

# Weimarer Immobilienrechtstage 2017

## Nutzungsentschädigung und Schadensersatzansprüche des Vermieters bei verspäteter Rückgabe der Mietsache

VRiLG Hubert Fleindl

Landgericht München I

### I. Einleitung

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 18.01.2017<sup>1</sup> entschieden, dass auch bei beendeten Wohnraummietverträgen der frühere Mieter gemäß § 546a Abs. 1 BGB eine Nutzungsentschädigung in Höhe der bei Neuabschluss eines Mietvertrages üblichen Miete – also die Markt- oder Wiedervermietungsmiete – schuldet, wenn diese über der vereinbarten Miete liegt. Während für den Bereich des Gewerberaummietrechts diese Rechtsfrage schon immer im vorgenannten Sinne verstanden wurde, war bei der Wohnraummiete bis zur vorgenannten Entscheidung des BGH streitig, ob der Vermieter die meist höhere Wiedervermietungsmiete<sup>2</sup> verlangen kann oder auf die ortsübliche Vergleichsmiete im Sinne der §§ 558 ff, 556d ff. BGB<sup>3</sup> beschränkt ist. Der BGH hat sowohl aus der Gesetzessystematik als auch nach Sinn und Zweck des § 546a Abs. 1 BGB in zutreffender Weise geschlossen, dass auch der Wohnraummieter eine Entschädigung schulde, die bei Neuabschluss eines Mietvertrages über die Wohnung zu erzielen wäre.<sup>4</sup> Jedenfalls für die Praxis ist diese mietrechtliche „Alltagsfrage“<sup>5</sup> damit geklärt. Die Entscheidung führt allerdings zu einer Vielzahl von materiellrechtlichen und prozessualen Folgeproblemen, die angesichts der gerade im Wohnraummietrecht zu erwartenden praktischen Bedeutung nach einer Darstellung der Voraussetzungen des Anspruchs näher untersucht werden sollen.

### II. Anwendungsbereich und Rechtsnatur des Entschädigungsanspruches

Nach dem Wortlaut des § 546a Abs. 1 BGB kann der Vermieter von seinem früheren Mieter eine Entschädigung in Höhe der vereinbarten Miete oder die Miete verlangen, die für vergleichbare Sachen ortsüblich ist, wenn der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt, sondern sie dem Vermieter vorenthält. Die Vorschrift wurde durch die Mietrechtsreform 2001 aus dem früheren § 557 Abs. 1 BGB aF inhaltlich weitgehend unverändert

---

<sup>1</sup> BGH NZM 2017, 186 = ZMR 2017, 300

<sup>2</sup> So schon bisher Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 59; MüKo/Bieber § 546a Rn 13; Staudinger/Rolfs (2017) § 546a Rn 53

<sup>3</sup> So Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 34; Palandt/Weidenkaff § 546a Rn 11; Stornel Mietrecht aktuell, 4. Auflage 2009, Rn XIII 111.

<sup>4</sup> BGH NZM 2017, 186 unter Rn 16 ff.; zustimmend Beyer jurisPR-MietR 5/2017 Anm. 1 und Börstinghaus jurisPR-BGHZivilR 4/2017 Anm. 1.

<sup>5</sup> Beyer jurisPR-MietR 5/2017 Anm. 1 der sich wundert, wie lange es dauern kann, bis eine solche jahrzehntelang umstrittene Rechtsfrage durch den BGH geklärt werden kann.

übernommen<sup>6</sup> und lediglich aus Gründen der Übersichtlichkeit in zwei Absätze aufgeteilt.<sup>7</sup> Die ursprüngliche Fassung des § 557 BGB aF aus dem Jahr 1900 billigte dem Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung lediglich eine Entschädigung in Höhe des vereinbarten Mietzinses zu, nach S. 2 war die Geltendmachung eines weiteren Schadens allerdings nicht ausgeschlossen.<sup>8</sup> Durch das Zweite Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften aus dem Jahr 1964 wurden für den Bereich des Wohnraummietrechtes in § 557 BGB aF die Abs. 2 - 4 eingefügt,<sup>9</sup> die sich in der jetzigen Gesetzesfassung im Wesentlichen unverändert in § 571 BGB wiederfinden. Erst durch das Dritte Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften aus dem Jahr 1967<sup>10</sup> wurde § 557 Abs. 1 BGB aF um einen zweiten Halbsatz ergänzt, der dem Vermieter von Räumen anstelle des vereinbarten Mietzinses erstmals eine Entschädigung zubilligte, die für vergleichbare Räume ortsüblich ist. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Vermieter von Wohnraum sich andernfalls - insbesondere angesichts einer damals möglichen Bewilligung einer bis zu zweijährigen Räumungsfrist - mit einer nicht mehr angemessenen, niedrigen Nutzungsentschädigung in Höhe des bisher vereinbarten Mietzinses begnügen müsse.<sup>11</sup> Dem Vermieter solle daher zukünftig zur Verbesserung seiner Rechtsposition ein Wahlrecht zustehen, ob er den vereinbarten Mietzins oder den Mietzins verlangt, der für vergleichbare Räume ortsüblich ist.<sup>12</sup> Der Reformgesetzgeber hat 2001 diese Regelung in § 546a BGB übernommen und auf alle Mietverhältnisse ausgedehnt. In der Begründung hierzu heißt es ausdrücklich, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses unter dem Gesichtspunkt der gerechten Risikoverteilung nicht darauf vertrauen könne, dass sein früherer Vermieter seinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung lediglich in Höhe der bisher vereinbarten Miete geltend mache.<sup>13</sup> Diesen Aspekt hat auch der BGH in der eingangs genannten Entscheidung ausdrücklich aufgegriffen und zutreffend ausgeführt, dass der Gesetzgeber dem Vermieter auch im Wohnraummietrecht einen Anspruch auf die bei Neuvermietung erzielbare Miete eröffnen wollte.<sup>14</sup> Dem ist zuzustimmen. Zwar sprechen sowohl § 546a BGB als auch § 558 Abs. 2 BGB (für die Mieterhöhung) von der „Ortsüblichkeit“ der Miete, der Vergleichsmietenbegriff des § 558 BGB kann aber schon deshalb nicht für die Auslegung des § 546a BGB herangezogen werden, weil die aus § 2 Abs. 1 MHG ins BGB übernommene Vorschrift aus dem Jahr 1974 stammt<sup>15</sup> und damit zeitlich nach § 557 Abs. 1 HS 2 BGB aF Gesetz wurde. Überdies handelt es sich bei § 546a BGB um eine für alle Mietverhältnisse geltende gesetzliche Bestimmung, während die Regelungen der §§ 558 ff. auf laufende Mietverhältnisse über Wohnraum zugeschnitten sind.<sup>16</sup>

Bei dem Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB handelt es sich nicht um einen Schadensersatzspruch, sondern um einen vertragsähnlichen Anspruch im Rahmen des

---

<sup>6</sup> Die Ansprüche des Vermieters auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe der ortsüblichen Miete wurde allerdings entgegen der bis dahin nur für Mietverhältnisse über Räume geltenden Regelung des § 557 Abs. 1 aF BGB auf alle Mietverhältnisse ausgedehnt, vgl. BT-Drucks. 14/4553, Seite 45.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 44.

<sup>8</sup> BGBl. I 1964, S. 457; zur Gesetzeshistorie siehe Roquette, Mietrecht des BGB, 1966, Seite 16f; der BGH billigte aber schon nach dem alten Recht dem Vermieter Bereicherungsansprüche in Höhe des objektiven Mietwertes zu, siehe etwa BGH NJW 1968, 197.

<sup>9</sup> BT-Drucks. IV/2195, Seite 5

<sup>10</sup> BGBl. I, 1967, S. 1248.

<sup>11</sup> Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. V/2317, Seite 4 (Bericht des Abgeordneten Busse).

<sup>12</sup> Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. V/2317, Seite 4 (Bericht des Abgeordneten Busse).

<sup>13</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 45.

<sup>14</sup> BGH NZM 2017, 186 Rn 23.

<sup>15</sup> Art. 3 bis 8 des 2. WKSchG vom 18.12.1974, BGBl. I S. 3603.

<sup>16</sup> BGH NZM 2017, 186 Rn 17.

Abwicklungsverhältnisses nach Beendigung des Mietvertrages.<sup>17</sup> Ein etwaiges Mitverschulden des Vermieters nach § 254 BGB am Unterbleiben der Rückgabe scheidet daher aus.<sup>18</sup> Während der Dauer der Vorenthaltung ist das Mietverhältnis nur noch auf Abwicklung und Rückgabe der Mietsache ausgelegt, die vom Willen des Mieters abhängt. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung soll zusätzlichen Druck auf den früheren Mieter ausüben, der die geschuldete Rückgabe vertragswidrig nicht bewirkt.<sup>19</sup> Der Vermieter hat nach Abs. 1 ein Wahlrecht im Sinne zweier möglicher Bemessungsgrundlagen (vereinbarte Miete bzw. ortsübliche Miete), welches er aber nicht durch rechtsgestaltende Willenserklärung geltend machen muss.<sup>20</sup> Auch für den Fall, dass die vereinbarte Miete über der ortsüblichen liegt, steht dem Vermieter damit in jedem Fall ein Mindestbetrag in Höhe der bisher geschuldeten Miete zu.<sup>21</sup> Liegt die ortsübliche Miete (Wiedervermietungsmiete) über der vereinbarten Miete, so hat der Vermieter einen Anspruch mindestens in Höhe der zuletzt geschuldeten Miete. Zahlt in diesen Fällen der frühere Mieter die bisherige Miete weiter, so tritt nur eine Teilerfüllung des Anspruchs des Vermieters auf Zahlung der – erhöhten – Nutzungsentschädigung ein.<sup>22</sup> Im Übrigen ist der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der erhöhten Nutzungsentschädigung nicht davon abhängig, dass der Vermieter – wie etwa im Falle einer Eigenbedarfskündigung – die Sache nach Rückgabe wieder vermieten möchte.<sup>23</sup> Unerheblich ist auch, ob der Mieter aus dem vorenthaltenen Mietobjekt einen entsprechenden Nutzen insbesondere im Hinblick auf die Gebrauchsvorteile ziehen konnte.<sup>24</sup>

### III. Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs

Der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Nutzungsentschädigung setzt ein beendetes Mietverhältnis zwischen den Parteien sowie die Nichterfüllung der Rückgabepflicht durch den Mieter im Sinne einer Vorenthaltung der Mietsache voraus. Die Bewilligung einer Räumungsfrist nach §§ 721, 794a ZPO oder Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO steht einem Anspruch nicht entgegen, wohl aber die Fortsetzung des Mietverhältnisses nach § 574a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB (dazu unten IV. 3) f)).

#### 1) Mietverhältnis zwischen den Parteien

§ 546a BGB setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein Mietverhältnis bestanden hat. Der Anspruch richtet sich also gegen den Mieter, mehrere Mieter haften als Gesamtschuldner. Dies gilt auch dann, wenn einer von mehreren Mietern den Räumungsanspruch erfüllt hat, da jeder Mieter die Rückgabe durch alle Mieter schuldet.<sup>25</sup> Im Verhältnis zum Untermieter hat

---

<sup>17</sup> BGH NZM 2017, 186; BGH NJW 2015, 2795; BGH NJW-RR 1991, 176.

<sup>18</sup> BGH NJW 1984, 1527.

<sup>19</sup> BGH NZM 2017, 186 unter Rn 25; BGH NJW 2015, 2795 Rn 21; BGH NZM 2006, 52; BGH NZM 2004, 354; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 2.

<sup>20</sup> BGH NZM 1999, 803; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 53; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 4.

<sup>21</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 3.

<sup>22</sup> BGH NZM 1999, 803 unter Rn 11.

<sup>23</sup> BGH NZM 2017, 186 unter Rn 12; KG ZMR 2001, 114; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 1.

<sup>24</sup> BGH NZM 2006, 52; Sternel Mietrecht aktuell, 4. Auflage 2009, Rn XIII 100.

<sup>25</sup> BeckOGK BGB/Zehelein § 546a Rn 18; MüKo/Bieber § 546a Rn 9.

der Hauptvermieter mangels vertraglicher Beziehung keinen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung, wohl aber besteht ein solcher im Verhältnis zwischen Hauptmieter und Untermieter, wenn der Untermieter nach Beendigung des Untermietverhältnisses die Mietsache nicht herausgibt.<sup>26</sup> Ist in diesem Fall auch das Hauptmietverhältnis beendet, scheidet ein Anspruch des Hauptmieters auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung allerdings mangels eigener Nutzungsberechtigung aus.<sup>27</sup> Dem Eigentümer bzw. Hauptvermieter können in diesen Konstellationen aber sowohl Bereicherungsansprüche als auch Ansprüche aus EBV nach §§ 987 ff. BGB gegen den Hauptmieter als auch den Untermieter zustehen.<sup>28</sup> Verletzt der Untermieter seine Rückgabepflichtung aus § 546 Abs. 2 BGB, kommen Schadensersatzansprüche wegen Schuldnerverzugs in Betracht.<sup>29</sup> Geht im Falle der gewerblichen Zwischenvermietung das Mietverhältnis mit dem Untermieter nach § 565 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Hauptvermieter über, scheidet ein Anspruch nach § 546a BGB gegen den Zwischenmieter aus, weil der Vermieter einen Anspruch auf Mietzahlung nach § 535 Abs. 2 BGB gegen den Untermieter hat.

Anspruchsgläubiger ist grundsätzlich der Vermieter, er muss nicht Eigentümer sein;<sup>30</sup> lediglich im Falle konkurrierender gesetzlicher Ansprüche muss der Anspruchsteller im Regelfall auch Eigentümer der Mietsache sein. Im Falle einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung tritt der Erwerber nach § 566 BGB mit seiner Eintragung ins Grundbuch in das schuldrechtliche Abwicklungsverhältnis ein; die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Nutzungsentschädigungen stehen dem Erwerber zu.<sup>31</sup> War zum Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbers die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen, so entstehen die Rechte aus § 546a BGB erstmals in der Person des Erwerbers.<sup>32</sup> Der Anspruch auf Zahlung der Nutzungsentschädigung kann vom Vermieter nach allgemeinen Regeln abgetreten werden.<sup>33</sup>

## 2) Beendigung des Mietverhältnisses

Das Mietverhältnis zwischen den Parteien muss beendet sein, § 542 BGB. Im Falle der fristlosen Kündigung entsteht der Anspruch mit Zugang der Kündigung, im Falle der ordentlichen Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist. Das Mietverhältnis muss beendet bleiben, so dass insbesondere bei einvernehmlichen Regelungen oder einer stillschweigenden Verlängerung des Mietverhältnisses durch Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache nach § 545 BGB ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung entfällt.<sup>34</sup> Gleiches gilt im Falle einer einvernehmlichen oder gerichtlichen Fortsetzung des Mietverhältnisses aufgrund der Sozialklausel nach §§ 574, 574a BGB (näher hierzu unten IV. 3) f)).<sup>35</sup> Wurde das Wohnraummietverhältnis seitens des Vermieters wegen Zahlungsverzugs fristlos gekündigt,

---

<sup>26</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 12.

<sup>27</sup> BGH NJW 1996, 46; MüKo/Bieber § 546a Rn 3

<sup>28</sup> Näher hierzu Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 29; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 12; problematisch erscheint insbesondere, ob der Eigentümer gegen den Untermieter Ansprüche auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen nach §§ 987 Abs. 1, 991 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen kann, wenn dieser gegenüber dem Hauptmieter weiterhin zur Zahlung von Miete verpflichtet ist.

<sup>29</sup> Stempel Mietrecht aktuell, 4. Auflage 2009, Rn XIII 107.

<sup>30</sup> BeckOGK BGB/Zehelein § 546a Rn 16;

<sup>31</sup> BGH NJW 1978, 2148, 2149; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a 28.

<sup>32</sup> BGH NJW 1978, 2148, 2149 zu § 557 BGB aF.

<sup>33</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 28;

<sup>34</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 14; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 24.

<sup>35</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 24.

so lebt das Mietverhältnis im Falle der Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ebenfalls rückwirkend wieder auf mit der Folge, dass der Mieter keine Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB mehr schuldet.<sup>36</sup> Zur Problematik der Höhe der Nachzahlung siehe unten IV. 3) d).

### 3) Vorenthaltung der Mietsache

Da der Wortlaut des § 546a Abs. 1 BGB neben der Verletzung der Rückgabepflichtung von der „Dauer der Vorenthaltung“ spricht, entsteht nach wohl einhelliger Meinung der Anspruch nicht bereits mit der Nichterfüllung der Räumungsverpflichtung des Mieters aus § 546 Abs. 1 BGB.<sup>37</sup> Eine Vorenthaltung der Mietsache ist vielmehr nur dann gegeben, wenn der Mieter die Sache nicht zurückgibt, obwohl ihm dies möglich wäre und wenn dieses Verhalten dem Willen des Vermieters widerspricht.<sup>38</sup> Neben der objektiven Komponente der Nichterfüllung der Rückgabepflichtung muss also in subjektiver Hinsicht auch ein Rücknahmewille des Vermieters gegeben sein.

#### a) Nichtrückgabe der Mietsache

##### (1) Weiternutzung und Besitzaufgabe

Gemäß § 546 Abs. 1 BGB ist der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet, dem Vermieter die Mietsache zurückzugeben. Dies bedeutet im Regelfall die Besitzverschaffung nach § 854 Abs. 1 BGB. Bei der Raum- insbesondere auch der Wohnraummiete setzt die Erfüllung der Rückgabepflichtung über die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes hinaus aber auch die Räumung voraus, also die Entfernung der vom Mieter eingebrachten Sachen einschließlich der Rückgabe aller Schlüssel.<sup>39</sup> Der Raummietler verstößt gegen seine Räumungsverpflichtung also nicht nur dann, wenn er die gemietete Sache nach Vertragsende weiterbenutzt, sondern auch dann, wenn er dem Vermieter unter Besitzaufgabe die Schlüssel überlässt ohne seine beweglichen Sachen zu entfernen bzw. seine Rückbaupflichten zu erfüllen oder zwar räumt, aber die Schlüssel zurückbehält.<sup>40</sup> Gleiches gilt, wenn nach Vertragsbeendigung einer von mehreren Mitmietern oder der Untermieter in den Räumlichkeiten verbleibt.<sup>41</sup> Auch in diesem Fall liegt eine Verletzung der Räumungsverpflichtung schon deshalb vor, weil der Vermieter die Sache nicht selbst oder durch Weitervermietung nutzen kann. Im Bereich der Wohnraum- und Grundstücksrente ist die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Räumungsanspruch des Vermieters nach §§ 570, 578 BGB ausgeschlossen.

##### (2) Nichterfüllung und Schlechterfüllung der Rückgabepflicht

---

<sup>36</sup> BeckOGK BGB/Zehlein § 546a 27f; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 25.

<sup>37</sup> BGH BeckRS 2017, 119428; BGH NJW 1983, 112; BGH NZM 2010, 815; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 38; BeckOGK BGB/Zehlein § 546a Rn 31; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 15 je mwN.

<sup>38</sup> BGH NZM 2006, 12 unter Rn 12; BGH NZM 2004, 354.

<sup>39</sup> BGH NJW 1988, 2665 unter Rn. 12.

<sup>40</sup> BGH NJW 1988, 2665 Rn 12; zu den Einzelheiten des Räumungsanspruchs vgl. etwa BeckOGK BGB/Zehlein § 546 Rn 45ff.

<sup>41</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 16.

Der Schuldner ist gemäß § 266 BGB zu Teilleistungen nicht berechtigt. Eine Teilleistung – etwa die Rückgabe der Mietsache unter Hinterlassung der beweglichen Sachen - hat daher im Regelfall zur Folge, dass dem Vermieter die gesamte Mietsache vorenthalten wird, sofern nicht ausnahmsweise wegen wirtschaftlicher Trennbarkeit eine teilweise Rückgabe erfolgen kann oder der Vermieter eine solche nach § 363 BGB akzeptiert.<sup>42</sup> So hat der BGH entschieden, dass die Rückgabe eines gemieteten Fabrikgeländes unter Hinterlassung von 17 Tanks mit einem Fassungsvermögen von jeweils 10.000 Litern eine unzulässige Teilleistung nach § 266 BGB und damit eine Nichterfüllung des Räumungsanspruchs darstellt.<sup>43</sup> Nicht jede Rückgabe in nicht vertragsgerechtem Zustand stellt allerdings eine Nichterfüllung der Räumungsverpflichtung dar. Eine Vorenthaltung der Mietsache ist daher nicht schon dann gegeben, wenn der Mieter dem Vermieter dem Mieter Räumlichkeiten in verwahrlostem Zustand oder mit von ihm zu beseitigenden Einrichtungen versehen überlässt.<sup>44</sup> Gleiches gilt, wenn der Mieter einzelne Gegenstände in den Räumen zurücklässt<sup>45</sup> oder fällige Schönheitsreparaturen nicht durchführt.<sup>46</sup> In all diesen Fällen liegt keine Nichterfüllung sondern eine Schlechterfüllung der Rückgabeverpflichtung vor, die den Vermieter nicht daran hindert, die Mietsache wieder in Besitz zu nehmen; eine Nutzungsentschädigung scheidet dann wegen Erfüllung der Rückgabeverpflichtung aus.<sup>47</sup> In Betracht kommen in diesen Fällen aber Schadensersatzansprüche des Vermieters aus § 280 Abs. 1, 281 BGB wegen des Aufwands für die vollständige Räumung oder wegen Rückgabe der Mietsache in beschädigtem oder nicht vertragsgerechtem Zustand.<sup>48</sup> Ob eine Nichterfüllung oder eine Schlechterfüllung der Räumungsverpflichtung vorliegt, ist unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, wobei maßgeblich darauf abzustellen ist, ob der Zustand der Mietsache einer Nutzung vollständig entgegensteht.<sup>49</sup>

### (3) Unmöglichkeit der Rückgabe für den Mieter

§ 546a BGB setzt voraus, dass der Mieter zur Besitzverschaffung an den Vermieter tatsächlich in der Lage ist. Folglich scheidet bei objektiver Unmöglichkeit etwa wegen Untergangs oder Diebstahls der Sache ein Anspruch aus.<sup>50</sup> Bei der Raummiete dürfte der Untergang der Sache aber im Regelfall die Ausnahme darstellen. Das subjektive Unvermögen des Mieters zur Rückgabe der Mietsache – etwa, weil er keinen Herausgabeanspruch gegen seinen Untermieter geltend machen kann - schließt indes den Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung nicht aus.<sup>51</sup> Denn in diesen Fällen hat der Mieter durch die Untervermietung selbst die Ursache für die Unmöglichkeit der Rückgewähr gesetzt und muss deshalb auch das Risiko der Nichterfüllung tragen.<sup>52</sup>

---

<sup>42</sup> BGH NJW 1988, 2665 unter Rn 13; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 18; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 31.

<sup>43</sup> BGH NJW 1988, 2665.

<sup>44</sup> BGH NJW 1983, 1049; BGH NJW 1988, 2665.

<sup>45</sup> BGH NJW 1983, 1049.

<sup>46</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 13;

<sup>47</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 40.

<sup>48</sup> BGH NJW 1983, 1049

<sup>49</sup> BeckOGK BGB/Zehlein § 546a Rn 36 ff.

<sup>50</sup> MüKo/Bieber § 546a Rn 6; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 22: in Betracht kommen aber Schadensersatzansprüche, wenn der Mieter den Verlust der Sache zu vertreten hat.

<sup>51</sup> BGH NJW 1984, 1527; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 15;

<sup>52</sup> BGH NJW 1984, 1527; eingehend hierzu Staudinger/Rolfs § 546a Rn 23ff.

## b) Rücknahmewille des Vermieters

Wie bereits ausgeführt, muss die unterbliebene Erfüllung des Rückgabeanspruchs dem Willen des Vermieters widersprechen. Der Mieter hält folglich die Sache nur vor, wenn der Vermieter die Sache zurücknehmen will. Ausreichend ist ein grundsätzlicher Rücknahmewillen des Vermieters<sup>53</sup>, so dass eine Vorenthaltung der Mietsache auch dann zu bejahen ist, wenn dem Mieter durch eine gerichtliche Entscheidung eine Räumungsfrist nach §§ 721, 794a ZPO bewilligt oder Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO gewährt wurde.<sup>54</sup> Auch bei einer einseitig vom Vermieter gewährten Räumungsfrist oder einer im Einvernehmen mit dem Mieter vertraglich vereinbarten Räumungsfrist – etwa im Rahmen eines Räumungsvergleichs – bleibt der abstrakte Rücknahmewille des Vermieters bestehen.<sup>55</sup> Nichts anderes gilt, wenn der Vermieter trotz eines erstrittenen Räumungstitels über längere Zeit keine Vollstreckungsmaßnahmen unternimmt, weil auch in diesen Fällen die Räumungsverpflichtung durch den Mieter zu erfüllen ist und der Vermieter nicht durch bloße Untätigkeit seinen Rückerlangungswillen verliert.<sup>56</sup>

An einem Rücknahmewillen des Vermieters fehlt es insbesondere, wenn er sich weigert, die vertragsgerecht angebotene Mietsache in Besitz zu nehmen und daher mit der Rücknahme in Annahmeverzug gerät<sup>57</sup> oder zu erkennen gibt, dass er das Mietverhältnis – etwa nach einer von ihm als unwirksam angesehenen Mieterkündigung – nicht als beendet ansieht.<sup>58</sup> Dies gilt selbst dann, wenn der Mieter subjektiv nicht zur Erfüllung seiner Rückgabeverpflichtung in der Lage ist.<sup>59</sup> Führt der Mieter nach Ende der Vertragslaufzeit noch einvernehmlich Schönheitsreparaturen in den Räumlichkeiten durch, liegt ebenfalls kein Vorenthalten vor;<sup>60</sup> der Vermieter kann dann allenfalls einen Verzugschaden geltend machen, wenn infolge der nicht fristgerecht durchgeführten Schönheitsreparaturen eine Weitervermietung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann. Macht der Vermieter an den beweglichen Sachen des Mieters sein Vermieterpfandrecht geltend, so scheidet ein Vorenthalten der Mietsache dann aus, wenn der Mieter die Sache mit den Einrichtungsgegenständen zurückgibt und dem Vermieter dadurch den Besitz an den Räumlichkeiten verschafft.<sup>61</sup> Denn der Mieter darf in diesen Fällen gerade nicht räumen, weil er andernfalls das geltend gemachte Vermieterpfandrecht verletzen würde.

## c) Dauer der Vorenthaltung

Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung besteht nach dem Gesetzeswortlaut für die Dauer der Vorenthaltung, die Verpflichtung endet also taggenau mit der Erfüllung der

---

<sup>53</sup> BGH BeckRS 2017, 119428; BGH NJW 1983, 112.

<sup>54</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 18; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 28; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 48.

<sup>55</sup> BGH NJW 1983, 112, 113; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 48.

<sup>56</sup> Str; wie hier Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 18; aA OLG Düsseldorf GE 2006, 189 und Staudinger/Rolfs § 546a Rn 28.

<sup>57</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 29; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 47.

<sup>58</sup> BGH BeckRS 2017, 119428; MüKo/Bieber § 546a Rn 6.

<sup>59</sup> BGH BeckRS 2017, 119428.

<sup>60</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 20.

<sup>61</sup> OLG Hamburg ZMR 1990, 8; KG NZM 2005, 422.

Rückgabeverpflichtung.<sup>62</sup> Entsteht dem Vermieter wegen der Rückgabe zur Unzeit ein weiterer Schaden dadurch, dass er die Räumlichkeiten erst zu einem späteren Zeitpunkt weitervermieten kann, ist er auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 546a Abs. 2 BGB beschränkt, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen vorliegen.<sup>63</sup> Den Mieter dürfte eine in § 241 Abs. 2 BGB verankerte Nebenpflicht treffen, das Datum seines Auszugs rechtzeitig mitzuteilen, insbesondere wenn er seiner Rückgabeverpflichtung vor Ende einer bewilligten oder vereinbarten Räumungsfrist erfüllt.

#### IV. Umfang des Entschädigungsanspruchs

Wie bereits oben unter II. ausgeführt, handelt es sich bei dem Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Nutzungsentschädigung aus § 546a Abs. 1 BGB um einen vertraglichen Anspruch eigener Art im Rahmen des gesetzlichen Abwicklungsverhältnisses nach Beendigung des Mietvertrages. Die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung der vereinbarten Miete nach § 535 Abs. 2 BGB entfällt, er ist vielmehr während der Vorenthaltungszeit zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe der bisher geschuldeten Miete oder der – meist höheren – ortsüblichen Wiedervermietungsmiete verpflichtet. Die Entgegennahme der bisherigen Miete durch den Vermieter kann daher nur eine Teilerfüllung des Anspruchs aus § 546a Abs. 1 BGB sein, wenn die ortsübliche Marktmiete höher als die bisherige Vertragsmiete ist.<sup>64</sup>

##### 1) Mindestentschädigung: die vereinbarte Miete

Als Mindestentschädigung schuldet der Mieter zunächst die bisher geschuldete Miete und zwar auch dann, wenn diese im Ausnahmefall über der ortsüblichen Marktmiete liegen sollte. Der Mieter kann sich folglich nicht darauf berufen, dass im Falle einer Wiedervermietung nur noch eine geringere Miete zu erzielen gewesen wäre.<sup>65</sup> Maßgeblich ist die bei Vertragsbeendigung geschuldete Miete (zu Mietmängeln siehe unten 3) c)). War die frühere Vertragsmiete zuzüglich Umsatzsteuer zu entrichten, so ist auch die Mindestentschädigung zuzüglich Umsatzsteuer zu entrichten, wenn der Vermieter zur Umsatzsteuer optiert hat.<sup>66</sup> Sah der beendete Mietvertrag Index- oder Staffelmieten vor, die bei Fortführung des Mietverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt wirksam geworden wären, so sind auch solche Veränderungen vom Mieter im Rahmen des § 546a Abs. 1 Alt. 1 BGB zu entrichten, weil sie den Vereinbarungen der Parteien über die Miethöhe entsprechen.<sup>67</sup> Gleiches gilt im Gewerberaummietrecht für eine Wertsicherungsklausel.<sup>68</sup> Mieterhöhungen nach §§ 558 ff. sind aber ausgeschlossen, weil sie ein laufendes Mietverhältnis voraussetzen; dies ist auch dann anzunehmen, wenn ein vor Vertragsbeendigung zugegangenes Mieterhöhungsverlangen erst nach Beendigung wirksam geworden wäre, weil der Mieter nach Vertragsende nicht mehr zustimmen kann.<sup>69</sup> Macht der Mieter im Rahmen einer erfolgten Mieterhöhung von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 561 Abs. 1 BGB

---

<sup>62</sup> BGH NZM 2006, 52, 53; OLG Dresden NZM 2012, 84; MüKo/Bieber § 546a Rn 15; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 41; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 73; aA – bis zum Monatsende – KG GE 2001, 989.

<sup>63</sup> BGH NZM 2006, 52.

<sup>64</sup> BGH NZM 1999, 803, 804.

<sup>65</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 54.

<sup>66</sup> BGH NJW 1988, 2665; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 54.

<sup>67</sup> BGH ZMR 1973, 238; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 45; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 55.

<sup>68</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 27.

<sup>69</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 28.

Gebrauch, so endet das Mietverhältnis ebenfalls ohne dass die Mieterhöhung wirksam werden würde.<sup>70</sup> Für eine Anwendung der Vorschriften der §§ 558 ff. besteht im Regelfall auch schon deshalb kein Raum, weil der Vermieter ohnehin die meist höhere ortsübliche Wiedervermietungsmiete nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB verlangen kann.

Die Nutzungsentschädigung umfasst auch die Betriebskosten gemäß der bisherigen vertraglichen Struktur.<sup>71</sup> Hatte der frühere Mieter keine Pauschale, sondern Vorauszahlungen auf die Betriebskosten zu leisten, so ist hierüber nach den bisherigen Vereinbarungen abzurechnen.<sup>72</sup> Die Fälligkeit der Nutzungsentschädigung richtet sich ebenfalls nach den bisherigen vertraglichen Regelungen.<sup>73</sup>

## 2) Die für vergleichbare Sachen ortsübliche Miete

Anstatt der bisherigen Vertragsmiete kann der Vermieter alternativ auch die für vergleichbare Sachen ortsübliche Miete verlangen, § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB. Die Vorschrift gilt seit der Mietrechtsreform entgegen § 557 Abs. 1 HS 2 BGB aF nicht nur für Mietverträge über Räume, sondern für alle Mietverträge. Während die Regelung bis zur Entscheidung des BGH vom 18.1.2017<sup>74</sup> jedenfalls im Wohnraummietrecht nur eine geringe praktische Bedeutung hatte, weil sich viele Vermieter angesichts der wohl überwiegenden Auffassung,<sup>75</sup> es sei nur die ortsübliche Vergleichsmiete im Sinne des § 558 Abs. 2 BGB geschuldet, mit der bisherigen Vertragsmiete zufriedengegeben haben, dürfte die Vorschrift nunmehr vermehrt in den Fokus gerichtlicher Entscheidungen rücken. Dies gilt auch für bereits abgewickelte Mietverhältnisse, weil Ansprüche auf Zahlung einer erhöhten Nutzungsentschädigung gemäß § 195 BGB innerhalb der Regelverjährungsfrist von 3 Jahren verjähren<sup>76</sup> und die Zahlung der bisherigen Miete lediglich eine Teilerfüllung des Anspruchs aus § 546a Abs. 1 BGB darstellt, wenn die ortsübliche Miete höher ist.<sup>77</sup> Der Anspruch auf Zahlung der erhöhten Nutzungsentschädigung kann auch rückwirkend geltend gemacht werden.<sup>78</sup>

### a) Kein Wahl- oder Gestaltungsrecht

Der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der erhöhten ortsüblichen Nutzungsentschädigung entsteht mit Beendigung des Mietverhältnisses und nicht erst durch eine rechtsgestaltende Willenserklärung im Sinne der Ausübung eines Wahlrechts nach § 263 BGB.<sup>79</sup> Der Gesetzgeber wollte durch die Einführung des § 557 Abs. 1 HS 2 BGB aF durch das Dritte Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften im Jahr 1967 eine Besserstellung des Vermieters erreichen, der bis dahin als Nutzungsentschädigung nur die oft niedrigere Vertragsmiete verlangen konnte und im Übrigen auf Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche nach § 557 Abs. 1 S. 2 BGB aF angewiesen

<sup>70</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 60.

<sup>71</sup> MüKo/Bieber § 546a Rn 10; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 43.

<sup>72</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 43; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 57.

<sup>73</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 26.

<sup>74</sup> BGH NZM 2017, 182.

<sup>75</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 34 mwN zum Meinungsstand vor der Entscheidung BGH NZM 2017, 182.

<sup>76</sup> BGH NJW 2009, 1488.

<sup>77</sup> BGH NZM 1999, 803 unter Rn 11.

<sup>78</sup> BT-Drucks. 14/4553, 45; MüKo/Bieber § 546a Rn 12.

<sup>79</sup> BGH NZM 1999, 803; BT-Drucks. 14/4553, 41, 42; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 53; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 52; aA MüKo/Bieber § 546a Rn 12; Sternel MietR aktuell, Rn XIII 110..

war.<sup>80</sup> Würde man die Ausübung eines Wahlrechtes nach § 263 Abs. 2 BGB durch rechtsgestaltende Erklärung verlangen, so hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit, die erhöhte Miete auch für die Vergangenheit zu verlangen, zumindest von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht, was ausdrücklich nicht dessen Intention war.<sup>81</sup> Dem Vermieter wird daher in § 546a Abs. 1 BGB nicht die Möglichkeit eingeräumt, statt der primär geschuldeten bisherigen Miete nunmehr eine erhöhte ortsübliche zu verlangen. Vielmehr eröffnet ihm das Gesetz lediglich eine zweite, für ihn günstigere Berechnungsmethode, für die es keines Gestaltungsaktes bedarf.<sup>82</sup> Die Aufforderung des Vermieters, nach Vertragsende bis zur Erfüllung der Rückgabepflicht die bisherige Vertragsmiete zu bezahlen, stellt daher nicht die Ausübung eines Wahlrechtes und auch keinen Verzicht auf eine etwaig höhere ortsübliche Nutzungsentschädigung dar.

b) Ortsüblichkeit der Nutzungsentschädigung: Die Markt- oder Wiedervermietungsmiete

Sowohl für den Bereich der Gewerberaummiete<sup>83</sup> als auch für die Wohnraummiete<sup>84</sup> schuldet der Mieter als Nutzungsentschädigung die Miete, die bei Neuabschluss eines Mietvertrages über die Räumlichkeiten ortsüblich ist. Die Markt- oder Wiedervermietungsmiete unterscheidet sich damit von der ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne von § 558 Abs. 2 BGB, weil letztere eine modifizierte Durchschnittsmiete von Neu- und Bestandsmieten aus den letzten vier Jahren darstellt und damit gerade nicht die bei Neuabschlüssen erzielbare Miete abbildet, die im Regelfall höher sein wird als die bei Mieterhöhungen maßgebliche Miethöhe. Dem Vermieter soll bei bestehenden Mietverhältnissen im Rahmen des Vergleichsmietensystems nach §§ 558 ff. BGB gerade kein Anspruch auf die Miete eingeräumt werden, die bei Neuabschlüssen zu erzielen wäre.<sup>85</sup> Dieser gesetzliche Schutzzweck besteht bei beendeten Mietverhältnissen nicht, zumal gerade durch § 546a Abs. 1 BGB ein zusätzlicher Druck auf den sich nicht vertragsgerecht verhaltenden früheren Mieter ausgeübt werden soll, seine Rückgabeverpflichtung aus § 546 Abs. 1 BGB zu erfüllen.<sup>86</sup> Der Mieter schuldet also als Marktmiete denjenigen Preis als Nutzungsentschädigung, der bei einer Neuvermietung aufgrund der herrschenden Angebots- und Nachfragesituation üblicherweise erzielt werden kann. Dies gilt auch dann, wenn – wie etwa bei einer Eigenbedarfskündigung – keine Neuvermietung beabsichtigt ist.<sup>87</sup> Liegt zwischen Beendigung des Mietverhältnisses und erfolgter Räumung ein längerer Zeitraum – etwa, weil ein lang andauernder Räumungsrechtsstreit geführt wird – kann der Anspruch des Vermieters auch variieren, wenn sich das Marktgefüge ändert. Der Wortlaut des § 546a Abs. 1 BGB stellt zwar auf die Marktmiete, aber zugleich auch auf die Ortsüblichkeit ab. Dies bedeutet, dass sich die bei der Wiedervermietung erzielbare Miete an vergleichbaren Mietobjekten zu

---

<sup>80</sup> Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. V/2317, Seite 4 (Bericht des Abgeordneten Busse); BGH NZM 1999, 803 unter Rn 13; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 53.

<sup>81</sup> BGH NZM 1999, 803.

<sup>82</sup> BGH NZM 1999, 803 unter Rn 17; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 53

<sup>83</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 34.

<sup>84</sup> BGH NZM 2017, 186.

<sup>85</sup> Schmidt-Futterer/Börstinghaus § 558 Rn 42

<sup>86</sup> BGH NZM 2017, 186 unter Rn 25.

<sup>87</sup> BGH NZM 2017, 186 unter Rn 12.

orientieren hat.<sup>88</sup> Unerheblich ist damit, ob es dem Vermieter tatsächlich gelungen wäre, die Mietsache zu der höheren Vergleichsmiete weiterzuvermieten.<sup>89</sup> Umgekehrt kann der Vermieter aber auch nicht geltend machen, er hätte die Räumlichkeiten zu einer noch höheren – über dem üblichen Marktniveau liegenden – Spitzenmiete weitervermieten können.<sup>90</sup>

Neben der ortsüblichen Grundmiete sind die tatsächlich anfallenden Betriebskosten zu entrichten.<sup>91</sup> War vertraglich eine Betriebskostenpauschale vereinbart, die unter der ortsüblichen Betriebskostenpauschale liegt, so kann der Vermieter eine Erhöhung der Pauschale auf das ortsübliche Niveau verlangen.<sup>92</sup> Dies kann auch zu einer Änderung der Mietstruktur führen, wenn der frühere Mieter eine Inklusiv- oder Teilinklusive miete schuldet, aber die Vereinbarung einer Nettomiete mit Betriebskostenvorauszahlungen ortsüblich ist.<sup>93</sup> Gleiches gilt bei Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale. Der Vermieter kann dann verlangen, dass der bisherige Mieter die ortsübliche Netto-Marktmiete zuzüglich angemessener Betriebskostenvorauszahlungen leistet. Der Fälligkeitszeitpunkt bestimmt sich nach dem Gesetz, die Nutzungsentschädigung ist daher nach § 556b Abs. 1 BGB spätestens am dritten Werktag des jeweiligen Monats im Voraus zu entrichten. Dies kann bei beendeten Altverträgen, bei denen – meist aufgrund unwirksamer Vorfälligkeitsklauseln – noch die bis 01.09.2001 gültige Vorschrift des § 551 Abs. 1 S. 1 BGB aF Anwendung findet, wonach die Miete am Ende der Mietzeit zu entrichten ist, dazu führen, dass sich auch der Fälligkeitszeitpunkt ändert. Auf die Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB kann Umsatzsteuer verlangt werden, wenn der Mieter diese nach den früheren vertraglichen Vereinbarungen schuldet und der Vermieter zur Umsatzsteuer optiert hatte. Der BGH hat dies zwar nur für die Entschädigung nach Alt. 1 in Höhe der bisherigen Miete ausdrücklich entschieden,<sup>94</sup> allerdings kann in soweit schon deshalb kein Unterschied bestehen, weil es sich bei beiden Alternativen des § 546a Abs 1 BGB lediglich um unterschiedliche Berechnungsmethoden ein- und desselben Anspruchs handelt. Etwaige Einnahmen aus einer Weitervermietung – etwa infolge einer unzulässigen Teilrückgabe der Mietsache durch den früheren Mieter – hat sich der Vermieter anrechnen zu lassen.<sup>95</sup> Da die erhöhte Nutzungsentschädigung nicht unter § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB fällt, gerät der frühere Mieter erst mit Fälligestellung und Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB in Verzug. Zinsen auf die nicht bezahlte Nutzungsentschädigung kann der Vermieter folglich erst nach Zugang einer Mahnung verlangen.

#### c) Ermittlung der ortsüblichen Wiedervermietungs miete

---

<sup>88</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 60.

<sup>89</sup> Staudinger/Rolfs § 546 Rn 53.

<sup>90</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 60; ähnlich, wenn auch nur für den Bereich der Gewerberaum miete Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 34.

<sup>91</sup> MüKo/Bieber § 546a Rn 13.

<sup>92</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 38.

<sup>93</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 63; aA Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 38, der die Änderung einer bestehenden Mietstruktur ablehnt.

<sup>94</sup> BGH ZMR 1988, 378 unter Rn 19; die gegenteilige Entscheidung des BGH in ZMR 2008, 867 unter Rn 28 betrifft nur Schadensersatzansprüche wegen Verzugs mit der Rückgabe der Mietsache.

<sup>95</sup> BGH ZMR 1988, 378.

Da der frühere Mieter die Wiedervermietungsmiete schuldet, ist bei der Ermittlung der ortsüblichen Marktmiete eine Beschränkung auf die fünf in § 558 Abs. 2 BGB genannten Wohnwertmerkmale nicht zulässig.<sup>96</sup> Diese können im Bereich der Wohnraummiete allenfalls ein Indiz für die Marktmiete sein, weil sich auch die Wiedervermietungsmiete in der Regel nach Lage, Ausstattung, Beschaffenheit, Art und Größe der Wohnung bestimmt. Mietspiegel bilden die ortsübliche Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 BGB ab und enthalten damit auch geänderte Bestandsmieten aus den letzten vier Jahren vor Erstellung. Sie sind daher nur dann zur Ermittlung der Marktmiete geeignet, wenn sich das Mietniveau über einen längeren Zeitraum nicht verändert hat oder sich der Vermieter im Einzelfall mit der Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 BGB zufrieden gibt um einen kostenträchtigen Prozess zu vermeiden (zur Ermittlung im Prozess siehe unten unter VI.).

### 3) Einzelfälle

#### a) Preisgebundener Wohnraum

Auch bei preisgebundenem Wohnraum hat sich die Nutzungsentschädigung grundsätzlich an der ortsüblichen Marktmiete zu orientieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Marktmiete im Einzelfall unter der höchstzulässigen Kostenmiete liegt.<sup>97</sup> Da eine die Kostenmiete übersteigende Miete aber nach § 8 Abs. 2 S. 1 WoBindG unwirksam ist, kann der Vermieter keine Nutzungsentschädigung verlangen, die über die höchstzulässige Kostenmiete nach § 8 Abs. 1 WoBindG hinausgeht.<sup>98</sup>

#### b) Mietpreisbremse: die ortsübliche Marktmiete im Rahmen der §§ 556d ff. BGB

Besteht für die betreffende Gemeinde oder den Gemeindeteil eine Rechtsverordnung nach § 556d Abs. 2 BGB, die das Gebiet als angespannten Wohnungsmietmarkt ausweist, so kann der Vermieter im Falle der Wiedervermietung keine Miete verlangen, welche die ortsübliche Vergleichsmiete im Sinne des § 558 Abs. 2 BGB um mehr als 10% übersteigt, § 556d Abs. 1 BGB. Liegt keine Ausnahme im Sinne der §§ 556e oder 556f vor, stellt sich die Frage, ob der Vermieter eine Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB über die nach § 556d Abs. 1 BGB höchstzulässige Miete hinaus verlangen kann, wenn die Marktmiete wegen eines „Mietbremsversagens“<sup>99</sup> im konkreten Fall tatsächlich darüberliegt. Dafür könnte sprechen, dass der Anspruch auf Nutzungsentschädigung als vertraglicher Anspruch eigener Art und nicht als Schadensersatzanspruch ausgestaltet ist, so dass auf die wirtschaftliche Situation des Gläubigers bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Schuldners – hier die rechtzeitige Rückgabe der Mietsache – gerade nicht abgestellt werden könnte.<sup>100</sup> Auch steht dem Vermieter der Anspruch aus § 546a Abs. 1 BGB unabhängig davon zu, ob er die Sache nach Rückerlangung tatsächlich wieder vermieten möchte (hierzu schon oben). Allerdings stellt die Gesetzesbegründung zur Mietrechtsreform ausdrücklich darauf ab, dass der Zweck der erhöhten

---

<sup>96</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 60.

<sup>97</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 55.

<sup>98</sup> AllgM vgl. Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 61; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 35; MüKo/Bieber § 546a Rn 14; Staudinger/Rolfs § 546a Rn 55;

<sup>99</sup> Artz NZM 2017, 281.

<sup>100</sup> So BeckOGK BGB/Zehelein § 546 Rn 59.

Nutzungsentschädigung darin liege, dass der Vermieter aufgrund der Vorenthaltung daran gehindert sei, durch eine „Neuvermietung eine höhere ortsübliche Vergleichsmiete zu erzielen“.<sup>101</sup> Erzielbar ist aber nur eine rechtlich geschuldete, nicht eine wegen Verstoßes gegen § 556d Abs. 1, 556g Abs. 1 BGB teilunwirksame Mietvereinbarung.<sup>102</sup> Unzulässige Mieteinnahmen müssen daher unberücksichtigt bleiben. Der Vermieter ist unter Geltung einer Gebietsverordnung auf die Geltendmachung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 110% der ortsüblichen Vergleichsmiete nach §§ 556d Abs. 1, 558 Abs. 2 BGB beschränkt, selbst wenn der Markt de facto eine höhere Miete zulassen würde. Rechtsverordnungen der Landesregierungen sind jedoch gemäß § 556d Abs. 2 S. 1 BGB für die Dauer von höchstens fünf Jahren zu bestimmen. Tritt die Gebietsverordnung außer Kraft, kann der Vermieter ab diesem Zeitpunkt die höhere Marktmiete als Nutzungsentschädigung verlangen.<sup>103</sup>

Verstieß bereits die ursprünglich vereinbarte und/oder die vertraglich zuletzt geschuldete Miete gegen eine Mietpreisbremsenverordnung, so hat dies nach § 556g Abs. 1 S. 1 und 2 BGB eine Teilunwirksamkeit der Mietpreisabrede zur Folge. Der Mieter schuldet damit eine Miete nur in Höhe des nach § 556d Abs. 1 BGB höchstzulässigen Entgelts in Höhe von 110% der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2, 556d Abs. 1 BGB.<sup>104</sup> Zwar spricht der Wortlaut des § 546a Abs. 1 von der „vereinbarten“ und nicht der zuletzt geschuldeten Miete, die der Vermieter als Mindestentschädigung verlangen könne. Vereinbart im Sinne der Vorschrift kann aber nur eine wirksam zustande gekommene Miete sein, so dass der frühere Mieter auch nach § 546a Abs. 1 Alt. 1 BGB nur die nach § 556d Abs. 1 höchstzulässige Miete schuldet.<sup>105</sup> Der Vermieter kann in diesem Fall auch nicht damit argumentieren, dass er im Falle der Wiedervermietung die rechtlich unzulässig vereinbarte Miete als Vormiete nach § 556e Abs. 1 BGB verlangen könne, weil diese ja gerade ihrerseits unter Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB zustande kam.<sup>106</sup> Verbleibt die Frage, ob der frühere Mieter auch in diesem Fall die nach Vertragsbeendigung gezahlte überhöhte Nutzungsentschädigung nur dann zurückverlangen kann, wenn er den Verstoß gegen die Mietpreisbremse nach § 556g Abs. 2 S. 1 BGB gerügt hat. Dies dürfte zu verneinen sein, weil der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses keinen vertraglichen Rückforderungsanspruch, sondern einen Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB hat und die Rügepflicht systematisch auf laufende Mietverhältnisse zugeschnitten ist, weil er Unsicherheiten hinsichtlich der Ermittlung der höchstzulässigen Miete bei Vertragsabschluss Rechnung tragen soll. Nach Beendigung des Mietverhältnisses schuldet der bisherige Mieter keine Miete im Sinne des § 535 S. 2 BGB mehr, weshalb ihm auch ohne entsprechende Rüge ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch zuzubilligen ist, wenn die bezahlte Nutzungsentschädigung über der nach § 546a Abs. 1 BGB zulässigen liegt.

---

<sup>101</sup> BT-Drucks.14/4553, 45.

<sup>102</sup> Artz NZM 2017, 381; Börstinghaus jurisPR-BGHZivilR 4/2017 Anm. 1; a.A. offenbar BeckOGK BGB/Zehlein § 546 Rn 59.

<sup>103</sup> Artz NZM 2017, 281, 282.

<sup>104</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 556g Rn 3; BeckOGK BGB/Fleindl § 556g Rn 1.

<sup>105</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 32 für eine insoweit vergleichbare Teilnichtigkeit der Mietpreisabrede wegen eines Verstoßes gegen § 5 WiStG.

<sup>106</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 54; Artz NZM 2017, 281, 282.

### c) Mietmängel

War die Miete zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung wegen eines bestehenden Mangels gemindert, so schuldet der Mieter auch während der Zeit der Vorenthaltung nur eine entsprechend geminderte Nutzungsentschädigung.<sup>107</sup> Denn die bei Vertragsbeendigung geschuldete Miete stellt insoweit die vereinbarte Miete im Sinne von § 546a Abs. 1 BGB dar.<sup>108</sup> Macht der Vermieter nicht die vereinbarte, sondern die höhere ortsübliche Marktmiete als Nutzungsentschädigung geltend, so ist sein Anspruch um die entsprechende Minderungsquote für den Mietmangel zu kürzen.

**Beispiel:** Die vereinbarte Miete bei Vertragsende beträgt € 1.000,--, sie ist wegen eines Mangels aber auf € 800,-- gemindert. Die ortsübliche Wiedervermietungsmiete beträgt <sup>3</sup> 1.500,--. Hier kann der Vermieter entweder die geminderte ursprüngliche Miete als Mindestentschädigung oder die – prozentual um 20% - geminderte Wiedervermietungsmiete von € 1.200,-- verlangen.

Für erstmals nach Vertragsbeendigung auftretende Mietmängel besteht kein Minderungsrecht des Mieters mehr, weil der Vermieter nicht mehr zur Gebrauchsgewährung verpflichtet ist.<sup>109</sup> Eine Herabsetzung der Nutzungsentschädigung scheidet daher - von seltenen Ausnahmefällen, in denen der Vermieter ausnahmsweise über § 242 BGB trotz der Beendigung des Mietverhältnisses zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist<sup>110</sup> – abgesehen, aus.

### d) Fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs und Schonfristzahlung, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB

Besondere Bedeutung erlangt die eingangs genannte BGH-Entscheidung<sup>111</sup> für das dem Wohnraummietler nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zustehende Nachholrecht nach einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Während die Frage bisher kaum praktische Bedeutung hatte, weil in der Regel die Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe der bisherigen Vertragsmiete als ausreichend angesehen wurde, gewinnt die Problematik nun an Brisanz. Gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB wird die auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von 2 Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach § 546a Abs. 1 befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet. Das Nachholrecht innerhalb der Schonfrist setzt voraus, dass der Vermieter hinsichtlich aller bis zum Zahlungseingang aufgelaufener Rückstände befriedigt wird, also auch solcher, die nach Zugang der Kündigung erstmals entstanden sind.<sup>112</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Mietverhältnis

---

<sup>107</sup> BGH ZMR 1990, 206; BGH NJW 2015, 2795; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 29.

<sup>108</sup> BGH NZM 2009, 358 unter Rn 25.

<sup>109</sup> BGH NJW 2015, 2795; BGH NJW 1961, 916; Palandt/Weidenkaff § 546a Rn 11; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 30.

<sup>110</sup> BGH NJW 2015, 2795 unter Rn 23.

<sup>111</sup> BGH NZM 2017, 186.

<sup>112</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 569 Rn 55; MüKo/Häublein § 569 Rn 41; BeckOGK BGB/Geib § 569 Rn 61..

wirksam gekündigt, es lebt erst mit vollständiger Bezahlung aller Rückstände wieder auf, die Kündigung wird ex tunc unwirksam.<sup>113</sup>

Teilt der Vermieter in seinem Kündigungsschreiben lediglich die bestehenden Mietrückstände mit, so darf der Mieter wohl bis zu anderslautenden Erklärung darauf vertrauen, dass er auch während der Schonfrist nur eine Nutzungsentschädigung in Höhe der bisherigen Vertragsmiete schuldet. Anders kann es aber dann sein, wenn der Vermieter den Mieter mit oder nach Zugang der Kündigungserklärung ausdrücklich auffordert, die erhöhte Marktmiete nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB zu bezahlen. Der Wortlaut des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB spricht ausdrücklich von der „Nutzungsentschädigung nach § 546 Abs. 1 BGB“ und umfasst damit auch die – meist höhere - ortsübliche Marktmiete nach Alt. 2 der Vorschrift. Mit Zugang der fristlosen außerordentlichen Kündigung ist das Mietverhältnis beendet, es lebt erst mit vollständiger Zahlung aller Rückstände innerhalb der Schonfrist wieder auf, weshalb der Mieter grundsätzlich auch während der Schwebezeit zur Zahlung der erhöhten Nutzungsentschädigung verpflichtet sein könnte. Kommt der Mieter dieser Verpflichtung trotz einer entsprechenden Aufforderung des Vermieters nicht nach und bezahlt nur in Höhe der bisherigen Miete, würde sein Nachholrecht scheitern, weil er nicht alle Rückstände getilgt hätte.

Dieses Ergebnis allerdings wäre nicht nur wegen seiner Rechtsfolgen – Verlust der Wohnung trotz Nachzahlung der Nutzungsentschädigung in bisherigen Höhe - unbefriedigend. Auch die Auslegung der Vorschrift außerhalb ihres Wortlauts ergibt eindeutig, dass der Mieter auch für die Zeit nach Zugang der Kündigung nur eine Nutzungsentschädigung in Höhe der bisherigen Vertragsmiete schuldet. Das Nachholrecht des Wohnraummieters aus § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB wurde im Rahmen der Mietrechtsreform aus dem früheren § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF übernommen und lediglich die in der früheren Fassung kürzere Schonfrist um einen Monat verlängert. In der Gesetzesbegründung<sup>114</sup> findet sich kein Hinweis darauf, dass der Wohnraummieter während des Laufs der Schonfrist eine ggfs. erhöhte Nutzungsentschädigung nach Alt. 2 des § 546a Abs. 1 BGB zu bezahlen habe. Das Nachholrecht seinerseits wurde durch das erste Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften im Jahr 1963<sup>115</sup> in das BGB eingefügt. In der Gesetzesbegründung zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF heißt es hierzu, dass der Vermieter auch hinsichtlich der nach Zugang der Kündigung für die weitere Benutzung des Wohnraums fällig gewordenen Nutzungsentschädigung nach § 557 Abs. 1 befriedigt werden müsse.<sup>116</sup> Zur Zahlung eines darüber hinausgehenden Schadensersatzes nach § 557 Abs. 2 BGB aF sei der Mieter aber nicht verpflichtet um eine nachträgliche Unwirksamkeit der Kündigung zu erreichen.<sup>117</sup> Wie bereits oben ausgeführt, wurde der Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe der ortsüblichen Miete jedoch erst durch das Dritte Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften 1967 erstmals gesetzlich verankert.<sup>118</sup> Dies bedeutet, dass das Nachholrecht zu einem Zeitpunkt (1963) Gesetz wurde, zu dem

---

<sup>113</sup> MüKo/Häublein § 569 Rn 44; Staudinger/Emmerich § 569 Rn 44.

<sup>114</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

<sup>115</sup> BGBl. I, 505.

<sup>116</sup> BT-Drucks. IV/806, S. 10.

<sup>117</sup> BT-Drucks. IV/806, S. 10.

<sup>118</sup> BGBl. I, 1248.

es den Anspruch auf Zahlung einer erhöhten Nutzungsentschädigung noch gar nicht gab (1967). Der historische Gesetzgeber kann damit 1963 bei der Einfügung von § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF nur eine Nutzungsentschädigung in Höhe der bisherigen Vertragsmiete im Blick gehabt haben. Die 1967 erfolgte Änderung des § 557 Abs. 1 BGB aF wurde im Rahmen der Mietrechtsänderung 2001 offenbar übersehen, da sich die Gesetzesbegründung hierzu nicht verhält. Durch die Verlängerung der Schonfrist von einem auf zwei Monate wird allerdings deutlich, dass jedenfalls keine Schlechterstellung des Mieters beabsichtigt war. Die historische Auslegung spricht daher in der Tat dafür, dass während der Schwebezeit nur die bisherige Vertragsmiete als Nutzungsentschädigung zu entrichten ist. Auch nach Sinn und Zweck des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ergibt sich nichts anderes. Die Vorschrift stellt eine Rechtswohltat zum Schutz des Wohnraummieters dar, der die offenen Forderungen des Vermieters innerhalb der Schonfrist erfüllt.<sup>119</sup> Bei rechtzeitiger Zahlung auch der nach Zugang der Kündigung fällig gewordenen Forderungen wird die Kündigung unwirksam und das Mietverhältnis lebt wieder auf.<sup>120</sup> Es wäre mit dem Zweck dieser sozialen Schutzvorschrift nicht vereinbar, wenn der Mieter für bis zur Erfüllung der rückständigen Forderungen mit den Unsicherheiten hinsichtlich der Höhe der geschuldeten Nutzungsentschädigung belastet wäre, obwohl das Mietverhältnis im Falle der Zahlung unverändert wieder auflebt und die bisherige Vertragsmiete geschuldet bleibt.

Folgt man dieser Gesetzesauslegung nicht, ist zu bedenken, dass mit vollständiger Zahlung aller Rückstände das Mietverhältnis ex tunc wieder auflebt (siehe dazu oben). Fordert der Vermieter während der Schonfrist die erhöhte Marktmiete nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB, wäre er im Falle der Zahlung auch dieser Beträge durch den Mieter gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zur sofortigen Rückzahlung nach Bereicherungsrecht verpflichtet. Dies gibt dem Mieter gegenüber der Forderung des Vermieters aus § 242 BGB die Einrede des „dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“.<sup>121</sup> Es bleibt daher dabei, dass der Mieter auch unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des BGH zu § 546a BGB nur die bisherige Vertragsmiete als Nutzungsentschädigung zu entrichten hat um die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB herbeizuführen.

#### e) Räumungsfristen

Die Bewilligung von Räumungsfristen – sei es durch das Gericht oder durch den Vermieter – ändern weder etwas an der Vorenthaltung der Mietsache noch am Anspruch des Vermieters auf Zahlung der – ggfs. erhöhten - Nutzungsentschädigung (siehe hierzu bereits oben). Im Wohnraummietrecht ist insoweit aber § 571 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach der frühere Mieter zum Ersatz eines über die Nutzungsentschädigung hinausgehenden Schadens nicht verpflichtet ist, wenn ihm eine Räumungsfrist nach §§

---

<sup>119</sup> Staudinger/Emmerich § 569 Rn 40

<sup>120</sup> So schon BGH NJW 1960, 2093 zu § 554 Abs. 2 BGB aF; Roquette, aaO, § 554 BGB aF Rn 26.

<sup>121</sup> Ähnlich BeckOGK BGB/Geib § 569 Rn 61, der von widersprüchlichem Verhalten des Vermieters spricht. Im Ergebnis so auch MüKo/Häublein § 569 Rn 44; ein ähnliches Problem stellt sich auch bei der Höhe der Nutzungsentschädigung wenn die Mietsache beim Zugang der Kündigung mangelhaft war: auch hier schuldet der Mieter nur eine Nutzungsentschädigung in Höhe der geminderten Miete, vgl. hierzu Flatow NZM 2017, 273, 280.

721 oder 794a ZPO bewilligt wurde. Dies gilt auch dann, wenn der Mieter gekündigt hat.<sup>122</sup>

f) Sozialklausel: Entschädigung im Falle der §§ 574, 574a BGB

§ 574 Abs. 1 und 2 BGB gibt dem Mieter von Wohnraum das Recht, einer ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter zu widersprechen und die Fortsetzung des Mietverhältnisses zu verlangen, wenn die vertragsgemäße Beendigung eine besondere Härte bedeuten würde. Die Parteien können sich entweder auf eine Vertragsfortsetzung einigen oder die Fortsetzung des Mietverhältnisses wird nach § 574a Abs. 2 BGB durch gerichtliches Gestaltungsurteil bestimmt. Der Mieter muss nach § 574b BGB spätestens zwei Monate vor Ablauf der Kündigungsfrist schriftlich widersprechen, andernfalls kann der Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses auch bei bestehenden Härtegründen ablehnen.

Hat der Mieter nicht unter Einhaltung der Frist des § 574b Abs. 2 BGB der Fortsetzung des Mietverhältnisses formgerecht widersprochen und ist der Härtewiderspruch auch nicht ausnahmsweise nachträglich zu berücksichtigen<sup>123</sup>, endet das Mietverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Der frühere Mieter schuldet dann Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB. Ist der Widerspruch form- und fristgerecht erhoben, ist für den Anspruch aus § 546a Abs. 1 danach zu differenzieren, ob eine Fortsetzung des Mietverhältnisses – sei es durch Einigung zwischen den Parteien oder durch Urteil – erfolgt oder nicht. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt die Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist wirksam und es entsteht nach der wohl herrschenden Meinung ein Schwebezustand mit einer tatsächlichen Ungewissheit, ob die Kündigung durchgesetzt werden kann oder nicht.<sup>124</sup> Nach wohl überwiegender Auffassung schuldet der Mieter während dieser Schwebezeit keine Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1; vielmehr sind die Wirkungen der Kündigung während des Schwebezustandes gehemmt und beide Parteien haben ihre Vertragspflichten weiterhin zu erfüllen.<sup>125</sup> Wird das Mietverhältnis auf bestimmte oder unbestimmte Zeit fortgesetzt, ist der Mieter weiterhin zur Zahlung von Miete nach § 535 Abs. 2 BGB verpflichtet; der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB entfällt.<sup>126</sup> Umgekehrt – also wenn es nicht zu einer Fortsetzung des Mietverhältnisses kommt – kann der Vermieter rückwirkend Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB für den gesamten Zeitraum des Schwebezustandes geltend machen.<sup>127</sup>

Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, dass der Mieter auch bei einem form- und fristgerecht erhobenen, aber letztlich in der Sache unbegründeten Härtewiderspruch zunächst weiterhin nur die vertragliche Miete schuldet, so kann er jedenfalls bis zu einer gerichtlichen Entscheidung nach § 574a Abs. 2 BGB wegen der Differenz zur erhöhten Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht in

---

<sup>122</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 571 Rn 6.

<sup>123</sup> Zu den Einzelheiten Blank/Börstinghaus/Blank § 574b Rn 6 ff.

<sup>124</sup> Staudinger/Rolfs § 574a Rn 4; Blank/Börstinghaus/Blank § 574a Rn 10; anders (Kündigung bleibt in der Schwebe): MüKo/Häublein § 574 Rn 27.

<sup>125</sup> So Blank/Börstinghaus/Blank § 574a Rn 10; BeckOGK/Emanuel § 574a Rn 6 und wohl auch MüKo/Häublein § 574 Rn 27; a.A. wohl Staudinger/Rolfs § 574a Rn 6.

<sup>126</sup> BeckOGK/Emanuel § 574a Rn 6; Blank/Börstinghaus/Blank § 574a Rn 10 aE.

<sup>127</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 574a Rn 10; MüKo/Häublein § 574 Rn 27;

Zahlungsverzug geraten. Praktisch bedeutsam kann in der Zukunft die Abgrenzung zwischen der Bewilligung einer Räumungsfrist nach § 721 Abs. 1 ZPO und der kurzfristigen Fortsetzung des Mietverhältnisses insbesondere nach § 574 Abs. 2 BGB wegen Härtegründen bei der Ersatzwohnraumbeschaffung werden. Bewilligt das Gericht eine Räumungsfrist, schuldet der Mieter für den gesamten Zeitraum ab dem Wirksamwerden der Kündigung die ggfs. erhöhte Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB. Umgekehrt schuldet er sie erst mit Ablauf der gerichtlichen Fortsetzungsfrist im Räumungsurteil, § 574a Abs. 2 S. 1 BGB. Gerade bei länger andauernden Räumungsrechtsstreitigkeiten kann dies zu erheblichen finanziellen Einbußen bzw. Belastungen führen, die sich freilich nivellieren würden, wenn auf Verlangen des Vermieters das Mietverhältnis im Rahmen des § 574 BGB nur unter einer angemessenen Änderung der Bedingungen – sprich einer Anpassung der Miete durch gerichtliche Entscheidung - fortgeführt wird, § 574a Abs. 1 S. 2 BGB.

#### V. Geltendmachung eines weiteren Schadens, § 546a Abs. 2

§ 546a Abs. 2 BGB stellt klar, dass Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen Vorenthaltung der Mietsache durch den Anspruch aus Abs. 1 auf Zahlung der Nutzungsentschädigung nicht ausgeschlossen sind. Im Wohnraummietrecht sind aber die besonderen Schutzvorschriften des § 571 BGB zu beachten. Daneben kommen sowohl bereicherungsrechtliche Ansprüche als auch Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach §§ 987ff. BGB in Betracht, deren Anwendbarkeit durch § 546a BGB nicht ausgeschlossen ist.<sup>128</sup>

##### 1) Schadensersatzansprüche des Vermieters, § 546a Abs. 2 BGB

§ 546a Abs. 2 schließt die Geltendmachung eines weiteren Schadens wegen der Vorenthaltung der Mietsache nach allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften ausdrücklich nicht aus. In Betracht kommen insbesondere Schadensersatzansprüche aus Verzug nach §§ 280, 286 BGB und wegen Schlechterfüllung der Rückgabepflicht nach §§ 280, 281 BGB.<sup>129</sup> Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen setzt in jedem Fall ein Verschulden des früheren Mieters voraus, wobei dieses nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird.<sup>130</sup> Anders als im Rahmen des Entschädigungsanspruchs nach § 546a Abs. 1 BGB kann der Mieter hier auch den Einwand eines Mitverschuldens des Vermieters geltend machen.<sup>131</sup>

Denkbar sind Schadensersatzansprüche des Vermieters insbesondere in den Fällen, in denen der Vermieter bereits einen neuen Mietvertrag abgeschlossen hatte und daher selbst einem Nachfolgemietler Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Verzug hinsichtlich seiner Überlassungspflicht schuldet.<sup>132</sup> Muss der wegen Eigenbedarf

---

<sup>128</sup> BGH BeckRS 2017, 119428 unter Rn 29.

<sup>129</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 44 ff;

<sup>130</sup> MüKo/Bieber § 546a Rn 18; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 44.

<sup>131</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 64.

<sup>132</sup> MüKo/Bieber § 546a 19; freilich wird gerade hier oftmals ein Mitverschulden des Vermieters im Raum stehen, wenn er damit rechnen musste, dass der bisherige Mieter nicht rechtzeitig räumt.

kündigende Vermieter selbst aus seiner Mietwohnung ausziehen und ist infolge der Nichterfüllung der Räumungsverpflichtung gezwungen, selbst Ersatzwohnraum anzumieten, so ist auch dieser Mehraufwand als Schaden zu ersetzen. Ein Verschulden des Mieters wird in diesen Fällen nur bei einem schuldlosen Irrtum über seine Räumungsverpflichtung zu verneinen sein, wobei für das Vertreten müssen des Schuldners strenge Maßstäbe anzulegen sind.<sup>133</sup> Ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs kommt auch dann in Betracht, wenn die Sache wegen der verzögerten Rückgabe nicht mehr, nur zu einer geringeren Miete oder nur mit zusätzlichen Aufwendungen wieder vermietet werden kann.<sup>134</sup> Im Rahmen von Schadensersatzansprüchen kann der Vermieter auch mit der Behauptung gehört werden, er hätte die Mietsache über die geschuldete ortsübliche Marktmiete nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 hinaus zu einer noch höheren Miete vermieten können.<sup>135</sup> Die Zahlung der auf die entgangene Miete entfallenden Umsatzsteuer kann der Vermieter selbst dann nicht verlangen, wenn er nach §§ 4 Nr. 12, 9 UstG zur Umsatzsteuer optiert hat, da der Mietausfallschaden kein Entgelt für eine Lieferung oder sonstige Leistung darstellt.<sup>136</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für seine Schadensersatzansprüche trägt nach allgemeinen Regeln der Vermieter.

Im Wohnraummietrecht ist § 571 BGB zu beachten. Abs. 1 S. 1 wiederholt zwar lediglich eine bereits aus § 286 Abs. 4 BGB folgende allgemeine schuldrechtliche Regel, wonach der Mieter nur zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn die Rückgabe infolge von Umständen unterblieben ist, die der Mieter zu vertreten hat. Aus § 571 Abs. 3 BGB folgt jedoch, dass von dieser gesetzlichen Regelung nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden darf.<sup>137</sup> Von größerer Bedeutung ist § 721 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach über das Ob und die Höhe einer Ersatzpflicht im Rahmen einer umfassenden Abwägung des Einzelfalls nach Billigkeitskriterien entschieden werden kann. Der Ersatzanspruch des Vermieters wird dadurch nicht nur beschränkt<sup>138</sup>, sondern wegen des gerichtlichen Ermessens auch unwägbar und mit erheblichen Prozessrisiken behaftet. Die Vorschrift ermöglicht neben Verschuldensmaßstäben auch eine Berücksichtigung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Parteien.<sup>139</sup> Zu § 571 Abs. 3 BGB siehe bereits oben IV. 3) e). Zu beachten ist auch im Wohnraummietrecht, dass der Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer ortsüblichen Nutzungsentschädigung in Höhe der Marktmiete durch § 571 BGB nicht beschränkt ist, sondern nur für Schadensersatzansprüche gilt.

## 2) Sonstige konkurrierende Ansprüche

Nach ganz überwiegender Auffassung und insbesondere der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH schließt die Vorschrift des § 546a BGB konkurrierende verschuldensunabhängige Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 ff und aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach §§ 987 ff.

---

<sup>133</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 44.

<sup>134</sup> MüKo/Bieber § § 546a Rn 19.

<sup>135</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 62.

<sup>136</sup> BGH ZMR 2008, 867; BGH NZM 1998, 137; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 102; a.A. Staudinger/Rolfs § 546a Rn 54.

<sup>137</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 571 Rn 2

<sup>138</sup> MüKo/Häublein § 571 Rn 7

<sup>139</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 571 Rn 4.

BGB nicht aus.<sup>140</sup> Dies gilt auch im Wohnraummietrecht, weil die Schutzvorschrift des § 571 BGB nur weitergehende Schadensersatzansprüche des Vermieters beschränkt oder ausschließt.<sup>141</sup> Der Anspruch wird aber im Regelfall auf die Herausgabe der gezogenen Nutzungen nach §§ 987 Abs. 1, 991 Abs. 1, 990 Abs. 1 bzw. §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 BGB gerichtet sein und damit in der Höhe nicht über die bereits aus § 546a Abs. 1 BGB geschuldete Nutzungsentschädigung hinausgehen. Nur wenn der Mieter höhere Gebrauchsvorteile etwa aus einer erfolgten Untervermietung zieht<sup>142</sup> oder ausnahmsweise wegen des fehlenden Rücknahmewillens des Vermieters trotz Beendigung des Mietvertrages nicht zur Zahlung von Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB verpflichtet ist,<sup>143</sup> wird eine Abschöpfung der tatsächlich erlangten Gebrauchsvorteile nach Bereicherungsrecht oder aus EBV ernstlich in Betracht kommen.

## VI. Prozessuales

Der Vermieter kann die Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB zunächst im Wege der Leistungsklage vor dem zuständigen Gericht geltend machen. Auch eine Klage im Urkundenprozess nach §§ 592 ff. ZPO ist nach wohl herrschender Meinung zulässig,<sup>144</sup> allerdings nur dann, wenn der Vermieter die Mindestentschädigung in Höhe der bisherigen Vertragsmiete nach § 546a Abs. 1 Alt 1 BGB geltend macht, weil nur dieser Anspruch durch Urkunden wie den Mietvertrag und ggfs. bestehende Zusatzvereinbarungen bewiesen werden kann. Macht der Vermieter hingegen eine höhere Entschädigung in Höhe der ortsüblichen Marktmiete geltend, kann er diese nicht durch Urkunden beweisen, § 592 S. 1 ZPO. Die diesbezügliche Klage müsste dann als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen werden, § 597 Abs. 2 ZPO. Mängel der Mietsache bei Beendigung des Mietvertrages schlagen auch auf die Höhe der Nutzungsentschädigung durch (siehe dazu bereits oben), sind aber – soweit es sich nicht um anfängliche Mängel handelt – vom Mieter einzuwenden und können im Regelfall nicht durch Urkunden bewiesen werden.<sup>145</sup> Der Vermieter kann auch Klage auf Feststellung erheben, dass der frühere Mieter verpflichtet ist, jeglichen Schaden zu ersetzen, der infolge einer verspäteten Räumung entsteht.<sup>146</sup> Zur Verbindung von Räumungs- und Zahlungsklage siehe unten 3).

### 1) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast folgt allgemeinen zivilprozessualen Regeln. Demzufolge ist der Vermieter beweibelastet für die Beendigung des Mietverhältnisses und das Entstehen der Rückgabepflicht nach § 546 Abs. 1 BGB sowie für die Höhe der Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB. Wurden mehrere Kündigungen ausgesprochen und macht der Vermieter eine Nutzungsentschädigung geltend, die über

---

<sup>140</sup> Zuletzt BGH BeckRS 2017, 119428 unter Rn 29 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des Senats; Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 55 mwN.

<sup>141</sup> Staudinger/Rolfs § 546a Rn 68.

<sup>142</sup> BGH NJW 1989, 2133, 2135

<sup>143</sup> Dieser Sachverhalt lag der Entscheidung BGH BeckRS 2017, 119428 zugrunde

<sup>144</sup> BeckOGK BGB/Zehelein § 546a Rn 103; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 107; a.A. LG Berlin BeckRS 2010, 12939, das aber verkennt, dass Tatbestandsvoraussetzungen des § 546a BGB wie das Vorenthalten der Mietsache dann nicht durch Urkunden bewiesen werden müssen, wenn sie zugestanden oder unstrittig sind; zudem handelt es sich beim fehlenden Rücknahmewillen um eine vom Mieter einzuwendende Tatsache.

<sup>145</sup> BeckOGK BGB/Zehelein § 546a Rn 103.

<sup>146</sup> OLG Düsseldorf ZMR 2012, 861.

der bisherigen Vertragsmiete liegt, muss er auch den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses beweisen. Dies kann insbesondere dann relevant werden, wenn unstreitig ist, dass eine spätere Kündigung das Mietverhältnis in jedem Fall beendet hat, der Vermieter seine Zahlungsklage aber auch auf frühere Zeiträume stützt. Der Mieter ist beweisbelastet für die Erfüllung seiner Rückgabeverpflichtung aus § 546 Abs. 1 BGB sowie für den Einwand des fehlenden Rücknahmewillens des Vermieters. Letzteres gilt jedenfalls nach dem Regel – Ausnahme – Verhältnis:<sup>147</sup> Ist das Mietverhältnis beendet, hat der Mieter die Sache nach § 546 Abs. 1 BGB zurückzugeben. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so verletzt er seine Verpflichtung und schuldet grundsätzlich Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB, es sei denn, es fehlt ausnahmsweise am Rücknahmewillens des Vermieters.

## 2) Ermittlung der ortsüblichen Miete im Prozess

Macht der Vermieter nur die Mindestentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 1 BGB geltend, so ergibt sich die Höhe der Nutzungsentschädigung bereits aus dem Mietvertrag. Im Übrigen hat der Vermieter darzulegen und zu beweisen, dass die von ihm verlangte Nutzungsentschädigung die ortsübliche Marktmiete darstellt. Hierbei kann im Rahmen der Beweisführung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht auf einfache oder qualifizierte Mietspiegel zurückgegriffen werden, da diese nicht die bei der Wiedervermietung erzielbare Miete, sondern die ortsübliche Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 abbilden, § 558e Abs 1 BGB.<sup>148</sup> Mietspiegel enthalten nach der Legaldefinition des § 558 Abs. 2 BGB Daten über Entgelte für Neuvermietungen und geänderte Bestandsmieten aus den letzten vier Jahren; als modifizierte ortsübliche Durchschnittsmiete sind die Daten des Mietspiegels daher nicht geeignet, den Beweis für die bei Wiedervermietung erzielbare Marktmiete zu erbringen. Etwas anderes kann allerdings wegen § 308 Abs. 1 ZPO dann gelten, wenn der Vermieter eine Nutzungsentschädigung lediglich in Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 BGB begehrt um eine aufwändige Beweisaufnahme über die Marktmiete mit entsprechenden Kosten zu vermeiden.

Die Beweisführung über die Höhe der Wiedervermietungsmiete hat daher im Bestreitensfalle im Regelfall durch Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens zu erfolgen.<sup>149</sup> Vergleichswohnungen sind schon im Rahmen des Zustimmungsprozesses nach § 558b BGB lediglich ein Begründungsmittel für das Mieterhöhungsverlangen nach § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB, aber kein taugliches Beweismittel für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete.<sup>150</sup> Nichts anderes kann für die Ermittlung der ortsüblichen Wiedervermietungsmiete gelten. Benennt der Vermieter Zeugen dafür, dass diese die Mietsache zu einer bestimmten Miete angemietet hätten, kann damit der Beweis für die Höhe der Nutzungsentschädigung ebenfalls nicht geführt werden, weil es nicht um die konkret erzielbare, sondern um die ortsübliche Marktmiete geht (dazu schon oben IV. 2 b)). Mit dem Zeugenbeweis kann lediglich ein weitergehender Schadensersatzanspruch nach § 546a Abs. 2 BGB geführt werden (dazu oben V. 1), dieser setzt allerdings ein Verschulden des Mieters voraus und

<sup>147</sup> Hierzu Zöller vor § 284 ZPO Rn 17a

<sup>148</sup> Unklar insoweit Staudinger/Rolfs § 546a Rn 54.

<sup>149</sup> So auch in dem vom BGH in NZM 2017, 186 entschiedenen Fall durch die Vorinstanzen.

<sup>150</sup> BGH NZM 2014, 24; BeckOGK BGB/Fleindl § 558a Rn 67.

ist überdies bei Wohnraummietverträgen der Billigkeit nach § 571 Abs. 1 S. 2 BGB ausgesetzt.

Existiert für das Gebiet eine Mietpreisbremsenverordnung nach § 556d Abs. 2 BGB, kann der örtliche Mietspiegel aber als Erkenntnisinstrument herangezogen werden, weil dann die höchstzulässige Wiedervermietungsmiete nach § 556d Abs. 1 BGB nicht um mehr als 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 BGB liegen darf (dazu schon oben IV. 3 d). Liegen keine Ausnahmetatbestände nach den Vorschriften der §§ 556e und 556f BGB vor, für die der Vermieter die Beweislast tragen würde,<sup>151</sup> kann der Tatrichter also die Höhe der Nutzungsentschädigung – unter Beachtung von § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO – auf Basis der ortsüblichen Vergleichsmiete nach §§ 558 Abs. 2, 556d Abs. 1 BGB zuzüglich 10 Prozent bestimmen. In Gebieten mit einem Mietspiegel kann dies dann auch unter Einordnung der Mietwohnung in den Mietspiegel ohne Erholung eines Sachverständigengutachtens erfolgen.<sup>152</sup> Denn das Gericht hat auch im Zustimmungsprozess nach §§ 558, 558b BGB die Wohnung unter Bildung einer konkreten Einzelvergleichsmiete und ggf. im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO in die Spanne eines Mietspiegels einzuordnen.<sup>153</sup> Nichts anderes kann im Prozess auf Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB gelten, wenn es für die Anspruchshöhe wegen einer Mietpreisbremse doch wieder auf den in § 558 Abs. 2 BGB verankerten Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ankommt.

### 3) Verbindung von Räumungs- und Zahlungsklage

Der Vermieter kann zunächst wie bei jeder Mietzahlungsklage Räumung und Zahlung der erhöhten Nutzungsentschädigung im Wege der objektiven Klagehäufung nach § 260 ZPO verlangen, ggfs in Verbindung mit einer Klage auf künftige Leistung nach §§ 257, 259 ZPO.<sup>154</sup> Voraussetzung hierfür ist die Besorgnis, dass sich der Schuldner, also der Mieter, der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, § 259 ZPO. Eine solche Besorgnis zukünftiger Nichterfüllung ist dann gegeben, wenn das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs gekündigt wurde<sup>155</sup> oder der Mieter die Höhe der außergerichtlich geltend gemachten erhöhten Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB bestreitet. Die Verbindung von Räumungs- und Zahlungsklage ist grundsätzlich auch noch im Wege der nachträglichen objektiven Klagehäufung während des laufenden Räumungsverfahrens möglich. Zwar müssen dann die Voraussetzungen einer Klageänderung nach § 263 ZPO erfüllt sein, in der Regel liegt aber Sachdienlichkeit schon deshalb vor, weil mit einer gerichtlichen Entscheidung ein weiteres Verfahren vermieden wird. Nur wenn etwa am Ende einer Beweisaufnahme über eine streitige Kündigung der Vermieter die Klage noch um die Nutzungsentschädigung

---

<sup>151</sup> Vgl. BeckOGK BGB/Fleindl, § 556e Rn 65.

<sup>152</sup> LG Berlin GE 2012, 271; Schmidt-Futterer/Börstinghaus § 558b Rn 108 für das Vergleichsmietensystem nach §§ 558 ff.

<sup>153</sup> BGH NZM 2005, 498; BGH NZM 2011, 511; näher BeckOGK BGB/Fleindl § 558 Rn 66 ff.

<sup>154</sup> Blank/Börstinghaus/Blank § 546a Rn 63; Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 107.

<sup>155</sup> Schmidt-Futterer/Streyll § 546a Rn 107.

erweitert und bei streitiger Höhe ein komplett neuer Streitstoff in das Verfahren eingeführt wird, kann die Sachdienlichkeit ausnahmsweise verneint werden.<sup>156</sup>

Gleichwohl wird sich in vielen Fällen die Frage stellen, ob es für den Vermieter prozesstaktisch klug ist, den Räumungsanspruch mit einem Anspruch auf Zahlung einer streitigen Nutzungsentschädigung zu verbinden. Räumungssachen sind nach § 272 Abs. 4 ZPO beschleunigt durchzuführen, auch haben Vermieter in aller Regel ein hohes Interesse am schnellen Erstreiten eines vollstreckbaren Räumungstitels nicht nur in Zahlungsverzugsfällen. Die gewünschte Beschleunigung würde in all jenen Fällen konterkariert werden, in denen die Höhe der Marktmiete durch ein zeit- und kostenintensives Sachverständigengutachten erst noch ermittelt werden muss. Dann wäre der Räumungsrechtsstreit zwar entscheidungsreif, nicht aber der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB. Der Erlass eines Teilurteils auf Räumung nach § 301 Abs. 1 ZPO dürfte - ungeachtet des ohnehin bestehenden gerichtlichen Ermessens nach § 301 Abs. 2 ZPO - schon deshalb ausscheiden, weil die Gefahr widersprechender Entscheidungen besteht.<sup>157</sup> Da sowohl der Räumungsanspruch nach § 546 Abs. 1 BGB als auch der Anspruch auf Zahlung der Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB in der Regel von der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung abhängen, liegt eine gemeinsame Vorfrage vor, die den Erlass eines Teilurteils verbietet.<sup>158</sup> Dann bleibt dem Vermieter, der eine schnelle Entscheidung über den Räumungsanspruch sucht, nur noch der Weg in die Teilklagerücknahme.<sup>159</sup> Prozessual ist ein solches Vorgehen - von Gebieten mit Mietpreisbremse und Mietspiegel abgesehen<sup>160</sup> - daher nicht ratsam. Zulässig wäre es allerdings, den Räumungsanspruch mit einem Anspruch auf Zahlung oder zukünftige Zahlung der bisherigen Vertragsmiete im Sinne einer Mindestentschädigung zu verbinden. Wie oben unter IV. 2) a) bereits ausgeführt, liegt in der Geltendmachung der bisherigen Vertragsmiete kein Verzicht auf die meist höhere ortsübliche Marktmiete; die Zahlung der bisherigen Miete durch den früheren Mieter stellt daher nur eine Teilerfüllung des ggfs. höheren Anspruchs aus § 546a Abs. 1 BGB dar.<sup>161</sup> Der Vermieter muss die Mindestentschädigung auch nicht im Wege einer offenen Teilklage geltend machen, weil nach der Rechtsprechung des BGH auch bei einer verdeckten Teilklage die materielle Rechtskraft des klagezusprechenden Urteils nur den Anspruch im beantragten Umfang umfasst und der Vermieter damit nicht erklären muss, dass er sich weitere Ansprüche vorbehalte.<sup>162</sup>

#### 4) Materielle Rechtskraft eines Räumungstitels

Sieht der Vermieter davon ab, die Räumungsklage mit einer Klage auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu verbinden, stellt sich die Frage nach dem Umfang der

---

<sup>156</sup> Zöller/Greger § 263 ZPO Rn 13.

<sup>157</sup> BGH NJW 2004, 1452.

<sup>158</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 301 ZPO Rn 3; Zöller § 301 ZPO Rn 7.

<sup>159</sup> Die nach § 269 Abs. 3 ZPO mit einer Kostentragungspflicht verbunden ist und überdies nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Sache nur mit Zustimmung des Beklagten erfolgen kann.

<sup>160</sup> Dazu oben VI. 2).

<sup>161</sup> BGH NZM 1999, 803 unter Rn 11.

<sup>162</sup> BGH NJW 1997, 1990; zur Problematik der offenen und verdeckten Teilklage näher auch Zöller/Vollkommer vor § 322 ZPO Rn 47f.

Rechtskraftwirkung eines klagestattgebenden Räumungsurteils nach § 322 Abs. 1 ZPO. Da nur der Tenor – nicht aber die Entscheidungsgründe – in Rechtskraft erwachsen,<sup>163</sup> kann im Einzelfall die Gefahr bestehen, dass die Wirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung, die ja im Vorprozess nur eine Vorfrage darstellt,<sup>164</sup> im Folgeprozess auf Zahlung der Nutzungsentschädigung komplett neu aufgerollt werden muss. Zwar stellt der Räumungstitel mit materieller Rechtskraftwirkung fest, dass der Kläger einen Anspruch auf Räumung hat,<sup>165</sup> dessen Nichterfüllung den Anspruch nach § 546a Abs. 1 BGB begründet. Unproblematisch für den Folgeprozess ist dies aber nur dann, wenn lediglich über die Wirksamkeit einer einzigen – ggfs. fristlosen – Kündigung gestritten wurde. Liegen mehrere Kündigungen mit unterschiedlichen Beendigungszeitpunkten vor oder bestand über die Kündigungsfrist Streit,<sup>166</sup> ohne dass dies im Räumungsprozess letztlich entscheidungserheblich war,<sup>167</sup> muss der Streit über die Wirksamkeit der Kündigung, auf die der Vermieter seinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung stützt, komplett neu verhandelt und entschieden werden. Denn das Gericht des Ausgangsverfahrens entscheidet nicht über die Wirksamkeit der einzelnen Kündigung als eigenständigen Streitgegenstand, sondern mit materieller Rechtskraftwirkung nur über den Anspruch auf Räumung.<sup>168</sup>

Dieser Problematik kann der Kläger letztlich nur dadurch entgehen, dass er im Räumungsprozess im Wege der objektiven Klagehäufung eine **Feststellungs- oder Zwischenfeststellungsklage** dahingehend erhebt, dass eine bestimmte Kündigung das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet hat. Ein Feststellungsinteresse des Klägers nach § 256 Abs. 1 ZPO ist schon deshalb gegeben, weil der Feststellungstitel im Folgeprozess auf Nutzungsentschädigung für das Gericht bindende Wirkung hat<sup>169</sup> und solche Ansprüche ernsthaft in Betracht kommen. Auch kann der Kläger in der Regel nicht sofort auf Leistung klagen, weil die Mietsache in aller Regel am Schluss der mündlichen Verhandlung über das Räumungsbegehren noch nicht zurückgegeben ist. Liegen mehrere Kündigungen vor, können die Feststellungsanträge als Hilfsanträge für unterschiedliche Zeitpunkte gestellt werden. Allerdings besteht dann immer auch das Risiko eines Teilunterliegens im Räumungsprozess mit der entsprechenden Kostenfolge aus § 92 Abs. 1 ZPO.

## 5) Besonderheiten beim Räumungsvergleich

---

<sup>163</sup> Zöller/Vollkommer, vor § 322 ZPO Rn 31 – Tatbestand und Entscheidungsgründe können lediglich zur Auslegung des Tenors herangezogen werden

<sup>164</sup> Zöller/Vollkommer, vor § 322 ZPO Rn 28.

<sup>165</sup> BGH NJW 1969, 1064.

<sup>166</sup> Siehe etwa den Streit zur Wirksamkeit der Jahresfrist bei Altmietverträgen, vgl. Blank/Börstinghaus/Blank § 573c BGB Rn 24 ff.

<sup>167</sup> Etwa weil das Gericht die letzte Kündigung für wirksam erachtet hatte und alle Fristen ohnehin abgelaufen waren.

<sup>168</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH, etwa in NJW 2015, 1296 unter Rn 14, liegen bei mehreren Kündigungen auch mehrere Streitgegenstände vor, auf die der Kläger seinen Räumungsanspruch stützt. Ob die alternative Anspruchshäufung des Klägers in diesen Fällen – das Gericht sucht sich eine Kündigung aus, der Beklagte trägt alle Kosten – uneingeschränkt zulässig ist, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden, verdient aber im Hinblick auf BGHZ 189, 56, das im Markenrecht einen Verstoß gegen § 253 II Nr. 2 ZPO annimmt, für die Zukunft durchaus Beachtung.

<sup>169</sup> Vgl. Zöller/Vollkommer vor § 322 ZPO Rn 24.

Die Entscheidung des BGH zu § 546a Abs. 1 BGB<sup>170</sup> sollte für den Praktiker auch Anlass sein, eine Regelung hinsichtlich der Höhe der Nutzungsentschädigung zu vereinbaren, wenn ein Räumungsvergleich abgeschlossen werden soll, um spätere Streitigkeiten von vorneherein auszuschließen. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass die Parteien zusätzlich zur Räumungsverpflichtung des Mieters vereinbaren, dass das zwischen ihnen bestehende Mietverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt, meist dem vereinbarten Räumungstermin, endet.<sup>171</sup> Alternativ können die Parteien auch die Höhe der Nutzungsentschädigung bis zum Räumungstermin frei vereinbaren oder sich darüber einig werden, dass bis zum vereinbarten Räumungstermin<sup>172</sup> eine Nutzungsentschädigung in Höhe der bisherigen Vertragsmiete geschuldet ist.

## VII. Zusammenfassung

Der BGH hat zutreffend entschieden, dass auch der Wohnraummieter im Falle der Vorenthaltung der Mietsache eine Nutzungsentschädigung in Höhe der ortsüblichen Marktmiete schuldet. In Gebieten mit einer Mietpreisbremse ist die Höhe der Nutzungsentschädigung aber auf nach § 556d Abs. 1 BGB höchstzulässige Miete von 110% der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 BGB beschränkt. Beahlt der Mieter nach Beendigung des Mietvertrages lediglich die bisherige Vertragsmiete, so liegt darin nur eine Teilerfüllung des Anspruchs des Vermieters; dies gilt selbst dann, wenn der Vermieter den Mieter zunächst – etwa im Kündigungsschreiben – aufgefordert hat, eine Nutzungsentschädigung in dieser Höhe zu bezahlen oder nur eine solche eingeklagt hat. Auf das Nachholrecht des Wohnraummieters bei einer Zahlungsverzugskündigung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB hat die Entscheidung keine Auswirkung, weil es weiterhin ausreichend ist, wenn der Mieter nach Zugang der Kündigung neben den Rückständen aus der Kündigung eine Nutzungsentschädigung in Höhe der bisher geschuldeten Miete bezahlt.

In prozessualer Hinsicht erscheint es nicht ratsam, eine Räumungsklage mit einer Klage auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe der – gegenüber der bisherigen Vertragsmiete höheren – Marktmiete zu verbinden, weil diese ggfs. aufwändig durch Gutachten ermittelt werden muss und das Gericht im Regelfall nicht durch Teilurteil über den Räumungsanspruch entscheiden kann. Mietspiegel können zur Ermittlung der ortsüblichen Marktmiete nicht herangezogen werden, weil ihnen ein anderer Mietbegriff zugrunde liegt. Anders kann nur dann verfahren werden, wenn eine Mietpreisbremsenverordnung existiert und die Wohnung unter § 556d Abs. 1 BGB fällt. Dann ist auch der Marktmiete die sich aus dem qualifizierten Mietspiegel ergebende ortsübliche Vergleichsmiete zuzüglich 10 % zugrunde zu legen.

---

<sup>170</sup> BGH NZM 2017, 186.

<sup>171</sup> Dann entsteht der Anspruch nach § 546a Abs. 1 mangels Beendigung des Mietverhältnisses vor dem vereinbarten Räumungstermin schon nicht.

<sup>172</sup> Aber nicht darüber hinaus