen, der 3 Monate nach der Anordnung liegt. Nach der Ansicht des LG Berlin¹⁰⁸⁸ ist die Miete entgegen § 169 Satz 2 InsO in analoger Anwendung des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO sofort weiter zu bezahlen. Das KG¹⁰⁸⁹ hat die entsprechende Anwendung des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO abgelehnt. Der BGH hat diese Frage noch nicht entschieden. **410c**

Kann ein Vermieter ein **Vermieterpfandrecht** geltend machen (§ 562 BGB), so hat er das Recht, sich aus den Pfandgegenständen vorzugsweise zu befriedigen (Absonderungsrecht). Hinsichtlich der Mietrückstände besteht das Absonderungsrecht allerdings nur für diejenigen Rückstände, die im letzten Mietjahr vor der Insolvenzeröffnung entstanden sind (§ 50 Abs. 2 InsO). An den Gegenständen die der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einbringt entsteht kein Pfandrecht (§ 81 InsO).¹⁰⁹⁰ Das Recht zur Verwertung der dem Pfandrecht unterliegenden Gegenstände steht dem Insolvenzverwalter zu (§ 166 Abs. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter muss den Erlös an den Vermieter auskehren (§ 170 InsO). Schuldet der Mieter dem Vermieter Mietzins für mehrere Monate oder schuldet er neben der Miete Schadensersatz und reicht der aus der Verwertung der Pfandgegenstände erzielte Erlös nicht zur Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten aus, so wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass der Insolvenzverwalter gem § 366 Abs. 1 BGB die Tilgungsreihenfolge bestimmen kann.¹⁰⁹¹ Der BGH teilt diese Ansicht nicht. Danach ist § 366 Abs. 1 BGB nicht anzuwenden, wenn der Insolvenzverwalter im Rahmen der Gesamtvollstreckung einen dem Pfandrecht des Vermieters unterliegenden Gegenstand gem. § 166 Abs. 1 InsO verwertet und den Erlös an den Vermieter auskehrt. Eine gleichwohl vorgenommene Tilgungsbestimmung des Insolvenzverwalters ist unwirksam. An deren Stelle tritt die gesetzliche Tilgungsfolge nach § 366 Abs. 2 BGB. Dach wird unter mehreren fälligen Schulden diejenige getilgt, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet. Das ist bei mehreren Mietzinsforderungen die jeweils älteste Forderung, weil diese vor den jüngeren Forderungen verjähren.¹⁰⁹² **410**

Aus der Barkaution, die der Mieter vor Insolvenzeröffnung geleistet hat, kann sich der Vermieter durch Aufrechnung befriedigen. **410**

Im Falle der **Insolvenz eines Zwischenmieters** kann der Insolvenzverwalter frei entscheiden, ob er die vom Endmieter gezahlte Miete an den Vermieter weiterleitet. Unterlässt er dies, so kann der Vermieter zwar wegen Zahlungsverzugs kündigen. Der Vermieter hat aber auch in diesem Fall keinen Schadensersatzanspruch.¹⁰⁹³ Etwas anderes kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der **410a**

¹⁰⁸⁵ OLG Düsseldorf ZInsO 2014, 502.

¹⁰⁸⁶ Z. B. Uhlenbruck/Hirte InsO § 35 Rdn. 101.

¹⁰⁸⁷ BGH (IX ZR 75/11) NJW 2012, 1361; LG Krefeld NZI 2010, 485.

¹⁰⁸⁸ LG Berlin ZInsO 2008, 629.

¹⁰⁸⁹ KG ZInsO 2009, 35.

¹⁰⁹⁰ Dahl NZM 2008, 585, 589.

¹⁰⁹¹ OLG Dresden NZM 2012, 84.

¹⁰⁹² BGH (IX ZR 69/14). ZInsO 2014, 2320.

¹⁰⁹³ BGH NZM 2008, 365.

Insolvenzverwalter erklärt hat, dass die Kündigung ausgeschlossen ist und der Vermieter im Vertrauen auf diese Erklärung die Kündigung unterlässt.¹⁰⁹⁴

411 **Miet- und Pachtverhältnisse über unbewegliche Gegenstände oder Räume** bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Insolvenzverwalter hat ein **Sonderkündigungsrecht** (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO), das auch für befristete Mietverhältnisse gilt und dessen Ausübung an keine Frist gebunden ist. Weitere Einzelheiten s. § 542 BGB Rdn. 136. Ist der Mieter Mitglied einer **Genossenschaft**, so kann der Insolvenzverwalter das Recht des Mieters zur Kündigung der Mitgliedschaft (§ 65 Abs. 1 GenG) an Stelle des Mieters ausüben, wenn er einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss betr. das Geschäftsguthaben erwirkt hat und eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Mitglieds innerhalb der letzten sechs Monate fruchtlos verlaufen ist (§ 66 Abs. 1 GenG analog).¹⁰⁹⁵ Demgegenüber ist die Kündigung der Mitgliedschaft in einer **Wohnungsgenossenschaft** durch den Gläubiger oder den Insolvenzverwalter ausgeschlossen, wenn die Mitgliedschaft Voraussetzung für die Nutzung der Wohnung des Mitglieds ist und das Geschäftsguthaben des Mitglieds höchstens das Vierfache des auf einen Monat entfallenden Nutzungsentgelts ohne die als Pauschale oder Vorauszahlung ausgewiesenen Betriebskosten oder höchstens 2.000 Euro beträgt (§ 67c GenG). Diese Vorschrift ist allerdings erst am 19.7.2013 in Kraft getreten. Für Kündigungen vor diesem Zeitpunkt hat der BGH entschieden, dass der Insolvenzverwalter die Mitgliedschaft kündigen kann. Die Regelung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO steht der Kündigung nicht entgegen.¹⁰⁹⁶ s. a. § 542 BGB Rdn. 136. Ist die Mitgliedschaft beendet, so ist das Geschäftsguthaben an den Insolvenzverwalter auszuzahlen (§ 73 GenG).

411a **Insolvenzverschleppung.** Der Mieter ist im Falle seiner Überschuldung verpflichtet einen Insolvenzantrag zu stellen. Bei der Vermietung an eine Gesellschaft ist diese Verpflichtung vom vertretungsberechtigten Organ zu erfüllen. Hierdurch soll zum einen das restliche noch vorhandene Gesellschaftsvermögen erhalten werden. Zum anderen sollen potentielle Gläubiger dafür bewahrt werden, mit einer insolvenzreifen Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen zu treten. Bei einem schuldhaften Verstoß gegen das Verbot der Insolvenzverschleppung haften die vertretungsberechtigten Personen den geschädigten Gläubigern auf Schadensersatz. Die Haftung setzt voraus, dass zwischen der unterlassenen oder verzögerten Antragstellung ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Insoweit kann zwischen den sog. „Neugläubigern“ und den sog. „Altgläubigern“ unterschieden werden. Neugläubiger ist, wer einer insolvenzreifen Gesellschaft „im Vertrauen auf deren Solvenz noch Geld- oder Sachmittel zur Verfügung gestellt hat, ohne einen entsprechend werthaltigen Gegenanspruch oder eine entsprechende Gegenleistung zu erlangen.“¹⁰⁹⁷ Für den Schaden des Neugläubigers muss der Verpflichtete im Falle der schuldhaften Insolvenzverschleppung eintreten. Altgläubiger ist demgegenüber, wer mit der Gesellschaft vor Insolvenzreife Geschäftsbeziehungen eingegangen ist. Hier fehlt es am ursächlichen Zusammenhang zwischen der Insolvenzverschleppung und dem Schaden. Da ein Vermieter nicht in der Lage ist, das Mietverhältnis im Falle der Insolvenz zu beenden (s. § 542 Rdn. 138, 147) gilt folgendes: „Ein Vermieter, der dem Mieter vor Insolvenzreife Räume überlassen hat, ist regelmäßig Altgläubiger und erleidet keinen Neugläubigerschaden infolge der Insolvenzverschleppung, weil er sich bei Insolvenzreife nicht von dem Mietvertrag hätte lösen können.“¹⁰⁹⁸

412 Wird über das Vermögen des Mieters einer **beweglichen Sache** das Insolvenzverfahren eröffnet, so gilt § 103 InsO. Ist der Vertrag nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Mieters den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen (§ 103 Abs. 1 InsO). Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der Vermieter eine daraus sich ergebende Forderung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Nach der Rechtsprechung des BGH führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zu einem Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche. Vielmehr bleiben diese Ansprüche bestehen; sie verlieren lediglich vorläufig – nämlich bis zum Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters – ihre Durchsetzbarkeit;¹⁰⁹⁹ die frühere Rechtsprechung des BGH¹¹⁰⁰ ist überholt. Nach § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO

¹⁰⁹⁴ Pape ZMR 2009, 885, 887.

¹⁰⁹⁵ BGH NJW 2009, 1820 = WuM 2009, 302 = GE 2009, 649; Fandrich in Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, 3. Aufl., § 65 Rdn. 7.

¹⁰⁹⁶ BGH (IX ZR 276/13) WuM 2014, 682; BGH NJW 2009, 1820.

¹⁰⁹⁷ BGH (II ZR 394/12) NJW 2014, 698.

¹⁰⁹⁸ BGH a. a. O.

¹⁰⁹⁹ BGH NJW 2002, 2783; NZM 2007, 500, 501.

¹¹⁰⁰ BGH NJW 1995, 1966.

kann der Vermieter den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auffordern. In diesem Fall muss der Verwalter unverzüglich erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf Erfüllung nicht bestehen (§ 103 Abs. 2 Satz 3 BGB). Für die Insolvenz des Mieters folgt hieraus, dass die weitere Fortsetzung des Vertrags von der Entscheidung des Insolvenzverwalters abhängt. Wählt der Verwalter die Erfüllung, so behält der Vermieter den Anspruch auf die Miete. Macht der Verwalter das Erfüllungsverlangen nicht geltend, so kann der Vermieter den Anspruch auf die Miete nicht durchsetzen. Ebenso endet das Besitzrecht des Mieters. Aus diesem Grunde muss der Insolvenzverwalter die Mietsache an den Vermieter herausgeben. Einer Kündigung bedarf es nicht.¹¹⁰¹ Wird die Herausgabepflicht nicht erfüllt, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung eine Nutzungsentuschädigung verlangen (§ 546 a BGB). Dieser Anspruch ist nicht davon abhängig, ob den Mieter ein Verschulden trifft. Bei dem Anspruch auf die Nutzungsentuschädigung nebst Zinsen handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit, die im Wege der Leistungsklage gegen den Insolvenzverwalter durchgesetzt werden kann.¹¹⁰² Zwar stellen Ansprüche auf Nutzungsentuschädigung aus einem bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendeten Mietverhältnis grundsätzlich auch dann Insolvenzforderungen dar, wenn sie erst nach der Eröffnung fällig werden.¹¹⁰³ Anders ist es jedoch, wenn der Verwalter die Mietsache nach der Eröffnung des Verfahrens für die Masse in Anspruch nimmt.

Das **Verbraucherinsolvenzverfahren** ist ein vereinfachtes Insolvenzverfahren.¹¹⁰⁴ Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Mieter die Befugnis über sein Vermögen zu verfügen. Der Mietvertrag wird mit dem Treuhänder (Insolvenzverwalter) fortgesetzt. Mietforderungen aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung sind Insolvenzforderungen (§ 108 Abs. 3 InsO); Forderungen aus der Zeit danach sind Masseforderungen (§ 55 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Der Treuhänder kann ein Mietverhältnis über Wohnraum nicht kündigen. Er kann jedoch gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO erklären, dass Vermieteransprüche, die nach Ablauf einer Frist von drei Monaten nach Abgabe der Erklärung fällig werden, nicht mehr im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können (s. § 542 Rdn. 143).

h) Nachlasspfleger. Ist der Mieter verstorben und sein Erbe unbekannt, so hat das Gericht gem. § 1961 BGB „einen Nachlasspfleger zu bestellen, wenn die Bestellung zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, von dem Berechtigten beantragt wird.“ Die Einrichtung der Pflegschaft setzt nicht voraus, dass der Vermieter seine Ansprüche gegen den Nachlass sogleich gerichtlich geltend machen will. Vielmehr genügt es, wenn der Vermieter mit dem Rechtsnachfolger des verstorbenen Mieters über die Auflösung des Mietverhältnisses verhandeln will und eine Kündigung mit anschließender Räumungsklage lediglich für den Fall erwogen wird, dass die Verhandlungen über die Mietaufhebung scheitern.¹¹⁰⁵ Existiert kein Nachlassvermögen bzw. ist der Nachlass voraussichtlich eher dürftig, so steht dies der Anordnung einer Nachlasspflegschaft nicht entgegen.¹¹⁰⁶

i) Mietvertrag zugunsten Dritter. aa) Zustandekommen: Der echte Vertrag zugunsten Dritter ist in § 328 BGB geregelt.¹¹⁰⁷ Bei diesem Vertragstyp kommt der Mietvertrag zwischen dem Vermieter und dem Mieter zustande. Jedoch soll das Recht auf die Leistung nicht dem Mieter sondern einem Dritten zustehen. Dieser erwirbt aufgrund des Vertrags zugunsten Dritter das Recht, die Leistung vom Vermieter (d. h. die Erfüllung des Mietvertrags) zu fordern. Der Dritte wird aber nicht Vertragspartei; auch seine Mitwirkung am Vertragsschluss ist entbehrlich. Jedoch kann der Dritte das erworbene Recht gegenüber dem Mieter zurückweisen; in diesem Fall gilt das Recht als nicht erworben (§ 333 BGB). Das Schicksal des Vertrags richtet sich in diesem Fall nach den Umständen des Einzelfalls, i. d. R. wird die Auslegung zur Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit (§§ 275, 326 Abs. 1 BGB) führen.

bb) Praktische Bedeutung: Bei der Miete ist ein Vertrag zugunsten Dritter in Erwägung zu ziehen, wenn Eltern für ihr studierendes Kind eine Wohnung anmieten oder wenn ein Unternehmen oder eine Gemeinde Mietverträge zum Zwecke der Unterbringung von Arbeitnehmern, Asylbewerbern oder Obdachlosen abschließt. Die Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter ist in solchen Fällen allerdings nicht zwingend. Denkbar ist auch, dass dem Mieter lediglich das vertragliche

¹¹⁰¹ BGH NZM 2007, 500, 501.

¹¹⁰² BGH NZM 2007, 500, 501.

¹¹⁰³ BGH NJW 2007, 1591.

¹¹⁰⁴ Dazu *Flatow* NZM 2011, 607.

¹¹⁰⁵ OLG Köln WuM 2011, 226.

¹¹⁰⁶ OLG Zweibrücken DWW 2015, 212.

¹¹⁰⁷ Dazu *Lehmann-Richter* ZMR 2010, 813ff.

Recht eingeräumt werden soll, die Wohnung einem Dritten zu überlassen oder die Räume an einen Dritten weiterzuvermieten. In diesem Fall erwirbt der Dritte kein Recht auf die Leistung; er wird lediglich in die Schutzwirkungen des Mietvertrags einbezogen. Haben die Parteien hierüber keine eindeutigen Vereinbarungen getroffen, so richtet sich die Abgrenzung nach der Interessenlage. Im Fall der Anmietung einer Wohnung durch die Eltern eines Studenten wird im Zweifel ein Mietvertrag zugunsten eines Dritten i. S. von § 328 BGB anzunehmen sein. Bei der Anmietung von Wohnungen zum Zwecke der Unterbringung beliebiger Dritter spricht die Vermutung für einen Mietvertrag mit dem Recht zur Weitervermietung oder Gebrauchsüberlassung an einen Dritten.¹¹⁰⁸

- 412e cc) Rechtsfolgen:** Die Mietzahlung ist Sache des Mieters. Der Anspruch auf Gebrauchsüberlassung und Gebrauchserhaltung (Mangelbeseitigung) steht sowohl dem Mieter als auch dem Dritten zu. Das Recht des Dritten folgt aus § 328 Abs. 1 BGB. Das Recht des Vermieters ergibt sich aus dem Mietvertrag, weil die Miete die Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung ist; folgerichtig kann dem Mieter das Recht auf die Leistung nicht verwehrt werden. Der Mieter kann allerdings nicht Gebrauchsüberlassung an sich, sondern nur an den Dritten verlangen. Im Falle des Mangels ist die Miete gemindert. Die damit in Zusammenhang stehende Mangelanzeige kann sowohl vom Mieter als auch vom Dritten erfüllt werden. Kennt der Dritte einen bei der Übergabe bestehenden Mangel, so ist diese Kenntnis dem Mieter zuzurechnen.¹¹⁰⁹ Sowohl der Mieter als auch der Dritte können den Mangel selbst beseitigen, wenn sich der Vermieter in Verzug befindet; der Aufwendungsersatzanspruch nach § 536 a Abs. 2 BGB steht demjenigen zu, der den Mangel beseitigt hat. Modernisierungen und Instandsetzungsmaßnahmen muss der Dritte dulden; ein eventueller Aufwendungsersatz nach § 554 Abs. 4 BGB steht ihm zu. Hinsichtlich der Interessenabwägung ist auf die Person des Dritten, soweit es um die Höhe der Miete geht, auf die Person des Mieters abzustellen. Eine Vermieterkündigung ist gegenüber dem Mieter zu erklären; der Dritte ist lediglich über die Vertragsbeendigung zu informieren, damit er sich auf die Räumung einstellen kann. Der Mieter kann das Mietverhältnis kündigen; einer Zustimmung des Dritten bedarf es nicht.¹¹¹⁰ Dem Dritten steht kein Kündigungsrecht zu. Hierfür besteht kein Bedürfnis, weil der Dritte weder zum Gebrauch der Wohnung noch zur Mietzahlung verpflichtet ist. Dies gilt auch für die Kündigung wegen mangelhafter Mietsache oder Gesundheitsgefährdung. Nach Beendigung des Mietverhältnisses ist die Rückgabepflicht sowohl vom Dritten als auch vom Mieter zu erfüllen.¹¹¹¹ Für die Zwangsäumung genügt allerdings ein Teil gegen den Dritten, weil nur er unmittelbaren Besitz an der Wohnung hat. Wegen der Nutzungsentschädigung kann der Vermieter nur den Mieter in Anspruch nehmen, weil dieser Anspruch an die Stelle des Anspruchs auf die Miete tritt. Entsteht durch die verspätete Rückgabe ein Schaden, so haften der Dritte und der Mieter als Gesamtschuldner. Gleiches gilt für die Haftung wegen der Mietschäden. Der Dritte haftet aus Delikt, der Mieter aus Vertrag.¹¹¹²

3. Unklare Vertragsverhältnisse

- 413** Der Mietvertrag kommt zwischen denjenigen Personen zustande, die miteinander vertragliche Beziehungen eingehen wollen. Bei schriftlichen Mietverträgen können diese Personen meist unschwer festgestellt werden. Bei unklaren Parteibezeichnungen („Erbengemeinschaft XY“, „Firma Josef K.“) kommt es darauf an, welche natürlichen Personen hinter der Parteibezeichnung stehen. Im Beispielsfall sind dies die Mitglieder der Erbengemeinschaft bzw. der oder die Inhaber der Firma.
- 414** Bei **unternehmensbezogenen gewerblichen Mietverträgen** gelten folgende Grundsätze: **(1)** Hatten die vertragsschließenden Parteien übereinstimmende Vorstellungen über die Person des Vertragspartners, so sind diese Vorstellungen maßgebend. Auf den Wortlaut des schriftlichen Vertragstextes kommt es dann nicht an.¹¹¹³ **(2)** Im Zweifel kommt der Vertrag mit dem Unternehmen zustande. Ist das Unternehmen eine juristische Person, so wird diese Vertragspartner. Bei Inhaberkfirmen wird der Inhaber Vertragspartei und nicht derjenige, der für den Inhaber handelt.¹¹¹⁴ Dies

¹¹⁰⁸ Lehmann-Richter ZMR 2010, 813, 816.

¹¹⁰⁹ Lehmann-Richter ZMR 2010, 813, 817.

¹¹¹⁰ Lehmann-Richter ZMR 2010, 813, 819.

¹¹¹¹ A. A. Lehmann-Richter ZMR 2010, 813, 820; danach ist nur der Dritte zur Rückgabe verpflichtet.

¹¹¹² A. A. Lehmann-Richter ZMR 2010, 813, 821; danach haftet nur der Dritte.

¹¹¹³ BGH NJW-RR 1996, 1458; OLG Köln NZM 1999, 1097.

¹¹¹⁴ BGH NJW-RR 1997, 527; NJW 1995, 43; NJW 1990, 2678; NJW 1986, 1675; OLG Köln NZM 1999, 1097; OLG Brandenburg NZM 1999, 1098.

gilt auch dann, wenn der Inhaber falsch bezeichnet ist oder über ihn Fehlvorstellungen existieren.¹¹¹⁵ (3) Behauptet ein Vermieter, dass sich der Verhandlungspartner persönlich verpflichten wollte, so muss er dies darlegen und beweisen. Voraussetzung sei „ein sehr substantiierter Vortrag, der es verständlich werden lässt, warum der andere Teil gerade auf eine persönliche Haftung des Handelnden Wert gelegt hat und diese ausdrücklich vereinbart haben soll“.¹¹¹⁶ (4) Die vorgenannten Grundsätze gelten nur, wenn die Unternehmensbezogenheit des Geschäfts zweifelsfrei feststeht.¹¹¹⁷ Bleibt unklar, ob ein Mietvertrag mit einer natürlichen Person oder mit einer noch zu gründenden GmbH zustande gekommen ist, so ist derjenige als Vertragspartner anzusehen, der im Vertrag als solcher genannt ist und der die Vertragsurkunde unterzeichnet hat (§ 164 Abs. 2 BGB).¹¹¹⁸

Sind im Kopf des Mietvertrags mehrere Personen als Vermieter aufgeführt, haben aber nicht alle Personen unterzeichnet, so kommt der Mietvertrag nur mit den Unterzeichnern zustande. Eine Ausnahme gilt, wenn der Unterzeichner zugleich für die übrigen im Kopf des Vertrags aufgeführten Personen gehandelt hat und handeln durfte. Eine Einzelvollmacht ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn die im Kopf des Vertrags aufgeführten Personen gemeinschaftliche Eigentümer des Mietobjekts sind und der Unterzeichner allgemein bevollmächtigt ist, alle mit der Vermietung im Zusammenhang stehenden Geschäfte zu tätigen.¹¹¹⁹ Hat der Unterzeichner als vollmachtloser Vertreter gehandelt, so kommt es darauf an, ob das Vertreterhandeln von der im Kopf des Vertrags aufgeführten Person genehmigt wird (§§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 2 BGB). In diesem Fall wird der Genehmigende Mitvermieter und zwar rückwirkend. Eine solche Genehmigung kann auch konkludent erklärt werden, etwa indem die im Kopf genannte Person eventuelle Ansprüche an den unterzeichnenden Vermieter abtritt.¹¹²⁰ Ist im Kopf des Mietvertrags nur eine Person auf der Vermieterseite genannt, haben aber mehrere unterzeichnet, so werden alle Unterzeichner Vermieter, wenn der Mieter in der zeitlichen Folge nach den Vermietern unterschreibt. Unterschreiben die Vermieter nach dem Mieter, so gehen die Unterschriften der nicht im Kopf des Vertrags genannten Personen ins Leere. Etwas anderes gilt, wenn der Mieter mit der Vertragserweiterung auf der Vermieterseite einverstanden ist. Wegen der Unklarheiten auf der Mieterseite s. R.dn. 340).

Bei mündlich geschlossenen Mietverträgen sind die Vertragsverhältnisse oft schwer festzustellen. I. d. R. spricht die Vermutung dafür, dass mehrere Eigentümer auch gemeinsam Vermieter werden und dass sich mehrere Wohnungsnutzer zugleich gemeinsam als Mieter vertraglich binden wollen. Bei einem Vertragsschluss durch einen Makler oder Hausverwalter spricht die Vermutung dafür, dass diese Personen nur als Vertreter für einen anderen handeln.¹¹²¹ Mieten Eltern eine Wohnung für ihre Kinder, so gilt umgekehrt die Vermutung, dass der Mietvertrag mit den Eltern zustande kommen soll. Ist zweifelhaft, ob der Mietvertrag auf der Vermieterseite mit dem Eigentümer oder mit dem Nießbraucher zustande gekommen ist, so spricht die Vermutung für den Nießbraucher, weil dieser zur Vermietung berechtigt ist.

4. Wechsel der Vertragsparteien

a) **Mieterwechsel.** Der Mieterwechsel kann in unterschiedlicher Weise vollzogen werden. Zum einen können die bisherigen Parteien ihr Mietverhältnis beenden; sodann kann der Vermieter mit dem Nachfolger ein neues Mietverhältnis zu den Bedingungen des bisherigen begründen. Zum anderen kann der Mieterwechsel durch dreiseitigen Vertrag vollzogen werden. Ein solches Rechtsgeschäft wird als **Vertragsübernahme** bezeichnet. Die Vertragsübernahme ist im Gesetz nicht geregelt. Für das Zustandekommen der Vertragsübernahme genügt es, wenn sich der Mieter und sein Nachfolger über die Vertragsübernahme einig sind und der Vermieter zustimmt. Sind die Vertragsregelungen unklar, so ist das Gewollte durch Auslegung zu ermitteln. Dabei spricht eine Vermutung für die Wahl der Zustimmungslösung, wenn der Mieterwechsel im Interesse des Mieters er-

¹¹¹⁵ BGH NJW 1990, 2678; OLG Brandenburg a. a. O.

¹¹¹⁶ OLG Brandenburg a. a. O.; abw. KG NZM 2001, 587.

¹¹¹⁷ OLG Düsseldorf GuT 2003, 7.

¹¹¹⁸ OLG Düsseldorf a. a. O.; OLG Düsseldorf GE 2016, 856.

¹¹¹⁹ LG Hamburg WuM 1994, 423.

¹¹²⁰ OLG Düsseldorf ZMR 2000, 210.

¹¹²¹ S. Brandenburgisches OLG ZMR 1997, 598: „Stellt der Vertreter ... klar, als Hausverwalter zu handeln, wird dieser Äußerung regelmäßig der Erklärungswert beizumessen sein, im Namen des Grundstückseigentümers handeln zu wollen.“

folgt.¹¹²² Ebenso kann die Vertragsübernahme zwischen dem Vermieter und dem (bisherigen oder zukünftigen) Mieter vereinbart werden. In diesem Fall muss der nicht am Vertragschluss Beteiligte dem Rechtsgeschäft zustimmen.¹¹²³

- 417a** Wird der Mieterwechsel zwischen dem Vermieter und dem Altmietler vereinbart so bedarf dieser Vertrag der Schriftform.¹¹²⁴ Der BGH begründet dies mit dem Zweck der Schriftform. Diese soll sicherstellen, dass ein Grundstückserwerber hinreichende Informationen über einen Mietvertrag erhält, wobei nicht nur der Vertragsinhalt, sondern auch die Person des Mieters von Bedeutung ist. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich die Information aus dem Mietvertrag selbst ergibt. Vielmehr genügt es, wenn der Neumietler, der sich auf sein Besitzrecht beruft, dem Erwerber eine Urkunde vorhalten kann, aus der sich im Zusammenhang mit dem zwischen dem Altmietler und dem Vermieter geschlossenen Mietvertrag seine Mieterstellung ergibt. Für die Wahrung der Schriftform reicht es aus, wenn die Änderungsvereinbarung mit dem Ursprungsvertrag verbunden wird oder wenn die Vereinbarung auf den Ursprungsvertrag Bezug nimmt;¹¹²⁵ die Zustimmung des Neumieters ist formlos möglich.¹¹²⁶ Der BGH leitet diese Rechtsfolge aus § 182 Abs. 2 BGB ab, wonach die Zustimmung eines Dritten zu einem Vertrag nicht der für den Vertrag bestimmten Form bedarf. Deshalb kann die Zustimmung auch aus einem konkreten (konkludentem) Verhalten der zustimmungspflichtigen Partei abgeleitet werden. Dasselbe gilt sinngemäß, wenn die Änderungsvereinbarung zwischen dem Vermieter und dem Neumietler oder zwischen den Mietern getroffen wird.
- 417b** Wird der Mieterwechsel durch **dreiseitigen Vertrag** vereinbart, so bedarf dieser Vertrag der Schriftform, wenn die Parteien die ursprüngliche Laufzeit von mehr als einem Jahr beibehalten wollen.
- 417c** Die Vertragsübernahme hat zur Folge, dass der bisherige Mieter aus dem Vertrag entlassen und das Vertragsverhältnis mit dem neuen Mieter zu den bisher bestehenden Bedingungen fortgesetzt wird. Die Vertragsübernahme führt i. d. R. nicht zu einer vollständigen Schuldübernahme: Wegen aller bereits fälligen Verbindlichkeiten (z. B. rückständige Miete; Schadensersatzansprüche) kann der Vermieter nur den bisherigen Mieter in Anspruch nehmen. In die noch nicht fälligen Verbindlichkeiten (z. B. Schönheitsreparaturen vor Ablauf der Renovierungsfristen; Verpflichtung zur Beseitigung von baulichen Veränderungen bei Ende der Mietzeit) tritt der neue Mieter ein.
- 418** Die Zustimmungserklärung des nicht am Vertrag beteiligten Vermieters ist eine Willenserklärung, die angefochten werden kann, wenn ein Anfechtungsgrund gegeben ist. Die Anfechtung muss gegenüber beiden Mietern erklärt werden, da auch die Zustimmung zum Mieterwechsel gegenüber beiden Mietern erfolgt. Ebenso ist es nach der Ansicht des BGH erforderlich, dass gegenüber beiden Mietern ein Anfechtungsgrund vorliegt. Dies bedeutet im Falle einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, dass die Anfechtung nur dann Erfolg hat, wenn beide Mieter eine arglistige Täuschung verübt haben oder wenn ein Mieter die durch den anderen verübte Täuschung gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.¹¹²⁷
- 419** Eine weitergehende Haftung des neuen Mieters für die bereits fälligen Verbindlichkeiten seines Vorgängers bedarf der ausdrücklichen Vereinbarung. In diesem Fall spricht man von einem **befreienden Schuldnerwechsel**. Dieser hat zur Folge, dass der bisherige Mieter frei wird. Der befreiende Schuldnerwechsel muss zwischen dem Vermieter und dem neuen Mieter vereinbart werden (§ 414 BGB). Der bisherige Mieter muss lediglich an seiner Entlassung aus dem Mietverhältnis mitwirken; einer Mitwirkung an der Schuldbefreiung bedarf es nicht. Daneben kann die Schuldübernahme auch zwischen den beiden Mietern vereinbart werden; in diesem Fall hängt die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung des Vermieters ab (§ 415 BGB). Die Vorschrift des § 550 BGB gilt in beiden Fällen.
- 420** Bei der gewerblichen Miete ist **§ 25 HGB** zu beachten. Danach haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts, wenn er dieses unter der bisherigen Firma fortführt, für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Wird das Handelsgeschäft in gemieteten Räumen fortgeführt, so muss der Erwerber auch für die Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis

¹¹²² BGH NJW 1998, 531, 532.

¹¹²³ BGH NJW-RR 2005, 958 = NZM 2005, 584 = GuT 2005, 154 = ZMR 2005, 610 = GE 2005, 791 unter Nr. II 1.

¹¹²⁴ BGHZ 72, 394 = NJW 1979, 369; BGH NZM 2002, 291 [LS]; NJW 2003, 2158; NZM 2005, 340; NZM 2005, 584; BGH (XII ZR 38/12) NJW 2013, 1083.

¹¹²⁵ BGH NJW 1998, 62.

¹¹²⁶ BGHZ 154, 171 = NJW 2003, 2158; NZM 2005, 584; BGH (XII ZR 38/12) NJW 2013, 1083.

¹¹²⁷ BGH NJW 1998, 531 Rdn. 27.

einstehen. Erforderlich ist, dass die früheren und die jetzigen Betriebsräume identisch sind.¹¹²⁸ Die Regelung des § 25 HGB gilt nur für das vollkaufmännische Gewerbe¹¹²⁹ und setzt eine Unternehmensübertragung voraus; hierfür genügt es, wenn das Unternehmen in seinen wesentlichen Teilen fortgeführt wird.¹¹³⁰

b) Vermieterwechsel. Tritt der Vermieterwechsel infolge eines Eigentümerwechsels ein, so gilt § 566 BGB; (s. dort). Erfolgt der Vermieterwechsel im Zuge des Austausches eines gewerblichen Zwischenvermieters, so gilt § 565 Abs. 1 Satz 2 BGB (s. dort). 421

Ein vertraglich vereinbarter Vermieterwechsel wirkt ex nunc mit der Folge, dass bereits fällige Mietzins- und Nebenkostenansprüche beim ursprünglichen Vermieter verbleiben. Für die Rückzahlung einer Kaution haftet der neue Vermieter nur, wenn sie ihm übergeben worden ist. Die Regelung des § 566a Satz 1 BGB ist auf den vertraglichen Vermieterwechsel nicht anwendbar. Verwendungersatzansprüche, die zum Zeitpunkt der Schuldübernahme bereits fällig waren, muss der Mieter gegenüber dem früheren Vermieter geltend machen. Die Parteien können allerdings auch vereinbaren, dass mit dem Vermieterwechsel zugleich ein Übergang der bereits fälligen Ansprüche verbunden sein soll (Schuldübernahme). In diesem Fall muss der neue Vermieter auch für sämtliche Verbindlichkeiten des früheren Vermieters einstehen. 422

Der vertraglich vereinbarte Vermieterwechsel setzt die die Mitwirkung des Mieters voraus. Die Beteiligten können entweder einen dreiseitigen Vertrag über den Vermieterwechsel abschließen. Es genügt aber auch, wenn der Mieter dem Vermieterwechsel zustimmt oder diesen genehmigt (§ 182 BGB).¹¹³¹ Die Schriftform des § 550 BGB ist gewahrt, wenn der alte und der neue Vermieter ihre Vereinbarung schriftlich niederlegen. Eine Verbindung der Urkunde über den Vermieterwechsel mit der Mietvertragsurkunde ist nicht erforderlich. Das Einverständnis des Mieters ist formlos gültig (§ 182 BGB).¹¹³² Wird das Einverständnis in Form der Genehmigung erteilt, so wirkt es ex tunc (§ 184 Abs. 1 BGB). Die Zustimmung wirkt ex nunc. Zweifelhaft ist, ob es für die Annahme eines konkludenten Einverständnisses ausreicht, wenn der Mieter den Erwerber wie einen Vermieter behandelt, etwa durch Zahlung der Miete, Geltendmachung von Mängeln und dergleichen. I. d. R. wird der Mieter die genannten Handlungen vornehmen, weil er irrig glaubt, dass die Vertragsrechte und -pflichten auf den Erwerber übergegangen sind. In diesem Fällen kann aus den Handlungen nicht auf einen rechtsgeschäftlichen Willen geschlossen werden.¹¹³³ 423

Eine **Formularklärung**, wonach sich der Mieter verpflichtet, einen späteren Vermieterwechsel zu genehmigen, verstößt nicht gegen § 309 Nr. 10 BGB, weil diese Vorschrift nur für Kauf-, Dienst- oder Werkverträge gilt. Ein Verstoß gegen § 307 BGB liegt ebenfalls nicht vor: es ist zwar nicht zu verkennen dass der Mieter bei der vorab erklärten Genehmigungsbereitschaft nicht sicherstellen kann, ob der neue Vermieter zur Übernahme der bereits fälligen Verpflichtungen bereit ist; dies trifft aber auch auf den gesetzlichen geregelten Fall des Vermieterwechsels in § 565 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Nach der Rechtsprechung stellen formularmäßige Vertragsübertragungsklauseln, die dem Verwender das Recht einräumen, seine vertragliche Stellung als Vermieter von Gewerberäumen jederzeit auf eine andere Person zu übertragen, nicht generell eine unangemessene Benachteiligung dar. Vielmehr ist, wenn der Mieter Unternehmer ist, eine am Maßstab des § 307 BGB ausgerichtete Prüfung der Umstände des Einzelfalls vonnöten. Dabei ist auf der Vermieterseite ein grundsätzliches Interesse eines gewerblichen, als Gesellschaft organisierten Vermieters anzuerkennen, einen wirtschaftlich für sinnvoll erachteten künftigen Wandel der Rechtsform oder Rechtsinhaberschaft durch die Möglichkeit einer Bestandsübernahme zu erleichtern. Dem wird ein Interesse des Mieters entgegenzuhalten sein, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Vermieters zu vergewissern. Dieses Mieterinteresse wird um so eher Beachtung fordern, je stärker das Vertragsverhältnis von einem besonderen Interesse des Mieters an der Person eines bestimmten Vermieters (mit)geprägt wird.¹¹³⁴ Entsprechend dieser Grundsätze vertritt der BGH die Ansicht, dass Vertragsübertragungsklauseln in sog. „Automatenaufstellverträgen“ grundsätzlich gegen § 307 BGB versto- 424

¹¹²⁸ OLG Düsseldorf NZM 1998, 332 für die Weiterführung einer Gaststätte.

¹¹²⁹ BGH NJW 1982, 577; NJW 1992, 112, 113.

¹¹³⁰ BGH NJW 1992, 911.

¹¹³¹ BGH NJW 1985, 2528; BGH NJW 2003, 2158.

¹¹³² BGH NJW 2003, 2158; vgl. auch BGH NJW-RR 2005, 958 = NZM 2005, 584 = GuT 2005, 154 = ZMR 2005, 610 unter Nr. II 2a.

¹¹³³ Ebenso: *Eckert* in FS Blank S. 129, 136; **a. A.** KG ZMR 2003, 835.

¹¹³⁴ BGH (XII ZR 171/08) NJW 2010, 3708 mit Anm. *Disput* NZM 2010, 886 und Anm. *Hübner* ZMR 2011, 615.

ben.¹¹³⁵ Tragender Grund ist die Erwägung, dass bei Verträgen dieser Art die Zuverlässigkeit des Automatenaufstellers eine gewichtige Rolle spielt. Dieser habe nicht nur die Geräte zur Verfügung zu stellen und diese zu warten sondern auch die erwirtschafteten Gelder zu entnehmen und hierüber abzurechnen. Dagegen hat der BGH eine Vertragsübertragungsklausel in einem Mietvertrag über Ladenräume mit einer Aktiengesellschaft als Vermieterin für wirksam angesehen.¹¹³⁶ Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, dass das Interesse des „gewerblichen als Gesellschaft organisierten Vermieters“ an der Übertragung der Vermieterrechte auf eine GbR vorrangig ist, weil das Mietverhältnis keinen personalen Einschlag aufweist und das Interesse des Mieters an der ordnungsmäßigen Vertragserfüllung durch den Vermieterwechsel nicht tangiert wird.

V. Mietgarantien

- 425** Man unterscheidet zwischen der Mietgarantie und der Vermietungsgarantie. Bei einer „Mietgarantie“ übernimmt der Garantiegeber das Risiko für einen Mieteingang in bestimmter Höhe. Wird der Mieteingang nicht erzielt, so muss der Garant für die Differenz eintreten. Es kommt grundsätzlich nicht darauf an, worauf der Minderertrag zurückzuführen ist. Der Garant haftet insbesondere auch im Falle der Insolvenz des Mieters.
- 426** Bei der „Vermietungsgarantie“ übernimmt der Garant das Risiko für die Vermietung des Objekts zu einem bestimmten Mietpreis. Der Garant haftet, wenn kein Mieter gefunden wird. Ist das Objekt aber vermietet und wird der Mieter zahlungsunfähig, so haftet der Garant nicht.
- 426a** Neben der Mietgarantie und der Vermietungsgarantie existiert als dritte Form die „Erstvermietungsgarantie“. Danach hat der Mietgarant dafür einzustehen, dass das Mietobjekt zu einem bestimmten Zeitpunkt vermietet ist. Anderenfalls schuldet der Mietgarant die Miete bis zum Zeitpunkt der Vermietung. Mit dem Abschluss des ersten Mietvertrags erlöschen die Verpflichtungen des Mietgaranten.¹¹³⁷
- 427** Die Abgrenzung ist oft schwierig, weil es – wie allgemein – nicht allein darauf ankommt, wie die „Garantie“ von den Parteien bezeichnet worden ist. Maßgeblich ist, was diese gewollt haben. Allerdings kann die von den Parteien gewählte Vertragsbezeichnung ein gewisses Indiz für das Gewollte sein. Von gewisser Bedeutung ist weiterhin, ob der Garant die Möglichkeit hat, die Bonität der Mietinteressenten zu prüfen. Die Möglichkeit der Bonitätsprüfung spricht für die Übernahme einer Mietgarantie; ist dies dem Garanten verwehrt, so wird nur eine „Vermietungsgarantie“ vorliegen.¹¹³⁸ Formulierungsbeispiele finden sich bei Burbulla NZM 2011, 345.

¹¹³⁵ BGH (VIII ZR 350/82) NJW 1985, 53; BGH (VIII ZR 35/83) NJW 1985, 56 betr. Musikbox und Geldspielautomat; BGH (VIII ZR 196/89) NJW-RR 1990, 1076 betr. Spielautomaten.

¹¹³⁶ BGH a. a. O.

¹¹³⁷ Burbulla NZM 2011, 345, 346.

¹¹³⁸ BGH NZM 2003, 434.