

# **Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Gewer- beraummietrecht**

*RiBGH Dr. Peter Günter*

## **I. Einleitung**

Wie auch in den Jahren davor ist der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seit den Weimarer Immobilienrechtstagen 2016 mit einer Vielzahl von Rechtsmitteln im Gewerberaummietrecht befasst gewesen. In der Mehrzahl hatte der Senat über Nichtzulassungsbeschwerden zu entscheiden, denen überwiegend der Erfolg versagt blieb. Trotzdem hatte der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auch im vergangenen Jahr rechtsgrundsätzliche Fragen zu beantworten, wobei er insbesondere im Anwendungsbereich des § 566 Abs. 1 BGB weiter zur Rechtseinheitlichkeit und zur Rechtsentwicklung beitragen konnte.

## **II. Mündliche Änderung einer formularmäßig vereinbarten sog. doppelten Schriftformklausel**

Am 25. Januar 2017 hatte der Bundesgerichtshof darüber zu entscheiden, ob durch eine formularmäßig vereinbarte doppelte Schriftformklausel spätere mündliche Änderungen eines Gewerberaummietvertrags verhindert werden können<sup>1</sup>.

Im Dezember 2005 und im Mai 2006 schloss die ursprüngliche Vermieterin (im Folgenden: Vorvermieterin) mit dem Vormieter des Beklagten zwei Mietverträge über die streitgegenständlichen Räumlichkeiten. Als Vertragszweck waren jeweils in § 1 der Verträge „Lagerung und Verkauf von Stoffen und Kurzwaren“ bzw. „Lagerung und Verkauf von Stoffen und Kurzwaren, Textilien und Baumaschinen“ genannt. Darüber hinaus beinhalteten die Verträge als Allgemeine Geschäftsbedingungen Schriftformheilungsklauseln und doppelte Schriftformklauseln. Mit Schreiben vom 25. Juli 2006 bestätigte die Vorvermieterin dem Vormieter, dass ihm auch das „Lagern von handelsüblichen Waren“ gestattet sei. In einem Schreiben vom 18. Juli 2007 wies sie ihn darauf hin, dass „der Bereich

---

<sup>1</sup> BGH Beschl. v. 25. Januar 2017 - XII ZR 69/16 - NJW 2017, 1017 = NZM 2017, 189.

Ihres Getränkeausschankes (...) nun den hinteren Eingang (...) als Verkaufsfläche“ nutze, und regte an, zusätzliche Flächen anzumieten.

Zum 1. Oktober 2008 trat der Beklagte aufgrund schriftlicher Vereinbarungen als Mieter in die Mietverträge ein. Er betrieb in den Räumen einen Getränkehandel. Nachdem die Klägerin das Grundstück erworben hatte, schlossen sie und der Beklagte am 4. November 2014 einen schriftlichen Nachtrag zum Mietvertrag. In diesem vereinbarten sie, dass das Mietverhältnis nunmehr auf bestimmte Zeit bis zum 31. Dezember 2016 laufen und der Beklagte spätestens zwei Monate vor Vertragsablauf die Vertragsfortsetzung um sechs Monate durch Anzeige gegenüber der Klägerin verlangen können sollte.

Mit Schreiben vom 9. Februar 2015 erklärte die Klägerin die fristlose und hilfsweise die fristgerechte Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt und wiederholte dies mit ihrer auf Räumung und Herausgabe gerichteten Klage.

Das Landgericht hatte der Klage gestützt auf die in der Klageschrift erklärte außerordentliche Kündigung stattgegeben. Aufgrund der aus diesem Urteil von der Klägerin betriebenen Zwangsvollstreckung hatte der Beklagte die Räume am 13. Januar 2016 geräumt herausgegeben. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg, wobei das Oberlandesgericht nicht die außerordentliche, sondern die erste ordentliche Kündigung für durchgreifend erachtet hatte.

Nachdem der Beklagte mitgeteilt hatte, dass aus seiner Sicht wegen des Ablaufs der Vertragslaufzeit Erledigung eingetreten sei, hatten die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Aufgrund der auch im Revisionsrechtszug möglichen übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien<sup>2</sup> musste der XII. Zivilsenat in diesem Fall nur noch gemäß § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Der Bundesgerichtshof hat die Kosten dem Beklagten auferlegt, weil sich das Berufungsurteil als im Ergebnis und in der Begründung zutreffend erwies.

---

<sup>2</sup> Vgl. etwa BGH NJW-RR 2012, 688 Rn. 6 f.

Dabei ging der Bundesgerichtshof mit dem Oberlandesgericht davon aus, dass die Änderung des vertraglich vereinbarten Nutzungszwecks und die Vereinbarung der festen Laufzeit in dem Nachtrag vom 4. November 2014 das Schriftformerfordernis des nach § 578 Abs. 1 und 2 BGB entsprechend anwendbaren § 550 BGB ausgelöst haben und dass wegen des damit verbundenen Schriftformverstößes ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit bestand, das ordentlich kündbar war.

Der Beklagte verteidigte sich gegen das Räumungsverlangen zunächst damit, dass es der Klägerin mit Blick auf die vereinbarte Schriftformheilungsklausel nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt sei, sich auf den Schriftformverstoß zu berufen. Damit konnte er jedoch nicht durchdringen. Der Bundesgerichtshof hat schon in früheren Entscheidungen ausgesprochen, dass es mit dem von § 550 BGB angestrebten Erwerberschutz nicht vereinbar ist, den Erwerber aufgrund einer Heilungsklausel als verpflichtet anzusehen, von einer ordentlichen Kündigung Abstand zu nehmen<sup>3</sup>.

Alternativ vertrat der Beklagte die Auffassung, dass die den Nutzungszweck erweiternden, nicht in schriftlicher Form erfolgten Vertragsänderungen wegen der sog. doppelten Schriftformklausel unwirksam seien und es deshalb an einem Schriftformverstoß im Sinne des § 550 BGB fehle. Die Klägerin habe daher den Mietvertrag nicht ordentlich kündigen können.

Damit hatte der Bundesgerichtshof über die im Schrifttum sehr umstrittene Rechtsfrage<sup>4</sup> zu entscheiden, ob eine doppelte Schriftformklausel im Falle ihrer formularmäßigen Vereinbarung eine mündliche oder auch konkludente Änderung der Vertragsabreden ausschließen kann.

---

<sup>3</sup> BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 27 und BGH NJW 2014, 2102 Rn. 28 ff.

<sup>4</sup> Bejahend: KG Grundeigentum 2014, 799, 800; OLG Frankfurt ZfIR 2013, 584, 585; KGR 2006, 86, 87; Bieber jurisPR-MietR 2/2013 Anm. 5; wohl auch OLG Naumburg NZM 2012, 808, 809; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 157 f.; **a.A.** OLG München Urteil vom 7. April 2016 - 23 U 3162/15 - juris Rn. 41; OLG Brandenburg Grundeigentum 2012, 1375, 1376; OLG Rostock NZM 2009, 705; Blank in Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. § 550 BGB Rn. 100; Bub in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. Kap. II Rn. 1790 f.; Erman/Arnold BGB 14. Aufl. § 125 Rn. 26; Emmerich/Sonnenschein Miete 11. Aufl. § 550 BGB Rn. 38; MünchKommBGB/Basedow 7. Aufl. § 305 b Rn. 13; Palandt/Grüneberg BGB 76. Aufl. § 305 b Rn. 5; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 12. Aufl. Vorbem zu § 535 BGB Rn. 49 f.; Schweitzer in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer Gewerberaummieta § 550 Rn. 106; Staudinger/Emmerich BGB [2014] § 550 Rn. 48.

Allerdings konnte es das Gericht dahinstehen lassen, ob eine doppelte Schriftformklausel formularmäßig in einem Gewerberaummietvertrag wirksam vereinbart werden kann. Denn im hier zu entscheidenden Fall blieb die Klausel jedenfalls wegen des Vorrangs der Individualvereinbarung nach § 305 b BGB wirkungslos<sup>5</sup>.

Für eine in einem Formularvertrag enthaltene einfache Schriftformklausel hatte der Bundesgerichtshof dies bereits entschieden<sup>6</sup>. Zwischen einfacher und doppelter Schriftformklausel sah er insoweit keine maßgeblichen Unterschiede. Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof aus, dass der Vorrang der Individualvereinbarung bei beiden auch dann gewahrt bleiben müsse, wenn man ein Interesse des Verwenders anerkenne, einem langfristigen Mietvertrag nicht durch nachträgliche mündliche Abreden die Schriftform zu nehmen. Das geböten Sinn und Zweck des § 305 b BGB, wonach vertragliche Vereinbarungen, die die Parteien für den Einzelfall getroffen haben, nicht durch davon abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen durchkreuzt, ausgehöhlt oder ganz oder teilweise zunichte gemacht werden können. Das Interesse des Klauselverwenders oder gar beider Vertragsparteien, nicht durch nachträgliche mündliche Absprachen die langfristige beiderseitige Bindung zu gefährden, müsse gegenüber dem von den Parteien später übereinstimmend Gewollten zurücktreten. Es komme - anders als bei einer individuell vereinbarten doppelten Schriftformklausel - auch nicht darauf an, ob die Parteien bei ihrer mündlichen Absprache an die entgegenstehende Klausel gedacht haben und sich bewusst über sie hinwegsetzen wollten<sup>7</sup>.

Aufgrund des Schriftformverstoßes konnte die Klägerin das zwischen den Parteien bestehende Mietvertragsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 9. Februar 2015 mit Ablauf des 31. Dezember 2015 beenden. Dem Grundsatz nach wäre die gesetzliche Kündigungsfrist des § 580 a Abs. 2 BGB einschlägig gewesen. § 550 Satz 2 BGB bestimmt jedoch, dass die Kündigung frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung der Räume zulässig ist. Da das Schriftformerfordernis hier aber erst mit Vereinbarung des

---

<sup>5</sup> BGH Beschl. v. 25. Januar 2017 - XII ZR 69/16 - NJW 2017, 1017 = NZM 2017, 189.

<sup>6</sup> BGHZ 164, 133 = NJW 2006, 138 f. mwN

<sup>7</sup> BGH aaO Rn. 18 f.

Nachtrags am 4. November 2014 entstanden ist, der erstmalig zu einer Laufzeit des Mietvertrags von mehr als einem Jahr geführt hat, war dieser Zeitpunkt als der der Überlassung im Sinne des § 550 Satz 2 BGB anzusehen, so dass die Kündigung gemäß § 580 a Abs. 2 BGB erst mit Ablauf des letzten Kalendervierteljahrs 2015 wirksam werden konnte<sup>8</sup>.

### **III. Erheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens gegenüber dem auf Erstattung von Umzugskosten als Kündigungsfolgeschaden gerichteten Schadenersatzanspruch des Mieters**

Im Mittelpunkt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2. November 2016<sup>9</sup> stand die Frage, inwieweit ein Vermieter, der nach einer vom Mieter erklärten außerordentlichen Kündigung auf den Ersatz eines Kündigungsfolgeschadens in Anspruch genommen wird, einwenden kann, er sei selbst zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrags berechtigt gewesen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages veranlasst hat, dieser Partei zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens (sog. Kündigungs- oder Kündigungsfolgeschaden) verpflichtet<sup>10</sup>. Grundlage für einen auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens gerichteten Schadenersatzanspruch des Mieters ist entweder § 280 Abs. 1 BGB oder § 536 a Abs. 1 BGB, wenn die außerordentliche Kündigung wegen eines Umstands erfolgt, der zugleich einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB begründet. Hat der Mieter das Mietverhältnis nach einem vertragswidrigen Verhalten des Vermieters wirksam gekündigt, umfasst der ihm zu ersetzende Kündigungsfolgeschaden insbesondere die anlässlich des Wohnungswechsels entstandenen Kosten<sup>11</sup>.

Allerdings sind auch bei der Prüfung eines Kündigungsfolgeschadens die allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätze zu beachten. Deshalb kann die Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten, d.h. der Einwand, der Scha-

---

<sup>8</sup> BGH aaO Rn. 22.

<sup>9</sup> BGH Urt. v. 2. November 2016 - XII ZR 153/15 - NJW 2017, 1104 = NZM 2017, 73.

<sup>10</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2000, 2342 f.; NJW 2007, 2474 Rn. 9.

<sup>11</sup> Schmidt-Futter/Blank, Mietrecht, 13. Aufl. § 542 BGB Rn. 117 f.

den wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, für die Zurechnung eines Schadenerfolgs beachtlich sein. Deshalb kann etwa der Mieter einen kündigungsbedingten Schadenersatz wegen des entgangenen Gebrauchs der Mietsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur für den Zeitraum verlangen kann, in dem der Vermieter auch gegen seinen Willen am Mietvertrag festgehalten werden konnte<sup>12</sup>. Die Erheblichkeit des Einwands richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm. Voraussetzung ist zudem, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus<sup>13</sup>.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Mai 2012 mietete der Kläger - ein Betreuungsverein - von der Beklagten einen Büroraum im Erdgeschoss eines Gebäudes, das sich in deren Miteigentum befand. Die vereinbarte monatliche Bruttomiete einschließlich Umsatzsteuer und Nebenkostenpauschale betrug 416,50 €.

Im Rahmen einer bauordnungsrechtlichen Prüfung stellte die Stadt B. an dem Gebäude verschiedene Mängel im Brandschutz fest. Mit Schreiben vom 24. April 2013 setzte die Stadt B. den Kläger von den Brandschutzmängeln und davon in Kenntnis, dass sie den Gebäudeeigentümern zur Behebung der Mängel am Wärmedämmverbundsystem eine Frist bis zum 31. Mai 2013 gesetzt habe, nach deren fruchtlosen Ablauf eine Untersagung der Nutzung des gesamten Gebäudes beabsichtigt sei. Mit Bescheid vom 7. Juni 2013 sprach die Stadt B. gegenüber dem Kläger wegen der nicht brandschutzgerechten Dämmung der Außenfassade und der Nichtbeseitigung dieses Mangels durch die Gebäudeeigentümer eine Nutzungsuntersagung für die Mieträume aus. Zugleich wurde die sofortige Vollziehung angeordnet und angekündigt, die Nutzungsuntersagung durch Versiegelung durchzusetzen, wenn das Gebäude und die darin befindlichen Räume ab dem 1. August 2013 weiterhin benutzt würden.

---

<sup>12</sup> Vgl. etwa BGH GuT 2004, 120, 121.

<sup>13</sup> BGH Urt. v. 2. November 2016 - XII ZR 153/15 - NJW 2017, 1104 = NZM 2017, 73 Rn. 24.

Der Kläger kündigte durch Anwaltsschreiben vom 12. Juni 2013 das Mietverhältnis "fristlos zum 30. Juni 2013" und zog am 28. Juni 2013 in von ihm angemietete neue Büroräume um.

Mit seiner Klage hatte der Kläger Schadenersatz für verschiedene Umzugskosten (Möbeltransport, Abbau und Neuinstallation der EDV-Anlage, Reinigungskosten) in Höhe von 2.375 € verlangt. Die Beklagte war der Klage entgegengetreten und hatte widerklagend rückständige Miete für die Monate Juni und Juli 2013 in Höhe von 833 € geltend gemacht. Das Amtsgericht hatte der Klage in Höhe von 1.675 € nebst Zinsen und der Widerklage in Höhe von 83,30 € nebst Zinsen stattgegeben; im Übrigen hatte das Amtsgericht die wechselseitigen Zahlungsanträge abgewiesen. Mit ihrer dagegen gerichteten Berufung hatte die Beklagte weiterhin auf eine vollständige Abweisung der Klage angetragen und mit der Widerklage (nur) noch die restliche Miete für den Monat Juni 2013 begehrt. Das Landgericht hatte die angefochtene Entscheidung auf das Rechtsmittel geringfügig abgeändert. Es hatte den von der Beklagten an den Kläger zu zahlenden Betrag auf 1.580 € nebst Zinsen herabgesetzt und der Beklagten auf die Widerklage weitere 13,86 €, mithin insgesamt 97,16 € nebst Zinsen zugesprochen.

Die Revision der Beklagten, mit der sie ihr zweitinstanzliches Begehren weiter verfolgt hatte, war begründet, soweit das Landgericht hinsichtlich der Widerklage zum Nachteil der Beklagten entschieden hatte.

Die Voraussetzungen für einen auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens gerichteten Schadenersatzanspruch des Klägers waren gegeben. Soweit behördliche Beschränkungen den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache beeinträchtigen, setzt ein auf eine öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung gestützter anfänglicher Mangel im Sinne von § 536 a Abs. 1, 1. Alt. BGB mindestens voraus, dass schon im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung mit einem späteren behördlichen Einschreiten während der vereinbarten Vertragszeit zu rechnen ist und die Behörde aufgrund der einschlägigen Vorschriften nicht nur dazu berechtigt, sondern dazu verpflichtet ist, die vertraglich vorgesehene Nut-

zung der Mietsache zu untersagen<sup>14</sup>. Davon war nach den getroffenen Feststellungen auszugehen, weil die im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung vorhandene Dämmung der Außenfassade mit brennbaren Werkstoffen von Anfang an gegen bauordnungsrechtliche Brandschutzbestimmungen verstoßen hat

Dem Einwand der Beklagten, dass eine schadensrechtliche Berücksichtigung der geltend gemachten Umzugskosten unter dem Gesichtspunkt eines rechtmäßigen Alternativverhaltens deshalb nicht in Betracht komme, weil sie das Mietverhältnis ihrerseits hätte kündigen können, ist der Bundesgerichtshof mit Blick auf den Schutzzweck der §§ 536 Abs. 1, 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB nicht gefolgt<sup>15</sup>. Diese Vorschriften bezwecken es gerade, den Mieter dagegen zu sichern, dass der Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses durch mangelbedingte Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs für den Mieter unzumutbar macht. Greift der Mieter deshalb berechtigt zur Kündigung, büßt er sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mieter den Schaden zu ersetzen, den er durch diesen Rechtsverlust erleidet. Soweit es um einmalige Aufwendungen für die Beschaffung von Ersatzräumen, die Herrichtung dieser Räume und den Umzug geht, wird für deren Erstattungsfähigkeit maßgeblich darauf abzustellen sein, ob diese Kosten durch eine in absehbarer Zeit bevorstehende Vertragsbeendigung unabhängig von den zur Mieterkündigung führenden Umständen ohnehin entstanden wären. Kann demgegenüber - wie hier - nicht festgestellt werden, dass das Mietverhältnis ohne die zur außerordentlichen Kündigung des Mieters führende und vom Vermieter zu vertretende mangelbedingte Gebrauchsentziehung überhaupt beendet worden wäre, schließt der Schutzzweck der §§ 536 Abs. 1, 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB den auf rechtmäßiges Alternativverhalten gestützten Einwand des Vermieters aus, dass er das Mietverhältnis seinerseits gekündigt hätte, weil er infolge des Scheiterns der Mangelbeseitigungsversuche dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache nicht mehr habe gewähren können<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> BGH Urt. v. 2. November 2016 - XII ZR 153/15 - NJW 2017, 1104 = NZM 2017, 73 Rn. 19.

<sup>15</sup> BGH Urt. v. 2. November 2016 - XII ZR 153/15 - NJW 2017, 1104 = NZM 2017, 73 Rn. 25 f.

<sup>16</sup> BGH Urt. v. 2. November 2016 - XII ZR 153/15 - NJW 2017, 1104 = NZM 2017, 73 Rn. 27.

#### **IV. Kein Eintritt des Erwerbers nach § 566 Abs. 1 BGB in ein zwischen dem Veräußerer und dem Mieter vereinbartes Ankaufsrecht**

Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem in § 566 Abs. 1 BGB normierten Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ haben den Bundesgerichtshof in der Vergangenheit wiederholt beschäftigt. Häufig geht es dabei um die Rechtsfolgen, die sich aus der Anwendung dieser Norm ergeben<sup>17</sup>. So auch in diesem Fall.

Die Klägerin ist Eigentümerin des in D. belegenen Areals "Heeresbäckerei". Die Beklagte, die Stadt D., ist Mieterin von auf diesem Grundstück befindlichen Räumen, die sie als Stadtarchiv nutzt. Ursprünglich schlossen die E.R.B. als Voreigentümerin und Vermieterin und die Beklagte als Mieterin am 10. Dezember 1997 einen Mietvertrag über die betreffenden Räume. Unter § 1 Abs. 4 des Mietvertrags vereinbarten sie zugunsten der Beklagten eine Option bzw. ein Ankaufsrecht über "das noch zu vermessende Teilgrundstück Stadtarchiv mit ca. 3.360 qm". Die Vertragsparteien verpflichteten sich, nach Ausübung des Ankaufsrechts innerhalb von sechs Wochen einen entsprechenden notariellen Kaufvertrag abzuschließen. Zudem verpflichtete sich die E.R.B., das Ankaufsrecht bei Veräußerung an den jeweiligen Rechtsnachfolger weiterzugeben. Bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung kann die Beklagte nach der Vereinbarung aus wichtigem Grund kündigen und Schadensersatzansprüche geltend machen.

Mit notarieller Urkunde vom 18. Dezember 1997 bestätigten die E.R.B. und die Beklagte den vorgenannten Mietvertrag, der der Urkunde als Anlage beigelegt war. Ferner erklärten sie, "dass diese Urkunde mit der Urkunde des amtierenden Notars vom heutigen Tag wirtschaftlich eine Einheit bildet". Mit der letztgenannten Urkunde begründeten die Vertragsparteien zu Gunsten der Beklagten ein Ankaufsrecht an dem Grundstück mit der Flurstücknummer 1966/9 in der Weise, dass durch die Ausübung des Ankaufsrechts der in der Anlage "K" der Urkunde beigelegte Kaufvertrag zustande komme. Auf die Bestellung einer

---

<sup>17</sup> Vgl. etwa zum Vermieterpfandrecht BGHZ 202, 354 = NJW 2014, 3775; zur Übernahme der Kosten für Schönheitsreparaturen durch den Vermieter BGH NJW-RR 2015, 264 Rn. 41; zum Anspruch des Veräußerers auf Leistung der Kautions BGH NJW 2012, 3032 Rn. 24 ff.; zur Schiedsvereinbarung BGH NJW 2000, 2346 und zur Übernahme des Inventars durch den Verpächter BGH NJW 1965, 2198, 2199.

Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Ankaufsrechts wurde verzichtet. Eintragungen ins Grundbuch zugunsten der Beklagten erfolgten nicht.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 9. Dezember 2003 veräußerte die E.R.B. das Grundstück an die Streithelferin, die Sparkasse Da. Die Streithelferin übernahm die Verpflichtung aus den Ankaufsrechten. Schließlich erwarb die Klägerin das Grundstück mit notariellem Kaufvertrag vom 25. Juni 2008 von der Streithelferin.

Das Landgericht hatte die Klage, mit der die Klägerin die Feststellung begehrt hatte, dass die Beklagte ihr gegenüber weder aus einer Kaufoption noch aus der Vereinbarung eines Ankaufsrechts berechtigt sei, abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Hiergegen wendeten sich die Beklagte und die Streithelferin mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision ohne Erfolg.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hatte das Berufungsgericht die Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf das streitgegenständliche Ankaufsrecht zutreffend verneint<sup>18</sup>.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werden von § 566 BGB nur solche Rechte und Pflichten erfasst, die als mietrechtlich zu qualifizieren sind oder die in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehen. Der Erwerber tritt deshalb nicht in Rechte und Pflichten ein, die außerhalb des Mietverhältnisses liegen, selbst wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag geregelt sind. Für die Frage, welche Rechte und Pflichten § 566 BGB unterfallen, ist auf den materiellen Gehalt der jeweiligen Vertragsbestimmung abzustellen<sup>19</sup>. Obwohl im Schrifttum hierzu andere Auffassungen vertreten werden<sup>20</sup>, sah der Bundesgerichtshof erneut keinen Anlass seine Rechtsprechung zu ändern<sup>21</sup> und lehnte es ab, das Ankaufsrecht als mietrechtlich zu qualifizie-

---

<sup>18</sup> BGH Urt. v. 12. Oktober 2016 – XII ZR 9/15 - NJW 2017, 254 = NZM 2017, 35 Rn. 16.

<sup>19</sup> BGH Urt. v. 12. Oktober 2016 – XII ZR 9/15 - NJW 2017, 254 = NZM 2017, 35 Rn. 18; BGH NJW 2012, 3032 Rn. 27.

<sup>20</sup> Staudinger/Emmerich [2014] § 566 Rn. 40; ders. in Emmerich/Sonnenschein Miete 11. Aufl. § 566 Rn. 24; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard Mietrecht 4. Aufl. § 566 Rn. 15; NK-BGB/Riecke 3. Aufl. § 566 Rn. 17; Bamberger/Roth/Herrmann BGB 3. Aufl. § 566 Rn. 24; MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 566 Rn. 33.

<sup>21</sup> BGH Urt. v. 12. Oktober 2016 – XII ZR 9/15 - NJW 2017, 254 = NZM 2017, 35 Rn. 21.

ren. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass das Ankaufsrecht als kaufrechtliche Regelung ein Aliud zur Miete darstelle. Unabhängig davon, ob es als aufschiebend bedingter Vorvertrag<sup>22</sup> oder als bindendes Verkaufsangebot<sup>23</sup> vereinbart worden sei, bezwecke es nicht den Fortbestand des Mietverhältnisses, sondern solle dieses durch den Abschluss eines Kaufvertrags ersetzen<sup>24</sup>.

#### **V. Zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer**

Nach dem Wortlaut von § 566 Abs. 1 BGB tritt der Erwerber nur dann in den Mietvertrag ein, wenn die Mietsache nach der Überlassung an den Mieter vom Vermieter veräußert wird. § 566 Abs. 1 BGB setzt daher zunächst zwingend voraus, dass Vermieter und Veräußerer personenidentisch sind. Die ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung<sup>25</sup> und Literatur<sup>26</sup> verlangt außerdem, dass der Vermieter und Veräußerer – jedenfalls zum Zeitpunkt der Veräußerung<sup>27</sup> – auch Eigentümer des Mietobjekts gewesen sein muss. Folgt man der herrschenden Auffassung, werden mehrere praxisrelevante Fallkonstellationen vom Anwendungsbereich des § 566 BGB nicht erfasst. So ist die notwendige Identität nicht gewahrt, wenn Eigentümerin des Mietobjekts eine Personengemeinschaft ist (z. B. die Eigentümergemeinschaft bei Wohnungseigentum; Miteigentum von Eheleuten) und der Mietvertrag nur mit einem einzelnen oder einem Teil der Wohnungseigentümer abgeschlossen wurde. Gleiches gilt, wenn der Mieter den Mietvertrag mit einer rechtsfähigen Gesellschaft (GbR, GmbH oder AG) abgeschlossen hat und Eigentümer des betroffenen Grundstückes nicht die Gesellschaft, sondern nur einer der Gesellschafter ist und im umgekehrten Fall, wenn die Gesellschaft Eigentümerin des Grundstückes ist und als Vermieter nur einer der Gesellschafter aufgetreten ist. Eigentümer und Vermieter sind auch

---

<sup>22</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2006, 2843.

<sup>23</sup> Vgl. dazu Palandt/Weidenkaff BGB 75. Aufl. Vorb. v. § 463 Rn. 15 ff.; MünchKommBGB/Westermann 6. Aufl. § 463 Rn. 5 mwN.

<sup>24</sup> BGH Urt. v. 12. Oktober 2016 – XII ZR 9/15 - NJW 2017, 254 = NZM 2017, 35 Rn. 28.

<sup>25</sup> BGHZ 154, 171, 175 = NZM 2003, 476, 477; BGH, NZM 2004, 300; 2008, 732; 2010, 471 = WuM 2010, 365; NZM 2012, 150f. = WuM 2012, 31; offengelassen in BGH, WuM 2012, 323; OLG Celle, ZMR 2000, 284, 285; OLG Brandenburg, ZMR 2003, 830.

<sup>26</sup> Vgl. Staudinger/Emmerich, § 566 BGB Rn.21; Bamberger/Roth/Herrmann, § 566 Rn.9; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 566 BGB Rn. 27; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Aufl., § 566 BGB Rn. 47; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. I 182; Börstinghaus, NZM 2004, 481, 482.

<sup>27</sup> OLG Rostock, NZM 2006, 262; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 566 Rn. 19 mwN.

dann verschieden, wenn der Mietvertrag für den Eigentümer durch einen Dritten (z. B. Hausverwalter oder Treuhänder) im eigenen Namen abgeschlossen wurde. Schließlich sind auch die Fälle der sog. „Kettenveräußerung“ betroffen, die im gewerblichen Mietrecht häufig anzutreffen sind.

Der Bundesgerichtshof hat bislang grundsätzlich an dem Identitätserfordernis festgehalten und eine analoge Anwendung des § 566 Abs.1 BGB in den o. g. Fallkonstellationen abgelehnt. Dabei legt er seiner Auffassung eine rein formale Betrachtungsweise zugrunde. So hat er es in einem Urteil vom 22.10.2003 beispielsweise für die Anwendung des § 566 BGB nicht ausreichen lassen, dass der Eigentümer des vermieteten Grundstücks gleichzeitig Alleingesellschafter der GmbH war, die den Mietvertrag abgeschlossen hatte<sup>28</sup>. Auch das erklärte Einverständnis des Grundstückseigentümers mit der Vermietung genügte dem Bundesgerichtshof nicht, um eine analoge Anwendung des § 566 BGB begründen zu können. Auch in einem Fall der gewerblichen Zwischenvermietung hat der Bundesgerichtshof an dem Identitätserfordernis festgehalten und eine entsprechende Anwendung des § 566 BGB auf den Wechsel des Hauptmieters abgelehnt<sup>29</sup>. Schließlich genügte es dem Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 12.3.2003 dem ein Fall der „Kettenveräußerung“ eines gewerblich genutzten Grundstücks zugrunde lag, für die analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auch nicht, dass der Vermieter/Veräußerer zum Zeitpunkt der Veräußerung zwar noch nicht Eigentümer des Grundstücks, aber zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war<sup>30</sup>. Lediglich in seinem Urteil vom 9.4.2008 hat der Bundesgerichtshof seine bis dahin praktizierte formale Betrachtungsweise aufgegeben und eine analoge Anwendung des § 566 Abs.1 BGB bejaht, obwohl das Identitätserfordernis auch hier nicht erfüllt war<sup>31</sup>.

Mit Urteil vom 12.07.2017<sup>32</sup> hat der Bundesgerichtshof jetzt seine Rechtsprechung zu diesem Problemkreis fortentwickelt und jedenfalls dann eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB bejaht, wenn die Vermietung des ver-

---

<sup>28</sup> BGH, NZM 2004, 300 f.

<sup>29</sup> BGHZ 107, 315 ff. = NJW 1989, 2053 f. = WuM 1989, 393.

<sup>30</sup> BGHZ 154, 171 ff. = NZM 2003, 476 ff.

<sup>31</sup> BGH, NZM 2008, 484 ff. mit Anm. Streyl, GuT 2008, 317 ff.

<sup>32</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 – XII ZR 26/16 - GE 2017, 1086.

äußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten nach dem Erwerb eines Grundstücks die Räumung und Herausgabe von darauf befindlichen gemieteten Gewerberäumen. Der Beklagte begehrte widerklagend noch Rückerstattung angeblich überzahlter Miete wegen Mietminderung, Schadensersatz und Instandsetzung des Lastenaufzugs.

Der Beklagte mietete von der E. Grundbesitz und Handels GmbH (nachfolgend: Handels GmbH) mit Vertrag vom 27. Mai 2003 Räume im vierten Obergeschoss und mit Vertrag vom 5. Juni 2008 Räume im fünften Obergeschoss einer gewerblich genutzten Immobilie. Die Verträge sahen jeweils eine feste Laufzeit von zunächst fünf Jahren vor und enthielten beide eine Option zur mehrfachen Verlängerung der Mietzeit um jeweils weitere fünf Jahre, die der Beklagte ausgeübt hat. Eigentümerin der Immobilie war zu diesem Zeitpunkt die E. Grundstücksgesellschaft mbH (nachfolgend: Grundstücks GmbH). In einer Zusatzvereinbarung zu dem Mietvertrag vom 5. Juni 2008 erklärte sich die Grundstücks GmbH bereit, unter anderem dann in den Mietvertrag mit den gleichen Bedingungen als direkte Vermieterin einzutreten, wenn das Vertragsverhältnis zwischen der Grundstücks GmbH und der früheren Vermieterin der Räumlichkeiten im fünften Obergeschoss der Immobilie beendet wird.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 26. April 2011 erwarb die Klägerin die Immobilie von der Grundstücks GmbH. In § 3 des Kaufvertrags übernahm die Verkäuferin die Garantie dafür, dass die dem Kaufvertrag beigefügte Mieterliste richtig und vollständig ist, keine Mietverträge gekündigt sind und keine rückständigen Mietforderungen bestehen sowie eine Jahresnettokaltmiete in Höhe von ca. 260.000 € wirksam vereinbart ist. In § 4 des Kaufvertrags ist geregelt, dass die Verkäuferin mit Wirkung ab dem Übergabestichtag sämtliche Rechte und Pflichten aus bestehenden Mietverträgen auf den Käufer überträgt. Im August 2011 wurde die Klägerin als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Am 3. September 2013 und am 30. Oktober 2013 sprach die Klägerin die ordentliche Kündigung etwaiger Mietverhältnisse mit dem Beklagten aus.

Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hatte das Kammergericht unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung die Klage abgewiesen und der Widerklage teilweise stattgegeben. Die vom XII. Zivilsenat zugelassene Revision der Klägerin blieb ohne Erfolg.

Eine unmittelbare Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB kam in diesem Fall nicht in Betracht, denn nach seinem Wortlaut findet die Vorschrift nur dann Anwendung, wenn das vermietete Grundstück durch den Vermieter veräußert wird, also grundsätzlich nur bei Identität zwischen Vermieter und Veräußerer. An dieser Voraussetzung fehlte es hier. Nach den getroffenen Feststellungen war Vermieterin der Räumlichkeiten allein die Handels GmbH. Hingegen hat die Grundstücks GmbH das Grundstück an die Klägerin veräußert. Selbst wenn zwischen beiden Gesellschaften persönliche Verflechtungen bestanden haben sollten, stellten beide Gesellschaften selbstständige Rechtssubjekte dar, so dass keine Personenidentität zwischen Vermieter und Veräußerer gegeben war<sup>33</sup>.

Der Bundesgerichtshof bejahte mit dem Berufungsgericht die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB in der vorliegenden Fallkonstellation. Zur Begründung führte er zunächst aus, dass die für eine Analogie notwendige Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes vorliege. Weder aus dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB noch aus den Gesetzesmaterialien ergäben sich Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 566 Abs. 1 BGB (= § 571 BGB a.F.) eine abschließende Regelung dahingehend habe treffen wollen, den Mieter nur dann bei einem Eigentumswechsel an der Mietsache zu schützen, wenn die Identität zwischen Vermieter und Veräußerer gewahrt ist<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 – XII ZR 26/16 - GE 2017, 1086 Rn. 17.

<sup>34</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 – XII ZR 26/16 - GE 2017, 1086 Rn. 27 ff.

Auch die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte sah der Bundesgerichtshof für gegeben. Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis diene dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 Abs. 1 BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden seien. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - solle ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben. Dieser Gesetzeszweck greife indes nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts gemietet werde, sondern auch dann, wenn ein Nichteigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber mit Zustimmung des Eigentümers abschließe<sup>35</sup>. Auch der Vermieter erfahre keine Nachteile durch die entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB, wenn er den Mietvertrag mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen wirtschaftlichem Interesse abgeschlossen habe<sup>36</sup>. Schließlich stünden auch die Interessen des Erwerbers in dieser Fallkonstellation einer analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB nicht entgegen. Die Vorschrift setze voraus, dass die Mietsache vor der Veräußerung dem Mieter überlassen worden sei. Das Erfordernis der Überlassung der Mietsache an den Mieter erfülle eine Publizitätsfunktion, denn der Erwerber könne in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten müsse<sup>37</sup>.

Die vom Bundesgerichtshof befürwortete analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB führte dazu, dass die Klägerin mit dem Erwerb des Grundstücks in die bestehenden Mietverträge eingetreten war und der Beklagte ihrem auf § 985 BGB gestützten Herausgabeanspruch ein Recht zum Besitz gemäß § 986 Abs. 1 BGB entgegenhalten konnte.

Ungeklärt ist nach dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs aber weiterhin, ob eine entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auch in anderen Fällen möglich ist, bei denen das Identitätserfordernis nicht gewahrt ist.

---

<sup>35</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 – XII ZR 26/16 - GE 2017, 1086 Rn. 34 ff.

<sup>36</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 – XII ZR 26/16 - GE 2017, 1086 Rn. 38.

<sup>37</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 – XII ZR 26/16 - GE 2017, 1086 Rn. 39.

## **VI. Vorliegen einer sonstigen Familiensache i.S.v. § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG bei Streitigkeiten aus Wohnraummietverträgen**

Mit der Einführung des sog. „Großen Familiengerichts“ durch das FGG-Reformgesetz vom 17. Dezember 2008 hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. September 2009 die (funktionale) Zuständigkeit der Familiengerichte deutlich erweitert. Zivilrechtsstreitigkeiten, die eine besondere Nähe zu familienrechtlich geregelten Rechtsverhältnissen aufweisen oder in engen Zusammenhang mit der Auflösung eines solchen Rechtsverhältnis stehen, sollen danach vor den Familiengerichten ausgetragen werden. Da § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG Ansprüche im Zusammenhang mit Trennung, Scheidung oder Aufhebung einer Ehe erfasst, können Streitigkeiten aus Mietverträgen, die Eheleute untereinander abgeschlossen haben, in die Zuständigkeit der Familiengerichte falle, wenn der Streit im Zusammenhang mit der Trennung oder Scheidung der Eheleute steht. Dabei ist das Tatbestandsmerkmal „im Zusammenhang mit der Trennung oder Scheidung“ grundsätzlich weit auszulegen. Ordnungskriterium ist die Sachnähe des Rechtsstreits zum Familienrecht. So hat der Bundesgerichtshof eine Zahlungsklage der Ehefrau auf rückständige Miete aus einem mit ihrem Ehemann abgeschlossenen gewerblichen Mietverhältnis über Räumlichkeiten in dem ehemals gemeinsamen Familienheim als sonstige Familiensache iSv § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG qualifiziert<sup>38</sup>. Nunmehr hat das Gericht darüber zu befinden, ob auch die Streitigkeit aus einem Wohnraummietvertrag zwischen Schwiegereltern und ihrem Schwiegenderkind anlässlich der Trennung ihres Kindes von dem Schwiegenderkind eine sonstige Familiensache iSv § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG darstellt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde<sup>39</sup>:

Die Kläger vermieteten ihrem Schwiegersohn, dem Beklagten, und ihrer Tochter die streitgegenständliche Wohnung. Der Beklagte und seine Ehefrau trennten sich im Mai 2011, der Beklagte zog aus der Ehewohnung aus. Die Kläger verlangten in diesem Rechtsstreit vom Beklagten Miete für den Zeitraum März 2012 bis einschließlich Januar 2013 sowie Januar 2015 bis einschließlich Januar 2016 und Betriebskostennachforderungen für den Abrechnungszeitraum 2013 in Höhe von insgesamt 34.693,49 €. Nach dem Vorbringen des Beklagten

---

<sup>38</sup> BGH NJW 2013, 616 f.

<sup>39</sup> BGH Beschluss vom 12. Juli 2017 - XII ZB 40/17 - NJW 2017, 2619 Rn. 1 ff.

sollte der Mietvertrag anlässlich der Trennung der Ehegatten aufgehoben worden. Ferner seien die Mietzahlungen seiner Ehefrau und die Mietrückstände in Form eines von den Klägern an sie gewährten Darlehens im Verfahren über den Trennungsunterhalt bedarfserhöhend berücksichtigt worden.

Auf die Rüge des Beklagten, die funktionelle Zuständigkeit des Amtsgerichts - Zivilabteilung - sei nicht gegeben, vielmehr sei das Familiengericht gemäß § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG zuständig, hatte das Amtsgericht den Zivilrechtsweg für zulässig erklärt. Das Landgericht hatte die sofortige Beschwerde des Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen wendete sich dieser mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung die Zuständigkeit des Familiengerichts bejaht<sup>40</sup> und zur Begründung im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Gemäß § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG seien sonstige Familiensachen Verfahren, die Ansprüche zwischen miteinander verheirateten oder ehemals miteinander verheirateten Personen oder zwischen einer solchen und einem Elternteil im Zusammenhang mit Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe betreffen, sofern nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gegeben ist oder das Verfahren eines der in § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. a bis k ZPO genannten Sachgebiete, das Wohnungseigentumsrecht oder das Erbrecht betrifft und sofern es sich nicht bereits nach anderen Vorschriften um eine Familiensache handelt. Ein inhaltlicher Zusammenhang liege vor, wenn das Verfahren vor allem die wirtschaftliche Entflechtung der (vormaligen) Ehegatten betreffe<sup>41</sup>. Im Hinblick auf die gewünschte möglichst umfassende Zuständigkeit der Familiengerichte sei der Begriff des Zusammenhangs mit der Beendigung der ehelichen Gemeinschaft großzügig zu beurteilen. Daher sei § 266 Abs. 1 FamFG anwendbar, wenn der Rechtsstreit durch die bezeichneten familienrechtlichen Verhältnisse nicht unwesentlich mitgeprägt sei. Auszuscheiden seien nur die Fälle, in

---

<sup>40</sup> BGH Beschluss vom 12. Juli 2017 - XII ZB 40/17 - NJW 2017, 2619 Rn. 9.

<sup>41</sup> BGH Beschluss vom 12. Juli 2017 - XII ZB 40/17 - NJW 2017, 2619 Rn. 11.

denen der familienrechtliche Bezug völlig untergeordnet sei, so dass eine Entscheidung durch das Familiengericht sachfremd erscheine<sup>42</sup>.

Auf dieser rechtlichen Grundlage hielt der Bundesgerichtshof die Zuständigkeit des Familiengerichts gemäß § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG für gegeben. Aus der Gesamtbetrachtung der hier vorliegenden Umstände schloss er, dass der familienrechtliche Bezug jedenfalls nicht völlig untergeordnet ist, also eine Entscheidung durch das Familiengericht nicht sachfremd erscheint. Insbesondere warf der trennungsbedingte Ausschluss des Beklagten von der weiteren Nutzung der Wohnung durch die Kläger die Frage auf, ob weiterhin vertragliche Zahlungspflichten bestehen oder etwa Leistungsverweigerungsrechte in Betracht kommen. Darüber hinaus war zwischen dem Beklagten und seiner Ehefrau ein Verfahren auf Trennungsunterhalt anhängig. Den Vortrag des Beklagten, die aus dem Mietverhältnis für seine Ehefrau fortbestehende Mietzahlungspflicht habe bei der Regelung des Trennungsunterhalts eine Rolle gespielt, hatten die Kläger nicht widerlegt. Im Übrigen ist die Frage, inwiefern der Unterhaltsberechtigte mit Mietkosten belastet ist oder ob er mietfrei wohnt und ihm daher ein Wohnvorteil anzurechnen ist, ohnehin regelmäßig Gegenstand der Unterhaltsberechnung.

---

<sup>42</sup> BGH Beschluss vom 12. Juli 2017 - XII ZB 40/17 - NJW 2017, 2619 Rn. 12.