

Dr. Beate Flatow

## **Begrenzter Schutz des Untermieters**

I. Einleitung

II. Gewerberaummiete

III. Wohnraummiete – Untermiete nach § 553 BGB

1. Standardsituation

2. Sonderfälle

- a. Wohnungsverlust bei Modernisierungen
- b. Gewinnbringende Untervermietung
- c. Verstoß des Hauptmieters gegen die Mietpreisbremse
- d. Untervermietung in Wohngemeinschaften

IV. Wohnraummiete – gewerbliche Zwischenvermietung – 565 BGB

1. Gesetzliche Ausgangslage

2. Fallgruppen mit unbefriedigenden Ergebnissen.

- a. Einschaltung einer nahestehenden Person durch den Zwischenvermieter
- b. Einschaltung einer nahestehenden Person durch den Eigentümer
  - aa. Analogie zu § 565 Abs. 1 BGB
  - bb. Einwand des Rechtsmissbrauchs
  - cc. Anwendung des § 565 Abs. 1 BGB über Art. 3 Abs. 1 GG.

V. Wohnraummiete – Vermietung zur paritätischen Weitervermietung - § 578 Abs. 3 BGB

1. Gesetzliche Ausgangslage

2. Keine Korrektur der gesetzlichen Systematik

VI. Zusammenfassung

## I. Einleitung

Der Bestandsschutz des Untermieters erscheint in manchen Fällen mangelhaft. Diese Problematik ist fast so alt wie das BGB. Sie tritt dann auf, wenn dem Hauptmieter gesetzlich ein besonderer Bestandsschutz zusteht. Das Reichsgericht hat schon 1925 während der Geltung des Mieterschutzgesetzes<sup>1</sup> eine Entscheidung zum Bestandsschutz des Untermieters getroffen.<sup>2</sup> Der Hauptmieter war seinerzeit ähnlich wie heute vor einer Beendigung seines Mietverhältnisses geschützt. Die Regelungen zur Mietaufhebung dort entsprachen in ihren Grundzügen dem heutigen Kündigungsschutz mit der Abweichung, dass der Vermieter nicht einmal kündigen konnte, sondern eine Mietaufhebungsklage erheben musste (§ 2-4 MSchG). Das Reichsgericht entschied damals, dieser Schutz finde zwischen Hauptvermieter und Untermieter nicht statt, weil zwischen ihnen kein Mietvertrag bestehe. Der Hauptvermieter könne nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses die Herausgabe vom Untermieter verlangen (§ 556 Abs. 3 BGB a.F., heute § 546 Abs. 2 BGB), ohne zuvor auf Aufhebung (auch) des Untermietverhältnisses klagen zu müssen.<sup>3</sup> Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem der Hauptmieter das Hauptmietverhältnis freiwillig aufgegeben hatte und der Untermieter nun räumen sollte.

Die Ausgangslage ist heute vergleichbar. Das Thema „Begrenzter Schutz des Untermieters“ gilt dem Erhalt der Wohnung oder der Gewerberäume des Nutzers. In der Vertragskette aus Hauptmietvertrag und Untermietvertrag entfällt der Schutz des Untermieters im Grundsatz, wenn die Kette eine Lücke hat. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn der Untermietvertrag endet und der Untermieter die Rückgabe an den Hauptmieter – seinen Vermieter – schuldet. Es ist vor allem dann der Fall, wenn der Hauptmietvertrag endet. Der Untermieter hat zwar weiterhin einen bestehenden Unter-Mietvertrag sieht sich aber jetzt dem Herausgabeverlangen des Hauptvermieters ausgesetzt, dem er kein Besitzrecht entgegenzusetzen kann. Schuldverhältnisse entfalten nur zwischen den Beteiligten Rechtswirkungen. Zwischen dem Untermieter und dem Hauptvermieter besteht kein Vertrag. Das Gleiche gilt bei einer gestaffelten Untervermietung, wenn auch nur einer der Mietverträge in der Kette wegfällt.<sup>4</sup> Der Herausgabeanspruch des Hauptvermieters verlangt nicht einmal eine dingliche Berechtigung, etwa aus Eigentum (§ 985 BGB), sondern ist im Mietrecht selbst, in § 546 Abs. 2 BGB verankert.

Die Rechtslage führt dazu, dass der Untermieter auch in allen anderen mietrechtlichen Auseinandersetzungen in der Praxis geschwächt ist, weil er den Verlust seines Besitzrechts ohne eigenes Zutun befürchten muss, falls er seine Rechte überhaupt oder zu „nachdrücklich“ wahrnimmt.

---

<sup>1</sup> RGBl 1923 I, 353.

<sup>2</sup> RG III 516/24, RGZ 110, 124.

<sup>3</sup> RG II 516/24, RGZ 110, 124, 126.

<sup>4</sup> Harsch MDR 2018, 569; vgl. inzident BGH XII ZR 178/03, NZM 2006, 699, 701= MDR 2007, 78, 79 (Rn. 37).

Die Systematik ist heute allerdings in einigen Bereichen durchbrochen. Es gibt Fallgruppen, in denen der Untervermieter weitergehend geschützt ist. In diesem Beitrag sollen die einzelnen Arten der Untervermietung erörtert werden, und zwar zunächst die Situation in der Gewerberaummiete (II). Daran schließt sich die Darstellung der regulären Untervermietung in der Wohnraummiete nach § 553 BGB an (III). Aufbauend darauf folgen die problematischeren Fälle. Dabei geht es dann einerseits um Verträge zur gewerblichen Zwischenvermietung, geregelt in § 565 Abs. 1 BGB (IV). Andererseits geht es um die in § 578 Abs. 3 BGB geregelte Vermietung von Wohnraum zur paritätischen Weitervermietung (V).

In der Terminologie wird der Hauptvermieter hier regelmäßig als „Eigentümer“ bezeichnet. Gemeint sind auch die Fälle, in denen er als berechtigter Nichteigentümer die Vermietung vornimmt. Die weiteren Parteien sind als „Hauptmieter“ und „Untermieter“ bezeichnet.

## II. Gewerberaummiete

Fall 1: Die Stadt F. ist Eigentümerin eines Grundstücks. Sie vermietet das Grundstück mit den Gebäuden an eine GmbH (Hauptmieterin), die es ihrerseits an die Beklagte (Untermieterin) untervermietet. Beide Verträge sehen eine Mindestlaufzeit von 15 Jahren und Verlängerungsoptionen für die Mieterseite vor. Vier Jahre nach Vertragsschluss schließen die Eigentümerin und die Hauptmieterin einen Vertrag, mit dem sie den Hauptmietvertrag aufheben. Die Eigentümerin verlangt von der Untermieterin Räumung und Herausgabe.<sup>5</sup>

Für die Gewerberaummiete gibt es keinerlei gesetzliche Schutzregelungen, die den Herausgabeanspruch des Hauptvermieters aus § 546 Abs. 2 BGB einschränken oder die Anwendung auch nur abmildern könnten. Eine Analogie zu § 565 BGB in Fällen der gewerblichen Zwischenvermietung scheidet aus. Einerseits verlangt § 565 BGB ausdrücklich die Vermietung „zu Wohnzwecken“, andererseits befindet sich die Vorschrift auch systematisch in Untertitel 2 „Mietverhältnisse über Wohnraum“. Hier liegt nicht nur ein eindeutiger Wortlaut, sondern auch systematisch eine klare Regelung vor.

Selbst bei einer erlaubten Untervermietung entsteht damit für den Untermieter die Herausgabepflicht gegenüber dem Eigentümer, wenn das Hauptmietverhältnis wirksam beendet ist. Auf den Grund der Beendigung kommt es nicht an.<sup>6</sup> Der Untermieter kann seine vertraglichen Rechte aus dem Untermietvertrag dem Eigentümer nicht entgegenhalten.<sup>7</sup> Dem Untermieter stehen zwar Schadensersatzansprüche gegen seinen Vermieter, also den Hauptmieter der Räume zu. Es liegt eine Gebrauchsentziehung nach § 536 Abs. 3 BGB vor, sobald der Hauptvermieter einen bestehenden Anspruch aus § 546 BGB in einer Weise geltend macht, dass der Gebrauch des Untermieters dadurch beeinträchtigt wird.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Sachverhalt entspricht – stark vereinfacht – BGH XII 76/17, NZM 2018, 601.

<sup>6</sup> Heilmann, NZM 2016, 74, 80.

<sup>7</sup> Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. III Rn. 3027.

<sup>8</sup> BGH XII ZR 215/94, NJW 1996, 46, 47; BGH XII ZR 175/04, GuT 2007, 132 f.

Die Räume selbst muss er aber räumen und herausgeben. Das Gleiche gilt auch in der Insolvenz des Hauptmieters, wenn der Insolvenzverwalter das Hauptmietverhältnis nach § 109 Abs. 1 Satz 1 BGB kündigt.<sup>9</sup>

Darin liegt nach der Grundkonzeption des Gewerberaummietrechts auch keine besondere Härte für den Mieter. Der Gewerberaummietvertrag kann ohnehin ohne besonderen Grund mit der Kündigungsfrist des §580a Abs. 2 BGB zum Ende des folgenden Quartals gekündigt werden. Das gilt auch für die Kündigung des Hauptmieters gegenüber dem Untermieter. Wenn Eigentümer und Hauptmieter den Hauptmietvertrag aufheben, entgeht dem Untermieter maximal eine Nutzungszeit von sechs Monaten (abzüglich der Karenztage).

Anders kann es sein, wenn der Untermietvertrag eine lange Befristung oder Mindestlaufzeit vorsieht. Hier stellt sich für den Untermieter die Frage, ob ihm der Einwand aus § 242 BGB zusteht, wenn Eigentümer und Hauptmieter kollusiv zusammenwirken, wenn der Aufhebungsvertrag sittenwidrig ist.

Ein Mietaufhebungsvertrag kann sittenwidrig sein, wenn für Vermieter und Hauptmieter kein vernünftiger Grund für die Beendigung des Mietverhältnisses besteht und der Zweck ihres Mietaufhebungsvertrags allein darin liegt, dass der Eigentümer wieder Alleinbesitz an dem Mietobjekt erlangt.<sup>10</sup> Weitere Voraussetzung ist, dass der Aufhebungsvertrag die Rechtsstellung des Untermieters tatsächlich verschlechtert. Das ist vor allem dann nicht der Fall, wenn der Hauptvermieter den Hauptmietvertrag genauso gut hätte kündigen können, weil ihm ein Kündigungsrecht für eine fristlose Kündigung zustand.<sup>11</sup>

Außerdem liegt ein kollusives Zusammenwirken noch nicht vor, wenn nur den Hauptmieter ein Treueverstoß zur Last zu legen ist. Allein aus dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags ergibt sich nicht, dass auch der Eigentümer sich treuwidrig gegenüber dem Untermieter verhält. Grundsätzlich treffen den Eigentümer keine derartigen Treuepflichten – weil mit dem Untermieter keine vertraglichen Beziehungen bestehen.<sup>12</sup>

Die Lösung von Fall 1 hängt also davon ab, ob es vernünftige Gründe für die Aufhebung des Hauptmietvertrags gab. Fehlen solche Gründe, wäre noch zu klären, ob auch den Eigentümer der Vorwurf eines treuwidrigen Verhaltens trifft.

### III. Wohnraummiete – Untermiete nach § 553 BGB

#### 1. Standardsituation

---

<sup>9</sup> Zur – streitigen – Einordnung des Schadensersatzanspruchs des Untermieters als Insolvenz- oder Masseforderung vgl. etwa Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl. 2019, InsO § 108 Rn. 26; zur Nieden, NZI 2018, 465, 470 – jeweils m.w.N.

<sup>10</sup> BGH XII ZR 76/17, NZM 2018, 601, 602 (Rn. 26).

<sup>11</sup> BGH XII ZR 76/17, NZM 2018, 601, 603 (Rn. 26).

<sup>12</sup> OLG Frankfurt 2 U 148/18, ZMR 2019, 933 (Rn. 29).

Die Untermiete nach § 553 BGB ist rechtsbegrifflich Miete; sie liegt demgemäß vor, wenn die gesamte Wohnung oder ein Teil davon gegen Entgelt einem Dritten (dem Untermieter) überlassen wird. Voraussetzung in der Wohnraummiete ist zunächst, dass der Hauptmieter seinen eigenen Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgibt.<sup>13</sup> Die Erlaubnis ist unter den Voraussetzungen des § 553 BGB zu erteilen. Der Hauptmieter muss ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung geltend machen können, das erst nach Abschluss des Hauptmietvertrags entstanden ist.

Die Aufnahme eines Dritten mit der Absicht, dass dieser die Wohnung insgesamt mitbenutzt, wird ebenfalls als Untervermietung bezeichnet.<sup>14</sup> Es gelten die gleichen Voraussetzungen.

Für den Bestandsschutz ist in diesem Grundfall der Untervermietung die Rechtslage derjenigen der Gewerberaummieter vergleichbar. Nach dem Ende des Hauptmietvertrags besteht ein Herausgabeanspruch des Haupt Vermieters aus § 546 Abs. 2 BGB wie in der Gewerbemiete. Beim Eigentümer folgt der Anspruch auch aus § 985 BGB, weil die Kette der Besitzrechte nicht mehr vollständig ist. In den Fällen der „regulären“ Untervermietung greift daher der Grundsatz, dass der Untermieter dem Herausgabeanspruch des Haupt Vermieters ausgesetzt ist, wenn das Hauptmietverhältnis endet.

Die Grundregel begegnet auch hier keinen Gerechtigkeitsbedenken. Bei der Untervermietung nach § 553 BGB weiß der Untermieter von vornherein, dass sein Nutzungsrecht an dem des Hauptmieters hängt. Das gilt ohnehin, wenn nur Teile des Wohnraums überlassen werden. Wer dem Mieter einer Wohnung ein Zimmer für die eigene Nutzung anmietet, kann und wird typischerweise nicht annehmen, dass er in dem einen Zimmer verbleiben darf, wenn der Hauptmieter seinen Mietvertrag verliert. Das Gleiche gilt, wenn der Hauptmieter einen Dritten mit Erlaubnis in die Wohnung aufnimmt, etwa den Lebensgefährten. Es wäre auch eine kaum nachvollziehbare Wertung des Gesetzgebers, dem Hauptmieter in den Fällen des § 553 BGB einen Anspruch auf die Erlaubnis zur Untervermietung zu geben – dem Untermieter dann aber eigene Rechte bei Kündigung des Hauptmietverhältnisses zuzubilligen. Der Untermieter hat zwar eine äußerst schwache Stellung, das entspricht aber der engeren Verbindung zwischen Haupt- und Untermieter.

## 2. Sonderfälle

Ergänzend sind drei Fälle anzusprechen, in denen der geringe Schutz des Untermieters bei einer regulären Untervermietung nach § 553 BGB problematisch erscheinen könnte, so dass sich die Frage nach einer Korrektur stellt.

### a. Wohnungsverlust bei Modernisierungen

---

<sup>13</sup> BGH VIII ZR 109/22, NZM 2023, 924 = NJW-RR 2023, 1435.

<sup>14</sup> Inzident etwa BGH VIII ZR 4/05, NZM 2006, 220, der von „Untermieterlaubnis“ spricht.

Fall 2: Der Mieter hat mit Erlaubnis des Vermieters ein Zimmer in seiner Drei-Zimmer-Wohnung an einen Studenten untervermietet. Der Vermieter kündigt dem Mieter eine umfangreiche Modernisierung an, die u.a. den Einbau eines Bades umfasst, und die vier Monate später beginnen soll. Er fordert ihn auf, die Duldung seinerseits beim Untermieter geltend zu machen. Der Untermieter seinerseits macht als Härte geltend, dass sich sein Zimmer durch den Badeinbau von 12 auf 8 m<sup>2</sup> verkleinern würde, und widerspricht. Daraufhin erklärt der Vermieter die fristlose Kündigung des Hauptmietverhältnisses und verlangt von Mieter und Untermieter Herausgabe.

Für die Prüfung des Kündigungsrechts ist zu berücksichtigen, dass der Eigentümer keinen direkten Duldungsanspruch gegen den Untermieter hat.<sup>15</sup> Wenn der Untermieter nun die Duldung – sei es auch zu Recht – ablehnt, kann der Eigentümer und Hauptvermieter aber nach wohl h.M. den Hauptmietvertrag fristlos kündigen.<sup>16</sup> Der Untermieter verliert wegen einer berechtigten Einwendung seine Wohnung.

Bei näherer Betrachtung ist das in der Wertung auch in Modernisierungsfällen richtig. Der Vermieter ist zur Erlaubniserteilung nach § 553 BGB verpflichtet, wenn die Untervermietung ihm zumutbar ist. Damit darf für ihn aber kein Rechtsverlust verbunden sein. Wenn erst später ein Modernisierungsvorhaben aufkommt, muss der Vermieter nicht das Risiko übernehmen, dass Härtegründe eines – nicht dem Haushalt des Hauptmieters angehörenden – Untermieters das Vorhaben blockieren.<sup>17</sup> Dieses Risiko geht nach der gesetzlichen Wertung der Untermieter mit der Anbindung an das Hauptmietverhältnis ein.

In Fall 2 ist also die Kündigung berechtigt, und kann der Eigentümer vom Mieter die Rückgabe nach § 546 Abs. 2 BGB verlangen.

#### b. Gewinnbringende Untervermietung

Problematischer erscheinen weiter Fälle, in denen der Untermieter seinen Bestandsschutz verliert, weil der Untermietervertrag eine höhere Miete vorsieht als der Hauptmietvertrag, der Hauptmieter also Gewinn erzielt.

Fall 3:<sup>18</sup> Der Eigentümer hat seine Wohnung für zuletzt 500 € an den Mieter vermietet. Der Mieter vermietet für die Zeit eines Auslandsaufenthalts die gesamte Wohnung unter, ohne eine Erlaubnis des Eigentümers einzuholen. Er belässt persönliche Sachen in der Wohnung und behält einen Wohnungsschlüssel, um darauf zugreifen zu können. Der Eigentümer weiß von der Untervermietung und duldet sie. Später erfährt der Eigentümer allerdings, dass die Miete im

<sup>15</sup> Vgl. nur Bub/Treier/Schüller, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. III, A.5. Rn. 2694; Schmidt-Futterer/Eisenschmidt, Mietrecht, 16. Aufl. 2024, § 555d BGB Rn. 12.

<sup>16</sup> Bub/Treier/Schüller, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. III A.5. Rn. 2694; Scholz, WuM 1995, 12, 17; aA Schmidt-Futterer/Eisenschmidt, Mietrecht, 16. Aufl. 2024, § 555d BGB Rn. 12.

<sup>17</sup> Die Einbeziehung des Untermieters in den Schutzbereich des § 555d BGB ist allerdings ebenfalls umstritten, offen gelassen bei LG Berlin NZM 2016, 721, 723.

<sup>18</sup> Sachverhalt vereinfacht in LG Berlin NZM 2024, 34 = WuM 2023, 690

Untermietverhältnis 960 € beträgt. Nunmehr erklärt er wegen vertragswidriger Untervermietung die Kündigung des Hauptmietvertrags. Er nimmt neben dem Mieter auch den Untermieter auf Räumung in Anspruch.

#### aa. Kündigungsrechtliche Ausgangslage

Ein Kündigungsgrund nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kann im Einzelfall auch darin begründet sein, dass der Mieter die Erlaubnis nach § 553 BGB nicht einholt, obwohl die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Bereits in der Unterlassung, die Erlaubnis formell einzuholen, liegt eine erhebliche Pflichtverletzung. Die Kündigung ist aber nur gerechtfertigt, wenn die Pflichtverletzung nicht nur unerheblich ist. Erforderlich ist in der dargestellten Fallgestaltung eine Abwägung aller Umstände im Einzelfall.<sup>19</sup> Eine erhebliche Pflichtverletzung hätte im Beispielsfall wohl nicht vorgelegen, wenn einerseits der Eigentümer die ihm bekannte Untervermietung duldete und andererseits dem Mieter ein Anspruch auf Untervermietung zustand, er nur die Einholung einer förmlichen Erlaubnis für die geduldete Untervermietung versäumte.

#### bb. Berechtigtes Interesse bei gleichzeitig verfolgter Gewinnerzielung

Zu prüfen ist das berechtigte Interesse nach § 553 BGB. Dieses Interesse kann sich aus wirtschaftlichen, persönlichen oder familiären Interessen ableiten.<sup>20</sup> So kann bereits der Wunsch, nicht allein zu leben, das berechtigte Interesse begründen.<sup>21</sup> Jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung im Einklang steht, reicht aus.<sup>22</sup> Erforderlich ist allerdings, dass es dem Mieter auch um den Erhalt seiner Wohnung geht. Das ist der Zweck des § 553 BGB.<sup>23</sup> Die nachträglich eingetretenen Umstände können auch rein finanzieller Natur sind, z.B. weil der Mieter nach dem Verlust seiner Arbeitsstelle zuerst auf ALG I, dann auf ALG II – also Bürgergeld – angewiesen ist und aus den Transferleistungen die Miete nicht mehr zahlen könnte. Hier besteht zunächst ein berechtigtes Interesse daran, durch die Untervermietung die Wohnung zu erhalten.

Der isolierte Wunsch, aus der Untermietung Einnahmen zu erzielen, genügt allerdings nach wohl einhelliger Meinung nicht.<sup>24</sup> Die Wohnung soll keine „institutionelle Erwerbsquelle“ sein.<sup>25</sup> Die sonst anlasslose Idee, jetzt einmal Gewinn aus Mieteinnahmen zu erzielen, wäre auch schon kein nachträglicher Umstand nach § 553 Abs. 1 BGB.

Noch ungeklärt ist die Rechtslage beim Zusammentreffen eines nach § 553 BGB anerkannten Grundes mit einer Gewinnerzielung „bei Gelegenheit“ der Untervermietung. Gemeint sind also die Fälle, in denen es dem Mieter „auch“ um den

<sup>19</sup> Vgl. grundlegend BGH VIII ZR 74/10, NJW 2011, 1065.

<sup>20</sup> Diese drei Bereiche nennt bereits BGH VIII ARZ 2/84, NJW 1985, 130, 131.

<sup>21</sup> BGH VIII ZR 105/17, NZM 2018, 325, 330 (Rn. 52).

<sup>22</sup> Grundlegend BGH VIII ARZ 2/84, BGHZ 92, 213, 219 = NJW 1985, 130 (131).

<sup>23</sup> BGH VIII ZR 88/22, NJW-RR 2023, 1570, 1571 (Rn. 30).

<sup>24</sup> BeckOGK/Emmerich, 1.7.2024, BGB § 553 Rn. 8.

<sup>25</sup> LG Berlin WuM 2022, 278, 279.

Erhalt der Wohnung geht, er die Möglichkeit einer Einnahmeverbesserung aber gerne mitnimmt.

Im Schrifttum wird vertreten, das berechtigte Interesse bestehe nicht, wenn der Untermietzins zu einer zusätzlichen Einnahme des Hauptmieters führe.<sup>26</sup> Plakativ formuliert heißt es: „Die Untervermietung soll nicht dazu dienen, diesem (dem Wohnraummieter) neben der monatlichen Mietbelastung besondere finanzielle Freiräume zu verschaffen, so dass er womöglich auch noch die Leasingraten für einen Lamborghini aufbringen kann.“<sup>27</sup> Ähnlich plakativ meint Kappus: „Das Motiv einer Untervermietung, die eigene Miete-Last „querzufinanzieren“, ist respektabel, ein nach den Umständen des Einzelfalls preisrechtswidriges „Kassemachen“ bei dieser Gelegenheit allerdings nicht.“<sup>28</sup> Es ist in diesen Beiträgen nicht ganz klar, ob diese Auffassungen sich auf Fälle beziehen, in denen allein finanzielle Interessen das Interesse des Mieters begründen. Die entsprechenden Beiträge befassen sich nicht ausdrücklich mit den Fallgestaltungen, in denen die Gewinnerzielung mit anderen nachträglich eingetretenen Umständen als Interessegrund zusammentrifft.

Für die Fälle, in denen es dem Mieter „auch“ um den Wohnungserhalt geht, er aber eben zugleich gewinnbringend untervermieten will, verlangen andere Vertreter im Schrifttum, einen engen Zusammenhang zwischen beiden Punkten.<sup>29</sup> Er sei in der Regel nur zu bejahen, wenn der Mieter zum Wohnungserhalt gerade auch auf die Gewinne angewiesen sei.<sup>30</sup> Ein Beispiel wäre der Mieter, dessen Einkommen so stark absinkt, dass er mit einer „nur“ kostendeckenden Untervermietung immer noch zu wenig Geld für seinen Lebensunterhalt einschließlich der Mietbelastung hätte.

In der Rechtsprechung hat das LG Berlin (18./64.ZK) die Möglichkeit der Gewinnerzielung – jedenfalls innerhalb des Rahmens der ortsüblichen Miete – eher stillschweigend – als unschädlich unterstellt, indem es für die Zumutbarkeit auf Vermieterseite eine Gewinnteilung verlangte.<sup>31</sup> Ausdrücklich verlangt *Lehmann-Richter* eine Beteiligung des Vermieters – dies sogar in Höhe der vollen Differenz. Das entspräche einer Gewinnabschöpfung.<sup>32</sup>

Zur Begründung führt *Lehmann-Richter* aus, bei der erlaubten Untervermietung übernehme der Vermieter wirtschaftlich die Funktion eines Versicherers. Verlange der Mieter im Untermietverhältnis Mängelbeseitigung vom Hauptmieter, müsse dieser keine eigenen Mittel einsetzen, sondern könne schlicht seinerseits vom Hauptvermieter Durchführung der Arbeiten verlangen.<sup>33</sup> Mindere der Untermieter

<sup>26</sup> Ausführlich Brachthäuser/Christian WuM 2024, 367, 368.

<sup>27</sup> Hinz WuM 2023, 65, 66.

<sup>28</sup> Kappus NJW 2024, 29, 31

<sup>29</sup> Kiefner JR 2024, 381, 384; BeckOGK/Emmerich, 1.7.2024, BGB § 553 Rn. 8; MüKo BGB/Bieber, 9. Aufl. 2023, BGB § 553 Rn. 10.

<sup>30</sup> Kiefner JR 2024, 381, 384.

<sup>31</sup> Zuletzt LG Berlin NZM 2024, 34; zuvor etwa 18 T 65/16, GE 2016, 1093, juris und BeckRS 2016, 19443.

<sup>32</sup> Lehmann-Richter, NZM 2024, 744.

<sup>33</sup> So Lehmann-Richter, NZM 2024, 744, 745.

wegen eines Mangels die Miete, könne der Hauptmieter den Ausfallbetrag beim Hauptvermieter liquidieren.<sup>34</sup>

In einer aktuellen Entscheidung des BGH gibt es Aussagen, die für eine Zulässigkeit der Gewinnerzielung in diesem Bereich sprechen könnten. Zwingend ist das allerdings nicht. Dort war ein Fall betroffen, in dem für das Hauptmietverhältnis die Mietpreisbremse galt, für das Untermietverhältnis nach § 549 Abs. 2 Nr. 2 BGB aber nicht. Die Revisionserwiderung stützte sich u.a. auf die Befürchtung, der Mieter, der seinen Hauptwohnsitz in einer anderen Wohnung habe, könne die (Neben-) Mietwohnung auf einem „so geschaffenen zweiten Wohnungsmarkt unter Aushebelung des sozialen Mietrechts frei vermarkten. Er sei auch hinsichtlich der Miethöhe von den Vorgaben der Mietpreisbremse befreit“.

Dazu heißt es in den Entscheidungsgründen: „Die Frage, ob die Konsequenzen, die sich aus der Kombination eines Anspruchs auf Gestattung der teilweisen Gebrauchsüberlassung an Dritte mit den auf Untermietverhältnisse anwendbaren Vorschriften ergeben, gesellschaftlich oder wohnungspolitisch ... unerwünscht sind, ist im Grundsatz rechtspolitischer Natur und kann dem Kl., der sich unter den im Streitfall gegebenen Umständen nach seinem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag mit Recht auf § 553 I 1 BGB beruft, nicht entgegengehalten werden.“

Dieses Argument ist nur einschlägig, wenn der Mieter bei der Untervermietung nicht – und zwar auch nicht mittelbar – an die Vorgaben der Mietpreisbremse gebunden ist. Das wiederum kann nur der Fall sein, wenn er zu einer höheren Miete weitervermietet. Zwingend ist dieser Schluss aber wohl nicht. Der Fall, der in den Daten hier dem Fall 3 entspricht, liegt nach der juris-Datenbank in der Revision dem BGH vor.<sup>35</sup>

Stellungnahme: M.E. ist dann, wenn ein berechtigtes Interesse aus den oben genannten Gründen nach § 553 BGB zu bejahen ist, eine hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht unschädlich. Solange der Hauptmieter – wie hier – sich seinerseits die Wohnung erhalten will, bleibt sein Mietverhältnis der Wohnraummiete zuzuordnen. Die gewinnbringende Untervermietung ändert daran nichts. Auch das berechnete Interesse, das sich aus den genannten Gründen ableitet, bleibt bestehen. Die Höhe des Untermietzinses ist nicht geeignet, das aus anderen Gründen gegebene berechnete Interesse zu zerstören.

Das BGB sieht kein Verbot vor, Gewinn zu erzielen, auch nicht mittelbar in § 553 BGB. Es sind keine Gründe ersichtlich, den Mietzins im Untermietvertrag auf die Miete im Hauptmietvertrag zu deckeln. Die Aussagen zum Kassemachen oder gar zum Lamborghini sind zwar bildkräftig, enthalten aber im Ergebnis nur die – polemische – Wiederholung der These und kein Argument. Das gesamte Rechtssystem des BGH hält die Gewinnerzielung für zulässig und schützt dieses

<sup>34</sup> Lehmann-Richter, NZM 2024, 744, 745 f.

<sup>35</sup> Az. It. juris: VIII ZR 228/23.

Interesse auch. Soweit es Güter gibt, mit denen man keinen Gewinn erzielen darf,<sup>36</sup> ist das als Ausnahme gesetzlich zu regeln, stellt aber gerade im deutschen Zivilrecht keinen allgemeinen Grundsatz dar. Es gibt auch keinen Grundsatz: „Der arme Wohnraummieter muss arm bleiben.“

Es ist m.E. richtig, dass die Untervermietung nicht zur institutionellen Erwerbsquelle werden darf.<sup>37</sup> Eine institutionelle Erwerbsquelle läge aber eben nur vor, wenn auf den Zweck des Wohnungserhalts verzichtet würde und die Gewinnerzielung alleiniges Ziel des Mieters wäre. Mit der Forderung nach einem Zusammenhang zwischen dem Interesse am Wohnungserhalt und dem Interesse an einer Gewinnerzielung zu fordern, ist zwar noch nicht viel gewonnen. Wenn der studierende Mieter mit dem Gewinn die weit höhere Miete seiner Studentenwohnung in Paris finanzieren will, ließe sich immer noch fragen, ob er nicht auch dort etwas Günstigeres finden könnte. M.E. ist diese Anforderung aber geeignet, um die Abgrenzung zur institutionellen Erwerbsquelle durch eine Missbrauchskontrolle vorzunehmen. Damit wären dann auch die wohl seltenen „Lamborghini-Fälle“ abzudecken.

Nicht betroffen ist die Zumutbarkeit nach § 553 Abs. 2 BGB. Die Situation des Vermieters ändert sich nicht in Abhängigkeit von der Untermiete. Dabei geht es um solche Fälle, in denen die Untervermietung auch tatsächlich Auswirkungen für die Vermieterin hat. Exemplarisch hierfür sind die höhere Belegung der Wohnung oder zusätzliche Aufwendungen infolge einer stärkeren Abnutzung<sup>38</sup> Die rechtliche Sphäre des Vermieters ist von der Höhe einer Untermiete nicht berührt.<sup>39</sup>

Der Hauptvermieter wird auch als „Rückversicherer“ für Ansprüche des Untermieters nicht über das Maß hinaus belastet, dass § 553 BGB ohnehin vorsieht. Gewährleistungspflichten treffen ihn zunächst nur, wenn die Mietsache nach den Vorgaben des Hauptmietvertrags mangelhaft ist. Diese Ansprüche treffen ihn aber auch ohne eine Untervermietung. So könnte im Hauptmietvertrag auch der Hauptmieter Mängelbeseitigung verlangen. Wenn der Mangel nur im Untermietverhältnis zu bejahen ist – etwa, weil der Hauptmieter dort zusätzliche Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen hat – ist der Vermieter davon nicht betroffen. Eine Mietminderung trifft den Vermieter nur, wenn der Mangel (auch) nach Maßgabe des Hauptmietverhältnisses besteht. Diese Minderung tritt dann aber unabhängig von jeder Untervermietung von Gesetzes wegen ein. Eine zusätzliche Belastung ergibt sich nicht.

Denkbar, wenn auch wohl äußerst selten, wäre der Fall, dass der Untermieter die in seinem Vertrag höhere Miete mindert und der Hauptmieter dann den höheren Betrag nach § 536a BGB (Differenz zu seiner eigenen Mietminderung) als Schadensersatz geltend macht. Das fällt aber m.E. in den Risikobereich des Vermieters, der sonst

---

<sup>36</sup> So das Argument von Brachthäuser, Christian, WuM 2024, 367, 368.

<sup>37</sup> Hinz, WuM 2023, 65, 66; LG Berlin WuM 2022, 278, 279.

<sup>38</sup> Brachthäuser/Christian WuM 2024, 367, 370.

<sup>39</sup> Brachthäuser/Christian WuM 2024, 367, 370.

keinen Anspruch auf einen niedrigen Schaden hat, zumal er den Mangel im Fall des § 536a Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB zu vertreten – in der Regel: verschuldet – hat. Würde man wegen dieses Restrisikos dem Hauptmieter einen Betrag nach § 553 Abs. 2 BGB abverlangen, müsste er sich der Höhe an einer entsprechend kalkulierten Versicherungsprämie schätzen lassen und wäre wohl außerordentlich gering. In keinem Fall wäre es m.E. begründbar, den Betrag gleichzusetzen mit dem Gewinn des Hauptmieters.<sup>40</sup> Das Risiko des Vermieters ist nicht mit der Mietdifferenz gleichzusetzen. Eine Gewinnabschöpfung entspricht nicht dem Zweck des § 553 Abs. 2 BGB und wirkt eher so, als sei sie dem Strafrecht als Sanktion für missbilligtes Verhalten zu entnehmen.

Zwischenergebnis: wenn ein berechtigtes Interesse – Wohnungserhalt – aus nachvollziehbaren Gründen zu bejahen ist, ist eine zugleich vom Hauptmieter verfolgte Gewinnerzielung unschädlich.

Es gibt dazu möglicherweise eine Ausnahme. Sie betrifft Genossenschaftswohnungen. Der Satzungszweck der Wohnungsgenossenschaft bestimmt ergänzend auch den Zweck des Hauptmietvertrags. Er würde zumindest nach der Rechtsprechung des AG Hamburg verletzt, wenn der Mieter seinerseits wirtschaftliche Vorteile erzielt.<sup>41</sup> Die Verpflichtung einer Wohnungsgenossenschaft, ihren Mitgliedern preiswerten Wohnraum zur Verfügung zu stellen, komme darin zum Ausdruck, dass es sich regelmäßig um kostenorientierte und nicht gewinnorientierte Mieten handeln würde.<sup>42</sup> Die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile durch einzelne Genossenschaftsmitglieder stehe dem entgegen. M.E. stellt sich hier die gleiche Problematik wie bei anderen Wohnungen auch, die Satzung könnte aber auch für die Mitglieder die Einnahmen auf eine „Kostenorientierung“ begrenzen. Vor diesem Hintergrund ließe sich vertreten, dass der Wohnungsgenossenschaft die gewinnbringende Untervermietung satzungsschädlich und deswegen unzumutbar nach § 553 Abs. 2 BGB ist. Außer den Entscheidungen des AG Hamburg liegt dazu meines Wissens keine veröffentlichte Rechtsprechung vor.

Im konkreten Fall war § 553 BGB zunächst erfüllt. Da der Mieter den Mitgewahrsam an der Wohnung behielt, lag nach der Rechtsprechung des BGH<sup>43</sup> eine „teilweise“ Überlassung i.S.d. § 553 BGB vor. Wegen des Auslandsaufenthalts bestand ein berechtigtes Interesse.

### c. Verstoß des Hauptmieters gegen die Mietpreisbremse

Zu Fall der gewinnbringenden Untervermietung gibt es dann noch die Steigerung, dass die Untermiete gegen die Mietpreisbremse verstößt.

<sup>40</sup> So aber Lehmann-Richter, NZM 2024, 744, 746.

<sup>41</sup> Vgl. AG Hamburg, UrT. v. 28.06.2023 – 49 C 382/22 – juris und BeckRS 2023, 17326; AG Hamburg, UrT. v. 04.07.2018 – 49 C 47/18 – BeckRS 2018, 47410; ausführlich Meyer-Abich NJW 1922, 1435, 1436.

<sup>42</sup> AG Hamburg, UrT. v. 28.06.2023 – 49 C 382/22 – juris – und BeckRS 2023, 17326

<sup>43</sup> Aktuell BGH VIII ZR 109/22, WuM 2023, 686 = NJW 2023, 1435; vorher schon ähnlich BGH VIII ZR 349/13, WuM 2014, 489 = NZM 2014, 631.

Fall 3a: In Ergänzung zum Fall 3 liegt die Wohnung in einem Bereich, in dem die Mietpreisbremse gilt. Die ortsübliche Miete beträgt 680 €, die höchstzulässige Miete 748 €. <sup>44</sup>

In diesem Fall, der so vom LG Berlin entschieden worden ist, hat das Landgericht das berechnete Interesse verneint, weil der Mieter im Untermietverhältnis die Mietpreisbremse verletzt habe. § 553 BGB gebe dem Mieter keinen Anspruch auf Erteilung einer Untermieterlaubnis, die von vornherein die §§ 556d ff BGB missachte. <sup>45</sup> Nur eine Untervermietung im Rahmen der geltenden Rechts- und Sozialordnung könne zu erlauben sein. Hier sei also die Untervermietung nicht nur ohne Erlaubnis erfolgt, auf die Erlaubnis habe auch kein Anspruch bestanden.

Dieses Ergebnis widerspricht dem Rechtsgefühl. Die Vorschriften der Mietpreisbremse dienen der Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten. <sup>46</sup> Damit werden sozialpolitische Zwecke verfolgt. <sup>47</sup> Geschützt werden sollen einkommensschwache Wohnraummieten. <sup>48</sup> Hier betroffen ist insoweit der Schutz der Untermieter im Verhältnis zum Hauptmieter. Diesen Schutzzweck in das Hauptmietverhältnis „hineinzutragen“, führt dazu, dass der Mieterschutz sich für den Untermieter in das Gegenteil verkehrt und ihn um seine Wohnung bringt. <sup>49</sup>

M.E. ist die Lösung nicht in der Weise zu finden, dass das Untermietverhältnis wegen einer überhöhten Untermiete nicht erlaubt werden muss und dass das Hauptmietverhältnis ggf. gekündigt werden darf. Vielmehr darf die Erlaubnis – abgesehen möglicherweise von Sonderfällen wie bei Genossenschaftswohnungen <sup>50</sup> - nicht von der Höhe der Untermiete abhängig gemacht werden. Auch die Frage der Unzumutbarkeit nach § 553 Abs. 2 BGB hängt nicht von der Höhe der Untermiete ab, sondern von wirtschaftlichen oder persönlichen Gründen, die den Vermieter bei Untervermietung unzumutbar belasten würden. <sup>51</sup>

Soweit auf die Miethöhe abzustellen wäre, wäre auch die Frage zu beantworten, ob hier eine preiswidrige Miete zugrunde zu legen ist. Nach § 556g Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine zum Nachteil des Mieters von den Vorschriften der Mietpreisbremse abweichende Vereinbarung unwirksam. Soweit der Untermietzins also die höchstzulässige Miete übersteigt, ist er nicht wirksam vereinbart. Fraglich ist, ob diese Vermietung gegen die Rechts- und Sozialordnung verstößt, ob also allein das nicht wirksam zu verfolgende, Ansinnen des Hauptmieters zu sanktionieren ist. Der Vormiete i.S.d. § 556e ist nur die rechtlich geschuldete, wirksam vereinbarte Vormiete. <sup>52</sup> Im Rahmen des § 553 BGB auf die nicht geschuldete, unwirksam

---

<sup>44</sup> Ebenfalls mit den Daten aus LG Berlin WuM 2023, 690.

<sup>45</sup> LG Berlin WuM 2023, 690; LG Berlin WuM 2022, 489.

<sup>46</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT DRs. 18/3121, S. 11; Hinz WuM 2023, 65, 70; BeckOGK/Fleindl, 1.10.2023, BGB § 556d Rn. 3.

<sup>47</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT DRs. 18/3121, S. 15.

<sup>48</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT DRs. 18/3121, S. 15.

<sup>49</sup> Vgl. zu dieser Problematik Hinz WuM 2023, 65, 70.

<sup>50</sup> Dazu AG Hamburg, Urt. v. 28.06.2003 – 49 C 382/22 – juris.

<sup>51</sup> Näher Schmidt-Futterer/Flatow, 16. Aufl. 2024, BGB § 553 Rn. 14, 15.

<sup>52</sup> BGH, Urt. v. 19.07.2023 – VIII ZR 229/22 – WuM 2023, 532 = NJW-RR 2023, 1246; Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 16. Aufl. 2024, BGB § 556e Rn. 5

vereinbarte Miete abzustellen, ist systemwidrig. Die bloße Absicht darf nicht zur Versagung einer sonst zulässigen Erlaubnis führen.

M.E. muss der Mieter nicht einmal Auskunft über die Höhe der Untermiete erteilen.<sup>53</sup> Für die Auffassung des Landgerichts Berlin wird eingewandt, dass die Mietpreisbremse auch dem übergeordneten Zweck diene, eine gebietsbezogene Dämpfung des Preisanstiegs zu bewirken. Daher stehe eine mietpreiswidrige Miete nicht im Einklang mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung.<sup>54</sup> M.E. ist dem nicht zu folgen. Die Regelungen der §§ 556d ff BGB entfalten ihre Wirkung allein im Mietverhältnis, hier dem Untermietverhältnis. Dementsprechend treten die Wirkungen erst auf Rüge des (Unter-)Mieters ein (§ 556g BGB). Den Eigentümer trifft keine Pflicht oder auch nur Obliegenheit, für die Dämpfung des Mietanstiegs als „verantwortlicher Dritter“ zu sorgen. Daher kann die Überschreitung allein die Miete nicht für ihn unzumutbar machen.

Der Rechtsprechung vor allem des Landgerichts Berlin ist zuzugeben, dass mit der hier vertretenen Auffassung einem „zweiten Wohnungsmietmarkt“ Vorschub geleistet werden kann, in dem der Hauptmieter sich im Extremfall beim Hauptvermieter auf die Mietpreisbremse beruft – selbst aber im Untermietverhältnis „hemmungslos“ zuschlägt.<sup>55</sup> Das ist misslich, aber deswegen hinzunehmen, weil der Gesetzgeber eine Rückforderung nach § 556g Abs. 2 BGB an eine Rüge knüpft, also den Schutz des Mieters allein in dessen Hände legt. Das gilt im Haupt- wie in jedem Untermietverhältnis. Es gilt immer nur im jeweiligen Vertragsverhältnis. Weder gibt es eine staatliche Aufsicht über die Einhaltung der Mietpreisbremse noch ist – nach diesseitiger Auffassung – ein Dritter (Hauptvermieter) als Wächter berufen.

Eine andere Frage ist es, ob der Mieter bei Versagung der Untermieterlaubnis, den unzulässig vereinbarten Untermietzins von seinem (Haupt-) Vermieter als Kündigungsfolgeschaden ersetzt verlangen darf. Dem steht wohl – im Umfang der Überhöhung – der Zweck des Schadensersatzrechts entgegen: Ein Gewinn, der nur durch vertragswidriges Handeln zu erzielen gewesen wäre, ist insoweit zu versagen, wie feststeht, dass durch eine Anspruchsstellung seitens des geschädigten Dritten der Gewinn wieder beseitigt worden wäre.<sup>56</sup> Hier ist m.E. eine Rüge des Untermieters zu unterstellen.

Im Fall 3a ist der Hauptmietvertrag wiederum nicht wirksam gekündigt worden. In der Frage des Bestandsschutzes des Untermieters kann es hier bei der grundlegenden Anbindung zu bleiben. Eine Analogie scheidet aus, ist auch nicht erforderlich.

#### d. Untervermietung in Wohngemeinschaften

<sup>53</sup> Vgl. Hinz WuM 2023, 65, 69.

<sup>54</sup> Hinz WuM 2023, 65, 70.

<sup>55</sup> Vgl. zu dieser Problematik LG Berlin, Urte. v. 08.02.2017 – 65 S 433/16 – WuM 2017, 266, 280; ähnlich wohl auch nach dem Sachverhalt bei LG München, Urte. v. 27.01.2016 – 14 S 11701/15 – ZMR 2016, 451.

<sup>56</sup> Vgl. NK-BGB/Dennis Spallino, 4. Aufl. 2021, BGB § 252 Rn. 13.

Zum Problem kann die Untervermietung speziell auch für Mitglieder einer Wohngemeinschaft werden.

Fall 4: Eine Wohngemeinschaft aus fünf jungen Mietern mietet eine Fünf-Zimmer-Wohnung. Als einzelne Mieter ausscheiden wollen, stimmt der Vermieter einer Auswechslung der Mieter nicht zu und verweist die ausziehenden Mieter auf die Möglichkeit der Untervermietung durch die Gemeinschaft der (Anfangs-) Mieter. Das erfolgt auch. Als der letzte der ursprünglichen Bewohner auszieht, vereinbart die Wohngemeinschaft mit dem Vermieter eine Aufhebung des (Haupt-)Mietvertrags.

Auch hier ist die Korrektur m.E. nicht über eine Einschränkung des § 546 Abs. 2 BGB oder auch eine analoge Anwendung des § 565 Abs. 1 BGB zu finden. Der Eigentümer will gerade keinen aufgedrängten Mieterwechsel und muss das nach der Grundkonzeption des § 535 BGB auch nicht. Die neuen Mitglieder der Wohngemeinschaft wissen umgekehrt, dass sie nur Untermieter sind, dass sie also wie in allen Fällen des § 553 BGB mit einem Herausgabeverlangen des Eigentümers rechnen müssen, wenn das Hauptmietverhältnis endet. Das mag in Zeiten, in denen ein erheblicher Nachfrageüberhang für solche Räume besteht, misslich sein, weil die Wohnungssuchenden hier kaum bessere Bedingungen aushandeln können. Allerdings bleibt ihnen wiederum der Schadensersatzanspruch gegen die Hauptmieter wegen Nichtgewährung des Gebrauchs nach § 536 Abs. 3 BGB, der auch die Mietdifferenz bei der Anmietung von teureren Ersatzräumen umfasst.

#### IV. Wohnraummiete – gewerbliche Zwischenvermietung

##### 1. Gesetzliche Ausgangslage

Die gewerbliche Zwischenvermietung ist im Gesetz in § 565 BGB besonders geregelt. § 565 BGB findet Anwendung, wenn der Hauptmietvertrag im Vertragszweck festlegt, dass der Mieter den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnzwecken weitervermietet. Der Hauptmietvertrag ist also ein Gewerbemietvertrag, weil der Hauptmieter schon nach dem Vertragszweck selbst die Wohnung nicht bewohnt, sondern nur weitervermietet.<sup>57</sup> Für die Abgrenzung zwischen Wohnraum- und Gewerberaummieter ist nicht auf die Art der Räume, sondern auf den Zweck abzustellen, den der Mieter vertragsgemäß verfolgt.<sup>58</sup> Sofern der Zwischenvermieter, wie meistens, eine juristische Person ist, scheidet ein Wohnraummietvertrag schon deswegen aus, weil eine juristische Person keinen Wohnbedarf haben kann.<sup>59</sup> Der Untermietvertrag seinerseits muss ein Wohnraummietvertrag sein, insoweit muss der Zwischenvermieter den im Hauptmietvertrag vereinbarten Zweck auch verwirklichen.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> BGH XII ZR 125/18, NJW 2020, 331, 332 = NZM 2020, 54, 55 (Rn. 21).

<sup>58</sup> BGH XII ZR 125/18, NJW 2020, 331, 332 = NZM 2020, 54, 55 (Rn. 21)

<sup>59</sup> BGH XII ZR 125/18, NJW 2020, 331, 332 = NZM 2020, 54, 55 (Rn. 23).

<sup>60</sup> Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, BGB § 565 Rn. 14.

Problematisch ist die Frage, wie das Tatbestandsmerkmal „gewerblich“ in der Weitervermietung zu verstehen ist. Der BGH verlangt zunächst, dass die Vermietungstätigkeit des Hauptmieters geschäftsmäßig und auf Dauer angelegt ist. Die Weitervermietung muss außerdem entweder mit der Absicht der Gewinnerzielung oder sonst jedenfalls im eigenen wirtschaftlichen Interesse erfolgen.<sup>61</sup>

Die Formulierung „sonst“ bedeutet, dass immer ein eigenes wirtschaftliches Interesse gegeben sein muss, anders ausgedrückt, dass als im – häufigsten – Fall der Gewinnerzielung die Weitervermietung einen beabsichtigten „eigenen“ Gewinn verlangt. Gewinnerzielungsabsicht liegt vor, wenn sich der Zwischenvermieter aus der Vermietung von Wohnungen an Dritte selbst eine ständige Erwerbsquelle verschaffen will.<sup>62</sup> Die bloße Kostendeckung reicht nicht aus. Das sonstige Interesse kann auch darin liegen, dass der Zwischenvermieter sich sonstige wirtschaftliche Vorteile verschaffen will, etwa bei der Weitervermietung an Mitarbeiter, um diese an sich zu binden.<sup>63</sup> Ein geschäftsmäßiges Handeln allein ist aber nach der BGH-Rechtsprechung keine gewerbliche Zwischenvermietung, wenn jede Absicht der eigenen Vorteilserzielung beim Zwischenvermieter fehlt.

Zur Begründung dieser engen Auslegung des Begriffs „gewerblich“ stellt der BGH darauf ab, dass der Schutz des Mieters durch § 565 (entsprechend der Vorläuferregelung in § 549a BGB a.F.) nur die Fälle habe erfassen sollen, in denen die Situation des „Bauherrenmodells“ gegeben sei. Der Gesetzgeber hatte bei Schaffung des fast wortgleichen § 549a BGB a.F. – der Vorläufervorschrift zu § 565 Abs. 1 BGB – die sog. „Bauherrenmodelle“ vor Augen.<sup>64</sup> Das Bauherrenmodell diente der Eigentümer dazu, Steuern und Aufwand für eigene Verwaltungen zu sparen.<sup>65</sup>

Die Steuerersparnis beruhte darauf, dass der Eigentümer zu errichtende (oder fertige) Wohnungen erwarb und die Anschaffungskosten einschließlich der Finanzierungskosten oder Baukosten für die Errichtung des Gebäudes, aber auch die Baubetreuungsgebühren, die Treuhandgebühren, die Entgelte für die sog. Finanzierungsgarantien und die Finanzierungsvermittlung,<sup>66</sup> sofort steuermindernd geltend machen konnte, während der Schuldendienst später aus den Mieten geleistet werden sollte. Insoweit gab es im Bauherrenmodell gesicherte Mieteinnahmen, eben weil alle Wohnungen an einen gewinnorientiert arbeitenden gewerblichen Zwischenvermieter vermietet wurden.

Die Ersparnis von Verwaltungsaufwand liegt ebenfalls in der Konzeption des Bauherrenmodells begründet. Der Eigentümer befasst sich gewollt nicht mit der Auswahl des Mieters. Auch die etwaige Kündigung eines Mieters ist für ihn uninteressant. Vor zahlungsunwilligen oder -unfähigen oder sonst problematischen

<sup>61</sup> BGH VIII ZR 311/14, NJW 2016, 1086 = NZM 2016, 256.

<sup>62</sup> Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, BGB § 565 Rn. 17.

<sup>63</sup> BGH VIII ZR 241/16, NZM 2018, 281 = NJW-RR 2018, 459.

<sup>64</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum 4. Mietrechtsänderungsgesetz, BT-Drs. 12/3254, S. 37.

<sup>65</sup> Matthies NJW 1988, 1631, 1632.

<sup>66</sup> BFH Urteil vom 14. November 1989 – IX R 197/84 –, BFHE 158, 546, BStBl II 1990, 299, Rn. 50.

Mietern ist er persönlich nicht betroffen. Er ist im Modell dadurch geschützt, dass eben auch der Zwischenvermieter Gewinn erzielen will.

Damit ist dem BGH zuzustimmen. Ohne eine eigene Gewinnerzielungsabsicht beim Zwischenvermieter ist die Zwischenvermietung nicht gewerblich.<sup>67</sup>

Aktuell wird das Ergebnis auch in einer systematischen Auslegung gestützt. Der Gesetzgeber hat mit § 578 Abs. 3 BGB für bestimmte Fälle der nicht gewinnorientierten Zwischenvermietung eine eigene Regelung getroffen hat. Das ist 2018 mit dem Mietrechtsanpassungsgesetz erfolgt.<sup>68</sup> Also trennt auch der Gesetzgeber die beiden -Formen der Zwischenvermietung anhand der Frage, ob der Zwischenvermieter eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt.

## 2. Fallgruppen mit unbefriedigenden Ergebnissen

Die Anwendung des so auszulegenden § 565 BGB kann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, die eine Prüfung verlangen, ob und ggf. auf welchem gesetzlichen Wege eine Korrektur vorzunehmen ist. Das betrifft Fälle, in denen nahestehende Personen ein- oder zwischengeschaltet werden.

### a. Einschaltung einer nahestehenden Person durch den Zwischenvermieter

Fall 5: Der Eigentümer vermietet dem Hauptmieter mehrere Wohnungen. Der Hauptmieter soll sie nach dem Vertrag gewerblich untervermieten. Tatsächlich vermietet dann nicht der Hauptmieter selbst, sondern mit seiner Zustimmung dessen Ehefrau die Wohnungen. Sie kehrt die Mieten vollständig an ihren Ehemann aus. Als der Hauptmieter die Mietzahlungen einstellt, kündigt der Eigentümer den Hauptmietvertrag. Sowohl die Ehefrau des Hauptmieters als auch der Eigentümer verlangen jetzt von den Wohnungsmietern, also den Untermietern, die Miete.<sup>69</sup>

Für die Untermieter ist die Anwendung des § 565 Abs. 1 BGB die entscheidende Frage. Sie müssen nicht nur wissen, an wen sie Miete zu zahlen haben. Auch den Schutz vor einem Herausgabeverlangen des Eigentümers haben sie nur, wenn der Eigentümer anstelle der Ehefrau des Hauptmieters neuer Vermieter geworden ist.

Dem Wortlaut nach ist § 565 Abs. 1 BGB nicht erfüllt. § 565 Abs. 1 BGB legt fest, dass bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses der Eigentümer in das Mietverhältnis zwischen dem „Mieter und dem Dritten“ – heißt: Hauptmieter und Untermieter – eintritt. Zwar sollte hier der Hauptmieter die Weitervermietung vornehmen, er hat es aber nicht getan. Seine Ehefrau wiederum, die die Mietverträge mit den Wohnungsmietern geschlossen hat, ist nicht (Haupt-) Mieterin, handelt bei einer engen Auslegung auch nicht gewerblich.

<sup>67</sup> Vgl. BGH VIII ZR 311/14, NZM 2016, 256, 257 (Rn. 24 f).

<sup>68</sup> BGBl. I, S. 2648.

<sup>69</sup> Ausgangsfall – stark vereinfacht – nach OLG Rostock NJOZ 2016, 1398 = MDR 2016, 1011.

Hier kann die Lösung in einer Analogie liegen. Als Analogie wird die Anwendung einer an sich nicht einschlägigen Rechtsnorm mit anderen Tatbestandsvoraussetzungen auf einen ähnlichen, gesetzlich nicht geregelten Sachverhalt bezeichnet. Der dem Gesetz zu Grunde liegende Regelungsplan ist richterrechtlich im Wege der Auslegung zu erschließen, wobei danach zu fragen ist, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist.<sup>70</sup> Zugleich muss das Regelungsmotiv auch für den nicht geregelten Sachverhalt einschlägig sein. Voraussetzung ist einerseits eine planwidrige Regelungslücke, andererseits eine vergleichbare Interessenlage, die eine vergleichbare Lösung verlangt.<sup>71</sup>

Die Interessen des Vermieters liegen, wie dargestellt, einerseits in der Steuerersparnis, andererseits in der Verwaltungsvereinfachung, also darin, dass er sich um die Verwaltung von Wohnraummietverhältnissen nicht kümmern muss. Dabei sichert die Gewinnerzielungsabsicht des Hauptmieters im Zweifel das wirtschaftliche Funktionieren des Modells. Die Interessen des Mieters liegen im Mieterschutz. Ihm sollte nach § 549a BGB a.F., heute § 565 BGB zugutekommen, auch wenn ohne sein Zutun das Hauptmietverhältnis beendet wird.<sup>72</sup>

Wenn der vorgesehene Zwischenvermieter die Weitervermietung nicht selbst vornimmt, sondern eine nahestehende Person „vornehmen lässt“, liegt zunächst eine Regelungslücke vor. Sie liegt darin, dass es in diesen Fällen in der Umsetzung keinen Zwischenvermieter gibt. Der Hauptmieter nimmt keine Weitervermietung vor; derjenige der die Räume als Wohnung weitervermietet, ist nicht der Hauptmieter. Die Einschaltung einer nahestehenden Person ist nicht geregelt. Das ist planwidrig.

Weitere Voraussetzung ist die der Norm vergleichbare Interessenlage. Auch das ist hier gegeben. Der Eigentümer führt die Wohnungen dem allgemeinen Wohnungsmarkt zu. Er will in dieser Situation wie bei § 565 Abs. 1 BGB sich um die Mietverhältnisse nicht kümmern müssen, will – soweit noch möglich – von einer Steuerersparnis profitieren. Aus seiner Sicht heraus gibt es keinen relevanten Unterschied. Der Wohnraummieter – sonst: Untermieter nach § 565 Abs. 1 BGB – ist seinerseits in gleicher Weise schutzbedürftig. Die allgemeine Wertung des § 565 Abs. 1 BGB ist, dass sich derjenige, der den Wohnraum bewusst im Wege der Vermietung dem Markt zuführt, sich nicht durch Einschaltung Dritter dem Mieterschutz entziehen darf.<sup>73</sup> Das gilt gleichermaßen, wenn nicht der Zwischenvermieter selbst, sondern eine mit ihm verbundene oder nahestehende Person, der er die Mieträume auf andere Weise als durch Untervermietung – etwa im Wege der Leihe – überlassen hat, die Endvermietung vornimmt.<sup>74</sup> Der Hauptmieter seinerseits handelt – auch bei Einschaltung einer nahestehenden Person – weiterhin gewerblich. Er will im konkreten Fall über und mit seiner Ehefrau Gewinn erzielen.

<sup>70</sup> Danwerth, ZfPW 2017, 230, 232 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>71</sup> Vgl. ausführlich BGH IVa ZR 55/87 BGHZ 105, 140, 143 = NJW 1988, 2734.

<sup>72</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum 4. Mietrechtsänderungsgesetz, BT-Drs. 12/3254, S. 37.

<sup>73</sup> MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 565 Rn. 14.

<sup>74</sup> OLG Rostock, NJOZ 2016, 1398, 1401 (Rn. 37) = MDR 2016, 1011.

Im Fall 5 ist also der Eigentümer analog § 565 Abs. 1 BGB in die Wohnraummietverträge eingetreten. Die Wohnraummieter haben mit Beendigung des Hauptmietvertrags ihm die Miete zu zahlen und sind umgekehrt vor einem Herausgabeanspruch geschützt.

#### b. Einschaltung einer nahestehenden Person durch den Eigentümer

Die nächste Fallgruppe ist die, in der ein Eigentümer selbst eine nahestehende Person einschaltet, die für ihn und auf seine Rechnung die Vermietung durchführt.

Fall 6: Der Eigentümer schließt mit seiner Schwägerin einen Mietvertrag über Wohnräume, und zwar „zu Wohnzwecken mit teilgewerblicher Nutzung“. In dem Vertrag ist die Untervermietung ausdrücklich gestattet. Die Schwägerin bewohnt die Räume nicht selbst und will dort auch nicht einziehen. Das weiß auch der Eigentümer. Bei der Vertragsurkunde handelt es sich um ein Formular, das auch für weitere parallel gestaltete Mietverträge verwandt werden kann, die Namen beider Parteien sind elektronisch schon eingefügt. Die Schwägerin vermietet die Wohnung ohne Gewinn weiter. Die Mieteinnahmen leitet sie ihrem Schwager, dem Eigentümer, zu. Als die Untermieter einen Mangel rügen, weist die Zwischenvermieterin sie auf „rechtlichen Grundlagen bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses“ hin. Der Eigentümer erklärt seiner Schwägerin, er wolle diese Untermieter „aus seiner Wohnung haben“. Die beiden, also Eigentümer und Zwischenvermieterin, schließen sodann einen Vertrag, mit dem sie den Hauptmietvertrag aufheben. Der Eigentümer verlangt Herausgabe der Wohnung von den Untervermietern.<sup>75</sup>

In derartigen Fällen muss wiederum nicht einmal ein Mietvertrag Grundlage der Vermietung durch die nahestehende Person sein. Denkbar wäre auch ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag, bei dem der Geschäftsführer aber im eigenen Namen aber auf Rechnung des Eigentümers – treuhänderisch – die Vermietung vornimmt. Die nahestehende Person handelt ggf. auch nicht in der Absicht, eigenen Gewinn zu erzielen, der Gewinn soll beim Eigentümer anfallen.

In diesen Fällen wird das Motiv für die Konstruktion häufig in der Umgehung des Mieterschutzes liegen.

§ 565 Abs. 1 BGB ist wiederum nicht erfüllt, jedenfalls dann, wenn das Merkmal „gewerblich“ so auszulegen ist, wie oben dargestellt.<sup>76</sup> Die Zwischenvermietung erfolgt hier nämlich nicht im Interesse des Zwischenvermieters, der damit eine eigene Gewinnerzielungsabsicht oder sonst einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil anstreben würde. Der Gewinn soll von Anfang an und nur beim Eigentümer anfallen.

Hier sind verschiedene Lösungsansätze zu prüfen.

#### aa. Analogie zu § 565 Abs. 1 BGB

<sup>75</sup> Fall – vereinfacht – nach LG Berlin WuM 2023, 614.

<sup>76</sup> Sh. unter VI.1.

Zu prüfen wäre wiederum eine Analogie. Wiederum ist es fraglich, ob eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage besteht.

M.E. fehlt es hier an einer vergleichbaren Interessenlage jedenfalls auf der Seite des Eigentümers. In der Konstellation des Bauherrenmodells und vergleichbarer Fälle befasst sich der Eigentümer gewollt nicht mit der Auswahl des Mieters. Auch die etwaige Kündigung eines Mieters ist für ihn uninteressant. Vor problematischen Mietern ist er schon dadurch geschützt, dass eben auch der Zwischenvermieter Gewinn erzielen will. Diese Zwecksetzung – auch abseits der Steuerersparnis – rechtfertigt die Analogie, wenn der Zwischenvermieter eine nahestehende Person einschaltet. Die Interessenlage des Eigentümers und des Untermieters decken sich.

Die Situation ist aber eine andere, wenn der Eigentümer selbst eine nahestehende Person einschaltet. Er erzielt gerade die Mieteinnahmen, die diese nahestehende Person – im Beispielfall: seine Schwägerin – einnimmt. Im Zweifel befasst er sich selbst mit der Auswahl der Mieter. Jedenfalls nimmt er im Beispielfall – so auch im Fall des Landgerichts Berlin – unmittelbar Einfluss auf die Bearbeitung des Mietverhältnisses; er will die Untermieter „aus der Wohnung haben“. Die Einschaltung der Schwägerin dient nicht der Ersparnis von Verwaltungsaufwand o.ä., sie dient der Aushebelung des Mieterschutzes. Wirtschaftlich betrachtet liegt schon kein Zwischenmietverhältnis vor.

Das verbindende Element der Fallgestaltungen ist nur noch, dass der Mieter das gleiche Schutzbedürfnis geltend machen kann wie bei einer regulären Vermietung. Er soll nicht dadurch schlechter gestellt werden, dass der Vermieter einen Dritten einschaltet. Dagegen ist das Eigentümerinteresse ein gänzlich Anderes. Diese abweichende Interessenlage auf Eigentümerseite steht m.E. einer Analogie entgegen. Allein das gleiche Schutzbedürfnis des Mieters rechtfertigt sie nach den herkömmlichen Methoden der Gesetzesauslegung und -anwendung m.E. nicht.

#### bb. Einwand des Rechtsmissbrauchs

Die nächste Variante wäre es, dem Mieter gegen das Herausgabeverlangen des Eigentümers den Einwand des Rechtsmissbrauchs aus § 242 BGB zu geben.

Diese Lösung hatte der BGH 1991 vertreten. Seinerzeit gab es noch keine gesetzliche Regelung zur Zwischenvermietung, es galt gesetzlich immer die Relativität der beiden Schuldverhältnisse. Es kam nur eine Analogie zu § 571 BGB a.F./ heute § 566 BGB in Betracht, dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“. Der BGH lehnte eine solche Analogie ab.<sup>77</sup> Es sei aber der Einwand des Rechtsmissbrauchs gegeben, „weil der Eigentümer ein an sich dem Kündigungsschutz für Wohnraum unterliegendes Objekt einem gewerblichen Zwischenvermieter in Kenntnis des Umstandes überlassen hat, dass es letztlich zu Wohnzwecken benutzt werden soll, und weil die allein zu seinem Vorteil erfolgte Einschaltung eines gewerblichen Vermietungsunternehmens keinen überzeugenden Grund in sich trägt, ihn, was die Möglichkeit der Wiedererlangung der Mietsache angeht, zum Nachteil des

<sup>77</sup> BGH VIII ARZ 6/90, NJW 1991, 1815, 1816 = WuM 1991, 326, 327.

Untermieters besser zu stellen als einen Vermieter, der unmittelbar an den Benutzer vermietet.“<sup>78</sup>

Diese Argumentation trägt auch, wenn heute über die Einschaltung einer nahestehenden Person als – nicht gewerblichem – Zwischenmieter der Mieterschutz ausgehebelt werden soll. Ohne eine richterliche Korrektur bliebe es hier dabei, dass der Eigentümer die Räume von den Untermietern herausverlangen könnte.

Aus der Rechtsmissbrauchslösung ergeben sich allerdings erhebliche Folgeprobleme. Wenn der Untermieter nur dem Herausgabeverlangen begegnen kann, entsteht ein vertragsloser Zustand zwischen Eigentümer und Untermieter. Der BGH meinte seinerzeit, das sei mit Hilfe des § 242 BGB ebenfalls zu bewältigen und könne für die Beteiligten Anlass sein, ein direktes Mietverhältnis in Anlehnung an die vorherigen Untermietbedingungen zu begründen.<sup>79</sup> Diese Lösung erscheint aber gerade angesichts der heutigen Regelungsdichte im bestehenden Wohnraummietrecht kaum zu bewältigen. Die vertragliche Herbeiführung einer jetzt von § 565 Abs. 1 BGB erreichten Rechtsfolge bliebe auch im Ungewissen. Schließlich hat noch im gleichen Jahr der „Rechtsmissbrauchsentscheidung“ das BVerfG diese Lösung abgelehnt, weil der Untermieter in dem neuen vertragslosen Zustand immer noch schlechter stehe als bei einem Übergang des Mietverhältnisses.<sup>80</sup>

cc. Anwendung des § 565 Abs. 1 BGB über Art. 3 Abs. 1 GG.

Die Schutzlücke zu akzeptieren und den Mieterschutz hier mangels möglicher Auslegungsergebnisse und Analogien zu vernachlässigen, erschiene allerdings unbefriedigend. Diese Lösung muss auch nicht das Endergebnis sein. Hier kommt die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zum Tragen.

#### (1) Verfassungsgerichtliche Grundlagen

Dazu sind vorab die verfassungsgerichtlichen Obersätze darzustellen, um dann eine Subsumtion für den Bestandsschutz des Untermieters vorzunehmen.

##### Satz 1 – Verstoß gegen Art 3 GG durch die Gerichte

Satz 1: Auch die Gerichte können in Anwendung der Gesetze gegen Art 3 GG verstoßen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Aussage 1991 als Reaktion auf die Bauherrenmodelle entwickelt worden, die wie gesagt, seinerzeit noch nicht gesetzlich geregelt waren. Es war also die Zeit, in der dem Untermieter auch bei gewerblicher Zwischenvermietung der Herausgabeanspruch des Eigentümers drohte, wenn das Hauptmietverhältnis endete. Das BVerfG entschied, es verstoße gegen Art. 3 GG, einem Mieter, der – selbst in Kenntnis der Eigentumsverhältnisse - Wohnraum von einem gewerblichen Zwischenmieter und nicht unmittelbar vom

<sup>78</sup> BGH VIII ARZ 6/90, NJW 1991, 1815, 1816 = WuM 1991, 326, 327.

<sup>79</sup> BGH VIII ARZ 6/90, NJW 1991, 1815, 1816 = WuM 1991, 326, 327.

<sup>80</sup> BVerfGE 1 BvR 538/90, BVerfGE 84, 197 = NJW 1991, 2272, 2273.

Eigentümer gemietet habe, den Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts zu versagen.<sup>81</sup> Den Verstoß gegen Art. 3 GG könne nicht nur der Gesetzgeber begehen. Er liege auch vor, wenn Gerichte im Wege der Auslegung gesetzlicher Vorschriften oder Lückenfüllung zu einer gegen Art. 3 GG verstoßenden Differenzierung gelangen.<sup>82</sup> Dazu heißt es dann, im Falle der gewerblichen Zwischenvermietung sei nicht ersichtlich, dass die gebotene Gleichstellung „mit den herkömmlichen Methoden der Auslegung und der Lückenfüllung nicht erreichbar wäre.“<sup>83</sup>

Auffällig ist hier aber, dass das BVerfG nur Fälle anspricht, in denen eine Lösung möglich ist, die mit den „herkömmlichen Methoden der Auslegung und Lückenfüllung“ möglich ist: also Auslegung, erweiternde Auslegung, Analogie und teleologische Reduktion.

Satz 2 – Einhaltung von Art 3 GG durch Rechtsanwendung außerhalb der herkömmlichen Methoden

Nun können sich Fälle ergeben, in denen eine verfassungsmäßige Lösung nach dem Gesetz nicht möglich ist. Grundsätzlich muss das Gericht in diesen Fällen nach Art. 100 GG verfahren, also das Normenkontrollverfahren einleiten.<sup>84</sup> Den Gerichten ist es verwehrt, einen Fall so zu lösen, dass die Lösung den Gleichheitssatz in Art. 3 GG befolgt, mit einer Gesetzesnorm aber selbst bei allen zulässigen Auslegungs- und Lückenfüllungsmethoden nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Die Rechtsprechung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und darf im Grundsatz keine Lösung unter Vernachlässigung des Gesetzes aussprechen, auch nicht, wenn es die „richtige“ Lösung wäre.

An dieser Stelle ist zu diskutieren, wie weit die „herkömmlichen Methoden“ der Gesetzesanwendung auszudehnen sind. Gerade für Art. 3 GG hat das BVerfG die Grenzziehung zur Bindung an das Gesetz sehr weit gefasst und entschieden, eine „Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm sei nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass ihr Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden hat.“<sup>85</sup> Dort ging es um eine teleologische Reduktion, die dem klaren Wortlaut der Norm widersprach. Dabei sei, so das BVerfG, zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei komplexen Sachverhalten häufig eine gewisse Zeit benötige, um Erfahrungswerte für eine völlig sachangemessene Regelung zu finden.<sup>86</sup>

Denkbar ist in diesen Fällen eine Rechtsfortbildung ‚*praeter legem*‘, also außerhalb des Gesetzes. Sie bedarf zwar sorgfältiger Begründung, ist aber nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> BVerfG 1 BvR 538/90, NJW 1991, 2272.

<sup>82</sup> BVerfG 1 BvR 538/90, NJW 1991, 2272.

<sup>83</sup> BVerfG 1 BvR 538/90, NJW 1991, 2272, 2273.

<sup>84</sup> So bereits BVerfG 1 BvL 106/53, BVerfG 3, 225, ... (juris: Rn. 17).

<sup>85</sup> BVerfG 1 BvL 22/93 – BVerGE 97, 186 = NJW 1998, 1478, 1479.

<sup>86</sup> BVerfG 1 BvL 22/93 – BVerGE 97, 186 = NJW 1998, 1478, 1479.

<sup>87</sup> BVerfG 1 BvL 22/93 – BVerGE 97, 186 = NJW 1998, 1478, 1479; BVerfG 1 BvR 1045/89, BVerfGE 88, 145 = NJW 1993, 2861, 2863 m.w.N.

Sehr plump formuliert heißt das, dass das Gericht auch außerhalb von Analogien und teleologischer Reduktion ersichtliche Schwächen und Lücken in einer Gesetzssystematik ausbügeln darf und muss. Voraussetzung dafür ist aber, dass der Gesetzgeber eine allgemeine Wertung zum Ausdruck gebracht hat, die sich auch belegen lässt, die gleichwohl aber nicht für alle Fälle in das Gesetz Eingang gefunden hat. Diese Lösung geht über die analoge Anwendung einer Norm hinaus, ist untechnisch eher eine „Rechtsanalogie“, die sich an ein übergreifendes System anlehnt.

Schwieriger zu finden ist möglicherweise die vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachte allgemeine Wertung. Hier kommen Meinungsstreitigkeiten in Frage, die aber auch sonst Teil der Rechtsanwendung sind.

Die allgemeinen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts lassen sich – immer noch abstrakt – auf Mindestvoraussetzungen für eine Korrektur zivilrechtlicher Normen über Art. 3 GG herunterbrechen.

Erstens: In den vorhandenen Normen kommt ein besonderes Schutzbedürfnis einer Seite zum Ausdruck, dem der Gesetzgeber erkennbar übergreifend Geltung verschaffen will.

Zweitens: In den Normen erscheint das Interesse der anderen Seite aus bestimmten, konkreten Gründen heraus nachrangig. Auch diese Abwägung muss aus der Gesamtschau der gesetzlichen Normen deutlich werden.

Die Allgemeinheit dieser Aussagen zeigt auf, wie fragwürdig eine Gesetzesanwendung ist, die sich nur auf Art. 3 GG stützt und die dabei die gesetzlichen Normen über eine Auslegung oder Analogie hinaus richterlich ergänzt. Das BVerfG hat die Abgrenzung in einer späteren Entscheidung so formuliert: „Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Dritten Gewalt.“<sup>88</sup> Die Zahl der ausfüllungsbedürftigen Vorgaben ist beeindruckend.

## (2) Anwendung bei Einschaltung nahestehender Personen durch den Eigentümer

In der Subsumtion hier lassen sich die allgemeinen Aussagen m.E. hier wie folgt herunterbrechen:

Die Ausgangslage des Kündigungsschutzes im Wohnraummietrecht erlaubt eine Korrektur. Hier gilt, dass die Situation laufend einem Wandel unterworfen ist. Vor allem die Praxis der Vertragsgestaltung reagiert auf neue Gesetze und Rechtsprechung zügig, im Missbrauchsfall auch mit problematischen Vertragsgestaltungen. Es ist wohl so, dass der Gesetzgeber auf immer neue

---

<sup>88</sup> BVerfG 2 BvR 1170/14, FamRZ 2015, 1263, 1267.

Einzelfallgestaltungen nicht mit laufend neuen, ausdifferenzierten Gesetzen reagieren könnte. In derartigen Fällen sind die Voraussetzungen erfüllt, in der die Lösung durch Rückgriff auf die allgemeine Wertung zum Mieterschutz im gesetzlichen Wohnraummietrecht zu finden ist.

Speziell zur gewerblichen Zwischenvermietung sind folgende Feststellungen gerechtfertigt:

Erstens: Es geht dem Gesetzgeber um den Bestandsschutz des Mietverhältnisses für den Wohnraummieter. Diese Wertung kommt in den §§ 573 ff, § 565, § 566 BGB übergreifend zum Ausdruck.

Zweitens: Aus der Sicht des Mieters ist die Schutzbedürftigkeit in Sonderfällen – wie der Einschaltung einer nahestehenden Person als Zwischenmieter – ebenso hoch wie in den geregelten Fällen der §§ 573 ff BGB sowie §§ 565, 566 BGB.

Drittens: Der vermietende Eigentümer hat in diesen Fällen keine rechtfertigenden Gründe für eine Besserstellung gegenüber dem Standardvermieter, der mit dem Bestandsschutz des Mieters leben muss. Insbesondere hat er die Wohnung bewusst für die allgemeine Wohnraumvermietung zur Verfügung gestellt. Die Mieterschaft ist so ausgewählt wie bei einer direkten Vermietung.

Damit können hier die noch offenen Fälle, vor allem der Fall, in dem der Eigentümer gezielt einen nicht gewerblich handelnden, ihm nahestehenden Zwischenvermieter einsetzt. Das ist keine Analogie § 565 Abs. 1 BGB mehr, sondern die normübergreifende Durchsetzung einer gesetzlichen Wertung zur Einhaltung des Art. 3 GG.

### (3) Auffinden der Rechtsfolge

Die Rechtsfolge dem § 565 Abs. 1 zu entnehmen, erscheint auf den ersten Blick problematisch. Der Mieterschutz ist hier zwar wie in allen ähnlichen Fällen des Wohnraummietrechts geboten. Es fehlt aber bei wirtschaftlicher Betrachtung, also bei Zusammenfassung von Eigentümer und nahestehender Person wirtschaftlich die Interessenkonstellation eines Zwischenmietverhältnisse. Wirtschaftlich ähnelt die Situation derjenigen eines regulären Wohnraummietvertrags.

Wenn hier eine Rechtsfolge durch Richterrecht nachgebildet werden soll, käme es auf erste Sicht ebenfalls infrage, die nahestehende Person im gesamten Mietverhältnis zu „vernachlässigen“, so wie es bei § 566 BGB geschieht. Dort hat der BGH entschieden, § 566 BGB im Fall der Veräußerung analog anzuwenden, wenn zwar Vermieter und Veräußerer nicht identisch sind, wenn aber die Vermietung mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt.<sup>89</sup> In diesem Fall entstehe dem Vermieter kein Nachteil durch den „Verlust“ seiner

---

<sup>89</sup> BGH XII ZR 84/10, NZM 2022, 58, 59 (Rn. 30 ff); BGH XII ZR 26/16, NZM 2017, 847, 849 (Rn. 26 ff).

Vermieterstellung, weil er ohnehin nur die Interessen des Eigentümers verfolgt habe.<sup>90</sup>

Die Anwendung einer Vorschrift, die speziell der gewerblichen Zwischenvermietung dient auf einen Sachverhalt, in der es wirtschaftlich gar keine Zwischenvermietung, geschweige denn eine gewerbliche Zwischenvermietung gibt, bedarf näherer Begründung. Im Ergebnis wird hier eine Rechtsfolge festgelegt, die abgesehen von dem Schutzbedürfnis des Untermieters nicht zu der Norm passt. Dennoch erscheint das Ergebnis richtig. Im Bereich des Art. 3 GG – wenn die Wahrung des Grundrechts – den Gerichten zugewiesen wird, ist eine Norm zu finden, die zu einer sachgerechten Lösung führt.

Für alle Parteien ist es am sinnvollsten, die Mietverhältnisse durchzuführen, die schriftlich so vereinbart sind. Insoweit handelt es sich auch nicht um Scheingeschäfte, weil die Verträge gerade wirksam sein sollen, um die von Eigentümerseite bezweckte Rechtsfolge – Vermeidung des § 565 BGB – herbeizuführen. Nur so hat der Mieter auch die Sicherheit, dass sein Vermieter derjenige ist, der im Mietvertrag steht, dass er auf das von ihm benannte Konto die Miete zahlt usw.

Dem Mieterschutz muss erst dann Geltung verschafft werden, wenn das Hauptmiet- oder -nutzungsverhältnis aufgelöst wird. Hier kommt die Lücke des gesetzlichen Systems zum Tragen. Dieser Zeitpunkt entspricht aber dem des § 565 BGB. Daher ist es richtig, die Rechtsfolge dem § 565 BGB zu entnehmen.

Im Fall 6 ist also § 565 BGB anzuwenden. So ist es in dem dargestellten Beispielfall auch vom Landgericht Berlin entschieden worden.

## V. Wohnraummiete: Weitervermietung zur paritätischen Vermietung - § 578 Abs. 3 BGB

### 1. Gesetzliche Ausgangslage

Eine abweichende Systematik zum Mieterschutz hat der Gesetzgeber 2018 in dem schon genannten § 578 Abs. 3 BGB gewählt. Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 549 Abs. 2 BGB zu lesen.

In § 549 Abs. 2 BGB nimmt das Gesetz bestimmte Wohnraummietverträge weitgehend aus dem Mieterschutz heraus. Umgekehrt unterstellt das Gesetz bestimmte Hauptmietverträge, obwohl es keine Wohnraummietverträge sind, zahlreichen Vorschriften des Wohnraummietrechts. Das gilt vor allem für den Kündigungsschutz. Betroffen sind diejenigen Untermietverträge, die in § 549 Abs. 2 Nr. 3 und – gleichlautend – in § 578 Abs. 3 BGB genannt sind. Verträge nach § 578 Abs. 3 BGB müssen mehrere Voraussetzungen erfüllen:

---

<sup>90</sup> BGH XII ZR 26/16, NZM 2017, 847, 850 (Rn. 38).

Hauptmieter muss hier eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein anerkannter Träger der Wohlfahrtspflege sein.<sup>91</sup> Wohlfahrtspflege ist die planmäßige, zum Wohle der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen ausgeübter Sorge für notleidende oder gefährdete Mitmenschen.<sup>92</sup>

Der Untermieter muss einer Gruppe von Menschen angehören, die einen dringenden Wohnungsbedarf haben.

Die Zuordnung der Parteien zu diesen Gruppen reicht nicht aus. Der Hauptmietvertrag muss seinerseits den Zweck verfolgen, diese besonders schutzbedürftigen Personen mit Wohnraum zu versorgen. Diese Zweckrichtung der Weitervermietung muss der Vertrag auch zumindest schlüssig zum Ausdruck bringen, bei Mietverträgen mit einer Laufzeit von über einem Jahr unterfällt diese Abrede wegen ihrer Bedeutung dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB.<sup>93</sup>

Die betroffenen Hauptmietverträge sind naturgemäß wiederum keine Wohnraummietverträge, weil die genannten Vermieter als juristische Personen oder Träger der Wohlfahrtspflege ihrerseits nicht wohnen können. Es liegt allerdings auch keine gewerbliche Zwischenvermietung vor, weil die Hauptmieter nicht gewerblich handeln.<sup>94</sup> Für diese Verträge gelten nach § 578 Abs. 3 BGB – vereinfacht – die Vorschriften zur Mieterhöhung und die Vorschriften zum Kündigungsrecht. Der Hauptmieter kann also nur bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes ordentlich gekündigt werden.

§ 578 Abs. 3 BGB verweist nicht auf § 565 BGB. Das bedeutet, dass keine Vertragsüberleitung bei Beendigung des Hauptmietvertrags erfolgt, und zwar unabhängig vom Grund der Beendigung. Auch bei einem Mietaufhebungsvertrag oder einer Kündigung durch den Hauptmieter ist er nicht geschützt. Er muss die Wohnung dem Eigentümer herausgeben. Der Schutz des Untermieters wird allein in die Hände des Zwischenmieters gelegt.<sup>95</sup> Dem entspricht es, dass der Untermietvertrag nach § 549 Abs. 2 Nr. 3 BGB vom Zwischenmieter ohnehin frei gekündigt werden kann, wenn er bei Vertragsabschluss auf die Herausnahme aus dem Mieterschutz hingewiesen hat. Es ergäbe systematisch keinen Sinn, den ohnehin jederzeit kündbaren Untermieter in diesen Mietverhältnissen gegenüber dem Hauptmieter stärker zu schützen.

Auch inhaltlich ist diese gesetzgeberische Entscheidung nachzuvollziehen. Die erfassten Vermieter haben die Zielsetzung die geschützten Kreise mit dringendem Wohnbedarf zu versorgen. Sie verfolgen regelmäßig keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern eben soziale Zwecke. Aus dieser Interessenlage heraus ist zumindest typischerweise mit einem Missbrauch der weitergehenden Rechte wohl nicht zu rechnen. Umgekehrt erhöht es mutmaßlich die Bereitschaft der Eigentümer,

---

<sup>91</sup> BeckOGK/H. Schmidt, 01.04.2024, BGB § 578 Rn. 367.

<sup>92</sup> BeckOGK/H. Schmidt, 01.04.2024, BGB § 578 Rn. 368.

<sup>93</sup> Vgl. Staudinger/V. Emmerich, 2021, § 578 Rn. 21; Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, BGB § 578 Rn. 23.

<sup>94</sup> Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, BGB § 578 Rn. 20.

<sup>95</sup> Häublein, FS für Börstinghaus 2020, 211, 213.

Wohnungen an Zwischenvermieter zu vermieten, die aus caritativen oder sonst sozialpolitischen Erwägungen weitervermieten wollen. Die Eigentümer können zwar ihrerseits nur mit einem Kündigungsgrund das Hauptmietverhältnis einseitig beenden, müssen aber immerhin bei einer Beendigung durch den Zwischenmieter nicht mit einer – ungewollten - Überleitung der Untermietverhältnisse rechnen.

Zusammenfassend bedeutet das, dass der Schutz des Untermieters auf zwei Wegen erfolgt. In den Fällen der gewerblichen Zwischenvermietung ist der Untermieter im Verhältnis zum Eigentümer direkt geschützt. Er kann sein Besitzrecht nicht verlieren, wenn nicht in seinem Mietverhältnis ein Kündigungsgrund vorliegt.

In den Fällen der sozialen Vermietung ist der Untermieter nur indirekt geschützt, indem ein verantwortliches Handeln des Hauptmieters – ganz bestimmten Organisationen – vorausgesetzt wird. Im Verhältnis zum Eigentümer wird wiederum – nur – der Hauptmieter geschützt. Der Eigentümer kann den Hauptmietvertrag einseitig nicht ohne einen im Wohnraummietrecht verankerten Kündigungsgrund beenden. Wird der soziale Zwischenvermieter dem in ihn gesetzten Vertrauen nicht gerecht, schließt etwa einen Aufhebungsvertrag mit dem Eigentümer, verliert der Untermieter seine Wohnung.

## 2. Keine Korrektur der gesetzlichen Systematik

Die Vorschrift des § 578 Abs. 3 BGB soll den Untermieter, wie dargestellt, nur mittelbar schützen. Das Hauptmietverhältnis wird, obwohl es kein Wohnraummietverhältnis ist, den Kündigungsvorschriften des Wohnraummietrechts unterstellt. Dem Hauptmieter wird gesetzlich unterstellt, dass er das Hauptmietverhältnis selbst nicht zu Lasten seiner Untermieter kündigen wird, eben weil er als Institution für seine Untermieter Verantwortung trägt. Erfasst wird eben nur zwei Gruppen, nämlich juristische Personen des öffentlichen Rechts oder anerkannte private Träger der Wohlfahrtspflege. Die Hauptmietverträge müssen gerade geschlossen werden, um Personen mit dringendem Wohnbedarf mit Mietverträgen zu versorgen. Hier stellt sich die Frage nach einer direkten oder entsprechenden Anwendung, wenn dem Hauptmieter die gesetzlichen Eigenschaften fehlen.

Fall 7: Der Zwischenvermieter ist eine natürliche Person. Er verfolgt mit Teilen seines erheblichen Vermögens bewusst soziale Zwecke. In diesem Rahmen mietet er mehrere Wohngebäude zur – vergünstigten – Weitervermietung an, und zwar an kinderreiche Familien, die akut von Obdachlosigkeit bedroht sind. Die mit ihnen vereinbarte Miete liegt durchschnittlich nur bei der Hälfte der ortsüblichen Miete. Nach einem Verkauf des Grundstücks erklärt die neue Eigentümerin die Kündigung des Hauptmietverhältnisses und verlangt von allen Untermietern die Herausgabe der Wohnungen.

§ 578 Abs. 3 BGB ist nicht direkt anwendbar. Der Wortlaut ist nicht erfüllt.

Es stellt sich zunächst die Frage nach einer analogen Anwendung. Für eine Analogie ist wiederum zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen

Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist.<sup>96</sup> Das ist hier m.E. nicht der Fall. - Der Rechtsausschuss hat auch in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Mietrechtsanpassungsgesetzes ausdrücklich hervorgehoben, ausgenommen seien private Personen, die nur gelegentlich aus sozialem Interesse tätig würden.<sup>97</sup> Es wäre wohl auch nicht geeignet, die betroffene Personengruppe besser mit Wohnraum zu versorgen. Bereits die Regelung in § 578 Abs. 3 BGB könnte dazu führen, dass den genannten Trägern infolge des starken Kündigungsschutzes im Hauptmietverhältnis kein ausreichender Wohnraum mehr zur Verfügung gestellt wird.<sup>98</sup> Es liegt also keine planwidrige Lücke vor, sondern eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung. Eine Analogie verbietet sich.

Auch hier könnte wieder eine übergreifende Gleichbehandlung nach Art. 3 GG in Frage kommen. Die erste Mindestvoraussetzung wäre wiederum, dass in den vorhandenen Normen ein besonderes Schutzbedürfnis einer Seite zum Ausdruck kommt, dem der Gesetzgeber erkennbar übergreifend Geltung verschaffen will. Schon daran fehlt es meines Erachtens. Gemeint ist in § 578 Abs. 3 BGB wirklich eine isolierte Regelung für bestimmte Zwischenvermieter im Interesse der Wohnraummieter. Dieser Gedanke kann nicht verallgemeinert werden. Es widerspräche dem Willen des Gesetzgebers. Außerdem würde es dazu führen, dass Wohnraum für soziale Zwecke einem unsicheren Kreis „sozialer Vermieter“ wohl kaum noch zur Verfügung gestellt werden würde. Schließlich können Personen, die mit der Vermietung einen entsprechenden sozialen Zweck verfolgen, ihrerseits entsprechende Kündigungsverzichte aushandeln, wenn sie ihre Zwecke sicherstellen wollen. Dabei ist zu bedenken, dass solche Personen als Zwischenvermieter in der Regel durchaus eine Reihe von Wohnungen oder sogar Gebäuden anmieten werden, so dass sie auch eine entsprechende Verhandlungsmacht haben dürften. Hier liegt ein wechselseitiger Kündigungsausschluss nahe, der auch mit langen Fristen nicht gegen § 138 BGB verstoßen dürfte.<sup>99</sup> Dem Vermieter bleibt dann auch eine Möglichkeit, seine Immobilie zu einer langen, aber jedenfalls absehbaren Zeit, zurückzuerlangen.

Der Schutzgedanke des § 578 Abs. 3 BGB ist danach nicht zu verallgemeinern. Es bleibt bei dem gewollt geringen Anwendungsbereich. Im Fall 7 kann die neue Eigentümerin von allen Untermietern die Rückgabe der Wohnungen verlangen.

## VII. Zusammenfassung

In der Gewerbemiete ist der Bestandsschutz des Untermieters nicht schlechter, als er es für einen regulären Hauptmieter wäre. Das Gewerberaummietverhältnis ist auch sonst mit kurzen Fristen ohne Grund kündbar. Dem Gewerbe-Untermieter muss bewusst sein, dass sein Bestandsschutz am Hauptmietvertrag hängt. Für eine

---

<sup>96</sup> Sh. bereits oben unter IV.2.a; Danwerth, ZfPW 2017, 230, 232 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>97</sup> BT Drs. 19/6153, S. 22.

<sup>98</sup> Vgl. dazu Artz/Börstinghaus NZM 2019, 12, 24; Häublein, FS Börstinghaus, 2020, 211.

<sup>99</sup> Vgl. BGH VIII ZR 388/12, NJW 2013, 2820, dort 13 Jahre.

weitergehende Absicherung kann der Untermieter versuchen, mit Hauptmieter und Hauptvermieter eine dreiseitige Vereinbarung zu erreichen.

In der Wohnraummiete legt § 553 BGB bewusst nur ein sehr geringes Schutzniveau fest. Das findet seinen Grund in der engen Verbindung zwischen dem Haupt- und dem Untermieter, die in der gleichen Wohnung leben. Der Fortbestand oder Übergang eines Untermietverhältnisses über einen Teil der Wohnung wäre nicht umsetzbar.

Ein sonst aus § 553 BGB abzuleitendes berechtigtes Interesse an der Untervermietung entfällt nicht, wenn der Hauptmieter die Untervermietung mit Gewinn vornimmt. Das gilt auch dann, wenn der Untermietvertrag eine Miete ausweist, die oberhalb der zulässigen Miete nach den §§ 556d ff BGB liegt.

Im Sonderfall der gewerblichen Zwischenvermietung hat der Gesetzgeber eine den Untermieter schützende Lösung mit § 565 BGB gefunden. Diese wird einerseits über eine Analogie erweitert, wenn der Zwischenvermieter nahestehende Personen einschaltet. Sie wird noch zusätzlich über Art 3 GG erweitert, wenn sonstige vertragliche Vereinbarungen die gleichen Interessen und Schutzbedarfe betreffen. Das sind auf Mieterseite ein Schutzbedürfnis wie im gesetzlichen Kündigungsschutz und auf Vermieterseite das Fehlen rechtfertigender Gründe für einen geringeren Schutz. Auf diese Weise lassen sich in der Regel Fälle einer missbräuchlichen Vertragsgestaltung angemessen lösen.

In den Fällen der paritätischen Weitervermietung ist der Schutzgedanke des § 578 Abs. 3 BGB nicht zu verallgemeinern. Es bleibt bei dem gewollt geringen Anwendungsbereich.