

Zulässigkeit und Gestaltung von Untermietverträgen

Folie 1

I. Einleitung

Der Untermieter hat eine bedeutende Stellung in der Weltliteratur, von Balzac bis Simenon, ebenso in der Filmkunst. Die Filmkomödie „The Goodbye Girl“ von 1977 des US-amerikanischen Filmregisseurs Ross kam etwa mit dem deutschen Titel „Der Untermieter“ in die Kinos.

Folie 2

Paula wurde gerade, wie in ihrem Leben schon öfters, von einem Lebensgefährten verlassen, diesmal von Tony. Vorher hatte Tony allerdings noch einen Untermietvertrag mit seinem Freund Elliot geschlossen, der dann nachts unerwartet vor der Tür steht und einziehen will. Notgedrungen nimmt ihn Paula auf, er ist ihr aber eine Last. Ihre zehnjährige Tochter Lucy freundet sich jedoch schnell mit dem neuen Untermieter an, vor allem aufgrund seines Gitarrenspiels. Elliot ist Schauspieler wie Tony und von Schauspielern hat Paula eigentlich genug. Sie selbst will Tänzerin werden. Elliot hat das Problem, dass der Regisseur seines neuen Films verlangt, dass er Richard III. als einen überzeichneten Homosexuellen spielt. Trotz häufiger Kräche verlieben sich Paula und ihr Untermieter Elliot schließlich ineinander. Aus beruflichen Gründen muss dann Elliot vier Wochen nach Seattle ziehen. Paula fürchtet, dass damit ein endgültiges Goodbye verbunden ist, stellt aber dann fest, dass Elliot die Gitarre in der Wohnung gelassen hat. – Der Untermieter ist – wie in diesem schönen Film mit dem großartigen Schauspieler Richard Dreyfuss als Elliot – immer in einer sehr fragilen Lage, wegen der Abhängigkeit von zweien, der Hauptmieterin und dem Hauptvermieter, was hier eigentlich nur aufgrund einer Liebesbeziehung stabilisierbar ist. Das müssen wir auch bei unseren mietrechtlichen Untersuchungen im Hinterkopf behalten.

Zur Untermiete ist abgesehen von der überzeugenden Entscheidung gegen die erheblich beeinträchtigende Untervermietung an wechselnde Touristen¹ zuletzt am 11. Juni 2014 ein richtungsweisendes Urteil über die Untervermietung eines Teils der Wohnung ergangen.² § 553 BGB regelt dazu als halbzwingende Zentralnorm des Wohnraummietrechts³ die Gebrauchsüberlassung an Dritte.

Folie 3 und 4

¹ BGH NJW 2014, 622.

² Publiziert in WuM 2014, 489.

³ S. dazu § 553 III BGB.

Diese ist von der Überlassung zum unselbstständigen Mitgebrauch und vom Besuch zu unterscheiden, setzt ein berechtigtes Interesse des Mieters an der Gebrauchsüberlassung voraus sowie die Zumutbarkeit der Erlaubniserteilung für den Vermieter, eventuell nach einer angemessenen Mieterhöhung. Wird der Mietvertrag zwischen Hauptmieter und Untermieter ohne Kenntnis des Untermieters hinsichtlich des Mietvertrags geschlossen, kann sich daraus ein Rechtsmangel⁴ ergeben, der zur außerordentlichen Kündigung des Untermietvertrags gem. § 543 BGB wegen eines wichtigen Grundes berechtigt.

Die Untermiete soll hier themagerecht mit den verschiedenen Fallvarianten systematisch erörtert werden, auch unter Einbeziehung der Gewerberaummietverhältnisse und des § 540 BGB sowie der Rechtslage bei einem die Miete überschießenden Untermietbetrag.

Folie 5

Dazu sollen zunächst die neuste BGH-Entscheidung und die Kritik daran erörtert werden (dazu II). Weiterhin ist das berechtigte Interesse des Mieters als Voraussetzung des Anspruchs auf Zustimmung zum Einzug eines Lebensgefährten zu prüfen, für die es eine eventuell überholte weitere BGH-Entscheidung gibt (dazu III). Wenn der Mieter den Zustimmungsvorbehalt ignoriert, ist ein Schadensersatzanspruch zu prüfen (dazu IV). Die Unzumutbarkeit für den Vermieter ist desgleichen zu behandeln (dazu V), bevor das Verhältnis von Untermietzuschlag und Mieterhöhung nach § 553 II BGB aufzugreifen ist (dazu VI). Im Übrigen ist noch ein Gestaltungsvorschlag für eine Untermietklausel in einem Wohnraum- und Geschäftsraummietvertrag zu machen (dazu VII), bevor die Ergebnisse zusammengefasst werden.

II. Der Fall der Untervermietung wegen Auslandsaufenthalts

Folie 6

Fall 1⁵: Die Kläger, ein Paar, mieteten im Jahr 2001 eine Dreizimmerwohnung in einem Mehrfamilienhaus. Da der Kläger zu 2 in der Zeit von 2008 bis 2009 an der Universität Ottawa in Kanada studierte und anschließend eine befristete Lehrtätigkeit aufnahm, wohin ihm die seit Herbst 2010 arbeitslose Klägerin zu 1 folgte, verlangten die Kläger die Gestattung der Untervermietung ab 15.11.2010, die jedoch die beklagte Vermieterin verweigerte. Durch rechtskräftiges Urteil des AG Hamburg wurde 2011 die Beklagte verurteilt, den Klägern zu erlauben, die beiden vorderen Zimmer der Wohnung bis zum 31.12.2012 unterzuvermieten. In einem weiteren Prozess, der dann bis zum BGH ging, verlangten die Kläger Schadensersatz wegen entgangener Untermiete. Diese Klage erwies sich in sämtlichen Instanzen als begründet.

Folie 7

Der BGH bejahte einen Anspruch auf Ersatz des angefallenen Mietausfallschadens, da die Kläger einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung der zwei vorderen Zimmer der

⁴ Der Rechtsmangel tritt aber erst dann ein, wenn der Hauptvermieter Rückgabe und Räumung vom Untermieter verlangt (s. dazu BGHZ 63, 132).

⁵ In Anlehnung an BGH WuM 2014, 489.

Mietwohnung gem. § 553 I BGB gehabt hätten und deswegen die entsprechende mietvertragliche Pflicht von der Beklagten verletzt worden sei. Ein nach Vertragsschluss entstandenes berechtigtes Interesse ergebe sich für die Kläger durch die Begründung eines Lebensmittelpunkts in Ottawa, weil dadurch eine doppelte Haushaltsführung und Reise- und Wohnungskosten vermieden würden und dies als vernünftiger Grund für die Überlassung eines Teils der Wohnung an Dritte nachvollziehbar sei. Als berechtigt sei dabei jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechtsordnung einer durch Mobilität und Flexibilität geprägten Gesellschaft in Einklang stehe. Deswegen sei es berechtigt, dass die Kläger die Untervermietung von zwei Räumen der Dreizimmerwohnung verlangten.

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum seien jedoch unterschiedliche Anforderungen an die verbleibende Nutzung durch den Mieter gestellt worden. Am strengsten sei wohl die Auffassung, dass die Wohnung auch nach der Untervermietung Lebensmittelpunkt des Mieters bleiben müsse.⁶ Dagegen werde von anderen⁷ nur verlangt, dass der Mieter nach wie vor die Sachherrschaft über die Wohnung behalte, was bei marginaler Nutzung, etwa nach der Einlagerung von Möbeln oder bei einer gelegentlichen Übernachtung in einem nicht untervermieteten Zimmer einer größeren Wohnung, jedoch von vornherein nicht der Fall sei. Andere wiederum billigten einen Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungserlaubnis dem Mieter dann zu, wenn ihm mindestens die Hälfte des Wohnraums zur Eigennutzung verbleibe.⁸ Hingegen herrsche bei einem Teil der Instanzgerichte eine großzügigere Betrachtungsweise. So soll die Anwendung des § 553 I BGB nur dann ausscheiden, wenn der Mieter die Wohnung zugunsten eines anderen vollständig aufgebe, also seine Sachherrschaft endgültig und vollständig verliere.⁹ Behalte der Mieter Mitgewahrsam, etwa indem er ein Zimmer für sich belege, persönliche Gegenstände in der Wohnung belasse oder im Besitz von Schlüsseln sei, sei die Untervermietung gestattet.

Der BGH schloss sich der großzügigeren Auffassung an. Es bestünden weder quantitative noch qualitative Vorgaben der Norm. Diese mache den Anspruch auf Gestattung der Untervermietung nur von einem berechtigten Interesse des Mieters abhängig. Auch die Entstehungsgeschichte des § 553 BGB ergebe nichts anderes, da der Gesetzgeber nur das Sonderkündigungsrecht (heute nach § 540 I 2 BGB) reflektiert und es als unbillig empfunden habe, dass der Mieter bis dahin auch bei einem berechtigten Interesse von dem Sonderkündigungsrecht Gebrauch machen müssen. Die Zumutbarkeit für den Vermieter hänge ohnehin von einem wichtigen Grund in der Person des Untermieters ab, eventuell auch von einer angemessenen Mieterhöhung nach § 553 II BGB.

⁶ Hinz hat diese Auffassung früher vertreten, nämlich in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, 1. Aufl., § 553 Rn. 8, seine Auffassung jedoch in der 2. Aufl. geändert.

⁷ S. insb. Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 553 Rn. 8.

⁸ Im Anschluss an das preisgebundene Wohnraum betreffende Urteil des LG Mannheim WuM 1997, 263 etwa Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 553 Rn. 6.

⁹ So LG Hamburg NJW-RR 2000, 602 und auch Hinz, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, 2. Aufl. § 553 Rn. 8.

Der Zweck des § 553 I BGB bestehe darin, dem Mieter die Wohnung, an der er festhalten wolle, zu erhalten.¹⁰ Deswegen sei dem Wohnraumm Mieter nicht nur das Kündigungsrecht des § 540 I 2 BGB eingeräumt, sondern ein Anspruch auf Gestattung der Untervermietung. Dem Mieter sei nicht zusätzlich ungeschriebene Pflichten aufzuerlegen, denen er sich zum Schutz des Vermieters durch eine Untervermietung nicht entziehen könne. Der Vermieter werde ausreichend dadurch geschützt, dass der Untermieter Erfüllungsgehilfe des Mieters hinsichtlich der Obhut über die Mietsache sei. Die Stimmen, die eine signifikante Weiternutzung durch den Mieter verlangten, sei nicht damit vereinbar, dass dem Mieter generell keine Gebrauchspflicht auferlegt, sondern ihm die freie Entscheidung über seine Wohnnutzung nach seinen persönlichen Vorstellungen überlassen werde.

§ 553 I 1 BGB verankere auch nur einen Anspruch auf Gestattung der Überlassung eines Teils des Wohnraums. Damit komme zum Ausdruck, dass eine Untermieterlaubnis nicht gegeben werden soll, wenn der Mieter den gesamten Wohnraum an einen Dritten weitergeben wolle. Den Belangen des Mieters werde durch das Sonderkündigungsrecht des § 540 I 2 BGB ausreichend Rechnung getragen. Von der Überlassung eines Teils des Wohnraums an einen Dritten sei regelmäßig bereits auszugehen, wenn der Mieter ein Zimmer in einer größeren Wohnung zurückbehalte, um hierin Einrichtungsgegenstände zu lagern und die Wohnung gelegentlich zu Übernachtungszwecken zu nutzen.

Die Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB werde auch nicht widerlegt. Die Beklagte sei für ihre rechtliche Fehleinschätzung verantwortlich. Die Rechtsprechung lege den Maßstab sorgfältiger Prüfung des eigenen Rechtsstandpunkts zugrunde und stelle strenge Anforderungen an die Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums, etwa bei Zugrundelegung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Sei damit zu rechnen, dass das zuständige Gericht einen anderen Rechtsstandpunkt einnehmen könne, sei dem Schuldner das regelmäßig als Verschulden anzulasten, insbesondere bei einer unklaren Rechtslage. Dann beruhe das Risiko, dass sich eine Einschätzung des Schuldners später als falsch erweise, zumindest auf Fahrlässigkeit. Für ein etwaiges Verschulden eines Rechtsberaters habe der Schuldner nach § 278 BGB einzustehen.¹¹ Die Entscheidung aus dem Jahre habe zudem die Beurteilung der Zulässigkeit einer Untervermietung wegen eines längeren Auslandsaufenthalts des Mieters vorgezeichnet. Die Beklagte hafte daher für den entstandenen Mietausfallschaden.

Es ist erstaunlich, dass der BGH das rechtskräftige Urteil des AG Hamburg über die Verpflichtung der Beklagten zur Gestattung der Untervermietung für eine bestimmte Zeit überhaupt nicht beachtet hat. Aus der Vernachlässigung der Rechtskraft ergibt sich, dass die Verpflichtung des Vermieters zur Gestattung ganz unabhängig von den vielfältigen

¹⁰ Unter Bezug auf BGH NJW 2006, 1200 Rn. 11 und 13.

¹¹ Unter Bezug auf BGH MDR 2014, 889.

Einschränkungen des § 553 I BGB und der großzügigen Rechtsauffassung des BGH zugunsten des Mieters selbst feststand und nur noch für den Schadensersatzanspruch das Verschulden zu prüfen war. Ist eine rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge wie die der Zustimmungspflicht vorgreiflich für die Entscheidung im späteren Prozess über einen anderen Streitgegenstand wie den des Schadensersatzes, so besteht nach allgemeiner Meinung eine Bindungswirkung aufgrund Rechtskraft.¹² Das Gericht hat den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung von Amts wegen zugrunde zu legen.¹³ Jede abweichende Entscheidung ist unzulässig¹⁴, auch eine Erörterung – hier der Zustimmungspflicht – ist schlicht überflüssig. Trotzdem bleibt die Entscheidung zur Konkretisierung des § 553 BGB natürlich wertvoll, weil sie die Haltung des VIII. Zivilsenats zu den Ansprüchen auf Gestattung der Untervermietung deutlich macht.

Ansonsten ist der Aufbau der Entscheidung transparent und auch überzeugend, auch wenn dadurch paradoxerweise besonders lange Mietverhältnisse entstehen können, die mit dem Grundsatz der Mobilität und Flexibilität nicht zu belegen sind. Aber diesen Grundsatz hat der Senat schon bei der Billigung der vertraglichen Kündigungsausschlussklauseln nicht beachtet, die sich anstelle des vom Mietrechtsgesetzgeber verbotenen Zeitmietvertrags ausgebreitet haben.¹⁵

Nur das Verhältnis zwischen der Sonderkündigung nach § 540 I 2 BGB und dem Anspruch auf Gestattung der Untervermietung nach § 553 I 1 BGB bleibt etwas unterbelichtet. Es ist durchaus problematisch, dass der Wohnraummieter nur einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung eines Teils der Wohnung hat, wenn er jedoch darüber hinausgeht, also die Untervermietung des Wohnraums insgesamt verlangt, jederzeit aus dem Vertrag mittels Sonderkündigungsrechts aussteigen kann. Verlangt der Mieter also mehr, als ihm nach § 553 I 1 BGB zusteht, soll er durch die Beendigung aufgrund des Rechts zur außerordentlichen Kündigung mit der gesetzlichen Frist belohnt werden. Das kann auch nur mit der Forderung nach gesteigerter gesellschaftlicher Flexibilität und Mobilität begründet werden. Eine Widersprüchlichkeit sieht die Literatur darin bisher überwiegend nicht.¹⁶ Der BGH geht jedoch in seiner Entscheidung davon als selbstverständlich aus.

III. Die Zustimmung des Vermieters zum Einzug eines Lebensgefährten und das berechnigte Interesse nach § 553 I 1 BGB

Folie 8

Fall 2¹⁷: Der Mieter nimmt einen gleichgeschlechtlichen Partner auf, schließt mit diesem seinerseits einen Mietvertrag, mit dem er dem Partner ein Zimmer zuweist und den Mitgebrauch des Wohnzimmers regelt. Gegenüber dem Verlangen des Vermieters nach dem

¹² S. nur BGH NJW 1995, 2993.

¹³ BGH NJW 2008, 1227.

¹⁴ BGH NJW 1985, 2535.

¹⁵ S. nur BGH NJW 2005, 1574.

¹⁶ S. nur Schmidt-Futterer/Blank (o. Fn. 4), § 540 Rn. 66.

¹⁷ Nach BGH NJW 2004, 56.

Geburtsdatum, Namen und der früheren Anschrift des Partners, ohne die er sich seine Zustimmung vorbehalten müsse, wendet der Mieter ein, dass es sich um seinen Lebensgefährten handle. Deswegen erhebt der Mieter dann Klage auf Feststellung, dass er berechtigt sei, ohne die Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch der gemieteten Wohnung seinem Lebensgefährten zu überlassen.

Mit Urteil vom 05.11.2003 hat der BGH diese Feststellungsklage abgewiesen.¹⁸ Er hat dabei offen gelassen, ob es sich tatsächlich um einen Lebensgefährten handelte. Deswegen musste er sich mit der Auffassung auseinandersetzen, dass die Aufnahme eines Lebensgefährten in die Wohnung zur Bildung einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft und wie beim Ehegatten oder sonstigen nahen Familienangehörigen zum persönlichen Lebensbereich des Mieters gehöre und vom vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung umfasst sei, der Lebensgefährte somit nicht als Dritter im Sinne des § 549 BGB a.F. (jetzt § 540 BGB) zu verstehen sei. Der Wohnraummietrechtssenat hat sich jedoch der traditionell herrschenden Meinung angeschlossen, nach der¹⁹ beide Formen des Zusammenlebens, also in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft und in einer einfachen Wohngemeinschaft, nicht erlaubnisfrei seien. Auszugehen sei von dem Grundsatz, dass der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters gem. § 540 I 1 BGB nicht berechtigt sei, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen. Dem Lebensgefährten, der von dem Mieter in die Wohnung aufgenommen werde, werde der Gebrauch der Mietsache eingeräumt. Die Unterscheidung zwischen selbstständigem und unselbstständigem Gebrauch sei insoweit aufzugeben. Jede Person, die nicht Partei des Mietvertrags sei, sei Dritter i. S. des § 540 BGB. Aufgrund teleologischer Auslegung sei nur die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz des Art. 6 GG stehenden persönlichen Beziehung davon ausgenommen. Im Übrigen gelte jedoch auch nach der Mietrechtsreform im Jahre 2001 der Erlaubnisvorbehalt.

Zwar habe die Mietrechtsreform die Stellung des Lebensgefährten insofern gestärkt, als § 563 BGB nunmehr ausdrücklich den Eintritt des Partners in den Mietvertrag bei Tod des Mieters vorsehe, und zwar sowohl für gleichgeschlechtlichen Partner nach § 563 I 2 BGB als auch für den sonstigen Lebensgefährten nach § 563 II 4 BGB. Eine entsprechende Klarstellung in § 553 BGB habe der Gesetzgeber nicht aufgenommen. Es bestehe auch ein rechtlicher Unterschied zwischen den beiden Sachlagen, da sonst der bereits jahrelang aufgenommene Partner seinen eigenen Lebensmittelpunkt aufgeben müsse, während es bei der Aufnahme eines Lebensgefährten darum nicht gehe.

Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 I GG und das daraus hergeleitete Recht auf ungehinderte Gestaltung des persönlichen Lebensbereichs in der Wohnung geböten es gleichfalls nicht, den Lebensgefährten vom Erlaubnisvorbehalt

¹⁸ BGH a.a.O.

¹⁹ S. insbesondere BGHZ 92, 213.

auszunehmen. Nach § 553 I 1 BGB stehe dem Mieter, der ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme eines Dritten in seiner Wohnung habe, ein Anspruch auf Erlaubnis gegen den Vermieter zu. Dazu genüge eine nachvollziehbare Darlegung vernünftiger Gründe für die Bildung einer Wohngemeinschaft oder einer ähnlichen Form des Zusammenlebens. Vor dem Hintergrund der gewandelten sozialen Anschauungen über hetero- oder homosexuelle Lebensgemeinschaften sei der Wunsch des Mieters, eine solche Gemeinschaft zu bilden oder fortzusetzen, in aller Regel für die Darlegung eines berechtigten Interesses an der Aufnahme des Dritten in die Wohnung ausrechend. Stütze der Mieter gegenüber dem Vermieter sein Anliegen auf eine derartige Absicht, habe er einen klagbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis, die der Vermieter nur dann versagen könne, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliege, der Wohnraum etwa übermäßig belegt würde oder dem Vermieter gem. § 553 I 2 BGB die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutete werden könne. Mit den Vorschriften der §§ 540, 553 BGB werde ein angemessener Ausgleich zwischen den berechtigten Belangen des Mieters als auch des Vermieters gewährleistet, so dass weder in das Persönlichkeitsrecht des Mieters noch in das Eigentumsrecht des Vermieters über Gebühr eingegriffen würde. Entscheidungen, die den Lebenswandel des Lebensgefährten betreffen, sind seither nicht ergangen.

Es muss also danach keine Entscheidung mehr darüber getroffen werden, ob es sich um einen Lebensgefährten oder einen bloßen Untermieter handelt, da in jedem Fall ein Erlaubnisvorbehalt besteht. Anders kann dies nur bei einem eingetragenen Lebenspartner sein, der wie ein naher Angehöriger ohne Zustimmung des Vermieters in die Wohnung aufgenommen werden kann.²⁰ Es ist dies der Vorzug der Entscheidung aus dem Jahre 2003 zu der Aufnahme eines nicht eingetragenen Lebensgefährten in die Mietwohnung, die aber in den nächsten Jahren oder Jahrzehnten gewiss aufgegeben werden wird, da nach dem Wegfall der Ächtung von gleichgeschlechtlichen und transsexuellen Verbindungen und ihrer Gleichstellung mit traditionellen Familien jede Art von Bildung einer familialen Wohngemeinschaft von einer Zivilgesellschaft zu fördern ist. Dementsprechend wird auch der Erlaubnisvorbehalt für den Lebensgefährten bald entfallen.

IV. Der den Erlaubnisvorbehalt ignorierende Mieter

Folie 9

Fall 3²¹: Die Mieterin, eine Studentin, konnte ihre Miete nicht ohne Untervermietung einzelner Zimmer aufbringen. Die Einwilligung zur Untervermietung an zwei Einzelpersonen wurde schon im Mietvertrag erteilt. Bei einem Wechsel des Untermieters sollte eine schriftliche Einwilligung des Vermieters erfolgen. Es kam jedoch wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten der Vertragsparteien über den Wechsel der Untermieter. Die Vermieterseite machte ihre Erlaubnis von der Darlegung eines berechtigten Interesses abhängig. Die Mieterin bat vergeblich mehrfach um die Erlaubnis zur Untervermietung eines

²⁰ S. nur Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl. 2014, § 540 Rn. 5.

²¹ Nach BGH NJW 2011, 1065.

Zimmers und hatte auch zweimal mit einer Klage Erfolg. Über eine weitere Klage auf Erteilung der Zustimmung war dann zu entscheiden, während der Vermieter wegen unberechtigter Untervermietung ordentlich kündigte und im Wege der Widerklage Räumung und Herausgabe der Wohnung begehrte.

Folie 10

Darüber hatte der BGH in einem Urteil vom 02.02.2011 zu entscheiden.²² Der Vertrag sei so auszulegen, dass der Mieterin das Recht zur Untervermietung grundsätzlich bereits mietvertraglich eingeräumt sei, so dass die Mieterin bei einem Untermieterwechsel ein berechtigtes Interesse i. S. des § 553 I 1 BGB nicht mehr darlegen müsse und der Vermieter die nach dem Mietvertrag auch für den Fall eines Untermieterwechsels vorgesehene schriftliche Einwilligung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Untermieters versagen dürfe.

Der Wohnraummietrechtssenat ging allerdings davon aus, dass ein Mieter, der eine Untervermietung vornimmt, ohne die erforderliche Erlaubnis seines Vermieters einzuholen, damit seine vertraglichen Pflichten auch dann verletzt, wenn er einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat. Ob ein derartiger Vertragsverstoß ein die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigendes Gewicht habe, sei unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Die bewusste Missachtung der Belange des Vermieters könne einer Vertragsverletzung ein maßgebliches Gewicht geben. Habe der Mieter eine Erlaubnis zur Untervermietung vom Vermieter rechtzeitig erbeten, so sei allerdings eine auf die fehlende Erlaubnis gestützte Kündigung rechtsmissbräuchlich, wenn der Vermieter seinerseits zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet gewesen sei und ihm somit selbst eine Vertragsverletzung zur Last falle. Hinzu komme, dass bei einem Abwarten bis zum Erlass eines die vertragswidrig nicht erteilte Untermieterlaubnis gem. § 894 ZPO ersetzenden rechtskräftigen Urteils der Klägerin die Einnahmen aus der Untermiete entgangen wären und dem Untermieter möglicherweise das Interesse an der Anmietung verloren gegangen sei. Der ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses fehle somit ein rechtfertigendes Gewicht. Die Zustimmungsklage hatte somit Erfolg, während die Widerklage auf Räumung und Herausgabe keinen Erfolg hatte.

Damit reduziert der Senat die Wirkungen einer Vertragsverletzung durch Nichteinholung der Erlaubnis, die aber nur durch vorheriges Zustimmungsverlangen der Mieterseite bei Begründetheit des Zustimmungsanspruchs abgewendet werden kann. Damit wird der Diskurs der Mietvertragsparteien über die Untervermietung eröffnet, zugleich aber durch Verneinung eines Kündigungsgrundes in diesem Fall relativiert.

V. Die Unzumutbarkeit nach § 553 I 2 BGB

Folie 11

²² Der Sachverhalt der Entscheidung ist jedoch etwas vereinfacht.

Fall 4: Rechtsanwalt R schloss einen Hauptmietvertrag über eine 200 qm große Acht-Zimmer-Wohnung, wobei er die Miete nur mit Hilfe des Einkommens seiner Ehefrau, Frau Dr. W, zahlen konnte. Als Untermiete wurde ein Betrag von 2/3 der Miete für Frau Dr. W festgelegt. Die Berechtigung zum Untermietvertrag war schon im Hauptmietvertrag verankert. Es kam jedoch nach kurzer Zeit zur Trennung der Eheleute, weil Frau Dr. W auszog. Stattdessen wollte R seine neue Lebensgefährtin, einen Kollegen, eine Kanzleiangestellte und eine Studentin aufnehmen und zudem drei Migranten aus dem Kosovo, dem Irak und Syrien, jeweils mit Zuweisung eines Zimmers. R verlangte deswegen die Zustimmung des Vermieters zur Untervermietung. Er betonte, dass er ein berechtigtes Interesse habe, da Frau Dr. W erheblich mehr Einkommen als er erzielt habe und er auch nur ein einziges Zimmer für sich allein beanspruche. Außerdem bestehe an der Aufnahme flüchtiger Migranten in Deutschland ein öffentliches Interesse. Es sei also ausgeschlossen, dass der Vermieter sich auf eine Unzumutbarkeit berufe. Über eine entsprechende Zustimmungsklage ist zu entscheiden.

Folie 13 und 14

Bereits im Jahre 1984 hatte der BGH²³ über ein familiäres Katastrophenszenario eines Rechtsanwalts zu entscheiden, wo nach der Trennung von einer gut verdienenden Lebensgefährtin eine neue Partnerin und allerlei weitere Personen aus Kanzlei und Privatleben in einer Wohngemeinschaft zu integrieren waren, wo aber der BGH im Unterschied zum KG als Vorinstanz auf eine weitere Substantiierung der Unzumutbarkeit nach § 553 I 2 BGB drang. Der BGH musste damals aber nicht den Rechtsstreit selbst entscheiden, da ihm nur die Rechtsfrage zum Rechtsentscheid vorgelegt worden war, ob der Mieter bereits dann ein berechtigtes Interesse zur Aufnahme eines Dritten habe, wenn er mit diesem im Rahmen seiner Lebensgestaltung aus persönlichen Gründen eine nach seiner Behauptung auf Dauer angelegte Wohngemeinschaft begründen wolle. Im vorliegenden Fall erscheint es noch schwieriger, unter Einhaltung der politischen Korrektheit auch rechtlich überzeugend zu entscheiden. Im schlimmsten Fall wird die Erörterung auf zu vermutende interkulturelle Konflikte und Schwierigkeiten des Miteinanders unter den Migranten hinauslaufen, derentwegen die Zumutbarkeit für den Vermieter entfallen könnte.

VI. Untermietzuschlag und Mieterhöhung aufgrund Untervermietung bei Wohnraum

Hier ist zunächst von der bereicherungs-, geschäftsführungs- und vindikationsrechtlichen Rechtslage zum Untermietzuschlag auszugehen. Dabei betrifft die maßgebliche Grundsatzentscheidung einen gewerblichen Mietvertrag, der aber Schlüsse für das Wohnraummietrecht erlaubt.

Folie 15

Fall 5: Der Eigentümer einer Immobilie von 50.000 qm vermietete diese zum Betrieb eines Einkaufszentrums an einen Mieter. Er verlangte die Zahlung eines Mietzinszuschlags wegen Untervermietung. Der Mieter vermietete seinerseits einen Teil der Flächen mit

²³ BGHZ 92, 213.

Untermietverträgen weiter, die proportional mehr erbrachten als die Miete. Als der Mieter die Zustimmung zu den Untermietverträgen verlangte, machte der Eigentümer diese von der Vereinbarung eines Untermietzuschlages abhängig. Die Klage auf diesen Untermietzuschlag war jedoch nach der Entscheidung des BGH vom 13.12.1995²⁴ erfolglos.

Zunächst verneinte der BGH einen Untermietzuschlag aufgrund der speziellen Gestaltung des geschlossenen Mietvertrags. Die unmittelbare Anwendung des § 816 I 1 BGB scheitere bereits daran, dass die Untervermietung einer Sache keine Verfügung über das Eigentum des Vermieters im Sinne einer Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung des dinglichen Rechts sei. Eine Erstreckung des Verfügungsbegriffs auf den Abschluss von Nutzungsverträgen scheidet aus. Auch eine entsprechende Anwendung des § 816 I 1 BGB komme nicht in Betracht, weil die Untermiete keinen Gegenwert darstelle, den der Mieter anstelle des Eigentümers erziele. Der Untermieter erhalte auch kein Recht zum Besitz gegenüber dem Vermieter, so dass die Untervermietung nicht wirksam in die Rechtsposition des Eigentümers eingreife.

Desgleichen lasse sich aus dem Gesichtspunkt der Eingriffskondition nach § 812 I 1 Alt. 2 BGB kein Anspruch auf Herausgabe der Untermiete herleiten, weil der Mieter die Untermiete nicht auf Kosten des Vermieters erlange. Die Untervermietung sei auch dann, wenn sie unberechtigt erfolge, ein dem Mieter zugewiesenes Geschäft. Der Vermieter habe sich schon durch den Abschluss des Hauptmietvertrages entäußert, könne also selbst nicht mehr die Mietsache einem Dritten überlassen.

Auch ein Anspruch aus angemessener Geschäftsführung nach den §§ 687 II 1, 681, 667 BGB scheitere daran, dass der Mieter mit der Untervermietung kein objektiv fremdes Geschäft vornehme. Der Mieter, der vertragswidrig untervermiete, übe nur den ihm überlassenen Gebrauch in einer ihm nicht zustehenden Weise aus. Da es an den Voraussetzungen des § 687 II 1 BGB fehle, sei auch die Auffassung abzulehnen, zumindest der durch die Untervermietung erlangte Mehrerlös sei herauszugeben.

Schließlich könne der Vermieter vom Mieter auch nicht Nutzungsersatz nach §§ 987, 990 BGB verlangen, da es an der erforderlichen Vindikationslage zwischen Vermieter und Mieter fehle. Der Mieter habe ein Besitzrecht nach § 986 BGB.²⁵

Der Vermieter werde auch nicht unbillig benachteiligt. Er könne sich durch fristlose Kündigung oder Unterlassungsklage wehren. Soweit ihm aus der unbefugten Untervermietung ein Schaden, etwa durch erhöhte Abnutzung, entstehe, mache sich der Mieter schadensersatzpflichtig. Durch die Untervermietung als solche entstehe dem

²⁴ BGHZ 131, 297.

²⁵ S. schon BGHZ 59, 51, 58.

Vermieter noch kein Schaden, so dass auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung ausschieden.

Legt man diese Entscheidung zugrunde, kann außer im Fall erhöhter Abnutzung also bei unberechtigter Untervermietung eines Wohn- oder Geschäftsgrundstücks kein Ausgleich verlangt werden. Dies ist jedoch durch die wohnraummietrechtliche Norm des § 553 II BGB kompensiert, nach der dem Vermieter die Überlassung nur bei einer angemessenen Erhöhung der Miete zuzumuten ist, wenn er die Erlaubnis davon abhängig gemacht hat, dass der Mieter sich mit einer solchen Erhöhung einverstanden erklärt. Soweit also etwa bei Wohnraum eine gegenüber der Miete höhere Untermiete erzielt wird, ist der Mehrerlös mit einem Abzug für den Mehraufwand durch Untervermietung grundsätzlich die Grundlage für eine zu beanspruchende Mieterhöhung außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 558 ff. BGB. Einen einheitlichen Satz (etwa von 20 %) für die Partizipation des Vermieters an der Vermarktung durch Untervermietung kann man nicht als üblich zugrunde legen.²⁶ Bei preisgebundenem Wohnraum gelten die Untermietzuschläge nach § 26 III NMV. Bei Gewerbemietraum sind stattdessen differenzierte Lösungen für die Vertragsgestaltung notwendig.

VII. Die Untermiete bei Gewerberaum

Folie 16

Fall 6: Ein Verlag mietete Geschäftsräume in einem Bürogebäude, musste aber nach und nach erhebliche wirtschaftliche Einbußen hinnehmen. Im Mietvertrag ist eine Untermietklausel enthalten, nach der der Mieter nur an Verlage untervermieten kann. Da wegen der allgemein zurückgegangenen Ertragskraft der Buchverlage kein Konkurrent als Untermieter zu gewinnen ist, bittet der Mieter um die Zustimmung zum Abschluss eines Untermietvertrags mit einem PC-Waren-Geschäft.

Folie 17

Im Gegensatz zum Wohnraummietrecht gibt es keinen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch des Geschäftsraummieters gegen den Vermieter, da § 553 BGB nicht anwendbar ist, der zugunsten des Mieters zwingend ist. Nach der Rechtsprechung darf der Vermieter aber die Untervermietung nur verweigern, wenn es einen wichtigen Grund dafür gibt.²⁷ Dies ist vor allem wegen der Langfristigkeit der meisten Gewerberaummietverträge von maßgeblicher Bedeutung. Der Verzicht des Mieters auf eine Erlaubniseinholung gibt dem Vermieter grundsätzlich das Recht zur Kündigung.²⁸ Desgleichen hat der Mieter ein Sonderkündigungsrecht, wenn der Vermieter nach § 540 I 2 BGB die Erlaubnis zur Untervermietung ohne wichtigen Grund verweigert. Bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen sind die jeweiligen berechtigten Interessen der Mietvertragsparteien zugrunde zu legen. Zudem ergibt die Inhaltskontrolle einer Klausel, die den Widerruf einer Untervermietungserlaubnis bei Gewerberaum eröffnet, nach einer Entscheidung des BGH

²⁶ A.A. AG Hamburg ZMR 2008, 213.

²⁷ S. nur BGH NJW-RR 1992, 1032.

²⁸ BGH NJW 2011, 1065.

aus dem Jahre 1995²⁹ eine unangemessene Benachteiligung des Mieters, der sonst das Risiko des geschäftlichen Erfolgs auch bei der im Bereich der Geschäftsraumvermietung üblichen langfristigen Bindung uneingeschränkt tragen müsste. Insoweit kann also wegen der Unwirksamkeit einer Formulklausel nur eine individualvertragliche Abrede helfen.

Natürlich hat ein Vermieter ein Interesse an einem Verlag, weil dieser meist ruhig und still betrieben wird. Andererseits muss der Mieter nicht in Konkurrenz mit einem anderen Verlag treten, weil daran kein berechtigtes Interesse des Vermieters besteht. Schließt es der allmähliche Niedergang der Buchverlagsbranche im Informationszeitalter aus, dass ein Verlag als Untermieter gewonnen werden kann, ist auch insoweit ein berechtigtes Interesse des Vermieters nicht erkennbar. Die Untermietklausel im Mietvertrag könnte somit schon wegen unangemessener Benachteiligung durch den Verwender gem. § 307 BGB unwirksam sein, wofür es allerdings auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt. Ein vollständiger Ausschluss der Untervermietung verstößt regelmäßig ebenfalls gegen diese Norm³⁰ und berechtigt dann den Mieter zur Sonderkündigung nach § 540 I 2 BGB.

Der Mieter ist aber nach einem Urteil vom 15.11.2006³¹ verpflichtet, den Namen des Untermieters anzugeben und Auskunft über dessen Bonität sowie die Untermietbedingungen, insbesondere über die Miethöhe, zu erteilen. Dies wird teilweise deswegen abgelehnt, weil die wirtschaftlichen Verhältnisse des Untermieters, vor allem Kreditwürdigkeit, im Hinblick auf die Fortdauer der Haftung des Hauptmieters für die Miete nicht relevant seien.³² Streng genommen hat der BGH dies für Wohnraum auch offen gelassen.³³ Für gewerbliche Mietverhältnisse hat er jedoch die Notwendigkeit der Angaben über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Untermieters bejaht, vor allem bei einer Betriebspflicht des Mieters, um nicht einen häufigen Wechsel des Betreibers und einen Leerstand des Objekts in Kauf zu nehmen. In Zeiten teilweise sprunghaft steigender Wohnungsmieten in den Ballungsgebieten mit überdurchschnittlich vielen Arbeitsplätzen muss dies jedoch auch für Wohnraum gelten, da die Mieten dann durch durchschnittliche Einkommen nicht mehr ohne weiteres gedeckt werden und zusätzliche Untervermietungen nötig sein können.

Im vorliegenden Fall muss die Klausel schon wegen ihrer Unangemessenheit im Hinblick auf die Konkurrenz des im Mietvertrag in Bezug genommenen Untermieters aus der Buchverlagsbranche für unwirksam erklärt werden, so dass mangels einer wirksamen Regelung im Mietvertrag bei Verweigerung der Untervermietung an das PC-Waren-Geschäft das Sonderkündigungsrecht nach § 540 I 2 BGB besteht. Damit steht aber die Ausgestaltung von Untermietklauseln in Mietverträgen mit dem Hauptmieter auf der Agenda.

²⁹ BGHZ 130, 50 = BGH NJW 1995, 2034.

³⁰ BGH NJW-RR 1992, 1032.

³¹ BGH ZMR 2007, 184.

³² Bei BGH a.a.O., Rn. 17, unter Bezug auf Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 540 Rn. 27.

³³ BGH a.a.O., Rn. 18.

VIII. Die Ausgestaltung einer Untermietklausel

Hier wird man vor allem nach Wohnraumverträgen und Verträgen über Geschäftsräume unterscheiden müssen.

Folie 18-20

Fall 7: In den Mietvertrag haben die Mietvertragsparteien eine Klausel aufgenommen, nach der die Erlaubnis zur Untervermietung eines Teils der gemieteten Wohnung und auch der Wohnung insgesamt an einen Dritten generell erteilt wird. Im jeweiligen Einzelfall behält sich aber der Vermieter die Zustimmung zur Untervermietung vor, die der Mieter in jedem Fall einzuholen hat. Der Vermieter soll aber nur bei berechtigten Interessen des Mieters die Erlaubnis aus wichtigem Grund verweigern können. Dafür sollen die persönliche Feindseligkeit des Dritten mit einer der Mietvertragsparteien, ein zu erwartender nicht vertragsgemäßer Gebrauch der Räume sowie die Überbelegung des untervermieteten Raums und sonstige Gründe der Unzumutbarkeit für den Vermieter ausreichen. Besteht ein Anspruch auf Zustimmung gegen den Vermieter und übersteigt die Untermiete verhältnismäßig die Miete nach Abzug des Aufwands für die Untervermietung, kann die Erlaubnis davon abhängig gemacht werden, dass der Mieter sich mit einer solchen Erhöhung einverstanden erklärt. Die Erteilung der Zustimmung kann nach dem Mietvertrag von der Information des Vermieters über Namen und Vornamen des Untermieters, der Vorlage des Untermietvertrags mit allen für die Untermiete relevanten Details sowie der Auskunft über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Untermieters abhängig gemacht werden. Wird die Erlaubnis des Vermieters ohne wichtigen Grund verweigert, hat der Mieter ein Sonderkündigungsrecht nach § 540 I 2 BGB.

Diese wohnraumbezogene Untermietklausel entspricht sowohl § 553 I 1 BGB, nach dem der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung eines Teils der Wohnung an einen Dritten darzutun hat. Sie entspricht auch der Regelung des § 553 I 2 BGB, nach dem der Vermieter einen wichtigen Grund für die Verweigerung seiner Erlaubnis anführen muss, die in einem gewissen Umfang ausdifferenziert wird. § 553 II BGB ist mit seiner Mieterhöhungsfolge in Bezug genommen. Zugleich wird auch § 540 I 2 BGB Rechnung getragen, indem die Untervermietung der gesamten Wohnung mit der Folge des Sonderkündigungsrechts mit gesetzlicher Frist angesprochen wird. Mit einer solchen Klausel wird also der Inhalt der zugunsten des Mieters halbzwingenden Norm des § 553 BGB³⁴ konkretisiert, so dass die Untermietklausel auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhalten müsste. Abweichungen zugunsten des Mieters bleiben vorbehalten, so etwa eine Klausel, die dem Mieter den Anspruch auf Zustimmung zu einer Untervermietung der gesamten Wohnung eröffnet. Dann kann dies im Wege der Zustimmungsklage verlangt werden, so dass die Bindung an den Mietvertrag erhalten werden kann. Dessen ungeachtet kann sich der Mieter aus der Bindung durch Sonderkündigung nach § 540 I 2 BGB lösen, hat

³⁴ Der halbzwingende Charakter ergibt sich aus § 553 III BGB.

also in diesem Fall ein Wahlrecht zwischen der Fortführung und der Beendigung des Vertrags.

Bei der Geschäftsraummiete ist weitgehend die gleiche Klausel verwendbar, obwohl § 553 BGB hierfür nicht gilt. Bei der Abwägung der Interessen wird es jedoch auf die Perspektiven beider Vertragsparteien ankommen, die nur berechnigte Interessen zu beachten zwingt, allerdings auch das berechnigte Interesse des Vermieters. Deswegen kann in einer geschäftsraumbezogenen Klausel auch auf den Wettbewerb des Vermieters oder anderer Mieter und auf eine Vertragszweckänderung abgestellt werden, die jeweils einen wichtigen Grund für eine Erlaubnisverweigerung darstellen.

Folie 21 - 27

Ergebnisse:

1. Auch wenn das Urteil des BGH vom 11.06.2014 wegen der rechtskräftigen Entscheidung über die Verpflichtung zur Zustimmung des Vermieters hinsichtlich des Abschlusses eines Untermietvertrags nur hinsichtlich des Verschuldens des Mieters hätte ergehen dürfen, ist die großzügige Handhabung der §§ 553, 540 BGB für befristete Auslandsaufenthalte zu akzeptieren.
2. Nach dem Urteil des BGH vom 05.11.2003 ist noch daran festzuhalten, dass auch die Aufnahme eines Lebensgefährten einen Dritten i. S. des § 553 I 1 BGB betrifft, während die Aufnahme eines nahen Familienangehörigen nicht dem Zustimmungsvorbehalt unterliegt.
3. Der Mieter, der eine Untervermietung vornimmt, ohne die erforderliche Erlaubnis seines Vermieters einzuholen, verletzt nach der Entscheidung des BGH vom 02.02.2011 den Vertrag mit der grundsätzlich möglichen Folge einer Kündigung oder der Schadensersatzpflicht. Hat er allerdings die Erlaubnis rechtzeitig beantragt, so ist die auf die fehlende Erlaubnis gestützte Kündigung rechtsmissbräuchlich, wenn der Vermieter seinerseits zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet war und ihm somit ebenfalls eine Vertragsverletzung zur Last fällt.
4. Während bei einer Vermietung einer größeren Wohnung auch ein Trennungsgeschehen ein berechtigtes Interesse des Mieters ergeben kann, vor allem dann, wenn der Ausgezogene ein erhebliches Einkommen hatte, kann die Zumutbarkeit für den Vermieter fraglich sein, wenn der Mieter mehrere Untermietverträge schließt und auch interkulturelle Konflikte zwischen den Untermietern drohen.
5. Für einen Untermietzuschlag gibt es nach der mehrfach bestätigten Entscheidung des BGH vom 13.12.1995 keine bereicherungs-, geschäftsführungs- oder vindikationsrechtliche Anspruchsgrundlage. Dies kann durch die wohnraummietrechtliche Norm des § 553 II BGB kompensiert werden, nach der dem Vermieter die Überlassung nur bei einer angemessenen

Erhöhung der Miete zuzumuten ist, wenn er die Erlaubnis zur Untervermietung davon abhängig gemacht hat, dass sich der Mieter mit einer solchen Erhöhung einverstanden erklärt.

6. Bei der Untervermietung von Gewerberaum ist zusätzlich zu beachten, dass keine Vertragszweckänderung erfolgen darf und die Untervermietung klauselmäßig nicht Wettbewerbern des Hauptvermieters und anderer Mieter eröffnet werden kann.

7. Eine Ausgestaltung der Untermietklauseln in Wohnraummietverträgen kann sich an den §§ 553, 540 BGB orientieren, darf die berechtigten Interessen des Mieters und die Zumutbarkeit für den Vermieter konkretisieren und hält dann, wie anhand einer so formulierten AGB-Klausel geprüft worden ist, einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Wenn der Wohnraummieter sich abweichend von § 553 I 1 BGB den Anspruch auf Zustimmung zur Untervermietung der gesamten Wohnung einräumen lassen kann, erhält er ein Wahlrecht zwischen der Fortsetzung des Mietvertrags und der Beendigung aufgrund außerordentlicher Kündigung nach § 540 I 2 BGB.

Folie 28

Lassen Sie mich zum Schluss noch einmal auf den Film „The Goodbye Girl“ zurückkommen. Bei Verwendung einer solchen Klauselgestaltung kann der Untermieter auch ohne Liebesbeziehung zum Hauptmieter jedenfalls erwarten, dass seine Stellung nicht mehr so ungesichert ist wie in dieser Filmkomödie.